منشورات مختبر قانون الالتزامات والعقود
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس

تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي

محاولة دراسة ميتودولوجية للفهم القضائي والفقهي للقانون التعاقدي

ذ. محمد شيلح

الطبعة الأولى 2017

ذ. محمد شيلح

في قانون الالتزامات والعقود المغربي

تأويل العقود

2017

حسناء سوداني
06.51.52.08.51
طالب باحث الفاس ظهر المهراز

تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي

محاولة دراسة ميتودولوجية للفهم القضائي والفقهي للقانون التعاقدي

د. محمد شيلح

الكتاب : تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي
محاولة دراسة ميتودولوجية للفهم القضائي والفقهي للقانون التعاقدي
المؤلف : الدكتور محمد شيلح
الناشر : مختبر قانون الالتزامات والعقود كلية الحقوق فاس
الطبعة : الأولى 2017

رقم الإيداع القانوني : 2017MO3177
ردمك ISBN : 978-9981-00-931-8

طبع : SIPAMA
16, Rue Abi Tayeb Al Moutanabi 30000 Fès
sipama2000@yahoo.fr

جميع الحقوق محفوظة

الإهداء

إلى أمي، ففضلها علي هرم لا يفنى.
إلى أنا الآخر تلك الروح والمعنى.
من مكارمها التضحية بالثريا والنفيس،
وملء سمائنا بنوميديا وسيريس؛
وهذه الأرض الطيبة نوميديا؛
فقد قالت بالتحدي لما في الطقس من أنيميا؛
كيف أخترق الصعاب لأحيا.
وأنتِ المقموعة في الرسم لا في التسمية،
صارت سارة ليتها عُمرانية؛
رمز الخصوبة والنماء في التنمية.
وأيلان، ذلك الترس، لبيب فارس
فأنت الحامي، حفيدي، والأمنية.
إلى القانون بمَن مِن رجاله،
يتقيدون بالحرية في البحث لا بحباله.

أقوال للتأمل

- "القانون بحر من الشكوك التي لا يعود أمر رفعها إلى المشرع؛ لأنه لا يستطيع أن يجعل من نفسه أستاذا: فالأستاذية ليست مهمته. إن المعنيين الحقيقيين بها هم الفقهاء. والتعليم وحده في مقدوره أن يرفع الحرج ويدرأ الشبهات".

فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، ج4، بروكسيل. 1984 رقم 18 ص 7.

- "إن دور كليات الحقوق هو أن تعلم كيف ينبغي أن يؤول القانون".

ليبارد: التعليم العالي في فرنسا من 1789 إلى 1894، ج2، 1894، ص 397: عن أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعليل العقد، مونتيوليبيه، 1913، الهامش 1 في ص 232 والممتد إلى ص 233.

- "وكل علم فله فنـــون وكل فن فله عيـــــون
أولها جوامع البيـــان وأصلها معرفة اللســـان
فإن في المجاز والتأويل ضلت أساطين ذوي العقول".

أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي: العقد الفريد، تحقيق عبد المجيد الترميني، ج6، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص 276.

- "ولم نستفد من بحثنا طول دهرنا سوى أن جمعنا فيه قيل وقالوا".

قولة لأبي عبد الله الرازي عن: محمد بن الموصلي: الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي، ط.1 . دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص.10 .

- "أن تبحث ليس هو أن تتخيل وإنما هو أن تقلد في معاناة. إن البحث، إلى حد ما، ليس ضرورة بالنسبة إلى أستاذ القانون. فهو يكفيه أن يروق لأساتذته.."

جان جاك كليزال: تعليم القانون، الفقه والإيديولوجية، منشور بالمؤلف الجماعي من أجل نقد القانون، سلسلة "نقد القانون"، ج.1، المنشورات الجامعية لكرونوبل- ماسبيرو، 1978، ص.99.

قائمة بعد الكلمات أو العبارات المقتصر في كتابتها على أحرفها الأولى

* بالعربية:

-ج.	= جزء، الجزء.
- ج.ر.	= الجريدة الرسمية.
- ص.	= صفحة، الصفحتان، الصفحات.
- ط.	= طبعة.
- ظ.	= ظهير.
- ق.ل.ع.م.	= قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- م.	= ميلادي، ميلادية.
- م.ت.ل.ع.	= المجلة التونسية للالتزامات والعقود.
- هـ.	= هجرية.

* بالفرنسية:

- art	= article.
- C.Civ.fr.	= Code Civil Français.
- C.O.C.T	= Code des obligations et contrats Tunisien.
- D.	= Digeste.
- D.O.C.M.	= Dahir des obligations et des contrats Marocain.
- J.c.p.	= Juris classeur périodique.
- L.G.D.J	= Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- P.	= page.
- Par.	= paragraphe.
- R.A.C.S.	= Recueil des arrêts de la cour suprême.
- R.J.P.E.M.	= Revue juridique, politique et économique du Maroc.
- R.M.D.	= Revue Marocaine de droit.
- R.R.J.	= Revue de la recherche juridique : Droit prospectif, publiée par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.
- R.T.D.C.	= Revue trimestrielle de droit civil.
- s.	= suivante, suivantes.

المقدمة [1]

أولا: تحديد مفهوم التأويل

1- حسب الأسطورة الإغريقية، فإن هيرميس[2] (Hermès) كان مؤولا: أي أنه كان من جهة أولى وسيطا أو رسولا، ومن جهة ثانية ناقلا للمعاني من لغة إلى أخرى أي مترجما، ومن جهة ثالثة كاشفا ومبينا للمعاني الخفية للوحي وبالتالي صاحب خطابة وقراءة للمستقبل[3].

ولقد كان المؤول (Interpres) لدى الرومان هو ذلك الموفق (Conciliateur) بين نصوص قانون الألواح الإثني عشر والمستجدات الاجتماعية[4]. ومن هنا كان التأويل كفن هو القانون في الطريق نحو التشكل، هو القانون الحي[5].

وإذا كان من الجدير أن تؤخذ هذه الإشارة في الاعتبار من قبل من تناط به في الوقت الراهن مهمة التأويل،فإننا لا نرمي من ورائها في هذا الصدد إلا إلى التأكيد على أن التأويل مفهوم يحتمل أكثر من معنى إن على المستوى اللغوي أو على المستوى الاصطلاحي.

إ- تحديد مفهوم التأويل[6] لغة

2- ذهب أبو هلال العسكري إلى أن: "أصل التأويل في العربية من ألت إلى الشيء أؤول إليه إذا صرت إليه...."[1]. وحسب معجم مقاييس اللغة[2] فإن: "(أول)

---

[1]- سنكتفي، عند الإشارة إلى المراجع المكتوبة بالفرنسية في هذه المقدمة، بإيراد معنى عناوينها بالعربية. وحسبنا أن نحيل فيما يخص العناوين الأصلية لهذه المراجع وكل البيانات الأخرى الخاصة بها على ما سيأتي لاحقا ضمن أقسام هذه الدراسة؛ ما لم يتعلق الأمر بالمراجع الخاصة بهذه المقدمة.

[2]- هيرميس، واسمه اللاتيني ميركور (Mercure)، هو، في المعتقدات الدينية لقدماء اليونان، ابن زوس (Zeus) أي جوبيتير وحفيد كرونوس أو ساتورن (Saturne) من أبيه وكذا أطلس (Atlas) من أمه. وإلى جانب ما وصف به في المتن فإنه كان أيضا إيلا (إلاها) للتجارة وحاميا للتجار: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: علي عبد الواحد وافي: غرائب النظم والتقاليد والعادات: ج1، مكتبة نهضة مصر، سلسلة حياة المجتمعات رقم 5، بدون تاريخ الطبع ص. 44.

[3]- يان باكلو: بحث حول التأويل القانوني، أطروحة، ليل، 1988، الأرقام من 2 إلى 4 ص.1 وما بعدها.

[4]- فون إيهرينج: روح القانون الروماني في مختلف مراحل تطوره: الترجمة الفرنسية من طرف مولينار، ج2، باريس، 1877، فقرة 31 ص. 64.

[5]- بيرنارد فونكليس: سياق القانون. أبحاث حول تأويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي، سير، 1967، ص. 7.

[6]- لقد ورد لفظ التأويل في كثير من سور القرآن حسبنا أن نذكر منها ما يلي: سورة آل عمران (الآية 7). سورة النساء (الآية 59). سورة الأعراف (الآية 53). سورة يونس (الآية 38). -- سورة يوسف (الآيات: 6 و21 و36و37 و44 و45 و100 و101). سورة الإسراء (الآية 35).. -سورة الكهف (الآيتان: 78 و82): عن مصحف المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1407هـ.

الهمزة والواو واللام أصلان: ابتداء الأمر وانتهاؤه، أما الأول فالأول وهو مبتدأ الشيء والمؤنثة الأولى.... والأصل الثاني قال خليل: الأيل الذكر من الوُول والجمع أيائل وإنما سمي أيلا لأنه يؤول إلى الجبل يتحصن.... وآل يؤول أي رجع.... قال الخليل آل اللبن يؤول أولا وأوولا: خَثُر.... والإيالة السياسة.... لأن مرجع الرعية إلى راعيها.... وآل الخيمة: العَمُد.... والآلة: الحالة.... ومن هذا الباب تأويل الكلام وهو عاقبته وما يؤول إليه...."[1].

ولقد تتبع السيد أحمد عبد الغفار[3] كلمة "التأويل في معاجم اللغة العربية ولاحظ بأنها تحتمل معاني عدة؛ فأورد دلالاتها الغالبة في الاستعمال وهي كالتالي: أولا: المرجع والمصير، ثانيا: التغيير، ثالثا: الوضوح والظهور، رابعا: التفسير والتدبر[4]. وبعدما تبين له ما يوجد من تقارب بين الدلالتين الأولى والثانية من جهة، وبين الدلالتين الثالثة والرابعة من جهة أخرى ارتأى أن يجمل "المعاني اللغوية للتأويل في معنيين هما: المرجع والمصير، والتفسير والتدبر"[5].

وإذا كان التفسير من المعاني اللغوية للتأويل[6]؛ فإن هناك من يميز بينهما لغويا. وهكذا فإن "التفسير –حسب أبي هلال العسكري- هو الإخبار عن أفراد آحاد الجملة والتأويل الإخبار بمعنى الكلام.... وتفسير الكلام أفراد آحاد الجملة ووضع كل شيء

[1]- أبو الهلال العسكري: الفروق اللغوية ضبط وتحقيق حسام الدين المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1981 ص. 44. ونفس هذا الأمر ذهب إليه ابن قيم الجوزية، إذ التأويل عنده "هو تفعيل من ال يؤول إلى كذا إذا صار إليه، فالتأويل التصيير وأولته تأويلا إذا صيرته إليه.... ثم تسمى العاقبة تأويلا لأن الأمر يصير إليها.... وتسمى حقيقة الشيء المخبر به تأويلا لأن الأمر ينتهي إليه.... وتسمى العلة الغائية والحكمة المطلوبة بالفعل تأويلا لأنها بيان لمقصود الفاعل وغرضه من الفعل الذي لم يعرف الراني له غرضه به...": محمد بن الموصلي: مختصر الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985 ص. 11 و12.

[2]- لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة 395هـ. تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ج1.، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1979، من ص. 158 إلى 162. – انظر في هذا الصدد أيضا: لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المجلد 11، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ الطبع، من ص. 32 إلى 40. – المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص. 31 و32.

[3]- السيد أحمد عبد الغفار: ظاهرة التأويل وصلتها باللغة، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ الطبع، ص 15 وما بعدها.

[4]- إن دلالة الوضوح والظهور هي أصل دلالة التفسير. ومن هنا يجوز الجمع بين الدلالتين. فلقد جاء عند أبي القيم الجوزية أن: "التفسير: أصله من البيان والظهور ويلاقيه في الاشتقاق الأكبر الإسفار ومنه أسفر الفجر إذا أضاء وضح ومنه السفر لبروز المسافر من البيوت ومنه السفر الذي يتضمن إظهار ما فيه من العلم". عن محمد بن الموصلي: المرجع السابق، ج.1. ص. 40.

[5]- السيد أحمد عبد الغفار: المرجع قبله، ص. 16.

[6]- انظر في هذا الصدد: كاترين مارو: مفهوم التحريف في القانون الخاص الفرنسي، المطابع الجامعية لكرونويل 1974، ص. 26.

منها موضعه ومنه أخذ تفسير الأمتعة بالماء...."[1]. ولا شك أن هذا الاختلاف حول مدلول كل من التأويل والتفسير نجده مكرسا حتى على مستوى المعنى الاصطلاحي.

II- تحديد مفهوم التأويل اصطلاحا

3- إن التأويل، في الاصطلاح كما في اللغة، مفهوم مبهم لاستخدامه في المؤلفات المتصلة بالقانون على وفق أكثر من معنى[2]. وفي هذا الصدد ذهب فروبلفسكي (wroblewski) إلى أن التأويل في معناه الأكثر اتساعا يرادف إدراك المعنى أو المدلول. وفي معناه الواسع يرادف فهم عبارة معينة. وفي معناه المضبوط، فإن التأويل يقوم عندما يكون معنى العبارة مثار شك، ويتدخل لتحديد هذا المعنى بمساعدة توجيهات التأويل الخاصة باللغة المتضمنة لتلك العبارة[3].

إن هذا المعنى المضبوط للتأويل هو المتداول لدى كثير من الفقهاء[4]. وهكذا فإن التأويل – حسب دومولومب- هو استخدام بعض أساليب الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق والوقوف على النية الحقيقية للطرفين[5].

إن التأويل، بهذا التحديد، فن لاكتشاف الأفكار المعبر عنها بالقول المنطوق أو المكتوب كما قال توليه (Toullier)[6]؛ للبحث عن المدلول الحقيقي للتصرف القانوني[7] أو المدلول الفعلي للعبارة[8] أي لتصريح هذه الأخيرة[9].

[1]- أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية، مرجع سابق، ص. 43.

[2]- إيرنيكي بيذرو هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقيق منهجية لتأويل التشريع، باريس، 1976، ص. 60.

[3]- جيرزي فروبلفسكي: "التأويل في القانون: النظرية والإيديولوجية": منشور بأرشيف فلسفة القانون، ج. 17، سيري، 1972، رقم 4 ص. 53.

[4]- الملاحظ أن البعض يقتصر على تعريف التأويل بأنه إسناد معنى (مدلول) لخطاب (دال). ومن هنا فإن كل خطاب يقتضي التأويل ولو كان في منتهى الوضوح:

François Gilliard : « Le Tribunal Fédéral, l'interprète du droit privé » in Règles (les) d'interprétation : principes communément admis par les juridictions : ouvrage collectif, éditions universitaires Fribourg, Suisse, 1989, P. 167.

- والتأويل – حسب هانس كلسن - هو التحديد عن طريق معرفة المعنى للموضوع المراد تأويله: هانس كلسن: النظرية المحضة للقانون: الترجمة الفرنسية للطبعة الثانية من طرف شارل إيسينمان، دالوز، باريس، 1962، ص. 457.

[5]- دومولومب: دروس مدونة نابوليون: المجلد 25: المبسوط في العقود أو الالتزامات الاتفاقية، ج.2. باريس 1869. رقم 23 ص. 20.

- انظر في مثل هذا التعريف، أيضا: جول كوكيبه: في تأويل التصرفات القانونية؛ المكتبة الجديدة للقانون والعمل القضائي، باريس، 1898، ص. 72. – كاترين مارو: مفهوم التحريف في القانون الخاص الفرنسي: مرجع سابق، ص. 82 و91. – فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع": منشور بمؤلف التأويل في القانون –مقترب متعدد التخصصات، بروكسيل، 1978، ص. 111.

[6]- عن: جول كوكيبه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق، ص. 4.

[7]- فرانسوا كورف: مبدأ حسن النية، مكتبة دالوز، باريس، 1928، ص. 32.

[8]- يان باكلو: بحث حول التأويل القانوني: مرجع سابق، رقم 464، ص 401.

[9]- يان باكلو: المرجع قبله، رقم 467، ص. 403.

وهكذا فإن التأويل وإن كان يشكل نشاطا فكريا –أو نتيجة لهذا النشاط- يتمكن القائم به من استخلاص معنى المطلوب في التأويل[1]؛ فإن هذا الأخير لا يخرج معناه المضبوط –كما يذهب إلى ذلك البعض- عن تحديد معنى التعبير[2]، أو تحديد هدف ومضمون العقد وبالتالي البحث عن إرادة المتعاقدين كما يرى البعض الآخر[3]. لا بل الأكثر من هذا، فإن فابروكيت لا يرى في التأويل إلا مجرد تفسير لما هو غامض أو مبهم[4]. وبهذا التصور لا يكون مفتاح التأويل متوافرا إلا لدى ليتري (Littré) متى كان العقد محررا باللغة الفرنسية أو ترجم إلى العربية، أو لدى صاحب لسان العرب أو تاج العروس أو معجم مقاييس اللغة –على سبيل المثال- متى كان العقد محررا باللغة العربية.

4- إن هذا التحديد الرامي إلى جعل الأصل في الألفاظ أو العبارات أو العقود بصفة عامة أنها صريحة (واضحة) وبالتالي الأصل عدم التأويل؛ هو المعتمد لدى الجمهور في الفقه الإسلامي أيضا إذ "العمل بالظاهر" حسب هذا الفقه هو "الأصل"[5]. ولذلك نجد الشافعي ينظر إلى التأويل على أنه "حمل اللفظ من معنى من المعاني التي يحتملها تأويلا.... ولا يكون ذلك إلا بدليل[6]. وفي نفس هذا الاتجاه ذهب ابن رشد إلى أن: "معنى التأويل هو إخراج دلالة اللفظ من الدلالة الحقيقية إلى الدلالة المجازية من غير أن يخل ذلك بعادة لسان العرب في التجوز من تسمية الشيء بشبيهه أو بسببه أو لاحقه أو مقارنه أو غير ذلك من الأشياء التي عددت في تعريف أصناف الكلام المجازي"[7]. لا بل لا يرى الأصوليون ما يتميز به معنى التأويل عن

[1]- إ.ب. هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقق منهجية لتأويل التشريع: مرجع سابق، ص. 63.

[2]- روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري، جنيف 1953، ص 195. أنظر أيضا:
G. Kalinowski : « Philosophie et logique de l'interprétation en Droit : Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens ». in Archives de philosophie du droit, T. 17, Sirey 1972, p. 39.

[3]- فريتز بوسهارت: تأويل العقود، مطابع ليمان إخوان، زوريخ، 1939، ص. 23.

[4]- فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم، المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، باريس، 1914، ص. 418 بهامشها 1. – انظر أيضا: كريستيان تالامون: سلطة مراقبة محكمة النقض على تأويل وتطبيق العقود، باريس، 1926 ص. 40. – ولا يبتعد فرانسوا جيني عن مثل هذا التعريف عندما يتعلق الأمر بتأويل تصرفات الإرادات الإنسانية ليس إلا: فرانسوا جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي، ط.2، السحب الجديد، المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، 1954، ج.2 رقم 156، ص. 79 الهامش 2.

[5]- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة، ط.1، مطبعة جامعة دمشق، 1964 ص. 262. – السيد أحمد عبد الغفار: ظاهرة التأويل وصلتها باللغة: مرجع سابق، ص. 130.

[6]- عن: محمد أديب صالح: المرجع قبله، ص. 252.

[7]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد: فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، دراسة وتحقيق محمد عمارة، ط.2، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1981، ص. 32. – والجدير بالإشارة أن تعريف بيريلمان وأولبريخت تيتيكا للمجاز يكاد يتطابق مع تعريف ابن رشد للتأويل: انظر مولفهما: المبسوط في المحاججة

معنى التفسير خارج كون هذا الأخير إنما يفضي إلى بيان المراد من الكلام على سبيل القطع في حين يقتصر الأول على بيانه على سبيل الظن[1]؛ أي يرمي إلى صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى مرجوح يحتمله لدليل دل على ذلك.

والتأكيد على الدليل الذي يترجح به المعنى المحتمل لقيام التأويل، يدفع إلى التساؤل عن علاقة هذا الأخير بالإثبات.

ثانيا: علاقة التأويل بالإثبات

5- لقد عالج ق.ل.ع.م. ضمن كتابه الأول قواعد التأويل في القسم السابع المتعلق بإثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها. فهذا القسم يتضمن بابين أولهما خاص بالأحكام العامة في الإثبات، وثانيهما بقواعد التأويل. ويمكن لهذا التقسيم أن يسمح بالذهاب إلى أن القاضي إنما يبدأ بتلقي وسائل الإثبات، وهذه الأخيرة هي التي يعمل فيها قواعد التأويل أي منها يستخلص المعنى المناسب للعقد المتنازع في تأويله. ولكن ما هي وسائل الإثبات التي يتقبلها القاضي في النزاع المتعلق بتأويل العقد خاصة عندما يكون مكتوبا؟

إن الفهم الحرفي[2] للفقرة الثانية من الفصل 444 من ق.ل.ع.م.[3] يدفع إلى التمييز بين ما يسمى بالعقود الصريحة (الواضحة) والعقود غير الصريحة (الغامضة المجملة أو المبهمة):

ففيما يخص العقود المدنية[4] الثابتة كتابة والصريحة (الواضحة) في تقدير القاضي، بالنظر إلى معناها الحرفي النحوي؛ فإن المطالب بتأويلها لا يمكن أن يسمع

والاستدلال- البلاغة الجديدة، ط.3، منشورات جامعة بروكسيل، 1976 ص. 534 وما بعدها. وفي نظر أبي إسحاق الشاطبي، فإن المعاني المجازية التي لم تعهد للعرب لا يعتد بها: الموافقات في أصول الشريعة، ط.2، دار المعرفة، بيروت 1975، ج.3، ص. 53 و54.

[1]- محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 257. ويفضل الأصوليون التفسير على اصطلاح التأويل. والتفسير، حسب محمد أديب صالح (نفس المرجع قبله، ص 24)، هو "بيان معاني الألفاظ ودلالتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم مع النص".

[2]- الظاهر من تفحص العمل القضائي المغربي، أن القضاء المغربي غالبا ما لا يكرس إلا الفهم الحرفي للنصوص القانونية والعقدية. بل إنه يقف أحيانا موقف المتشدد في هذا الفهم الحرفي. وكمثال نشير إلى أنه جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 ديسمبر 1933 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1934، رقم 574 ص. 36) أن: "مقتضيات الفصل 444 التي تسمح بإثبات البنود الغامضة أو المبهمة في المحرر الكتابي بالشهود لا يمكن أن تمتد إلى الحالة التي لا يوجد فيها أي مُحرر مكتوب".

[3]- تنص هذه الفقرة، حسب ترجمتها المتداولة على أنه: "ويستثنى من هذه القاعدة [أي قاعدة إثبات جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة] الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة أو تحدد مداها أو تقيم الدليل على تنفيذها".

[4]- لا يُثارُ هذا المشكل عندما يتعلق الأمر بالالتزامات التجارية إذ يمكن إثبات ليس ما يتصل فيها بالتأويل فقط وإنما أيضا ما يعود إلى وجودها أو انقضائها بكافة وسائل الإثبات وخاصة الشهادة والقرائن: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: - القرار عدد 42 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 نوفمبر 1959 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 27 ص. 180). – القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 يونيو 1963 (منشور بمجلة المحاكم المغربية،

ادعاؤه إلا إذا قدم دليلا كتابيا آخر من شأنه أن يفضي بوضوح إلى معنى آخر[1]، أو قام الخصم بالإقرار بما يدعيه المتنازع معه. أما إذا ما اقتصر على التمسك بالشهادة أو القرائن لتعزيز مطلبه الرامي إلى قيام القاضي بتأويل العقد، فإن هذا الأخير يكون عليه أن يرفض هذه الوسائل متى قدر، طبعا، بأن العقد الثابت كتابه هو عقد صريح (واضح)[2].

وفيما يخص العقود المدنية الثابتة كتابة وغير الصريحة (الغامضة المجملة أو المبهمة) في تقدير القاضي، سواء تعلق عدم الصراحة باحتمال العقد أكثر من معنى أو بالتحديد الفضفاض أو الناقص لمضمون العقد؛ فإنه يجوز إثبات الوقائع الرامية إلى توفير ما يستعين به القاضي في تأويل العقد بجميع وسائل بيان وإظهار[3] المعنى الحقيقي الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين من شهادة وقرائن[4] وغيرهما من الوسائل الأخرى الخارجة عن المحرر الكتابي المقدم كدليل على وجود العقد[5] كالتنفيذ الاختياري اللاحق لإبرام العقد[1] أو ظروف التعاقد أو العادة.

السنة 1963، رقم 1340 ص. 123). – مفهوم المبدأ المعتمد في القرار عدد 53 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 مارس 1979 (منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 19، ص. 149 وما بعدها).

[1]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -القرار الصدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15 نوفمبر 1932 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1932، رقم 535 ص. 93.).

[2]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، الطبعة العربية الحديثة، 1977، رقم 69 ص. 69 وما بعدها ورقم 63 ص. 65.- تيبودور إفينير:"الإبهام في العقود" مقال منشور بمجموعة داللوز - سيري،الدفتر الرابع والعشرون أسبوعية،23 يونيو 1976،رقم 26،ص.157.

[3]- نعتقد بأنه عندما يتعلق الأمر بإثبات وجود العقد يستحسن استعمال اصطلاح الإثبات الذي يفيد في معناه الوضع والإنشاء. وعندما يتعلق الأمر بإثبات الوقائع الرامية إلى تصريح العقد ورفع اللبس عن معناه، يستحسن استعمال اصطلاح البينة التي تفيد في معناها الإظهار والكشف. وبطبيعة الحال، لا يمكن الحديث عن وجود العقد متى كان مبلغه أو قيمته تتجاوز عشرة الاف درهم كمبدأ أو مائتي درهم بالنسبة إلى الوديعة والرهن الحيازي؛ إلا إذا تم إثباته كتابة: انظر في هذا الصدد مثلا: القرار عدد 266 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 ماي 1981 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30 ص. 54 وما بعدها). وهذا العقد المكتوب المقدم كدليل هو الذي ينطلق منه القاضي لتقدير صراحته أو عدم صراحته.

[4]- انظر على سبيل المثال: - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 13 يناير 1933 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933، رقم 542 ص. 151).
- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 9 فبراير 1961 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1961، رقم 1249 ص. 44).
- قرار عدد 307 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 ماي 1976 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 31، ماي -يونيو 1984، ص. 47 وما بعدها).

[5]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 191 وما بعدها. -كاترين مارو: المرجع السابق، ص 72 وما بعدها. – روبيرت بارتي: المرجع السابق، ص. 76 وما بعدها. – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المرجع السابق، رقم 58 وما بعده ص. 60 وما بعدها. – جورج دورو: تاويل التصرفات القانونية الخاصة، المكتبة الجديدة للقانون والعمل القضائي، باريس 1905 ص 302 وما بعدها. -خورخي لوبيت سانتنا ماريا: مذاهب تأويل العقود، جامعة باريس، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 1968 ص. 55 وما بعدها. – عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، رقم 158 وما بعده ص. 278 وما بعدها. – جاك بوري: "مئوي:

6- إن العقد الثابت بالكتابة، عندما يقدر القاضي بأنه غير صريح، يكون دليلا ناقصا وبالتالي يصبح بمثابة بداية إثبات بالكتابة ولو اعتبر فيما يرجع إلى البرهنة على وجود العقد دليلا تاما. وتكملة نقصان المعنى في الدليل (بداية الإثبات بالكتابة) إنما تتم بجميع وسائل البينة الأخرى المشار إلى بعضها من قبل والمعتبرة عناصر أو وقائع خارجة عن العقد[2]. غير أن القاضي لا يستطيع الاستعانة بهذه العناصر الخارجة عن العقد لتصريح العقد إلا إذا كانت العناصر (الوقائع) الداخلة في العقد لا تسعفه في مهمته كالبنود الأخرى في العقد. أما إذا ما اشتمل العقد على هذه العناصر وكانت كافية في حد ذاتها لتصريح العقد، فإنه لا يكون عليه أن يقبل العناصر الخارجة عن العقد. وبالمقابل إذا كانت العناصر الداخلة في العقد غير موجودة أو كانت موجودة على نحو غير كاف لتصريح العقد، فإنه لا يستطيع رفض الاستعانة بالعناصر الخارجة عن العقد وإلا عد موقفه هذا تنكرا لما يتمتع به من السلطة التقديرية في تأويل العقد غير الصريح وبالتالي خرقا للقانون[3]. وهذا الأمر يجرنا إلى التساؤل عن مدى مراقبة المجلس الأعلى لتأويل العقد الذي يقوم به قضاة الموضوع؟

ثالثا: مراقبة المجلس الأعلى(محكمة النقض) لتأويل العقود

7- إن تحديد التأويل بأنه البحث عن معنى العبارة أو مضمون العقد أو البحث في آخر المطاف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يجعل من هذا التأويل مسألة واقع ليس إلا. والواقع لا يخضع مبدئيا لمراقبة المجلس الأعلى[4]، إذ يتمتع قاضي الموضوع في تقديره بسلطة[5] مطلقة.

المراقبة من طرف محكمة النقض لتحريف التصرفات" : منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني، ج. 71، السنة 1972، سيري، رقم 24 ص. 261.

[1]- جاء في القرار عدد 307 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 ماي 1976 (منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 31، ماي -يونيو 1984 ص. 47 وما بعدها) أنه: "تعتبر واقعة التنفيذ الفعلي للالتزام قرينة على تحديد محل .... الالتزام".

[2]- تيبودور إيفينير:"الإبهام في العقود". :مقال مشار إليه في السابق، الرقمان 13 و24 ص. 155 و156. -فيليب سيملر: "تأويل العقود". منشور بجوريس كلاسور المدني (5، 1984)، المنشورات التقنية، باريس 1988، رقم 27 ص. 8.

[3]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المرجع السابق، رقم 70 وما بعده ص. 70 وما بعدها.

[4]- فيليب سيملر: مقاله المشار إليه قبله، رقم 120 ص. 28. – لويس بوايير: "دور القاضي في تنفيذ العقد" :منشور بداللوز ريبيرتوار للقانون المدني، ج3. ط.2، 1979، رقم 219 ص. 21. – دوكودان نُولاكرانج: "تأويل العقود": منشور بجوريس كلاسور المدني (2، 1965)، كراسة 29-36، رقم 42 ص. 10.

[5]- سلطة قاضي الموضوع هي، حسب عزمي عبد الفتاح، "الرخصة التي تسمح له باتخاذ القرار.... فالقاضي لا يستطيع التنازل عنها...": عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983 ص. 193. –وحسب نبيل إسماعيل عمر فإن سلطة القاضي هي "النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة...." :نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية،

وعلى الرغم مما قد توحي به هذه السلطة المطلقة[1] من إطلاق يد قاضي الموضوع في تقدير الواقع المتصل بالتأويل؛ إلا أن هذه السلطة تبقى في الحقيقة مقيدة بعدم حصول التناقض في التقدير[2]، وضرورة تبيان ما يسمح للمجلس الأعلى بممارسة رقابته على تعليل الحكم أو القرار القضائي كمضمون الوثائق التي يستعمل فيها القاضي سلطته التقديرية والطريقة التي يتبعها للوصول إلى ما يستقر عليه تقديره[3] أي "الاعتبارات المقبولة عقلا وقانونا"[4] والتي ينبني عليها هذا التقدير. ولذلك فعندما يذهب المجلس الأعلى إلى أن تقدير قضاة الموضوع لوقائع البنود المبهمة أو المتعارضة في العقد لا يخضع لرقابته[5]؛ فإنه لا يقصد بما يخرج عن نطاق المراقبة

ط1.، 1984، رقم 76 ص. 91 انظر أيضا رقم 143 ص. 162. – وترمي هذه السلطة، التي تجد أساسها في ولاية القضاء الممنوحة لقاضي الموضوع، إلى "التوصل إلى ما إذا كان النزاع المطروح عليه في وقائعه المادية وعناصره الواقعية يعتبر صالحا أو غير صالح لتوليد الأثر القانوني الذي يطلبه المتقاضون أم لا". :نبيل إسماعيل عمر: نفس مرجعه قبله رقم 80 ص. 96. – أما ريكو فيرى أن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع تعني الواجب الملقى على عاتق هذا الأخير لملاءمة منطوق حكمه مع الظروف الخاصة بالنازلة المعروضة عليه: فرانسوا ريكو: طبيعة مراقبة محكمة النقض، بروكسيل، 1966، رقم 144 ص. 228.

[1]- لقد درج بعض الفقه على التمييز بين "السلطة التقديرية المحضة (pouvoir discrétionnaire) أو "الكاملة" و"السلطة المطلقة في التقدير" (pouvoir souverain d'appréciation). فالسلطة التقديرية المحضة أو الكاملة لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى، كما أن قاضي الموضوع لا يلتزم بتسبيب القرار الذي يتخذه في ضونها. أما السلطة المطلقة في التقدير فإنها تخضع لرقابة المجلس الأعلى، ويلتزم قاضي الموضوع بتسبيب القرار الذي يتخذه في ضونها: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 198 وما بعدها. –محمد كشبور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية –دراسة مقارنة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985-1986، ص. 302 وما بعدها. – وحسب كابرييل مارتي، فإن محكمة النقض الفرنسية لا تجري أي تمييز بين الاصطلاحين إذ تستعمل أحيانا الاصطلاح الأول للدلالة على معنى الاصطلاح الثاني أو العكس: تمييز الواقع والقانون- محاولة حول سلطة مراقبة محكمة النقض على قضاة الموضوع، مكتبة مجموعة سيري، باريس، 1929، رقم 136 ص. 272. والظاهر أن المجلس الأعلى المغربي لا يجري بدوره أي تمييز بين الاصطلاحين: قارن على سبيل المثال بين قرار 13 مارس 1962 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1 ص. 308) أو قرار 9 يونيو 1964 (منشور بنفس المرجع قبله، ج.2. ص. 193) من جهة وقرار 7 أبريل 1964 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1965، ص. 186) من جهة أخرى. – ويرى نبيل إسماعيل عمر أن الأوصاف التي تطلق على السلطة التقديرية - للقاضي لغرض التمييز في هذه السلطة غير حقيقية؛ لأن القاضي لا يتمتع في الحقيقة إلا بسلطة تقديرية واحدة. وهو في إعماله لهذه السلطة يخضع لمراقبة محكمة النقض ليس فيما يرجع إلى النشاط الذهني الذي يقوم به، وإنما فيما يرجع إلى عناصر هذا النشاط أي الطريقة التي يُكون بها رأيه سواء تعلق الأمر بمسائل الواقع أو بمسائل القانون: نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، رقم 440 ص. 502 ورقم 442 ص. 504.

[2]- انظر على سبيل المثال: القرار عدد 725 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 أكتوبر 1960: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 37 ص. 334 وما بعدها.

[3]- انظر على سبيل المثال: القرار عدد 170 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 فبراير 1985 (منشورا بالمجلة المغربية للقانون، عدد 4، السنة 1986، ص. 220 وما بعدها). – القرار عدد 201 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 ماي 1977 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25 ص. 120 وما بعدها).

[4]- القرار عدد 31 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 31 أكتوبر 1967: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2 ص. 43 وما بعدها.

[5]- انظر على سبيل المثال: القرار عدد 152- 61/60 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12 أبريل 1961 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1، رقم 135 ص. 243 وما بعدها). – وانظر أيضا القرارات المشار إليها قبله.

إلا الرأي (النتيجة) الذي ينتهي إليه قاضي الموضوع عند استعماله ما يتمتع به من السلطة التقديرية. ولكن الرقابة تبقى قائمة فيما يرجع إلى تحديد الكيفية التي يُكون بها رأيه، فيما يرجع إلى الطريقة التي يعتمدها للتوصل إلى النتيجة[1]. وبعبارة عزمي عبد الفتاح "فإن محكمة النقض لا تراقب مسألة لماذا اقتنع القاضي فهذه مسألة تدخل في كامل سلطاته ولا معقب عليها، ولكنها تراقب كيف اقتنع القاضي أي كيف حصل من الوقائع على المقدمة التي ترتب عليها النتيجة التي انتهى إليها.... ومن ثم فيجب على القاضي أن يقدم العناصر التي تبين كيفية اقتناعه وأن تكون هذه العناصر كافية لتكوين اقتناعه...."[2]. فهذه العناصر الموضحة لكيفية حصول الاقتناع هي التي تسمح للمجلس الأعلى بالتأكد مما إذا كان قاضي الموضوع قد فهم الوقائع فهما صحيحا أم لا، ومما إذا كان قد قدر الأدلة المقدرة لديه تقديرا سائغا أم لا، وما إذا كان التكييف الذي قام به هو التكييف السليم أم لا[3].

8- إن تسبيب الأحكام أو قرارات قضاة الموضوع، بما مر بنا من الكيفية أو الطرق الموصلة إلى تكوين الرأي (أو الاقتناع)، يهدف إلى منع التعسف في استعمال السلطة التقديرية. ولاشك أن هذا التعسف إنما يبلوره في ميدان تأويل العقود، حسب التصور السائد، ما يسمى بتحريف العقود الواضحة البينة[4].

فعندما يكون العقد واضحا بينا[5] بالنظر إلى معناه المتبادر إلى الذهن (المعنى الحرفي النحوي)، ومع ذلك يعمد قاضي الموضوع إلى تأويله؛ فإنه يكون قد حرف

---

[1]- انظر في هذا الصدد: نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق: رقم 158 ص .175 ورقم 443 ص. 506 ورقم 446 ص. 511 ورقم 448 ص. 513 وما بعدها ورقم 16 ص. 526.

[2]- عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص. 389.

[3]- عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص. 219.

[4]-يذهب يان باكلو (في مرجعه السابق، رقم 272 ص. 258) إلى أن محكمة النقض الفرنسية بمراقبتها تحريف التصرفات من طرف قضاة الموضوع تكون قد بينت الحدود التي يمكن فيها لهؤلاء مباشرة سلطتهم التقديرية في التأويل.

[5]- إن الحدود بين العقد الواضح البين وبين العقد الغامض المجمل أو المبهم ليست واضحة المعالم لذلك لم تنج نظرية المعنى الواضح من الانتقاد: انظر في هذا الصدد: إ. دوكودان دولاكرانج: مقالها المشار إليه في السابق، رقم 12 ص. 4 ورقم 45 ص. 12. – فيليب سيملر: مقاله السابق، رقم 77 ص. 19 ورقم 132 ص. 30. – يان باكلو: المرجع السابق، رقم 274 ص. 259 وما بعدها. – فرانسوا جيلبار: دراسته المشار إليها في السابق ص. 168. – أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود، مونتيوليبه، 1913 ص. 243 وما بعدها. – إدوارد دوكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات، مؤسسات إيميل بروبلان ببروكسيل ومكتبة مجموعة سيري بباريس، 1947، رقم 7 ص. 14.

- Jean-François Perrier : « Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois ». in Règles (les) d'interprétation : principes communément admis par les juridictions, ouvrage collectif, éditions Universitaires, Fribourg, Suisse. 1989, P. 253 et s.

- وانظر بالأساس ما سيأتي في الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الثاني بعده.

هذا العقد[1]، ولذلك يتعرض حكمه أو قراره للنقض[2] باعتبار أن العقد متى كان صريحا وجب الامتناع عن تأويله كما يقضي بذلك الفصل 461 من ق.ل.ع.م[3].

[1]- التحريف في اللغة الإمالة "كتحريف القلم وتحريف الكلام أن تجعله على حرف من الاحتمال يمكن حمله على الوجهين.." (عن أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق، العمود الأيمن في ص. 114.). –"والتحريف نوعان: تحريف اللفظ وتحريف المعنى، فتحريف اللفظ العدول به من جهته إلى غيرها إما بزيادة أو بنقصان وإما بتغيير حركة إعرابية وإما غير إعرابية.... وأما تحريف المعنى.. وهو العدول بالمعنى عن وجهه وحقيقته وإعطاء اللفظ معنى لفظ آخر بقدر ما هو مشترك بينهما...." (عن محمد بن الموصلي: مختصر الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي: مرجع سابق، ج.2 ص. 319). – والمقصود بالتحريف اصطلاحا هو الخروج غير المبرر تبريرا معقولا وكافيا عن معنى العقد الواضح البين في عباراته ومضمونه؛ الأمر الذي ينجر عنه تغيير في طبيعة أو طابع أو وصف أو أثار العقد الواضح البين في معناه البديهي أي المتبادر إلى الذهن (المعنى الحر في النحوي) :انظر على سبيل المثال في المعنى الاصطلاحي للتحريف بل في معانيه الاصطلاحية: -فابروكيت: المرجع السابق، ص. 417 و424 وما بعدها. - كوكييه: المرجع السابق، ص. 232 وما بعدها. – كابريبل مارتي: المرجع السابق، رقم 143 ص. 293 وما بعدها. – إدوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 7 ص. 13 وما بعدها. –جاك بوري:مقاله السابق، رقم 6 ص. 254. – سيملر: مقاله السابق، رقم 132 ص. 30. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 275 ص. 436 وما بعدها.- محمد كشبور: المرجع السابق، ص. 435 الهامش 1.

[2]- يشترط لبقاء قضاء الموضوع، في المغرب متمتعا بسلطته التقديرية في تأويل العقود ألا يقضي هذا التأويل إلى التحريف: انظر على سبيل المثال: قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 يونيو 1925 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.3، ص. 121) – قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 يناير 1939 (منشور بنفس المرجع قبله، ج. 10 ص. 81). – قرارات المجلس الأعلى التالية: - قرار عدد 1289 بتاريخ 10 يناير 1963 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.4 ص. 53 وما بعدها) –قرار عدد 1377 بتاريخ 9 ماي 1963 (منشور بنفس المرجع والجزء قبله ص. 111 وما بعدها) – قرار عدد 1602 بتاريخ 26 مارس 1964 (نفس المرجع والجزء قبله ص 224). – قرار عدد 1758 بتاريخ 7 يناير 1965 (نفس المرجع والجزء قبله ص. 308 وما بعدها) – قرار عدد 58/57-14 بتاريخ 29 أبريل 1958 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1 رقم 4 ص 23 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون عدد 13 ص. 167 وما بعدها) – قرار عدد 60/59-153 بتاريخ 12 أبريل 1960 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج1 رقم 88 ص. 162 وما بعدها) –قرار عدد 62/61-228 بتاريخ 10 يوليوز 1962 (نفس المرجع قبله، ج2 رقم 15 ص. 53 وما بعدها) – قرار عدد 108 بتاريخ 24 يناير 1968 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 13 ص. 8 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون عدد 109-110 ص. 475 وما بعدها) – قرار عدد 127 بتاريخ 26 فبراير 1969 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى،عدد14،ص.2 وما بعدها) - قرار عدد 325 بتاريخ 27 مارس 1074(منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 4-5 , ص. 85 وما بعدها) – قرار عدد 828 بتاريخ 29 نوفمبر 1978 (منشور بنفس المرجع والعدد قبله، ص. 95 وما بعدها) – قرار عدد 752 الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1980 (منشور بنفس المرجع قبله، عدد 12-13, ص. 44 وما بعدها.) – قرار عدد 878 بتاريخ 2 ديسمبر 1981 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 29 يناير –فبراير 1984، ص. 48 وما بعدها).

[3]- الملاحظ أن المجلس الأعلى، في نقضه أحكام أو قرارات قضاة الموضوع بسبب التحريف، غالبا ما يرتكز على الفصل 230 من ق.ل.ع.م. وإن كان يرتكز أحيانا على الفصلين 230 و461 معا من نفس القانون: انظر على سبيل المثال قراري المجلس الأعلى التاليين: - قرار عدد 153 -60/59 بتاريخ 12 أبريل 1960، (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1 رقم 88 ص. 162 وما بعدها.) – قرار عدد 228-62/61 بتاريخ 10 يوليوز 1962 (منشور بنفس المرجع قبله، ج2 رقم 15 ص. 53 وما بعدها.). كما أنه لا يرتكز في بعض الأحيان الأخرى إلا على الفصل 461 من ق.ل.ع.م. وهو الأساس المباشر لتحريف العقد الواضح البين: انظر، مثلا قراري المجلس الأعلى التاليين: - قرار عدد 804 بتاريخ 26 يناير 1961 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.2 ص .155 وما بعدها) – قرار عدد 1165 بتاريخ 15 ماي 1985 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، عدد 11، السنة 1987، ص. 44 وما بعدها.) – وارتكاز المجلس الأعلى

وإذا كان تحريف العقد الصريح يعد مسألة قانون يراقبها المجلس الأعلى[1]، فإنه لا يهم بعد ذلك أن يكون هذا التحريف قد نظر إليه من جهة ألفاظ العقد المكتوب[2]: وهذه المظنة من التحريف قد تتخذ شكل التحريف بمسخ (par altération) المعنى الواضح البين من التصرف كما لو اتضح بجلاء أن المعنى الذي قدره قاضي الموضوع لا يتلاءم البتة مع ألفاظ العقد وحقيقته. كما قد تتخذ شكل التحريف بالإضافة (par adjonction) للفظ أو توضيح لا يقتضيه العقد الواضح البين. وقد تتخذ أيضا شكل التحريف بالترك (par omission) كما لو تم إهمال تصرف أو بند من شأن أخذه في الاعتبار أن يغير نتيجة الحكم[3].

وكذلك لا يهم أن يكون التحريف قد نظر إليه من جهة مضمون العقد المكتوب: وهذه المظنة من التحريف قد تتخذ شكل التحريف بالتوسيع (par extension)،كما لو أول العقد على أنه ينطبق على حالة لم تذكر بجلاء فيه. وقد تتخذ شكل التحريف بالتضييق (par restriction)، كما لو أول العقد على أنه لا ينطبق على حالة ذكرت فيه صراحة دون أن يبرر تبريرا معقولا وكافيا هذا التوسيع أو التضييق[4].

على الفصل 230 وحده من ق.ل.ع.م. لا بعد عيبا، في تقديرنا، إذ يجسد في الحقيقة الارتكاز على الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 والتي سندرسها في الفصل الأول من الباب الأول من القسم الثاني بعده.

[1]- انظر في هذا الصدد: جان زوكيتا: بند الصياغة في التصرف الرسمي، إيكس إن بروفونس، مطبعة شوفيه، 1943، ص. 91 وما بعدها. –عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص. 427 وما بعدها.- نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، رقم 216 ص. 238 وما بعدها. – محمد كشبور: المرجع السابق، ص. 154 و452 وما بعدها.

[2]- نقول العقد المكتوب لأن التحريف لا يقوم إلا إذا تعلق الأمر بتصرف مكتوب، ولذلك يستبعد العقد الشفوي من حيث المبدأ كما تستبعد الواقعة القانونية من نطاق التحريف، وكان هذا التصرف المكتوب واضحا بينا بالنظر إلى المعنى المتبادر إلى الذهن لعباراته أو بالنظر إلى سياق هذه العبارات من خلال المقارنة بين بنود العقد (انظر مثلا القرار عدد 127 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 فبراير 1969: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 14 ص. 21 وما بعدها)،وكان التأويل المعتمد من قبل قاضي الموضوع متعارضا مع ما هو ثابت في التصرف المكتوب أو في آخر المطاف مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين: انظر في الشروط الموضوعية لرقابة التحريف: سيملر :مقاله السابق: الأرقام من 126 إلى 147 ص. من 29 إلى 32. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق: من رقم 285 إلى291 في ص. من 452 إلى 458. – محمد كشبور: المرجع السابق: من ص. 458 إلى 464. – جاك بوري: مقاله السابق: رقم 56 وما بعده في ص. 274 وما بعدها.

[3]- انظر على سبيل المثال قرارات المجلس الأعلى التالية: - قرار عدد 148 بتاريخ 11 أبريل 1961 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 39 ص.454 وما بعدها.) – قرار عدد 353بتاريخ 4 يوليوز 1969 (منشور بنفس المرجع قبله، عدد 105-106 ص. 270 وما بعدها.) – قرار عدد 201 بتاريخ 20 ماي 1977 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25 ص. 120 وما بعدها.) – قرار عدد 432س 3 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1980 (منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 34 ص. 94 وما بعدها.).

[4]- انظر في مظان التحريف على سبيل المثال: سيملر: مقاله السابق، من رقم 149 إلى 153 في ص. من 32 إلى 34. –وانظر في تصنيف آخر لهذه المظان: -عبد الحكم فودة: المرجع السابق، من رقم 293 إلى 298 في ص. 459 إلى 469. – جاك بوري: مقاله السابق، رقم 76 وما بعده و80 وما بعده في ص. 283 وما بعدها.

9- والظاهر من مظان أو أشكال التحريف هذه، أن ما يراقبه المجلس الأعلى إنما هو الفهم السليم للعقد. وفهم العقد لا يكون سليما إلا إذا جاء مطابقا لما ينظمه ق.ل.ع.م. من قواعد الفهم أو ما سنسميه بقواعد التأويل المستتر والمقنع[1]؛ وهي إلى جانب قاعدة الفصل 461، تلك القواعد المنصوص عليها في الفصول 466 و467 و468 و470 و471 و472.

فهذه المقتضيات يمكن اعتبارها قواعد قانونية بالمعنى المضبوط، على قاضي الموضوع أن يتقيد بها وإلا وجب عليه أن يورد ما يكفي من الأسباب المعقولة في نظر المجلس الأعلى لتبرير خروجه عن الفهم الذي تقضي به إحدى أو بعض هذه القواعد التي كان من المفروض أن تنطبق على النازلة لولا ما قدم من مبررات عدم انطباقها وبالتالي تأويل العقد[2]. ومن هنا تبدو أهمية مراقبة تحريف العقد الواضح البين: إنها تتمثل في تنبيه محاكم الموضوع إلى ضرورة احترام ومراعاة العقود بتطبيقها كما تدفعها إلى التساؤل أمام كل نازلة تعرض عليها عما إذا كانت لها سلطة تقديرية لتأويلها[3]. فهل هناك أهمية لموضوع دراستنا؟

رابعا : أهمية دراسة موضوع تأويل العقود في ضوء ق.ل.ع.م

10- لقد تناولت المؤلفات المهتمة بشرح النظرية العامة للالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م، وخاصة في الجانب المتصل فيها بالعقد كمصدر للالتزامات، موضوع تأويل العقود ولكن بأسلوب يكاد يعيد نفس الصياغة المعتمدة في ق.ل.ع.م، الأمر الذي يسمح بالذهاب إلى أن هذا الموضوع لم يعالج على الإطلاق في المغرب أو على الأقل لم يحظ بالعناية الكافية والتي تليق بأهميته.

[1]- انظر بالأساس الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الثالث بعده.

[2]- الملاحظ ان الرأي السائد، والذي يردده أحيانا حتى القضاء، هو أن قواعد التأويل المعتمدة في القانون المدني الفرنسي أو المجلة التونسية للالتزامات والعقود أو ق.ل.ع.م. هي مجرد نصائح وتوجيهات لا تقيد قاضي الموضوع في شيء إما في مجموعها أو في أغلبها: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: كوكييه: المرجع السابق، ص. 105 وما بعدها. - فابروكيت: المرجع السابق، ص. 419 وما بعدها. -كريستيان تالامون: المرجع السابق، ص. 38 وما بعدها. – سيملر: المقال السابق، الرقمان 30 و32 ص. 9 و10 ورقم 64 ص. 17. -ثيبودور إيفينير: المقال السابق، رقم 19 ص. 156. -بان باكلو: المرجع السابق، رقم 255 وما بعده ص. 239 وما بعدها.

[3]- إدوكودان دولاكرانج: مقالها السابق: رقم 45 ص. 11. – ولاشك أن التنبيه إلى ضرورة مراعاة واحترام العقود بتطبيقها هو الذي يفسر كون إعمال مفهوم التحريف قد عرفته أول الأمر عقود الإذعان التي كانت محاكم الموضوع تحاول إعادة التكافؤ إليها من خلال تأويلها: انظر في هذا الصدد: - كابريل مارتي: المرجع السابق، رقم 150 ص. 313. – جان- لبك أوبير: مفهوما ودورا الإيجاب والقبول في تكوين العقد، المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، باريس 1970، رقم 365 ص. 336 وما بعدها. – جيرار فارجا: القانون الخاص للاقتصاد، ج.2: نظرية الالتزامات، المطابع الجامعية لفرنسا، باريس، 1975، ص. 318.

وإذا كانت هذه الملاحظة[1] تشكل أول الدوافع إلى اختيار هذا الموضوع، فليس معناها أن أهميته ستزول أو ستتقلص بسبب هذه الدراسة أو غيرها. فهذه الأهمية ستبقى قائمة طالما ظل هناك قانون ينظم العقود بل ومجتمع يضطر أفراده إلى تبادل الأموال (الخيرات والخدمات) فيما بينهم. ولقد "قال بعض المشايخ: العلوم ثلاثة علم نضج وما احترق وهو علم النحو وعلم لا نضج ولا احترق وهو علم البيان والتفسير وعلم نضج واحترق وهو علم الفقه والحديث"[2].

ولاشك أن أهمية هذا الموضوع تكمن في المناسبة التي يوفرها للمساهمة في معالجة جملة من الصعوبات والمشاكل المرتبطة بالتأويل كتلك المتعلقة بعلاقة التأويل بالإثبات أو بحق المجلس الأعلى في مراقبة تأويل العقود من طرف قضاة الموضوع أو في مراقبته تطبيق وتأويل القانون الأجنبي في مجال القانون الدولي الخاص.

غير أننا نرى من جهة الاقتصار على ما جاء في هذه المقدمة فيما يرجع إلى كل من علاقة التأويل بالإثبات وحق المجلس الأعلى في مراقبة تأويل العقود من طرف قضاة الموضوع، كما نرى من جهة أخرى التغاضي عن دراسة حق المجلس الأعلى في مراقبة تطبيق وتأويل القانون الأجنبي في مجال القانون الدولي الخاص[3]؛ حتى نتمكن من التفرغ لما نوليه من الأولوية في موضوع التأويل.

11- فالتأويل، كما ذهب إلى ذلك كلسن، عملية ذهنية ترافق بالضرورة كل تطبيق للقاعدة القانونية ولو تمثلت في التصرف القانوني للخواص[4]. وبما أن هذا التطبيق منوط، في حالة النزاع، بالقضاء؛ لذلك لا نكون قد بالغنا إذا قلنا إن دراسة

[1]- لقد وردت هذه الملاحظة أيضا في فرنسا ومصر: انظر مثلا: - سانتا ماريا: المرجع السابق، ص. 3. -بان باكلو: المرجع السابق، رقم 418 ص. 372. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 1. ص. 2.

[2]- زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، تصوير 1986 عن الطبعة الأولى لسنة 1983 ص 453.

[3]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: كوكييه: المرجع السابق، من ص. 203 إلى 212.
J.P.Niboyet : La théorie de l'autonomie de la volante, Académie de droit international, recueil des cours, 1927, tome 16 de la collection librairie Hachette, Paris, 1928, p.p. 25 et s., 28 et s. 34 et s, 37 et s, 42 et s, 47 et s, et de la p. 74 à 112.
- كابريل مارتي: المرجع السابق، من ص. 119 إلى 133. – فرانسوا ريكو: المرجع السابق، من ص. 337 إلى 358. – كاترين مارو: المرجع السابق، من ص. 133 إلى 160. – محمد كشبور: المرجع السابق، من ص. 162 إلى 180. – موسى عبود: "النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي من خلال قرارين للمجلس الأعلى". (منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 14، 1979، من ص. 131 إلى 139). – محمد الوكيلي: "الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي من خلال حكمين صادرين عن المجلس الأعلى" (منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بالرباط، عدد 5، 1979، من ص. 83 إلى 94). – شعيبي المذكوري: "إشكالية رقابة المجلس الأعلى على تطبيق وتأويل القانون الأجنبي" (منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية الصادرة عن كلية الحقوق بالدار البيضاء، عدد 17، 1988، من ص. 196 إلى 179).

[4]- هانس كلسن: النظرية المحضة للقانون، مرجع سابق، ص. 53 وما بعدها.

التأويل من حيث مناهجه تعد خير منفذ إلى ميدان العمل القضائي بل وتمثل أيضا أفضل زاوية يمكن النظر منها إلى طبيعة الاستدلال المعتمد في العمل القضائي لتقييمه.

ويكفي تأمل وظائف التأويل لتلمس مثل هذه الأهمية. ومن هذه الوظائف، كما يذهب إلى ذلك فرانسوا أوست وفان دكركوف، وظيفة الاستدلال أو التبرير أو عقلنة ما يتبناه المؤول من المعنى[1].

وتقتضي هذه الوظيفة من القاضي أن يكون واعيا بنتيجة العملية الذهنية التي يقوم بها، وبما تنجر عنه هذه النتيجة من أسباب تتلاءم مع القانون. وهذا الوعي لا يحصل له إلا إذا كان مدركا، بحدسه و/أو بما يقدم له من أدلة، للكيفية التي توصله إلى فهمه أو تأويله السليم في نظر القانون كما تراه المحكمة التي يناط بها أمر مراقبة تطبيقه.

12- إن الفهم السليم – وهو في حقيقته تأويل مستتر ومقنع - يوجب التقيد، عندما يكون العقد صريحا (واضحا بينا) كما مر بنا، بالمعنى الحرفي النحوي.

ولاشك أنه من المفيد الوقوف عند المنهج الذي يضمن سلامة هذا الفهم (التأويل المستتر والمقنع) بغية تحديد معالمه حتى يسهل ضبط المكانة التي يحتلها في عملية التأويل القضائي في مجموعها.

كما أن التأويل لكي يكون سليما لابد له من دليل. وهذا الدليل يستقى عن طريق إتباع المنهج المكرس لأساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر (الصوري) أو بالمعنى غير المباشر (غير الصوري).

ويدفعنا هذا الجانب من أهمية موضوع دراستنا إلى الانتقال إلى إبراز مظهر آخر لهذه الأهمية من خلال التركيز على ما يتأسس عليه الفهم أو التأويل السليم في ق.ل.ع.م.:

فإذا كان الفهم السليم يرتكز بالأساس على الفصل 461 المحدد لموقف ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة؛ فإن هذا النص يستوجب، في تقديرنا، البحث عن مدلوله الحقيقي من خلال أصوله الفقهية والقضائية التي صيغ في ضوئها للتمكن

[1] - François Ost et Michel Van de Kerchove : « Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif Belge. La lettre et l'esprit », in Règles (les) d'interprétation : Principes communément admis par les juridictions, Ouvrage collectif, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1989, P. 17.

- انظر أيضا في نفس هذا المرجع الجماعي:

- François Ost : « Les directives d'interprétation adoptées par la cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? » p. 90.

بعدئذ من تقييم موقف القضاء والفقه المغربيين من منع تأويل العقود الصريحة بعد إبراز هذا الموقف.

وكذلك إذا كان التأويل السليم يرتكز بالأساس على الفصل 462؛ فإن الفقرة الأولى لهذا النص تستدعي التساؤل عن المظان التي يتشكل منها نطاق عدم الصراحة أي الإجمال أو الإبهام الذي يسمح بالتأويل.

13- ونعتقد بأن محاولة الإحاطة بكل الجوانب المشار إليها قبله من شأنها أن ترسم صورة واضحة المعالم عن موضوع تأويل العقود. ومع ذلك بما أن ق.ل.ع.م. قد خص تأويل العقود بجملة من القواعد، ونظرا لكون الفقه المغربي لم يلتفت إلى هذه القواعد بما يكفي من العناية القمينة بضبط مدلولاتها عن بينة؛ لذلك نرى أن نحاول ضبط مدلولات هذه القواعد في ضوء مناهج التأويل نفسها، وبذلك ستنجلي عنها، ولو بقدر، تلك الغمامة التي تسترها بزي ما يعتقد من وضوحها. وهذا جانب آخر ينضاف إلى ما سيظهر في البحث من الجوانب الأخرى من أهمية دراسة موضوع تأويل العقود في ق.ل.ع.م.؛ وهي الدراسة التي لا يبقى إلا أن نعلن عن أقسامها.

خامسا: أقسام دراسة موضوع تأويل العقود في ق.ل.ع.م.

14- لقد أملى علينا ما نعتقده من التصنيف المنطقي للجوانب التي سندرسها في موضوع تأويل العقود في ق.ل.ع.م، كما يظهر مما مر بنا قبله، أن نتناول هذا الموضوع في الأقسام التالية:

- القسم الأول: مناهج التأويل.
- القسم الثاني: موقف ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) ومن تحديد نطاق عدم صراحتها (ابهامها أو غموضها).
- القسم الثالث: قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. للعقود غير الصريحة.

القسم الأول :

مناهج التأويل

تمهيد :

15- لا أحد من ذوي النظرة الفردية للأمور، في المدرسة اللاتينية للقانون بالأساس، ينكر أن العبرة في العقود إنما هي بالإرادة (الباطنة بالنسبة إلى البعض أو الظاهرة بالنسبة إلى البعض الآخر). ونفس هذه الإرادة هي التي ينشغل بها ميدان التأويل.

وعليه إذا كان الأمر كذلك، فإن مناهج التأويل[1] تكون متمثلة في تلك السبل التي يسلكها المؤول للوصول إلى الإرادة. وبهذا الاعتبار تكون مناهج التأويل هي مناهج البحث عن الإرادة المشتركة، للمتعاقدين، في العقود.

وبما أن الإرادة من الأمور النفسية التي يحتاج تجليها في العالم الخارجي إلى دليل، الغالب فيه أنه لفظ (قول) متى كتب قامت الكتابة بدورها دليلا على هذا اللفظ (القول) نفسه[2]؛ لذلك فإن البحث عن الإرادة معناه البحث في العلاقة الموجودة بين اللفظ (القول المنطوق أو المكتوب) والمعنى، من أجل ضبط هذه العلاقة: وهذا هو التأويل.

غير أن هذه العلاقة التي بين اللفظ والمعنى تثير مجموعة من التساؤلات الراجعة إلى الزوايا التي ينظر منها إلى هذه العلاقة. ويشكل الجواب عن هذه

[1]- نعني بالمنهج مجموع الإجراءات الذهنية -وربما الفنية- المنظمة وفق مخطط عقلاني والمطبقة على ميدان معين من أجل الوصول إلى هدف معرفي أو عملي. والنظر إلى صحة المنهج في مجموع إجراءاته وما ينجر عنها من نتائج أمر ذاتي وغير موضوعي يرتبط بممارسة المقتنع به وبالتالي بنجاعته وصحته. وربط المنهج، بهذا المعنى الذي نريد أن نفهمه به، بالتأويل ليشكلا معا اصطلاح منهج (مناهج) التأويل؛ يحملنا على تحديد هذا الاصطلاح، في ضوء ما يجري به العمل في الفقه الكلاسيكي على الأقل والقضاء من مناهج تأويل العقود، بأنه مجموع الإجراءات المتداخلة ذاتيا والتي يمكن استخدامها من أجل معاينة أو شرح أو مد أو تضييق أو تصحيح عبارة معينة في العقد وذلك في الحدود التي يفترض فيها أن هذه النتيجة مناسبة لمعنى العبارة المؤولة على هذا النحو: انظر فيما يشبه هذا التحديد، على سبيل المثال:

- Enrique Pedro Haba : Le langage juridique et interprétation envisagés sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétation des lois thèse pour le doctorat de spécialité (philosophie du droit), Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (paris II), 1976, pp. 58 et 67.
- « Rationalité et méthode dans le droit ». in archives de philosophie du droit, tome 23 : Formes de rationalité en droit, Sirey, 1978, p 269.
- Yann Paclot : Recherche sur l'interprétation juridique, ISSN: 0294-1767, doctorat d'état, 88/PAO2/TO69,A.N.R.T. Université de Litte III, 1988, N° 28, p. 23.

- انظر أيضا: علي إدريس: مدخل إلى مناهج البحث العلمي لكتابة الرسائل الجامعية، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985، ص. 48 و50. -مصطفى أبو ضيف أحمد: منهج البحث التاريخي بين الماضي والحاضر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط.1. 1987 ص. 7.

[2]- "إن الألفاظ التي ينطق بها، حسب تلخيص ابن رشد، هي دالة أولا على المعاني التي في النفس، والحروف التي تكتب هي دالة أولا على هذه الألفاظ": ابن رشد: تلخيص كتاب العبارة: حققه محمد قاسم، راجعه وأكمله وقدم له وعلق عليه تشارلس بتروث وأحمد عبد المجيد هريدي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1981، ص. 57 رقم 2.

التساؤلات الضابط الذي على هديه تسطر الحدود التي ينبغي أن تتوقف عندها هذه العلاقة التي بين اللفظ والمعنى.

وإذا ما انطلقنا من الوظيفة الفردية للعقد، وهي وظيفة لا تتقيد إلا بمصالح المتعاقدين في حد ذاتها وتنفض الطرف مبدئيا عما يكون لهذا العقد من دور اجتماعي، أمكن لنا إرجاع التساؤلات التي تثيرها علاقة اللفظ بالمعنى من حيث الزاوية التي ينظر منها إليها إلى ما يلي:

هل ينبغي أن ينظر إلى العلاقة التي بين اللفظ والمعنى من زاوية صاحب الكلام الملقي للفظ أم من زاوية المخاطب بالكلام المتلقي للفظ أم من زاوية ما للكلام المتلفظ به في حد ذاته من المعنى الموضوعي دون إعطاء أي اعتبار لربط هذا الكلام بمن ألقاه أو تلقاه، أو من زاوية يكون المبدأ فيها هو علاقة اللفظ بمعناه الموضوعي المجرد مع الأخذ في الاعتبار، إن اقتضت الضرورة ذلك إما صاحب الكلام الملقي للفظ وإما المخاطب بالكلام المتلقي، وكل هذا من أجل التخفيف من الموضوعية المجردة التي تطبع علاقة اللفظ بالمعنى؟

إن اعتماد النظر إلى العلاقة التي بين اللفظ والمعنى من زاوية دون أخرى مما مر بنا من الزوايا يشكل معيارا مرجعيا إليه يعود أمر ارتسام العلاقة وبه تنضبط حدود نفس هذه العلاقة. ورسم العلاقة وكذا ضبطها في ظل هذا المعيار المرجعي أو ذاك يعتمد على أساليب أو أدوات ليس من الضروري أن تكون خاصة به. بمعنى أن معيار المخاطب بالكلام المتلقي وإن اختار استعمال كافة الأساليب أو الأدوات المعتمدة مثلا في مرجع (معيار) صاحب الكلام الملقي؛ فإن وحدة الأساليب أو الأدوات، ليس من اللازم، أن ينجر عن استعمالها الوصول إلى نتيجة واحدة (تأويل واحد). ومن هنا تظهر أهمية المعيار المرجعي في التأثير على النتيجة (التأويل). لا بل الأكثر من هذا فإن أهميته تكمن في الدور المزدوج الذي يضطلع به: فدوره الأول يتمثل في اعتباره الأسلوب الأصلي، طالما ظل ما أسميناه بالأساليب أو الأدوات في متناول المعايير المرجعية الأخرى. كما أن دوره الثاني تبلوره النتيجة التي يتوصل إليها كأسلوب والتي لا تخرج في آخر المطاف عن تطبيق نفسه وتحقيق ذاته.

إن ما نعنيه بمناهج التأويل في هذا الصدد، هو اعتماد معيار مرجعي دون آخر بالمفهوم المار بنا كأسلوب أصيل وأصلي عنه تتفرع باقي الأساليب أو الإجراءات التي يبحث بها عن المعنى.

16- وحتى لا نتمادى في الانسياق مع ما يمكن أن يعد عيبا، عند البعض، في التحليل القانوني المطبوع بالنظرة العملية التي لا تستسيغ الجري وراء التأملات أو القراءات النظرية؛ حسبنا أن نشير إلى أن المعيار المرجعي الذي ظل سائدا، على

مستوى القانون أو القضاء أو الفقه[1]، في رسم العلاقة التي بين اللفظ والمعنى منذ أن ظهر بالنسبة إلى العقود مشكل التأويل القانوني في القانون الروماني، هو مرجع صاحب الكلام المتلفظ به. وعندما أريد تجسيم هذا المعيار المرجعي صُوِّر المتكلم من خلال مجموعة من الأوصاف قيل بأنها تلتصق به. ومن هذه الصفات نطق الألفاظ وفقا للمعاني الموضوعة لها. ومن الآثار المنجرة عن هذه الصفة أن المعاني التي للألفاظ لا تختلط في ذهن المتكلم ولا يقصد بكل لفظ نطق به إلا معنى معينا مغايرا للمعاني التي للألفاظ الأخرى ويرمي من ورائه إلى ابتغاء نفس معنى اللفظ لا تكرار وتأكيد معنى لفظ آخر.

ولقد جعلت هذه الأوصاف أصولا[2] لا يتلمس معيار صاحب الكلام المتلفظ به إلا من خلالها فقيل مثلا إن الأصل في الكلام الحقيقة، وإن الأصل في الألفاظ الانفراد بالمعنى لا الاشتراك فيه، وإن الأصل في الألفاظ التباين لا الترادف، وإن الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد.

ولقد اقتضى الحفاظ على هذه الأصول المبلورة لمعيار صاحب الكلام المتلفظ به، من أنصار هذا المرجع الاستعانة بمجموعة من الأساليب أو الأدوات التي لا تخرج في آخر المطاف عما كان مألوفا في ضبط التواصل اللغوي وفهمه من أدوات النحو والمنطق[3].

17- فأما أداة النحو إنما تستعمل للوقوف على المعنى المباشر للفظ. ويكون التأويل هنا تأويلا لفظيا (Interprétation ex verbis)[4] لأنه يقتصر على حرفية اللفظ ليستخلص منه معناه النحوي. وهذا هو المعنى الأصلي أو الحقيقي بالوضع أو

---

[1]- تفاديا للتعميم الذي قد يفضي إلى تشويه حقيقة الأمور وواقع المجريات؛ فإننا، في إشارتنا إلى القانون أو القضاء أو الفقه، لا نقصد إلا ما يتموضع في محيطه ق.ل.ع.م. من أصوله (مصادره).

[2]- نستعمل هنا كلمة "أصول" بمعنى الأدلة لا بمعنى ما منه الشيء أي المصدر.

[3]- وهذا على فرض التمييز بين النحو كمجموعة من القواعد التي يخضع لها تنظيم الألفاظ وتركيبها للدلالة على معنى هذه الألفاظ في تنظيمها وتركيبها أي النحو كعلم تنصب دراسته على ضبط قواعد اللغة، وبين المنطق كمجموعة من القواعد العقلية التي تحكم العلاقات المنطقية بين الأفكار بغرض استخراج فكرة جديدة من هذه العلاقة أي كعلم يعنى بضبط قواعد الفكر: انظر على سبيل المثال، في هذا الصدد: علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1977، ص. 43 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 48. – محمد فتحي الشنيطي: أسس المنطق والمنهج العلمي، دار النهضة العربية، بيروت، 1970 ص. 27 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 32. والحقيقة، فإن متتبع الأدوات النحوية والمنطقية المألوفة في التأويل القانوني لا يسعه إلا أن يردد، فيما يرجع إلى أدوات النحو والمنطق التي يعنيها رجال القانون، مع أبي حيان التوحيدي: "إن النحو منطق لغوي، والمنطق نحو عقلي.". عن محمد فتحي الشنيطي: المرجع قبله، ص. 32.

[4]- انظر التأويل اللفظي في القانون الروماني، على سبيل المثال في:

- Bernard Vonglis : Sententia legis –Recherches sur l'interprétation de la loi dans la jurisprudence classique –thèse, Sirey, 1967, pp 30 à 69.

- ولقد ذهب فونكليس إلى أن هذا التأويل اللفظي هو الوحيد الذي كان سائدا في القانون الروماني إلى بداية القرن الثاني ق.م.: نفس المرجع، ص. 195 الهامش 4.

العرف اللغوي. وأما أداة المنطق فتستخلص المعنى المطلوب في التأويل من سياق اللفظ. ويكون التأويل هنا تأويلا سياقيا[1] (Interprétation ex sententia). والمعنى المتوصل إليه هو المعنى المناسب للفظ. وهو أحد المعاني التي تسمح بها الاحتمالات المنطقية للفظ: إنه المعنى غير المباشر أو التبعي وهو غير غريب عن اللفظ.

18- وما ينبغي التنبيه إليه أن التمييز بين المنهج النحوي و/أو الحرفي وبين المنهج المنطقي لم يكن واضح المعالم، إذا ما صدقنا إنريكي بيذرو هابا (E.P. Haba)، إلا عندما عالج سافينيي هذا التمييز لأول مرة في ميدان تأويل القانون[2]. أما قبل ذلك فلم تكن لهذا التمييز أية أهمية، حسب فونكليس، إذ كان المهم أن يتم التأويل على وفق قناعة المؤول بفاعلية أحدهما دون الآخر أو بضرورة تضافر المنهجيين معا في هذه الفاعلية[3]. وإذا كان البعض أمثال فرانسوا جيني (F. Gény) ينتقد هذا التمييز ويعتبره أمرا اعتباطيا،إلا أنه مع ذلك لا ينفي وجودهما بل ويحسبهما متكاملين[4].

والقول بتكامل المنهجين لا يمنع من معالجة كل منهما بمعزل عن الآخر. وإذا كانت معالجة المنهج المنطقي ستضفر بحصة الأسد بالمقارنة مع دراسة المنهج الحرفي النحوي؛ فإن ذلك يرجع من جهة إلى الأهمية التي يوليها إياه الدارسون وإلى ما ستتيحه هذه الدراسة المستفيضة من الفرصة التي ستمكننا من الذهاب إلى أن المنهج المنطقي لا يكرس في آخر المطاف إلا المنهج الحرفي النحوي من جهة أخرى. وعليه فإننا نرى تخصيص باب مستقل لكل من المنهجين في هذا القسم على النحو التالي:

- **الباب الأول: المنهج الحرفي النحوي للتأويل.**
- **الباب الثاني: المنهج المنطقي للتأويل.**

[1]- انظر في هذا التأويل السياقي: فونكليس:المرجع قبله، من ص. 118 إلى 199.

[2]- إب. هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقق منهجية لتأويل التشريع: مرجع سابق، ص. 182.

[3]- بيرنارد فونكليس: سياق القانون –أبحاث حول تأويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي: مرجع سابق، ص. 200.

[4] - François Gény : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,tome premier,seconde édition revue et mise au courant, nouveau tirage, L.G.D.J, 1954 pp. 32 et 276.

انظر في هذا السياق أيضا:

R. Von Ihering : L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son développement : traduit sur la 3ème édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, tome III, Paris 1877, PP. 138-140.

الباب الأول :
المنهج الحرفي النحوي للتأويل

19- يثير ما نسميه بالمنهج الحرفي النحوي للتأويل عدة تساؤلات منها ما يرجع إلى تعريفه لاختيار التسمية الملائمة ومنها ما يعود إلى نطاق تطبيقه.

وإذا كانت دراستنا، في هذا الصدد، ستنصب على محاولة الإجابة عن هذه التساؤلات؛ فإن ملاحظة هيمنة هذا المنهج على عملية التأويل القضائي منذ بدئها إلى الفراغ منها بتحرير الحكم أو القرار القضائي، يدفعنا إلى محاولة تتبع هذه العملية القضائية للتأكد من الحدود التي تبقى فيها الملاحظة السابقة صادقة.

وعليه فإننا نرى معالجة هذا الباب في الفصلين التاليين:

- **الفصل الأول:تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه ونطاق تطبيقه.**
- **الفصل الثاني: مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل القضائي.**

الفصل الأول :
تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه ونطاق تطبيقه

20- إن حرفية هذا العنوان تتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه.**
- **الفرع الثاني: تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث نطاق تطبيقه.**

الفرع الأول :
تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه

21- لقد كانت التسمية الملائمة للمنهج الذي نحن بصدد معالجته مثار خلاف كبير بين الفقهاء.

ومع ذلك نرى في البداية، وقبل التطرق إلى هذا الاختلاف، أن نوضح كون الاختلاف المقصود هنا –في التسمية– لا نعني به ذلك الاختلاف الراجع إلى إيثار

اصطلاحات أخرى بديلة وناجمة عن الانتقادات الموجهة للفقه التقليدي بسبب اقتصاره على ثنائية المنهج النحوي/المنطقي كما يقول جيني الذي فضل التمييز –إذا كان لابد من هذا التمييز كما يقول- بين التأويل بصيغة النص (L'interprétation par la formule du texte) وبين التأويل بعناصر أجنبية عن الصيغة (L'interprétation par des éléments étrangers à la formule)[1].

إننا نعني بالاختلاف في تسمية المنهج الذي نحن بصدده ذلك المثار من قبل دارسي هذا التمييز الكلاسيكي بين الحرفي و/أو النحوي والمنطقي ويتعلق بالتساؤل حول ما إذا كان اصطلاح المنهج الحرفي مرادفا لاصطلاح المنهج النحوي أم أن كلا منهما متميز عن الآخر[2].

22- وقبل التعرض لموقف المهتمين بهذا التساؤل نشير أيضا إلى أن هذه التسمية غير معروفة كاصطلاح متداول في الكتابات الفقهية العربية. ويكفي، للتأكد من هذا الأمر، إلقاء نظرة على المؤلفات المعالجة لأصول الفقه؛ قديمها كمتن جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي الشافعي بشرح الجلال شمس الدين محمد ابن أحمد المحلي وحاشية البناني[3]، أو مفتاح الوصول في علم الأصول لأبي عبد الله

[1]- ف. جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي: مرجع سابق،ج.1. رقم 100 ص. 276. – والحقيقة فإن جيني لا يتنكر للمنهجين السائدين في الفقه التقليدي (النحوي والمنطقي) إذ نجده يعتمدهما معا فيما أسماه بالتأويل بصيغة النص ولكنه يشترط إعمالهما في البحث عن الإرادة الحقيقية بكاملها من مضمون النص نفسه (ج.1 رقم 98 ص. 265، ورقم 101 ص. 276 و277 و283، ورقم 102 ص. 284 وما بعدها). ويبقى إعمال هذين المنهجين سليما طالما انحصر دورهما في استخلاص المعنى البديهي والمناسب لحقيقة الإرادة كما يبلورها النص. ولكن إذا ما استعملا – وبالدرجة الأولى إذا ما استعمل المنهج المنطقي – في البحث عن الإرادة المحتملة فهنا سيكون الاستعمال تعسفيا (ج.1 رقم 101 ص. 281)، لأنه عندما لا يقع اكتشاف الإرادة الحقيقية فمعنى ذلك أن الإرادة غائبة بالفعل أو غير كافية الوعي بنفسها (ج.1 رقم 98 ص. 265، رقم 106 ص. 301، رقم 107 ص. 313). ومتى كان الأمر كذلك، وجب الامتناع عن اللجوء إلى الإرادة المحتملة، ووجبت، بالمقابل وسدا للنقص الحاصل، الاستعانة في التأويل بعناصر أجنبية عن الصيغة (ج.1 رقم 103ص. 287 وما بعدها، رقم 106 ص. 302 و303).

[2]- انظر على سبيل المثال:

- Jules Gauguier : De l'interprétation des actes juridiques, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1898, p. 73 et s.
- Fritz Bosshart : L'interprétation des contrats, thèse , Imprimerie S.A. leemann frères & Cie, Zurich 1939, p. 102 et s.

- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، أطروحة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، رقم 48 ص. 80 وما بعدها.

[3]- الاصطلاح المعتمد في كل من متن السبكي وشرحه وحاشيته هو المنطوق. غير أن الدلالة التي أعطيت لهذا المنطوق جعلته من جهة ينطبق على ما يعرف في الاصطلاح الغربي بالمنهج النحوي و/أو الحرفي كما ينطبق من جهة أخرى على جانب كبير مما يدخل في إطار ما يسمى بالمنهج المنطقي كما سنرى فيما بعد: انظر: عبد الرحمن بن جاد الله البناني المالكي: حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي وبهامشها تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربيني، دار الفكر، بدون تاريخ الطبع، ج1. ص. 235 وما بعدها.

محمد بن أحمد المالكي[1]،وحديثها كأصول الفقه لمحمد أبو زهرة[2]، أو علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف[3] أو تفسير النصوص في الفقه الإسلامي لمحمد أديب صالح[4]. وإذا كان البعض أمثال وحيد الدين سوار[5] قد اعتمد الاصطلاح التفسير الحرفي، فلا نرى هذا الاعتماد إلا من باب ترجمة الاصطلاح المتداول في الفقه الفرنسي أو على الأقل استخلاصه من الممارسات السائدة في المذهب الحنفي في ميدان طرق الدلالة في ضوء الاصطلاح المتداول في الفقه الفرنسي.

وبمناسبة الحديث عن الترجمة نشير في الأخير إلى أن بعض الكتابات المعاصرة قد أثرت ترجمة الاصطلاح الفرنسي "المنهج الحرفي أو النحوي" بالتفسير اللغوي[6].وإذا كان من شأن هذا الاصطلاح العربي أن يبلور مدلول الاصطلاح الفرنسي الأصلي، إلا أنه يبقى مع ذلك اصطلاحا فضفاضا وغير محدد إذ يمكن أن ينطبق حتى على ما يعرف بالمنهج المنطقي مادام أن هذا الأخير بدوره يتصل بألفاظ العقد، كما سنرى، أي بصيغة النص بمفهوم جيني المار بنا.

[1]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي الشريف التلمساني: مفتاح الوصول في علم الأصول، دار الكتاب العربي بمصر، ط.1، 1382هـ -1962م. –وعلى الرغم من عدم الإشارة، في هذا المؤلف، صراحة إلى اصطلاح المنطوق؛ إلا أنه يبقى هو المعتمد إذ يستفاد من معالجته لاصطلاح المفهوم ("دلالة القول بمفهومه" ص. 112 وما بعدها) الذي يمكن أن يقابله المنطوق. ولكن هنا أيضا لا ينطبق المنطوق في مداه المدى الذي للمنهج النحوي أو الحرفي في الفقه الغربي وإنما يتجاوزه ليستغرق الجزء الاكبر من المنهج المنطقي: انظر ص. 54 وما بعدها من نفس هذا المرجع: "في الدلالة على متعلق الحكم".

[2]- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958. –ويساير أبو زهرة الأسلوب المعتمد لدى الحنفية في معالجة: "الدلالات": دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء (الأرقام من 130 إلى 135 في ص. من 139 إلى 144). ويرى أن هذه الدلالات، بما فيها دلالة النص، "مأخوذة من اللفظ" ولذلك يصح أن تسمى هذه الدلالات في مجموعها بدلالة المنطوق (رقم 140 ص. 147).

[3]- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عشرة، الكويت، 1978. ولقد عالج عبد الوهاب خلاف كافة طرق الدلالة تحت عنوان "في القواعد الأصولية اللغوية" كما هي مألوفة لدى الحنفية: انظر ص. 140 وما بعدها من نفس المرجع.

[4]- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة، أطروحة، مطبعة جامعة دمشق، ط.1، 1964. – ولقد تناول محمد أديب صالح بالدرس في الباب الثاني (من القسم الأول) المعنون ب "طرق دلالة الألفاظ على الأحكام" كلا من منهج الحنفية ومنهج المتكلمين في طرق الدلالات (ص. 337 وما بعدها). ولم يستعمل في هذه المعالجة إلا الاصطلاحات المألوفة لدى الحنفية وهي دلالة العبارة ودلالة الإشارة إلخ.... على النحو المار بنا (انظر نفس المرجع، ص. 341 وما بعدها) أو الاصطلاحات المألوفة لدى المتكلمين كالمنطوق (نفس المرجع، ص. 437 وما بعدها). ونفس هذا الأسلوب نجده معتمدا، على سبيل المثال، لدى طاهر سليمان حمودة في مؤلفه: دراسة المعنى عند الأصوليين، الدار الجامعية للطباعة النشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ الطبع: ص 147 وما بعدها وص. 152 وما بعدها.

[5]- وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة بالفقه الغربي، أطروحة ط.1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960: الأرقام من 585 إلى 587 في ص. من 563 إلى 565 وكذا رقم 584 في ص. 563. وهذا التفسير الحرفي في نظر المؤلف إما تفسير بالمعنى الضيق، ويكون كذلك عندما يتم الاقتصار على قواعد النحو والاستعمال اللغوي، أو تفسير بالمعنى الواسع وهو الذي يأخذ في الاعتبار جانب القصد والاعتداد بالعرف: نفس المرجع، رقم 582 ص. 559 ورقم 583 ص. 561 وما بعدها.

[6]- انظر على سبيل المثال: عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 80.
–عبد الحميد الشواربي: المشكلات العملية في تنفيذ العقد. –دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص. 61

23- إذا ثبت ما سبق، قلنا فيما يرجع إلى التساؤل عما إذا كانت العلاقة بين المنهج الحرفي والمنهج النحوي علاقة ترادف أم تباين؟:إن بعض الفقهاء أمثال دومولومب[1] نظروا إلى هذه العلاقة على أنها علاقة ترادف بمعنى أن المنهج الحرفي والمنهج النحوي لهما نفس المعنى.

غير أن البعض الآخر ينظر إلى هذه العلاقة على أنها علاقة تباين؛ بمعنى أن المنهج الحرفي مغاير في المعنى للمنهج النحوي على الرغم من أن المنهجين معا، وعلى العموم، يرتبطان بالألفاظ وبمعانيها العادية والمعتادة[2].

فالمنهج الحرفي يعني حسب كوكييه أن المطالب بإعماله، وهو القاضي، لا ينبغي عليه في أي حال من الأحوال أن يبتعد عن ألفاظ التصرف وعن معناها الجاري، حتى في الحالة التي يبدو فيها النزاع جديا ومن شأنه أن يحمل القاضي على الاقتناع بأن اللفظ لا يعبر بالضبط عن الفكرة المتوخاة في العقد[3].

---

[1]- حسب دومولومب: "الفصل 1156 [مدني فرنسي] يقضي، في البداية، بأنه لا ينبغي التمسك بالمعنى الحرفي للألفاظ؛ بالمعنى النحوي كما قال بوتييه، إنهما عبارتان لهما نفس المعنى....":

-C. Demolombe : cours de code Napoléon – Livre Troisième.- Titre troisième : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général –Volume 25 : traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome deuxième, Paris, 1869, N° 4, p. 4.

- ومن الذين يستعملون الاصطلاحين بنفس المعنى، كما يظهر من كتاباتهم، نذكر أيضا على سبيل المثال: - فونكليس: المرجع السابق، ص. 61 و105 و198 و200. – فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1 رقم 14 ص. 31 ورقم 15 ص. 32 ورقم 100 ص. 276. – يان باكلو: المرجع السابق، رقم 21 ص. 15. – إينريكي بيذرو هابا: المرجع السابق، ص. 179 و181 و182 و185 و186. – ومع ذلك ينبغي التنبيه إلى أن هابا، على الرغم من تسويته في المعنى بين الاصطلاحين إلا أن الاصطلاح الذي يتبناه في دراسته يجمع بينهما على النحو التالي: المنهج الحرفي – النحوي (méthode littérale grammaticale): انظر على سبيل المثال عنوان الباب الثاني من القسم الثاني من نفس المرجع ص. 181. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 48 ص.81.

- M.P. Fabreguettes : La logique judiciaire et l'art de juger, L.G.D.J, Paris, 1914, pp. 378 note 2 sous 418, 419.

[2]- انظر على سبيل المثال: - كوكييه: المرجع السابق، ص. 73 وما بعدها – فريتز بوسهارت، المرجع السابق، ص. 102. – عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 61.

[3]- كوكييه: المرجع السابق، ص 74. ويرى كوكييه أن المنهج الحرفي بهذا المعنى يطابقه ما يعرف، في الغالب، بالتأويل اليهودي (interprétation judaïque). فهذا التأويل اليهودي ينبغي أن ينظر إليه على أنه مرادف للمنهج الحرفي (الهامش 2 فس ص. 74). لا بل الأكثر من هذا فإن كوكييه يميز بين التأويل الحرفي كمنهج، ومعناه ما سبق، وبين التأويل الحرفي كنتيجة. وهذا الأخير يحتمل معنيين: المعنى الأول هو تأويل نص التصرف (العقد) على نحو مطابق تماما للمعنى القطعي (rigoureux) لألفاظه (ص. 74). وبهذا المعنى تكون اللفظتان (التأويل) و(الحرفي) المكونتان لاصطلاح التأويل الحرفي متناقضتين لأن التأويل الحرفي الدال على الأفضلية الواجب منحها في جميع الحالات للألفاظ على حساب الإرادة غير المعبر عنها هو نفي للتأويل نفسه باعتبار أن التأويل هو، بالتحديد، البحث عن هذه الإرادة من أجل تغليبها عند الحاجة على التعبير. وهذا المعنى الأول للتأويل الحرفي كنتيجة ينجم عن إعمال التأويل الحرفي كمنهج. أما المعنى الثاني للتأويل الحرفي كنتيجة فيتمثل في ذلك التأويل الذي بعدما يعمد القاضي إلى البحث عن نية الطرفين، يقرر أن هذه النية ملائمة لتلك المعبر عنها بألفاظ التصرف. وهذا المعنى الثاني يفضي إليه إعمال المنهج النحوي وليس المنهج الحرفي. وإذا كانت النتيجة المترتبة على المنهجين واحدة وهي المعنى الحرفي،

أما المنهج النحوي[1] -حسب كوكييه دائما – فهو الذي يعنى بالألفاظ في حد ذاتها معتمدا في استخلاص معناها على مبادئ النحو وحده [2]. وبعبارة أخرى فإن موضوع المنهج النحوي يكمن في تقدير القيمة المادية للألفاظ والعبارات في ضوء قواعد النحو والاستعمالات اللغوية[3].

24-والواقع أن الجدل الحاصل حول مدى تباين أو ترادف التأويلين الحرفي (كمنهج وكنتيجة) والنحوي (كمنهج) يرجع إلى اختلاف بعض الألفاظ في الصيغة المعتمدة في الفصل 52 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الفرنسي عن الصيغة النهائية لهذا الفصل الذي أصبح يحمل رقم 1156 في مدونة نابليون. فصيغة الفصل 52 من المشروع التمهيدي نقلت بالحرف القاعدة الأولى التي قال بها بوتييه (Pothier) في ميدان تأويل الاتفاقات [4]. ولكن عبارة "المعنى النحوي" (le sens grammatical) [5] الواردة في قاعدة بوتييه تم تغييرها في نفس المشروع التمهيدي بطلب من دفرمون (Defermon) بعبارة "التعابير النحوية" (expressions grammaticales) . وهذه العبارة الأخيرة عدلت من جديد في الجمعية الوطنية

فإن ما يميز المنهج الحرفي عن المنهج النحوي هو أن الأول لا يعتد مطلقا بالإرادة (النية). أما الثاني فيعتد بهذه الإرادة (النية) ولو كان الاعتداد فيه إنما يتم بصفة غير مباشرة وليس بصفة مباشرة كما هو الشأن بالنسبة إلى المنهج المنطقي (نفس المرجع من ص. 75 إلى 77). وهذا التصور هو الذي تبناه بوسهارت أيضا (المرجع السابق، ص. 102). ولقد استخلص منه، انطلاقا من كون التأويل يهدف إلى البحث عن الإرادة، أنه عند الحديث عن منهج التأويل يستحسن استعمال مصطلح المنهج النحوي بدل مصطلح المنهج الحرفي. – كما نجد نفس التصور عند عبد الحميد الشواربي (مرجعه السابق، ص. 61) إذ يقول إن:"..... التفسير الحرفي.... يلتزم فيه المفسر حرفية ما ورد في التعبير، وفيه تهمل كل فكرة للتفسير إذ لا اعتبار إلا لما نص عليه حرفيا".

[1]- حسب يان باكلو (المرجع السابق، رقم 1 ص. 15 الهامش 1) فإن عبارة "تأويل نحوي ترجع إلى القرن 18م. وقد ظهرت أول الأمر عند إيرنوست (Ernest) ثم اعتمدها بعده إكهار (Ekhard) ليقصد بها البحث عن معنى الألفاظ.

[2]- كوكييه : المرجع السابق ص.75.

[3]- كوكييه: المرجع السابق، ص.76 و113 والهامش 1 في ص.114.

-ونفس هذا التحديد للمنهج النحوي نجده عند فريتز بوسهارت إذ يذهب (في مرجعة السابق، ص.103) إلى أن المنهج النحوي(أو التأويل الفقهي) يتمثل موضوعه في تحديد معنى الألفاظ بالاعتماد على قواعد النحو وتراكيب الجمل دون إيلاء أي اعتبار للبحث عن العلاقة بين الفكرة والتعبير. ولقد جاء عند الشواربي أيضا(في مرجعه السابق،ص.61) أن التفسير اللغوي" "يقصد به تحديد معاني الألفاظ وفق ما يجري به تركيبها اللغوي بغير أن تعنى إطلاقا بأية صلة بين التعبير والتفكير فيه ".- وعلى الرغم من أن عبد الحكم فودة (في مرجع السابق، رقم 47 ص.80) لم يميز بين التأويل الحرفي والتأويل النحوي إلا أن التعريف الذي أورده لما أسماه بالتفسير اللغوي لا يخرج عن هذا المعنى. فلقد ذهب إلى أن: "التفسير الذي يعتمد في تحديد معاني الألفاظ على العرف اللغوي وقواعد النحو والصرف دون التقيد بالفكرة الحقيقية المخفية خلف التعبير". هو التفسير اللغوي.

Edouard de Callataÿ : Etudes sur l'interprétation des conventions, établissements Emile Bruylant, Bruxelles et Librairie du recueil Sirey Paris, 1947, n°26 p. 61 et N° 17 P. 35.

- انظر أيضا: يان باكلو: المرجع السابق، رقم 244 ص. 277.

[5]- تنص القاعدة الأولى لبوتييه على أنه: "يجب ، في الاتفاقات، البحث (rechercher) عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين أكثر من المعنى النحوي للألفاظ." عن دوكالاطاي : المرجع قبله ، رقم 16 ص.30.

بالعبارة التي نقرأها في الفصل 1156 مدني فرنسي وهي كالتالي: "...بدل الوقوف عند المعنى الحرفي (le sens littéral) للألفاظ[1].

والظاهر أن ما دفع دفرمون إلى طلب تغيير عبارة "المعنى النحوي" ب "التعابير النحوية" يكمن، ربما، في إجلائه الغموض الذي قد يشوب عبارة بوتييه "المعنى النحوي"؛ إذ قد يفهم منها، إلى جانب معناها المألوف، ضرورة الانطلاق في التأويل من الفكرة بدل الانطلاق من اللفظ. وهذا الأمر من شأنه أن يجر إلى الانطلاق من النية المحتملة والحال أن النية المعبر عنها بوضوح هي التي يجب البدء بها. وبعبارة أخرى فإن دفرمون أراد رفع الالتباس الذي قد يدفع بالمؤول، انطلاقا من الفكرة، إلى البدء بالمنهج المنطقي الموصل إلى النية المحتملة بدل المنهج النحوي الموصل إلى النية الحقيقية أي معنى الألفاظ في حد ذاتها[2]. ولذلك طلب اعتماد عبارة "التعابير النحوية" للتأكيد على أن العبرة في التأويل إنما هي للألفاظ وفقا للمعاني التي لها في حد ذاتها لا بالأفكار. واستخدام المنهج النحوي هو الذي يجعل هذه الألفاظ متى كانت واضحة تعبر عن النية الحقيقية للمتعاقدين.

أما التعبير الثاني الذي طرأ على عبارة بوتييه فلا نعتقد أنه يرجع إلى الفرق الذي لمسته لجنة التشريع بين التأويل الحرفي والتأويل النحوي كما يقول كوكييه[3]. إنه يعود إلى عدم انسجام الألفاظ الأولى في صيغة الفصل 52 من المشروع التمهيدي (أي في قاعدة بوتييه) مع اقتراح دفرمون. فهذا الفصل ورد فيه أنه: "يجب، في الاتفاقات، البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين...." ولفظة "البحث" لا تتلاءم مع العبارة المقترحة في التعديل الأول أي "التعابير النحوية" وذلك لأن التعبير (اللفظ) أمر ملموس وما هو ملموس لا يبحث عنه ولذلك عدلت ب "المعنى الحرفي" للانسجام الموجود بين "البحث" و"المعنى". أما نسبة "الحرفي" إلى "المعنى" فلا يفيد أكثر من عدم الخروج في المعنى المطلوب عن ذلك المعنى الكامل المتبادر إلى الذهن بمجرد سماع عبارة أو قراءتها. وبطبيعة الحال فإن المعنى المتبادر إلى الذهن معناه الفهم العادي والكامل للعبارة. ولا يمكن أن يتصور فهم عادي وكامل بدون اخضاع العبارة،عند فهمها،لقواعد النحو،ولو كان صاحب العبارة جاهلا بهذه القواعد، باعتبار أن فهم الناس كلامهم يخضع لضوابط يحصل تلقيها ولو عن غير وعي مع تلقي ألفاظ اللغة وتراكيبها. وما القواعد النحوية إلا قراءة وكشف عن هذه

[1]- دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 27 ص. 63 و65؛ ورقم 28 ص. 66.

[2]- لقد استخلصنا هذه القراءة مما قاله دفرمون في مناقشات الجمعية الوطنية نقلا عن المرجع السابق لدوكالاطاي، رقم 27، ص.63. وقوله كالتالي: "إن المعنى الحرفي الذي لا يمثل إلا الأفكار الواضحة يجب تفضيله عن مجرد قرينة للنية. وبوضع الإرادة المعبر عنها بوضوح موضع التساؤل، يتم الوصول، في الغالب، إلى تغليب نية الطرفين بدعوى تلمسها على نحو أفضل".

[3]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 73 و74.

الضوابط التي كانت عفوية قبل أن تصبح عالمة بجردها وإطلاق اصطلاح قواعد النحو عليها[1].

25- ولعل عدم التمييز بين المنهجين الحرفي والنحوي هو الذي حمل كلا من أوبري ورو (Aubry et Rau) إلى إيراد التعريف المعتبر -كما يقول هابا- نموذجيا في الفقه التقليدي[2]. ويذهب إلى أن ".... التأويل النحوي هو ذلك الذي يتمسك، في تحديد المعنى الحقيقي لنص غامض أو ناقص، بالاستعانة باستعمالات اللغة وقواعد تراكيب الجمل[3].

غير أن هذا التعريف لم يسلم من الانتقاد إذ يرى فيه البعض، أمثال ثيبرييانو (Cipriano)[4]، خلطا بين المنهج النحوي (أي قواعد تركيب الجمل) (syntaxe) وبين المنهج الدلالي (sémantique) (أي استعمالات اللغة). وبعد التذكير بأن النحو والدلالة يشكلان معا جزءا من اللسانيات (la linguistique)، نجد ثيبرييانو يؤكد على أن النحو يهتم بالبنية الشكلية للغة (الشونيز أي علامات التنقيط، التراكيب الممكنة للألفاظ إلخ....) بخلاف الدلالة فإنها لا تهتم إلا بمعنى (مضمون) الألفاظ. وإذا كان من شأن المنهج الدلالي أن يختلف باختلاف التخصصات فإن المنهج النحوي واحد بالنسبة إلى كافة هذه التخصصات إذ ليس هناك نحو قانوني وآخر طبي أو غير ذلك. إن المنهج النحوي يبقى حاضرا خلال عملية التأويل بكاملها وإن تمت مساعدته بمناهج أخرى كالمنهج الدلالي. ويصل ثيبرييانو إلى الخلاصة التي مفادها أنه عندما يتم استبعاد المعنى القطعي (أي المعنى المتبادر إلى الذهن) لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستبعاد لا يشكل هجرا للمنهج النحوي: ففي هذه الحالة يقع التخلي عن التأويل الحرفي (الدلالي) للألفاظ ليس إلا. ومن هنا لا ينبغي الخلط بين هذين المنهجين المتكاملين في تحديد المعاني.

[1]- إن تصوري هذا لكيفية تلقي قواعد تنظيم الجمل وتراكب الألفاظ لم يصدر عن معرفة عالمة باللسانيات وإنما عن مجرد حس فطري. ومع ذلك فإنه يرتبط بذلك التساؤل المطروح منذ القديم: هل يمكن وضع قواعد النحو بدون اللجوء إلى المعنى؟: انظر فيمن يقول بأن طرح السؤال بهذه الصيغة غير صحيح: نعوم شومسكي: البنى النحوية، ترجمة يوئيل يوسف عزيز، مراجعة مجيد الماشطة، منشورات عيون، الدار البيضاء، 1987، ص. 123 وما بعدها.

[2]- إب. هابا: المرجع السابق، ص. 183.

[3]- أوبري ورو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا، ج.1 الطبعة السادسة بعناية بارتان، باريس، 1936. فقرة 40 ص. 242: عن المرجع السابق لهابا، ص 183. – ولقد عمد كوكييه أيضا إلى ذكر تعريف أوبري ورو في الهامش 1 من ص. 76 من مرجعه السابق، بعدما ارتأى تبنيه ولكن على وفق الصيغة التالية: "التأويل النحوي- كمنهج- هو ذلك التأويل الذي، أمام النزاع المقتصر على القيمة نفسها التي للألفاظ يتمسك في حسم النزاع، بالاعتبارات ذات الطابع المادي المحض والداخلة في ميدان النحو وتراكيب الجمل أكثر من دخولها في ميدان الفلسفة والقانون".

[4]- ثيبرييانو (نيسطور أميلكار): التشريع والكلمة، من أجل مراجعة منهج لتأويل التشريع -بالاسبانية- بوينوس آيريس، 1968: عن هابا الذي لم يشر إلى صفحات مؤلف ثيبرييانو: المرجع السابق، ص. 184 وما بعدها.

26- ويذهب هابا إلى أن انتقادات تيبربيانو صائبة. ومع ذلك فإنها لا تمس جوهر المشاكل التي يصطدم بها تحديد الطرق الموصلة إلى التأويل الحرفي. فالمشكل لا يكمن في التسمية؛ إذ سواء أطلقنا عليه اصطلاح المنهج النحوي أو المنهج الحرفي، فإن هذا المنهج يبقى، بالأساس متمسكا بالمسائل ذات الطابع الدلالي. وعندما يُتساءل عن تحديد المعنى النحوي للعبارة أو عندما يتساءل عما إذا كان من الأفضل التغاضي عن هذا المعنى في حدود؛ فإن النقاش لا يدور، على العموم، حول تطبيق قواعد النحو بالمعنى المضبوط وإنما حول القيمة الدلالية لهذه العبارة المتنازع في معناها. وهذا لا يعني أنه يمكن التغاضي عن النحو في فهم العبارات[1]. وبعد التأكيد على أن أمر التساؤل عن التسمية الواجب إطلاقها على المنهج (المنهج الحرفي أو المنهج النحوي)، هو مجرد أمر اصطلاحي ليس له بعد عملي؛ ارتأى هابا أن يتبنى اصطلاح المنهج الحرفي –النحوي ويعتمد فيه التعريف الذي قال به دي باسكييه (Du pasquier) وهو أن هذا المنهج: "يتمثل في استخلاص المعنى المضبوط للفصل المعني [للعبارة المعنية[2]] من الألفاظ ذاتها ومن وضعها في الجملة وقواعد التركيب اللغوي بل وحتى من شونيزها [أي علامات تنقيطها: ponctuation]"[3].

27- وعلى الرغم من الدقة التي يتصف بها هذا التعريف في نظر هابا بالمقارنة مع التعاريف الأخرى المارة بنا؛ إلا أننا لا نرى فيه أي خروج عن التعريف الذي قال به كل من أوبري ورو أو ذلك الذي خص به كوكييه المنهج النحوي[4]. فتعريف هابا –وهو تعريف دي باسكييه- يعني في عمقه أنه على فرض تصور التمييز بين المنهجين نظريا، إلا أن تطبيقهما عمليا يتم على وجه التكامل المبعد للتمييز إن لم يكن على وجه التداخل.

وعليه، فمن هذه الزاوية العملية على الأقل، نرى أنه لا فرق بين اصطلاح منهج التأويل الحرفي ومنهج التأويل النحوي. وحتى إذا ما بالغنا في تدقيق الاصطلاحات، وقلنا إن منهج التأويل الحرفي هو الذي يهتم بالألفاظ في حد ذاتها –أي على

[1]- هابا: المرجع السابق، ص. 185 وما بعدها.

[2]- ما جاء بين معقوفين من إضافتنا التي توخينا منها جعل التعريف يتلاءم أيضا مع تأويل العقود وليس فقط مع تأويل التشريع الذي اهتم به كل من هابا ودي باسكييه قبله.

[3]- كلود دي باسكييه: مدخل للنظرية العامة ولفلسفة القانون، الطبعة الرابعة، باريس، 1967 رقم 197 ص. 185: عن هابا: المرجع السابق، ص. 201. وانظر ما يؤكد اعتماد هابا هذا التعريف في نفس مرجعه: ص. 196 و210 و414 و424.

[4]- يتأكيد كوكييه في تعريفه المار بنا على أن المنهج النحوي يتمسك بالاعتبارات ذات الطابع المادي المحض الداخلة في ميدان النحو وتراكيب الجمل؛ يكون قد أورد في هذا التعريف، وربما عن غير وعي، ذلك التعريف الذي يخصص للمنهج الحرفي ليقتصر على معاني الألفاظ في ذاتها: فهذه المعاني هي المتسمة بالطابع المادي ولفظة الاعتبارات التي أوردها كوكييه في تعريفه هي هذه المعاني.

انفرادها- خارج تراكيبها وأن منهج التأويل النحوي يهتم بهذه الألفاظ في تراكيبها وليس بها في حد ذاته؛ فإن ما ينبغي الالتفات إليه هو كون المبدأ في العقود أنها من التصرفات القولية –بغض النظر عما إذا كان هذا القول منطوقا أو مكتوبا-. والقول التعاقدي لا يدل على معنى إخباري، بما حصل من العقد في تكوينه وآثاره، إلا عندما تركب الألفاظ في جملة على الأقل إن لم يكن في جمل كما يشهد بذلك واقع تحرير العقود. وهنا، على فرض حصول النزاع في معنى أحد الألفاظ المكونة للجملة فإن معناه لا يمكن أن يتحدد إلا في ضوء وضعه التركيبي في الجملة وهذا على الرغم من النظرة المنطقية القاضية بأنه "لا سبيل إلى فهم التركيب دون فهم الأشياء المركبة"[1]؛ لأن اللفظ المنظور إليه على انفراد من التركيبة التي ورد فيها، أكيد أن، له معنى مستقلا بذاته، ولكن اعتماد هذا المعنى بعزل اللفظ عن التركيبة المدرج فيها يجعل هذا اللفظ والمعنى الذي له في ذاته محايدين ساكنين وبالتالي غير إخباريين[2]. وهذا يتنافى مع طبيعة العقد أو غايته التي تقتضي الانحياز والحركية. ولا انحياز ولا حركية في اللفظ إلا إذا ورد في تركيبة مع الألفاظ الأخرى التي بها يصبح القول جازما في تمامه[3]. وهذا هو المقصود بالتصرفات القولية[4].

28- وهكذا نستطيع أن نكرر، وخلافا للقائلين بعلاقة التباين بين المنهج الحرفي والمنهج النحوي، أن المنهجين لهما نفس المعنى بالنظر إلى تكاملهما بل وتداخلهما. غير أنه، حتى نتمكن من تفادي ما أثاره الاقتصار على إطلاق اصطلاح دون آخر من اللبس، نرى أن نعتمد اصطلاح المنهج الحرفي النحوي للتأويل على غرار ما آثره إ.ب. هابا، كما مر بنا، وأن نقصد به ذلك المنهج الذي، وإن كان يرتكز في العملية المفضية إلى التأويل أي إلى المعنى المطلوب على قواعد النحو وصيغها الزمنية (الصرف) إلا أنه ينطلق في هذه العملية من المعاني التي للألفاظ في حد ذاتها بالنظر إلى وضعها أو استعمالها. فهل لهذا المنهج نطاق محدد يعمل فيه؟ هذا ما سنراه بعده.

[1]- انظر في هذه القولة: ابن رشد: تلخيص كتاب العبارة: مرجع سابق، ص. 64 رقم 12.

[2]- يقول ابن رشد في مرجعه المشار إليه قبله (ص 58 رقم 3): "والصدق والكذب إنما يلحق المعاني المعقولة والألفاظ الدالة عليها متى ركب بعضها إلى بعض أو فصل بعضها عن بعض. وأما متى أخذت مفردة فإنه ليس تدل على صدق ولا على كذب". ولق أوضح، في نفس المرجع، أن الصدق والكذب يتصف بهما القول الجازم (ص. 67 رقم 17). والقول الجازم من القول التام (ص. 66 رقم 16).

[3]- إن النظر إلى معنى اللفظ في ضوء التركيبة التي يجيء فيها، لا يعني أن يجيء المعنى بالضرورة مغايرا لمعناه الدال عليه في حد ذاته أي منظورا إليه على انفراد.

[4]- قد يقال إن التصرفات كما تكون قولية تكون أيضا فعلية. ولكن هنا ينبغي أن ننبه، فيما يرجع إلى التصرفات الفعلية، إلى أن الذي يعتد به في هذه التصرفات ليس هو الفعل في حد ذاته وإنما ما يفيده من القول. فهذا هو بعض المقصود بما جرت العادة على الإشارة إليه في الكتابات القانونية بالعربية بالتعبير الضمني المقابل للتعبير الصريح. وسنعود إلى ثنائية التعبير الضمني والتعبير الصريح في القسم الثالث من هذه الدراسة.

الفرع الثاني :
تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث نطاق تطبيقه

29- على الرغم من الاختلاف الذي عرفه هذا المنهج فيما يرجع إلى تسميته وتعريفه؛ فإن غالبية المساهمين في مناقشة هذا الاختلاف ممن ذكرنا هم من قبل يقرون بندرة إعمال هذا المنهج وبالتالي الضيق الشديد لنطاق تطبيقه. فعبد الحكم فودة يرى أنه: "يقل اللجوء إلى هذه الطريقة[1] في التفسير لضيقها وقعودها عن تحقيق الغرض الحقيقي من التفسير[2]. وهذه الفكرة هي نفسها التي سبق لكوكبيه أول الأمر[3] ثم بوسهارت[4]، بعدئذ، أن أكداها من قبل.

والحالة الوحيدة التي تدخل في نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي –وهي "حالة ليست كثيرة الوقوع" بتعبير عبد الحميد الشواربي[5] –هي تلك التي أوردها كوكبيه، أول الأمر، وتتمثل في الحالة التي لا يكون فيها تعارض بين الطرفين المتنازعين إلا فيما يرجع إلى المعنى العادي (النحوي) للفظ معين في العقد إذ قد يحصل أحيانا أن يدعي أحد المتنازعين، دون تمسك منه بإبهام تعبير معين أو عدم كفايته أو وروده على سبيل المجاز، أن المعنى الذي يدافع عنه خصمه للفظ معين ليس هو المعنى الطبيعي كما يفهم ذلك علما (أي من خلال قواعد النحو) وعادة (أي من خلال استعماله اللغوي)[6]. وبعبارة أخرى فإن الطرفين قد يكونان متفقين على أنهما أرادا فعلا استعمال لفظ معين وفقا لمعناه النحوي أو الاصطلاحي (القانوني)، ولكن أحد الطرفين، بإثارته النزاع في شأن هذا اللفظ، يولد شكا حول معناه المضبوط حول معناه الذي هو في حد ذاته خارج أي تأويل. ففي هذه الحالة يكون على القاضي، في حسمه للنزاع أن يستعمل المنهج الحرفي النحوي[7].

والحقيقة، إذا كان من الجائز التسليم بندرة حدوث المثال المضروب لحالة التنازع حول المعنى العادي للفظ في الواقع العملي؛ فليس على أساس أنه الإطار

[1]- ويعني ب "الطريقة" المنهج الذي نحن بصدد الحديث عن نطاق تطبيقه.
[2]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 49 ص. 81.
[3]- كوكبيه: المرجع السابق، ص. 77.
[4]- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 103.
[5]- عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 61.
[6]- كوكبيه: المرجع السابق، ص. 55.
[7]- كوكبيه: المرجع السابق، ص. 76. – ويجدر التذكير بأن كوكبيه من أنصار التمييز بين المنهج الحرفي والمنهج النحوي ولذلك نجده يقتصر على ذكر هذا المنهج الأخير دون الأول. كما ننبه إلى أن نفس المثال الذي ضربه كوكبيه لتوضيح نطاق تطبيق المنهج النحوي نجده عند كل من بوسهارت (مرجعه السابق، ص. 103) وعبد الحكم فودة (مرجعه السابق، ص. 81 و82) وعبد الحميد الشواربي (مرجعه السابق، ص. 61).

الوحيد الذي يستخدم فيه المنهج الحرفي النحوي أي الفرضية الوحيدة التي تشكل نطاق تطبيق هذا المنهج:

30- فندرة حدوث المثال المضروب في الواقع العملي يرجع، في تقديرنا، إلى الغاية المتوخاة من رفع النزاع، المتعلق بتأويل العقد، أمام القضاء. وترمي هذه الغاية، بالنسبة لكل طرف من طرفي النزاع، وفي آخر المطاف، إلى حمل القاضي على الاقتناع بجعل العقد ينتج آثاره على وفق المعنى الذي يتمسك به ذلك الطرف المقنع للقاضي. وهو في تمسكه بهذا المعنى قد يقتصر على المعنى العادي للفظ أو العبارة إذا كان هذا المعنى يخدم مصلحته. أما إذا لم يكن الأمر كذلك، فلاشك أنه سيتجاهله ولو حصل الاتفاق فعلا عند إبرام العقد على أن المراد من استعمال لفظ معين هو معناه العادي ما لم ترد الإشارة في العقد صراحة إلى هذا الاتفاق على المعنى العادي للفظ[1]. ولكن هنا أيضا فإن الواقع العملي يشهد على استبعاد مثل هذه الإشارة الصريحة –وإن كان ليس هناك ما يمنع من إيرادها في العقد– لأن الممارسة التعاقدية وإن كان الغالب فيها أنها تتم بالقول؛ إلا أن اهتمام المتعاقدين ينصب فيها على المصالح التي يمكن أن تنجر لهم عن إبرام العقود أكثر من اهتمامهم بالضوابط اللغوية التي ينبغي أن يتقيدوا بها في أقوالهم ومعانيها المعتادة.

31- وعليه إذا كانت ندرة تحقق المثال المضروب قبله في الواقع العملي لا تعكس –في العمق– اقتصار نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي عليه؛ فإن تحديد نطاق التطبيق هذا يستحسن الانطلاق فيه من تعريف المنهج ذاته.

وتعريف هذا المنهج، لا يخرج، وعلى الرغم من تعدده وعدم وحدته على الأقل في الظاهر عند الفقهاء كما مر بنا، وفي آخر المطاف، عن تلك العملية التي يتوصل بها إلى دلالة اللفظ أو العبارة من خلال الاستعانة من جهة بالمعنى الموضوع للفظ (وهو معناه الحقيقي في اللغة أو القانون) أو معناه المألوف في استعمالاته اللغوية (وهو معناه العادي أو المعتاد) ومن جهة أخرى، على سبيل التداخل والتكامل من

[1]- صحيح أن الاتفاق على المعنى العادي يمكن التمسك بحصوله في العقد ولو لم يشر إليه صراحة فيه. وهنا إذا ما استخلصه القاضي من العقد ضمنا كنا أمام التأويل. أما إذا لم يتمكن من ذلك فلابد حينئذ من إثباته بالشهادة كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من الفصل 444 من ق.ل.ع.م. ولكن السماح بالإثبات بالشهادة في هذا الصدد معناه أن اللفظ غامض في دلالته على الإرادة. ومتى تمسك كل طرف بمعنى معين لهذا اللفظ جاز لنا في هذه الحالة أن نقول إن التعارض حصل بين إرادتي المتنازعين وهذا يتنافى مع الحالة التي ضرب لها المثال المشار إليه في المتن والذي قدم لبلورة حالة عدم التعارض بين إرادتي الطرفين المتنازعين.
ويجدر التنبيه إلى أن هذه المناقشة اقتضاها ما ذهب إليه كوكبيه ومن تبعوه ليس إلا. أما الحقيقة فإن التمسك بالمعنى العادي لا يحتاج إلى إقامة الدليل عليه إذ منه ينطلق القاضي من حيث المبدأ في فهم العقد إلى أن يثبت خلاف ذلك. وهو في فهمه هذا يكون قد قام بما سنسميه فيما بعد بالتأويل المستتر والمقنع.

خلال الاستعانة بقواعد الصرف والنحو في تراكيب الجمل السائدة في اللغة التي أبرم بها العقد أي لغة التعاقد[1].

إن هذا التعريف يبرز صراحة المعايير التي يتبلور بها المنهج الحرفي النحوي كما أن الوظائف التي يضطلع بها هذا المنهج يمكن أن تستفاد من نفس التعريف. ولذلك نرى أن نحاول تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي في ضوء المعايير التي يتبلور بها من جهة وكذا في ضوء الوظائف المنوطة به من جهة أخرى، في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال المعايير المبلورة له.**
- **المبحث الثاني: تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال الوظائف المنوطة به.**

المبحث الأول :
تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال المعايير المبلورة له

32- إن التعريف الماربنا يكسب المنهج الحرفي النحوي طابعا خاصا من شأنه أن يميزه عن بقية مناهج التأويل الأخرى. وتجسد هذا الطابع المعايير التي ينادي بها للوصول إلى المعنى. وهي ترتد في آخر المطاف إلى معيارين هما معيار دلالة اللفظ في لغة التعاقد ومعيار قواعد الصرف والنحو في نفس اللغة.

والحقيقية أنه إذا كان إعمال المعيار الأخير لا يثير مشاكل حادة[2]، فإن المعيار الأول (دلالة اللفظ في لغة التعاقد) هو عين المشكل؛ إذ الأخذ بهذه الدلالة يقتضي التساؤل عن مناسبة المعنى للفظ؟ كما أن الجواب بوجود هذه المناسبة بين اللفظ والمعنى يدفع من جديد إلى التساؤل عما إذا كانت هذه المناسبة كافية أم لا؟ ثم إن

[1]- إن لغة التعاقد قد تكون في نفس الوقت لغة العقد وقد لا تكون كذلك كما هو الشأن بالنسبة إلى الحالة التي يبرم فيها العقد بلغة (كالدارجة المغربية أو إحدى مظان اللغة الأمازيغية) ثم يتم تحريره بلغة أخرى كالفرنسية أو اللغة العربية المقارنة على الأقل مع مظان اللغة الأمازيغية. وفهم المنهج الحرفي النحوي في ضوء تعريفه الوارد في المتن يقتضي في حالة تعارض لغة التعاقد، وهي الأصل في إيجاد وإنشاء العقد، مع لغة العقد، وهي فرع تابع لا يتوخى منه إلا إثبات (بيان) الأصل، تغليب لغة التعاقد على لغة العقد. ونعتقد أن الفصل 427 من ق.ل.ع.م. المتعلق بالالتزامات التعاقدية للأمي تسير في هذا الاتجاه إذ إنه لا يعتد بلغة العقد غير الرسمي متى كان الموقع على العقد جاهلا بها ولم يتم تنفيذه على وجه الاختيار الخالي من كل غلط. انظر في شأن الأمي فقرة 297 بعده.

[2]- إ.ب. هابا: المرجع السابق، ص. 185 وما بعدها و196 و424.

القول بكفاية المناسبة أو عدم كفايتها يتوقف على النظرة التي يجب أن يتقيد بها الباحث عن المناسبة. فما نراه من المعنى مناسبا للفظ قد لا يكون كذلك بالنسبة إليك. والمعنى الذي نجد مناسبته للفظ تامة الكفاية قد تلمس فيه مناسبة ناقصة وغير تامة الكفاية. وكل التساؤلات التي يثيرها اعتماد معيار الدلالة للفظ في اللغة لا يمكن حلها إلا في ضوء معيار مرجعي أسمى يهتدى به في إعمال معيار دلالة اللفظ في لغة التعاقد. وهذا المعيار المرجعي هو الذي تتحدد به معالم دلالة اللفظ في اللغة وبه ترتسم الحدود التي يتوقف عندها إعمال المنهج الحرفي النحوي وبالتالي نطاق تطبيق هذا المنهج.

33- وتوضيحا لهذا التصور بموقف ق.ل.ع.م. من المنهج الحرفي النحوي وتحديد نطاق تطبيقه نقول إن الفصل 462 منه في فقرته الأخيرة يشير إلى التأويل الحرفي النحوي كنتيجة لا كمنهج لأن المقصود فيه هو المعنى لا الوسيلة الموصلة إلى هذا المعنى. ومع ذلك إذا كان هذا المعنى الحرفي -كنتيجة- يمكن التوصل إليه حتى باستعمال منهج آخر غير المنهج الذي نعالجه في هذا الصدد؛ إلا أن هذا المعنى يبقى من مميزات المنهج الحرفي النحوي. ولذلك نستطيع أن نقول إن الفصل 462 من ق.ل.ع.م. قد تبنى هذا المنهج ولكنه حصر استعماله على الحالة التي تكون فيها الإرادة واضحة. وهذه الأخيرة تكون كذلك عندما تتوفر لهذه الألفاظ الصراحة في المعنى. وهذا هو المقصود بالفصل 461 من ق.ل.ع.م.

غير أن الفصل 461 يمنع التأويل عندما تكون الألفاظ واضحة بينة أي صريحة. ومتى كان الأمر كذلك، ألا يعد الجزم بامتناع التأويل في حالة وضوح الألفاظ والقول باعتماد المنهج الحرفي النحوي في هذه الحالة ضربا من التناقض؟

الواقع أن التناقض هنا ظاهر. وربما هو الذي حمل من ضرب المثال المار بنا قبله على القول بندرة إعمال المنهج الحرفي النحوي. ومع ذلك لنقف عند الفصل 461 من ق.ل.ع.م.: فهو يمنع التأويل عندما تكون الألفاظ واضحة بينة المعنى. ولكن من سيحسم في كون هذا اللفظ واضحا بينا أي صريحا؟ وما هو الأسلوب الواجب اعتماده للوصول إلى هذه النتيجة المانعة من التأويل؟

إن الفصل 461 من ق.ل.ع.م. لا يجيب عن هذين السؤالين صراحة. ومع ذلك فإن فهمه في ضوء دلالة اقتضائه[1] يسمح لنا جوابا عن السؤال الأول "بالقول إن القاضي هو الذي يناط به أمر الحسم فيما إذا كان اللفظ واضحا بينا (صريحا) أم لا.

[1]- نعني بدلالة الاقتضاء هنا ذلك المعنى المقدر في النص القانوني لأن هذا الأخير يستلزمه ويقتضيه. وعليه إذا كان الفصل 461 من ق.ل.ع.م. ينص على أنه: "إذا كانت ألفاظ التصرف صريحة، فلا محل للبحث عن إرادة صاحبه"، فإن فهم هذا النص من زاوية دلالة اقتضائه يستلزم تقدير محذوف فيه وهو القاضي. ويكون نص الفصل 461 بعد تقدير هذا المحذوف كالتالي: "إذا كانت ألفاظ التصرف صريحة، فلا محل للبحث عن إرادة صاحبه [من قبل القاضي]".

ومن خلال التقريب بين مقتضيات الفصلين 461 و462 في فقرته الأخيرة من ق.ل.ع.م. نستطيع أن نجيب عن السؤال الثاني بكون المنهج الواجب على القاضي اعتماده في اعتبار اللفظ واضحا بينا هو المنهج الحرفي النحوي.

وعليه، فإذا ما استعمل القاضي هذا المنهج للوصول إلى النتيجة المشار إليها في الفصل 461، وهي اعتبار الألفاظ واضحة بينة؛ ألا يكون قد قام بالتأويل عندما يقرر الوضوح والبيان في اللفظ؟ إننا هنا أمام التأويل على الرغم من أن القضاء يتفادى ذكر التأويل في هذه الحالة ويقتصر على تطبيق العقد لمبرر وضوحه. وأمام هذا التهرب القضائي من التصريح بتسمية العملية الذهنية المفضية إلى الاقتناع بالنتيجة المتمثلة في وضوح اللفظ وبيانه؛ حسبنا أن نسمي هذه العملية بالتأويل المستتر والمقنع[1].

وهكذا نستطيع أن نخلص إلى أن أول حالة تدخل ضمن نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي هي حالة اللفظ الصريح أي المعنى الواضح البين.

34- وتعتبر حالة المعنى الواضح البين من الحلول المشهورة التي تم اقتراحها لمعرفة الحدود التي ينبغي أن يتوقف عندها إعمال المنهج الحرفي النحوي[2]. غير أن النظرية التي أصبحت تعرف باقتراحها (أي نظرية المعنى الواضح) لم تنج من الانتقادات[3]؛ ذلك أن الوضوح في حد ذاته أو المعنى المناسب وحده للفظ يحتاج بدوره إلى توضيح بالنظر إلى ارتباطه بالأهداف الموجهة للمؤول وبتصوره للأمور. بمعنى أن الوضوح أو مناسبة المعنى للفظ يختلف باختلاف المعايير المرجعية الموجهة للمؤول: فمن يجعل تحقيق مصلحة المجتمع كمعيار مرجعي أصلي في نظرته إلى الأمور، لاشك أن الوضوح أو المعنى المناسب للفظ سيختلف لديه عمن يجعل معياره المرجعي هو تحقيق المصلحة المحضة للفرد[4]. وبعبارة أخرى فإن من يحدد للعقد وظيفة اجتماعية ستختلف نظرته إلى الوضوح أو المعنى المناسب للفظ عمن يقف عند حد إعطاء العقد وظيفة فردية ليس إلا.

وبالرجوع إلى ق.ل.ع.م.نستطيع أن نقول إن الوظيفة المحددة له، على الأقل عند وضعه، هي وظيفة فردية لأنه لا يهم مبدئيا إلا المتعاقدين (وهذا هو المقصود

[1]- انظر في مثل هذه الفكرة القائلة بالتأويل المتستر والمقنع:
F. Ost : « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur ». in l'interprétation en Droit, Bruxelles, 1978, p 111 et s.

[2]- إب. هابا: المرجع السابق، ص. 418.

[3]- انظر في هذه النظرية والانتقادات الموجهة إليها: إب. هابا: المرجع السابق، ص .284 وما بعدها.

[4]- راجع في هذا المعيار المرجعي الأصلي: فقرة 44 وما بعدها بعده.

بنسبية العقود)[1]. أما مسألة مراعاة القانون أو النظام العام في هذه العقود فلا يقصد بها إلا إلى ضمان التعايش بين الأفراد أنفسهم.

وتتبلور الوظيفة الفردية للعقد، وهي معياره المرجعي الأصلي، في ضرورة مراعاة الإرادة المشتركة للمتعاقدين ليس إلا وهي معيار مرجعي متفرع عن المعيار المرجعي الأصلي ومطبق له.

فهذه الإرادة المشتركة إذن هي المعيار المرجعي التطبيقي الذي ينبغي أن يهتدي بضوئه القاضي عند تأويله العقد. ولكن الإرادة المشتركة كمعيار مرجعي تطبيقي تثير بدورها مشكلا: فهل المقصود بالإرادة المشتركة تلك التي يراها القاضي أم الإرادة المشتركة كما يتمسك بها المتعاقدان كل منهما على حدة بسبب النزاع في شأنها؟

35- إن الجواب عن هذا السؤال في ضوء الوظيفة الفردية الخاصة للعقد من شأنه أن يستبعد اعتماد الإرادة المشتركة من منظور القاضي ولا تبقى بالتالي إلا الإرادة المشتركة المتمسك بها من قبل المتعاقدين: فهذه الإرادة التعاقدية هي المعيار المرجعي التطبيقي. غير أن الإرادة التعاقدية (المشتركة) هي التي تكون محل نزاع في التأويل. فكيف يمكن جعل ما هو غير ثابت وغير مستقر في النزاع معيارا مرجعيا تطبيقيا؟ هنا بإمكان اللفظ أن يتدخل لجعل الإرادة ثابتة ومستقرة ولكن على أساس ألا يعطاه إلا معناه الحقيقي أو العادي والمعتاد: إنه المعنى الحرفي الذي يعتبر المنهج الحرفي النحوي السبيل الأول –ولكنه ليس الوحيد كما مر بنا- للوصول إليه باعتبار أن حرفية المعنى هي المناسبة لفردية الإنسان. وهذه الفردية التي تكتمل ببلوغ الرشد[2] لا تسمح للإنسان أن يتكلم فيما هو مفيد له إلا بالكلام المفيد. والكلام المفيد هو الذي يكون له المعنى المتداول، المألوف بوضعه أو باستعماله. وهو في هذا الكلام –الذي يرمي به إلى الإنشاء والتأسيس مبدئيا لا التكرار والتأكيد- يختار لكل معنى لفظه المناسب كما يختار لهذا اللفظ وضعه المناسب في الجملة[3].

[1]- إذا كانت الاتفاقات الجماعية تعد مثالا نموذجيا للعقود التي تخرج عن مبدأ نسبية العقود، فإن نظرة القضاء في المغرب إلى هذه الاتفاقات وعقود الشغل بصفة عامة لازالت فردية ولذلك نجده لا يميز بينها وبين غيرها من العقود الأخرى في ميدان التأويل.

[2]- إن بلوغ الرشد تكتمل به أهلية التعاقد في الشخص مبدئيا. وإذا كان المقصود بالأهلية المشترطة في صحة التعاقد توفر المتعاقد على قدرة التمييز بين ما هو في صالحه وما هو في غير صالحه فمن باب أولى أن ينصب التمييز على الألفاظ ليختار منها ما يوصله إلى تحقيق مصالحه ودرء المضار عنه.

[3]- إننا لا نرمي بهذا التحليل إلى الدفاع منذ الآن عن أطروحة معينة أو الانحياز إليها؛ وإنما نقدمه كأحد التبريرات المناسبة للتصور الحامل من اللفظ قرينة مبدئية للإرادة. وهو التصور المعتمد في ق.ل.ع.م.

36- هكذا، وفي ضوء المعيار المرجعي التطبيقي المتمثل في ضرورة اعتبار الإرادة من خلال المعنى المباشر (الحقيقي أو العادي والمعتاد) في لغة التعاقد لألفاظ المتعاقدين المعبر بها عنه؛ فإن المنهج الحرفي النحوي هو الذي تعطاه الأولوية في التطبيق للكشف عن الإرادة المقصودة في العقد. والدليل على هذا، أنه حتى عندما يطبق المنهج الآخر والمعروف بالمنهج المنطقي للتأويل كما سنرى، فإن الغرض من تطبيقه لا يكمن إلا في الوصول إلى المعنى غير المباشر للفظ. والحديث عن هذا المعنى غير المباشر يقتضي أولا معرفة المعنى المباشر وبالتالي فإن الحديث عن المنهج المنطقي كما سنرى يقتضي الانطلاق من المنهج الحرفي النحوي. ومن هنا، فإن تطبيق هذا المنهج الأخير، وخلافا لمن يقولون بندرته، هو السائد إما كمنهج وحيد يصبح معه نطاق تطبيقه مستغرقا لعملية التأويل في مجموعها أو على الأقل لإعمال المنهج الآخر بما يفضي إلى تقليص حجم هذا النطاق كما سيتضح لنا ذلك أكثر عند النظر إلى نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من زاوية الوظائف المنوطة به.

المبحث الثاني :
تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال الوظائف المنوطة به

37- إذا جاز التسليم بارتكاز المنهج الحرفي النحوي على المعنى المباشر (الحقيقي أو العادي والمعتاد)في لغة التعاقد للألفاظ المعبر بها عن العقد واعتبار هذا المعنى المباشر قرينة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ فإن المعنى المباشر هو الذي يمكن أن نتلمس من خلاله الوظائف المنوطة بالمنهج الحرفي النحوي. وهي وظائف يمكن استفادتها من دلالة الإشارة في التعريف المار بنا[1].

فاعتماد المنهج الحرفي النحوي على الإجراءات الرامية إلى الكشف عن الإرادة، من خلال المعنى اللغوي الحقيقي أو العادي والمعتاد ومن قواعد هذه اللغة الصرفية والنحوية، معناه ضرورة التقيد باللفظ كمبدأ. وربط مبدأ التقيد في اللفظ بالمعيار المرجعي الأصلي –أساس المنهج الحرفي النحوي- يفضي إلى ضرورة الاقتناع في الكشف عن الإرادة بالمعنى المباشر للألفاظ.

[1]- بمعنى أن عبارات التعريف وإن كانت لا تدل على هذه الوظائف انطلاقا من معناها المباشر إلا أن سياق هذه العبارات يمكن أن تستفاد منها الإشارة إلى هذه الوظائف (المعنى غير المباشر).

38- ومن هنا يمكن تحديد الوظيفة الأولى للمنهج الحرفي النحوي في الاعتداد بالمعنى المباشر الذي يصبح معه المقصود باللفظ وفي نفس الوقت بالإرادة هو المعنى الحقيقي أو العادي والمعتاد أي المعنى الأصلي بالوضع أو بالعرف اللغوي أو القانوني. وهكذا تكون المعادلة كالتالي:

المعنى المباشر = المعنى الحقيقي أو العادي والمعتاد = المعنى الأصلي بالوضع أو بالعرف اللغوي أو القانوني.

وبما أن هذه الوظيفة الأولى هي التي تتطلب من المنهج الحرفي النحوي الوقوف عند المعنى المباشر أو على الأقل البدء بالكشف عنه؛ فإن هذه الوظيفة من جهة طلبها للمعنى المباشر يمكن وصفها بالوظيفة الإيجابية للمنهج الحرفي النحوي.

39- ومن المفهوم المخالف لهذه الوظيفة الإيجابية يمكن القول إن المنهج الحرفي النحوي يضطلع في نفس الوقت بوظيفة سلبية تتمثل في النهي، من حيث المبدأ، عن الأخذ بأحد المعاني غير الحقيقية أو غير العادية وغير المعتادة والتي يمكن أن يحتملها اللفظ. وهكذا تصبح المعادلة بين الوظيفتين الإيجابية والسلبية كالتالي:

الاعتداد بالمعنى المباشر (وظيفة إيجابية) = الامتناع عن المعنى غير المباشر(وظيفة سلبية).

غير أنه لما كانت العبرة في العقود بالإرادة كغاية في آخر المطاف لا كوسيلة فقط؛ فإنه إذا ما تبين تعارض بين هذه الإرادة كوسيلة والإرادة كغاية وجب تغليب الإرادة كنتيجة لأن المأثور أن الأمور بخواتمها وتكمن خاتمة العقد في المراد منه.

وترجمة الإرادة باللفظ معناه أن العبرة في العقود لا تكون بمعانيها المباشرة إلا بالقدر الذي تبلور به في آخر المطاف الأغراض المتوخاة منها.

وعليه إذا ما تبين أن الأخذ بالمعنى المباشر ليس في مقدوره أن يوفي بالمراد، وجب تهذيب المعنى المباشر عن طريق تكملته بما يتناسب من المعنى غير المباشر للفظ مع الغرض المتوخى من العقد.

ويُنْظَر إلى اللفظ في هذه الحالة على أنه ناقص الوضوح في دلالاته بمعناه المباشر على كامل الغرض المتوخى من العقد. ومتى تعذر تهذيب المعنى المباشر بتكملته وجب حينئذ الإقلاع عنه والأخذ بدله بالمعنى غير المباشر للفظ والمناسب للغرض المتوخى من العقد.

وسواء أُخِذ بالمعنى غير المباشر كتكملة لنواقص المعنى المباشر أو أُخِذ بالمعنى غير المباشر كبديل لكل المعنى المباشر؛ فإن المعنى غير المباشر يصبح هو المعنى المناسب للفظ بالنظر إلى مناسبة هذا المعنى للغرض المتوخى من العقد.

40- وعندما يتم الأخذ بالمعنى غير المباشر أي بالمعنى المناسب (عن طريق المنهج المنطقي كما سنرى)؛ فإن الوظيفة السلبية للمنهج الحرفي النحوي المانعة من الأخذ بالمعنى غير المباشر، تجعل هذا المنهج يضطلع بدور الموجه إلى أقرب المعاني الأخرى التي يحتملها اللفظ مناسبة للإرادة كغاية وبالتالي الأقرب مناسبة للفظ المعتبر مظنة لهذه الإرادة. وفي هذه الحالة تكتسي الوظيفة السلبية للمنهج الحرفي النحوي طابع الوظيفة التوجيهية.

وبموجب هذه الوظيفة التوجيهية، فإن المنهج الحرفي النحوي لا يتوقف دوره عند الاعتراف بقصور المعنى المباشر على بلورة الغرض الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، وإنما يتجاوزه لتحديد نطاق هذا القصور ببيان الحدود التي يبقى فيها المعنى المباشر صالحا من جهة، ومن جهة أخرى لتوجيه المنهج المنطقي -الذي يتدخل للإصلاح الجزئي أو الكلي لما هو فاسد في المعنى المباشر- إلى سبله (إجراءاته) المنطقية التي ينبغي البدء بها في عملية إصلاح المعنى قبل غيرها.

فالوظيفة التوجيهية للمنهج الحرفي النحوي هي التي تجعل المنهج المنطقي، في تقديرنا، يبدأ مثلا في البحث عن المعنى المناسب للفظ المتنازع في تأويله بالإجراءات المنطقية المرتبطة بالعقد من داخله كالمقارنة بين بنود العقد قبل التفكير في تنفيذ الإجراءات المنطقية المرتبطة بالعقد من خارجه كظروف التعاقد. كما تدفع الوظيفة التوجيهية للمنهج الحرفي النحوي، بالمنهج المنطقي في حالة النزاع حول المسكوت عنه في العقد، إلى الاقتصار على تلمس العلامات أو القرائن اللغوية المؤكدة أو النافية لوجود التماثل بين المنطوق والمسكوت.

41- هكذا، وكخلاصة لكل ما سبق في شأن البحث عن نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي، فإننا، خلافا للفكرة القائلة بندرة تطبيق المنهج الحرفي النحوي والذي ينجر عنه بالضرورة تقلص شديد في نطاق تطبيقه، نستطيع أن نقول إن المنهج الحرفي النحوي يظل هو السيد في ميدان تأويل التصرفات وبالدرجة الأولى العقود منها في ضوء المعيار المرجعي الأصلي المتمثل في حصر وظيفة العقود في تكريس النظرة الفردية المحضة لها أو تلطيفها أحيانا وعند الضرورة ببعض الاعتبارات الاجتماعية: ذلك أن القاضي -بالأساس- عندما يتبين له أن المعنى المباشر للألفاظ يطابق حقيقة المراد من العقد، فإن نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي يستغرق عملية التأويل في مجموعها؛ وإن كان التأويل في هذه الحالة لا يعترف به صراحة ولذلك أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع.

وعندما يتبين للقاضي، بالمقابل، أن المعنى المباشر لا يطابق حقيقة المراد من العقد؛ فإن البحث عن المعنى المناسب للفظ يقتضي منه الاستعانة بالمنهج الحرفي النحوي لأنه هو الذي يرسم له الحدود التي ينبغي الأخذ فيها بالمعنى غير المباشر والحدود التي لا ينبغي الخروج عنها في الأخذ بالمعنى المناسب (أي غير المباشر).

وهذا معناه أن المنهج الحرفي النحوي هو الذي يحدد الإطار الذي ينبغي أن يُعمل فيه بالمنهج المنطقي. وفي إعمال القاضي للمنهج المنطقي، فإنه يستهدي في الطرق المنطقية الواجب البدء بها قبل غيرها بنفس المنهج الحرفي النحوي. ومن هنا تبدو أهمية هذا المنهج الأخير، على عكس من يقولون بندرة إعماله في الواقع العملي. وستتضح هذه الأهمية أكثر من خلال الوقوف، في الفصل الموالي، على المكانة التي يحتلها المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل القضائي انطلاقا من الشروع فيها ووصولا إلى الفراغ منها بتحرير الحكم أو القرار القضائي.

الفصل الثاني :
مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويـــل القضائي

42- إن معاكسة المألوف في موقف أغلب الفقهاء –ويذهب كما مر بنا إلى أن نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي جد ضيق ونادر- من شأنها أن تبقى مجرد رأي لا أساس له إذا لم يوضع هذا الرأي المعاكس على محك المسار الذي تمر به عملية التأويل القضائي. ولذلك فإن البحث عن مؤيدات لموقفنا هو الذي دفع بنا إلى تخصيص فصل مستقل لمكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل. ولكن ماذا نعني بعملية التأويل القضائي التي نريد أن نتلمس فيها مكانة المنهج الحرفي النحوي؟

إن عملية التأويل القضائي نعني بها التطبيق الفعلي من طرف القضاء للتأويل. وبهذا المفهوم يمكن أن نسميها بالتأويل النافذ (L'interprétation effectuante) كما فعل لادرييير[1] أو بالتأويل العملي (L'interprétation opérative) على غرار ما آثره جيرزي فروبلفسكي (Jerzy Wroblewski)[2].

وبما أن التأويل النافذ أو العملي يكن احتراما خاصا للنص القانوني أو التعاقدي يكاد يصل في بعض الأحيان إلى درجة التقديس؛ لذلك فإنه لا يخرج في آخر المطاف عما يعرف بالتأويل الهيرمينوطيقي (herméneutique) في علوم اللغة[3].

والظاهر أن هذا التأويل النافذ أو العملي أو الهيرمينوطيقي يحصل في الممارسة القضائية على نحو يكاد يكون عفويا. غير أن محاولة عقلنته ستسمح من جهة بمحاولة تلمس الترتيب الذي يتبعه القاضي أثناء مباشرة عملية التأويل في التوجيهات التي يتقيد بها، كما ستسمح من جهة أخرى بتقطيع عملية التأويل في حد ذاتها إلى مجموعة من المراحل التي تبدأ بمعاينة القاضي للغموض في النص العقدي وتنتهي

[1] - J. Ladrière : « Le rôle de l'interprétation en science, en philosophie et en théologie » in science, philosophie et foi, Paris, 1974, p 214 :
عن فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع": مقال مشار إليه في السابق، ص. 103.

[2] - Jerzy Wróblewski : « L'interprétation du Droit : Théorie et idéologie » in Archives de philosophie du Droit, tome 17 : L'interprétation dans le droit, Sirey, 1972, P. 54.

[3] - André Jean Arnaud : « Le médium et le savant : signification politique de l'interprétation juridique ». in Archives de philosophie du droit, tome 17, Sirey, 1972, p. 169.
- ويقول أرنو في نفس المرجع والصفحة أن قاموس ليتري (littré) يعرف لفظة "الهيرمينوطيقي" على النحو التالي:
« qui interprète les textes sacrés...., se dit aussi, en jurisprudence, de l'interprétation des sources du droit ».

بصياغة المعنى القضائي – لما هو غامض في النص العقدي- في الحكم أو القرار القضائي.

ولقد قدم جيرزي فروبلفسكي تصورا عقلانيا لما أسماه بالتأويل العملي للنص القانوني[1] يجعل هذا التأويل جديرا بحمل صفة العلمي.

ولاشك أن الانطلاق من اقتراح مثل هذا التصور لفهم عملية التأويل القضائي فيما يخص الأولويات التي يراعيها القاضي في إعمال توجيهات التأويل؛ هو الذي سيمكننا من الوقوف على المكانة التي يحظى بها المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل. وهذه المكانة ستتجلى بصورة أوضح عند محاولة تطبيق التصور المقترح لفهم عملية التأويل على الممارسة القضائية المغربية.

وهكذا فإننا سنعالج هذا الفصل الثاني في الفرعين التالين:

- **الفرع الأول: التصور المقترح لفهم التوجيهات المسترشد بها في عملية التأويل القضائي.**
- **الفرع الثاني: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل.**

الفرع الأول :
التصور المقترح لفهم التوجيهات المسترشد بها في عملية التأويل

43- يستطيع القاضي حسم النزاع المتعلق بالتأويل بإعطاء موضوع النزاع مدلولا لغويا يتمثل في المعنى اللغوي المباشر والناتج، في العادة كما مر بنا، عن استخدام معايير المنهج الحرفي النحوي. غير أنه بالمقابل، يستطيع حسم النزاع المذكور بالاعتماد على معنى لغوي غير مباشر ينجم عن استعمال أساليب المنهج المنطقي على النحو الذي سنراه في الباب الثاني بعده[2]. وهنا تكون الدلالة اللغوية هي المعنى المناسب للمطلوب تأويله من اللفظ أو العبارة أو البند في العقد. وهذه المناسبة وإن كانت تصبغ بحيلة الإرادة المشتركة للمتعاقدين المفترضة أو المحتملة

[1]- انظر هذا التصور العقلاني في مقاله المشار إليه في السابق حول: "التأويل في القانون: النظرية والإيديولوجية"، ص. 60 وما بعدها.

[2]- إذا كنا سنتحدث، في التصور المقترح لفهم عملية التأويل، عن المنهج المنطقي أيضا على الرغم من أننا لن ندرسه إلا فيما بعد؛ فلأن المعالج في هذا الصدد هو عملية التأويل في مجموعها.

إلا أن ما يقتضيها في الواقع هو إعمال مفاهيم المنطق الصوري (الشكلي) أو غير الصوري.

وكذلك فإن القاضي يستطيع، حسما للنزاع، أن يعتمد عند الضرورة القصوى دلالة اجتماعية لا تفيد أكثر من إلصاق المعنى الذي يجعل رد الفعل الاجتماعي يرتاح له وإن لم يكن هذا المعنى يهم إلا الطرف المتمسك به في النزاع التعاقدي. والدلالة الاجتماعية بهذا المفهوم تكون هي المعنى غير المباشر لموضوع النزاع أي المعنى المناسب له في ضوء الاعتبارات الاجتماعية الملحة التي أملته وتستعمل في استخلاصه –بل ويبرر ب –أساليب ما يسمى- كما سنرى في حينه – بمنهج المنطق غير الشكلي[1].

44- إن القاضي عندما يسند معنى مباشرا لموضوع النزاع فكأنما يغلب اللفظ على الفكرة التي قد تستفاد منه. وبالمقابل عندما يؤثر معنى غير مباشر فكأنما يغلب الفكرة على اللفظ. غير أن عملية التفضيل بين المعنيين، المباشر وغير المباشر، تحتاج إلى موجه يرشد القاضي إلى ما ينبغي تفضيله؛ إذ أن ما يسمى بمناهج التأويل بالمفهوم المتعارف عليه يقف دورها عند تحديد المعاني. وتعدد المعاني يحتاج إلى ترجيح. ولا ترجيح بدون مرجح. وهذا المرجح يتمثل فيما أسماه فروبلفسكي بإيديولوجية التأويل[2] وأطلقنا عليه من قبل اصطلاح المعيار المرجعي الأصلي.

ولا يقف دور المعيار المرجعي الأصلي عند تحديد الأهداف المتوخاة من وضع قانون التعاقد والعقود الممكن إبرامها في إطار احترام هذا القانون؛ وإنما يتجاوزه

[1]- لا يمكن أن توصف اللغة، باعتبارها أداة للتواصل الاجتماعي، إلا بالاجتماعية. ويقتضي هذا الوصف أن يكون اللفظ في مدلوله ودلالته اجتماعيا أيضا على أساس أن المجتمع هو الذي يلصق باللفظ مدلوله أو دلالته. وينجر عن هذا الأمر أن المعنى المباشر للفظ هو بالضرورة معنى اجتماعي. هذا صحيح، ولكن يجدر التنبيه إلى أن الدلالة الاجتماعية المذكورة في المتن نحصر معناها في تلك التي يرتاح لها المجتمع المعاصر للزمان الذي تعرض فيه النازلة أمام المحكمة أو على الأقل للزمان الذي يحصل فيه تنفيذ العقد المستمر بالأساس ككراء منفعة الشيء أو منفعة الأدمي. وعليه فبهذا المفهوم، سيكون المقصود بالمعنى اللغوي المباشر، إذا كان لابد من الإلحاح على اجتماعية هذا المعنى أيضا، هو المعنى المفهوم لدى المجتمع الذي أطلق لفظا معينا الدلالة عليه حقيقة (وهذا هو معنى اللفظ بالوضع) أو المعنى الذي ارتأى المجتمع إضافته إلى المعنى الأول ويعتاد استعماله فيه إما توحده أو مع الأول بشرط تغليب الثاني الذي يصبح هو المتبادر إلى الذهن عند سماع اللفظ الدال عليه.

ويمكن أن نماثل المقابلة التي نقيمها بين المعنى اللغوي المباشر والدلالة الاجتماعية بالمقابلة بين الماضي والحاضر، بين النقل والعقل، بين الأصالة والمعاصرة أو الحداثة إلخ... والخلاصة أن الدلالة الاجتماعية نعني بها ذلك المعنى المتوصل إليه بفهم اللفظ في ضوء السياق الاجتماعي (المعنى الاجتماعي المناسب) لا بفهم اللفظ من خلال المعاني التي له في ذاته (المعنى اللغوي الحقيقي) أو التي يحتملها بالنظر إلى سياقه اللغوي (المعنى اللغوي المناسب). انظر في مزيد من التوضيح فقرة 58 وما بعدها بعده.

[2]- جيرزي فروبلفسكي: "التأويل في القانون: النظرية والإيديولوجية". مقال مشار إليه في السابق، ص. 63 و65 و67 – انظر أيضا في نفس الاتجاه: أندري –جان أرنو: "الوسيط والعالم: الدلالة السياسية للتأويل القانوني". مقال مشار إليه أنفا، ص. 166.

ليطال الأساليب الموصلة إلى مراعاة هذه الأهداف وتحقيقها في نفس الوقت. ولا تتمثل هذه الأساليب إلا فيما يسمى بمناهج التأويل.

ولكن بما أن الإيديولوجية قد تم تسييجها بالميدان السياسي، وهذا الأخير يوجد في يد السلطة السياسية (التشريعية)، وأن ميدان القانون في تطبيقه (من طرف السلطة القضائية) مستقل عن الميدان السياسي بموجب ما يسمى بمبدأ فصل السلط الرامي في آخر المطاف إلى الحفاظ على النظرة العامة للوجود التي تقررها السلطة السياسية (التشريعية)؛ لذلك فإنه من المنطقي أن يختفي ما أسميناه بالمعيار المرجعي الأصلي ولا تبقى بادية للعيان إلا المعايير القانونية الدالة عليه. وهذه الأخيرة لا تتمثل في آخر المطاف إلا في مناهج التأويل. ومع ذلك فإن هذه المعايير (مناهج التأويل) الظاهرة على المستوى القانوني ليس في مقدورها أن تتنكر لحقيقة أصلها الإيديولوجية ودلالتها السياسية؛ إذ إلى هذا الأصل يتم الاحتكام حينما تستدعي ضرورة اعتماد المعنى غير المباشر (المناسب) للفظ أو العبارة الأخذ في الحسبان للاعتبارات الاجتماعية أو الأخلاقية المكرسة في المعيار المرجعي الأصلي.

وإذا سلمنا بأن المعيار المرجعي الأصلي المغربي يتمثل بالدرجة الأولى في ضمان الثبات والاستقرار والأمن لقانون التعاقد وبالتالي للعقود غير المخلة به (الفصل 230 من ق.ل.ع.م)، وهذا معناه ضمان الثبات والاستقرار والأمن لبقاء الإيديولوجية الفردية المختارة للمغرب واستمرارها؛ فإن الواقع يشهد على أن هذا الضمان لا يكون بصفة متطرفة دائما إذ يقبل أحيانا، وعلى الخصوص عندما تشتد الأزمات الاجتماعية، التخفيف من صلابة الثبات أو الاستقرار أو الأمن القانوني من أجل ضمان الاستقرار الاجتماعي. وما يحصل في ميدان السكن والشغل على المستوى التشريعي على الأقل شاهد على هذا. وفي هذه الحالة فإن الإيديولوجية تميل مؤقتا إلى تغليب النظرة الاجتماعية المناسبة للتغيير والتحول بدل الثبات والأمن القانونيين. وحتى عندما لا تحتضن الإيديولوجية المغربية هذه النظرة الاجتماعية لتلطف بها تطرف نظرتها الفردية فإنها تبقى دائما على استعداد لاحتضانها وذلك نظرا لهشاشة الاقتصاد المغربي.

ومن هنا يمكن القول إن المعيار المرجعي الأصلي المعتمد أو على الأقل من المفروض اعتماده لضمان بقاء الدولة على وفق النظرة العامة المرسومة لوجودها، هو معيار توفيقي تغلب فيه إلى حد كبير كفة ضرورة مراعاة الثبات والاستقرار والأمن للقانون الفردي على كفة ضرورة مسايرة الحاجيات الاجتماعية[1].

وبلورة لهذا المعيار المرجعي الأصلي على مستوى ما هو معتمد أو على الأقل من المفروض أن يعتمد في ميدان التأويل، نقول إن هذا المعيار التوفيقي تغلب فيه

[1]- نجد هذا الأسلوب التوفيقي للإيديولوجية المغربية مجسدا حتى على صعيد التشكيلات الحزبية والنقابية من جهة وصعيد التشكيلة البرلمانية من جهة أخرى.

كفة المعنى المباشر للفظ أو العبارة (فهذا المعنى هو المكرس من حيث الظاهر على الأقل للثبات أو الاستقرار أو الأمن القانوني والتعاقدي) إلى حد كبير كفة المعنى غير المباشر والمناسب (فهذا المعنى هو الذي من شأنه أن يساير الحاجيات الاجتماعية وتغيراته)[1].

45- إن دور المعيار المرجعي الأصلي يكمن في توجيه القاضي نحو المعنى الواجب اعتماده ومناهج التأويل الموصلة إلى هذا المعنى من جهة، كما يكمن، من جهة ثانية، في توجيهه إلى المعنى الواجب تغليبه عند توصله إلى معاني متعارضة كتعارض المعنى اللغوي المباشر مع المعنى اللغوي غير المباشر أو المعنى الاجتماعي المناسب.

وفي ضوء هذا التحديد، فإنه على مستوى الترتيب (المسطرة) الواجب إتباعه في تحديد الأولوية بين مناهج التأويل بالمعنى المضبوط، يوجه هذا المعيار المرجعي الأصلي إلى البدء بالبحث عن المدلول اللغوي فالدلالة اللغوية قبل الدلالة الاجتماعية. وعلى مستوى التفضيل فإنه يوجه إلى تفضيل المعنى المباشر على المعنى غير المباشر. وعند تعذر الأخذ بالمعنى المباشر، فإن الأفضلية تكون للمعنى اللغوي غير المباشر على المعنى الاجتماعي المناسب. وهذا المعنى الأخير لا يجب تغليبه إلا في العقود التي تقوم مظنة على الحساسيات الاجتماعية ولكن في الألفاظ أو العبارات أو البنود المتصلة بهذه الحساسيات فقط كالبنود المتعلقة بتحديد المدة والإفراغ في عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو بتحديد المدة[2] أو أسباب الطرد[3] أو المنع من العطلة السنوية أو مما يقابلهما من الأجر في عقد الشغل.

46- وهكذا نصل إلى خلاصة تصورنا الذي نرى أن نفهم في ضوئه عملية التأويل، فنقول إن المعيار المرجعي الأصلي، ويتمثل بصورة إجمالية في

[1]- انظر في هذا الصدد: فروبلفسكي: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 65.

[2]- انظر على سبيل المثال: محمد سعيد بناني: "القضاء الاجتماعي حماية للأجير أم لرب العمل؟": منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة، عدد 4، دجنبر 1990، ص.22 و24. – محمد بلهاشمي: "الاجتهاد القضائي في مسألتي الأجر والطرد": منشور بنفس المجلة قبله ونفس العدد، ص. 43 و44.- غير أن القرار عدد 485 الصادر عن المجلس الأعلى في الملف الاجتماعي بتاريخ 5 أكتوبر 1987 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41 من ص. 167 إلى 170) يعد من الأمثلة الدالة على أن الاتجاه المهيمن على القضاء المغربي يرمي إلى تكريس النظرة الفردية المتطرفة والمتجسدة في التشبث بحرفية الفصل 230 من ق.ل.ع.م. أي في الأخذ بالمعنى اللغوي المباشر لألفاظ العقد بغض النظر عن طبيعة هذا العقد.

[3]- انظر على سبيل المثال: الحكم عدد 155 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 1979/2/19 في شأن تبرير بطلان شرط عدم زواج المضيفة بعدم جوازه في بلد إسلامي (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 22، ص. 83 وما بعدها. على الخصوص ما جاء في آخر ص. 85 وبداية ص. 86).

الإيديولوجية السائدة بتكريسها قانونا، هو الذي يملي توجيهات التأويل الواجب اعتماده في ميدان التصرفات وبالدرجة الأولى في ميدان العقود.

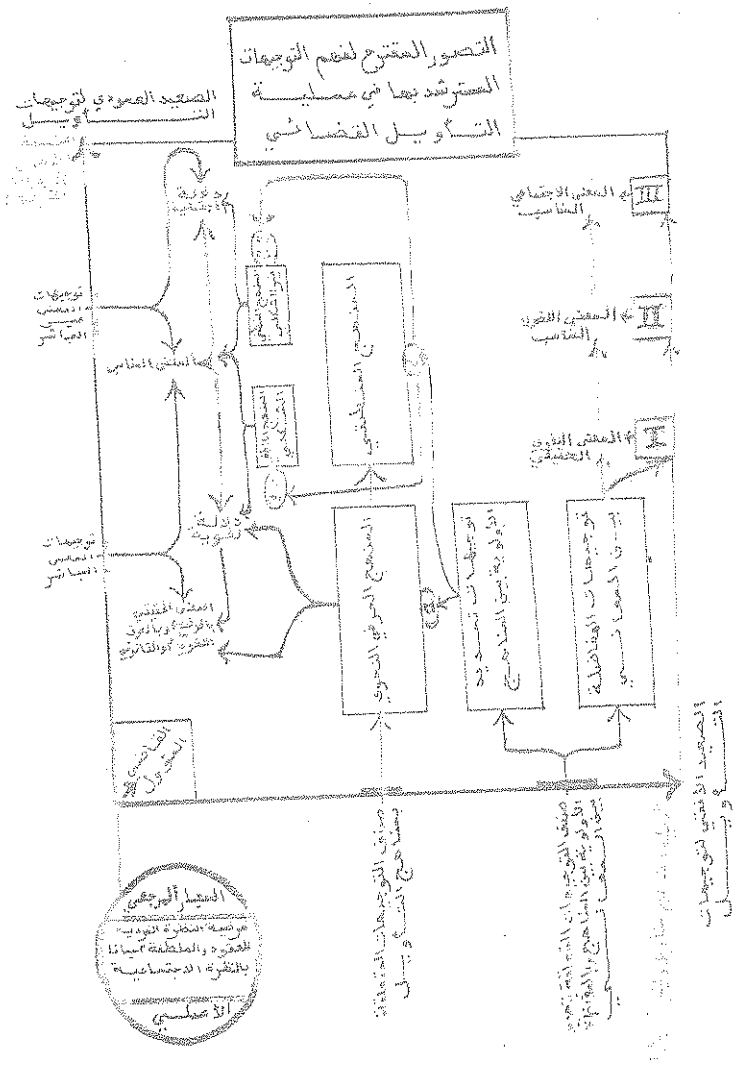
وإذا كان من الصعب عمليا الفصل بين هذه التوجيهات كما يرى فروبلفسكي[1]، إلا أن تقطيعها نظريا وعقليا يبقى مع ذلك ممكنا. وهذا التقطيع يسمح لنا بتصنيف هذه التوجيهات إلى ما ندرجه منها ضمن صعيد عمودي وما ندرجه منها ضمن صعيد أفقي.

فعلى الصعيد العمودي نجد المعيار المرجعي الأصلي يرشد القاضي بتوجيهات توصله إلى المعنى المباشر أو إلى المعنى غير المباشر. وتنحصر توجيهات المعنى المباشر في الوقوف عند المعنى الحقيقي بالوضع أو بالعرف اللغوي أو القانوني. بينما تهدف توجيهات المعنى غير المباشر إلى بلورة المعنى المناسب لدلالة اللفظ اللغوية أو لدلالته الاجتماعية.

أما على الصعيد الأفقي فإن المعيار المرجعي الأصلي يزود القاضي بصنف من التوجيهات المتجسدة في مناهج التأويل، بالمعنى المضبوط، والواجب اعتمادها. كما يزوده بصنف آخر من التوجيهات التي يستطيع بها، فيما يرجع إلى إعمال مناهج التأويل، تفضيل منهج عن آخر (توجيهات تحديد الأولوية بين المناهج).

ويمكن إجمال هذا التصور، المقترح لفهم التوجيهات المسترشد بها في عملية التأويل القضائي، في الخطاطة التالية، وهي الخطاطة التي ستبرز لنا مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل عند تطبيقها في الفرع الموالي على الممارسة القضائية المغربية.

[1]- انظر مقاله المشار إليه في السابق، ص. 60.



الفرع الثاني :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل

47- إذا أردنا محاولة تشريح عملية التأويل القضائي من منظور عقلاني أمكننا، على غرار ما فعله جيرزي فروبلفسكي[1]، تقطيعها إلى مجموعة من المراحل أو المحطات التي نستعرضها وفقا للترتيب التالي[2].

- **المرحلة الأولى: هي مرحلة التأكد من وضوح أو عدم وضوح العقد.**
- **المرحلة الثانية: هي مرحلة الوقوف على المعاني المحتملة للفظ أو العبارة أو البند في العقد.**
- **المرحلة الثالثة: هي مرحلة المقارنة بين المعاني لضبط توافقها أو تعارضها.**
- **المرحلة الرابعة: هي مرحلة الحسم في تعارض المعاني بتغليب أحدهما على المعاني الأخرى.**
- **المرحلة الخامسة والأخيرة: هي مرحلة صياغة المعنى الواحد للعقد المطلوب تأويله في الحكم أو القرار القضائي.**

ولا شك أن تأمل هذه المراحل يسمح بتصنيفها إلى صنفين.

ويمكن أن نطلق على الأول منهما صنف المراحل الرامية إلى البحث عن المعاني المحتملة في العقد بعد تجويز تأويله. ويضم هذا الصنف المراحل الثلاث الأولى.

كما يمكن أن نطلق على الثاني منهما صنف المراحل الرامية إلى الإعلان عن المعنى الواحد للعقد بعد الحسم في تعدد معانيه. وتندرج ضمن هذا الصنف كل من المرحلة الرابعة والمرحلة الخامسة والأخيرة في التقطيع، المشار إليه، لعملية التأويل القضائي.

ونرى أن نقوم بتطبيق التصور المقترح لفهم التوجيهات المسترشد بها على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل من خلال صنفي هذه العملية في مبحثين كالتالي:

[1]- انظر مقاله المشار إليه آنفا، ص.61 وما بعدها.

[2]- يجدر التنبيه إلى أن اعتمادنا تقطيع عملية التأويل إلى مراحل أو محطات ليس معناه أن الانتقال من مرحلة أو محطة إلى أخرى إنما يتم بصفة ميكانيكية آلية. فغرضنا من هذا التقطيع يرمي بالدرجة الأولى إلى استقراء الأجزاء من أجل تكوين فكرة واضحة عن الكلية التي تتركب منها هذه الأجزاء وأعني بالكلية عملية التأويل في حد ذاتها.

- المبحث الأول: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في صنف مراحلها الرامية إلى البحث عن المعاني المحتملة في العقد بعد تجويز تأويله.
- المبحث الثاني: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في صنف مراحلها الرامية إلى الإعلان عن المعنى الواحد للعقد بعد الحسم في تعدد معانيه.

المبحث الأول :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في صنف مراحلها الرامية إلى البحث عن المعاني المحتملة في العقد بعد تجويز تأويله

48- يتضمن صنف المراحل الرامية، في عملية التأويل، إلى البحث عن المعاني المحتملة في العقد بعد تجويز تأويله، وكما مر بنا، ما يلي:

- مرحلة التأكد من وضوح أو عدم وضوح العقد.
- مرحلة الوقوف على المعاني المحتملة للفظ أو العبارة أو البند في العقد.
- مرحلة المقارنة بين المعاني لضبط توافقها أو تعارضها.

ونظرا لما يوجد من العلاقة الوطيدة بين المرحلتين الأخيرتين، لذلك نرى جمع معالجتهما في مطلب مستقل عن المطلب الذي سنخصصه للمرحلة الأولى كما يلي:

- المطلب الأول: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالتأكد من وضوح أو عدم وضوح العقد.
- المطلب الثاني: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتيها المتعلقتين بالوقوف على المعاني المحتملة وضبط توافقها أو تعارضها.

المطلب الأول :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالتأكد من وضوح أو عدم وضوح العقد

49- إن الاتجاه السائد قانونا (الفصل 461 من ق.ل.ع.م)، حسب الفقه المغربي كما سنرى في حينه[1]، يجعل الغموض بمعناه المحدد في الفصل 462 من ق.ل.ع.م. شرطا للشروع في عملية التأويل؛ إذ القاعدة في هذا الاتجاه أنه لا تأويل مع وضوح اللفظ أو العبارة أو البند في العقد.

ونجد هذا الموقف أكثر بيانا في الممارسة القضائية المغربية التي تكاد تردد أمام ما يسمى بوضوح العقد في ألفاظه أو عباراته أو بنوده نفس الصيغة المعتمدة في الفصل 461 من ق.ل.ع.م.[2]

غير أن الجزم بوضوح العقد المانع من التأويل هو في عمقه تأكيد لحصول عملية التأويل وإن كان القضاء يرفض الاعتراف بهذه الحقيقة، صراحة، والكاشفة في آخر المطاف عن تمسكه بالمعنى اللغوي الحقيقي بالوضع أو بالعرف[3].

وبهذا المفهوم، فإن الحكم على العقد بأنه واضح العبارة وبالتالي يمنع تأويله؛ لا يمكن تصورة منطقيا إلا بعد القيام بعملية تأويل يكون المعيار المرجعي الأصلي فيها هو النظرة الفردية المحضة للعقود وفقا لما يوصي به، على الصعيد العمودي، من توجيهات المعنى المباشر المتوصل إليه، على الصعيد الأفقي، عن طريق المنهج الحرفي النحوي الذي تكون له الأولوية في هذا الصدد لأنه هو القمين بتغليب المعنى اللغوي الحقيقي بالوضع أو بالعرف اللغوي أو القانوني والمفضي إيديولوجيا إلى

---

[1]- انظر فقرة 266 وما يليها بعده.

[2]- انظر فقرة 269 وما يليها بعده. -وتجدر الإشارة إلى أن أغلب قرارات المجلس الأعلى المتعلقة بمراقبة تحريف العقد تؤكد هذا الاتجاه بغض النظر عما إذا كان العقد من العقود العادية (أي ما يسمى بعقود المساومة أو المناقشة الحرة) أو من العقود الموصوفة بالإذعان كعقد التأمين أو الشغل.

[3]- هذا الإنكار ليس ظاهرة خاصة بالقضاء المغربي فهو مألوف حتى في القضاء الفرنسي أو البلجيكي، مثلا، وبصفة أعم عند كل من يعتمد نظرية المعنى الواضح: انظر: فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع".:مقال مشار إليه في السابق، ص. 110 و111. -والملاحظ أن رجال القانون المدني- فقهاء كانوا أو قضاة- يميزون بين المنهج الحرفي النحوي وبين المنهج المنطقي (الشكلي وغير الشكلي). ومع ذلك فإن هذين المنهجين وإن ظهرا متميزين أحدهما عن الآخر؛ إلا أن هذا التمييز كما يقول أندري – جان- أ. آرنو في مقاله المشار إليه في السابق حول: "الوسيط والعالم: الدلالة السياسية للتأويل القانوني" ص. 166) لا يبدو إلا في الظاهر لأنهما معا متفرعين عن نظرة موحدة للنظام القانوني السائد وبالتالي فإن كافة أشكال التأويل السائدة في نسق قانوني معين تعتمد بالضرورة على مرجع إيديولوجي مختار: انظر أيضا ص. 174 من المقال قبله لآرنو.

إبقاء ما كان على ما كان وقانونيا إلى ضمان الثبات والاستقرار أو الأمن للعقود كما تراها النظرة الفردية المحضة للأمور.

إن الحكم أو القرار الذي يقضي بوضوح العبارة يكون قد طبق التصور المقترح قبله لفهم توجيهات التأويل. ومع ذلك نظرا لعدم تصريح القضاة بهذه الحقيقة في تعليل أحكامهم أو قراراتهم بالدرجة الأولى لذلك سبق لنا وأن أسمينا هذا التأويل الذي ينتهي في هذه المرحلة بالتأويل المستتر والمقنع.

ولا يبقى للقضاء عند الفراغ من هذه المرحلة إلا أن ينتقل إلى صياغة حكمه أو قراره كما سيأتي في المرحلة الخامسة والأخيرة.

50- ولكن القاضي قد يقتنع عند الفراغ من عملية التأويل المستتر والمقنع بكون العقد غير واضح. فهنا يتحقق الشرط الذي يعلق عليه القيام بعملية التأويل بالمفهوم السائد في المغرب فقها وقضاء. ونرى أن نسمي التأويل الذي يلجأ إليه القاضي في هذه الحالة بالتأويل المكشوف والمعلن كمقابل للتأويل المستتر والمقنع.

والجدير بالملاحظة أن القاضي عند تقريره، مع نفسه، وجود عدم وضوح (إبهام أو غموض) في العقد، فإنه يتولد لديه فهم مسبق (فهم قبل الأوان) للمعنى الذي سيجلي به هذا الإبهام أو الغموض[1].

51- وهذا الفهم المسبق للحل، ونرى أن نسميه بالمعنى الحدسي، يوقظه فيه ما أسميناه من قبل بالمعيار المرجعي الأصلي الذي يلزم، على المستوى القانوني وفي آخر المطاف، بعدم المغالاة في إعطاء اللفظ أحد المعاني التي لا يحتملها بحسب الوضع أو المألوف في اللغة العادية و/أو القانونية[2] أي يلزمه، بعبارة أخرى، بإعمال المنهج الحرفي النحوي في فهم الخطاب القانوني أو العقدي[3]. وهنا تظهر أيضا مكانة هذا المنهج في عملية التأويل.

[1]- يذهب فرانسوا أومت (في مقاله المشار إليه في السابق، ص. 99 و100) إلى أن مثل هذه الملاحظة قد أكدتها اكتشافات علم النفس المعرفي. وفي هذا الصدد قام أوطوسلز (otto Selz) المشهور في هذا الميدان، بتوضيح الدور الرئيسي الذي لعبه "التصور المسبق للحل" في عملية اتخاذ القرار العقلاني – انظر أيضا:
- Catherine Maraud : La notion de la dénaturation en Droit privé Français, presses universitaires de Grenoble, 1974, p.p. 192 et 195.

[2]- هذا الفهم المسبق ليس خاصا بحالة عدم الوضوح (الإبهام أو الغموض)؛ إذ عليه ينبني في تقديرنا، ما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع، بمعنى أن الفهم المسبق يتكون لدى القاضي منذ البدء في قراءة الدليل المثبت للعقد. ومع الاسترسال في القراءة يترسخ لديه هذا الفهم. وإذا لم يجد في العقد ما يجعله متصفا بعدم الوضوح حسب المنهج الحرفي النحوي، وذلك عند الفراغ من القراءة، تأكد لديه الفهم المسبق ليصبح فهما نهائيا فيقرر معه القاضي أن العقد واضح وبالتالي فلا مجال لتأويله.

[3]- إن هذا الإلزام يجسده الفصل 466 من ق.ل.ع.م. كما سنرى عند معالجته في القسم الثالث من هذه الدراسة.

وإذا صحت هذه الملاحظة جاز القول إن القاضي لا يبقى له، بعد تحديده للمعنى الحدسي الممكن إعطاؤه لما هو غير واضح في العقد حسب المنهج الحرفي النحوي، إلا أن يختبر هذا المعنى الحدسي، أو بعبارة أخرى، أن يبحث عن التبرير المؤيد له.

وهذا الاختبار و/أو البحث عن التبرير للمعنى الحدسي هو المهمة التي تضطلع به المراحل الموالية في التقطيع الذي أجريناه لعملية التأويل. ولكن قبل الانتقال إلى معالجة هذه المراحل نشير كخلاصة لما سبق إلى أن المنهج الحرفي النحوي هو الذي يسود المرحلة الأولى في عملية التأويل، فهل يبقى هذا المنهج محتفظا بمكانته هذه حتى في المراحل الأخرى لعملية التأويل؟

المطلب الثاني :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتيها المتعلقتين بالوقوف على المعاني المحتملة وضبط توافقها أو تعارضه

52- سنعالج هذا المطلب، وانطلاقا من الفهم الحرفي النحوي لعنوانه، في فقرتين كالتالي:

- **الفقرة الأولى: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالوقوف على المعاني المحتملة في العقد.**
- **الفقرة الثانية: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالمقارنة بين المعاني لضبط توافقها أو تعارضها.**

الفقرة الأولى :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالوقوف على المعاني المحتملة في العقد

53- عندما يقع الحديث، خارج النزاع المعروض أمام المحكمة في ميدان التأويل، عن تعدد المعاني للفظ الواحد؛ فإن هذا التعدد قد يتجاوز الاثنين. فلفظة

"الأمي"، على المستوى اللغوي، في حد ذاتها مثلا قد تعني "الذي لا يكتب ولا يقرأ من كتاب"،وقد تعني "العرب الذين لم يكن لهم كتاب"[1] ،وقد تعني المنسوب إلى الأمة أو الوثني وعابد الأصنام[2]. كما أن نفس لفظة "الأمي" قد تعني على المستوى القانوني، وفي إطار الفصل 427 ق.ل.ع.م.، المتعاقد الذي يجهل التوقيع،وقد تعني المتعاقد الذي يجهل اللغة التي حرر بها العقد ولكن في الحالة التي لا يقوم فيها بالتنفيذ الاختياري للعقد،كما قد تعني الجاهل بمضمون العقد ليس إلا بغض النظر عما إذا كان جاهلا بالفعل باللغة التي حرر بها العقد أم لا.

وما قيل عن اللفظ في حد ذاته ينطبق أيضا على تركيب مجموعة من الألفاظ في جملة أو أكثر. فإذا قلت مثلا "صار فلان من خدام الدولة" فإنك قد تعني بذلك أن هذا الشخص أصبح موظفا، أو أنه أصبح بيروقراطيا.

ومع ذلك، فعلى الرغم من هذا التعدد في معاني اللفظ أو العبارات، فإن طبيعة النزاع القضائي تجعل الدعوى دائرة بين طرفين ليس إلا، وإن تَعَدَّدَ الأشخاص في كل طرف من طرفي الدعوى، الأمر الذي ينجر عنه حصر مجال احتمال المعاني في معنيين لا أكثر وهما المعنى المتمسك به من قبل المدعي والمعنى المتمسك به من قبل المدعى عليه[3].

وإذا ما حاول القاضي الأخذ بمعنى ثالث لم يقل به المدعي ولا المدعى عليه، فإنه في هذه الحالة يكون قد أصدر حكمه خارج المطلوب. وفي حالة نسبة هذا المعنى الثالث إلى إرادة المتعاقدين، فإنه سيواجه بالتحريف خاصة عندما لا يشار في

[1]- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني:المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ الطبع، ص. 23.

[2]- بندلي صليبا الجوزي: دراسات في اللغة والتاريخ الاقتصادي والاجتماعي عند العرب، جمع وتقديم جلال السيد وناجي عتوش، دار الطليعة، بيروت، ط.1. 1977، ص. 287.

[3]- قد يتبادر إلى الذهن احتمال ظهور معنى ثالث في الدعوى في حالة التدخل الإرادي للغير في الخصومة أو إدخال هذا الغير فيها. وحسبنا أن نقف عند حالة التدخل الإرادي للغير في الخصومة (الفصل 111 من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974) لنقول إن هذا التدخل الإرادي إما أن يكون بهدف الانضمام إلى أحد الطرفين الأصليين في الدعوى حتى يتمكن من العمل على تفادي الإضرار بمصالحه وحقوقه كما هو الشأن بالنسبة إلى دائني الشركة في إطار الفصل 1085 من ق.ل.ع.م.، أو بهدف اعتباره طرفا مستقلا في نفس النزاع عن الطرفين اللذين بادرا إلى رفع الدعوى في شأنه كما هو الحال مثلا بالنسبة إلى النزاع الذي ينشأ بين المشتري والبائع في عقد البيع عندما يتمسك الأول بأن شيئا ما تابع للأصل الذي اشتراه ويتمسك البائع بعكس زعم المشتري ثم يتدخل طرف ثالث في الدعوى ليتمسك بكون الشيء المتنازع فيه إنما هو جار في ملكيته وليس في ملكية أحد من الطرفين الأولين (انظر على سبيل المثال، فيما يتعلق بالتدخل الإرادي والاختياري في الدعوى: مأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، ج.2.، دار القلم، بيروت، 1973 ص. 120 وما بعدها). – وبعد هذا التوضيح لحالة التدخل الإرادي، نقول إن المعاني المطلوبة في النزاع لا تخرج في آخر المطاف عن معنيين. فعندما ينضم المتدخل باختياره يكون المعنى الذي أراده هو معنى الطرف الذي انضم إليه. أما عندما يتدخل بمعنى جديد، فإن القاضي في حسمه يعمد إلى أسلوب الحل المزدوج. بمعنى أنه في اعتماده، في الأخير، لأحد المعاني الثلاثة يقوم أولا بالحسم في اثنين منها وما يخرج به عند الحسم يقارنه أيضا مع المعنى الآخر ليرى أيهما يجدر اعتماده في آخر المطاف.

الحكم إلى الوقائع المرتكز عليها لاستخلاص هذا المعنى الذي انصرفت إليه الإرادة التعاقدية.

54- ويدفعنا هذا الأمر إلى القول إن المطلوب في النزاع هو الذي يقلص مجال تعدد المعاني من جهة ويرغم القاضي على إيثار أحد المعنيين المتعارضين، بتعارض مطلبي المتنازعين، كنتيجة نهائية لعملية التأويل.

فلنفترض، مثلا، أن عقد بيع وردت فيه عبارة "باع فلان من آخر بضاعة حاضرة...."، وانصب النزاع فيه على تمسك المشتري بضرورة وقوع التسليم في مكان البيع (فاس مثلا) من جهة، وعلى تمسك البائع بكون هذا التسليم لن يكون إلا في مكان وجود مستودعاته (الرباط مثلا) من جهة أخرى: إننا هنا أمام معنيين يقتضي الحسم فيهما، للأخذ بأحدهما فقط، القيام بتأويل العبارة المضروبة كمثال قبله.

وهكذا فبعد أن يكون القاضي قد قرر إبهام هذه العبارة، على النحو المار بنا في المرحلة الأولى، ينتقل إلى هذه المرحلة الثانية ليقف على المعاني التي تحتملها العبارة المعنية في التأويل بسبب إبهام لفظة "حاضرة" فيها.

وفي وقوفه على المعاني المحتملة للفظة "حاضرة" يكون القاضي في حاجة إلى توجيهات التأويل المنتمية في التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل سابقا إلى الصعيد الأفق وبالدرجة الأولى إلى ما أسميناه في هذا الصعيد بالتوجيهات المتعلقة بمناهج التأويل والنوع الأول من صنف التوجيهات المتعلقة بتحديد الأولوية بين المناهج وبالمفاضلة بين المعاني.

وإعمالا لهذه التوجيهات فإنه يستطيع أن يتوصل إلى ثلاثة معاني، ينتمي اثنان منها إلى الدلالة اللغوية والآخر إلى الدلالة الاجتماعية.

أولا : الدلالة اللغوية

55- المعنى اللغوي الحقيقي للفظة "حاضرة" في العبارة موضوع التأويل" :إن استعمال المنهج الحرفي النحوي بسبب أولويته التي تمليها توجيهات التأويل على الصعيد الأفقي يعطينا المعنى الحقيقي بحسب الوضع أو المألوف في اللغة العادية أو القانونية. ويتمثل هذا المعنى الحقيقي فيما يلي:

"بيع البضاعة الحاضرة فعلا في مجلس العقد".

56- المعنى اللغوي المناسب للفظة "حاضرة" في العبارة موضوع التأويل: إن استعمال المنهج المنطقي (الشكلي) بسبب مجيئه في المرتبة الثانية حسب توجيهات

التأويل المنتمية إلى الصعيد الأفقي يعطينا عند تطبيق مبدأ "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان"[1] المعنى اللغوي المناسب وهو:

"بيع البضاعة الحاضرة حكما لا فعلا في مجلس العقد".

وفي هذه الحالة فإن البضاعة وإن لم تكن موجودة بعينها في مجلس العقد إلا أنها متى وجدت في أحد المرافق التابعة للبائع كمستودعاته، استوى الوجود الحكمي بالوجود الفعلي. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها عدد 2417 الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1942 إلى أنه "يقصد بالبيع على أساس "البضاعة الحاضرة" بيع السلاع التي يمكن للبائع أن يتصرف فيها حالا لأنها توجد بمستودعاته أو بمكان آخر قريب"[2].

57- وإذا كان السائد في الفقه، كما سنرى في حينه، أن المعنى اللغوي المانسب لا ينجر إلا عن إعمال المنهج المنطقي؛ فإن تأمل المعنى اللغوي المناسب يسمح بالذهاب إلى أنه، وإن كان المنطق هو الذي يفضي إلى تصوره، إلا أن هذا التصور المنطقي للمعنى ينطلق في حقيقته من المعنى اللغوي الحقيقي أي من إعمال المنهج الحرفي النحوي؛ ذلك أن فهم اللفظ في ضوء المعنى الذي يقضي به هذا المنهج الأخير هو الذي يسمح بتوجيه اللفظ إلى ما يناسبه من المعنى الآخر غير معناه الحقيقي. وبذلك يصبح المعنى اللغوي المناسب هو المعنى المترتب منطقيا عن المنهج الحرفي النحوي.

ثانيا : الدلالة الاجتماعية

58- إننا ننوي بلورة الدلالة الاجتماعية من خلال المثال المضروب قبله والمتعلق بالنزاع المثار في شأن تأويل لفظة "حاضرة" الواردة في عقد بيع. ومع ذلك فإننا نرى، البدء باقتراح تحديد لمفهوم الدلالة الاجتماعية.

59- التحديد المقترح للدلالة الاجتماعية :

نعني بالدلالة الاجتماعية، في هذا الصدد، الدلالة الوظيفية للفظ المراد تأويله[3]: أي تلك الدلالة المستفادة في ضوء الوظيفة التي تجعل اللغة غير مجردة عن الواقع

[1]- لقد استعرنا هذا المبدأ المنجر عن المنهج المنطقي الشكلي من صيغته التي تكرسها القاعدة المنصوص عليها في المادة 75 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية.

[2]- هذا القرار منشور ضمن قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 28-1930، 1940، 1942)، تعريب محمد العربي المجبود، دار النشر المغربية 1980، من ص. 362 إلى 364. ويوجد النص المستشهد به أعلاه في ص. 363.

[3]- انظر أيضا ما جاء في فقرة 43 قبله.

الاجتماعي الذي من أجله استخدمت كوسيلة تعبير، يؤثر في الحاضر ويتفاعل معه[1]. ولا نعني بالحاضر الذي تدخل معه اللغة في تفاعل، حاضر إبرام العقد أي اللغة المنظور إليها كوسيلة ينحصر هدفها في إبرام العقد وتكوينه ليس إلا وإنما حتى -بل وبالأساس- حاضر إنتاج العقد لآثاره. وهذا الحاضر الذي هو المستقبل، في التصور التقليدي ولو كان الفاصل بينه وبين الحاضر في نفس التصور التقليدي ثانية من الزمان كما هو الشأن مثلا في العقد المبرم لينتج أثاره فور انعقاده بل ولو تطابقا في الزمان كما هو الشأن في عقود المعاطاة؛ يكون موجودا حتى في أثناء زمن الحاضر التقليدي ويبلوره سلوك (مشاعر) المعبر.

60- وبعبارة أخرى فإن العقد، بغض النظر عما إذا كان فوريا أو مستمرا أو مؤجل التنفيذ، إذا ما شبهنا تكوينه بالماضي وتنفيذه الفوري أو الدوري (المستمر) أو المؤجل بالمضارع أو المستقبل؛ يكون التعبير المستعمل فيه والحاصل في الماضي مفيدا، من زاوية تفاعل اللغة مع واقعها الاجتماعي، لما يمكن أن نعبر عنه بـ "إياك أعني وأخص وأقصد مباشرة أيها المضارع أو المستقبل فاسمع يا جاري الماضي"[2].

وتكون الدلالة الاجتماعية، بهذا المفهوم، هي النظر إلى الألفاظ على أنها حية متجددة لا ميتة جامدة، هي النظر إلى التعبير لا إلا العبارة[3]، هي النظر إلى القول المبني للمعلوم أي "المايقول" لا المبني للمجهول أي "المايُقال"[1].

[1]- يقول يحيى أحمد في مقاله: "الاتجاه الوظيفي ودوره في تحليل اللغة" (منشور بمجلة عالم الفكر الصادرة عن وزارة الإعلام في الكويت، المجلد العشرون، العدد 3، أكتوبر -نوفمبر -ديسمبر 1989، ص. 643): "هناك حقيقة مهمة حول عملية الاتصال اللغوي ينبغي أن ندركها وهي أن المتكلم حينما يوجه خطابه إلى المستمع فإنه لا يريد فقط أن ينقل إليه بعض الحقائق ولكنه أيضا يريد أن ينقل إليه مشاعره تجاه الحقائق. إن العبارات المنطوقة تكون دائما مغلفة بمشاعر الفرد وذلك بحكم انتمائه إلى بيئة اجتماعية تموج فيها شتى المعطيات والمتغيرات. وقد فهم لغويو مدرسة براغ أن ربط محتوى الكلمة بالحقائق الخارجية يمثل وظيفة اللغة في المجتمع". انظر أيضا ص. 644 من نفس هذا المقال.

[2]- وهذا ما يحملنا على تشبيه التمسك بالمعنى اللغوي الحقيقي أو المناسب بالتمسك بالماضي دون الحاضر(المضارع) أو المستقبل فيقوم بمناجاة هذه الأزمان بإياك أعني أيها الماضي واسمع يا جاري المضارع أو المستقبل متذكرا تلويح سهل بن مالك الفزاري بمعشوقته إذ قال:

يا أخت خير البدو والحضارة	كيف ترين في فتى فزارة
أصبح يهوى حرة معطارة	إياك أعني واسمعي يا جارة

وقد استدل القرافي بعجز البيت الثاني – على أنه مثل تقوله العرب- لتوضيح المقصود بلفظة العناية ومنها أعني، التي تفيد الحصر والتخصيص بناء على أن الأصل في الكلام الحقيقة والأصل عدم الترادف: عن: أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي: الأمنية في إدراك النية، دار الكتب العلمية بيروت، ط.1. 1984، ص. 11 وهامشها رقم 1.

[3]- إن التعبير يفيد الحقيقة الفعلية والمنحازة بالحاضر إلى المعبر. أما العبارة فتفيد الحقيقة المصورة في الماضي. ولهذا فعندما يأخذ المطالب بالتأويل الحقيقة كصورة من الماضي ويهجر الحقيقة كواقع في الحاضر لا يكون هنا إلا كمن يرى الشمس تشرق وتغرب فيجزم على أنها تدول حول الأرض: إنه يعتبر هنا ما تلاشى ولم يخلف وراءه إلا صورة كذكرى في الذهن هو الحقيقة. وبالمقابل ينظر إلى ما هو ماثل أمامه وهو يتقد حيوية على أنه شبح أو وهم غير جدير بالاعتبار: انظر في انتقال الخطاب من طور التعبير إلى طور العبارة، وعلى سبيل المثال: ميشيل فوكو: نظام

والتعبير بمفهوم "المايقول" لا يقتصر على ما يعرف بالغرض المباشر المتوخى من العقد في الاصطلاح المتداول تقليديا في الفقه والقضاء لأنه يشمل أيضا السلوك (مشاعر) المتفاعل[2] مع هذا الغرض عند صاحب التعبير أي مع الدوافع الاجتماعية التي حثت المعبر على إرادة الغرض المتوخى من العقد.

61- وخلاصة لما سبق، فإن الدلالة الاجتماعية التي نقترح الانطلاق فيها عند التأويل من المنظور الوظيفي للعقد في عباراته، نقصد بها ذلك المعنى الذي لا يمكن التوصل إليه إلا في ضوء السياق الاجتماعي الفعلي للمطلوب في التأويل من لفظ أو عبارة أو بند العقد.

إن الدلالة الاجتماعية بهذا التعريف لا تحظى بالقبول الكامل للقانون التعاقدي (ق.ل.ع.م) على الأقل كما يتداوله الفقه والقضاء، في المغرب باعتبار أن الدافع الاجتماعي للعقد أي غرضه غير المباشر لا يحظى بالاهتمام، بشرط الإثبات، إلا

الخطاب وإرادة المعرفة، ترجمة أحمد السطاتي وعبد السلام بنعبد العالي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1985، ص. 12 و13.

[1]- إن البحث في طبيعة الدلالة يدفع إلى التساؤل عن درجة الواقعية في علاقة الدال بالمدلول. وبعبارة أخرى، فإن البحث عن طبيعة ما يسمى تقليديا بمعنى اللفظ يدفع إلى التساؤل عن درجة ارتباط هذا المعنى باللفظ. وتتمثل الإجابة التقليدية عن هذا السؤال عند أرسطو ومن تبعوه كالفارابي وابن سينا في أن الدلالة اللفظية "تتناول اللفظ والأثر النفسي أي ما يسمى أيضا بالصورة الذهنية والأمر الخارجي" (عادل فاخوري: علم الدلالة عند العرب، دراسة مقارنة مع السيمياء الحديثة، دار الطليعة، بيروت، ط.1، 1985، ص. 7). أي حسب ابن رشد "فإن الألفاظ التي تنطبق هي دالة أولا على المعاني التي في النفس.... وأما المعاني التي في النفس فهي واحدة بعينها للجميع كما أن الموجودات التي المعاني التي في النفس أمثلة لها ودالة عليها هي موجودة بالطبع للجميع..." (ابن رشد: تلخيص كتاب العبارة لأرسطو: مرجع سابق، ص. 57 رقم 2). ويتبين مما سبق أنه في هذه الدلالة اللفظية يجب التمييز بين الشيء الموجود في الخارج، أي الشيء الواقعي كشجرة الزيتون كما هي في الواقع، وبين التمثل النفسي لنفس الشيء أي الصورة الذهنية المرسومة مثلا لشجرة الزيتون وبين اللفظ المنطوق به أو المكتوب. وهذا هو المسمى عند الرواقيين بـ "المايقال" أي ذلك "الشيء" الذي يعنيه مستعمل الدليل [العقد] عن رولان بارث: مبادئ في علم الأدلة، ترجمة وتقديم محمد البكري، الدار البيضاء، 1986، ص.71 و72). ومقارنة ما مر بنا قبله بتعامل الفقه والقضاء في المغرب مع علاقة المعنى باللفظ يؤدي بنا إلى القول إنه يقتصر على ربط اللفظ بتمثله النفسي أي بالصورة الذهنية المكونة عن الشيء الواقعي في نفوس الناس وهي صورة مجردة لا تختلف باختلاف هؤلاء الناس. وتعتبر الممارسة الفقهية والقضائية هذه الصورة الذهنية هي المقصودة في "المايقال" عن اللفظ مع أن "المايقول" في اللفظ، وإن كان بدوره صورة ذهنية إلا أنها ليست مجردة وإنما مرتبطة بنفس صاحبها دون غيره من الناس. وهذه الصورة الذهنية الشخصية هي التي نرى أن نطلق عليها "المايقول" لكي نميز بها الدلالة الاجتماعية عن لما يقال (الدلالة اللغوية)والذي كان يعني من قبل "المايقول" إلا أنه الآن وفي القانون بالدرجة الأولى أصبح يقتصر على المعنى الموضوعي المتبادر إلى ذهن كل الناس.

[2]- الحقيقة أن هذا السلوك (المشاعر) لا يبقى دفينا في أعماق المتعاقد. فهو يأتي وقت إبرام العقد مكملا للعبارات اللفظية التي يتفوه بها المتعاقد كحركة اليدين وتعابير الوجه والنبرات الصوتية الخ.. فكل هذه المظان السلوكية تساعد المتعاقد على التعبير عن إرادته ومع ذلك يقع الاقتصار، عندما يحرر العقد كتابة، على اللفظ وحده؛ وهذا على فرض التسليم بأمانة الكتابة في إبراز الأقوال المنطوقة والتي يتم بها الانعقاد فعلا بين المتعاقدين. والاقتصار على اللفظ معناه إهدار السلوك (المشاعر) الذي ساعد على بلورة العقد في انعقاده وتحديد آثاره. كما أن الاقتصار على المعنى اللغوي المباشر أو غير المباشر دون تكملته بالمعنى السلوكي (الدلالة الاجتماعية) يشكل، في تقديرنا، تحريفا حقيقيا للمعنى الواجب توضيحه في العقد.

عندما يكون غير مشروع (حالة السبب غير المشروع للعقد أي الباعث)[1]، أو عندما يكون متمثلا في صفة جوهرية في الشيء (حالة الغلط في صفة جوهرية في الشيء)[2].

62- صحيح أنه يمكن تلمس هذه الدلالة الاجتماعية من خلال ما يسمى بظروف وملابسات العقد عند انعقاده، كما يمكن تلمسها من خلال ظروف التنفيذ الاختياري لهذا العقد. ولكن المشكل المطروح في هذا الصدد يتعلق بإثبات تلك الظروف. فحينما يعجز المعبر عن الإثبات لا يكون على القاضي أن يعتد إلا بالمعنى اللغوي الحقيقي. ولهذا قلنا إن الدلالة الاجتماعية لا تحظى بالقبول الكامل في القانون التعاقدي المغربي. وعليه فإن الدلالة الاجتماعية التي نقترحها ترمي في حالة عدم التمكن من إثبات السياق الذي انعقد أو نفذ فيه العقد، أن ينظر إلى الدافع الاجتماعي للعقد، في حدود ما يتطلبه النزاع، من زاوية الوظيفة التي من المفروض أن يؤديها في نظر القاضي، هذا العقد، داخل المجتمع الذي انعقد فيه.

63- وإذا كان هذا العمل، الذي من شأن القاضي القيام به، محل انتقاد شديد، على الأقل، في الفقه التقليدي، لأنه يؤدي إلى جعل العقد ينتج آثاره بإرادة القاضي وليس بإرادة المتعاقدين كما يقضي بذلك الفصل 230 من ق.ل.ع.م؛ فإن ما ينبغي الإشارة إليه، أن دور القاضي هو قبل كل شيء –وعلى الرغم مما يقال عن حياده– هو دور اجتماعي على الأقل بالتبعية مادام أن هذا الدور يلصقه حتى الفقه التقليدي بالقاعدة القانونية. وعليه، فعندما يتبنى القاضي الدلالة الاجتماعية بهذا المفهوم الواسع، إنما يساهم في الاستقرار والأمن الحقيقيين لا الظاهرين للقانون التعاقدي؛ إذ بعمله هذا يوفر الانسجام الواجب حصوله بين هذا القانون وبعض التطلعات الاجتماعية غير المهدِّدة بالزوال للنسق القانوني القائم. كما يضطلع في نفس الوقت بدور المهدئ للنزاعات والمُسكِّن في آخر المطاف لما قد ينجم عن تواترها من أزمات.

ولعمري، فإن متأمل هذا الدور ليرى فيه، خلافا لمن يقول بخرقه القانون بسبب تحريف المعنى الواضح للفظ، أسلوبا لا تكمن جدته –تمرده أو ثورته– إلا في العودة

[1]- انظر في السبب غير المشروع للعقد، وعلى سبيل المثال: - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م. الجزء الأول: مصادر الالتزامات، ط.2، دار القلم، بيروت 1972 ص. 188 وما بعدها. – انظر أيضا القرار عدد 28 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 نوفمبر 1960 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية للمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1، رقم 115 ص. 211 وما بعدها).

[2]- انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر في 13 يناير 1955 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1955، ص. 229) – القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، في شأن تطبيق ظ.ل.ع.، بتاريخ 29 يناير 1958 (منشور بمجلة الحاكم المغربية، السنة 1959، رقم 1244، ص. 13).

إلى إبقاء ما كان على ما كان وبالتالي إلى تحقيق نفس النتائج التي ينشدها الفقه والقضاء التقليديان المتمسكان بالمعنى اللغوي الحقيقي أو المناسب[1].

وبعد، إذا ما ثبت هذا التحديد الذي قلنا به للدلالة الاجتماعية، ففيما ذا يمكن أن تتمثل هذه الدلالة في المثال المضروب قبله لتوضيح مرحلة الوقوف على المعاني المحتملة للفظ أو العبارة في العقد؟

64- الدلالة الاجتماعية للفظة "حاضرة" في العبارة موضوع التأويل: يمكن البحث عن الدلالة الاجتماعية للفظة "حاضرة"، في المثال المضروب قبله، في السياق الاجتماعي الفعلي الذي وجد العقد ليؤدي فيه وظيفته.

ويكمن المعنى المستفاد من السياق الاجتماعي الفعلي في الوقوف على ما يسمى بالغرض غير المباشر للعقد. وإذا كان من شأن هذا الغرض أن يتعدد بتعدد الدوافع التي حثت المتعاقد المعبر على إبرام العقد، فإن الغرض غير المباشر الواجب اعتماده كسياق اجتماعي فعلي يكون هو المناسب للنزاع المعروض على القضاء.

وهكذا فلو افترضنا أن عقد البيع، في المثال الذي وردت فيه عبارة "بيع بضاعة حاضرة"، قد أبرم في فاس من قبل مشتر ساكن بالرباط موطن مستودعات البائع، وثار النزاع حول مكان التنفيذ: هل هو فاس التي يتمسك به البائع أم الرباط التي يتمسك بها المشتري؛ فإن الغرض غير المباشر لهذا العقد والمتمثل في السياق الاجتماعي الفعلي للعبارات المستعملة في العقد قد يكمن بالنسبة إلى المشتري في إمكان تنفيذ هذا العقد في المدينة التي أراد أن يستفيد فيها من الغرض المباشر للعقد. ويكون وجود مستودعات للبائع بمدينة الرباط من الدوافع التي حثت المشتري على إبرام العقد. ومثل هذا الدافع المتمسك به من قبل المشتري لا يضر بالبائع الذي توجد مستودعاته بالرباط. وهنا فإن الدلالة الاجتماعية للفظة حاضرة ستعني: "بيع البضاعة الحاضرة حكما في مجلس العقد وفعلا في مستودعات البائع الموجود بعيدا عن مكان إبرامه". أما الدلالة اللغوية للفظة "حاضرة" فلا يمكن أن تتحمل مثل هذا المعنى لأنه وإن كانت هي بدورها تسوي بين الوجود الفعلي للبضاعة المبيعة ووجودها الحكمي، كما مر بنا، إلا أن منع التعسف في تجويز المعاني المحتملة خارج ما هو معتمد في لغة التعاقد من شأنه أن يفرض على الدلالة اللغوية عدم الاعتداد إلا بالمستودعات الموجودة في مكان إبرام العقد أو في مكان قريب منه: كما لو كان مكان العقد موجودا في حي من مدينة والمستودعات في حي آخر من نفس

[1]- يشكل هذا التأويل القضائي ضربا من التعليق القضائي على النص العقدي. ومثله في ذلك مثل التعليق على النص الفقهي أو القضائي (التعليق على الأحكام أو القرارات القضائية). والتعليق على النص، بغض النظر عن طبيعة المعلَّق عليه، لا يصل في آخر المطاف، مهما كانت التقنيات المستعملة فيه، وكما يقول ميشيل فوكو،إلا إلى ما سبق أن وصل إليه النص ذاته ولكن في صمت: نظام الخطاب وإرادة المعرفة، مرجع سابق. ص. 18.

المدينة. وتكون بالتالي هذه الدلالة اللغوية المعاكسة للدلالة الاجتماعية هي "بيع البضاعة الحاضرة حكما في مجلس العقد وفعلا في مستودعات البائع الموجودة في مكان إبرام العقد أو بالقرب منه".

65- وهكذا يتبين مما سبق أن الدلالة الاجتماعية من شأنها أن تتعارض مع الدلالة اللغوية ولو تمثلت هذه الدلالة في المعنى اللغوي المناسب.

غير أن ما يجعل الدلالة الاجتماعية متميزة عن الدلالة اللغوية، ولو تمثلنا معا في نفس المعنى، هو أن القاضي في تبنيه للدلالة الاجتماعية لا يجد نفسه مقيدا بالمنهج الحرفي النحوي أو بما ينجر على المستوى المنطقي عن هذا المنهج وإنما بالاعتبارات الاجتماعية المفضية إلى المعنى الاجتماعي. ومن هنا نستطيع أن نذهب إلى أن الأخذ بالدلالة الاجتماعية لا مكان فيه للمنهج الحرفي النحوي.

الفقرة الثانية :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالمقارنة بين المعاني لضبط توافقها أو تعارضها

66- إذا ما رجعنا، في المعاني المحتملة التي تفرزها المرحلة الثانية على النحو المار بناء، إلى مثال "بيع بضاعة حاضرة" نجد أن هذه المعاني متعددة وهي كالتالي:

- المعنى المستخلص من الدلالة اللغوية:
  * المعنى اللغوي الحقيقي هو بيع بضاعة حاضرة فعلا في مجلس العقد.
  * المعنى اللغوي المناسب هو بيع بضاعة حاضرة حكما في مجلس العقد.

وهذا المعنيان، منظورا إليهما من زاوية المطلوب في النزاع، يفيدان معا في دلالتهما اللغوية بيع بضاعة حاضرة حكما في مجلس العقد وفعلا في مستودعات البائع الموجودة بفاس أو في مكان قريب منه.

- المعنى المستخلص من الدلالة الاجتماعية: هو بيع بضاعة حاضرة حكما في مجلس العقد وفعلا في مستودعات البائع الموجودة بالرباط.

67- وعليه، ففي هذه المرحلة الثالثة لعملية التأويل، يعمد القاضي إلى المقارنة، في ضوء المطلوب في النزاع، بين المعاني السابقة. ولاشك أنه سيجد توافقا بين المعنى اللغوي الحقيقي وبين المعنى اللغوي المناسب مادام أنهما يؤديان معا إلى تحقيق مصلحة البائع في النزاع.

وبالمقابل سيجد هذين المعنيين المشكلين للدلالة اللغوية متعارضين مع المعنى الاجتماعي المستفاد من السياق الاجتماعي الفعلي للفظة "حاضرة" لأن هذا المعنى الاجتماعي يخدم مصلحة المشتري في النزاع[1].

ويكون على القاضي أمام التعارض بين الدلالة اللغوية المكرسة لمصلحة البائع والدلالة الاجتماعية المحققة لمصلحة المشتري أن ينتقل إلى الحسم فيه بتغليب إحدى الدلالتين عن الأخرى. وهذا هو دور المرحلة الموالية التي كان بالإمكان استعراضها مباشرة بعد المرحلة السابقة، من غير أن نتطرق إلى المرحلة التي نحن بصدد الحديث عنها لولا حرصنا على محاولة التصوير البطيء لمسار العمليات الذهنية لما يمكن عقلنته كمسار أو على الأقل كشبه مسار للعمليات الذهنية التي يجريها القاضي في التأويل.

المبحث الثاني :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في صنف مراحلها الرامية إلى الإعلان عن المعنى الواحد للعقد بعد الحسم في تعدد معانيه

68- إن المراحل الرامية إلى الإعلان عن المعنى الواحد للعقد بعد الحسم في تعدد معانيه تتمثل في الحقيقة، في مرحلتين فقط كنا قد أعلنا عنهما في مستهل الفرع الثاني الذي نحن بصدد معالجة مبحثه الثاني.

وسنتطرق إلى هاتين المرحلتين في مطلبين كالتالي:

[1]- إن القول بالتعارض هنا ليس معناه أن الدلالة اللغوية تتعارض بالضرورة مع الدلالة الاجتماعية. فتصور توافقهما ممكن. وكمثال على إمكانية التوافق بين الدلالتين نورد القرار عدد 87/370 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس (منشور بمجلة المعيار لهيئة المحامين بفاس، عدد 13-14، ص. 110 وما بعدها) بتاريخ 1987/2/10 وقد جاء فيه: "إن عبارة "امتياز مادي" الواردة في الفصل 57 من الاتفاقية الجماعية لموظفي البنوك في المغرب تقتضي القول بأن قرار نقل المستخدم بعقبه تغطية مادية لهذا النقل تكون موازية لما قد يترتب عن ذلك من عواقب وبالطبع تتعدى ما كان من المفروض أن يتقاضاها المستخدم لو بقي بمقر عمله القديم". فعلى الرغم من أن محكمة الاستئناف قد استخدمت المنهج الحرفي النحوي في تأويل عبارة "امتياز مادي"، ولذلك نجدها تؤول هذه العبارة بدلالتها اللغوية وهي التغطية المادية الموازية لما قد يترتب عن نقل المستخدم من أضرار؛ إلا أن هذه الدلالة اللغوية تتوافق مع الدلالة الاجتماعية للامتياز المادي الذي لولاه لما قبل المستخدم الانتقال من مقر عمله القديم.

- **المطلب الأول: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالحسم في تعارض المعاني بتغليب أحدها على المعاني الأخرى.**
- **المطلب الثاني:تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بصياغة المعنى الواحد للعقد المطلوب تأويله في الحكم أو القرار القضائي.**

المطلب الأول :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بالحسم في تعارض المعاني بتغليب أحدها على المعاني الأخرى

69- لاشك أن القاضي، في حسمه تعارض المعاني المحتملة في العقد بتغليب أحدها على الأخرى، يستعين بتوجيهات التأويل المنتمية في التصور المقترح من قبل إلى الصعيد الأفقي وعلى الخصوص إلى النوع الثاني من الصنف الثاني في هذا الصعيد. ونعني بهذا النوع الثاني توجيهات المفاضلة بين المعاني. وهذه التوجيهات تعطي الأولوية للمعنى الحقيقي بالوضع أو المألوف في اللغة العادية أو القانونية فالمعنى اللغوي المناسب. ولا يأتي المعنى الاجتماعي المناسب حسب توجيهات المفاضلة بين المعاني إلا في المقام الأخير[1].

[1]- يبدو أن توجيهات التأويل المعتمدة في الفقه الإسلامي تسير في هذا الاتجاه أيضا. ففي المذهب الحنفي مثلا يقدم التصريح على الدلالة (المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية). ثم إن دلالة العبارة إذا ما تعارضت مع دلالة الإشارة أعطيت الأولوية لدلالة العبارة. وإذا تعارضت دلالة الإشارة مع دلالة النص كانت الأولوية لدلالة الإشارة على دلالة النص. وإذا تعارضت دلالة النص مع دلالة الاقتضاء تم تفضيل دلالة النص على دلالة الاقتضاء. بمعنى أن الترتيب الذي تفرضه توجيهات التأويل في الفقه الحنفي يرجع إلى المفاضلة بين الدلالات هو التالي: 1- دلالة العبارة. 2- دلالة الإشارة. 3- دلالة النص. 4- دلالة الاقتضاء: انظر في هذا الصدد مثلا: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة: مرجع سابق، ص 365 وما بعدها و401 وما بعدها و432 وما بعدها. – ومن توجيهات المفاضلة بين المعاني المعتمدة في الفقه المالكي المعتد به أمام الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى أن الحجة المفيدة للإثبات والعلم أولى من الحجة المفيدة للنفي والجهل. وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 148 الصادر بتاريخ 1975/3/11 إلى أن: "التعارض الذي يوجب الالتجاء إلى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين الحجتين. وعليه فإن الشهادة بالعلم بوارث لا تتعارض مع الشهادة بعدم العلم به لما هو مقرر من أن من علم هو حجة على من لم يعلم" (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 32، غشت 1984، ص. 38 وما بعدها).

70- وعليه فتطبيق هذه التوجيهات على المثال المضروب قبله، وبدءا من المرحلة الأولى في عملية التأويل، يقتضي من قاضي الموضوع، الحريص على إخراج حكمه أو قراره من قبضة النقض بسبب التحريف[1]، أن يغلب الدلالة اللغوية على الدلالة الاجتماعية. وفي ضوء هذه الدلالة يحسم المطلوب في النزاع المعروض عليه بالحكم لمصلحة البائع على الرغم مما قد يلاحظ في مثل هذا الموقف من تعسف[2] ناتج عن عدم اعتبار الدلالة الاجتماعية.

71- ولا يبقى بعدئذ للقاضي إلا القيام بصياغة حكمه أو قراره. وهذا هو موضوع المرحلة الخامسة والأخيرة التي لا نريد الانتقال إلى معالجتها قبل التنبيه إلى المكانة التي يحتلها المنهج الحرفي النحوي في هذه المحطة الرابعة لعملية التأويل أيضا، وذلك لأن توجيهات التأويل تعطيه الأولوية في التطبيق كما تجعل الدلالة اللغوية الناجمة عن إعماله هي المفضلة في حالة تعارض المعاني بغض النظر عما إذا تمثلت هذه الدلالة اللغوية في المعنى اللغوي المباشر أو في المعنى اللغوي غير المباشر طالما أن هذا الأخير لا يعتبر إلا نتيجة منطقية وبالتالي غير مباشرة للمنهج الحرفي النحوي.

المطلب الثاني :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل في مرحلتها المتعلقة بصياغة المعنى الواحد للعقد المطلوب تأويله في الحكم أو القرار القضائي

72- إذا ما نظرنا، منطقيا، إلى الدعوى المرفوعة في شأن تأويل العقد على أنها سؤال يتضمن شقين متعارضين بتعارض طلبات الخصمين المدعي والمدعى عليه، أمكن القول إن الحكم أو القرار القضائي هو الجواب الكامل عن هذا السؤال[3].

[1]- وهذا، طبعا متى كانت محكمة مراقبة تطبيق القانون من قبل محاكم الموضوع حريصة على الحماية الشديدة والصلبة للمعيار المرجعي الأصلي المتحدث عنه من قبل.

[2]- نقول بالتعسف لأنه على فرض اعتبار الحكم الصادر لمصلحة البائع، في المثال المضروب، مسايرا لأحكام ق.ل.ع.م. في ظاهرها على الأقل (الفصل 502 من ق.ل.ع.م)؛ فإن تمسك البائع بعدم تسليم المبيع إلا في مكان إبرام العقد، وإن كان تمسكا بحق، إلا أن ممارسة هذا الحق لا ينبغي أن تكون تعسفية. ولاشك أن البائع الذي توجد مستودعاته بمكان إقامة المشتري، ومع ذلك يصر على حصول التسليم في مكان البائع يهدف إلى استعمال حقه استعمالا تعسفيا.

[3]- يقول جان بوزان إن الحكم من الناحية المنطقية يؤول على أنه تأكيد لرابطة بين فكرتين:

والقاضي، في هذا الجواب، إما أن يقتنع بمبررات المدعي بقبول طلبه وإما أن يقتنع بمبررات المدعى عليه فيقضي بقبول طلب هذا الأخير. وفي حالة تعدد الطلبات المقدمة من قبل كل من الطرفين: إما أن يقتنع بكافة مبررات أحد الطرفين فيلبيها جميعها، وإما أن يقتنع ببعضها فقط فيرفض الطلبات المبنية على المبررات غير المقبولة. ورفض هذه الطلبات بالنسبة إلى الطرف الواحد قد يكون معناه حسب المنهج الحرفي النحوي قبول ما يعاكسها من الطلبات عند الطرف الثاني.

إن جواب القاضي عن طلبات (أسئلة) المتنازعين هو المسمى في الحكم بالمنطوق. وهذا المنطوق على المستوى المنطقي يمكن أن يجيء في مستهل الحكم أو القرار قبل التعليل أو في نهايته بعد التعليل. ومع ذلك فإن الممارسة القضائية الفرنسية اعتادت إيراد المنطوق في خاتمة الحكم أو القرار. وهذا الاتجاه هو الذي تسايره الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحاكم المغربية.

وحتى نتمكن من محاولة تطبيق التصور المقترح من قبل لفهم توجيهات التأويل على الأسلوب المتبع في صياغة ما يتوصل إليه القاضي من المعنى الواحد لما هو مبهم أو غامض في العقد نرى أن نقوم في المقام الأول بإعطاء صورة منطقية عن بنيات الحكم أو القرار القضائي في صيغته الإجمالية لأنه هذه الصورة المنطقية هي التي ستفرز لنا البنيات التي سنركز عليها عند معالجة الأسلوب المتبع في صياغة عملية التأويل في الحكم أو القرار القضائي.

وعليه فإننا سنتناول هذا المطلب في الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى: الصورة المنطقية لبنيات الحكم أو القرار القضائي المغربي في صيغته الإجمالية.**
- **الفقرة الثاني: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الأسلوب المتبع في صياغة عملية التأويل في الممارسة القضائية المغربية.**

- Jean Pauzin : Guide théorique et pratique de la jurisprudence, Paris, 1958, p. 15.

الفقرة الأولى :
الصورة المنطقية لبنيات الحكم أو القرار القضائي المغربي في صيغته الإجمالية[1]

73- إن التأمل في صياغة الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحاكم المغربية بما في ذلك -بل وبالأساس- المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا)، يسمح بتصنيف أشكال بنياتها على المستوى المنطقي إلى ثلاثة أصناف هي صنف المقدمة أو الديباجة (أولا) وصنف الموضوع (ثانيا) وصنف الخاتمة (ثالثا).

أولا : مقدمة الحكم أو القرار القضائي أو ديباجته

74- نعني بها مجموع البيانات الهادفة إلى التنبيه إلى أن صدور الحكم أو القرار القضائي قد روعيت فيه كافة ضمانات التقاضي المشترطة قانونا.

وبعبارة أخرى فإن المقدمة أو الديباجة هي الجواب عن السؤال المتعلق بما إذا كان الحكم أو القرار قد احترم كل الضمانات التي يوفرها القانون للمتقاضين.

وإذا ما أخذنا قرارات المجلس الأعلى كنموذج[2]،نجد أن بيانات المقدمة أو الديباجة فيها تستهل بنوعين من العلامات أولهما غالبا ما يتمثل في اصطلاح "بناء على" وثانيهما يتبلور باصطلاح "وبعد".

وتعمد البيانات المستهلة باصطلاح "بناء على" إلى بلورة المعطيات التي يرتكز عليها المجلس الأعلى للانطلاق في إصدار قراره؛ بمعنى أن هذه البيانات تبرز الإجراءات السابقة على النظر في الطعن وهي تمتد من وقت رفع الطعن أمام المجلس الأعلى إلى حين تحديد تاريخ انعقاد الجلسة العلنية.

[1]- انظر، على سبيل المثال، فيما يرجع إلى الممارسة القضائية:
- Roger Mendegris : Commentaire d'arrêt en Droit privé, Dalloz, 1975, p.p. 10 à19.
- Pierre Mimin : Le Style des jugements, 4ème édition, Librairies techniques, 1962, pp à 205.
- Maurice Cohen : « Comment lire un arrêt de la cour de cassation » in Revue (la) : Le Droit ouvrier, avril 1978 (nos. 355-365), p.p. 124 à 130.

[2]- نرى الاقتصار على معالجة هذه القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا) كنموذج لأنها، بالمقارنة مع قرارات محاكم الاستئناف أو أحكام المحاكم الابتدائية، هي التي تبدو أكثر انسجاما مع المتطلبات المنطقية لصياغة الأحكام أو القرارات القضائية، وبالإضافة إلى هذا فإن هذه الأحكام أو القرارات الصادرة عن محاكم الموضوع لا تكون جيدة من حيث الصياغة إلا بالقدر الذي تقترب به من صياغة قرارات المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا). ثم إن فهم أو تأويل محاكم الموضوع لا تُعرف سلامتُه إلا من خلال قرارات المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا).

أما البيانات المستهلة، في المقدمة أو الديباجة، باصطلاح "وبعد" فإنها تبلور الإجراءات المتبعة عند انعقاد الجلسة العلنية وتمتد من الاستماع إلى تقرير المستشار المقرر إلى حين حصول المداولة طبقا للقانون.

ثانيا : موضوع الحكم أو القرار القضائي

75- هو رد أو جواب المحكمة عن الأسباب المبررة لطلبات المتقاضين أي الوسائل القانونية المستدل بها تدعيما للطلب (أو الطلبات) المتمسك به (أو بها) في الدعوى[1].

والطلب الذي يرفعه المتقاضي إلى المحكمة إما أن يرتكز على مبرر واحد (سبب أو وسيلة واحدة) أو على أكثر من مبرر (أكثر من سبب أو وسيلة).

في الحالة الأولى يكون موضوع الحكم أو القرار منحصرا في رد أو جواب واحد.

وفي الحالة الثانية يتعدد الرد أو الجواب بتعدد الوسائل (الأسباب) المستدل بها.

وإذا ما اقتصرنا على قرارات المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا) من جهة والتمسك من جهة أخرى أمام هذا المجلس بوسيلة واحدة، أمكن لنا تقطيع بنيات موضوع القرار القضائي إلى ثلاثة أنواع من الحيثيات تأتي في الترتيب على النحو التالي[2]:

النوع الأول نسميه بحيثية الوقائع، والنوع الثاني بحيثية المأخذ، والنوع الثالث والأخير بحيثية التفنيذ (الدحض) أو التأييد (التزكية).

76- **أ- حيثية الوقائع :** تستعرض هذه الحيثية مجموع الأحداث المولدة للنزاع كما اعتمدتها محاكم الموضوع.

[1]- إن الدعوى القضائية خارج ما يشترط فيها من البيانات الشكلية (كالفصول 31 و32 و131 و142 و156 و355 من قانون المسطرة المدنية) ليست إلا طلبا معززا بما يؤيده من الوسائل القانونية في نظر صاحب الطلب (الدعوى).

[2]- هذا التصنيف لا يخص قرارات المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا) وحدها؛ إنه ينطبق أيضا على أحكام وقرارات محاكم الموضوع، إذ البنيات المنطقية لكل هذه الأحكام أو القرارات واحدة. وإذا كان لابد من وضع الأصبع على ما تتميز به قرارات المجلس الأعلى عن أحكام وقرارات محاكم الموضوع، فحسبنا أن نقول إن قرارات المجلس الأعلى تتسم على العموم بالاختصار والإيجاز وتفادي الاستطراد في العرض من جهة كما تتسم بالنسبة إلى هذا الغرض، من جهة أخرى باحترام ترتيب معين للمعروض. أما أحكام وقرارات محاكم الموضوع فيغلب عليها، فيما يرجع إلى العرض، طابع السرد الحكائي المتميز بنقيض صفات العرض في قرارات المجلس الأعلى: وهذا راجع إلى طبيعة عمل محاكم الموضوع التي عليها أن تتبع الوقائع في كافة تفاصيلها ودقائقها التي من شأنها أن تنير لها الطريق في التكييف القانوني الملائم للنزاع أي في تطبيق القانون عليه. وتؤثر هيمنة طابع السرد الحكائي للعرض في أحكام وقرارات محاكم الموضوع بجلاء على الترتيب المتبع في المعروض إذ غالبا ما نجد هذا الترتيب مضطربا.

وإذا كان من المنطقي أن يتم إيراد هذا الصنف من الحيثيات ضمن موضوع القرار[1]، عندما يقتصر هذا الموضوع على الرد عن الوسيلة الوحيدة المستدل بها؛ فإن إيراد هذا الصنف دائما في مستهل موضوع القرار مباشرة بعد الإعلان عن أول وسيلة يراد الرد عليها، في حالة تعدد الوسائل المستدل بها كما هو الغالب الأعم في قرارات المجلس الأعلى المغربي(محكمة النقض حاليا)، لا يمكن قبوله منطقيا، لأن حيثية الوقائع بمفهوم استعراض مجموع الأحداث المولدة للنزاع كما أفرتها محاكم الموضوع، ينبغي إيرادها قبل الإعلان عن الوسيلة المراد الرد عليها.

وبهذا التحديد ينبغي لحيثية الوقائع أن تكون هي الواصلة بين ما أسميناه بالمقدمة أو الديباجة في القرار وبين موضوع هذا القرار بمعنى الرد عن الوسيلة الوحيدة أو الوسيلة الأولى في حالة تعدد الوسائل.

وبعبارة أخرى إذا كان موضوع القرار يبدأ بالإعلان عن الوسيلة المراد الجواب عنها، فإن حيثية الوقائع بالمعنى المحدد قبله في ضوء الممارسة القضائية ينبغي أن تشكل مدخلا لهذا الموضوع يسطر في آخر المقدمة أو الديباجة. إن حيثية الوقائع بهذا المعنى هي خاتمة المقدمة أو الديباجة أو هي المقدمة من حيث الموضوع، تؤخر عما يسبقها في المقدمة أو الديباجة من حيث الشكل. أما الإعلان عن الوسيلة المراد الرد عليها فيستحسن لهذا الاعتبار تأخيره لجعله عنوانا تستهل به حيثية المآخذ[2].

77- **II- حيثية المآخذ** : تتعلق هذه الحيثية، التي يتم عرضها كحيثية الوقائع في ضوء الفهم الذي يقضي به المنهج الحرفي النحوي للخطاب المقدم من قبل المتنازعين، بإبراز ما يعيبه (يؤاخذه) الطاعن على الحكم أو القرار القضائي ويراه مخالفا للتطبيق الصحيح للقانون في نظره هو الطاعن[3].

وتبقى تسمية هذا النوع من الحيثيات بحيثية المآخذ صحيحة حتى عندما يقوم محرر القرار في هذه الحيثية بإبراز ما يدفع به المطعون ضده ادعاءات الطاعن. فالمآخذ (أو العيوب) هنا تستفاد من مفهوم المخالفة لأوجه الدفع.

وبعبارة أخرى فإن المألوف في صياغة هذه الحيثية ضمن قرارات المجلس الأعلى أن تكون بالمفهوم المباشر كالتالي، على سبيل المثال: "حيث يعيب الطاعن إلخ..." ولكن هذه الحيثية قد تصاغ بالمفهوم غير المباشر عندما تبلور هذه الحيثية

[1]- يبدأ موضوع الحكم أو القرار القضائي بالإعلان عن السبب أو الوسيلة المراد الجواب عنها.

[2]- إلى جانب هذه الملاحظة المنهجية، راجع مثلا في الملاحظات الأخرى الممكن توجيهها لقرار المجلس الأعلى على مستوى التحرير والصياغة؛ محمد العربي المجبود: "كيف نحرر الأحكام": منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، مارس 1983، من ص.5 إلى 10.

[3]- لقد حدد الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية الوسائل أو الأسباب التي ينبغي أن تنبني عليها طلبات النقض فيما يلي: "1- خرق القانون الداخلي. 2- خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف. 3- عدم الاختصاص. 4- الشطط في استعمال السلطة. 5- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل" .

بدل المآخذ بالمعنى المضبوط الدفوع التي يتمسك بها المطعون ضده. وتأتي في صياغتها، على سبيل المثال، كالتالي: "حيث يدفع المطعون ضده (أو المطلوب في النقض[1]) إلخ....".

إن حيثية المآخذ، بهذا المفهوم المباشر أو غير المباشر، هي التي تتضمن الوسيلة المقصودة في رد القرار عليها[2] ضمن صنف حيثيات التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية).

78- **III- حيثية التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية)** : هي تلك الحيثية التي تتضمن رد أو جواب المحكمة عن الوسيلة أو الوسائل المتمسك بها لتعزيز طلب الطعن، بالنسبة إلى قرارات المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا). ونرى تسميتها بحيثية التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية) نظرا لارتباطها الوثيق بحيثية المآخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر[3].

79- **1- حيثية التفنيد (الدحض)**: إن الحيثية المفندة للمزاعم الواردة في حيثية المآخذ تستمد وصفها من موقفها هذا لذلك تسمى بحيثية التفنيد أو الدحض. ولقد جرت العادة عند صياغة هذه الحيثية في قرارات المجلس الأعلى أن يرمز لها بعلامة (باصطلاح) تستهل به الحيثية. وتتمثل هذه العلامة (الاصطلاح) في عبارة "لكن حيث إن..." عندما يتعلق الأمر بتفنيد حيثية المآخذ بالمفهوم المباشر كما قد تتمثل في لفظة "صحيح" أو "حقا" أو غيرها من الألفاظ المفيد لتأكيد دفوع المطعون ضده عندما يتعلق الأمر بتفنيد ودحض حيثية المآخذ بالمفهوم غير المباشر.

80- **2- حيثية التأييد (التزكية)**: تستمد هذه الحيثية بدورها وصفها من الموقف المؤيد أو المزكي الذي تتخذه المحكمة في جوابها عن حيثية المآخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر. والصياغة المألوفة لهذه الحيثية في ممارسة المجلس الأعلى المغربي مثلا تستهل بعلامة (اصطلاح) تختلف باختلاف ما إذا كان الجواب أو الرد

[1]- انظر، على سبيل المثال، القرار عدد 709 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 6 غشت 1980 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص. 53 وما بعدها)

[2]- ومن هنا، إذا كانت حيثية الوقائع بالمفهوم الذي أوضحنا من قبل لا ترد في الحكم أو القرار إلا مرة واحدة، فإن حيثية المآخذ تتكرر في الحكم أو القرار بحسب عدد الوسائل المتمسك بها في الدعوى.وكذلك إذا كان من الممكن وصف حيثية المآخذ أيضا بحيثية الوقائع بالمعنى الواسع، باعتبار أنها تتضمن الادعاءات المتمسك بها لتعزيز الطلب موضوع الدعوى؛ فإن ما يميز حيثية الوقائع بالمعنى المضبوط عن حيثية المآخذ، في تقديرنا، هو أن الحيثية الأولى تتعلق، بالنسبة إلى قرارات المجلس الأعلى، بإبراز مصدر النزاع وكذا موقف الجهات القضائية التي حسمت موضوع هذا النزاع. أما حيثية المآخذ فإنها تقتصر على إبراز أسباب الطعن الموجه إلى المجلس الأعلى للنظر فيه.

[3]- نظرا لهذا الارتباط الوثيق، فإن تكرار حيثية المآخذ في الحكم يستتبع، على المستوى المنطقي، بالضرورة تكرار حيثية التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية).

متعلقا بحيثية المآخذ بالمفهوم المباشر أو بالمفهوم غير المباشر. ففي حالة الرد عن حيثية المآخذ بالمفهوم المباشر غالبا ما تستهل بلفظة "صحيح" أو "حقا" أو بأية لفظة أخرى تفيد التأكيد على صحة ما يعيبه الطاعن في طلبه على الحكم المطعون فيه. أما في حالة الرد عن حيثية المآخذ بالمفهوم غير المباشر، فإن العلامة (الاصطلاح) التي تستهل بها حيثية التأييد أو التزكية غالبا ما تتمثل في عبارة "لكن حيث إن...." أو أية عبارة أخرى تفيد تفنيد ودحض ما يتمسك به المطعون ضده من دفوع. وهنا فإن الحيثية لا يفهم منها التأييد والتزكية لمطالب الطاعن إلا بصفة غير مباشرة. ولذلك يجوز أن نطلق عنها، كما حصل قبله لحيثية المآخذ، حيثية التأييد (التزكية) بالمفهوم غير المباشر كمقابل للحالة الأولى من حالتي هذه الحيثية التي يفهم منها التأييد والتزكية بصفة مباشرة (حيثية التأييد أو التزكية بالمفهوم المباشر).

والجدير بالإشارة أن هذا الصنف من حيثيات الحكم أو القرار القضائي بنوعيه (نوع حيثية التفنيد أو الدحض ونوع حيثية التأييد أو التزكية) هو الذي يرد فيه، فيما يرجع إلى النزاعات المتصلة بتأويل العقود،ما يتوصل إليه القاضي من المعنى المستخلص لما هو مبهم أو غامض في العقد[1]. ولكن قبل الانتقال إلى الحديث عن الأسلوب المتبع في صياغة هذا المعنى في الممارسة القضائية المغربية ومقارنته بالتصور المقترح لفهم توجيهات التأويل، ننبه أيضا إلى أن هذا الصنف من الحيثيات هو الذي يحدد مصير الخاتمة في الحكم أو القرار القضائي.

ثالثا : خاتمة الحكم أو القرار القضائي

81- تتمثل هذه الخاتمة في النتيجة النهائية المنجرة منطقيا عن جواب (أو أجوبة) المحكمة في موضوع الحكم أو القرار والذي نتلمسه بالأساس فيما أسميناه بصنف حيثيات التفنيد أو التأييد.

[1]- عندما تتضمن حيثية التفنيد والدحض أو التأييد والتزكية معنى للمطلوب في التأويل يضيق أو يتسع عن المعنى الحرفي النحوي لنفس المطلوب في التأويل،فإن هذه الحيثية تشكل اجتهادا غالبا ما يتم إدراجه إما في آخر مقدمة القرار الصادر مثلا عن المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا) أو في بداية موضوع هذا القرار وقبل الإعلان عن الوسيلة المراد الجواب عنها. وهذا الاجتهاد، الذي هو عبارة عن تكرار حيثية التأييد أو التفنيد، غالبا ما يستهل بعلامة "بناء على" وتسمى بتأشيرة القرار. ومع ذلك فما ينبغي التنبيه إليه أن إيراد هذه التأشيرة في مستهل موضوع الحكم أو قبله في المقدمة لا يعني بالضرورة أن القرار المؤشر يتضمن اجتهادا بمعنى بذل المجهود. فهذا المجهود لا يكون قد بذل إلا عندما يتبين أن المعنى المعتمد ليس هو المعنى الحرفي النحوي وإنما المعنى الضيق أو الواسع والمتوصل إليه عادة عن طريق ما سنراه من المنهج المنطقي. بمعنى أن المجهود (الاجتهاد) يكمن في تضييق المعنى الحرفي النحوي أو توسيعه أي في آخر المطاف في الدلالة اللغوية المناسبة -كما هو الغالب منطقيا لما ينجر في الحقيقة عن إعمال المنهج الحرفي النحوي أو في الدلالة الاجتماعية المناسبة. والتأشيرة التي يلاحظ فيها مثل هذا المجهود هي التي تجعل القرار المؤشر جديرا بأن يحمل صفة الاجتهاد القضائي. أما القرارات التي لا تحمل التأشيرة أو تحمل تأشيرة يقتصر فيها على إيراد المعنى الحرفي النحوي كما هو المألوف في كثير من قرارات المجلس الأعلى، فإنها لا تعتبر في الحقيقة اجتهادا قضائيا وإنما قرارا عاديا ((عملا قضائيا) لا تكون له قيمة إلا بالنسبة إلى النازلة التي يتعلق بها.

ولقد جرت العادة بصياغة الخاتمة بهذا المعنى على وفق عبارة "لهذه الأسباب" أو كل عبارة تفيد نفس المعنى، وذلك للإعلان عن أن ما سيأتي بعده إنما هو مبني من جهة على كافة الأجوبة الواردة في موضوع الحكم أو القرار وبالتالي، من جهة أخرى، فهو ناتج عنها.

والخاتمة في حد ذاتها لا تفيد أكثر من الجواب المباشر عن الطلب المتقدم به في الدعوى إما بقبوله أو برفضه. وعليه فإن خاتمة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في الأحكام المطعون فيها لا يمكن أن تخرج، في آخر المطاف، على مستوى بنيتها المنطقية، عن صيغتين هما[1]: إما "قضى.... [أي المجلس الأعلى/محكمة النقض حاليا] بقبول الطلب..." وهذا معناه نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، وإما "قضى.... [أي المجلس الأعلى/محكمة النقض حاليا] برفض الطلب...." وهذا معناه تأييد وتزكية الحكم أو القرار المطعون فيه[2].

[1]- قد تكون خاتمة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)محايدة في جوابها غير منحازة في ردها. وتتحقق هذه الخاتمة في حالة الدعاوى المرفوعة أمامه من أجل تفسير قرار سبق صدوره من المجلس الأعلى نفسه: انظر على سبيل المثال: القرار عدد 287 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يوليوز 1977 (منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 12، يوليوز 1978, ص. 38 و39). ومع ذلك فإن مثل هذه القرارات التفسيرية لا تعنينا في هذا الصدد لأنها لا تعتبر جوابا عن وسائل الطعن وإنما إعادة أو تكرار للقرار الأصلي المطلوب تفسيره وتوضيحه.

[2]- عندما تتعدد حيثيات المآخذ وبالتالي حيثيات التفنيد أو التأييد، فإنه لا يمكن اعتمادا صيغة رفض الطلب في خاتمة الحكم أو القرار القضائي إلا إذا جاء الرد في حيثيات التفنيد داحضا بالمفهوم المباشر أو غير المباشر لكافة الوسائل المستعرضة في حيثيات المآخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر. وبالمقابل فإن اعتماد صيغة قبول الطلب في خاتمة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا)، مثلا لا تعني بالضرورة التأييد والتزكية بالمفهوم المباشر أو غير المباشر لكافة الوسائل الواردة ضمن حيثيات المآخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر، إذ قد تحظى بعض المآخذ بالتأييد والتزكية ولا يكون مصير المآخذ الأخرى إلا التفنيد والدحض. وبما أن الخاتمة ينبغي أن ترد بصيغة موحدة يقتضيها المطلوب في النزاع وهو استجابة الطلب موضوع الدعوى، لذلك نجد النتيجة النهائية في خاتمة القرار القضائي للمجلس الأعلى تقف في صياغتها عند صيغة قبول الطلب.وعليه فلمعرفة الحدود التي يقبل فيها الطلب بالنسبة إلى القرارات التي تكرس في خواتمها قبول الطلب لابد من الرجوع إلى موضوع القرار للوقوف في صنف حيثيات التفنيد أو التأييد على حقيقة ما تم قبوله فعلا في الطلب موضوع الدعوى.

نموذج صياغة البنيات المنطقية لقرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض) بعد الأخذ في الاعتبار لما نقترحه من تعديل في شأن ترتيبها

- التأشيرة : لا ينبغي إدراجها في مستهل القرار إلا إذا كان هذا الأخير يتضمن بالفعل مجهودا إما بتضييق المعنى الحرفي النحوي أو بتوسيعه.

- مقدمة القرار :
* - مقدمة من حيث الشكل : "بناء على" / "وبعد"
* مقدمة من حيث الموضوع : حيثية الوقائع.

- موضوع القرار : الإعلان عن الوسيلة (أو الوسائل) المستدل بها.
* حيثية المأخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر.
* حيثية التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية) بالمفهوم المباشر أو غير المباشر.

تنبيه: إن ثنائية حيثية المأخذ وحيثية التفنيد أو التأييد تتعدد بتعدد الوسائل المرتكز عليها للطعن في حكم أو قرار محكمة الموضوع.

- خاتمة القرار : النتيجة النهائية لمجموع الردود أو الأجوبة.
- رفض الطلب: أي تأييد الحكم أو القرار المطعون فيه.
أو :
- نقض الحكم أو القرار: أي تأييد طلب الطعن في الحكم أو القرار.

الفقرة الثانية :
تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الأسلوب المتبع في صياغة عملية التأويل في الممارسة القضائية المغربية

82- إن صياغة الحكم أو القرار القضائي، كما مر بنا، هي موضوع المرحلة الخامسة والأخيرة في عملية التأويل القضائي التي نحن بصدد وضعها على محك التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل.

غير أن ما يعنينا في صياغة الحكم أو القرار القضائي هو ما يتصل فيها بما أسميناه من قبل بصنف حيثيات التفنيد (الدحض) أو التأييد (التزكية) بالمفهوم المباشر أو غير المباشر؛ إذ عندما يتصل النزاع المعروض أمام القضاء بميدان تأويل العقود، فإن المعنى الذي يتوصل إليه القاضي لما هو مبهم أو غامض في العقد يصاغ في هذا الصنف من الحيثيات.

83- وإذا ما تفحصنا الممارسة القضائية المغربية لنتبع أسلوبها المألوف في صياغة المعنى المستخلص لما هو مبهم أو غامض في العقد، بل وحتى لما هو مبهم أو غامض في النص القانوني، تبين لنا أن هذه الصياغة سواء في أحكام أو قرارات محاكم الموضوع[1] أو في قرارات المجلس الأعلى[2] تقتصر على إيراد المعنى

---

[1]- انظر على سبيل المثال: قرار عدد 87/370 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 10 فبراير 1987(منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بفاس، عدد 13-14، ص. 110 وما بعدها: معنى عبارة امتياز مادي). - قرار عدد 86/996 الصادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 24-12-1986 (منشور بنفس المجلة والعدد قبله ص. 89 وما بعدها: معنى الوعد بالتعاقد) – الحكم الشرعي الابتدائي الصادر بشفشاون عن خليفة القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي بتاريخ 6 رمضان 1362هـ موافق 7 شتنبر 1943 (منشور بمجموعة الأحكام الشرعية للعلامة الفقيه القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي: مراجعة وتقديم وتعليق عبد العلي بن محمد العبودي، المركز الثقافي العربي، ط.1، 1991، بيروت –الدار البيضاء، من ص. 159 إلى 161 : معنى الوعد ليس عقدا) - قرار عدد 634 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 18-7-1986 (منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد 10، ص. 86 وما بعدها. :معنى بكر: لم يسبق لها زواج قط) – قرار عدد 2417 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10 نوفمبر 1942 (منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (28-30- 42- 1944) تعريب محمد العربي المجبود: مرجع سابق، ص. 362 وما بعدها : معنى بيع بضاعة حاضرة) .

[2]- انظر على سبيل المثال: - قرار عدد 619 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 مارس 1988 (منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش عدد 12، ص. 121 وما بعدها : معنى الدفع بعدم التنفيذ.) . – قرار عدد 697 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ فاتح أبريل 1987 (منشور بمجلة المحامي المشار إليها قبله عدد 15، ص. 132 وما بعدها : معنى المصادقة على التوقيع) – قرار عدد 176 الصادر عن المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا) بتاريخ 25-9-1986 (منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 26، ص. 72 وما بعدها :معنى لفظة كلية الواردة في الفصل 71 من القانون المنظم لمهنة المحاماة (السابق). – قرار عدد 23 ص. 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 ديسمبر 1978 (منشور بمجلة المحاماة المشار إليها قبله، عدد 16، ص. 160 وما بعدها : معنى عبارة غير مطلوب). – قرار عدد 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 نوفمبر 1967 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6 ص. 92 وما بعدها : معنى لفظة المدينة). – قرار عدد

المستخلص دون أية إشارة إلى الكيفية التي مكنت القضاء من التوصل إليه، أي، بعبارة أخرى، دون أية إشارة إلى ما يبلور توجيهات التأويل المعتمدة في استخلاص ذلك المعنى.

ويعود ما يطبع صياغة المعنى الواحد، لما هو مبهم أو غامض في العقد من الاختصار الشديد في الحكم أو القرار القضائي، إلى هيمنة المنهج الحرفي النحوي؛ إذ أن المعنى المتوصل إليه بإعمال هذا المنهج يعد بمثابة أمر بديهي ومسلم به في نظر القضاء. وما هو كذلك لا يحتاج إلى تبرير ببيان كيفية استخلاصه. وبعبارة أخرى فإن المعنى المتوصل إليه بإعمال المنهج الحرفي النحوي هو المعنى المصدق. وما هو مصدق على هذا النحو يجد تبريره في نفسه.

84- ورب معترض يقول إن هذا الموقف غريب ولا يعكس بأي وجه من الوجوه واقع الممارسة القضائية المغربية في صياغة الأحكام أو القرارات كما أنه يخالف أو يتجاهل ما يستوجبه قانون المسطرة المدنية على الخصوص من وجوب تعليل (تسبيب) الأحكام أو القرارات.

إن هذا الاعتراض سيكون صحيحا إذا لم ننبه إلى أن ما نقصده بصياغة المعنى دون تبريره، هو الاقتصار على ذكر المعنى الذي يرى القاضي إسناده لما هو مبهم أو غامض في العقد دون بيان توجيهات التأويل التي استرشد بها للاقتناع بذلك المعنى وخاصة عندما يكون هذا المعنى هو المعنى الحقيقي بالوضع أو المألوف في اللغة العادية أو القانونية. لا بل الأكثر من هذا، فحتى عندما يعتمد القاضي المعنى اللغوي المناسب، لا نراه يكلف نفسه، دائما، عناء تبرير الأساليب التي استخدمها للتوصل إليه ولا أدل على ذلك من أن أحكام أو قرارات محاكم الموضوع المتضمنة مثل هذه المعاني اللغوية المناسبة غالبا ما تؤيد من قبل المجلس الأعلى بحجة أن هذه المعاني تعد من الأمور الواقعية التي يتمتع فيها قضاة الموضوع بالسلطة التقديرية.

غير أن ما لا يلتفت إليه، فيما يرجع إلى هذه السلطة التقديرية، أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)بإمكانه مراقبة الحدود التي لا ينبغي لهذه السلطة تجاوزها. ومثل هذه المراقبة لا يمكنها أن تتم خارج بيان الكيفية المتوصل بها إلى المعنى. وبيان هذه الكيفية هي التي نقصد بها تبرير المعنى المحدد قضاء لما هو مبهم

1963/95 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 فبراير 1963 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 55-56، ص. 278 وما بعدها : معنى عبارة الرسم المزور) . – قرار عدد 51 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 4 فبراير 1976 (منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بالرباط، عدد 5، ص. 129 وما بعدها : معنى لفظة الغير). – انظر في بعض القرارات الأخرى: فقرة 297 بعده.

أو غامض في العقد. وهو التبرير الذي لا نألف، في الغالب، تلمسه في الممارسة القضائية المغربية.

85- إذا ثبت هذا الرد، ونظرنا من جهة إلى الدعوى المتعلقة بتأويل العقد على أنها سؤال وإلى الحكم أو القرار القضائي من جهة أخرى على أنه جواب عن سؤال؛ أمكن اعتبار الاختصار الشديد، الذي ترد به صياغة المعنى المحدد للمطلوب تأويله من غير بيان لكيفية التوصل إليه وبالتالي من غير إيراد أي تبرير لهذا المعنى في حد ذاته، بمثابة تطبيق لأحد المبادئ المنطقية المنجرة عن إعمال المنهج الحرفي النحوي وهو مبدأ "السؤال معاد في الجواب"[1]: فمَثَلُ الصياغة المألوفة في إيراد المعنى المحدد قضاء لما هو مبهم أو غامض في العقد كمَثَلِ الجواب بنعم أو بلا عن السؤال: هل معنى كذا هو كذا؟ أو الجواب ببلى أو بنعم عن السؤال: أليس معنى كذا هو كذا؟

إن مثل هذا الجواب غير المبرر ينطلق من حرفية السؤال ونحوه. في حين أن هذا السؤال لو وقع تأمله لتبين أنه وإن بدا بسيطا إلا أنه يقتضي جوابا مركبا من النتيجة ومما يفضي إلى الاقتناع بها. بمعنى أن السؤال: هل معنى كذا هو كذا؟ يقتضي الجواب بنعم لأن.... أو بلا لأن.... والسؤال أليس معنى كذا هو كذا؟ يقتضي الجواب ببلى لأن.. أو بنعم لأن....

ولاشك أن المشاكل العويصة التي تعرفها الهيئات القضائية المغربية، ومنها هزالة الرواتب المثبطة للعزائم وقلة عدد القضاة المفنية لما يتبقى من بذل المجهود وكثرة النزاعات المعروضة أمامها والداعية إلى الإمهال المفضي أحيانا إلى الإهمال، والتربية القانونية المتلقاة في كليات الحقوق أو في معهد تكوين القضاة والقائمة في آخر المطاف على حمل الطالب على اختزان المعارف كمسلمات لا تحتاج إلى اقتناع أو مناقشة وبالأحرى التبرير، لا يمكن أن تناسبها إلى حين رفع هذه العوائق إلا هذه الصياغة المختصرة لمعنى المطلوب في التأويل في ضوء إعمال المنهج الحرفي النحوي أو ما ينجر عن هذا المنهج منطقيا.

كما أن هذه الصيغة تناسب أيضا ما للقضاء من نفوذ كصاحب سلطة في فض النزاعات. ومن يتمتع بمثل هذه السلطة يكون في غنى عن التبرير والإقناع[2]. غير أن هذا الأمر إذا كان صحيحا في علاقة المحاكم بالمتقاضين، فإن العلاقة العمودية

[1]- لقد جعلت مجلة الأحكام العدلية العثمانية من هذا المبدأ قاعدة نصت عليها في المادة 66 منها وتقضي بأن "السؤال معاد في الجواب. يعني أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به".

[2]- وهذا بخلاف الفقه، على الأقل كما ينبغي أن يكون؛ فإن مكانته لا يستمدها، علميا على الأقل أيضا، إلا من نجاعة ما يبرر به موقفه.

للمحاكم فيما بينها تجعل هذا الفهم للسلطة مقتصرا على المجلس الأعلى دون محاكم الموضوع التي لا تناسب سلطتها إلا قيمة درجتها. وهذا التدرج في مسلسل السلطة القضائية يقتضي من السلطة الدنيا أن تعمل على إقناع السلطة التي تعلوها (مثلا محكمة الاستئناف بالنسبة إلى المحكمة الابتدائية والمجلس الأعلى بالنسبة إلى المحكمتين معا). والاقتناع بالمعنى المحدد للمطلوب في تأويل ما هو مبهم أو غامض في العقد يقتضي تبرير هذا المعنى أي بيان الكيفية التي تم بها تحديد المعنى[1].

86- وإذا صح التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل أمكن الذهاب إلى أن الصياغة المنطقية للمعنى المحدد لما هو مطلوب في التأويل، يستحسن أن تشير إلى ما به تتبلور كافة ما تعرضنا له من توجيهات التأويل في صعيديها العمودي والأفقي.

وبمكن لهذه الصياغة أن يبلورها ما يستجيب للنموذج المنطقي التالي:

إن معنى لفظة أو عبارة أو بند كذا المطلوب تأويله لغموضه أو إبهامه هو معنى كذا حسب توجيهات التأويل المعتمدة في صعيدها العمودي المتجلي من خلال ما تمليه عليه في الصعيد الأفقي مناهج التأويل المعمول بها وفقا للأولويات الواجب مراعاتها فيها والأفضلية التي يستدعيها المعيار المرجعي الأصلي أي تستدعيها اعتبارات النظرة الفردية و/أو (المهورة ب) النظرة الاجتماعية للعقود.

ونعتقد أن الأخذ في الاعتبار لمثل هذا النموذج المنطقي عند صياغة المعنى في الحكم أو القرار القضائي من شأنه أن يسهل إلى حد كبير على محكمة القانون (المجلس الأعلى) مأموريتها في مراقبة تطبيق القانون وكذا فيما يحتمل المراقبة في

[1]- الواقع أنه أمام ضعف الإمكانيات المادية والبشرية للجهاز القضائي المغربي يمكن قبول الصيغة المختصرة للمعنى غير المبرر في حالة واحدة. وهي حالة ورود هذا التبرير في الطلب موضوع الدعوى أو في مراحل النظر فيه وما يواجه به هذا الطلب من دفوع. فالطلب وإن كان المألوف فيه أن يدعم بالوسائل القانونية التي يراها صاحب الطلب ملائمة له، ونفس الأمر ينطبق على دفع هذا الطلب من خلال دفع أسبابه؛ إلا أنه لا تحدد فيه الكيفية التي يتوصل بها إلى المعنى الملتمس اعتماده من قبل القضاء.

وإذا ما سلمنا بحياد القاضي وبكون عمله يقتصر على الأخذ بما يقتنع به مما يقدمه المتقاضون من أدلة واستدلالات، أرجعنا السبب في اختصار صياغة المعنى وعدم تبريره إلى المتقاضين بل وإلى وكلائهم المحامين بالدرجة الأولى. وعليه فلو عمد المحامي، عند دفاعه على المدعي أو المدعى عليه في النزاع المتعلق بتأويل العقود، إلى تبرير المعنى الذي يلتمس من المحكمة الأخذ به من زاوية كيفية استخلاصه أي من زاوية احترامه لتوجيهات التأويل في صعيدها العمودي والأفقي على النحو المار بنا؛ فإن صيغة هذا المعنى ولو جاءت مختصرة غير مشتملة على ما يبرره إلا أن هذا المعنى يكون مع ذلك مبررا إعمالا لمبدأ "السؤال معاد في الجواب" إذ الاقتصار في الجواب بنعم أو بلا عن السؤال هل معنى كذا ولماذا هو كذا ألانه؟ يفيد الجواب بنعم أو بلا لأنه كما ورد في السؤال. وهذا فإن ما أسميناه بصنف حيثيات المأخذ بالمفهوم المباشر أو غير المباشر تكون له قيمة قانونية على مستوى تعليل الحكم أو القرار القضائي في مجموعة لا تقل عن القيمة القانونية لحيثية التفنيد أو التأييد بالمفهوم المباشر أو غير المباشر. ومع ذلك، وعلى الرغم مما قيل صدره يبقى أن ننبه إلى أن عذر المحامي بدوره يجده في التربية القانونية التي تلقاها على غرار من يساعدهم من القضاة.

ميدان تاويل العقود[1]. كما أن الاعتداد في الصياغة بمثل هذا النموذج الرامي إلى غرس بذرة الإقناع في الأحكام أو القرارات القضائية من شأنه أن يوفر الثقة في القضاء، أو يزيد في توفيرها إن كانت موجودة، لدى المتقاضين.

الباب الثاني :
المنهج المنطقي للتأويل

تمهيد :

87- مر بنا عند تحليل المنهج الحرفي النحوي، أن هذا المنهج هو الذي يرسم للمنهج المنطقي نقطة انطلاقه من جهة وينبه من جهة أخرى إلى الحدود التي لا يمكن تجاوزها في استعمال الأساليب المنطقية للاستدلال. ومن هنا يمكن الذهاب إلى أن المنهجين معا يوصلان إلى الدلالة اللفظية للعبارة موضوع التأويل (المعنى اللغوي الحقيقي والمعنى اللغوي المناسب). وبهذا التحديد يبرز الدور التكاملي للمنهجين معا في الوصول إلى الحل المطلوب في التأويل. وهذا الدور التكاملي لا يجعل المنهج المنطقي متعارضا مع المنهج الحرفي النحوي.

غير أنه على فرض التسليم بمسألة التكامل بين المنهجين إلا أن ما يبقى ملفتا للانتباه هو مفهوم المنهج المنطقي نفسه؛ فهذا المفهوم في حد ذاته مبهم[2]: فهل المقصود به مجموع السبل (التقنيات) العقلية المستعملة في الاستدلال المنطقي أم يقصد به نتيجة التأويل المتوصل إليها باستعمال هذه السبل العقلية؟ وفيما يخص هذه

[1]- إن القول بكون المجلس الأعلى(محكمة النقض) لا يراقب تأويل العقود في حالة إبهامها أو غموضها، لأن هذا الأخير يبقى داخلا في السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إنما هو ضرب من اللغو في تقديرنا. والشاهد على هذا ما يلجأ إليه، على غرار القضاء الفرنسي، من حيلة التحريف التي يراقب بها ما يسمى بتأويل العقود الغامضة. فما لا يخضع للمراقبة في الحقيقة هو التقدير ليس إلا أي الاقتناع لأن هذا الأخير يبقى من الأمور الخاصة بقضاة الموضوع. وبعبارة أخرى فإن ما لا يخضع للمراقبة هو عملية تبني الوسائل المستدل بها لتعزيز الطلب في الدعوى أو لدفعه. أما هذه الوسائل المتبناة على وفق التقدير الحر لقضاة الموضوع فإنها تراقب في الحقيقة. وما يراقب فيها يتصل بمدى الانسجام بين النتيجة والأسباب المفضية إليها. وفي ميدان تأويل العقود فإن هذا الانسجام بين النتيجة وسببها يحققه ما أسميناه بتوجيهات التأويل في صعيديها العمودي والأفقي. ولذلك فإن نظرية التحريف المعتمدة لدى المجلس الأعلى لا تعتبر، في تقديرنا، وفي آخر المطاف، إلا مظهرا لمراقبة هذه التوجيهات التأويلية.

[2]-يقول إ.ب. هابا في مرجعه المشار إليه في السابق (اللغة القانونية والتأويل إلخ.... ص. 204). إن عبارة "تأويل منطقي" مبهمة، فالبعض يفهم منها سلسلة- بل وحتى مجموع- الأساليب المختلفة للتأويل الحرفي بينما يفهم منها البعض الأخر طريقة من الطرق الأخرى للتأويل. وبين هذين الموقفين المتعارضين نجد من يقف موقفا وسطا ومن يقف موقف المنكر لوجود أي تأويل منطقي محض. انظر أيضا: - فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع": مقال سابق، ص. 117 وما بعدها.

السبل العقلية هل يقصد بها تلك السبل المنطقية بالمفهوم الصوري (الشكلي) المحض فقط أم حتى السبل الأخرى التي يقتضيها العقل؟

وفيما يخص النظر إلى المنهج المنطقي على أنه نتيجة التأويل المتوصل إليها باستعمال السبل العقلية: هل المقصود بهذه النتيجة، المتمثلة في المعنى المناسب للمطلوب في التأويل، قياس المناسبة في حجمها ونطاقها بالمقارنة مع المعنى اللغوي الحقيقي لموضوع التأويل (باعتبار أن المعنى المناسب يهدف إلى توسيع أو تضييق المعنى الحرفي النحوي)[1] أم بالمقارنة مع المعنى الاجتماعي الذي يدفع بالعقد إلى المساهمة في تحقيق السلم الاجتماعي الحقيقي؟

إنها أسئلة متعددة تلك التي يثيرها مفهوم المنهج المنطقي للتأويل والتي سنحاول الإجابة عنها في هذا الصدد.

88- ولكن قبل ذلك تجدر الإشارة إلى أن استعمال سبل الاستدلال العقلي ليس بدعة من بدع الفكر القانوني الحديث. فالرومان أنفسهم، عندما اشتدت حاجتهم إلى تفشي ظاهرة التأويل، عملوا على توظيف العقل من أجل التخفيف من صلابة النقل (النصوص)[2] إما بتضييق نطاق تطبيقه أو بتوسيعه.

ولقد كانت بعض مفاهيم وأدوات الاستدلال المعتمدة في فن الخطابة (La rhétorique)[3] خير معين للفقهاء على تحقيق هذا الهدف كنتيجة[4] من جهة وتوفير

[1]- تركز الدراسات الفقهية المتعلقة بالمنهج المنطقي للتأويل، بالأساس في فهمها لهذا المنهج على النتيجة المتوصل إليها باستعمال الأساليب العقلية للاستدلال: انظر على سبيل المثال: - كوكيبه: المرجع السابق، ص.77 وما بعدها.- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 103 وما بعدها. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 83 وما بعدها. – عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 61 وما بعدها.

[2]- إن هذا التصور يمكن أن ينطبق حتى على ما يعرف في الكتابات الإسلامية بأصول الفقه. فإذا كان هم هذا العلم هو محاولة الإبقاء على النقل من خلال الإقناع بهذا النقل عن طريق العقل؛ فإن الأسلوب المعتمد في تحليل أصول الفقه لا يخرج عن أسلوب الاستدلال المنطقي بمعناه الشكلي وغير الشكلي. وهذا الأمر يحمل على اعتبار ما تهتم به أصول الفقه الإسلامي داخلا، في جزء كبير منه، فيما يسمى في الاصطلاح الغربي بالمنطق القانوني.

[3]- انظر على سبيل المثال: فونكليس: سياق القانون. أبحاث حول تأويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي: مرجع سابق، ص. 202 و203.

[4]- يعتبر خاييم بيريلمان: حديثا، من أبرز المنادين بضرورة الأخذ بكافة أساليب الاستدلال العقلية المفضية إلى التأويل المعقول (raisonnable). وهذا التأويل الذي يقتنع به القاضي في ضوء الإنصاف والسياق العام للقانون الوضعي لا يمكن أن يتمثل في آخر المطاف إلا في التأويل الخطابي المبني في تعليل الحكم القضائي له على المحاججة (argumentation) وليس على البرهان (démonstration) كما يدعي أنصار المنطق الصوري (الشكلي). انظر مثلا:

Chaïm Perelman :- « L'interprétation juridique » in Archives de philosophie du droit, tome 17, Sirey, 1972, p.p. 29 et 37.

- La logique juridique –Nouvelle Rhétorique, Dalloz, 1979, N° 25,p .37 ,n 28 p.45n 29 p .47.
- Justice et Raison, 2ème édition, Bruxelles 1972, p, 222, et s et 242 et s.

الأدوات التي أصبح يستقل بها التأويل القانوني من جهة أخرى، وإن كانت أدوات التأويل هذه لم يتم تدوينها[1].

ولقد قيل إن هذه الأدوات المنطقية تتمثل، في آخر المطاف، في الخير والعدل (الإنصاف) على أساس أن القانون بدوره لا يخرج عن كونه فنا للخير والعدل (Jus est ars boni et aequi).

ولكن بما أن الخير لا يعني أكثر من المناسبة (opportunité) أو القابلية للملائمة (convenabilité)، وأن العدل لا يخرج عن المساواة التناسبية بالمفهوم الأرسطي (égalité proportionnelle)[2]؛ لذلك فإن ترجمة هذه الأوصاف إلى المفاهيم المنطقية المحضة معناه اعتماد أدوات المنطق الصوري (الشكلي) لا أقل ولا أكثر، على أساس أن الخير والعدل المقبولين عقلا لا يمكنهما أن يتبلورا إلا بإعمال هذه المفاهيم الشكلية للمنطق.

انظر أيضا:

- R. Legros : « A propos de « logique juridique » de Ch. Perelman ». in Etudes de logique juridique publiées par ch. Perelman, Volume VI, Bruxelles, 1976, p. 46 et s. et 50 et s.

- والجدير بالإشارة أن هذه النتيجة هي التي توصل إليها أ.ج. ارنو بعد قيامه بتشريح ذهنية القاضي انطلاقا من تحليل مجموعة من القرارات (يبلغ عددها 143 قرارا) الصادرة من سنة 1968 إلى 1971 عن محكمة الاستئناف بإيكس أين بروفونس في مادة الطلاق. فلقد استخلص من هذا التحليل أن القاضي في تعليله للحكم لا يفكر من منطلق عملية استنباطه كموزع للمكافآت والعقوبات وإنما يمارس ضربا من تطويق الواقع بالقانون أو عملية لضبط صورة الواقع في إطار القانون (un cadrage). وهذا إضافة إلى أن ضبط الصورة لا يكون إلا في مرحلة تحرير (صياغة) الحكم. وعليه فإن القاضي في آخر المطاف لا يفكر بالمنطق وإنما بالخطابة:

- André –Jean Arnaud : « Autopsie d'un jute. Etude sémiologique de la jurisprudence Aixoise en matière de divorce ». in Archives de philosophie du droit, tome XIX : le langage du droit Sirey, 1974 p.p 197 à 228, voir spécialement p.p. 201 et s. et 224.

- والخطابة، كما يرى بيريلمان، خلقها القدماء وعلى رأسهم أرسطو. وحظيت كفن بالهيمنة على الميدان المعرفي إلى أن تدهورت في القرن 16 عندما أصبحت تقتصر على دراسة الأسلوب في صوره وصيغه ليس إلا (المنطق القانوني: مرجع سابق رقم 51 ص. 105). وكما جاء عند أرسطو، في فن الخطابة، فإن صناعة الخطابة تناسب صناعة الجدل وذلك أن كلتيهما توأمان غاية واحدة وهي مخاطبة الغير.... [و] كل واحد من الناس يستعمل، بالطبع الأقاويل الجدلية والأقاويل الخطبية.... وإذا كانت هاتان الصناعتان مشتركتين فقد يجب أن يكون النظر فيهما لصناعة واحدة وهي صناعة المنطق.. والخطابة هي قوة تتكلف الإقناع الممكن في كل واحد من الأشياء المفردة.": ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد: تلخيص كتاب الخطابة لأرسطو، حققه وقدم له عبد الرحمان بدوي، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، بدون تاريخ الطبع، ص. 3 و4 و15. انظر أيضا أرسطو: الخطابة ترجمة عبد الرحمان بدوي، دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، ط.2. بغداد، 1986، ص. 23 وما بعدها و29.

[1]- يان باكلو: بحث حول التأويل القانوني: مرجع سابق، رقم 9 ص.4.ويجدر التنبيه هنا إلى أن عدم التدوين يتعلق بالمنهج وليس بما يسمى في الوقت الراهن بقواعد التأويل التي كرسها حتى القانون الروماني.

[2]- انظر على سبيل المثال: فونكليس: المرجع السابق، ص. 95.

وهذا التصور هو الذي ساد بالأساس حتى عندما تم إحياء الفكر القانوني الروماني (البيزنطي) في القرنين 12 و13م. بظهور ما يسمى بالشرح والتعليق (la glose)[1].

89- وعلى الرغم من انطلاق النزعة الإنسانية، ابتداء من القرن 16م، القائمة على رفض كل الممارسات التي من شأنها أن تتعارض مع العقل الطبيعي المكرس للقانون الطبيعي الذي يجب أن يتلاءم معه ما يسمى بالقانون التحكمي[2] الوضعي؛ فإن الأدوات المنطقية لم يستبعد منها إلا ما لا يتناسب مع التجريد المفضي إلى الموضوعية. وليس هناك ما يفضي إلى هذا التجريد في أقصى مظاهره من أدوات المنطق الشكلي التي سادت حتى في مدرسة الشرح على المتون[3] خلال ما يزيد عن ثلاثة أرباع القرن 19م. على الأقل وذلك بالمقارنة مع ما كانت تأخذ به من الأدوات المنطقية الأخرى، وتكونت، بسبب الاقتناع بفاعلية تلك الأدوات الشكلية، في ألمانيا، مدرسة التأويل المنطقي خلال النصف الثاني من القرن 19م[4].

90- وإذا كان ما يسمى بالنظرية الحديثة للتأويل قد وجهت انتقادات شديدة لهذه الأدوات المنطقية الشكلية لما تفضي إليه من اختزال الواقع[5]؛ فإن تمسكها بالمعيار المرجعي الأصلي المتمثل في الوظيفة الفردية للعقود بعد إصلاح هذه الوظيفة فقط في ضوء بعض الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي لا تفضي إلى زعزعة النسق القانوني القائم[6]، جعلها عاجزة عن الاستغناء عن الأدوات المنطقية الشكلية وإن كانت قد أضافت إليها بعض الأدوات الأخرى غير الشكلية على الأقل

[1]- بان باكلو: المرجع السابق، رقم 1 ص. 6 وما بعدها.

[2]- القانون التحكمي هو الاصطلاح الذي يطلقه دُوما على القانون الوضعي ليقابل به القانون الطبيعي: عن بان باكلو: المرجع السابق، رقم 13 ص.9 ورقم 15 ص.9.

[3] - Alex Weill : Droit Civil – Introduction générale, Dalloz, 3ème éd. 1973, N° 192, p. 177.

[4]- انظر في هذه المدرسة الألمانية على سبيل المثال، فرانسوا أوست: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 117.

[5]- يعتبر جيني رائدا في انتقاد هذه الأساليب التجريدية عند الفقه التقليدي: انظر: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي: مرجع سابق، ج. 1، ص. 34 و35 ومن 124 إلى 204.

[6]- إذا كانت النظرة الفردية هي السائدة خلال القرن 19 في القانون المدني الفرنسي، وكان مؤلف جيني المار بنا قابلا لاختصاره في الجملة التي قال بها رايموند سالي في آخر تقديمه لهذا المؤلف: "إلى ما وراء القانون المدني ولكن بواسطة القانون المدني" (انظر المرجع السابق لجيني: ج.1. ص. XXV)، وهي الجملة التي يمكن بلورتها في ميدان العقود ب: "إلى ما وراء العقد ولكن بواسطة العقد"؛ فإن مثل هذا التصور لا يعني أكثر من ضرورة إشباع الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية ولكن بالنظرة الفردية للقانون أو للعقد. وهذا التوفيق بين الاعتبارات المستجدة والنظرة الفردية يحتاج بطبيعة الحال إلى إقناع واقتناع. وفي هذا الصدد تأتي ضرورة الاستعانة بالمنطق ولو بأدواته الشكلية.

في الظاهر[1]. بمعنى أنه عندما يتعلق الأمر في موضوع التأويل بما توقعه الطرفان فإن الأدوات المنطقية الشكلية وغير الشكلية هي التي ينبغي إعمالها للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[2]. وفي هذا الأمر لا يوجد أي اختلاف بين هذه النظرية الحديثة وما يسمى بالنظرية التقليدية[3]. والدور الذي تضطلع به هنا أساليب الاستدلال المنطقي يكمن، كما جاء عند كوكييه[4]، في تخويل العبارة المبهمة أو الغامضة معنى غير مباشر ولكنه مناسب للإرادة المشتركة للمتعاقدين[5].

91- وهكذا يتضح أن الفقه والقضاء في فرنسا، على الأقل منذ صدور القانون المدني الفرنسي، وبغض النظر عن وصفهما بالتقليديين أو الحديثين، يعتمدان على أساليب استدلالية بعضها ينتمي إلى ما يسمى بالمنطق الصوري (الشكلي) أي المنطق بالمعنى المباشر، وبعضها الآخر ينتمي إلى منطق لا علاقة له بهذا الأخير إلا بالاسم على الرغم من وصف الفقهاء لهذه الأساليب المنتمية إليه بالأساليب المنطقية: إنها أساليب المنطق غير الشكلي إن صح التعبير، وسنسميها بأساليب المنطق بالمعنى غير المباشر[6] لنقابل بها أساليب المنطق المباشر والتي تطلق على أساليب المنطق الشكلي أو الصوري.

إن أساليب المنطق بالمعنى المباشر هي التي تبلور بحق المنهج المنطقي كذريعة[7] توصل إلى التأويل الموصوف بالمنطقي. أما أساليب المنطق بالمعنى غير

[1]- يقول دباج (De page) إن منهج التأويل المنطقي يدينه الجميع ولكن لا أحد يتخلى عنه: عن فرانسوا أوست: مقاله المشار إليه في السابق، ص.97.

[2]- انظر مثلا جيني: المرجع السابق، ج.2. من ص. 144 إلى 190 وعلى الخصوص ص. 150 وما بعدها وكذا 265 و287. – رايموند سالي: في التعبير عن الإرادة: مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني (الفصول من 116 إلى 144)، باريس، 1901: رقم 46 ص. 215، رقم 47 ص.216، رقم 56 ص. 218-رقم 61 ص.220، رقم 83 ص. 226 وما بعدها.

[3]- انظر، على سبيل المثال، فيما يرجع إلى النظرية التقليدية: فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم: مرجع سابق، ص. 379 وما بعدها. وفابروكيت يصف جيني في نفس هذا المرجع بالخصم: ص. 370.

[4]- تمثل أطروحة كوكييه (في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق) همزة وصل بين ما يسمى بالنظرية التقليدية والنظرية الحديثة أو كما قال بان باكلو (في مرجعه السابق، رقم 243 ص. 226) تمثل هذه الأطروحة مرحلة الانتقال من الفقه الكلاسيكي إلى الفقه الحديث للتأويل.

[5]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 78 و126.

[6]- تتمثل هذه الأساليب، كما سنرى في حينه، في بنود العقد وطبيعته والتنفيذ الاختياري للعقد والقانون أو المصلحة العامة أو العادة أو العرف وحسن النية أو الإنصاف والحس السليم المفضي إلى اعتبار ما هو غير مفيد بمثابة العبث واللغو: ولاشك أن هذه الأساليب لا علاقة لها، في حد ذاتها، بالمنطق إلا من زاوية كون العقل يتقبلها ولا يرفضها؛ ولذلك أسميناها بأساليب المنطق بالمعنى غير المباشر حتى تتمكن من مسايرة الاصطلاح المألوف المتمثل في المنهج المنطقي للتأويل من جهة ونبه من جهة أخرى إلى أن علاقة هذه الأساليب بالمعنى هي علاقة غير مباشرة.

[7]- لقد آثرنا استعمال لفظة ذريعة لأنها تعبر بدقة أكبر عن الطريقة إلى الشيء وهي المنهج بخلاف الوسيلة فإنها لا تعني في اللغة أكثر من طلب القربة إلى الشيء: انظر الفرق في بين الذريعة والوسيلة: أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية، ضبطه وحققه حسام الدين القدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1981، ص. 248.

المباشر، فقد دأب الدارسون على معالجتها من زاوية النظر إلى المنهج المنطقي للتأويل على أنه غاية ونتيجة وليس ذريعة.

وعليه فإننا سندرس كافة هذه الأساليب المنطقية في فصلين كالتالي:

- **الفصل الأول: مفهوم المنهج المنطقي كذريعة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر.**
- **الفصل الثاني: مفهوم المنهج المنطقي كنتيجة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.**

الفصل الأول :
مفهوم المنهج المنطقي كذريعة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر

92- تتجلى أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر، والمرادة في هذا الصدد، في مجموعة من المفاهيم الهادفة إلى الإقناع (arguments)[1] بالمعنى غير المباشر للعبارة موضوع التأويل. وترتد هذه المفاهيم إلى مفهومين متقابلين هما :

- **مفهوم الموافقة.**

لتساوي المسكوت بالمنطوق أو لأولوية المسكوت عن المنطوق.

- **مفهوم المخالفة.**

ويضيف مناطقة القانون إلى هذين المفهومين مفهوم الأولى والأحرى[2].

وبما أن هذا المفهوم الأخير يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الموافقة، بل وبعد أحد مظهريه، على الرغم من تناوله من قبل مناطقة القانون، بالدرس على نحو مستقل، لذلك نرى أن نعالجهما معا في نقطة مستقلة عن مفهوم المخالفة[3].

[1]- إن لفظة "argument"، حسب فابروكيت (المرجع السابق ص. 373 الهامش 1) مشتقة من فعل "arguere" أي أقنع أو ادعى، وتستعمل هذه اللفظة في ميدان التأويل للدلالة على الإقناع. ومتى استعملت هذه اللفظة في مجال الادعاء كان لها معنى الإثبات.

[2]- انظر في هذه المفاهيم، على سبيل المثال: فابروكيت: المرجع السابق، من ص. 373 إلى 377. - فرانسوا أوست: مقاله السابق، من ص. 120 إلى 131. – خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق رقم 8 ص.8 ورقم 33 ص. 55 و56. – أليكس فيل: القانون المدني –مدخل عام: مرجع سابق، رقم 193 ص. 177 و178.

[3]- لن ننظر إلى هذه المفاهيم من زاوية استعمالها في ميدان تسبيب الأحكام، لأنه في هذه الحالة، إذا كان شكل الاستدلال يستعار من الأدوات المنطقية؛ فإن مضمون هذا الاستدلال يتحدد بالمعنى الذي يتوصل إليه القاضي: انظر في هذا الصدد: فرانسوا أوست: مقاله السابق، ص. 121. وراجع ما مر بنا في التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل.

وهكذا فإننا سنقسم هذا الفصل إلى الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: مفهوما الموافقة والأولى والأحرى كأسلوبين للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.**
- **الفرع الثاني: مفهوم المخالفة كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.**

الفرع الأول :
مفهوما الموافقة، والأولى والأحرى كأسلوبين للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل

93- سنتناول المطلوب من عنوان هذا الفرع في مبحثين كالتالي:

- **المبحث الأول: مفهوم الموافقة كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل**
- **المبحث الثاني: مفهوم الأولى والأحرى كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل**

المبحث الأول
مفهوم الموافقة كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل

94- ينطلق مفهوم الموافقة (l'argument a pari) كأسلوب للاستدلال على المعنى غير المباشر للعبارة موضوع التأويل، من التصور المنطقي لكون الفرضيتين متى تبين تماثلهما وجب إخضاعهما لنفس الحكم ولو كانت إحداهما تتصف ببعض الاختلاف الذي لا يقتضي إخضاعها لحكم خاص بها[1]. ومن هنا يطلق على مفهوم

[1]- انظر في هذا المعنى: أليكس فيل: القانون المدني: مدخل عام: مرجع سابق، رقم 193 ص. 177. – ويجد مفهوم الموافقة، حسب بيريلمان، أساسه في العدل (المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 8 ص.8.). ونفس هذا الأساس نجده عند ابن تيمية إذ يقول "..... القياس الصحيح.... وهو الجمع بين المتماثلين والفرق بين المختلفين.... الأول قياس الطرد والثاني قياس العكس. وهو من العدل.... فالقياس الصحيح مثل أن تكون العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض في الفرع يمنع حكمها.... وكذلك القياس بإلغاء الفارق وهو أن لا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع...": رسالة القياس ضمن كتاب: ابن تيمية –ا بن قيم الجوزية: القياس في الشرع الإسلامي، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط.5، 1982، ص. 10. – ويقول ابن السبكي (انظر: عبد الرحمن بن جاد الله

الموافقة، في المنطق القانوني اللاتيني، أيضا مفهوم التماثل (argument a simili) أو مفهوم القياس (l'argument analogique)[1].

وهذا المفهوم، الذي يعتبر في نظر فابروكيت من أفضل أساليب التأويل، يقصد به –في المنطق- إرادة تأسيس فرضية (المسكوت) على أسباب مماثلة للأسباب التي تتبنى عليها فرضية أخرى (المنطوق)[2].

وإذا كنا سنهتم بالدرجة الأولى بدور مفهوم الموافقة في تكملة المسكوت عنه في العقد، فإن هذا الأمر يدفعنا أيضا إلى الوقوف عند موقف الفقه الإسلامي من مفهوم الموافقة للتأكد من مدى ملاءمته لموقف الفقه اللاتيني من نفس المفهوم.

وعليه فإن هذا المبحث سندرسه في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول: مفهوم الموافقة وتكملة المسكوت عنه في العقد**
- **المطلب الثاني: مفهوم الموافقة في الفقه الإسلامي**

البناني: حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي: مرجع سابق، ج.2، ص. 341): "والقياس في معنى الأصل الجمع بنفي الفارق" وهو إما جلي أو خفي "فالقياس الجلي هو ما قطع فيه بنفي الفارق أو كان احتمالا ضعيفا والخفي خلافه. وقيل الجلي هذا والخفي الشبه والواضح بينهما وقيل الجلي الأولى والواضح المساوي والخفي الأدون" (نفس المرجع قبله، ج.2 ص. 339 و340).

[1]- يذهب فرانسوا جيني (في مرجعه المشار إليه قبله) إلى أن مفهوم القياس له أهمية كبرى في إقامة النظام القانوني الوضعي (ج.1، رقم 107ص. 304). ومع ذلك ينبغي عدم خلطه بالتأويل التوسيعي المنجر عن مفهوم الموافقة (ج.1، رقم 105 ص. 298) باعتبار أن هذا التأويل التوسيعي يعتمد على عناصر خارجة عن نص القانون ولكنها تكشف عن إرادة المشرع والمعنى الواسع الذي توخته إرادته (ج1. رقم 107 ص. 304). أما مفهوم القياس فإنه يتجاوز هذه العملية البسيطة لأنه يساعد على استخلاص حل لواقعة معينة لها تماثل أساسي بالمركز الذي ينظمه القانون (ج.1، رقم 107ص. 305). وإذا كان مفهوم الموافقة ينتمي إلى ميدان التأويل بالمعنى المضبوط، إذ أنه يوصل إلى الكشف عن إرادة المشرع؛ فإن مفهوم القياس أسلوب مستقل عن التأويل بالمعنى المضبوط، ويشكل ضمن وسائل البحث العلمي الحر أكثرها يقينا (ج.1، رقم 107 من ص. 310 إلى 314). – وهذا التمييز الذي اعتمده جيني بين مفهوم الموافقة والقياس بالمعنى المضبوط ليس جديدا. فهو مألوف منذ القديم بين ما يسمى بالقياس الجلي والقياس الخفي. فالقياس المقصود عند جيني هو هذا القياس الخفي. وهو تمييز نجده مكرسا حتى في الفقه الإسلامي، وذلك لأن الثابت بدلالة النص في المذهب الحنفي (وهي مفهوم الموافقة عند الشافعية والمالكية مثلا) هو ما "ثبت بمعنى النص لغة لا استنباطا بالرأي": بمعنى أنه: "في دلالة النص "مفهوم الموافقة" تدرك العلة المشتركة بين المنطوق والمسكوت بمجرد معرفة اللغة. بينما لابد من إدراك العلة بين المقيس والمقيس عليه في القياس من صفة القدرة على الاستنباط": عن محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة: مرجع سابق، ص. 381 و387.

[2]- فابروكيت: المرجع السابق، ص. 373 و374. ويشار إلى هذا المفهوم في المؤلفات القانونية الفرنسية الكلاسيكية بالحروف (c.b.r) أي الخلط والتركيب (combiner) – انظر في هذا المفهوم أيضا: يان باكلو: المرجع السابق، رقم 451 ص. 391 وما بعدها.

المطلب الأول :
مفهوم الموافقة وتكملة المسكوت عنه في العقد

95- إن ما يقتضي إعمال مفهوم الموافقة في ميدان تأويل العقود هو الفراغ الذي يعتور العقد فيما يخص توقع الحالة المتنازع عليها.

وبعبارة أخرى، فإن الأمر، في إعمال مفهوم الموافقة، يتعلق بإخضاع المسكوت عنه لحكم المنطوق به في العقد.

والمنطوق به في العقد هو المعنى الواضح أي المعنى المباشر المتبادر إلى الذهن من خلال إعمال ما مر بنا من المنهج الحرفي النحوي.

وإذا ما اعتبرنا المسكوت عنه في العقد بمثابة نقصان في هذا العقد، فإن التوصل إلى المعنى غير المباشر بإعمال مفهوم الموافقة يكون معناه تكملة العقد. وهذا يؤدي إلى القول إن مفهوم الموافقة هو الذي يستدل به عندما يتعلق الأمر بتكملة العقد. وهذه التكملة، كنتيجة منجرة عن الاستدلال بمفهوم الموافقة، هي التي تسمى في ميدان التأويل بالتأويل الواسع (extensive).

96- والظاهر من هذا التوضيح أن مفهوم الموافقة يبدو وكأنه متصف بالطابع البرهاني باعتبار أنه يعتمد على ملاحظة أوجه التماثل بين المسكوت والمنطوق انطلاقا من تجربة مضمون كل من المنطوق والمسكوت. إنه بهذا المظهر يبدو وكأنه ينتمي إلى المنهج الاستقرائي لاقترابه بما يسمى في هذا المنهج، مثلا، بطريقة الاتفاق عند جون ستيوارت ميل[1].

والحقيقة أن مفهوم الموافقة إذا لم يكن يتطابق مع أدوات التأويل الحرفي النحوي، أي ما أسميناه من قبل بمعايير المنهج الحرفي النحوي، فإنه يشتبه بها؛ إذ

[1]- انظر على سبيل المثال: علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية: مرجع سابق، ص. 418 وما بعدها وكذا ص. 374 وما بعدها فيما يخص الملاحظة وص. 382 وما بعدها فيما يرجع إلى التجربة – محمد فتحي الشنيطي: أسس المنطق والمنهج العلمي: مرجع سابق: "طريقة الاتفاق: ومفادها أنه إذا اشتركت حالتان أو أكثر للظاهرة المراد بحثها في عامل واحد، كان هذا العامل الذي يثبت في جميع الحالات هو علة الظاهرة أو معلولها. وأساس ذلك تلازم العلة والمعلول في الوقوع"....: ص. 145. وانظر أيضا في نفس هذا المرجع، ص. 127 وما بعدها فيما يخص الملاحظة والتجربة.

- ويقول البناني في حاشيته على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي (مرجع سابق، ج.2، ص. 346): "الاستقراء عبارة عن تصفح جزئيات ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات.... فهو استدلال بثبوت الحكم للجزئيات على ثبوته للكلي عكس القياس عند المناطقة فإنه استدلال بثبوت الحكم للكلي على ثبوته للجزئي.... ثم إن كان التصفح المذكور لجميع الجزئيات كتصفح جزئيات الجسم ليثبت حكمها وهو التحيز له فهو الاستقراء التام. وإن كان للأكثر كتصفح جزئيات الحيوان ليثبت حكمها وهو تحريك فكها الأسفل عند المضغ له فالاستقراء الناقص لتخلف الحكم المذكور في بعض الجزئيات وهو التمساح".

أنه لا يخرج عن أحد المعاني المحتملة للعبارة التي يقتنع القاضي بإبهامها أو غموضها[1].

وإذا كان الأمر كذلك فإن التماثل الذي يظهر أن مفهوم الموافقة يرتكز عليه لإدخال المسكوت في المنطوق لا يعتبر أساسا لعملية استقرائية ولا حتى لعملية استنباطية بالمفهوم المنطقي[2]: إنه يعتبر، عند تأمله، أساسا لعملية خطابية تهدف إلى ضبط صورة المسكوت وإلصاقها على إطار المنطوق بما يتناسب مع هذا الأخير في لغة التعاقد. بمعنى أن حكم المسكوت يستوعبه المنطوق عن طريق تمدد إطار هذا الأخير لاحتوائه وبالتالي فإن المعنى الحرفي النحوي يمدد (يوسع) نطاقه ليشمل حتى ما تم السكوت عن التعبير عنه بالعبارة الواضحة وفقا لمعناها الحرفي النحوي. وانطباق المعنى الحرفي النحوي الذي هو حقيقة في المنطوق يكون حكما ومجازا في السكوت.

97- إن مفهوم الموافقة القائم على التماثل بهذا المعنى الذي أوضحناه، لا تخرج عملية إعماله، كأسلوب للاستدلال على المعنى المطلوب في التأويل، عن القيام بحركة تنقل المؤول من الشيء (المنطوق) إلى نفس الشيء (المسكوت): إنها حركة ساكنة خاملة لا تخترق ما يقبل تجوزه واقتضاؤه داخل نطاق المعنى اللغوي للعبارة موضوع التأويل[3]. وبعبارة أخرى فإن مفهوم الموافقة يعتبر المعنى الحرفي النحوي للعبارة المنطوق بها شفويا أو كتابة في العقد هو الأصل الذي يقتضي تبعية الفرع

[1]- خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق رقم 33 ص. 55. والملاحظ أن التأويل المستخلص من مفهوم الموافقة بهذا المعنى لا يشكل إلا ضربا من التأويل المجازي: انظر في مثل هذا التصور:
- Jean Carbonnier : Droit civil – Introduction – Les personnes, 10ème édition, presses universitaires de France, Thémis, 1974, n° 38, p. 172.

[2]- انظر في تأسيس عملية الاستنباط على التماثل:
- Jean Ray : Essai sur la structure logique du code civil Français, Librairie Félix, Alean, Paris, 1926, p. 168 et s.

[3]- يمكن للتماثل الذي يرتكز عليه مفهوم الموافقة أن يشكل أساسا لعملية استنباطية وبالتالي من شأنه أن ينقل المؤول من الشيء (المنطوق) إلى غير نفس الشيء أي إلى شيء آخر (المسكوت عنه) ويكون لذلك مظنة للحركة الحيوية النشيطة المبدعة الخلاقة لما هو جدير بوصفه بالمجهود (الاجتهاد) ولكن على أساس التحرر من الدلالة اللغوية والأخذ بالدلالة الاجتماعية. وإذا قيل بأن مثل هذا التحرر للأخذ بالدلالة الاجتماعية يحتاج إلى القيام بتبرير هذا التحرر، قلنا إن هذا التبرير لازم حتى عندما يقوم القاضي بتكريس الدلالة اللغوية ولكن عن طريق آخر غير المنهج الحرفي النحوي باعتبار أن التمسك بالمعنى الحرفي النحوي، أي المعنى المباشر، وحده يعفي القاضي من التبرير إذ أن هذا المعنى يبرر نفسه بنفسه. أما عندما يتبنى القاضي المعنى اللغوي غير المباشر، فإنه في هذه الحالة، وعلى الرغم من أنه ينتقل من الشيء إلى نفس الشيء، يكون ملزما بالتبرير. ولكن بدل بلورة توجيهات التأويل الموصلة إلى هذا المعنى كما مر بنا من قبل، يتم اللجوء إلى الحيل والقرائن. ومن الحيل المقدسة في ميدان العقود تلك المسماة بالإرادة المشتركة للمتعاقدين وهي من الواقع الذي يدخل تقديره ضمن السلطة الخاصة بقضاة الموضوع وغير المراقبة من قبل محكمة القانون (المجلس الأعلى – محكمة النقض - مثلا في المغرب): انظر في دور مثل هذه الحيل والقرائن: خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 63 ص. 124 وما بعدها.

المسكوت عنه. ولذلك تكون علاقة المعنى اللغوي المنجر عن إعمال المنهج الحرفي النحوي بمفهوم الموافقة كأسلوب من أساليب المنهج المنطقي هي علاقة اقتضاء الأصل المنطوق للفرع المسكوت. وهنا تجدر الإشارة إلى أن المبدأ القاضي بإلحاق الفرع بالأصل الجامع[1] لا يعد في الحقيقة إلا تطبيقا لأسلوب الاستدلال بمفهوم الموافقة. وهذا الإلحاق، في تقديرنا، لا يتميز بأي إبداع لأن الفرع المسكوت يبقى داخلا في المنطوق على الأقل بالعرض إن لم يكن بالماهية والتعريف كما يحصل مثلا بالنسبة إلى تمديد المعنى من المعنى الخاص المتبادر إلى الذهن عند سماع لفظ معين إلى أحد المعاني الأخرى التي يحتملها هذا اللفظ في حد ذاته أي في ماهيته كما هو الشأن بالنسبة إلى العام عندما ينظر إلى دلالة اللفظ من حيث شمولية دلالته[2].

98- وكما تخضع علاقة الأصل بالفرع للموافقة اللغوية بالاقتضاء كذلك نجد أن النظر إلى المنطوق والمسكوت من زاوية علاقة السبب بالنتيجة يجعل هذه العلاقة التي بين السبب ونتيجته تخضع أيضا للموافقة بالاقتضاء. وفي هذه الفرضية الأخيرة لا نرى أي مجال للإبداع بإعمال مفهوم الموافقة لأن الأمر يقف عند حد إضافة المعاني الحرفية النحوية المسكوت عنها والتي لا يكتمل المعنى الحرفي النحوي للمنطوق إلا بها.

إن إضافة المسكوت بأسلوب مفهوم الموافقة، لأنه نتيجة منطقية أو سبب منطقي، إلى المنطوق لا يخرج عن باب ما لا يتم الأمر إلا به فهو أمر. وهذا الأمر هو المنطوق أي، في آخر المطاف، المعنى الحرفي النحوي للفظ.

المطلب الثاني :
مفهوم الموافقة في الفقه الإسلامي

99- إن المعنى الحرفي النحوي (أي اللغوي بصفة عامة) هو الذي يكرسه مفهوم الموافقة في الفقه الإسلامي وإن اختلفت الاصطلاحات التي تطلق عليه فيه[3].

[1]- إن الأصل هو "ما ينبني عليه غيره" أما الفرع فهو "ما ينبني على غيره": انظر حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي (مرجع سابق)، ج.2 ص.213. – ولقد كرسته المجلة العثمانية للأحكام العدلية في كثير من موادها كالمادة 47 و49 و63. كما أن جميع الفصول المنظمة في ق.ل.ع.م. لتبعية الملحقات لأصل الالتزام، مثلا في الفصول من 515 إلى 524 من ق.ل.ع.م. تعتبر تطبيقا لمبدء تبعية الفرع للأصل وبالتالي وفي آخر المطاف لإعمال مفهوم الموافقة.

[2]- انظر فقرة 138 وما بعدها بعده.

[3]- يسود اصطلاح مفهوم الموافقة المذهبين الشافعي والمالكي، مثلا.أما المذهب الحنفي فإنه يعبر عن نفس المعنى باصطلاح دلالة النص.

فمفهوم الموافقة يقصد به المعنى المفهوم لغة من عبارات النص التي يشكل المعنى الحرفي النحوي منطوقها. وهذا معناه، بعبارة أخرى وفي آخر المطاف، أن المنطوق يلحق حكمه بالمسكوت ليصبح "الثابت بالمفهوم مثل الثابت بالمنطوق"[1].

وإعمال هذا المفهوم لا يخرج في التأويل عن "الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوي"[2].

100- وبهذا التصور فإن المقصود بمفهوم الموافقة في كل من الفقه الإسلامي والفقه اللاتيني هو مقصود واحد لا من حيث تعريفه ولا من حيث المعنى الذي يتوصل إليه بإعماله[3].

ومع ذلك، فلابد من الإشارة إلى أن مفهوم الموافقة (أو دلالة النص أو القياس الجلي) ينطلق في تحديده وشرحه في الفقه الإسلامي المالكي والشافعي على الخصوص من دراسة نوعيه: فحوى الخطاب، إن كان مفهوم الموافقة أولى من المنطوق، ولحن الخطاب، إن كان مفهوم الموافقة مساويا للمنطوق[4] وهذا بالنسبة إلى من لا يعارض في اعتبار القياس المساوي داخلا في مفهوم الموافقة.

[1]- انظر في هذا الصدد: - حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي: مرجع سابق، ج.1، ص. 240 وما بعدها. وما جاء عندنا في المتن أعلاه بين مزدوجتين نقلناه من ص. 241 في هامشها المخصص لتقرير عبد الرحمان الشربيني على حاشية البناني.

[2]- عبد العزيز النجاري: كشف الأسرار على أصول الابزدوي: ج.1 ص. 73، عن: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة: مرجع سابق: الهامش 1 في ص. 380. وانظر أيضا في نفس المرجع الأخير لمحمد أديب صالح ص. 380. و381. وجاء في ص. 450 من نفسه هذا المرجع: "مفهوم الموافقة عند الشافعية هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه وموافقته له نفيا وإثباتا لاشتراكهما في علة تدرك بمجرد معرفة اللغة". – انظر أيضا، وعلى سبيل المثال: طاهر سليمان حمودة: دراسة المعنى عند الأصوليين: مرجع سابق، ص. 155 وما بعدها. محمد أبو زهرة: أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 140 ص. 147 وما بعدها. – عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه: مرجع سابق ص. 148 وما بعدها. – عبد الله الداودي: "أصول المذهب المالكي": مقال منشور في الأعداد من 1 إلى 6 من مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي المغربي الصادر عن وزارة العدل بالمغرب: العدد 1، نوفمبر 1980، ص. 40 وما بعدها.

[3]- إن هذه النظرة الموحدة من شأنها أن تحملنا على الذهاب، مؤقتا على الأقل، إلى أنه إذا كان تطبيق القانون في المغرب لازال يئن تحت وطأة الازدواجية (الفقه الإسلامي المالكي بالنسبة إلى ميدان الأحوال الشخصية والعقارات غير المحفظة، وق.ل.ع.م. بالنسبة إلى ما هو خارج عن هذا الميدان)؛ فإن من شأن عملية التأويل أن تنطلق من قواعد هذا الأخير في ق.ل.ع.م، مادام أن منهجي التأويل في كل من ق.ل.ع.م. والفقه الإسلامي –المالكي- متماثلان على الأقل في هذا الحد الذي نحن بصدده الآن وربما حتى فيما سيأتي فيما بعد كما سنرى بالأساس عند دراسة قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. أي في القسم الثالث من هذه الدراسة.

[4]- يقول عبد الرحمان الشربيني في تقريره على حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.1. ص. 240 و241: "(قول المصنف فحوى الخطاب أي معناه يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه أي مما تسمت من مراده بما تكلمه أو وجدت رائحته.... وقوله ولحنه [لحن الخطاب] أي معناه.... واللحن قد يطلق على اللغة وعلى الفطنة وعلى الخروج من الصواب....".

وبهذا يكون فحوى الخطاب في الفقه الإسلامي هو مفهوم الأولى والأحرى[1]، المعالج في المنطق القانوني اللاتيني بصفة مستقلة عن مفهوم الموافقة الذي يماثله ما يسمى في الفقه الإسلامي بلحن الخطاب.

المبحث الثاني :
مفهوم الأولى والأحرى كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل

101- إن أسلوب مفهوم الأولى والأحرى (L'argument a fortiori) يعمه خلط كبير سواء في الدراسات المهتمة بالمنطق القانوني أو في تلك المعالجة لأصول الفقه الإسلامي.

ففابروكيت يعتبر هذا المفهوم هو مفهوم التنبيه بالأدنى على الأعلى (a minori ad maius) ويميزه عن مفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى (a majori ad minus) والذي يقربه كثيرا من مفهوم الموافقة (بالمساواة: L'argument a pari) المار بنا[2].

أما خاييم بيريلمان فإنه يعتبر مفهوم الأولى والأحرى صنفا يتفرع إلى نوعين هما مفهوم التنبيه بالأدنى على الأعلى ومفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى[3].

ويذكر لنا فرانسوا أوست أن أحد الفقهاء الألمان، وهو كلوك (klug)، يميز بين كل من مفهوم الأولى والأحرى ومفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى ومفهوم التنبيه بالأدنى على الأعلى[4].

ومثل هذا الاختلاف نجده أيضا بين أصوليي الفقه الإسلامي:

فمنهم من اعتبر فحوى الخطاب، وهو المفهوم الأولى، ولحن الخطاب، وهو المفهوم المساوي، مظنتين (قسمين) لمفهوم الموافقة.

ومنهم من اعتبر المفهوم المساوي قسيما لمفهوم الموافقة وليس قسما منه.

[1]- يعرف أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي مفهوم الموافقة بانه: "أن يعلم أن المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به. ويسمى أيضا فحوى الخطاب". :مفتاح الوصول في علم الأصول: مرجع سابق، ص. 112. انظر أيضا ص. 136.

[2]- فابروكيت: المرجع السابق، ص. 376 و377. – ونفس هذا الموقف نجده عند فرانسوا أوست: مقاله السابق، ص. 124 و125.

[3]- خ. بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق رقم 33 ص. 56 ورقم 8 ص8.

[4]- فرانسوا أوست: مقاله السابق، ص. 125 الهامش 66.

وفيما يرجع إلى الدلالة على مفهوم الموافقة: منهم من يرى أن هذه الدلالة على الموافقة قياسية، ومنهم من يذهب إلى أنها حقيقية عرفية أو أنها مجازية أو أن الموافقة كما يذهب إلى ذلك كثير من الحنفية مفهوم لا منطوق ولا قياسي[1].

102- وإذا تأملنا جيدا هذا الاختلاف وجدناه متصلا بالمفاهيم، التي نحن بصدد دراستها، كنتيجة للاستدلال لا كذريعة له. ذلك أن ما مر بنا من كل من الفقه الغربي والفقه الإسلامي يعالج تلك المفاهيم ليس من زاوية المنهج الواجب إعماله وإنما من زاوية النتيجة التي لم يتحدث إلا البعض عن كيفية الوصول إليها أمثال خاييم بيريلمان[2].

وبعبارة أخرى، فإن الاختلاف يكمن في النظر إلى هذه المفاهيم على أنها المعاني التي يستقر عليها التأويل لا على أنها الأساليب المستخدمة للوصول إلى هذه المعاني. ويبدو هذا بجلاء أكبر في الدراسات المتعلقة بأصول الفقه الإسلامي إذ يذهب بعضها كما مر بنا إلى أن الموافقة هي المفهوم لغة أي، حسب التعبير المتداول حاليا في ميدان تأويل العقود، هي المعنى المفهوم من لغة التعاقد. وبهذا يكون هذا

[1]- انظر على سبيل المثال، في كل هذه الاختلافات: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.1 من ص. 241 إلى 245 وكذا ج.2 , ص. 205 و339 وما بعدها. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 450 وما بعدها. – والجدير بالإشارة أن أبا عبد الله محمد بن أحمد المالكي في مختصره مفتاح الوصول في علم الأصول (مرجع سابق)، بعدما عرف مفهوم الموافقة على أنه فحوى الخطاب، قسم مفهوم الموافقة إلى جلي وخفي وأورد أمثلة على مفهوم الموافقة الجلي منها أن "الشرع إذا حرم التأفيف كان تحريم الضرب أولى" وأمثلة على مفهوم الموافقة الخفي منها "قول الشافعية في قاتل النفس عمدا أنه يجب عليه الكفارة لأنها لما وجبت على القاتل خطأ كان وجوبها على القاتل عمدا أولى" ثم نبه في الأخير إلى أن هذا النوع الأخير من مفهوم الموافقة هو "أكثر ما يوجد في مسائل الخلاف". من ص. 112 إلى 114.

[2]- لقد نظر خاييم بيريلمان إلى مفهوم الأولى والأحرى كمنهج فعرفه بأنه: "أسلوب استدلالي بموجبه نستنتج، انطلاقا من فرضية معينة تثبت التزاما (أو أي وصف قاعدي آمر) لشخص (أو لطبقة من الأشخاص)، أن فرضية أخرى، صحيحة وموجودة كفرضية قانونية، تثبت نفس ذلك الالتزام (أو أي وصف قاعدي آخر) للشخص (أو لطبقة من الأشخاص) الذي يوجد في حالة يستحق معها لأسباب أقوى ذلك الوصف القاعدي المعتمد في الفرضية الأولى". وقبل إيراد هذا التعريف نبه بيريلمان إلى أنه يمكن أن نميز في مفهوم الأولى والأحرى بين شكلين هما شكل التنبيه بالأدنى على الأعلى، ويطبق على الفرضية السالبة، وشكل التنبيه بالأعلى على الأدنى، ويبلوره مثل "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل": المنطق القانوني: مرجع سابق رقم 33 ص. 56. – وتأمل هذين الشكلين كمظنتين لمفهوم الأولى والأحرى يسمح بالذهاب إلى أن بيريلمان لم ينظر إليهما من منظور المنهج وإنما من منظور النتيجة. وعليه، إذا كان الأمر كذلك فعلا، فإن توخي الدقة كان يقتضي من بيريلمان أن يعتبر مفهوم الأولى والأحرى منهجا تتحقق به نتيجة واحدة لا تبدو ازدواجيتها إلا بالنظر إلى الفرضية التي يطبق عليها المنهج المذكور. فإذا كانت هذه الفرضية موجبة، فإن النتيجة التي يفضي إليها مفهوم الأولى والأحرى كنهج، تكون هي احتواء المنطوق للمسكوت لأنه يستغرقه. وهذا هو المقصود بمثل "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"، فالأقل مستغرق في الأكثر. أما إذا كانت الفرضية سالبة، كما لو وردت في بيع المحل التجاري عبارة "لا تُكر مثيلا للمتجر المبيع خلال سنة إلا على بعد ألف متر"، فإن النتيجة التي يفضي إليها مفهوم الأولى والأحرى كنهج هي ما أسماه بيريلمان بالشكل الأول أي التنبيه بالأدنى على الأعلى والذي يمكن التعبير عنه بعكس المثل السابق "من لم يمكنه الأقل لم يمكنه الأكثر". والجدير بالملاحظة أن التعريف المار بنا لبيريلمان لا يختلف في عمقه عما يعرف به قياس الأولى في الفقه الإسلامي وهو "ما يكون ثبوت الحكم فيه في الفرع أولى منه في الأصل": انظر في هذا الصدد: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن ابن السبكي: مرجع سابق، ج.2.ص. 204.

المعنى هو المعنى غير المباشر للعبارة والمناسب لها بالمقارنة مع المنطوق الذي هو المعنى المباشر.

103- وهذا الأمر يدفعها إلى التساؤل عما إذا كان هذا الاختلاف الراجع إلى التعدد في المفاهيم كمعاني يقتضي بالضرورة استخدام مناهج مختلفة ومتعددة؟

نعتقد بأن الجواب عن هذا السؤال يستدعي معاينة الدافع إلى البحث عن هذه المفاهيم (المعاني) أو الاقتناع بها قبل الكشف عن العملية الذهنية التي يجريها القاضي للوصول إلى هذه المفاهيم (المعاني).

ففيما يخص الدافع إلى البحث عن المفاهيم المارة بنا، فإنه يرجع إلى المطلوب حسمه في النزاع التعاقدي؛ ويتمثل هذا المطلوب حسمه في النزاع في أن أحد المتعاقدين يتمسك بالمعنى الحرفي النحوي لعبارات العقد بينما يتمسك الطرف الآخر بأمر لا يسمح به المعنى الحرفي لعبارات العقد أي يتمسك بأمر مسكوت عنه في هذا العقد يتصل إما بالحقوق المنجرة له عنه وإما بالالتزامات التي يضعها على عاتقه. وهكذا فإن القاضي في مثل هذه الفرضيات يكون عليه أن يحسم أمر النزاع المتعلق بالمسكوت عنه في العقد بواسطة عملية ذهنية يقوم فيها بالمقارنة بين المعنيين المطلوب أحدهما فقط في التأويل.

104- وإذا ما أردنا محاولة الكشف عن العملية الذهنية التي يقارن فيها بين المعنى الحرفي النحوي المنطوق به والمعنى المناسب والمسكوت عنه، قلنا إنها تتمثل، في آخر المطاف، فيما يسمى بالاستدلال القياسي[1]. وهذا الاستدلال في حد ذاته من مباحث المنطق الصوري (الشكلي)[2]، وإن كان القاضي يتعامل معه، كما مر بنا، من منطق خطابي من جهة، وكانت الدراسات الأصولية تنكر عنه هذه الصفة الصورية بجعله استدلالا شرعيا من جهة أخرى. بمعنى أن النهج الذي يعتمده القاضي، أو على الأقل يقتنع من خلاله بنتائج أقيسة المتقاضين، هو قياس التمثيل[3].

[1]- الاستدلال القياسي هو الاستدلال غير المباشر والذي يتوصل به القاضي إلى النتيجة، وهي تطبيق القانون على النازلة من خلال مقدمتين إحداهما كبرى وتتمثل في النص القانوني الواجب التطبيق، وأخرى صغرى هي وقائع النازلة: انظر: محمد فتحي الشنيطي: أسس المنطق والمنهج العلمي: مرجع سابق، ص.89.

[2]- علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية: مرجع سابق، ص. 151. ولقد جاء في ص. 164 من نفس هذا المرجع أن الاستدلال القياسي لا يخضع للواقع والتجربة وإنما "للصدق الصوري أو للصحة الصورية وحسب".

[3]- يعرف قياس التمثيل في أصول الفقه الإسلامي بالقياس الشرعي: انظر تقرير عبد الرحمان الشربيني على حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق: ج.2, ص. 202. – وذهب التلمساني (أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي)، في معالجته لما "كان لازما على أصل" إلى "أن الناشئ على الأصل" لابد وأن يدل على حكم، وذلك الحكم إما أن يكون مماثلا للأصل وإما أن يكون مناقضا لحكم الأصل وإما أن يكون ليس بمماثل ولا بمناقض. فإن كان مماثلا لحكم الأصل، فلابد من المغايرة بين الحكمين في المحل لاستحالة اجتماع المثلين وإذا تغاير

وإذا كان هذا القياس يكمن في جعل الفرع تابعا للأصل أو في العمل على إلحاق الفرع بالأصل لوصف جامع يقوم معنى مشتركا بينهما[1]؛ فإن عملية الوقوف على الوصف الجامع والذي من شأنه أن يقوم معنى مشتركا بين الفرع والأصل هي التي يتبلور بها نفس القياس.

105- وبعبارة أخرى فإن هذا القياس يتمثل في الاعتقاد في تبعية الفرع للأصل[2] أو في الاعتقاد في إلحاق الفرع بالأصل للوصف الجامع بينهما[3]. وهذا معناه أن الاعتقاد في تسوية الفرع بالأصل هو القياس الذي يعنينا في هذا الصدد. ويتكون هذا الاعتقاد من خلال الوقوف، إما بصفة عفوية أو بعد تأمل، على الوصف الجامع بين كل من الفرع والأصل.والوقوف العفوي أو المتأني على الوصف الجامعي يتم عن طريق المقارنة بين أوجه شبه الفرع للأصل وأجه اختلافهما. وهذه المقارنة هي التمثيل والاعتقاد الذي تولده هذه المقارنة هو قياس التمثيل.

وعند استخدام قياس التمثيل كمنهج منطقي في ميدان تأويل العقود، فإن المؤول يقوم بالمقارنة بين ما هو متنازع فيه من المسكوت عنه في العقد ومنطوق عبارات هذا الأخير من خلال تلمس ما يمكن أن يعد قاسما(معنى) مشتركا(وصفا جامعا أي علة) بين كل من المسكوت والمنطوق.

المحلان فذلك فهو"قياس الطرد" وإن كان مناقضا لحكم الأصل فلابد من المغايرة بينهما في المحل لاستحالة اجتماع النقيضين وذلك هو (قياس العكس". وإذا كان ليس بمماثل ولا بمناقض فذلك هو "الاستدلال". وهكذا فإن اللازم عن أصل ينجر عن"قياس الاستدلال" وقياس العكس وقياس الطرد: مفتاح الوصول في علم الأصول: مرجع سابق، ص. 157 وما بعدها. – ويعرف قياس التمثيل في الدراسات المنطقية بقياس العلاقات أو القياس غير المتعارف: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: عادل فاخوري: منطق العرب من وجهة نظر المنطق الحديث، دار الطليعة، بيروت، ط.1، 1980، ص. 99 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 102 وما بعدها.

[1]- يعرفه صاحب مفتاح الوصول في علم الأصول (مرجع سابق، ص. 158 و159) بأنه: "إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أو جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم والصورة المعلومة الحكم تسمى أصلا والصورة المجهولة الحكم تسمى فرعا". – ويعرفه ابن الحاجب كالآمدي بأنه: "مساواة فرع الأصل في علة حكمه": عن حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2. ص. 202.

[2]- هذا الاعتقاد لا يفيد بذل أي مجهود من قبل المؤول، ولا يحتاج فيه إلى أي استنباط، في إخضاع الفرع لحكم الأصل ولذلك فإنه يتناسب مع الآراء القائلة بكون الاستدلال بالموافقة لا يعتبر قياسيا باعتبار أن الدلالة هنا إما منطوق بنقل اللفظ لمعنى عرفا وإما لغطية لأنها تفهم من السياق والقرائن وإما مجازية من إطلاق الأخص على الأعم. والغالب في الآراء النافية لقياسية الاستدلال بالموافقة أن الدلالة فيه مفهوم لا منطوق ولا قياس: انظر: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2, ص. 205.

[3]- انظر في نفس هذا المعنى: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن ابن السبكي: مرجع سابق، ج.2 ص. 203. – والجدير بالإشارة أن الاعتقاد في إلحاق الفرع بالأصل هو الذي يكمن فيه بذل المجهود والاحتياج إلى الاستنباط من قبل المؤول عندما يكون الوصف الجامع بين الفرع والأصل أمرا خفيا لا يتبادر إلى الذهن. وهذا بخلاف الوصف الجامع الجلي، فإنه لا يحتاج إلى بذل مجهود لأنه يتبادر إلى الذهن بمجرد مقارنة الفرع بالأصل. وعدم بذل المجهود هنا في البحث عن الوصف الجامع هو الذي حمل الآراء المنوه إليها في السابق إلى منع إطلاق الصفة القياسية على الاستدلال بالموافقة على الرغم من أن الصفة القياسية قائمة في هذا الاستدلال ولو على نحو عفوي يجعل الاستدلال بالموافقة ضربا من القياس العفوي الراجع إلى اللغة. ومن المحتمل أن تكون العفوية المميزة للفهم اللغوي هي الدافعة إلى قول الأولين بالأقيس في اللغة.

ويعتقد المؤول، عند تلمس هذا القاسم أو المعنى المشترك أو الوصف الجامع (العلة)، إما في وجوده مساويا في كل من المسكوت والمنطوق، وإما في وجوده في المسكوت على نحو أقوى من وجوده في المنطوق.

106- إن الاعتقاد في الوجود على سبيل المساواة للوصف الجامع (العلة) في كل من المسكوت والمنطوق يجعل قياس التمثيل المستخدم فيه قياسا مساويا. ومثاله أن ترد في عقد الوكالة بالبيع مع منح الصلاحية في تحديد الثمن للوكيل العبارة التالية: "يمنع على الوكيل أن يشتري لنفسه وبنفسه محل هذه الوكالة بالبيع": فمنطوق هذه العبارة يمنع الوكيل من التبايع من نفسه ولكن المسكوت عنه فيها يتعلق بمعرفة ما إذا كان المنع يمتد إلى أولاد الوكيل و/أو زوجه أيضا. وقصد جعل هذا المسكوت تابعا للمنطوق في منعه أو ملحقا به نقوم بتلمس الباعث أو الدافع إلى التنصيص على المنع في العبارة (المنطوق). ثم نقوم عن طريق قياس التمثيل بمقارنة هذا الباعث أو الدافع إلى المنع أي ما يمكن أن يفضي إليه التبايع بالنفس وللنفس مع الباعث أو الدافع إلى المنع أو ما يمكن أن يفضي إليه التبايع بالواسطة (الأولاد أو الأزواج). فالباعث أو الدافع أو ما يمكن أن يفضي إليه التبايع بالنفس وللنفس هو منع الإضرار بالموكل. ولاشك أن هذا الوصف يقوم حتى في حالة التبايع بواسطة الأولاد أو الأزواج لأن الوساطة هنا تقوم مظنة على تعارض مصلحتي الوكيل والموكل وبالتالي الإضرار بهذا الأخير. وهكذا فإن الوصف الجامع بين المسكوت والمنطوق هو منع الإضرار بمصلحة الموكل. وهذا المنع يتحقق على سبيل المساواة في كل من المنطوق (التبايع بالنفس للنفس) والمسكوت (التبايع بواسطة الأولاد و/أو الزوج)[1].

107- أما الاعتقاد في وجود الوصف الجامع على نحو أقوى وأولى في المسكوت من وجوده في المنطوق، فإنه يجعل قياس التمثيل المستخدم فيه قياسا أولى وأحرى. وبما أن الأثر القانوني للعقد المبرم على وجه صحيح لا يكمن، إلا في حقوق و/أو التزامات كل طرف من طرفي العقد؛ فإن تطبيق قياس الأولى والأحرى على العقد المنتج لهذه الحقوق و/أو الالتزامات يستوجب التمييز بين العبارات الدالة على إعطاء شيء أو على الالتزام بالقيام بعمل، ونرى أن نسمي هذه الحالة، بالفرضية

[1]- قد يقال إن هذا الوصف المشترك لا يحتاج في إدراكه إلى بذل مجهود أو قدرة على الاستنباط وإنما إلى معرفة اللغة فقط. واللغة المقصودة هنا هي لغة ق.ل.ع.م. في فصليه 480 و482. كما يجدر التنبيه من جهة أخرى إلى أن إعمال هذا القياس المساوي هو الذي يفضي إلى النتيجة المتمثلة في مفهوم الموافقة المار بنا تحليله. وإذا كنا قد عاودنا معالجة هذا المفهوم من زاوية النظر إليه كمنهج فلأن محاولة الكشف عن حقيقة ما يسمى بمفهوم الأولى والأحرى كمنهج هي التي اقتضت منا هذا التكرار.

الموجبة، وبين العبارات الدالة على الالتزام بالامتناع عن عمل، ونرى أن نطلق على هذه الحالة، كمقابل للفرضية الأولى، الفرضية السالبة.

108- تطبيق قياس الأولى والأحرى على الفرضية الموجبة :

وعليه، ففي الفرضية الموجبة، لا يُحمل المؤول، عند تطبيق قياس الأولى والأحرى، على الاعتقاد في وجود الوصف الجامع بين المنطوق والمسكوت فحسب وإنما يُنبّه المؤول إلى الاعتقاد في كون الباعث أو الدافع أو الوصف متوفرا في المسكوت بصورة أشد وأقوى من توافره في المنطوق. بمعنى أن الوصف المعبر عنه في العقد يخص المسكوت أكثر مما يختص به المنطوق. وهنا فإن قياس الأولى والأحرى يتخذ شكل قياس التنبيه بالأدنى (في المنطوق) على الأعلى (في المسكوت) (a minori ad maius).

* مثال على الفرضية الموجبة في جانبها المتعلق بإعطاء شيء: قد ترد، في عقد البيع الواقع على شيء معين بذاته كسيارة من نوع معين، العبارة التالية: "تسلم للمشتري مفاتيح السيارة فور أداء الثمن عند التوقيع على العقد". فمنطوق هذه العبارة ينحصر في تسليم المفاتيح وتبقى مسألة تسليم وثائق هذه السيارة أمرا مسكوتا عنه فيها. ولكن إذا كان الباعث أو الدافع أو الوصف الجامع متوافرا في كل من المنطوق والمسكوت وهو العزم على انتقال الملكية التي ينجر عنها التسليم كالتزام ثانوي؛ فإن هذا الدافع أو الوصف يبقى أقوى في المسكوت منه في المنطوق لأن تسليم الوثائق بسبب عقد البيع الواقع على السيارة هو الذي يمثل المظنة القوية على نقل الملكية.

* مثال على الفرضية الموجبة في جانبها المتعلق بالالتزام بالقيام بعمل: قد ينص عقد الكراء على أن المكتري يلتزم بأداء الأجرة الشهرية لحارس العمارة ثم يبقى التساؤل مطروحا، نظرا للمسكوت عنه في العقد، حول ما إذا كان هذا المكتري يلتزم أيضا بأداء رسوم رفع الأزبال. وهنا إذا كان الباعث أو الدافع أو الوصف الجامع بين المنطوق (أداء أجرة حارس العمارة) والمسكوت (أداء رسوم رفع الأزبال) هو شغل العين المكتراة والانتفاع بها[1]؛ فإن هذا الوصف يظهر في المسكوت أكثر مما يظهر في المنطوق. فهذا هو المقصود بقياس التنبيه بالأدنى على الأعلى وهو قياس يعتقد فيه أن الوصف الظاهر في المسكوت يستغرق الوصف الظاهر في المنطوق أو بعبارة أخرى هو قياس لا تستغرق فيه علة المنطوق علة المسكوت.

[1]- يظهر أن القضاء لا يلتفت أحيانا إلى هذا الباعث.فلقد جاء في قرار غير منشور للمجلس الأعلى عدد 3622 بتاريخ 23 أكتوبر 2001 أن:"المكري هو من يتحمل دفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة - بما في ذلك ضريبة النظافة - ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك.".

109- غير أنه تجدر الإشارة، في نفس الفرضية الموجبة، أن تطبيق قياس الأولى والأحرى قد يتم بالطريقة التي يستغرق فيها المنطوق المسكوت. وهنا يكون إعمال القياس وفقا لشكله البسيط التقليدي والمعروف بالقياس الحملي الذي يفضل على جميع أنواع الأقيسة في نظر أرسطو على الأقل[1] . ومن شروطه أن يكون الحد الأوسط (أي المعنى المشترك أو العلة أو الوصف الجامع) مستغرقا في إحدى المقدمتين على الأقل[2].

إن القياس الذي يستغرق فيه المنطوق المسكوت يكون التنبيه فيه بالأعلى (في المنطوق) على الأدنى (في المسكوت) (minori ad minus)[3]. ويتبلور في المبدأ المنطقي القائل "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" (qui peut le plus peut le moins)[4](qui potest majus, potest et minus)[5].

وهذا الضرب من القياس هو الذي ألف الفقه الغربي اعتماده في شرح مفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى[6]. وتعتبره الدراسات الأصولية وجها من وجهي مفهوم الموافقة[1].

[1]- علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية: مرجع سابق، ص. 152.

[2]- علي عبد المعطي محمد: المرجع السابق، ص. 152 و153. – محمد فتحي الشنيطي: أسس المنطق والمنهج العلمي: مرجع سابق، ص. 93. –والجدير بالتنبيه، فيما يرجع إلى ترتيب المقدمات، إلى أنه في المنطق الغربي تسبق المقدمة الكبرى المقدمة الصغرى على النحو التالي مثلا: إذا كانت (أ) ترجع إلى (ب) (مقدمة كبرى)، وكانت (ب) ترجع إلى (ج) (مقدمة صغرى)؛ فمن الضروري أن ترجع (أ) إلى (ج) (النتيجة). أما في المنطق الإسلامي، فإن الترتيب يكون معكوسا تسبق فيه المقدمة الصغرى المقدمة الكبرى على النحو التالي مثلا: إذا كان كل (ج) (ب) (مقدمة صغرى) وكل (ب) (أ) (مقدمة كبرى) فبين أن كل (ج) (أ) (النتيجة): انظر في هذا الصدد: عادل فاخوري: منطق العرب من وجهة نظر المنطق الحديث: مرجع سابق، ص. 84 وما بعدها.

[3]- إن القياس بهذا المعنى يتعارض مع من يشترط أن يكون دليل الحكم فيه أي الأصل غير شامل لحكم الفرع وإلا وقع الاستغناء حينئذ عن القياس: انظر في هذا الاتجاه: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2. ص. 218.

[4]- لقد نص الفصل 550 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود، صراحة على هذا المبدأ المنطقي. وتطبيقا لهذا النص ذهبت محكمة التعقيب التونسية في قرارها عدد 9837 الصادر بتاريخ 5 مارس 1957 إلى أنه: "يجب أن يلاحظ أن تقييد وسائل الإثبات لا يعتبر من باب النظام العام المطلق لأنه يقوم على عدة اعتبارات ترجع في الأكثر إلى مراعاة مصلحة الخصوم. ومادام هؤلاء يملكون حق التنازل عن أصل الحق ولو فيما يتجاوز الفرنكات 3000 فإنهم من باب أولى يملكون حق التنازل عن قيود إثباته عملا بقاعدة أن من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل حسب الفصل 550 من المجلة "المدنية". (قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع، السنة 1960، عدد مزدوج 9 و10 رقم 24 ص. 37. ويسير القرار الصادر عن نفس محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 8 أكتوبر 1959 في نفس الاتجاه (منشور بنفس المجلة والعدد قبله، رقم 36 ص. 163).

[5]- فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم: مرجع سابق، ص. 253. – ومن تطبيقات هذا المبدأ الأصولي في الفقه الإسلامي الحنفي أن من كان له أن يتبرع كان له أن يقرض: انظر سانتيانا: المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية، تونس، 1899، ص. 256.

[6]- انظر على سبيل المثال: - فابروكيت:المرجع السابق، ص. 376 وما بعدها. – خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 33 ص. 56 وما بعدها. – فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع": مقال مشار إليه في السابق، ص. 124 وما بعدها.

* ومن الأمثلة على الفرضية الموجبة المتعلقة بإعطاء شيء: أن ترد في عقد البيع الواقع على أرض زراعية عبارة: "يشمل البيع المأبور من ثمار الأرض المبيعة". فمنطوق هذه العبارة يدل على أن البيع إنما يتعلق بالثمار المعقودة والبادية الصلاح. ولكن السؤال يطرح (وهذا هو المسكوت عنه) لمعرفة ما إذا كان البيع هنا يشمل أيضا الثمار غير المأبورة. وجوابا عن هذا السؤال بتطبيق مبدأ "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" أي بتطبيق مفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى، نقول إذا كان منطوق العقد قد جعل من مشمولاته حتى الثمار المأبورة فإنه يكون من باب أولى أن يشتمل أيضا على الثمار غير المأبورة. وهنا يلاحظ أن المنطوق يستغرق المسكوت عملا بالقاعدة المنصوص عليها في الفصل 517 من ق.ل.ع.م.[2].

110- تطبيق قياس الأولى والأحرى على الفرضية السالبة :

عند تطبيق قياس الأولى على الفرضية السالبة، يُحمل المؤول أيضا، كما في الفرضية الموجبة، على الاعتقاد من جهة في وجود الوصف الجامع بين المنطوق والمسكوت عنه، ولكن الأكثر من هذا، فإنه يحمله من جهة ثانية على الاعتقاد في اتصال الوصف بالمسكوت على نحو أقوى وأشد من اتصاله بالمنطوق. ويتخذ القياس هنا شكل التنبيه بالأدنى (في المنطوق) على الأعلى (في المسكوت).

* ومن الأمثلة التي يمكن ضربها لتوضيح إعمال قياس التنبيه بالأدنى على الأعلى، في الفرضية السالبة التي أطلقناها كما مر بنا على الالتزام بالامتناع عن عمل، نذكر ما يلي: قد ترد في عقد التأمين على مخاطر السيارة عبارة: "يمنع على صاحب السيارة استعمالها خارج أوقات عمله" : فمنطوق هذه العبارة يدل على منع مالك السيارة من قيادتها إلا في أثناء أوقات عمله. ويبقى السؤال المطروح (وهذا هو المسكوت عنه) متعلقا بمعرفة ما إذا كان هذا المنع يمتد حتى إلى أولاد أو زوج مالك السيارة. واستعمال قياس التنبيه بالأدنى على الأعلى يسمح بالذهاب إلى أنه إذا كان المنع من استعمال السيارة خارج أوقات العمل يتقيد به مالك السيارة، فإنه من باب أولى أن يتقيد به غيره ولو كان من أولاده أو زوجه.

[1]- انظر على سبيل المثال: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: مفتاح الوصول في علم الأصول: مرجع سابق، ص. 112 و113. ونجد في هاتين الصفحتين المثال التالي لمفهوم التنبيه بالأعلى على الأدنى: قال تعالى: "ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك". فمن كان يؤدي القنطار إذا اؤتمن عليه فأداؤه للدينار أولى".

[2]- تنص الفقرة الأولى من الفصل 517 ق.ل.ع.م. حسب ترجمته المتداولة، على أن: "بيع الأرض الفلاحية يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار كما يشمل المزروعات التي لما تنبت والثمار التي لما تجد". وينطبق هذا المثال حتى على البيع الخاضع لأحكام الفقه الإسلامي المالكي، متى كانت الأرض الفلاحية غير محفظة، إذ كما يقول ابن عاصم في تحفته: "وغير ما أبر للمبتاع، بنفس عقده بلا نزاع". :انظر في شرح هذا البيت: - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.2، دار الفكر، ط2. 1951 , ص.18 وما بعدها. – محمد بن أحمد ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، دار الفكر،بدون تاريخ الطبع، ج.1. ص. 286 وما بعدها.

* وكذلك إذا نص عقد الوكالة على حصر الصلاحيات الممنوحة للوكيل في عمل معين من أعمال التصرف فإن منطوق التصرف هنا يدل على منع أعمال التصرف الأخرى ويكون من باب أولى أن يمنع كل أعمال التبرع.

والجدير بالتوضيح أن قياس التنبيه بالأدنى على الأعلى في الفرضية السالبة يبلوره المبدأ القائل: "من لا يمكنه الأقل لا يمكنه الأكثر" (qui ne peut le moins ne peut le plus)[1]. ومن تطبيقات هذا المبدأ ما نص عليه الفصل 551 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود من أنه:"لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق[2].

111- يبقى أن نشير في الأخير إلى أن إعمال قياس الأولى والأحرى بشكليه المتمثلين في التنبيه بالأعلى على الأدنى وفي التنبيه بالأدنى على الأعلى، في ميدان تأويل العقود، لا يمكن أن يبحث فيه عن الوصف الجامع بين المنطوق والمسكوت إلا في العقد من خلال ما يظهر فيه من الدافع إلى إبرامه أو الغرض المتوخى من قبل عاقديه. ومن هنا يتبين أن مثل هذا القياس يبقى في آخر المطاف لصيقا باللغة المعبر بها في العقد وبالمتعاقدين فقط ودون أي اعتبار اجتماعي آخر. وهذا على غرار ما يحصل، حتى، في إعمال ما يسمى بمفهوم المخالفة.

الفرع الثاني :
مفهوم المخالفة كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل

112- يستعمل مفهوم المخالفة (L'argument a contrario)، وعلى غرار المفاهيم المارة بنا، كمنهج يتوصل به إلى حل المشاكل التي يثيرها المسكوت عنه في العقد[3]. ولا يخرج هذا المنهج بدوره عما يسمى بقياس التمثيل. غير أنه إذا كان قياس التمثيل يتوصل به في ميدان تأويل العقود، من خلال أشكاله المتمثلة في القياس المساوي المفضي إلى مفهوم الموافقة وقياس التنبيه بالأدنى على الأعلى وقياس التنبيه بالأعلى على الأدنى المفضيين إلى مفهوم الأولى والأحرى، إلى التوسع في المعنى الواجب إسناده لعبارات العقد؛ فإن قياس التمثيل هذا من خلال شكله المتجسد

[1]- فرانسوا أوست: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 125.

[2] - Nul ne peut conférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même ».

[3]- خايم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 8 ص. 8.

في قياس العكس المفضي إلى مفهوم المخالفة يتوصل به إلى حصر وتقييد المعنى الواجب اعتماده لعبارات العقد دون تمديده إلى المسكوت الذي يبقى محتفظا بمعنى مغاير للمعنى المحصور في المنطوق.

113- ومعنى ما سبق أن مستعمل قياس التمثيل قد يخرج، في البحث عن الوصف المشترك بين المنطوق والمسكوت، بالاعتقاد في وجود الوصف الجامع إما بالتساوي بينهما وإما بأولويته في المسكوت منه في المنطوق. ففي هذه الحالة يقوم مستعمل قياس التمثيل بتمديد معنى المنطوق إلى المسكوت.

وبالمقابل، قد يخرج مستعمل قياس التمثيل، في البحث عن الوصف المشترك بين المنطوق والمسكوت، بالاعتقاد في عدم وجود وصف جامع بينهما لاستقلال كل منهما بوصف خاص به. ففي خروجه بهذا الاعتقاد في اختلاف الوصف في المنطوق عنه في المسكوت، يستعمل المؤول، في الحقيقة، قياس العكس وهو في تقديرنا، ضرب آخر من ضروب قياس التمثيل. والمعنى الذي يسنده مستعمل قياس العكس للمسكوت هو المعنى المخالف للمعنى المحصور في المنطوق. وهذا المعنى المخالف هو الذي يطلق عليه اصطلاح مفهوم المخالفة.

114- ومن هنا يتبين، أيضا، أن الذين يعرفون مفهوم المخالفة بأنه:"أن يشعر المنطوق بأن حكم المسكوت عنه مخالف لحكمه وهو المسمى بدليل الخطاب[1]؛ إنما يقفون في مثل هذا التعريف عند حد الدلالة المسندة للمسكوت على نحو مخالف للمنطوق. ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا يتعلق بمعرفة الأسلوب المتبع للوصول إلى النتيجة المتمثلة في شعور المنطق بل في شعور واعتقاد المؤول في أن حكم (معنى) المسكوت عنه مخالف لحكم (معنى) المنطوق؟

يتجلى هذا الأسلوب فيما أسميناه قبله بقياس العكس. وقد عرفه صاحب التعريف السابق لمفهوم المخالفة بأنه: "إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلة"[2].

[1]- هذا التعريف لأبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي: مفتاح الوصول في علم الأصول: مرجع سابق، ص. 114. - انظر في مثل هذا التعريف أيضا: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج1 ص. 245. – عبد الله الداودي:"أصول المذهب المالكي" (منشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، مرجع سابق الأعداد 2-3-4، شتنبر 1982، ص.9 وما بعدها). – ولقد عرفه محمد أديب صالح بأنه: "دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دل عليه المنطوق، لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم. ويسمونه .... دليل الخطاب.... أما الحنفية فقد سموه المخصوص بالذكر". : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي. –دراسة مقارنة: مرجع سابق. ص. 451 وما بعدها وص. 497.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي: المرجع السابق، ص. 194.

ومثل هذا التعريف يقترب مما نجده لدى بعض الأصوليين المحدثين لمفهوم المخالفة أمثال محمد أبو زهرة إذ ذهب إلى أن: "إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه إذا قيد الكلام بقيد يجعل الحكم مقصورا على حال هذا القيد، فإن النص يدل بمنطوقة على الحكم المنصوص عليه ويدل بمفهوم المخالفة على عكسه في غير موضوع القيد"[1].

كما نجد مثل هذا التعريف لدى بعض مناطقة القانون الغربيين أمثال خاييم بيريلمان إذ يذهب إلى ما مفاده أن مفهوم المخالفة أسلوب استدلالي بموجبه نستنتج،انطلاقا من فرضية معينة (المنطوق) تثبت التزاما (أو أي وصف قاعدي آخر) لشخص (أو لطبقة من الأشخاص)، ونظرا لعدم وجود حكم آخر صريح؛ أن فرضية أخرى (المسكوت) يتحتم استبعادها واعتبارها غير صحيحة كفرضية قانوني تثبت نفس ذلك الالتزام (أو أي وصف قاعدي آخر) لشخص آخر (أو طبقة أخرى من الأشخاص)[2].

115- إن قياس العكس لا يفضي إلى مفهوم المخالفة إلا نظرا لكون الاعتقاد الذي يولده هذا القياس لدى مستعمله يميل إلى نفي التماثل بين المنطوق والمسكوت.

غير أن الاعتقاد في نفي التماثل لا يصدر عن مجرد الشعور بافتراق دلالتي المنطوق والمسكوت عن بعضهما البعض؛ وإنما يصدر عن الوقوف على بعض العلامات أو القرائن الدالة على الافتراق في صيغة المنطوق نفسه. بمعنى أنه عند البحث عن الباعث أو الدافع أو الغرض، أي بصفة أعم، عن الوصف الجامع بين المنطوق والمسكوت، يكفي لمستعمل قياس العكس أن يتلمس إحدى هذه العلامات أو القرائن لكي يمنع المنطوق من امتداده إلى المسكوت ويعتبر هذا الأخير دلالة مستقلة عن دلالة المنطوق.

[1]- محمد أبو زهرة: أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 141 ص. 148. – ونفس هذا التعريف نقله عنه طاهر سليمان حمودة في: دراسة المعنى عند الأصوليين: مرجع سابق، ص. 158.

[2]- خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق،رقم 33 ص. 55. – والجدير بالإشارة أن التعريف الذي اعتمده بيريلمان لمفهوم المخالفة يمثل نقيض التعريف الذي خص به مفهوم الأولى والأحرى، وقد مر بنا قبله. وفي هذا الصدد يجدر التنبيه إلى أن هذا التعريف الأخير جاء أكثر كمالا من تعريف مفهوم المخالفة لأنه تعرض فيه إلى اقتران واشتراك الوصف في كل من المنطوق والمسكوت. وبالمقابل فإن بيريلمان سكت عن إيراد هذا الوصف في تعريفه لمفهوم المخالفة. ولذلك كان من المحبذ، توخيا لشمولية التعريف، أن يضاف إليه ما يجعل المعنى المسند للمسكوت مخلفا لمعنى المنطوق وهو افتراق الدافع او الباعث أو الغرض أي العلة في المسكوت عن الدافع أو الباعث او الغرض أي العلة في المنطوق. وهكذا يمكن تكملة تعريف بيريلمان لمفهوم المخالفة بما يلي :.... لا يوجد في حالة من التماثل التي يستحق معها الوصف القاعدي المعتمد في الفرضية الأولى أي المنطوق.

116- إن علامات أو قرائن الافتراق بين المنطوق والمسكوت بهذا التحديد هي علامات أو قرائن لغوية[1]. وتشكل ضربا من القيود التي تفرض النظر، على وجه التقابل، إلى المنطوق والمسكوت على أن المقصود بكل منهما هو المعنى الحرفي النحوي مع عدم الاعتراف لكل منهما، كحجة، إلا بهذا المعنى المباشر[2].

ولقد تتبع المعتدون بمفهوم المخالفة من الأصوليين[3] هذه العلامات والقرائن اللغوية التقييدية بالدرس فأحصوها وقدروا قيمتها الاستدلالية وجعلوا من كل علامة أو قرينة لغوية تقييدية معترف بقيمتها الاستدلالية نوعا متفرعا عن جنس مفهوم المخالفة.

117- ومن هذه العلامات أو القرائن اللغوية التقييدية قيد (مفهوم) الصفة وقيد (مفهوم) الشرط وقيد (مفهوم) العدد وقيد (مفهوم) الغاية[4].

ونرى أن نقتصر، في هذه القيود (المفاهيم)، على توضيح أهمها، ونعني بذلك قيدي (مفهومي) الصفة والشرط، بما يتلاءم وتطبيقهما في ميدان العقود وتأويلها.

[1]- بل الأكثر من هذا، فإن المعتدين من الأصوليين القدامى بمفهوم المخالفة قد أثبتوه أساسا بالنقل عن علماء اللغة:انظر: في هذا الصدد، على سبيل المثال: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي: المرجع السابق، ص. 114. – عبد الله الداودي: "أصول المذهب المالكي": منشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب: مرجع سابق، الأعداد: 2-3-4، ص. 18 وما بعدها.

[2]- إن القول بكون المعنى المعترف به للمسكوت هو معناه المباشر لا يتعارض مع قولنا إن المعنى المستفاد من المنطوق للمسكوت بمفهوم المخالفة هو معنى غير مباشر؛ لأن عدم المباشرة هنا إنما يتصل بالمنطوق وليس بالمسكوت. كما أن عدم المباشرة في هذا الصدد لا يعني أن المعنى المستد للمسكوت هو معنى غير حرفي نحوي.

[3]- نقول المعتدين بمفهوم المخالفة لأن الأخذ بهذا المفهوم في تفسير النصوص كان محل خلاف ليس بين المذاهب السنية وحسب وإنما أيضا بين أصحاب المذهب الواحد. فالأقدمون من الحنفية لا يعتدون بمفهوم المخالفة ويعتبرون التمسك به من الأمور الفاسدة لأن انتفاء حكم المنطوق عن المسكوت في نص من النصوص مرده العدم الأصلي أو البراءة الأصلية في التحليل أو التحريم. أما المتأخرون من الحنفية فإنهم يعترفون بمفهوم المخالفة ولكن في تفسير النصوص الفقهية وكلام الناس في عقودهم وشروطهم وسائر عباراتهم دون تفسير كلام الشارع من كتاب وسنة. وكذلك فإن المذهب الظاهري، وعلى رأسه ابن حزم، لا يأخذ مطلقا بمفهوم المخالفة. كما أن بعض الشافعية المتأخرين يحصرون الأخذ بمفهوم المخالفة في تفسير الكتاب والسنة فقط دون كلام الناس في عقودهم وشروطهم وسائر عباراتهم. وبالمقابل فإن مالكا والشافعي وابن حنبل وأكثرية المنتمين إلى المذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، يأخذون بمفهوم المخالفة ويعتدون به في تفسير النصوص بغض النظر عما إذا كانت صادرة عن الشارع أو الفقهاء أو عامة الناس. ولكن البعض منهم رفض الأخذ ببعض أنواع مفهوم المخالفة كمفهوم اللقب. كما أن البعض الآخر اعتبر بعض الأنواع الأخرى داخلة في نوع معين كدخول مفهوم الحال ومفهوم الزمان في مفهوم الصفة: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 452 و499 وما بعدها ومن 512 إلى 514 و522. – عبد الله الداودي: مقاله المشار إليه في السابق والمنشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، الأعداد. 2-3-4،ص. 17 وما بعدها. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 158 وما بعدها. – محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 142 ص. 148 وما بعدها ورقم 143 ص. 150 وما بعدها. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 155 وما بعدها.

[4]- ولقد أوصل البعض هذه القيود إلى العشرة وهي إلى جانب ما ذكر في المتن: قيد (مفهوم) العلة وقيد (مفهوم) اللقب وقيد (مفهوم) الحصر وقيد (مفهوم) الحال وقيد (مفهوم) الزمان وقيد (مفهوم) المكان:انظر المرجع السابق لمحمد أديب صالح: ص. 452 والهامش 3 من نفس الصفحة.

118- **قيد (مفهوم) الصفة** : عندما يتبين أن العبارة موضوع التأويل في العقد مقيدة بوصف ليس بشرط ولا عدد ولا غاية، وبغض النظر عما إذا كان هذا الوصف نعتا نحويا أو مضافا أو ظرف زمان[1]؛ فإنه يمكن حصر المنطوق في المعنى الحرفي النحوي لهذه العبارة وعدم تمديده إلى المسكوت المتنازع فيه والذي يبقى بدوره محتفظا بمعناه المستقل المستفاد من مفهوم المخالفة للمنطوق باعتبار أن المسكوت قد انتفى عنه الوصف الوارد في العبارة موضوع التأويل[2].

والجدير بالإشارة أن قيد الصفة (الوصف) إذا تأخر في العبارة، فإنه ينصرف إلى كل أجزاء هذه العبارة ما لم تدل قرينة على خلافه[3]. وفي هذا الصدد ينص الفصل 520 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود على أن: "الوصف بعد متعاطفين يعود إليها جميعا كما في قوله (وهبت لأبنائي وأبناء أبنائي الذكور) إلا إذا تبين بوجه صريح أن الوصف لا يعود إلا للأخير. فإن كان العطف بثم عاد الوصف على ما بعده[4]. والشرط بعد المتعاطفين يعود إلى جميعها[5].

119- **قيد (مفهوم) الشرط** : "الشرط في اصطلاح علماء الكلام هو ما يتوقف عليه المشروط... [أما في] اصطلاح النحاة فهو ما دخل عليه أحد الحرفين (إن) أو (إذا) أو ما يقوم مقامهما مما يدل على سببيه الأول ومسببية الثاني وهذا هو الشرط اللغوي وهو المراد هنا"[6].

[1]- ومن الأمثلة التي تضرب على النعت النحوي: "في الغنم السائمة زكاة" (حديث شريف): "من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع" (حديث شريف).

[2]- انظر في هذا القيد، على سبيل المثال: محمد أديب صالح: المرجع السابق، من ص. 452 إلى 454 ومن ص. 515 إلى 530 حيث يستعرض المؤلف الاختلافات القائمة بين الفقهاء في شأن الاعتداد أو عدم الاعتداد بمفهوم الصفة. – عبد الوهاب خلاف؛ المرجع السابق، ص. 154. – محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 147 ص. 153 وما بعدها.

[3]- انظر حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2 ص. 256.

[4]- تساير هذه القاعدة المنقولة من القاعدة 12 من قواعد التأويل لبوتييه موقف الشافعية والمالكية دون موقف الحنفية الذين يجعلون الوصف بعد متعاطفين يعود إلى آخر الجملة دون أولها أي بالنسبة إلى المثال المضروب في الفصل 520 تونسي يعود وصف الذكور على أبناء الأبناء دون الأبناء: سانتيانا: المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، الفصل 605 من هذا المشروع التمهيدي، ص. 249. – وتنص القاعدة 12 من قواعد التأويل لبوتييه على أن:

« Ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte ordinairement à toute la phrase et non pas seulement à ce qui est précédé immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phrase, convienne en genre et en nombre à toute la phrase » :

- عن كوكييه: المرجع السابق، ص. 125. – بوسهارت: المرجع السابق، ص. 111.

[5]- جاء في القرار عدد 1156 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 13 يناير 1960، أن: "الشرط إذا لم تقع إعادته عد قاصرا على المشروط أولا: "(منشور بنشرية محكمة التعقيب التونسية، السنة، 1965، ص. 92).

[6]- محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 531 . ويعرفه بأنه: "هو دلالة اللفظ الذي علق الحكم فيه بشرط على ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت الذي انتفى عنه ذلك الشرط" : نفس المرجع، ص. 454 و531.

وتفاديا للغوص في الاختلافات التي أثيرت في شأن هذا القيد[1] وما يتصل بالشروط اللغوية من النكت (التنبيهات)[2]، حسبنا أن نتقيد بميدان العقود ونشير إلى أن ق.ل.ع.م. قد عرف "الشرط [في الفصل 107 منه بأنه] تعبير عن الإرادة يعلق على حادث (événement) مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو انقضاءه"[3].

وهذا التعريف وإن كان يوافق مضمون الفصل 1168 من القانون المدني الفرنسي[4] وبالتالي تعريف بوتييه[5]، إلا أنه يقل دقة عن أصله الذي قال به سانتيبانا في الفصل 1/133 من مشروعيه التمهيدي قبل أن يعدل في الفصل 116 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود على وفق الصيغة التي انتقلت إلى النص المغربي. وينص الفصل 1/133 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا على أن: "الشرط تعبير عن الإرادة أو حكم تشريعي يعلق على حادث مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما إمضاءه وتأكيده (confirmation) وإما انقضاءه[6].

120- أما الشرط الذي يعلق عليه وجود الالتزام فكالوعد بالتعاقد الذي يجد أساسه في مفهوم المخالفة للفصل 14 من ق.ل.ع.م. إذ ينص على أن: "الوعد

[1]- انظر على سبيل المثال: محمد أديب صالح: المرجع السابق، من ص. 531 إلى 543.

[2]- انظر في هذه النكت، على سبيل المثال: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ الطبع،ج.1. :"الفرق الثالث بين الشرط اللغوي وغيره"، ص. 61 وما بعدها وبالأساس من ص. 63 إلى 85. وانظر مثلا النكتة الأولى المتمثلة في شرح بيتين شعريين هما:

ما يقول الفقيه أيده الله ولازال عنده إحسان

في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما قبل قبله رمضان .

فهذه النكتة وحدها خصص لها القرافي في نفس المرجع والجزء قبله الصفحات من 63 إلى أواخر ص. 69.

[3]- يتلاءم هذا التعريف للشرط وموقف الفقه الاسلامي من هذا الأخير إذ يميزه عن السبب باعتبار ان الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ولا يشتمل على شيء من المناسبة لذاته وإنما لغيره بخلاف السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ويشتمل على شيء من المناسبة لذاته (انظر في هذا الصدد: القرافي: المرجع المشار إليه قبله، ج.1، ص. 61 وما بعدها وص. 109). فوجود توافق الإرادتين سبب مناسب في ذاته لقيام الالتزام. أما الحادث غير المحقق والذي يعلق عليه هذا الالتزام فشرط فقط لأن هذا الحادث، وإن كان من شأنه أن يوجد أو يتم الالتزام ويكمله أو يزيله وينهيه إلا أنه يبقى مناسبا لغيره وهو تحقق الواقعة المستقبلة بالنسبة إلى وجود الالتزام وتمامها أو تخلفها بالنسبة إلى زوال الالتزام وانقضائه.

[4]- ينص الفصل 1168 مدني فرنسي على أنه: "يكون الالتزام شرطيا عندما يعلق على حادث مستقبل وغير محقق الوقوع إما بوقفه إلى حين حصول الحادث أو بفسخه بحسب ما إذا كان الحادث سيحصل أم لا".

[5]- يعرف بوتييه الشرط بأنه: "حالة حادث مستقبل وغير محقق الوقوع يمكن أن يحصل أو لا يحصل، والذي يعلق عليه الالتزام" :عن دومولومب: مدونة نابليون، المجلد 25: المبسوط في العقود أو الالتزامات الاتفاقية، ج.2، باريس. 1869، رقم 278 ص. 272.

[6]- لقد نقل سانتيبانا الفصل 1/133 من مشروعه التمهيدي بالحرف تقريبا عن أوبري ورو في تعريفهما للشرط إذ جاء فيه: "الشرط تعبير عن الإرادة أو حكم تشريعي يعلق على حادث مستقبل وغير محقق الوقوع وجود رابطة قانونية" :دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكريا، ج.4، ط.5، باريس. 1902، فقرة 302 ص.94.

المجرد لا يولد الالتزام قطعا". أي حسب منطوقه فإن الوعد غير المعلق على شرط أو غير الموقوف لأجل لا يرتب أي أثر قانوني[1].

فإذا ما ورد في عقد بيع كتاب معين: "أتعهد ببيع هذا الكتاب الذي عنوانه كذا لمؤلفه فلان بثمن كذا إن أنا نجحت في امتحانات الدورة الأولى من السنة الجامعية كذا لفلان الذي قبل هذا التعهد"، فإن منطوق هذه العبارة يفيد انعقاد الوعد الملزم لجانبين وتعليق وجود الحق العيني المتصل بالكتاب المعين بذاته على شرط النجاح في الدورة الأولى من السنة الجامعية كذا. وهذا الشرط يفيد الفهم في عدم تمديده إلى معاني أخرى كالنجاح في الدورة الثانية من نفس السنة الجامعية. كما يفيد مفهوم مخالفة المنطوق أن الوعد يزول وبالتالي لن يوجد أي حق عيني بل وحتى أي حق شخصي إذا ما تخلف هذا الشرط.

وليس من الضروري أن يرد الشرط صراحة في عبارات العقد إذ الوعد يبقى صحيحا ولو علق على شرط ضمني يستفاد من ظروف التعاقد.

فالشرط سواء كان صريحا أو ضمنيا، متى كان مناسبا لتعليق الالتزام عليه، أفضى إلى تقييد فهم منطوق العبارة وعدم السماح بالخروج عن معناها الحرفي النحوي إلى ما يوافقها من المعنى غير المباشر.

وكذلك فليس كل شرط صريح في العقد يفضي إلى تقييد الفهم في المنطوق مع إعطاء المسكوت معنى مخالفا غير موافق؛ إذ قد يكون الشرط صريحا ومع ذلك لا

[1]- يذهب البعض إلى أن: "المشرع المغربي لم يفرد احكاما خاصة للوعد بالتعاقد رغم أهميته....": أنظر على سبيل المثال: أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي: مصادر الالتزام، 1- العقد. دار الثقافة، الدار البيضاء، ط.1، 1981 ص. 81 الهامش 23. – وكذلك مؤلفه: شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني المغربي، مطبوع على الستانسيل، فاس، 1982، ص. 49 الهامش 33. – انظر أيضا: علي الصقلي: مذكرات في القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، ج.1: المصادر الإرادية للالتزام، مطبوع على الستانسيل، فاس 1984-1985 ص.61. – كما يلاحظ أيضا أن القضاء المغربي عندما يريد الاعتراف بالوعد بالتعاقد فإنه يقوم بتأسيسه على الفصل 18 بدل الفصل 14 من ق.ل.ع.م.: انظر في هذا الصدد الأحكام والقرارات التي أوردها فرانسوا بول بلانك أسفل الفصلين 14 و18 من مؤلفه: - القانون المعلق عليه للالتزامات والعقود، ج.1, الالتزامات، الدار البيضاء، 1981 ص.41 و42 و43. – الالتزامات والعقود في القانون المغربي (ظ.ل.ع. المعلق عليه)، سوشبريس –الجامعة، 1989، ص. 51 و52 و53. – انظر أيضا: بيهي لحبيب: تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1990/3/20 (منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة عدد 6 من ص. 136 إلى 145 وبالأساس ص. 141) وقد عنونه كالتالي: "دور قاضي الموضوع في تكييف العلاقة التعاقدية". والحقيقة، في تقديرنا, أن ق.ل.ع.م. قد نظم الوعد بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد أو لجانبين في الفصل 14 منه. أما الفصل 18 فلا يتعلق إلا بتحديد زمان انعقاد الوعد الملزم لجانب واحد على غرار ما فعلته الفصول 24، 29 و30 بالنسبة إلى العقود الملزمة لجانبين. ويفيد الفصل 14 في منطوقه أن الوعد لا يولد أي التزام عندما يكون مجردا. والوعد يكون مجردا عندما تكون إرادة الواعد (المتعهد) غير جدية أو صادرة عن مجاملة أو عندما يرد في صيغة احتمالية غير مقيدة كصيغة "أتعهد إن شاء الله" أو "أعتقد بأنني سأتعهد" أو "سأتعهد" دون تحديد أجل بصفة صريحة أو ضمنية.ولكن الوعد متى ورد بصيغة ظنية احتمالية مقيدة وغير مرسلة فإنه لا يكون مجردا لأنه يصبح هنا وعدا معلقا على شرط أو موقوفا لأجل. وهذا الوعد غير المجرد يولد الالتزام ويستفاد من مفهوم المخالفة للفصل 14 من ق.ل.ع.م. :انظر في تأكيد ما نراه هنا: تعليق سانتيبانا على الفصل 18 من مشروعه التمهيدي الذي أصبح يحمل نفس الرقم في المجلة التونسية للالتزامات والعقود بعد ما نقل إليها حرفيا واعتمد بعدئذ في الفصل 14 من ق.ل.ع.م. :المشروع التمهيدي إلخ.... مرجع سابق، ص.9.

يؤدي إلى أي تقييد. بمعنى أنه لا يكون هنا قيدا بالمفهوم الذي نحن بصدد معالجته. فالعقد عندما يقتضي محله أو طبيعته بالضرورة حصول واقعة معينة، فإن تعليق العقد صراحة على مثل هذه الواقعة لا يشكل شرطا بالمعنى التقييدي[1]. فالبيع الواقع على شيء من المثليات لا تنتقل الملكية فيه إلا بحلول واقعة الإفراز. وعليه إذا ما تم تعليق انتقال الملكية صراحة في بيع شيء من المثليات على حصول الإفراز فإن هذه الواقعة المعلق عليها أمر انتقال الملكية لا تشكل شرطا مقيدا. وكذلك فإن البيع الواقع على العقارات تقتضي طبيعته أن يتم كتابة. ولذلك، إذا ما تم الاتفاق على هذه الكتابة صراحة، فإن واقعة الكتابة هنا لا تشكل شرطا تقييديا.

121- وأما الشرط الذي يعلق عليه تأكيد الالتزام وتمامه فكالشرط الذي يقيد ما يسمى مثلا ببيع التجربة ولو بالمذاق[2] أو ما يسمى ببيع خيار الإمضاء[3].

فورود الشرط صراحة أو ضمنا، عندما تقتضيه طبيعة المبيع بالنسبة إلى البيع بشرط التجربة ولو بالمذاق، أو وروده صراحة فقط فيما يرجع إلى بيع خيار الإمضاء[4]، يقيد عبارات العقد في المنطوق الدال على هذه الأوصاف دون غيرها. أما المسكوت عنه، فنظرا لكونه غير مقيد بهذا الشرط، لذلك يكون له معنى مخالفا للمنطوق[5].

[1]- انظر في هذا الصدد: أوبري ورو: المرجع السابق، ج.4، فقرة 302 ص. 94 و95.

[2]- ونعرفه كالتالي: هو ذلك البيع الذي يحتفظ فيه المشتري لنفسه بتجربة الشيء المعد للبيع لاختبار مدى ملاءمته لرغبته الشخصية أو لحاجاته أو للاستعمال الذي أعد له الشيء في حد ذاته: انظر فيما يوافق هذا التعريف: القرار عدد 890 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15 فبراير 1930: قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (28، 30، 42، 1944): تعريب محمد العربي المجبود، دار النشر المغربية، 1980، ص. 219 وما بعدها.

[3]- بيع خيار الإمضاء صورة من صورتي بيع الخيار المنظم في ق.ل.ع.م. في فصوله من 601 إلى 612. ونرى تعريفه بأنه بيع يعلق لزومه على إمضائه (أجازته) من قبل من صرح في العقد باشتراط الخيار لمصلحته خلال الأجل المحدد قانونا عندما لا يتفق على أجل أو عندما يتفق على أجل يزيد عن الأجل القانوني المحدد في ق.ل.ع.م.أو في القانون رقم 08-31 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك.

[4]- نقول صراحة فقط لأن الفصل 601 من ق.ل.ع.م. لا يعتبر البيع موصوفا بالخيار إلا إذا تم التنصيص عليه صراحة في العقد: أنظر في هذا الصدد القرار عدد 7 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 6 يناير 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30 ص.28 وما بعدها).

[5]- يجدر التنبيه إلى أن الشرط في بيع التجربة ولو بالمذاق قد لا يقوم قيدا حتى في الحالة التي يتم النص عليه صراحة في العقد كما لو كان مشترط التجربة ولو بالمذاق تاجرا أبرم العقد لأغراض تجارته:فالبيع هنا لا يكون موصوفا وإنما بسيطا قطعيا. أما إذا ما تبين أن هذا العقد قد أبرمه لأغراضه الشخصية، فهنا يعتد بالشرط كقيد. وإلى جانب هذا، فليس كل شرط يقيد العقد بالوصف المشروط إذ يجب لكي يكون كذلك أن ينصب على ما يشكل آثارا أصلية في العقد كانتقال الملكية وأداء الثمن بالنسبة إلى البيع أو التسليم بالنسبة إلى الكراء. وهذا معناه أن الشرط إذا ما انصب على الآثار الثانوية في العقد كالتسليم بالنسبة إلى البيع، فإن هذا الشرط لا يجعل العقد الذي يتضمنه موصوفا به. ومع ذلك، ففي ميدان التأويل يبقى هذا الشرط المتعلق بالآثار الثانوية محتفظا بصفته التقييدية التي تحصر دلالة المنطوق في المعنى الحرفي لعبارة العقد وتسند للمسكوت دلالة مخالفة.

122- وأخيرا فإن الشرط الذي يعلق عليه انقضاء الالتزام وزواله فكالشرط الذي يقيد ما يسمى مثلا ببيع خيار الرد عندما يتفق على جعل هذا الشرط فاسخا[1] أو يقيد ما يسمى ببيع الثُنيا[2].

وينطبق على هذا الشرط، فيما يخص صفته التقييدية، ما مر بنا قبله في كل من الشرط الذي يعلق عليه وجود الالتزام والشرط الذي يعلق عليه تأكيد الالتزام وتمامه.

123- إذا ثبت ما سبق نبهنا إلى أن العلامات أو القرائن اللغوية، التي يستطيع المؤول أن يستدل بها على افتراق منطوق العبارة في العقد عن مسكوتها، يمكن أن نلخصها، وعلى غرار ما يقول به مناطقة القانون الغربيون، في كل أداة نحوية تجعل من الجملة الواردة فيها جملة نافية أو ناهية أي جملة سلبية (proposition négative) أو جملة تقييدية حصرية (proposition restrictive) أو جملة استثنائية (proposition exceptionnelle)[3].

ويرى فرانسوا أوست أنه عندما ترد مثل هذه الأدوات السالبة أو التقييدية صراحة في النص، فإن الاستدلال يمكن أن يتم عن طريق تخصيص الدلالة دونما حاجة إلى الاستعانة بالمنهج الموصل إلى مفهوم المخالفة. ولكن عندما لا تتلمس هذه الأدوات صراحة في النص المراد تأويله، فهنا تظهر قيمة المنهج الموصل إلى مفهوم المخالفة[4].

والواقع أن الاقتصار على هذه الأدوات أو القيود اللغوية للجزم بعدم تماثل المنطوق للمسكوت وبالتالي حصر المنطوق في المعنى الحرفي النحوي وإسناد

[1]- بيع خيار الرد (النقض) هو الصورة الثانية من صورتي بيع الخيار المنظم في ق.ل.ع.م.ولكن الشرط في هذه الصورة يفترض فيه أنه واقف كما ينص على ذلك الفصل 602 من ق.ل.ع.م. ما لم يتفق على جعله فاسخا ,وهنا قد يختلط ببيع الثنيا الذي لا يجوز إلا إذا طاع المشتري بالخيار للبائع . ونرى أن نعرف بيع خيار الرد (النقض)، بعكس تعريف بيع خيار الإمضاء، بأنه بيع يعلق فسخه على نقضه (الرجوع فيه) من قبل من صرح في العقد على اشتراط الخيار لمصلحته خلال الأجل المحدد قانونا عندما لا يتفق على أجل أو عندما يتفق على أجل يزيد عن الأجل القانوني

[2]- على الرغم من أن الفصل 585 من ق.ل.ع.م. المعرف لبيع الثنيا، لا يعترف بصحة البيع إلا إذا كانت الثنيا قد جاءت على الطوع، كترخيص من البائع للمشتري في الاسترداد؛ إلا أن حقيقة هذه الثنيا وواقعها الاجتماعي لا يخرجان عن الشرط الذي يمكن للمشتري أن يمليه على البائع. وعلى كل، ومهما كان الأمر، فإن الثنيا تبقى، كما يقول التسولي (في البهجة في شرح التحفة: مرجع سابق، ج.2 ص.58) خيارا في الحقيقة. ومن هذه الزاوية ننظر إلى الخيار كشرط مفيد لعبارات العقد بقصد حصر دلالتها على المنطوق ليس إلا.

[3]- فابروكيت: المرجع السابق، ص. 375 وما بعدها – خاييم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 33 ص. 56. – جان رأي: محاولة حول البنية المنطقية للقانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، من ص. 80 إلى 93. – ونعني بالجملة الاستثنائية تلك التي ينجر عنها معنى استثنائيا أي مقيدا للمألوف والمعتاد إما في العقود أو في القواعد العامة للقانون. ومن القواعد الاستثنائية المقيدة للقواعد العامة يمكن أن نذكر تلك المتعلقة بآجال السقوط أو المنظمة للتنازل عن الحق أو تخويل الامتياز. واعتماد مفهوم المخالفة لمنطوق عبارات العقد المنظم لمثل هذه الميادين أو مفهوم المخالفة لمنطوق النص القانوني المتضمن قاعدة استثنائية، معناه الرجوع إلى المألوف المعتاد في العقود أو في القواعد العامة للقانون. والأخذ بمفهوم المخالفة هنا إنما هو تطبيق للمبدأ القاضي بكون الاستثناء يؤكد القاعدة.

[4]- فرانسوا أوست: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 123.

مفهوم المخالفة للمسكوت؛ لا يرمي في آخر المطاف إلا إلى تقديس المعنى اللغوي المباشر.

124- ولقد انتبه معتمدو المنهج المنطقي، المفضي إلى مفهوم المخالفة، إلى هذا الأمر الذي وصفوه بالخطير، لذلك نجدهم ينادون باتخاذ الحيطة والحذر عند الأخذ بهذا المفهوم[1]. لا بل الأكثر من هذا فإن الأصوليين اشترطوا مجموعة من الشروط لا يتحقق مفهوم المخالفة إلا بها وأهمها:

+ "أن لا يكون المسكوت ترك لخوف في ذكره بالموافقة كقول قريب العهد بالإسلام لعبده بحضور المسلمين تصدق بهذا على المسلمين ويريد وغيرهم وتركه خوفا من أن يتهم بالنفاق" أو ترك المسكوت عنه لنحو الخوف "كالجهل بحكم المسكوت"[2].

+ "أن لا يكون المذكور خرج للغالب كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم فإن الغالب كون الربائب في حجور الأزواج أي تربيتهم"[3].

+ "أن لا يكون المذكور خرج لسؤال عنه أو حادثة تتعلق به أو للجهل بحكمه دون حكم المسكوت كما لو سئل النبي صلى الله عليه وسلم هل في الغنم السائمة زكاة أو قيل بحضرته لفلان غنم سائمة أو خاطب من جهل حكم الغنم السائمة دون المعلوفة فقال في الغنم السائمة زكاة أو خرج المذكور لغير ما ذكر مما يقتضي التخصيص بالذكر"[4].

[1]- انظر على سبيل المثال: فابروكيت: المرجع السابق، ص. 376.
- فرانسوا أوست: مقاله السابق. ص. 124. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 569 وما بعدها. – ويرى يان باكلو (في مرجعه السابق، رقم 450 ص. 391). فيما يرجع إلى تطبق المنهج المفضي إلى مفهوم المخالفة عند تأويل القاعدة القانونية في ضوء سبب وجود هذه القاعدة، أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين فرضيتين: إما أن تنص القاعدة القانونية على مبدأ من مبادئ القانون العادي (Droit Commun): وهنا فإن مفهوم المخالفة، ونظرا لطبيعة النص، تكون له حظوظ كبيرة في التطبيق. وإما أن تنص القاعدة القانونية على استثناء: وهنا، فإنه نظرا لسبب وجود القاعدة المكرسة للاستثناء، يجب تأويل هذه القاعدة بصفة مضبوطة من غير زيادة أو نقصان (strictement). وينتج عن هذا أن التأويل بمفهوم المخالفة لنص استثنائي وحده يكون مشروعا مادام أنه يسمح بالعودة إلى القانون العادي. وبالمقابل فإن تأويل قاعدة من القواعد العامة هو أسلوب متهم لأنه يعمل على إخضاع المعنى غير المتوقع لحكم مخالف للقانون العادي.

[2]-حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج. 1, ص. 245 وما بعدها.

[3]- حاشية البناني إلخ... مرجع سابق، ج.1, ص. 246. – ومن الأمثلة عل هذا الشرط أيضا قوله تعالى: "ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا" "والبغاء: الزنا ومفهومه أن الفتيات يكرهن عليه إن لم يردن تحصنا. لكن يقال: هذا خرج مخرج الغالب فإن من لم ترد التحصن من الفتيات فمن شأنها أن لا تحتاج إلى إكراه". أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: مفتاح الوصول إلى علم الأصول: مرجع سابق، ص 114. –انظر أيضا: عبد الله الداودي: مقاله المشار إليه قبله والمنشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب: الأعداد: 2-3-4، ص. 22 وما بعدها. - محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 506 وما بعدها.

[4]- حاشية البناني إلخ...: مرجع سابق، ج1, ص. 246. – انظر مثالا آخر يوضح هذا الشرط في: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 114 وما بعدها. – عبد الله الداودي: مقاله المنشور بالمجلة المشار إليها قبله: الأعداد: 2-3-4، ص.24.

+ "أن لا يقصد الشارع تهويل الحكم وتفخيم أمره كما في قوله تعالى: "حقا على المحسنين –حقا على المتقين" فإن ذلك لا يشعر بسقوط الحكم عمن ليس بمحسن ولا متق"[1].

+ "أن لا يكون الشارع ذكر حدا محصورا للقياس عليه لا للمخالفة بينه وبين غيره كقوله صلى الله عليه وسلم "خمس فواسق يقتلن في الحل والحرام: العقرب والفارة والحدأة والغراب والكلب العقور". فإن مفهوم هذا العدد أن لا يقتل سواهن لكن الشارع إنما ذكرهن لينظر إلى إذَايَتِهِنَّ فيلحق بهن ما في معناهن"[2].

+ "أن لا يقوم دليل آخر خارج النص يفيد التوافق في الحكم بين المحل المنطوق والمسكوت عنه كما في قوله تعالى: "كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى" فإن الآية تفيد بمفهوم المخالفة أن الذكر لا يقتل بالأنثى ولكن ألغي هذا المفهوم لمكان الآية الأخرى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس"[3].

+ "أن لا يفضي الأخذ بمفهوم المخالفة إلى فساد المعنى كما في الآية "ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق" فإن مفهوم المخالفة فيها عدم تحريم قتل الأولاد إن لم تكن خشية من الإملاق وهو فاسد"[4].

125- إن تأمل هذه الشروط[5] يسمح بالذهاب إلى أن القول بها لا يرجع إلى ما يقتضيه مفهوم المخالفة في حد ذاته، وإنما إلى ما يستدعيه تبرير الموجود من الأدلة النقلية (كالكتاب والسنة والإجماع) من جهة وإيثار العمل بهذه الأدلة قبل غيرها من

[1]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 115 وما بعدها. – انظر أيضا طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 161. – محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 144 ص. 151 وما بعدها. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 504 وما بعدها.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 116 وما بعدها. وقد عبر عبد الله الداودي (في مقاله المشار قبله إلى عنوانه وأعداد المجلة التي نشر بها، ص. 24) عن هذا الشرط بما يلي: "أن لا يكون القيد يمثل الأشياء الموجودة الحاضرة في الذهن".

[3]- عبد الله الداودي: مقاله المنشور بالمجلة المشار إليها قبله: الأعداد 2-3-4، ص. 25. – انظر أيضا: محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 144 ص. 152. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 161. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 503 وما بعدها.

[4]- عبد الله الداودي: "أصول المذهب المالكي" :مقال سابق منشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب: الأعداد: 2-3-4، ص. 24 وما بعدها.

[5]- ومن هذه الشروط أيضا: "أن لا يكون المنطوق محل إشكال في الحكم فيزال بالتنصيص عليه كما يقول أصحاب أبي حنيفة: إن الكفارة إنما نص فيها على قتل الخطأ رفعا لنزاع من يتوهم أنها لا تجب على القاتل الخطأ، نظرا منه أن الخطأ معفو عنه فرفع الشرع هذا الوهم بالنص عليه وليس القصد المخالفة بين العمد والخطأ في الكفارة". :أبو عد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 116. – والجدير بالإشارة أن القانون المدني الفرنسي يتضمن مجموعة من الفصول التي لم يتم إيرادها إلا من أجل رفع الشك الناجم عن القانون الفرنسي القديم. ومن هذه الفصول: الفصل 1115 بالمقارنة مع الفصل 1338، الفصل 791 بالمقارنة مع الفصل 1130، الفصول 6 و1388 و1389 بالمقارنة مع الفصل 1172، الفصل 1195 بالمقارنة مع الفصل 2093، الفصل 1505 بالمقارنة مع الفصل 1134، الفصل 2112 بالمقارنة مع الفصل 1692: انظر في هذا الصدد: فابروكيت: المرجع السابق، ص. 376 الهامش 3.

الأدلة العقلية وعلى رأسها القياس الذي لا يعترف به إلا على أساس أدائه وظيفة الخادم للأدلة النقلية[1].

126- وإذا كان من شأن الحيطة والحذر، في الأخذ بمفهوم المخالفة في ميدان تأويل القانون، أن يستدعيا مثل هذه الشروط التي لا يتحقق مفهوم المخالفة في ميدان تفسير الشرع الإسلامي إلا بها؛ فإن ما يمكن أن يتلاءم من شروط الاعتداد بمفهوم المخالفة مع ميدان تأويل العقود هو شرط افتراق العلة النافي للتماثل بين المنطوق والمسكوت.

وهذا الشرط يقتضيه مفهوم المخالفة بالنظر إلى ذاته ويتقابل مع شرط اتحاد العلة المؤكد للتماثل بين المنطوق والمسكوت والذي يقتضيه مفهوم موافقة المسكوت للمنطوق إما لتساوي وصفهما الجامع أو لظهور الوصف المشترك بينهما مع تجليه بالأولوية في المسكوت عنه بالمقارنة مع المنطوق.

ومع ذلك بما أن التحقق من توافر هذا الشرط في إعمال مفهوم المخالفة أو الموافقة بالمساواة أو الأولوية كمنهج (قياس العكس أو قياس الطرد) لا يعتمد إلا على العلامات أو القرائن اللغوية (الوصف أو المعنى الظاهر في آخر المطاف، لعبارات العقد)؛ لذلك فإن الحلول التي يتوصل إليها لا تخرج عن الحلول التي تستسيغها اللغة سواء تمثلت هذه الحلول في المعنى الواسع (مفهوم الموافقة) أو المعنى المضبوط (مفهوم المخالفة). وإذا كان من المناسب تقبل مثل هذه الحلول، عندما يتعلق الأمر بنزاع يتصل بميدان الذوق اللغوي.ليس إلا؛ فإن إسقاط مثل هذه الحلول، الموصوفة بالمنطقية، على النزاع العقدي وهو نزاع اجتماعي، بين طرفي العقد، باعتبار أنه يعكس تضارب المصالح بين الأفراد في المجتمع، لا يعد في تقديرنا إلا ضربا من اختزال الواقع الاجتماعي بجميع أبعاده[2] وتكريسا للوظيفة التوجيهية للمنهج الحرفي النحوي المارة بنا.

ومن هنا يمكن اعتبار المنهج المنطقي، سواء في أساليبه الصورية (الشكلية) التي تجعل العلامات أو القرائن اللغوية مظنة يستدل بها أو في النتيجة التي يكرسها من خلال توصله إلى اعتماد المعنى الواسع أو المعنى المضبوط بمثابة الجلد الذي

[1]- يقول أبو إسحاق الشاطبي في مقدمته العاشرة: "إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعا ويتأخر العقل فيكون تابعا." : الموافقات في أصول الشريعة، ج.1، دار المعرفة، بيروت، ط.2، 1975، ص. 87. ويمتد شرح هذه المقدمة في الصفحات من 87 إلى 91.

[2]- يقول محمد وهبه الشربيني إن "عيب علماء الأصول، أن علمهم مبني على البحث في الألفاظ والعبارات وحدها دون البحث في غير الألفاظ والعبارات من علم الاجتماع وعلم النفس وعلم التربية وغير ذلك من العلوم وذلك لكي تقرر دلالة الألفاظ والعبارات على ضوئها.... فقد قال تعالى سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق. ومعنى هذا أنه يجب النظر في الآفاق وفي الأنفس حتى تتبين دلالة الألفاظ والعبارات.... ولما كانت هذه العلوم الآن تعبر في كثير من أبوابها ونظرياتها عن ما هو في الآفاق والأنفس فيجب الاستعانة بها في تبيين الحق والكشف عن المقصود...."؛ كتاب المنطق العربي، دار الفكر العربي، ط.1، 1948، ص. 56 وما بعدها.

يحاول أن يحمي جوهره المتمثل في المنهج الحرفي النحوي من صدمات الاعتبارات الاجتماعية التي يواجه بها هذا المنهج الحرفي النحوي في لبه قبل غشائه العقلي (المنطقي).

الفصل الثاني :
مفهوم المنهج المنطقي كنتيجة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر

127- إن التأويل المنطقي، كنتيجة تنجر عن استخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر، هو ذلك التأويل المنطقي الذي تعالجه الدراسات السائدة في ميدان تأويل العقود[1] كمقابل للمنهج الحرفي النحوي أي كمقابل للمنهج الذي يقف في التأويل عند تقدير القيمة المادية للألفاظ والعبارات على ضوء قواعد النحو والاستعمالات اللغوية.

ومن هذه الزاوية فإن التأويل المنطقي يشمل ما يسمى بالتأويل النفسي الذي كان سائدا لدى أنصار مدرسة الشرح على المتون ولا يزال يعمل به في حدود كبيرة[2]، كما يشمل أيضا ما يسمى بالتأويل الموضوعي المناهض للتمسك بحيلة الإرادة المشتركة عندما لا تكون هذه الإرادة موجودة بالفعل أو تكون موجودة ولكن القاضي يعجز عن اكتشافها دون افتراض أو احتمال[3].

[1]- انظر على سبيل المثال، الدراسة الرائدة في هذا المجال لكوكيبه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق، ص. 77 وما بعدها. – بوسهارت: المرجع السابق، ص. 103 وما بعدها. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 83 وما بعدها. – عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 61 وما بعدها.

[2]- يان باكلو: المرجع السابق، رقم 452 ص. 392.

[3]- انظر، في التأويلين النفسي أو الذاتي والموضوعي، على سبيل المثال: رسالتنا في سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، السنة الجامعية: 83-1984 الرباط، مطبوعة على الستانسيل، ص 234 وما بعدها. وانظر أيضا:

- Louis Boyer : « Le rôle du juge dans l'exécution du contrat » in Dalloz – Encyclopédie juridique civile III (contr.eng) 2ème ed, 1971, mise à jour en 1979, n° 206 et 207, p.20.
- Philippe Simler : « Interprétation des contrats » in Juris –classeur civil, Art 1156 à 1164 (5,184), éd. Techniques, Paris,N° 20 à 26, P.P. 7 et 8.
- François Gorphe : Le principe de la bonne foi, Librairie Dalloz Paris, 1928, p. 33 et s.

وبما أن الاختلاف بين التأويل النفسي أو الذاتي والتأويل الموضوعي، كما يظهر،هو اختلاف بالعرض أكثر مما هو اختلاف بالماهية[1] باعتبار أن التأويل الموضوعي الذي يقول به بعض الفقه فقط، على الأقل في فرنسا، يتمسك بدوره بالتأويل النفسي عندما تكون الإرادة المشتركة موجودة ولا يعجز القاضي عن اكتشافها[2]، كما أن التأويل النفسي أو الذاتي يعتد بدوره بالعوائد والأعراف وحسن النية والإنصاف أو المصلحة العامة ولكن على أساس انصراف الإرادة المفترضة أو المحتملة إليها[3]؛ لذلك كله نستطيع أن نذهب في ضوء استقراء بعض الدراسات المتعلقة بتأويل العقود إلى أن التأويل المنطقي هو ذلك التأويل المنجر عن استعمال أدوات منها ما هو نفسي أو ذاتي ومنها ما هو موضوعي. ولا تخرج هذه الأدوات، في الحقيقة عن تلك العلامات أو القرائن التي تتلمس في العقد من داخله (الأدوات النفسية)[4] أو من خارجه[5] (الأدوات الموضوعية)[6].

128- ومن هذا المنظور فإن ما يسمى بالتأويل المنطقي في الدراسات الغربية اللاتينية لا يخرج في غالبه عما هو معروف في الدراسات الأصولية بدلالة اللفظ من حيث الشمول[7]. ومعنى هذا، بالنسبة إلى هذه الدراسات، أنه إذا كان التأويل الحرفي النحوي لا يهتم إلا باللفظ في حد ذاته فيما يرجع إلى المعنى الذي له في ذاته دون

[1]- إذا ما استثنينا الفكرة القائلة، عند أنصار التأويل الموضوعي، بخضوع التأويل لرقابة محكمة النقض خلافا لموقف أنصار التأويل النفسي.

[2]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -رايموند سالييي: في التعبير عن الإرادة:مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني (الفصول من 116 إلى 144)، باريس، 1901،من ص. 212 إلى 235 وعلى الخصوص ص. 218 وما بعدها وص. 220 وما بعدها. – فرانسوا جيني:منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي:مرجع سابق، ج.1، من ص. 144 إلى 182 وعلى الخصوص ص. 150 وما بعدها. –جورج دورو: في تأويل التصرفات القانونية الخاصة، المكتبة الجديدة للقانون والعمل القضائي، باريس 1905، من ص. 443 إلى 457. – ألفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني، المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، باريس، 1961، ص 420.

[3]- انظر على سبيل المثال: عيمانويل كونو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص: مساهمة في دراسة نقدية للفردية القانونية، باريس، 1912، من ص. 173 إلى 176. – أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود، مونبولييه، 1913، من ص. 238 إلى 260.

[4]- من هذه الأدوات النفسية أو الذاتية: طبيعة العقد،وسياق العقد في تكوينه و/أو تنفيذه وبنود العقد المؤولة لبعضها البعض، وتخصيص العام وتقييد المطلق ونبذ ما هو غير مفيد بسبب التكرار أو اللغو أو العبث وتعميم الخاص إلخ.... ويجدر التنبيه إلى أن طبيعة العقد تعد في الحقيقة من الأدوات الموضوعية لأنها لا تعني إلا التشريع كما سنرى في القسم الثالث.

[5]- ومن هذه الأدوات الموضوعية أو المادية: التشريع والعادة أو العرف والمصلحة العامة وحسن النية والإنصاف.

[6]- وهذه الأدوات النفسية والموضوعية في مجموعها هي التي يطلق عليها منهج التأويل المنطقي.

[7]- انظر في هذه الدلالة، على سبيل المثال: محمد أديب صالح: المرجع السابق، من ص. 575 إلى 919. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، من ص. 23 إلى 97. – محمد أبو زهرة: المرجع السابق من رقم 152 إلى 185 في ص. من 156 إلى 184. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، من ص. 177 إلى 196. – أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، من ص. 82 إلى 93 ومن ص. 101 إلى 112.

إيلاء أي اعتبار لعلاقة الفكرة بالتعبير ولذلك يقال عن هذا المنهج أنه متميز بالندرة في التطبيق كما مر بنا؛ فإن التأويل المنطقي بالمقابل يهتم بالمعنى وليس بالعبارة، يهتم بعلاقة الفكرة بالتعبير: إنه يعمل على تلمس روح العبارة في ضوء دراسة جميع العناصر المتصلة بالعبارة[1] أي يضطلع بدور الكشف، من خلال مختلف أساليب الاستدلال التي يستعملها، عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[2]، وهذا هو السر في شيوعه وهيمنته في التطبيق[3].

ونظرا لكون التأويل المنطقي يهدف إلى الكشف عن الإرادة الحقيقية من خلال الوقوف على علاقة الفكرة بالتعبير، ونظرا لكون هذه العلاقة قد تتساوى فيها الفكرة (الإرادة) مع التعبير أو لا تتساوى فيها الفكرة مع التعبير إما بأن تكون الفكرة أوسع من التعبير أو بأن تكون الفكرة أضيق من التعبير؛ لذلك نجد التأويل المنطقي يتنوع بتنوع صور العلاقة بين الفكرة (الإرادة) والتعبير:

فصورة تساوي الفكرة (الإرادة) مع التعبير تتناسب وما يسمى بالتأويل الكاشف.

وصورة اتساع الفكرة (الإرادة) عن التعبير أو ضيق التعبير عن الفكرة (الإرادة) يتناسب معها ما يسمى بالتأويل الواسع.

وصورة ضيق الفكرة (الإرادة) عن التعبير أو اتساع التعبير عن الفكرة (الإرادة) يلائمها ما يصطلح عليه بالتاويل الضيق. وهذا الاصطلاح غالبا ما يخلط بما نسميه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية ولذلك يجدر التمييز بينهما.

وعليه فإن الإحاطة بالتأويل المنطقي تقتضي منا تتبع كافة الصور المذكورة صدره في الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: التأويل الكاشف أو الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.**
- **الفرع الثاني: التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر وتمييزه عن التأويل المضبوط بصفة قطعية.**

[1]- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 103.

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 78. – والملاحظ أن نفس هذا التصور نجده لدى الأصوليين. فهؤلاء يرون أن الدلالة إما أن تكون إضافية تابعة لفهم السامع، وهي تتسم بالاختلاف الراجع إلى تباين السامعين، وإما أن تكون حقيقية، وهذه هي الدلالة الأصلية المتسمة بالثبات والاستقرار وعدم التغيُّر: إنها المعنى التابع لقصد المتكلم وإرادته. وإذا كانت الألفاظ تعتبر من الوسائل الدالة عليه، إلا أنها لا تمثل كل الوسائل لأن قصد المتكلم قد يعرف من السياق أيضا: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص.16.

[3]- لقد سبقت مناقشة حقيقة هذا التصور عند دراستنا من قبل لنطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي.

الفرع الأول :
التأويل الكاشف أو الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر

129- سنخصص لكل صورة من صورتي التأويل المنطقي المقصودتين في هذا الفرع مبحثا مستقلا على النحو التالي:

- المبحث الأول: التأويل الكاشف باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.
- المبحث الثاني: التأويل الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.

المبحث الأول :
التأويل الكاشف باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر

130- إن البحث في علاقة الفكرة (الإرادة) بالتعبير عن المعنى الواجب إسناده لموضوع التأويل في العقد، يقتضي، لصحة القول باكتشاف هذا المعنى، أن تكون الفكرة (الإرادة) موجودة حقيقة وإلا كان استعمال لفظة الكشف أو الاكتشاف في التأويل ضربا من اللغو. ومن هذه الزاوية، فكل تأويل يسند المعنى المناسب للعبارة بالنظر إلى وجود الإرادة هو تأويل كاشف بغض النظر عما إذا كانت علاقة الإرادة بالعبارة هي علاقة تطابق تام أم غير تام زيادة أو نقصانا.

131- غير أن التأويل الكاشف والمقصود في هذا الصدد هو الذي يعرف بأنه التأويل المنطقي غير التوسيعي ولا التضييقي[1] أو التأويل المقتصر على إجلاء معنى العبارة المبهمة أو الغامضة دون زيادة أو نقصان[2].

والحقيقة أن هذا التعريف يجعل التأويل الكاشف مشابها على الأقل، إن لم يكن مطابقا، للتأويل الحرفي النحوي؛ إذ أن هذا الأخير، وكما يقول فونكليس، يوجب إعمال المعنى الحرفي النحوي الكامل للفظ أو العبارة دون أي تقييد أو توسيع ما لم

[1]- هذا التعريف قال به كوكييه في مرجعه السابق، ص. 102.
[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 103.

يكن هناك دليل (أو قرينة) يستوجب التقييد والتضييق أو التمديد والتوسيع[1]. ومع ذلك فإن رد القائلين بالتأويل الكاشف عن هذه المقارنة يسهل توقعه بنسبة التأويل الكاشف إلى الإرادة دون اللفظ[2]، ونسبة التأويل الحرفي النحوي إلى اللفظ دون الإرادة: بمعنى أن التأويل الكاشف هو تأويل نفسي بخلاف التأويل الحرفي النحوي فإنه تأويل موضوعي.

132- إذا ثبت هذا الأمر، قلنا إن التأويل الكاشف بغض النظر عن اعتباره من صور التأويل المنطقي، وهذا هو الرأي السائد، أو عن التمسك بحقيقة بلورته للتأويل الحرفي النحوي، وهذا ما نعتقده، يبقى هو الهدف الأول للقاضي الذي يسعى إلى استحضار الإرادة المشتركة للمتعاقدين كما كانت وقت إبرام العقد[3] بالنظر إلى أن هذه الإرادة هي أساس العقود ولذلك يجب تفضيلها على الألفاظ والعبارات[4] متى كانت مبهمة أو غامضة بالمعنى الذي يجوز التأويل.

133- والقاضي في استحضاره للإرادة المشتركة للمتعاقدين يستعين بمجموعة من الأساليب التي يقال إنها داخلة في المنهج المنطقي للتأويل[5] والتي لا تخرج في الحقيقة عن مجرد علامات أو قرائن يفضي التمسك بها إلى الحصول على النتيجة المتمثلة فيما يسمى بالتأويل المنطقي. ومن أهم هذه القرائن قرينة النظر إلى العقد في مجموعه كوحدة لا تستوجب إلا معنى واحدا ولو ظهر في العقد تعارض بين بنوده. وهذه القرينة يتضافر في تجسيدها أسلوب المقارنة بين بنود العقد (أو بين العقد موضوع التأويل والتصرفات الأخرى المرتبطة به) وأسلوب سياق العقد في تكوينه و/أو تنفيذه وأسلوب طبيعة العقد وأسلوب العقل أو الحس السليم الذي لا يأبه إلا بالكلام الجدي والمفيد[6].

[1]- بيرنارد فونكليس: سياق القانون. ابحاث حول تاويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي: مرجع سابق، ص. 43. وحسب فونكليس في نفس هذا المرجع، فإن هذا التحديد للتأويل الحرفي النحوي تتمخض عنه نتيجتان هما: إن العام من حيث المبدأ لا يخصص (ص.44) كما أن تكملة معنى اللفظ أو تمديد المنطوق إلى المسكوت لا يجوز (ص.50 وما بعدها).

[2]- إن نسبة المعنى إلى الإرادة في الكشف عن الفكرة الكامنة وراء العبارة المبهمة أو الغامضة قد تكون حقيقة وقد لا تكون كذلك. وفي هذه الحالة الأخيرة تبقى الإرادة مجرد حيلة غالبا ما يلجأ إليها القاضي، كما يقول يان باكلو (في مرجعه السابق، رقم 452 ص.392)، باختياره وهو مرتاح البال لاعتماده هذا الواقع غير المراقب من طرف محكمة النقض.

[3]- يان باكلو: المرجع السابق، رقم 282 ص. 267 ورقم 440 ص. 384.

[4]- إدوارد دوكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات: مرجع سابق، رقم 52 ص. 111.

[5]- الواقع أن هذه الأساليب لا علاقة لها بالمنطق إلا فيما تبرر به من كونها أساليب يستدعيها العقل أو الحس السليم.

[6]- انظر في هذا الصدد: يان باكلو: المرجع السابق، رقم 441 ص. 385 ورقم 443 ص. 385 وما بعدها.

134- إن تأمل هذه الأساليب في مجموعها، وإن جاز التسليم بإمكان توصل بعضها إلى الكشف عن الإرادة الموجودة حقيقة إلا أن بعضها الآخر، وعلى الخصوص أسلوب العقل أو الحس السليم، لا يكشف عن الوجود الحقيقي للإرادة وإنما عن الوجود المفترض أو المحتمل للإرادة. وربما هذا هو السر الذي دفع بكوكييه[1] إلى القول إن التأويل الكاشف متميز عن التأويلين الواسع والضيق لأنه يقف عند الكشف عن الإرادة في حدود التعابير المبهمة والتعابير المجازية (أي التي تستعمل استعمالا سيئا في غير المعاني الموضوعة للألفاظ في لغة التعاقد) والتعابير المتعارضة فيما بينها دون التعابير المبالغ فيها أو التعابير غير الكافية[2].

135- ويمكن اختصار التعداد الذي قام به كوكييه للحالات الداخلة في نطاق المنهج المنطقي المفضي إلى التأويل الكاشف في حالة واحدة هي الحالة التي يتصل فيها موضوع التأويل المتنازع فيه بالمنطوق. ولكن النزاع المتصل بالمنطوق لا ينصب في الحقيقة إلا على أمر مسكوت بغض النظر عما إذا كان هذا المسكوت هو أحد المعاني التي يحتملها اللفظ في ذاته أو بالنظر إلى سياقه، أو أحد المعاني التي يمكن للعقد في مجموعه أن يقتضيه كما يحصل فيما يسمى بالتأويل الواسع أو التأويل الضيق.

136- ثم إن المنطوق عند عدم تمديده أو تقييده لا يتمثل إلا في المعنى اللغوي المباشر. ولا ينسب هذا المعنى إلى الإرادة في المنطلق إلا افتراضا على الأقل قبل التأكد، من خلال ما يقدم من إثبات، من تطابق هذا المعنى المباشر مع الإرادة وقت إبرام العقد[3]. ولكن عندما يتعذر إثبات هذا التطابق، فإن ذهاب القاضي إلى حصوله وانصراف الإرادة الموجودة إلى المعنى المعتمد من قبله يبقى من باب الافتراض والحيلة، وهذا على نحو لا يقل في الحقيقة عن الافتراض والحيلة المكرستين بجلاء في التأويل الضيق والتأويل الواسع.

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 103.
[2]- انظر في المقصود بهذه التعابير عند كوكييه: المرجع السابق، من ص. 52 إلى 55.
[3]- يان باكلو: المرجع السابق، رقم 282 ص. 267.

المبحث الثاني :
التأويل الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر

137- عندما يتبين للقاضي أن التعبير المعتمد في العقد قاصر عن الدلالة على كل ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وينبري للبحث عن المعنى المناسب لهذه الإرادة في كليتها؛ فإن التأويل الذي يخرج به يسمى بالتأويل الواسع. وبعبارة أخرى فإن التأويل الواسع يتناسب وعدم كفاية التعبير للدلالة على المراد.

وإذا ما سايرنا كوكييه الذي جعل الأساس القانوني للتأويل الواسع في الفصلين 1135 و1160 من القانون المدني الفرنسي[1]، ذهبنا، بالنسبة إلى المغرب، إلى أن أساسه يوجد في الفصلين 231[2] و463[3] من ق.ل.ع.م.

وهذا الأساس القانوني هو الذي من شأنه أن يحمي القاضي من الضربات التي يمكن أن توجه له من قبل المنادين بضرورة الإمساك عن إضافة أي أمر إلى العقد أو إنقاصه منه لأي سبب كان وذلك احتراما لمبدأ الحياد الذي يفرض، حفاظا على استقرار المعاملات، الامتناع عن تعديل العقود كما يقضي بذلك الفصل 1134 مدني فرنسي أي الفصل 230 من ق.ل.ع.م. (الفصل 242 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود)[4].

ويُتوصل إلى التأويل الواسع، في نظر القائلين به، باستخدام أسلوبين من أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.

ونرى أن نسمي هذين الأسلوبين على التوالي بأسلوب التوسيع بالتعميم وأسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة. وسنخصص مطلبا لكل منهما كالتالي:

- **المطلب الأول: التأويل الواسع باستخدام أسلوب التوسيع بالتعميم.**
- **المطلب الثاني: التأويل الواسع باستخدام أسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة.**

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 79.
[2]- انظر نصه في فقرة 627 بعده.
[3]- انظر نصه في فقرة 553 بعده.
[4]- انظر في هذا المعنى: إدوارد دوكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات: مرجع سابق، رقم 78 ص 159. -انظر أيضا رسالتنا حول سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م. :أسسه ومظاهره في نظرية العقد: مرجع سابق، من ص. 257 إلى 261 وص. 97 وما بعدها وص. 235.

المطلب الأول :
التأويل الواسع باستخدام أسلوب التوسيع بالتعميم

138- هذا الأسلوب يسميه كوكييه بمنهج التأويل الواسع بالمعنى المضبوط ويقصد به ذلك الأسلوب الذي يقتصر على توسيع المعنى العادي للألفاظ[1] أي ذلك الأسلوب الذي يهدف إلى منح اللفظ معنى أكثر امتدادا من معناه العادي والمألوف بين الناس[2].

139- بمعنى أنه إذا كان من شأن اللفظ أن يحتمل إلى جانب معناه المتبادر إلى الذهن بمجرد سماعه، معاني أخرى؛ فإن الخروج، في اللفظ، عن معناه الخاص المتبادر إلى الذهن لأجل الأخذ بأحد معانيه الأخرى التي يحتملها بالتفطن إليها، هو الذي يتمثل فيه أسلوب التوسيع بالتعميم أي توسيع معنى اللفظ إلى بعض أفراده غير المتبادرة إلى الذهن عند مجرد سماع اللفظ.

* ومن الأمثلة على أسلوب التوسيع بالتعميم، فيما يهمنا هنا، أن يكون للفظ معنيان أحدهما اصطلاحي، يكون هو المعنى الخاص الذي يجب مبدئيا العمل به وفقا لمقتضيات الفصل 466 من ق.ل.ع.م.[3]، وثانيهما لغوي، فيعمد القاضي إلى الأخذ بالمعنى اللغوي دون المعنى الاصطلاحي على أساس أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إليه: فالمعنى الاصطلاحي مثلا لكلمة "مدينة"، في ظهير 8 يناير 1936 المتعلق باختصاص إدارة الأحباس وحدها ببناء الحمامات في المدن، هو الحي الأهلي القديم أو ما يسمى بالمدينة القديمة بينما يفيد المعنى اللغوي لكلمة "مدينة" التجمع الحضري دون تمييز فيه بين القديم والجديد. وعليه فإذا ما قام القاضي بجعل الاختصاص في بناء الحمامات لإدارة الأحباس حتى فيما كان يسمى خلال عهد الحماية الفرنسية بالمنطقة الجنوبية بالمغرب بالأحياء العصرية، فإنه يكون قد استعمل أسلوب التوسيع بالتعميم في تأويل كلمة "مدينة" بتمديد معناها من المعنى الاصطلاحي إلى المعنى اللغوي.

* وكذلك إذا ما وردت عبارات العقد المنطوق بها في صيغة المضارع، فإن الأصل في هذه الصيغة أن تنصرف إلى المستقبل. بمعنى أن المعنى المتبادر إلى

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 80. -وقد عبر عنه بوسهارت، دون أن ينسبه إلى كوكييه الذي نقله عنه، بالتأويل الواسع بالمعنى الخالص (interprétation extensive proprement dite): مرجعه السابق، ص. 104. – كما أن عبد الحكم فودة، الذي نقله بدوره عن كوكييه دون أن ينسبه إليه، عبر عنه بالتفسير "بالتوسع الرأسي": مرجعه السابق، رقم 53 ص. 86 ورقم 54 ص. 87.

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 79.

[3]- انظر نص الفصل 466 من ق.ل.ع.م. في فقرة 477 بعده.

الذهن عند سماع عبارة في صيغة المضارع هو المعنى الاستقبالي. ولكن إذا ما قام القاضي بجعل هذه الصيغة تتمحض للحاضر، على أساس أن الإرادة المشتركة قد انصرفت إلى صيغة الحال لا إلى صيغة المآل، فإنه يكون قد مدد معنى المضارع من المستقبل إلى الحاضر[1].

* ومن الأمثلة أيضا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 16-6-1962 من أنه: "في حالة بيع رخصة للبحث المنجمي، فإن البائع الذي اشترطت لمصلحته تقدمة(redevance) في عقد البيع، يبقى محتفظا بالانتفاع من مزية هذا الاشتراط إذا ما تحولت رخصة البحث المنجمي إلى امتياز منجمي"[2].

140- ومن خلال هذه الأمثلة يتبين أن أسلوب التوسيع بالتعميم يتوصل به إلى تمديد معنى اللفظ في اللغة إلى معنى آخر في لغة التعاقد بغض النظر عما إذا كانت اللغة الممد منها واللغة الممد إليها هي نفس اللغة أي اللغة العادية (أو ما يمكن أن نسميه باللغة اللغوية) أو اللغة القانونية أو كانت الأولى قانونية والثانية لغوية.

واقتصار هذا الأسلوب على اللغة في التوسيع هو الذي دفع ببعض معتمديه أمثال فرانسوا جيني ومن تبعوه إلى القول بضرورة تمييزه عن أسلوب الاستدلال بالقياس الذي يتجاوز العملية البسيطة لأسلوب التوسيع بالتعميم أو مفهوم الموافقة باعتبار أن الأسلوب الأول (القياس) يتجاوز العملية البسيطة التي يتبلور بها مفهوم الموافقة[3] أو أسلوب التوسيع بالتعميم الذي تبقى نتيجته معطاة بالتعبير[4].

ولقد مر بنا أن مثل هذا الموقف لا يعتبر جديدا إذ عرف من قبل في الفقه الإسلامي[5]، كما عرف حتى عند من أحال فرانسوا جيني على مؤلفاتهم من الفقهاء الألمان للخروج بموقفه السابق[6].

141- وإذا كانت صفة العفوية والبساطة هي التي تميز أسلوب الموافقة أو التوسيع بالتعميم وتجعله مختلفا عن القياس المتصف بالجهد والتأمل[7]؛ فإن هذا الاختلاف في الصفة لا يعدو أن يكون مجرد اختلاف في الدرجة وليس في الطبيعة

[1]- يجدر التنبيه إلى أن العبارة الواردة في صيغة المضارع إذا ما كتبت، فإن هذه الكتابة قد تقوم قرينة تمحض المضارع للحاضر وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتعاقد بين غائبين.

[2]- منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1965، ص. 28.

[3]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1 رقم 105 ص.298 ورقم 107 ص. 304 وما بعدها و310 وما بعدها إلى 314.

[4]- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 104.

[5]- انظر الفقرات 101 و125 و102 قبله.

[6]- انظر على سبيل المثال الهوامش الواردة أسفل ص. 305 من الجزء الأول من المرجع السابق لفرانسوا جيني.

[7]- انظر ما مر بنا في فقرة 105.

التي تبقى واحدة وهي التوسيع للتماثل أي في آخر المطاف إعمالا للقياس العفوي أو المتأني[1]. ولا أدل على ذلك من أن الأمر الصعب والمعقد أو الذي لا يدرك إلا بالمشقة وبذل الجهد قد يصبح بالتكرار والتعود أمرا سهلا بسيطا أو يدرك بيسر وعفوية. وإذا سلمنا بأن مهمة القاضي تكمن في آخر المطاف في التأويل باعتبار أن تطبيق القانون أو العقد لا يمكن أن يتم قبل فهمه على الأقل، والفهم ضرب من التأويل العفوي أو من التأويل المستتر والمقنع كما مر بنا؛ جاز لنا القول إن القاضي، نظرا لتواتر وتكرار العمليات الذهنية التي تقتضيها مهنته وإن لجأ إلى القياس بالمفهوم الذي يتمسك به فرانسوا جيني إلا أنه يبقى قياسا أقرب إلى العفوية والبساطة منهما إلى الجهد ومشقة الاستنباط.

142- وحسبنا لتأمل ما نقول، أن نستشهد بالأمثلة التي ضربها جيني لتوضيح القياس المتميز عن التأويل الواسع بأسلوب الموافقة أو بأسلوب التوسيع بالتعميم:

فجيني يرى أن القياس يستخرج حلا لواقعة معينة بسبب تماثل أساسي بينها وبين الواقعة التي نظمها التشريع.ثم يقوم بالتمييز في هذا القياس نقلا عن الألمان بين قياس التشريع (analogie de la loi) وقياس القانون (analogie de droit). ومن الأمثلة التي أوضح بها قياس التشريع في القانون الفرنسي: الحل القضائي الذي يقيس صلاحيات وضي القاصر المرشد على صلاحيات القاصر غير المرشد. كما أوضح قياس القانون بأمثلة منها تمديد أحكام العقود المسماة إلى العقود غير المسماة أي تمديد أحكام العقود التي توقعها المشرع إلى العقود التي لم يتوقعها. وتمديد ضمان المنصوص عليه في عقد البيع إلى جميع العقود بعوض[2].

143- وعليه إذا ما تأملنا هذه الأمثلة التي ضربها جيني لتوضيح ما أسماه بالقياس بالمعنى الخالص[3]، أمكننا التسليم بانطباقها عليه. ولكن ألا يمكن الذهاب أيضا إلى أن التمديد فيها قد حصل بأسلوب الموافقة أو بأسلوب التوسيع بالتعميم أو أن التمديد فيها قد حصل من لغة التشريع أو القانون إلى نفس اللغة؟

[1]- يذهب فيليب كودينك إلى أنه لا يمكن الحديث عن التأويل الواسع إلا إذا كانت الحالة المرغوب في إخضاعها للقاعدة القانونية لا يتضمنها المعنى المباشر للفظ ولا معناه غير المباشر المستفاد من إرادة المشرع أو من أسباب وضع القاعدة القانونية. إن التأويل التوسيعي لا يمكن إخضاع التشريع له إلا عن طريق مفهوم التماثل (القياس).
- Philippe Godding : « L'interprétation de la loi dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux » in L'interprétation en Droit Approche pluridisciplinaire –Bruxelles, 1978, p. 450 note 22.

[2]- جيني: المرجع السابق، ج.1، رقم 107 ص. 307 وما بعدها

[3]- يعيب جيني على اغلب الفقهاء الفرنسيين تسويتهم هذا القياس المحض بالتأويل الواسع: المرجع السابق، ج.1، رقم 107 ص.309.

وإذا كان لابد من الإلحاح على التمييز لاختلاف الصفة، فهل يمكن لرجل القانون المتعود على إجراء مثل هذه التمديدات أن يرى فيما قام به القضاء الفرنسي جهدا وعناء يختلف عما ينبغي بذله لتحصيل اللغة القانونية من قِبَل من لا اهتمام لهم بالقانون أو لتحصيل اللغة اللغوية من قِبَل من تختلف اللغة الأم لديهم عن هذه اللغة؟

إن الأمر في آخر المطاف يتصل بالمنطوق والمسكوت وما يمكن أن يوجد من علاقة التماثل بينهما. فعندما تجعل علاقة التماثل المسكوت داخلا في المنطوق بالماهية (بالتعريف)[1] يمكن أن نطلق هنا على عملية تمديد المنطوق إلى المسكوت التأويل الواسع بأسلوب التعميم. وهذه التسمية لا تختلف في العمق عن التأويل الواسع بأسلوب الإضافة أو التكملة والذي يقوم عندما تجعل علاقة التماثل المسكوت داخلا في المنطوق بالعرض أو تجعل المسكوت نتيجة للمنطوق أو تجعل المنطوق نتيجة للمسكوت كما سنرى بعده.

المطلب الثاني :
التأويل الواسع باستخدام أسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة

144- هذا الأسلوب يسميه كوكييه بالمنهج التكميلي (La méthode supplétive)[2]. ويتمثل في ذلك الأسلوب الذي يعمل على تكملة الفكرة المعبرة عنها بإضافة بند (أو أكثر) يفترض أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إليه.

ويرى بوسهارت[3] أن هذا الأسلوب يتميز عن أسلوب التوسيع بالتعميم أي عما اسماه بالتأويل الواسع بالمعنى الخالص باعتبار أن التأويل التكميلي إنما يكمل الفكرة المعبر عنها بإضافة ما يفترض أن الإرادة المشتركة قد انصرفت إليه من الشروط (البنود) المسكوت عنها بخلاف التأويل الواسع بالمعنى الخالص فإن نتيجته تبقى مغطاة بنفس التعبير.

[1]- إن الأمثلة التي ضربناها من قبل لتوضيح التأويل الواسع باستخدام أسلوب التوسيع بالتعميم تنطبق كلها على علاقة التماثل التي تجعل المسكوت داخلا بالماهية (بالتعريف) في المنطوق.

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 80. – ويسميه بوسهارت بالتأويل التكميلي: المرجع السابق، ص. 104. – أما عبد الحكم فودة فقد نقل هذا الاصطلاح تحت تسمية "التفسير بالتوسع الأفقي" :المرجع السابق، رقم 53 ص. 86 وقم 55 ص. 87 وما بعدها.

[3]- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 104.

145- ونعتقد أن مثل هذا التمييز لا ينفذ إلى عمق الأمور لأنه إذا كان ما أسماه بالتأويل الواسع بالمعنى الخالص يمدد معنى اللفظ من معناه الخاص المتبادر إلى أذهان الناس إلى أحد المعاني التي يحتملها نفس اللفظ في اللغة التي انعقد بها العقد؛ فإن التأويل التكميلي بدوره لا يخرج عما تسمح به اللغة التي انعقد بها العقد من التجويز للاقتضاء. بمعنى أن التأويل التكميلي وإن كان يعتمد أحد المعاني الخارجة عن تلك التي يحتملها اللفظ بنفسه إلا أن هذا اللفظ هو الذي يستلزم ويقتضي المعنى المعتمد من خارجه إما اقتضاء تبعية الفرع للأصل أو اقتضاء التلازم بين السبب والنتيجة:

146- **التأويل الواسع بأسلوب الإضافة أو التكملة هو المعنى الذي تقتضيه تبعية الفرع المسكوت عنه للأصل المنطوق به:** يتولد هذا التأويل الواسع عن الاعتقاد، عند تلمس علاقة التماثل بين المنطوق والمسكوت، في دخول المسكوت بالعرض في المنطوق. وإذا كنا قد قدمنا أمثلة لتوضيح هذا الأمر عند دراستنا لأساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر[1]، فحسبنا أن نزيد هنا، على سبيل المثال أيضا، ما نص عليه ق.ل.ع.م. في ميدان الكراء من تبعية الملحقات (المسكوت عنها) للأصل المكترى (المنطوق)[2] كالفصلين 638[3] و702[4] منه، وما نص عليه نفس القانون من تمديد التزامات الكفيل إلى "التعويضات والمصروفات التي يتحمل بها المدين الأصلي بسبب عدم تنفيذ الالتزام" وذلك في الحالة التي لا يحدد فيها العقد صراحة المبلغ أو الجزء من الالتزام المكفول (الفصل 1130 من ق.ل.ع.م).

147- **التأويل الواسع بأسلوب الإضافة أو التكملة هو المعنى الذي يقتضيه التلازم بين السبب والنتيجة:** عندما يتبين للقاضي أن المسكوت المتنازع فيه ينجر بالضرورة المنطقية عن دلالة المنطوق في العقد، أو يتبين له أن المسكوت المتنازع فيه هو السبب الذي يقوم به المنطوق كنتيجة ثم يقوم بتمديد المعنى المطلوب في

[1]- انظر فقرة 97 قبله.

[2]- انظر في الملحقات التابعة من بنود ملحقة وعقود ملحقة وإلحاق بالضم والحاق بالادماج:
François terré : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J, Paris, 1955, N° 420 et s. , p.344 et s., N° 426 et 427 pp. 347 à349 ; N° 428 à 432 pp. 349 à 352, N° 433 p. 352 , N° 434 à 449 pp.353 à 363.

[3]- يتعلق بالتزام المكري "بتسليم العين [المكتراة] وملحقاتها وبصيانتها أثناء مدة الكراء.... ما لم يشترط الطرفان غير ذلك...."

[4]- يتعلق بحالة سكوت عقد كراء الأراضي الفلاحية عن تحديد "نوع الزراعة والمحاصيل التي يقوم عليها الاستغلال"؛ وتحديد المسكوت عنه في هذه الحالة ينبني على التماثل بين هذه الأرض المكتراة وما يزرع في أرض أخرى من نفس النوع.

التأويل إلى المعنى المسكوت عنه؛ فإنما يصدر في تأويله الواسع هذا عن مبدأ التلازم المتبادل بين السبب (الذي هو المنطوق في الحالة الأولى والمسكوت في الحالة الثانية) وبين النتيجة (التي هي المسكوت في الحالة الأولى والمنطوق في الحالة الثانية).

148- **المنطوق نتيجة للمسكوت (أو المسكوت سبب للمنطوق):** من الأمثلة التي يمكن ضربها على هذه الحالة أن يحصل الاتفاق بين البائع المقيم بوجدة والمشتري المقيم بأكادير عن طريق التليفون على أن يتوصل المشتري بالبضاعة المبيعة في نفس يوم انبرام العقد؛ ثم يحصل النزاع فيما بعد حول من يتحمل ما زاد عن المصاريف العادية التي أنفقها البائع في وسيلة النقل السريعة كالطائرة. فوصول البضاعة في نفس اليوم إلى أكادير (وهذه هي دلالة المنطوق في العقد) لا يمكن أن يتحقق إلا إذا استعملت في النقل وسيلة سريعة كالطائرة (وهذا هو المسكوت): إن إعمال المنطوق هنا ينجر -كنتيجة- عن إعمال المسكوت. ولذلك فإن القاضي عندما يحكم بتحمل المشتري ما زاد عن المصاريف العادية، إلى جانب المصاريف التي تبقى على كاهله عند عدم وجود شرط صريح مخالف في العقد كما يقضي بذلك الفصل 511 من ق.ل.ع.م.؛ فإن يكون قد أخذ بالتأويل الواسع المنجر عن أسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة الذي يبلوره في هذه الحالة مبدأ التلازم بين المنطوق كنتيجة والمسكوت كسبب.

وكمثال آخر على توقف النتيجة المنطوق على السبب المسكوت نذكر فرضية سكوت عقد الكراء الواقع على الأراضي الفلاحية عن تحديد من يقع عليه عبء القيام بجميع "الأشغال اللازمة للانتفاع بالشيء كشق الطرق وصيانتها...." فالحل الذي تبناه الفصل 707 من ق.ل.ع.م. لهذه الفرضية، وهو تكليف المكري بها، هو تطبيق للأسلوب المنطقي الذي نحن بصدد معالجته.

149- **المسكوت نتيجة للمنطوق (أو المنطوق سبب للمسكوت):** لقد عبر كوكييه عن هذه الحالة بدخول الشيء ضمن شيء آخر لاعتباره نتيجة قانونية له. ولقد أوضحها بمثال عقد البيع الذي يقع فيه السكوت عن ضمان العيوب الخفية للشيء[1]. فهذا الضمان يلتزم به البائع ولو كان مسكوتا عنه في عقد البيع لأنه يعتبر نتيجة منطقية لسبب انتقال الملكية المنطوق به في العقد.

والأمثلة على هذه الحالة لا حصر لها لذلك حسبنا أن نشير إلى التزام السلامة الذي أضافه القضاء الفرنسي بالدرجة الأولى منذ بداية القرن 20م. إلى عقد نقل

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 81.

الأشخاص بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 نوفمبر 1911[1]. فهذا الالتزام بالسلامة المضاف إلى عقد نقل الأشخاص على الرغم من السكوت عنه يعتبر نتيجة للالتزام بالنقل المنطوق به في عقد النقل الذي يبقى في آخر المطاف التزاما بنتيجة (بغاية) تضمن كل الأسباب المفضية إليها. وهذا ما كرسه القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 25 يوليوز 1922 عندما اعتبر الالتزام بالنقل التزاما بالنتيجة (بالغاية)[2].ولا تشكل المادة 485 من مدونة التجارة المغربية إلا تطبيقا لهذا الموقف القضائي الفرنسي[3].

وإلى جانب ما سبق، فإن القاضي بنظره إلى المسكوت على أنه نتيجة منطقية للمنطوق يستطيع بأسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة أن يضيف إلى عقد البيع على الخصوص، وفي حالة السكوت، ما يسمى بالالتزام بالإعلام (L'obligation d'information) سواء تمثل هذا الإعلام في النصائح أو الإرشادات التي يجب أن يسديها البائع المحترف للمشتري العادي غير المحترف أو المحترف حرفة مغايرة لحرفة البائع عندما يتعلق الأمر ببيع مواد أو أجهزة معقدة التركيب أو تمثل الالتزام بالإعلام في واجب التحذير عندما يتعلق الأمر بانجرار الخطورة عن استعمال البضاعة المبيعة[4].

150- وهكذا يظهر أن التأويل الواسع الذي يستعمل فيه القاضي أسلوبي التوسيع بالتعميم أو بالإضافة والتكملة إنما يساعد على إعمال العقد بسد الثغرات

[1]- بان باكلو: المرجع السابق، رقم 302 ص. 280 وما بعدها.

[2]- بان باكلو: المرجع السابق، رقم 302 ص. 281.

[3]- تنص المادة 485 من مدونة التجارة المغربية على أنه:"يسأل الناقل عن الاضرار اللاحقة بشخص المسافر خلال النقل.ولا يمكن إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا بإثبات حالة القوة القاهرة أو خطإ المتضرر".والملاحظ أن هذا النص إنما هو مجرد ترديد للفصل 106 من القانون التجاري المغربي القديم إذ تقضي ترجمته المتداولة بأن: "المكاري مسؤول عن الحوادث التي تقع للمسافرين أثناء النقل. ولا يمكن إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا بإثبات حدوث قوة قاهرة أو خطا من طرف المتضرر". وتطبيقا لهذا النص، نذكر على سبيل المثال، أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ذهبت في قرارها عدد 3749 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1984 إلى أن: "الناقل ملزم باتخاذ كل الاحتياطات الضرورية لضمان سلامة ركابه ولا يمكن أن يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود حادث فجائي أو قوة قاهرة. ولا يشكل حدثا يكتسي هذه الصبغة الجرح الذي أصاب راكبا من جراء حجر دخل إلى الحافلة من نافذتها التي بقيت مفتوحة" :(منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1986، عدد 4 ص. 227 وما بعدها). والجدير بالإشارة أن الالتزام بضمان السلامة، الذي يقتضيه العقد ولو كان مسكوتا عنه فيه، لا يعتمده القضاء المغربي خارج وجود نص قانوني أو عقدي في شأنه. فلقد جاء في القرار عدد 262 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 يونيو 1970 أنه: "تكون المحكمة قد صادفت الصواب عندما صرحت بأن لا حَق للمقاول في الادعاء بوجود ضمان الشركة لسلامته إذ لاحظت أنه يعمل لحسابه ويشتغل بكيفية مستقلة وأن ضمان السلامة لم يندرج في عقد المقاولة المبرم بينه وبين الشركة لا صراحة ولا ضمنا".. (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 20 ص. 17 وما بعدها: انظر بالأساس ص. 19).

[4]- انظر في هذا الصدد: بان باكلو: المرجع السابق، رقم 304 ص. 282. – والملاحظ أن اعتماد أسلوب التوسيع بالإضافة أو التكملة في البيوع بالأساس كان من شأنه أن يسد النقص في المغرب حتى قبل صدور القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والمنفذ بظهير 18 فبراير 2011 والقانون رقم 12-104 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة المنفذ بظهير 30 يونيو 2014 الحال محل القانون رقم 99-06.

المسكوت عنها فيه. ومع ذلك قد لا يتمكن القاضي من اعتماد التأويل الواسع عندما يكون أمام حالة من الحالات المستلزمة للتأويل المضبوط بصفة قطعية أو عندما يتبين له أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يناسبها إلا التأويل الضيق.

الفرع الثاني :
التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر وتمييزه عن التأويل المضبوط بصفة قطعية

151- يمثل ما نعنيه بالتأويل الضيق هنا الوجه المقابل لما مر بنا من التأويل الواسع. ولذلك فإن اعتماده يتم منطقيا في الحالة التي يتبين فيها للقاضي أن التعبير المستخدم في العقد مبالغ فيه إذ يتجاوز معناه الحرفي النحوي ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين في الحقيقة.

وبعبارة أخرى فإن التأويل الضيق هو ذلك المعنى الذي يقتصر القاضي على الاقتناع به لانصراف الإرادة المشتركة إليه على الرغم من أن المعني الحرفي النحوي للعبارة موضوع التأويل يتجاوز ما توقف عنده القاضي من معنى[1].

وبما أن التأويل الضيق هو الوجه المقابل للتأويل الواسع، لذلك فإن الأساليب التي يتوصل بها إليه تمثل أيضا الوجه المقابل للأساليب المتوصل بها إلى التأويل الواسع. ومع ذلك فينبغي عدم الخلط بين التأويل الضيق بالمعنى المقصود في هذا الصدد (interprétation restrictive) والتأويل المضبوط بصفة قطعية (interprétation stricte) والذي يطلق عليه أيضا وبدون تمييز اصطلاح التأويل الضيق ليس فقط من طرف الفقه وإنما أيضا من طرف القضاء والمشرع أحيانا كما سنرى.

وعليه فإننا سنتناول هذا الفرع بالدرس في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.**
- **المبحث الثاني: تمييز التأويل الضيق عن التأويل المضبوط بصفة قطعية.**

[1]- كوكيبه: المرجع السابق، ص. 84. – بوسهارت: المرجع السابق، ص. 105.

المبحث الأول :
التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر

152- إذا كان التأويل الواسع ينجر كما مر بنا عن أسلوبي التوسيع بالتعميم والتوسيع بالإضافة أو التكملة فإن التأويل الضيق ينجر بالمقابل عن أسلوبي التضييق بتخصيص العام أو تقييد المطلق والتضييق بالطرح أو النبذ.

وسنخصص مطلبا مستقلا لكل من هذين الأسلوبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: التأويل الضيق باستخدام أسلوب التضييق بتخصيص العام أو تقييد المطلق.
- المطلب الثاني: التأويل الضيق باستخدام أسلوب التضييق بالطرح أو النبذ.

المطلب الأول :
التأويل الضيق باستخدام أسلوب التضييق بتخصيص العام أو تقييد المطلق

153- يظهر هذا الأسلوب في صورتي تخصيص العام وتقييد المطلق ولذلك سنرصد لكل منهما فقرة مستقلة كالتالي:

- الفقرة الأولى: تخصيص العام
- الفقرة الثانية: تقييد المطلق

الفقرة الأولى : تخصيص العام

154- اللفظ العام "هو اللفظ الموضوع وضعا واحدا للدلالة على جميع ما يصلح له من أفراد على سبيل الشمول والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين"[1].

[1]- محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 577. – انظر أيضا: محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 154 ص. 156 وما بعدها. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 181. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق. ص.23. – أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 82.

ولقد اتفق على هذا التعريف العلماء من الجمهور كما يقول محمد أبو زهرة[1] وإن كان هؤلاء قد اختلفوا في دلالته، على كل ما يشمله العام، بين الدلالة القطعية والظنية: إذ بينما تذهب الحنفية إلى أن دلالة العام الذي لم يخصص على استغراقه جميع أفراده هي دلالة قطعية. نجد المالكية والشافعية والحنابلة[2] يقولون إن العام الذي لم يخصص ظاهر في العام ليس إلا ولذلك فإن دلالته تبقى ظنية سواء خصص العام أو لم يخصص[3].

155- والظاهر أن الرأي القائل بالدلالة الظنية للعام غير المخصص يقترب من الواقع أكثر إذ لا يمكن أن نتصور العام المطلق إلا عندما ننظر إلى اللفظ في حد ذاته. ولكن بما أن هذا اللفظ لا تكون له قيمة إلا بالنظر إلى العلاقة (التركيبية) التي يرد فيها، لذلك فإن العام يبقى دائما نسبيا: فلفظ المنطوق هو لفظ عام مطلق عندما ينظر إليه في حد ذاته ولكنه يبقى نسبيا فقط عندما يوضع في علاقة مع المسكوت عنه[4].

[1]- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 159 ص. 162.
[2]- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 155 ص. 158. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 183 وما بعدها.
[3]- يرجع هذا الاختلاف، في آخر المطاف، إلى الاختلاف حول ما إذا كانت ألفاظ العموم يشترط في إفادتها للعموم استغراقها جميع أفراد العام أم لا. فمن اشترط الاستغراق أخرج من هذه الألفاظ مالا يؤدي إلى الاستغراق كلفظ الجمع المنكر (ومثاله قوله تعالى "لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا فسبحان الله عما يصفون"). ومن لم يشترط الاستغراق أعتد بكل ألفاظ العموم (انظر في هذا الصدد: ماهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 124. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 581 وما بعدها). – وبما أن الواقع يدل على أن الظاهر في العام أن يكون نسبيا لا مطلقا بالنظر إلى أن اللفظ لا تكون له قيمة إلا في تركيبه وسياقه لذلك فإننا نرى استعراض الألفاظ الدالة على العموم كالتالي:
- أسماء الشرط: "أي" وهي تعم العقلاء وغيرهم، و"من" للعقلاء و"ما" لغيرهم و"متى" لعموم الأزمنة "وأينما" لعموم الأمكنة..... إلخ...
- أسماء الاستفهام: "أي" وتعم العقلاء وغيرهم و"من" تعم العقلاء و"ما" تعم غيرهم و"متى" تعم الأزمنة و"أينما" تعم الأمكنة...إلخ ....
- الأسماء الموصوفة: "ما" و"من" و"الذي" بالمفرد أو التثنية أو الجمع و"التي" بالمفرد أو التثنية أو الجمع.
- لفظة "كل" أو "جميع": تفيد عموم أفراد ما أضيفت إليه: وفي هذا الصدد ذهب الحكم الشرعي الصادر عن خليفة قاضي شفشاون بتاريخ 28 شتنبر 1943 إلى أن "لفظة جميع تقتضي الكل ولو ذكر الجزء بعدها". (منشور بمجموعة الأحكام الشرعية للعلامة الفقيه القاضي الحسن بن الحاج أحمد العمارتي: مرجع سابق، ص. 165 وما بعدها) . كما جاء في القرار عدد 375 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1991/2/6: "أن تعبير المشرع بأي المستغرقة للجنس يقصد به كل طعن كيفما كان نوعه...." (منشور بمجلة الإشعاع، عد 5، ص. 104).
- اسم الجمع المعرف ب "أل" (نحو: المتعاقدين). –اسم الجمع المعرف ب "أل" (نحو: الشخص) –النكرة في سياق النفي (نحو: لا ضرر ولا ضرار). – النكرة في سياق النهي (نحو: لا يسخر قوم من قوم). – النكرة في سياق الشرط (نحو: إن جاءكم فاسق بنبا فتبينوا). – النكرة الموصوفة بوصف عام (نحو: ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبكم: فاللفظة عبد نكرة موصوفة بالمؤمن): عن طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 23 وما بعدها. – أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي: المرجع السابق، من ص. 82 إلى 89. – محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص. 157 الهامش 1. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 182 وما بعدها. – محمد أديب صالح: المرجع السابق من ص. 579 إلى 585.
[4]- انظر في هذا الاتجاه: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 32.

ونرى أن نقصد بالمفهوم النسبي للعام، في هذا الصدد، ذلك الجنس الذي يدخل في علاقة مع ما يحتويه من أفراد المعاني.ونريد أن نسوي بهذا المفهوم الذي نقول به للعام النسبي مع الجنس المعالج في المنطق ضمن ميدان التصورات[1] وخاصة الجنس المنظور إليه من زاوية علاقته (نسبيته) بالنوع كما هو معروف عند فورفوريوس في شجرته المشهورة[2] باعتبار أن تصنيف فورفوريوس هو الملائم لما هو مألوف من التصنيفات في الميدان التعاقدي المنظم بالقانون المدني الفرنسي أو ق.ل.ع.م. سواء فيما يرجع إلى تصنيف التصرف القانوني أو إلى تصنيف الشيء محل الالتزامات المنجرة عن هذه التصرفات[3].

وعليه، فإن المبدأ في هذا العام النسبي أي في هذا الجنس من أفراد المعاني، أنه لا يقبل التخصيص بأفراد دون غيرها مما يشتمل عليه العام النسبي (الجنس) ما لم

[1]- التصور في المنطق هو الفكرة المعبرة "تعبيرا عاما شاملا في كلمة مفردة أو عبارة عن كيان عقلي، يقابله مجموعة من الإحساسات والإدراكات والخبرات المكتسبة من التجربة والحياة" ويوجد في الفلسفة تياران متعارضان بصدد هذه التصورات: التيار المثالي الذي يعتبر التصورات أولية سابقة عن كل تجربة كما هو الشأن عند ديكارت وكانط، والتيار التجريبي الذي يرى العكس كما هو الشأن عند جون لوك ودافيد هيوم. عن: محمد فتحي الشنيطي: أسس المنطق والمنهج العلمي: مرجع سابق، ص. 45.

[2]- إن شجرة فورفوريوس شجرة مقلوبة جذورها في السماء، لانطلاقها من الكليات، وفروعها في الأرض. وتتمثل فيما يلي:

- جوهر- جنس عام- جنس من الأجناس.
- جسم -- جنس متوسط- نوع عال.
-جسم حي - جنس متوسط- نوع متوسط.
- حيوان - جنس سافل- نوع متوسط.
- إنسان - نوع سافل.
- سقراط - فرد.

عن محمود فتحي الشنيطي: المرجع السابق، ص. 60. -- علي عبد المعطي محمد: المرجع السابق، ص. 99- ورغبة في تفادي تكرار النوع المتوسط عند تطبيق هذه الشجرة في الهامش بعده على تصنيف التصرف القانوني وعلى المال محل الالتزام المنجر عن التصرف القانوني، نرى أن نضيف إلى الجنس مرتبة أسمى من الجنس العالي ونسميها بالجنس الأعلى الذي يليه الجنس العالي فالمتوسط فالسافل أو الأدنى.

[3]-

تصنيف التصرف القانوني		تصنيف المال محل الالتزام في التصرف
- التصرف القانوني	الجنس الأعلى أو جنس الأجناس	الشيء/ العمل.
الإرادة المنفردة /الاتفاق/- العقد.	الجنس العالي أو النوع الأعلى.	الشيء المادي /الشيء المعنوي.
- العقد بعوض	الجنس المتوسط أو النوع العالي	العقار /المنقول
- البيع	الجنس الأدنى أو النوع المتوسط.	العقار المبني
- البيع الموصوف	النوع الادنى	المنزل المعد للسكنى
- بيع الخيار	الفرد.	الشقة في عمارة

يقم الدليل المخصص على حصر العام النسبي في بعض أفراد معانيه دون غيرها مما يشتمل عليه من حيث المبدأ. وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 484 والمؤرخ في 19 مارس 1962 إلى أنه: "من القواعد الأصولية أنه إذا ورد في النص لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه. ولا يخصص عام إلا بدليل[1].

156- فتخصيص[2] العام هو (قصر العام على بعض أفراده) بأن لا يراد منه البعض الآخر"[3]. والدليل المخصّص (دليل التخصيص) هو تلك العلامة أو القرينة التي بتلمسها يحصل الاعتقاد في كون المعنى العام قد وقع تخصيصه بالدليل المتمثل في تلك القرينة أو العلامة. وهذه القرينة إما أن تكون قرينة لفظية (مخصص متصل) أو تكون قرينة غير لفظية (مخصص منفصل)[4].

والقرائن اللفظية (المخصصات المتصلة) إما أن تكون مستقلة أو تكون غير مستقلة.

157- إن أظهر القرائن اللفظية (المخصصات المتصلة[5]) غير المستقلة[6]، كما يقول عبد الوهاب خلاف[1]، تكمن في الصفة (أو الوصف)[2] والشرط[3] والغاية[4]والاستثناء[5].

[1]- قرار منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 54 ص. 184 وما بعدها رقم 478. -"والمشهور في العام إذا ورد على سبب خاص يخص ولا يعم كما هو مقرر لدى الأصوليين" : قرار عدد 597 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/6/13 (منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط، عدد 4، أبريل 1987 ص. 131 وما بعدها.

[2]- التخصيص في اللغة هو "ما دل على أن المراد بالكلمة بعض ما تتناوله دون بعض". : أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 45.

[3]- شرح المحلي على متن جمع الجوامع لابن السبكي (وهو الشرح الذي تعلقت به حاشية البناني): مرجع سابق، ج.2، ص.2. -- ويرى أبو زهرة أن كتب الأصول شافعية كانت أو حنفية أو مالكية قد نصت على "أن التخصيص هو قصر العام على بعض أفراد بالإرادة الأولى فيكون المخصص مبينا لإرادة الخصوص" :المرجع السابق، رقم 161 ص. 165.- انظر أيضا: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 637 وما بعدها. -- ومعنى هذا أن التخصيص بكشفه إرادة صاحب اللفظ العام إنما يكشف عن إرادة بعض أفراده ابتداء. ولذلك فإن اعتماد هذا التخصيص ليس معناه تعديل اللفظ العام بحصره في المعنى الضيق. وهذا التصور يتلاءم والفقه الغربي الذي ينسب هذا التخصيص، المفضي إلى التأويل الضيق، إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

[4]- انظر في هذه القرائن اللفظية وغير اللفظية، على سبيل المثال: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، من ص. 101 إلى 105. -- طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، من ص. 37 إلى 54. -- عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، من ص.187 إلى 191. -- محمد أديب صالح: المرجع السابق، من ص.639 إلى 652.

[5]- انظر في هذه المخصصات: حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2 من ص. 9 إلى 24.

[6]- نعني بالقرينة اللفظية المتصلة غير المستقلة، ذلك الدليل، على التخصيص، المعتبر جزءا من النص المطلوب في التأويل.

158- وخلافا للقرائن اللفظية (المخصصات المتصلة) غير المستقلة، فإن القرائن اللفظية (المخصصات المتصلة) المستقلة ترد في نفس سياق النص المطلوب في التأويل وتتمثل في الجملة المستقلة المخصصة لاتصالها واقترانها بالجملة ذات المعنى العام[6]. مثالها أن يخاطب أحد الدائنين مدينه قائلا: "جئتكم هذا الشهر لاستيفاء ديوني ومن كان منكم معسرا غير واجد فليؤخر إلى الشهر المقبل". فالجملة الأولى "جئتكم هذا الشهر لاستيفاء ديوني" معناها عام ينصرف إلى كافة المدينين ولكن

[1]- عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 187. – انظر أيضا: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 101.

[2]- كأن تقول: "أبيع منك عقاراتي الصالحة للزراعة". فلفظ العقارات في العبارة عام يشمل العقارات الصالحة للزراعة والعقارات الصالحة للبناء إلخ... ولكن وصفها بالصالحة للزراعة جعل لفظ العقارات مخصوصا (محصورا بالعقارات الصالحة للزراعة دون غيرها): انظر في هذا الاتجاه: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 648 وما بعدها. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 41. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 187. – انظر أيضا ما مر بنا في فقرة 118 قبله.

[3]- كأن تقول "وهبتك نصف عقاراتي إن خلفت هذه السنة ولدا". فحالة الإنجاب هي التي علقت هبة نصف العقارات. ولولا هذا الشرط لأفادت العبارة معناها العام المتمثل في استحقاق نصف العقارات بسبب الهبة : انظر في هذا الاتجاه : محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 648. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 187. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 41.

[4]- الغاية هي: "نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها" : عن محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 649. – وأهم ألفاظ الغاية: "حتى" و"إلى". ومثال التخصيص بالغاية: "لا أشتري منك ثمار أغراسك حتى يبدو صلاحها". فالثمار التي ورد لفظها عاما قد خصصت بالغاية المتمثلة في بدو الصلاح وعلامتها "حتى". وبذلك يصبح معنى العام بعد تخصيصه أنني اشتريت منك الثمار البادية الصلاح دون غيرها من الثمار الأخرى.

[5]- يرى الآمدي أن التعريف الجامع المانع للاستثناء هو "لفظ متصل بجملة لا يستقل بنفسه، دال بحرف "إلا" أو أخواتها [نحو خلا وعدا وسوى كما جاء في حاشية البناني على شرح المحلي لمتن ابن السبكي: مرجع سابق، ج.2، ص. 10 : تنبيه : ما جاء بين معقوفين من إضافتنا نحن]] على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به، ليس بشرط ولا صفة ولا غاية": عن طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 43. – ولقد كان الاستثناء مثار خلاف بين الأصوليين حول ما إذا كان: "يقتضي نقيض حكم صدر الجملة في المستثنى"، وهذا هو موقف المالكية والشافعية، أم لا يقتضي نقيض حكم صدر الجملة في المستثنى لأن الاستثناء إنما هو بمثابة التكلم بالباقي من جنس المستثنى، وهذا هو موقف الحنفية. وثار الاختلاف أيضا حول ما إذا كان الاستثناء الوارد بعد جملة منسوقة (معطوفة) بالواو يرجع إلى أول الجملة كما يرجع إلى آخرها أم لا: انظر في هذا الصدد: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 101 وما بعدها. – وحسما لهذا الاختلاف على وفق ما يقتضيه الميدان التعاقدي، نستطيع أن نذهب، فيما يهم المسألة المتعلقة بمعرفة ما إذا كان الاستثناء يقتضي نقيض حكم صدر الجملة في المستثنى أم لا، إلى أن النظر إلى الاستثناء على أنه دليل مخصص للعام يقتضي إنقاص المعنى في المستثنى أم لا، إلى أن النظر إلى الاستثناء على أنه دليل مخصص للعام يقتضي إنقاص المعنى المستثنى من المعنى العام لصدر الجملة. أما فيما يرجع إلى مسألة الجمل المنسوقة (المعطوفة، المتعاقبة) بالواو ونحوه، فإن النظر إلى الاستثناء على أنه وصف بالمعنى الواسع يسمح بالذهاب، مسايرة حتى لما نص عليه الفصل 520 من المجلة التونسية المطابق لموقف بوتييه (انظر ما مر بنا في فقرة 118 قبله)، إلى أن الاستثناء في الميدان التعاقدي يعود إلى كافة الجمل المنسوقة بأداة من أدوات العطف. وكمثال على التخصيص بالاستثناء: "أبيع منك حصتي في التركة إلا ربعها".

[6]- طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 40. – ويذهب محمد أديب صالح (في مرجعه السابق، ص. 650 و651) إلى أن الحنفية "تشترط في الدليل لكي يكون مخصصا أن يكون مستقلا عن جملة العام مقارنا له في الزمان بأن يردا عن الشارع في وقت واحد .... [ولذلك فإن] الدليل غير المستقل كالاستثناء والشرط والغاية لا يسمى صرف العام عن عمومه بواسطته تخصيصا بل يسمى قصرا لأنه لابد للتخصيص عند الحنفية من معنى المعارضة وليس في الاستثناء والصفة ونحوهما ذلك."

الجملة المقترنة بها: "ومن كان منكم معسرا غير واجد فليؤخر إلى الشهر المقبل" قد خصصت المعنى العام ليقتصر على مطالبة الواجدين غير المعسرين دون غيرهم[1].

والقرائن اللفظية المستقلة كما ترد في نفس سياق النص المطلوب في التأويل، قد ترد في نص آخر غير النص المطلوب في التأويل. وكمثال على هذه الحالة أن يرد النص العقدي بالمعنى العام ويكون هذا النص مرتبطا بنص عقدي آخر يتبين منه المعنى المخصص للمعنى العام كما يحصل فيما يرجع إلى ارتباط عقد الشغل الفردي ذي المعنى العام بالاتفاق الجماعي للشغل ذي المعنى المخصص والذي يخضع له الأجير والمؤاجر المبرمين لعقد الشغل الفردي.

159- ومقابل القرائن اللفظية هناك القرائن غير اللفظية وهي خارجة عن النص المطلوب في التأويل ويتمثل أظهرها في: العقل أو الحس[2] والعرف اللغوي[3] أو العملي[4]. ومثل هذا العرف يتقيد به حتى ما يسمى من الألفاظ بالمطلق[5].

[1]- ولو قال الدائن لمدينه: "جئتكم هذا الشهر لاستيفاء ديوني ومن كان منكم معسرا غير واجد فليؤخر إلى ما قبل الشهر المقبل"، فإن المعنى يبقى عاما بدون تخصيص لأن الجملة المقترنة بالجملة الأولى جاءت لتأكيد الأداء من طرف الواجدين والمعسرين على السواء لا للتخصيص.

[2]- وكمثال على هذه القرينة غير اللفظية: "من منكم أقرضه مبلغا من النقود؟" :فهذه الجملة ذات المعنى العام تخصص بقرينة العقل أو الحس لأن الخطاب موجه هنا لمن هو قادر على الرد وأهم ما تنبني عليه هذه القدرة أن يكون المقترض متوفرا على أهلية الأداء. ولذلك فإن القرينة تجعل المعنى كالتالي: من منكم ممن هو متمتع بأهلية الأداء أقرضه مبلغا من النقود؟ :انظر في قرينة الحس أو العقل: - عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 188. – محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 639 وما بعدها – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 37.

[3]- يعد العرف اللغوي من القرائن المخصصة للفظ الدال على المعنى العام (أي المخصصة للمدلول العام للفظ). فلفظة الطعام التي تفيد معنى عاما يتمثل في كل ما يطعم، قد خصصه العرف اللغوي في بعض المناطق المغربية إن لم يكن في مجموعها ليحصر في الكسكس: انظر في تخصيص العام بالعرف اللغوي: إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، ط.2، مكتبة الأنجلو المصرية، 1963، ص. 153 وما بعدها.

[4]- العرف العملي "هو ما تعارف عليه الناس وجرى عليه العمل عندهم...." وقد اعتدت به الحنفية وجمهور المالكية كدليل للتخصيص بخلاف غيرهم فإنهم لا يعتدون به: عن: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 642 وما بعدها. ومثاله ما تعارف عليه أهل منطقة الريف بالمغرب من إطلاق لفظة "المال" على الماشية دون المنقولات الأخرى والعقارات. – ونعتقد بأن التمييز بين العرف العملي والعرف اللغوي يبقى تمييزا نظريا ليس إلا، وفقا لمن لا يفكر في حل مشاكل التأويل إلا باللغة دون المستجدات الاجتماعية، باعتبار أن العرف العملي لا يعتد به إلا إذا شاع وأصبح مألوفا. ومتى كان كذلك انتقل إلى اللغة بالضرورة واتخذ بالتالي صفة العرف اللغوي. ومن هذه الزاوية فقط يكون له الاعتبار في تخصيص المدلول العام للفظ.- ولمزيد من التعرف على دور العادة أو العرف في تأويل العقود انظر ما خصصناه من دراسة للفصلين 463 و 466 من ق.ل.ع.م. في القسم الثالث بعده

[5]- جاء عند الونشريسي أن "الإطلاق في الوكالة يتقيد بالعرف في المقدار والجنس....": أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1981، ج.6 ص207. وانظر أيضا ص. 208.

الفقرة الثانية : تقييد المطلق

160- إن المطلق المقصود تقييده من أنواع اللفظ الخاص. ولكن ما هو الخاص (أولا) من حيث المعنى، في اللفظ الذي قد يوصف بالمطلق (ثانيا)؟ إن تحديد المقصود بتقييد المطلق (ثالثا) يستوجب الإجابة في المقام الأول عن التساؤلين السابقين.

أولا : اللفظ الخاص

161- اللفظ الخاص هو كل لفظ ليس له مدلول عام أي ليس بلفظ عام. وبما أن اللفظ العام يدل "بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه لجميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر في كمية معينة منها"[1] أو "عدد معين"[2]؛ لذلك نستطيع عن طريق مفهوم المخالفة لهذا التعريف أن نحدد اللفظ الخاص في أنه ذلك اللفظ الدال بحسب وضعه اللغوي على عدم شموله وعدم استغراقه لجميع الأفراد التي يصدق عليها معناه لحصره في كمية معينة أو عدد معين.

وهذا التحديد لا يختلف في عمقه عما هو مألوف من تعاريف اللفظ الخاص لدى الأصوليين كتعريف عبد الوهاب خلاف، إذ جاء فيه: "اللفظ الخاص هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد أو واحد بالنوع مثل رجل أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ التي تدل على عدد من الأفراد ولا تدل على استغراق جميع الأفراد."[3]

162- إن هذه المعالجة الأصولية للفظ العام والخاص، إذا لم تكن تجسد بحث التصورات في المنطق الصوري[4]؛ فإننا مع ذلك قد نتنسم فيها رائحة هذا البحث. ومن هذه الزاوية نستطيع أن نزيد في توضيح الخاص وعلاقته بالعام بما مفاده أن اللفظ العام، من حيث معناه، هو لفظ يصلح لأن يشترك في معناه الكلي أفراد كثيرة

[1]- عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 181.
[2]- انظر التعريف المار بنا للفظ العام في فقرة 154 قبله.
[3]- عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 191. – انظر أيضا: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص 62.- ويعرف فخر الإسلام البزدوي اللفظ الخاص بأنه "كل لفظ وضع لمعنى واحد على انفراد وقطع المشاركة". : عند محمد اديب صالح: المرجع السابق، ص. 702. وتوضيحا لهذا التعريف وأمثاله نبه محمد أديب صالح إلى أن الأصوليين يقصدون بالمعنى الواحد ما يتناوله الحقيقي كإنسان وأحمد وكتاب والاعتباري كأربعة وخمسة وسائر أسماء الأعداد التي تستغرق جميع ما يصلح لها ولكن الاستغراق محصور فيها فقط لذلك اعتبرت من الخاص. وبعد هذا التوضيح عرف اللفظ الخاص بأنه: "اللفظ الذي وضع على معنى واحد على سبيل الانفراد أو على كثير محصور" وبيّن أن"المعنى الواحد على سبيل الانفراد"إنما يكشف عن المعنى الواحد الحقيقي للفظ الخاص.أما "المعنى الواحد لـ "كثير محصور" فيكشف عن المعنى الواحد الاعتباري للفظ الخاص كأسماء الأعداد: المرجع السابق، ص.703 .
[4]- انظر ما مر بنا في فقرة 155 قبله.

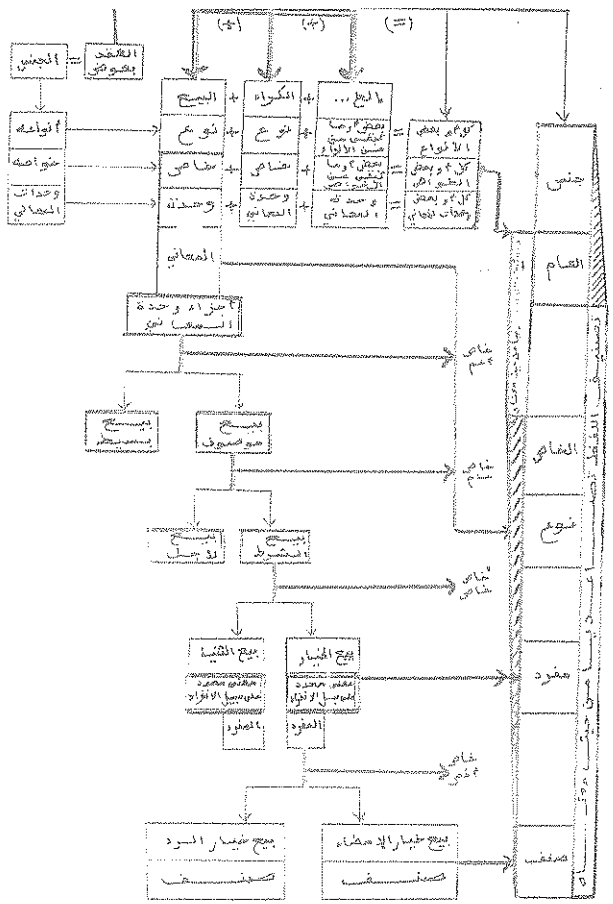
من المعاني. أما اللفظ الخاص فهو –من حيث معناه أيضا- لا يصلح لأن يشترك في معناه الجزئي أفراد كثيرة من المعاني: إنه يصلح للدلالة على وحدة واحدة من المعاني[1]. بمعنى أن اللفظ يكون معناه عاما أي كليا إذا أشار إلى كل أو بعض الوحدات من المعاني ويكون خاصا أي جزئيا إذا أشار إلى وحدة واحدة من المعاني فقط أو إلى معنى معين على سبيل الانفراد عن أقرانه من المعاني الأخرى المكونة للوحدة الواحدة المعبر عنها باللفظ الخاص أو الجزئي[2].

163- وتحديد اللفظ الخاص من خلال علاقته باللفظ العام يدفعنا إلى ملاحظة ما بينهما من النسبية: ذلك أنه إذا ما سلمنا بكون العام (الكلي) هو كل أو بعض الوحدات من المعاني، وأن الخاص (الجزئي) هو الوحدة الواحدة من المعاني؛ فإننا نستطيع أن نخلص إلى أن الخاص (الجزئي) هو وحدة من كل بعض الوحدات من المعاني. وربط العام (الكلي) والخاص (الجزئي) بالنسبة يجعل كلا منهما نسبيا. وبذلك يكون العام (الكلي) نسبيا كما يكون الخاص (الجزئي) نسبيا باعتبار أن العام (الكلي) إذا ما نظر إليه من زاوية ما يعلوه كان خاص (جزئيا). وهذا الخاص (الجزئي) إذا ما نظر إليه من زاوية ما يدنوه كان عاما (كليا). إن النظرة التصاعدية إلى اللفظ من حيث معناه توصلنا إلى العام بينما توصلنا النظرة التنازلية إلى الخاص.

وهكذا نصل إلى القول إن علاقة العام بالخاص هي علاقة الجنس بالنوع المار بنا تطبيقها على التصرف القانوني ومحل الالتزام في التصرف القانوني[3].

وإذا ما اقتصرنا في تطبيق علاقة الجنس بالنوع، بعد إضافة عنصر الصنف إليها، على مثال العقد بعوض (contrat à titre onéreux)، أمكننا تقديم الخطاطة التالية لتوضيح العلاقة النسبية بين العام والخاص :

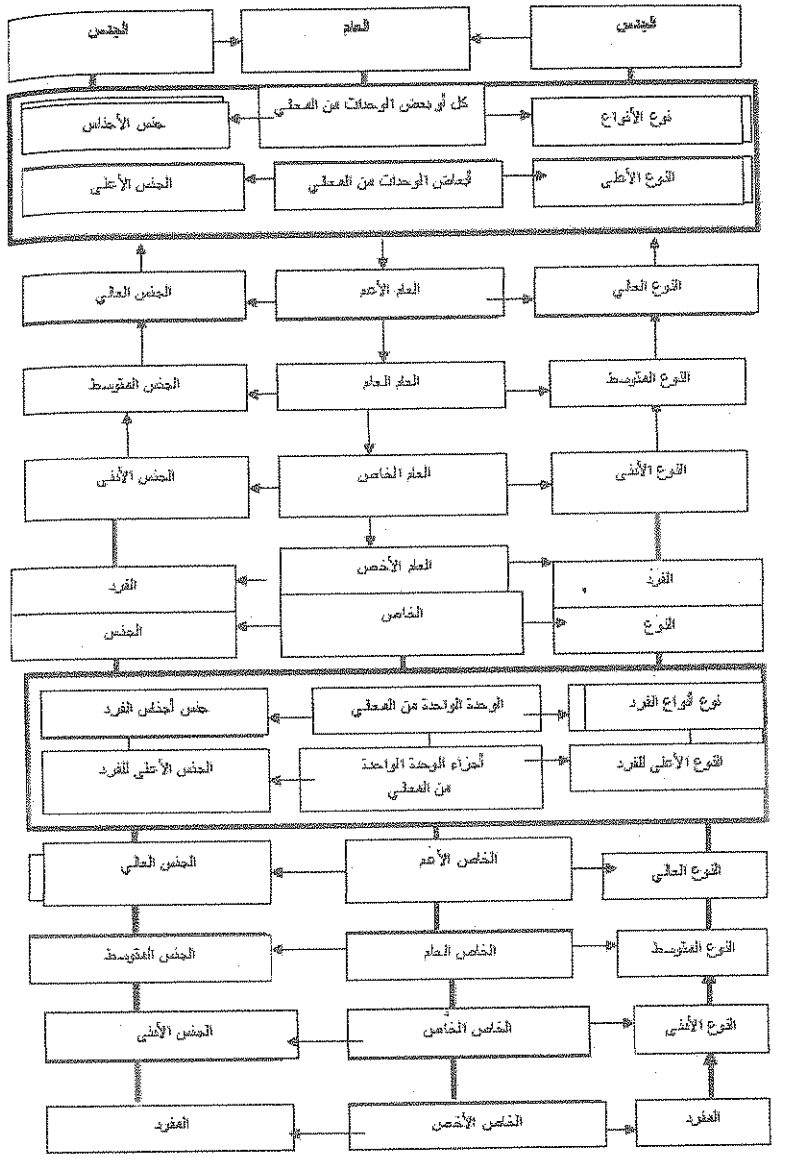
[1]- علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية: مرجع سابق، ص. 67 وما بعدها.
[2]- ذهب أبو هلال العسكري في فروقه اللغوية (مرجع سابق) إلى ما يمكن تلخيصه كالتالي: "الكل يقتضي الإحاطة بالأبعاض والجمع يقتضي الأجزاء" والبعض هو "ما يشمله وغيره اسم واحد" وهو يقبل الانقسام ولكنه "لا يجوز أن يكون كل واحد من الأبعاض شيئا بانفراده". والجزء هو "الواحد من ذا الجنس" وهو لا يقبل الانقسام وإن كان يقتضي الجمع. و"يجوز أن يكون كل واحد من الأجزاء شيئا بانفراده" (ص. 116 و117). "والانفراد نقيض الازدواج" ويكون "الانفراد من القرن" وبذلك يكون فردا أو منفردا أي متخليا ومتقطعا عن القرناء. ومتى كان "الانفراد في الذات أو الصفة" وليس من القرن سمي واحدا. و"الواحد ما لا ينقسم في نفسه أو معنى في صفته دون جملته كإنسان واحد ودينار واحد. وما لا ينقسم في معنى جنسه كنحو هذا الذهب كله واحد وهذا الماء كله واحد، والواحد في نفسه ومعنى صفته بما لا يكون كغيره أصلا هو الله جل ثناؤه". (ص 114 و115). و"ما يتناول أمرا واحدا بنفس الوضع" هو الخاص. أما ما يتناول أمورا متعددة ومشتركة بنفس الوضع أي ما"استغرق ما يصلح أن يستغرقه" فهو العام (ص. 45)
[3]- انظر ما مر بنا في فقرة 155 .



164- إن تأمل هذه الخطاطة ينبهنا إلى أن الوحدة الواحدة من المعاني المبلورة للخاص تتجسد في المعنى المحصور في مجموع أجزائها: مثلا البيع هو وحدة واحدة من المعاني وتحصر أجزاؤها في البيع الموصوف والبيع البسيط. كما تتجسد في آخر المطاف في المعنى المحدد على سبيل الانفراد (المفرد) كبيع الخيار الذي هو أحد أقرانه في بيع الشرط المنتمي إلى البيع الموصوف. وهذا البيع الموصوف يندرج في البيع كلفظ (اسم، معنى) خاص.

ومعنى هذا أن اللفظ الخاص كما يقصد به الأعم يقصد به أيضا الخاص الأخص.

والنظر إلى الخاص الأعم والخاص الأخص من زاوية علاقة النوع بالجنس مع ربط الخاص بالعام الخاضع لنفس النظرة يعطينا ما يلي:



165- وإذا كانت معالجة هذا التصور النظري قد أفضت إلى الإفراط في التصنيف والتقسيم؛ فإن رد هذا التصور إلى ما يقترب من واقعه العملي من شأنه أن يسمح لنا باختصار الخطاطة المارة بنا في النموذج التالي:

I = العام	1	الأعم (أ) أو العام (ب)
	2	الخاص (ج) أو الأخص (د)
II= الخاص	3	الأخص (هـ) أو الخاص (و)
	4	العام (ز) أو الأعم (ح)

ومن خلال هذا النموذج يمكن أن نتوصل ببساطة إلى الحالة التي يستوي فيها العام بالخاص إلى درجة التطابق والذوبان وهي حالة الخاص الأعم والعام الأخص:

الخاص الأعم = العام الأخص أي : II {4،ح} = I {2،د}،

وكذا إلى الحالة التي يقف فيها العام والخاص على قدم التماثل والمساواة وهي حالة الخاص العام والعام الخاص بمعنى أن نفس اللفظ إذا ما نظرنا إلى معناه من زاوية نوعه كان خاصا عاما وإذا ما نظرنا إليه من زاوية جنسه كان عاما خاصا:

الخاص العام = العام الخاص أي : II {4، ز} = I {2، ج}.

كما نتوصل في النموذج إلى حالة التعارض بين العام والخاص وهي حالة العام العام أو الأعم والخاص الخاص أو الأخص أي:

I {1} ≠ II {3} وتفصيلها كما يلي:

العام الأعم ≠ الخاص الأخص أي: I {1 ، أ}≠ II – {3، هـ}.

العام العام ≠ الخاص الخاص أي : I {1 ، ب}≠ II – {3، و}.

غير أن هذا التعارض الذي يبدو تاما، لا يعكس في آخر المطاف إلا التعارض الظاهر بين الخاص والعام دون تحديد لدرجاتهما. وعلى فرض الجزم بوجود هذا التعارض، فإنه لا يمكن أن يتجاوز ما سبق ذكره باعتبار أن العام يكاد يتساوى متى كان خاصا بالخاص الأعم، ومتى كان أخص بالخاص العام:

العام الخاص≈ الخاص الأعم أي: I {2، ج} ≈ II {4، ح}.

العام الأخص ≈ الخاص العام أي: I {2، د} ≈ II {4، ز}.

ثم إن ما يظهر بمثابة تعارض لا يشكل في الحقيقة إلا اختلافا من حيث الدرجة لا من حيث الطبيعة[1].

166- وهكذا نخلص إلى أن المقابلة بين العام والخاص لا تعني عدم التداخل فيما بينهما. وهذا التداخل قد يصل إلى درجة التطابق والذوبان: وهذه هي حالة العام الأخص فإنها تذوب في حالة الخاص الأعم. ولذلك تجدر تسميته بالخاص. كما أن التداخل يصل إلى حد المساواة بين العام والخاص وذلك في حالة مقارنة العام الخاص بالخاص العام. وإذا ما أضفنا إلى هذه الصور ما تحدثنا عنه من صورتي شبه المساواة بين العام والخاص فلن يبقى من صور الاختلاف إلا تلك المتمثلة في حالة العام العام أو الأعم والخاص الخاص أو الأخص.

وما نسميه هنا بالخاص الأعم أو العام وكذا بالعام الأخص أو الخاص هو الذي يبدو، في تقديرنا، من قبيل ما يعرف لدى الأصوليين بالمطلق فما هو؟

ثانيا : اللفظ المطلق

167- يعرفه الأصوليون بأنه اللفظ الشائع في جنسه[2]، أو "اللفظ الذي يدل على الماهية بدون قيد يقلل من شيوعه"[3]، أي اللفظ "الذي يدل على موضوعه من غير نظر إلى الوحدة أو الجمع أو الوصف"[4].

ومعنى هذا حسب التحديد المار بنا للفظ الخاص أن هذا الأخير إذا كان يتمثل، وفقا لوضعه اللغوي، في المعنى المحصور في مجموع أجزاء الوحدة من المعاني وكذا في المعنى الوارد على سبيل الانفراد لأخر جزء في هذه الوحدة الواحدة من المعاني[5]؛ فإن المطلق يقف في هذه الوحدة الواحدة من المعاني عند المعنى المحصور في مجموع أجزائها دون المعنى الوارد على سبيل الانفراد باعتبار أن هذا المعنى الأخير يكون من المقيد[6] وليس من المطلق لأنه لا يكون شائعا بين أقرانه.

---

[1]- تنطبق هذه الملاحظة أيضا على التمييز بين وحدات المعاني في العام: فالعقد بعوض مثلا، وكما مر بنا يضم مجموعة من وحدات المعاني منها البيع والكراء إلخ..... وحسب النظرة الظاهرة للأمور يمكن القول، إن وحدة البيع كنوع تتميز عن وحدة الكراء كنوع أخر مستقل عن النوع الأول. ولكن عندما نمعن النظر في مثل هذا الانفصال بين النوعين يمكن أن نردهما إلى نوع واحد هو نوع البيع انطلاقا من النظر إلى الكراء على أنه بيع منافع. وهو كذلك بالفعل إذ الكراء هو المقابل الذي يقدم لقاء شراء المنفعة وقد سمي به العقد نظرا لماديته بالمقارنة مع المنفعة التي هي أمر غير ملموس في التصور التقليدي ومن الأعراض الفائتة التي لا يمكن ادخارها لوقت الحاجة.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 92.

[3]- محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 724.

[4]- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 168 ص. 170. – طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 63.

[5]- انظر ما مر بنا قبله في فقرة 164.

[6]- إن المقيد يقابل المطلق ولذلك ينطبق عليه عكس التعريف الذي أوردناه في المتن للمطلق.

168- وبعبارة أخرى، حسب ما قمنا به من تصنيف للخاص وتقسيم للعام؛ فإن المطلق هو ما أسميناه بالخاص الأعم والعام أو العام الخاص والأخص متى كان هذا العام الخاص والأخص لا يفيدان من المعنى إلا ما يتبلور به اللفظ من حيث كنهه وجوهره هو وليس من حيث نطاقه وما يشتمل عليه.

أما المقيد فهو ما أسميناه بالخاص الأخص والخاص أي اللفظ المتناول لمعين (المعنى المحدد على سبيل الانفراد هو الخاص الأخص) أو اللفظ المتناول لغير معين موصوف بما يتقيد به (المعنى غير المحدد على سبيل الانفراد عندما يقيد بأمر ما يصبح معه المعنى الشائع محصورا في الأمر، جمع أمور، المتقيد به وهو الخاص الخاص).

وللتوضيح نقول إن البيع مثلا من حيث معناه، كما يمكن أن نعتبره من الخاص الأعم نستطيع أيضا أن نعتبره من العام الأخص: فإذا ما نظرنا إلى البيع من زاوية تحديده من حيث ماهيته وخصائصه الجوهرية، وبالتالي تعريفه، كان هذا اللفظ (البيع) من الخاص الأعم أو العام. فعندما نقول إن البيع تمليك شيء بمقابل، فإن هذا التعريف يكون خاصا أعما. وعندما نقول إن البيع تمليك شيء بمقابل نقدي، فإن هذا التعريف يكون خاصا عاما. وفي كلا التعريفين لم يقع الاهتمام إلا بالخصائص الجوهرية للبيع، والتعريف من خلال الخصائص الجوهرية هو الذي يجعل لفظ البيع مطلقا.

وبالمقابل حينما يعرف البيع من حيث نطاقه ومشمولاته على أنه مثلا "المنعقد" (وهذا هو العام الخاص) أو على أنه "المنعقد على وجه صحيح" (وهذا هو العام الأخص)؛ فكأننا هنا نقوم بعملية رسم لمعالم البيع حتى يتميز عن غيره من البيوع الأخرى. فقولنا "المنعقد" يجعل المعنى المراد من وحدة معاني البيع خاصا بالبيع المنعقد المتميز عن البيع غير المنعقد أي الباطل لعدم وجود المحل مثلا. وقولنا في التعريف الثاني "على وجه صحيح" (العام الأخص) يجعل المعنى المراد من البيع أخص إذ لا يشمل أي بيع منعقد وإنما ينحصر في البيع المنعقد على وجه صحيح وبذلك يخرج عن هذا المعنى البيع المنعقد على وجه غير صحيح كما لو كان مشوبا بالغرر أو بعيب من عيوب الإرادة.

169- ولكن ألا يبقى هنا هذا المعنى العام الخاص أو الأخص معنى مطلقا؟ إننا نعتقد ذلك على الرغم مما هو في الدراسات الأصولية التي تحصر المطلق في المعنى المستفاد من جوهر (ماهية) اللفظ على النحو المار بنا وتميزه عن العام الذي وإن كان يستفاد من جوهر (ماهية) اللفظ إلا أن المعتبر في الجوهر هنا ليس هو هذا الجوهر في حد ذاته وإنما نطاقه ومداه أي كما يقول محمد أبو زهرة: العام "يدل على

الماهية باعتبار تعددها كما في قوله تعالى في سورة القتال "فضرب الرقاب" لفظ عام يعم المقاتلين[1]". وترجع تسويتنا بين الخاص الأعم أو العام والعام الخاص أو الأخص من جهة وبين المطلق من جهة أخرى، إلا أننا ننظر إلى علاقة العام بالخاص نظرة عمودية تجعل الخاص جزءا من العام لا نظرة أفقية تجعل الخاص مقابلا للعام.

170- وانطلاقا من هذا الفهم للمطلق نستطيع أن نحدده في ذلك المعنى الذي يتبلور في التعريف باللفظ من غير أي قيد. وهذا التعريف غير المقيد كما يكون بالخصائص الجوهرية للفظ في ذاته أي ما يمكن أن نسميه بالتعريف بالمرادف[2] (الخاص الأعم أو العام) أو بالخصائص الجوهرية للفظ بالنظر إلى ما ينتمي إليه أو ما يمكن تسميته بالتعريف بالجنس والفصل (العام الخاص أو الأخص)[3]؛ يمكن أن يتم أيضا بالخصائص العرضية للفظ أي ما يمكن أن نسميه بالتعريف بالرسم[4] المعتمد في بلورة اللفظ من حيث معناه على صفاته العامة كما مر بنا في تعريف البيع أنه المنعقد الصحيح[5].

وعلى العكس إذا كان المعنى المستفاد من اللفظ محصورا مقيدا سمي اللفظ بالمقيد وهو يقابل المطلق. ومثاله أن نعرف البيع بأنه المنعقد على وجه صحيح من غير أن يتعلق به حق للغير ولا خيار من الخيارات أو نعرفه بأنه "عقد معاوضة على

[1]- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، رقم 168 ص.170. – انظر أيضا في مثل هذا الاتجاه: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 579. – وفي هذا الاتجاه نقول مثلا إن عبارة "دعوى الزوجية" المنصوص عليها في المادة 16 من مدونة الأسرة أو في الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية هي لفظ خاص مطلق إذا ما أردنا أن نبحث عن المعنى المقصود بدعوى الزوجية في حد ذاتها. ولكن إذا ما نظرنا إلى نفس العبارة من زاوية ما تشتمل عليه من الحالات التي ينطبق عليها وصف دعوى الزوجية، فإن اللفظ يكون عاما. والظاهر أن هذه النظرة الأخيرة هي التي كانت للمجلس الأعلى في قراره عدد 484 الصادر في 19 مارس 1962 والذي ذهب فيه، كما مر بنا، إلى أن العام لا يخصص إلا بدليل: انظر آخر فقرة 155 قبله.

[2]- مثلا عندما تسأل عن معنى البيع أو الشراء لغويا فتجاب بأنه إخراج الشيء أو إدخاله (انظر في هذا المعنى اللغوي على سبيل المثال: أحمد بن محمد الصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير، ج.2، طبعة 1952، مصر ص.1)؛ فالجواب هنا يشكل المرادف اللغوي للبيع أو للشراء: إنه القول الشارح لغويا لكُنه البيع أو الشراء في حد ذاته.

[3]- مثلا تعريف البيع بأنه عقد بعوض هو تعريف بالجنس. وتعريف البيع بأنه ناقل للملكية هو تعريف بالفصل لأنه يميزه عن سائر الأنواع الأخرى من العقود غير الناقلة للملكية. وتعريف البيع بأنه عقد بعوض ناقل للملكية هو تعريف بالجنس والفصل.

[4]- يقول أبو هلال العسكري في فروقه اللغوية (مرجع سابق، ص. 56) إن: "الرسم إظهار الأثر بالشيء ليكون علامة فيه وليس يدل على تمامه" والعلامة هي ما يعرف به الشيء المعلم به وهي تكون بالوضع: نفس المرجع قبله ص. 54.

[5]- أو كما يعرف البيع في الفقه المالكي بأنه "عقد معاوضة على غير منافع":انظر على سبيل المثال: - أحمد بن محمد الدردير: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الكتاب، الدار البيضاء، بدون تاريخ الطبع، ص. 90 – الصاوي على الشرح الصغير للدردير: مرجع سابق، ج.2. ص.3.

غير منافع ذو مكايسة ولا متعة لذة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه"[1].

فعبارة "المنعقد على وجه صحيح" أو "عقد معاوضة على غير منافع" سواء سميناها بالخاص الأعم والعام أو بالعام الخاص والأخص تبقى عبارة مطلقة وما جاء بعدها هو الذي يقيدها إلى الدرجة التي تجعل البيع ينفرد في معناه، أي يتقلص في شموله ونطاقه، بالمعنى الذي يبعد عنه الاختلاط واللبس بأي بيع آخر، من شأن المعنى العام الخاص والأخص أو المعنى الخاص الأعم والعام، أي في آخر المطاف ما يسمى بالمطلق، أن ينطبق عليه.

171- وعندما نتأمل التعريفين المارين بنا كمثالين للفظ المقيد نجد أن ما يقف فيهما عند حد المطلق يتمثل في تلك الأوصاف التي لا يمكن لفكرة البيع أن توجد بدونها. إنها الخصائص الجوهرية التي بتوافرها يقوم البيع في حد ذاته. أما ما زاد في التعريفين، المذكورين، عن الخصائص الجوهرية، فإنه يتعلق بتلك الأوصاف العارضة التي تعمل على إجلاء اللبس والخلط عن البيع المراد في التعريفين. والعبارة التي تبلور هذه الأوصاف العارضة هي اللفظ المقيد.

وإضافة اللفظ المقيّد إلى اللفظ المطلق يجعل هذا المطلق مقيّدا. فما المقصود به؟

ثالثا : تحديد المقصود بتقييد المطلق

172- يرى الأصوليون أن "الأصل في اللفظ بقاؤه على إطلاقه"[2]. بمعنى أن اللفظ عند فهمه أو تأويله، إذا ما تبين بأنه لفظ مطلق وجب في هذه الحالة، كأصل، أن يعمل اللفظ على وفق المعنى الكامل للفظ بصرفه إلى كل ما هو شائع فيه من أفراد المعاني. فإذا ما وردت في العقد مثلا عبارة "بعت منك هذا الشيء بثمن كذا"، فإن لفظة "بعت" يجب أن تعمل وفقا لمعناها الكامل لأنها وردت مطلقة. ومعناها الكامل في هذا المثال هو نقلت إليك ملكية هذا الشيء على الفور. ولذلك لا يجوز للفاهم أو المفسر أو المؤول أن يحصر هذا المعنى في انعقاد البيع ليس إلا وأن يعتبر

[1]- هذا التعريف الأخير لابن عرفة: انظر في شأنه وشرحه، على سبيل المثال: - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام لابن عاصم: مرجع سابق، ج.1 ص. 277 وما بعدها. – عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، المجلد 3، ج.5، دار الفكر، بيروت، 1978، ص.3.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع الساق، ص. 29. – زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم: الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، تصوير 1986 عن ط.1 لسنة 1983، ص. 504: "- المطلق يجري على أطلاقه" : –محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 727 وما بعدها. – انظر أيضا المادة 64 من المجلة العثمانية.

الملكية أمرا متراخيا إلى وقت لاحق؛ لأنه في هذه الحالة يكون قد قيد اللفظ المطلق والأصل فيه أن يعمل على إطلاقه ما لم يتقيد بدليل.

والنتيجة التي يسفر عنها إعمال الدليل المقيد للمطلق هي التي نعنيها بتقييد المطلق[1].

والدليل المقيد للمطلق هو تلك القرينة أو العلامة التي بتلمسها يحصل الاعتقاد في كون المعنى المطلق قد وقع تقييده بالدليل المتمثل في تلك القرينة أو العلامة.

وهذه القرينة (الدليل) المقيدة إما أن تكون صفة (وصفا) أو شرطا أو غاية أو استثناء أو أي قيد آخر يرمي إلى تقليص المعنى المطلق في المعنى المحصور بالقيد.

173- ومن هذا التحديد للقرائن أو العلامات التي يحصل بها تقييد المطلق يتبين أنها لا تخرج عن تلك التي يحصل بها تخصيص العام كما مر بنا في معرض دراسته.

وهذا التماثل بين الدليل المقيد للمطلق والدليل المخصص للعام هو تماثل تام إذ كما يقول بعض الأصوليين "(المطلق والمقيد كالعام والخاص) فما جاز تخصيص العام به يجوز تقييد المطلق به وما لا فلا"[2]. ولذلك حسبنا، في معالجة القرائن أو العلامات (الدليل) المقيدة للمطلق، أن نحيل على ما سبقت دراسته في تخصيص العام[3].

غير أن ما يجدر التنويه إليه أن هذا التماثل في الأدلة التي يتخصص بها العام أو يتقيد بها المطلق هو وجه آخر من الأوجه التي تحث على النظر إلى العام والخاص، ليس من منظور التقابل والتعارض وإنما من منظور التداخل والتدرج من العام كمعنى كلي إلى الخاص كجزء منه. وهذا المعنى يمكن أن يكون مرسلا[4] (مطلقا) إذا لم يصل إلى درجة الانفراد ولم يقيده قيد من القيود المارة بنا[5].

[1]- جاء في الحكم الشرعي الابتدائي الصادر بتاريخ 7 شتنبر 1943 عن خليفة قاضي شفشاون أنه: "من المسلّم به أن كل كلام قيد بقيد، فروح الكلام هو ذلك القيد، وإليه يتوجه النفي والإثبات...." (منشور بمجموعة الأحكام الشرعية للعلامة الفقيه القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي: مراجعة وتقديم وتعليق عبد العلي بن محمد العبودي: مرجع سابق، ص. 159 وما بعدها) وقد جاء في ص. 161 من نفس هذا المرجع أن هذا الحكم بعدما رفع إلى الاستئناف الشرعي الأولي بشفشاون وافق عليه المجلس بالقرار الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1943.

[2]- شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2، ص. 48.

[3]- انظر ما مر بنا قبله في الفقرات من 156 إلى 159.

[4]- نعتقد أن وصف المطلق بالمرسل بعد أكثر دلالة إذ أن المطلق في اللغة من الإطلاق ولا يعني إلا أن "يذكر الشيء باسمه لا يقرن به صفة ولا شرط ولا زمان ولا عدد ولا شيء يشبه ذلك" (عن: محمد أديب صالح: المرجع السابق، ص. 722). أما المرسل فإنه وإن أفاد هذا الإطلاق إلا أنه يتضمن حمل رسالة هي المعنى الكامل غير المقيد: أنظر في هذا المعنى اللغوي للإرسال: أبو هلال العسكري: المرجع السابق، ص. 222.

[5]- إذا كنا قد عالجنا تخصيص العام بمعزل عن تقييد المطلق، مع أن نظرتنا ترمي إلى جعل الخاص جزءا من كل أو بعض العام، فلكي نتتبع وبالتالي نناقش ما هو مألوف في الدراسات الأصولية لهذا الموضوع.

174- إن القول بالتعارض بين العام والخاص ينطلق من النظرة اللغوية للأمور والتي تفرض التقيد بالمعنى الحرفي النحوي الكامل للفظ ما لم يتبين من ذات اللغة (القرائن أو العلامات) أن هذا المعنى الحرفي غير كامل باعتبار أن القول بكون الأصل في العام أنه غير مخصص وفي الخاص المطلق أنه غير مقيد لا يعني أكثر من القول إن الأصل في اللفظ أن يؤخذ بمعناه الحرفي ، أي بمعناه اللغوي، الكامل[1]. وعندما يقوم الدليل المخصص أو المقيد، فإن تضييق المعنى يجد أساسه في اللغة أيضا، وهذا التضييق بالتخصيص أو التقييد لا يخرج في آخر المطاف عن ضرب من الطرح من المعنى الكامل أو النبذ منه.

المطلب الثاني :
التأويل الضيق باستخدام أسلوب التضييق بالطرح أو النبذ[2]

175- إن أسلوب الطرح أو النبذ الموصل إلى تضييق المعنى بما يتلاءم والإرادة المشتركة للمتعاقدين،حسب أنصار هذا الضرب من المنهج المنطقي أو الذي من المفروض أن يكون كذلك، كما يساهم في إيجاد حل للتعارض بين بنود العقد نجده يساهم أيضا في تصحيح هذا العقد. ولذلك نرى أن نعالج نتيجة هذا الأسلوب بما يساير مظهريها في الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأول: الطرح أو النبذ كأسلوب لحل التعارض بين بنود العقد.**
- **الفقرة الثانية: الطرح أو النبذ كأسلوب للتصحيح الجزئي للعقد أو حالة انتقاص العقد.**

[1]- يقول طاهر سليما حمودة (في مرجعه السابق، ص. 62) إن :"دلالة الخاص قطعية عند جميع الأصوليين على المعنى الذي وضع له في اللغة ومن ثم يثبت الحكم لمدلوله على سبيل القطع لا الظن".

[2]- يقول أبو هلال العسكري في فروقه اللغوية (مرجع سابق ص. 245): "النبذ اسم لإلقاء الشيء استهانة به وإظهارا للاستغناء عنه ولهذا قال ..الشاعر:

نظرت إلى عنوانه فنبذته كنبذك نعلا أخلقت من نعالكا.

والطرح اسم لجنس الفعل فهو يكون لذلك ولغيره".

الفقرة الأولى :
الطرح أو النبذ كأسلوب لحل التعارض بين بنود العقد

176- قد تأتي صياغة فكرة معينة في العقد مشوبة بالتعارض كما هو الحال مثلا بالنسبة إلى عقد البيع الواقع على حصة شائعة عندما يعبر عن هذه الحصة مرة بمقدار نسبتها في الحق الشائع ومرة أخرى، في نفس العقد، بمقدار مساحتها وهي مفرزة ثم يظهر أن هذه المساحة لا تتطابق مع حجم الحصة الشائعة بعد الفرز[1]، أو بالنسبة إلى العقد الذي يعاد أو يكرر فيه[2] ذكر المقدار المعين أو المبلغ المحدد على نحو متعارض.

كما يمكن أن نصنف البنود الواردة في العقد إلى بنود عامة وأخرى خاصة كما يحصل مثلا في عقود التأمين وكافة ما يسمى بالعقود النموذجية[3].

وكذلك فإن العقد قد يكون مرتبطا بعقد أو بعقود أخرى كما هو الشأن بالنسبة إلى عقد الشغل الفردي وما يرتبط به من الاتفاق الجماعي أو العقد النهائي الذي يعقب ما يسمى بالعقد الابتدائي أو التمهيدي.

فعندما تكون عبارات العقد في الأمثلة المشار إليها قبله واضحة في معناها الحرفي النحوي ومع ذلك تأتي مشوبة بالتعارض؛ فإن قواعد التأويل توجه القاضي في هذا الصدد إلى القيام، من خلال المقارنة بين هذه العبارات (البنود)، بالتوفيق فيما بينها (مثلا الفصل 464 من ق.ل.ع.م [4]). ومع ذلك فإن المعنى الذي يعتمده القاضي، على أساس أنه المعنى الموفق لما يبدو متعارضا، لا يتوصل إليه في الحقيقة إلا بأسلوب الطرح أو النبذ. بمعنى أن القاضي يلجأ إلى الاستغناء عن إحدى العبارتين أو أحد البندين الظاهر تعارضهما واعتباره كأن لم يعبر عنه ولم يصغ على الإطلاق في العقد. وهكذا إذا ما رجعنا إلى المثالين الأولين، واللذين نرى الاقتصار عليهما في تطبيق أسلوب الطرح أو النبذ، نجد أن التوفيق بين العبارة المحددة لمقدار الحصة الشائعة المبيعة والمتعارضة مع العبارة المحددة في نفس العقد لمقدار مساحة المبيع منظورا إليه على أنه مفرز، إنما يتم عن طريق حذف العبارة المحددة لمقدار مساحة المبيع على أساس أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت أو من المفروض أن تنصرف إلى مقدار الحصة الشائعة لأن هذا المقدار هو الذي يتلاءم مع

[1]- انظر على سبيل المثال: القرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ فاتح دجنبر 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ص. 32 وما بعدها).

[2]- يقول أبو هلال العسكري (في مرجعه السابق، ص. 27): "إن التكرار يقع على إعادة الشيء مرة وعلى إعادته مرات، والإعادة للمرة الواحدة.... ولهذا قالت الفقهاء الأمر لا يقتضي التكرار والنهي يقتضي التكرار....".

[3]- انظر مثلا النموذج المصاغ في المغرب بالعربية لعقد بيع سيارة بالسلف مع حلول شركة "أكريد" محل البائع أو النموذج المصاغ بالفرنسية لعقد بيع مركبة سيارة بالسلف مع حلول شركة "صوفاك-كريدي" محل البائع.

[4]- انظر دراسة هذا الفصل في القسم الثالث بعده.

طبيعة البيع الواقع على حق شائع أو حصة فيه[1]. ولذلك تكون العبارة المحددة للمساحة وهي مفرزة بمثابة ضرب من العبث واللغو عند مقارنتها بالعبارة المحددة للحصة الشائعة بما يتلاءم وطبيعة البيع الواقع على الحق الشائع أو على حصة فيه. والعبث أو اللغو أو كل ما هو غير مفيد لإعمال العقد لا يستحق أي اعتبار وبالتالي يجب الاستغناء عنه بحذفه[2].

وكذلك فإن نفس العبارة المحددة لمقدار المساحة وهي مفرزة قد ينظر إليها على أنها تفسير للعبارة المحددة لمقدار الحصة الشائعة. وما يقف عند التفسير لا يخرج عن الإعادة أو التكرار. وهذا الأمر يستوجب الاستغناء بطرحه جانبا خاصة عندما تؤدي الإعادة أو التكرار إلى الإخلال بالعبارة المؤسسة للمعنى المفضي إلى إعمال العقد.

177- إن حل الاستغناء بالطرح أو النبذ يطبق كلما كانت هناك إعادة أو تكرار في ذكر المقدار المحدد أو المبلغ المعين بصورة متعارضة سواء تم الوقوف على التعارض بين ما ذكر إما بلسان القلم (الحروف) فقط أو بالأرقام فقط أو بين ما ذُكر مرة أو أكثر بلسان القلم (الحروف) وما ذُكِر مرة أو أكثر أيضا بالأرقام. فالإرادة المشتركة للمتعاقدين يفترض انصرافها، في هذا الصدد، إلى المقدار أو المبلغ الأقل ولذلك يقع الاستغناء عن العبارة المشيرة إلى المقدار أو المبلغ الأكبر، باعتبار أن

[1]- جاء في القرار عدد 64/217-65 الصدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16 مارس 1965: ".... إذا صرح بعض الملاك على الشياع في وثيقة عدلية "أنهم باعوا عشر هكتارات تؤخذ من حقوقهم في الملكية المحفظة على الشياع"، فإن القضاة يمكن لهم، ودون أن يعتبر ذلك تحريفا منهم للوثيقة العدلية، أن يقرروا كون البائعين قد أحالوا حقوقهم في ثلاثة ارباع الملك الشائع، هذه الحقوق التي ستحصر بعد القسمة في حدود عشر هكتارات". (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (1962-1965)، الطبعة الفرنسية. ج.2، منشورات لابورت الرباط ومكتبة لميديسيس بباريس، 1969، رقم 123 ص. 251 وما بعدها). انظر أيضا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17 مارس 1942 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ج.11، ص. 424).

[2]- ومن الشروط غير المفيدة لإعمال العقد ذلك الشرط المعارض لطبيعة العقد (أو الغرض المتوخى من التعاقد) كالشرط القاضي في عقد البيع بعدم نقل البائع ملكية المبيع إلى أن يتوفى هذا البائع. فمثل هذا الشرط يتنافى والغرض المتوخى من البيع. ولذلك فإعمالا لهذا العقد لا يعتد بهذا الشرط ولو لم يتنازل عنه البائع. غير أن إعمال العقد مع حذف الشرط المنافي للغرض والملائم لمقتضيات ق.ل.ع.م.، قد يكون محل تردد عندما يتعلق أمر الأخذ به. بالعقار غير المحفظ (وهو يخضع لأحكام الفقه الإسلامي المالكي) ما لم يتنازل عنه من وضع الشرط المنافي للمقصود (الغرض) لمصلحته:انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، 1984, ص. 350 وما بعدها. – محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.7، دار المعرفة للطباعة والنشر؛ بيروت، 1985، ج.2 , ص. 156 و161 وما بعدها. – ولقد ذهبت غرفة الأحوال الشخصية والميراث والعقارات غير المحفظة بالمجلس الأعلى في قرارها عدد 393 والصادر بتاريخ 27 مارس 1961 إلى أن: "البيع المقرون بالشرط المنافي للعقد ليس محمولا على الفسخ دائما بل إذا رجع المتعاقدان عنه جاز البيع. لكنه إذا كان الشرط هو بقاء البائع في المحل حتى وفاته –وهو شرط ينافي المقصود من البيع- ثم صدر من هذا البائع إقرار بأنه لا ملك له في ذلك المحل فإن هذا التسليم لا يعني حذف الشرط المشترط في رسم البيع" (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 43-44، دجنبر 1961، ص. 128 وما بعدها).

الشخص العاقل لا يلزم نفسه إلا بالأقل. وفي حالة التعارض بين ما يكتب تارة بالحروف وتارة أخرى بالأرقام، فإن المفروض في الإرادة المشتركة للمتعاقدين أن تُعنى وتنتبه إلى ما يكتب بالحروف (الأبجدية) أكثر من عنايتها وانتباها إلى ما يكتب بالأرقام. وبطبيعة الحال فإن هذه الحلول تبقى قائمة ما لم يتبين أن الإرادة المشتركة قد انصرفت في الحقيقة إلى الاعتداد بالعكس أي بالمقدار أو المبلغ الأكبر[1].

يبقى أن نشير إلى أنه عند حصول التعارض بين عبارة أو بند مألوف في العقود (كبند من البنود المسماة بالعامة في عقود التأمين) وعبارة أو بند غير مألوف فيها (كبند من البنود المسماة بالخاصة في عقود التأمين)، فإن الطرح أو البند يتصل بالعبارة أو البند المألوف باعتبار أن الخاص يلغي العام لانصراف الإرادة المشتركة، أو من المفروض أن تنصرف، إلى الخاص دون العام.

178- وفي الحالات المارة بنا وكذا في كل حالة يعمل فيها بأسلوب الطرح أو النبذ الموصل إلى التأويل الضيق، فإن المعنى الذي يتبلور به هذا التأويل لا يخرج، في آخر المطاف، عن المعنى اللغوي المباشر أي المعنى الحرفي النحوي للعبارات أو البنود التي لم يشملها الطرح أو النبذ.

إن الغاية التي يرمي هذا الأسلوب إلى تحقيقها تكمن في إسكات منطوق العقد في جزء منه. وتتحقق نفس هذه الغاية بإعمال نفس الأسلوب في حالة التصحيح الجزئي للعقد.

الفقرة الثانية :
الطرح أو النبذ كأسلوب للتصحيح الجزئي للعقد أو حالة انتقاص العقد[2]

[1]- إذا كانت هذه الحلول، بالنسبة إلى فرنسا، قد اعتمدها كل من الفقه والقضاء دون المشرع، فإن ق.ل.ع.م. قد كرسها صراحة في الفصلين 471 و472 منه: انظر في دراسة هذين الفصلين: القسم الثالث بعده.

[2]- قد يقف أسلوب الطرح أو النبذ المستخدم في التصحيح الجزئي للعقد عند تغيير العبارة المراد طرحها أو نبذها بعبارة أخرى مسكوت عنها ولكن العقد لا يعمل إلا بها. غير أن هذا الضرب من الحذف مع الاستبدال لا يعنينا هنا لأنه يندرج ضمن ما يسمى بتحول العقد أو البند فيه وليس بانتقاص العقد أو البند فيه. فأسلوب الطرح أو النبذ مع الاستبدال لا يفضي إلى تضييق المعنى في التأويل وإنما إلى إلغاء العبارة مع إيثار معنى كامل آخر غير ناقص يعمل به العقد. ومن الأمثلة على تحول البند في العقد إلغاء البند الذي يربط تعيين الثمن في البيع بإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر(الفصل 487 من ق.ل.ع.م) وتحويل تعيين الثمن إلى عنصر مرجعي آخر من العناصر المرجعية كسعر السوق وقت إبرام العقد أو متوسط أسعار السوق عند تنفيذ البيع. ومن الأمثلة على تحول العقد في مجموعه أن يسكت المتعاقدان عن تعيين الثمن أو عن ذكر أحد العناصر المرجعية التي يمكن أن يتحدد بها الثمن في البيع. فمثل هذا العقد يمكن أن يتحول إلى عقد الهبة وذلك عملا بمقتضيات الفصل 309 من ق.ل.ع.م. المؤسس لنظرية تحول العقد: انظر في هذا الصدد: بان باكلو: المرجع السابق، ص. 387 وما بعدها و292 وما بعدها. – رسالتنا المشار إليها من قبل حول سلطان الإرادة الخ....، ص. 265 وما بعدها.

179- عندما يتبين للقاضي إن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت، أو من المفروض أن تنصرف، إلى عدم الأخذ في العقد إلا بالمعنى الملائم لإعماله؛ فإن القاضي في هذه الحالة يستطيع تصحيح العقد بانتقاص ما لا يتلاءم فيه مع إعماله عن طريق الطرح أو النبذ[1].

وهكذا فقد يأتي أحد البنود خاليا من أي معنى على الرغم من محاولة تأويله بما يتلاءم وإعمال العقد. ففي هذه الحالة يكون البند غير مفيد وبالتالي يطرح بالاستغناء عنه[2]. وفي هذا الصدد ذهب بوتييه في إحدى قواعده للتأويل إلى أن "العبارات التي لا يمكن حملها على معنى تهمل كما لو كانت غير مكتوبة"[3]ولقد انتقلت هذه القاعدة إلى الفصل 531 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود ويقضي بأنه: "إذا لم يعط التفسير حقيقة أو مجازا معنى معقولا مطابقا للقانون بطل الفصل"[4]. ومثل هذه القاعدة وإن لم تنتقل من المجلة التونسية إلى ق.ل.ع.م. إلا أن تطبيقها يبقى قائما لأنها مما يقتضيه العقل أو الحس اللغوي ذلك أن ما ليس له معنى لغو. واللغو غير معتبر.

فإذا ما وردت في عقد كراء منزل معد للسكنى عبارة تفيد منع المكتري من السكن، فإن مثل هذه العبارة تكون ضربا من اللغو ولذلك تطرح من عقد الكراء لكي يؤدي هذا الأخير الغرض المتوخى منه وهو السكن. وكذا إذا ما وردت في عقد بيع محل للسكنى عبارة تفيد منع المشتري من إعادة بيعه من آخر، فإن هذه العبارة تكون أيضا ضربا من اللغو لأنها لا تتلاءم وطبيعة عقد البيع كما أنها لا تفيد أيا من المتعاقدين ولذلك يستغنى عن هذه العبارة بنبذها واعتبارها كأن لم تكن.

180- إن الأمثلة على تطبيق أسلوب الطرح أو النبذ للتصحيح الجزئي للعقد كثيرة ومتنوعة. وحسبنا أن نشير في هذا الصدد إلى أن القاضي يعمد إلى استعماله أيضا كلما كان مقتنعا بانتقاص العقد عملا بمقتضيات الفصل 308 من ق.ل.ع.م[5]،

[1]- لا يهمنا من حالة انتقاص العقد إلا ما يتصل فيها بالوصول إلى المعنى الضيق من خلال تطبيق المنهج المنطقي للتأويل. ولقد سبق لنا أن عالجنا حالة انتقاص العقد من زاوية دور القاضي في تعديل العقود: انظر رسالتنا المشار إليها من قبل، ص. 262 وما بعدها. ونفس هذه النظرة التي نرى إتباعها هي التي عالج بها يان باكلو ما أسماه بالتأويل التصحيحي: انظر مرجعه السابق، من رقم 311 إلى 318 في ص. من 387 إلى 393.

[2]- ينص الفصل 111 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخص آخر غيره، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام".

[3]- إنها القاعدة 12 لبوتييه: عن كوكييه: المرجع السابق، ص. 125 وما بعدها.

[4]- يجد هذا النص التونسي أصله المباشر في الفصل 616 من المشروع التمهيدي لسانتيانا، ويمكن ترجمة معناه بأنه: "إذا عجز أي تأويل عن إعطاء معنى معقول ومطابق للقانون اعتبر التصرف أو البند باطلا كما لو كان مستحيلا".

[5]- تنص ترجمته المتداولة على أن: "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه ما لم يقم بدون الجزء الباطل. وفي هذه الحالة يستمر ما تبقى في الالتزام صحيحا كعقد متميز".

أو عملا بالمقتضيات التطبيقية لهذا النص المؤسس لانتقاص العقد كالفصل 1035 من ق.ل.ع.م. الذي ينتقص بموجبه من عقد الشركة "الشرط الذي من شأنه إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر...." أو الفصل 1226 من نفس القانون والذي ينتقص بموجبه من عقد الرهن الشرط الذي "من شأنه أن يسمح للدائن عند عدم الوفاء له بدينه في أن يتملك المرهون أو أن يتصرف فيه بدون إتباع الإجراءات التي يقضي بها القانون....".

181- إن استخدام أسلوب الطرح أو النبذ يفضي إلى التأويل الضيق بالاستغناء عن عبارة أو بند في العقد كما يفضي إليه أيضا أسلوب تخصيص اللفظ العام أو تقييد اللفظ الخاص المطلق بحصر معنى اللفظ في ذلك المعنى المخصص أو المقيد دون المعنى الحرفي النحوي الكامل. فهل هذا المفهوم الذي عالجنا به التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي ينطبق أيضا على ما يمكن أن نسميه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية؟.

المبحث الثاني :
تمييز التأويل الضيق عن التأويل المضبوط بصفة قطعية

182- إذا كان التأويل الضيق اصطلاحا أطلقناه من قبل على النتيجة المنطقية المنجرة عن استخدام أسلوبي تخصيص العام أو تقييد المطلق والطرح أو النبذ؛ فإن البعض[1] يورد ضمن تطبيقات هذا التأويل الضيق حتى تلك الحالات التي يجب فيها على القاضي أن يتقيد بما نسميه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية (L'interprétation stricte).

ويمكن لهذه الحالات أن تجد أساسها القانوني، بالنسبة إلى المغرب في الفصل 467 من ق.ل.ع.م. إذ ينص على أن: "التصرفات الصريحة في دلالتها على التنازل عن حق يجب فهمها بصفة مضبوطة قطعية بأن لا يعطاها إلا المدلول المستفاد مما يظهر بداهة من الألفاظ المستخدمة من قبل صاحبها. فهذه الألفاظ لا يسوغ التوسع فيها عن طريق التأويل. والتصرفات التي تبقى دلالتها مثار شك لا يصلح اعتمادها أساسا لاستنتاج التنازل منها"[2].

[1]- أمثال عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 59 وما بعده في ص. 91 وما بعدها.

[2]- للتعرف على دوافع إيثار هذه الترجمة بدل الترجمة المتداولة: راجع ما سيأتي بصدد تأصيل الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م. في القسم الثالث بعده . أما الترجمة المتداولة للفصل 467 فتذهب إلى أن: "التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه، ولا يسوغ التوسع

183- لا بل الأكثر من هذا فإن ق.ل.ع.م. قد نص في كثير من فصوله على ما يجب فيه التقيد من قبل القاضي بالتأويل المضبوط بصفة قطعية. وحسبنا أن نشير، على سبيل المثال، إلى الفصول التالية:

- الفصل 153: التضامن بين الدائنين لا يفترض.
- الفصل 164: التضامن بين المدينين لا يفترض.
- الفصلان 212 و213: وجوب حصول الحلول الاتفاقي بالكتابة صراحة.
- الفصل 347: التجديد لا يفترض.
- الفصل 358: عدم الاعتداد بالمقاصة إلا عندما يتمسك بها صراحة.
- الفصل 601: الخيار كشرط في البيع لا يفترض.
- الفصل 613: السلم كشرط في البيع لا يمكن إثباته بغير الكتابة.
- الفصل 787: الوديعة الاختيارية لا تفترض لاشتراط العينية في قيامها.
- الفصل 790: الأصل في الوديعة المجانية.
- الفصل 792: اشتراط الإذن الصريح في إحلال المودع عنده شخصا آخر محله خارج حالة الضرورة .
- الفصل 820: الأصل في الحراسة المجانية[1].
- الفصل 833: العارية لا تفترض لاشتراط العينية فيها.
- الفصل 835: الأصل في العارية المجانية.
- الفصل 871: الأصل في القرض بين التجار أنه بفائدة[1].

فيه عن طريق التأويل. والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها". وتطبيقا لهذا النص ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 13 يوليوز 1962 إلى أن: "التنازل لا يفترض ويجب أن يثبت بوقائع تفيده بالضرورة". (منشور بمجموعة قرارات محكمتي الاستئناف بالرباط وطنجة، السنة 42، ج. 22، عدد 164-165، ص. 393).

[1]- تنص الترجمة المتداولة للفصل 820 على أنه: "يجوز أن تكون الحراسة بالمجان"، وهذا معناه أن الأصل في الحراسة أن تكون بأجر أي غير مجانية. والحال أن النص الفرنسي الأصلي يقضي بأن: " Le séquestre peut n'être pas gratuit" أي "يجوز ألا تكون الحراسة بالمجان". ومعنى هذا أن الأصل في الحراسة المجانية. والملاحظ أن بعض الدراسات التي عالجت الحراسة في القانون المغربي بعدما أشارت إلى نص الفصل 820 كما هو معتمد في ترجمته المتداولة، استخلصت من هذه الترجمة أن الأصل في الحراسة المجانية. وإذا كان هذا الأصل صحيحا فإنه لا يستقيم مع هذه الترجمة المتداولة. ولقد أدى النقل غير المتبصر، بهذه الدراسات، من الفقه المصري إلى الإشارة، رغم تأكيدها على أن الأصل في الحراسة المجانية، إلى أن النص المغربي لم يبين الحالات التي تكون فيها الحراسة بالمجان. وللتنبيه فقط نشير إلى أن الاستثناء هو الذي يبحث عن حالاته وليس الأصل أو المبدأ. وإذا كان من المشروع أن يطرح مثل هذا التساؤل في الفقه المصري، نظرا لجعل المادة 736 من القانون المدني المصري عدم المجانية هي الأصل في الحراسة، وباعتبار أن المجانية في الحراسة، حسب نفس القانون المدني المصري، تشكل استثناءا؛ فإن طرح مثل هذا السؤال في ضوء الفصل 820 من ق.ل.ع.م. لا يخرج عن ضرب من اللغو: انظر في مثل هذه الدراسات: إدريس العلوي العبدلاوي: "الحراسة القضائية في التشريع المقارن": (منشور بالمجلة المغربية للقانون المقارن الصادرة عن كلية الحقوق بمراكش، عدد 1 ص. 101 وما بعدها.) .

- الفصل 888: الأصل في الوكالة المجانية.
- الفصل 894: اشتراط الإذن الصريح لقيام الوكيل بمجموعة من الصلاحيات.
- الفصل 895: تقيد الوكيل بالتنفيذ المضبوط للصلاحيات الممنوحة له.
- الفصل 961: تساوي حصص الشركاء على الشياع في حالة الشك.
- الفصل 1021: اعتبار العدد في الأغلبية المشترطة لاتخاذ القرارات في حالة الش
في الأغلبية المقصودة من قبل الشركاء.
- الفصل 1033: تساوي حصص الشركاء في الشركة عند حصول الشك في مقد
هذه الحصص.
- الفصل 1108: التقيد في عقد الصلح بالفهم المضبوط بصفة قطعية.
- الفصل 1123: الكفالة لا تفترض.
- الفصل 1113: الكفالة لا تقتضي التضامن ما لم يشترط صراحة.
- الفصل 1188: الرهن الحيازي للمنقول لا يفترض لاشتراط العينية في قيامه.
- الفصل 1207: عدم جواز استعمال المنقول بأي وجه كان من قبل الدائن المرتهن بدون إذن صريح.

184- ولقد استعمل القضاء المغربي في تطبيقه هذه النصوص ومثلها، اصطلاحي التأويل الضيق (L'interprétation restrictive) والتأويل المضبوط بصفة قطعية (L'interprétation stricte)، دون أي تمييز بينهما. ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13 فبراير 1951 نقرأ أنه:

[1]- نعتقد أن إعمال الأصل المتمثل في افتراض الفائدة بين التجار لا ينحصر نطاقه في التجار غير المسلمين دون التجار المسلمين وذلك للسبب التالي: إن المجانية لا تفترض بين المسلمين إلا إذا كان القرض حاصلا بين غير التجار ولغرض الاستهلاك. ففي هذه الحالة إذا ما اشترطت الفائدة بين المسلمين وقع عقد القرض باطلا بموجب الفصل 870 من ق.ل.ع.م. ومع ذلك فإن القرض بفائدة يقع صحيحا إذا ما خصص للاستثمار وليس للاستهلاك. ولكن الفائدة في هذه الحالة لا تفترض إلا إذا كان المتعاقدان معروفين بمزاولة التجارة وإلا وجب إثبات غرض الاستثمار الذي رصد له القرض. وهذا الغرض يعفي التجار من إثباته لأن حرفة التجارة في حد ذاتها تعني الاستثمار. ونعتقد أن هذا التصور يتلاءم حتى مع موقف الفقه الإسلامي لأن الموانع التي نجدها لاشتراط الفائدة لا تتصل إلا بالقرض المخصص للاستهلاك. أما القروض المعدة للاستثمار فيجوز اشتراط الفائدة فيها وتسمى بالربح. وعقد القرض لغرض الاستثمار يسمى بالقراض المنظور إليه في الغالب على أنه شركة. ويعرف أيضا بالمضاربة. أما المقرض فيسمى برب المال والمقترض بالعامل. يقول ابن عاصم في تحديد القراض:

"إعطاء مال من به يتاجر ليستفيد دافع وتاجر". والتاجر المقصود هنا هو المسمى بالعامل: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: - محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، ط.3، 1973 ص.244 وما بعدها. – شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام: مرجع سابق، ج.2، ص. 129 وما بعدها. – البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: مرجع سابق، ج.2، ص. 216 وما بعدها. – ونعتقد أن ما يدفع إلى القرض بغرض الاستثمار حقيقة واحدة تكمن في القرض بفائدة وإن اختلف الفقهاء في تكييفه هل هو إجارة أم شركة. ولقد جاء القانون رقم12- 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها المنفذ بظهير 24 ديسمبر 2014 لتكريس جملة من العقود ومنها المضاربة (القراض) التي لا تهدف في الحقيقة إلا إلى التحايل على الربا في القسم الثالث الخاص بالبنوك التشاركية (أنظر بالأساس المادة 58ومنه).

"يجب تأويل عقد التأمينات، كقاعدة عامة،بصفة ضيقة (restrictivement) من قبل القضاة الذين عليهم أن يطبقوا ألفاظ الاتفاق بصفة مضبوطة قطعية (strictement) ...."[1]

وإذا ما لوحظ أن الأحكام[2] أو القرارات القضائية[3] التي كانت تصدر بالفرنسية تكرس الاصطلاح الفرنسي "interprétation stricte" احتراما لصيغة الفصل 467 من ق.ل.ع.م. وغيره من النصوص الأخرى التطبيقية، فإن هذا لا يعني تمييزها هذا التأويل عما نسميه بالتأويل الضيق. كما أن القرارات المحررة بالعربية وإن كانت تؤثر، بدل اصطلاح التأويل المضبوط بصفة قطعية، اعتماد اصطلاح التأويل الضيق المكرس في الترجمة المتداولة للفصل 467 المذكور قبله؛ فإنها أيضا لا تعني بهذا التأويل الضيق إلا ما نسميه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية[4].

185- وعلى الرغم من استعمال الاصطلاحين وفقا لنفس المعنى، وبدون أي تمييز ، فإن التأويل يختلف عما نسميه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية.

فالتأويل الضيق يتمثل في تقليص المعنى الحرفي النحوي، كما مر بنا.

أما التأويل المضبوط بصفة قطعية فإنه لا يعني أكثر من أن المعنى الواجب اعتماده لا يمكن أن يضيف أي أمر إلى المعنى الحرفي النحوي للعبارة أو البند المذكور في التصرف أو ينقصه منه[5] ما لم يكن هناك دليل قوي يسمح بالخروج عن هذا المعنى.

ومثل هذا المفهوم ينطبق على كافة العقود، لأن المفروض، بالنسبة إلى القاضي، ألا ينطلق في فهمه للعقد إلا من المعنى الحرفي النحوي للعبارات المستخدمة فيه.

[1]- قرار منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 16 ص. 579.
[2]- كالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ فاتح يونيو 1932 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1932، عدد 509 ص. 293).
[3]- كقرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 3 ديسمبر 1928 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.5 , ص.59). –قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 3 يوليوز 1953 (منشور بنفس المجموعة السابقة، ج.17 , ص 520 و521). – قرار عدد 82-60/59 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 يناير 1960 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (57-1962)، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، ج.1, 1968؛ رقم 75 ص. 136 وما بعدها. انظر بالأساس تعليق كولومبيني على هذا القرار في نفس المرجع ص. 140 رقم 1).
[4]- كالقرار عدد 74 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يناير 1969 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 9 ص. 12 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون عدد 103 ص. 106 وما بعدها).- قرار عدد 1188 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 3 يونيو 1986 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987، عدد 13 ص. 176 وما بعدها).
[5]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم، مرجع سابق، ص. 382.

ومع ذلك فإن المبدأ في هذه العقود بصورة عامة أن القاضي يستطيع أن يتوصل إلى التأويل الواسع أو التأويل الضيق بالمعنى المار بنا ما لم ينبهه نص أو مبدأ قانوني إلى أن التوسع أو التضييق في التأويل لا ينبغي اعتماده بسهولة كما هو الشأن بالنسبة إلى ما مر بنا من فصول ق.ل.ع.م. المستشهد بها على الحالات التي يطبق فيها التأويل المضبوط بصفة قطعية.

وعندما نتأمل تلك النصوص نجد أنها تنظم تصرفات وسلوكات خارجة عن الأصول المألوفة في علاقة صاحب الحق بهذا الحق. بمعنى أن تلك التصرفات والسلوكات تعد بمثابة استثناء عن هذه الأصول. والاستثناء يتشدد في تأويله[1]؛ وإن كان التشدد في التأويل لا يعني بالضرورة استبعاد التوسع في التأويل كما لا يعني بالمقابل ضرورة التضييق من المعنى الواجب إسناده للعبارة أو البند في التصرف عند تأويله: إنه يعني فقط أن يؤخذ فيما يعتبر من قبيل الاستثناء بالمعنى الحرفي النحوي للألفاظ المستخدمة في العقد ما لم يتبين للقاضي بالدليل المقنع أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تتجاوز الاستعمال غير الكافي للألفاظ وهنا يتبنى التأويل الواسع، أو أن الإرادة المشتركة لا تتلاءم فيما انصرفت إليه مع الاستعمال المفرط للألفاظ وهنا يعتمد التأويل الضيق.

186- إن الأصول المألوفة في علاقة صاحب الحق بحقه مظان للتصور الذي تتبلور به النظرة الفردية للأمور والتي أسميناها في معرض دراستنا للمنهج الحرفي النحوي بالمعيار المرجعي الأصلي: إنها في آخر المطاف من مظاهر ما يسميه فروبلفسكي بإيديولوجية التأويل[2]. ويمكن أن نعبر عن هذه المظاهر بكون المفروض في الشخص العاقل أنه يستعمل حقه ويستغله ويتصرف فيه بنفسه كما أنه يحفظه ويحميه ويضمنه بنفسه. وهذا المفروض في الشخص العاقل أصل وما خرج عنه استثناء. بمعنى أن استعمال حق الشخص أو استغلاله أو التصرف فيه أو حفظه وحمايته وضمانه من قبل شخص آخر يعد خروجا عن الأصل. وما هو خارج عن الأصل لا يؤخذ به ولا يعتد به إلا عند وجود الدليل على هذا الخروج. والدليل هو التصرف كعقد الكراء أو العارية أو الوديعة أو الحراسة الاتفاقية (التوقيف الاتفاقي

[1]- ومن تطبيقات التشدد في فهم أو تأويل الاستثناء ما جاء في القرار عدد 1 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 10 نوفمبر 1967 من: "إن كلمة المدن المستعملة في الفصل الفريد من ظهير 8 يناير 1936 الناص على أن بناء الحمامات في المدن تختص به إدارة الأحباس وحدها لا تنصب إلا على الأحباء الأهلية القديمة دون الأحباء الجديدة كما يستفاد ذلك من منطوق التشريع ولأن تطبيق مبدأ حرية التجارة وما يكتسيه الظهير من صبغة استثنائية إذ أنه يقرر لفائدة الأحباس امتيازا خاصا يوجبان تطبيق الظهير تطبيقا ضيقا". (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 6، 1969، ص. 92 وما بعدها).

[2]- جيرزي فروبلفسكي: "التأويل في القانون: النظرية والإيديولوجية": مقال مشار إليه في السابق، ص. 63 و65 و67.

حسب تسمية المجلة التونسية للالتزامات والعقود) أو الضمان (التأمين)[1] أو الوكالة[2] إلخ..

ثم إن المفروض في الشخص العاقل والعازم على التخلي (التنازل) عن حقه ألا يتخلى عنه إلا في القليل من جهة وبمقابل من جهة أخرى. وهذا المفروض في الشخص العاقل أصل والخروج عنه استثناء وهو التخلي (التنازل) عن الحق في الكثير من جهة أو بدون مقابل من جهة أخرى[3].

187- إن السير في طريق استعراض المظاهر (الأصول التي من المفروض أن يتصف بها ما يسمى، في النظرة الفردية، بالشخص العاقل)، من شأنه أن يوصلنا إلى تغطية كافة الفرضيات المستشهد بها عند إيراد النصوص المنبهة للقاضي بضرورة مراعاة ما يسمى بالتأويل المضبوط بصفة قطعية. وبما أن التمادي في وصف المظاهر (الأصول) يبقى لصيقا بالتعريف بما نحن بصدد إيراده على سبيل المثال ليس إلا؛ لذلك حسبنا أن نؤكد على ما مفاده أن تنبيه القاضي إلى خضوع فرضية ما للتأويل المضبوط بصفة قطعية ليس معناه توجيه القاضي إلى عدم الأخذ بالتأويل الواسع أو الضيق وإنما معناه لفت نظره إلى الدليل الذي لا يمكن الاعتداد بغيره في هذه الفرضية قبل الانتقال إلى أي تأويل.

[1]- عندما نقرأ أن عقود الضمان (التأمين) يجب تأويلها تأويلا مضبوطا بصفة قطعية (stricte) فمعنى ذلك أن عقود التأمينات تشكل استثناء على الأصل المتمثل في أن المفروض في الشخص العاقل أن يضمن سلوكه وحقوقه العينية بنفسه. ولكن هذه النظرة التقليدية إنما ترمي في آخر المطاف إلى حماية المؤمن (وهو خروج عن الأصل) على حساب المؤمن له (وهو الأصل).

[2]- تصبح الوكالة وخاصة عندما تكون عامة بمثابة اليد التي يعيش بها الموكل وفي هذا يصدق قول الشاعر أحمد بن خصيب مخاطبا وكيله الذي هرب عنه ومتوسلا إياه بالرجوع إلى عمله:

أنا لك عبد سامع ومطيع — وإني لما تهوى إليك سريع
ولكن لي كفا أعيش بفضلها — فما أشتري إلا بها وأبيع
أجعلها تحت الرحائم أبتغي — خلاصا لها إني إذا لرقيع

عن أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي: كتاب الأذكياء، منشورات دار الآفاق الجديدة؛ بيروت، ط.5، 1983 ، ص. 61.

[3]- الملاحظ أن هذه النظرة الفردية المكرسة للتقشف، حتى لا نقول الأنانية، بجعل التخلي (التنازل) عن الحق العيني المقتصر على القليل وبالمقابل أصلا في الشخص؛ من المحتمل جدا أن تكون هي الدافعة بواضعي المجلة التونسية للالتزامات والعقود في ق.ل.ع.م. إلى عدم تنظيم أحكام الهبة المعتبرة استثناء وخروجا عن الأصل الأناني العاقل للشخص. وإذا قيل إن السبب الحقيقي لعدم تنظيم الهبة يرجع إلى اتصال هذه الهبة بالأحوال الشخصية قلنا إن هناك من الأمور ما هو أوثق صلة بالأحوال الشخصية ومع ذلك نجد تنظيمه وارد في المجلة التونسية وبالتالي ق.ل.ع.م. وعلى رأس هذه الأمور أهلية العاقد (الفصول من 3 إلى 17 من المجلة التونسية والفصول من 4 إلى 12 من ق.ل.ع.م). والجدير بالإشارة أن الهبة الواقعة على العقار أصبحت منظمة في المواد من 273 إلى 289 من مدونة الحقوق العينية . كما نظمت الصدقة في المادتين 290 و291 من نفس المدونة.

والدليل الذي نعنيه في هذا الصدد هو الإثبات أو البينية. والأصل في هذا الدليل أن "البينة على من ادعى" (الفصل 399 من ق.ل.ع.م)" اليمين على من أنكر"[1] ولذلك "فلا يجوز نقل عبئها على المدعى عليه"[2] الذي "لا يكلف بالإثبات إلا إذا أثبت المدعي قيام الالتزام"[3].

والمقصود بالبينة الحجة القوية[4] والتي يقررها القانون[5]. وقد شرعت لإظهار الحق[6]. وكل ما هو ظاهر يعتبر أصلا وبالتالي حقا إلى حين التأكد من خلافه. ولذلك تكون "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل"[7].

وإذا ما طبقنا هذه القواعد والمبادئ الإثباتية على الوكالة مثلا قلنا: بما أن الأصل الظاهر في الوكالة التخصيص والتقييد[8]، وكان التعميم والإطلاق خلاف الظاهر، يستخلص من هذا أن على من يتمسك بخلاف الظاهر وهو الوكيل، كي يصدق، أن يثبت ما يتمسك به من خلاف الظاهر بالحجة القوية وإلا اكتفى القاضي بالرجوع إلى الأصل وتصديق الموكل بيمينه كما يقضي بذلك الفصل 897 من ق.ل.ع.م. وتصديق الموكل معناه أن يقتصر القاضي، في تحديد معنى العبارات

[1]- المادة 76 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية. ولقد جاء في القرار عدد 499 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/6/28 أن :"الإنكار لا يحتاج إلى إثبات من طرف صاحبه". (منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط، عدد 3، أبريل 1986 ص. 118 وما بعدها).

[2]- جاء في القرار عدد 1960/30 – ب- الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 أكتوبر 1960 أن:"القاعدة الأساسية هي أن البينة على المدعي فلا يجوز نقل عبئها على المدعى عليه" (منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المواد المدنية (1958 -1962) طبعة دار الكتاب، 1964، ص. 29 وما بعدها). – انظر أيضا في هذا الاتجاه وفي نفس هذا المرجع: القرار رقم 1962/237 الصادر عن المجلس الأعلى في 24 ماي 1962، ص. 209 و210. – قرار عدد 371 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1959 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 21 ص. 82 وما بعدها. – قرار عدد 207 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 مارس 1978 (منشور بمجلة المحاكم المغربية الصادرة عن هيئة المحامين بالدار البيضاء، عدد 19-20، غشت 1979 , ص. 53 وما بعدها).

[3]- جاء في القرار عدد 378 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 فبراير 1983 أنه: "يقع إثبات الالتزام على المدعي فيكفي المدعى عليه أن يتذرع بهذه القاعدة ولا يكلف هو بالإثبات إلا إذا أثبت المدعي قيام الالتزام وادعى هو انقضاءه...." (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 131 ص.99 وما بعدها).

[4]- المادة 1676 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية. – ولقد جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1980/3/19 أن "الحجج من الواقع الذي يخضع تقديره لقضاة الأساس في نطاق سلطتهم التقديرية ولا رقابة للمجلس الأعلى فيها" (منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط عدد 5، أبريل 1988 , ص. 208 وما بعدها).

[5]- الفصل 404 من ق.ل.ع.م.

[6]- المادة 1699 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية.

[7]- المادة 77 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية.

[8]- يقول الونشريسي في معياره: "حكى الإمام المازري فيمن وكل على بيع سلعة بعينها، أن مذهب مالك والشافعي أن هذا الإطلاق يتقيد بالعرف في المقدار والجنس.... قال وعمدة أصحابنا أنّا وإن سلمنا بحمل لفظ الوكالة على العموم، فإنّا قد اتفقنا أن النص على التقييد لا يجوز للوكيل مخالفته، فإذا لم يتقيد وكان العرف يقوم مقام البينة يجوز أن يمنع الوكيل من مخالفته أيضا...." : أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: مرجع سابق، ج.6 , ص. 207.

المستخدمة في الوكالة (سواء كانت عامة (الفصل 893 من ق.ل.ع.م) أو خاصة (الفصل 891 من ق.ل.ع.م))، على النظر إلى هذه العبارات من حيث دقتها أي من حيث الجوانب المفصلة فيها من الصلاحيات أو الأموال، لا من حيث رقتها أي من حيث عمق العبارات وما قد تتضمنه من معاني أخرى تضاف إلى ما يفهم منها بنفسها. إن هذا المعنى، في آخر المطاف، هو المعنى الحرفي النحوي للعبارة. فهذا المعنى هو الذي يبلوره التأويل المضبوط بصفة قطعية.

ولكن متى قام الدليل، أي البينة أي الحجة القوية على مخالفة الظاهر، واقتنع به القاضي؛ انتهى أمر ما يسمى بالتأويل المضبوط بصفة قطعية لأنه في ضوء هذا الدليل سيتبنى إما التأويل الواسع عن المعنى الحرفي النحوي أو التأويل الضيق عن هذا المعنى الحرفي النحوي.

وهكذا مثلا إذا ما قام الدليل على حصول الإبراء من الالتزام، فإن القاضي يحيد عن المعنى الحرفي النحوي للالتزام ليأخذ بالمعنى الذي يقتضيه الدليل على حصول الإبراء منه وهو انقضاء الالتزام.

ومن الأدلة التي تقنع القاضي بالخروج عن التأويل المضبوط بصفة قطعية للالتزام "إرجاع الدائن اختيارا إلى المدين السند الأصلي للدين" أو قيام الدائن بكل فعل من شأنه "أن يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه"[1]. فهذا الفعل الذي يصدر عن الدائن ينهض دليلا (قرينة قوية) على حصول الإبراء. وعندما يربط القاضي هذا الفعل الدال على حصول الإبراء بالعقد الدال على قيام الالتزام بكامله، فإنه يقوم بالتأويل الضيق للمعنى المستفاد من العقد المرتب للالتزام إلى الدرجة التي يصبح معها هذا المعنى عدما وهذا المعنى العدمي للالتزام هو المناسب للإبراء منه (انقضاء الالتزام).

وبالمقابل بما أن الظاهر (الأصل) في الوديعة الاختيارية مثلا أنها مجانية (الفصل 790 من ق.ل.ع.م)، لذلك إذا سكتت عبارات عقد الوديعة عن الإشارة إلى الأجر، فإن القاضي عليه ألا يلتفت إلى المودع عنده الذي يتمسك بالوديعة المأجورة لأن الوديعة تعد مما يخضع للتأويل المضبوط بصفة قطعية أي مما يتقيد فيه بمدلول (منطوق) عبارات العقد وحده دون المسكوت عنه (الدلالة) المعتبر خروجا عن أصل المجانية في الوديعة. وعلى المودع عنده كمدعي، ولو كان المودع هو الذي بادر إلى رفع الدعوى، لخلاف الظاهر (الأصل) أن يقيم الدليل على حقيقة ما يخالف الظاهر. وإذا ما نجح في إقامة هذا الدليل، كأن يتمسك بالعادة أو العرف المقرر لهذا الأجر (الفصل 790 من ق.ل.ع.م.) كان على القاضي أن يتخلى عن المدلول

[1]- كما يقضي بذلك الفصل 341 من ق.ل.ع.م. في الفقرتين الثالثة والثانية منه. غير أن الفعل المتمثل في إرجاع الدائن "الشيء المقدم على سبيل الرهن" (الفصل 342 من ق.ل.ع.م.) لا يعتبر دليلا كافيا للخروج عن الظاهر، ولذلك يبقى الالتزام الأصلي قائما لأن إرجاع المرهون "لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين".

(المنطوق) ليأخذ بالمسكوت عنه وهذا هو التأويل الواسع بتمديد المنطوق إلى المسكوت.

188- هكذا، ومن خلال كل ما سبق، يتبين أن التأويل المضبوط بصفة قطعية لا يعني التأويل الضيق أي ضرورة تقييد وحصر المعنى الحرفي النحوي بتضييقه ليستقر على جزء منه فقط وإنما يعني ببساطة أن القاضي لا يكون عليه أن يتهاون باعتماده لأول وهلة المعنى الواسع أو المعنى الضيق في العقود المعتبرة بالأساس استثناء وخروجا عن الأصل، إذ عليه قبل ذلك أن يتأكد من وجود الدليل على ارتضاء المتعاقدين ما يخالف الأصل أو الظاهر أو من المفروض أن يرتضياه. ومتى توفر الدليل الذي يقع عبء تقديمه على المتمسك بخلاف الظاهر، واقتنع به القاضي كان عليه آنئذ أن يأخذ بالمعنى المسكوت عنه سواء كان هذا المسكوت موافقا أو مخالفا[1]؛ أو بصفة أعم كان عليه أن يأخذ بالتأويل الواسع أو بالتأويل الضيق.

أما إذا انتفى الدليل أو وجد الدليل ولكن القاضي لم يقتنع به عند تقديره[2]، وجب الرجوع إلى الأصل وهو التأويل المضبوط بصفة قطعية والمتبلور، في آخر المطاف، في المعنى الحرفي النحوي لألفاظ العقد. وهو المعنى الذي يسند للعقد الذي يبدو غامضا أو مبهما بسبب النزاع القائم في شأنه ومع ذلك يتعذر تقديم الدليل المقنع

[1]- من تطبيقات الأخذ بمفهوم المخالفة لتوفر الدليل على التمسك بخلاف الأصل أو الظاهر ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره عدد 47 والصادر بتاريخ 8 يناير 1990 من أنه: "إذا كانت الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من قانون المحاماة تمنع على المحامي إنكار خط اليد إلا بوكالة مكتوبة [نظرا لكون الأصل في الوكالة التخصيص والتقييد] فهي لا تمنعه من الإقرار به [مفهوم المخالفة لمنطوق إنكار خط اليد]. ولذلك فإنه أمام الموقف السلبي لدفاع الطالب في شأن موضوع الدعوى، لم تكن المحكمة ملزمة بالاستجابة لملتمسة باستدعاء موكله شخصيا، خاصة وأن الفقرة الثالثة من نفس الفصل تعطي للمحامي الصفة والصلاحية للاعتراف بالحق أو إنكاره [الدليل على التمسك بخلاف الظاهر أو الأصل]"(منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 142 ص. 95 وما بعدها) . ويجدر التنبيه إلى أن ما أوردناه بين معقوفين زيادة أضفناها إلى النص لتوضيحه بما يتلاءم وما نحن بصدد دراسته.- يجدر التنبيه أيضا إلى أن الفصل الخامس المشار إليه في هذا القرار قد تكرس في المادة 30 من القانون رقم:08 - 28 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة.

[2]- إن تقدير الأدلة (الحجج) موكول لسلطة قضاة الموضوع. وفي هذا الصدد حسبنا أن نشير إلى ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره عدد 15 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1972 من أن: "لمحكمة الموضوع أن تقدر حجج الطرفين بما لها من السلطة التقديرية المخولة لها قانونا. فإن رأت أن حجة العارضة أجنبية عن الدعوى وأن حجة المطلوبة تامة شرعا ولم يقع الإدلاء بما يعارضها لم تحتج المحكمة إلى استفسار". (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 125 ص. 230 وما بعدها). – ومع ذلك يجب التنبيه إلى أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقييم الحجج يراقبها المجلس الأعلى من حيث التعليل (انظر القرار عدد 382 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 يوليوز 1980 : منشور بمجلة رابطة القضاة، العددان 4-5 ص. 119 وما بعدها)؛ إذ كما يذهب إلى ذلك المجلس الأعلى في قراره عدد 170 الصادر بتاريخ 11 فبراير 1985: "إذا كان لقضاة الموضوع السلطة التامة في فهم وقائع الدعوى وتقدير قيمة الوثائق المعروضة عليهم، فإنه يتعين عليهم مع ذلك تبيين ما هي الوثائق التي اعتمدوها ومضمنها وكيف استخلصوا منها ما توصلوا إليه في قرارهم حتى يتمكن المجلس الأعلى من ممارسة رقابته على تعليل محكمة الموضوع" (منشور بالمجلة المغربية للقانون،السنة 1986، عدد 4 ص. 220 وما بعدها).

بحصول الغموض أو الإبهام حقيقة خاصة في العقود المعتبرة من قبيل الاستثناء والخروج عن الأصل. كما يسند للعقد الذي يبدو قطعي الصراحة بالمعنى المحدد في الفصل 461 من ق.ل.ع.م. وهو أول فصل ننتقل إلى معالجته في القسم الثاني بعده.

القسم الثاني :

موقف ق.ل.ع.م
من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) ومن تحديد نطاق عدم صراحتها (إبهامها أو غموضها)

189- بتحديد موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) ومن تحديد نطاق عدم صراحتها (إبهامها أو غموضها) في الفصل 461 من هذا القانون من جهة، وفي الفصل 462، في فقرته الأولى، من نفس القانون من جهة ثانية.

ولذلك نرى أن نخصص بابا مستقلا لكل من هذين الفصلين كالتالي:

- **الباب الأول : موقف الفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**
- **الباب الثاني : موقف الفصل 1/462 من ق.ل.ع.م. من تحديد نطاق عدم صراحة (إبهام أو غموض) العقود.**

الباب الأول :
موقف الفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

190- ينص الفصل 461 من ق.ل.ع.م.، كما نقترح ترجمته، على أنه[1]: "عندما تكون ألفاظ التصرف صريحة، فلا محل للبحث عن إرادة صاحبه"[2].

وتسمح النظرة الأولى إلى هذا النص بالقول إن المشرع المغربي قد أخذ فيه بالإرادة الظاهرة المعتمدة في المذهب الموضوعي لتأويل التصرفات القانونية. وبما أن مجرد الإشارة إلى الإرادة الظاهرة يذكرنا، نظرا لما تعودناه في قراءة ما يهتم بالتعبير عن الإرادة أو التأويل من المؤلفات العربية على الخصوص، بالقانون والفقه الألمانيين؛ لذلك يمكن الذهاب إلى أن الفصل 461 من ق.ل.ع.م. يتبنى النظرية الألمانية في التأويل[3] أو على الأقل، يميل إلى الأخذ بهذه النظرية الألمانية[4].

وإذا كان من شأن هذا التصور أن يدفع بالدارس إلى الاستئناس بالنظرية الألمانية في تأويل التصرفات القانونية عند بلورة موقف الفقه والقضاء المغربيين من تأويل العقود الصريحة ؛ فإن ما ينبغي التنبيه إليه، أن تجنب التسرع في الفهم وفي إصدار الأحكام عن غير روية من جهة والتأكد من مدى صحة التصور الرامي إلى جعل تأويل التصرفات القانونية يرتكز على النظرية الألمانية للتعبير عن الإرادة أو الإرادة الظاهرة من جهة أخرى ،يقتضيان منا محاولة الوقوف على الأصول

[1]- " Lorsque les termes de l'acte son formels, il n' ya pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur ».

[2]- تجري الترجمة المتداولة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. كالتالي:
"إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها". ونعتقد بأن الضمير الذي انتهت به هذه العبارة لا يعود إلى "الألفاظ" وإنما إلى التصرف، حسب ترجمتنا أو العقد حسب الترجمة المتداولة. ولكن هذه الترجمة المتداولة، خارج الملاحظة السابقة، تعد أكثر ملاءمة للعقلية الفقهية الفرنسية التي كانت سائدة في القرن 19م. باعتبار أنها كانت تتعامل باصطلاحات العقد والاتفاق أو القصد والنية أكثر من تعاملها باصطلاحي التصرف والإرادة.

[3]- هذا التصور يمكن أن يفهم من موقف كوتيرييه إذ ذهب، بعدما استعرض النظرية الفرنسية (الإرادة الباطنة) والنظرية الألمانية (الإرادة الظاهرة أو التعبير عن الإرادة)، إلى أن ق.ل.ع.م. قد أخذ بالنظريتين معا محاولا التوفيق بينهما بقوله إن ق.ل.ع.م. يعتمد الإرادة الظاهرة (التعبير عن الإرادة) عندما يكون العقد واضحا (حالة الفصل 461 من ق.ل.ع.م.) كما يعتمد الإرادة الباطنة عندما يكون العقد غامضا (حالة الفصل 462 من ق.ل.ع.م).
G. Couturier : Droit civil, les obligations, polycopié, année universitaire 1970-1971, Faculté de droit de Rabat p. 99 et s.

[4]- وحسب أحمد حسن البرعي فإنه : "يبدو أن المشرع المغربي، يميل للأخذ بالنظرية الألمانية". : نظرية الالتزام في القانون المغربي: مصادر الالتزام -1- العقد، ط1. دار الثقافة، الدار البيضاء، 1981 ص. 58 انظر أيضا ص. 212.

الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م. قبل دراسة موقف القضاء والفقه المغربيين من تأويل التصرفات القانونية الصريحة.

وعليه فإننا نرى معالجة هذا الباب في الفصلين التاليين:

- **الفصل الأول : موقف الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**
- **الفصل الثاني: موقف القضاء والفقه المغربيين من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**

الفصل الأول :
موقف الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

191- لاشك أن محاولة إبراز موقف الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.، تستوجب على المستوى المنطقي، وفي المقام الأول، الوقوف على هذه الأصول.

ونرى، تحقيقا لهذا الغرض، أن نقوم بجرد لها من خلال كل من الطبعة الفرنسية الرسمية الصادرة سنة 1914 للظهير المكون ل.ق.ع.م. والمشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية المعد من قبل سانتيانا.

ونعتقد بأن عملية تصنيف ما سيتم جرده هي التي ستحدد ما ننوي معالجته ضمن هذا الفصل.

وعليه، فإن هذا الجرد سنرصد له الفرع التمهيدي التالي:

الفرع التمهيدي: في جرد الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.

الفرع التمهيدي :
في جرد الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م

192- لقد قيل، عن أصول ق.ل.ع.م. من حيث موضوعه[1]، إن هذا القانون تأثر بالمجلة التونسية للالتزامات والعقود.ولكن مسألة التأثر هذه قد تسمح بالاعتقاد في أن العلاقة بين ق.ل.ع.م. المغربي والمجلة التونسية تقف عند حد الاستئناس ليس إلا؛ وذلك على غرار ما حصل بين القانون المغربي وبعض القوانين المدنية الأوربية وكذا الفقه (القانون) الروماني من جهة وبعض المؤلفات الفقهية المالكية والحنفية من جهة أخرى، كما يتضح ذلك من الهوامش المصاحبة للظهير المكون لقانون الالتزامات والعقود[2].

193- والحقيقة أن ما يوجد بين المجلة التونسية والمدونة المغربية من روابط لا يقف عند حد العلاقة التي يجوز معها البحث عن درجة استئناس الثانية بالأولى[3]؛ لأن الرجوع إلى النصين الفرنسيين الأصليين للمجلة التونسية والمدونة المغربية يؤكد ما بينهما من تطابق تام في المبنى (الصياغة) والمعنى، إذا ما استثنينا بعض الفصول

[1]- انظر على سبيل المثال:
- Stéphane Berge : « Introduction » [au D.O.C] in : Codes et Lois en vigueur dans le protectorat Français du Maroc, tome premier : organisation judiciaire, imprimé par ordre du Gouvernement à l'imprimerie Nationale, Paris, 1914, p. 293 et s.
- Emile Larcher : les codes Marocains : Annotés des Dahirs et Arrêts pris pour leur exécution, Alger, 1914, p.25 et s.
- A. Lévy Soussan : Essai sur la lésion dans les contrats au Maroc, L.G.D.J., Paris 1952, p. 14 et s.
- François –Paul Blanc : Code Annoté des obligations et des contrats, tome 1 : les obligations, Société d'Edition et de Diffusion Al madariss, Casablanca, 1981, p. 9 et s.

- انظر أيضا رسالتنا المشار إليها في السابق حول سلطان الإرادة إلخ.... ص. 48 وما بعدها، وانظر في إعادة النظر في بعض جوانب القصور في هذه الرسالة مقالنا: "أصول ق.ل.ع.م. من زاوية واضعة وموضوعة: محاولة قراءة في ق.ل.ع.م. من خلال سيرته" (منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، السنة 1989، عدد 5، من ص. 51 إلى 89).

[2]- انظر هذه الهوامش في كتاب المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، ج.1، والمشار إليه قبله. وانظر في كتاب بيرج، على الخصوص، التنبيه الذي يتصدر الظهير المكون لق.ل.ع. : ص. 298 وما بعدها.

[3]- لاشك أن مقارنة النصين العربيين للمدونة المغربية والمجلة التونسية هي التي توحي بكون ما يربطهما لا يتجاوز حد الاستئناس، مع أن ما قد يبدو من الفوارق لا يرجع في الواقع إلا إلى مسألة الترجمة.

التي حذفت عند النقل الحرفي للمجلة التونسية إلى المدونة التي أرادت فرنسا تطبيقها في منطقة حمايتها بالمغرب.

وبما أن المشروع التمهيدي لما أسماه سانتيانا بـ "المجلة المدنية والتجارية التونسية"[1]، والذي أعده بتكليف من اللجنة المأذون لها من طرف باي تونس بتحرير مشروع مجلة مدنية وتجارية[2]، لم تدخل عليه عند مناقشته وتبنيه من قبل اللجنة المذكورة إلا تغييرات جد طفيفة تكاد لا تذكر، وذلك في الجانب المتعلق فيه بالالتزامات والعقود[3]، كحذف بعض الفصول أو بعض العبارات[4]؛ فإننا نستطيع أن نجزم بأن المشروع التمهيدي لسانتيانا هو المشروع التمهيدي الحقيقي للمدونة المغربية للالتزامات والعقود.أما ما يشاع عن دور ستيفان بيرج (S. Berge)[5] أو لاندري (Landry)[6] أو حتى اللجنة الصغرى المكلفة بتفحص المشروع التمهيدي لمدونة الالتزامات والعقود فلا يخرج، إذا ما صح هذا التعبير، عن المجهود الذي "يبذله معلم عند تصحيحه لتمرين في الإملاء أو في تركيب الجمل المفيدة"[7].

194- وعليه إذا كان قيامنا بجرد الأصول الفقهية والقضائية سيتم من خلال الطبعة الفرنسية والمنشورة سنة 1914 للظهير المكون لق.ل.ع.م.[8] فإن هذا الجرد

[1]- نشر النص الفرنسي للمشروع التمهيدي المعد من قبل داوود سانتيانا على وفق العنوان التالي:
Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes : Fascicule I : Code civil et commercial Tunisien, Avant projet discuté et adopté au rapport de M.D. Santillana, imprimerie générale, J. Picard et Cie, Rue Al –Djazira, Tunis, 1899.
ويتضمن هذا المشروع التمهيدي، في الجانب المنظم فيه للالتزامات والعقود، 1963 فصلا، اعتمدت منها المجلة التونسية للالتزامات والعقود في نصها النهائي 1632. ومن هذا العدد الأخير من فصول المجلة التونسية لم يحتفظ الظهير المكون لقانون الالتزامات والعقود المغربي إلا بـ 1250 فصلا.

[2]- انظر في المهام التي أنيطت بكل من هذه اللجنة ومقررها سانتيانا: مقالنا المشار إليه في الفقرة 292 قبله.

[3]- لقد أصبح هذا الجانب من المشروع التمهيدي لسانتيانا يحمل في تونس اسم المجلة التونسية للالتزامات والعقود لسنة 1906.

[4]- إن هذه الفصول أو العبارات التي قررت لجنة مناقشة المشروع التمهيدي لسانتيانا حذفها أو تعويضها بأخرى، لا تمس في أي حال من الأحوال الأصول التي اعتمدها سانتيانا في صياغة مشروعه.

[5]- لقد عين بيرج مقررا للجنة المصغرة التي كلفت بتفحص المشروع التمهيدي ل.ق.ع. :انظر مقالنا المشار إليه قبله، ص. 57.

[6]- انظر مثلا:
Frédéric Brémard : « La procédure législative au Maroc depuis 1912 » in Revue (la) juridique et politique de l'union Française, 1951, p 229.
- انظر أيضا: مقالنا المشار إليه في السابق، ص. 54 و57.

[7]- تشكل هذه الفكرة النتيجة التي خرجنا بها في مقالنا المشار إليه في السابق (ص.58) فيما يرجع إلى دور اللجنة الصغرى المكلفة بتفحص المشروع التمهيدي ل.ق.ع.. الموضوع لمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب.

[8]- نعني بهذه الطبعة تلك المشار إليها قبله.

لن يكون تاما إلا من خلال المشروع التمهيدي لسانتييانا[1]. ولا يبقى بعدئذ إلا تصنيف موضوع هذا الجرد.

وهكذا نرى تقسيم هذا الفرع التمهيدي إلى المباحث التمهيدية التالية:

- **المبحث التمهيدي الأول: جرد أصول الفصل 461 من خلال الطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون ل ق.ل.ع.**
- **المبحث التمهيدي الثاني: جرد أصول الفصل 461 من خلال المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية.**
- **المبحث التمهيدي الثالث: تصنيف أصول الفصل 461 موضوع الجرد من الطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون لـ ق.ل.ع. ومن المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية.**

المبحث التمهيدي الأول :
جرد أصول الفصل 461 من خلال الطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون لـ ق.ل.ع

195- يمكن لأي متفحص للطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون لـ ق.ل.ع.م.[2]، أن يتأكد من أن أصول الفصل 461 إنما تتمثل فيما يلي:

* القانون المدني الإسباني لسنة 1889: الفقرة الأولى من الفصل 1281 منه[3].

[1]- نعني به ذلك المشار إليه قبله.

[2]- هذه الطبعة هي التي نقلها فرانسوا –بول بلانك إلى مؤلفه: القانون المعلق عليه للالتزامات والعقود، ج.1، الالتزامات: مرجع سابق. ولقد أصبح هذا المؤلف بعدما أضاف إليه تعليقه بأحكام وقرارات القضاء على الكتاب الثاني من ق.ل.ع.م. يحمل عنوان:

François Paul Blanc : Le obligations et les contrats en Droit Marocain (D.O.C. Annoté sochepress –Université, 1989.

[3]- تنص الفقرة الأولى من الفصل 1281 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889 على ما يلي:

« Si les termes d'un contrat son clairs et ne laissent aucun doute sur l'intention des contractants, on s'en tiendra au sens littéral des clauses ». : Code civil Espagnol promulgué le 24 juillet 1889, traduit et Annoté par A. Levé, Paris, 1890, p.243.

- ويذهب لفي في مقدمة هذا المرجع (ص. V) إلى أن القانون المدني الإسباني تربطه، في كل صفحة من صفحاته، علاقات متينة بالقانون المدني الفرنسي لسنة 1804، إذ إنه يتضمن نفس الأفكار ويتحلى بنفس الروح. غير أن ألفارو دُورَمْن يرى أن هذا القانون الإسباني لم يتأثر بالقانون المدني الفرنسي فقط وإنما أيضا بالفقه الألماني:

* مدونة يوستينيان: القانون 3 من القسم 28 من الكتاب الرابع من هذه المدونة[1].
* المجلة العثمانية للأحكام العدلية: المواد 12 و13 و14 منها[2].

Alvaro D'Ors : Una introduccion al estudio del Dercho, tercera edicion, Rialp, Madrid, 1977, paginas 60 y 62.

[1]- تم إصدار مدونة يوستينيان (Codex repetitae praelectionis) في 16 نوفمبر 534م. ونشرت في اليوم الموالي. وهذه المدونة جاءت عقب المدونة الأولى ليوستينيان (Novus codex justinianus) والصادرة في أبريل 529م. والمدونة الثانية المعنية في هذا الصدد كلف بإنجازها الفقيهان تريبونيان (Tribonien) ودوروثي (Dorothée) وثلاثة محامين. وهي لا تعد في الحقيقة إلا تجميعا لكل من المدونة الكريكورية (code grégorien) لسنة 291م. والمدونة الهيرموجينية (code Hermogénien) لسنة 295م. والمدونة الثيودوزية (code théodosien) لسنة 438م. والقوانين الإمبراطورية اللاحقة لهذا التاريخ. وتنقسم المدونة الثانية إلى إثني عشر كتابا، تتعلق الكتب الثمانية الأولى منها بالقانون الخاص: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال:

- Paul collinet : -La genèse du digeste, du code et des Institutes de Justinien, Librairie du Sirey, 1953 pp. 257 et s., 296 et s.

- « L'originialité du code de Justinien » in Acta congressus iuridici internationalise, volumen primum, Romae, 1935 pp. 37 et s., 40 et s., 48.

- Fernand de Vissher : «les sources du droit selon le code de justinien " in acta congrissus iuridici internationalise, volumen primum, Romae,1935, p.p. 55, 57 et 67.

- Jacques Ellul : Histoire des Institutions : 1-2/L'antiquité, Sirey, 5ème ed., 1979, pp. 496, 551, et 603.

- Henri Rolant et Laurent Boyer : Locutions latines et adages du Droit Français Contemporain, t.1 : Locutions latines, éditions l'Hermès, 1977, p.1 t.2, 1978, p. 27.

انظر أيضا: زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية: تحقيق محمد زهدي يكن، دار يكن للنشر، بيروت، 1975، ص. 24 وما بعدها. –تاريخ القانون: ط.2، دار النهضة العربية، 1969، ص. 347 وما بعدها. –محمد معروف الدواليبي: الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، مطبعة جامعة دمشق، ط.4، 1961، الجزء الأول ، ص. 355 وما بعدها و367 وما بعدها. –صبيح مسكوني: القانون الروماني: مطبعة شفيق، ط.1، بغداد، 1968 ص. 64. –توفيق حسن فرج: القانون الروماني: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1985، ص. 120 وما بعدها.

[2]- لقد دام إصدار المجلة العثمانية للأحكام العدلية والمشهورة باسم "المجلة" من سنة 1287هـ (1870م) إلى 1293 هـ (1876م) في ستة عشر كتابا. و ظل العمل جاريا بها في تركيا إلى سنة 1927. وتجد هذه المجلة أساسها في إصلاح (تنظيمات) سنة 1839 الذي دفع بتركيا إلى العمل تحت تأثير الثقافة والمؤسسات الغربية وخاصة الفرنسية منها، وإن كان تقرير لجنة تحرير المجلة المقدم في فاتح أبريل 1869 قد أشار إلى كون هذه المجلة لا تجد أصلها إلا في الفقه الإسلامي الحنفي على الخصوص: انظر هذا التقرير مثلا في: سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، ط.3؛ بيروت، 1923 من ص.9 إلى 15. وانظر فيمن يقولون بحصول ظاهرة تلقي القوانين الأجنبية في تركيا:

- Imre Zajtay : « La réception des droits étrangers et le droit comparé », Extrait de la revue internationale de Droit comparé, 1957, N° 4, imprimerie Moderne, 1957, p. 6 et s.

- A.C. Parachristos : La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, L.G.D.J., Paris 1975, p.23 et note 3 dans la même page.

- وانظر أيضا في تدوين المجلة العثمانية للأحكام العدلية وشروحها: –صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة، دار العلم للملايين، ط.4، بيروت 1975 من ص. 91 إلى 100. –عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، 1984 ص. 39.

* كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين (أو زين الدين[1]) بن إبراهيم الشهير بابن النجيم (أو ابن نجيم) المصري الحنفي: صفحة 160 من الجزء الأول من هذا الكتاب حسب طبعة كلكوتا لسنة 1826[2].

المبحث التمهيدي الثاني :
جرد أصول الفصل 461 من خلال المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية

196- يسمح تصفح الفصل 598 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا[3] بمعاينة الأصول التالية لهذا الفصل[4]:

* مدونة يوستينيان: القانون 3 من القسم 28 من الكتاب الرابع من هذه المدونة[5].
* الديجست: القانون الأول من القسم 25 من الكتاب 32 من هذا الديجست[6] المسمى بالباندِيكتا (بالإغريقية) أي الحامش أو الجامع أو المختار أو المستصفى أو المهذب أو الحاوي[1].

[1]- حسب الطبعة التي حققها وقدم لها محمد مطيع الحافظ (وهي الطبعة التي اعتمدناها في هذه الدراسة)، فإن صاحب الأشباه والنظائر المقصود في هذا الصدد هو زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم وليس زين العابدين أو الشهير بابن النجيم: وهذه الطبعة المحققة سبقت الإشارة إليها من قبل. ومع ذلك نذكر بأنها صدرت عن دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، تصوير 1986 عن ط.1 لسنة 1983.

[2]- ابن نجيم من فقهاء القرن 16 م. فقد توفي في 970 هـ (1563م). ويعالج مؤلفه "الأشباه والنظائر" جملة من القواعد الفقهية أو المبادئ الفقهية الكلية كما يطلق عليها أيضا. ولقد سار ابن نجيم، الذي أخذ العلم عن جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي صاحب مؤلف يحمل نفس الاسم، في تأليفه على نهج كتاب الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن السبكي الشافعي: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -الشيخ محمود مصطفى عيود هرموش: القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط.1، بيروت، 1987، ص 28 و29 والهامش 37 في نفس الصفحة وص .31 و32.

[3]- إن الفصل 598 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا هو الذي وقع تبنيه مبنى ومعنى في الفصل 513 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود. وهذا الفصل التونسي منه انتقل نص سانتيبانا، إلى الفصل 461 من ق.ل.ع.م. وللتأكد من هذا الأمر نورد الفصل 598 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا كالتالي:

« Lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'ya pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur ».

[4]- قارن بين هذه الصياغة والصياغة الفرنسية للفصل 461 مغربي الواردة في فقرة 190 قبله.

[5]- انظر في هذه الأصول: المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص 246.

[6]- عندما تلمس يوستينيان المشاكل التي كان يتخبط فيها رجال القانون في استعمال نصوص الفقهاء الكلاسيكيين، اتخذ سنة 530م. مجموعة من التدابير الرامية إلى توجيه وإرشاد هؤلاء الرجال. وفي نفس السنة أمر يوستينيان، بموجب القانون الإمبراطوري الصادر في 15 ديسمبر، بتشكيل لجنة يترأسها تريبونيان، من أجل إعداد كتاب حامش جامع لكل نصوص الفقهاء الكلاسيكيين المنتمين إلى الفترة المتراوحة بين القرن الثاني ق.م. ونهاية القرن 3م. ولقد مُنحت لهذه اللجنة صلاحية التصرف في النصوص التي يقع عليها الاختيار بتلخيصها أو تقطيعها أو تكييفها مع متطلبات العصر (أي متطلبات القرن 6 م). كما مُنح لها أجل عشر سنوات للفراغ من إعداد هذا الحامش الجامع. غير أن اللجنة تمكنت

* فرانسوا لوران[2]: الرقمان 179 و502 من الجزء السادس عشر من مؤلفه: مبادئ القانون المدني الفرنسي[3].
* جان –شارل- فلوران دومولومب[4]: الرقم الرابع من الجزء الثاني من المجلد الخامس والعشرين من مؤلفه: دروس مدونة نابليون[1].

من إنهاء عملها خلال ثلاث سنوات، إذ تم إصدار الديجست (أو الباندِيكتا بالإغريقية) بموجب القانون الإمبراطوري المؤرخ في 16 ديسمبر 533 ليدخل حيز التنفيذ في 30 ديسمبر من نفس السنة. ويرى كولينيه أن المدة المستغرقة فعلا في إنجاز الديجست لم تتجاوز سنة واحدة نظرا للقلاقل والاضطرابات والحروب التي كانت تسود تلك الفترة. وحسب ما جاء عند يوستينيان في قانونه الإمبراطوري لسنة 533 المار بنا فإن اللجنة قد تصفحت ألفي كتاب تحتوي على أكثر من ثلاثة ملايين سطر مكتوب من قبل الفقهاء القدامى. غير أن المختصين المحدثين في القانون الروماني يتشككون في هذا الأمر إذ نجد كروكر (Kruger) يصرح بأن العدد الفعلي لما تصفحته اللجنة لا يتجاوز 1625 كتابا. وهذا العدد يقارب العدد الذي قال به جاك إيلول (ما يزيد عن 1500 كتاب لـ 39 فقيها) وكذا العدد الذي قال به رولان و بوابيه (1500 كتاب). أما كولينيه فيرى أن هذا العدد لا يتجاوز في الحقيقة الكتب الستة (Les sex libri ou volumina) المعدة للتدريس، والتعليقات اليونانية على هذه الكتب الستة. والجدير بالإشارة أن الديجست قد حرر أصلا بالإغريقية واللاتينية ويتضمن 150.000 سطر من النصوص التي يربو عددها عن 9000 نص موزع على 50 كتابا: انظر في كل ما جاء أعلاه:

-بول كولينيه: أصل الديجست والمدونة ونظم يوستينيان: مرجع سابق، ص. 95 ومن ص.97 إلى 100. – جاك إيلول: تاريخ المؤسسات: 1-2/ العصر القديم: مرجع سابق، ص 602. – رولان و بوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.1 (الصيغ اللاتينية) ص. 11 و12؛ ج.2 (الأمثال)، ص. 28. – زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص. 24. – صبيح مسكوني: القانون الروماني: مرجع سابق، ص.65. – توفيق حسن فرج: القانون الروماني: مرجع سابق، ص. 121 وما بعدها.

[1]- انظر في هذه المعاني وما يقاربها: -زهدي يكن: تاريخ القانون: مرجع سابق، ص. 264 الهامش 1. –محمد معروف الدواليبي: الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها: مرجع سابق، ج.1 ص. 368 الهامش 1.

[2]- يعد البلجيكي فرانسوا لوران (F. Laurent) (1810-1887)، وكان أستاذا بجامعة كاند (Gand)، من الممثلين الرئيسيين لمدرسة الشرح على المتون خلال النصف الثاني من القرن 19م. لا بل الأكثر من هذا، فإن لوران ظل، على الرغم مما طرأ من تغيرات على التأويل الحرفي النحوي للنصوص الغامضة أو المبهمة على الأقل منذ سنة 1880، مدافعا أمينا عن التأويل الحرفي النحوي. انظر في هذا الصدد: -إدوارد دوكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات: مرجع سابق، رقم 37 ص.75 وما بعدها. – أندري – جان أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه من القرن 19 إلى الوقت الراهن: مرجع سابق، ص. 58.

- Guido Fasso : Histoire de la philosophie du Droit : XIX et XX siècles, traduit de l'italien par Catherine Rouffet, L.G.D.J., 1976, p.12.

- Julien Bonnecase : La pensée juridique Française de 1804 à l'heure présente : Ses variations et ses traits essentiels, t.1, 1933, p.p. 291 et 295.

[3] - F. Laurent : Principes de Droit civil Français, tome seizième, Nos : 179 et 502

- والجدير بالإشارة أن مؤلف لوران في مجموعه يقع في 33 جزءا تم الفراغ منها بكاملها سنة 1878, وهي السنة التي صدرت فيها الطبعة الثالثة للجزء السادس عشر المشار إليه في المتن. وهذه الطبعة هي التي اعتمدناها في هذه الدراسة.

[4]- يعد ج.ش.ف. دومولومب (1804-1887)، الأستاذ بكلية الحقوق بكاين (Caen)، بدوره من الممثلين الرئيسيين لمدرسة الشرح على المتون خلال النصف الثاني من القرن 19م. بل إنه يلقب بأمير المتونيين. ويقع مؤلفه بمجموعه في 31 مجلدا صدرت طبعته الأولى سنة 1844. غير أن دومولومب لم ينجز مؤلفه بالكامل إذ توقف عند عقد الزواج الذي أكمله كيوار (Guillouard) المنتمي إلى المرحلة الثالثة لمدرسة الشرح على المتون وهي مرحلة انحطاط المدرسة وتبدأ من سنة 1880: انظر في هذا الصدد: إدوارد دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 34 ص. 71 وما بعدها. – أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع إلخ.. مرجع سابق، ص. 63 و117. –كيدو فاسو: تاريخ فلسفة القانون،

* القراران الصادران عن محكمة النقض الفرنسية على التوالي في 15 أبريل 1872[2] و6 مارس 1876[3].

* المجلة العثمانية للأحكام العدلية: المواد 12 و13 و14 من هذه المجلة[4].

* كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري الحنفي: ص. 160 من الجزء الأول من هذا الكتاب حسب طبعة كلكوتا لسنة 1826[5].

* شرح عبد الله بن محمد الحموي لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي والمسمى بغمز عيون البصائر: الصفحتان 274 و305 من الجزء الأول المنشور مع الأشباه والنظائر حسب طبعة كلكوتا المارة بنا[6].

المبحث التمهيدي الثالث :
تصنيف أصول الفصل 461 موضوع الجرد من الطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون لـ ق.ل.ع. ومن المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية

197- عند المقارنة بين الجرد الذي قمنا به في المبحث التمهيدي الأول وكذا في المبحث التمهيدي الثاني يتبين أن الطبعة الفرنسية، الصادرة سنة 1914، عن

القرنان 19 و20م: مرجع سابق، ص.12. -جوليان بونكار: الفكر القانوني الفرنسي من 1804 إلى الوقت الحاضر: تغيراته وخطوطه الرئيسية: مرجع سابق، ج.1. ص. 288 وما بعدها و295 و296 وما بعدها.
Léon Husson : « Analyse critique de la méthode de l'exégèse ». in Archives de philosophie du Droit, tome 17 : L'interprétation dans le Droit, Sirey, 1972, p. 119.

[1]- لقد عنون دومولومب المجلد 25 من مؤلفه بالمبسوط في العقود أو الالتزامات الاتفاقية. ولقد اعتمدنا، في هذه الدراسة، على طبعة 1869 للجزء الثاني من هذا المجلد الخامس والعشرين. أما العنوان الفرنسي لهذا المؤلف فهو كالتالي:

-J.C.F. Demolombe : Cours de code Napoléon : Livre Troisième – titre troisième : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Volume 25 : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome deuxième, Paris, 1869.

[2]- هذا القرار منشور بداللوز – بيريوديك، السنة 1872، القسم الأول، ص. 176 حسب سانتيانا.
[3]- هذا القرار منشور بداللوز –بيريوديك، السنة 1876، القسم الأول، ص. 193حسب سانتيانا.
[4]- انظر فقرة 195 قبله.
[5]- انظر فقرة 195 قبله.
[6]- الحموي من فقهاء القرن 17م.

المطبعة الوطنية الفرنسية للظهير المكون لـ ق.ل.ع. قد أغفلت الإشارة إلى بعض الأصول المتمثلة في الديجست والفقيهين فرانسوا لوران ودومولومب وقراري محكمة النقض الفرنسية وشرح الحموي للأشباه والنظائر لابن النجيم. وبالمقابل فإن المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية لم يشر إلى الفصل 1/1281 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889.

وعلى الرغم من أن الأصول المسطرة في المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية هي التي تستوجب الاعتبار كمنطلق في البحث عن الأصول الفعلية للفصل 461 مغربي إلا أن الإغفال من جهة والزيادة من جهة أخرى واللذين تتصف بهما الطبعة المذكورة لظ.ل.ع. لا نرى فيها تقصيرا ومبالغة بالنسبة لمن يريد الاكتفاء بهذه الطبعة في بحثه عن الأصول باعتبار أن الإشارة إلى القانون المدني الإسباني لسنة 1889 معناه الإشارة إلى الفقه التقليدي الذي كان يمارس تأثيره البين ليس على القضاء فقط كما حصل بالنسبة إلى قراري محكمة النقض الفرنسية المارين بنا وإنما أيضا على المشرع[1] كما حصل بالنسبة إلى القانون المدني الإسباني لسنة 1889. ولا أدل على ذلك من الفصل 1/1281 منه؛ إذ يقول عنه إدوارد دوكالاطاي إنه منقول بالحرف من الفصل 1096 من المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني[2] والذي أعده فرانسوا لوران البلجيكي سنة 1884[3].

وكذلك فإن إغفال الطبعة المذكورة لظ.ل.ع. ذكر الديجست إلى جانب المدونة الثانية ليوستينيان لا يضر، على الرغم من أهمية الديجست على مستوى البحث بالمقارنة مع هذه المدونة، مادام أنهما قد تعرضا معا لنفس النص الفقهي وهو كما سنرى في حينه نص الفقيه بَوْلوس.

ونفس الأمر ينطبق على عدم ذكر شرح الحموي بجانب مؤلف ابن نجيم الحنفي لأن الفقيهين معا ينتميان إلى نفس المذهب الحنفي ولأن الحموي من جهة أخرى لم يقم إلا بتوضيح (تفسير) مؤلف ابن نجيم.

[1]- إن تأثير الفقه التقليدي المهيمن على القرن التاسع عشر يبدو جليا حتى على القانون المدني للأراضي المنخفضة (هولندا) لسنة 1838 إذ نجد الفصل 1378 منه ينص على ما يلي:
« Lorsque les expressions d'une convention sont claires, il n'y a pas lieu à interprétation ».

- عن إدوارد دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 50 ص.106.

[2]- تنص الفقرة الأولى من الفصل 1096 من هذا المشروع التمهيدي على ما يلي:
« Si les termes d'une convention sont claires et ne laissent aucun doute sur l'intention des parties, il faut s'en tenir au sens littéral des clauses » :F. Laurent : Avant projet de révision du code civil, tome quatrième, articles 1050 à 1429, Bruxelles, 1884, p.88.

[3]- إدوارد دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 50 ص. 105. وننبه إلى أن إشارة هذا المرجع إلى الفصل 1251 مدني إسباني بدل 1281 هو مجرد خطأ مطبعي.

198- هكذا، وعلى الرغم من تعدد أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.، فإنه يمكن تصنيف هذه الأصول، من زاوية السبق الزمني على الأقل في الظهور، إلى صنفين:

- صنف قديم ويضم من جهة القانون الروماني (أي نص بَوْلوس المكرس في كل من الديجست والمدونة الثانية ليوستينيان) كما يضم من جهة أخرى الفقه الإسلامي الحنفي (أي المجلة العثمانية للأحكام العدلية وما كرسته من الآراء الواردة بالأساس في الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحها من طرف الحموي).

- صنف حديث ويضم من جهة الكتابات الفقهية الفرنسية لكل من لوران ودومولومب (وهي الكتابات التي تجسد مثل ما ينص عليه الفصل 1281 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889) كما يضم أيضا القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية.

ونرى أن نخصص لدراسة كل من الصنفين، في هذا الفصل، فرعا مستقلا كالتالي:

- **الفرع الأول : موقف الأصول القديمة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**
- **الفرع الثاني : موقف الأصول الحديثة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**

الفرع الأول :
موقف الأصول القديمة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

199- نعني بالأصول القديمة للفصل 461 من ق.ل.ع.م., وكما مر بنا في السابق، الفقه (القانون) الروماني من جهة، والفقه الإسلامي الحنفي من جهة أخرى.

وسنعالج كلا الفقهين في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول : موقف الفقه (القانون) الروماني من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال نص الفقيه بولوس.**
- **المبحث الثاني : موقف الفقه (الإسلامي) الحنفي من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال المجلة العثمانية للأحكام العدلية.**

المبحث الأول :
موقف الفقه (القانون) الروماني من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال نص الفقيه بَوْلوس

200- إن ما يعنينا في موقف الفقه (القانون) الروماني من تأويل ما هو صريح من الألفاظ في العقود بالأساس هو فهم النص الفقهي لبَوْلوس المعتبر من أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.

ولكن بما أن الفقيه لا يعيش في وسط منعزل تنساب إليه فيه أفكاره وفتاويه من عين لا مغيث لها أو من نهر لا رافد له[1]، إذ هو في الحقيقة بمثابة خزان من التراكمات الفقهية السابقة عنه؛ لذلك فإن إغفال محاولة تلمس هذه التراكمات التي ترتد في آخر المطاف إلى الواقع الاقتصادي والاجتماعي والعقائدي الذي انجر عنه فكر الفقيه، سيكون من جهة ضربا من الجهل بفكر هذا الفقيه أو على الأقل من سوء فهمه، ومن جهة أخرى تسليما بجمود الفكر الإنساني لانطباق ما يرجع منه إلى ما قبل الميلاد أو بدايته على مجتمع بداية القرن الواحد والعشرين لما بعد الميلاد: وهذا

[1]- انظر ما يماثل هذه الفكرة في:
- Michel Villey : « modes classiques d'interprétation » in Archives de philosophie du Droit, t.17 : L'interprétation dans le Droit, Sirey 1972. p .73.

هو عين العبث لما في هذا الأمر من اختزال بل ونكران للتاريخ وكذا من جحود لقدرة كل مجتمع على خلق ما يناسبه من الأفكار ولو عن طريق تطوير أفكاره السابقة أو أفكار المجتمعات الأخرى. ولهذا الاعتبار نرى أن نتطرق إلى الظروف التاريخية، حتى لا نقول الاقتصادية والاجتماعية والعقائدية، التي تمخض عنها النص الفقهي لبَوْلوس الروماني قبل القيام بمحاولة تلمس دلالة هذا النص الفقهي.

وهكذا فإننا سنتناول هذا المبحث بالدرس في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول: الظروف التاريخية التي تمخض عنها النص الفقهي لبولوس الروماني.**
- **المطلب الثاني: دلالة النص الفقهي لبولوس الروماني.**

المطلب الأول :
الظروف التاريخية التي تمخض عنها النص الفقهي لبولوس الروماني

201- "على رأس تاريخ القانون نستطيع كتابة هذا الشعار" في البدء كان اللفظ (الفعل) –in principio erat verbum- سواء كان هذا اللفظ مكتوبا أو منطوقا بصيغة محددة. إنه سر الشعوب الصبية حيث يمنحه الإيمان الساذج قوة غيبية.... إن اللفظ بالنسبة إلى الرومان القديم، قوة: فهو يشد الوثاق ويفكه. وإذا كان في غير مقدوره نقل الجبال من أماكنها فإنه يستطيع دائما نقل الغلات من مكان إلى آخر"[1].

فلقد كان الروماني القديم غارقا في البداوة، حتى لا نقول بدائيا، ويعيش في وسط منغلق على ما يغله بنفسه[2] إما عن طريق الرعي – قبل تأسيس روما- أو الفلاحة منذ مطلع القرن 7 ق.م.[1].

[1]- بهذه العبارات استهل فون إيهرينج الفقرة 49 من الجزء الثالث من كتابه:
- R. Von Ihering : L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement –traduit sur la 3ème édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, t.3, Paris, 1877, par. 49, p. 129 et s.
- والجملة الأولى في عبارات إيهرينج إنما هي من مستهل الإنجيل (البشارة) كما دونه (دونها) يوحنا (Jean): " في البدء كـــان الكلمة والكلمة كان عند الله وكان الكلمة' الله ".

[2]- أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود: مرجع سبقت الإشارة إليه في القسم الأول قبله، ص. 13.- محمد معروف الدواليبي: الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها: مرجع سابق,ج.1, ص.189 و ما بعدها .- صبيح مسكوني : القانون الروماني :مرجع سابق, ص.23. – توفيق حسن فرج: القانون الروماني: مرجع سابق، ص 10.

ولاشك أن مجتمعا كهذا، حيث تنعدم العلاقات الاقتصادية أو تكاد، يصعب معه تصور إمكانية إبرام العقود المشكلة في الواقع للمظهر القانوني للعلاقات الاقتصادية.

202- ولكن على فرض تصور وجود بعض هذه العقود[2]، فهل يمكن تصور تأويل الفعل اللفظي المنطوق أو المكتوب والذي يوجد هذه التصرفات القانونية؟

حسب كوكييه فإن مسألة التأويل في عهد الشكلية البدائية لم تكن تطرح ولا يمكن لها أن تطرح لأن القاضي كان مجرد شخص عادي يعين، كتحكم، بالصدفة أو يقع عليه اختيار الطرفين[3]. وهذا الأخير لم يكن يهمه إلا معاينة الواقعة المادية (أي الشكل).[4] ونستطيع أن نضيف، في ضوء تأمل الممارسات القانونية لدى الرومان القدامى، أن هذا الشكل الذي يتوقف عنده القاضي لم يكن يحترم لذاته وإنما لِما يجسده من الرمزية التي طبعت العقلية الرومانية القديمة[5].

[1]- جاك إيلول: تاريخ المؤسسات: مرجع سابق، 1-2/ العصر القديم، ص. 225 و228 وما بعدها. – وتجدر الإشارة إلى أن الأسطورة الرومانية تقول بتأسيس روما في القرن الثامن ق.م. (سنة 754 ق.م) من طرف رومولوس (Romulus) الذي سطر خطوطها بالمحراث: انظر في هذه الأسطورة: نفس المرجع السابق لمحمد معروف الدواليبي: ص. 160 وما بعدها و164 وما بعدها. – وانظر في التعليق على هذه الأسطورة: نفس المرجع قبله لجاك إيلول: ص. 227. –والمحراث في نظر إيهرينج (نفس المرجع قبله، ص 249) هو الرمز الطبيعي للحياة في مكان ثابت وقار.

[2]- إن التطورات التي انبثقت عنها فكرة العقد تظل غامضة نظرا لكون القانون الروماني البدائي لم يكن يتدخل لتوضيح ما يجري به العمل في ميدان التبادل. ومن المحتمل أن تكون هذه التطورات قد انتقلت من مرحلة تكريس الحق العيني إلى مرحلة تكريس الحق الشخصي. والغالب لدى المهتمين بدراسة تاريخ القانون الروماني أن وسيلة الاستدانة المسماة بالنيكسوم (Nexum) تعد من الوسائل التي كانت تستخدم في آخر مراحل التطور التي انجر عنها مفهوم العقد. غير أنه يُجهل ما إذا كان النيكسوم قد شهد تطورا ارتقى به إلى مصاف العقد أم أنه ألغي قبل أن يشهد هذا التطور باعتبار أن أهميته اضمحلت عقب ظهور قانون بوتيليا بابيريا (Poetelia papiria) الذي انتزعه العوام من الأرستقراطية الحاكمة في القرن 4. ق.م. للتخفيف من ثقل النيكسوم على المدينين: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال:
- Paul Ourliac et J. de Malfosse : Histoire du Droit privé, t.1. : Les obligations, P.U.F., Paris, 1961, p. 16 et s.
- Nooman M.K. Gomaa : Théorie des sources de l'obligation L.G.D.J., Paris, 1968, p. 48.

[3]- محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها و57 وما بعدها.

[4]- كوكييه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق، ص. 9 وما بعدها. – جورج دُورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 28 وما بعدها. – أحمد ماهر: المرجع السابق، ص. 12 وما بعدها.

[5]- من هذه الممارسات القانونية يمكن أن نذكر طريقة القبض باليد أي أسلوب الإشهاد (mancipatio) وهو أسلوب كان الشيء ينتقل به إلى الشخص من أجل الاختصاص به حتى لا نقول من أجل تملكه: فهذا الأسلوب يبلور جملة من العلامات الرمزية: فلقد كان يتم عن طريق التلفظ بصيغ لفظية معينة وحامل ميزان وقطعه من نحاس وحفنة من تراب، إن كان الشيء عقارا، وحضور خمسة: (انظر في هذا الصدد مثلا: - جاك إيلول: تاريخ المؤسسات: مرجع سابق. 1-2/العصر القديم، ص. 252. – زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية: مرجع سابق ص. 145. –تاريخ القانون: مرجع سابق، ص. 205 وما بعدها. – صبيح مسكوني: القانون الروماني: مرجع سابق، ص 162 وما بعدها. – محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص. 261 وما بعدها. – توفيق حسن فرج: القانون الروماني: مرجع سابق، ص. 293 وما بعدها. – عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: مرجع سابق: ما جاء في هامش كل من ص. 12 و13) – ويرمز احترام الصيغ المعينة المتلفظ بها

203- ولقد انتقل القانون الروماني من دائرة الرمزية المطلقة[1] إلى دائرة العلمنة النسبية بصدور قانون الألواح الاثني عشر، وهو لا يعتبر مدونة بالمفهوم الحالي[2]، في منتصف القرن الخامس ق.م.[3] ولكنه لم يدخل في طور العلمنة الحقيقية إلا في القرن الثالث ق.م.[4]

وهذا قد يعني الالتفات إلى الشخص في حد ذاته بدل الاقتصار على الالتفات إلى الغيبيات في تصرفاته القانونية وبالتالي ربما الالتفات إلى نيته على الرغم من بقاء السيادة للشكلية[5].

والواقع أنه لا يمكن الحديث هنا أيضا عن التأويل بمعناه المتداول حاليا. وعلى فرض التسليم بوجوده وبتصوره[6] فإنه لم يكن ليخرج عن التفسير الحرفي الملتصق أيما التصاق بالتعبير (باللفظ المنطوق أو المكتوب)[1].

في أسلوب الإشهاد إلى الانضباط الذي ينبغي أن يتحلى به الروماني. والميزان وقطعة النحاس يرمزان إلى النقود. وقد كانت بدايتها قطعا من نحاس تقاس بالميزان. والحفنة من التراب ترمز إلى العقار موضوع النقل. والشهود الخمسة يرمزون إلى موافقة الجماعة (المجتمع، الدولة)، (انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإدارة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964، ص. 18 الهامش 2). – أما عنوان الطريقة أو الأسلوب أي المانسيباسيو فإنه يرمز إلى القوة، ومظنتها (اليد) (manus)، التي تنفذ ما يأمر به اللسان (اللفظ). وهي التي وجدت لتأخذ. والأخذ بالاستيلاء أصل الاختصاص والتملك عند الرومان ولذلك كان الرمح، وهو امتداد لليد، بدوره رمزا للملكية: (انظر في هذا الصدد: فون إيهرينج: روح القانون الروماني في مختلف مراحل تطوره: مرجع سابق، ج.3 ص. 110 و114 و225 و251 وما بعدها.

[1]- ذهب زهدي يكن إلى أن التفسير قبل عهد الألواح الاثني عشر وبعده بقليل كان من اختصاص الكهنة دون غيرهم من طبقة الأشراف: تاريخ القانون: مرجع سابق، ص 321 . –انظر أيضا:

- Gilbert Hanard : « Interprétation » et normes de droit privé sous la république et le principat ». in l'interprétation en Droit. –Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p. 395 et s.

[2]- جيلبيرت هانارد: مقاله المشار إليه قبله، ص. 397 وما بعدها.

[3]- محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص. 244 ومن 247 إلى 260 و225 و226.

- صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص. 32 وما بعدها. - توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص .26 وما بعدها. وانظر أيضا في ظروف وضع هذا القانون وفي إيذان هذا القانون بعلمنة القانون وفي الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي ميزت القرنين الخامس والرابع ق.م. :جاك إيلول: المرجع السابق، ص. 284 وما بعدها، و289 وما بعدها، و228 وما بعدها.

[4]- يذهب عمر ممدوح مصطفى إلى أن الانفصال التام عن الدين حصل بعد نشر صيغ التقاضي والتقويم الديني سنة 314 ق.م. :عمر ممدوح مصطفى: "الفقه عند الرومان" (منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية لكلية الحقوق في جامعة فاروق الأول، السنة الثالثة، العدد الرابع، أكتوبر –ديسمبر 1948، مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية، رقم 2 ص.596).

[5]- إن الشكلية حسب فون إيهرينج (في مرجعه السابق.ج.3) ارتبطت بالتصرفات القانونية ارتباط الدمغة بالنقود (ص. 178) ولذلك فإن الشكلية تعد خاتم (le sceau) الإرادة القانونية المسطرة (ص. 197).

[6]- لقد تصور إيهرينج (في مرجعه السابق، الجزء الثاني، فقرة 41 ص. 296) أن اختيار العبارات، التي كانت تفرغ فيها المقتضيات الجوهرية للتصرف القانوني، كان بلا شك في الأصل حرا بصفة كاملة ولكن التحامل القانوني كان ينتقي من هذه العبارات ما هو أكثر ملاءمة وأقل إبهاما أو غموضا إلى أن أصبحت بعض الألفاظ المتميزة مفروضة في بعض التصرفات. وتُبين لنا تعاليم الفقهاء اللاحقين أن استخدام هذه الألفاظ المقدسة كان إلزاميا في عهدهم إلى درجة أن إغفالها يترتب عليه بطلان التصرف. ولكن لم يقم أحد بتنظيم هذا الشرط في شكل قانون فهو كان من

204- غير أن تطور التجارة التي سبق للإتروسكيين أن أدخلوها معهم خاصة عندما استفحلت هيمنتهم على روما في القرن 6 ق.م[2]، لاشك أنه أدى إلى اتساع نطاق التصرفات المتعامل بها حتى خارج تلك المحددة في القانون بالمعنى المضبوط (le droit strict).

كما أدى التفتح الذهني المنجر عن هذه التجارة، مع شعوب غير رومانية بالأساس وكذا ما تقتضيه من المرونة لأجل تسهيل التداول وضمان سرعته، إلى التخفيف من الشكلية حيث كانت متصلبة أو إلى الاستغناء عنها في التصرفات التي لم يكن يعرفها القانون القديم.

وأمام تزايد هذه التصرفات فإن الدولة ستضطر إلى حمايتها عن طريق البريطور بدعاوى واقعية. وسيكون القاضي مضطرا، عند حسمه النزاع، لأن يثير مسألة المفاضلة بين ما يدل على انعقاد وقيام هذه التصرفات (اللفظ المنطوق أو المكتوب) من جهة وبين حقيقتها (النية).

205- ولقد كان من مظان انتصار الواقع على القانون ظهور مجموعة من الوسائل الواقعية في التعاقد القائمة على التسليم المصحوب ببقت[3] (اتفاق) الرد. (pacte de restitution).واصطحاب البقت بالرد للتسليم قد أضاف إلى الدور الأصلي الذي يضطلع به هذا التسليم، وهو نقل الملكية، دورا آخر لا يمكن تحديده إلا بالرجوع إلى البقت (الاتفاق) الحاصل بتوافق الإرادتين ليس إلا: أي بالرجوع إلى نية الطرفين وبالتالي إلى التأويل[4]. ومن هنا سميت هذه الوسائل الواقعية بالتصرفات

مقتضيات التعامل القانوني. وهذا الأمر يعود إلى العهد القديم الذي تمكن فيه تأويل خجول من إلصاق النية بالألفاظ ليس إلا.

[1]- انظر فيمن يقول بهذا التفسير، صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني: مرجع سابق، ص. 21.

[2]- جاك إيلول: المرجع السابق، ص. 226 و228. – محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص. 169 و192 و226 وما بعدها. و275.

[3]- يقول بتدلي صليبا الجوزي في معرض حديثه عن الاصطلاحات التي دخلت إلى اللغة العربية: "والبقت من pactum أي بمعنى الضريبة أو الهدنة أو السلم وردت في معاهدة عمرو بن العاص مع أهل مصر" :دراسات عن اللغة والتاريخ الاقتصادي والاجتماعي عند العرب، ط.1، دار الطليعة، بيروت، 1977، ص 307. – وهذا المعنى يتلاءم وما ذهب إليه بعض شراح الأصل اللغوي لكلمة pactum إذ قالوا إن أصلها هو pax" ومن ثم فهي تعني الصلح بين متحاربين وهي مشتقة من pacere.... وتستعمل مجازا للدلالة على التفاهم، التصالح، التراضي...." ومع ذلك فهناك من يرى أن اللفظة مشتقة من pac ويوجد هذا الأصل في الأفعال pacere, pacisci, pagnere وهي تعني التراضي.... وعند فريق آخر لفظ pactum مشتق من الأصل السنسكريتي pac وهو مثل لفظ legare يعني يقيد أو يحدد ومنها اشتق معنى يربط مجازاو يستعمل للدلالة على التراضي أو توافق الإرادتين...." عن صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق، ص. 42 الهامش 1.

[4]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 11 و13.

القائمة على حسن النية، كالوديعة والعارية والرهن الحيازي، والمتفرعة عن أصل المتمثل في الفيدوشيا (fiduciae) المرتكزة بدورها على حسن النية والثقة[1].

206- ولقد ازدادت أهمية التأويل أكثر عندما تجاوزت العقلية القانونية الرومانية طريق الواقعية لتأخذ بأسلوب البراكماتية والمنفعة العملية في التعامل بسبب ظهور مجموعة من وسائل التبادل كالعقود الرضائية من بيع وكراء ووكالة وشركة وكذا البقتات (الاتفاقات) البريطورية[2]، والبقتات (الاتفاقات) المشروعة (pactes légitimes)[3] من جهة والاتفاقات غير المحددة العنوان أي ما يصطلح عليه بالعقود غير المسماة (praescriptis verbis)[4] من جهة أخرى.

[1]- راجع في هذه العقود على سبيل المثال:

- A –E. Giffart et Robert Villers : Droit Romain et ancien droit Français (obligations), quatrième édition, Dalloz, Paris, 1976, pp. 87 à 95.

- أورليك ومالفوس: تاريخ القانون الخاص: مرجع سابق، ج.1 :الالتزامات، من ص. 231 إلى 249. – صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص. 76 وما بعدها. – صبيح مسكوني: المرجع السابق، من ص. 239 إلى 249. – توفيق حسن فرج: المرجع السابق، من ص. 407 إلى 410.

[2]- كانت البقتات (الاتفاقات) البريطورية محمية من طرف البريطور بدعاوى واقعية. ومنها على سبيل المثال بقت (اتفاق) اليمين (Le pacte de serment) أي اليمين المتفق على أدائها من قبل أحد المتنازعين من أجل حسم النزاع لصالح مؤديها، وبقتات (اتفاقات) العهدة (les recepta) كبقت عهدة التحكيم (receptum arbitri) ويتم بين الأشخاص الذين يقررون حسم نزاعهم باللجوء إلى حكم يختارونه فيقبل الحكم بهذا الاختيار، وبقت تأجيل الدين (Le pacte de constitut) وبموجبه يتعهد شخص بأداء دين سابق في ذمته أو في ذمة أحد من الأغيار: انظر في هذا الصدد: نعمان جمعة:المرجع السابق، ص. 51. - أورليك ومالفوس: المرجع السابق، ص. 31 وما بعدها و34. – جيفارد وفيلليرس: المرجع السابق، ص. 112 وما بعدها ومن 115 إلى 118. – صبيح مسكوني: المرجع السابق، من ص. 315 إلى 317. – توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص. 2.

[3]- كانت البقتات (الاتفاقات) المشروعة بالقوانين الإمبراطورية في عهد الإمبراطورية السفلى. ومنها الاتفاق على حسم النزاع عن طريق 4التحكيم (Le compromis) واتفاق الدوطة (la constitution de dot) واتفاق الهبة (العطية) (pacte de donation). ولقد أصبحت هذه البقتات محمية، في عهد بوستينيان، بدعاوى قانونية بدل الدعاوى الواقعية: -انظر على سبيل المثال: نعمان جمعة: المرجع السابق، ص 52. –جيفارد وفيلليرس: المرجع السابق، من ص. 125 إلى 127. –صبيح مسكوني: المرجع السابق، من ص 322 إلى 329. – توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص.403.

[4]- جاءت تسمية هذه الاتفاقات من الدعوى الواقعية التي كانت تحمى بها من قبل البريطور قبل أن تحظى بحماية القانون المدني خلال القرن 2م. حينما توقف نشاط البريطور وتجمد. ويلاحظ أن الرأي السائد بين شراح القانون الروماني المحدثين يذهب إلى أن العقد غير المسمى لم تنتظمه نظرية عامة إلا على أيدي أساتذة مدرسة بيروت في القرن 5م.، وأن شراح القانون الروماني في العصور الوسطى هم الذين عمموا اصطلاح العقد غير المسمى وأطلقوه على كل اتفاق لا يدخل ضمن أحد النماذج المقررة في القانون. وهذا العقد لا يتكون إلا عند قيام أحد الطرفين بتنفيذه. بمعنى أن هذا الاتفاق لا يلزم أحد الطرفين إلا إذا قام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه: انظر: - نعمان جمعة: المرجع السابق، ص 50.- صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق، ص 109 وما بعدها و136 و150 وكذا 99 وما بعدها. – أورليك ومالفوس: المرجع السابق، ص. 297 وما بعدها. – جيفارد وفيلليرس: المرجع السابق، ص. 130 وما بعدها و136 وما بعدها و140 وما بعدها و145 وما بعدها. – صبيح مسكوني: المرجع السابق، من ص. 329 إلى 341. – توفيق حسن فرج: المرجع السابق، من ص. 398 إلى 401. – عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد دار الكتب المصرية، 1934، ص 120 وما بعدها.

207- إن السماح للقاضي بتأويل ما مر بنا من الاتفاقات معناه منح السلطة التقديرية للقاضي. وإذا كان المنطق يفرض ازدياد وعاء هذه السلطة مع استمرار تطور وسائل التبادل؛ فإن هذا المنطق لم يسعفه واقع ما حصل بالفعل، ذلك أنه منذ بداية العهد الإمبراطوري[1] أصبحت لآراء الفقهاء الذين سمح لهم بالإفتاء طابع رسمي وبالتالي تشريعي كما يقول كوكييه[2] . ثم إن هذه الفتاوى، وخاصة تلك التي صدرت عن كايوس (Gaius)[3] وبابينيانوس (Papinianus)[4] وبولوس (Paulus)[5] وأولبيانوس (Ulpianus)[6] وموديستينوس (Modestinus)[7]- وكلهم من كبار الموظفين- على سبيل المثال، أصبحت لها القوة الملزمة في القرن الخامس الميلاد عقب صدور المرسوم الإمبراطوري سنة 426م.[8].

[1]- يبدا العهد الإمبراطوري بتولي الإمبراطور أغسطس (Auguste) الحكم سنة 27 ق.م. وينتهي ببدء حكم ديوكليسيانوس (Dioclétien) سنة 284م. حيث قسمت الإمبراطورية إلى الإمبراطورية العليا والإمبراطورية السفلى التي انتهت بوفاة يوستينيان سنة 565م. : صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص. 19. – عمر ممدوح مصطفى: "الفقه عند الرومان": مقال مشار إليه في السابق، رقم 5 ص. 600.

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 16.

[3]-كايوس من فقهاء القرن 2م. ولد بآسيا الصغرى، وربما بصور الفينيقية كما ورد عند أولبيانوس. وتلقى فيها تربية يونانية ثم انتقل إلى روما التي عاش فيها حتى في ظل حكم مارك أوريل (161م. -180م). وأهم ما اشتهر به كايوس هو مؤلفه النظم (Institutes) الصادرسنة 143م. : عن:

- E. Glasson : Etude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du Droit Romain, Paris, 1885, pp. 18, 21 et 25.

- جاك إيلول: المرجع السابق، ص. 474. – زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية؛ مرجع سابق، ص. 88 الهامش 2.

[4]- أصله أرامي –حسب جاك إيلول- من مواليد بيروت- حسب زهدي يكن- عاش في أواخر القرن الثاني وبداية القرن الثالث م. وحكم عليه بالإعدام من طرف كاراكالا سنة 212م. وكان يلقب بأمير الفقهاء. وفيه قال يوستان (Justin) عندما يبدي بابينيانوس رأيا في مسالة فإنه ينبغي إهمال جميع الآراء الأخرى: - جاك إيلول: المرجع السابق، ص. 474. – زهدي يكن: المرجع المشار إليه قبله: ص. 88 الهامش 3. - فابروكيت: المرجع السابق، ص. 250..

[5]- من فقهاء أواخر القرن الثاني وبداية القرن الثالث م.وهو من مواليد صور قيل عن منهجه إنه يتميز بأصالة كبيرة وإن الديجست يتضمن حوالي 2080 فقرة من نصوصه: - جاك إيلول: المرجع السابق، ص. 474. – زهدي يكن المرجع المشار إليه قبله، ص. 88 الهامش 5.

[6]- من مواليد بيروت أو صور. عاصر الفقيه بولوس. ويتميز منهجه بالوضوح. قيل إن ما لا يقل عن ثلث الديجست عبارة عن نصوص لأولبيانوس (2462 فقرة): - جاك إيلول: المرجع السابق، ص 470 و474. – زهدي يكن: المرجع المشار إليه قبله، ص. 88 الهامش 4.

[7]- "من تلامذة ألبيانوس. ويعتبر آخر الفقهاء الكلاسيكيين. عاش في القرن الثالث" :(عن زهدي يكن: المرجع قبله، ص 88 الهامش 6). بمعنى أن هذا الفقيه هو آخر فقيه ينتمي إلى العصر الكلاسيكي أو العصر العلمي كما يسميه البعض، والممتد حسب هؤلاء من صدور قانون إيبوسيا (Aebutia) في القرن 2 ق.م (حوالي 130 ق.م) إلى منتصف القرن 3 م. عن: صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص. 20.

[8]- محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص. 326 وما بعدها –والجدير بالإشارة أن محمد معروف الدواليبي يعتبر جميع الفقهاء المشار إليهم في المتن فينيقيين سوريين: نفس المرجع، ص 285 و326.

ويرجع انحصار السلطات التي تتمحض، بالضرورة المنطقية عن التأويل، للقاضي إلى كون فتاوى هؤلاء الفقهاء كانت تغطي الأغلبية الساحقة من النوازل. ولقد أدت إلزاميتها إلى اقتصار القاضي على الكشف عنها وتطبيقها[1].

208- وعلى الرغم من أن هؤلاء الفقهاء قد تأثروا بالفلسفة الرواقية الإغريقية[2] وربما حتى الفلسفة الأرسطية، الأمر الذي سمح لهم باعتماد نوع من المنطق الخطابي أو الصوري في التأويل إلى جانب أسلوب التفسير الحرفي لديهم؛ إلا أن انقسامهم ابتداء من عهد الإمبراطور أوغسطس إلى مدرستين هما المدرسة البروكولية (Proculien) والمدرسة السابينية (Sabinien)[3]، من المحتمل أن يكون قد أفضى بهم أول الأمر إلى الاختلاف فيما يرجع إلى مسألة تفضيل المعنى على اللفظ (الإرادة على التعبير) أو العكس.

وبما أن الديجست لا يعتبر إلا جُماعا لآراء الفقهاء المعتمدين خلال العصر الكلاسيكي (العلمي) بالأساس، لذلك نجده يستعرض في القسم 16 من الكتاب 50 منه الفتاوى التي قال بها هؤلاء الفقهاء في شأن التأويل وعنون هذا القسم بدلالة (معاني) الألفاظ (verborum significatione)[4]. كما أورد بعض هذه الفتاوى الفقهية في أقسام أخرى كما فعل بالنسبة إلى فتوى الفقيه بولوس المتعلقة بتأويل العقد

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 16.

[2] - Michel Villey : Leçons d'histoire de la philosophie du Droit, nouvelle édition, Dalloz, Paris, 1962, p.p. 31 à 33.

وجاء عند فيللي في هذا المرجع أن شيشرون يعطينا الدليل على رضائية العقود في قاعدة "إن العهد كان مسؤولا (pacta sunt servanda) .-أنظر أيضا محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص.224 و 277 وما بعدها و 340 و 352.- بيرنارد فونكليس : سياق القانون. أبحاث حول تأويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي : مرجع سبقت الإشارة إليه في القسم الأول، ص. 16.

-أنظر في هذا الصدد أيضا : برتراندهوسرل : تاريخ الفلسفة الغربية : الكتاب الأول : الفلسفة القديمة، ترجمة زكي نجيب محمود ، ط.2 ، القاهرة .1967 ص.410 و440 وما بعدها. ويقول براتراند هوسرل في نفس هذا المرجع (ص. 441) إن أثر الثقافة اليونانية أخذ يتناقص في الإمبراطورية الرومانية الغربية تناقصا سريعا منذ القرن 3م. فصاعدا. ويرجع هذا التناقص بالأساس إلى أن الثقافة بصفة عامة أخذت في التدهور والانهيار.

[3]- المدرسة البروكولية أسسها الفقيه لابيون (Labéon) المجدد في ميدان القانون الخاص على الرغم من بقائه وفيا للنظام الجمهوري. وتنسب هذه المدرسة إلى بروكولوس (Proculus) أحد أتباع لابيون. أما المدرسة السابينية فقد أسسها الفقيه كابيتو (Capito) المقلد في ميدان القانون الخاص مع أنه كان من أنصار النظام الإمبراطوري الجديد: عن جاك إيلول:المرجع السابق،ص. 473 وما بعدها. – كلاسون: محاولة حول كايوس وبعض الصعوبات المتعلقة بمصادر القانون الروماني: مرجع سابق، ص.61 و63 وما بعدها إلى 65 و68 وما بعدها. – زهدي يكن: تاريخ القانون: مرجع سابق، ص. 37 وما بعدها. – محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ج.1 ص. 324 وما بعدها؛ الجزء الثاني، ص. 256. – عمر ممدوح مصطفى: "الفقه عند الرومان". مقال سابق، رقم 4 ص.598 وما بعدها. – وتجدر الإشارة إلى أن المدرسة السابينية تنسب إلى سابينوس (Sabinus) أحد أتباع كابيتو. ويبدو أن هذه المدرسة هي التي انتصرت إذ نجد أغلب فقهاء القرن 2 م. ينتمون إليها. غير أنه، وتحت تأثير الفقهاء الكبار وبالأساس بابينيانوس وبولوس وأولبيانوس إمّحت آثار الفصل بين المدرستين في القرن 3م.

[4]- انظر في هذا الصدد: جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 36.

الصريحة (الواضحة) ألفاظه إذ جاءت في القسم 25 من الكتاب 32 من الديجست على الرغم من أن هذا القسم لا يتعلق بدلالة (معاني) الألفاظ أي التأويل[1].

المطلب الثاني :
دلالة النص الفقهي لبولوس الروماني

209- إن أهم القواعد التي تتصدر قسم دلالة (معاني) الألفاظ في الكتاب 50 من الديجست هي تلك القاعدة التي قال بها بابينيانوس وبموجبها فإنه "في الاتفاقات، ينبغي تغليب الإرادة على الألفاظ" أو "العبرة في الاتفاقات بالإرادة لا بالألفاظ"[2]. ومثل هذه القاعدة هي التي أكدها قانون الإمبراطور ليون (سنة 472م) فكرستها المدونة الثانية ليوستينيان. ويقضي قانون ليون بضرورة تغليب المعنى على اللفظ "فأصبحت العبرة – كما يقول صوفي حسن أبو طالب- بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[3].

210- غير أن سانتيبانا لم ير تبني هذه القاعدة في مشروعه التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية عبر الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي[4] إلا في حالة العقد غير الصريح (المبهم أو الغامض)[5].

[1]- لقد اتبع نفس هذا الأسلوب في المدوّنة الثانية ليوستينيان.

[2]- لقد عربنا هذه القاعدة عن ترجمتها الفرنسية من طرف رولان و بوابيه (في مرجعهما السابق: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر، ج.2 :الأمثال ص. 385). ونص هذه الترجمة الفرنسية كالتالي: " Dans les conventions, la volonté doit l'emporter sur les mots".

- انظر أيضا في هذه القاعدة:

-M. Biret : Application au code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste, t.2, Paris, 1824, p.22.

ولقد أثر بيريه أنه يترجم النص اللاتيني على وفق ما نعربه عنه كالتالي: "يجب البحث عن إرادة المتعاقدين بدل الوقوف عند الألفاظ التي استخدماها".

[3]- صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق، ص.8.

[4]- انظر فيما يخص تبني الفصل 1156 مدني لقاعدة بابينيانوس: بيريه: المرجع قبله، ج.2 ص.22.

- Jean – Michel Dufour : Code civil des français avec les sources où toute ses dispositions ont été puisées, t.2. Paris, 1806, p 293 et s.

- H.J. –B. Dard : Code civil des Français ou conférence du code civil avec les lois anciennes, 3ème édition, 1827, p 266.

[5]- لقد اعتمد سانتيبانا هذه القاعدة في الفصل 600 من مشروعه التمهيدي الذي تبنته المجلة التونسية للالتزامات والعقود في الفصل 515 منها. غير أن واضعي ق.ل.ع.م. ارتأوا إدماج هذا الفصل التونسي كفقرة ليس إلا في آخر الفصل 462 من هذا القانون المغربي.

فلقد آثر، كما مر بنا، أن يستهل قواعد التأويل، فيما يرجع إلى أصولها الفقهية، بالقانون الأول من القسم 25 من الكتاب 32 من الديجست. وهذا القانون يتضمن القاعدة التي قال بها الفقيه الروماني بولوس[1]. وتنص هذه القاعدة على أنه: "عندما لا يكون هناك غموض في ألفاظ العقد، فلا ينبغي السماح بالبحث عن الإرادة"[2].

211- والملاحظ أن الديجست سجل لبولوس نصا آخر يتعلق بالوصية جاء فيه أنه: "في الوصية يجب البحث عن كامل إرادة الوصي"[3].

فهل نحن هنا أمام تناقض بين موقفي بولوس من جهة وأمام تناقض قاعدته الأولى مع كل ما كرسه الديجست في القسم المتعلق بدلالة (معاني) الألفاظ من جهة أخرى وبالأساس قاعدة بابينيانوس المارة بنا؟

إن هذا السؤال في شقه الثاني نجد ما يماثله عند إدوارد دوكالاطاي الذي تساءل عما إذا القانون الروماني يشوبه تناقض؟ وبعدما نبه إلى أن قاعدة بابينيانوس (ضرورة البحث عن إرادة المتعاقدين) تدعمها في الديجست قواعد أخرى تسير في نفس الاتجاه المعاكس لقاعدة التأويل الأولى لبولوس المكتفية بالوقوف عند الألفاظ[4]؛ حاول دوكالاطاي التوفيق، بين قاعدتي بابينيانوس وقاعدة بولوس، جاعلا قاعدة ضرورة البحث عن إرادة المتعاقدين هي القاعدة الأساسية ذات المدلول العام بخلاف قاعدة بولوس التي تأخذ بضرورة عدم تحريف المعاني. وبهذه الطريقة التوفيقية تمكن دوكالاطاي من إبعاد التعارض بين القاعدتين بنظره إلى قاعدة بولوس على أن المقصود بها إنما يتمثل في أنه إذا كان ينبغي التمسك بالعبارة عندما تكون صريحة

[1]- إن بولوس من تلامذة أوليبيانوس وأحد مساعديه: عن محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ج. 1 ص .326.

[2] « .... Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio ." :De Callataÿ : op.cit. p.17.

ولقد ارتأى كابريبيل مارتي أن يترجم هذا النص اللاتيني كما يلي:

« On ne doit pas admettre de rechercher la volonté quand il n'y a pas d'ambiguïté dans les termes du contrat » :Gabriel Marty : « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats in travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique Française, t.5, 1949, p.85.

- E. De Gaudin De Lagrange : « L'interprétation des contrats » in jurisclasseur civil, 2, 1965, Articles 1156 à 1164, p. 2.

- Christian Talamon : Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats, Paris, 1926, p.42.

[3]- القانون 12 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست: عن كوكييه: المرجع السابق، ص.5.

[4]- كالقانون 7 من القسم العاشر من الكتاب 33 من الديجست والقانون 6 من القسم الأول من الكتاب 35 من الديجست وقانون مارسيليوس الوارد في القسم 69 من الكتاب 32 من الديجست: عن إدوارد دكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات: مرجع سابق، ص. 17 و18.

(واضحة) فليس لأن هذه العبارة تغلب (تتفوق عن) النية، وإنما على العكس لأنه يفترض فيها، إلى حين إثبات ما يخالف هذا الافتراض، أنها تبلور هذه النية حقيقة[1].

ونحن، إذا ما سايرنا هذا الرأي التوفيقي للجواب عن الشق الأول من تساؤلنا المتعلق بالتناقض الموجود بين قاعدتي بولوس نفسه، جاز لنا أن نذهب إلى أن المبدأ لديه هو الامتناع عن البحث عن الإرادة في التصرف (عقدا كان بالمفهوم الروماني أو وصية) متى دلت عباراته صراحة (بوضوح تام) على التراضي في العقد (القاعدة الأولى لبولوس) أو الإرادة في الوصية (القاعدة الثانية لبولوس). ولذلك عندما لا تدل هذه العبارات على الوضوح التام للإرادة في الوصية فإنه ينبغي البحث عن هذه الإرادة الكاملة الحقيقية. وما ينطبق على الإرادة الواحدة في الوصية يجب أن ينطبق أيضا على الإرادتين (التراضي) في العقد.

212- لاشك أن هذه النظرة التوفيقية إلى نصوص القانون الروماني والرامية إلى منح السيادة أو الغلبة للإرادة على التعبير، يساير موقف الفقه الحديث المناصر لما يسمى بالإرادة الباطنة. ومع ذلك فإن التعامل مع نصوص تعود إلى أكثر من ثمانية عشر قرنا بعقلية الفقه الحديث نرى فيه نوعا من التعسف والاختزال التاريخي المفضيين إلى تحريف النصوص[2].

فإذا كان صحيحا أن القانون الروماني قد تمكن، بفضل مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفلسفية، من الانتقال من مرحلة نستطيع أن نجعل شعارها يتمثل في أن "الشكل هو الذي يعطي الوجود لكل شيء" (Forma dat esse rei)[3] إلى مرحلة لم يعد يؤمن فيها بالشكلية على الأقل في مجموعة من التصرفات المار بنا التنويه إليها، وحيث أصبحت مادة الشيء هي التي تعطي الوجود لصورة الشيء وشكله, وأصبح المعنى هو الذي يمنح الحياة للفظ والإرادة للتعبير؛ فإن فقهاء الرومان المعتمدين في الديجست, وعلى رأسهم بابينيانوس وبولوس, لم يحدثوا قطيعة مع تقاليد الماضي: إنهم كانوا يعتمدون في كتاباتهم على النقل من أسلافهم ويحاولون

[1]- إدوارد دوكالاطاي: المرجع السابق ص. 19.

[2]- إن ظاهرة التحريف بدورها تمسك بها هؤلاء الفقهاء لجعل الديجست يتلاءم وتصورهم المنطقي لما ينبغي أن يكون إلى درجة أن جميع قواعد الديجست قد أصبحت في بداية القرن 20م. مذيلة بهوامش التحريفات التي تسبب فيها تريبونيان جامع النصوص الرومانية في الديجست: انظر في هذا الصدد: ميشيل فيللي: "الطرق الكلاسيكية للتأويل" مقال مشار إليه في السابق، ص. 82 و83. –ويذهب فيللي في نفس هذا المقال (ص.85) إلى أنه عند دراسة القوانين القديمة يجب وضع المفهوم الحديث للقانون في مستودع الملابس. فالقانون القديم لم يكن نظاما قانونيا موحدا (ordre juridique unitaire) بمفهوم كلسن (Kelsen) ولا نسقا (système) بمفهوم سافينيي (Savigny). إن القانون الروماني لم تكن له هيئة كاملة. إنه كان بمثابة بحث، بمثابة فن يتوفر على زمرة متناثرة من الأدوات المتمثلة في القواعد والأشباه والنظائر.

[3]- انظر في الإطار الصحيح الذي كانت تطبق فيه هذه القاعدة، وعلى سبيل المثال: رولان و بوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.2: الأمثال ص 333. وما بعدها و401.

تزكية مواقفهم بآراء الفقهاء القدامى (veteres) الذين ينتمي جانب كبير منهم إلى مرحلة الشكلية بمعناها المضبوط. ولاشك أن مصلحتهم في بقاء الدولة، وهم يتقلدون فيها أكبر الوظائف، واستمرارها على ما هي عليه هي التي كانت تملي عليهم هذا الأسلوب المحافظ. ونفس هذه المصلحة هي التي دفعتهم إلى أن يواكبوا ما فرضه الواقع العملي غير الرسمي من تقليص لنفوذ الشكلية أو من إبعاد نهائي لهذه الشكلية في بعض التصرفات بعد أن برر بعضهم هذه المواكبة بمفاهيم دخيلة[1] مستوردة من الإغريق كحسن النية والقسط (العدل) أو الإنصاف (aequitas)[2]. غير أن دورهم كفقهاء، يهدفون إلى إبقاء ما كان على ما كان، لم يكن ليسمح لهم بنكران الشكلية، وهي رمز "عظمة" الدولة الرومانية؛ ولذلك عملوا على تقييد الحرية التي اتجهت الممارسة الواقعية غير الرسمية نحو فرضها في ميدان تبادل الأموال بحيلة تبدو في الظاهر منسجمة حتى مع هذه الحرية ولكنها في العمق تجسد الشكلية[3] أو على الأقل تمثلها وبالتالي تذكر بها: وهذه الحيلة هي الصيغة اللفظية التي ينبغي أن يراعى فيها، لقيام التصرفات، استعمال ألفاظ تدل على الحال وليس على الاستقبال نظرا لكون هذه التصرفات لا تنبني على الاحتمال[4].

213- وهكذا نستطيع أن نقول، وخلافا لمن يرون أن القانون الروماني قد انتقل من الشكلية في العقود إلى الرضائية فيها بتكريس مبدأ "إن العهد كان مسؤولا" (Pacta sunt servanda)، إن هذا القانون قد انتقل من مرحلة عدم السماح للأشخاص باختيار غير النماذج العقدية المسطرة في القانون بالمعنى المضبوط إلى مرحلة الترخيص لهم باختيار أي نموذج يرونه ملائما لمصالحهم وبالتعبير بأي شكل من أشكال التعبير. ولكن هذه الحرية في اختيار النموذج والتعابير الملائمة قد توقفت عند هذا الحد ولم تتجاوزه من حيث الأصل والمبدأ إلى الانطلاق عند إعمال العقود بتنفيذها من مفاهيم النية (الحسنة) والإنصاف وما شابههما باعتبار أن النموذج العقدي

[1]- إن هذه "المفاهيم العائمة" كما يسميها جان رأي (في مرجعه السابق: محاولة حول البنية المنطقية للقانون المدني الفرنسي، ص. 258) تصلح لتبرير أي موقف، ولا أدل على ذلك من أن التاريخ المعاصر يشهد بكون هذه المفاهيم قد تمسكت بها المواقف الرامية إلى تمجيد الإرادة الفردية كما تمسكت بها تلك الهادفة إلى إهدار هذه الإرادة لتمجيد الدولة ليس إلا كما حصل للنازية.

[2]- حسب ميشيل فيللي فإن بابينيانوس وبولوس وآخرين تأثروا في تعريفهم للإنصاف والقانون الطبيعي بالفلسفة الإغريقية: دروس تاريخ فلسفة القانون: مرجع سابق، ص. 31 وما بعدها

[3]- باعتبار أن كل ما يتصل باحترام الظاهر أو الشكل أو الصورة أو الصيغة يعد من صميم الشكلية. وهذه الأخيرة، حتى في الوقت الحاضر "تعد -كما يقول جان ماييه- إحدى الوسائل التقنية التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق أغراضها" :عن:

- André - Jean Arnaud : Essai d'analyse structurale du code civil Français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise, L.G.D.J., Paris, 1973, p. 140.

[4]- انظر في الصيغ الزمنية، للألفاظ المعتد بها في قيام التصرفات القانونية: فون إيهرينج: روح القانون الروماني إلخ... مرجع سابق، ج.3، ص. 284 وما بعدها.

الذي يختاره الطرفان المتعاقدان يصبح يقينا، والصيغ اللفظية المعبر بها لتبيان هذا اليقين تصبح حقيقة. وما كان يقينا وحقيقة لا يمكن الانصراف عنه إلى الظن والمجاز إلا بالدليل. ومن هنا يجب احترام الألفاظ المعبر بها عن العقد على وفق القصد اللغوي منها أي معناها المباشر المنجر عن ترتيبها النحوي واستعمالها المألوف (وهذا هو المعنى الحرفي النحوي) ما لم يوجد دليل يؤكد انصراف الألفاظ إلى معنى آخر غير مباشر. ففي هذه الحالة يمكن الاستعانة حتى بالمنطق للوقوف على هذا المعنى غير المباشر[1].

214- وإذا كان هذا هو الفهم الذي يمكن أن نتلمس به قاعدة بولوس المانعة من تأويل العقود الصريحة، فإننا لا نرى في قاعدة بابينيانوس، المارة بنا، خروجا عن هذا المقصود بقاعدة بولوس، إذ إنّ فهم قاعدة بابينيانوس يحمل دائما على طرح السؤال: متى يجب البحث عن إرادة الطرفين في العقد؟[2]. وإذا كانت قاعدة بابينيانوس لا تجيب عن هذا السؤال إجابة قاطعة، فإن وضعها في سياق العقلية الرومانية السائدة يدفعنا إلى الإجابة بكون هذا البحث يجب أن يتم عندما يخرج الطرفان عن المألوف في استعمال الصيغ اللفظية. وبما أن المألوف، كما مر بنا، أن تستعمل الألفاظ على وفق معناها الحقيقي بالوضع أو بالعرف لذلك تقول، بعبارة أخرى، بوجوب البحث عن نية الطرفين عندما تكون ألفاظ العقد غير صريحة. وبهذا الفهم لا يكون هناك أي تناقض بين قاعدة بابينيانوس وقاعدة بولوس. فما عبر عنه منطوق قاعدة بابينيانوس يستفاد من مفهوم المخالفة في قاعدة بولوس. وما صرحت به قاعدة بولوس يستفاد من قاعدة بابينيانوس.

ومن هنا تكون القاعدة الجامعة، بين قاعدتي بابينيانوس وبولوس، أن إرادة المتعاقدين ينبغي تلمسها في ألفاظ العقد. ولذلك متى تبين أن هذه الألفاظ صريحة

[1]- انظر في هذا الصدد: فون إيهرينج: روح القانون الروماني إلخ...:مرجع سابق، ج.3 ص. 134 وما بعدها. – ويذهب إيهرينج في نفس هذا المرجع (ص. 136 و137) إلى أن القانون الروماني في مرحلته الأخيرة، قد تبنى، فيما يخص التصرفات القانونية المحددة في القانون بالمعنى المضبوط، التفسير النحوي وطبق على التصرفات القانونية الأخرى غير المحددة في القانون بالمعنى المضبوط منهج التأويل المنطقي. ويعبر الفقهاء عن هذا التمييز بثنائية اللفظ /الإرادة أو المحتوى. أما القانون الروماني القديم فلم يكن يعرف هذا التمييز وبالتالي فإنه كان يقتصر على التفسير الحرفي.

[2]- نقول البحث عن إرادة الطرفين في العقد انطلاقا من التسليم بإمكانية تصور البحث عن إرادة الطرفين في إطار القانون الروماني إذ هناك من لا يسلم بمثل هذا التصور. فاندري – جان أرنو يرى أن تأويل الاتفاقات عن طريق البحث عن إرادة الطرفين هو أحد المبادئ الأساسية في القانون المدني الفرنسي، للعقود. وهذا المبدأ لم يعرفه القانون الروماني مطلقا:

- André –Jean Arnaud : les origines doctrinales du code civil Français, L.G.D.J., Paris, 1969, p.200.

(واضحة) وجب الامتناع عن التأويل (in claris non fit interpretatio)[1] لأن التأويل يعقله ويوقفه الوضوح (الصراحة) (interpretatio cessat in claris)[2].

215- وإذا كانت هذه القاعدة الجامعة لا تستفاد إلا ضمنا عند بعض فقهاء الرومان، فإننا نجدها صريحة عندهم في ميدان تأويل القانون إلى درجة أن الدارسين المحدثين عندما يتعرضون لتأويل القانون لا يوردون إلا نفس النص الفقهي المنسوب إلى بولوس والمار بنا ولكنهم يعبرون عنه كالتالي: "إذا لم يكن هناك غموض في العبارة، فلا يجب البحث عن إرادة المشرع"[3].

إن المطابقة بين تأويل القانون (التشريع) وتأويل العقد قد تثير التحفظ، لما ينبغي أن يسود بينهما من تمييز على الأقل في نظر البعض[4]. ومع ذلك فإن تأويل النص القانوني –كما يقول فرانسوا جيني- كان مشابها إلى حد كبير لدى الرومان لتأويل النص العقدي[5]. وربما هذا "الخلط التام بين مناهج تأويل القانون وتأويل التصرفات القانونية"[6] هو الذي دفع بالفقهاء التقليديين في فرنسا، أمام خلو القانون المدني الفرنسي من نصوص خاصة بتأويل القانون، إلى المناداة بتطبيق قواعد تأويل العقود

[1]- انظر على سبيل المثال: بيرنارد فونكليس: سياق القانون. ابحاث حول تاويل التشريع في العمل الفقهي الكلاسيكي: مرجع سابق، ص.9.

[2]- انظر على سبيل المثال: خاييم بيريلمان: - "المنطق القانوني": مقال لبيريلمان مشار إليه في القسم الأول، رقم25 ص. 36 . –"التأويل القانوني": مقال لبيريلمان مشار إليه في السابق ,ص.30.

- Alfred Rieg : « Rapport français » présenté à l'occasion des journées Louisianaises de la nouvelle Orléans et Bâton Rouge : Travaux de l'association H. Capitant t.29 :L'interprétation par le juge des règles écrites, 1978, ed. Economica, Paris, 1980, p. 74.

[3] - « S'il n'y a pas une ambiguïté dans la lettre, il ne faut pas rechercher la volonté du législateur ».

- عن: - إينريكي بيدرو هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقق منهجية لتأويل التشريع: مرجع سبقت الإشارة إليه في القسم الأول، ص 297. – بيرنارد فونكليس: المرجع السابق، ص. 42. – والجدير بالإشارة أن الاستشهاد بنص بولوس في ميدان تأويل القانون (التشريع) وكذا في ميدان تأويل التصرفات القانونية (العقود بالأساس)، ربما يعود إلى كون بولوس قد استعمل في نصه الفقهي ألفاظا مرسلة غير مقيدة. فهذا النص لم يصرح في الحقيقة بالعقد ولا بالقانون. ولذلك إذا ما أردنا ترجمة نصه على وفق معناه الحرفي النحوي قلنا إنه يتمثل فيما يلي: "عندما لا يكون هناك غموض في الألفاظ (cum in verbis nulla ambiguitas est)، فلا ينبغي السماح بالبحث عن الإرادة ((non debet admitti voluntatis quaestio). ففي هذه الترجمة لم تقيد "الألفاظ" بالعقد ولا بالقانون، كما لم تقيد "الإرادة" بالمتعاقدين ولا بالمشرع.

[4]- انظر مثلا: بيرنارد فونكليس: المرجع السابق، ص. 8 وما بعدها. – ألفريد رييك: "التقرير الفرنسي" المقدم خلال الأيام اللويزيانية لأورليان الجديدة وباطون روج حول "التأويل من طرف القاضي للقواعد المكتوبة" :مشار إليه في السابق، ص. 71 و72.

[5]- فرانسوا جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي: مرجع مشار إليه في القسم الأول: ج.1 ص. 266.

[6]- بيرنارد فونكليس: المرجع السابق، ص.9.

على تأويل القانون أيضا[1]، كما دفع بسانتييانا إلى أن يساير هذا الفقه التقليدي أو ربما إلى أن يتبنى نفس التصور الروماني المحض كما صرح بذلك هو نفسه في الهوامش الملحقة بمشروعه التمهيدي وذلك في معرض تنظيمه لقواعد تأويل القانون (التشريع). وينص الفصل 617 من مشروعه التمهيدي على أنه: "عند تطبيق القانون، لا ينبغي أن يعطاه إلا معناه الناتج عن ألفاظه بحسب ترتيبها النحوي ومدلولها المألوف ونية المشرع"[2].

216- وعليه، وكخلاصة لكل ما سبق في ضوء العقلية الرومانية المتمسكة بالهيمنة اللفظية وبالتالي بالتفسير والبيان عن طريق الأساليب اللغوية الحرفية والنحوية، نستطيع أن نقول إن معنى قاعدة بولوس، المعتبرة من الأصول الفقهية القديمة للفصل 461 من ق.ل.ع.م.، يكمن في وجوب انطلاق القاضي، عند سماعه أو قراءته عبارات العقد، من الفهم الحرفي النحوي لهذه العبارات. ولا يجوز للقاضي أن يتجاوز هذا المعنى المباشر (المتبادر إلى الذهن) إلى المعنى غير المباشر (المجازي) إلا إذا توافر الدليل على استخدام العبارات في العقد استخداما غير صريح (مبهما أو غامضا). وقصد الوصول إلى هذا المعنى غير المباشر يستطيع القاضي أن يلجأ إلى أساليب الاستدلال المنطقي المعتمدة لدى الفقهاء المستشهد بنصوصهم في الديجست أو المدونة الثانية ليوستينيان كمفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة أو مفهوم الأولى والأحرى انطلاقا من أن "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" أو من أن "من لا يمكنه الأقل لا يمكنه الأكثر"[3]. والقاضي، في لجوئه إلى هذه الأساليب الاستدلالية، يستطيع أن يختار ما يراه مناسبا للنازلة. لا بل الأكثر من هذا فإن القاضي يستطيع الاستئناس، بالنظر إلى هذه المناسبة، حتى بالمفاهيم التي لا تتصل باللفظ مطلقا

[1]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -أندري- جان أرنو: "الوسيط والعالم: الدلالة السياسية للتأويل القانوني" مقال مشار إليه في القسم الأول، ص. 165.- ألفريد رييك: "التقرير الفرنسي" المشار إليه قبله، ص. 71. –فرانسوا أوست: "التأويل المنطقي والمنهجي ومسلمة عقلانية المشرع": مقال مشار إليه في القسم الأول، ص. 117.

- Luc Silance : « Quelques exemples d'antinomies en Droit et essai de classement » in les antinomies en Droit –Etude publiées par Chaim pereiman, Bruxelles, 1965, p. 133.

[2]- المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 252. ولقد انتقل هذا النص بالمعنى والمبنى إلى الفصل 532 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود. وتجري ترجمته الرسمية كالتالي: "نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون". :انظر هذا النص مثلا في: مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المطبعة الرسمية، ط. 1984 ص.95 أو ط. 1986 ص. 243.

[3]- حسب جيلبيرت هانارد فإن الفقهاء كانوا يلجأون إلى هذه الأساليب الاستدلالية في تأويل القانون (التشريع) من أجل خلق قواعد جديدة: جيلبيرت هانارد: "التأويل وقواعد القانون الخاص في عهدي الجمهورية والإمبراطورية" : مقال مشار إليه في السابق، ص. 414 وما بعدها. – وانظر في شرح هذه الأساليب الاستدلالية ما مر بنا في الباب الثاني من القسم الأول.

كالإنصاف (aequitas) أو الإحسان (الحسنى، المعروف : bonum, benignitas) أو الإنسانية أو المصلحة[1].

والدلالة التي فهمنا بها النص الفقهي لبولوس تنطبق أيضا على النص الفقهي لبابينيانوس وغيره من الفقهاء المستشهد بنصوصهم الفقهية في الديجست، وهذا على الرغم مما يبدو من تعارض ظاهر عند المقارنة السطحية لهذه النصوص فيما بينها[2]. فهل يمكن لهذا الفهم أن ينطبق على الفقه الحنفي المعتبر بدوره من أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م؟ هذا ما سنراه بعده.

المبحث الثاني :
موقف الفقه (الإسلامي) الحنفي من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال المجلة العثمانية للأحكام العدلية[3]

[1]- ترجع الدوافع التي كانت تؤدي بالمؤول، حسب جيليبرت هانارد، إلى أن يختار أسلوبا دون آخر من أساليب التأويل المرتبطة باللفظ كأساليب الاستدلال المنطقي أو الخارجة عنه كالإنصاف والإحسان والإنسانية والمصلحة؛ إلى كون هذا المؤول كان يرتكز قبل كل شيء على حقيقة انتهاز فرصة النازلة ومناسبتها: جيليبرت هانارد: مقاله المشار إليه قبله، ص 440 و441. – انظر أيضا في مثل هذه الفكرة: بيرنارد فونكليس: المرجع السابق، ص. 195 وما بعدها.

[2]- يجدر التنبيه إلى أن التوافق الذي نقول به هنا بين النصوص الفقهية المسطرة في الديجست لا نقصد به إلا الدلالة الخاصة بنصوص تأويل ألفاظ العقد أو القانون. أما فيما يرجع إلى النصوص المتعلقة بالميادين الأخرى الخارجة عن التأويل فلا شك أن التعارض هو السمة الغالبة على هذه النصوص، ولا أدل على هذا من أن يوستينيان نفسه يقر بهذا التعارض وإن كان، كما جاء عند فيليب كودينك، يوستينيان قد صرح بأنه لا يوجد في الديجست أي تعارض ينعثر رفعه من خلال الركون إلى روحه (فيليب كودينك: "تأويل التشريع في قانون العالم القروسطي وفي قانون البلدان المنخفضة الجنوبية": مقال مشار إليه في القسم الأول، ص. 446 الهامش 5). ويرجع السبب في تعارض النصوص المسطرة في الديجست، على الرغم مما بذله تريبونيان ومن كان معه في التنسيق بينها عند جمعها، إلى طبيعة الديجست نفسه. فهذا الأخير، كما مر بنا، لا يعتبر مدونة بالمفهوم الحالي للاصطلاح. إنه عبارة عن خلاصات موقتة للمناظرات الجدلية التي كانت تدور بين الفقهاء المعتد بهم حسب ميشيل فيللي أو عن مستودع لمجموع من الحجج القمينة بحسم المناظرة والجدل حسب جيليبرت هانارد. وتتنوع هذه الخلاصات بتنوع آراء الفقهاء. وإذا كان الديجست قد احتواها بمجموعها فلكي يختار منها المحامي ما يلائم خطابه الإقناعي ولكي يميل فيها القاضي إلى ما يلائم المناسبة في النازلة. ومن هذه الزاوية يمكن اعتبار عمل القاضي ضربا من العمل "الانتهازي" (opportunisme): انظر في هذا الصدد: ميشيل فيللي: "الطرق الكلاسيكية للتأويل" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 83 – جيليبرت هانارد: مقاله المشار إليه قبله، ص. 440.

[3]- على الرغم من أن الجرد المار بنا لأصول ق.ل.ع.م. يشير أيضا إلى مؤلف الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي وكذا إلى شرحه من طرف الحموي، حسب المشروع التمهيدي لسانتيبانا؛ إلا أننا نرى الاقتصار على المجلة العثمانية لأن موادها المتعلقة بالقواعد الفقهية، وهي التي تعنينا فيما سيأتي بعده، "عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء"، كما جاء في التقرير الذي تم تقديمه في شأن مجلة الأحكام العدلية للصدر الأعظم في غرة محرم سنة 1286هـ: انظر هذا التقرير في: سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، مرجع سابق، من ص. 9 إلى 15 وعلى الخصوص ص. 13.

217- مر بنا عند جرد أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م. أن هذا الأخير قد تأثر أو على الأقل توافقه المواد 12 و13 و14 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية.

* وتنص المادة 12 من هذه المجلة على أن: "الأصل في الكلام الحقيقة"[1].
* كما تنص المادة 13 على أنه: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"[2].
* أما المادة 14 فتقضي بأنه: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[3].

218- وإذا كان المطلوب في هذا الصدد أن نحاول الوقوف على دلالة هذه المواد, فإن هذه المحاولة تستوجب منا- في المقام الأول- تلمس النظرة السائدة لدى الدارسين المحدثين في الدول العربية حول موقف الفقه الحنفي من تأويل ألفاظ العقود, ثم مناقشة هذه النظرة انطلاقا من تصورنا لعقلية هذا الفقه المهيمنة على العقد من حيث أساسه وتأويله.

وعليه فإننا سنعالج هذا المبحث في المطالب الثلاثة التالية:

- **المطلب الأول: موقف الفقه الحنفي تجاه تأويل ألفاظ العقود من خلال النظرة السائدة لدى الدارسين المحدثين في الدول العربية.**
- **المطلب الثاني: موقف الفقه الحنفي تجاه تأويل ألفاظ العقود من خلال محاولة قراءة عقليته المهيمنة على العقد من حيث أساسه وتأويله.**
- **المطلب الثالث: دلالة مواد المجلة العثمانية المعتبرة من أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.**

[1]- يقول سليم رستم باز اللبناني في شرح هذه المادة (المرجع السابق، ص. 24 و25): "الحقيقة نقيض المجاز وهي استعمال اللفظ بالمعنى الذي وضع له.... والمجاز يطلق على اللفظ المستعمل لغير ما وضع له بشرط وجود قرينة تدل على عدم إرادة المعنى الحقيقي. فالأصل في الكلام الحقيقة أي لا يجوز حمل الكلام على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي.... (أشباه ملخصا)". ويقصد الشارح بعبارة "أشباه ملخصا" أن ما شرح به المادة 12 عبارة عن تلخيص لما قاله ابن نجيم في شأن هذه القاعدة في مؤلفه الأشباه والنظائر. –ولقد فرع ابن نجيم هذه القاعدة عن قاعدته الكلية الثالثة: "اليقين لا يزول بالشك": انظر هذا المؤلف (وهو مرجع سابق) في شرح قاعدة "الأصل في الكلام الحقيقة" من ص.77 إلى 80.

[2]- أي "إذا تعارضت الدلالة والتصريح يعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة.... ولكن بعد العمل بموجب الدلالة لاعبرة بالتصريح فلو سمع أن فضوليا باع ماله فطلب منه الثمن كان طلبه هذا إجازة للبيع دلالة.... فإذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة لا يصح رده".: سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 25.

[3]- "الاجتهاد شرعا بذل المجهود من الفقيه لتحصيل حكم شرعي.... ومعنى هذه المادة أنه لا يسوغ الاجتهاد بقضية شرعية ورد عليها النص صراحة لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص عليه...." : سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 25 و26. –والملاحظ حسب هذا الشرح أن المادة 14 تتعلق، في الأصل، بالنص الشرعي (القانوني). وإذا جاز إعمال هذه القاعدة حتى في ميدان العقود انطلاقا من قياس النص العقدي على النص الشرعي، فإن هناك قاعدة أخرى في المجلة العثمانية، تسير في سياق المادتين 12 و13 من نفس المجلة، وتتصل بأقوال وأفعال المكلفين (أشخاص القانون). وقد جاء فيها أن: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه". ويذهب سليم رستم باز اللبناني في شرحها (المرجع السابق، ص. 48) إلى أنه ".... ولما كانت النية من الأمور الباطنة والإطلاع عليها متعذر فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة....".

المطلب الأول :
موقف الفقه الحنفي تجاه تأويل ألفاظ العقود من خلال النظرة السائدة لدى الدارسين المحدثين في الدول العربية

219- نشير، بادئ ذي بدء، إلى أن التصرفات الشرعية، في الفقه الإسلامي – بمجموع مذاهبه الرسمية وغير الرسمية- إما قولية أو فعلية. ولكن الأصل في العقود أنها قولية (لفظية) بغض النظر عما إذا كان هذا القول (اللفظ) منطوقا أو مكتوبا[1]. ومعنى هذا أن تقديس اللفظ بصورة أو بأخرى لم يكن من خصوصيات المجتمعات غير الإسلامية كالمجتمع الروماني على النحو المار بنا في السابق[2]. ولاشك أن المواد 12 و13 و14 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية قد صدرت، إن صح التعبير، عن هذه "العقلية اللفظية" المهيمنة على العقود في الفقه الإسلامي.

ومع ذلك فإن أنصار النزعة الموضوعية للفقه (الإسلامي) الحنفي، على الأقل، من الدارسين المحدثين الذين حاولوا مطابقة الفقه الإسلامي بما يروج في فرنسا وألمانيا على الخصوص من الأفكار "الموضوعية" المتبلورة أساسا في نظرية التعبير عن الإرادة أو الإرادة الظاهرة[3]؛ قد جعلوا من المواد 12 و13 و14 من المجلة

[1]- انظر في هذا الصدد: - وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط.1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص. 32 وما بعدها. – عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.1: مقدمة –صيغة العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بدون تاريخ الطبع، ص. 68 وما بعدها. – محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الكتاب الثاني، 1977، رقم 118 ص. 213 ورقم 125 ص. 225. – أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، بدون تاريخ الطبع، ص. 146.

Chafik Chehata : Droit Musulman – Applications au proche Orient, Dalloz, 1970, N° 166, p. 125.

[2] - Chafik Chehata : Théorie générale de l'obligation en Droit Musulman –Les sujets de l'obligation, Sirey, 1969, N° 123 p. 109 et s., N° 124 p.110.

- وحسب وحيد الدين سوار (في مرجعه السابق، ص. 268) فإن مذهب الإمامية يأتي "في طليعة المغرقين في تقديس اللفظ حتى أننا نجد منهم من يحتم كون التعبير عن الإرادة باللغة العربية لغير العربي ويلزم العاقد بمراعاة أحكام البناء والإعراب في الصيغة العقدية...".

[3]- تعد أطروحة وحيد الدين سوار (أي مرجعه السابق) نموذجا للدفاع عن هذه النزعة الموضوعية التي لا تأخذ إلا بالإرادة الظاهرة: فهو بعدما حاول تحليل النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي (ص. 1 وما بعدها) من خلال الوقوف، فيما يهمنا في هذا الصدد، على مظان الموضوعية في كل من البحث عن طبيعة الالتزام (ص. 4 وما بعدها) وتحديد التصرف القانوني (ص. 12 وما بعدها)، انتقل إلى معالجة دور التعبير عن الإرادة في تكوين التصرف القانوني في الفقه الإسلامي (القسم الأول، ص. 31 وما بعدها) بلغة واصطلاحات لا نألفها إلا في الفقه الألماني ك "التعبير الملقى" و"التعبير المتلقى" و"إعلام الإرادة" و"الركنين المعنوي والمادي لإعلام الإرادة" إلخ.. وأكد سوار أن الفقهاء الإسلاميين "يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعي..." (ص. 37)، وأن إظهار

العثمانية مظنة لتبني الفقه الحنفي في ميدان تأويل العقود اتجاه الإرادة الظاهرة، وهو الاتجاه الذي لا يُجَوّز البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين متى كانت عبارات العقد صريحة (واضحة)[1].

220- إن الاقتصار على هذه المواد للخروج بالنتيجة التي مفادها أن المجلة العثمانية، وبالتالي المذهب الحنفي، كرست اتجاه الإرادة الظاهرة في ميدان تأويل العقود؛ قد لا يجعل هذه النتيجة تستقيم مع المقتضيات الأخرى المنصوص عليها في نفس المجلة، إذ إن هذه الأخيرة تضمنت في مادتين منها ما يسمح لنا بالخروج بنقيض النتيجة الأولى:

* فالمادة 2 من المجلة تنص على أن "الأمور بمقاصدها يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر"[2].

* كما أن المادة 3 منها تقضي بأن: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء"[3].

الإرادة له دور إنشائي (ص. 65 وما بعدها) ويتمثل في صيغ العقود (ص. 70). ولقد سار وحيد الدين سوار على نفس النهج في القسم الثاني، من أطروحته، المتعلق بدور التعبير عن الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني (ص. 457 وما بعدها)، إذ نجده يؤكد، فيما يرجع إلى التفسير في الفقه الإسلامي، على أن النزعة الموضوعية هي التي تسوده لأنه "يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة" (ص 555). ويعلل موقفه بالمواد 12 و13 و68 من المجلة العثمانية. –ونفس هذا الموقف الذي عبر عنه وحيد الدين سوار نجده عن آخرين ولكن بحدة أقل أمثال: عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 182. –مصادر الحق في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ج.1: مقدمة –صيغة العقد: ص. 84. وما بعدها؛ ج.6 : أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع –زوال العقد، ص. 30 وما بعدها. – عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن: مرجع سابق، رقم 117 ص. 166 وما بعدها ورقم 122 ص. 177 وما بعدها. – عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص. 522. – محمد مصطفى شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982 ص. 160. والجدير بالإشارة أن هذا المؤلف في مجموعه دفاع عن الفقه الإسلامي ضد الأفكار الوضعية الغربية.

[1]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص. 555 و562 وما بعدها – عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ج.6 ص. 34 وما بعدها. والملاحظ أن هذين الفقيهين لم يستشهدا بالقاعدة المنصوص عليها في المادة 14 من المجلة, ولكننا نجد، بالمقابل، من لا يستشهد إلا بالمادة 14 من المجلة دون المواد الأخرى مثل عبد الفتاح عبد الباقي إذ ذهب (في مرجعه المشار إليه قبله، ص. 522) إلى أن المشرع المصري قد قنن في الفقرة الأولى من المادة 151 من القانون المدني المصري المتعلقة بمنع تأويل العقد عند وضوح عباراته، "القاعدة الشرعية التي تضمنتها المادة 14 من المجلة...".

[2]- "ويقرب من هذه القاعدة قاعدة إنما الأعمال بالنيات.... أي أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال.... ولا تجري هذه القاعدة بكليتها إلا في المباحات... تجري قاعدة الأمور بمقاصدها في علم العربية فقد قال سيبويه والجمهور باشتراط القصد في الكلام فلا يسمى كلاما ما نطق به النائم أو الساهي وما تحكيه الحيوانات المعلمة.... (أشباه)". – والحقيقة فإن هذه القاعدة الثانية من القواعد الكلية لابن نجيم الحنفي تعتبر وطيدة الصلة بقاعدته الأولى "لا ثواب إلا بالنية "(الأشباه والنظائر: مرجع سابق، ص. 18 وما بعدها)، إذ لولا هذه القاعدة الأولى لما "صح" لابن نجيم أن يضع "قاعدة للفقه وهي الثانية" (ابن نجيم المرجع السابق، ص. 21) أي قاعدة الأمور بمقاصدها: انظر في شرحها وفي تطبيقاتها: ابن نجيم: الأشباه والنظائر: مرجع سابق، من ص. 22 إلى 58.

[3]- "أي أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ كالبيع والإجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد والمعاني ولا عبرة للألفاظ..." :سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق ص 19. – ولقد أورد الشارح جملة من الأمثلة

إن مقارنة هاتين المادتين الأخيرتين بالمواد السابقة من نفس المجلة العثمانية توحي لنا، للوهلة الأولى، بوجود نوع من التعارض بينها.

221- وعليه، هل ينبغي، من أجل رفع هذا التعارض، اللجوء إلى الأسلوب التوفيقي للقول بأن المجلة قد تبنت اتجاه الإرادة الباطنة (المادتان 2 و3) كما تبنت اتجاه الإرادة الظاهرة (المواد 12 و13 و1 و68)، أم ينبغي التأكيد على عدم وجود أي تعارض في الحقيقة وبالتالي القول بتبني المجلة في جميع المواد الماثر بنا اتجاها واحدا:إما اتجاه الإرادة الباطنة فقط أو اتجاه الإرادة الظاهرة فقط؟

وبعبارة أخرى، وعلى الرغم من التعارض الظاهر بين مواد المجلة في ميدان التأويل، فهل أخذت المجلة، وبالتالي، ابن نجيم ومن خلاله المذهب الحنفي، باتجاه الإرادة الباطنة أم باتجاه الإرادة الظاهرة أم أنها أخذت بالاتجاهين معا؟

لقد اختلف الباحثون المحدثون "حول الاتجاه السائد في المذهب الحنفي"[1]. فمنهم من اعتقد في كون الاتجاه المعتمد مبدئيا يتمثل في الإرادة الباطنة أمثال صبحي محمصاني الذي يرى أنه بموجب قاعدة "الأمور بمقاصدها" فإنه "إذا اختلفت النية والظاهر وجب الحكم بمقتضى النية إن أمكن معرفتها. فعليه إذا اختلف معنى الكلام عن مبناه أو لفظه أعتبر المعنى دون اللفظ. وقد أخذت المجلة بهذا المبدأ في تفسير العقود بقولها العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (المادة الثالثة)[2]". ومنهم من اعتقد في كون الاتجاه المعتمد هو الإرادة الظاهرة أمثال علي الخفيف[3] ومحمد أبو زهرة[4] ووحيد الدين سوار[5] وعبد الرزاق أحمد السنهوري[1]

لتوضيح هذه القاعدة التي تحل مشكل التعارض بين اللفظ والقصد بتغليب هذا الأخير. وفي ضوء هذه الأمثلة يمكن الذهاب إلى أن هذه القاعدة يجري العمل بها أساسا في ميدان التأويل الذي يهدف إلى البحث عن الطبيعة الحقيقية للعقد. ولقد جاء عند ابن نجيم في أشباهه ونظائره (مرجع سابق، ص. 242 وما بعدها و382) أن: "الاعتبار للمعنى لا للألفاظ".

[1]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 118 ص. 167.

[2]- صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام – مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة: مرجع سابق، ص. 314.

[3]- علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص. 197: عن: عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 118 ص.169.

[4]- يقول محمد أبو زهرة (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، رقم 112 ص. 201): "والعبرة في ذلك القصد عندهم [أي الحنفية] هي في القصد إلى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد لأحكامها". ويقول في نفس المرجع (رقم 113 ص. 202): "إن الحنفية ينظرون في تكوين العقود إلى صورها ومظاهرها الحسية من غير اتجاه إلى النيات والرغبات المستكنة التي تدفع إلى العقود والغايات التي يرمي إليها العاقدون، فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد".

[5]- إن وحيد الدين سوار أشد ولاء للإرادة الظاهرة من غيره. فهو بعدما أجهد نفسه في تفسير المادة 3 من المجلة على أن المقصود بها هو "العبرة في تفسير العقود للإرادة الظاهرة لا للتفسير الحرفي" (المرجع السابق، ص. 555) رأى أنه كان من اللازم أن تصاغ المادة 3 من المجلة كما يلي: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني" (نفس المرجع، ص 558).

وعبد الحكم فودة الذي يعتبر موقف الناصرين لاتجاه الإرادة الظاهرة هو "الصحيح" إلا أن مسلكه التوفيقي جعله يقول باعتماد المجلة لاتجاه الإرادة الباطنة أيضا[2].

222- وبعد، فهل يكفي تحديد هذه المواقف من اعتماد المجلة لاتجاه الإرادة الظاهرة أو الباطنة والميل إلى إحداهما للوقوف على المدلول الحقيقي للمواد المار بنا من المجلة العثمانية؟

قد يكون الأمر كذلك فنخرج بالنتيجة التي مفادها أن العقد متى كانت عباراته صريحة (واضحة) وجب على القاضي ألا يعتد إلا بالإرادة الظاهرة. ولكن ما جدوى هذه النتيجة؟ هل يمكن اعتبارها مما ينجر عن "بحث علمي"؟ وهل من شأنها أن تدفع بالدول الإسلامية إلى الإقبال أكثر فأكثر على اعتماد الفقه الإسلامي وجعله القانون المنظم لميدان معاملاتها الداخلية على الأقل؟[3].

صحيح أن عملية "استثمار" نصوص الفقه الإسلامي مهمة جدا ولكن على أساس أن يتم جرد موضوعي للسلبيات قبل اللجوء إلى "استثمار النص"[4] في ضوء متطلبات المجتمع من أجل مسايرته والدفع به إلى الأمام لا في ضوء هاجس التباري غير الواعي والرامي إلى التأكيد على سبق الفقه الإسلامي إلى النظريات الجديدة التي لم تظهر في الفقه الغربي إلا مؤخرا أو الدفاع عن كون الفقه الإسلامي لم يتأثر بأي فقه أو قانون سابق عنه[5].

[1]- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ج.6 ص. 34 و35. – نظرية العقد: مرجع سابق، ص. 182. – انظر أيضا: أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 190 والهامش 1 في ص. 191.

[2]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 168 و179 و180.

[3]- لقد قيل في إغلب القوانين المدنية العربية، إن لم يكن في جميعها، أنها قد تأثرت بالشريعة الإسلامية. وفي هذا الصدد لا نرى إلا أن نميل إلى رأي جوزيف شاخت (Joseph shacht) في مقاله حول "الشريعة الإسلامية إذ جاء فيه: "أما كون القانون المدني الذي تشتمل عليه الشريعة الإسلامية قد أدمج في قوانين عدد من الدول الإسلامية المعاصرة، وأصبح ساري المفعول لا على المسلمين وحسب بل أيضا على غير المسلمين من سكان تلك الدول فلا يعتبر في الحقيقة تراثا للتشريع الإسلامي وإنما يعد نتيجة لإيديولوجية الدول القومية الحديثة..." :انظر الترجمة العربية لهذا المقال من طرف حسين مؤنس وإحسان صدقي العمد ضمن سلسلة عالم الفكر رقم 12 –تراث الإسلام- القسم الثالث، الكويت، 1978، من ص. 9 إلى 29 وما استشهدنا به يوجد في ص 29.

[4]- لقد استعرنا اصطلاح "استثمار النص" من محمد عابد الجابري في كتابه: بنية العقل العربي – دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة العربية، المركز الثقافي العربي، ط.1، الدار البيضاء، 1986, ص.86. ويقصد بهذا الاصطلاح ما يعرف بالاجتهاد.

[5]- إن حصر ما يسير في هذا الاتجاه من المؤلفات أو الدراسات سيكون، لوفرتها، ضربا من العبث وحسبنا أن نشير إلى أننا نتلمس هذا الهاجس في كل الدراسات التي تعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الحديث و/ أو القانون الروماني وعلى سبيل المثال: -زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية: مرجع سابق: انظر فيه مثلا: "الفقه الإسلامي وحركة الترجمة" ص. 78 وما بعدها. – صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام إلخ... مرجع سابق، ص. 272 وما بعدها إلى 287. – محمد مصطفى شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية: مرجع سابق، ص. 21 وما بعدها و27 وما بعدها، و155 وما بعدها و222 وما بعدها. – محمد معروف الدواليبي: المدخل إلى

وعليه، إذا كنا لا ندعي إحداث قطيعة مع هذا التيار السائد، لأننا من إفرازاته بصورة أو بأخرى، فحسبنا أن نعبر عن موقفنا من دلالة مواد المجلة العثمانية المارة بنا في ضوء محاولة تلمس العقلية الفقهية، التي هيمنت على العقد من حيث أساسه وتأويله، والتي أفرزت مضمون تلك المواد، حتى نستطيع – قدر الإمكان- الاقتراب من حقيقة الفصل 461 من ق.ل.ع.م.

المطلب الثاني :
موقف الفقه الحنفي تجاه تأويل ألفاظ العقود من خلال محاولة قراءة عقليته المهيمنة على العقد من حيث أساسه وتأويله

223- سنتناول هذا المطلب، لما يفهم من عنوانه، في الفقرتين التاليتين:
- الفقرة الأولى: محاولة قراءة عقلية الفقه الحنفي المهيمنة على العقد من حيث أساسه.
- الفقرة الثانية: محاولة قراءة عقلية الفقه الحنفي المهيمنة على العقد من حيث تأويله.

الفقرة الأولى :
محاولة قراءة عقلية الفقه الحنفي المهيمنة على العقد من حيث أساسه

224- لقد قيل إن المجلة العثمانية للأحكام العدلية "تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي"[1]، وهي، فيما يخص مقدمتها وتضم المواد المتعلقة بالتأويل، تقنين لقواعد ابن نجيم في مؤلفه "الأشباه والنظائر" ومن سلك مسلكه[2]. وقد

علم أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، ط.3، دمشق، 1959 من ص. 330 إلى 371 على سبيل المثال. – محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة، مرجع سابق، من ص. 77 إلى 80.

1- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة إلخ...: مرجع سابق، ص. 39. – انظر في هذا السياق أيضا: -صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام إلخ...: مرجع سابق، ص. 92 وما بعدها. – المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، ط.6، دار العلم للملايين، بيروت، 1977، ص.36.

2- التقرير المقدم إلى الصدر الأعظم، في شأن المجلة، سنة 1876م. :انظر سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 13. وحسب صبحي محمصاني فإن الدولة العثمانية أخذت معظم المسائل التي دونتها في مجلة الأحكام العدلية عن كتب ظاهر الرواة الثقاة عن أبي حنيفة: -فلسفة التشريع في الإسلام إلخ...:مرجع سابق ص. 95 و47. – المبادئ الشرعية والقانونية إلخ..: مرجع مشار إليه قبله، ص. 23 و37.

يفهم من هذا أن المجلة العثمانية، باعتمادها ابن نجيم، وهو من فقهاء القرن 16م. ومن تبعه من الفقهاء الأخرين كالحموي، وهو من فقهاء القرن 17م.، في تقنينها الأحكام المتعلقة بتأويل العقود؛ تكون قد سايرت أحدث الآراء التي تكاد تناسب ظروف وزمان وضع هذه المجلة العثمانية. نعم، قد يكون هذا الفهم صحيحا ولكن بشرط التأكيد على أن الفقه وغيره من العلوم الأخرى اللغوية والدينية، "قد ظلت – كما يقول محمد عابد الجابري- تعيد إنتاج نفسها منذ عصر التدوين"[1]. وهذا هو السر في كون الفقيه العربي، حتى في الوقت الراهن، يرتكز في دراساته الفقهية على فقهاء آخرين من مختلف العصور دون أن يشعر "بأية مسافة زمنية تفصل هذه الشخصيات بعضها عن بعض أو تفصله هو عنها...."[2].

225- إذا ثبت هذا الأمر ورجعنا إلى موقف الفقه الحنفي، للقرن 19م. أي للقرون 17 أو16 أو 10م، من أساس العقد؛ قلنا إن العقد تصرف شرعي يتمثل في "التزام المتعاقدين أمرا وتعهدهما به"[3]. ويرتكز هذا الالتزام[4] بصفة أساسية على العقل[5]، وهو أمر نفسي يسمح للشخص بتلمس معنى الالتزام أي مقصوده وغرضه[6]

1- محمد عابد الجابري: -تكوين العقل العربي، دار الطليعة، بيروت، ط.2، 1985 ص.334. -بنية العقل العربي: مرجع سابق، ص 9.

2- محمد عابد الجابري، تكوين العقل العربي: مرجع سابق، ص. 334. وهنا يصدق قول أبي عبد الله الرازي: "ولم نستفد من بحثنا طول دهرنا **** سوى أن جمعنا فيه قيل وقالوا". :عن: محمد بن الموصلي: مختصر الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي، ط.1، دار الكتب العامية، بيروت، 1985، ج.1، ص. 10.

3- المادة 103 من المجلة العثمانية. انظر في شرحها: سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 46. – وانظر أيضا فيما يماثل هذا التعريف: محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، رقم 101 ص. 179 وما بعدها. – أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص. 134 وما بعدها.

4- قد يقال إن هذا الاصطلاح معتمد حتى في الفقه الغربي المعاصر على وفق تعريف مشابه لتعريفه في الفقه الإسلامي. صحيح أن الاصطلاح معروف في الفقه الغربي المعاصر ولكن كأثر ونتيجة لسبب هو العقد الذي أساسه الإرادة. أما التعريف الوارد في المتن فيعني أن العقد هو الالتزام أي بتعبير الحطاب المالكي: "إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء بمعنى العطية" (انظر مؤلفه: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع مشار إليه في القسم الأول، ص.68). وإذا كان الشرع هو الذي يحدد أثر هذا الالتزام بمعنى العقد، وهذا على غرار ما يقول به أنصار الفقه الغربي المعاصر والمناصر لنظرية التعبير عن الإرادة (انظر: شفيق شحاتة: الفقه الإسلامي – تطبيقات على الشرق الأدنى: مرجع سابق، ص. 127 وما بعدها. – محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، رقم 126 ص. 225 وما بعدها)؛ فإن ما يجدر التنبيه إليه أن نظرة الفقه (الإسلامي) الحنفي، بل والمالكي أيضا، إلى مفهوم الالتزام ظلت حبيسة ما يشبه نظرة الفقه الروماني إلى هذا الالتزام باعتبار أنه لا يميز فيه مبدئيا بين ما هو سبب وما هو نتيجة (أثر) من جهة وبين ما هو صادر، في هذا السبب النتيجة، عن إرادتين أو عن إرادة واحدة من جهة ثانية.

5- شفيق شحاتة: الفقه الإسلامي –تطبيقات على الشرق الأدنى: مرجع سابق، ص. 126.

6- يوجد العقل في نظر الفقهاء، وحسب القرافي، في القلب وليس في الدماغ: انظر: أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي: الأمنية في إدراك النية: مرجع سبقت الإشارة إليه في القسم الأول، ص. 17. –ويذهب محمد عابد الجابري إلى أن العقل في الفكر العربي من خلال مختلف دلالاته اللغوية "هو في نفس الوقت عقل وقلب وفكر ووجدان وتأمل وعبرة...

من خلال الصيغة القولية (اللفظية) التي يلجأ إليها، مبدئيا وفي غالب الأحـ
بالضرورة، لأجل إبانة هذا الالتزام والكشف عن فكرته[1].

إن العقد، في الفقه (الإسلامي) الحنفي، يجد أساسه، إذن، في العقل. والشار
على كون أساسه هو العقل يتمثل في طبيعته القولية: إن العقد لفظ، كلام ملزم شرـ
واللفظ أو الكلام لا يطلق، كاصطلاح، إلا إذا كان له معنى[2]. والقصد أو نية[3] القو
في العقد لا تضبطها إلا العقول ولا تنضبط إلا في الصدور (القلوب). وهنا قد يطر
التساؤل التالي: ألا يعتبر العقد تصرفا إراديا أي يجد أساسه في الإرادة؟

226- الواقع أن القديم، على الأقل في حدود ما تمكنا من الإطلاع عليه، مر
الكتابات الفقهية المتعلقة بالمعاملات لا تشير مطلقا إلى مفهوم الإرادة وبالأحرى أن
تجعله أساسا للعقد[4].

وهذا بخلاف مفهومه في اللغات الأوربية الذي يعني إما نظام الوجود وإما إدراك هذا النظام أو القوة المشركة" : (تكوين العقل العربي: مرجع سابق، ص.31). ونرى أن نميل إلى هذا التحديد الذي قال به محمد عابد الجابري لأنه يساير حتى التمييز المتداول، لدى الفقهاء، بين التأمل والتدبر ومكانه الدماغ وبين النية ومكانها القلب: انظر في هذا الصدد: شفيق شحاتة: الفقه الإسلامي –تطبيقات على الشرق الأدنى: مرجع سابق: رقم 170 ص. 127. –ويمكن أن نطلق على التأمل أو التدبر، حسب مراتب الإرادة في العبادات، الخاطر وحديث النفس والهم. أما النية فهي العزم: انظر في هذه المراتب: ابن نجيم: الأشباه والنظائر: مرجع سابق، ص. 51 و52.

[1]- يذهب شفيق شحاته إلى أن كل تصرف شرعي، في نظر فقهاء الحنفية، إنما يتجسد في صيغة قولية. والقول هو كل لفظ له مدلول (معنى). فلكيْ نقول أو نتلفظ ينبغي أن نتلمس مدلول (معنى) ما نقوله أو نتلفظ به. ومن هنا فإن كل تصرف معتبر شرعا إلا ويجد أساسه وقاعدته في العقل: الفقه الإسلامي- تطبيقات على الشرق الأدنى: مرجع سابق، ص. 125.

[2]- خلافا للنحاة، فإن المعاجم اللغوية لا تفرق بين اللفظ والكلمة. فالكلمة هي اللفظ الدال على معنى: إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ: مرجع سابق، ص. 38 و"المعنى هو قصد قلوبنا إلى ما نقصد إليه من القول والمقصود هو المعنى." :أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 22. وهذا التحديد يساير ما يذهب إليه الفقهاء من عدم التمييز بين الألفاظ والكلام من جهة والمقصود من المعنى من جهة أخرى.

[3]- النية "في اللغة.... نوى الشيء ينويه نية وتشدد وتخفف: قصده. وفي الشرع.... قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل... الإرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء لوجه الله تعالى وامتثالا لحكمه... ولغة: انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالا أو مآلا: ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر: مرجع سابق، ص.24.

[4]- صحيح أن بعض الكتابات الفقهية المتعلقة بالعبادات تشير إلى الإرادة بجانب النية والقصد وتجعل هذه الاصطلاحات كلها متواردة على معنى واحد: انظر إلى جانب ما ورد في آخر الهامش 31 قبله، وعلى سبيل المثال: أ حمد عبد الحليم بن تيمية: الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى، دار الجيل، بيروت ومكتبة التراث الإسلامي بالقاهرة، 1986، ص. 15 و16. – جلال الدين السيوطي: منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 1 1986، ص.84 و89. – أحمد ابن إدريس المالكي الشهير بالقرافي: الأمنية في إدراك النية: مرجع سابق، ص. 7 وما بعدها.

- وعلى فرض التسليم بإمكان نقل اصطلاح الإرادة من مجال العبادات إلى مجال المعاملات؛ فإنه لم يثبت أن جعلها أحد الفقهاء القدامى أساسا للعقد. أما في الوقت الراهن فإن أغلب المهتمين بدراسة العقد في الفقه الإسلامي يقولون بكون الإرادة هي أساس العقد: انظر مثلا: محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد إلخ...: مرجع سابق، الكتاب الثاني: رقم 111 ص. 199 ورقم 115 ص. 205 ورقم 117 ص.210 ورقم 121 ص. 218. – أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد إلخ... مرجع سابق، ص. 173 و202. – ونعتقد أن هؤلاء لو تفطنوا إلى ما توخاه مؤسسو الإرادية القانونية أو ما يسمى بسلطان الإرادة في الفقه الغربي، من تأسيس العقد على الإرادة، وهو إلى جانب

وإذا كانت بعض هذه الكتابات تشير إلى الرضا (الرضى) أو التراضي عند حديثها عما يدل عليه من قول أو فعل[1]؛ فإن مفهوم الرضى (التراضي) في الفقه الحنفي، وكما يقول شفيق شحاته، ليس له نفس المفهوم المعروف لدينا من خلال الكتابات الفقهية الغربية (consentement). فالرضى بالمفهوم الحنفي، وإن كان بدوره أمرا نفسيا كالنية (أو القصد) إلا أنه، يتميز عنها كما يتميز عن الاختيار؛ لأنه ظاهرة خارجة عن الإرادة. وغياب الرضى بالمفهوم الحنفي لا يعني غياب الإرادة أو الرضى بالمفهوم الغربي، وإنما يعني عيبا خاصا بالقول (اللفظ، الكلمة). إن الرضى بالمفهوم الحنفي يفيد حالة الأمن التي يكون فيها ذهن صاحب القول[2] أو، بتعبير أبو زهرة، الرضا هو "الارتياح إلى العقد"[3].

ولاشك أن هذا التصور الفقهي ينسجم حتى مع الفرق اللغوي الموجود بين الإرادة والرضى. فحسب أبي هلال العسكري[4]: "(الفرق) بين الإرادة والرضا أن إرادة الطاعة تكون قبلها والرضا بها يكون بعدها أو معها. فليس الرضا من الإرادة في شيء وعند أبي هاشم رحمه الله أن الرضا ليس بمعنى ونحن وجدنا المسلمين

اعتبارات أخرى، السعي نحو علمنة العقد بجعل سلطته في يد الإنسان بدل تركها محكومة بما أسموه بالغيبيات (ومنها النفوذ الديني)؛ لذا مالوا إلى جعل الإرادة أساسا للعقد.

[1]- انظر فيما يخص المذهب الحنفي، وعلى سبيل المثال: - المادة 175 من المجلة العثمانية. – سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 79. وفيما يخص المذهب المالكي: - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: مرجع سابق، المجلد الثالث، ج.5. ص. 3و 4. –أحمد بن محمد الصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الطبعة الأخيرة، 1952، ج. 2. ص.4. – أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: مفتاح الوصول إلى علم الأصول: مرجع سابق، ص. 172. –أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق: مرجع سابق، ج.2. ص. 166.

[2]- شفيق شحاته: الفقه الإسلامي: تطبيقات على الشرق الأدنى: مرجع سابق، ص. 129 و130. –والرضى، في المفهوم الغربي، يعني توافق الإرادتين (consentement = Accord de volontés) مشتق من تبادل الأحاسيس (cum sentir). وهذا يعني تبادل الإرادتين في عمق القلبين (ad cordis): انظر في هذا الصدد:
- Georges Rouhette : Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse polycopiée, Université de Paris, Faculté de Droit et des sciences économiques, 1965, volume premier, p. 379.

[3]- يقول محمد أبو زهرة: "الاختيار كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم والأحكام التي يرتبونها هو القصد إلى الفعل الذي يستطيعه الشخص.... فالاختيار في العقود القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها .... هذا هو الاختيار.. أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد والرغبة فيه.... وخلاصة القول أن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجردا من الرضا...": الملكية ونظرية العقد إلخ...: مرجع سابق، رقم 111 ص. 199 و200. – انظر أيضا: أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد إلخ.....مرجع سابق، ص. 181. – ويجدر التنبيه، في حالة مسايرة رأي القائلين إن القصد هو الإرادة وهذه الأخيرة هي الرضى، إلى أن القصد ينصرف إلى معنى اللفظ بدلالته النحوية أما الرضا فإنه ينصرف إلى الأحكام الشرعية المترتبة على هذا المعنى النحوي. وحتى فيما يرجع إلى هذه الأحكام، فإن الرضا في بعض التصرفات لا يلعب أي دور إذ تقوم صحيحة بمجرد الوقوف على معنى اللفظ. فالهزل والإكراه، في المذهب الحنفي، لا يؤثران في صحة بعض العقود كالنكاح: محمد أبو زهرة: المرجع المشار إليه قبله، رقم 113 ص. 203.

[4]- أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 100. والملاحظ أن أبا هلال العسكري قد أبرز الفرق بين الإرادة والرضا في إطار العبادات.

يرغبون في رضا الله تعالى ولا يجوز أن يرغب في لا شيء، والرضا أيضا نقيض السخط...".

وهكذا إذا ما استبعدنا الإرادة أو الرضا بالمفهوم الغربي من العقد في الفقه الحنفي، وإذا ما ثبت هذا التحليل؛ فهل يبقى من المعقول التمادي في الحديث عن الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة كضابط لتأويل عقد لا يخرج عن كونه لفظا له معنى يناسبه إعمال الحكم (الأثر) الشرعي المقرر له؟

الفقرة الثانية :
محاولة قراءة عقلية الفقه الحنفي المهيمنة على العقد من حيث تأويله

227- بما أن الأمر في العقد لا يتعلق، حسب عقلية الفقه الحنفي، إلا باللفظ والمعنى وعلاقة الأول بالثاني؛ فإن البحث عما يمكن أن يحصل بينهما من التوافق لا يتم إلا في إطار اللغة وعلومها التي يأتي على رأسها علم النحو أو الإعراب باعتبار أن هذا الأخير في اصطلاح النحاة هو الإبانة عن المعنى"[1]. وهو نفس الدور الذي يضطلع به التأويل،كوسيلة" من وسائل الكشف عن مراد المتكلم ومعرفة ما تعنيه ألفاظه"، كأسلوب "يوصل إلى المعنى"[2]. ويُنطلق في التوصل إلى المعنى من الألفاظ من حيث مبناها أي من "صيغ الكلمات والتراكيب"[3].

فأما صيغ الكلمات فإنها تعطينا "الدلالة الصرفية"[4] للألفاظ أو الكلام.وأما تراكيب الكلمات والألفاظ أي النظر إلى نظام الجملة العربية وترتيبها الهندسي، فإنها تعطينا الدلالة النحوية للألفاظ أو الكلام.

ولكن بما أن صرف الكلام إلى معناه, وجعله يتجة نحو الدلالة الموضوعة له في اللغة, يتحكم فيه نظم الجملة العربية بترتيب ألفاظها وهندستها؛ فإن هذا النظم لا يتأتى

---

[1]- محمد عابد الجابري: بنية العقل العربي: مرجع سابق، ص. 40.- ولقد اعتمد الجابري في تحديد اصطلاح النحو أو الإعراب على نص للزجاجي جاء فيه: "إن النحويين لما رأوا في أواخر الأسماء والأفعال حركات تدل على المعاني وتبين عنها سموها إعرابا أي بيانا، وكان البيان بها يكون.. ويسمى النحو إعرابا والإعراب نحوا". — ولعل هذا الدور الذي يضطلع به النحو أو الإعراب في ميدان الإبانة عن المعاني هو الذي يحمل الأصوليين على أن يشترطوا في المجتهد بلوغه في العربية مبلغ الأئمة فيها كالخليل وسيبويه. فلقد جاء عند الشاطبي أنه: "لا غنى بالمجتهد في الشريعة عن بلوغ درجة الاجتهاد في كلام العرب". أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي: الموافقات في أصول الشريعة، ط.2. دار المعرفة، بيروت، 1975، ج.4 ص. 118. —كما قال الجرمي: "أنا منذ ثلاثين سنة أفتي الناس من كتاب سيبويه": عن نفس المرجع للشاطبي، ص. 115 و116.

[2]- السيد أحمد عبد الغفار: ظاهرة التأويل وصلتها باللغة، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ الطبع، ص 152.

[3]- محمد عابد الجابري: بنية العقل العربي: مرجع سابق، ص. 39.

[4]- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ: مرجع سابق، ص. 47.

القيام به إلا بالعقل أي المنطق. ويقضي هذا المنطق في أبسط درجاته (العقل الفطري، الشعبي) بمجموعة من المسلمات منها أن الكلام لا يصدر مبدئيا عن الهوى واللغو وإنما عن المعنى الموضوع له والفائدة المرجوة منه. ومن هنا كانت الجملة المفيدة في النحو أو الإعراب وإعمال الكلام خير من إهماله في الأصول والفقه[1]: إن حقيقة هذا المنطق تكمن في تأسيس المعاني وإنشاء ما يترتب على هذه المعاني من فائدة ومن هنا كان الأصل، عند الأصوليين، في الكلام التأسيس لا التأكيد.

ولكن قد يحول الانطلاق من صيغ الكلام وتراكيبه لتحديد معناه في ضوء هذه المسلمات التي يقضي بها المنطق الفطري، دون التوصل أحيانا إلى المعنى الحقيقي للكلام. ففي هذه الحالة يجب الدفع بالمنطق الفطري للتوصل إلى ما يوافق ويناسب الكلام من المعنى من خلال سياقه: فينظر إلى الكلام على أنه مجاز يستنبط معناه عن طريق الاستعانة بما في نفس الكلام من قرائن تدل عليه, أو ينظر إلى هذا الكلام على أنه قاصر في دلالته على كل معناه فيستدل على ما يكمل هذا المعنى بما يقتضيه الكلام. ومع ذلك فإن ما يتم الوقوف عليه من المعنى عن طريق الاستنباط أو الاستدلال والاقتضاء، يبقى في آخر المطاف دلالة نحوية —ل أن ما يكشف عنه ويستنبط منظوم في الكلام - , وما يقتضيه الاستدلال معقول في الكلام وبالتالي فهو منه[2].

228- وعليه، فعندما قسم الحنفية الكلام الواضح[3] إلى الظاهر[4] والنص[5] والمفسر[1]والمحكم[2] فإنهم لم يفعلوا ذلك لضبط العلاقة بين اللفظ والمعنى أو التحري

---

[1]- انظر دراسة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. في القسم الثالث بعده.

[2]- انظر فيما يماثل هذا التصور: محمد عابد الجابري: بنية العقل العربي: مرجع سابق، ص. 68 وما بعدها. تكوين العقل العربي: مرجع سابق، ص. 127 وما بعدها.

[3]- انظر في هذه الأقسام، على سبيل المثال: طاهر سليمان حمودة: دراسة المعنى عند الأصوليين: مرجع سابق، من ص. 133 إلى 136. — محمد أبو زهرة: أصول الفقه الإسلامي: مرجع سابق، من ص.118 إلى 124 .- عبد الوهاب خلاف :علم أصول الفقه ,مرجع سابق , من ص. 161 إلى 169. - محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي إلخ...: مرجع سابق، من ص. 87 إلى 89 و97 و103— وكذا مؤلفه: مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط، المطبعة التعاونية، دمشق، 1968. من ص. 213 إلى 215.

[4]- الظاهر عند الحنفية هو "الكلام الذي يدل على معنى بين واضح، لكن سياق الكلام فيه يدل على أنه لم يسق لهذا المعنى بالقصد الأول بل جاءت الدلالة تابعة لمقصد آخر، وهو مع دلالته مع ما انتظمه اللفظ يقبل التأويل إن كان خاصا والتخصيص إن كان عاما كما يقبل النسخ". : عن طاهر سليمان حمودة، المرجع قبله، ص.133. — انظر أيضا: —محمد أبو زهرة: أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 110 ص. 119 وما بعدها. —عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 162. — محمد معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. 407.

[5]- النص هو "ما دل بنفس صيغته على المعنى المقصود أصالة من سياقه ويحتمل التأويل. فمتى كان المراد متبادرا فهمه من اللفظ، ولا يتوقف فهمه على أمر خارجي وكان هو المقصود أصالة من السياق يعتبر اللفظ نصا عليه".:عن: عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 163. —انظر أيضا: - محمد أبو زهرة: أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 112 ص. 121 وما بعدها. — طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص 134. — محمد أديب صالح: تفسير

بالمنطق عما يوفق بينهما إلا في ضوء الدلالة النحوية للكلام. أما ما يستعمل من قبل بعض الفقهاء المحدثين من جديد العبارات الرامية إلى جعل المذهب الحنفي اتجاها للإرادة الظاهرة في التأويل فلا نرى فيه إلا ضربا من التغافل عن هذه الدلائل النحوية أو التقليل من أهميتها لغرض التأكيد على أن المذهب الحنفي يجاري،إن لم يكن قد سبق، أحدث النظريات الغربية في ميدان تأويل العقود[3].

229- وحسبنا، للبرهنة على ما نراه، أن نتفحص ما جاء عند وحيد الدين سوار في شأن التفسير في الفقه الإسلامي.

فهو بعدما حاول تحديد المقصود بالمادة 3 من المجلة العثمانية في أن: "العبرة في تفسير العقود للإرادة الظاهرة لا للتفسير الحرفي"[4]؛ انتقل إلى الحديث عن "التفسير بالمعنى الضيق" و"التفسير بالمعنى الواسع" في الفقه الإسلامي[5].

* "التفسير بالمعنى الضيق": يقصد به وحيد الدين سوار "التفسير الحرفي اللغوي"[6]. ولتوضيحه أورد جملة من النصوص الفقهية التي قال إن أصحابها قد اعتدوا بالمنهج الموضوعي في استكناه مضمون الإرادة من العبارات والصيغ المستخدمة في العقد. وتتعلق هذه النصوص بكل من الإبراء والإقرار والوصية والإجارة والنكاح.

ولكن الأمر، في تقديرنا، في هذه النصوص الفقهية لا يتعلق باستكناه مضمون الإرادة وإنما بتحديد الدلالة النحوية لا أقل ولا أكثر. ويكفي أن ننظر إلى ما أورده في شأن الإقرار: "إذا قال المقر: "لفلان علي درهم غير دانق" يلزم المقر بدفع خمسة

النصوص في الفقه الإسلامي إلخ....: مرجع سابق، من ص. 90 إلى 100. – مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط: مرجع سابق، من ص. 217 إلى 220.

[1]- المفسر هو "اللفظ الدال بصيغته على معناه المقصود أصالة من السياق بدون احتمال أو تأويل ويحتمل النسخ". عن: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 135. –ا نظر أيضا: محمد أبو زهرة: المرجع قبله، رقم 113 ص. 122 وما بعدها. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 166 وما بعدها. – محمد أديب صالح :تفسير النصوص في الفقه الإسلامي إلخ ...,مرجع سابق, من ص.104 إلى 107 . – مصادر التشريع الإسلامي إلخ: مرجع سابق من ص 220 إلى 224.

[2]- المحكم هو "اللفظ الدال بصيغته على معناه المقصود أصالة وهو واضح في معناه لا يقبل تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا". :عن طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص .135.- انظر أيضا: محمد أبو زهرة: المرجع قبله، رقم 114 ص. 123 وما بعدها. – عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص. 168 وما بعدها. – محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي إلخ... مرجع سابق من ص.108 إلى 111. – مصادر التشريع الإسلامي إلخ..: مرجع سابق من ص. 224 إلى 229.

[3]- لقد أدى هذا النمط من التحليل بالبعض إلى القول بتبني الفقه الألماني للفقه الإسلامي، أو على الأقل بكون هذا الأخير قد وجد صداه في الفقه الألماني: انظر على سبيل المثال: عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 152.

[4]- وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة بالفقه الغربي: مرجع سابق، ص. 555 وما بعدها.

[5]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، من ص. 559 إلى 565.

[6]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، من ص. 559 إلى 563.

دوانق إذا جاء لفظ "غير" منصوبا، ويلزم بدفع درهم تام إذا جاء لفظ "غير" مرفوعا"[1]. فأين استكناه الإرادة في هذا المثال؟ أَوَ لَمْ يتقرر الحكم بناء على الدلالة النحوية للعبارة من خلال التأكد مما إذا كانت لفظة "غير" قد نُصبت للدلالة على استثناء الدونق من الدرهم أو رُفعت للدلالة على صفة الدرهم المتميزة عن الدونق؟

* "التفسير بالمعنى الواسع": يذهب وحيد الدين سوار إلى أن الفقهاء الذين أثروا، بدل الانغماس في النهج الموضوعي المتطرف أي "التفسير بالمعنى الضيق"، التزام جانب القصد والاستعانة فيه بالعرف؛ قد وقفوا أيضا عند العبارات والصيغ أي عند الإرادة الظاهرة ولم يتعدوها إلى الإرادة الباطنة[2].

وتتعلق النصوص الفقهية التي استشهد بها في هذا الصدد بالإقرار والطلاق. وهنا أيضا نرى أن هذه النصوص لم يخرج فيها أصحابها عن الدلالة الحرفية النحوية باعتبار أن هذه الدلالة يستعان فيها بالعرف اللغوي كما يستعان فيها بالمنطق على النحو المار بنا.

- ففيما يرجع إلى استعانة الدلالة الحرفية النحوية بالعرف اللغوي: فإن المعنى الموضوعي للفظ في اللغة، إذا ما قدر وانضافت إليه معاني أخرى بحيث يصبح المعنى الأول بمثابة المركز والمعاني الأخرى بمثابة الهامش؛ فإن تداول أحد هذا المعاني الهامشية، لاشتهاره بين الناس بدل المعنى الأول المركزي، هو الذي يصبح المعنى الحقيقي للفظ عرفا[3]. والعبرة في اللغة بالمعنى الحقيقي بغض النظر عما إذا كان هذا المعنى هو الموضوع للفظ أصلا في اللغة أو اكتسبه بالاستعمال المتواتر (العرف)[4].

- وفيما يرجع إلى استعانة الدلالة الحرفية النحوية بالمنطق: فيكفي مناقشة النص الفقهي الذي استشهد به وحيد الدين سوار في شأن الطلاق: "لو قال لامرأته موصولا "إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي" لا تطلق.... ولو قال "اذهبي" طلقت". ويعلق المؤلف على هذا النص الوارد في رد المحتار[5] بما يلي: "فهنا في الحالة الأولى يأخذ الفقهاء

---

[1]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 560. ونظير هذا المثال أورده محمد أديب صالح لتوضيح المقصود ببيان التغيير أي "الذي فيه تغيير لموجب اللفظ من المعنى الظاهر إلى غيره" كالتعليق بالشرط أو التقييد بالاستثناء والصفة والغاية: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة: مرجع سابق ص. 10 وما بعدها. –انظر في هذا الصدد: الدراسة المارة بنا في القسم الأول لتخصيص العام أو تقييد المطلق كأسلوب من أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.

[2]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص. 561 و562 و559.

[3]- انظر في هذا الصدد: إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، مرجع سابق، ص. 106 وما بعدها.

[4]- إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 128 و129.

[5]- رد المحتار هو حاشية محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (توفي سنة 1252هـ)، على الدر المختار وهو شرح الحصكفي لكتاب تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة للتمرتاشي. وابن عابدين هو صاحب الحاشية نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي وقد نشرت هذه الحاشية بهامش الطبعة المعتمد عليها في هذه الدراسة لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم.

بالإرادة الباطنة ويرجعون إلى قصد المتكلم، أما في الحالة الثانية فهم يأخذون بالإرادة الظاهرة. فأنت ترى أن حرفا واحدا وهو "الفاء" يكفي لاستخلاص الإرادة الظاهرة للمطلق"[1].

إن تأمل هذا النص، في تقديرنا، لا يسمح باعتبار الحكم بالطلاق قد تقرر في ضوء الإرادة الباطنة ولا في ضوء الإرادة الظاهرة. فلقد جاء هذا الحكم بناء على تحديد الدلالة الحرفية النحوية من خلال استعمال المنطق الفطري لفهم الترتيب المتبع في الألفاظ. فعبارة "إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي" جعلت فيها "الفاء" الثانية الترتيب المتبع في الألفاظ موصولا. وهذا الوصل يسمح للسامع بأن يفهم مقصودها المتبادر إلى الذهن كالتالي:اذهبي الآن فإنني إن كلمتك فيما بعد فأنت طالق. ومثل هذا الكلام لا يمكن أن ينجر عنه الطلاق شرعا[2].

أما عبارة "إن كلمتك فأنت طالق اذهبي" فقد جعل فيها حذف "الفاء" من "اذهبي" ترتيب الكلام منفصلا. وكأن الأمر هنا يتعلق بجملتين. الأولى تفيد ترتيب الطلاق على تكليم الزوجة والجملة الثانية المتمثلة في "اذهبي" معناها: ها أنا قد كلمتك ثانية إذن فأنت طالق. وهذا الفصل في العبارة ينجر عن دلالته النحوية المنطقية ترتيب الطلاق. فجاء كذلك في النص الفقهي الذي تناولناه صدره.

وهكذا وبعد محاولة الكشف عن عقلية المذهب الحنفي في ميدان تأويل العقود، وهي عقلية تقتصر على الالتصاق بالدلالة النحوية والمنطقية للألفاظ ليس إلا؛ ماذا يبقى أن نقول عن دلالة مواد المجلة العثمانية المعتبرة من أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.؟

المطلب الثالث :
دلالة مواد المجلة العثمانية المعتبرة من أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م

230- إن قراءة المواد 12 و13 و14 من المجلة العثمانية بمعزل عن مادتين أخريين في نفس المجلة، وهما المادة 2 والمادة 3، تبين لنا أنه في الألفاظ (الكلام) المستخدمة في العقود ينبغي أن ينظر مبدئيا[3] إلى المعاني الموضوعة لها في اللغة

[1]- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص. 562.

[2]- إن تحديد دلالة العبارة وإن كان تابعا لقصد المتكلم، إلا أن هذا القصد يعرف من خلال المعنى الحرفي النحوي لكلامه.

[3]- نقول، مبدئيا، لأن المادة 12 المعنية في هذا الصدد تنظم مبدأ. والمألوف في المبادئ أن تقيد بالاستثناءات. ثم إن التقرير الذي رفع إلى الصدر الأعظم في شأن مجلة الأحكام العدلية قد ورد فيه أنه: "ليس لحكام الشرع الشريف أن

لأن هذه المعاني هي التي تعكس حقيقة الألفاظ وقصد الكلام. ولكن إذا كان الاستعمال (العرف) قد حول اللفظ من المعنى الموضوع له في اللغة إلى معنى آخر أصبح مألوفا بين الناس ومقصودا لديهم فإن هذا المعنى المألوف (العرفي) هو الذي يصبح حقيقة (المادة 12).

ومتى ثبتت هذه الحقيقة وجب التقيد بها لأن اللفظ هنا يكون بمثابة النص المفسر المانع من الاجتهاد لتحميله معنى آخر لا يحتمله (المادة 14). وإذا تبين أن المتعاقدين قد خرجا عن الأصل المتمثل في كون العقود قولية (لفظية)[1]، كأن يكون أحدهما قد استخدم اللفظ واقتصر الآخر على الفعل غير اللفظي (كالتسليم غير المصحوب بالكلام أي كالتعاطي[2] أو الإشارة المعهودة للأخرس[3]) أو كأن يكون الطرف الواحد قد استخدم الفعل غير اللفظي إلى جانب اللفظ، الأمر الذي ترتب عليه حصول تعارض بين ما يستفاد من الفعل غير اللفظي (الدلالة) وبين المعنى الحقيقي بالوضع أو بالاستعمال للفظ (التصريح)؛ فإن المعنى اللغوي الحقيقي بالوضع أو بالاستعمال هو الذي يقدم مبدئيا على دلالة الفعل غير اللفظي (المادة 13).

231- وعليه، إذا ما نبهنا إلى أن المادة 13 لا تحل إلا مشكل التعارض بين اللفظ والفعل بإيثار الأول على الثاني، فهل يجوز الإلحاح على القول بوجود تعارض بين هذه المواد 12 و13 و14 من المجلة العثمانية وبين المادتين 2 و3 من نفس المجلة؟

إن المادتين 12 و14 تتعلقان بضرورة النظر إلى اللفظ مبدئيا من زاوية معناه الحقيقي بالوضع أو بالاستعمال (بالعرف) وما تدل عليه الجملة عندما يتركب فيها اللفظ مع لفظ أو ألفاظ أخرى. وهذا هو المعنى المباشر للفظ. والمعنى المباشر هو المقصود من الكلام. والقاعدة، كما نصت على ذلك المادة 2 من المجلة، أن "الأمور

يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نص صريح". : عن "سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، مرجع سابق، ص. 12.

[1]- يقول محمد أبو زهرة: "قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هي الأصل لإنشاء العقود والأفعال لا تعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوي عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية". : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، الكتاب الثاني، رقم 118 ص. 213. وجاء في نفس هذا المرجع أيضا: "والخلاصة أن المذهب الحنفي فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذي يتمسك بلفظية العقود...." (رقم 125 ص. 225). -- انظر أيضا: أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 146

[2]- انظر المادة 175 من المجلة العثمانية أو شرحها في: سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 79.

[3]- لا ينعقد العقد بالإشارة في المذهب الحنفي إلا إذا كانت صادرة من الأخرس: انظر في هذا الصدد المادتين 70 و174 من المجلة العثمانية أو شرحهما في: سليم رستم باز اللبناني: المرجع السابق، ص. 49 و79.

بمقاصدها"[1] يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر".

والمقصود من الكلام (المعنى الوارد في المادة 2 من المجلة) هو المعنى المتحدث عنه في المادة 3 من المجلة إذ تقضي، كما مر بنا، بأن "العبرة بالمعاني لا بالألفاظ".

والمعنى، كما عرفه محمد أبو زهرة، هو "المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد متضامنة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة في إنتاج ذلك المدلول"[2]. أي المدلول الذي يتوصل إليه بالوقوف في اللفظ على معناه اللغوي، المحدد في المعاجم[3] أو في الاستعمال (العرف)[4]، والصرفي[5] (الحرفي والمورفولوجي)، والنحوي[6] (تراكيب الجمل) كما مر بنا[7]. ولكن قد يظهر أن هذا المدلول لا يتلاءم مع سياق الألفاظ.[8] ففي هذه الحالة يجب الأخذ بالدلالة الملائمة

[1]- تعني المقاصد أيضا "الأغراض الدافعة والغايات الباعثة". غير أن هذا المفهوم، كما يقول محمد أبو زهرة لا يؤخذ به في الفقه الحنفي: الملكية ونظرية العقد إلخ....: مرجع سابق، رقم 125 ص. 225. ولذلك نرى أن نقصر مفهوم المقاصد على "المقصود" كما ورد ذلك صراحة في آخر الشق الثاني من المادة 2 من المجلة العثمانية.

[2]- محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد إلخ.. مرجع سابق، رقم 125 ص. 224.

[3]- أي شرح مفردات الألفاظ ومدلولاتها بحسب الوضع في اللغة.

[4]- جاء عند محمد مصطفى شلبي أنه: "وقرر الفقهاء أن صيغ العقود والعبارات المنشئة للتصرفات يرجع تفسيرها إلى العرف". (الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية: مرجع سابق، ص 106). هذا صحيح ولكن على أساس أن المقصود بالعرف في هذا الصدد هو العرف اللغوي المتمثل في الاستعمال المألوف، لأن العرف خارج اللغة لا يعتد به إلا إذا تم إثبات وجوده وكان مطابقا للشرع إذ القاعدة أنه متى تعارض العرف، كالشرط، مع الشرع قدم الشرع. وهذا هو العرف الذي كرسته المجلة العثمانية في أكثر من مادة منها وعلى سبيل المثال المواد 36 و37 و40 و43 و44 و45.

[5]- يقول أبو فارس النحوي إن التصريف "به تعرف الأبنية والصيغ، ومن فاته علمه فاته المعظم لأن "وجد" مثلا كلمة مبهمة فإذا صرفناها اتضحت بمصادرها". : عن طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 220.

[6]- جاء عند طاهر سليمان حمودة (المرجع السابق، ص. 221) أن استفادة المعنى من تراكيب الألفاظ يقتضي "إتقان علوم النحو والمعاني والبيان والبديع. فأما النحو فلأن المعنى يتغير ويختلف باختلاف الإعراب. وأما المعاني والبيان والبديع فلأنه يعرف بالأول خواص تراكيب الكلام من جهة إفادتها المعنى، وبالثاني خواصها من حيث اختلافها بحسب وضوح الدلالة وخفائها، وبالثالث وجوه تحسين الكلام".

[7]- لقد ارتأى وحيد الدين سوار أن يفهم النص المستشهد به لمحمد أبو زهرة على أن المقصود به هو الإرادة الظاهرة: مرجعه السابق، ص. 557.

[8]- تعني بسياق الألفاظ جميع القرائن المساعدة على الفهم الحقيقي لمعنى الألفاظ. وهذه القرائن قد تكون لصيقة بنفس الألفاظ وقد لا تكون كذلك. أما الأولى فكالقرائن الصوتية التي يمكن أن تستمد من الضغط على الكلمات عند التفوه بها أو تستمد من النغمة الكلامية (إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 46 وما بعدها)، وكالقرائن اللفظية أي تلك المستمدة من ألفاظ أخرى موجودة في نفس النص المطلوب تحديد معناه عندما لا ينسجم مدلول هذه الألفاظ الأخرى مع الألفاظ الأولى. وأما القرائن التي لا تكون لصيقة بالألفاظ المطلوب تحديد معناها فهي التي تستمد مما يسمى بسياق الحال (أو المقام) أي جميع الظروف والملابسات المرتبطة بالألفاظ. والمبدأ أنه لكل مقام مقال. ونعتقد أنه مهما قيل في سياق الحال من أن مفهومه، عند الفقهاء والأصوليين المسلمين، جاء ملائما لمفهومه في الفكر الغربي الحديث (انظر: طاهر سليما حمودة: المرجع السابق، ص. 220 و225 و227)؛ إلا أن عقلية المذهب الحنفي، التي لا نرى الحقيقة إلا في المنصوص عليه في العقد كظاهرة لغوية مجردة عن محيطها الاجتماعي، جعلت تحديد المعنى في ضوء سياق اللفظ يقف عند استعمال أدوات المعالجة المنطقية في اللغة أي طرق الاستدلال العقلي كفحوى الخطاب أو دلالة النص وهذه الأخيرة مأخوذة حقا، كما يرى أبو زهرة، من اللفظ أيضا (أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 133 ص. 141 ورقم 140 ص 147) ودلالة المفهوم (انظر المرجع قبله لأبي زهرة، ص. 147 وما بعدها). وهذا لا يعني أكثر من

لسياق الألفاظ على أساس أن استعمالها قد حصل بصورة مجازية لا حقيقية أو حصل بصورة ناقصة. ودلالة الألفاظ المستعملة في غير معناها المباشر أي دلالة الكنايات من الألفاظ هي المطابقة لمدلول الصرائح من الألفاظ. وسواء تم الوقوف على المدلول في الصريح أو على الدلالة في الكناية فإنهما يعتبران معا المقصود من الكلام. والقاعدة، كما نصت على ذلك المادة 3 من المجلة، أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني...."[1].

232- وهكذا يظهر، في تقديرنا، أنه لا يوجد أي تعارض بين المادتين 12 و14 من المجلة العثمانية من جهة[2] وبين المادتين 2 و3 من نفس المجلة من جهة أخرى؛ ذلك أن هاتين المادتين الأخيرتين تتعلقان، في الحقيقة، بتحديد سلوك السامع أو المخاطب أو القاضي إزاء الألفاظ الملقاة عليه أو المخاطب بها أو المطلوب منه فهمها وتأويلها إن اقتضى الحال:

فقاعدة المادة 2 من المجلة تتعلق بما يمكن أن يسمى بالعبارات الصريحة في العقد. وهذه الأخيرة ينبغي فهمها ، ولكن دون تأويلها ، على وفق دلالتها اللغوية، بالوضع أو بالاستعمال، والصرفية والنحوية. وتأتي المادتان 12 و 14 من المجلة العثمانية لتبرير هذا السلوك المانع من التأويل بكون الدلالة اللغوية والصرفية والنحوية هي الدلالة الأصلية في الكلام وبالتالي فهي الحقيقة (المادة 12) التي تجعل

الاعتماد في سياق اللفظ على اصطلاحات نحوية كمفهوم اللقب ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم العدد. أما سياق الحال في الفكر الغربي الحديث فإنه يتجاوز بكثير مفهوم سياق اللفظ في المذهب الحنفي. فسياق الحال، أو "الموقف الكلامي" أو "المجرى" أو الحالة الكلامية"، يحدد معنى الألفاظ في ضوء جملة من العناصر تتجاوز بكثير ما وقفت عنده الحنفية وهي: كما جاء عند طاهر سليمان حمودة: "أ- الكلام الفطي نفسه. ب- شخصية المتكلم والسامع وتكوينهما الثقافي، وشخصيات من يشهد الكلام غير المتكلم والسامع إن وجدوا وبيان مدى علاقتهم بالسلوك اللغوي، وهل يقتصر دورهم على الشهود أم يشاركون في الكلام والنصوص التي تصدر عنهم. ج- الأشياء والموضوعات المناسبة المتصلة بالكلام وموقفه. د- أثر الكلام الفطي في المشتركين.... هـ- العوامل والظواهر الاجتماعية ذات العلاقة باللغة وبالسلوك اللغوي لمن يشارك في الموقف الكلامي وزمانه والوضع السياسي وحالة الجو إن كان لها دخل، وكل ما يطرأ أثناء الكلام مما يتصل بالموقف الكلامي أيا كانت درجة تعلقه به". (دراسة المعنى عند الأصوليين: مرجع سابق، ص. 214 و215). - انظر أيضا في المعنى وسياق الحال: يحيى أحمد: "الاتجاه الوظيفي ودوره في تحليل اللغة: مقال سبقت الإشارة إليه في القسم الأول، ص. 649 وما بعدها.

[1]- يلاحظ أن أبا زهرة محمد، في شرحه لهذه القاعدة، قد اقتصر في تحديده للمعاني على تلك المنجرة عن الدلالة النحوية لما أسماه صبحي محمصاني بـ "ارتباط الكلام" (انظر: فلسفة التشريع في الإسلام إلخ....: مرجع سابق، ص 321 وما بعدها). فأبو زهرة يقول: "إن المراد من قاعدة العبرة "للمعاني لا للألفاظ والمباني" هو أنه لا يلتفت في أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة بل لا يُعنى في الأحكام إلا بالمدلول الذي تدل عليه جملة العبارات في العقد...." :الملكية ونظرية العقد إلخ....: مرجع سابق، رقم 125 ص. 224 و225.

[2]- لقد تعمدنا عدم الإشارة إلى المادة 13 على الرغم من ورودها بجانب المادتين 12 و14 ضمن أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.، لأن هذه المادة كما مر بنا لا تحل إلا مشكل التعارض بين اللفظ والفعل. واللفظية في المذهب الحنفي هي الغالبة باعتبار أن الفعل لا يعتد به إلا استثناء كما هو الشأن بالنسبة إلى الإشارة المعروفة للأخرس والتعاطي الذي لا يؤخذ به إلا في الأمور الخسيسة كالمحضر والبقول ونحوها، لذلك ارتأينا أن نركز على ما يتصل باللفظية دون الفعل.

هذه الألفاظ نصا مفسرا تكون معه أية إعادة لتفسيره ضربا من العبث وإخراج للألفاظ عن حقيقتها (المادة 14) [1]

233- أما قاعدة المادة 3 من المجلة فتتعلق بما يمكن تسميته بالعبارات غير الصريحة (المبهمة أو الغامضة) . ومفادها، في تقديرنا ، أنه متى تبين من خلال سياق الألفاظ أن هذه الأخيرة ليست صريحة بسبب ورودها على سبيل المجاز(الكناية),ففي هذه الحالة يجب الاستعانة أيضا بأساليب الاستدلال العقلي (المنطقي) المتصلة بالألفاظ من داخلها بالأساس كدلالة النص ودلالة المفهوم (مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة)[2] المحددتين لمعقول الكلام غير المتعارض في آخر المطاف مع منظوم الكلام أي قصده (نيته) مادام القصد معنى، والمعاني، وإن كان محلها في القلوب إلا أن إدراكها لا يتم إلا بالعقول (المادة 3 من المجلة).

ولكن، ما ينبغي التنبيه إليه، أن إعمال المادة 3 المذكورة لا يكون إلا عند التثبت من وجود سياق الألفاظ. أما إذا وقع التمسك به دون التمكن من إثباته، فإنه في هذه الحالة يرجع إلى الأصل المنصوص عليه في المادة 2 إذ كما تنص على ذلك المادة 68 من المجلة العثمانية: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه"[3]. وهكذا نرجع من جديد إلى الحقيقة الوحيدة المعتمدة مبدئيا في إلفقه الحنفي والمتمثلة في الدلالة اللغوية المستفادة من المعجم أو الاستعمال المتواتر (العرف) والصرف والنحو[4].

ولا شك أن هذا التمسك بالتفسير اللغوي[5] أي الاقتصار على "بيان النص" العقدي

[1]-انطلاقا من هذا التحليل ،وعلى فرض تصديق سانتيانا في كونه قد استرشد بهذه المواد 12 و13 و 14 من المجلة العثمانية ، فإنه كان عليه من الأولى أن يشير إلى المادة 2 لأنها الأصل. أما المواد المذكورة عنده فلا تعتبر إلا مجرد مبررات فرضها المنطق القديم قبل أن تصبح قواعد في المؤلفات الفقهية وبالتالي نصوصا شرعية في المجلة العثمانية.

[2]- جاء عند صبحي محمصاني أن علماء الأصول الحنفية فرقوا "في تقسيم الألفاظ لجهة دلالتها بين الصريح والكناية. فالصريح هوما ظهر ظهورا بينا. والكناية هو ما استتر المراد به واحتاج إلى بيان لمفهمه، وهو يستنتج استدلالا من عبارة النص أو إشارته أو دلالته أو اقتضائه.":فلسفة التشريع في الإسلام إلخ.... : مرجع سابق، ص. 318. – انظر أيضا: -محمد معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه: مرجع سابق، ص. 408 وما بعدها.

[3]- انظر ما يماثل هذا التصور في: صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلامي: مرجع سابق، ص. 315 وما بعدها.

[4]- إن سياق الألفاظ المقصودة هنا لا يعني أكثر من الأسلوب . فلقد جاء عند صبحي محمصاني (في مرجعه قبله ص.322 و 323) في معرض حديثه عن : "سياق الكلام: إن للأسلوب الذي يجري عليه الكلام أهمية في تفسير معناه. فرب كلمة أو صفة لا أهمية لها في إحدى المناسبات تعتبر ذات وزن إذا ما ذكرت في مناسبة أخرى".

[5]- يقول أحمد سليم سعيدان : "إن اللغوي يميل إلى أن يضغط الفكر كي يقعد مع اللغة ذلك أن اللغوي يرى أن اللغة تراث عليه أن يصونه فهو يحرص على بقائها محدودة الطول والعرض والسعة والعمق وهذا هو التقوقع والتقولب وهو يفضي إلى خنق الفكر والحجر على اللغة." : مقدمة لتاريخ الفكر العلمي في الإسلام ، سلسلة عالم المعرفة ، رقم 131 ، الكويت ، 1988 ص.31 و 32.- ونعتقد أن هذا القول ينطبق أيضا على الموقف التقليدي الذي لا زال سائدا في الفقه الإسلامي عامة ، وهو موقف لا يرى تفسير الظواهر الاجتماعية إلا من خلال اللغة بالمعجم والصرف والنحو

(الألفاظ) "ضمن حدود اللغة"[1]،وما يكرسه من الجمود وعدم مسايرة متطلبات المجتمع؛ هو الذي كان له القدح المعلى، مقارنة مع الموانع الشرعية الأخرى، في شيوع الحيل في التعامل بين الخاضعين للمذهب الحنفي على نحو يفوق بكثير ما عرف من مثل هذه الحيل في المذاهب السنية الأخرى[2]. وهذه الأساليب الاحتيالية لم تكن تقل حدة عما تم اللجوء إليه في العصور الرومانية من الحيل التي شرع منها ما يتلاءم والطموحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لواضعي مدونة نابليون وأصبح شراح هذه المدونة يذكروننا بها وعلى رأسهم من تعتبر كتاباتهم من الأصول الفقهية الحديثة للفصل 461 من ق.ل.ع.م.

الفرع الثاني :
موقف الأصول الحديثة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

234- تتمثل الأصول الحديثة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. في جملة من الآراء الفقهية وكذا من المبادئ المكرسة في قرارات قضائية صادرة في فرنسا. وهذه الآراء الفقهية أو المبادئ القضائية لا تعد إلا إفرازا لِما ينجر عن النهج المتبع لدى مدرسة الشرح على المتون.

ولذلك نرى أن نتناول هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: مضمون الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م**
- **المبحث الثاني: الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية بين الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون والتكريس التام للموقف المألوف لهذه المدرسة من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**

ومفهوم الموافقة أو المخالفة وتخصيص العام أو تقييد المطلق ، على الرغم من أن هذه اللغة ظاهرة اجتماعية يجب أن تفسر بما يراه هذا المجتمع لا بما تراه قواعد النحو والإعراب. وهذا الموقف هو الذي أدى بالفقه الإسلامي إلى أن يتقوقع ويتقولب وبالتالي إلى أن يتحجر ويحجر عليه كما يشهد على ذلك الحال والممارسة في أغلب الدول الإسلامية لا كما تعلن عنه هذه الدول إيديولوجيا.

[1]- محمد معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه: مرجع سابق، ص. 140.

[2]- انظر، في هذه الحيل، وعلى سبيل المثال: محمد ابن إبراهيم: الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، 1983، ص. 74 وما بعدها. – زهدي يكن: تاريخ القانون: مرجع سابق، ص. 226. –محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد إلخ... مرجع سابق، رقم124 ص. 223.

المبحث الأول :
مضمون الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م

235- لكي نتمكن من الوقوف على هذه الأصول الفرنسية الحديثة فإننا نرى تخصيص مطلب مستقل لكل من الأصول الفقهية والأصول القضائية على النحو التالي:

- المطلب الأول: مضمون الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.
- المطلب الثاني: مضمون الأصول القضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.

المطلب الأول :
مضمون الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م

236- مر بنا في معرض جردنا لأصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م. من خلال المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية، أن الفصل 598 من هذا المشروع قد وقع التأثر فيه عند صياغته بالموقف الفقهي لكل من فرانسوا لوران ودومولومب من تأويل العقود الصريحة (الواضحة).

وسنتناول هذا الموقف عند كل من هذين الفقيهين في الفقرتين التاليتين:

- الفقرة الأولى: موقف فرانسوا لوران من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)
- الفقرة الثانية: موقف جان ـشارل ـ فلوران دومولومب من تأويل العقود الصريحة (الواضحة).

الفقرة الأولى :
موقف فرانسوا لوران من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

237- لقد عبر فرانسوا لوران عن موقفه من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)، بالأساس، في الجزء السادس عشر من مؤلفه: مبادئ القانون المدني

الفرنسي[1]. ويكفي، للتأكد من هذا الأمر، تفحص الرقمين 179 (أولا) و502 (ثانيا) في هذا الجزء السادس عشر.

أولا : موقف فرانسوا لوران من خلال الرقم 179 في الجزء السادس عشر من مؤلفه : *مبادئ القانون المدني الفرنسي*

238- يكمن مضمون ما سطره فرانسوا لوران في الرقم 179[2] من الجزء السادس عشر من مبادئ القانون المدني الفرنسي، في أن العمل القضائي يسير في اتجاه عدم السماح للقاضي بتعديل العقد ولو تبين له أن الظروف التي انعقد فيها قد تغيرت. وإذا ما عمد القاضي إلى أخذ تغير الظروف في الاعتبار، فإن حكمه مهما كان منصفا، يكون غير قانوني ويتعرض بالتالي للنقض.

وكذلك لا يستطيع المتعاقد المطالبة بتعديل العقد إلا إذا كان هذا التعديل محل توافق بين إرادتي المتعاقدين. وكل ما يستطيعه المتعاقد بمفرده أن يطالب بفسخ العقد متى كان تبادليا أو يطالب بالتعويضات مع الإبقاء على العقد.

والقاضي الذي يلبي طلب المتعاقد بتعديل العقد يرتكب شططا في استعمال سلطته لأنه يخرق قانون العقود وبالتالي الفصل 1134 الذي يعطيها قوة القانون[3].

والجدير بالإشارة أن هذه الأفكار تنجر عما ورد في رقم 178 من الجزء السادس عشر من مؤلف لوران المار بنا.

239- وحسب ما جاء في هذا الرقم 178[4]، فإن الفصل 1134 يبلور القاعدة الأولى في ميدان أثر الالتزام.

وبعدما نبه لوران إلى الفرق الموجود بين القانون والعقد، أشار إلى ما يوجد بينهما من الشبه الكبير.

ويتمثل هذا الشبه في كون العقد كالقانون يلزم كلا من المتعاقدين والقاضي. وهذا الأخير لا يستطيع أن يأخذ الإنصاف في الاعتبار، ولو طالب به أحد المتعاقدين، لتعديل العقد وإلا خرق القانون بخرقه حقوق الدائن.

---

[1]- لقد اعتمدنا على الطبعة الثالثة لهذا الجزء السادس عشر، كما أشرنا إلى ذلك في السابق، والصادرة في كل من باريس وبروكسيل سنة1878.

[2]- انظر هذا الرقم في ص. 240 و241 من المؤلف المشار إليه في المتن.

[3]- لقد انتقل الفصل 1134 مدني فرنسي إلى الفصل 230 من ق.ل.ع.م. عبر الفصل 242 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

[4]- انظر مضمون هذا الرقم في الصفحات من 238 إلى 240 من المرجع المشار إليه لفرانسوا لوران.

ولقد ختم لوران مضمون هذا الرقم 178 بقوله إن روح تشريعنا الحديث تتمثل في تقييد القاضي تفاديا لتحكمه. وقد يبدو هذا الأمر، على المستوى النظري، ظالما جائرا، إذ كانت المحاكم في النظام القديم تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة؛ ولكننا نعد جيدا ما أفضت إليه هذه السلطة المطلقة: "اللهم احفظنا من إنصاف المحاكم". فهذه الصرخة الصادرة عن الضمير الشعبي تكشف بجلاء عن روح قوانيننا الحديثة.

ثانيا : موقف فرانسوا لوران من خلال الرقم 502 في الجزء السادس عشر من مؤلفه: *مبادئ القانون المدني الفرنسي*[1]

240- بعد إيراد مقتضيات الفصل 1156 مدني فرنسي، أشار فرانسوا لوران إلى أن هذه القاعدة المنقولة عن قواعد بوتييه، قد أسيئت صياغتها؛ إذ يبدو من خلالها أنه يجب تغليب إرادة (نية) الطرفين المتعاقدين على ألفاظ العقد حتى عندما لا يثير المعنى الحرفي النحوي لهذه الألفاظ أي شك, والحال أن العكس هو الذي يجسد الفكرة الصحيحة للمشرع. وكان دُوما قد أحسن صياغة هذه الفكرة في قاعدته التي سطرها في الفصل 11 من الفرع الثاني من القسم الأول من الكتاب الأول من مؤلفه في القوانين المدنية وفقا لنظامها الطبيعي[2].

فقبل كل شيء، يجب النظر إلى ما إذا كانت ألفاظ العقد تبدو (تظهر) مخالفة للنية: أي النظر إلى ما إذا كان هناك بعض الشك حول ما أراده الطرفان. ولكن متى يوجد هذا الشك؟ إنه يقوم عندما تكون ألفاظ العقد قابلة لتأويلات متعددة. وبالمقابل متى كانت الألفاظ صريحة (واضحة) أي لا تثير أي شك عند فهمها على وفق معناها الحرفي النحوي، وجب الأخذ بهذا المعنى الأخير؛ لأنه في هذه الحالة لا محل للتأويل وإلا عد القاضي متعسفا في استعمال سلطته.

[1] - انظر مضمون هذا الرقم في الصفحات من 580 إلى 582 من المرجع المشار إليه لفرانسوا لوران.

[2] - تنص قاعدة دوما، المعنية في المتن، على أنه: "عندما تبدو (paraissent) ألفاظ الاتفاق معاكسة لنية المتعاقدين التي تبقى بديهية (d'ailleurs évidente)؛ فإنه ينبغي إتباع هذه النية بدلا من الألفاظ". والجدير بالتنبيه أننا نترجم هذا القاعدة الرابعة لدوما حسب فهم لوران لكلمة (paraître) التي تفيد لديه معنى ظنيا أي يبدُو أو يظهر، ولكلمة (d'ailleurs) التي تعني لديه "يبقى" (du reste). ومع ذلك فإن إدوارد دوكالاطاي ينبهنا إلى أن دُوما قد استعمل الكلمتين وفقا لمعنييهما الأصليين وهما على التوالي الوجود أو التجلي الخارجي بالنسبة إلى كلمة (apparaître) التي تفيد اليقين لا الظن، والجهة الأخرى أو الجانب الآخر بالنسبة إلى كلمة (d'ailleurs) وليس "الباقي مع ذلك". وباستخدام الكلمتين وفقا لمعنييهما الأصليين، فإن القاعدة الرابعة لدوما، وخلافا لما اعتقده لوران وغيره، لم تتضمن أي قيد على تأويل العقود لأن الأمر فيها إنما يتعلق بالألفاظ المخالفة للنية. والعبارات المبهمة أو الغامضة لا تكون أقل مخالفة لهذه النية من العبارات المسماة بالصريحة أو الواضحة. وعليه فإذا ما اصطدمت هذه العبارات الصريحة (الواضحة) بالنية البديهية الصريحة (الواضحة)، تكون الغلبة لهذه النية على الألفاظ: إدوارد دوكالاطاي: دراسات حول تأويل الاتفاقات: مرجع سابق، رقم 14 من ص. 24 إلى 26.

ولقد سايرت القوانين الرومانية هذا الاتجاه كما شرحت به مقتضيات المشروع التمهيدي للقانون المدني في مجلس الدولة الفرنسي، فيما يخص الفصل الذي أصبح يحمل رقم 1156. ثم إن الفقه والقضاء لا يختلفان في هذا المعنى. فالمثل القديم يذهب إلى أنه "عندما لا يكون هناك غموض في الألفاظ فلا ينبغي إثارة (movenda) الإرادة"[1].

ويرجع السر، في ضرورة التقيد بالعبارات الصريحة (الواضحة) لخروجها عن مجال التأويل، في أن نية الطرفين تكون محققة (certaine) عندما يعبر عنها بألفاظ صريحة (واضحة). ومتى تم البحث عن هذه النية، فإنه سيقع إحلال نية غير محققة محل نية محققة.

وبما أن قاعدة تأويل الاتفاقات لا تختلف عن قاعدة تأويل القوانين، لذلك يجب أن تطبق على تأويل الاتفاقات هذه القاعدة الحكيمة جدا والتي صاغها محررو المشروع التمهيدي الأول للقانون المدني في الباب التمهيدي لهذا المشروع. وتقضي بأنه "عندما يكون القانون واضحا، فلا يجب التهرب من حرفيته بدعوى النفاذ إلى روحه"[2].

إن هذه القاعدة، التي ليس هناك ما هو أهم منها، قد سايرها العمل القضائي وكرس اتجاهها[3]. ولا يخرج عنها، استثناء، إلا عندما يرتكب المشرع أو طرفا العقد خطأ في التعبير: فالفصل 213 من القانون التجاري الفرنسي استعمل كلمة الغير (le tiers) حيث كان يجب أن يستعمل اللفظة الحقيقية وهي المدين (le débiteur). كما أن الفصل 477 من القانون الجنائي الفرنسي لسنة 1810، أحال على الفصل 476 من نفس القانون مع أنه كان يقصد الإحالة على الفصل 475. ومثل هذه الأخطاء في التعبير (الغلطات المادية) يجب على القضاء تصحيحها حيثما وجدت، في النص القانوني أو العقدي. وبالفعل فإن القضاء لا يتردد في تصحيحها انطلاقا من إيثار النية الحقيقية، في هذا الصدد، على حساب الألفاظ.

[1] - « Cum in verbis , nulla ambiguitas est, non est movenda voluntatis quaestio ». ويجدر التنبيه إلى أن هذا المثل، حسب تعبير لوران، قد سبقت معالجته ضمن موقف الفقه (القانون) الروماني من تأويل العقود الصريحة (الواضحة). وقلنا إنه نص للفقيه الروماني بولوس. ولكن الملاحظ أن لوران قد أورد فيه ألفاظا مغايرة. فبدل عبارة "non débet admitti" المارة بنا، (والتي اعتمدتها حتى محكمة كرونوبل في اقتراحها الرامي إلى تعديل المقتضيات التي أصبحت تحمل في القانون المدني الفرنسي رقم 1156: أنظر في هذه الاقتراحات: المرجع السابق لإدوارد دوكالاطاي: رقم 26 ص. 61 و62) نجد لوران يستعمل عبارة "non est movenda".

[2] - « Quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ».

[3] - لقد استشهد لوران في هذا الصدد بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بكاين الفرنسية في 28 يناير 1827 وبالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بلييج البلجيكية في 5 يوليوز 1860: انظر مرجعه المار بنا، ص. 581 و582.

241- هذه هي الأفكار التي تبلور موقف لوران من تأويل العقود الصريحة (الواضحة). ولقد أتيحت له الفرصة لصياغة هذه الأفكار صياغة دقيقة ومركزة بطلب من وزير العدل البلجيكي، في المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني والذي أعده سنة 1884. وينص الفصل 1096 من هذا المشروع التمهيدي للوران على أنه: "إذا كانت ألفاظ الاتفاق واضحة ولا تترك أي مجال للشك حول نية الطرفين، وجب التقيد بالمعنى الحرفي للبنود.

عندما تبدو الألفاظ مخالفة لنية الطرفين التي تبقى مع ذلك بديهية، يجب إتباع هذه النية[1]".

الفقرة الثانية :
موقف جان ـشارل ـ فلوران دومولومب من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)[2]

242- لقد أشار دومولومب، عند معالجته قاعدة الفصل 1156 مدني فرنسي[3]، إلى أن هذه القاعدة تشكل بحق قاعدة القواعد لأنها تقترح على القاضي تقدير نتائج الاتفاق في ضوء الإرادة المشتركة للمتعاقدين أي في ضوء ما لا يقوم الاتفاق نفسه إلا به، ويتمثل فيما أراده الطرفان. ومن هنا يتضح أن هذه القاعدة تجسد الهدف (الغاية) من التأويل ولا تقتصر على إبراز أحد أساليبه فقط.

243- وانتقل دومولومب، بعدئذ في رقم 4 من مؤلفه المعني في هذا الصدد، إلى التنبيه إلى كون قاعدة الفصل 1156 مدني فرنسي توصي القاضي بعدم الاقتصار على المعنى الحرفي للألفاظ (le sens littéral des termes) أي المعنى النحوي (le sens grammatical) بتعبير بوتييه[4].

غير أن ما ينبغي فهمه جيدا في الفصل 1156، أنه يتضمن قاعدة تأويل. والتأويل لا محل له إلا عندما تكون الألفاظ غامضة (obscurs) أو مبهمة (ambigus)[5]. ومن هنا يتضح، على الرغم من الصياغة المرسلة وغير المقيدة

[1]- فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني: مرجع سابق، ج. 4 ص. 88 و89.
[2]- لقد اعتمدنا في إبراز موقف دومولومب على مؤلفه المار بنا من قبل: دروس مدونة نابليون، المجلد 25: المبسوط في العقود أو الالتزامات الاتفاقية ج. 2، طبعة 1869.
[3]- دومولومب:المرجع السابق، رقم 3 ص.4.
[4]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 4 ص.4.
[5]- يكون اللفظ غامضا عندما لا يمثل أي معنى محدد. ويكون مبهما عندما يحتمل معنيين متميزين متضادين ويحصل التردد في المراد منهما: دومولومب: المرجع السابق، رقم 16، ص. 15.

للفصل 1156، أن القاعدة التي يجسدها تفيد بنفسها، وبالضرورة، أنه لا ينبغي العمل على تغليب النية المشتركة للمتعاقدين على المعنى الحرفي (النحوي) للألفاظ إلا في الحالة التي تكون فيها هذه الألفاظ غامضة أو مبهمة[1].

ويخلص دومولومب إلى أنه "عندما تكون ألفاظ الاتفاق واضحة يجب تطبيقها وفقا لمعناها الحرفي. ويكون من التعسف الخطير الابتعاد عن هذا المعنى لأجل إحلال تأويل تخميني وتحكمي محل المعنى المحدد البين والذي تمثله ألفاظ الاتفاق نفسها[2].

244- وإذا كان هذا هو موقف دومولومب من فهم الفصل 1156 مدني فرنسي؛ فإنه لم يتردد في الاعتراف، عقب خلاصته المارة بنا، بكون الوضوح البين المانع من النقاش وبالتالي من التأويل نادرا ما يتصف به اللفظ. فإلى جانب وجود عدد ضخم من الألفاظ في اللغة الفرنسية لها معاني فضفاضة غير محددة أو يحوم الشك حول معانيها أو تحتمل أكثر من معنى، نجد الألفاظ الأخرى ذات المعاني الدقيقة المحددة، تستعمل، في الغالب، من قبل المتعاقدين وفقا لمعاني مجازية تحرفها عن معانيها الحقيقية. وهنا فإن العبرة لا تكون للمعنى الحرفي (النحوي) للألفاظ وإنما لما انصرفت إليه الإرادة المشتركة من المعنى المجازي[3]

المطلب الثاني :
مضمون الأصول القضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م

245- حسب الجرد المار بنا لأصول الفصل 461 ق.ل.ع.م. من خلال المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية والتونسية؛ فإن هذه الأصول القضائية الفرنسية تتمثل في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1872 والقرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 6 مارس 1876. ونرى أن

[1]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 4 ص. 4 و5. ولقد عزز دومولومب رأيه بالنص الفقهي المار بنا للفقيه الروماني بولوس كما استشهد بنص فقهي آخر للروماني مارسيلوس (Marcellus) يسير في نفس الاتجاه، وإن كان متعلقا بالوصية، ويرى دومولومب أن من شأنه أن ينطبق أيضا على العقود الملزمة لجانبين.
[2]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 4 ص.5.
[3]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 5 ص. 5 وما بعدها.

نتناول كلا من القرارين، مع تسبيق القرار الأخير[1]، في فقرة مستقلة من الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى: مضمون القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مارس 1876**
- **الفقرة الثانية: مضمون القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1872**

الفقرة الأولى :
مضمون القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مارس 1876

246- لقد عبر القضاء الفرنسي مرارا في عمله، المساير لموقف ممثلي مدرسة الشرح على المتون، عن رفضه الاعتداد بتغير الظروف لتعديل العقود.

وفي هذا الصدد جاءت محكمة النقض الفرنسية لتؤكد هذا الموقف بقرارها، المكرس لمبدأ قانوني (Arrêt de principe) الصادر في 6 مارس 1876[2].

[1]- نرى البدء بهذا القرار قبل قرار 15 أبريل 1872، السابق عنه في الزمان، لنساير به الترتيب المعتمد عند سانتيانا في مشروعه التمهيدي وكذا ما جاء عند فرانسوا لوران في رقم 179 من الجزء السادس عشر من مؤلفه المار بنا. وبعبارة أخرى فإن الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي في هذا الصدد من الفصل 1134 مدني فرنسي هو الذي يرتكز عليه موقفه من تأويل العقود الصريحة (الواضحة).

[2]- منشور بدالوز بيريوديك، السنة 1876، القسم الأول، ص. 193. وانظر في شأنه على سبيل المثال:

- Boris Stark : Droit Civil : Les obligations , Librairie technique, 1972, p. 567 et s.
- Alex Weill et François Terré : Droit civil : Les obligations, 2ème ed, Dalloz, Paris, 1975, p. 409, et s.
- Henri, Léon et Jean MAZE AUD : Leçons de Droit civil, tome deuxième, premier volume : obligations –théorie général, 6ème ad, par F. Chabas,ed. Montchrétien, Paris, 1978, pp . 834 et 837.
- Aubry et Rau : Cours de Droit civil d'après la méthode de zachariae, t.4, 5ème ed, 1902, par 346, p 560 note 1 ter.
- André Barreyre : L'évolution et la crise du contrat –Etude synthétique et critique, thèse, Bordeaux, 1937, p. 50.
- Georges Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 4ème ed. L.G.D.J., Paris 1949, p.p. 145,149 et 150.
- Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil Français et Allemand, L.G.D.J. Paris, 1961, p. 536.
- « Force obligatoire des conventions - Article 1134 », in Juris classeur civil, 5, 1977, Fasc, 11, N° 40, P.12.

وتتلخص وقائعه المتعلقة بقضية قناة كرابون (canal de craponne) المشهورة، في أنه في القرن 16م. أبرم عقد بموجبه التزم مالك قناة للري في سهول ارلس (d'arles) بتوفير ماء السقي للمتعاقد معه بمقابل.

وبعدما انخفضت قيمة العملة في أواخر القرن 19 طالب صاحب القناة من المحكمة مراجعة المقابل المحدد في العقد قبل ما يقرب من ثلاثة قرون؛ فلبت محكمة الاستئناف بايكس(la cour d'Aix) طلبه. غير أنه عند الطعن في هذا القرار، أصدرت محكمة النقض قرارها المؤرخ في 6 مارس 1876 بنقضه.

ولقد جاء في قرار محكمة النقض أن: "القاعدة التي يكرسها الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي عامة ومطلقة وتحكم العقود التي يمتد تنفيذها في الزمان كما تحكم بقية العقود الأخرى. ولذلك لا يعود إلى المحاكم، مهما بدت أحكامها منصفة، أن تأخذ في الاعتبار الزمان والظروف لتعديل اتفاقات الأطراف وإحلال بنود جديدة محل البنود التي تم قبولها بحرية من طرف المتعاقدين....".

الفقرة الثانية :
مضمون القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1872

247- كانت محكمة النقض الفرنسية، منذ تأسيسها سنة 1790 إلى سنة 1808، تمنح لنفسها الحق في مراقبة تأويل العقود للشبه الموجود بينها وبين القوانين. ولذلك فإنها كانت تعرض للنقض كل حكم ينبني على تأويل غير سليم أي مخالف للمعنى الحرفي النحوي للألفاظ.

ومع ذلك، فإن هذا الموقف لم يعمر طويلا بسبب الانتقادات التي تعرض لها من قبل كثير من الفقهاء أمثال ميرلان (Merlin) وتوليه (toullier) وبيربيات سانت بري (Berriat saint-prix) وبونسيه (poncet).

فهؤلاء الفقهاء كانوا ينادون بضرورة تقيد محكمة النقض بدور حامية القوانين وحارسة ومراقبة قضاء الموضوع للتأكد من مدى تطبيقه السليم للقانون؛ الأمر الذي ينجر عنه وجوب تخليها عن ممارسة سلطتها في مراقبتها تأويل العقود لأن هذا التأويل إنما يبقى داخلا ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ليس إلا.

- عيمانويل كولو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص: مساهمة في دراسة نقدية للفردية القانونية: مرجع سابق، ص. 195 الهامش 1 وص. 196 الهامش 1.

ولقد انضمت محكمة النقض إلى موقف هؤلاء الفقهاء ,وتحت تأثير خلاصات (استنتاجات) المدعي العام لديها ميرلان، في قرارها الصادر في 2 فبراير 1808[1].

248- إن المبدأ القانوني المكرس في قرار 2 فبراير 1808، ظل مهيمنا على العمل القضائي لمحكمة النقض وعلى أغلب الفقهاء إلى أن أصدرت قرارا آخر، يكرس أيضا مبدأ قانونيا في ميدان مراقبة تأويل العقود الصريحة (الواضحة): إنه قرار 15 أبريل 1872.

ولقد حصل الاتفاق على أن هذا القرار[2] سيدشن عهدا جديدا لموقف محكمة النقض الفرنسية من مراقبتها تأويل العقود[3]. ويتمثل هذا العهد الجديد في التمييز بين العقود الغامضة أو المبهمة، حيث تبقى محاكم الموضوع متمتعة بسلطتها التقديرية

[1]- انظر في هذا الصدد:

- Christian Talamon : Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats, Paris, 1926, p.p, 19 à 24.
-Gabriel Marty : La distinction du fait et du droit –Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges de fait, Librairie du recueil Sirey, 1929, N° 43 p. 72, N° 47 p. 77 ; N° 66 p. 111 et N° 145 pp. 298 à 300.

- جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، من ص. 227 إلى 229.
- كوكييه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق، من ص. 74 إلى 76.
- ويذهب كابريليل مارتي (في مرجعه قبله، رقم 145 ص. 300) إلى أن القرار الصادر عن الغرف المجتمعة لمحكمة النقض في 2 فبراير 1808 لم يكن قويا في صراحته على تبني الاتجاه الجديد،ولكنه اتضح بشروح وخلاصات المدعي العام ميرلان. وبهذه التوضيحات أصبح القرار يقيد كثيرا مراقبة محكمة النقض للتأويل ويعترف لقضاة الموضوع بسلطات جد واسعة. ويمكن تلخيص النظرية المعتمدة في هذا القرار في الأفكار التالية:

* لقضاء الموضوع سلطة مطلقة في تأويل العقد بالبحث عن نية المتعاقدين لتحديد المعنى الذي يحسن إسناده لبنود الاتفاق. وكيفما كان الحل فإن قضاة الموضوع لا يكونون بذلك قد خرقوا مقتضيات الفصل 1134 مدني فرنسي.
* لا يكون هناك خرق للفصل 1134 إلا في الفرضية التي يرفض فيها قضاة الموضوع المعنى المتوصل إليه بما لهم من السلطة التقديرية في التأويل، وذلك بدعوى عدم ملاءمته للإنصاف أو لأي سبب آخر. فهنا يتعرض حكمهم للنقض.
* على محكمة النقض أن تتدخل أيضا، عندما يكون العقد، بعد معاينة بنوده وتأويلها، قد كيف عن غير صواب. –انظر نص قرار 2 فبراير 1808 في:

- Henri Capitant, Alex Weill et François Terré : les grands arrêts de la jurisprudence civile, 7ème éd, Dalloz, Paris 1976, N° 96 p. 345 et s.

[2]- الملاحظ أن هذا القرار صدر عقب تعيين الفقيهين أوبري ورو مستشارين بمحكمة النقض مباشرة بعد حرب 1870 وضم الألزاس (عن: أ.ج.أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه من القرن 19 إلى الوقت الراهن: مرجع سابق، ص. 58). وإذا كنا قد أشرنا، في هذا الصدد، إلى هذين الفقيهين فلأن محكمة النقض الفرنسية لم تكن تتساهل في عدم الأخذ بآرائهما فيما يخص القانون المدني (عن فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم: مرجع سابق، ص. 250 الهامش 4).

[3]- كريستيان تالامون: المرجع السابق، من ص. 25 إلى 27 و29 إلى 30. – كابريل مارتي: المرجع قبله، ص. 301 و309 و310. – جورج دورو: المرجع قبله، ص. 79.

وخارجة عن مراقبة محكمة النقض، وبين العقود الصريحة (الواضحة) حيث تسترجع محكمة النقض حقها في مراقبة محاكم الموضوع[1].

249- إن قرار 15 أبريل 1872 صدر في شأن القضية المشهورة بين شركة أرملة فوكولد وكولومب من جهة والعامل برينكولت من جهة أخرى (Société veuve Foucauld et Coulombe contre Pringault). وتتلخص وقائعها في أن الشركة المذكورة تعهدت، في نظام معملها، بأداء مكافآت للعمال مع التنبيه إلى أن هذه المكافآت تبقى اختيارية في جميع الأحوال. وعندما طالب العامل برينكولت بهذه المكافآت، وامتنعت الشركة عن أدائها، رفع الدعوى أمام مجلس الخبراء بفليرس (Flers) الذي قضى له بها على أساس أنه كان قد اعتاد على تلقيها كلما قام بعمله على وفق الإعلان التنظيمي (نظام المعمل). غير أن محكمة النقض في قرارها الصادر في 15 أبريل 1872 نقضت هذا الحكم بحجة أن الشركة عندما امتنعت عن أداء المكافآت، تكون قد استعملت خيارها المصرح به في نظام المعمل. وعليه فإن مجلس الخبراء، بحكمه على الشركة بأداء المكافآت المطالب بها من قبل العامل، يكون قد خرق مقتضيات الفصل 1134 من القانون المدني[2].

ولقد جاء في تأشيرة قرار محكمة النقض المؤرخ في 15 أبريل 1872[3] أنه: "بناء على الفصل 1134 من القانون المدني, وحيث ينص هذا الفصل على أن "الاتفاقات المبرمة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"؛ فإنه لا

[1]- يذهب كريستيان تلامون (في مرجعه السابق، من ص. 42 إلى 44) إلى أن أغلب الدارسين يرجعون أمر اكتشاف نظرية التمييز بين العبارات الصريحة (الواضحة) والعبارات غير الصريحة (الغامضة أو المبهمة) في علاقتها بمراقبة محكمة النقض, لأول مرة، إلى الفقيه كاري (Carré). فالحكم الذي ينسب إلى العبارات الصريحة (الواضحة)، حسب هذا الفقيه، معنى آخر بدعوى التمسك بالنية المزعومة للطرفين؛ يجب أن يتعرض للنقض. أما الحكم الذي تؤول فيه المحكمة عبارات العقد غير الصريحة (الغامضة أو المبهمة)، يبقى خارجا عن أية مراقبة لمحكمة النقض. ولقد كانت نظرية كاري محل انتقاد من قبل الفقهاء الذين كانوا يريدون حرمان محكمة النقض من أي دور في ممارسة مراقبتها للتأويل. ومع ذلك، فإن أغلب قرارات محكمة النقض، وعلى الرغم من هذه الانتقادات، أخذت تتبنى التمييز الذي قال به كاري منذ بداية الثلاثين سنة الأخيرة للقرن التاسع عشر م. والجدير بالتنبيه أن الموقف الجديد لمحكمة النقض لا يرجع الفضل فيه إلى كاري وحده، فلقد كان هناك من قال قبله بهذا الرأي أمثال توليبه وزكريا وأوبري ورو. غير أنه تحت تأثير كاري أصبحت نظرية محكمة النقض تكتسي ثوبا جديدا من الصرامة. –انظر في هذا الصدد أيضا: كوكييه: المرجع السابق، من ص. 223 إلى 226.

[2]- انظر خلاصة جد مقتضبة لهذا القرار في: موسى عبود: "التحريف كسبب من أسباب النقض: تعليق على حكمين صادرين عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أكتوبر 1960" :منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 35-36. ص. 199.

[3]- انظر في النص الكامل لهذا القرار: كابيتان، فيل وتيري: القرارات الكبرى للعمل القضائي المدني: مرجع سابق، رقم 97 ص. 347 وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض كانت قد مهدت لهذا القرار، بقرارات سابقة منها قرار 8 يونيو 1858، فيما يخص مراقبة العبارات الواضحة لعقد الزواج بعدما طالب المدعي العام دوبان (Dupin) من محكمة النقض التدخل لمراقبة عقد الزواج الصريح في عباراته: انظر في هذا الصدد: جورج دورو: المرجع السابق، ص. 78. – كوكييه: المرجع السابق، ص. 251 و252. – كابريل مارتي: المرجع قبله، ص. 306. – أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود: مرجع سابق، ص. 241

يسمح للقضاء، عندما تكون عبارات هذه الاتفاقات واضحة بينة، بتحريف الالتزامات الناتجة عنها وتعديل البنود التي تتضمنها"[1].

المبحث الثاني :
الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية بين الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون والتكريس التام للموقف المألوف لهذه المدرسة من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

250- إذا كان انتصار البورجوازية في فرنسا لم يترسخ إلا في عهد الملك لويس فيليب الذي تولى الحكم سنة 1830[2]، فإن الفرحة العارمة التي عبر عنها التجار بصفة خاصة سنة 1799 على إثر نجاح الانقلاب الذي قاده نابليون[3] ستجد تتويجها في قيام هذا الأخير بإصدار القانون المدني الفرنسي في 21 مارس 1804 لإرضاء طموحات الطبقة التي حملته إلى السلطة[4].

251- ويظهر هذا القانون المدني وكأنه مفرط في الإنسانية والمدنية. غير أن حقيقته خلاف ذلك[5]: فهي تكمن في حماية المصلحة الفردية للمالك وحده[6]. وقصد بلورة هذه الحقيقة في مدونة منسجمة تم اللجوء، في ضوء الاستدلال المنطقي، إلى الموازنة فيها بين النظريات الفقهية السائدة في الفقه (القانون) الروماني والكنسي

[1]- ولقد ارتأى أستاذنا موسى عبود أن يترجم هذا المبدأ على النحو التالي: "بناء على الفصل 1134 من القانون المدني؛ وحيث إن الفصل المذكور ينص على أن العقود المبرمة بمقتضى القانون تصبح بمثابة شريعة للمتعاقدين؛ وحيث إنه لا يجوز للقضاة أن يحرفوا الالتزامات الناتجة عن تلك العقود، ولا أن يغيروا الشروط التي أدرجت فيها متى كان نصها واضحا وخاليا من الإبهام". : مقاله بل تعليقه المشار إليه قبله، ص. 199.

[2]- أندري - جان أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه من القرن 19 إلى الوقت الراهن: مرجع سابق، ص. 27.
- Régine Pernoud : Histoire de la bourgeoisie en France 2 les temps modernes, éditions du seuil, 1980, p. 330 et s., 338 ets .

[3]- ريجين بيرنو: المرجع قبله، ص. 314 و516.

[4]- ريجين بيرنو: المرجع السابق، ص. 262.

[5]- أندري – جان أرنو: محاولة تحليل بنيوي للقانون المدني الفرنسي: قاعدة اللعبة في السلم البورجوازي: مرجع سابق، ص. 123، 148 وما بعدها، 151 وما بعدها.

[6]- قال نابليون بونابارت، أثناء مناقشة مجلس الدولة لمشروع القانون المدني: "إن ما يدافع أحسن عن حق المالك هو المصلحة الفردية... وعلى التشريع أن يكون دائما في صالح المالك" :عن ريجين بيرنو: المرجع السابق، ص. 264.
وقال فاليس (Vallès) في رسالته الموجهة إلى جول ميريس (Jules Mirès): "يبدأ القرن 19 عهدا جديدا في حياة الإنسانية: إنه عهد الأنانية المتحضرة" :عن أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه الخ....: مرجع سابق، ص. 27.

خلال القرن 18م. بالأساس وبين النظريات الفلسفية والاقتصادية وكذا الآراء السياسية التي رأى نابليون أن تتجسد في المدونة خدمة لمن حملوه إلى السلطة[1].

252- ولقد اقتضى الحرص على تطبيق هذا القانون وفقا للأهداف المرسومة له، تكوين جيل الشراح الذين أصبحوا يشكلون مدرسة الشرح على المتون.
وإذا كان المقام هنا لا يرمي إلى التأريخ لهذه المدرسة؛ فحسبنا أن ندرس فيها ما يساعد على محاولة تلمس العقلية القانونية السائدة خلال القرن 19م. عبر وضع الأصبع على خلفيتها التربوية التي أملت على أنصارها في مجموعهم، وليس فقط من قبل بتأثيرهم في مضمون الفصل 461 من ق.ل.ع.م. اتخاذ موقف مشترك من تأويل العقود الصريحة (الواضحة).

وهكذا فإننا سنعالج هذا المبحث في المطلبين التاليين:
- **المطلب الأول : الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون التي تنتمي إليها الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م**
- **المطلب الثاني : تكريس أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م. الفقهية والقضائية الفرنسية للموقف المألوف لدى مدرسة الشرح على المتون من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)**

المطلب الأول:
الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون التي تنتمي إليها الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م

253- لقد أريد بالقانون المدني الفرنسي الحفاظ على النظام الإجتماعي الجديد الآخذ في الاستقرار[2] وبالتالي محاولة إحداث "قطيعة" مع الممارسات التي كانت تتبع

[1]- أندري باريير: تطور وأزمة العقد – دراسة تركيبية ونقدية: مرجع سابق، من ص. 9 إلى 17. – أندري- جان أرنو: الأصول الفقهية للقانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ص. 213 وما بعدها و215 وما بعدها. –ريجين بيرنو: تاريخ البورجوازية بفرنسا: 2 –الأزمة الحديثة: مرجع سابق، ص. 262.

[2]- Anne Lagneau – Devillé : « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en Droit ». in l'interprétation en Droit –Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p. 522.

سابقا في ميدان تطبيق القانون على العلاقات التبادلية. وهذا الأمر يستدعي حمل رجال القانون على التكيف مع الوضع الجديد[1].

وبما أن عمل رجل القانون، مهما كان كثيفا ومتنوعا، هو عمل يتمثل بصفة جوهرية، كما قال سبريكولي (Sbriccoli)، في التأويل[2]؛ فإن ربط التأويل بالتكيف مع الوضع الجديد معناه ضرورة التخلص من النظرة المثالية التي كانت تدفع برجال القانون، من فقهاء وقضاة قبل قيام الثورة الفرنسية، إلى تأويل القانون والتصرفات القانونية في ضوء مبادئ ميتافيزيقية كالإنصاف[3].

254- ولاشك أن التخلص من رواسب الماضي يقتضي التربية. وهذه الأخيرة لا تجد ضالتها إلا في التعليم. كيف لا، وهو الذي يهدف، كما قال نابليون نفسه، إلى: "إيجاد وسيلة [رجال القانون] لتسيير وتدبير الآراء السياسية والأخلاقية[4].

ولكن من سيكون جديرا بالمشاركة في عملية التعليم (الفاعل) والتعلم (المفعول)، وما هو المنهج الواجب إتباعه لتحقيق الغرض المتوخى من العملية التربوية؟

* فيما يرجع إلى عملية التعليم من حيث فاعلوها، فإنه ليس من الضروري أن تشترط فيهم الكفاءة العلمية بقدر ما ينبغي الإلحاح، بالدرجة الأولى، على التأكد من مدى انتمائهم إلى الفكر البورجوازي الرسمي وإعلان الولاء له[5].

* وفيما يخص عملية التعلم، فإن معيار الأصل الاجتماعي هو الذي سيعمل به في انتقاء المتعلمين[6]؛ باعتبار أن هذا الأصل الاجتماعي هو الذي سيسهل الاندماج في النظام الجديد وبالتالي سيدفع إلى الإيمان بضرورة المساهمة في الدفاع عنه[1].

---

[1]- ليون هوسون: "التحليل النقدي للمنهج المتوني" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 121.

[2]- أندري – جان أرنو: "الوسيط والعالم: الدلالة السياسية للتأويل القانوني" ;مقال مشار إليه في السابق، ص. 156. –ويذهب هانس كلسن، في هذا الاتجاه، إلى أن كل تطبيق للقانون يقتضي تأويلا:

- Hans Kelsen : Théorie pure de Droit –traduction française de la 2ème édition par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 453.

[3]- ليون هوسون: مقاله المشار إليه قبله، ص. 121 و122. –وانظر أيضا ما أسماه فرانسوا لوران بصرخة الضمير الشعبي "اللهم احفظنا من إنصاف المحاكم" ;مرجعه المشار إليه في السابق، ج. 16 ص. 240 و244.

[4]- ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج. 2، ص. 308.

[5]- ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 311 و312. –ويذهب أندري – جان أرنو إلى أن التأهيل العلمي لم يكن يهم كثيرا في انتقاء الأساتذة، في بداية القرن 19م. إن المهم في هذا الانتقاء هو التأكد من الولاء للسلطة. ولقد كان الأساتذة الثلاثة الأوائل، بورتييز دُولواز (Portiez de l'Oise) وبرتولو (Berthelot) وموراند (Morand)، في مدرسة الحقوق بباريس؛ مشهورين بانتهازيتهم أكثر من كفاءتهم: أ.ج.أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ...: مرجع ساق، ص. 47 و48. –انظر في هذا الصدد أيضا:

- Jean – Jacques Gleizal : L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie in Pour une critique de droit, ouvrage collectif, 1- Du juridique au politique, P.U.G. /Maspero, 1978, p. 89.

[6]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ... مرجع سابق، ص. 47. –أن لانيو- دُفيللي: "مسائل سوسيولوجية بمناسبة التأويل في القانون": مقال مشار إليه في السابق، ص. 522.

* أما فيما يعود إلى المنهج الواجب إتباعه لتحقيق الغرض المتوخى من العملية التربوية، فإنه يجب أن يُتَقيد فيه بالترتيب الذي اعتمده القانون المدني في انتظام فصوله. ولا يملك الأستاذ، في إتباعه هذا المنهج أو هذا الترتيب، إلا أن يملي في محاضراته النص القانوني، موضوع الدرس، على الطلبة ثم شرحه بذاته وفي ذاته[2].

255- إن هذه العملية التعليمية بعناصرها الثلاثة لم تكن تختلف، في الحقيقة، عما كان مألوفا في النظام القديم بين أوساط البورجوازية[3]. ومع ذلك فإنها أفضت إلى إفراز "عهد الأعيان" الذي دام إلى غاية 1880م.[4]؛ وهو عهد أصبح فيه رجال القانون من مشرعين وقضاة وفقهاء، يتبعون سلوك السدنة والأحبار[5] العالمين، وحدهم، بسر وجود القانون المدني –كأمير على رأس بقية المدونات الأخرى[6]–؛ وإليهم يعود أمر فهم هذا القانون وإفهامه للغير.

أما السر في وجود هذا القانون فيكمن في ضرورة سن تشريع عقلاني، لصيق بالطبيعة العاقلة للإنسان والضرورية للحياة الاجتماعية، يتوفر فيه الكمال الكافي لحسم النزاعات التي قد تثار في كافة الميادين المرتبطة بحال الشخص وماله[7].

وأما فهم القانون فإنه ينطلق من هذا القانون ذاته ليعود إليه باعتبار أن القانون المدني, نظرا لكماله وكفايته , يقوم مقام التشريع والفقه معا[8] ويرتكز على مبدأين أساسيين في الفلسفة السياسية للقرن 18م. هما مبدأ السيادة الوطنية (التشريع) ومبدأ فصل السلط الذي يمنع أيا كان (فقيها أو قاضيا) من التدخل فيما ينفرد به المشرع من الاختصاصات المتمثلة في خلق القواعد القانونية[9].

---

[1]- أ.ج أرنو: "الوسيط والعالم: الدلالة السياسية للتأويل القانوني". :مقال مشار إليه في السابق، ص. 156.

[2]- وذلك بموجب قانون 22 فونتوز سنة 12 (13 مارس 1804) وقانون اليوم الرابع الإضافي لسنة 12 (21 سبتمبر 1804)، ثم بعد ذلك بموجب قرار المجلس الملكي للتعليم الصادر في 22 سبتمبر 1843 :انظر في هذا الصدد: أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ...: مرجع سابق، ص. 31 وهامشها 1 وص. 32 وهامشها 1. –جان – جاك كليزال: تعليم القانون، الفقه والإيديولوجية: المرجع الجماعي المشار إليه في السابق، ص. 87 و88. –ليون هوسون: "التحليل النقدي للمنهج المتوني" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 116.

[3]- ريجين بيرنو: تاريخ البورجوازية بفرنسا، ج.2: الأزمنة الحديثة: مرجع سابق، ص. 309. –أ.ج أرنو: الأصول الفقهية للقانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ص. 45 و47 و48.

[4]- إن الفترة الفاصلة بين 1804 و1880، حسب جان كاربونييه، يمكن وصفها "بعهد الأعيان (L'ère des notables)": عن: أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع إلخ...: مرجع سابق، ص. 20.

[5]- إن "الأحبار" هو أحسن وصف، حسب أ.ج. أرنو: يمكن أن يطلق على مجموع رجال القانون في الفترة الفاصلة بين بداية القرن 19م. والسنوات الثمانين منه: رجال القانون والمجتمع إلخ. مرجع سابق، ص. 70.

[6]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ... :مرجع سابق، ص. 192.

[7]- أن لانيو- دُفيللي: "مسائل سوسيولوجية بمناسبة التأويل في القانون" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 522.

[8]- جان –جاك كليزال:المرجع الجماعي السابق،ص.89 .

[9]- ليون هوسون: "التحليل النقدي للمنهج المتوني" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 122. – ولقد قال مورلون (Mourlon) في مؤلفه: (Les répétitions écrites sur le droit civil) الصادرة سنة 1846، والذي حظي بشهرة كبيرة إلى غاية 1880: "إن القاضي الجيد يحتقر عقله أمام عقل التشريع لأن هذا التشريع قد وضع ليُحْكم به لا

256- إن تملك ناصية السر في وجود القانون وفهمه من طرف من نعتوا قبله بأعيان أو أحبار القانون المدني، ينجر عنه أن كل فهم يقوم به الغير دون الاستناد إلى فهمهم والتقيد به لا يعد إلا ضربا من اللغو؛ إذ أن هؤلاء هم الذين اكتسبوا الحق (الحجية) في الفهم وبالتالي الإفهام.

غير أن الإفهام للغير بمدلول القانون (التشريع)[1] الذي سنه المشرع أو اتفق عليه المتعاقدان (العقد)[2] لا يتمثل إلا في الإخبار بنتيجة الفهم. فهو لا يحتاج إلى تبرير الإقناع خارج ما يتصل في هذا التبرير بذكر النص القانوني، لأن التبرير يستوجبه انعدام الثقة أو على الأقل نقصانها[3]. وإطلاق صفة الفقيه على رجال القانون المنتمي إلى طبقة أعيان أو أحبار القانون المدني تجعله محلا لهذه الثقة وزيادة: إن صفة الفقيه تستمد من شهرة الاختصاص في "علم القانون" وبالتالي الخبرة بكل المسائل التي يعالجها هذا "العلم". وهذه الشهرة في الاختصاص تضيف إلى صاحبها سمعة الحياد باعتبار أن كل ما يهمه هو القانون في حد ذاته دون غيره من الميادين الأخرى وعلى رأسها السياسة[4]. والحياد في التعامل مع الواقع بالقانون وحده يزيد في شهرته

ليحاكم. لا شيء يعلو فوق التشريع... وفي القضاء، ليس هناك ولا يمكن أن يكون هناك عقل أكثر عقلانية ولا إنصاف أكثر إنصافا من عقل وإنصاف التشريع." :عن المقال قبله لليون هونسون، ص. 123.

[1]- ينحصر القانون، حسب أصحاب مدرسة الشرح على المتون، في التشريع ليس إلا: انظر على سبيل المثال، ليون هوسون: مقاله السابق، ص. 122. كيدو فاسو: تاريخ فلسفة القانون: القرنان 19 و20، ترجمة كاترين روفيت: مرجع سابق، ص. 12.

- Henri Batiffol : Problèmes de base de philosophie du Droit, L.G.D.J. 1979, p 20 et s.

- Julien Bonnecase : « où en est le droit civil » in cité (la) moderne et les transformations du droit, n°4, Paris, 1925, p. 50 et s.

[2]- كان الفقه والقضاء يقيسان العقد على القانون، الأمر الذي ينجر عنه منطقيا إخضاعهما معا لنفس قواعد التأويل: انظر في هذا الصدد: -كريستيان تالامون: سلطة مراقبة محكمة النقض على تأويل وتطبيق العقود: مرجع سابق، ص. 20. –فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج. 16: مرجع سابق، رقم 178 ص. 239 وما بعدها، ورقم 180 ص. 241 وما بعدها. –أوبري ورو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكريا: ج.4، مرجع سابق، فقرة 346 ص. 560. –كابرييل مارتي: تمييز الواقع والقانون: مرجع سابق، رقم 66 ص.111.

[3]- لقد كان انعدام الثقة أو على الأقل نقصانها في الموقف القضائي للنظام القديم هو الدافع بسياسة الثورة الفرنسية إلى حرمان القضاء من أي دور (انظر في هذا الصدد: جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة، مرجع سابق. ص. 60)، وإرغام المحاكم على تسبيب (تبرير) أحكامها بموجب الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي القديم. انظر في هذا الصدد:

- Pierre Mimin : Le style des jugements, 4ème ed. Librairie technique, Paris 1962, n° 190. p. 376.

- عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط.1. 1983 ص.22 وما بعدها و37 وما بعدها و211 وما بعدها.

[4]- يجدر التنبيه إلى أن هذه القراءة تشوه حقيقة الأمور الراجعة إلى علاقة القانون بالسياسة والاقتصاد أساسا ومع ذلك فإنها تحاول تبيان العقلية القانونية للقرن 19م. على الأقل إلى غاية 1880.

وسمعته إلى الدرجة التي تجعل منه حجة أو سلطة (autorité)[1] كافية في حد ذاتها لتبرير ما هو مؤهل لأن يكون حَكَما في فهمه وحله من المسائل (الوقائع) التي يعالجها علم القانون[2].

257- إن التحليل المار بنا للأسس التربوية المحددة لعقلية مدرسة الشرح على المتون، يصور الفقهاء المنتمين إليها على أن كل واحد منهم حجة في تخصصه على الأقل، بعدما أريد له ذلك سياسيا، وبالتالي في إفهامه النص القانوني أو العقدي للغير دونما حاجة إلى أي تبرير غيري (اجتماعي) لهذا الإفهام. ومع ذلك فهذا لا يعني أنهم لا يطالبون بالتبرير عندما يتعلق الأمر بمن أسند إليهم أمر التطبيق الفعلي للقانون أي القضاة. فهؤلاء لا يتساوون فيما بينهم، كسلطة قضائية، في القوة لعدم تساويهم في الدرجة. ولذلك فإن الأقل درجة، وبالتالي الأقل حجية، عليه أن يبرر الوجه الذي طبق به القانون. واشتراط هذا التبرير وإن كان يقال إنه يهدف إلى حماية مصالح المواطنين العامة أو الخاصة، إلا أنه يرمي في الحقيقة وفي آخر المطاف إلى ضمان احترام أسس التربية القانونية للقاضي، وهي أسس لا تخرج، كما مر بنا, عن الإيديولوجية المختارة للدولة من قبل ساستها.

[1]- إن تصفح المؤلفات الصادرة في أواسط القرن 19م. كمولف أوبري ورو يذكرنا بالممارسات التي كانت تتبع في وصف الفقهاء في القرون الوسطى: فأوبري ورو يطلقان في مرجعهما المار بنا على الفقهاء الذين يستشهدون بهم في الهوامش صفة الحجة، انظر ج.4. وعلى سبيل المثال ص. 553 والهامش 13 وص. 561 الهامش 2. وانظر أيضا المرجع السابق لفرانسوا لوران: ج.16، وعلى سبيل المثال ص. 260 الهامش 2. وص. 327 الهامش 1. وص. 377 الهامش 2 وص. 398 الهامش 4. –وانظر في الممارسات التي كانت تتبع في القرون الوسطى:

- Mario Sbriccoli : « Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du moyen âge » in Archives de philosophie du droit, t.17, Sirey 1972, p.p. 99 à 110.

- والملاحظ أن الفقه السائد يرى أن الحجة التي تعطى للفقه في القانون المدني لا تعتبر مصدرا لهذا القانون وإنما من العناصر الملهمة للقاضي (انظر مثلا: جان كاربونييه: القانون المدني – مدخل: الأشخاص، مرجع سابق، ص. 165 وما بعدها). ومع ذلك فإن الطريقة التي عالجنا بها مفهوم الحجة في المتن تجعلنا نميل أكثر إلى موقف ميشيل مياي إذ يرى أن الفقه يمكن له أن يؤثر في المشرع والقاضي، لأنه لا يقترح عليهما عمليا أمرا آخر غير ما هو منتظر: إصلاح وتحسين نظام العلاقات القائمة:

- Michel Miaille : Une introduction critique du Droit, éd . Maspero, Paris, 1976, p. 257 et s.

[2]- لقد سبق لماريو سبريكولي أن عالج، في مقاله المار بنا قبله، مسالة علاقة التأويل بالسياسة في المجتمع الإيطالي للقرون الوسطى؛ فاستخلص منه أن الممارسات التي كانت تتبع في القرون الوسطى في شأن علاقة الطبقة السياسية برجال القانون تكاد تشبه المألوف في الوقت الراهن، وإن تقلصت حدة هذه العلاقات عما كان معروفا في الماضي (ص. 110). ولقد ربط سبريكولي علاقة التأويل بالسياسة بمظهرين أحدهما هو مكانة ووظيفة رجل القانون في المجتمع وثانيهما هو المؤهلات التقنية (ص. 99) التي تجعل رجل القانون مفوضا في جزء مهم من القطاعات الاجتماعية (ص.100). غير أن هذا التفويض ينبني على ضرورة إعطاء الحجية (autorité) لرجل القانون من أجل اكتسابه الشهرة وتأسيس حجيته على هذه الشهرة. وترتكز الحجية، التي أسماها سبريكولي باللعبة الذكية، بدورها على فرضية حياد علم القانون المميز لرجل القانون. وهذا الحياد شرط أساسي لسمعته الاجتماعية (ص. 101). وتعتبر أداة التأويل ضرورية لاضطلاع رجل القانون بدوره المتمثل في عقلنة اختيارات السلطة (ص. 104)

المطلب الثاني :
تكريس أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م. الفقهية والقضائية الفرنسية للموقف المألوف لدى مدرسة الشرح على المتون من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

258- مر بنا أن من جملة ما تأثر به الفصل 461 من ق.ل.ع.م. في مضمونه، موقف كل من لوران ذلك "المتيم بحب التفسير الحرفي"[1] صاحب المؤلف الضخم ذي السمعة الفائقة لدى الفقه والقضاء الفرنسيين[2]، ودومولومب "أمير مدرسة الشرح على المتون"[3] صاحب المؤلف الضخم أيضا والمحبذ جدا لوضوحه وطابعه العملي[4] من جهة؛ والقراران المشهوران جدا في العمل القضائي الفرنسي الصادران عن محكمة النقض من جهة أخرى.

وفيما يرجع إلى الفقه فإن موقف لوران ودومولومب لم يكن متميزا لأن نظرية تغليب ألفاظ العقد على نية المتعاقدين كانت منتشرة منذ أواخر القرن 18م, واستمر انتصارها حتى صدور مدونة نابوليون[5]. بل إن عرض مشروع القانون المدني الفرنسي على المحاكم لإبداء آرائها في شأنه أدى بمحكمة كرونوبل إلى أن تقترح إضافة فقرة أخرىٰ إلى الفصل 25 من المشروع وهو الفصل الذي أصبح يحمل رقم 1156 في القانون المدني كالتالي: "غير أنه عندما يكون معنى الجملة واضحا، يجب الامتناع عن تأويلها"[6].

وكذلك، فعلى الرغم من أن محاكم الموضوع قد منحت لها سلطة مطلقة في التأويل لا تخضع لأية رقابة من طرف محكمة النقض منذ سنة 1808 إلى بداية السبعينات من القرن 19 كما مر بنا؛ إلا أنها ظلت في الغالب وفية للامتناع عن تأويل العقد الصريح (الواضح)[7]. وقد زاد هذا الوفاء مناعة بعدما أصدرت محكمة النقض قرارها المكرس لمبدأ قانوني في 15 أبريل 1872. كما ظلت وفية

[1]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ...، مرجع سابق، ص.58.
[2]- فرانسوا جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي: مرجع سابق، ج.1 ص. 26 الهامش 1 وص. 256 الهامش 2.
[3]- ليون هوسون: "التحليل النقدي للمنهج المتوني": مقال سابق، ص. 119.
[4]- إدوارد دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 34 ص. 71.
[5]- دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 29، ص. 67.
[6]- دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 26 ص. 61 و62.
[7]- أندري باريير: تطور وأزمة العقد –دراسة تركيبية ونقدية: مرجع سابق، ص. 21.

لأطروحات مدرسة الشرح على المتون فيما يخص التطبيق المضبوط والصارم لمقتضيات الفصل 1134 مدني فرنسي إلى غاية 1914م[1].

259- إن منع تأويل العبارات الصريحة (الواضحة) في العقد قد يبدو أمرا معقولا سواء تعلق الأمر بالنص القانوني[2] أو العقدي.

ولكن السؤال الواجب طرحه يتعلق بمعرفة متى تكون عبارات العقد صريحة واضحة؟

فالقول بالوضوح أو بالغموض لا يأتي إلا بعد الفهم. والفهم لا يحصل إلا بعد استخدام الأساليب الخاصة به. وهذه الأساليب تختلف، كما مر بنا، باختلاف المرجع المعرفي الذي يقتنع به صاحب الفهم أو يحمل على الاقتناع به عن طريق التربية التعليمية التي يتلقاها أساسا.

وكما مر بنا فإن التربية التي تلقاها ممثلو مدرسة الشرح على المتون قد أقنعتهم، لما فيها من إرضاء لوضعهم الطبقي ومن تزكية للممارسة السياسية المناصرة لهذا الوضع، بكمال التشريع والمشرع[3]. ولقد أدى بهم هذا الأمر إلى أن يقتنعوا أيضا بالشبه الموجود بين قانون الإرادة العامة وهو التشريع وقانون الإرادة الخاصة وهو العقد، وبالتالي بوجود نفس الشبه فيما يرجع إلى كمال العقد لكمال الإرادة النبيهة المتبصرة والبينة للمتعاقدين. وعن طريق هذه المماثلة يكون من المشروع استعمال نفس الأساليب في فهم القانون والعقد معا. وأسلوب الفهم الأمثل، لانسجامه مع كمال القانون التشريعي والعقدي، هو أسلوب التفسير الحرفي النحوي الناجع في ضمان التقيد الكامل بالنص الواضح، على أساس أن الوضوح في النص يعد من مستلزمات الكمال في القانون التشريعي أو العقدي.

[1]- أندري باريير: المرجع قبله، ص. 50.
[2]- جاء في الخطاب التمهيدي الذي ألقاه بورتاليس باسم محرري مشروع القانون المدني الفرنسي أنه: "عندما يكون القانون واضحا، يجب إتباعه؛ وعندما يكون غامضا يجب التعمق في مقتضياته. وإذا لم يوجد قانون، يجب استشارة العرف أو الإنصاف". عن:
- Portalis : Le discours préliminaire intégral présenté au nom des rédacteurs du projet de code civil Français : in projet de code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 Thermidor an 8, tome 1, An IX p XVI J et s.
[3]- لقد ظلت فكرة كمال التشريع لصيقة بالفقهاء بوجه صريح أو غير صريح حتى بعدما أخذ وزن مدرسة الشرح على المتون يخف. فلوران لم يتردد في أن يبقى محتفظا في طبعة 1878 من مؤلفه المار بنا، بفكرته القائلة إن المدونات لا تترك أي أمر لتحكم المؤول: عن ليون هوسون: مقاله السابق، ص. 117 وما بعدها. –وتنطلق هذه الفكرة، فيما يخص العقود، من كون القانون المدني الفرنسي ينظر إلى الإنسان كإرادة تعطي أو ترفض رضاها. وهذه الإرادة عادة ما ينظر إليها على أنها متبصرة وحذرة وبينة، على أنها تعرف القانون، على أنها تزن ما لها وما عليها وهي على بينة من أمرها، عن: جان راي: محاولة حول البنية المنطقية للقانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ص. 121.

وهكذا فلمعرفة ما إذا كانت العبارة واضحة يكفي فهمها على وفق معناها الحرفي أي، كما يقول ميشيل فيللي، وفقا للمعنى الذي للألفاظ في اللغة العادية لجماعية معينة أو لعالم رجال القانون على الخصوص. وفي هذا كله يكفي الرجوع إلى القاموس اللغوي أو القانوني[1].

وإذا كان الأصل أو المبدأ في النص القانوني أو العقدي هو الوضوح المنجر عن الكمال؛ فإن الغموض هو الاستثناء الذي يرد على هذا الأصل أو المبدأ. والاستثناء يجب تفسيره تفسيرا مضبوطا، لا يمكن أن يلجأ إلى تقصي إرادة المشرع أو طرفي العقد في ضوئه، إلا بواسطة أسلوب التأويل النحوي المهتم بتراكيب الجمل وترتيبها أي نظامها. وهذا الاستثناء لا يمكن التوسع في معناه إلا إذا قام الدليل على ذلك كالعادة[2] أو العرف أو التنفيذ الاختياري للعقد[3].

260- إن هذا المنهج المتوني يختزل المجتمع في القانون بمعناه التشريعي والعقدي ويقدمه في صورة مثالية تتسم بالثبات وعدم التغير، ومع ذلك فإن الواقع خلاف ذلك.

فلقد عرفت فرنسا أزمات اقتصادية وبنكية منذ سنتي 1825 و1826 [4]ولم تتوقف هذه الأزمات إلا لتزيد استفحالا ابتداء من سنة 1847[5].

وكان لظهور الآلية وما تمخض عن هذه الأخيرة من حلول الصناعات الميكانيكية الكبرى محل المعامل الحرفية، وإفراز الشركات مغفلة الاسم؛ أن ساهم في الزيادة في استفحال الأزمات الاجتماعية[6] بسبب تخفيض أجور العمال والظروف المأساوية التي كانوا يزاولون فيها شغلهم[7].

وكان من نتائج هذا الوضع الجيد، في فرنسا، أن ظهر على المستوى السياسي اتجاه امبريالي يهدف إلى الضغط أكثر فأكثر على الشعب لمصلحة الحكومة (السلطة)[8]. وقد ساير هذا الاتجاه على المستوى الفلسفي مذهب الحتمية الذي سلب

[1] - Michel Villey : « Préface » au tome 17 de la revue : Archives de philosophie du Droit, Sirey, 1972, p.4.

[2]- أندري باريير: المرجع السابق، ص 21 و22.

[3]- عندما نقارن هذا التصور بما مر بنا عند دراسة مناهج التأويل يتبين أن هذا التصور يسوي بين كافة العقود ويجعل التأويل المهيمن عليها هو ما أسميناه في القسم الأول بالتأويل المضبوط بصفة قطعية كمبدأ طبعا.

[4]- ريجين بيرنو: تاريخ البورجوازية بفرنسا، ج.2: الأزمنة الحديثة: مرجع سابق، ص. 322.

[5]- ريجين بيرنو: المرجع قبله، ص. 408.

[6]- أندري باريير: المرجع السابق، ص. 25 وما بعدها.

[7]- كانت فرنسا، في القرن 18م. تشبه بعنكبوت ذات رأس غليظ وسواعد طويلة ونحيفة. ولاشك أن هذا الوصف ينطبق أكثر على فرنسا منذ منتصف القرن 19م. إلى غاية الحرب العالمية الثانية؛ إذ في سنة 1869 صرح جورج دوشين (George Duchêne) بتمركز القوة الاقتصادية بكاملها بين أيدي 183 فردا ليس إلا. وذهبت ريجين بيرنو إلى أن هذا العدد لم يتغير كثيرا بعد ذلك إذ لم يتجاوز سنة 1930 عدد العائلات المحتكرة للقوة الاقتصادية بكاملها المائتين : عن ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 228 و431.

[8]- أ. باريير: المرجع السابق،ص. 27.

الحرية عن الإنسان ليرغمه على التصرف بناء على حتمية العقل أو على حتمية الأحاسيس[1]. كما ظهر اتجاه معارض هو الاتجاه الاجتماعي الذي انكبت كتابات تيار ممثليه المثاليين، أمثلا سان سيمون[2] وشارل فوريه[3] وفيكتور كونسيديران[4] وإيتيين كابيه[5] ولويس بلانك[6] وفيدال[7] وبرودون[8] وسيسموندي[9]، على المطالبة بالإصلاحات القانونية من أجل تحسين ظروف الطبقة العمالية. كما انكبت كتابات تيار ممثليه المناديين التاريخيين، أمثال كارل ماركس وفريدريك إنجلز على توعية العمال (البروليتاريا) بوضعهم الطبقي المتدني وبضرورة اتحادهم من أجل القيام بالثورة التي تمكنهم من تملك وسائل الإنتاج وحصر زمام السلطة بين أيديهم في انتظار إلغاء الدولة المعرقلة لظاهرة تطور المجتمعات والمكرسة لشقائها وبؤسها.

261- إن الدولة البورجوازية لم تقف مكتوفة الأيدي أمام هذه الضغوط الاجتماعية والأفكار المناصرة لها. فالدفاع عن النظرة العامة للوجود التي تجد فيها مشروعيتها، اقتضت منها التكيف مع الظروف والنظر إلى الأمور بمنظور الإصلاح الاجتماعي الذي تمخض عنه إصدار مجموعة من التشريعات ذات الصبغة الاجتماعية[10].

[1]- أ. باريير: المرجع السابق، ص. 30.

[2]- Saint –Simon (1760-1825): انظر في حياته وآرائه، على سبيل المثال: بول لويس: الفكر الاشتراكي في مائة وخمسين عاما: ترجمة وتقديم وتعليق: عبد الحميد الدواخلي، ج.1. الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972، من ص. 23 إلى 34.

[3]- François – Charles – Marie Fourier (1772-1837): انظر في حياته وآرائه: بول لويس: المرجع قبله، من ص. 35 إلى 47.

[4]- Victor Considèrant (1808-1893): انظر في حياته وآرائه: بول لويس: المرجع قبله، من ص. 59 إلى 69.

[5]- Etienne Cabet (1788-1856): انظر في حياته وآرائه: بول لويس، المرجع قبله، من ص .123 إلى 134. 121.

[6]- Louis Blanc (1811-1882): انظر في حياته وآرائه: بول لويس: المرجع السابق، من ص. 135 إلى 143.

[7]- F. Vidal (1812-1871): انظر في حياته وآرائه: بول لويس: المرجع السابق، من ص. 145 إلى 158.

[8]- J. Proudhon (1809-1865): انظر في حياته وآرائه: بول لويس: المرجع السابق، من ص. 31.

[9]- Sismondi(1773-1842): لقد وجدت الإصلاحات التي اقترحها آنذاك صياغة لدى المشرع الفرنسي في أواخر القرن 19م. وبداية القرن 20؛ إذ أدرج جلها ضمن قانون الشغل وبالأساس ما يتعلق منها بإلغاء القوانين المانعة لاتحادات العمال والاعتراف بالضمان المهني ضد أخطار الشغل وتحديد السن الأدنى لعمل الأطفال في المانيفاكتورات والراحة الأسبوعية يوم الأحد وتحديد يوم العمل وإشراك العمال في الأرباح:عن أ. باريير: المرجع السابق، ص. 31.

[10]- لقد تمت أول محاولة لتنظيم الشغل عقب ثورة 1848 التي حملت إلى السلطة أفكار لويس بلانك المار بنا والعامل ألبير (Albert)؛ إذ صدر مرسوم 2 مارس 1848 لتقليص ساعات العمل إلى عشر ساعات بباريس، في اليوم، وإحدى عشرة ساعة في المدن الأخرى، ومرسوما 8-10 مارس 1848 لإلغاء مكاتب التشغيل. ولكن هذه المراسيم ألغيت بعد الإطاحة بالحكومة بموجب قانون 9 سبتمبر 1848. ثم جاء بعد ذلك قانون 25 ماي 1864 فألغى جريمة تكوين الاتحادات العمالية وجعل الإضراب مشروعا. ثم توالت القوانين الإصلاحية في الصدور بعد ثورة 1871 وبالأساس بعد سنة 1874 دون توقف. وخارج ميدان الشغل صدرت قوانين لحماية المشترين من العيوب الخفية في

وبدل ظهور هذه التشريعات الجديدة على أن القانون لا يتصف بالكمال وا
الفكرة التي تدافع عنه أصبحت ضربا من الوهم حتى على صعيد السياسة الرسمية.
لكن هل سأير الفقه هذا التكيف مع الواقع الاجتماعي في ميدان تأويل العقود؟

262- الحقيقة أنه على الرغم من إطلاق أوصاف جديدة على الفقه منذ أواخر القرن 19م. لتمييز فقه هذه الفترة وما بعدها عن فقه الفترة السابقة على ثمانينات القرن 19[1]؛ فإن هذا الفقه ظل، في عمقه، وفيا لما تشبع به أصحابه أثناء تربيتهم التعليمية[2]، وهي تربية متونية لا أقل ولا أكثر. والدليل على هذا أن الاتجاه الغالب في الفقه الموصوف بالتقليدي أو الكلاسيكي، لم يتخل حتى بعد تقلص شهرة مدرسة الشرح على المتون[3] عن فكرة التقيد بالنص من أجل الحفاظ على فكرة إبقاء ما كان على ما كان وذلك من خلال النظر إلى العقد المطلوب في التأويل من زاوية ألفاظه ليس إلا؛ واعتبار هذه الألفاظ صريحة بمجرد ما يتبين أن معناها الحرفي النحوي واضح ما لم يقم الدليل المقنع للقاضي على أن هذه الألفاظ مبهمة أو غامضة إذ يجوز في هذه الحالة الاستثنائية تأويلها باستعمال كافة الأدوات المنطقية بالمعنى المباشر أو بالمعنى غير المباشر للوصول إلى المعنى اللغوي المناسب. ولكن هذه الأدوات لا يمكن أن يؤخذ فيها بعين النظر للاعتبارات الاجتماعية أو الاقتصادية وإلا خرق القاضي القوة الملزمة للعقد.

263- وبالمقابل فإن ما يسمى بالفقه الفرنسي الحديث، وإن كان أسلوبه يبدو مغايرا لأسلوب الاتجاه التقليدي أو الكلاسيكي، لأنه يؤكد على الإرادة الواضحة[4] وليس على الألفاظ الواضحة وذلك منذ أن تردد هذا الاصطلاح في المؤلف المشهور للمستشارين أوبري ورو[5]؛ إلا أنه يبقى متفقا في العمق مع الاتجاه التقليدي أو

الحيوانات كقانوني 21 يوليوز 1881 و2 غشت 1894: انظر في هذا الصدد: أ. باريير: المرجع السابق، ص. 42 إلى 49. -انظر أيضا: آن لانيو -دفيللي: "مسائل سوسيولوجية بمناسبة التأويل في القانون": مقال سبقت إليه الإشارة، ص. 523.

[1]- الفقه، أو الاتجاه، الحديث المقابل للفقه، أو الاتجاه، التقليدي أو الكلاسيكي.

[2]- ذهب سبريكولي إلى أن هذه التربية قد حددت للفقهاء دورهم الاجتماعي المتمثل في عقلنة مظاهر الحياة المنظمة بواسطة القانون وعلى الخصوص بواسطة تأويل القانون (التشريعي أو العقدي) المجسد لعقلنة اختيارات السلطة: ماريو سبريكولي: "السياسة والتأويل القانوني في المدن الإيطالية للعصر الوسيط": مقال مشار إليه في السابق، ص. 101 و103 و104 و110.

[3]- إن استمرار فرانسوا لوران في الدفاع عن موقف الاتجاه التقليدي أو الكلاسيكي، كما مر بنا، خير دليل على هذا الأمر.

[4]- حسب إ. دوكالاطاي، فإن الفقهاء المحدثين عيال على أوبري ورو في القول بالإرادة الواضحة وفي طريقة تأويل الإرادة المبهمة أو الغامضة: المرجع السابق، رقم 36 ص. 78.

[5]- هذا المؤلف هو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا (مرجع سابق). ولا يعد هذا المؤلف، الذي تشكل الفقرة 347 منه (في ج.4 بالنسبة إلى طبعة 1902 التي اعتمدنا ها) أصلا من الأصول الفقهية لبعض قواعد

الكلاسيكي فيما يرجع إلى الأدوار الواجب استخدامها في تأويل الإرادة المبهمة أو الغامضة في العقد وكذا فيما يرجع إلى ضرورة عدم الأخذ بالاعتبارات الاجتماعية أو الاقتصادية.

وإذا كان لابد من البحث عما يتميز به الفقه التقليدي (الكلاسيكي) عن الفقه الحديث، أمكن القول إن الفقه التقليدي هو فقه متشدد لأنه يعامل كافة العقود معاملة الاستثناء إذ يجعل المبدأ هو التمسك بالتأويل المضبوط بصفة قطعية وهذا هو في الحقيقة ما يسمى بالتأويل الحرفي النحوي. أما الفقه الحديث، ونظرا لتغليبه الإرادة على الألفاظ، فإنه فقه يتظاهر بنوع من المرونة لأنه يعتبر التأويل الحرفي النحوي مجرد استثناء ليس إلا أما التأويل المنطقي بالمعنى المباشر أو غير المباشر فهو المبدأ[1].

ومع كل هذا يبقى الفقهان معا متفقين من حيث المبدأ على ضرورة عدم تأويل العقود أو التشريعات في ضوء الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية؛ وهذا على الرغم من أن النزاع المثار في شأن تأويل العقود لا يعتبر في آخر المطاف إلا مظهرا للتناقضات الاجتماعية التي بدون تلمسها وأخذها في الاعتبار يكون كل حل يتوصل إليه ضربا من التهرب عن المطلوب[2].

264- وفيما يرجع إلى القضاء الفرنسي، فعلى فرض التصديق بالمحاولات التي قام بها، أمام ما عرفته فرنسا من الضغوط الاجتماعية، كما مر بنا، في البحث عن مناهج جديدة للتأويل[3]؛ إلا أن هذه المناهج لم تخرج عما نادى به ما يسمى بالفقه الحديث. وهذه المحاولات (المناهج) لا ترمي في آخر المطاف إلا إلى التخفيف من التطرف الفقهي والقضائي السائد قبل استفحال الأزمات الاجتماعية. غير أن التخفيف

التأويل في ق.ل.ع.م. كما سنرى في القسم الثالث بعده، إلا ترجمة فرنسية لكتاب الفقيه الألماني زكاريا: دروس القانون المدني الفرنسي. وكما يقول أ.ج أرنو فإن هذا المؤلف لم يستقل عن أصله الألماني وبترخيص من زكاريا إلا عند صدور طبعته الثالثة في ستة أجزاء سنة 1856: أ.ج أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ...مرجع سابق، ص.56.

[1]- إن هذه الفكرة هي التي حاولنا تفنيدها عندما عالجنا، في القسم الأول قبله، مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل القضائي.

[2]- حسب إيمرسزابو، فإن التناقضات الخاصة المميزة لنظام قانوني معين ما هي في العمق إلا تعابير عن التناقضات الاجتماعية في القانون، في النظام القانوني وفي الحياة القانونية وبالتالي فإن حل هذه التناقضات ينبغي أن يبحث عنه أيضا على ارضية المجتمع:

- Imre Szabo : « Des contradictions entre le droit des différents systèmes sociaux ». in Antinomies (les) en Droit, Bruxelles, 1965, p. 371.

[3]- آن لونيو -دفيللي: مسائل سوسيولوجية بمناسبة التأويل في القانون" :مقال سابق، ص. 523. -أ. باريير: المرجع السابق، ص.21.

لم يصل مطلقا إلى حد الأخذ صراحة، وكمبدأ، بالاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية في تأويل العقود[1].

إن هذه الممارسات المتبعة في التأويل تذكرنا بما كان متبعا في العهد الروماني، على النحو المار بنا. فهي تكاد تتطابق إن لم تكن هي نفسها. ولعل السر في ذلك، لا يرجع كما هو شائع إلى أن القانون الروماني يتضمن قواعد ثابتة صالحة لكل مجتمع متمدن وإنما إلى كون الفقهاء الذين أفرزوا تلك المبادئ إنما كانوا يهدفون من ورائها إلى عقلنة خيارات السلطة التي يدينون لها بالولاء. وهذا هو الأمر الذي عرفه الفقهاء حتى في القرن 19.

265- ويبقى أن نخلص إلى أنه على الرغم مما يبدو من المرونة التي عرفها ميدان تأويل العقود حتى قبل سنة 1880، وهي الفترة التي حاولنا التركيز عليها أساسا في دراستنا هذه بالنظر إلى المطلوب الذي يقتضيه زمان أصول الفصل 461 من ق.ل.ع.م.؛ إلا أن سانتيبانا آثر، في المشروع التمهيدي لما أصبح يحمل في ق.ل.ع.م. رقم 461، الاستئناس بالاتجاه المتطرف في كل من الفقه والقضاء الفرنسيين ربما لأن ضمان المصالح الاستعمارية وثباتها لتثبيتها في تونس ثم بعدئذ في المنطقة الجنوبية من المغرب هما اللذان اقتضيا منه ذلك. فهل سابر القضاء والفقه المغربيان هذا الموقف من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) أم اتخذا لنفسيهما مسلكا مستقلا؟ هذا هو ما سنراه في الفصل الموالي.

[1]- ذهب بوبيو إلى أنه "حسب تشريعنا، فإن القاضي، على العموم، يتمتع في البحث عن حقيقة الأقوال والعبارات بحرية أكبر مما يتمتع به في البحث عن عدالة القواعد".

N. Bobbio : « Des critères pour résoudre les antinomies » in Antinomies (les) en Droit, Etudes publiées par chaim Perelman, Bruxelles, 1965, p. 238 et 239.

الفصل الثاني :
موقف القضاء والفقه المغربيين من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

266- إن تفحص الأحكام أو القرارات القضائية وكذا آراء المهتمين بدراسة ق.ل.ع.م. في الجانب المتصل فيه بميدان تأويل العقود[1]؛ يسمح لنا باستخلاص موقف واحد يتمثل في عدم جواز تأويل العقود الصريحة (الواضحة). ومع ذلك فإن النظر إلى نفس هذا الموقف من زاوية الأسلوب المصاغ به يدفعنا إلى معالجة هذا الموقف من خلال الازدواجية في الأسلوب؛ إذ إن هناك من يتمسك بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة، وهناك من يتمسك بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة في العقد واضحة. وهذه الصياغة الأخيرة هي المعتمدة، غالبا، في الميدان الفقهي، إن لم تكن محصورة فيه وحده دون الميدان القضائي.

وعليه فإننا سندرس هذا الفصل في الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.**
- **الفرع الثاني: الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.**

[1]- غالبا ما لا نعثر على هذه الآراء الفقهية إلا في المؤلفات التعليمية المخصصة لطلبة الإجازة في الحقوق [أي لطلبة الإجازة الأساسية في القانون حسب تعبير الإصلاحات الأخيرة التي أفسدت التكوين والبحث القانونيين] أو في بعض التعاليق على قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض).

الفرع الأول :
الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة

267- إننا لا نرمي أساسا من وراء التعرض إلى هذا الموقف إلا إلى محاولة تحليله ومناقشته. وهذا العمل يستوجب منا في المقام الأول جرد بعض مظانه. وعليه فإننا سنتناول هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- المبحث الأول : جرد بعض مظان الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.
- المبحث الثاني : محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.

المبحث الأول :
جرد بعض مظان الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة

268- بعد استعراض عينة من القرارات القضائية الصادرة، على الخصوص، عن المجلس الأعلى؛ سننتقل إلى الاستشهاد بعينة أخرى من الآراء الفقهية السائرة في نفس الاتجاه القضائي حتى من حيث الأسلوب المختار لصياغة موقف الامتناع عن التأويل في حالة وضوح وبيان ألفاظ العقد.

وهكذا فإن هذا المبحث سنبلوره في المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: جرد بعض قرارات المجلس الأعلى[1] المتمسكة بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات العقد واضحة بينة.
- المطلب الثاني: جرد بعد الآراء الفقهية المتمسكة بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات العقد واضحة بينة

[1]- نظرا لكون هذا البحث قد تم الفراغ من إنجاز أصله سنة 1996، ونظرا لكون موقف القضاء المغربي لا زال على حاله - وربما سيزداد تشددا بسبب الضغوط المخزنية عليه بدعوى الحفاظ على استقرار المعاملات الذي يتثبت به الأمن القانوني – ؛ لذلك ارتأينا التغاضي عما تكون محكمة النقض قد أصدرته من قرارات قضائية في شأن تأويل العقود ,خاصة وأن ما تمكننا من الاطلاع عليه من هذه القرارات لا يخرج عما تكرس في عهد تسميتها بذلك الإسم الجليل: المجلس الأعلى.

المطلب الأول :
جرد بعض قرارات المجلس الأعلى المتمسكة بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات العقد واضحة بينة

269- لقد تبين لنا عند تفحص ما وقفنا عليه من القرارات القضائية الصادرة في ميدان تأويل العقود، أن هذه القرارات جاءت مؤكدة لوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات (أو ألفاظ) العقود واضحة بينة. وهي في هذا التأكيد لم تقم من جهة إلا بترديد نفس مقتضيات الفصل 461 ق.ل.ع.م. بالحرف تقريبا. كما أنها، من جهة أخرى، لم تعمد إلى اتخاذ أي موقف متميز فيما يرجع إلى ما يوصف بعقود الإذعان بالمقارنة مع ما يسمى بعقود المساومة أو المناقشة الحرة. وعندما يشير القضاء أحيانا، فيما يخص عقود التأمين، إلى أن هذه العقود إنما تنتمي إلى القانون بالمعنى المضبوط (contrats de droit strict)؛ فلكي يتمسك في تأويلها بالمعنى الحرفي النحوي ليس إلا. وحسبنا للبرهنة على هذا الاستنتاج أن نقدم الأمثلة التالية:

* عقد البيع: جاء في القرار عدد 59-62/61 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 يناير 1962 أنه: "يتعرض للنقض القرار الذي يحرف المعنى الواضح البين لوثائق الطرفين أو للمراسلة المعروضة للنقاش، كي يستخلص من هذه الوثائق إثبات توافق الطرفين على ثمن الشيء المبيع"[1].

[1]- منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الجزء الأول (1957-1962)، الطبعة الفرنسية، منشورات لابورت الرباط ومكتبة دميتيسيس باريس، 1968، رقم 162 ص. 284 وما بعدها. – انظر في نفس هذا الإتجاه أيضا: القرار الصادر عن نفس الغرفة المدنية عدد 149-61/60 بتاريخ 11 أبريل 1961 (منشور بنفس المرجع قبله، رقم 134 ص 240 وما بعدها). كما أن نفس هذا الاتجاه يمكن أن يستخلص من مجموعة من القرارات منها: - القرار عدد 4130 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13 يناير 1950 (منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (49-51، 52 -53، 55 – 1956) تعريب محمد العربي المجبود، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1982، ص. 32 وما بعدها). – قرارات عدد 63 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 دجنبر 1967 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 15 ص. 4 وما بعدها). – قرار عدد 599 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/4/18 (منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 33 ص. 32 وما بعدها). – والجدير بالإشارة أن القضاء التونسي في تطبيقه الفصل 513 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود يسير في نفس اتجاه القضاء المغربي؛ إذ جاء مثلا في القرار التعقيبي المدني عدد 140 والصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 13 أبريل 1976 أنه: "حيث يتضح من العقد موضوع هذه القضية أنه عقد صريح في التزام بيع عقار ووعد بذلك وأن البيع النهائي يقع تحرير كتب فيه عند التحصيل على الرخصة ولا خلاف بين الطرفين في تفسير هذا العقد. والمحكمة لما اعتبرت ذلك الكتب عقدا تاما ناقلا للملكية خلافا لتصريح عباراته وبدون تعليل سائغ يعتمد واقعا صحيحا غير مشوب بأي تحريف يكون قضاؤها مستهدفا للنقض". (منشور بنشرية محكمة التعقيب التونسية، القسم المدني لعام 1976، الجزء الأول، دائرة الوثائق والبحوث, 1977 , رقم 88 ص. 182 وما بعدها، وعلى الخصوص ص. 183). ونجد هذا الموقف مكرسا في قرارات أخرى منها: - القرار عد 1889 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 18 فيفري 1960 (منشور بنفس النشرية قبله، السنة 1960، ج. 2 ص. 127). – وبصفة أعم انظر المختار

* **عقد الكراء:** جاء في القرار عدد 96 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962 أن: "قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها متى كانت شروطها واضحة بينة ؛ وعليه إذا كان في العقد المبرم بين المالك والمكتري فقرة تنص صراحة على أن المالك لا يتحمل إلا "ضريبة المباني الواجبة على الملاكين" ينتج عن ذلك أن المكتري يكون ملزما بتحمل ضريبة الأزبال"[1].

* **عقد المقاولة:** ذهب القرار عدد 83 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 7 ماي 1960 إلى أن: "خطأ قضاة الموضوع في تأويلهم لمقتضيات دفتر التكاليف والشروط العامة المتعلق بإنجاز أشغال للإدارة العمومية على يد مقاول يعد بمثابة تشويه لعقد أمضاه الطرفان. ولا يمكن للإدارة أن تتمسك بسقوط حق مقاول نص عليه دفتر الشروط المطبقة على المعاملة إلا إذا كانت هي بدورها امتثلت للمسطرة المرتبط بها السقوط"[2].

* **عقد الشغل:** جاء في القرار عدد 259 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 مارس 1985 أنه: "بالرغم من صدور حكم أمر بإرجاع أجير إلى عمله بعد أن فصل منه، لا يجوز لهذا الأخير أن يطالب بأن تؤدى له الأجور المتعلقة بالفترة التي

من القرارات التي أدرجتها وزارة العدل التونسية في حاسوبها: العلامة المرجعية إ.ت. 19061215 ف. 513 وف. 514.

[1]- منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 48-49 ص. 379. وقد علق عليه أستاذنا موسى عبود في نفس هذا المرجع ص. 379 وما بعدها. كما نشر بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، ج.1، الطبعة الفرنسية، مرجع سابق، رقم 173 ص .301 وما بعدها. – والجدير بالتنبيه أن القرار عدد 2828 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الكبرى بتاريخ 12 دجنبر 1989 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144 ص. 216 وما بعدها) قد ألزم المكتري بتحمل هذه الضريبة حتى عندما يأتي العقد ساكتا عن تحديد الطرف الملتزم بها. – انظر أيضا فيما يساير الاتجاه المكرس في المتن: القرار عدد 58/57-9 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1958 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، ج.1، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، رقم 2 ص. 20 وما بعدها). – القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 ماي 1985 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987، عدد 11 ص. 44 وما بعدها). – القرار عدد 1813 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 17 يوليوز 1985 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 137 ص. 129 وما بعدها. – ونفس هذا الاتجاه يكرسه القضاء التونسي إذ جاء على سبيل المثال في القرار التعقيبي المدني عدد 10169 والصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 3 أبريل 1975 "أن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من وجوب تحرير كتب جديد لتمديد مدة التسويغ يعد تأويلا خاطئا لما جاء بعقد الكراء القاضي بالتجديد الضمني مما يتجه معه نقضه لمجافاته لمقتضيات الفصل 513 من م. الالتزامات والعقود".: (منشور بنشرية محكمة التعقيب التونسية، القسم المدني لعام 1975، الجزء الأول، دائرة الوثائق والبحوث، 1976، رقم 79، ص. 186 وما بعدها).

[2]- منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 32 ص. 514 وما بعدها.

لم يشتغل خلالها،بما أن الأجر لا يستحق إلا مقابل القيام بعمل كما ينص على ذلك الفصل 723 من ق.ل.ع.م."[1].

270- إن موقف القضاء المغربي من العقود المارة بنا لا يقف عندها فقط وإنما يشمل كافة العقود[2] والتصريحات الأخرى[1] المدلى بها أمام القضاء. وحسبنا ما ورد

[1]- منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1986، عدد 5 ص. 273 وما بعدها. – ولقد تعمدنا الاستشهاد به للتأكيد على أن القضاء المغربي لا يعتد إلا بالمعنى الحرفي النحوي للعبارة ليس فقط عندما تكون هذه العبارة عقدية وإنما أيضا عندما تكون قانونية كما هو الحال بالنسبة إلى الفصل 723 من ق.ل.ع.م. :انظر في انتقاد هذا القرار: محمد بلهاشمي: "الاجتهاد القضائي في مسألتي الأجر والطرد" (منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة، عدد 4، 1990، ص. 37 وما بعدها). – وانظر في نفس اتجاه القرار المستشهد به في المتن: - القرار الصادر تحت عدد 34 عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 فبراير 1986، وهو لا يعترف بصفة العاملة الخادمة في المنزل، (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987 ص. 102 وما بعدها). ولقد التزمت المحكمة الابتدائية حرفيا بمقتضى هذا القرار وذلك في حكمها عدد 648 والصادر بالدار البيضاء بتاريخ 31 دجنبر 1986 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987، عدد ص12 ص. 129 وما بعدها). :انظر في انتقاد هذا التطرف في الأخذ بالمعنى الحرفي النحوي: هيرفي بارشومينال: "عدم قابلية تطبيق التشريع الاجتماعي على خادمات المنازل" (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987، عدد 12 ص. 67 وما بعدها إلى 75 وعلى الخصوص ص. 73 وما بعدها). – وانظر أيضا في نفس الاتجاه السائد: القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 نوفمبر 1963 (منشور بمجموع قرارات محكمتي الاستئناف بالرباط وطنجة، السنة 43، ج 23، عدد 171 و172 ص. 333). – والجدير بالإشارة أن القضاء التونسي لا يقل تطرفا في الأخذ بالمعنى الحرفي النحوي؛ إذ جاء في القرار عدد 6382 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 26 ماي 1969 أنه: "اقتضى الفصل 513 من مجلة العقود والالتزامات أنه، إذا كانت عبارة العقد صريحة فلا عبرة بالدلالة. وتأسيسا على ذلك إذا استندت محكمة الموضوع لصريح عبارات العقد واعتبرت أن ما يقوم به العامل لا يشمله العقد تكون عللت قضاءها تعليلا لا يشوبه تحريف". (منشور بنشرية محكمة التعقيب التونسية، السنة 1970، ص. 64).

[2]- انظر، مثلا، فيما يخص الأخذ بالمعنى الحرفي النحوي **لعقد الوكالة** وأثره على عقد الشغل: القرار عدد 194 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 1985 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1985، عدد 4 ص. 268 وما بعدها إلى 270). –وفيما يخص **عقد الوساطة**: القرار عدد 148-61/60 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 أبريل 1961 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج. 1: مرجع سابق رقم 133 ص. 239 وما بعدها) – وفيما يخص **رسم المقارة** ببقاء الورثة في حالة شياع: القرار عدد 43 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7 نوفمبر 1960 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 35-36 ص. 251 وما بعدها). –وفيما يخص **عقد الصلح**: القرار عدد 1188 الصادر عن الغرفة التجارية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 3 يونيو 1986 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1987، عدد 13 ص. 176 وما بعدها) – وفيما يعود إلى **عقد التأمين**: - قرار عدد 223 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 26 دجنبر 1975 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 130 ص. 75 وما بعدها). – قرار عدد 1758 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 7 يناير 1965 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى، الجزء الرابع (62-1965)، الطبعة الفرنسية، منشورات لابورت الرباط ومكتبة دميديسيس باريس، 1967، ص. 308 وما بعدها). – قرار عدد 1696 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 23 يوليوز 1964 (منشور بنفس المرجع قبله، ص. 273 وما بعدها). – قرار 1602 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 26 مارس 1964 (منشور بنفس المرجع قبل، ص. 224 وما بعدها) .- قرار عدد 1377 الصادر عن المجلس الأعلى في غرفته الجنائية بتاريخ 9 ماي 1963 (منشور بنفس المرجع قبله، ص. 111 وما بعدها). – قرار عدد 1017 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ فاتح فبراير 1962 (منشور بنفس المرجع قبله، الجزء الثالث، 1966، ص. 114 وما بعدها). – قرار عدد 804 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 26 يناير 1961 (منشور بنفس المرجع قبله، الجزء الثاني، 1962، ص. 155 وما بعدها) .- قرار عدد 563 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 1960 (منشور بنفس المرجع قبله، الجزء الأول، 1961، ص. 228 وما بعدها). – انظر قرارات أخرى فيما سيأتي بعده في فقرة 273 .

قبله من الأمثلة لننتقل إلى جرد ما يوافقها حتى على مستوى الأسلوب لدى الفقهاء في المغرب.

المطلب الثاني :
جرد بعض الآراء الفقهية المتمسكة بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات العقد واضحة بينة

271- نرى أن نقتصر في هذا الصدد على إيراد آراء كل من موسى عبود وأندري كولومبيني وجميل صبحي برسوم.

272- رأي **موسى عبود**: ".... العقد الصحيح ملزم للمتعاقدين.... وملزم أيضا للمحكمة التي لا يجوز لها أن تمتنع عن تطبيقه لأن القانون لم يعط القاضي –إلا في حالات استثنائية- الحق بتغيير العقد.... وهذه القاعدة [المانعة للقضاة من تغيير العقد متى كانت شروطه واضحة بينة[2]] ليست من الفصل 230 بل من الفصل 461 من ق.ل.ع.م. الذي ينص على "أنه لا مجال للبحث عن إرادة صاحب الفعل القانوني متى كان نصه واضحا" والمقصود بذلك أنه متى كان العقد واضحا بينا كان من واجب المحكمة أن تطبقه فحسب ولا مجال لتأويله لأنه إذا أقدمت المحكمة -تحت ستار تأويل عقد واضح- على تغيير مضمنه كان فعلها هذا تحريفا واستحق حكمها النقض"[3].

ولقد سبق لموسى عبود أن عبر عن مثل هذا الرأي، في تعليقه على القرارين الصادرين عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أكتوبر 1960[4]، حينما قال: "أما العقود

[1]-جاء في القرار عدد 23753 الصادر، في الملف الجنحي، عن المجلس الأعلى بتاريخ 1980/3/26 أنه: "إذا كان لقضاة الموضوع سلطة تقديرية فيما يعرض عليهم من وثائق وتصريحات فليس لهم، تجنبا للتحريف، أن يغيروا معناها. وأن تحريف تصريحات حاسمة ينزل منزلة انعدام التعليل". (منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط، أكتوبر 1989، عدد 6 ص. 165 وما بعدها).- انظر في هذا الاتجاه أيضا: - قرار عدد 353 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 4 يوليوز 1969 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 105-106، ص. 270 وما بعدها).

[2]- ما جاء بين معقوفين لا يتضمنه النص الفقهي لموسى عبود وقد أضفناه لنبين به الشق الثاني من المبدأ المنصوص عليه في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962 موضوع تعليق أستاذنا موسى عبود.

[3]- موسى عبود: تعليق على القرار عدد 96 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد مزدوج 48-49، أبريل 1962، ص 379 وما بعدها. ويوجد ما استشهدنا به في المتن في ص. 380.

[4]- هذا التعليق عنوانه: "التحريف كسبب من أسباب النقض (تعليق على حكمين صادرين عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أكتوبر 1960): منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد مزدوج 35-36 من ص 197 إلى 201.

الواضحة فلا يجوز لهم [أي قضاة الموضوع أو الأساس] تحريف معناها تحت ستار التفسير، فإذا فعلوا كان فعلهم هذا خاضعا لرقابة محكمة النقض"[1].

273- رأي **أندري كولومبيني** (André Colombini): "إن تحريف قضاة الموضوع لبنود العقد الواضحة البينة يعرض أحكامهم للنقض[2]" فـ"ـفي المغرب، كما في فرنسا، يحتفظ قاضي النقض لنفسه بحق نقض الأحكام المبنية على تحريف وثيقة معينة لا تدع عباراتها الواضحة البينة أي مجال للتأويل"[3]. و"سلطات والتزامات القاضي في مادة تأويل الاتفاقات محددة بدقة في الفصول من 461 إلى 473 من ق.ل.ع. ويتبين على الخصوص من الفصلين 461 و462 أنه عندما تستخلص إرادة الطرفين بوضوح ودون شك من ألفاظ العقد في حد ذاتها، فإن القاضي لا يكون عليه أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين باستدلالات مبنية على الظروف أو التقديرات الخارجة عن هذه الألفاظ[4] لأن هذه الألفاظ تشكل "قانون المتعاقدين وينبغي أن تطبق بصفة مضبوطة (strictement). والالتزامات المنجرة عن تلك الألفاظ لا يمكن توسيعها أو تضييقها بإرادة القاضي وإلا كنا أمام تحريف"[5].

[1]- موسى عبود: تعليقه المشار إليه قبله، ص. 198. – وإذا كانت الفكرة المستشهد بها في المتن قد أوردها موسى عبود في سياق حديثه عن ظهور نظرية التحريف في فرنسا، فهذا لا يعني أنه لا يتبنى نفس الفكرة. والشاهد على هذا أنه فسر القرارين المعلق عليهما بنفس الفكرة: انظر على الخصوص في هذا الصدد: نفس المرجع المعلق فيه على القرارين، ص. 200 بالنسبة إلى القرار رقم 313 وهو أحد القرارين المعلق عليهما. أما القرار الثاني فيحمل رقم 311.

[2]- أندري كولومبيني: تعليقه على القرار عدد 58/57-9 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1958: منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الجزء الأول (1957-1962) الطبعة الفرنسية، مرجع سابق، رقم 2 ص. 21.

[3]- أندري كولومبيني: تعليقه على القرار عدد 61/60-93 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 31 يناير 1961: منشور بنفس المرجع المشار إليه قبله، رقم 126 ص. 228.

[4]- إن إشارة كولومبيني إلى الإرادة الواضحة الناتجة عن الألفاظ قد تحمل على الاعتقاد بأنه يميل إلى الرأي القائل بالامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد. ومع ذلك فإن قوله بوجوب الاقتصار في إجلاء هذه الإرادة على ذات الألفاظ دون الظروف والملابسات الخارجة عنها هو الذي دفعنا إلى تصنيفه ضمن المناصرين في الوضوح للألفاظ وليس للإرادة. وكل التعاليق التي خص بها قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى والصادرة في ميدان التأويل وامتناعه عند وضوح العبارة يمكن أن نفهم منها سيرها في هذا الاتجاه: انظر على سبيل المثال إلى جانب تعليقه على القرار عدد 9-57\ 58 المار بنا قبله، تعليقه على القرار عدد 14-58/57 الصدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1958 منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، ج.1، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق رقم 4 ص.25. – وتعليقه على القرار عدد 60/59-153 الصادر بتاريخ 12 أبريل 1960 عن المجلس الأعلى: منشور بنفس المرجع قبله، رقم 88 ص.164. – تعليقه على القرار رقم 61/60-148 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 أبريل 1961 :منشور بنفس المرجع قبله رقم 133 ص. 240. – تعليقه على القرار 62/61-59 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 يناير 1962: منشور بنفس المرجع قبله، رقم 162 ص.286.

[5]- أندري كولومبيني: تعليقه على القرار عدد 62/61-228 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 يوليوز 1962: منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، الجزء الثاني (62-1965)، 1969 رقم 15 ص. 55.

274- **رأي جميل صبحي برسوم:** "إذا كانت عبارات العقد واضحة ليس فيها غموض-فهنا- وفقا للفصل 461 من ق.ل.ع. ... لا يحق للقاضي التدخل لتفسير العقد. وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء... في المغرب... إلا أن هناك رأيا آخر... يقول إن المقصود بالوضوح الذي يقيد القاضي ويمنعه من التدخل لتفسير العقد هو وضوح الإدارة وليس وضوح العبارة...

غير أننا نرى أن النص-...في القانون المغربي...-صريح وقاطع في عدم جواز الانحراف عن عبارات العقد الواضحة بحجة عدم مطابقتها للنية المشتركة للعاقدين والقول بغير ذلك ليس فيه فقط مخالفة واضحة للنص ولكنه أيضا يتعارض مع مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة فضلا عن أنه لا يحقق استقرار المعاملات."[1]

المبحث الثاني :
محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة

275- بعد القيام بمحاولة تحليل للموقف المار بها سننتقل إلى مناقشته؛ وكل هذا في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول : محاولة تحليل الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.**
- **المطلب الثاني : محاولة مناقشة الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.**

[1]- جميل صبحي برسوم: "تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر : تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 752 الصادر في أول ديسمبر 1982" : منشور بمجلة القضاء والقانون ، عدد 133-134، ص. 141.

المطلب الأول : محاولة تحليل الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة

276- يتبين مما استعرضناه قبله أن العقد الذي يمنع تأويله بموجب الفصل 461 من ق.ل.ع.م. هو العقد الذي تكون عباراته واضحة بينة. وتجد هذه الآراء تبريرها في كون السماح بتأويل العقد الواضح يتعارض مع نص الفصل 461 المذكور في حد ذاته كما يمس بالقوة الملزمة للعقد، التي لا تجوز للقاضي تعديل العقد، وكذا باستقرار المعاملات.

ومع ذلك إذا كان هذا الموقف القضائي والفقهي قد أبان بصورة صريحة قطعية عن المعنى الواجب التمسك به وفقا للفصل 461 من ق.ل.ع.م.؛ إلا أنه لم يتبع نفس الصراحة في إيراد المعيار الواجب اعتماده للتسليم بوضوح أو عدم وضوح الألفاظ في العقد: فلا يكفي القول بامتناع التأويل عندما تكون العبارة واضحة بينة وإنما يجب التساؤل أيضا عن الضابط الذي تكون العبارة في ضوئه واضحة أو غير واضحة. وهذا الضابط قد يكون هو القاضي نفسه، وهذا هو المعيار الشخصي، وقد يكون هو المعنى الحرفي النحوي للعبارة، وهذا هو المعيار الموضوعي[1].

277- إعمال المعيار الشخصي لتقدير الوضوح في العبارة: يقتضي إعمال هذا المعيار الشخصي ترك تقدير الصراحة أي الوضوح في العبارة للقاضي، ولذلك فإن هذا الأخير لا يمنع من التأويل إلا إذا قرر بنفسه الوضوح في العبارة. وفي هذه الحالة إذا ما أقدم على تأويل العبارة على الرغم من تسليمه بوضوحها فإنه يكون قد خرق الفصل 230 من ق.ل.ع.م. بحرقه الفصل 461 من نفس القانون.

وهكذا فإن فهم الفصل 461 المذكور بالرأي القائل بعدم جواز تأويل العقد الواضحة عباراته في ضوء هذا المعيار الشخصي يقتضي أن تضاف إلى العبارات المبلورة لهذا الرأي عبارة "في نظر القاضي" ويصبح معنى الفصل 461 كالتالي: لا يجوز تأويل العقد متى كانت عباراته واضحة بينة في نظر القاضي.

غير أنه يجدر التنبيه إلى أن العبارة الواضحة المانعة من التأويل يضاف إليها في القضاء، بالأساس، وصف "البينة". وفهم هذا الوصف التأكيدي على أن المقصود

[1]- انظر في المعيارين، الشخصي والموضوعي، المعتمدين في تقدير وضوح العبارة، على سبيل المثال: سانتا ماريا: مذاهب تأويل العقود: مرجع سابق، من ص. 29 إلى 31. – عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن: مرجع سابق، ص. 69 و70.

به هو المعنى اللغوي المتبادر إلى الذهن يدفع إلى إبعاد المعيار الشخصي لإعمال المعيار الموضوعي.

278- إعمال المعيار الموضوعي لتقدير الوضوح في العبارة: يستوجب إعمال هذا المعيار، من القاضي ألا ينظر في تقريره وضوح العبارة أو عدم وضوحها (إبهامها أو غموضها) من منظوره الشخصي وإنما من منظور المعنى الحرفي النحوي للعبارة في حد ذاتها وبمعزل عن ظروف التعاقد وملابساته وكذا بمنأى عن الادعاءات غير المبررة بالحجج الإثباتية المقنعة للقاضي والتي من شأن المتعاقدين أن يتمسكا بها أمامه في تحديد المعنى المتنازع فيه للعبارة.

وفهم الفصل 461 من ق.ل.ع.م. في ضوء هذا المعيار الموضوعي لتقدير الوضوح في العبارة، يفضي إلى تحديد معناه كالتالي: إذا كانت عبارات التصرف (العقد) واضحة بينة بالنظر إلى معناها الحرفي النحوي، وجب على القاضي أن يمتنع عن تأويلها بالبحث عن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف (العقد).

ويبدو أن الآراء الفقهية المارة بنا لكل من موسى عبود وأندري كولومبيني وجميل صبحي برسوم تسير، وإن بصفة ضمنية، في اتجاه تبني هذا المعيار الموضوعي لتقدير الوضوح في العبارة. كما أن الموقف القضائي المار بنا يكرس هذا المعيار بل وزيادة.

المطلب الثاني :
محاولة مناقشة الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة

279- إذا أخذنا في الاعتبار ما مر بنا من الأصول التي وضع في ضوئها الفصل 461 ق.ل.ع.م. وخاصة تلك المتصلة بالموقف التقليدي (الكلاسيكي) للفقه والقضاء الفرنسيين؛ أمكن القول إن موقف منع تأويل العقد الواضح البين ينسجم من جهة مع الصياغة الحرفية للفصل 461 : "عندما تكون ألفاظ التصرف صريحة فلا محل للبحث عن إرادة صاحبه". كما ينسجم من جهة أخرى مع النظرة التقليدية للقانون والهادفة إلى إبقاء ما كان على ما كان وقد جسدها سانتيبانا في مشروعه التمهيدي الذي انتقل إلى منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب ثم إلى المغرب المستقل من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

280- وسواء كان أصحاب هذا الموقف على وعي بهذه الأصول أم لا، فإن الذي لا مراء فيه أن موقفهم يندرج ضمن الاتجاه العام للدراسات المهتمة بقانون الالتزامات والعقود المغربي؛ وهو لا يخرج عن "ترديد ما قاله الفقه [و/أو القضاء] الفرنسي"[1]، إما بالأخذ عنه مباشرة أو بانتقاله عبر ما يتعامل معه أساسا في التأليف القانوني المغربي المكتوب بالعربية من الدراسات المعالجة للقانون المدني في مصر على الخصوص.

إن هذا الموقف الممكن وصفه بالتقليدي أو الكلاسيكي قياسا على النعت الذي أطلق على أصله الفرنسي، يصعب استساغته بالنظر إلى ما يفضي إليه من التطبيق الآلي للعقد من جهة وما يصطبغ به من الدوغماتية المفرطة من جهة أخرى.

* الموقف المتمسك بعدم تأويل العقد في حالة وضوح عباراته يفضي إلى التطبيق الآلي للعقد:

281- إن اعتماد هذا الموقف من شأنه أن يجعل القاضي بمثابة شرطي المرور، إذ يقتصر دوره على ملاحظة الضوء الأحمر لرفع يده من أجل توقف السيارات أو الضوء الأخضر قصد الإيذان لها بالمرور.

وإذا كان هذا الدور النافي لكل تدخل في العقود قد أنيط بالقاضي في فرنسا خلال القرن 19م. بالأساس، نظرا للخلفيات التاريخية التي جعلته محل شك (شبهة) وعدم ثقة كما يترجم ذلك ما مر بنا من القولة الشعبية "اللهم احفظنا من إنصاف المحاكم"؛ فإننا لا نعتقد أن القضاة المغاربة لعهد ما قبل الحماية الفرنسية بالمغرب قد وضعوا ,على العموم, موضع الشك والريبة من قبل المغاربة أنفسهم أو وصفوا بالتحكم والتعسف. وعلى فرض التسليم بحصول هذه الريبة ووقوع هذا التحكم التعسفي، فإن المثل المشهور في المغرب "قاضيان في النار وقاض في الجنة" من شأنه أن ينزه الثلث الصالح منهم عن كل الشبهات والتعسفات. وحرمان هذا الثلث الصالح من أي تدخل في العقود بحملهم على تطبيقها الآلي ليس إلا، من شأنه أن يلحقهم بمن تحوم حولهم الشبهة نظرا لما ينجر عن التطبيق الآلي للعقود من الآثار الاجتماعية السلبية.

[1]- أحمد الخمليشي: "كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود؟" :منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية الصادرة عن كلية الحقوق بالدار البيضاء، عدد 7، 1984، ص. 10 و11. انظر في هذا الصدد أيضا:

Omar Azziman : « Dépendance et connaissance du droit Marocain : un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique ». in Revue juridique,politique et économique du Maroc .éditée par la Faculté de Droit de Rabat, n° 10, 1981, pp. 184, 190, 191, 192.

- Jean Deprez : « Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc –projet pour une recherche adaptée aux réalités Marocaines ». in R.J.P.E.M. de la Faculté de Droit de Rabat, n° 1, 1976, p. 32.

282- ثم إذا ما سايرنا الآراء القائلة –وهي كثيرة- بأن القوانين التي وضعتها سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب وعلى رأسها ق.ل.ع. لا تتلاءم والواقع الاجتماعي المغربي[1]، الأمر الذي دفع بالواقع إلى أن يتغلب دائما على القانون[2]؛ فإن العمل بهذا الموقف الرامي إلى التطبيق الحرفي للعقود من شأنه أن يزيد أكثر في استفحال عدم ملاءمة القانون المغربي لواقعه الاجتماعي ويطيل بقاء الفقه والقضاء محتجبين عن المساهمة في معالجة المشاكل الاجتماعية المعقدة والمتعددة بركودها في خندق الأفكار المسبقة والمجردة وهذه هي الدوغماتية.

*** الموقف المتمسك بعدم تأويل العقد في حالة وضوح عباراته يصدر عن دوغماتية ثوابتها هشة:**

283- ترتكز فكرة عدم جواز تأويل العبارات الواضحة في العقد على مجموعة من المبررات المعتبرة في حد ذاتها ثوابت لهذه الفكرة. وتشكل القوة الملزمة للعقد[3] واستقرار المعاملات أهم هذه الثوابت.

وإذا ما نظرنا إلى هذه الثوابت على أنها أسباب انجرت عنها نتيجة تتمثل في الفكرة المذكورة، فإن سقوط هذه الأسباب يترتب عليه بالضرورة سقوط النتيجة.

وعليه، فإذا ما لوحظ تكاثر الانتقادات الموجهة لثابتي القوة الملزمة للعقد واستقرار المعاملات ليس فقط من قبل أصحاب ما يسمى بالمذهب الاجتماعي في القانون وإنما حتى من قبل المعتدلين من أصحاب ما يسمى بالمذهب الإرادي، وإذا ما لوحظ كذلك خرقها المستمر والمتزايد من قبل المشرع الذي لا يتوقف عن إصدار التشريعات المتعلقة بتعديل العقود، وبالتالي، عدم استقرار المعاملات، تحت وطأة الضغوط الاجتماعية[4]؛ بعد كل هذا ألا يبقى التمادي في الأخذ بفكرة عدم جواز تأويل العبارات الواضحة في العقد ضربا من التعصب أو على الأقل إيثارا لأسهل السبل

[1]- انظر في هذا الصدد: عمر عزيمان: "التبعية ومعرفة القانون المغربي: دفاع جديد من أجل علم اجتماع قانوني". :مقال مشار إليه في السابق، ص. 185 و186.

[2]- جان كُبري: "تأملات حول معرفة الظاهرة القانونية بالمغرب: مشروع من أجل بحث ملائم للواقع المغربي" :مقال مشار إليه في السابق، ص.56.

[3]- انظر، على سبيل المثال، في هذا الموقف التقليدي:

- François –Paul Blanc : « La force obligatoire des contrats à l'égard du juge » :note sous arrêt n° 448 du 6 février 1986 rendu pas la cour d'appel de Casablanca in R.M.D. Année 1986, n°2, p. 114 et s.

أو انظر تعريب هذا التعليق في نفس المرجع قبله ص. 117 وما بعدها.

[4]- إن المقام هنا، في تقديرنا، لا يسمح باستعراض هذه الانتقادات وحسبنا أن نحيل فيها على رسالتنا حول سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م. : أسسه ومظاهره في نظرية العقد: مرجع سابق، من ص. 257 إلى 288, وهي الصفحات التي عالجنا فيها نظرية سلطان الإرادة ودور القاضي في تعديل العقود.

في إيجاد الحلول القضائية وإنجاز البحث القانوني دون بذل أي جهد، والجهد كما هو معلوم من خصوصيات التأويل. وقد ذهبت بعض الآراء إلى السماح به حتى في بعض حالات وضوح العبارات في العقد وذلك متى كانت الإرادة المشتركة للمتعاقدين ناقصة وغير واضحة.

الفرع الثاني :
الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي[1]، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد

284- إتباعا للنهج المعتمد قبله نرى القيام بجرد الآراء المجسدة لهذا الموقف قبل تحليله ومناقشته، وكل هذا في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: جرد بعض مظان الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.**
- **المبحث الثاني: محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.**

[1]- نرى أن تحصر تلمس هذا الموقف في الفقه دون القضاء لأن القضاء من جهة عندما يستعمل لفظة "الإرادة" في قراراته أو أحكامه فإنه لا يصفها بالواضحة كما فعل من سنقوم باستعراض آرائهم من الفقهاء: انظر على سبيل المثال: - القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 يناير 1947، وهو قرار يتعلق بالحسم في الطعن بالنقض الموجه ضد قرار قضائي لمحكمة الاستئناف بالرباط (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج14 ص. 160). – قرار رقم 2802 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 22 يناير 1946 (منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (30-32-44 1950) تعريب محمد العربي المجبود،منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1986، ص. 540 وما بعدها). – قرار رقم 2683 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 16 فبراير 1945 (منشور بنفس المرجع قبله لمحمد العربي المجبود، ص. 457 وما بعدها). – قرار عدد 316 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 يونيو 1969 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 11ص.31 وما بعدها، وكذا بمجلة القضاء والقانون، عدد 102 ص. 50 وما بعدها). ومن جهة أخرى، فإن القضاء المغربي عندما يتحدث عن هذه "الإرادة" (أو القصد) فإنه لا يفعل ذلك إلا في حالة إبهام أو غموض العبارات وبالتالي في حالة وجوب التأويل وليس في حالة وجوب الامتناع عن التأويل: انظر على سبيل المثال: - قرار عدد 100 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1982/2/17 (منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 32، ص. 27 وما بعدها). – قرار عدد 308 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1966 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 87\85، ص. 289 وما بعدها). – قرار عدد 393 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 مارس 1961 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 43-44، ص. 128 وما بعدها). – قرار عدد 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7 يناير 1976 (منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بفاس، عدد 1، ص. 45). – قرار عدد 108 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 24 يناير 1968 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 13، ص. 8 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون عدد 109-110، ص. 475 وما بعدها).

المبحث الأول:
جرد بعض مظان الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد

285- سنكتفي في هذا الصدد باستعراض آراء كل من مأمون الكزبري وج. كوتيربيه وهشام فرعون.

286- رأي مأمون الكزبري:

"إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة وجب الأخذ بها، ولا يجوز للقاضي حملها على خلاف معناها الظاهر بحجة تفسيرها لأن الخروج عن المعنى الظاهر في هذه الحالة وهو انحراف عن إرادة المتعاقدين المشتركة وطعن في المبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما أكدته المادة 461 بقولها "إذا كانت عبارة العقد صريحة امتنع البحث عن مقصد صاحبها".

فعند وضوح عبارة العقد، العبرة إذن للإرادة الظاهرة إذ تفترض مطابقتها للإرادة الحقيقية. وإذا ما انحرف القاضي عن هذه الإرادة الظاهرة بحجة أن قصد المتعاقدين هو خلاف ظاهر العبارة كان حكمه مخالفا للقانون وعرضة للنقض"[1].

287- ونجد هذا الرأي مكرسا بالحرف –تقريبا- في كتابات العديد من المهتمين بدراسة ق.ل.ع.م نذكر منهم إدريس العلوي العبدلاوي[2] ومحيي الدين إسماعيل علم الدين[3] وأحمد حسن البرعي[4] والصقلي الحسيني علي[1] والطيب الفصايلي[2].

---

[1]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع المغربي ج. 1 مصادر الالتزامات، ط.2، دار القلم، بيروت، 1972، ص 236 وما بعدها. –والجدير بالملاحظة أن موقف أستاذنا مأمون الكزبري كما هو مصاغ في المتن، كان من الأولى أن ندرجه ضمن صنف الآراء القائلة بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون عبارات العقد واضحة. غير أننا ندرجه ضمن الصنف الثاني هنا لربطه عبارة العقد بالإرادة الظاهرة.

[2]- جاء في مؤلفه: محاضرات في القانون المدني، مطبوع أعد لطلبة السنة الأولى من الدكتوراه، فرع القانون الخاص، السنة الجامعية 76-1977، ص 81 و82، أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها ما كانت في حاجة إلى تفسير ووجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه وفي ذلك تقضي المادة 461 بأنه: "إذا كانت ألفاظ التصرف صريحة ما كانت ثمة حاجة إلى البحث عما قصدته إرادة صاحبه". ولا يكفي لاعتبار العبارة واضحة وبالتالي في غير حاجة إلى التفسير أن تكون واضحة في ذاتها وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة منها...."

[3]- ورد في مؤلفه: النظرية العامة للالتزام ج. 1، طبع إيزيس بالدار البيضاء، 1977، ص. 384، أنه: "... بدأ المشرع .... بأصل عام في التفسير هو أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، اعتبرنا الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة متطابقتين فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الصريحة تحت ستار التفسير فقال في الفصل 461 "إذا كان ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها...."

[4]- جاء في مؤلفه: نظرية الالتزام في القانون المدني – مصادر الالتزام 1 –العقد، ط.1 دار الثقافة بالدار البيضاء، 1981ص. 212، أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز للقاضي أن ينحرف عن هذا المعنى الواضح إلى

288- رأي ج. كوتيربيه:

"لقد خصص ظ.ل.ع. في الواقع، مكانا للإرادة الظاهرة وآخر للإرادة الباطنة، ويتم الرجوع إلى الإرادة الظاهرة عندما يكون العقد واضحا (الفصل 461). وعلى عكس القانون الفرنسي، فإن القانون المغربي لا يغلب هنا الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على المعنى النصي (Le sens textuel) للألفاظ التي استخدماها"[3].

289- رأي هشام فرعون:

"... لا مجال للحديث عن تأويل نص واضح الدلالة.... إذا كانت ألفظ العقد صريحة امتنع على القاضي البحث عن قصد صاحبه (الفصل 461). ذلك هو المبدأ الذي قرره المشرع فاعتبر الانحراف عن اللفظ الواضح هو انحراف عن إرادة المتعاقدين وبالتالي هدم للرضى الذي هو ركن العقد.

معنى آخر تحت ستار التفسير...." ونفس هذه الفكرة نجدها في ص.58 من نفس المرجع : "... فعند وضوح عبارة النص العبرة إذن للإرادة الظاهرة إذ يفترض مطابقتها للإرادة الحقيقية ولا يجوز للقاضي الانحراف عن هذه الإرادة الظاهرة وتأويل العبارة القديمة خلافا لمعناها الظاهري بحجة تفسيرها، فإن فعل كان حكمه مخالفا للقانون وعرضة للنقض....".

[1]- يقول في مؤلفه: مذكرات في القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، ج. 1 : المصادر الإرادية للالتزام، مطبوع أعد لطلبة السنة الثانية حقوق بكلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 1983-1984، ص. 113 أو السنة الجامعية 84-1985، ص. 140 :"والقاضي في تفسيره للعقد يجد نفسه أمام إحدى حالات ثلاث: الحالة الأولى: وتكون فيها عبارة العقد واضحة في ذاتها صريحة في دلالتها على قصد صاحبها، وفي هذه الحالة لا يكون القاضي في حاجة إلى تفسير فيأخذ بالمعنى الواضح الظاهر للعبارة ويمتنع عليه الغوص بالبحث عن القصد الحقيقي لصاحبها. إذ يفترض في هذه الحالة أن التعبير الواضح مطابق للقصد المشترك للمتعاقدين...."

[2]- جاء في مؤلفه: النظرية العامة للالتزام: ج.1- مصادر الالتزام (العقد –الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب)، مؤسسة إيزيس للنشر، الدار البيضاء، 1991، ص. 202: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. فالمفروض أن عبارة العقد الواضحة مطابقة لحقيقة المقصود وتعبر تعبيرا صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة، ولكن قد تكون عبارة العقد واضحة ولكنها لا تعبر تعبيرا صادقا عن إرادة المتعاقدين.... ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يترك المعنى الظاهر إلى المعنى الذي يتفق مع إرادة المتعاقدين بشرط بيان الأسباب المسوغة لذلك وإلا تعرض حكمه للنقض".

[3] - G. Couturier, Droit civil : Les obligations, polycopié, Faculté de Droit de Rabat, Année universitaire 1970-1971, p. 100.

- والحقيقة فإن كوتيربيه في هذا النص لا يعبر عن موقفه هو وإنما يقتصر على وصف الفصل 461 مغربي. وإذا كنا قد استشهدنا به في هذا الصنف الثاني من الآراء الفقهية فلأن ما يمكن أن يفهم مما علاج به مجموع ما يتصل بتأويل العقود إنما يجعل منه أحد أنصار عدم جواز التأويل للعقد الذي تكون فيه الإرادة واضحة. – وفي نفس هذا الاتجاه ذهب ديديه مارتن والمعطي الرايس إلى أنه: "إذا ما أثيرت النزاعات في شأن تنفيذ العقد، فإن القضاة يلزمون بتطبيق مقتضيات العقد كما أرادها الطرفان. على القضاة أن ينحنوا أمام الإرادة الواضحة المعبر عنها من قبل الطرفين (ظ.ل.ع. الفصل 461)... فعندما تكون بنود العقد المبرم على وجه صحيح واضحة وبينة، فإن المحكمة لا تستطيع إلا أن تأمر بتنفيذه. ومع ذلك قد يحصل –وهذا هو الغالب- ألا تكون بنود العقد كافية الوضوح. فهنا يعود إلى المحكمة أن تؤول العقد المبهم أو المتناقض أو الناقص وغير الكامل (ظ.ل.ع. الفصل 462)". :

- Didier Martin (avec le concours de Maati Rais) : Droit civil et commercial Marocain, Société d'Edition et de Diffisuion AL MADARISS, Casablanca, 1981, n° 290 p. 115 et s.

وبالطبع فإننا لا نقصد باللفظ الواضح هنا، اللفظ الواضح بدلالته اللغوية، فكل لفظ له دلالته اللغوية الواضحة، وإنما نقصد بذلك أن يترجم الترجمة الصحيحة عن إرادة المتعاقدين المشتركة. فإذا كانت العبارة واضحة لغة، إلا أن فحواها في متن العقد يدل على غير ذلك، فإنها لا تكون "فنيا" واضحة ويكون من حق القاضي عندئذ أن يتولى التفسير. هذا ويفترض في اللفظ أنه يترجم الترجمة الصحيحة عما قصده المتعاقدان إلى أن يقوم الدليل المعاكس. إلا أنه لا يكفي أن يعدل القاضي عن المعنى الظاهر بحجة أن المتعاقدين أرادا غير ذلك وإنما عليه أن يعلل تصرفه هذا بأن يبين الأسباب التي دعته إلى ذلك ويجب أن تكون حججا مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلص منها....

.... وفي وسعنا القول بأنه وإن كان ظاهر نص الفصل 461 قد يحمل على الأخذ بالإرادة الظاهرة إلا أن المشرع قد تمسك هنا أيضا، فيما نرى، بالإرادة الكافية للمتعاقدين. وذلك لأن الفصل المذكور عندما نص على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها فإنما أراد أن يشير إلى أن ألفاظ الإنسان العاقل والواعي تعكس بصدق وأمانة ما يريد. وبالتالي فإن الإرادة الكافية هي الإرادة الظاهرة أما إذا قام الدليل على وجود تعارض بين الإرادتين فإن العبرة بالإرادة الكامنة وهذا ما يقوله الفصل 462...."[1].

المبحث الثاني :
محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد

290- نرى، سيرا على النهج الذي سلكناه في دراسة الصنف الأول من الآراء المارة بنا في الفرع الأول قبله، أن نحاول، في هذا الصدد تحليل ومناقشة الموقف المانع من تأويل العقد في حالة وضوح الإرادة فيه، في المطلبين التاليين:

[1]- هشام فرعون: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي، الجزء الأول، ط.3 ، مطبعة الكتاب، فاس، 1981، من رقم 438 إلى 440 في الصفحات من 216 إلى 218. – والجدير بالإشارة أن هذا الرأي هو الذي كنا تبنيناه في رسالتنا المشار إليها في السابق، ص .240.

- **المطلب الأول : محاولة تحليل الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.**
- **المطلب الثاني : محاولة مناقشة الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.**

المطلب الأول :
محاولة تحليل الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد

291- عند قراءة الآراء المار بنا، يتبين لنا أنها في مجموعها تربط فهم الفصل 461 ق.ل.ع.م. بالإرادة الظاهرة. بمعنى أنها تفسر عبارة "الألفاظ الصريحة" الواردة في هذا الفصل على أن المقصود بها هو الإرادة الظاهرة. ومن هذا المنطلق تذهب إلى وجوب التقيد بها وعدم تأويلها.

وهي في اتجاهها هذا تقدم التبرير المتمثل في أن العبارات الواضحة، التي هي الإرادة الظاهرة، إنما يتقيد بها لما يفترض من مطابقتها للإرادة الحقيقية (الباطنة، الكامنة) للمتعاقدين باعتبار أن ما يعلنه الإنسان العاقل يجسد بأمانة ما يضمره. والألفاظ التي تصدر عنه يدرك جيدا مدلولها ودلالتها. وهذا الأمر هو الذي يجعل الأعمال التي يقوم بها تنهض دليلا على انصراف نيته إليها. غير أن هذا الافتراض لا يقوم دليلا قاطعا، إذ متى تبين أن هذه الإرادة الظاهرة تبلورها عبارات مبهمة أو غامضة أو تخفي إرادة حقيقية تعاكسها أو تجاوزها فيما توخته وجب الأخذ بهذه الإرادة الحقيقية؛ لأن العبرة في وضوح العبارة (الإرادة الظاهرة) بمطابقتها للإرادة الحقيقية (الإرادة الباطنة). والوصول إلى هذه الإرادة الحقيقية يتم عن طريق التأويل الذي على القاضي أن يبرره ببيان الأسباب الداعية إلى عدم الأخذ بالإرادة الظاهرة بالخروج عن معنى العبارات الواردة في العقد.

292- إن تأمل هذه الآراء يسمح بالذهاب إلى أنها لا تختلف في العمق عن الآراء القائلة بعدم جواز التأويل عندما تكون الألفاظ واضحة بينة. والاختلاف الوحيد الذي يمكن تسجيله بينها يكمن في التعبير باصطلاحات مغايرة إذ بينما تستخدم هذه الآراء الأخيرة الاصطلاحات التي كانت تتداول في الفقه أو القضاء الفرنسي التقليدي (الكلاسيكي)؛ نجد الآراء الأولى، المؤكدة على الإرادة الواضحة بدل الألفاظ الواضحة البينة، توثر استخدام ما جد من الاصطلاحات لدى الفقه الفرنسي الحديث. ومن هنا فإن نفس الملاحظة التي أبديناها عند تحليل الآراء القائلة بمنع تأويل الألفاظ الواضحة البينة في شأن المعيار الواجب اعتماده لتقدير الوضوح في العبارة، هل هو

المعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي؛ تنطبق على الآراء التي نحن بصد محاولة تحليلها. بمعنى أن الآراء القائلة بعدم جواز تأويل العقد الذي تكون فيه الإرا واضحة بسبب وضوح العبارة لم تتعرض صراحة إلى المعيار الواجب اعتماد لتقدير هذا الوضوح.

ومع ذلك فإن التمعن في الآراء المستعرضة تسمح بالذهاب إلى أن المعيار الشخصي لتقدير الوضوح هو الذي يبدو أن ج. كوتيربيه قد حدد به المقصود بالفصل 461 مغربي؛ إذ يمكن فهمه من خلال حديثه عن مراقبة المجلس الأعلى لتحريف بنود العقد الواضحة والبينة التي هي مراقبة محدودة في نظره مادام أن قاضي الموضوع يستطيع دائما الارتكاز على الفصل 462 لوصف العبارة (الإرادة) بالغموض على الرغم من وضوحها وتقديم تبرير معقول لهذا الوصف[1].

أما الآراء الأخرى فيبدو أنها تعتمد المعيار الموضوعي المبني على النظر إلى الوضوح من زاوية المعنى الذي يتبادر فهمه من صيغة العبارة وسياقها في متن العقد ليس إلا[2]. وهذا المعنى، في آخر المطاف، هو المعنى الحرفي النحوي.

293- وبهذا الاعتبار فإن ما وجه من الانتقادات عند مناقشة الآراء القائلة بوجوب عدم تأويل الألفاظ الواضحة البينة ينطبق أيضا على الآراء التي نحن بصدد محاولة تحليلها لأن هذه الآراء الأخيرة بدورها تؤدي من حيث المبدأ إلى التطبيق الآلي للعقد وتصدر عن دوغماتية ثوابتها هشة ليس فقط فيما يرجع إلى القوة الملزمة للعقد واستقرار المعاملات وإنما أيضا فيما يرجع إلى الثابت المتمثل في أن الأصل في أعمال (ألفاظ) الشخص العاقل والواعي أنها تعبر بصدق عن نيته (إرادته) كما سيتضح ذلك عند مناقشة فكرة عدم جواز تأويل العقد الذي تكون فيه الإرادة واضحة بوضوح عباراته.

[1]- انظر ج. كوتيربيه: المرجع السابق، ص. 102. والجدير بالإشارة أن هذا هو موقف بعض الفقه الفرنسي من مراقبة محكمة النقض الفرنسية لتحريف بنود العقد: انظر على سبيل المثال:

- Jacques Flour avec le concours de Jean –Luc Aubert : Droit civil –les obligations, volume 1 : L'acte juridique, collection U Armand Colin, Paris, 1975, n° 398, p. 309.

[2]- قد تحمل قراءة رأي هشام فرعون على الاعتقاد بأنه لا يأخذ بالمعيار الموضوعي المتمثل في المعنى الحرفي النحوي للعبارة: فهو يقول "إننا لا نقصد باللفظ الواضح هنا اللفظ الواضح بدلالته اللغوية....وإنما نقصد بذلك أنه يترجم الترجمة الصحيحة عن إرادة المتعاقدين المشتركة". غير أن توضيح موقفه بكون العبارة إذا كانت واضحة لغة "إلا أن فحواها في متن العقد يدل على غير ذلك..." يجعل هشام فرعون، فيما يرجع إلى المعيار المعتمد في تقدير الوضوح لا يخرج عن المعيار الموضوعي إذ إن عبارة "فحواها في متن العقد" لا تعني أكثر من سياق العبارة في نفس العقد. والأخذ بالسياق غير الخارج عن عبارات العقد في حد ذاتها لا يعني أكثر من دلالة المنطوق وهذه هي المعنى الحرفي النحوي.

المطلب الثاني :
محاولة مناقشة الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد

294- إن فكرة الامتناع عن التأويل في حالة وضوح الإرادة في العقد، ليست أصيلة لدى القائلين بها من المهتمين بدراسة ق.ل.ع. في المغرب؛ فهي وليدة الفقه والقضاء الفرنسيين[1]. ونجدها في كافة الكتابات المهتمة بدراسة القوانين المدنية العربية الدائرة في فلك القانون المدني الفرنسي وفقهه كالمصري[2] والسوري[1] واللبناني[2].

[1]- انظر على سبيل المثال: - هنري، ليون وجان مازو: دروس القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول: الالتزامات، ط.6 بعناية فرانسوا شاباس: مرجع سابق، رقم 344 ص. 314. – أليكس فيل وفرانسوا تيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق، رقم 359 ص.386. – جاك فلور بمساهمة جان – لبك أوبير: القانون المدني – الالتزامات، المجلد الأول: التصرف القانوني: مرجع سابق، رقم 398 ص. 309.

- Jean Carbonnier : Droit civil, 4 –les obligations, 10ème édition, P.U.F, Paris 1979, N° 66, p. 240.

- Gérard Farjat : Droit privé de l'économie, 2 – Théorie des obligations, P.U.F, paris 1975, p. 318.

- Boris stark : Droit civil, Obligations, 2 – Contrats et quasi –contrats –Régime général, 2ème ed ; Par H. Roland, et L. Boyer, Librairies techniques, Paris, 1986, N° 160 p. 54 et s, N° 161 et 162, p.55.

- Jacques Ghestin , traité de droit civil –les obligations- Le contrat, L.G.D.J, Paris, 1980, N° 90, p,62, n° 281, p 217 et s.

[2]- يمثل الفقه المصري، وغالبه لا يخرج عن ترديد ما هو مألوف في الفقه الفرنسي، القدح المعلى مما يستعان به في الكتابات العربية المهتمة بدراسة القانون المدني المغربي إذ غالبا ما تغرف هذه الكتابات منه مباشرة وبالأساس من وسيط السنهوري أو تتلقاه، فيما يرجع بالأساس إلى المؤلفات الموجهة لطلبة الحقوق بالعربية، بصفة غير مباشرة عن طريق مؤلف مأمون الكزبري المار بنا. –والجدير بالإشارة أنه من الملفت للانتباه حقا أن يعمد بعض قضاة الموضوع في المغرب إلى تبرير أحكامهم بما قاله الفقه المصري على الرغم من وجود موقف مماثل أو مغاير لدى الدارسين المغاربة فيما يرجع إلى المسألة المستشهد فيها بالفقه المصري: انظر على سبيل المثال: القرار عدد 316 الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 1980/10/7 (منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 8-9، مارس 1984، ص. 155 وما بعدها). – القرار عدد 86/996 الصادر عن الغرفة الاستئنافية بتازة بتاريخ 1986/12/24 (منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بفاس، عدد 13-14 ص .89 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 98).- وانظر على سبيل المثال في الرأي القائل، في مصر، بعدم جواز التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد: -عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: ج.1 نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام دار النهضة العربية، القاهرة 1964، رقم 391 ص. 671. –عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: مرجع سابق، رقم 264 ص. 521 وما بعدها. – دروس مصادر الالتزام: نظرية العقد، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1969، رقم 176 ص. 289 وما بعدها. – أنور طلبة: الوسيط في القانون المدني: الجزء الأول: الحق واستعماله، القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، الالتزام بوجه عام وأحدث المبادئ التي قررتها محكمة النقض، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1987، ص. 427. –عبد الحميد الشواربي: المشكلات العملية في تنفيذ

وإذا كان التأثر بالفقه الأجنبي، وبغض النظر عن درجة التأثر، ليس عي
باعتبار أن الفقه مظنة من مظان المعرفة وهذه الأخيرة لا جنسية لها إلى جانب ا
الأصل فيها أنها تراكمية؛ فإن الأخذ بهذا الفقه دون أي تمحيص، على الأقل إذا كا
لابد من عدم مراعاة انسجامه مع الواقع المغربي، هو عين العيب.

وتمحيص الفكرة القائلة بوجوب امتناع التأويل عندما تكون الإرادة واضحة
تقتضي منا التعرض من جهة إلى الانتقادات الموجهة لمفهوم المعنى الواضح للفظ
في حد ذاته، إذ الإرادة في هذه الفكرة تكون واضحة بوضوح معنى العبارات في
العقد، كما يقتضي منا تمحيص الفكرة المذكورة التساؤل من جهة أخرى عما إذا كان
صحيحا أن التأويل لا يقوم إلا عندما تكون الإرادة غامضة.

وسنتناول شقي هذا التمحيص في الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى: الانتقادات الموجهة لمفهوم المعنى الواضح للفظ في حد ذاته.**
- **الفقرة الثانية: الانتقادات الممكن توجيهها إلى ما لا يلازم فكرة وجوب عدم تأويل الإرادة الواضحة، من وجوب تأويل الإرادة الغامضة.**

العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988 ص. 47 وما بعدها. – سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975، رقم 119 ص. 131 وما بعدها. ورقم 120 ص. 132 وما بعدها.

[1]- انظر على سبيل المثال: - وحيد الدين سوار: -التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي إلخ...مرجع سابق، رقم 579 ص. 554. – شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: ج. 1: مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، مطبعة رياض -دمشق، 1980-1981 رقم 418 ص. 310 وما بعدها، رقم 421 ص. 312 وما بعدها. – ماجد الحلواني: نظرية الالتزام العامة، ج.1: مصادر الالتزام: 1 -العقد، مطبعة جامعة دمشق، 1961 ص. 244 وما بعدها.

[2]- انظر على سبيل المثال: سامي بديع منصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، ط.1، دار الفكر اللبناني، 1987، ص 412 و413. - جلال علي العدوي ومحمد لبيب شنب: مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص. 239. – رمضان أبو السعود: مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1986' ص. 207.- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال: القانون والمعاملات، الدار الجامعية بيروت، 1987, ص. 278. – عاطف النقيب:نظرية العقد، ط.1، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1988 ص. 380 وما بعدها، - وانظر أيضا في القوانين المدنية العربية الأخرى: - رضا المزغني وعبد المجيد عبوده: التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1983، ص. 139 وما بعدها و143 وما بعدها.

الفقرة الأولى :
الانتقادات الموجهة لمفهوم المعنى الواضح للفظ في حد ذاته

295- إن القول بأن "كل لفظ له دلالته اللغوية الواضحة[1] يصعب التسليم به ما لم يتعلق الأمر في هذه الدلالة الواضحة بتلك الدلالة أو النواة المركزية[2] التي نجدها مسطرة في المعاجم[3] والمتمثلة في المعنى الموضوع للفظ في أصل اللغة أي ما يسمى، حسب القدماء من علماء اللغة العربية بالمعنى الحقيقي[4]. لا بل الأكثر من هذا فحتى المعاجم غالبا ما نجدها لا تقف عند إيراد المعنى الواحد للفظة الواحدة. وهذا أمر طبيعي لأن اللغة ظاهرة اجتماعية وهي، لذلك، دائمة التطور حتى فيما يرجع إلى الدلالات والمعاني[5]. ومن آثار هذا التطور أن يقوم اللفظ مناسبة لاستحضار جملة من المعاني المرتبطة به. ويبقى تحديد المعنى المراد منه أو وضوحه رهينا ليس فقط بتلمس السياق الذي ورد فيه الكلام وإنما أيضا بتلمس سياقه الظرفي[6]أي ما يسمى ب "الموقف الكلامي" أو "الحالة الكلامية" أو "الماجرى" الذي يتحدد معنى الكلام في ضوئه بالنظر إلى مجموعة من العوامل أهمها الكلام الفعلي نفسه وشخصية كل من المتكلم والسامع وبيئتهما وما يخلفه الكلام من أثر فيهما دون إهمال كل ما يحصل

[1]- هشام فرعون: المرجع السابق، رقم 439 ص. 217. – انظر في المعنى الواضح لعبارة العقد أيضا: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، المطبعة العربية الحديثة، 1977، رقم 6 ص. 5 ومن رقم 16 إلى 23 في ص. من 18 إلى 28.

[2]- يقسم البعض دائرة المعنى المناسب لكل لفظ إلى منطقة مركزية رئيسية (دلالة مركزية أو نواة) وهذه هي المنطقة الواضحة، ومنطقة هامشية ثانوية (دلالات هامشية) أو الدلالة الفضفاضة أو المشكوك فيها، والمنطقة ما وراء الهامشية أو المنطقة اللامتناهية، وهذه هي المنطقة الغامضة. وما يُعقِّد دائرة المعنى أكثر هو الانتقال في مناطقها الثلاث من منطقة إلى أخرى. وهذا الانتقال يحصل بالتدرج إذ بين الوضوح التام (المنطقة الأولى) والغموض التام (المنطقة الثالثة)، هناك منطقة من الظلال (وهي المنطقة الثانية) بدون حدود مضبوطة تسمح بالتعرف على المنطقة التي تبدأ منها أو تنتهي إليها ومع ذلك فهي موجودة. غير أن نظرية ضبط المعنى في ضوء السياق الظرفي للفظ تنتقد هذا التصور المقسم لدائرة معنى اللفظ إلى مناطق: انظر في هذا الصدد مثلا: إيزريكي بيذرو هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقيق منهجية لتأويل التشريع: مرجع سابق، ص. 229 وما بعدها.

[3]- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ: مرجع سابق، ص 106.

[4]- إبراهيم أنيس: المرجع قبله، ص 127.

[5]- جاءفي المرجع السابق لإبراهيم أنيس أن: "تطور الدلالة ظاهرة شائعة في كل اللغات" (ص.123). وهو يرجع إلى عوامل أهمها الاستعمال (ص. 134) وأوضح مظانه سوء الفهم الذي قد يحصل لسامع لفظة لأول مرة فلا يفهمها وفقا للمعنى الموضوعة له بل وفقا لما توحي له به دلالة أخرى مغايرة، حتى إذا سادت هذه الدلالة أصبح للفظ معنيين. ويتواتر سوء الفهم هذا تتعدد المعاني الجديدة، للفظ الواحد، لتضاف إلى دلالته (المركزية) إن لم يحل أحد هذه المعاني الجديدة محل هذه الدلالة المركزية بسبب الإقبال الشديد على استعماله وشيوعه (ص. 135 وما بعدها). وإلى جانب سوء الفهم هناك بلي الألفاظ (ص138 وما بعدها). والابتذال (ص 139 وما بعدها). انظر أيضا في عوامل التغير الدلالي: طاهر سليمان حمودة: دراسة المعنى عند الأصوليين: مرجع سابق، من ص. 200 إلى 209.

[6]-إ.ب.هابا: المرجع السابق، ص. 223 وما بعدها و228 وما بعدها.

خلال الكلام مما له علاقة بـ "الماجرى" بغض النظر عن قوة هذه العلاقة وما إذا كانت مباشرة أو غير مباشرة[1].

296- ومن هنا يتبين أن الوصول إلى المعنى الدقيق للكلام ,وهو المقصود بالمعنى الواضح البين يتم بواسطة عملية معقدة لا يشكل معها الادعاء بوجود ألفاظ لها في حد ذاتها معاني واضحة بينة ودقيقة إلا ضربا من اختزال الواقع وتشويهه[2]. ومن هذه الزاوية فإن الأقرب إلى الصواب أن يُساير الرأي القائل،في الوقت الراهن، بأن الإشكال أو الإجمال (la polysémie)[3] ظاهرة عامة في اللغة الطبيعية أي العادية، وبالتالي فإنه يشكل القاعدة المهيمنة على اللغة[4]؛ ولذلك ففهم الكلام، مهما بلغت درجة الاعتقاد في وضوحه، لابد فيه من تأويل لحصر معناه الحقيقي. وإذا كان المبدأ في اللغة الطبيعية أي العادية هو الإجمال أو الإبهام في الكلام، ولو بقدر، فإن

[1]- طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص 214 وما بعدها.

[2] - Michel van de kerchove : « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique " : l'interprétation en Droit – Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p. 19.

[3]- لقد عرف جوزيف بيكار مفهوم "polysémie" بأنه الخاصية التي للفظ القابل للتعبير عن معاني متعددة. وعندما يستعمل هذا اللفظ متعدد المعاني دون تحديد للمعنى المقصود من هذه المعاني بحيث يبقى محتملا لأكثرها، فإن اللفظ يكون في حالة إبهام (amphibologie). إنّ تعدد المعاني هو الشرط في وصف اللفظ بالإشكال أو الإجمال (polysémie) والإبهام (l'amphibologie) هو الأثر المترتب على استعمال هذا اللفظ على وفق ما يحتمله من المعاني:

- Joseph Becquart : Les mots à sens multiples : Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, P.E.F., paris 1928, p. 28.

- كما عرف سوريو و لُرا مفهوم "polysémie" بأنه الواقعة المتمثلة في تناسب الدال مع عدد من التعاريف تشترك كلها في جزء منها.

-J.L. Sourioux et P. Lerat : Le langage du droit, P.U.F, Paris, 1975, p. 34.

- ولقد آثرنا تعريب مفهوم « polysémie » بالإشكال أو الإجمال لأن الإشكال الذي يصبح معه اللفظ مشكلا يكون عندما يختلط معنى اللفظ بمعاني أخرى تتضاف إليه ليصبح متعدد المعاني. كما أن الإجمال، الذي يصبح معه اللفظ مجملا، هو الإبهام وعدم التفصيل الراجعين إلى تزاحم المعاني في اللفظ: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة: مرجع سابق، ص. 168 وما بعدها وص. 186 وما بعدها.

[4]- ميشيل فان دُوكركوف: "فقه المعنى الواضح للنصوص والعمل القضائي لمحكمة النقض البلجيكا": مقال مشار إليه في السابق، ص. 20 بهامشيها 30 و31. –إ.ب. هابا: المرجع السابق، ص. 218 وما بعدها و220 وما بعدها

- E.P. Haba : « Etudes en Allemand sur les rapports entre Droit et langue ». in archives de philosophie du Droit, tome 19 : le langage du droit, Sirey, 1974, p. 263, et s.

- والجدير بالإشارة أن هذا الرأي لا يعد، في الواقع، جديدا، إذ دار الجدل منذ القديم حول ما إذا كان الكلام حقيقيا أو مجازيا: ففيما ذهب بعض علماء اللغة العربية الأقدمين إلى أن الكلام كله حقيقي أو على الأقل أكثره حقيقي، نجد البعض الأخر يعتقد أن الكلام كله مجازي أو على الأقل أكثره مجازي: عن: إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 127.

هذا المبدأ ليس غريبا أيضا عما يسمى باللغة الاصطناعية أو اللغة التقنية (الفنية) كاللغة القانونية[1] التي تعنينا في هذا الصدد[2].

297- فعلى الرغم من الدقة التي يقال إن مفاهيم أو اصطلاحات اللغة القانونية[3] تتميز بها؛ إلا أن الطرق المختلفة التي تستخدم بها من قبل المشرع أو القاضي أو الموثق أو المحامي أو أحد الأفراد غير المختصين، تجعل هذه الدقة محل نظر[4]. لا بل أكثر من هذا فإن اللغة القانونية، حتى خارج الطرق التي تستخدم بها، تتضمن جملة كبيرة من المفاهيم أو المصطلحات غير الدقيقة[5]. وحسبنا، للتأكد من هذا الأمر،

[1]- انظر في المقارنة بين لغة القانون واللغة العادية: فون ايهرينج: روح القانون الروماني في مختلف مراحل تطوره: مرجع سابق، ج.3، ص. 37 وما بعدها.

[2]- وهذا بطبيعة الحال إذا أمكن التسليم بوجود لغة قانونية، ذلك أن هذه الأخيرة ليست مستقلة بصفة مطلقة، في الحقيقة، عما يسمى باللغة الطبيعية أو العادية. ولا أدل على ذلك من أن الكثير من المفاهيم المتداولة في اللغة القانونية تستعمل وفقا للمعاني المحددة لها في معاجم اللغة العادية. ثم إن المفاهيم التي يبدو أن اللغة القانونية تستقل بها لا تعدو أن تكون، في الحقيقة أيضا، مجرد استعمالات خاصة لألفاظ غالبا ما تتداولها اللغة العادية. ومن هنا نستطيع أن نقول إن اللغة القانونية هي الاستعمال الخاص بالقانون للغة العادية. ومن هذا الاستعمال تستقي طابعها المركب: انظر في هذا الصدد: سوريو و لرا: لغة القانون: مرجع سابق، ص. 9 وما بعدها و90 وما بعدها و79-وما بعدها.

- Vissert Hooft : « La philosophie du langage ordinaire et le droit », in Archives de philosophie du Droit, t. 19 : le langage du droit Sirey, 1974, p.p 19 à 23, voir surtout p. 22 et s.

- Michel Villey : « préface » au tome 19 (le langage du droit) de la revue Archives de la philosophie du droit, Sirey, 1974, p. 2.

[3]- يجدر التنبيه إلى أننا نستعمل هنا اللغة القانونية بمفهومها الواسع والذي يشمل اللغة التي تصاغ بها النصوص القانونية من قبل المشرع كما تشمل اللغة المستعملة من طرف رجال القانون كالفقهاء والقضاة والمحامين والموثقين وغيرهم. وفي هذا الصدد نشير إلى أن هناك من يميز بين لغة القانون (le langage du droit) واللغة القانونية (le langage juridique) وهي لغة المهن القانونية أي تلك التي يتحدث بها رجال القانون عن القانون: انظر في هذا الصدد، مثلا:

- Zygmun Ziembinski : « le langage du droit et le langage juridique : les critères de leur discernement » in Archives de philosophie du droit, t.19, Sirey, 1974, p.p. 25 à 31 ; voir surtout les p. 25, 27, 29 et 31.

[4]- انظر في هذا الصدد: جوزيف بيكار: الألفاظ متعددة المعاني: مساهمة في تحسين المصطلحات القانونية: مرجع سابق، من ص. 17 إلى 24 و26 وما بعدها. –جان راي: محاولة البنية المنطقية للقانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ص. 18 وما بعدها و33 وما بعدها، ومن 263 إلى 265.

- Chaim Perlman et L. Obbrechts – tyteca : Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique, 3ème ed, Edition de l'Université de Bruxelles, 1976, p.176.

- Alain viandier : « Observations sur le style de la loi » in R.R.J, publiée par la Faculté de droit et de Science politique d'Aix –Marseille, N° XII – 30 -1987 – 3, pp. 847, 851 et 854.

[5]- انظر على سبيل المثال: المرجع السابق لسوريو و لُرا في هذه المفاهيم أو المصطلحات غير الدقيقة إما بسبب تغير معانيها مع مرور الزمان (ص. 93 و94) أو بسبب تزاحم معانيها (من ص. 94 إلى 96) أو بسبب قابليتها لاستعمالات متعددة (ص.96 و97). و- وعدم دقة لغة القانون لا تختلف عن عدم دقة اللغة العادية: انظر في هذا الصدد: إ.ب. هابا: اللغة القانونية والتأويل منظورا إليهما من زاوية إمكانية تحقق منهجية لتأويل التشريع: مرجع سابق، من ص. 226 إلى 230 و241 وما بعدها.

أن نلقي نظرة على الأطروحة التي خصصها جوزيف بيكار للألفاظ متعددة المعاني في القانون المدني الفرنسي إذ نجد فيها معالجة لستة وثمانين مفهوما أو مصطلحا[1]، منها على سبيل المثال الرضى (consentement)[2] والعقد (contrat)[3] والتعبير أو التصريح (déclaration)[4] والسبب (cause)[5] وحسن النية (bonne foi)[6]والمدني (civil)[7] والرسم أو السند (titre)[8]والاستعمال أو العادة (l'usage)[9].

وإذا كانت هذه المفاهيم أو المصطلحات، المكرسة حتى في القانون المغربي وعلى الخصوص في ق.ل.ع.، تتصف بتعدد المعاني وبالتالي بعدم الدقة في اللغة القانونية الأصلية، فإنه سيكون من باب التغافل عن الحقيقة وصف هذه الألفاظ بالوضوح والبيان.

ونضيف، إلى جانب ما سبق، أن ألفاظا (مفاهيم أو مصطلحات) أخرى لم يتعرض لها بيكار تتسم فيما يرجع إلى معانيها بنفس التعددية كما تشهد بذلك النزاعات المرفوعة في شأنها أمام القضاء المغربي. ونذكر من هذه الألفاظ، على سبيل المثال ما يلي:

- الأمي[10]، الدفع بعدم التنفيذ[1]، إيقاف التنفيذ[2]، بكر[3]، غير مطلوب[4]، الرسم المزور[5] إحدى الكليات[6]، المصادقة على

- والجدير بالإشارة أن عدم دقة اللغة القانونية قد لا يعتبر عيبا إذا ما سايرنا رأي إنشتاين القائل إنه: "في الحدود التي ترتبط فيها المفاهيم بالواقع تكون فضفاضة وغير دقيقة. وفي الحدود التي تكون فيها دقيقة وغير فضفاضة فإنها لا ترتبط بالواقع" (عن إ.ب. هابا: المرجع قبله، ص، 230). — ومع ذلك، فعلى فرض عدم قيام المفاهيم أو المصطلحات القانونية دليلا على مدى ارتباطها بالواقع، إلا أنه لا ينبغي أن ننسى أن عدم الدقة هذا يخفي في نفس الوقت الجانب الإيديولوجي المتمثل في ضرورة فرض الهيمنة والوقار والاحترام بل والخوف من القانون لأن كل ما هو غير دقيق، أي ناقص الوضوح أو مبهم، يبقى بمثابة اللغز الذي يفرض إما الاحترام أو الخوف. والتاريخ شاهد على هذا ويكفي ربط هذا التصور بما كانت عليه النصوص الرومانية القديمة أو النصوص الدينية عامة.

[1]- انظر المرجع المشار إليه في السابق لجوزيف بيكار: من ص. 49 إلى 143.

[2]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 48 ص. 83م.

[3]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 49 ص. 83 و84.

[4]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 53 من ص. 86 إلى 88.

[5]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 40 من ص. 73 إلى 75.

[6]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 38 من ص 69 إلى 72.

[7]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 43 من ص. 77 إلى 79.

[8]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 103. من ص 138 إلى 140.

[9]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، رقم 105 ص. 141 وما بعدها.

[10]- هل يعني الأمي الجاهل بالتوقيع (انظر مثلا القرار عدد 198 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1970/4/15: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 17 ص. 26 وما بعدها.)، أم يعني الجاهل باللغة التي حرر بها العقد؟ (انظر مثلا القرار عدد 777 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 ديسمبر 1976: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26 ص. 39 وما بعدها). وعلى فرض التسليم بكون المعنى الأخير هو المعنى الوحيد الذي يناسب الأمي فإن التساؤل مطروحا لمعرفة ما إذا كان الجاهل باللغة التي حرر بها العقد يحتفظ بهذه الصفة حتى عندما ينفذ أو يشرع في تنفيذ العقد أم أنه يفقدها ما لم يتمسك بها قبل تنفيذ العقد أو الشروع فيه ؟ إن سحب صفة الجهل عن المتعاقد في حالة تعارض مضمون العقد حسب اللغة التي حرر بها مع التنفيذ الاختياري الكامل أو الجزئي من قبل هذا المتعاقد

التوقيع[7]، المحل التجاري[8]، المدينة[9]، بيع بضاعة حاضرة[10]، الفور[1].

يتلاءم مع المبدأ القاضي بأن التنفيذ الاختياري الخالي من الغلط يعد تأويلا للعقد من قبل المتعاقدين أنفسهم. (انظر في هذا الصدد مثلا: دومولومب: دروس مدونة نابوليون: المجلد 25، ج.2 مرجع سابق، رقم 36 ص. 38).

[1]- هل يعني الدفع بعدم التنفيذ إيقاف التنفيذ فقط أم يعني فسخ العقد: انظر في هذا الصدد مثلا القرار عدد 619 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/3/9 :منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد 12 ص. 121 وما بعدها.

[2]- عندما يحكم بإيقاف التنفيذ فهل يعني هذا المصطلح عدم الاستمرار في التنفيذ وبالتالي العدول عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ أم أنه يعني إرجاع الأمور إلى الحالة التي كانت عليها قبل التنفيذ: انظر في هذا الصدد مثلا: القرار عدد 287 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يوليوز 1977: منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 11 ص. 38 وما بعدها.

[3]- هل تعني كلمة "بكر" التي ينص عليها في عقد الزواج أن المرأة المعنية في العقد لم يسبق لها أن تزوجت من قبل أم تعني أن هذه المرأة عذراء: انظر مثلا: القرار الاستئنافي عدد 634 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 1986/7/18: منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد 10 ص. 86 وما بعدها.

[4]- هل تكون عبارة "غير مطلوب" التي يؤشر بها على الرسائل المضمونة بمثابة توصل بالرسالة على أساس أن الرسالة رفض تسلمها، أم تفسر على أن المقصود بها هو عدم التوصل بناء على أن معناها هو: لم يوجد من يتسلمها: انظر مثلا: القرار عدد 23 ص. 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 ديسمبر 1978 : منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب عدد 16 ص. 160 وما بعدها.

[5]-هل يعني "الرسم المزور" الرسم الوهمي المختلق بكامله وهنا لا تكون له أية قيمة قانونية أم يعني الرسم الحقيقي المشوب بالتزوير وهذا الرسم يمكن اعتباره بداية إثبات بالكتابة: أنظر مثلا: القرار عدد63/95 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 فبراير 1963 : منشورة بمجلة القضاء والقانون، عدد 55 -56 , ص.278 و 279 وتعليق ذ. موسى عبود على هذا القرار في نفس المرجع، ص.280 و 281.

[6]- هل تعني عبارة: إحدى الكليات، المنصوص عليها في الفصل 71 من القانون القديم ل 8 نوفمبر 1979 والصادر في شأن تنظيم مهنة المحاماة، كلية الحقوق أم تعني أية مؤسسة عليا تدرس بعض المواد الحقوقية: انظر مثلا القرار عدد 176 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/9/25: منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 26 ص. 72 وما بعدها. والجدير بالإشارة أن القانون ، المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة الصادر في 10 سبتمبر 1993 (منشور بالجريدة الرسمية، النشرة العامة، عدد 4222، بتاريخ 29 سبتمبر 1993)، كان ينص على "إحدى كليات الحقوق بالمغرب" وذلك في رقم 4 من المادة 18 منه.ونفس هذا الأمرنجده مكرسا في رقم 3 من المادة 5 من القانون رقم 08-28 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة (منشور بأجريدة الرسمية عدد5680 بتاريخ 6 نوفمبر2008 ص.4044 وما بعدها).

[7]- هل تعني عبارة "المصادقة على التوقيع" إضفاء الصبغة الرسمية على السند الموقع والزيادة في قوة تحققه وثباته أم أنه لا يعني أكثر من مجرد إجراء إداري: انظر مثلا: القرار عدد 697 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1987/4/1: منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش عدد 15 ص. 132 وما بعدها.

[8]- هل يعني "المحل التجاري" ذلك المنقول المكون من عناصر مادية وأخرى معنوية والمعروف بالأصل التجاري (fond de commerce) أم أنه يعني المحل (local) أي البناية المعدة للاستعمال التجاري: انظر مثلا: القرار عدد 58/57-9 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1958: منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، ج.1 (57-1962): مرجع سابق، رقم 2 ص. 20 وما بعدها.

[9]- هل تعني كلمة "المدن" الواردة في الفصل الفريد من ظهير 8 يناير 1936، والمتعلق بكون بناء الحمامات في المدن تختص به إدارة الأحباس وحدها، التجمعات الحضرية في مجموعها بغض النظر عن أحيائها الأهلية القديمة أو أحيائها العصرية أم أنها لا تعني إلا الأحياء الأهلية القديمة دون الأحياء العصرية: انظر مثلا القرار عدد 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 نوفمبر 1967: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6 ص. 92 وما بعدها.

[10]- هل تعني عبارة "بيع بضاعة حاضرة" أن البضاعة موجودة في مجلس العقد أم تعني أنها توجد فورا تحت تصرف البائع لأنها موضوعة في مستودعاته أو في مكان قريب: انظر مثلا، القرار عدد 2417 الصادر عن محكمة

298- مما سبق يتبين أن فكرة المعنى الواضح للفظ (للكلام) في حد ذاته يصعب استساغتها باعتبار أن الوضوح رهين بالسياق الظرفي للعبارة (للعقد)[2]. وهذا بطبيعة الحال إذا كنا لا نعطي للعقد أية وظيفة اجتماعية وإلا وجب أخذ هذه الوظيفة الاجتماعية للعقد أيضا بعين النظر عند تلمس السياق الظرفي الموضح للعبارة. ومعنى هذا أن التأويل يجب أن ينظر إليه كمبدأ لا كاستثناء[3].

وسيكون من الصعب أكثر تقبل فكرة المعنى الواضح للفظ إذا ما علمنا أن التعابير التي تفضي إلى إبرام العقد وتأريبه لا تقتصر على ما ينطق به لسان المتعاقدين إذ تتمثل أيضا فيما يصاحب الألفاظ المنطوق بها من النبرات والإشارات وغيرها من الحركات المادية والنفسية، وعلمنا كذلك أن كل هذه الحركات تعد في حد ذاتها لغات أخرى موازية "للغة المنطوقة باللسان والمعتبرة بمثابة خلاصة لكل هذه اللغات الأخرى"[4]. وهذا فضلا عن كون الكتابة مهما بلغت درجة مرونتها وإحيائها وحيويتها وتعرضها للتفاصيل؛ فإنها في آخر المطاف لا تستطيع ألا تكون صلبة في مرونتها ومميتة في إحيائها وخاملة في حيويتها وملخصة في التفاصيل التي تتعرض لها للكلام المنطوق باللسان[5].

الاستئناف بالرباط بتاريخ 10 نوفمبر 1942: منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (28-30، 42-1944): تعريب محمد العربي المجبود: مرجع سابق، ص. 362 وما بعدها.

[1]- هل تعني كلمة "الفور" في الحال، أي الحالة الزمنية التي لا يطء فيها كما هو الشأن بالنسبة إلى الزمان الذي يبقى فيه مجلس العقد قائما (انظر مثلا: أحمد الخمليشي: كيف نقرأ ظ.ل.ع.م.: مقال مشار إليه في السابق، ص. 27 الهامش 28)، أم تعني في أقرب وقت ممكن: انظر مثلا: القرار عدد 441س. 2 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1978/8/29 منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 6-7 ص. 97 وما بعدها.

[2]- تعد عبارة "المعنى الواضح" في حد ذاتها متعددة المعاني: فقد تعني المعنى المستخلص من البناء النحوي للجملة وقد تعني المعنى غير القابل للنقاش (انظر في هذا الصدد: خايم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 25 ص. 36 وما بعدها). ومع ذلك فإن المعنيين السابقين يظلان مصطنعين وانتقائيين بالمقارنة مع المعنى الذي يربط الوضوح بالسياق الظرفي أي بالموقف الكلامي أو الماجرى المار بنا في السابق.

[3]- خايم بيريلمان وأولبريخت تيتيكا: المبسوط في المحاججة والاستدلال: البلاغة الجديدة: مرجع سابق، ص 165 وما بعدها و168. -ميشيل فان دُكركوف: "فقه المعنى الواضح للنصوص والعمل القضائي لمحكمة النقض لبلجيكا": مقال مشار إليه في السابق، ص 22 وما بعدها.

[4]- جوزيف بيكار: المرجع السابق، ص. 11. -والجدير بالإشارة أنه إذا كان ما يعبر بصدق عن الإرادة ليس هو الألفاظ وحدها وإنما جميع النبرات والإشارات وغيرها من الحركات المادية والنفسية المصاحبة لهذه الألفاظ؛ فإنه يصبح قاصرا ذلك الأصل القائل إن ألفاظ الشخص العاقل والواعي تعبر بصدق عن نيته وإرادته. وبقصور هذا الأصل الذي ترتكز عليه فكرة عدم جواز تأويل الإرادة الواضحة بوضوح عبارات (ألفاظ) العقد تكون هذه الفكرة قد انبنت على ثابت هش ينضاف إلى الثوابت الهشة الأخرى كثابتي القوة الملزمة للعقد واستقرار المعاملات المارين بنا في السابق.

[5]- إن هذه الصفات التي تتميز بها الكتابة ربما كانت، منذ القديم، من الدوافع إلى الاحتياط والنفور منها أحيانا. وفي هذا الصدد يذكر لنا فرانتز روزنتال أنه: "يعزى إلى سقراط (أو إلى أحد أساتذته) قوله أنه يكره أن يرى أفكاره تدون على جلود البقر الميتة عوضا عن أن تطبع على قلوب الناس الأحياء" (فرانتز روزنتال: مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي:ترجمة أنيس فريحة، دار الثقافة، بيروت، ط.3, 1980, ص. 22). ومثل هذا الموقف نجده مسطرا في قول الشاعر يونس حسب رواية الأصمعي:

299- وعليه إذا كان الغالب الأشد في العقد، الذي تثار في شأنه مسألة وضوح أو غموض العبارة، إن لم يكن دائما، أنه مكتوب[1]، وكانت الكتابة بمثابة ملخّص (الكلام المنطوق باللسان) الملخّص (بدوره لمجموع النبرات والإشارات وغيرها من الحركات المادية والنفسية على النحو المار بنا)[2]؛ فهل من المعقول والصواب أن نبقى متمادين في النظر إلى العبارات الواردة في هذه الكتابة على أنها واضحة بينة لمجرد أنها جاءت محترمة لما يقتضيه المعجم والصرف والنحو، على الرغم من أن هذا الأمر، كما مر بنا، لا يشكل إلا الجزء اليسير مما ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار للفهم الكامل وبالتالي الصحيح للكلام (العبارة)، ومتمادين في الجزم بأن هذا الوضوح أو البيان في العبارات دليل على وضوح أو بيان الإرادة المانع لكل تأويل؟[3].

استودع العلم قرطاسا فضيعه وبئس مستودع العلم القراطيس" (عن: أبو علي القالي: الأمالي، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ الطبع، الجزء الأول ص. 223). كما نجد ما يقاربه عند الشاطبي إذ يقول "إذا ثبت أنه لابد من أخذ العلم عن أهله فلذلك طريقان أحدهما المشافهة وهي أنفع الطريقين وأسلمهما.... وقد كان المتقدمون لا يكتب منهم إلا القليل وكانوا يكرهون ذلك... وحكي عن عمر بن الخطاب كراهية الكتابة وإنما ترخص الناس في ذلك عندما حدث النسيان وخيف على الشريعة الاندراس....": (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي: الموافقات في أصول الشرعية، ج.1، مرجع سابق، ص. 96).

[1]- باعتبار أن الكتابة هي التي تشترط من جهة في الدليل المقدم لإثبات العقد متى تجاوز نصابه عشرة الاف درهم كمبدأ في العقود (الفصل 443) أو تجاوز نصابه استثناء 200 درهم في كل من الوديعة (الفصل 789 من ق.ل.ع.م) وعقد الرهن الحيازي المنقول (الفصل 1192 من نفس القانون)، ومن جهة أخرى فإن قواعد التأويل في ق.ل.ع.م. لم تهتم في الحقيقة إلا بالعقد المكتوب.

[2]- زيادة في توضيح هذه الفكرة بصورة لا تخلو من المبالغة الدالة على ما في الكتابة من قصور، نقول: إذا كانت العبارات المكتوبة في العقد تقوم دليلا على حقيقة الكلام (اللسان) الذي انعقد به بين المتعاقدين، وإذا ما افترضنا أن هذا الدليل الكتابي لا يمثل إلا "نصف" الكلام اللساني نظرا لما يتصف به من القيود التي يمارسها عليه، وذلك قياسا على وزن اللسان بالمقارنة مع اللغات الأخرى التي نسميها بلغات القلب أو الفؤاد: فهذا اللسان لا يمثل إلا النصف والنصف الآخر يبقى للقلب أو الفؤاد؛ إذ على حد تعبير الشاعر "لسان الفتى نصف ونصف فؤاده..." فمعنى هذا كله أن الوقوف عند وضوح الكتابة ليس إلا لمنع التأويل يؤدي إلى فهم الرُبع فقط من التعابير الموجودة للعقد في الحقيقة. وفي ما يشبه هذا التأمل يقول حسين الشيخ حمد: ".... هل تعطينا اللغة نفسها بهذه السهولة التي تدعيها الميتافيزيقا، أليست اللغة هي التي تفكر بنا؟ أليست هي التي تتكلم؟ فالإنسان كما يقول هايدغر لا يتكلم إلا استجابة للغة عندما يصغي لما تقوله وينصب إليها. إضافة إلى ذلك ألا تنطوي اللغة على نوع من النفوذ؟ إنها كما يقول بارت "سلطة تشريعية واللسان قانونها" فهي تصنيف ينطوي على نوع من القهر إنها "حكم فاشي" ألا تصبح الكتابة والحالة هذه لغة ضد لغة؟ أليست الكتابة كما يقول بارت أيضا "خيانة للغة؟ أليست غشا وخداعا؟ أليست إقحاما للغرابة فيما ألفناه في اللغة؟ أليست زحزحة للغة في اللغة؟ إذا كان الأمر كذلك فلن تعود مجرد تعبير وأداة لتبليغ المعاني وإنما ممارسة دالة تدخل ضمن مجرى التفاعل الاجتماعي للممارسات الاجتماعية....": حسين الشيخ حمد: "الترجمة وخيانة النص – دراسة في نصوص مترجمة" :منشور بمجلة الوحدة الصادرة عن المجلس القومي للثقافة العربية، الرباط، السنة السادسة، عدد 61-62. 1989 ص. 118. – انظر أيضا نور الدين الحداد: "في سؤال اللغة" مقال منشور بمجلة الوحدة المشار إليها قبله، السنة الثامنة، عدد 85- 1991 ص. 159 وما بعدها.

[3]- انظر في رفض معيار البند الواضح البين: ألفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: مرجع سابق، رقم 369 ص. 361.

الفقرة الثانية :
الانتقادات الممكن توجيهها إلى ما يلازم فكرة وجوب عدم تأويل الإرادة الواضحة، من وجوب تأويل الإرادة الغامضة

300- مر بنا أن أصحاب الآراء التي نحن بصدد مناقشتها يجعلون الإرادة الظاهرة من خلال ما يسمى بالعبارات الواضحة البينة في العقد قرينة على كون الإرادة الباطنة واضحة بدورها. وبسبب وضوح هذه الإرادة الباطنة يمنعون تأويل العقد. وبالمقابل فإنهم يسمحون بتأويل العقد عندما تكون الإرادة الباطنة غامضة بسبب الإرادة الظاهرة التي لا يتأتى تلمسها جليا من خلال العبارات التي وردت في العقد ناقصة الوضوح أو البيان إما لإبهامها وغموضها أو لتعارضها فيما بينها أو لسكوتها عن بعض ما توخاه المتعاقدان انطلاقا مما تقتضيه طبيعة العقد نفسه.

وإذا كان أصحاب هذه الآراء يجعلون الإرادة بمفهومها النفسي الباطني أساسا تنبني عليه العقود كما يظهر ذلك جليا، على سبيل المثال، من خلال تعريفهم للعقد ودراستهم لعيوب الإرادة في العقد؛ فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بمعرفة ما إذا كان التأويل في الحقيقة يجب أن يكون في حالة وضوح الإرادة الباطنة أم في حالة غموض هذه الإرادة الباطنة ؟[1]

301- إن العقد، بالنسبة إلى أصحاب فكرة عدم جواز تأويل الإرادة الواضحة وبالتالي جواز تأويل الإرادة الغامضة، يتم بتوافق الإرادتين الواعيتين المميزتين للآثار المرغوب في جعل العقد ينتجها والسليمتين من العيوب فيما يرجع إلى إقدام صاحبيهما على التعاقد وإلى مضمون هذا التعاقد: فإرادة الطرفين متى جاءت على هذا النحو كانت واضحة وإلا فإن الغموض هو الذي ينبغي أن تتصف به كما لو حصل التوافق بين إرادتين غير واعيتين وغير مميزتين للآثار المرغوب في جعل العقد ينتجها أو بين إرادتين إحداهما فقط هي الواعية والمميزة، أو كانت الإرادتان المتوافقتان معيبتين غير سليمتين فيما يرجع إلى الإقدام على التعاقد ومضمونه أو كانت إحداهما فقط هي المعيبة وغير السليمة: ففي هذه الحالة يكون وضوح الإرادة ناقصا إما نقصانا تاما أو جزئيا. والغموض هو الذي يأتي ليحل محل النقصان في الوضوح ليصبح بدوره إما غموضا تاما أو غموضا جزئيا.

[1]- إن طرح هذا السؤال لا يعني أننا نؤمن بضرورة حصر التأويل بين مطرقة الإرادة الظاهرة وسندان الإرادة الباطنة إذ لا نقصد به إلا إلى تتبع المنطق المتبع من قبل من نناقش آراءهم من أجل الوقوف على مدى صحة النتائج المنجرة عنها.

ولكن هل يسوغ الحديث، عندما نكون أمام مثل هذا الغموض في الإرادة، عن العقد حتى نتمكن من إثارة مسألة تأويله أو عدم تأويله؟.

إن الإرادة الغامضة، وفقا لهذا التحليل، هي إرادة غير موجودة أو يحكم عند ثبوت هذا الغموض بعدم وجودها. والإرادة غير الموجودة حقيقة أو حكما (البطلان أو الإبطال) لا يكون معها العقد قائما. وعدم قيامه يجعل مجال إعمال العقد عن طريق التأويل فارغا.

ومن هنا نستطيع أن نقول إنه إذا كانت فكرة عدم جواز تأويل الإرادة الواضحة فكرة صحيحة ومقبولة في إطارها المرجعي المحدد لدراسة الأقضية في ضوء النظرة الفردية للأمور؛ فإن النتيجة المترتبة على هذه الفكرة، والمتمثلة في جواز تأويل الإرادة الغامضة، لا يمكن قبولها منهجيا لأنها تفضي إلى إحداث تناقض في منطق التحليل المهيمن لدى أصحاب فكرة عدم جواز تأويل الإرادة الواضحة.

302- والواقع أن الاضطراب المنطقي الذي سقط فيه أصحاب هذه الفكرة في فرنسا بالأساس، مادام تبنيها في المغرب لم يكن إلا عن طريق التقليد الخالي في الغالب من أي تأمل[1]، يرجع إلى الاقتصار على استبدالهم بعض الاصطلاحات التي كانت مألوفة في الفقه الألماني كالتعبير عن الإرادة والإرادة الظاهرة بما كان مألوفا في الفقه التقليدي (الكلاسيكي) الفرنسي من الاصطلاحات كالألفاظ والإرادة أو النية التي لا يقصد بها إلا المعنى الحرفي لما يستخدم من هذه الألفاظ في العقد.

إلا أنه عوض التأثر بالفقه الألماني ليس فقط، فيما يخص الاصطلاحات وإنما أيضا في منطق التحليل القانوني المساير لهذه الاصطلاحات، آثر الفقه الفرنسي المنعوت بالحديث، مع أنه لا يختلف عن التقليدي (الكلاسيكي) إلا في بعض المظاهر[2]، أن يجعل الإرادة الظاهرة قرينة على مطابقتها لتلك الإرادة التي لا يؤمنون إلا بها والتي أصبح من المألوف نعتها بالإرادة الباطنة. ومعنى هذه المطابقة أن الإرادة متى أصبحت ظاهرة في الخارج، كان من المفروض ألا تكون كذلك إلا لأنها واضحة في الباطن وهكذا نتوصل إلى المعادلة التالية : **الظاهر = الواضح.**

وبما أن العبرة في العقود بالإرادة الباطنة الواضحة لذلك لا يجوز التأويل.

غير أن ما ينبغي التنبيه إليه هو كون الإرادة الظاهرة لا تتمثل في الحقيقة إلا في معاني العبارات المستخدمة في العقد. بمعنى أن هذه العبارات، متى ظهر أن معناها

[1]- في هذا الصدد يصدق قول الشاعر:
"إذا قالت حذام فصدقوها فإن القول ما قالت حذام".

[2]- لا تنطبق هذه الصورة التي نصف بها ما يسمى بالفقه الفرنسي الحديث على هذا الفقه بصفة مطلقة وإنما على الجانب الغالب فيه إذ هناك بعض الفقهاء، ولكنهم أقلية، لم يقفوا عند حد تبني اصطلاحات الفقه الألماني بل تجاوزوها إلى منطقه وطرق تحليله: وما قام به فرانسوا جيني ومن تبعه خير دليل على ما نقول في هذا الصدد: ومع ذلك حتى فيما يرجع إلى هذه الأقلية: انظر ما سيأتي في الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الثالث بعده.

الحرفي النحوي واضح بين؛ قام هذا المعنى دليلا (قرينة) على وضوح الإرا
وبالمقابل إذا ما تبين أن هذه العبارات لا تنسجم مع معناها الحرفي النحوي نهض
عدم الانسجام هذا دليلا على غموض الإرادة وبالتالي على جواز التأويل.
وغموض الإرادة هنا لا يستعمل في الحقيقة إلا مجازا بمعنى غموض المعن
الذي جاءت العبارات للدلالة عليه إذ الغموض الحقيقي للإرادة، كما مر بنا، لا يكو
معه العقد موجودا[1].

303- وعليه بما أن العقد، بهذا التصور، لا يقوم إلا إذا كانت الإرادة واضحة
فإن التأويل بدوره لا يمكن تصوره، عندما يتعلق الأمر بإعمال العقد وتنفيذه، إلا إذا
كانت الإرادة واضحة.
وبما أن الإرادة الواضحة، ليس في مقدور العبارات المكتوبة في العقد أن
تبلورها بالكامل، كما مر بنا، مهما بلغت درجة وضوحها أو بيانها؛ لذلك نستطيع أن
نخلص إلى عكس الفكرة التي نحن بصدد مناقشتها ونقول: إذا كانت الإرادة واضحة
جاز تأويل العقد. أما إذا كانت هذه الإرادة غامضة فلا مجال للتأويل.
وجواز التأويل ينبغي أن يعتبر هو المبدأ إن كنا نريد فعلا احترام الإرادة
الواضحة بغض النظر عما إذا كانت عبارات العقد من زاوية مدلولها الحرفي النحوي
تبدو مُحكمة البيان أو مفسرة لنفسها وبالأحرى عندما يبدو أنها تنص على معناها أو
أنه ظاهر فيها؛ إذ كم من محكم لا يخلو من متشابه وكم من مفسر ينطوي على مجمل
وكم من نص لا يفارقه إشكال وهذا فضلا عن أن الظاهر ما سمي كذلك إلا لخفاء
جانب الحقيقة تحت قناعه[2]. ولقد أصاب جون لوك (J.Locke) حينما قال: "كم من
إنسان اعتقد، عند قراءته الأولى لآية في الكتاب المقدس أو لبند في مدونة قانونية،

[1]- تجدر الإشارة إلى أننا نجد، على الرغم من هذا، دوكلاطاي مثلا يُصر في تدقيقه للألفاظ على الذهاب إلى أن الفصل 1156 مدني فرنسي أو بلجيكي، من الصواب أن يقال عنه إنه يتعلق بتأويل الإرادة الغامضة وليس بتأويل الألفاظ الغامضة: المرجع السابق، رقم 6 ص. 12 وما بعدها.

[2]- إن محكمة النقض الفرنسية بدورها أخذت تعيد النظر أحيانا فيما كانت تعتبره من البنود، دائما، أنه واضح بين، كالبند النموذجي المألوف في أكرية الأصول التجارية والذي يمنع حسب معناه الحرفي النحوي حوالة الحق في الكراء "إلا لخلف في نفس التجارة". وحسب برونو بوكارا، فإن القضاء كان يذهب دائما إلى أن المقصود بالخلف في هذا البند هو مقتني العناصر المادية والمعنوية للأصل أي من يخلف التاجر في استغلاله للأصل وليس فقط من يخلفه في محلاته القديمة. غير ان محكمة النقض الفرنسية غيرت موقفها من هذا الوضوح البين للبند النموذجي المار بنا عندما ذهبت في قرارها الصادر في 11 يناير 1978 إلى أن هذا البند يمكن تأويله لأنه بند غامض: انظر في هذا القرار وانتقاده:
- Bruno Boccara : « Le clair et l'obscur, A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type » in juris –classeur périodique- La semaine juridique, 52ème année, 4 octobre 1978, n° 40, édition générale, I- Doctrine, n° 2910.

أنه قد فهمه؛ ثم سرعان ما يفقد هذا الفهم بعد استشارته للمعلقين الذين تزيد توضيحاتهم في شكوكه أو تولدها لديه، فيغرق النص في غياهب الظلام"[1].
فهل اعتمد ق.ل.ع.م. هذا المبدأ في تحديده نطاق عدم صراحة، أو ما يسمى بإبهام أو غموض، العقود؟ هذا ما سنراه في الباب الموالي.

الباب الثاني :
موقف الفصل 1/462 من ق.ل.ع.م من تحديد نطاق عدم صراحة (إبهام أو غموض) العقود

تمهيد :

304- إذا ما تساءل المرء عن المقصود بالتصرف (العقد) الصريح في الفصل 461 من ق.ل.ع.م. فإنه سيجد الجواب في الفقرة الأولى من الفصل 462 من نفس القانون إذ يفيد مفهومها المخالف عدم جواز التأويل عندما لا يكون التصرف (العقد) داخلا ضمن إحدى الحالات المسموح فيها بالتأويل.
وينص الفصل 1/462، كما نقترح تعريبه، على أنه: "يكون هناك محل للتأويل في الحالات التالية:
1- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير قابلة للتوفيق مع الغرض البين والمتوخى عند تحرير التصرف.
2- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو تكون قاصرة عن بيان كامل إرادة صاحبها.
3- عندما يكون الاحتمال الناشئ عن المقاربة بين مختلف بنود التصرف مثيرا للشكوك حول دلالة هذه البنود"[2].

[1]- خايم بيريلمان وأولبريخت تيتيكا: المبسوط في المحاجة والاستدلال –البلاغة الجديدة: مرجع سابق ص. 168.
–خايم بيريلمان: المنطق القانوني: مرجع سابق، رقم 25 ص. 36 وما بعدها.

[2] - « Il y a lieu à interprétation :
1- Lorsque les termes employés ne sont pas conciliables avec le but évident qu'on a eu en vue en rédigeant l'acte.
2- Lorsque les termes employés ne sont pas clairs par eux-mêmes ou expriment incomplètement la volonté de leur auteur.

والحقيقة فإن النص، الذي انتقل إلى ق.ل.ع.م. من الفصل 514 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[1]، لا يرد إلا ما كان سائدا في الفقه الفرنسي للقرن 19م. من أن التأويل لا يكون له محل إلا عندما تكون ألفاظ العقد متعارضة مع نية المتعاقدين أي عندما لا يحوم الشك حول مراد المتعاقدين[2]. وهذا الشك يقوم –على العموم- عندما يكون اللفظ غامضا (obscur) أو مبهما (ambigu)[3] أي عندما لا يمثل اللفظ أي معنى محدد, وهذا هو الغامض, أو عندما يحتمل معنيين متميزين متضادين ويحصل التردد في المراد منهما, وهذا هو المبهم[4]. وإلى جانب هذا، فإن

3- Lorsque l'incertitude résulte du rapprochement des différentes clauses de l'acte, qui fait naître des doutes sur la portée de ces clauses ».

- وتجري الترجمة المتداولة لهذا النص كما يلي: "يكون التأويل في الحالات التالية:
1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عن تحرير العقد.
2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.
3- إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير الشك حول مدلول تلك البنود".

[1]- انظر نفس النص الفرنسي للفصل 514 تونسي، على سبيل المثال في:

- Code Tunisien des obligations et contrats : in Revue (la) Algérienne et Tunisienne, tome 23, 1907, troisième partie, p 261.

وتقضي ترجمته الرسمية بأنه: "يسوغ تأويل العقد في الأحوال التالية:
أولا: إذا كانت عباراته متناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.
ثانيا: إذا كانت عباراته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.
ثالثا: إذا كان موجب الريب تناقضا في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها".

[2]- فرانسوا لوران: - مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج.16: مرجع سابق، رقم 502 ص. 581. –المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، ج.4: مرجع سابق، ص. 88.

[3]- دومولومب: دروس مدونة نابوليون، المجلد 25، ج.2: مرجع سابق، رقم 4 ص.4.

[4]- دومولومب: المرجع قبله، رقم 16 ص. 15.

- Henri Batiffol : « Questions de l'interprétation juridique » in Archives de philosophie du droit, t. 17: L'interprétation dans le droit, Sirey, 1972, p.10.

- والجدير بالإشارة أنه على الرغم من التقسيمات الدقيقة للفظ غير الواضح في الفقه الإسلامي إلا أن هذه التقسيمات لا تخرج في آخر المطاف عند التحديد المتداول في الفقه اللاتيني: وهكذا إذا ما غضضنا الطرف عن الاختلاف الحاصل بين الأصوليين في شأن أقسام غير الواضح وما يدخل فيها (انظر في هذا الصدد: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق ص. 136. – محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة: مرجع سابق، ص. 228 وما بعدها), ووقفنا عند ما هو مألوف لدى المالكية نجد مثلا أن أبا عبد الله محمد بن أحمد التلمساني المالكي (في مرجعه السابق حول مفتاح الوصول في علم الأصول) يقول: "اعلم أن اللفظ إما أن يحتمل معنيين أو لا يحتمل إلا معنى واحدا، فإذا لم يحتمل بالوضع إلا معنى واحدا فهو النص وإن احتمل معنيين فإما أن يكون راجحا في أحد المعنيين أو لا يكون راجحا، فإن لم يكن راجحا في أحد المعنيين فهو المجمل وهو غير متضح الدلالة وإن كان راجحا في أحد المعنيين فإما أن يكون رجحانه من جهة اللفظ أو من جهة دليل منفصل فإن كان من جهة اللفظ فهو الظاهر وإن كان من جهة دليل منفصل فهو المؤول. فخرج من هذا أن اللفظ إما نص وإما مجمل وإما ظاهر وإما مؤول" (ص. 54 وما بعدها). ومن خلال هذا التقسيم يتبين أن النص (ص. 55 وما بعدها) والظاهر (ص. 75 وما بعدها) متضحا الدلالة. أما المجمل (ص. 59 وما بعدها) والمؤول(ص. 93 وما بعدها) فهما غير متضحي الدلالة الأول بنفسه والثاني بغيره. وفيما يخص المجمل يقول التلمساني في مفتاح أصوله: "اعلم أن الإجمال تابع للاحتمال. والاحتمال في اللفظ: إما في حالة الإفراد وإما في حالة التركيب. والاحتمال في حالة الإفراد إما في نفس اللفظ وإما في تصريفه وإما في لواحقه... والاحتمال في التركيب إما في اشتراك تأليفه بين معنيين وإما بتركيب المفصل وإما بتفصيل المركب". (ص. 60). ومن هذه التقسيمات يتبن أن سبب الإجمال يتمثل في "الاشتراك في نفس اللفظ" كلفظة القرء الدائرة بين

التأويل يكون له محل أيضا عندما يتلمس التعارض في المقاربة بين البنود الواضحة في العقد[1].

305- ولقد تمكن أوبري ورو من صياغة هذا الموقف بدقة إذ جاء عندهما أنه: "يكون هناك محل لتأويل عقد في الفرضيات التالية:
- عندما تكون الألفاظ المستعملة من قبل الطرفين مشوبة في نفسها ببعض الغموض أو الإبهام.
- عندما تكون هذه الألفاظ، منظورا إليها من زاوية معناها الحرفي، وعلى الرغم من وضوحها، غير قابلة للتوفيق مع طبيعة العقد والنية البينة للطرفين.
- وأخيرا، عندما يكون من شأن المقاربة بين بندين أو أكثر من بنود الاتفاق أن تولد الشكوك حول دلالة مختلف هذه البنود"[2].

الحيض والطهر (ص 60 وما بعدها) [ونزيد نحن لفظة البيع الدائرة في اللغة بين الإدخال والإخراج] وسائر أسماء الأضداد، و"المتصريف" (ص. 61 و62) و"اللواحق" من النقط والشكل (من ص. 62 إلى 64) و"الاشتراك" في التأليف" (ص. 64) و"تركيب المفصل (ص. 64 وما بعدها) و"تفصيل المركب" (ص. 65 وما بعدها). أما فيما يخص المؤول فيقول التلمساني: "اعلم أن المؤول متضح الدلالة في المعنى الذي تؤول فيه لأنه راجح فيه إلا أن رجحانه لما كان بدليل منفصل كان في اتضاح دلالته ليس كالظاهر" (ص. 93) وهذا معناه، في تقديرنا، أن المؤول غير متضح الدلالة ليس بنفسه وإنما بغيره مما يقدم من الأدلة على المعنى الراجح فيه. والتأويل هو الوجه المقابل للظاهر. وعليه: "لما كانت أسباب الظهور ثمانية كانت التأويلات ثمانية" (التلمساني: المرجع السابق، ص. 93) فالسبب الأول للظهور واتضاح الدلالة هو أصل الحقيقة في اللفظ الظاهر ويقابله التأويل في المجاز (ص 75. وما بعدها و93 وما بعدها) والسبب الثاني للظهور هو أصل الانفراد في الوضع و يقابله التأويل في الاشتراك وإن كان هذا الاشتراك يقترب من الإجمال (ص. 96 وما بعدها). والسبب الثالث للظهور هو أصل التباين ويقابله التأويل في الترادف (ص. 79 وما بعدها و99). والسبب الرابع للظهور هو أصل الاستقلال ويقابله التأويل في الإضمار (ص. 80 وما بعدها و98 وما بعدها). والسبب الخامس للظهور هو أصل التأسيس ويقابله التأويل في التأكيد (ص. 81 و99 وما بعدها). والسبب السادس للظهور هو أصل الترتيب ويقابله التأويل في التقديم والتأخير (ص. 81 وما بعدها و100 وما بعدها). والسبب السابع للظهور هو أصل العموم ويقابله التأويل في التخصيص (ص. 82 وما بعدها و101 وما بعدها). والسبب الثامن للظهور هو أصل الإطلاق ويقابله التأويل في التقييد (ص. 92 وما بعدها و107 وما بعدها).

[1]- كوكيبه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق، ص. 55.

[2] - « Il y a lieu à interprétation d'un contrat dans les hypothèses suivantes !
- Lorsque les termes dont les parties se sont servies présentent en eux-mêmes quelque obscurité ou ambiguïté ;
- Lorsque malgré leur clarté, ces termes pris dans leur sens littéral, ne sont pas susceptible de se concilier avec la nautre du contrat et l'intention évidente des parties ;
- Enfin, lorsque le rapprochement de deux ou plusieurs clauses de la convention fait naître des doutes sur la portée de ces différentes clauses ».

- أوبري ورو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا، ج. 4: مرجع سابق، فقرة 347 ص. 568 و569. –ومباشرة بعد استعراض هذه الفرضيات المسموح فيها بالتأويل نبه أوبري ورو في نفس المرجع قبله (ص. 569) إلى أنه لا يسمح للقاضي بالابتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ بدعوى التأويل.

وهذه الصياغة المعتمدة من قبل أوبري ورو لنطاق تأويل العقود هي التي ا
سانتيبانا تبنيها بالحرف تقريبا في الفصل599 من مشروعه التمهيدي[1].

306- والفصل 599 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا هو الذي أصبح، بعد
إدخال تغيير جد طفيف على الحالة الأولى فيه بالأساس، يحمل في المجلة التونسية
للالتزامات والعقود رقم 514 وبالتالي رقم 1/462 في ق.ل.ع.م.[2].

وبتأمل المقتضيات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 462 مغربي
يمكن الذهاب إلى أن العقد غير الصريح محل التأويل هو العقد الذي تأتي عباراته في
حد ذاتها مشوبة بالإجمال أو الإبهام وكذا العقد المشوب بالتعارض بين عباراته
الواضحة وإرادته الحقيقية.

وعليه فإننا نرى معالجة هاتين الحالتين في الفصلين التاليين:

- **الفصل الأول : حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوبة عباراته في حد ذاتها بالإجمال أو الإبهام.**
- **الفصل الثاني : حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوب بالتعارض بين عباراته الواضحة في الظاهر وإرادته الحقيقية.**

[1] - Il y a lieur à interprétation :
1- Lorsque les termes employés ne sont pas conciliables avec la nautre de l'acte et l'intention évidente des parties ;
2- Lorsque les termes employés ne sont pas clairs en eux-mêmes, ou expriment incomplètement la volonté de leur auteur ;
3- Lorsque l'incertitude résulte du rapprochement des différente clauses de l'acte qui fait naître des doutes sur la portée de ces clauses ».

[2]- تشير الطبعة الفرنسية الرسمية لظ.ل.ع. المطبق على منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب (مرجع سابق، ج.1، ص 444) إلى أن الفصل 462 قم تم التأثر فيه بكل من الفصل 1156 مدني فرنسي والفصل 1/1281 مدني إسباني لسنة 1889 وشرح الحموي للأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي. ونفس هذا الأمر نجده عند فرانسوا بول بلانك في: القانون المعلق عليه للالتزامات والعقود (ج.1، الالتزامات: مرجع سابق، ص. 379) وفي: الالتزامات والعقود في القانون المغربي (ظ.ل.ع المعلق عليه، مرجع سابق، ص. 374). والحقيقة فإن هذه الأصول (المصادر) لا تتناسب إلا مع الفقرة الثانية من الفصل 462 المنقولة من الفصل 515 من المجلة التونسية أي من الفصل 600 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا. أما الفقرة الأولى من الفصل 462 فإنها متأثرة بالصياغة المارة بنا لأوبري ورو وما يساير مضمونها في العمل القضائي الفرنسي: كالقرارات التالية لمحكمة النقض الفرنسية: - قرار 22 نوفمبر 1865 (منشور بداللوز بيريوديك، السنة 1866، القسم الأول، ص. 108؛ وكذا بسيري، السنة 1866، القسم الثاني، ص 23). - قرار 29 ماي 1876 (منشور بداللوز بيريوديك، السنة 1878، القسم الأول، ص 361) – قرار 28 فبراير 1877 (منشور بداللوز بيريوديك، السنة 1878، ص 78). –قرار 25 يوليوز 1888 (منشور بداللوز بيريوديك، السنة 1889، القسم الأول، ص 418؛ وكذا بسيري، السنة 1890، القسم الأول، ص. 64). والجدير بالتنبه أن مراجع هذه القرارات نقلناها من مرجع سانتيبانا.

الفصل الأول :
حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوبة عباراته في حد ذاتها بالإجمال أو الإبهام

307- مر بنا أن الفقه الفرنسي، على الخصوص، يميز بين المجمل أو المبهم وبين الغامض من الألفاظ أي تلك التي يكون معناها فضفاضا أو غير محدد (termes vagues ou imprécis). ومع ذلك فإن ما يجمع بينهما، إذا ما اعتمدنا تعبير هذا الفقه، هو عدم وضوح اللفظ في حد ذاته لاحتماله أكثر من معنى. ومن هذه الزاوية يمكن إطلاق أحدهما للدلالة على الآخر. وهذا ما تعمد إليه محكمة النقض الفرنسية إذ إنها تستعمل الاصطلاحين بدون أي تمييز، من حيث الدلالة، بينهما[1] كما أن القضاء المغربي لا يستعمل في الغالب إلا اصطلاح اللفظ المجمل أو المبهم[2]. بل وحتى عندما يستعمل لفظة الغموض، خاصة في القرارات المنشورة بالعربية فإنه لا يقصد بها إلا المجمل أو المبهم[3] أي اللفظ المحتمل لمعنيين[4].

[1] - C. Marraud : La notion de la dénaturation en droit privé Français, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 176.
- Théodore Ivainer : « L'ambiguïté dans les contrats ». in Recueil Dalloz Sirey, 24ème cahier, hebdomadaire, 23 Juin 1976, p. 153.

[2]- انظر على سبيل المثال: - قرارات المجلس الأعلى التالية: قرار عدد 108 بتاريخ 24 يناير 1968 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 13 ص. 8 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون، عدد 109-110 ص. 475 وما بعدها). – قرار عدد 257-64/63 بتاريخ 9 يونيو 1964 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، ج.2 [62-1965]، رقم 89 ص. 192 وما بعدها). – قرار عدد 152-61/60 بتاريخ 12 أبريل 1961 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، ج. 1[57-1962] رقم 135 ص. 243 وما بعدها). – قرار عدد 8 بتاريخ 24 أكتوبر 1960 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 35-36 ص. 249). – قرار عدد 239 بتاريخ 11 أبريل 1960 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 33 ص. 104 وما بعدها). –ا لقرار الصادر بتاريخ 7 أبريل 1964 (منشور بالمجلة المغربية للقانون السنة 1965، ص. 186). – قرار عدد 193 بتاريخ 19 يناير 1958 (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 18 ص. 726 وما بعدها). – وانظر كذلك: - القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، في مجال اختصاص مراقبتها للقرارات والأحكام الصادرة في منطقة الحماية الفرنسية بالمغربي، بتاريخ 30 يناير 1939 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ج. 10 ص. 81). – القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 يونيو 1925 (منشور بنفس المرجع قبله، ج. 3، ص. 121).

[3]- انظر على سبيل المثال: - قرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ فاتح دجنبر 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ص32. وما بعدها). – قرار عدد 1 الصادر عن نفس المجلس بتاريخ 7 يناير 1976 منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بفاس، عدد 1، السنة 1978. ص. 45 وما بعدها).

[4]- إن الفصول المنظمة لقواعد التأويل في ق.ل.ع.م. لم تورد أيا من الاصطلاحين بصفة مباشرة إذا ما استثنينا الفصل 465 الذي يشير إلى المبهم ولكن ليس كاصطلاح وإنما من خلال تعريفه أي اللفظ المحتمل لمعنيين. ولقد اقتصرت هذه النصوص على إيراد الاصطلاحات التالية "الألفاظ غير الواضحة" و "الاحتمال" و "الشك". ومع ذلك نجد اصطلاحي الغامض (obscur) والمبهم (ambigu) في الفصل 2/444 من ق.ل.ع.م. ولقد أثرت الترجمة الرسمية

ولمسايرة ما هو مألوف في القضاء المغربي نرى أن نستعمل اصطلاح الإج
أو الإبهام للدلالة على ما اعتاد الفقه المغربي بتسميته بالغموض[1] وذلك في معال
مظانه المرتبطة بتحرير العقد من جهة وكذا بترجمة (تعريب) العقد المنبرم والمحر
بلغة أعجمية من جهة أخرى.

وعليه فإننا سنتناول هذا الفصل بالدرس في الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: الإجمال أو الإبهام المرتبط بتحرير العقد.**
- **الفرع الثاني: الإجمال أو الإبهام المرتبط بترجمة (بتعريب) العقد المنبر**
والمحرر بلغة أعجمية.

الفرع الأول :
الإجمال أو الإبهام المرتبط بتحرير العقد

308- إذا كانت الإرادة، حسب أنصارها، هي المنشئة للعقد والمحددة لمضمونه، فإن المفروض أن يتم التعبير عن هذه الإرادة بالدقة الكافية لبلورتها بالكامل ليس فقط عند حصول التوافق بين الإرادتين وإنما أيضا عند تحرير العقد، لأن هذا التحرير (المكتوب) هو الذي يقوم من حيث المبدأ دليلا على قيام العقد. ولذلك، فعندما يأتي تحرير العقد مشوبا بعدم الدقة في التعبير,تكون عبارات العقد في حد ذاتها مشوبة بالإجمال أو الإبهام وبالتالي لا يمكن وصف العقد هنا بالصريح.

ويعود هذا الإجمال أو الإبهام إما إلى استعمال ألفاظ تحتمل معنى مزدوجا بنفسها أو بغيرها عند تأليفها وتركيبها في بناء نحوي، وإما إلى وقوع غلط مادي في التعبير، وإما إلى استعمال تعابير صريحة في حد ذاتها ولكنها تبدو متعارضة فيما بينها، وإما إلى بلورة الإرادة بصفة ناقصة أو زائدة.

وعليه إذا كان العقد في هذه الفرضيات لا يمكن وصفه بالصراحة المانعة من التأويل، فإننا نرى التصدي لهذه الفرضيات بالتوضيح في المباحث التالية:

[1]- انظر على سبيل المثال: - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م. ج.1: مرجع سابق رقم 193 ص. 237 وما بعدها. - هشام فرعون: المرجع السابق، ص. 218 وما بعدها. – أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي... مرجع سابق، ص. 213. – الطيب الفصايلي: المرجع السابق، ص. 202 وما بعدها. –إدريس العلوي العبدلاوي: محاضرات في القانون المدني: مرجع سابق، ص. 83.

للمجلة التونسية للالتزامات والعقود أن تعريبهما في الفصل 474 منها، وهو الأصل المباشر للفصل 2/444 مغربي، على التوالي بالمبهم (obscur) والمعقد (ambigu).

- **المبحث الأول : الإجمال أو الإبهام الراجع إلى احتمال اللفظ معنى مزدوجا بنفسه أو بغيره عند تركيبه وتأليفه في بناء نحوي.**
- **المبحث الثاني : الإجمال أو الإبهام الناجم عن وقوع غلط مادي في التعبير.**
- **المبحث الثالث : الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد أو عن بلورة التعابير للإرادة بصفة ناقصة أو زائدة.**

المبحث الأول :
الإجمال أو الإبهام الراجع إلى احتمال اللفظ معنى مزدوجا بنفسه أو بغيره عند تركيبه وتأليفه في بناء نحوي

309- يعتبر احتمال اللفظ أكثر من معنى ظاهرة مألوفة في اللغة، كما مر بنا، بغض النظر عما إذا كانت هذه اللغة عادية أو قانونية[1]. ولذلك فعندما يوظف المتعاقد هذه الألفاظ، التي تحتويها اللغة المتعاقد بها دون اكتراث منه بتحديد المعنى الذي يريد أن يستعملها فيه، يكون تعبيره مجملا أو مبهما[2]. لا بل الأكثر من هذا، بما أن ما يعبر عنه في العقد مبدئيا هو القول أي الجملة المفيدة بدلالتها على المعنى، وأن الجملة المفيدة تركيب وتأليف لأكثر من لفظ في بناء نحوي؛ فإن هذا البناء قد يتسبب بدوره في إدخال الإجمال أو الإبهام على اللفظ وإن كان هذا اللفظ منظورا إليه في نفسه وخارج غيره مما يكتمل به بناؤه النحوي، قد لا يحتمل أكثر من معنى واحد[3].

وعليه فإننا سنعالج هذا المبحث في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول : الإجمال أو الإبهام الراجع إلى احتمال اللفظ بنفسه معنى مزدوجا أو فرضية المشترك اللفظي (L'équivoque)**
- **المطلب الثاني : الإجمال أو الإبهام الراجع إلى البناء النحوي للألفاظ أو فرضية تركيب وتأليف اللفظ في بناء نحوي (L'amphibologie)**

[1]- انظر فقرة 296 قبله.

[2]- قد يقال إن اللفظ المبهم في اللغة هو ما يطلق عليه اللفظ العام، ومع ذلك فإن أبا هلال العسكري مثلا في فروقه اللغوية (مرجع سابق، ص. 45)، يرى ضرورة التمييز بينهما إذ العام بالنسبة إليه "يشتمل على أشياء والمبهم يتناول واحد الأشياء لكن غير معين بالذات فقولنا شيء مبهم وقولنا الأشياء عام".

[3]- يقول كوكيبه في مرجعه السابق، ص. 51: "إن الشك الذي يثيره الإجمال أو الإبهام يمكن أن يكون على ضربين بحسب ما إذا كان هذا الإجمال أو الإبهام متعلقا باللفظ في نفسه وهنا نكون أمام المشترك اللفظي (l'équivoque) أو ما إذا كان هذا الإبهام متعلقا بالبناء النحوي للفظ وهنا نكون أمام ازدواج المعنى بسبب التركيب والتأليف (L'amphibologie).

المطلب الأول :
الإجمال أو الإبهام الراجع إلى احتمال اللفظ بنفسه معنى مزدوجا أو فرضية المشترك اللفظي (L'équivoque)[1]

310- يطلق المشترك اللفظي لغة على "اللفظ الواحد" المعبر "عن معنيين متباينين كل التباين" بحيث "إذا ما اتضح أن أحد المعنيين هو الأصل وأن الآخر مجاز له فلا يصح أن يعد مثل هذا من المشترك اللفظي في حقيقة أمره"[2].

ومن أمثلته في اللغة العربية الأرض فهي كما تعني الكرة الأرضية تعني الزكام أيضا. وكما نلاحظ فإنه ليست بين المعنيين أية صلة. وكذلك الشأن بالنسبة إلى كلمة الخال فإنها تعني الأخ لأم كما تعني الشامة في الوجه.

311- ومع ذلك بما أن الميدان التعاقدي لا يشترط مثل هذه الدقة في وجود الصلة بين المعاني المحتملة للفظ، وخاصة عندما لا يتعلق الأمر بالمصطلحات القانونية؛ لذلك نرى أن نطلق المشترك في الميدان التعاقدي على كل لفظ يحتمل في نفسه معنيين سواء انعدمت الصلة بينهما بصفة حقيقية، كما هو الحال في الأمثلة المضروبة قبله، أو كانت الصلة حكمية، كما هو الحال فيما يعرف بأسماء الأضداد كلفظة البيع والتي تعني لغة الإخراج أو الإدخال والعين التي تعني في اللغة منبع المياه أو الباصرة أو الجاسوس وعندما اعتمدت في الشرع أصبحت تعني الشيء الذي يقع عليه العقد كما تعني الثمن الحاضر وقت التعاقد أو الموصوف وصفا مانعا للجهالة. ففي أسماء الأضداد هذه توجد صلة الضدية وهي "صلة وثيقة بين الدلالات"[3]، إذ حينما نذكر الإخراج في البيع فإننا نتذكر معه الإدخال الذي لا يتم إلا به. ونفس الأمر ينطبق على العين كأداء رئيسي في العقد أو أداء مقابل فيه. ومن هنا نجد الأصوليين يعرفون المشترك اللفظي بأنه: "اللفظ الواحد الدال على معنيين مختلفين فأكثر دلالة على السواء عند أهل تلك اللغة"[4].

[1]- لقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. صراحة على هذه الفرضية إذ تقضي بأنه: "يكون هناك محل للتاويل....2- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها....". كما أن قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 يناير 1939، والمار بنا في فقرة 307 قبله، قد استعمل اصطلاح المشترك اللفظي كمرادف للمبهم.

[2]- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، مرجع سابق، ص. 213.

[3]- إبراهيم أنيس: المرجع قبله، ص. 214.

[4]- السيوطي: المزهر في علوم اللغة: ج. 1، ص. 171: عن محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي إلخ....: مرجع سابق، الهامش 1 في ص. 678. -انظر أيضا طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 84. – محمد أبو زهرة: أصول الفقه: مرجع سابق، رقم 165 ص. 168.

312- إذا ثبت هذا التحديد العام الذي آثرناه للمشترك اللفظي لمناسبته ميدان التعاقد قلنا إن المتعاقدين قد يستخدمان عند تحرير العقد ألفاظا دون توخي الدقة في تحديد المراد منها فيلجآن إلى توظيف ما لكل منها في نفسه معنى مزدوج. ولقد سبق لنا أن أوردنا عدة أمثلة عملية على اللفظ المحتمل في نفسه لمعنى مزدوج أو متعدد[1].

وحسبنا أن نزيد هنا أنه ومن الأمثلة أيضا على المشترك اللفظ أن تستعمل في العقد عبارة غير دقيقة يفهم منها أكثر من معنى، دون أن ترجع عدم الدقة إلى البناء النحوي، كعبارة "أداء ألف درهم عن كل يوم تأخير"[2]: فمثل هذه العبارة قد تفيد أداء ألف درهم على سبيل الغرامة التهديدية أو على سبيل الشرط الجزائي. وكذلك قد تستعمل في العقد لفظة تحتمل أكثر من معنى كما لو ورد فيه أن "المشتري دفع وقت تحرير العقد مبلغ كذا على سبيل العربون": فلفظة "العربون" كما تعني الشروع في تنفيذ العقد بتسبيق المبلغ المقدم وقت تحرير العقد قد تعني ضمان ما يحتمل من العدول عن العقد والرجوع فيه، الأمر الذي يجعل العقد وفقا لهذا المعنى الثاني عقدا موصوفا؛ بخلاف المعنى الأول فإنه يبقي العقد بسيطا غير موصوف[3]. كما أنه قد يستعمل في العقد لفظ يحتمل في نفسه معنيين أحدهما عام وثانيهما خاص ويمكن اعتماد أحدهما دون الآخر بحسب الوقوف على المراد منهما كلفظة الأولاد: فإنها قد تعني الأبناء الذكور والإناث على السواء وهذا هو المعنى العام كما قد تعني الأبناء الذكور فقط وهذا هو المعنى الخاص ولكنها حسب المنظور التقليدي لا يمكن أن تعني الأبناء الإناث فقط[4].

[1]- انظر الفقرة 297 قبله. – وكذلك فإن كلمة "طرد" المنصوص عليها في الفصل 286 من قانون التجارة البحرية المغربي، تعد من المشترك اللفظي لأنها تعني الشيء المنقول المغلف كما تعني أيضا كل شيء سلم لمؤسسة النقل وتشمل السيارة ولو كانت بدون تغليف: انظر في هذا الصدد: القرار عدد 88 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 يناير 1969: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 109-110، ص. 479 وما بعدها.

[2]- انظر في هذا الصدد: - القرار عدد 144 الصادر عن الغرفة التجارية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1988: منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1988، عدد 17، ص. 138 ما بعدها.

[3]- الظاهر أن القضاء المغربي لا يأخذ إلا بالمعنى الذي يفيد التسبيق وذلك عندما يورد المتعاقدان لفظة العربون بدون أي تحديد صريح للمعنى المراد منها أو عندما لا يمكن استخلاصه من الظروف المصاحبة لإبرام العقد: - انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 25 أبريل 1944 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 12 ص. 427). – قرار نفس المحكمة بتاريخ 20 مارس 1951 (منشور بنفس المرجع قبله، ج.17 ص. 42). – قرار نفس المحكمة بتاريخ 14 يونيو 1933 (منشور بنفس المرجع قبله، ج.7. ص .266). – وانظر موقفنا من دلالات العربون في ضوء ق.ل.ع.م. في مقالنا: "العربون في ق.ل.ع.م. بين دلالتي التسبيق ومقابل الرجوع أو مشكل الفصل 288 من ق.ل.ع.م." :منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، عدد 7، السنة 1991، من ص. 85 إلى 111.

[4]- كوكيه: المرجع السابق، ص. 51. - دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 77 ص. 157 وما بعدها. – أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: مرجع سابق، ج. 7 ص. 400. ومع ذلك نجد عند الونشريسي نفسه (نفس المرجع، ج. 12، ص. 386) أن بعض حذاق شيوخ المالكية يطلقون الولد حقيقة حتى على ولد البنت إلى جانب ولد الابن بالإضافة طبعا إلى الابن والبنت باعتبار "أن الولد مشتق من الولادة وإضافتها للأب حقيقة وإضافتها للأب باعتبار النسب مجاز فإذا صح الانتساب إلى أبي أبيه كان لأبي أمه أولى لأنه نسب حقيقي"

المطلب الثاني :
الإجمال أو الإبهام الراجع إلى البناء النحوي للألفاظ أو فرضية تركيب وتأليف اللفظ في بناء نحوي (L'amphibologie)[1]

313- يلعب البناء النحوي دورا رائدا في فهم النص أو تأويله وخاصة عند غير المهتمين في الفهم أو التأويل إلا بالجانب اللفظي في النص (texte, textus)[2].

وتعد لواحق اللفظ، من تغيير الحركة عند شكله وأدوات الوصل والفصل بين الألفاظ والجمل من جهة وكذا الضمائر والأوصاف المتأخرة في العبارة من جهة أخرى، مما تتجسد به خيوط نسيج النص[3].

وعلى الرغم من أهمية هذه اللواحق والأدوات والضمائر والأوصاف في فهم النص إلا أنها بالمقابل تشكل أسبابا لازدواجية المعنى المستفاد من البناء النحوي للألفاظ.

314- * تغيير حركة آخر اللفظ عند شكله[4] كسبب لازدواجية المعنى المستفاد من البناء النحوي:

[1]- إذا كنا قد حصرنا الاصطلاح الفرنسي للدلالة على ازدواجية المعنى الراجعة إلى البناء النحوي للألفاظ فليس معنى هذا أن الاصطلاح لا يستعمل إلا في هذا الاتجاه. ولقد اردنا أن نميز به هذه الفرضية عن فرضية المشترك اللفظي المارة بنا والتي يستعمل الاصطلاح الفرنسي للدلالة عليها أيضا. وعلى سبيل المثال فإن لويس ميو يطلق اصطلاح "amphibologie" على المشترك اللفظي أيضا ومن أمثلته عنده حق الجلسة: انظر:

- Louis Milliot : Démembrements du Habous : Menfaâ, Gzâ , Guelsâ, Zinâ, Istighraq, Ernest Léroux, Paris 1918, pp. 11 et 71.

[2]- لا نستخدم النص هنا بمعناه الأصولي المار بنا وإنما نعني به في ميدان التعاقد: "سلسلة من الحكي تتكون من مفاهيم وعبارات وجمل والتي يشكل تجسيدها على مستوى الكتابة نصا ما .... و..كلمة النص (texte) ترجع لغويا إلى الفعل اللاتيني texere(tisser) .... [و] مادام الأمر كذلك فإن الكتابة –النص هي كتابة تخضع لنسج وتنظيم وبالتالي فهي كتابة مبنية منشأة .... ":عن عبد المجيد الانتصار: الفلسفة والفكر الإسلامي: ملاحظات وتطبيقات أولية حول مسألة "النص"، منشورات الدراسة، مطبعة الأندلس، الدار البيضاء، 1985، ص. 9.

- Paul Robert : Petit Robert : Dictionnaire alphabétique, Analogique de la langue Française, société du nouveau Littré, Paris, 1973 : Le mot « texte », p. 1774.

- وحسب بندلي صليبا الجوزي (دراسات في اللغة والتاريخ الاقتصادي عند العرب: مرجع سابق، ص. 290)، فإن الفقهاء المسلمين قد ترجموا اللفظة اللاتينية "textus" بالمتن.

[3] - Jean –Louis Sourioux : L'analyse du texte, Méthode générale et applications au droit, Dalloz, 1980, p. 14.

[4]- إذا كانت حركة اللفظ عند شكله تعد من لواحقه ,فإن التنقيط يعتبر أيضا من لواحق اللفظ . والتغيير في التنقيط يشكل بدوره سببا لازدواجية المعنى: وهكذا مثلا فإن لفظة "التفصيل" يختلف معناها حسب ورودها بالصاد غير المعجمة عن معناها عند ورودها بالصاد المجمعة إذ يصبح معناها التفضيل والإيثار بدل التقسيم والتجزيء.ومع ذلك

* مثال: "يلتزم المشتري بأداء ألف درهم غير مائة". :في هذا المثال يختلف المبلغ الذي التزم به المشتري باختلاف حركة لفظة "غير" عند شكلها. ولكن قبل الحسم في الحركة المناسبة لآخرها هل هي الرفعة أم النصبة يبقى بناؤها النحوي مزدوج المعنى. وعليه فإذا جاءت لفظة "غير" منصوبة التزم المشتري بدفع مبلغ تسعمائة درهم لأن اللفظة هنا يكون لها معنى الاستثناء أي كما لو جاء في العقد "يلتزم المشتري بدفع مبلغ ألف درهم إلا مائة" .أما إذا جاءت لفظة "غيرُ" مرفوعة التزم المشتري بدفع مبلغ ألف درهم بكامله لأن اللفظة هنا يكون معناها التأكيد على صفة الملتزم به وهو ألف درهم وليس مائة درهم.

315- * أدوات (حروف) الوصل أو الفصل كسبب لازدواجية المعنى المستفاد من البناء النحوي:

* مثال على إجمال أو إبهام اللفظ بسبب احتمال أو تردد الأداة (الحرف) في حد ذاتها بين معنى الوصل ومعنى الفصل: كأن يقول الزوج لزوجته "إذا كلمتك فأنت طالق فاذهبي" : فالطلاق وإن كان في نفسه صريح المعنى إلا أن البناء النحوي الذي ورد فيه جعله مزدوج المعنى. ويعود السبب في هذه الازدواجية إلى التردد بين اعتبار حرف "الفاء" أداة وصل وبالتالي لا يقع الطلاق إلا إذا عاود الزوج تكليم زوجته وبين اعتبار نفس الحرف أداة فصل بين جملتين في العبارة وبالتالي يقع الطلاق في الحال[1] نتيجة لتكليم الزوج زوجته كما جاء في الجملة الأولى المنفصلة بحرف "الفاء" عن الجملة الثانية: "اذهبي".

* أمثلة على إجمال أو إبهام اللفظ بسبب إفضاء أداة الوصل إلى اختلاف معنى المركب عن معنى ما هو مفصل فيه: إن كافة ما يسمى بالعقود المركبة تصلح أمثلة على ما نحن بصدد معالجته أي تلك التي يجتمع في كل عقد منها عقدان أو أكثر[2].

وهكذا، إذا ما اتفق المتعاقدان على إبرام عقد كراء ووعد بالبيع فإن المعنى المركب بسبب أداة الوصل "الواو"[1] يكون هوالانتمان الإيجاري. وهذا المعنى

فإن مشكل التنقيط يجسد عمليا مظهرا من مظاهر الغلط المادي الممكن وقوعه عند تحرير العقد: انظر ما سيأتي في فقرة 325 بعده.

[1]- هذا لايعني أنه يمكن التغافل عن إجراءات الطلاق المسطرية في مدونة الأسرة المغربية (القانون رقم 03-70).

[2]- من الأمثلة على العقد المركب من أكثر من عقدين ما جاء في القرار عدد 1172 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20 أبريل 1932. من: "أن الاتفاق الذي يصرح بمقتضاه مالك العقار بأنه يبيع عقاره تحت شرط موقف إلى جماعة من المشترين مع حفظ حقه في ممارسة الشفعة في حالة ما إذا أراد أحد المتعاقدين معه أو أكثر بيع حصته خلال أجل سنة وأن هذا الحق لا يجوز ممارسته علاوة على ذلك إلا ابتداء من تاريخ معين وبعد إنذار سابق محدودة مدته في العقد، يكتسي في نفس الوقت طابع بيع الثنيا وبيع الخيار والبيع المعلق على الشرط. إن هذا الاتفاق يشكل عقدا من نوع خاص لا يمكن تأويله إلا بالبحث عن إرادة الأطراف المشتركة". :عن: قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (30-32-44-1950): تعريب محمد العربي المجبود: مرجع سابق، ص. 250 وما بعدها.

المناسب للعقد المركب يختلف عن معنيي العقدين المفصلين فيه أي عقد كراء وعد الوعد بالبيع[2].

وكذلك إذا ما التزم الخياط بتقديم عمله المتمثل في الخياطة وكذا بتقديم الثوب موضوع الاستخياط كان المعنى المركب لهذا الالتزام، حسب تعبير مجلة الأحكام العدلية العثمانية (المادة 421 منها)، هو الاستصناع. ويختلف هذا المعنى عما هو مفصل في العقد المركب من معنيي عقد البيع وعقد الإجارة[3].

وأخيرا إذا ما أعطى شخص لآخر منزلا معدا للسكنى على أن يقوم هذا الآخر بالإنفاق على الأول في كل ما يتصل بمأكل وملبس وتنظيف الشخص الأول إلى حين موته، فإن المعنى المركب لهذا العقد يمكن أن يتمثل في الإيراد العمري[4] حسب مفهوم الفصلين 253 و254 من القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفييتية سابقا[5] أو ما يسمى عند العامة في بعض المنطق المغربية بـ "الرفود". وهذا المعنى المركب يختلف عن المعنيين المفصلين فيه وهما معنى البيع ومعنى العمل.

316- * الضمائر والأوصاف المتأخرة في العبارة كسبب لازدواجية المعنى المستفاد من البناء النحوي[6] :

* مثال على التردد في عود الضمائر إلى ما سبقها في العبارة: كأن تصاغ العبارة على النحو التالي: "اتفق عمرو وزيد على أن يؤدي دينه بتاريخ كذا":

[1]- ليس من الضروري أن نتلمس أداة الوصل صراحة في العبارة أو أداة الفصل، للقول بوجود ازدواجية المعنى؛ إذ أن هذه الأداة يمكن أن تستفاد من سياق العبارة: انظر في هذا الصدد: جان-لويس سوريو: تحليل النص، المنهجية العامة والتطبيقات على القانون: مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

[2]- إن مثل الاختلاف هنا بين المعنى المركب والمعاني المفصلة فيه كمثل الاختلاف بين المعنى الحاصل عند تركيب وحدتين من الهيدروجين ووحدة من الأوكسجين فهذا المعنى المركب هو الماء بخلاف معنى كل من الهيدروجين والأوكسيجين. وكذلك حسب التصور الشعبي فإن المزهو المعنى المركب من الحلاوة والحموضة ولكن هذا المعنى يختلف عن الحلاوة والحموضة: انظر في هذا المثال الأخير: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني: المرجع السابق، ص. 65.

[3]- انظر ما يناسب هذا المثال في معيار الونشريسي المشار إليه في السابق، ج.5 ص 257. –ويجدر التنبيه إلى أننا لا نهتم في هذا الصدد إلا بازدواجية المعنى دون البحث عن الوصف الحقيقي لهذا العقد، إذ لو كان الأمر كذلك لقلنا عملا بمقتضيات الفصل 760 من ق.ل.ع.م. بأن هذا العقد، على الرغم من أنه مركب من بيع للمادة موضوع الاستخياط والعمل المتمثل في مهارة الخياطة إلا أنه يرتد وصفه إلى عقد إجارة الصنعة ليس إلا.

[4]- يختلف الايراد العمري، وفقا لهذا المفهوم الذي يحصل فيه التنازل نهائيا عن المنزل المعد للسكنى مقابل القيام بعمل، عما يسمى في الفقه الإسلامي المالكي بالعمرى، إذ إن هذه الأخيرة هي "تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء". :انظر في هذا الصدد: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام: مرجع سابق، ج.2 ص. 160 وما بعدها. – أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام: مرجع سابق، ص. 71.

[5]- انظر الترجمة العربية لهذا القانون من طرف ثروت أنيس الأسيوطي، دار التقدم، موسكو، 1973، ص 131 وما بعدها.

[6]- انظر في هذا الصدد: كوكييه: المرجع السابق، ص. 51. –طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 139.

فالضمير "الهاء" الوارد في أواخر العبارة متردد بين كل من عمرو وزيد: فهل الدين الذي التزم زيد بأدائه هو دينه هو (المعنى الأول) أم هو دين عمرو (المعنى الثاني)[1].

* مثال على التردد في عود الأوصاف إلى ما سبقها في العبارة: كأن تصاغ عبارة في عقد البيع على النحو التالي: "اتفق زيد مع عمر على أن يبيع الأول للثاني ما يملكه من غلة الزيتون وغلة البرتقال التي تم جنيها خلال خريف سنة كذا": فهل يعود وصف"الجني" في هذا المثال، "خلال خريف سنة كذا" على غلة البرتقال والزيتون معا (وهذا هو المعنى الأول) أم أن هذا الوصف يقتصر على البرتقال فقط (وهذا هو المعنى الثاني) ولذلك يكون البائع قد نفذ التزامه إذا ما هو قدم غلة البرتقال التي تم "جنيها خلال سنة كذا" وغلة الزيتون التي تم جنيها ولو في سنة سابقة[2].

المبحث الثاني :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن وقوع غلط مادي في التعبير

317- يمكن للغلط، منظورا إليه من زاوية الجزاء المترتب عليه، أن يوصف بالمادي، كلما كان في غير مقدوره أن يؤثر في صحة العقد[3].

كما أن الغلط، منظور إليه على الأقل من زاوية حده اللغوي المتمثل في "وضع الشيء في غير موضعه"[4]، يمكن أن تعد كافة مظان الإجمال أو الإبهام المارة بنا أو اللاحقة في هذا الفرع الأول صورا مادية له.

ومع ذلك فإن ما نعزم على التطرق إليه في هذا الصدد هو الغلط المادي وفقا لمدلوله المألوف المشتمل على كل من الغلط في تسمية العقد وكذا ما يعرف بأغلاط

[1]- انظر في أمثلة أخرى: - دومولومب: المرجع السابق، رقم 12 ص. 11. – ونجد في الترجمة المتداولة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. مثالا آخر عما نحن بصدده، إذ اعتقد المترجم بأن الضمير "son" الوارد في آخر النص الفرنسي يعود إلى الألفاظ والحال أنه يعود في الحقيقة إلى التصرف وهذا هو المعنى الأول أو إلى الإرادة أو ما أسماه المترجم بالقصد وهذا هو المعنى الثاني. أما لو كانت الألفاظ هي المقصودة لاستُعمل ضمير "leur" وليس ضمير "son".

[2]- انظر في هذا الصدد: كوكييه: المرجع السابق، ص. 125. –بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 111. – حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع لابن السبكي: مرجع سابق، ج.2. ص. 256. –والجدير بالإشارة أن الفصل 520 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود يوصي القاضي بالأخذ بالمعنى الأول ما لم يثبت خلافه. – ونفس ما قلناه في شأن الوصف ينطبق أيضا على الشرط.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: -ا لوسيط في شرح القانون المدني: مرجع سابق، ج.1 ص. 313 الهامش 1. – نظرية العقد: مرجع سابق، الهامش 1 في ص. 349 والممتد إلى ص. 350.
Jacques Ghestin : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J., Paris, 1971, N° 4 p. 4.

[4]- أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 41.

القلم التي سنتناولها على وفق معناها الواسع والمستغرق حتى لما يسمى بأغلاط الحساب.

وبعد، فإننا سنخصص هذا المبحث لدراسة الفرضيات المحصورة قبله في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول: الإجمال أو الإبهام الناتج عن الغلط في تسمية العقد.**
- **المطلب الثاني: الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط القلم بالمعنى الواسع.**

المطلب الأول :
الإجمال أو الإبهام الناتج عن الغلط في تسمية العقد

318- يقتضي تغليب الإرادة على التعبير، في تحديد طبيعة العقد، ألا يتوقف عند الألفاظ المستعملة في العقد إلا إذا كانت متطابقة في معناها الحرفي النحوي مع طبيعة العقد المرادة[1].

ولذلك متى تبين وجود تعارض بين المعنى الحرفي النحوي للتعبير المستخدم في العقد وطبيعته المرادة وجب اعتبار التعبير مجملا أو مبهما أي محتملا للمعنى الحرفي النحوي وفي نفس الوقت للمعنى المناسب لطبيعة العقد. والأخذ بهذا المعنى الأخير هو المقصود بتأويل التعبير في هذا الصدد.

ولاشك أن الأمر هنا يتعلق بالتكييف أو الوصف (Qualification) الذي يطلقه المتعاقدان على عقدهما. والمبدأ أن التكييف الاتفاقي لا يعتد به إلا إذا جاء منسجما مع طبيعة العقد المحددة في ضوء جميع العناصر أو الخصائص المميزة له[2]. أما عند عدم توافر هذا الانسجام، فإنه يكون على القاضي أن يقوم بالتكييف القانوني

[1]- كوكيه: المرجع السابق، ص. 59.

[2]- جاء في قرار عدد 11264 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 12 يناير 1975 أن: "العقود تأخذ وصفها من نفسها بقطع النظر عما يصفها به المتعاقدان. وعليه فإن اتفاق الطرفين على أن يسلم أحدهما للآخر منفعة منقول أو عقار مدة معينة مقابل عوض يلتزم بأدائه للفريق الآخر يعتبر العقد عقد كراء تام الموجبات وتأسيسا على ذلك فإن العقد المتضمن تسليم مساحة من الأرض للانتفاع بها مقابل أداء غرامة تصرف وتسدد مشاهرة يعتبر عقد كراء وتطبق عليه أحكامه". (منشور بنشرية محكمة التعقيب التونسية، القسم المدني لعام 1975، ج.2 دائرة الوثائق والبحوث، 1976 رقم 58 ص 126 وما بعدها). وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 4 أبريل 1957 إلى أن: "الوصف القانوني للاتفاقات لا يتوقف على التكييف الذي يعطاها من قبل المتعاقدين وإنما يستخلص من الطبيعة الجوهرية لبنودها". (منشور بمجلة المحاكم المغربية، النسة 1957، رقم 1217 ص. 121).

الصحيح[1] لأن هذا الأخير غير منوط إلا به[2]. والقاضي، في قيامه بالتكييف القانوني[3]، لا يعتبر، في الحقيقة، إلا مصححا للتعبير الفاسد في العقد[4] أو للغلط في تسمية هذا الأخير[5].

319- وهكذا فإن الاعتداد في التكييف القانوني بالطبيعة المرادة للعقد يسمح بالذهاب إلى أنه لا يكفي، لكي يكون التعبير واضحا بالمفهوم المانع من التأويل، أن يطلق المتعاقدان وصفا محددا على عقدهم كأن يسمى من قبلهم بالشركة ثم يتبين أن طبيعة العقد من نوع خاص[6] أو تتمثل في الشياع (شبه شركة)[7] أو الكراء[8]؛ أو

[1]- جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24 يونيو 1955 أنه:"يرجع إلى محاكم الموضوع أمر إعطاء أو إعادة التكييف القانوني الحقيقي لروابط القانون الموجودة بين الطرفين" (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1955، رقم 1178، ص. 134).

[2]- جاء في قرار عدد 59/58-209 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 ماي 1959 أن "القاضي يلتزم بنفسه بتحديد الطبيعة الحقيقية للاتفاقات المبرمة من قبل الأطراف ولا يتقيد بالوصف الذي يطلقه هؤلاء على عقدهم. وعليه يكون غير مبني على أساس القرار الذي، دون البحث عما إذا كانت بنود العقد منسجمة مع تكييف "جمعية مساهمة" الذي أطلقه الأطراف على العقد، يتبنى هذا التكييف لمبرر وحيد هو أنه التكييف الذي أطلقه الأطراف على عقدهم". (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، ج. 1، رقم 43 ص. 82 وما بعدها).

[3]- يقصد بالتكييف القانوني: "الاعتراف لشخص أو شيء أو تصرف بالخاصية المميزة لطبيعته القانونية والمبررة لإدراجه ضمن صنف محدد؛ الأمر الذي يسمح، بالتالي، بتطبيق ما ينسب إليه من النظام القانوني". عن:

- Christian Atias : Droit civil, coll. Que sais-je ? N° 2161, 2ème éd. 1985, p. 53.

- انظر أيضا في مثل هذا التعريف: -كاترين مارو: مفهوم التعريف في القانون الخاص الفرنسي: مرجع سابق، ص. 80 و205 وما بعدها.

-François Rigaux : La nature du contrôle de la cour de cassation, Bruxelles, 1966, N° 57 p 83 et S. ;N° 150 p. 233 ; N° 187, p297 et S.

- Eric Causin : « L'interprétation des contrats en Droit Belge » in l'interprétation en Droit Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, N° 46 p.316.

- François Terré : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J, Paris 1955, N° 2 p.1 et S. ;N° 12 p 10 et S.

[4]- جاء في قرار عدد 308 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1966 أنه: "لمحكمة الموضوع الحق في أن لا تعتبر في العقود إلا معناها لا مبناها وأنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة تصحح الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد". :منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 85-87، ص. 289 وما بعدها.

[5]- وزارة العدل: شرح قانون الالتزامات والعقود –الكتاب الأول- الجزء الأول- المطابع الفرنسية والمغربية، الرباط، بدون تاريخ الطبع، رقم 102 ص. 78.

[6]- جاء في قرار عدد 178 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 مارس 1968: "أن المحكمة لما صرحت أن العقد المتنازع في شأنه لا يمكن اعتباره منشئا لشركة قراض لعدم استيفائه للشروط الأساسية المتطلبة قانون في هذا الشأن وأنه يكون عقدا ذا طبيعة خاصة تكون قد أولت بما لها من كامل السلطة ذلك العقد الذي لم توضح ماهيته". : منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 92 ص. 36 وما بعدها.

[7]- انظر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24 يونيو 1955 والمشار إليه قبله.

[8]- انظر القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1966 والمشار إليه قبله.

بوصف العقد بالكراء المقرون بالبيع مع أن طبيعته لا تكمن إلا في البي
بالتقسيط[1](Vente à tempérament).

320- والجدير بالتنبيه أن الطبيعة المرادة والتي يتحدد في ضوئها معنى التعبير، لا تعني دائما طبيعة العقد التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين الحقيقية؛ ذلك أنه إذا كان هذا الأمر هو المقصود من حيث المبدأ، إلا أن القاضي قد لا يعتد أحيا في تحديد طبيعة العقد إلا بالعناصر الموضوعية في هذا العقد كالنقود التي قد تصير هذا العقد بيعا ولو سمي معاوضة عن قصد ودون الوقوع في أي غلط في التعبير من قبل المتعاقدين[2]، أو بعنصر وجود التبعية الذي يكيف معه العقد عقد شغل ولو سمي من قبل المتعاقدين عن قصد بعقد المقاولة[3]. وهنا تكون طبيعة العقد مرادة بالقانون. ويرى كوكييه في هذا الصدد أن التكييف القانوني للتصرفات أمر محدد بالقانون الذي يفرضه على المتعاقدين. ولذلك إذا كان في إمكان الشخص أن يتنازل عن شيء لآخر دون أن يطالبه بأي مقابل فإن إرادة هذا الشخص وإن كانت قد عزمت بشكل صريح

[1]- جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 10 يوليوز 1933 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933، رقم 554 ص. 245) أن: "بند العقد الذي بمقتضاه سيصبح مكتري الشيء محل العقد مالكا له بمجرد ما ينجز مجموعة من الأداءات النقدية الدورية، يتمثل أثره في إعطاء العقد طابع البيع. وظاهر الكراء الذي أسبغه الطرفان على اتفاقاتهم ليس إلا وسيلة للزيادة في ضمانات البائعة". – والجدير بالإشارة أن الأمثلة على التكييف المرتبط بما نحن بصدد معالجته يتعذر حصرها، وحسبنا أن نضيف هنا بعض الأمثلة المستخرجة من العمل القضائي على النحو التالي: - تكييف العقد على أنه عقد كراء محل تجاري وليس بعقد تسيير حر لأصل تجاري: قرار عدد 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7 يناير 1976 (منشور بمجلة المعيار: مرجع سابق، عدد 1 ص. 45 وما بعدها). – تكييف العقد على أنه عقد مقاولة لا عقد شغل: قرار عدد 319 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 أبريل 1985 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 36 ص. 124 وما بعدها) – تكييف المعاملة على أنها مدنية وليست تجارية: قرار عدد 53 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 مارس 1979 (منشور بمجلة المحاماة لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 19، ص. 149 وما بعدها) – قرار عدد 2495 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 3 دجنبر 1990 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 45 ص. 46 وما بعدها). – تكييف وصف أحد الأطراف في العقد بالمستخدم على أنه وكيل: قرار عدد 62/61-161 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أبريل 1962 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق، ج.2، رقم 2 ص. 20 وما بعدها) – تكييف وصف أحد الأطراف في العقد بالأجير على أنه شريك ومساهم في الشركة: قرار عدد 90/1760 الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 20 ماي 1990 (منشور بمجلة الإشعاع لهيئة المحامين بالقنيطرة، عدد 6، ص. 177 وما بعدها). – قرار عدد 195 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 6 أبريل 1987 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41 ص. 157 وما بعدها). – تكييف العقد على أنه بيع خيار الإمضاء أو الرد مع أن تسميته الاتفاقية اقتصرت على البيع بمفهومه البسيط غير الموصوف: - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1963 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1965، ص. 15).- تكييف وصف العقد الواقع على الحلفة مقابل ثمن نقدي بالكراء على أنه بيع: قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 23 يناير 1939 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.10، ص.79). – تكييف العقد الواقع على محجر مقابل ثمن نقدي على أنه بيع منقولات بحسب المآل: قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 21 دجنبر 1956 (منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1958، ص. 186).

[2]- فرانسوا تيري: تأثير الإرادة الفردية على التكييفات: مرجع سابق، رقم 96 ص. 96, رقم 102 ص. 100، رقم 105 ص. 102 وما بعدها.

[3]- إريك كوزان: "تأويل العقود في القانون البلجيكي". :مقال سابق، رقم 54 ص. 322.

على أن تجعل من التصرف كراء أو بيعا إلا أنه لا يكيف كذلك باعتبار أن العنصر المادي في التصرف والآثار الضرورية والمباشرة له يحولان دون الأخذ بالتكييف الاتفاقي. فعندما يكون الطرفان قد أرادا جميع العناصر المكونة والمميزة للتصرف، فمن المفروض أن يرتضيا حتى التصرف في حد ذاته على وفق الطبيعة المنجرة عن هذه العناصر[1].

321- وعلى الرغم من تعدد الضوابط التي تتحدد في ضوئها طبيعة العقد، فإن اختلاف هذه الطبيعة عن وصف المتعاقدين للعقد يجعل هذا الأخير مجملا أو مبهما.

والنظر إلى الاختلاف، بين الطبيعة الحقيقية للعقد والتسمية التي يطلقها المتعاقدان عليه، من زاوية التأويل كما يسمح باعتبار التعبير مشوبا بغلط مادي يمكن أن يسمح أيضا باعتباره ضربا من المجاز الذي قد نتلمسه حتى فيما يطلق عليه أغلاط القلم.

المطلب الثاني
الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط القلم بالمعنى الواسع

322- إن الهفوات التي تنسب إلى القلم، مع أن مرتكبها في الحقيقة هو ماسك القلم، إما أن تتصل بصياغة العبارات أو بنقل غير دقيق للفظ مسموع أو مكتوب. وإذا كانت هذه الهفوات هي التي يطلق عليها أغلاط القلم، فإننا نرى تسميتها بأغلاط القلم بالمعنى المضبوط، لأن معناها الواسع ينصرف أيضا إلى ما يسمى بأغلاط الحساب.

وسنخصص لكل من هاتين المظنتين فقرة من الفقرتين التاليتين:
- **الفقرة الأولى : الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط القلم بالمعنى المضبوط**
- **الفقرة الثانية : الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط الحساب**

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 60.

الفقرة الأولى :
الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط القلم بالمعنى المضبوط

323- إن أغلاط القلم بالمعنى المضبوط، وكما مر بنا قبله، منها ما يتصل بصياغة العبارات في العقد (أولا) ومنها ما يتصل بالنقل غير الدقيق للفظ مكتوب أو مسموع (ثانيا).

أولا : أغلاط القلم المتصلة بصياغة العبارات في العقد

324- لا يمكن حصر هفوات القلم التي يسقط فيها ماسكه عند صياغة عبارات العقد. وحسبنا أن نشير إلى الهفوات التالية:

325- * **اتصال الغلط المادي بتنقيط اللفظ:** كأن يفكر محرر العقد في كلمة "نشب"[1] بالسين المعجمة ولكنه يحررها بالسين غير المعجمة فتأتي الصياغة مثلا كالتالي: "إن ما تم شراؤه هو حصة الوارث في نسب المتوفى".

326- * **اتصال الغلط المادي بقلب أو تغيير الحروف التي يتكون منها اللفظ:** كأن يتم التفكير مثلا في "بئر عميق"، وعمد كتابة اللفظة الثانية يقدم حرف القاف على حرف الميمي فتصاغ أنها "عقيم" (وهذا هو قلب الحروف)؛ أو يتم التفكير في "القسمة" ولكن حرف السين يغير بحرف الصاد فتصاغ الكلمة على أنها "القصمة"[2] (وهذا هو تغيير الحروف في اللفظ).

327- * **اتصال الغلط المادي بزيادة حرف في الكلمة أو حذفه منها:** كأن يتم التفكير عند الاشتراط لمصلحة الغير في شخص معين هو حليم أو حليمة مثلا فيصاغ هذا الاسم في العقد بإضافة تاء التأنيث في الكلمة الأولى أو حذفها من الكلمة الثانية.

[1] - يطلق "النشب" على العقارات: يقول الشاعر:
"أمرتك الخير فافعل ما أمرت به فقد تركتك ذا مال وذا "نشب".
ويذهب أبو الهلال العسكري في فروقه اللغوية (مرجع سابق، ص. 143) إلى: "أن الأشهر عند العرب في المال المواشي وإذا أرادوا الذهب والفضة قالوا النقد.... [و] النشب من نشب من العقارات".

[2] - من الأمثلة العملية أن يتم الاتفاق على شراء منزل مملوك على الشياع "بعد قسمته"، ولكن هذه الكلمة إذا ما صيغت عن غلط كما يلي "بعد قصمته"؛ فإن المشكل الذي يمكن أن يثار هو هل العقد واقع على عقار أم أنه واقع على منقول بالمآل لأن "القصمة" من القصم وهو تحطيم الشيء وهلاكه: انظر في هذه الكلمة: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق، ص. 405.

328- **اتصال الغلط المادي بإعادة أو تكرار نفس الكلمة أو الرقم على نحو متضارب:** إن أهم الأمثلة على هذه الهفوات تكمن في تلك الصياغة التي يمكن أن تتصل، فيما يرجع إلى الأداء الرئيسي في العقد، بوحدات التقدير التي يتعين بها هذا الأداء الرئيسي من قياس أو عدد أو وزن أو وكيل؛ أو تلك التي تتصل، فيما يرجع إلى الأداء المقابل في العقد، بالمبلغ أو القيمة. وهكذا فإن وحدات التقدير من جهة والمبلغ أو القيمة من جهة أخرى قد يعاد ذكرها، أو تكرر، على نحو متضارب في العقد إما بالحروف أو بالأرقام أو بهما معا. ومثل هذا التضارب غلط مادي يمكن للقاضي تصحيحه في ضوء ما حدده الفصلان 471 و472 من ق.ل.ع.م. كما سنرى عند دراستهما في القسم الثالث بعده[1].

329- * **اتصال الغلط المادي بالاستعمال المجازي للفظ:** يكون اللفظ قد استعمل استعمالا مجازيا عندما لا تكون الفكرة التي عليه أن يبلورها في التصرف هي نفس الفكرة الموضوعة للفظ[2].

وعليه لنفرض أن أحد السلويين اشترى بنواحي تاونات "خداما"[3] معلوما يسقى بمياه نهر سبو بثمن جزافي معلوم. وعند تحرير العقد يبادر المشتري إلى تنبيه محرر العقد بكون ما تم شراؤه يتمثل في "مرجة"[4] معلومة فتكتب "المرجة" في المحرر بدل "الخدام" الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين. وهنا فإن

[1] - نعتقد أن الفرضية التي نحن بصددها، وخلافا لما يراه البعض أمثال عبد الحكم فودة (في مرجعه السابق، رقم 11 ص.26 وهامشها 14)، لا تعتبر من قبيل الغلط في الحساب عندما يقتصر الأمر على ذكر وحدات التقدير من غير احتساب لمجموع الوحدة. ولكن متى حصل الغلط في هذا المجموع لأفراد وحدة التقدير كنا أمام الغلط في الحساب. غير أن هذه الفرضية الأخيرة لا تخضع لأحكام الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م. وإنما لأحكام الفصل 43 من نفس القانون كما سنرى في حينه.

[2] - كوكييه: المرجع السابق، ص. 55. – .وهذا التحديد للمجاز في التصرفات القانونية لا يختلف عن تحديده في اللغة إذ هو: "ما أريد به غير المعنى الموضوع له في أصل اللغة" :عن: إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 127. انظر أيضا: طاهر سليمان حمودة: المرجع السابق، ص. 108. – ويعتبر أبو محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعي المجاز فرعا من الحقيقة "لأن الحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له دال عليه أولا والمجاز استعمال لفظ الحقيقة فيما وضع له دال عليه ثانيا لنسبة وعلاقة بين مدلولي الحقيقة والمجاز فلا يصح التجوز إلا بنسبة بين مدلولي الحقيقة والمجاز وتلك النسبة متنوعة". كتاب الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، دار الحديث، القاهرة، طبعة 1313هـ. ص 18. انظر أيضا دراسة الفصل 466 من ق.ل.ع.م. في القسم الثالث بعده

[3] - "الخدام" وحدة من وحدات القياس التي جرت العادة على احتساب مساحة الأراضي الزراعية بها. وحسب العادة الجاري بها العمل في نواحي تاونات، كما تبين لنا ذلك من خلال استفسار مجموعة من الفلاحين بها، فإن الخدام الواحد يمثل مساحة مربع يساوي ضلعه ثماني عشرة قامة متوسطة. والقامة المتوسطة الواحدة تساوي بالتقريب مترا وسبعين سنتيمترا. وبذلك تبلغ مساحة الخدام الواحد بالتقريب 936،36 مترا مربعا.

[4] - "المرجة" أو "المرج" وحدة من وحدات القياس التي جرت العادة على احتساب مساحة الأراضي بها وخاصة في نواحي سلا. وحسب لويس ميبو فإن "المرجة" (المرج) تمثل مساحة مربع يساوي ضلعه ست عشر قامة. وإذا كانت القامة المتوسطة للإنسان تبلغ مترا وسبعين سنتيمترا أمكن القول إن مساحة المرجة الواحدة تبلغ بالتقريب 739،84 مترا مربعا: انظر في هذه الوحدة القياسية: لويس ميبو: حقوق المنفعة المتفرعة عن ملكية الأحباس: مرجع سابق، ص. 173 الهامش 1.

استعمال لفظة المرجة للدلالة على الخدام هو استعمال مجازي تصبح معه لفظة المرجة مزدوجة المعنى. وهذه الازدواجية الراجعة إلى الوقوع في غلط مادي يمكن تصحيحها عن طريق إعطاء اللفظ معنى الخدام.

ومن الأمثلة على الاستعمال المجازي أن ترد في العقد عبارة "عشرة في عشرة". فحرف الجر "في" هنا يصبح مترددا بين جملة من المعاني: فهل يكون المقصود به مدلوله عند العامة أي الإضافة فيصبح المعنى هو عشرون أم المقصود هو تركيب العشرة في نفسها فيكون المعنى هو مائة أم المقصود هو السببية فيكون المعنى هو عشرة التي سببها عشرة[1].

ثانيا: أغلاط القلم المتصلة بالنقل غير الدقيق للفظ مسموع أو مكتوب

330- بادئ ذي بدء يجدر التنبيه، في هذا الصدد، إلى أننا نفترض أن العقد قد تكون وانعقد ولم يحصل الغلط المادي إلا في تحرير العقد. أما لو كان العقد في طور التكوين وحصل مثل هذا الغلط المادي في الإيجاب المكتوب مثلا والموجه إلى أحد الأشخاص، فإنه سيوقع، ولاشك ، الشخص الموجه إليه في غلط. وتأثير هذا الغلط المادي على عدم تطابق الإرادتين من شأنه أن يجعل العقد، على الأقل في النظرية الفرنسية للغلط، باطلا. ومع ذلك فحتى في هذه الفرضية تبقى ازدواجية معنى التعبير المنقول غلطا قائمة وهي التي تهمنا في هذا المقام.

331- وبعد، فمن الأمثلة على هذه الهفوات أن يسمع محرر العقد بالفرنسية أو ينقل من مكتوب كلمة "partage" فيسجل كلمة "pointage" وشتان بين القسمة التي تفيد إنهاء الوضع الشائع والإحصاء أو الجرد الذي ليس من الضروري أن يفيد إنهاء الوضع الشائع[2].

[1]- ونفس الأمر المتعلق باحتمال اللفظ معنيي الإضافة والسببية ينطبق أيضا على عبارتي "ثوب في صندوق" و"زيت في جرة": انظر في هذا الصدد: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: مرجع سابق، المجلد 3، ج.6 ص.101. – وإذا ما تغافلنا عن الموقف الفقهي القديم، في كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والفقه الإسلامي، الذي كان يخلط بين اصطلاحي "الالتزام" و"التصرف" أو العقد، أمكن القول في الوقت الراهن إن ق.ل.ع.م. يستعمل اصطلاح "الالتزام" في جملة من فصوله استعمالا مجازيا كالفصلين 470 و473: انظر في هذا الصدد أيضا: فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني: مرجع سابق، ج. 4، رقم7 ص. 3.

[2]- كاترين مارو: مفهوم التحريف في القانون الخاص الفرنسي: مرجع سابق، ص. 117.

ومن الأمثلة أيضا أن يشار في العقد إلى أن الأرض المبيعة تبلغ مساحتها مائة وثمانين زوجا من الثيران في حين أن حقيقة المسموع أو المكتوب لا تتمثل إلا في ثمانين زوجا من الثيران[1].

الفقرة الثانية :
الإجمال أو الإبهام المنجر عن أغلاط الحساب

332- هذه الفرضية لها علاقة وطيدة بالفرضية المارة بنا والمتمثلة في اتصال الغلط المادي بإعادة أو تكرار نفس الكلمة أو الرقم على نحو متضارب[2]. ومع ذلك فإن هذه الفرضية الأخيرة لا تكون دائما من غلطات الحساب، كما يتبين من هذه التسمية، والتي تتصل بسوء تقدير مجموع وحدة القياس أو العدد أو الوزن أو الكيل أو سوء تقدير مجموع المبلغ أو القيمة[3]. فمثلا إذا وقع عقد البيع على عقار معين وتمت الإشارة في هذا العقد إلى مساحته وثمن المتر المربع وكذا إلى مجموع الثمن المنجر عن ضرب ثمن المتر المربع الواحد في عدد أمتار المساحة المبيعة فيأتي مجموع الثمن مغلوطا، فإننا نكون هنا أمام غلط في الحساب.

ومن الأمثلة على غلطات الحساب أيضا أن يبيع شخص نصف حقوقه في العقار الشائع والبالغة مساحته في مجموعه 18.760م^2. فتتم الإشارة في العقد إلى أن المساحة المبيعة تبلغ عند الفرز 3750م2. فالغلط الواقع هنا يتعلق باحتساب الحصة المبيعة بعد الفرز إذ أن قسمة مجموع مساحة العقار على الربع المبيع لا يكون ناتجها مساحة 3750 م^2 وإنما 4690 م^2[4].

[1]- من العوائد التي كانت تتبع في نواحي ما يسمى حاليا بالجزائر العاصمة أن تحدد مساحة الأرض بزوج الثيران (paires de bœufs) وتبلغ مساحة 180 زوجا من الثيران بين 1,500 و1,600 هكتارا حسب ما جاء في وقائع القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 نوفمبر 1865 والمعتبر كما مر بنا من الأصول القضائية للفصل 1/462 من ق.ل.ع.م. : عن فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: ج. 16، مرجع سابق، رقم 501، ص. 579 وما بعدها.

[2]- انظر فقرة 328 قبله.

[3]- جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15 فبراير 1934 أن: "طلب التصحيح المبني على غلط مادي في الحساب، يقبل ولا يتضمن أي مس بحجية الشيء المقضي به خاصة وأن جميع العناصر المستخدمة كأساس للحساب والمشار إليها في القرار بقيت ثابتة وغير متنازع فيها". : منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.7 ص. 626.

[4]- لقد استعرنا هذا المثال من القرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ فاتح دجنبر 1982: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ص. 32 وما بعدها. فهذا القرار يعتبر بحق، في تقديرنا، من تطبيقات الغلط في الحساب، وإن كان الاتجاه الذي سلكه القرار لا يكرس هذا التطبيق.

333- ومثل هذه الأغلاط في الحساب، وإن كانت تشكل إجمالا أو إبهاما وبالتالي تجد أساسها في الفصل 1/462 من ق.ل.ع.م. إلا أن تصحيحها لا يتم إلا استنادا إلى الفصل 43 من نفس القانون، وتنص ترجمته المتداولة على أن: "مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ (résolution) وإنما يجب تصحيحها (rectifiées) "[1].

ومع ذلك، إذا ما ذكر مجموع وحدة التقدير أو مجموع المبلغ أو القيمة أكثر من مرة بصفة متضاربة من جهة ودون إشارة إلى البيانات المساعدة على استخلاص هذا المجموع من جهة أخرى، فإن التصحيح قد يكون في ضوء الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م.

المبحث الثالث :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد أو عن بلورة التعابير للإرادة بصفة ناقصة أو زائدة

334- قد يبدو من عنوان هذا المبحث أن هناك تباعدا بين صنف الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد وبين صنف الإجمال أو الإبهام الناجم عن بلورة التعابير للإرادة بصفة ناقصة أو زائدة.

غير أن ما يوجد من تقارب بل وتداخل، أحيانا، بينهما يكفي، في تقديرنا، لأن يدرس الصنفان جنبا إلى جنب في مبحث واحد: فمن جهة إذا كان التعارض يتضح

[1]- لقد نقل الفصل 43 من ق.ل.ع.م . بالحرف من الفصل 47 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود أي في آخر المطاف من الفصل 52 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا. وحسب هذا الأخير فإن الفصل 52 من مشروعه قد تأثر بكل من الفصل 2058 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بتصحيح غلطات الحساب في عقد الصلح، والفصل 541 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي [القديم] المتعلق بإمكانية طلب مراجعة الحساب المغلوط وذلك عند تنفيذ الأحكام. ومع ذلك فإن صياغة الفصل 52 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا قد استمدت في الحقيقة من الفصل 22 من مدونة الالتزامات السويسرية لـ 14 يونيو 1881، وهو الفصل الذي أدرج ضمن الفقرة الثالثة والأخيرة من الفصل 24 من المدونة الحالية للالتزامات السويسرية. ونفس هذه الصياغة نجدها مكرسة في الفقرة الثالثة والأخيرة من الفصل 1266 من القانون المدني الإسباني لـ 24 يوليوز 1889: انظر في الفصل 52 من مشروع سانتيبانا: المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 24. -وانظر في الفصل 22 من مدونة الالتزامات السويسرية القديمة والفصل 24 من المدونة الحالية:

- Georges Scyboz et Pierre –Robert Guilliéron : code civil et code des obligations annotés, II, code des obligations du 30 mars 1911, éditions payot, Lausanne, 1972, p.13.

- وانظر في الفصل 3/1266 من القانون المدني الإسباني القديم:

- A. Levé : Code civil Espagnol promulgué le 24 Juillet 1889, annoté, Paris, 1890, p. 241.

جليا من خلال تسمية الصنف الأول، فإن مثل هذا التعارض نتلمسه ولو بصفة خفية حتى في الصنف الثاني بين المعنى الحرفي النحوي للتعبير وما ينبغي أن ينقص منه أو يزاد فيه بالنظر إلى المراد منه. ومن جهة أخرى فإن التعارض الذي يتميز به الصنف الأول قد يرجع إلى نقصان الألفاظ أو زيادتها في التعابير كما سيتضح لنا ذلك من خلال دراسة هذين الصنفين من فرضيات الإجمال أو الإبهام في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول: الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد.**
- **المطلب الثاني: الإجمال أو الإبهام الناجم عن بلورة التعابير للإرادة بصفة ناقصة أو زائدة.**

المطلب الأول :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد

335- يكون العقد صريحا (واضحا) من حيث معناه الحرفي النحوي عندما يستفاد هذا المعنى من مجموع الألفاظ والبنود المعتمدة فيه كما سنرى عند دراسة الفصل 464 من ق.ل.ع.م. في القسم الثالث بعده.

ولكن إذا ما تبين للقاضي أن الوضوح يقتصر على النظر إلى اللفظ أو البند في حد ذاته دون مقاربته بغيره من الألفاظ أو البنود في العقود، فإن هذه المقاربة ترفع الوضوح، عندما يظهر أن هذه الألفاظ أو البنود متعارضة فيما بينها، وتجعل العقد بالتالي مجملا أو مبهما في مجموعه. لذلك يصبح اللجوء إلى التأويل، لرفع ما يظهر من التعارض، أمرا ضروريا[1].

وهذه الفرضية هي التي توقعتها الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. إذ سمحت بالتأويل: "3 عندما يكون الاحتمال الناشئ عن المقاربة بين مختلف بنود التصرف مثيرا للشكوك حول دلالة هذه البنود".

ولقد سبق لنا الوقوف من قبل على التعارض بين الألفاظ أو البنود في العقد عند دراسة أغلاط القلم[2] بل وحتى عند دراسة أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير

[1]- كاترين مارو: مفهوم التحريف في القانون الخاص الفرنسي: مرجع سابق، ص. 181 وما بعدها.
[2]- انظر على الخصوص فقرة 328 قبله.

المباشر في الجانب المتصل فيها بأسلوب التضييق بالطرح أو النبذ[1]. ولولا الرغبة في عدم التقيد، في النظر إلى مظان الإجمال أو الإبهام المفضية إلى التأويل، بزاوية واحدة في محاولة رسم لوحتها؛ لما التفتنا، في هذا الصدد، إلى التعارض الظاهر بين الألفاظ أو البنود في العقد مرة أخرى.

336- إذا ثبت هذا الأمر، اكتفينا بالقول إن الوقوع في مثل هذا التعارض وإن كان السبب فيه غالبا ما يرجع إلى تحرير العقد وصياغة ألفاظه وبنوده كما تبين من الأمثلة المضروبة لتوضيح ما أشرنا إليه من قبل؛ إلا أن سبب التعارض قد يرجع أيضا إلى عدم انتباه المتعاقدين إلى مضمون عقد آخر مرتبط بالعقد المعني في النزاع كما هو الشأن بالنسبة إلى عقد الشغل المتنازع فيه والاتفاقية الجماعية المرتبط بها. بل قد يرجع السبب في التعارض حتى إلى التردد في الإفصاح عما تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إليه كأن يتفق في العقد على حصول البيع ويتفق في نفس الوقت على رهن نفس الشيء المبيع لمصلحة من اعتبر مشتريا في أول الاتفاق[2]، أو كأن يرد في أحد بنود العقد أن أحد الطرفين قد وهب عقارا للطرف الآخر ويرد في بند آخر من نفس العقد أن الطرف الآخر التزم بأن يدفع لأحد من الأغيار مبلغا من المال[3].

فتعارض البنود في هذين المثالين يرجع إلى التردد بين البيع والرهن في المثال الأول وبين الهبة بعوض والبيع في المثال الثاني.

337- والجدير بالإشارة أنه إذا كان كل تعارض بين الألفاظ أو البنود في العقد يعتبر في حد ذاته مرادفا للإجمال أو للإبهام[4]، فإن النظر إلى هذا التعارض من زاوية الحل الذي يتوجب على القاضي رفعه به، قد يدفع إلى القول إن التعارض لا يقوم، بين الألفاظ أو البنود وإن بدا وجوده في الظاهر، إلا إذا كان لهذه الألفاظ أو البنود في نظر القاضي نفس القيمة أو القوة الإلزامية. أما إذا كان أحد البندين المتعارضين في الظاهر أقوى من البند الآخر، فإن التعارض لا يقوم حقيقة في هذه الفرضية إذ لا يكون على القاضي إلا أن يأخذ بالبند الأقوى ويستغني عن الآخر. وهكذا فعندما يظهر التعارض بين بند في عقد الشغل وآخر في الاتفاقية الجماعية المرتبط بها يكرس مصلحة الأجير على نحو أفضل فإن القاضي بإمكانه القول بعدم

[1]- انظر على الخصوص فقرة 176 في القسم الأول قبله.
[2]- كوكيبه: المرجع السابق، ص.55.
[3]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م.، ج1، مرجع سابق، رقم 193 ص. 238. – انظر في أمثلة أخرى: كاترين مارو: المرجع السابق، ص. 182 وما بعدها.
[4]- كاترين مارو: المرجع السابق، ص. 184.

وجود التعارض انطلاقا من تفضيل البند الوارد في الاتفاقية الجماعية واعتبار البند المسطر في عقد الشغل كأن لم يكن على أساس أن الاتفاقية الجماعية تعد أكثر قيمة وأقوى من عقد الشغل المنظم للعلاقات الفردية بين المؤاجر والأجير[1] وخاصة في الحالة التي لا يتضمن فيها عقد الشغل شروطا أفضل من شروط الاتفاقية الجماعية[2]. ونفس هذا الأمر يمكن أن ينطبق على التعارض الحاصل بين البنود الخاصة في عقد التأمين وبنوده العامة[3].

ومعنى ما سبق أن التعارض الظاهر بين بندين في العقد ليس من شأنه، عند المقاربة بين هذين البندين من حيث قوتهما الإلزامية، أن يجعل العقد مجملا أو مبهما؛ لأن القاضي في تقيده بعدم الاعتداد بالبند الأقل قوة أو الواجب استبعاده يفقد سلطته في التأويل كما تذهب إلى ذلك كاترين مارو[4]. وبعبارة أخرى فإن العقد يبقى صريحا واضحا في هذه الفرضية على الرغم من التعارض الذي يبدو من خلال المقاربة بين بنوده وبالتالي فإن القاضي لا يجوز له تأويل هذا العقد تأويلا مكشوفا معلنا.

وعلى الرغم من الطابع المنطقي الذي يكتسيه مثل هذا الرأي، إلا أنه لا ينبغي من جهة الخلط بين القول بوجود الإجمال أو الإبهام، فيما نحن بصدد معالجته، بمجرد تلمس التعارض بين بنود العقد وبين الحل الذي يستوجبه رفع هذا التعارض. لا بل الأكثر من هذا فإن الحل الذي يحسم به القاضي التعارض بين بنود العقد من جهة أخرى لا يخرج عن تأويل العقد، وقد أسميناه في القسم الأول كما سنعيد هذه التسمية في القسم الثالث بالتأويل المستتر والمقنع، باعتبار أن المرجحات التي يعتمدها القاضي، في تقدير قيمة البندين من حيث قوتهما الإلزامية وأفضلية أحدهما على الآخر، تعد في العمق جزءا من المرجحات التي يستعين بها في تأويل العقد بوجه عام. ولذلك فعندما يرفع القاضي التعارض الظاهر بين بنود العقد باستبعاد البند غير المفضل، فإنه يكون قد أول العقد بحصر معناه المزدوج في المعنى المستفاد من البند المفضل ولو لم يصرح بوجود الإجمال أو الإبهام في العقد[5].

[1]- كاترين مارو: المرجع السابق، ص. 125 وما بعدها.
[2]- موسى عبود: دروس في القانون الاجتماعي، ط.2، المركز الثقافي العربي، بيروت –الدار البيضاء، 1994، ص. 270.
[3]- كاترين مارو: المرجع السابق، ص. 184 وما بعدها.
[4]- كاترين مارو: المرجع السابق، ص. 184.
[5]- لابد في رفع التعارض، حسب تقديرنا من مرجحات سواء كان البندان المتعارضان يقبلان الجمع عن طريق التوفيق بينهما أو لا يقبلان هذا الجمع. وهذا خلافا لما قد يعتقد من أن التعارض الذي يمكن معه التوفيق بين البندين لا يحتاج إلى مرجحات. فلقد جاء في قرار عدد 148 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1975/3/11 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، غشت 1984، عدد 32 ص. 38 وما بعدها) : "إن التعارض الذي يوجب الالتجاء إلى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين الحجتين. وعليه فإن الشهادة بالعلم بوارث لا تتعارض مع الشهادة بعدم العلم به لما هو مقرر من أن من علم هو حجة على من لم يعلم". فعدم تأمل هذا المبدأ قد يحمل على

المطلب الثاني :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن بلورة التعابير بصفة ناقصة أو زائدة

338- يستفاد من نص الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. أن العقد لا يكون صريحا، وبالتالي يجوز تأويله، عندما تكون ألفاظه "....قاصرة عن بيان كامل إرادة صاحبها". ومع ذلك فإن إشارة هذا النص صراحة إلى فرضية التعابير غير الكافية للدلالة على كامل الإرادة (الفقرة الأولى) لا يعني استبعاد الفرضية المعاكسة والمتمثلة في التعابير المبالغ في دلالتها على أكثر من الإرادة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن بلورة التعابير للإرادة بصفة ناقصة: التعابير غير الكافية أو فرضية إيجاز ما يستوجب الإطناب[1]

339- إذا نظرنا إلى عبارة "التعابير غير الكافية" من زاوية مدلولها العام والمتمثل في التعابير غير الصريحة وجب علينا أن نردد مع كوكييه أن "عدم الكفاية هو أساس جميع عيوب التعبير. في الواقع لماذا تشكل اللفظة المحتملة لمعنيين إجمالا أو إبهاما في تصرف ما؟ لأن الطرفين لم يصححا ما تتضمنه اللغة من نواقص وذلك بتحديد المعنى الذي يريدان استعمال اللفظة فيه[2].

الاعتقاد بأن التعارض الذي يمكن معه الجمع بين الحجتين – أو بين البندين في العقد - لا يحتاج رفعه إلى الاستعانة بالمرجحات. بل الأكثر من هذا فإنه لا يستحق وصفه بالتعارض. أما التعارض الذي لا يمكن معه الجمع بين الحجتين –أو بين البندين في العقد- فهو الذي يحتاج في رفعه إلى الاستعانة بالمرجحات. وهذه الفرضية هي التي تستحق حقيقة وصف التعارض. ولكن عندما وقع تفضيل شهادة العلم بالوارث على شهادة عدم العلم به ألم تتم الاستعانة بمرجح يتمثل فيما "هو مقرر من أن من علم هو حجة على من لم يعلم"؟ إن عدم التفات المجلس الأعلى إلى اعتبار ما أسماه بما "هو مقرر" مرجحا ليس من شأنه أن يسحب صفة التعارض عن الإدلاء بشهادتين متناقضتين في الحقيقة. وهذا التعارض، وإن لم يعترف المجلس الأعلى بوجوده، فإنه لا يحل إلا بالاستعانة بمرجح يفضي إعماله إلى استبعاد شهادة عدم العلم.

[1]- الإطناب "هو بسط الكلام لتكثير الفائدة" وهو ضرب من البلاغة: عن أبي هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 28.

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 52.

ولكن بما أننا لا نقصد، في هذا المقام، بالتعابير غير الكافية مدلولها العام، لذلك نرى أن نجعل معناها مقتصرا على الفرضية التي يأتي فيها اللفظ ناقصا في التعبير عن كامل الإرادة بسبب نقصان لفظة أو أكثر في العبارة موضوع التأويل.

340- وعدم الكفاية كما يهم لفظا أو أكثر في العبارة الواحدة، قد يهم العقد في مجموعه عند عدم التنصيص فيه صراحة على بند يدعي أحد الطرفين أن الاتفاق قد شمله على الرغم من عدم الإشارة إليه صراحة عند تحرير العقد[1].

ومن الأمثلة الموضحة لقصور اللفظ عن بلورة كامل إرادة صاحبه أن يكتفي المتعاقدان عند تحرير عقد البيع الواقع على البحث والامتياز المنجميين مقابل ثمن معين بالإشارة إلى البحث المنجمي فقط دون الامتياز ثم يتبين أن العقد واقع عليهما معا. فالتعبير الكامل والمناسب للإرادة هو الذي كان ينبغي أن يشير إلى كل من البحث والامتياز. ولكن بما أن العبارة اقتصرت على ذكر أحدهما فقط لذلك يوصف بأنه غير كاف لأنه يختصر ما هو مراد على سبيل التفصيل[2].

وكذلك إذا وقع البيع على أحد الأشياء التي تتجدد بعد قطعها كالذرق أو النفل (le trèfle) والبرسيم (la luzerne) والفصة (le sainfoin) دون إشارة إلى عدد الجذات التي وقع عليها البيع كأن ترد في صياغة العقد عند تحريره عبارة "باع فلان لفلان كامل بطون الفصة التي تغلها أرضه"، ثم يتبين أن المبيع يتمثل في جذتين وليس في جذة واحدة كما يفهم من العبارة. ولذلك تكون هذه العبارة غير كافية لأن لفظة "الجذتين" انتقصت منها وهي التي تكمل ما توخته الإرادة المشتركة للمتعاقدين[3].

[1]- بوسهارت: المرجع السابق، ص. 30 وما بعدها. –سانتا ماريا: مذاهب تأويل العقود: مرجع سابق، رقم 11 ص. 33.

[2]- انظر فيما يشبه هذا المثال: القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1962/6/16 :منشور بالمجلة المغربية للقانون، السنة 1965، ص. 28.

[3]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2، رقم 5 ص. 6 و7. – ويجدر التنبيه إلى عدم الخلط بين المثال المضروب في المتن والفرضية المنصوص عليها في الفصل 522 من ق.ل.ع.م. فالبيع في المثال أعلاه إنما وقع على غلة الأرض. أما الفصل 522 فيحسم المشكل المتمثل في السكوت في البيع عن ذكر هذه الغلة .وفي هذا الصدد فإن هذه الغلة لا تعتبر من ملحقات الشيء وتوابعه وإنما من الخلف أو الرجيع (le regain) الذي لا ينطبق عليه مبدأ التابع تابع أو ما يماثله.

الفقرة الثانية :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن بلورة التعابير للإرادة بصفة زائدة: التعابير المبالغ فيها أو فرضية الإسهاب فيما يستوجب الإيجاز[1]

341- خلافا للفرضية السابقة فإن التعابير هنا تستخدم على نحو يتجاوز ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة الحقيقة للمتعاقدين.

وما يتجاوز فيه اللفظ الإرادة هو الذي يدخل عليه الإجمال أو الإبهام ويتم رفعه بجعله غير مفيد في العقد.

ومن الأمثلة على التعابير المبالغ فيها ما يمكن أن يلاحظ في العقد عند تحريره من إسهاب قد يفضي إلى التعارض بين بنود العقد؛ وما يسمى ببنود الصياغة أو الإلخريات (clauses de style ou cautelles)[2] التي درج الموثقون أو العدول على نقلها في العقود التي يحررونها من النماذج المضمنة بكتب الوثائق دون أن يفهموا في الغالب معانيها التي لو تلمسها المتعاقدان لما قبلا، أو لما قبل أحدهما على الأقل، إيرادها في العقد[3]. وهذا إلى جانب ما قد يرد في العقد من ألفاظ فضفاضة لا ينحصر معناها في ذلك المقصود من قبل الطرفين كاستعمال الألفاظ العامة أو المطلقة مع أن الطرفين لا يريدان منها في الحقيقة إلا المعنى الخاص أو المقيد فيها. ولقد ضرب كوكييه مثالا على هذه الألفاظ الفضفاضة يتصل بعقد الكراء الذي يتفق فيه على كراء جميع الأراضي والمراعي التي يملكها المكري في البلدة التي يقيم فيها دون المنزل الذي يسكنه ومع ذلك تأتي صياغة العقد عند تحريره على النحو التالي:

"أكتري مني فلان ضيعتي وعقاراتي الكائنة بالبلدة التي أقيم فيها...." فلفظة "عقاراتي" مبالغ فيها لأنها تستغرف المنزل الذي لم يقع الاتفاق على كرائه[4].

1- الإسهاب هو بسط الكلام "مع قلة الفائدة" وهو ضرب من العي: عن أبي هلال العسكري: المرجع السابق، ص. 28.

2- من الأمثلة الشعبية التي ظهرت في فرنسا خلال القرن 16: "اللهم احفظنا من إلخربات (et coetera) الموثقين" :عن رولان و بوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.2 (الأمثال)، ص. 216 وما بعدها.

3- بان باكلو: بحث حول التأويل القانوني: مرجع سابق، رقم 291 ص. 273.

4- كوكييه: المرجع السابق، ص. 53 وما بعدها. وانظر في التعابير المبالغ فيها، أيضا: بوسهارت: المرجع السابق، ص. 31. – عبد الحكم فودة المرجع السابق، رقم 19 ص. 34 وما بعدها. – دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 82 ص. 163 وما بعدها. –سانتنا ماريا: المرجع السابق، رقم 11 ص .34. – ثيبودور إيفينز: "الإبهام في العقود" : مقال مشار إليه في السابق، رقم 4 ص. 153.

- Philippe Simler : « Interprétation des contrats » in Juris –classeur civil (5, 1984) éd. techniques , Paris 1988, n° 75, p. 19.

الفرع الثاني:
الإجمال أو الإبهام المرتبط بترجمة (بتعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أعجمية[1]

342- لقد أصبحت اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمغرب منذ أن كرسها لأول مرة دستور 1962 في تصديره (ديباجته)[2]. ومع ذلك فإن القضاء لم يتم

1- الترجمة، كما يعرفها القضاء المغربي، هي: "نقل نص من لغته الأصلية إلى لغة أجنبية" (عن: القرار عدد 217 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 ماي 1968: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 92 ص. 38 وما بعدها). ولا يختلف هذا التعريف عما عرف به القدماء اصطلاح التعريب: فهو كما يقول شهاب الدين الخفاجي (في مخطوطه شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل، ص 3: عن محمد عيد: "العوامل الطارئة على اللغة –دراسة لقضايا اللحن والتصحيف والتوليد والتعريب في ضوء علم اللغة الحديث" :منشور بمجلة اللسان العربي الصادرة عن المكتب الدائم لتنسيق التعريب في الوطن العربي، جامعة الدول العربية، الرباط، المجلد التاسع، ج.1، يناير 1972، ص 32) : "نقل اللفظ من العجمية إلى العربية والمشهور فيه التعريب وسماه سيبويه وغيره إعرابا...." وإذا كانت الترجمة لا تختلف عن التعريب فيما يرجع إلى عملية نقل اللفظ من لغة إلى أخرى، فإننا مع ذلك نستطيع تلمس الفرق بينهما فيما يرجع إلى اللفظ المنقول ذاته. فإذا قام الناقل من لغة إلى أخرى بمراعاة ما يناسب اللفظة، في اللغة المنقول عنها، من الألفاظ أو المعاني في اللغة المنقول إليها، كانت هذه العملية ترجمة (انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: عبد الوهاب حفيظ: "حول الترجمة والتعريب والتغريب –مأساة المصطلح وفراغ المعنى"; منشور بمجلة الوحدة الصادرة عن المجلس القومي للثقافة العربية، الرباط، السنة 6، عدد 61-62، 1989، ص 80). وبالمقابل إذا قام الناقل باعتماد نفس لفظة اللغة المنقول منها في اللغة المنقول إليها سواء احتفظ للفظة الدخيلة بنفس بنيتها الأصلية أو تم تحريفها لجعلها مسايرة لمتطلبات النطق على وفق مناهج العربية كانت العملية تعريبا (انظر على سبيل المثال: أحمد مختار عمر: "المصطلح اللساني العربي وضبط المنهجية" :منشور بمجلة عالم الفكر الصادرة عن وزارة الإعلام الكويتية، المجلد العشرون، العدد الثالث، 1989، ص 18).ومن الأمثلة على الترجمة باللفظ أن نترجم كلمة "textus" بالمتن و"Jura" بالفقه، أو نترجم بالنظر إلى المعنى كلمة "manus" باليمين و"novella" بالحديث. أما التعريب فمن أمثلته أن ندخل إلى العربية لفظة أعجمية كالصك "saceus" والثرم أي الأجل (terminus) والسجل (sigilium) والعربون (بضم العين وفتحها) أو الأربون (بضم الهمزة وفتحها) أي العربان (بضم العين) أي الأربان (بضم الهمزة (arrhabo).أما إذا دخلت كلمة عربية إلى لغة أخرى فهذا يكون من قبيل التغريب كاصطلاح المخاطرة الذي دخل في القرون الوسطى إلى فرنسا دون تحريف (la mohatra). – والجدير بالإشارة أيضا أننا نعني بعبارة "اللغة الأعجمية" الواردة في عنوان هذا الفرع الثاني ليس فقط اللغة الأجنبية بالمفهوم المتعارف عليه في المغرب، حاليا، وإنما أيضا أية لغة أخرى لا يفهمها المخاطب في العقد ولو كانت من لغات الدولة التي يحمل جنسيتها.

2- صدر أمر تنفيذ هذا الدستور بظهير 17 رجب 1382 (14 دجنبر 1962). ولقد تكرر نص التصدير المتضمن لرسمية اللغة العربية في كل من الدستور الذي صدر أمر تنفيذه بظهير 27 جمادى الأولى 1390 (31 يوليوز 1970) والدستور الصادر أمر تنفيذه بظهير 23 محرم 1392 (10 مارس 1972) ومراجعة هذا الدستور الصادر أمر تنفيذها بظهير 11 ربيع الآخر 1413 (9 أكتوبر 1992). أما الدستور المنفذ بظهير 29 يوليو 2011 فقد أشار إلى رسمية اللغة العربية في با به الأول (أحكام عامة : المادة 5) –والجدير بالإشارة أن اعتبار اللغة العربية لغة رسمية لا يعني استبعاد اللغة الأجنبية بصفة مطلقة إذ يمكن الاعتداد بهذه الأخيرة في حالة الضرورة. وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 263 الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1983 إلى أنه: "إذا كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد فإن مقتضيات الدستور المحتج بها لا تمنع استعمال اللغة الأجنبية إذا ما دعت الضرورة إلى ذلك" (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص. 173 وما بعدها). وإذا كان المبدأ المكرس في هذا القرار جاء مؤكدا لكون الاعتداد باللغة الأجنبية إنما تمليه الضرورة التي تسمح بالخروج عن المحظور، فإن وقائع هذا القرار لا يظهر منها ما يمكن أن يوصف بالضرورة أو الاستثناء؛ إذ الأمر في هذه الوقائع يتعلق بقرار إداري مصاغ

تعريبه إلا بموجب قانون توحيد المحاكم ومغربتها وتعريبها[1] والذي صدر أمر تنفيذه بالمرسوم الملكي المؤرخ في 22 رمضان 1384 (26 يناير 1965)[2].

وبصدور هذا القانون الأخير ازدادت أهمية الترجمة التي لا يهمنا في هذا الصدد إلا ما يُعنى منها بنقل عبارات العقد من لغة أجنبية غير عربية إلى اللغة العربية وما يمكن أن ينجر عن عملية النقل هذه من عدم الدقة في التعبير.

ولكن بما أن العبرة في العقود باللغة التي تنشأ بها وتنبرم وليس باللغة التي تحرر بها للإشهاد على الإنشاء والانبرام، لذلك فإن إبرام وإنشاء عقد بلغة وطنية غير رسمية كالأمازيغية مع تحريره باللغة الوطنية الرسمية يطرح، في تقديرنا نفس المشكل الذي تثيره العقود المترجمة إلى العربية من اللغة الأعجمية غير العربية التي انعقد بها.

وعليه فإننا سنحاول دراسة هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول : الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند ترجمة (تعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أجنبية**
- **المبحث الثاني : الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند الكتابة باللغة الوطنية الرسمية لعقد منبرم و/أو محرر بلغة وطنية "غير" رسمية عمليا**

المبحث الأول :
الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند ترجمة (تعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أجنبية

343- لم تظهر الترجمة كعلم إلا حديثا عندما أصبحت خاضعة لقوانين ومبادئ خاصة بها[3]. وهذا لا يعني أنها لم تكن موجودة من قبل كأداة للتواصل بين اللغات

[1]- يقصد بالتعريب في هذا القانون، بموجب الفصل الخامس منه: أن: "اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام في المحاكم المغربية".وربما هذا في انتظار" تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية , وكيفيات إدماجها في مجال التعليم , وفي مجالات الحياة العامة ذات الأولوية ..." بعدما تكرست رسمية اللغة الأمازيغية بمجب المادة 5 من دستور 2011 .

[2]- منشور بالجريدة الرسمية، النشرة العامة، عدد 2727 الصادرة بتاريخ فاتح شوال 1384 (3 فبراير 1965) ص. 208.

[3]- انظر على سبيل المثال: جاك ألكسان: "الترجمة الأدبية والتنمية الثقافية" :منشور بمجلة الوحدة المشار إليها في السابق، عدد 61-62، ص .99.

المختلفة للعشائر أو القبائل أو الأمم[1]، ثم كفنٍ لنقل الأديان والعلوم من لغة إلى أخرى[2].

والترجمة كفن لا تأخذ في آخر المطاف إلا بالمعنى عند نقل نص مكتوب من لغة إلى أخرى باعتبار أن المعنى سابق عن اللغة والكتابة[3].

وسبق المعنى عن كل من اللغة والكتابة يستوجب مراعاة ما قد يحصل من تغير في الفترة الفاصلة بين المعنى واللغة أو الكتابة عند نقل النصوص من لغة إلى أخرى[4].

وعلى الرغم من مثل هذه الاحتياطات، فإن الترجمة في حد ذاتها لا تخلو من مشاكل وصعوبات[5] ترجع من جهة إلى أن "تصنيف المفاهيم يختلف من لغة إلى أخرى ومن ثقافة إلى أخرى ومن الصعب الحصول على لفظ مطابق في لغة ما للفظ آخر مما يضع العراقيل أمام الترجمة الدقيقة"[6].

وعلى فرض التسليم بكون القانون التعاقدي يدخل ضمن العلوم التي تسهل ترجمتها[7]، فلا ينبغي أن يغرب عن البال ما تتسم به اللغة العادية أو اللغة القانونية،

[1]- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، مرجع سابق، ص. 169. ومن هذه الزاوية فإن الترجمة وإن ارتقت إلى مصاف العلم في الوقت الراهن إلا أنها استمرت في اضطلاعها بدور "الأداة الأنجع لتحقيق المثاقفة بين الأمم" كما يقول جاك ألكسان في مقاله المار بنا في الهامش قبله، ص. 98. –وانظر أيضا في المثاقفة والترجمة: تيسير شيخ الأرض: "الترجمة بين الفعل والانفعال الثقافي" منشور بمجلة الوحدة المشار إليها في السابق، عدد 61-62. ص 13 وما بعدها.

[2]- ومن الأمثلة على ذلك في ميدان الأديان قديما ما يسمى بالترجمة السبعينية والتي نقل فيها "العهد القديم" من اللغة العبرانية إلى اللغة اليونانية، أو الترجمات القرآنية إلى اللاتينية والفرنسية والإنجليزية إلخ.. ومن الأمثلة على الترجمة في ميدان العلوم نقل هذه الأخيرة من السريانية واليونانية إلى العربية في العصر العباسي بالأساس (عن إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 176 وما بعدها إلى 180، ص 169). – الخمار بوقرعة: "الترجمة واللغة والهوية القومية": منشور بمجلة الوحدة المارة بنا، عدد 61-62، ص. 68 وما بعدها). ويكفي أن نشير، كأمثلة على ميدان القانون، إلى الترجمة التي عرفتها أغلب القوانين المغربية الصادرة على الخصوص في عهد الحماية الفرنسية، باعتبار أن هذه الترجمة لم تسند إلى خبراء في الترجمة بالمعنى العلمي وإنما إلى هواة من المحتمل أن يكونوا، إذا ما استثنينا أستاذنا موسى عبود صاحب المحاولات حتى في الميدان الأدبي ولا أدل على ذلك من بدء ترجمة الرواية المشهورة لثيربانتيس الإسباني" دون كيخوطي ذي لا مانتشا" غير عارفين حتى بالضوابط التقليدية لفن الترجمة. وهذا الأمر هو الذي يفسر، في تقديرنا، عدم دقة ترجمة ق.ل.ع. بالمقارنة مع المجلة الفرنسية وإن كانت هذه الأخيرة لا تخلو بدورها من مظاهر عدم الدقة.

[3]- حسين الشيخ حمد: الترجمة وخيانة النص": منشور بمجلة الوحدة المشار إليها في السابق، عدد 61-62، ص. 117.

[4]- يقول ابن باجة في مؤلفه تعليقات في كتاب باري أرمينياس، تحقيق محمد سليم سالم، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1976 ص 26:لما "كان معنى الاسم يسبق أولا في النفس، ثم يوجد في الزمان المحصل، وذلك الزمن أمر لحق المعنى، وجب أن يغير اللفظ الدال على ذلك المعنى تغييرا يدل على ما لحق المعنى من التغير". عن: الخمار بوقرعة: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 69.

[5]- انظر في هذه المشاكل والصعوبات على سبيل المثال: إبراهيم أنيس: المرجع السابق، من ص. 171 إلى 175. – الخمار بوقرعة: مقاله السابق، من ص. 69 إلى 73. –حسين الشيخ حمد: مقاله السابق من ص. 117 إلى 125.

[6]- أحمد مختار عمر: "المصطلح اللساني العربي وضبط المنهجية" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 18.

[7]- جاء عند إبراهيم أنيس (في مرجعه السابق، ص. 174) أن : "دلالة الكلمات في مجال الأفكار وفي النشاط العلمي تلتزم عادة حدودا لا تكاد تتعداها... ولذا يقال دائما إن ترجمة العلوم أيسر وأسهل لأن دلالة الألفاظ فيها محدودة مضبوطة...."

فيما يرجع إلى معاني ألفاظها، من الإجمال أو الإبهام كما مر بها في السابق. ولذلك تبقى دلالة الألفاظ وحدود معانيها بين لغة وأخرى من أكبر مشاكل الترجمة[1]. ولا نعتقد بأن حجم هذه المشاكل يتقلص عندما يتعلق الأمر بترجمة (بتعريب) عقد محرر بلغة أجنبية كالفرنسية أو الإسبانية.

344- صحيح أن النص العقدي، بالمقارنة مع النص الأدبي أو الديني أو حتى القانوني، لا يعبر إلا عن أفكار بسيطة متداولة وغير معقدة؛ ومن هنا يمكن وصف ترجمة هذه الأفكار بالدقة والسلامة التامتين[2]. ومع ذلك إذا ما نظرنا إلى هذا النص العقدي على أنه أسلوب يومي في الخطاب الاقتصادي العامي والاجتماعي وبالتالي الثقافي؛ فإنه من الصعب علينا إنكار الوظيفة الرمزية المستترة وراء الوظيفة الاستعمالية لهذا الخطاب التعاقدي[3].

وبالإضافة إلى هذا، فإن ترجمة العقود في المغرب لا يشترط فيها الخضوع لأي ضابط من ضوابط الترجمة. ومن هنا يأتي تدخل غير العارفين بفن الترجمة، حتى لا نقول علم الترجمة، لتوسيع نطاق عدم الدقة في التعبير التعاقدي المترجم.

لا بل الأكثر من هذا، فحتى عندما تكون الترجمة رسمية بإجرائها من قبل المأذون لهم قانونا بها كالتراجمة المحلفين، فإن هذه الرسمية لا تحول دون مجيء الترجمة غير دقيقة خاصة إذا ما علمنا أن الاختبار الذي يخضع له التراجمة لاكتساب صفة المحلفين لا يشترط فيه أكثر من معرفة اللغة أو اللغات الأجنبية إلى جانب اللغة العربية[4]. والحال أن معرفة هذه اللغات في حد ذاتها لا تكفي إذ يجب لكي تقترب الترجمة من الدقة والسلامة، أن يكون المترجم من جهة عارفا باللغتين في مجال الترجمة كعلم وأن يكون من جهة أخرى عارفا بموضوع الكلام المترجم[5]. وهذا الموضوع بالنسبة إلى الميدان التعاقدي هو القانون التعاقدي وما يسوده من الاصطلاحات والعبارات الخاصة به في اللغتين معا.

[1]- إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص. 172.

[2]- انظر ما يماثل هذه الفكرة في: رشيد بناني: "الازدواجية اللغوية والازدواجية الثقافية في الوطن العربي" ترجمة وتلخيص الفصل الرابع من أطروحة الشاذلي الفيتوري الحاملة لنفس العنوان: منشور بمجلة الوحدة المار بنا قبله، عدد 61-62، ص 89.

[3]- عبد الوهاب حفيظ: "حول الترجمة والتعريب والتغريب –مأساة المصطلح وفراغ المعنى": مقال مشار إليه في السابق، ص 80.

[4]- يخضع التراجمة المحلفون في نظامهم لظهير 6 ربيع الأول 1342 هـ (17 أكتوبر 1923م).

[5]- جاك آلكسان: "الترجمة الأدبية والتنمية الثقافية" مقال مشار إليه في السابق، ص. 99 وما بعدها. والجدير بالإشارة أن اشتراط معرفة موضوع الكلام المترجم من شأنه أن يجعل حتى الترجمة التي يقوم بها الحاصلون على الإجازات أو الدبلومات في الترجمة غير دقيقة وذلك عندما لا يكون القانون التعاقدي المنظور إليه من زاوية الترجمة من مقررات الإجازة أو الدبلوم في الترجمة.

345- من كل ما سبق، يتبين أن العصوبات تبقى عالقة بالترجمة حتى عندما تتخذ كافة الاحتياطات ويحصل الوعي بمشاكلها. وعلى فرض التسليم باختلاف النص العقدي عن النص الأدبي أو الديني، إلا أن ما لا مراء فيه ولا ريب هو أن الترجمة في حد ذاتها عملية تحويل غير دقيق للإرادة (للمعنى) من اللغة التي خانتها الكتابة أول الأمر عند تحرير العقد إلى لغة أخرى[1].

وأقل ما يمكن أن يقال عن عملية التحويل هذه أنها قريبة من التأويل إن لم يكونا، حسب تعبير حسين الشيخ حمد، "في جوهرهما الشيء نفسه"[2]. ولذلك فعندما يعتبر القاضي النص العقدي المترجم صريحا (واضحا) لمجرد خلو معناه الحرفي النحوي من أي إجمال أو إبهام يكون في الحقيقة، وربما عن غير وعي، قد طبق العقد ولكن بعد تأويله ليس من طرفه هو ولا من طرف المتعاقدين وإنما من طرف المترجم وهو شخص أجنبي عندما لا يكون من المتعاقدين وإلا كان تأويلا من جانب واحد. وهذا الأمر لا يمكن أن يتلاءم مع مبدأ حصر التأويل في ذلك الذي يقوم به القضاء وحده إما تأسيسا وإنشاء أو تأكيدا وتزكية للتأويل الذي يقوم به المتعاقدان من خلال التنفيذي الاختياري للعقد.

346- وعليه تعتبر، في تقديرنا، كل ترجمة (تعريب) للعقد المكتوب بلغة أجنبية إجمالا أو إبهاما يتمثل في عدم دقة التعبير المترجم، الأمر الذي يسمح للقاضي بتأويل العقد المترجم بالرجوع على الأقل، أو في المقام الأول, إلى العقد الأصلي المترجم منه[3].

ولهذا فإننا لا نملك إلا أن نساند موقف الغرفة المدنية للمجلس الأعلى إذ ذهبت في قرارها عدد 217 الصادر بتاريخ 8 ماي 1968 إلى: "إن المعتبر في الحجج المدلى بها هي أصولها لا ترجمتها وأن القاضي لا يمكنه أن يستند إلى الترجمة وحدها لأن الترجمة إنما هي نقل نص من لغته الأصلية إلى لغة أجنبية ولا يمكنها بأي وجه أن تقوم مقام الأصل الذي لا غنى عنه لتقدير قيمة الحجج. وإن قضاة الموضوع لهم الحق في تصفح الرسوم المدلى بها لديهم واختبار صحتها شكلا

[1]- إن المثل الإيطالي "المترجم خائن" (traductore, traditore) بالغ الدلالة في هذا الصدد: انظر: يان باكلو: المرجع السابق، رقم 465 ص 402.

[2]- حسين الشيخ حمد: "الترجمة وخيانة النص". :مقال مشار إليه في السابق، ص 118. –وانظر في بعض القائلين بالمطابقة التامة أو الجزئية بين التأويل والترجمة: كاترين مارو: المرجع السابق، ص 180. –يان باكلو: المرجع السابق، ص 378 وما بعدها.

[3]- ثيودور إيفينير: "الإبهام في العقود" :مقال مشار إليه في السابق، رقم 10، ص. 154.

وموضوعا قبل أن يعملوا بها ولو لم يقع فيها أي طعن من لدن المحتج بها عليهم وأن ذلك داخل في سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى"[1].

ولكن يبقى أن نتساءل عن إمكانية تمديد هذا الموقف إلى الفرضية التي ينعقد فيها العقد بلغة وطنية غير رسمية عمليا ولكن تحريره يتم باللغة الوطنية الرسمية؟

المبحث الثاني :
الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند الكتابة باللغة الوطنية الرسمية لعقد منبرم و/أو محرر بلغة وطنية "غير" رسمية عمليا[2]

[1]- منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 92 ص. 38 وما بعدها. – ومثل هذا الموقف نجده مكرسا حتى في القرار الصادر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 يونية 1968. ومع ذلك فإن كاترين مارو ترى وجوب التحفظ وأخذ الحيطة في الحكم على الموقف الثابت لمحكمة النقض الفرنسية من خلال قرار وحيد لغرفة مشهورة بعدم ميلها إلى مراقبة ما يسمى بتحريف العبارات الواضحة البنية: انظر مرجعها السابق، ص. 170 و181 بهامشها 3. – والجدير بالإشارة أننا لا نرى ما يستدعي عدم الأخذ بهذا الموقف المتعلق بالنص العقدي حتى عندما يتعلق الأمر بنص قانوني وطني تمت صياغة أصله باللغة الفرنسية ثم ترجم إلى اللغة العربية بغض النظر عما إذا كانت هذه الترجمة رسمية بنشرها في الجريدة الرسمية أو غير رسمية. ونعتقد، في هذا الصدد، أن موقف الغرفة الجنائية للمجلس الأعلى من هذه الفرضية ليس موقفا سليما لخلطها بين المقصود بالتطبيق الحقيقي للنص القانوني وفهم هذا النص أو تأويله. فالاستثناء بالنص الفرنسي الأصلي في الفهم الحقيقي للنص المعرب لا يعد في العمق خرقا لتطبيق هذا النص المعرب. ويتجلى موقف الغرفة الجنائية للمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 321 الصادر بتاريخ 12 يناير 1984 إذ ذهبت فيه إلى: "إن النصوص التشريعية الصادرة باللغة العربية هي الواجبة التطبيق ولا يعيبها أن تحرر أول الأمر بغير العربية وبالتالي فلا يقبل القول بالأخذ بالنص الفرنسي وإعطائه الطابع التشريعي بدعوى وجود غلط في الترجمة طالما أنه من الممكن إدخال تعديل أو تغيير على تلك النصوص بنصوص تشريعية لاحقة". (منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 36 ص. 129 وما بعدها). فهل من المعقول أن ننتظر تدخل السلطة التشريعية من أجل تصحيح غلط مادي في الترجمة. ثم ألا يعتبر مثل هذا الموقف تنازلا عن الصلاحيات الممنوحة للقضاء؟. وهي صلاحيات لو قُدرت حقيقتها لما كان هناك داع لاتخاذ مثل ذلك الموقف أو انتظار صدور مناشير وزارية على الأقل بدل تدخل السلطة التشريعية، لتصحيح مثل هذه الأغلاط كالمنشور عدد 60/20 الصادر عن وزارة العدل بتاريخ 20 يوليوز 1960 في تصحيح الغلط الحاصل عند ترجمة الفصل الرابع من ظهير 19 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتنظيم القضائي وقد جاء في ذلك المنشور: "... وبناء على ما ذكر فإن الوزارة تصدر إليكم هذا المنشور الذي يرفع اللبس الواقع.... وتطلب منكم أن تسيروا في شأنها على المقتضيات التالية:

1- إن النص الرسمي الأصلي للظهير المذكور قد حرر بالفرنسية ولما أريد طبع المجموعة بالعربية سنة 1952 عرب هذا النص فوقع خطأ في تعريبه حيث عبر المترجم بعبارة.... لا يقصدها النص الرسمي الأصلي، والتعريب الصحيح للمقطع الأول من الفصل المشار إليه هو...." :انظر هذا المنشور في مجلة القضاء والقانون، عدد 33 ص 122 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 123.

[2]- لقد أنجز هذه البحث قبل صدور دستور 2011 الذي أقر الأمازيغية كلغة رسمية. غير أن التمادي في تفعيل المادة 5 منه لاعتبارات لا يعرف حقيقتها إلا أصحاب القرار المخزني لذلك أبقينا على هذه العنوان ووضعنا لفظة غـــير بين مزدوجتين .

347- بادئ ذي بدء نشير إلى أن ق.ل.ع.م. لم يشترط في التعابير المبلورة لتوافق الإرادتين الذي ينعقد به العقد تقيد المتعاقدين بأي لسان حتى عندما يتعلق الأمر بالعقود التي تعتبر فيها الكتابة، حسب القضاء المغربي، ركنا في الانعقاد النهائي كالبيوع أو المعاوضات الواقعة على العقارات المحفظة (الفصلان 489 و2/620 من ق.ل.ع.م).

وإذا كان الإشهاد الكتابي هو الأسلوب الذي لا يعتد بغيره، متى تجاوز نصاب المشهود فيه قيمة أو مبلغا معينا (الفصول 443 و789 و1192 من ق.ل.ع.م)، خارج الحالات المستثناة قانونا (الفصلان 447 و448 من ق.ل.ع.م)، والمعتد فيها بالإشهاد غير الكتابي لإثبات العقود؛ فإن هذا الإشهاد سواء كان كتابيا أو غير كتابي لا يشترط فيه ق.ل.ع.م. أيضا التقيد بأي لسان.

ومعنى هذه الحرية، التي يفرضها الواقع الاجتماعي وهو أقوى من القانون مهما بلغت حدة قيوده التي تبقى ظرفية وإن طال أمدها، أن المتعاقدين يستطيعان إبرام العقد وتحريره كتابة بأية لغة يرونها ملائمة لبلورة الغرض المتوخى من التعاقد. وهكذا، إذا ما اقتصرنا على العقود المبرمة داخل المغرب وباللسان المغربي المتميز في وحدته بالتنوع اللغوي، فإن تطبيق الفكرة السابقة والمستفادة من ق.ل.ع.م. على هذه العقود؛ يحملنا على القول إن هذه العقود تكون موجودة في إنشائها وإثباتها بغض النظر عما إذا كان اللسان المغربي المستعمل في إيجاد العقد إنشاءا وإثباتا متمثلا في العربية الفصحى أو الدارجة المغربية أو اللغة الأمازيغية (في إحدى مظانها: الأطلسية أو السوسية أو الريفية) أو العبرية أو الفرنسية أو الإسبانية.

ولكن عندما ينبرم العقد ويحرر إما بالعبرية أو الفرنسية أو الإسبانية أو الإنجليزية، فإن الأمر هنا لا يثير أية صعوبة إذ يمكن النظر إلى هذه اللغات على أنها أجنبية ولذلك متى ترجمت إلى العربية لمسايرة متطلبات لغة التقاضي في المغرب أخضعناها للفرضية المارة بنا والمتمثلة في الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند ترجمة (تعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أجنبية.

غير أن الصعوبة بل المشكل، يمكن أن يثار متى أنشئ العقد وحرر بإحدى مظان اللغة الأمازيغية ثم عرب أو طلب تعريبه لمسايرة متطلبات لغة التقاضي في المغرب[1]- إلى حين تفعيل دستور 2011 -، أو أنشئ بإحدى مظان اللغة الأمازيغية وحرر بالعربية الفصحى[1] وهذا هو الغالب في الريف الشرقي مثلا.

[1]- إن هذا الاحتمال لا يمكن استبعاده خاصة بعدما تنامى الوعي بصورة أو بأخرى بأهمية اللغة الأمازيغية على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. انظر مثلا:

- Ahjgoune Lahoucine et Sabri Lahcen : « Le rôle de l'élément linguistique dans le développement économique et social » in Actes de la première rencontre (La

348- إن حل هذا المشكل في ضوء مبدأ الحرية اللغوية المهيمن على إيجاد العقود من حيث إنشاؤها وإثباتها كما هو مفهوم من أحكام ق.ل.ع.م.، يقتضي من القاضي، وقياسا على الفرضية الأولى المارة بناء، أن يعتبر بالنسبة إلى الوجه الأول من هذه الفرضية الثانية أن الوثيقة المترجمة لما عرب أو طلب تعريبُه وثيقة مجملة أو مبهمة بسبب عدم الدقة عند التعريب؛ وهنا يسوغ تأويل الوثيقة المعربة بالرجوع على الأقل[2] إلى الوثيقة الأصلية المحررة بالأمازيغية. والحقيقة فإن هذا الحل يمكن أن ينطبق حتى على الوجه الثاني من هذه الفرضية والذي ينشأ فيه العقد ويتكون شفويا بإحدى مظان الأمازيغية ولكنه يحرر كتابة بالعربية الفصحى إذ في هذا الوجه أيضا يمكنه، في تقديرينا، أن يرجع إلى الأصل. ولكن بما أن هذا الأصل غير مكتوب، لذلك يستطيع أن يعتبر اللفظ المكتوب بالعربية مجملا أو مبهما خاصة عندما يتمكن أحد المتنازعين من تقديم الدليل غير المقيد بالكتابة على هذا الإجمال أو الإبهام كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من الفصل 444 من ق.ل.ع.م والدليل المقصود هنا هو إثبات كون العقد قد أنشئ في الحقيقة بإحدى مظان الأمازيغية ليس إلا.

349- وإذا كان هذا الوجه الثاني لا يخرج عن المألوف في ميدان التأويل بغض النظر عن اللغة المستعملة في العقود ولذلك لن يثير أي رد فعل، فإن حل الوجه الأول والمساير لما هو مفهوم من أحكام ق.ل.ع.م. من شأنه أن يثير ردود فعل من قبل المتمسكين بنظرة إيديولوجية لمفهوم اللغة عن وعي أو غير وعي.

فقد يقول هؤلاء إن اللغة التي يتكون بها العقد ويحرر في الحقيقة هي تلك اللغة التي عرب أو طلب تعريب العقد بها وليس غيرها من مظان اللغة الأمازيغية. ولذلك فمتى كانت الوثيقة المعربة واضحة من حيث معناها الحرفي النحوي وجب على القاضي أن يمتنع عن تأويل العقد.

culture populaire, l'unité dans la diversité) organisée par l'association de l'Université d'été d'Agadir, du 18 au 31 Août 1980. imprimerie de Fédala Mohammedia, 1982, p. 3 et s.

[1]- إذا كنا لم نتعرض هنا لاحتمال إنشاء العقد وتحريره بالدارجة المغربية، فليس لأن هذه الأخيرة لا تعتبر في عمقها لغة منفصلة في بنيتها وفي كثير من ألفاظها عن اللغة العربية الفصحى، بل لأن القاضي، في هذا الوجه، لن يكون في حاجة إلى ترجمة (تعريب) كما يشهد بذلك حتى واقع المرافعات الشفوية التي، غالبا ما، تكون بالدارجة مع أن التقيد بحرفية النصوص، وهو عادة غالبة على القضاء المغربي، يقتضي أن تكون بالعربية الفصحى وليس بالدارجة وإن سميت هذه الدارجة بالعربية.

[2]- نقول: "على الأقل" بالنظر إلى إيماننا بالطابع القيدي والقامع للكتابة في حد ذاتها كما مر بنا أكثر من مرة بالمقارنة مع المنطوق الشفوي.

وربما سيتمسك أصحاب هذا الموقف بكون اللغة المعتبرة بمثابة الحقيقة في المغرب هي اللغة العربية الفصحى. أما ما عداها فلا يرقى إلى مصاف اللغة لكي يؤخذ في الاعتبار[1]. ولذلك فإن هذه الحقيقة هي الوحيدة التي يجب الاعتداد بها كدليل على وجود العقد في ذاته ومضمونه. فإذا جاء هذا الدليل المكتوب بالعربية الفصحى صريحا (واضحا) كان على القاضي أن يمتنع عن التأويل.

كما قد يتمسكون بكون التغافل عن الأخذ بالعربية الفصحى وحدها في ميدان التصرفات أو العقود، وهي مظاهر اجتماعية واقتصادية للشعب المغربي، من شأنه أن يؤدي إلى تمزق وحدة هذا الشعب. الواقع أن مثل هذه الذرائع إذا كان من شأنها أن تكون مقنعة أو ناجعة فليس بالنظر إلى مدى علميتها وإنما إلى بعدها الديماغوجي حتى لا نقول الإيديولوجي.

350- ففيما يخص اعتبار الأمازيغية لغة، يكفي التذكير بأن العربية الفصحى بدورها لم تكن لغة بالمعنى المتعارف عليه في الوقت الراهن؛ إذ كانت تستخدم بمعنى اللهجة. ولا أدل على ذلك من أن القرآن لم ترد فيه كلمة "لغة" على الإطلاق[2].

والفرق بين اللغة واللهجة لا يعود إلى مضمون كل منهما في حد ذاته وإنما إلى علاقة القوة والسيطرة السياسية بين أصحاب المضمونين اللسانيين. ومن هنا يمكن الذهاب مع اللغوي الاجتماعي جان كالبي إلى أن "اللهجة ليست إلا لغة محطمة واللغة ما هي إلا لهجة نجحت سياسيا"[3]. وهكذا إذا ما استبعدنا النظر إلى مضمونين لسانيين من زاوية علاقة القوة والسلطة الموجودة بينهما واقتصرنا عليهما في حد ذاتهما فقط؛ قلنا إنهما أمر واحد ويتمثل هذا الأمر في كونه أداة للتواصل الاقتصادي والاجتماعي والثقافي بغض النظر عما يعرفه هذا التواصل أو التداول في التنمية من صراع واختلاف أو انسجام وائتلاف[4]. ومن كل هذا يمكن الذهاب إلى أن الأمازيغية

[1]- لازال البعض,ربما بسبب الجهل البريء أو بسبب التعصب القومجي أو الديني وهو جهل خفي, يتمسك بهذا الموقف على الرغم من أن الأمازيغية اعترف بها دستور 2011 كلغة كما اعترف برسميتها نظريا على الأقل إلى أن يتم تفعيل هذه الرسمية .

[2]- إن كلمة "لسان" هي التي وردت في "القرآن " (وجمعها السنة) للدلالة على جملة معان منها: - آلة الكلام....، اللغة بمعنى رصيد الكلمات والقواعد التي تملكه الجماعات اللغوية....: - الكلام بمعنى الاستعمال الفردي للغة....، - الأسلوب بمعنى الخاصة الفردية للمتكلم...." عن: أحمد مختار عمر: "المصطلح الألسني العربي، ضبط المنهجية" ;مقال مشار إليه في السابق، ص.7.

[3]- جان لوي كالبي: اللسنيات والاستعمار، دار النشر بابوص ص 54 : عن: قاضي قدور: الأمازيغية لغة أو لهجة": منشور ضمن أعمال الدورة الأولى لجمعية الجامعة الصيفية بأكادير، 1980، مطبعة فضالة –المحمدية، 1982، ص. 151. انظر أيضا في نفس هذا المرجع:

- Ahmed Akouaou : « Présentation critique d'une situation et d'une méthode linguistique », p.p. 16, 17 et 19.

[4]- انظر على سبيل المثال فيما يماثل هذه الفكرة: قاضي قدور: مقاله المشار إليه قبله، ص. 152.

لغة بكل مظانها السوسية والأطلسية والريفية[1]. بل الأكثر من هذا فإن كل مظنة من هذه المظان يمكن أن تعد في حد ذاتها لغة متفرعة عن الأمازيغية وهي اللغة الأصلية.

351- وفيما يرجع إلى كون الأخذ بالتعدد اللغوي ولو في ميدان العقود من شأنه أن يساهم في اختلال وحدة الشعب؛ نقول إن هذا التخوف الرابط بين عدم التماسك الاجتماعي أو الديني والتعدد اللغوي لم يثبت في الماضي ولا في الحاضر ما يؤكده"[2]: من جهة فإن بقاء الدين الإسلامي لا يرجع إلى وحدة اللغة العربية كما يدعي البعض وإنما إلى الإيمان بقيمته، ولا علاقة للإيمان باللغة، ولا أدل على هذا من أن الجاهلين باللغة العربية من المسلمين ليسوا أقل تمسكا بدينهم من العارفين منهم بهذه اللغة ليس في المغرب فقط وإنما في كافة أنحاء المعمور.

كما أن استقلال المغرب، من جهة أخرى، يرجع إلى إيمان المغاربة بوحدة مغربيتهم وليس إلى إيمانهم بوجود لغة واحدة.

ثم إن الواقع الحالي يشهد على أن التعدد اللغوي عنصر فعال في التنمية ولا أدل على ذلك من أن بعض الدول قد كرست هذا التعدد قانونا ومع ذلك لم يؤثر في وحدتها ،إلا بأن زاد في تنميتها وخير مثال، في هذا الصدد، هو سويسرا ذات أربع لغات رسمية[3].

ومن خلال كل ما مر بنا يتبين أن ما يمكن التمسك به لنفي أو التقليل من القيمة الفعلية للأمازيغية ومظانها لا يمكن أن يصمد على مستوى معالجة الأمور بموضوعية ولو اقتصرت هذه الموضوعية على نسبة الأمر إلى موضوع العدد الهائل من التصرفات أو العقود التي تتبرم يوميا بالأمازيغية ولو على المستوى الشفوي.

- أحجكون لحسين وصابري لحسن: "دور العنصر اللساني في التنمية الاقتصادية والاجتماعية: مقال مشار إليه في السابق، ص. 3 و5 وما بعدها.

[1]- قاضي قدور: مقاله المشار إليه قبله، ص 149 و152. -بوكوس أحمد: "حول التعدد اللغوي": مقال مشار إليه في السابق، ص. 176.

[2]- يعتقد عبد السلام التونجي أن وحدة اللغة العربية هي الضامنة للوحدة الإدارية والقانونية والسياسية والدينية. ولهذا الاعتبار نجده يقول: "ولعلي لا أغالي إذا قلت إن وحدة اللغة مقدمة في الاعتبار عن وحدة الشعب". وبهذا معناه أنه يمكن التضحية بوحدة الشعب من أجل الإبقاء على وحدة اللغة العربية. ولقد تناسى أن التضحية بوحدة الشعب معناه تمزيق هذا الأخير. وأمام التمزيق لا يكون الحديث عن وحدة اللغة إلا ضربا من الوهم: انظر عبد السلام التونجي: "المصطلحات القانونية في البلاد العربية" :منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 7 من ص. 79 إلى 81. -وانظر في هذا الاتجاه أيضا: عبد العزيز بنعبد الله: "ثورية التعريب" :محاضرة منشورة بمجلة اللسان العربي الصادرة عن المكتب الدائم لتنسيق التعريب في الوطن العربي، جامعة الدول العربية، الرباط، المجلد التاسع، الجزء الأول، يناير 1972، من ص. 7 إلى 10. -- محمود عبد المولى: "معركة العربية في الجزائر". :منشور بنفس المجلد والجزء من المجلة قبله، ص. 14 و16.

[3]- بوكوس أحمد: "حول التعدد اللغوي" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 177.

352- وعليه إذا ثبتت هذه المناقشة وربطناها بالمشكل الذي نحن بصدد محاولة معالجته، قلنا إن القاضي الذي يهدف إلى احترام روح ق.ل.ع.م. يستحسن له أن يعتبر العقد المعرّب عقدا مجملا أو مبهما، وبالتالي يجوز له تأويله، كلما تبين له أن هذا العقد استعملت في إنشائه أو تحريره الأصلي إحدى مظان اللغة الأمازيغية.

الفصل الثاني :
حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوب بالتعارض بين عباراته الواضحة في الظاهر وإرادته الحقيقية

353- تنص الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. على أن التأويل يجوز: "1- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير قابلة للتوفيق مع الغرض البين والمتوخى عند تحرير التصرف".

والظاهر من هذا الحكم أن الحالة المقصودة هنا لا تتمثل إلا في تلك التي لا يمكن التوفيق فيها بين المعنى الحرفي النحوي للتعبير المستخدم في العقد وسبب الالتزام فيه[1]؛ إذ أن عبارة "الغرض البين" لا تعني أكثر من الهدف المباشر والفوري المتلمس في طبيعة العقد والنية المشتركة للمتعاقدين[2]. وما جاء بعد هذه العبارة لا يفيد إلا هذا الهدف المباشر الذي يضعه المتعاقدان نصب أعينهما وقت إبرام العقد.

[1]- انظر في التعريف الكلاسيكي لسبب الالتزام على سبيل المثال:
- Eugène Gaudemet : Théorie générale des obligations, réimpression de l'édition publiée en 1937, Sirey, 1965, p. 112 et s.
- G. Ripert : La règle morale des obligations civiles, 4ème ed, L.G.D.J. Paris, 1949, n° 33, p. 62.
- فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: ج.6، مرجع سابق، رقم 107 وما بعده في ص. 145 وما بعدها.
– عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق، رقم 508 ص 536 ورقم 522 ص. 546. –الوسيط في شرح القانون المدني: ج.1، مرجع سابق، رقم 242 ص. 451 و263 ص.478. – مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م. ج.1: مرجع سابق، رقم 137 ص. 174.
- Jacques Ghestin : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J, Paris 1971, n° 211 p.253, n°215, p258 et s.

[2]- لقد أشير إلى طبيعة العقد والنية المشتركة للمتعاقدين في الفصل 599 من المشروع التمهيدي لسانتيانا: انظر آخر الفقرة 305 قبله.

وبهذا الفهم يكون المقصود بالحالة التي نحن بصدد معالجتها هو أن العقد لا يكون صريحا عندما يضطر القاضي إلى إعادة تكييفه بسبب عدم سلامة التكييف الاتفاقي المعتمد فيه[1] أي بسبب حصول غلط مادي في تسمية العقد.

ونعتقد بأن الحكم المار بنا يتجاوز هذا الفهم الذي يحصر الغلط في التعبير اللاحق لتوافق الإرادتين[2] ليستغرق حتى الغلط في الإرادة السابقة عن التعبير. فهذه الحالة الأخيرة هي التي يتجسم فيها التعارض الحقيقي أي تعذر التوفيق بين التعبير والغرض المتوخى من العقد[3]. ولذلك نجد من الفقهاء من يعرف الغلط بالمعنى المضبوط، أي الغلط النفسي المقابل للغلط المادي، بأنه التعارض بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية[4] أو أنه التعارض العفوي وغير المقصود بين الإرادة والتعبير[5].

وإذا كان هذا التعارض العفوي وغير المقصود هو الذي ننوي دراسته في هذا الفصل ضمن فرع أول؛ فإن الإحاطة به تقتضي منا أيضا تلمس وجهه المقابل والمتمثل في التعارض المقصود أو المدبر من جانب المتعاقدين معا أو من جانب متعاقد واحد ضمن فرع ثان.

وعليه فإن هذا الفصل سيتناول ما يلي:

- **الفرع الأول : الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض العفوي وغير المقصود بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة أو الغلط المسبب للإبطال.**
- **الفرع الثاني : الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض المقصود أو المدبر من جانب المتعاقدين معا أو من جانب متعاقد واحد بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة.**

[1]- إن الأمثلة التي يضربها شراح ق.ل.ع.م. لتوضيح هذه الحالة إنما تنم عن اقتصارهم على هذا الفهم غير الواسع: انظر على سبيل: مأمون الكزبري: المرجع قبله، رقم 193 ص. 238 – هشام فرعون: المرجع السابق، رقم 441 ص. 218 الهامش 1. – أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام إلخ... مرجع سابق، ص. 213.

[2]- لذلك عالجناه ضمن فرضيات الإجمال أو الإبهام المرتبطة بتحرير العقد.

[3]- وهذا عكس ما يحدث، عندما يتعلق الأمر بالغلط في تسمية العقد كما مر بنا في السابق.

[4]- أوجين كودمية: النظرية العامة للالتزامات: مرجع سابق، ص. 56. –انظر أيضا:
- Robert Party : Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève, 1953, p. 232.

[5]- بوسمهارت:تأويل العقود:مرجع سابق، ص. 21 وما بعدها.

الفرع الأول :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض العفوي وغير المقصود بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة أو الغلط المسبب للإبطال

354- إن أغلاط التعبير المارة بنا دراستها لم توصف بالمادية إلا على فرض أنها تطرأ بعد حصول توافق الإرادتين الذي يقوم به العقد من جهة، وعلى فرض أن النزاع من جهة أخرى لا يتعلق بهذا التوافق بين الإرادتين في حد ذاته وإنما بتصحيح التعبير ليس إلا.

غير أن الغلط قد يمارس تأثيره على الإرادة وهي في طور التكوين. ولا شك أن المتمسك بهذا الغلط في النزاع لن يقتصر على المطالبة بتصحيح التعبير المستخدم في العقد وإنما بعدم إعمال هذا العقد إن كان هذا الأخير لم ينفذ بعد أو بإبطال العقد إن كان قد نفذ.

وإذا كان المقام هنا لا يسمح بدراسة الغلط من جميع جوانبه، وإلا خرجنا عن المطلوب الذي يقتضي منا تناوله من زاوية ما يتسبب فيه من إجمال أو إبهام ليس إلا؛ فإن إعطاء نبذة جد مختصرة عن كل من مفهوم الغلط في ق.ل.ع.م. وتحديد الشروط الواجب توافرها في هذا الغلط من شأنهما أن يضبطا لنا بجلاء حدود الإجمال أو الإبهام الذي يتسبب فيه الغلط.

وهكذا فسنتناول هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: مفهوم الغلط في ق.ل.ع.م
- المبحث الثاني: شروط الغلط القائم سببا للإبطال

المبحث الأول :
مفهوم الغلط في ق.ل.ع.م

355- الغلط هو التقدير غير الحقيقي للواقع أو التصور الوهمي لحقيقة الأمور[1]، أو يتمثل في الاعتقاد في حقيقة ما هو غير حقيقي أو الاعتقاد في غير

[1] - Louis Milliot : Introduction à l'étude du droit Musulman, Sirey, Paris, 1971, n° 221, p. 230.

حقيقة ما هو حقيقي[1]. وبعبارة أخرى فإن الغلط اعتقاد مخالف للحقيقة ينصب على العناصر الموضوعية أو الشخصية للعقد[2].

ولقد اعتاد المهتمون بدراسة ق.ل.ع.م. تصنيف الغلط من خلال النظر إليه من زاوية الجزاء المترتب عليه. غير أنه نظرا لاعتقادنا في عدم سلامة هذا التصنيف، بسبب ما يفضي إليه التوضيح الفقهي السائد للفصل 41 ق.ل.ع.م. من إجمال أو إبهام يحتاج رفعه إلى محاولة تأصيل هذا الفصل، لذلك نرى أن نقوم بمحاولة تأصيل الفصل 41 من ق.ل.ع.م. (المطلب الثاني) بعد تقديم وصف للتصنيف المألوف للغلط في المؤلفات الأكاديمية المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م. (المطلب الأول).

المطلب الأول :
التصنيف المألوف للغلط في المؤلفات الأكاديمية المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م

356- يصنف الغلط في هذه المؤلفات إلى الغلط المسبب للبطلان (الفقرة الأولى) والغلط المسبب للإبطال (الفقرة الثانية) والغلط غير المسبب للبطلان أو الإبطال (الفقرة الثالثة)[3].

[1]- جاك كيستان: مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 1. ص.1. –والجدير بالإشارة أن هذا التعريف لا يختلف عما هو متداول لدى المهتمين بدراسة ق.ل.ع.م. في الجانب المتعلق فيه بالغلط: انظر على سبيل المثال: شكري أحمد السباعي: نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، ط.1، المطبعة المثالية، الرباط 1971، ص .243. – وانظر أيضا مقاله حول: "نظرية الغلط في ق.ل.ع.م." :منشور بمجلة جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد 2 ص. 23. – مأمون الكزبري: المرجع السابق، ج.1، رقم 47 ص. 74. – محيي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص. 96. - هشام فرعون: المرجع السابق، رقم 161 ص. 82 وما بعدها. – الفصايلي الطيب: المرجع السابق، ج. 1، ص. 96 وما بعدها. –الصقلي الحسيني علي: المرجع السابق، ج.1 ص. 83. –جورج كوتيربيه: المرجع السابق، ص. 41.

[2]- أورلياك ومالفوس: تاريخ القانون الخاص، ج.1 : الالتزامات: مرجع سابق، رقم 111 ص. 118.

[3]- كل المراجع المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م. والمشار إليها قبله تسير في هذا الاتجاه. –انظر أيضا: وزارة العدل: شرح قانون الالتزامات والعقود –الكتاب الأول- الجزء الأول: مرجع سابق، ص. 74 وما بعدها و78.

الفقرة الأولى :
الغلط المسبب للبطلان في المؤلفات الأكاديمية المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م

357- الغلط المسبب للبطلان هو الغلط المانع. وهذا الغلط، نظرا لجسامته، لا يعيب الإرادة فقط وإنما يعدمها؛ الأمر الذي يترتب عليه عدم وجود العقد في حد ذاته[1].

وعلى الرغم من خلو أي تنظيم للغلط المانع في ق.ل.ع.م.، إلا أن "وجوده يستفاد من المبادئ العامة"[2].

ويكون الغلط مانعا عندما يقع إما في ماهية العقد، أي في طبيعته كأن يعتقد أحد المتعاقدين أنه يبيع بينما يعتقد الطرف الآخر أنه يكتري، أو يقع في ذات الشيء محل الالتزام كما لو "اعتقد المشتري بصفة قطعية أنه اشترى قطعة أرضية معينة بينما الأمر في ذهن البائع تعلق بقطعة أخرى"[3]، أو يقع في سبب الالتزام ومن أمثلته ما جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 18 يناير 1947 من أنه: "يكون هناك غلط في السبب في حالة التنازل عن طريق الاعتراف بالحق للغير عندما يحصل هذا التنازل عن الحق بدون مقابل اعتقادا في أن هذا الحق غير مبني على أساس[4]".

[1]- شكري أحمد السباعي: نظرية بطلان العقود وإبطالها في ق.ل.ع.م. :مرجع سابق ص. 152.

[2]- وزارة العدل: شرح ق.ل.ع.م. –الكتاب الأول- ج.1 :مرجع سابق، رقم 93 ص. 74. –ويرى هشام فرعون (في مرجعه السابق، رقم 167 ص. 87) أن المشرع المغربي قد تبنى الغلط المانع في الفصل 2 من ق.ل.ع.م.

[3]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1922: منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.2 ص. 104 وكذا بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1923، رقم 62: انظر في هذا القرار: شكري أحمد السباعي: نظرية بطلان العقود وإبطالها إلخ :مرجع سابق، ص. 155.

[4]- منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 14. ص. 167. – ويذهب أستاذنا شكري أحمد السباعي (في نظرية بطلان العقود وإبطالها.... إلخ: مرجع سابق، ص. 153 و154) إلى أن "محكمة النقض بعد أوبري ورو" قد وصفت الغلط في سبب الالتزام بأنه "غلط في الفعالية القانونية لسبب التعهد". –صحيح أن محكمة النقض الفرنسية، تحت تأثير المستشارين أوبري ورو، قد استعملت هذا الوصف. ولكن علينا أن ننتبه إلى ملاحظة أوبري ورو عند إطلاقهما هذا الوصف أول الأمر: فهُمَا عند حديثهما عن الغلط كعيب من عيوب الإرادة المسببة للإبطال وليس للبطلان، أشارا إلى ترتيب نفس أثر الإبطال عندما يقع الغلط في "الفاعلية القانونية لسبب التعهد" (L'efficacité juridique de la cause de l'engagement). ومع ذلك فإنهما نَبّها إلى ضرورة الاحتراس من الخلط الذي يحصل في الغالب بين الغلط الذي لا يقع إلا في طابع السبب الموجود فعلا للالتزام وهذا هو الغلط في الفاعلية القانونية للسبب وبين الغلط الذي يقع في الوجود ذاته لسبب الالتزام. فالغلط الواقع في الفاعلية القانونية لسبب الالتزام يجعل الالتزام بل العقد قابلا للإبطال أما الغلط في وجود سبب الالتزام فإنه يجعل العقد باطلا بطلانا: انظر: أوبري ورو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا: ج.4: مرجع سابق، فقرة 343 مكرر ص. 495 بهامشها 5.

الفقرة الثانية :
الغلط المسبب للإبطال في المؤلفات الأكاديمية المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م

358- الغلط المسبب للإبطال هو الغلط الذي وإن أثر على الإرادة بإفسادها إلا أنه لا ينفيها. وفي نظر أغلب المهتمين بدراسة ق.ل.ع.م.، فإن هذا القانون لم ينظم إلا حالات هذا الغلط دون غيرها من الحالات الأخرى التي يصبح فيها الغلط مانعا نافيا للإرادة[1].

وتتمثل حالات الغلط، المعالجة في الغالب على وفق الترتيب الذي آثره لها ق.ل.ع.م.[2]، في الغلط في القانون (الفصل 40)[3]، وفي الغلط في مادة الشيء أو في صفة كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد (الفصل 41 من ق.ل.ع.م)[4]، وفي الغلط في شخص (ذات) المتعاقد معه أو في صفة فيه متى كان شخص (ذات) أو صفة المتعاقد معه أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد (الفصل 42 من ق.ل.ع.م)، والغلط

[1]- إذا كانت أغلب المراجع العربية التي تمكنا من الإطلاع عليها تسير في هذا الاتجاه؛ فإن بعض المراجع الفرنسية ترى أن الفصل 41 من ق.ل.ع.م. يتعرض حتى لبعض حالات الغلط المانع: انظر على سبيل المثال: ج. كوتيربيه: المرجع السابق، ص. 43. – ديديه مارتن (بمساهمة المعطي الرايس): القانون المدني والتجاري المغربي: مرجع سابق، رقم 259 ص. 103.

[2]- إن بعض المؤلفات قد خرجت عن هذا الترتيب: انظر على سبيل المثال: محيي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ج.1. : حيث عالج الغلط الواقع في مادة الشيء أو في صفة فيه قبل الغلط في القانون: رقم 147 ص. 186 وما بعدها ورقم 151 ص. 193 وما بعدها. – ونفس هذا الاتجاه سلكه أستاذنا إدريس العلوي العبدلاوي: محاضرات في القانون المدني: مرجع سابق، ص. 25 وما بعدها و28.

[3]- تنصب معالجة الغلط في القانون، حسب المراجع المعتمد عليها في هذا الوصف لحالات الغلط المسبب للإبطال، على إيراد بعض الأمثلة كاعتقاد المتوفى عنها في إرثها لثمن التركة فتقوم بالتنازل عن نصيبها بمقابل ثم يتبين لها فيما بعد أن القانون إنما يمنحها الرُّبع وليس الثمن، كما تنصب على شرح الشروط الواجب توافرها لقيام هذا الغلط كما هي محددة في الفصل 40 ق.ل.ع.م. بل الأكثر من هذا فإن البعض يعمد إلى إيراد تعريف للغلط في القانون كأحمد حسن البرعي الذي يعرفه بأنه "فهم المتعاقد لمضمون القاعدة القانونية فهما غير صحيح" (نظرية الالتزام إلخ... : مرجع سابق، ص. 101)، أو مؤلف وزارة العدل المشار إليه في السابق (رقم 94 ص. 75) إذ جاء فيه أن حالة الغلط في القانون تتجلى: "إما في جهل وجود قاعدة قانونية وإما في اعتقاد وجود قاعدة قانونية لا وجود لها وإما في سوء فهم قاعدة قانونية موجودة"، أو إدريس العلوي العبدلاوي إذ يذهب (في مرجعه المشار إليه قبله في الهامش 10، ص. 28) إلى أن الغلط في القانون هو "الذي ينصب على حكم من أحكام القانون بالنسبة إلى أمر من الأمور التي تلابس التعاقد".

[4]- يتعلق الفصل 41 من ق.ل.ع.م.، فعلا، بالغلط في الشيء. ولكن ما يثير الانتباه ويدفع بالتالي إلى إعادة النظر في فهم هذا الفصل، وهذا ما نرى القيام به فيما بعد عند محاولة تأصيله، هو الفهم الذي استقرت عليه المراجع المعتمد عليها في هذا الصدد والمتمثل في تفسير عبارة "ذات الشيء" الواردة في نص الفصل 41 على أن المقصود بها هو مادة الشيء ليس إلا.

الحاصل من الوسيط في مادة أو صفة الشيء المتعاقد عليه أو في شخص (ذات) أو صفة المتعاقد معه (الفصل 45 من ق.ل.ع.م)[1].

الفقرة الثالثة :
الغلط غير المسبب للبطلان أو الإبطال في المؤلفات الأكاديمية المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م

359- لقد درجت المراجع التي نرسم مفهوم الغلط في ق.ل.ع.م. من خلالها على استعراض حالات هذا الغلط غير المؤثر في صحة العقد انطلاقا من المفهوم المخالف للنصوص المنظمة للغلط في ق.ل.ع.م. وعلى الخصوص المفهوم المخالف للفصلين 41 و42 من هذا القانون. ولذلك نجد هذه المراجع تجعل مظان الغلط غير المنتج أو غير المجدي أو غير المؤثر في صحة العقد متمثلة في الغلط في صفة ثانوية أو عرضية في الشيء المتعاقد عليه[2] أو في الطرف المتعاقد معه، وفي الغلط

[1]- ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 4 مارس 1924 إلى أنه: "لا يكون التمسك بالغلط المنصوص عليه في الفصل 45 من ظ.ل.ع. مجديا إلا إذا كان الواقع فيه وسيطا للطرفين المتعاقدين. ويجب فهم لفظة "الوسيط" وفقا لمعناها الحرفي، وعلى الخصوص فإن المهندس المساح، الذي يغلط في قياس المساحة والذي تقتصر مهمته على إعداد تصميم لملكية قطعة أرضية، لا يمكن اعتباره وسيطا". (منشور بمجموعة التشريع والعمل القضائي المغربيين، السنة 1925، ص. 13). ويتبين من هذا القرار أن المهندس المساح لم يعتبر وسيطا بمفهوم الفصل 45 من ق.ل.ع.م. لأنه كلف بعمل مادي خارج عن التعاقد. أما لو تعلق عمله المادي بالتعاقد لاعتبر وسيطا. والإلحاح على المعنى الحرفي "للوسيط" لا يعني أكثر من عدم الخلط من جهة بين الوساطة في تكوين العقد والوساطة في غير ما يتعلق بتكوين العقد، ومن عدم الخلط من جهة ثانية بين الوساطة التي تتمثل في القيام بالعمل المادي ليس إلا كعمل السمسار أو الرسول أو أي شخص آخر يلتزم بتنفيذ التعليمات المتعلقة بإبرام العقد والصادرة عن المتعاقد الحقيقي والوساطة المتمثلة في القيام بعمل قانوني وهي وساطة تسمى وكالة، عندما يكون مصدرها اتفاقا، بغض النظر عما إذا كانت هذه الوكالة مأجورة (بعمولة) أو غير مأجورة. وعليه إذا كان من المعقول أن ينطبق الفصل 45 من ق.ل.ع.م. على الغلط في نقل الإرادة بواسطة الرسول أو أية أداة آلية من أدوات التواصل كالبرق أو التيلكس أو الفاكس, فإننا نعتقد- خلافا للبعض أمثال مأمون الكزبري (المرجع السابق، ج. 1 رقم 63 ص. 96) وأحمد شكري السباعي (نظرية بطلان العقود وإبطالها إلخ :مرجع سابق، ص. 260)- بأن الغلط الذي يقع فيه الوكيل بعمولة أو بدون عمولة لا ينطبق عليه الفصل 45 من ق.ل.ع.م.، باعتبار أن التعاقد عن طريق الوسيط المقصود في الفصل 45 هو تعاقد بين غائبين بمفهوم الفصل 24 من ق.ل.ع.م.، والحال أن التعاقد عن طريق الوكيل هو تعاقد بين حاضرين عندما لا يستخدم هذا الوكيل بدوره وسيطا في التعاقد. وبما أن الوكيل يتعاقد بإرادته هو وليس بإرادة الموكل الأصيل، لذلك فإن الأغلاط التي يستطيع أن يتمسك بها الوكيل هي تلك المتصلة بإرادته هو ولو تعلق الغلط الواقع منه بالقانون. أما الغلط الذي يقع من الوسيط فلا يعتد به عندما يكون غلطا في القانون على الأقل كما يفهم ذلك من المعنى الحرفي النحوي للفصل 45 من ق.ل.ع.م.

[2]- الملاحظ أن الأمثلة التي تضرب لتوضيح هذه الحالة تتسم، في تقديرنا، بعدم الدقة من جهة وبالفهم الضيق للمقصود بالصفة الجوهرية من جهة أخرى: ومن هذه الأمثلة: "إذا ما اشتريت مثلا منقولا أثريا من صنع فنان مشهور وتبين لي بعد ذلك أن هذا المنقول مصنوع من خشب الصنوبر بدل أن يكون مصنوعا من خشب السنديان كما كنت أعتقد". (مأمون الكزبري: المرجع السابق، ج.1 رقم 51 ص.79)، أو أن يكون "الشيء المبيع من صناعة مدينة معينة" (الفصايلي الطيب: المرجع السابق، ج.1 ، ص.99). فصفة الشيء في هذين المثالين لا تكون عرضية إلا إذا سكت عنها العقد. وهذا معناه أنه عندما يرد ذكرها في العقد فإنها تكون أساسية وجوهرية. لا بل الأكثر من هذا، فإنها قد

في القيمة[1]، وفي الغلط في الباعث[2]، وفي الغلط المادي الحاصل بعد توافق الإرادتين في الأسلوب المعبر به أو في الأرقام أو في الحساب[3].

360- إذا ثبت ما سبق، قلنا إن المعالجة التي حظي بها مفهوم الغلط في المراجع المهتمة بدراسة ق.ل.ع.م. من زاوية تصنيفه التي اقتصرنا على التركيز عليها، تحتاج إلى ضبط أكثر خاصة فيما يرجع إلى حالات الغلط المنصوص عليها في الفصل 41 ق.ل.ع.م.

ونعتقد بأن من شأن محاولة تأصيل هذا الفصل أن تساعد على تحقيق هذا الضبط فيما يخص تصنيف حالات الغلط المذكورة فيه.

تكون أساسية وجوهرية حتى في حالة سكوت العقد عن ذكرها؛ وذلك عندما يتمكن المتمسك بها من إثبات أنها كانت الدافع الأساسي لعزمه على التعاقد باعتبار أن وصف الصفة الجوهرية لا يعود إلى الشيء في حد ذاته وإنما إلى كون هذه الصفة هي السبب الدافع إلى التعاقد. ويستطيع القاضي أن يتوصل إلى هذا الأمر عن طريق التأويل: انظر على سبيل المثال: جاك كيستان:" مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 154 وما بعدها في ص.184 وما بعدها ورقم 161 في ص. 193 وما بعدها.

[1]- كأن يبيع "شخص شيئا بثمن زهيد لأنه يجهل قيمته" (مأمون الكزبري: المرجع السابق، ج، 1 ص. 80). والحقيقة فإن الغلط في القيمة لا يكون دائما بسبب الجهل الذي يعني عدم العلم بالقيمة. فقد ينجر الغلط في القيمة عن تصور وهمي للشيء في بعض خصائصه أو صفاته. وفي هذه الحالة فإن التفاوت بين الثمن والقيمة قد يقوم قرينة من شأنها أن تسهل الاقتناع بوقوع الغلط في هذه الخصائص أو الصفات.لا بل الأكثر من هذا فإن النظر إلى الغلط في القيمة على أنه ضرب من الضرر المادي (غبن) يسمح باعتباره شرطا يجب توافره في كافة الحالات المعتبرة أسبابا للإبطال. ثم إن الغلط في القيمة بمعنى الجهل أي عدم العلم بالقيمة يعتد به في ميدان العقارات غير المحفظة متى توافرت شروطه. وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم في تحفته:

ومن بغبن في مبيع قاما ... فشرطه ألا يجوز العاما
وأن يكون جاهلا بما صنع ... والغبن بالثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام ... وليس للعارف من قيام"

- انظر في شرح هذه الأبيات على سبيل المثال: -التسولي: البهجة في شرح التحفة: مرجع سابق، ج. 2 ص. 106 وما بعدها. – شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام: مرجع سابق، ج.2 ص. 38 وما بعدها.- وانظر أيضا في الاعتداد بجهل القيمة: - أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 58، والجزء السادس ص. 55.

[2]- إن كافة الأغلاط المعتبرة قانونا كعيوب للإرادة هي في حقيقتها أغلاط في الباعث. ومع ذلك فإن الاعتداد بها لا يتم إلا بسبب تعلقها بالشيء محل الالتزام أو بالشخص المتعاقد معه. ومن هنا فإن الغلط في الباعث لا يكون مؤثرا في صحة العقد عندما يتعلق بأمر شخصي محض أي خاص يصاحب التصور الوهمي لعدم ارتباطه بمحل الالتزام أو بالشخص المتعاقد معه. ومع ذلك فإن الغلط في الباعث ولو بالمفهوم الشخصي المحض يكون مؤثرا في صحة العقد عندما يذكر في هذا العقد أو يتفق عليه من قبل المتعاقدين معا ولو لم يذكر في العقد المحرر: انظر جاك كيستان: مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 62 ص. 62 وما بعدها.

[3]- إن الغلط المادي، المارة بنا دراسته في السابق، وإن كان لا يؤثر في صحة العقد إلا أنه يستوجب التصحيح. وفي هذا الأمر يتميز عن الأغلاط غير المؤثرة فعلا في صحة العقد، ذلك أن التعابير المستعملة هنا تبقى على حالها ليس فقط فيما يرجع إلى صحتها وإنما أيضا فيما يعود إلى عدم قابليتها للتصحيح.

المطلب الثاني :
محاولة تأصيل الفصل 41 من ق.ل.ع.م

361- ينص الفصل 41 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "يخول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى".

تعد الصياغة الفرنسية لهذا النص[1]، في نظر ج. كوتريربيه، جد معيبة لأن العبارة الأخيرة فيه تثير التساؤل حول ما إذا كانت تعود، كوصف، إلى كل ما سبقها من العبارات الأخرى أم أن عودها يقتصر على صفة الشيء فقط. وبما أن الصياغة المعتمدة ترجح عودها إلى صفة الشيء فقط لذلك يكون بناء النص معيبا[2].

أما المراجع العربية المعتمد عليها قبله في وصف مفهوم الغلط في القانون من حيث تصنيفه، فقد رأت أن تؤول عبارة "ذات الشيء" الواردة في الفصل 41 بمعنى "مادة الشيء". وهي في تأويلها هذا لم تصدر إلا عن كون الجزاء المترتب على الغلط المانع هو البطلان وحده دون الإبطال؛ والحال أن الفصل 41 المذكور يشير إلى ما ترجم بالإبطال؛ (rescision).

ونعتقد بأنه لو تم البحث عن حقيقة هذا النص في ضوء الأصول (المصادر) المستقى منها لما عاب عليه البعض صياغته ولما كان هناك داع لتأويل عبارة "ذات الشيء" بمعنى "مادة الشيء"[3].

362- فلقد كان الفصل 50 من المشروع التمهيدي لسانتيانا، وهو الأصل الحقيقي للفصل 45 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود وبالتالي للفصل 41 من

---

[1] - L'art. 41 du D.O.C. décide que : « L'erreur peut donner ouverture à rescision, lorsqu'elle tombe sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement ».

[2]- كوتريبيه: المرجع السابق، ص. 42 و43. – ويذهب شكري أحمد السباعي، في هذا الصدد، إلى كون: "الفرق بين التشريع المغربي والنظرية الحديثة في الغلط هو أن التشريع المغربي أخذ بالغلط الجوهري أي الدافع إلى التعاقد بالنسبة للغلط في الصفة في الشيء وبالنسبة للغلط في الشخص أو في صفة فيه في حين أن النظرية الحديثة عممت الحكم وأخذت بالغلط الجوهري سواء تعلق الأمر بالصفات أو غيرها....": نظرية بطلان العقود وإبطالها في ق.ل.ع.، مرجع سابق، ص. 263.

[3]- بل حتى خارج البحث عن حقيقة نص الفصل 41 في ضوء أصوله (مصادره)، يمكن أن يفهم على أن المقصود في هذا النص بالغلط هو الغلط الواقع في ذات الشيء القيمي أو في نوع الشيء المثلي أو في صفة جوهرية فيه. وبهذا الفهم يمكن تصنيف الغلط في ذات الشيء القيمي أو في نوع الشيء المثلي ضمن ما يسمى تقليديا بالغلط المانع ويبقى الغلط في صفة جوهرية هو المرادف لكل من الغلط في مادة الشيء أي في خصائصه الموضوعية والغلط في الصفات العارضة متى كانت هي الدافعة إلى التعاقد. ومع ذلك فإن هذا الفهم لا يتلاءم وما هو معتاد لدى شراح ق.ل.ع.م. في فهم الفصل 41 من هذا القانون.

ق.ل.ع.م. يقضي بأنه: "يمكن للغلط في الواقع تخويل الرجوع في العقد (rescision):

1- عندما يقع على الشيء في ماهيته ذاتها (l'identité même de l'objet) أو في مادته (sa substance) أوفي صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى.

2- عندما يكون أحد الطرفين قد وضع نصب عينيه عقدا مخالفا للعقد الذي عبر عن ارتضائه"[1].

ففي هذا النص تتبدى جليا للعيان حالات ما يسمى تقليديا[2] بالغلط المانع إلى جانب حالات الغلط في الشيء المفسدة للإرادة.

363- وإذا كان الحكم الحامل رقم 2 والمتعلق في نص سانتيبانا بطبيعة العقد قد حذف عند اعتماد المشروع في المجلة التونسية فهذا لا يعني أن الحذف أريد به إخراج ما يسمى بالغلط المانع من المقصود بالفصل 45 تونسي وبالتالي 41 مغربي؛ وذلك لأن الغلط في طبيعة العقد ليس من الضروري اعتباره نوعا خاصا من أنواع الغلط المانع إذ أن من ينخدع في طبيعة العقد المراد إبرامه حقيقة لا يخرج تصوره الوهمي عن أحد أمرين: إما أن ينخدع في محل التزاماته هو وإما أن ينخدع في محل التزامات المتعاقد معه. وفي كلا الأمرين فإن الغلط في طبيعة العقد لا يخرج في آخر المطاف عن الغلط في الشيء محل الالتزام. لا بل الأكثر من هذا فإن الغلط في طبيعة العقد لا يمكن تصوره عمليا، كما يرى جاك كيستان، إلا في العمليات التعاقدية المعقدة والتي يدق تكييفها كعملية الاشتراك في التأمين التعاضدي التي قد تلتبس بعملية التأمين العادي أو عملية الائتمان المؤجل التي قد تختلط بالقرض الطويل الأمد[3].

[1] - L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision :
1- Lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance , ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.
2- Lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir ».
- عن المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص.22.

[2]- نقول "تقليديا" لأن اصطلاح "الغلط المانع" يجد أصله حتى من حيث صيغته في القانون الروماني: أنظر: جاك كيستان: مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 9 ص.9. –أورليك ومالفوس: تاريخ القانون الخاص: ج.1 : مرجع سابق، رقم 111 ص. 119. –جيفارد وفيللبرس: القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم (الالتزامات): مرجع سابق، رقم 266 ص. 184 وما بعدها.

[3]- جاك كيستان: مفهوم الغلط إلخ...مرجع سابق، رقم 235 ص. 218 وما بعدها.

364- وكذلك إذا كان الحكم الحامل رقم 1 في نص سانتيبانا قد حلت فيه، عند اعتماده في المجلة التونسية، لفظة "النوع" (espèce) محل ما درجت المؤلفات العربية، المعتمدة في هذا الصدد، على ترجمته بـ "المادة" (substance)؛ فإنه من غير المستبعد أن تكون اللجنة، المكلفة بمناقشة المشروع التمهيدي لسانتيبانا والخروج بالصيغة النهائية لنصوص المجلة التونسية، قد قصدت بإحلال لفظة "النوع" محل لفظة "المادة" أحد الاحتمالين التاليين:

الاحتمال الأول هو إضافة مظنة جديدة إلى مظان ما يسمى بالغلط المانع إلى النص على أساس أن هذا الأخير كما يقع في ماهية أو ذاتية الشيء، وهي صورته التي تجعل منه جنسا متميزا عن غيره من أجناس الأشياء الأخرى؛ قد يقع أيضا في نوع من الأنواع التي يتفرع إليها الجنس الواحد من الأشياء. فإذا كان العقار جنسا من الأشياء وهو مستقل عن المنقول المعتبر بدوره جنسا آخر من الأشياء، فإن الأرض تعد نوعا في جنس العقار. ولكن بما أن مفهومي الجنس والنوع متداخلان باعتبار أن ما يشكل نوعا بالنظر إلى ما يعلوه مما ينتمي إليه، يشكل في نفس الوقت جنسا بالنظر إلى ما يدنوه مما يتفرع عنه؛ لذلك يظهر أن الاحتمال الثاني هو الأرجح فيما يكون قد قصد من تغيير لفظة "المادة" بلفظة "النوع".

ويتمثل الاحتمال الثاني في قصد التأكيد بلفظة "النوع" على الخصائص المميزة للشيء في حد ذاته أي تلك الخصائص الطبيعية أو الاصطناعية التي تجعل الشيء جديرا بحمل الاسم الموصوف به في صورته.

إن هذا الاحتمال الثاني يسمح لنا بالذهاب إلى أن المقصود بالنوع في الفصل 45 من المجلة التونسية، أي في الفصل 41 من ق.ل.ع.م.، هو صورة الشيء منظورا إليه من زاوية الخصائص أو الصفات الموضوعية الأصلية التي يقع تغليبها في إطلاق الوصف (الاسم) المألوف على تلك الصورة. وإذا كانت لفظة "substance" قد غيرت بلفظة "espèce" في النص النهائي الذي أصبح يحمل رقم 45 في المجلة التونسية (وبالتالي 41 من ق.ل.ع.م)؛ فربما من أجل مجيء الصياغة النهائية ملائمة أكثر لما يستفاد من التعليق الذي أورده سانتيبانا على هامش الفصل 50 من مشروعه التمهيدي المار بنا[1].

[1]- نقرأ في تعليق سانتيبانا (في المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 23) وهو يتحدث عن شكل الغلط الواقع في الخصائص الموضوعية الأصلية في الفقه الحنفي والمالكي المثالين التاليين: شراء معطف على أنه من نوع القماش الثمين فإذا هو من النوع العادي، أو شراء فص على أنه من ماس فإذا هو زجاج. – والملاحظ من هذين المثالين أن الغلط وقع في نوع الشيء لأنه إذا كان القماش جنسا فإن من أنواعه الثمين والعادي، وكذلك إذا كان الزجاج من جنس فمن أنواعه الماس. وهذا النوع هو الذي يجعل الشيء محتفظا بذاته ("والذات" أوردها سانتيبانا بالعربية كمرادف للكلمة الفرنسية "substance" في نفس الصفحة من المرجع المذكور قبله) في استقلال عن جنس الأشياء التي ينتمي إليها في ماهيته وطبيعته (identité).
وتذهب الحنفية إلى أن الغلط إذا وقع في جنس الشيء بطل العقد. وإذا وقع في نوع الشيء فسد العقد. فلقد جاء في شرح سليم باز رستم اللبناني للمادة 208 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية أنه: ".... لو باع ساعة على أنها من

وبهذا المفهوم الذي نحدد به الغلط في نوع الشيء، تخرج الخصائص أو الصفات الموضوعية العرضية أو الثانوية للشيء من نطاق الغلط المعتد به ما لم يثبت المتمسك بهذا الغلط أن الخاصية أو الصفة العرضية للشيء كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد، وهذه الفرضية هي التي يعنيها الشق الأخير في الفصل 41 من ق.ل.ع.م.، أو يُشترط توافر هذه الخاصية أو الصفة العرضية صراحة في العقد ثم يتبين فوات الوصف المشترط إذ في هذه الحالة لا يكون المتمسك بالغلط ملزما بإثبات كونه السبب الدافع إلى التعاقد.

365- وهكذا يتبدى لنا، مما سبق، أن الفصل 41 من ق.ل.ع.م. لا يقتصر على تنظيم الحالات المعتبرة عيوبا للإرادة فحسب وإنما أيضا أهم حالات ما يسمى بالغلط المانع.

وإذا كانت حالات الغلط المانع قد استبعدها الفقه المغربي لمجرد أن الفصل 41 من ق.ل.ع.م. إنما يتحدث عن حالات الغلط المسبب للإبطال وليس للبطلان؛ فإن هذا التبرير قد لا يكون مقنعا إذا ما علمنا من جهة أن الجزاء المترتب على الغلط المانع، أهو البطلان أم الإبطال، كان مثار اختلاف بين الفقهاء في فرنسا[1]؛ وعلمنا من جهة أخرى أن سانتيبانا قد استعان، ضمن ما استعان به، في وضع الفصل 50 من مشروعه التمهيدي فيما يرجع إلى مضمونه من حالات الغلط وكذا فيما يرجع إلى صياغته أساسا بالفصل 19 من قانون الالتزامات السويسري المؤرخ في 14 يونيو 1881[2]، وكذا بالفصل 119 من القانون المدني الألماني الذي دخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 1900. والجزاء المترتب في هذين القانونين السويسري والألماني على الغلط، بغض النظر عن وصفه بالمانع أو المفسد للإرادة هو الإبطال وليس البطلان[3].

ذهب فظهر أنها من فضة" بطل العقد. "أما لو باع ثوبا على أنه نيسابوري فإذا هو بخاري فالبيع فاسد... ولم يبطل البيع هنا لاتحاد الجنس وقد فسد لاختلاف النوع". :شرح المجلة: مرجع سابق، ص. 100.

[1]- انظر على سبيل المثال: جاك كيستان: مفهوم الغلط إلخ.... مرجع سابق، ص 5 بهامشها 10 الممتد إلى ص. 6. – عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق، رقم 349 ص. 355 وما بعدها.

[2]- لقد أدمج الفصل 19 من قانون الالتزامات لسنة 1881 في الفصل 24 من قانون الالتزامات السويسري الصادر في 30 مارس 1911 ليدخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 1912: انظر في هذا النص: جورج سيبوز وبيير –روبير جيلليرون: القانون المدني السويسري وقانون الالتزامات المعلق عليهما؛ مرجع سابق، :II – قانون الالتزامات، ص. 12 وما بعدها.

[3]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري: مرجع سابق، ص. 237 و254 وما بعدها. –بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 23 و25 وما بعدها. –جورج درو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة، مرجع سابق، ص 238 وما بعدها. –رايموند سالي: في التعبير عن الإرادة: مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني: مرجع سابق، رقم 34 ص. 33 وما بعدها ورقم 42 ص. 36 وما بعدها. –عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد: مرجع سابق، الهامش 4 في ص. 359 والممتد إلى ص. 362 وكذا الهامش 1 في ص. 356.

366- وعليه، يمكن الذهاب إلى أن الغلط يسبب الإبطال، في مفهوم الفصل 41 من ق.ل.ع.م. إذا وقع في طبيعة الشيء محل الالتزام (أي جنس هذا الشيء) أو في نوعه (أي مادته) أو في صفة عارضة وثانوية في الشيء متى كانت هي الدافعة إلى التعاقد بغض النظر عما إذا كان المصدر النفسي للتصور الذهني غير الحقيقي متمثلا في الواقع أو في القانون[1].

المبحث الثاني:
شروط الغلط القائم سببا للإبطال

367- إن التمسك بمظنة من مظان الغلط المعتد به على النحو المار بنا، كاف، نظريا على الأقل، لأن يصبح معه العقد المتنازع في صحته عقدا مجملا أو مبهما.

ومع ذلك فإن حدود الإجمال أو الإبهام هنا لا تنضبط إلا من خلال الوقوف على ما ينهض به الغلط سببا للإبطال من شروط.

وأهم ما له علاقة، من هذه الشروط، بميدان التأويل يتمثل في وجوب اتصاف الغلط بالجوهرية من جهة وقابلية الوقوع فيه للاغتفار من جهة أخرى. بمعنى أن

[1]- يلاحظ أن المراجع المغربية المعتمد عليها قبله في تحديد مفهوم الغلط تعالج الغلط في القانون كصنف مستقل عن الغلط في الواقع. ونعتقد أنه إذا كان ق.ل.ع.م. قد نظم الغلط في القانون في فصل خاص هو الفصل 40, فليس لأن هذا الغلط يشكل صنفا مستقلا عن الغلط في الواقع وإنما لغرض وضع حد لما يمكن أن تعارض به فكرة الاعتداد بالغلط في القانون كسبب للرجوع في العقد (للإبطال) من أن الجهل بالقانون (أو بالأحكام بالنسبة إلى الفقه الإسلامي) ليس بعذر نظرا لما يفترض في الناس من العلم به كما يستفاد ذلك حتى من التعليق الذي أورده سانتيبانا بهامش الفصل 53 من مشروعه التمهيدي والذي اصبح يحمل في المجلة التونسية رقم 48 ثم في ق.ل.ع.م. رقم 44 (انظر المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 25).

فالغلط في القانون لا يهم إلا الأصل (السبب) النفسي للتصور المغلوط لمحل الالتزام او لشخص أو صفة المتعاقد معه. وإذا ما تركنا الغلط في الشخص جانبا تقيدا بالمطلوب في هذا المقام المخصص لمشكل الفصل 41 من ق.ل.ع.م.، أمكننا الذهاب إلى أن التصور المغلوط لمحل الالتزام هو الذي يبرر في آخر المطاف إبطال العقد الذي يرجع سببه إلى عدم علم صاحبه بما يخوله إياه القانون من الحق (الغلط في القانون). بمعنى أنه في جميع الفرضيات التي يقرر فيها إبطال العقد للغلط في القانون، فإن ما يبرر هذا الإبطال في الحقيقة ليس هو الغلط في القانون في حد ذاته وإنما هو الغلط بمفهوم الفصل 41 من ق.ل.ع.م. وهذا الأمر يدفع بنا إلى القول إن الغلط في القانون لا تكون له قيمة إلا بقدر ما ينجر عنه من الوقوع في الغلط المتصل بمحل الالتزام في العقد: (انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: جاك كيستان: مفهوم الغلط إلخ...:مرجع سابق، من رقم 54 إلى 58 في ص. من 54 إلى 59. –عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق، رقم 374 ص. 388 وما بعدها). ونعتقد، كخلاصة، أن معالجة الغلط انطلاقا من تصنيفه إلى غلط في القانون وغلط في الواقع تؤدي بالضرورة إلى التكرار لأن كلا منهما لا تكون له قيمة إلا إذا تعلق بالفرضيات المنصوص عليها في الفصلين 41 (الغلط في الشيء) و42 (الغلط في الشخص). ونرى أن دراسته لا تكون لائقة على المستوى المنهجي إلا في إطار معالجة الشروط الواجب توافرها لقيام الغلط وبالأساس شرط كون الغلط هو السبب الدافع إلى التعاقد؛ إذ أن هذا السبب قد يكون ظرفا واقعيا وقد يكون ظرفا قانونيا يتمثل في عدم العلم بوجود قاعدة قانونية أو في الاعتقاد في وجود قاعدة قانونية غير موجودة في الحقيقة أو في سوء فهم قاعدة قانونية موجودة.

ق.ل.ع.م. وإن لجأ إلى تعداد مظان الغلط المسبب للإبطال، إلا أن الغلط في هذه المظان لا يقوم سببا للإبطال إلا إذا كان غلطا جوهريا (المطلب الأول) ومغتفرا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:
الغلط الجوهري

368- إذا ما تبين للقاضي أن الغلط المتمسك به في النزاع التعاقدي هو غلط جوهري أصبح العقد مترددا بين المعنى الحرفي النحوي للتعابير المستخدمة فيه والمعنى المناسب لثبوت الغلط. ولا يبقى للقاضي إلا أن يتأكد من توافر الشرط الثاني في الغلط للأخذ بهذا المعنى الثاني الذي يجعل العقد غير صحيح.

والغلط الجوهري هو المعبر عنه في شروح ق.ل.ع.م. بالغلط الدافع[1] أو بالغلط المكتسي للطابع التقريري أي ذلك الذي يكون "له أثر فعال على الرضى بحيث لو لم يقع لما حصل هذا الرضى"[2].

وإذا كان هذا الطابع الدافع في الغلط إلى حصول الرضى أو التعاقد قد نص عليه ق.ل.ع.م: صراحة فيما يرجع إلى الغلط في القانون أو الغلط في ذات الشخص أو في صفة فيه أو في صفة في الشيء[3] فليس معنى هذا أن الغلط في طبيعة الشيء (في ذاته) أو في نوعه أي مادته، حسب المفهوم الذي حددناه لنوع الشيء من قبل، لا يشترط فيه أن يكون مؤثرا في الإرادة بدفعها إلى التعاقد؛ إذ أن مثل هذا الشرط هو الذي يعطي الأهمية لكل من الغلط في حد ذاته ودور الإرادة في العقد. ثم إنه إذا ما أخذنا في الاعتبار العلاقة الموجودة بين الغلط في القانون والغلط في الواقع ومن أهم مظانه ذلك الذي يقع في ذات أو مادة الشيء[4]؛ أمكن الذهاب إلى أن اشتراط

[1]- انظر على سبيل المثال: هشام فرعون: المرجع السابق، رقم 173 ص. 89. -علي الصقلي الحسيني: المرجع السابق، ج.1 ص. 88 وما بعدها. -أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي: مرجع سابق: ج.1 ص. 102. -الفصايلي الطيب: المرجع السابق، ج.1، ص. 103. – ج. كوتيريه: المرجع السابق، ص. 42. – ولقد ارتأت بعض القوانين المدنية أن تحدد الطابع الجوهري، صراحة، كشرط عام ينطبق على كافة مظان الغلط. فالفصل 1/82 من القانون المدني الجزائري لسنة 1975، وهو فصل منقول بالحرف من المادة 1/121 من القانون المدني المصري، ينص على أنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

[2]- وزارة العدل: شرح ق.ل.ع.م. -الكتاب الأول، ج.1، :مرجع سابق، رقم 98 ص. 76.

[3]- يذهب شكري أحمد المباعي إلى أن: "التشريع المغربي أخذ بالغلط الجوهري أي الدافع إلى التعاقد بالنسبة إلى الغلط في الصفة في الشيء وبالنسبة للغلط في الشخص أو في صفة فيه، في حين أن النظرية الحديثة عممت الحكم وأخذت بالغلط الجوهري سواء تعلق الأمر بالصفات أو غيرها من الحالات كالغلط في مادة الشيء أو القيمة أو الباعث أو غيره....": نظرية بطلان العقود وإبطالها في ق.ل.ع.م. :مرجع سابق، ص 263 وما بعدها.

[4]- انظر فقرة 366 قبله.

الطابع التقريري أو الدافع في الغلط في الواقع، وخاصة عندما ينصب على ذات أو مادة الشيء، يجد أساسه في مفهوم الموافقة للفصل 40 من ق.ل.ع.م.[1].

369- إذا ثبت ما سبق، قلنا إن إقناع القاضي باتصاف الغلط بالطابع الدافع إلى حصول الرضى يقع على عاتق المتمسك به. وإذا كان من الصعب على هذا الأخير أن يبرهن على أنه ما كان له في أي حال من الأحوال أن يبرم العقد لولا الغلط الذي وقع فيه[2]؛ فإنه مع ذلك يستطيع أن يثبت هذا الطابع بظروف التعاقد أو العوائد المتبعة في مثل العقد الذي أبرمه أو طبيعة هذا العقد. بل إن القاضي يستطيع في تقديره للغلط أن يستخلص القرائن التي تسعفه في تأويل الغلط على أنه دافع إلى التعاقد حتى من سن المتمسك بالغلط وذكورته أو أنوثته ومهنته أو خبرته وسلوكه إزاء اكتشاف الغلط[3] وما قدمه في العقد من مقابل[4]. وفي هذا الصدد يقضي الفصل 44 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، بأنه: "على القضاة، عند تقدير الغلط أو الجهل سواء تعلق بالقانون أو بالواقع، أن يراعوا دائما سن وجنس وحالة الأشخاص وكذا ظروف النازلة".

370- غير أنه على فرض ثبوت الطابع الدافع إلى الرضى في الغلط على هذا النحو، فهل يكفي هذا الثبوت لوصف الغلط بالجوهري أم أن الوصف لا يكتمل كشرط في الغلط إلا إذا اتصل هذا الأخير بمضمون العقد؟

إن احترام إرادة من وقع في الغلط وحده خارج أي اعتبار آخر يستوجب الاكتفاء في وصف الغلط بالجوهري أن يكون دافعا إلى حصول الرضى على النحو المار بنا بغض النظر عما إذا كان هذا الغلط متصلا أم لا بمضمون العقد. وفي هذه الحالة فإن كافة الأغلاط يمكن الاعتداد بها ولو وقعت في القيمة أو في البواعث.

[1]- قد يقال إن هذا الأساس يكمن في مفهوم الموافقة للعبارة الدالة في الفصل 41 من ق.ل.ع.م. على اشتراطه صراحة فيما يخص صفة الشيء. ولكننا لا نرى هذا التصور لسبب بسيط هو أن صفة الشيء تعد من ملحقات الالتزام وهي ضرب من الاستثناء وإن اعتبرت هذه الملحقات عناصر جوهرية في العقد عندما يتفق عليها فيه صراحة أو ضمنا. والاستثناء لا يقبل مفهوم الموافقة لأن هذا الأخير توسيع وتمديد للمنطوق إلى المسكوت والاستثناء لا يقبل التوسيع والتمديد. أما الفصل 40 ق.ل.ع.م. فإنه ينصرف بالأساس إلى الغلط الذي يقع في أصل الالتزام ولا يمكن أن يتمثل هذا الأصل عندما يتعلق الأمر بالشيء إلا في طبيعته أو ذاته أو مادته بمفهوم الخصائص الموضوعية فيه. ومن هنا كان من الجائز، في تقديرنا، تمديد منطوق الفصل 40، وهو الغلط في تقدير القانون والمتعلق بأصل الالتزام، إلى ما هو مسكوت عنه فيه، وهو الغلط في تقدير الواقع والمتعلق بذات أو مادة الشيء أي بأصل الالتزام.

[2]- جاك كيستان: مفهوم الغلط إلخ.... مرجع سابق، رقم 34 ص. 32. – ولقد دفعت هذه الملاحظة بجاك كيستان إلى أن يعطي للغلط الدافع مفهوما أوسع لا يقف، كما هو مألوف، عند السبب الدافع إلى إبرام العقد، وإنما يتجاوزه ليشمل أيضا ارتضاء العازم على التعاقد بنودا أو شروطا في العقد ما كان ليرتضي ما فيها من إرهاق له لو لم يقع في غلط: جاك كيستان: المرجع قبله، رقم 36 ص. 35.

[3]- جاك كيستان: المرجع قبله، رقم 37 ص. 36.

[4]- هشام فرعون: المرجع السابق، رقم 175 ص. 91.

ومع ذلك فإن ربط الغلط بالتأويل لِما يفضي إليه من إجمال أو إبهام في العقد لا يسمح باعتماد هذه النظرة لأن التأويل كما هو مألوف في تحديد معناه هو في آخر المطاف البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1].

وهذه الإرادة المشتركة لا تتبلور مبدئيا إلا من خلال مضمون العقد. ومن هنا تبدو ضرورة اتصال الغلط بهذا المضمون ليكتمل وصفه بالجوهري. وبعبارة أخرى فإن شرط الغلط الجوهري لا يتحقق إلا إذا انضاف إلى طابعه الدافع إلى حصول الرضى اتصاله بمضمون العقد كما هو محدد في الفقرة الأولى من الفصل 19 من ق.ل.ع.م.؛ إذ تنص على أنه: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الجوهرية (essentiels) للالتزام وكذا على باقي البنود المشروعة التي يعتبرها الطرفان جوهرية".

وبربط الغلط بمضمون العقد يكون المقصود بالغلط الجوهري هو الغلط الدافع إلى الاتفاق على العناصر الجوهرية في العقد.

والاتفاق على العناصر الجوهرية في العقد كما يكون صراحة قد لا يستخلص إلا ضمنا. ومن هنا يمكن الذهاب إلى أن الغلط المتمسك به إما أن يتصل بواقعة متفق عليها صراحة في العقد، أو بواقعة مسكوت عنها في العقد:

* الواقعة المتمسك فيها بالغلط متفق عليها صراحة في العقد:

371- إن الاتفاق صراحة على واقعة معينة في العقد يجعل منها عنصرا جوهريا فيه ليس فقط عندما تتمثل هذه الواقعة فيما يعتبره القانون إلزاميا لتكوين العقد كالمبيع والثمن النقدي بالنسبة إلى عقد البيع[2] أو عنصر العمل بالنسبة إلى عقد الشغل[3]؛ وإنما أيضا عندما تتمثل فيما يعتبره القانون ثانويا وغير إلزامي في تكوين العقد كالعناصر التي تكفل القانون بإضافتها إلى العقد عند عدم الاتفاق على استبعادها أو على مخالفتها من قبل المتعاقدين، أو عندما تتمثل في الصفات العرضية للشيء والتي لا تلعب أي دور في التعرف على هذا الشيء في طبيعته وذاته وخصائصه الموضوعية، أو تتمثل في الأغراض الشخصية المتوخاة في الشيء، أو في غيرها من الأوصاف الأخرى كتقييد الالتزام بالاعتبار الذي يوليه أحد المتعاقدين لذات المتعاقد معه أو لصفة فيه.

[1]- بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 23.

[2]- كما ينص على ذلك الفصل 486 من ق.ل.ع.م.

[3]- جاء في القرار عدد 84/6023 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1986/2/10 أن: "تحديد الأجر ليس من عناصر تكوين عقد العمل. فإذا وقع الإغفال عنه في الاتفاق تولت المحكمة تحديده حسب العرف والعادة كما نص على ذلك الفصل 733 من ق.ل.ع.م. "منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 18-19، سبتمبر 1986، ص. 90 وما بعدها.

وعليه فإذا ما تم التمسك في النزاع بوقوع غلط في إحدى الوقائع الموصوفة صراحة في العقد؛ فإن هذا الغلط يصبح جوهريا ليس لأن صاحبه تمكن من إثبات طابعه الدافع إلى التعاقد فحسب وإنما لأن الغلط انصب في نفس الوقت على واقعة متفق عليها صراحة في العقد، وهذا بغض النظر عما إذا كان الغلط واقعا في القيمة أو في البواعث مادامت هذه البواعث أو القيمة مذكورة في العقد[1].

* الواقعة المتمسك فيها بالغلط مسكوت عنها في العقد:

372- إن شرط التعيين الواجب توافره في محل الالتزام يقتضي من المتعاقدين أن يبينوا في العقد على الأقل جنس الشيء ومقداره أو الوسائل المتفق عليها لحصول التقدير في ضوئها كما يستفاد ذلك من الفصل 58 من ق.ل.ع.م. وهذا معناه أن ما أسماه الفصل 41 من نفس القانون بالغلط في ذات الشيء لا يمكن التمسك به إلا في إطار الفرضية المارة بنا قبله لأنه لا يمكن تصور السكوت في العقد عن التصريح بطبيعة الشيء في ذاته عندما يتعلق الأمر بالأشياء القيمية أو في نوعه عندما يتعلق الأمر بالأشياء المثلية.

وعليه فإن الواقعة المسكوت عنها في العقد لا يمكن أن تتجسد عمليا إلا في الخصائص الموضوعية التي بالنظر إليها يسمى الشيء بالاسم الخاص به (وهذا هو المعنى الحرفي لمادة الشيء) أو في صفة عارضة في الشيء ولكن المتعاقدين يريانها جوهرية فيه أي في صفة جوهرية في الشيء على الأقل حسب الشروح المألوفة في المغرب للفصل 41 من ق.ل.ع.م.

وإذا كانت الواقعة المتنازع فيها لا يمكن تصور السكوت عنها عمليا إلا فيما ذكر قبله بالنسبة إلى الشيء؛ فإنه بالمقابل، وفيما يرجع إلى الشخص يمكن تصورها سواء تعلق الأمر بذاته أو بصفة فيه.

ولكن عدم التصريح في العقد بالخصائص الأصلية أو العرضية في الشيء أو بذات الشخص أو صفة فيه، لا يعني بالضرورة عدم حصول التراضي في شأن المسكوت عنه إذ أن التراضي كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا.

ولذلك فعندما يُتمسك بالغلط في خصائص الشيء أو في ذاتية الشيء أو في صفة فيه، ويتبين للقاضي أن العقد ساكت عن ذكرها وبيانها فإن التعبير المصرح به في العقد يكون مجملا أو مبهما بسبب عدم كفايته في الدلالة على كامل إرادة المتعاقدين، على النحو المار بنا في السابق.

وقصد سد النقص الحاصل في التعبير المعتمد في العقد وبالتالي رفع الإجمال أو الإبهام عنه، فيما يرجع إلى ما هو مسكوت عنه فيه، يكون على القاضي أن يلجأ

[1]- جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 238 وما بعدها

إلى تأويل العقد بالبحث عن الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين. وهو في بحثه هذا يستطيع أن يستعين بالظروف التي حصل فيها التعاقد أو بالسلوك المتبع من قبل المتعاقدين عند تنفيذ العقد أو الشروع في هذا التنفيذ أو بعادة مكان العقد المتنازع فيه والجارية على إبرام مثله أو بما تقتضيه طبيعة العقد نفسه موضوع النزاع بل وحتى بما يقضي به ق.ل.ع.م. من ضمان بعض الصفات ولو لم تشترط صراحة في العقد[1].

373- ولاشك أن أساليب التأويل المستعان بها ستوصل القاضي إلى أحد أمرين: إما أن يعتبر ما هو متنازع فيه من المسكوت عنه في العقد غير متفق عليه ضمنيا. وفي هذه الفرضية يزول الإبهام أو الإجمال عن التعبير المعتمد في العقد وينجلي بوضوح تام غير ناقص وبالتالي فإن الغلط يزول عنه وصفه بالجوهري وإن ثبت أنه هو الدافع إلى التعاقد؛ وإما أن يعتبر القاضي، المسكوت عنه من مشمولات العقد لأنه يستفاد منه ضمنا، وهنا تكتسب الواقعة المتنازع فيها صفة العنصر الجوهري للعقد بمفهوم الفصل 19 من ق.ل.ع.م. ويكون الغلط المتصل بها متصفا بدوره بنفس الصفة ولا يبقى له إلا أن يكون دافعا إلى التعاقد ليكتمل فيه الوصف الذي يجعل منه شرطا لقيام الغلط إلى جانب شرط العذر به.

المطلب الثاني:
الغلط المغتفر

374- لقد نص الفصل 40 من ق.ل.ع.م. صراحة على أن الغلط في القانون يجب أن يكون مما يقبل فيه العذر به. ومع ذلك فإن التصريح بهذا الشرط في الغلط في القانون لا يعني حصره فيه دون الغلط الواقع[2]. ويكفي للتأكد من هذا الأمر، تفحص التعليق الذي خص به سانتيانا الفصل 53 من مشروعه التمهيدي[3]؛ وقد جاء فيه ما مفاده أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع من شأنهما أن يخولا الرجوع في

[1]- كالفصول المتعلقة في ق.ل.ع.م. بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع (الفصل 549 وما بعده) أو الشيء المكترى (الفصل 643). -انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: جاك كيستان: مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 163 ص. 195 ورقم 168 ص. 201 وما بعدها.

[2]- وزارة العدل: شرح ق.ل.ع.م. إلخ... :مرجع سابق، رقم 99 ص. 76، - ولقد جاء عند جاك كيستان (في مرجعه المشار إليه قبله، رقم 119 ص. 146 وما بعدها ورقم 123 ص. 152) أن شرط الاغتفار وقع الاهتمام به أول الأمر في الغلط في القانون إلا أنه لا يجادل أحد في الوقت الراهن في وجوب توافره في الغلط بغض النظر عما إذا كان غلطا في القانون أو في الواقع.

[3]- هذا الفصل هو الأصل الحقيقي للفصل 48 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود وبالتالي للفصل 44 من ق.ل.ع.م.

العقد (أي إبطاله) ولكن بشرط أن يكونا قابلين للاغتفار (excusables). والغلط القابل للاغتفار هو الغلط الذي لا ينجر عن خطأ أو تدليس من وقع فيه[1].

ولا يتوقف هذا التعليق عند حد التسوية بين الغلطين في اشتراط الاغتفار، وإنما يتجاوزه ليحدد أيضا المقصود بالغلط القابل للاغتفار: إنه الغلط الذي لا يرجع سببه إلى الخطأ العفوي أو المقصود لصاحبه[2] أي ذلك الغلط الذي لا يكون المتمسك به مسؤولا عن حصوله[3].

375- وبعد، فإنه تقييدا بالغرض الذي من أجله نتناول هذا الشرط والمتمثل في بيان الحدود التي يبقى فيها العقد مجملا أو مبهما دون تناول كافة تفاصيله[4]، حسبنا أن نقول إن أمر تقدير هذا الشرط يعود إلى القاضي. وهو في تقديره هذا يكون عليه أن يراعي عناصر تأويل الغلط المنصوص عليها في الفصل 44 من ق.ل.ع.م. والمارة بنا عند الحديث عن الغلط الجوهري. بمعنى أن القاضي لكي يتمكن من تقدير ما إذا كان الغلط قابلا للاغتفار أم لا، يكون عليه أن يبحث عن الأسباب التي أدت بصاحب الغلط إلى السقوط فيه. وبما أن عبء إثبات الغلط يقع على صاحبه، فإن على هذا الأخير أن يوفر للقاضي عناصر التقدير وهي لماذا قام لديه الغلط؟[5].

وبتوضيح هذه المسألة يكون صاحب الغلط قد قدم ما يراه مبررا لغلطه. غير أن هذا المبرر لا يمكن تقبله إلا إذا ركز فيه على ما يؤكد حسن نيته.

وبما أن حسن النية لا يمكن تصور قيامه على الإهمال[6] أو التقصير أو بصفة عامة على الخطأ[7]؛ فإن على صاحب الغلط أن يقنع القاضي بعدم تقصيره في اتخاذ ما يستلزمه التعاقد من الحيطة والحذر[8]. وبعد لفت نظر القاضي إلى وقوع المتعاقد معه بدوره في هذا الغلط دليلا على حذره وحيطته وبالتالي على حسن نيته[1].

[1]- المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 25.

[2]- إن هذا التحديد يتلاءم وما يذهب إليه الفقه الفرنسي الحديث: انظر على سبيل: جاك كيستان: المرجع قبله، رقم 128 ص. 159 ورقم 147 ص. 178 ورقم 152 ص. 182.

[3]- جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 262.

[4]- كتلك المتعلقة بمعرفة جسامة الخطأ التي يصبح معها الغلط غير مغتفر (انظر في هذا الصدد: جاك كيستان: المرجع السابق، رقم 125 ص. 153 وما بعدها)، أو بمعرفة مدى أهمية هذا الشرط بالمقارنة مع شرط الغلط الجوهري بالمفهوم المار بنا: (انظر في هذا الصدد: فرانسوا كورف: مبدأ حسن النية: مرجع سابق، ص. 131 و136).

[5]- انظر في هذا الصدد: فرانسوا كورف: المرجع قبله، ص. 131 و139.

[6]- فرانسوا كورف: المرجع السابق، ص. 127.

[7]- جاك كيستان: المرجع السابق، رقم 152 ص. 182.

[8]- الملاحظ أن القرارات الصادرة برفض طلب إبطال العقد للغلط في القانون غالبا ما ترتكز بصفة صريحة أو ضمنية على هذا الجانب من التقصير. فلقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر في 18 يناير 1947 إلى أن: "الغلط لا يمكن الاعتداد به عندما يتعلق الأمر بعقار محفظ كان موضوع محررات رسمية صودق عليها من قبل المعنيين بالأمر، هذه المحررات التي أشير فيها إلى العقار باسمه وبرقم رسمه العقاري بمنما كان محلا لمسطرتين إداريتين لم يبق طالبوا الإبطال أجانب عنها. ثم إن هذا الغلط لا يعذر عنه" (منشور بمجموعة قرارات محكمة

376- واتخاذ ما يستلزمه التعاقد من الحيطة والحذر يعني بالأساس توضيح الإرادة لمن توجه إليه، من أجل التعاقد، بالقدر الكافي الذي ترتفع معه الجهالة ويزول به اللبس، في نظر المخاطب، عن ذات أو مادة أو صفة الشيء المتعاقد عليه أو عن ذات أو صفة الشخص المراد التعاقد معه. إنه يعني بعبارة أخرى إعلام المتعاقد، إما بصريح اللفظ أو بفعل الظروف، بالغرض الذي دفع بالإرادة إلى التعاقد. وكل إهمال أو تقصير في هذا الإعلام الصريح أو الضمني من شأنه أن يجعل الغلط غير مغتفر[2]؛ لانه بتوافر الإعلام يتمكن الطرف الآخر في العقد من التعرف، حقيقة أو افتراضا، على الأهمية الحاسمة التي يوليها المتعاقد لِما اعتبره غرضا دافعا إلى التعاقد وبالتالي يصبح هذا الأخير جديرا بأن يتصف بحسن النية. ومن هنا يستطيع صاحب الغلط، إثباتا لحسن نيته، أن يبرهن، عندما يكون العقد ساكتا عن الإشارة الصريحة إلى الغرض الدافع إلى التعاقد، على أن المتعاقد معه كان عالما أو كان من المفروض عليه أن يعلم بهذا الغرض نظرا للظروف التي انعقد فيها العقد[3].

الاستئناف بالرباط، ج 14 ص. 167) ونفس هذا الاتجاه نجده مجسدا في القرار عدد 182 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 ماي 1967 إذ جاء فيه أنه: "إذا انصب الغلط على وضعية قانونية يمكن التعرف عليها بالإطلاع على الرسوم العقارية بالمحافظة وعلى نصوص القانون العقاري كان غلطا في القانون من شأنه أن لا يؤثر على صحة البيع" (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 88-89، ص. 407).

[1]- فرانسوا كورف: المرجع السابق، ص. 188.

[2]- يلاحظ أن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 نوفمبر 1922 لم يعر أي اهتمام لتقصير صاحب الغلط، فيما يخص إبطال العقد، واكتفى بتحميل المقصر مصاريف الدعوى كتعويض عن الضرر السلبي الذي أصاب المتعاقد معه؛ وقد جاء فيه: "إذا تبين وقوع المشتري في غلط، على الرغم من الاحتياطات التي اتخذها البائع وعدم إهماله، فإن عقد البيع يجب اعتباره غير موجود. ولكن إذا كان بالإمكان إرجاع هذا الغلط القائم إلى خفة جد كبيرة في المشتري، فإنه يكون من الإنصاف أن يتحمل هذا الأخير بعض عواقبها كمصاريف الدعوى". وأمام ندرة القرارات الصادرة بالمغرب فيما يرجع إلى الغلط عموما، فإنه لا يمكن اعتبار هذا القرار نموذجا لِما يسير، أو يمكن أن يسير، عليه القضاء في المغرب، فيما نحن بصدد الحديث عنه؛ إلا إذا ارتأى هذا القضاء الاستمرار في السير على هدي الموقف الفرنسي التقليدي: انظر في هذا الموقف: جاك كيستان: مفهوم الغلط إلخ... :مرجع سابق، رقم 138 ص. 167.

[3]-إن شروح ق.ل.ع.م. المستشهد بها في معرض تناولنا لمفهوم الغلط، وإتباعا منها للموقف التقليدي في الفقه الفرنسي، تشترط لقيام الغلط أن يكون الطرف المتمسك ضده بهذا الغلط عالما به (أي الغلط) أو من المفروض عليه أن يعلم به. والواقع، كما يذهب جاك كيستان إلى ذلك، فإن المطلوب في العلم الحقيقي أو المفترض بسبب ظروف التعاقد ليس هو غلط من وقع فيه وإنما الغرض الذي دفع بالمتمسك بالغلط إلى التعاقد: مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي: مرجع سابق، رقم 139 ص. 169، ورقم 140 ص. 170 وما بعدها ورقم 142 ص .172 وما بعدها. – انظر أيضا:

- Jean Hauser : Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., Paris 1971, N° 124, p. 213.

377- وببرهنة صاحب الغلط على سلوكه إزاء الطرف الآخر في العقد على هذا النحو، يكون قد قدم الدليل على حسن نيته. ولا يبقى للقاضي، بعدئذ، إلا أن يربط هذا السلوك بما يستخلصه من سن صاحب الغلط وجنسه ومهنته أو خبرته لتكتمل لديه العناصر التي يعتمدها في تأويل الغلط فيما يرجع إلى جانب العذر به. فإذا ما قدر توافر هذا العذر إلى جانب توافر شرط الطابع الجوهري للغلط على النحو المار بنا؛ قامت لديه القناعة بوجود التعارض البيِّن بيْن المعنى الحرفي النحوي للعبارات المستخدمة في العقد وبين المعنى الذي انصرفت إليه الإرادة في الحقيقة ولذلك يقضي بإبطال العقد.

وفي الفرضية المعاكسة، أي عندما لا يقتنع بالعذر المتمسك به لتبرير الغلط، فإن التعبير المستخدم في العقد يبقى محتفظا بما كان متوفرا فيه من الوضوح الكافي لإعماله ما لم يتمسك صاحب الغلط بكون تقصيره في اتخاذ ما يلزم من الحيطة والحذر في التعاقد إنما يرجع إلى خطأ المتعاقد معه والمتمثل في إخلاله بواجب الإعلام الصريح أو الضمني الملقى على عاتقه[1]، أو يرجع إلى سوء نيته[2].

ولكن في هذه الفرضية الأخيرة لن نكون أمام الغلط العفوي وإنما أمام الغلط المقصود الذي يجعل الإبهام أو الإجمال في العقد مقصودا أو مدبرا.

[1]- جاء في القرار عدد 2690 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 فبراير 1945: "يكون قابلا للإبطال بطلب من المشتري، بيع قطعة أرضية مصابة بنزع الملكية ومثقلة بارتفاق عدم البناء إذا لم تنه هذه الوضعية إلى علم هذا المشتري بسبب عدم إشهار الخرائط الملحقة بالمقررات الإدارية من طرف الإدارة النازعة". : منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (30-32 ، 44-1950) تعريب محمد العربي المجبود: مرجع سابق ص. 464 وما بعدها.

[2]- حسب جاك كيستان، فإن القاضي عندما يتبين له سوء نية المتعاقد معه، فإنه لا يكون عليه أن يرفض، إبطال العقد لعلة أن الغلط غير مغتفر: المرجع السابق، رقم 191 ص.. 225 وما بعدها ورقم 305 ص 356.. –ولقد ذهب المجلس الأعلى في القرار عدد 1653 الصادر عنه بتاريخ 3 يوليوز 1986 إلى أنه: "يمنع على المالك أن يبيع أرضا مجزأة قبل أن تصادق المصالح المختصة على التجزئة" الفصل 15 من ظهير 30-9-1953" وإذا خالف هذا المنع وباع قطعة أرض مخفيا على المشتري هذا الوضع الذي لو عمله لَمَا أقدم على الشراء يكون قد ارتكب في حقه تدليسا". :منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص. 70 وما بعدها.

الفرع الثاني :
الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض المقصود أو المدبر من جانب المتعاقدين معا أو من جانب متعاقد واحد بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة

378- إذا ما نظرنا إلى العبارة من زاوية انتقاء واختيار ألفاظها، أمكن الذهاب إلى أن كافة الفرضيات المارة بنا في السابق يمكن أن تكون مقصودة أو مدبرة. غير أن الفرضيات التي نريد معالجتها في هذا الصدد تتجاوز ما مر بنا لتتصل بالعبارات التي يكون معناها بالنظر إليها في حد ذاتها واضحا وضوحا قطعيا (صريحا)، ومع ذلك يتم التمسك في النزاع المثار في شأنها بكون معناها التعاقدي لم يكن مرادا عند التصريح بها من قبل أحد الطرفين أو من قبل الطرفين معا بصفة مطلقة أو نسبية.

وبعبارة أخرى فإن ما ننوي دراسته في هذا المجال يتعلق بالإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم التطابق بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة المنفصمة عنه عن قصد أو تدبر انفصاما تاما أو انفصاما جزئيا.

فهذا الانفصام المقصود أو المدبر، بغض النظر عن حجمه، بين التعبير والإرادة هو الذي يسمح بوصف التعبير بأنه غير جدي.

ومن المعلوم، فإن التعبير المعتد به في ميدان الاتفاقات أو العقود هو التعبير الجاد في دلالته على إرادة التعاقد وعلى إرادة ما يرتبه هذا التعاقد من آثار قانونية[1]. ولذلك، عندما يثار النزاع حول مدى جدية التعبير؛ فإن أقل ما يمكن أن يقال عن هذا التعبير من حيث معناه، وعلى الرغم من وضوحه (صراحته) في الظاهر، أنه تعبير مجمل أو مبهم لتردده، قبل حسم النزاع، بين معنيي الجدية وعدم الجدية.

وعدم الجدية، المتمثل في عدم التطابق بين المعنى الحرفي النحوي للتعبير وإرادة الآثار القانونية المترتبة عليه، كما يمكن أن يكون مقصودا من جانبي المعبّر ومتلقي التعبير: وهذه هي فرضية عدم التطابق المقصود من الجانبين المتظاهرين بالتعاقد بين تعبيرهما وإرادتهما وتتبلور في إخفاء حقيقة الظاهر أو الصورية (المبحث الأول)؛ يمكن كذلك ألا يكون مقصودا إلا من جانب المعبّر وحده دون متلقي التعبير وهذه هي فرضية عدم التطابق المقصود من جانب واحد بين التعبير والإرادة وتتبلور في إظهار خلاف الظاهر أو التحفظ الذهني (المبحث الثاني).

[1]- انظر على سبيل المثال: -أوبري ورو: دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا: مرجع سابق، ج. 4، فقرة 343 ص. 477. -محيي الدين إسماعيل علم الدين: النظرية العامة للالتزام: مرجع سابق، ج.1، رقم 99 ص. 119.

المبحث الأول :
عدم التطابق المقصود أو المدبر من الجانبين المتظاهرين بالتعاقد بين تعبيرهما الواضح وإرادتهما الحقيقية: فرضيات إخفاء حقيقة الظاهر أو الصورية

379- ترتكز الصورية، في ميدان العقود، على التفاهم الحاصل بين الطرفين حول التستر على الحقيقة[1] المخالفة للتعبير من أجل إيهام الغير أو التغرير به[2]. ومن هنا يتبين أن الصورية تقوم بوجه عام عندما تتوافق الإرادتان على التظاهر بإحداث أثر قانوني لم تنصرف إليه هذه الإرادة المشتركة إما بصفة مطلقة أو نسبية.

وإذا كان المقام هنا لا يسمح بالتعرض لكافة المشاكل التي تثيرها الصورية والأحكام المتصلة بها[3]، باعتبار أن هدفنا في هذا الصدد إنما ينحصر في التطرق إلى الصورية كصنف من الفرضيات التي يقوم فيها الإجمال أو الإبهام المفضي إلى التأويل؛ فإن هذا لا يمنعنا من تحديد مفهومها في نبذة مختصرة (المطلب الأول) تساعدنا على إبراز الحدود التي يمكن فيها تأويل العقد الصوري في ضوء ق.ل.ع.م. أي إبراز حدود الإجمال أو الإبهام المنجر عن صورية العقد في ق.ل.ع.م. (المطلب الثاني).

[1]- بوسهارت: تاويل العقود: مرجع سابق، ص. 34.

[2]- رايموند سالي: في التعبير عن الإرادة: مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني:مرجع سابق، ص 9. -فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج.16: مرجع سابق، رقم 497 ص 574. – المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، ج. 4: مرجع سابق، ص. 326.

[3]- انظر في دراسة الصورية، على سبيل المثال: -عبد الرزاق أحمد السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني:ج.2: الإثبات وآثار الالتزام، دار النهضة العربية، 1968 ص. 108 وما بعدها. – شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، ج.1 : نظرية العقد: مرجع سابق، ص. 827 وما بعدها. – وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي: مرجع سابق ص. 384 وما بعدها. – مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م.: ج.1: مرجع سابق ص. 294 وما بعدها.- الصورية في الحقوق المدنية السورية: محاضرات مطبوعة وزعت على طلبة السنة الأولى من الدكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1975-1976. – محيي الدين إسماعيل علم الدين: النظرية العامة للالتزام: ج. 2 ص. 538 وما بعدها. – هشام فرعون: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي: مرجع سابق، ص. 208 وما بعدها. – ج. كوتيرييه: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق، ص. 102 وما بعدها. – وزارة العدل: شرح ق.ل.ع.م. -الكتاب الأول- الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 54 وما بعدها. -شعيبي محمد: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، مطبوعة على الستانسيل، الدار البيضاء، 1977. – اليكس فيل وفرانسوا تيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق، ص 618 وما بعدها. – الإخوان مازو: دروس القانون المدني: ج.2، المجلد الأول: الالتزامات:مرجع سابق، رقم 39 ص. 145 وما بعدها. – الإخوان مازو: دروس القانون المدني: ج. الالتزامات: النظرية العامة: مرجع سابق، ص. 891 وما بعدها. – فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: ج. 16: مرجع سابق رقم 497 وما بعدها في ص. 574 وما بعدها. -المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، ج. 4: مرجع سابق، ص .326.

المطلب الأول :
تحديد مفهوم الصورية

380- مهما كانت دوافع الصورية[1] كضرب من تواطؤ المتظاهرين بالتعاقد على الكذب[2]، فإنها إما أن تكون مطلقة أو تكون نسبية.

فالصورية تكون مطلقة أو بسيطة[3] عندما يقصد بالمحرر السري شل كافة آثار العقد الظاهر مع نفي وجود أي تعاقد جدي بين الطرفين "كما إذا أراد شخص أن يمنع دائنيه من التنفيذ على شيء مملوك له فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان به عقدا ظاهرا ويكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له وهذا السند المستقر هو ورقة الضد[4]".

وبما أن المتعاقدين في الظاهر، في هذه الفرضية، لا يعطيان العقد أية قيمة قانونية، إذ يهدفان إلى استخدامه كحيلة لمواجهة أحد من الأغيار ليس إلا، لذلك يكون العقد هنا عقدا وهميا.

وبالمقابل، فإن الصورية تكون نسبية عندما لا يقصد بالمحرر السري نفي وجود التعاقد وشل كافة آثار العقد الظاهر؛ وإنما إخفاء الطبيعة الحقيقية للعقد المبرم فعلا، أو إخفاء حقيقة شرط من شروط العقد المتفق على إبرامه سرا وعلنا، أو إخفاء شخص المتعاقد حقيقة: بمعنى أن الصورية النسبية لا يقصد بها إلا إخفاء حقيقة الآثار المراد ترتيبها على العقد السري في مجموعها، كما لو كان العقد الظاهر بيعا والعقد المستتر هبة، أو في جزء منها، كما لو كان الثمن المتفق عليه في البيع السري يفوق الثمن المتفق عليه في البيع الظاهر، أو لا يقصد بها إلا إخفاء حقيقة شخص أحد طرفي التعاقد كما لو كان العقد الظاهر يتعلق ببيع أبرم بين طرفين محددين بينما يتفق في العقد السري بين نفس الشخصين على أن أحدهما ليس في

[1]- قد يكون الدافع إلى الصورية مشروعا كما لو عمد الواهب والموهوب له إلى ستر الهبة تحت غطاء البيع لتفادي ما قد ينجم من توتر في علاقة الواهب ببعض أفراد أسرته لو أنه اختار إبرام عقد الهبة مباشرة ودون تستر. وقد يكون الدافع إلى الصورية غير مشروع عندما تستعمل للغش أو التحايل إما على الدائن قصد الإضرار به مثلا من خلال إخراج بعض أموال المدين مما يشكل الضمان العام للدائنين، أو للتحايل على القواعد المتعلقة بالنظام العام كالقواعد المنظمة لأهلية التعاقد في مدونة الأسرة المغربية مع الأخذ بعين النظر ما يقضي به الفصل 6 من ق.ل.ع.م. والنصوص القانونية المانعة من إبرام بعض التصرفات كالفصل 870 من ق.ل.ع.م. الذي يحرم اشتراط الفائدة بين المسلمين عن قرض الاستهلاك أو الفصلين 480 و481 المانعين للتبايع بالنفس وللنفس أو بواسطة، وقواعد القانون الضريبي كتلك المسطرة في المدونة العامة للضرائب المنظمة بالمادة 5 من القانون رقم 06-43 للسنة المالية 2007 المنفذ بظهير 31 ديسمبر2006 كما تممت وغيرت بقوانين لاحقة .

[2]- جان كاربونييه: القانون المدني: ج.4، مرجع سابق، رقم 39 ص. 145 وما بعدها.

[3]- بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 34.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد:مرجع سابق، ص. 828. -جان كاربونييه: المرجع السابق، ج.4، ص 146.

الحقيقة إلا مجرد وكيل منحت له صلاحية هبة نفس الشيء موضوع البيع الظاهر لشخص ثالث محدد أو يتعلق الأمر ببيع المحامي لنفسه ولكن عن طريق وسيط كزوجه أو أولاده للحقوق المتنازع فيها التي كلف بالترافع فيها[1].

381- ويشترط في قيام الصورية، سواء كانت مطلقة أو نسبية، أن تكون ورقة الضد سرية. ولذلك لا نكون أمام عقد صوري عندما يستفاد من العقد وجود مثل هذا الاتفاق السري كما هو الشأن بالنسبة إلى حالة التبايع بشرط التصريح بالأمر (La déclaration de command) المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 477 من قانون المسطرة المدنية المغربي[2]، أو عندما يعمد إلى تسجيل العقد السري (كالهبة السرية للأصل التجاري)، لدى المصالح المأذون لها بتلقي مثل هذا التسجيل، كي ينتج العقد السري آثاره في مواجهة الغير[3].

كما يشترط لقيام الصورية أيضا تزامن العقدين، السري والظاهر، من حيث وقت إبرامهما. أما إذا اختلف وقت إبرام أحدهما عن الآخر اعتبر الاتفاق اللاحق معدلا للسابق. وهكذا إذا كان تراضي الطرفين على الثمن المعين جديا قد حصل في وقت معين ثم اتفق الطرفان في عقد لاحق على إبراء المشتري من أداء الثمن أوهبته إياه؛ فإن الصورية هنا لا تقوم ويبقى العقد الأول بيعا على الرغم من إبراء المشتري بعقد لاحق من الثمن المعين في العقد الأول.

المطلب الثاني :
حدود الإجمال أو الإبهام المنجر عن صورية العقد أو تأويل العقد بين تعبيره الصوري وحقيقته

[1]- بمفهوم المادة 45 من القانون رقم 08-28 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة والمنفذ بظهير 20 أكتوبر 2008 (ج.ر. عدد 5680 بتاريخ 6نوفمبر2008 .

[2]- ينص الفصل 477 من ق. المسطرة المدنية، في فقرته الأخيرة، على أنه: "يحق لهذا الشخص [أي من رست عليه السمسرة] أن يصرح بأنه مزايد عن الغير خلال ثمانية وأربعين ساعة من إجراء السمسرة". وتسمى هذه الحالة في رقم 7 من البند 1 من المادة 135 من المدونة العامة للضرائب بـــ**"التصريح المتعلق بإعلان المشتري الحقيقي"**. ويسميها عبد الرزاق أحمد السنهوري **"بالبيع مع حق التقرير بالشراء"**: الوسيط في شرح القانون المدني: مرجع سابق، الجزء الرابع في العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول: البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960 ص. 182 وما بعدها.

[3]- ولكن إذا ما تم الاقتصار على كتابة العقد السري في محرر رسمي، فإن رسمية العقد السري هنا لا تحول دون قيام الصورية على الأقل فيما يرجع إلى ميدان تأويل العقود، وإن كانت الرسمية من شأنها أن تفيد العلنية وعدم السرية.

382- يتبين من خلال تحديد مفهوم الصورية، أن هذه الأخيرة تأتي لحل التعبير التعاقدي المتنازع فيه مترددا بين الجدية وعدم الجدية وجعل مدلوله محتملا لمعناه الحرفي الدعوي وفي نفس الوقت للمعنى المراد منه حقيقة. ويبقى للقاضي من أجل رفع التردد والاحتمال عن طريق تصريح هذا التعبير المتنازع فيه عن الرغم من وضوحه الظاهر، أن يقتنع بثبوت الصورية[1].

ومع ذلك فإن تأويل العقد الصوري يختلف باختلاف ما إذا كان التعبير التعاقدي متنازعا فيه بين عاقديه (الفقرة الأولى) أو متنازعا فيه بين أحد طرفي العقد وأحد من الأغيار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :
تأويل العقد الصوري المتنازع فيه بين عاقديه

383- يمكن التمييز في هذا الصدد بين فرضيتين:
أولا: فرضية تأكيد الصورية لوهمية العقد الظاهر.
ثانيا: فرضية تأكيد الصورية مخالفة العقد الظاهر لحقيقته المستترة.

أولا : فرضية تأكيد الصورية لوهمية العقد الظاهر

384- إذا كان النزاع القائم بين المتعاقدين حول مدلول العقد يجعل هذا الأخير مجملا أو مبهما على الرغم من وضوح عباراته؛ فإن اقتناع القاضي بثبوت صوريته حتى من حيث وجوده يدفعه إلى اعتبار التعبير المتنازع فيه تعبيرا غير

[1]- يقع إثبات الصورية على مدعيها لأنها خروج عن الأصل الذي هو الحقيقة والصدق في التعاقد. ومتى كان العقد الظاهر مكتوبا، فإن إثبات الصورية لا يمكن أن يكون إلا بالكتابة وفقا للفصل 1/444 من ق.ل.ع.م. ولكن إذا كان العقد الظاهر عقدا رسميا، فإنه يجوز إثبات الصورية بالكتابة غير الرسمية؛ إذ كما يقول فرانسوا لوران (في: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني: ج.4، مرجع سابق، ص. 326) فإن الحرص على السرية يقتضي ألا تجري ورقة الضد إلا بمحرر موقع من طرف الخواص (محرر عرفي) وليس بمحرر رسمي. – ولا يمكن الخروج عن الإثبات الكتابي للصورية إلا إذا تعلق الأمر بتنفيذ العقد الظاهر (الفصل 2/444 من ق.ل.ع.م) أو كان الدافع إلى الصورية غير مشروع إذ في هذه الفرضية يجوز الإثبات بكافة وسائل الإثبات ما لم يمنع القانون التمسك بوسيلة ما كالفصل 52 من ظهير 11 مارس 1915، الذي لا يعتبر القسم المتعلق بواجبات التسجيل في المدونة العامة للضرائب إلا مجرد تعديل وتتميم له، إذ كان الفصل المذكور يمنع مصلحة التسجيل من إثبات إخفاء الثمن أو إخفاء طبيعة العقد باليمين والشهود. وفي هذا الصدد جاء في القرار عدد 136 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 فبراير 1959: "إن لمصلحة التسجيل الحق في إثبات الإخفاء في الثمن أو في نوع الرسم بكافة وسائل الإثبات الناص عليها في الفصل 404 من ظ.ل.ع. باستثناء اليمين والشهود. – وخاصة القرائن المعتبرة من لدن القاضي قاطعة واضحة": منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 24 ص. 345 وما بعدها. غير أن المادة 140 من المدونة العامة للضرائب منعت القاضي في " الدعاوى المتعلقة بتطبيق واجبات التسجيل " من اعتماد اليمين كما علقت اعتماد شهادة الشهود على توافر " بداية حجة كتابية" .-وكذلك فإن الغير المتمسك بالصورية يستطيع أن يثبتها بكافة وسائل الإثبات لأن العقد الصوري بالنسبة إليه مجرد واقعة مادية.

جدي لأنه وإن كان مظهره يفيد معنى تعاقديا إلا أن حقيقته الوهمية تسحب عنه هذا المعنى.

والمبدأ في التعبير غير الجدي أنه يبطل ولا يكون له أي أثر قانوني وخاصة عندما يكون متلقي التعبير عالما بعدم جديته كما هو الحال في الفرضية التي نحن بصددها[1].

ثانيا : فرضية تأكيد الصورية مخالفة العقد الظاهر لحقيقته المستترة

385- إن ثبوت الصورية في هذه الفرضية، وبغض النظر عما إذا تمثلت في إخفاء العقد الظاهر للطبيعة الحقيقية للعقد أو للشرط الحقيقي في العقد أو للشخص المتعاقد حقيقة، يدفع القاضي إلى اعتبار التعبير المتنازع فيه (العقد الظاهر) غير جدي وبالتالي لا ينسب إليه في حد ذاته أي معنى تعاقدي أو أثر قانوني بين المتعاقدين بالمعنى المضبوط أو بالمعنى الواسع الذي يشمل حتى خلفهم العام.

ولكن إذا كان العقد الصوري في هذه الفرضية موجودا على نحو قانوني[2]، وليس وهميا أو غير مشروع؛ فإن عدم جدية التعبير غير المعتد به تقف عند إجلاء مظاهر الإجمال أو الإبهام عند هذا العقد الموجود.

ورفع هذه المظاهر معناه تأويل العقد الظاهر على أن المقصود به، بين المتعاقدين، هو العقد المستور أي ما يُعرب بالاتفاقات السرية المعارضة أو بورقة الضد، سوا تعلق الأمر بالتستر عن الطبيعة الحقيقية للعقد (déguisement) أو بمعارضة الشرط الظاهر في العقد لحقيقته المستورة (contre –lettre).

386- ويجد قيام القاضي بهذا التأويل، المبني على مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.، أساسه في الفصل 22 من نفس القانون إذ يقضي بأن: "الاتفاقات السرية المعارضة (les contre –lettres) أو غيرها من

[1]- لقد كان مثل هذا المبدأ مجسدا في الفقرة الأولى من الفصل 28 من المشروع التمهيدي لسانتيانا. وتنص هذه الفقرة على أنه: "يقع التعبير الصوري عن الإرادة باطلا وعديم الأثر متى كان الطرف الموجه إليه عالما بصوريته" (المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص.13). وتجد هذه الفقرة أصلها في الفصل 1/117 من القانون المدني الألماني: انظر في هذا النص الالماني: رايموند سالبي: في التعبير عن الإرادة إلخ... : مرجع سابق، ص. 9. – عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق، تتمة الهامش 2 من ص. 180 في ص. 181.- وإذا كانت الفقرة الأولى، بل وحتى الفقرة الثانية، من الفصل 28 قد حذفت، ليحل محل مضمون الفصل 28 المذكور في مجموعه ما يتلاءم ومقتضيات الفصل 1321 من القانون المدني الفرنسي وحدها، فإن هذا الحذف لا يعني عدم الأخذ بها لأنها تعتبر مما يقضي به المنطق القانوني.

[2]- إن تأكيدنا في هذا الصدد على العقد الموجود على نحو قانوني يرمي إلى التنبيه على عدم معالجة تلك العقود التي يكون الدافع إلى صوريتها سببا غير مشروع لمخالفته بالأساس النظام العام أو الأخلاق الحميدة أو المقتضيات القانونية المرتبة للبطلان على مخالفة المنع المنصوص عليه فيها. فالعقد هنا لا يكون له وجود قانوني.

التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين وورثتها. فلا يحتج بها على الأغيار إذا لم يكن علم بها. ويعتبر الدائنون (les ayants cause) والخلف الخاص (successeurs à titre particulier) أغيارا بالنسبة إلى أحكام هذا الفصل"[2].

وإذا كان المبدأ في تأويل التعبير الصوري عن العقد الموجود على نحو قانوني يتمثل، كما مر بناء، في منح هذا التعبير المعنى المستفاد من حقيقته المستورة، باعتبار أن هذه الحقيقة هي وحدها المرادة؛ فإن هذا المبدأ قد يشل بالاستثناء إذا ما فرضه القانون بنص آمر. ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما كان قد قرره الفصل 17 من الكتاب الأول من المدونة المغربية للتسجيل والدمغة (التنبر) من بطلان ورقة الضد واعتبارها عديمة الأثر حتى فيما بين المتعاقدين[3] متى تبين أن الهدف منها إنما يكمن في إخفاء جزء من ثمن البيع الواقع على العقار المحفظ أو غير المحفظ[4] أو الأصل التجاري أو إخفاء جزء من ثمن الحوالة الواقعة على الزبانة أو على الحق

[1]- يمكن ترجمة«العبارة الفرنسية "les ayants cause" بعبارة "من لهم حق في مواجهة المتعاقدين". وهؤلاء، وإن كانوا يتمثلون حتى في الخلف الخاص بالمعنى المضبوط إلا أن التنصيص صراحة على هذا الخلف الخاص مباشرة بعد العبارة المذكورة يجعل معنى هذه الأخيرة ينطبق على الدائنين وحدهم. ولذلك أضفنا هؤلاء إلى النص المعرب وإن جاءت الترجمة المتداولة للفصل 22 من ق.ل.ع.م. خلوا منهم.

[2]- إذا كان هذا النص قد كرس بالحرف مقتضيات الفصل 26 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود فإن الأصل الحقيقي للنص التونسي وبالتالي المغربي يتمثل حتى من حيث الصياغة في الفصل 1321 مدني فرنسي الذي ارتأت لجنة تفحص المشروع التمهيدي لسانتيبانا أن تغير به الصياغة الأولية للفصل 28 في هذا المشروع التمهيدي.

[3]- ينص الفصل 17 من الكتاب الأول من مدونة التسجيل والدمغة (التنبر) على أنه: "يعتبر باطلا وعديم الأثر: كل ورقة ضد وكل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو أصل تجاري أو تخل عن الزبانة أو إخفاء كل أو جزء من ثمن التخلي عن حق في الإيجار أو عن وعد بإيجار عقد أو جزء منه أو مدرك في معاوضة أو قسمة واقعة على أموال عقارية أو أصل تجاري أو زبانة. ولا يحول البطلان الواقع دون استخلاص الضريبة الواجب أداؤها إلى الخزينة إلا إذا حكم بها قضائيا". --ويجدر التنبيه إلى أن بطلان ورقة الضد ليس معناه بطلان العقد الذي تقوم ورقة الضد دليلا عليه. فهذا العقد يبقى قائما وصحيحا ولكن في حدود الثمن المذكور في العقد الصوري وليس في ورقة الضد. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها عدد 4577 الصادر بتاريخ 5 دجنبر 1953 إلى أن: "الإبطال المنصوص عليه قانونا بخصوص الاتفاقية الرامية إلى إخفاء جزء من الثمن لا يطبق إلا على الالتزام الخاص بالثمن الإضافي المخفي. فهو لا يمتد إلى الالتزام الأصلي المبرم طبق الشروط المبينة في عقد نظامي لبيع أصل تجاري" (منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (49-51، 52-53 1955) تعريب محمد العربي المجبود: مرجع سابق ص. 416 وما بعدها). وللتنبيه فإن الجزاء المترتب حسب هذه الترجمة هو الإبطال في حين نجد ترجمة الفصل 17 المار بنا تشير إلى البطلان.كما تجدر الإشارة إلى أن الفصل17 المذكور في المتن قد تكرس في المادة 145 من كتاب الوعاء والتحصيل المنفذ بقانون المالية رقم 05-35 للسنة المالية 2006. وهذه المادة 145 انتقلت إلى المادة 142 من المدونة العامة للضرائب .

[4]- حسب ظهير 7 يوليوز 1914 المتعلق بالعقارات غير المحفظة، فإن البيع الواقع على العقار غير المحفظ ينبغي أن يحرر كتابة. ويقوم قاضي التوثيق بالمخاطبة على هذا العقد. غير أن الفقرة الأخيرة من المادة 137 من المدونة العامة للضرائب تمنع "على القضاة المكلفين بالتوثيق الخطاب على عقود خاضعة إجباريا لإجراء التسجيل قبل أداء واجبات التسجيل المستحقة ... ".

في الكراء من الباطن[1] وما إلى ذلك مما هو منصوص عليه في الفصل 17 المذكور.

وعليه فتأويل العقد الصوري في ضوء الفصل 17 المذكور يقتضي من القاضي أن يعتبر التعبير الحقيقي المستور (ورقة الضد) تعبيرا غير جدي من الزاوية القانونية على الرغم من جديته الواقعية بالنظر إلى مراد المتعاقدين. وهنا فإن إجمال أو إبهام التعبير الصوري لا يقوم إلا بسبب التنازع فيه. ولكن ثبوت صوريته ليس من شأن أن يجعله تعبيرا غير جدي قانونا على الرغم من أنه غير جدي في الواقع؛ باعتبار أن المتعاقدين لا يريدانه في حدود ما تم إخفاؤه من الثمن. وهكذا يتبين أنه إذا كان النزاع المثار بين المتعاقدين، فيما يرجع إلى التعبير الصوري، من شأنه أن يجعل هذا التعبير مجملا أو مبهما بسبب ثبوت الصورية لحقيقة وجوده المستور، الأمر الذي يقتضي تأويله وفقا لمعنى التعبير السري المضاد؛ فإن هذا التعبير السري المضاد لا يكون له أي معنى من الناحية القانونية بين المتعاقدين متى تبين أن الصورية قد انصبت على إخفاء جزء من الأداء المقابل في العقود الخاضعة لرسوم التسجيل وفقا لما كانت تقتضيه مدونة التسجيل والدمغة (التنبر) المغربية، إذ في هذه الفرضية يبقى التعبير الصوري في نظر القانون هو التعبير الجدي الواجب الاعتداد به دون أي تأويل عندما يتبين أن معناه الحرفي النحوي واضح.

غير أن المادة 142 من المدونة العامة للضرائب الحالة محل الفصل 17 المذكور قد جعلت "العقد الصوري" وحده باطلا دون ورقة الضد[2] . وهذا معناه الرجوع إلى تكريس المبدإ في تأويل التعبير الصوري المار بنا.

[1]- جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 9 يونيو 1960 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1960، رقم 1276 ص 90) : "أن الفصل 17 من مدونة التسجيل والدمغة (التنبر) والذي بمقتضاه تقع باطلة وعديمة الأثر كل ورقة ضد يكون الهدف منها إخفاء جزء من ثمن البيع الواقع على العقار يعد خروجا عن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 22 من ق.ل.ع.م. والتي بمقتضاه إذا كانت ورقة الضد لا تسري في مواجهة الغير فإنها مع ذلك تبقى صحيحة في إنتاج أثرها بين المتعاقدين. وهذا الخروج له طابع استثنائي لذلك لا ينبغي تمديده إلى غير الحالات المنصوص عليها صراحة في الفصل 17 المذكور". – وعلى الرغم مما جاء في هذا الحكم، وما يقتضيه الاستثناء من الفهم المضبوط وعدم التوسع فيه، فإن خصوصية الاستثناء في الفصل 17 والمتمثلة في حماية مصلحة الخزينة العامة، تجعله، في تقديرنا، لا ينطبق على الحالات المصرح بها في الفصل 17 فقط وإنما على كل العقود التي تستوجب التسجيل لدى مصلحة التسجيل والدمغة متى تبين فيها إخفاء جزء من المقابل فيها وذلك لأن الاستثناء، بالإضافة إلى ما سبق، لا يعني أكثر من التقيد بالمعنى المضبوط لما هو مستثنى. والمستثنى في النص المذكور هو عدم اعتبار ورقة الضد حتى فيما بين المتعاقدين وليس في الحالات التي عددها النص على سبيل المثال ليس إلا. لا بل الأكثر من هذا فإن الاستثناء لا يمنع تمديده إلى كل الحالات التي من شأنها أن ينطبق عليها بدليل وهو في الفصل 17 جماية حقوق خزينة الدولة كما مر بها.

[2]-إن المادة 142 من المدونة العامة للضرائب احتفظت على العموم بصياغة الفصل 17 من مدونة التسجيل ولكنها بدل إيراد مصطلح "ورقة الضد " استعملت مصطلح " العقد الصوري" : " يعتبر باطلا وعديم الأثر كل عقد صوري ... "

الفقرة الثانية :
تأويل العقد الصوري المتنازع فيه بين المتعاقدين أو أحدهما وبين الأغيار

387- يقضي الفصل 22 من ق.ل.ع.م. بكون الاتفاقات السرية المضادة وغيرها من التصريحات المكتوبة لا تسري في مواجهة الأغيار سواء كانوا من الدائنين أو من الخلف الخاص بالمعنى المضبوط.

وعليه فإن هذه الاتفاقات السرية تشكل بالنسبة إلى من لا مصلحة لهم، من الأغيار، في التمسك بها ضربا من التعابير غير الجدية التي لا ينبغي الاعتداد بمعانيها إزاءهم إلا إذا ثبت علمهم بها[1]. ومعنى هذا أن النزاع المثار بشأن التعبير الصوري الواضح في معناه الحرفي النحوي لا يجعل هذا التعبير مجملا أو مبهما، وبالتالي لا يجوز تأويله بالمعنى المستفاد من الاتفاقات السرية أو أوراق الضد، متى كان النزاع قائما بين المتعاقدين أو أحدهما من جهة وبين أحد من الأغيار من جهة أخرى إلا إذا أثبت المتعاقدان أو أحدهما أن هذا الغير كان عالما بوجود الاتفاق السري، وقت حصوله، أو ورقة الضد عند تحريرها.

وهذا لا يعني أن الغير لا يستطيع التمسك بالاتفاق السري (أو ورقة الضد) ولو لم يكن عالما به وذلك من أجل دفع الضرر الذي من شأن العقد الظاهر أن يلحقه به[2].

غير أن التمسك بالاتفاق السري (أو ورقة الضد) في هذه الفرضية يجعل التعبير الصوري في العقد الظاهر تعبيرا مجملا أو مبهما يجب تأويله في ضوء المعنى المستفاد من الاتفاق السري (أو ورقة الضد) المتمسك به.

388- والجدير بالإشارة أن النزاع قد يجمع إلى جانب أحد المتعاقدين أو هما معا كلا من الأغيار حسني النية الذين لهم مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر (بالتعبير الصوري) والأغيار الذين لهم مصلحة في التمسك بالاتفاق السري. فهل

[1]- إن الأصل، في الأغيار، أنهم لا يعلمون بحصول الاتفاقات السرية المعارضة ولذلك فعلى من يدعي علمهم أن يثبت ذلك.

[2]- من الأمثلة التي ضربها فرانسوا لوران لتوضيح الفرضية التي تكون فيها للغير مصلحة في التمسك بالاتفاق السري (أو ورقة الضد) نذكر ما يلي: أن تبرم هبة في الظاهر حقيقتها وهمية: فهنا يكون من مصلحة دائني الواهب أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر من أجل الإبقاء على الشيء الموهوب ضمن ضمانهم العام. وكذلك أن يبرم عقد كراء فعلا ولكن يشترط في الظاهر أنه تم مقابل وجيبة كرائية أعلى من تلك المتفق عليها حقيقة في السر: فهنا يكون من مصلحة دائني المكري أن يتمسكوا بالاتفاق السري من أجل رفع الضرر عنهم: مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج. 16: مرجع سابق، رقم 497 ص. 574.

يعد التعبير الصوري الواضح في معناه الحرفي النحوي في هذه الفرضية، سبب النزاع، تعبيرا مجملا أو مبهما أم يبقى محتفظا بصراحته (وضوحه)؟

إن إعطاء الأفضلية للعقد الظاهر في هذه الفرضية، كما يذهب إلى ذلك البعض[1]، يبقي التعبير الصوري واضحا غير مجمل أو مبهم ولذلك ينبغي الامتناع عن تأويله بالاتفاقات السرية (أو أوراق الضد). ومع ذلك، فنظرا لكون الاتفاق السري عندما يعرض أمام القاضي لا يبقى محتفظا بصفة السرية، ونظرا لكون هذا الاتفاق السري هو المراد الحقيقي للمتعاقدين، ونظرا لكون هذا المراد الحقيقي هو الذي تؤول في ضوئه العقود بموجب الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.، وبسببها تم الاعتداد في الفصل 22 من ق.ل.ع.م. بالاتفاقات السرية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الأغيار العالمين بها؛ لذلك فإن مسايرة كافة هذه الاعتبارات لا تدفع إلا إلى القول بوجوب تغليب العقد المستور وليس العقد الظاهر. وعليه إذا ثبت هذا الرأي أمكن الذهاب إلى أن النزاع الذي تتعارض فيه مصالح الأغيار يجعل التعبير الصوري، وعلى الرغم من وضوح معناه الحرفي النحوي، تعبيرا مجملا أو مبهما وبالتالي يجب تأويله في ضوء المعنى المستفاد من الاتفاق السري (أو ورقة الضد)[2].

ومن شأن النظر إلى النزاع التعاقدي من زاويته العملية أن يعزز هذا الرأي: فالكراء مع البيع (Location – vente) عقد صوري، ولذلك عربه البعض أمثال عبد الرزاق أحمد السنهوري بالإيجار الساتر للبيع[3]، وإن كان هذا العقد، خلافا للمألوف تقليديا، لا يعارضه اتفاق سري (أو ورقة الضد)[4]. فإذا أصيب المكري البائع أو المكتري المشتري بالإفلاس قبل أداء القسط الأخير من أقساط الثمن المتفق عليه، وقام نزاع بين دائني المكري البائع ودائني المكتري المشتري؛ فإن الأخذ بالعقد الظاهر يقتضي حسم النزاع لمصلحة دائني المكري البائع وبالتالي فإن الشيء المكترى المبيع يجب إرجاعه إلى وعاء تفليسة المكري البائع في حالة تسلمه من قبل المكتري المشتري. والواقع فإن هذا الحل لا يأخذ به القضاء الفرنسي إذ يكيف عقد الكراء مع البيع، في النزاع الحاصل بين دائني البائع المكري المفلس وبين المكتري المشتري أو دائنيه أو بين البائع المكري أو دائنيه وبين دائني المشتري المكتري

[1]- انظر على سبيل المثال: سامون الكزبري: المرجع السابق، ج.1. رقم 242 ص. 298 وما بعدها. – وزارة العدل: شرح ق.ل.ع.م. إلخ... مرجع سابق، رقم 59 ص. 56.

[2]- نعتقد أن هذا الرأي يساير روح ق.ل.ع.م. التي لا تعتد في العقود، من حيث المبدأ إلا بالإرادة الحقيقية. كما أن الأخذ به من شأنه أن يساهم أيضا في التخفيف من حدة الكذب أو عدم الصدق أو التحايل المتجسد في العقود الصورية.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الرابع، المجلد الأول: مرجع سابق، رقم 93 ص. 177 وما بعدها.

[4]- تكمن صورية هذا العقد في وصفه، الظاهر، بالكراء على الرغم من أن حقيقته لا تكمن إلا في البيع بالتقسيط. ويرمي هذا الوصف الظاهر إلى منع انتقال الملكية إلى حين أداء كافة نجوم الثمن.

المفلس؛ على أنه بيع وهذا البيع هو الذي يشكل المراد والعقد الحقيقي[1]. ومعنى هذا التعبير الصوري في عقد الكراء مع البيع يعتبر مجملا أو مبهما عندما يجمع النزاع بين دائني المكري ودائني المشتري المكتري ويؤول على وفق المراد الحقيقي المتمثل في عقد البيع. ومثل هذا الحل يمكن الأخذ به حتى في المغرب في ضوء الفصلين 228 و2/462 من ق.ل.ع.م. والمادة 670 من مدونة التجارة المغربية.

المبحث الثاني :
عدم التطابق المقصود أو المدبر من جانب واحد بين التعبير الواضح في الظاهر وإرادته الحقيقية: فرضيات إضمار خلاف الظاهر أو التحفظ الذهني

389- جاء عند وحيد الدين سوار أن: "التحفظ الذهني هو أن لا يريد الشخص ما أعلن أنه يريده أو أن يضمر العاقد خلاف ما يظهر وذلك بأن يريد من تعبيره معنى مغايرا للمعنى الموضوع"[2].

ومن خلال هذا التحديد غير الخارج عما هو مكرس في معاجم اللغة الفرنسية[3]، والذي كان سائدا في المذهب الكلاسيكي للإرادة حتى في ألمانيا حسب رايموند ساليي[4] بل وفي سويسرا أيضا[5]؛ يتبين أن التحفظ الذهني يكمن في التعارض المقصود أو المدبر لدى المعبر بين تعبيره وإرادته.

وهذا التعارض إما أن يكون تاما عندما لا يراد من التعبير إنتاج أي أثر قانوني، وهذه هي فرضية التعبير المبني على المجاملة أو الهزل أو الخوف المعتبر (المطلب الأول)؛ وإما أن يكون التعارض غير تام عندما يقتصر التحفظ على تقييد الأثر

[1]- انظر على سبيل المثال:
- Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil Français, 2ème édition, tome X : Contrat civils ; première partie par Joseph Hamel (Vente), François Girard et André Tunc (Louage), L.G.D.J. , Paris, 1956, p. 258 et s.

[2]- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي إلخ....: مرجع سابق، رقم 389 ص. 377. – انظر أيضا: عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق، الهامش 1 في ص. 169.

[3] - Bruno Célice : Les réserves et le non –vouloir dans les actes juridiques, L.G.D.J, Paris, 1968, n° 2 p. 8 et s.

[4]- رايموند سالي: في التعبير عن الإرادة إلخ.... مرجع سابق، ص. 6 وما بعدها.

[5]- روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري: مرجع سابق، ص. 231.

القانوني المراد إما بتقليصه أو بتوسيعه، وهذه هي فرضية التعبير المبطن بقيد (المطلب الثاني).

والتعارض في الفرضيتين معا كما يمكن لصاحب التعبير أن يقصده عن حسن نية يمكن أن ينجر عن تدبير وسوء نية من أجل إيهام المخاطب بالتعبير أو التغرير به[1].

المطلب الأول :
التعبير المبني على المجاملة أو الهزل أو الخوف المعتبر

390- عندما يكون التعبير واضحا في معناه الحرفي النحوي، ومع ذلك يتمسك صاحب التعبير، في مواجهة معناه الواضح، بتعارض هذا المعنى مع إرادته الحقيقية التي لم تكن جدية بصفة تامة لصدورها عن مجاملة أو هزل أو خوف معتبر[2]؛ فإن هذا التعبير يصبح مترددا بين معنيي الجدية، وبالتالي انصرافه إلى الأثر القانوني، وعدم الجدية، وبالتالي عدم إحداث التعبير لأي أثر قانوني[3]. والتردد بين المعنيين

[1]- لا يختلف التحفظ الذهني من هذه الزاوية عن الصورية إلا في الجهة المراد إيهامها أو التغرير بها. فإذا كان الإيهام أو التغرير في الصورية يتم بالتواطؤ بين طرفي العقد ويقع على الغير؛ فإن الإيهام أو التغرير في التحفظ الذهني يتم من طرف أحد المتعاقدين فقط ويقع على المتعاقد الآخر المخاطب بالتعبير: انظر في مثل هذه الفكرة: رايموند ساليي: المرجع السابق، ص.9.

[2]- بما أننا لا نهتم في هذا الصدد إلا بالفرضيات التي من شأن التعبير الواضح أن يصبح فيها مجملا أو مبهما، لذلك فإننا لن نلتفت إلى ما قد ينجر لمتلقي التعبير غير الجدي من إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب رعونة المعبر حسن النية أو بسبب سوء نيته: انظر في مساءلة صاحب التعبير غير الجدي، على سبيل المثال:
- R. Von Ihering : « De la culpa in Contrahendo ou des dommages – intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » (1860) : Article traduit en Français avec l'autorisation de son auteur par O. Meulenaere, in R. Von Ihering : Œuvres choisies, tome II, Paris, 1893, Par 29. p.66 et s.
- رايموند ساليي: المرجع السابق، ص 44 وما بعدها. –جورج درو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، من ص. 306 إلى 310. – والجدير بالإشارة إ أنه إذا كان من الجائز للمعبر عن حسن النية أن يتمسك بعدم الجدية التامة في تعبيره لصدوره عن مجاملة أو هزل أو خوف معتبر؛ فإنه متى كان هذا المعبر سيء النية أمتنع عليه التمسك بعدم جدية تعبيره لأن سوء النية هنا يشكل ضربا من التغرير أو التدليس بالكتمان. وهذا الأخير لا يمكن لصاحبه الاستفادة منه.

[3]- عند تأمل موضوع التعارض، فيما نحن بصدد معالجته، يتبين أن هذا التعارض لا يقع في الحقيقة بين التعبير والإرادة وإنما في هذه الإرادة وحدها وينصب على انصرافها إلى المعنى الحرفي النحوي من جهة وعدم إعطاء هذا المعنى اللغوي أية قيمة قانونية من جهة أخرى: فالتعارض هنا يقع بين الإرادة اللغوية للتعبير وبين إرادته القانونية. ومن نفس هذه النظرة، ولكن بما يتلاءم وقانون الالتزامات السويسري، ذهب بوسهارت (في مرجعه المشار إليه من قبل، ص. 33) إلى أن التعارض في التعبير غير الجدي لا يكون بين تعبير المعبر وإرادته وإنما بين القيمة القانونية التي يعطيها المعبر لتعبيره وتلك التي يعطيها إياه متلقي التعبير. وإذا كنا قد اعتبرنا التعارض، هنا، حاصلا بين التعبير والإرادة فمن أجل مسايرة العقلية المهيمنة على ق.ل.ع.م. ليس إلا.

يجعل التعبير مجملا أو مبهما على الأقل إلى حين التحقق من واقعة المجاملة أو الهزل أو الخوف المعتبر.

391- وإثبات هذه الواقعة يمكن أن يتم بالكتابة كما لو كان صاحب التعبير غير الجدي قد سبق له أن عبر، في مكتوب مسلم لأحد الأغيار، عن عدم جدية التعبير الموجه للمخاطب به على سبيل المجاملة أو الهزل أو الخوف المعتبر[1].

كما يمكن أن يتم إثبات هذه الواقعة بالشهادة إذا كان صاحب التعبير قد صرح شفويا بحقيقة هذا التعبير إلى أحد من الأغيار. أو يتم إثباتها بالقرائن المستخلصة على العموم من كافة الظروف التي صدر فيها التعبير كأن يكون التعبير قد صدر في حالة ضحك[2]، أو في حالة التعليم والتعلم كإعطاء درس في شكل الكمبيالة انطلاقا من تحرير الأستاذ لهذه الأخيرة بإيراد اسمه كساحب واسم أحد الطلبة كمستفيد واسم أحد من الأغيار كمسحوب عليه ثم يحتفظ المستفيد عند نهاية الدرس بالنموذج ويقوم بتظهيره لأحد من الأغيار[3]، أو يكون التعبير قد صدر أثناء أداء دور مسرحي[4] خلال التمرن على مسرحية معينة، أو يكون التعبير قد صدر في ظروف لا يسمح فيها مركز المعبر بإضفاء الجدية على تعبيره كما لو مر طالب بسوق تباع فيها بقرة عن طريق المزاد فقدم أكبر عرض في هذا المزاد[5]، أو يكون التعبير قد صدر في ظروف تبدت فيها للعيان التهديدات الممارسة على صاحب التعبير.

[1]- لقد أورد ابن فرحون في تبصرته مجموعة من نماذج ما يكتب في شهادة الاسترعاء سرا للخوف المعتبر منها أنه: "إذا خاف الرجل أن يطلب منه عبده بالبيع ظالم فيحتفه ويشهد سرا إني إنما أفعل ذلك لئلا يطلبه مني هذا الظالم....(ج.2 ص.2)... ومن له دار بينه وبين أخيه فباع أخوه جميعها ممن يعلم اشتراكهما فيه وله سلطان وقدرة وخاف ضرره إذا تكلم في ذلك فاسترعى أن سكوته عن الكلام في نصيبه وفي الشفعة في نصيب أخيه لما يتوقعه من تحامل المشتري عليه وإضراره به وأنه غير تارك لطلبه متى أمكنه..(ج2.ص.3)". ومن النماذج الأخرى ما يتصل منها بالاسترعاء في الحبس وفي الخطبة وفي بناء غرفة بإزاء دار المسترعي مع فتح باب يطلع منه على ما في داره وفي بيع المضغوط: برهان الدين إبراهيم بن فرحون اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1301هـ، ج 2، من ص.2 إلى 5. -والجدير بالإشارة أن هذه الأمثلة المضروبة في تبصرة ابن فرحون على شهادة الاسترعاء السري (protestation secrète) تعد في نظر سانتيانا مما تتبلور به التحفظات المنصوص عليها في الفصل 21 من ق.ل.ع.م.: أنظر تعليقه على الفصل 27 من مشروعه التمهيدي في: المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية: مرجع سابق، ص. 13.

[2]- رايموند سالي: المرجع السابق، ص 10.

[3]- فون إيهرينج: "في الخطأ في التعاقد أو تعويض الضرر في الاتفاقات الباطلة أو غير التامة": مقال مشار في السابق، فقرة 29 ص. 67 وما بعدها. – وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي إلخ...: مرجع سابق، رقم 385 ص. 376. – وإذا كان التعبير غير الجدي قد صدر عن حسن نية في المثال المضروب في المتن، فإنه بالمقابل قد يصدر عن سوء نية: أنظر في كمبيالية المجاملة التي يصدر فيها التعبير غير الجدي عن سوء نية، وعلى سبيل المثال: علي سلمان العبيدي: الأوراق التجارية في التشريع المغربي، مطبعة التومي، ط.1، الرباط، 1970، ص. 182 وما بعدها.

[4]- رايموند سالي: المرجع السابق، ص. 10. – وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي إلخ...: مرجع سابق، رقم 386 ص. 376.

[5]- فون إيهرينج: "في الخطأ في التعاقد إلخ...": مقال مشار إليه قبله، فقرة 29 ص. 67.

392- إن دخول الإجمال أو الإبهام على التعبير الواضح في معناه الحرفي النحوي، بسبب التمسك بعدم الجدية التامة والراجع إلى المجاملة أو الهزل أو الخوف المعتبر، يقتضيه مبدأ الاعتداد بالإرادة الحقيقية في العقود من حيث انعقادها وتأويلها. ومع ذلك فإن هذا الأمر قد يبدو متعارضا مع الفصل 21 من ق.ل.ع.م. إذ ينص على أن: "التحفظات"[1] والقيود[2] التي لم تنته إلى علم الطرف الآخر لا تنقض (Infirmer) ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ"[3].

فالظاهر من هذا النص، عند ربطه بجواز أو عدم جواز تأويل العقد الواضحة عباراته، أن التعبير عن الإرادة متى كان معناه الحرفي النحوي واضحا في انصرافه إلى إحداث الأثر القانوني؛ وجب الامتناع عن تأويله بإعطائه معنى عدم إحداث الأثر القانوني إلا إذا كان المخاطب بالتعبير عالما بعدم انصراف هذا التعبير إلى إحداث الأثر القانوني.

393- والحقيقة أنه، في تقديرنا، لا يوجد أي تعارض بين سحب الصفة الإلزامية عن التعبير الذي لم تنصرف الإرادة إلى قيمته القانونية، كما يمكن أن يستفاد ذلك من الفقرة الأخيرة من الفصل 462 ق.ل.ع.م.، وبين بقاء التعبير محتفظا بصفته الإلزامية ولو كان عدم جديته تاما عندما يكون المخاطب بالتعبير غير عالم بالتحفظ (المسكوت عنه) كما يقضي بذلك الفصل 21 من ق.ل.ع.م.

فلقد مر بنا أن التحفظ المسكوت عنه، كواقعة متنازع فيها تخرج التعبير من ظاهره الواضح إلى حقيقته المجملة أو المبهمة، يمكن إثباته، للوصول إلى الإرادة

[1]- يقصد بها، كما يفهم من سياق النص، تلك التحفظات التي تجعل عدم الجدية في التعبير تاما، إذ أن من شأن ثبوتها أن تؤدي إلى نقض الآثار المستفادة من ظاهر اللفظ.

[2]- يقصد بها تلك التحفظات التي تجعل عدم الجدية في التعبير متمثلا فيما يراد تقليصه في المعنى الحرفي النحوي للتعبير أو زيادته فيه.

[3]- هذا النص منقول مبنى ومعنى من الفصل 25 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود أي في آخر المطاف من الفصل 27 من المشروع التمهيدي لسانتيانا. ويبدو أن نص سانتيانا، كما يصرح هذا الأخير بنفسه (انظر المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارة التونسية: مرجع سابق، ص. 13)، قد صيغ في ضوء مقتضيات الفصل 116 من القانون المدني الألماني في فقرته الثانية على الخصوص. – ويجدر التنبيه إلى أن اعتداد سانتيانا بالإرادة وحدها في قيام العقود وتأويلها، دفعه إلى أن يعتمد صياغة عامة يسوى فيها بين كافة التعابير. أما الفقرة الثانية من الفصل 116 مدني ألماني فإنها لا تتعلق إلا بصنف واحد من التعابير وهو صنف التعابير الواجب توجيهها إلى الأغيار لقبولها أو العلم بها كي تنتج آثارها (أي التعابير المتلقاة). أما التعابير التي ليس من الواجب توجيهها إلى الأغيار كي تنتج آثارها (أي التعابير الملقاة)، فإنها غير معنية. وينص الفصل 116 في فقرتيه، وكما نعربه عن ترجمته الفرنسية من قبل رايموند سالي (في مرجعه السابق، ص. 5)، على أنه: "-لا يبطل التعبير عن الإرادة لمجرد أن من صدر عنه قد قصد، عن طريق التحفظ الذهني، عدم إرادة ما عبر عنه.

- ويبطل هذا التعبير متى كان من التعابير الواجب توجيهها إلى أحد من الأغيار، وكان هذا الغير عالما بالتحفظ الذهني لصاحب التعبير."

المعتد بها في ضوء الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.، بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك القرائن كما يقضي بذلك الفصل 2/444 من ق.ل.ع.م.

ومثل هذه القرائن التي لا تدل إلا على العلم المحتمل، وليس العلم الحقيقي، يمكن التمسك بها حتى في إطار الفصل 21 المذكور من أجل إثبات عدم جدية التعبير من حيث قوته الإلزامية باعتبار أن العلم المشترط في هذا النص لا يعني العلم الحقيقي فقط كأن يكون المخاطب بالتعبير قد استعمل التهديدات فعلا من أجل استجرار المعبّر إلى التعاقد أو يكون المخاطب قد تمكن من الإطلاع فعلا على حقيقة (مجاملة أو هزلية) التعبير كما لو كان المعبر قد أشهد كتابة مجموعة من الناس بشهادة استرعاء واستخفاء للشهادة[1] على أن ما سيصدر عنه من تعبير موجه إلى شخص معين إنما هو على سبيل المجاملة أو الهزل ثم يتمكن المخاطب من الإطلاع على هذا الإشهاد عند تلقيه التعبير المتنازع فيه.

إن النص المذكور يعني أيضا العلم المفترض بالنظر إلى الظروف المحيطة بالتعبير ولو تمثلت في سلوك المعبّر. ولذلك فإن هذه الظروف إذا كان من شأنها أن تجعل التعبير خاليا من أية جدية فيما يرجع إلى قوته الإلزامية قامت قرينة على حصول العلم بعدم الجدية التام للتعبير.

394- وقد يقال إن العلم المقصود في الفصل 21 من ق.ل.ع.م. يجب أن يقتصر على العلم الحقيقي دون العلم المفترض أو المحتمل وذلك تمشيا مع مقتضيات الفصل 116 من القانون المدني الألماني كما يفهمها الفقه الجرماني[2]. وحسب هذا التصور فإن التعبير الذي يكون معناه الحرفي النحوي واضحا في دلالته على توخي الأثر القانوني يبقى كذلك ولا يصبح مجملا أو مبهما عندما يثار النزاع في شأن جديته فيتبين أن الطرف المخاطب بالتعبير لم يعلم فعلا بعدم جدية التعبير وإن كان من شأن الظروف المحيطة بالتعبير أن تجعل عدم الجدية هذا قابلا للعلم به.

[1]- إن الشهادة الاسترعائية عموما: "هي تلك التي يمليها الشاهد من حفظه ويكون الإسناد فيها إلى الشاهد". : أحمد أمغار :"شهادة اللفيف واعتمادها كحجة إثبات". : منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 16-17، مارس 1986، ص. 11. وإذا كانت هذه الشهادة غير معتد بها في ضوء الفصل 422 من ق.ل.ع.م. إذ ينص على أن: "الورقة الرسمية التي تتضمن الشهادة المسماة شهادة الاستغفال (protestation secrète). تكون باطلة بقوة القانون، ولا تكون حتى بداية حجة. – وتعتبر أيضا باطلة وكأن لم تكن الورقة الرسمية التي تتضمن تحفظا أو استرعاء (une réserve ou une protestation secrète)"؛ فإننا إنما نستعمل هذا الاصطلاح وفقا لما يساير الأوجه التي استعرضها ابن فرحون في الباب المتعلق بالقضاء بشهادة الاسترعاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: مرجع سابق، ج.2 ص.2 وما بعدها.

[2]- انظر في هذا الموقف على سبيل المثال: رايموند سالبي: المرجع السابق، ص. 6 وما بعدها و11. –روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري: مرجع سابق، ص. 231 وما بعدها.

غير أن هذا الاعتراض لا يمكن، في تقديرينا، أن يستقيم مع مجموع مقتضيات ق.ل.ع.م. إلا إذا حملناها أكثر مما تحتمل[1]؛ باعتبار أن الفقه الجرماني، إذا كان قد كرس الموقف المشار إليه في الاعتراض فليس بالنظر إلى مقتضيات الفصل 116 مدني ألماني في حد ذاته[2] وإنما بالنظر إلى مجموع مقتضيات القانون المدني الألماني وبالأساس إلى روحه الرامية إلى تغليب التعبير عن الإرادة في حالة التعارض بينهما. والانطلاق من نفس النظرة، ولكن إلى ق.ل.ع.م.، يقتضي منا رد الاعتراض المار بنا على أساس أن ق.ل.ع.م. قد تبنى من حيث المبدأ الموقف الفرنسي المعاكس للموقف الألماني ولذلك نجده يغلب الإرادة في حالة تعارضها مع التعبير. ويقتضي تغليب الإرادة الاعتداد بهذه الأخيرة حتى عندما لا يمكن استنتاجها إلا من الظروف المحيطة بالتعابير وليس فقط من الصياغة المعتمدة في هذا التعبير. وما نراه في هذا الصدد يظهر بجلاء أكثر في فرضيات التعبير المبطن بقيد مقلص أو موسع لمعناه الظاهر، وهي الفرضيات التي نعتقد بأن الفصل 21 من ق.ل.ع.م. قد قصدها بكلمة "القيود" الواردة فيه.

المطلب الثاني :
التعبير المبطن بقيد مقلص أو موسع لمعناه الظاهر

395- إذا جاء التعبير عن الإرادة مرسلا في ظاهره غير مقيد، وكان هذا التعبير واضحا في معناه الحرفي النحوي، ثم تمسك صاحبه بأن هذا التعبير مبطن بقيد؛ فإن ما يتمسك به المعبّر يُصير تعبيره الواضح مجملا أو مبهما على الأقل إلى حين تأكيد المعبر للقيد وتأكد القاضي من وجوده.

ولا تعد هذه الفكرة إلا مجرد تطبيق للموقف الفقهي التقليدي (الكلاسيكي) في كل من فرنسا وألمانيا، وهو موقف لا يعتد إلا بالإرادة بغض النظر عما إذا كانت حقيقية أو مفترضة كما أنه لا ينظر إلى التعبير إلا كمجرد دليل بسيط للإثبات يمكن معارضته بكل واقعة أخرى من شأنها أن تنير الطريق نحو الإرادة الباطنة[3].

[1]- لا نقصد من دفعنا هذا الاعتراض إلى تأييد الموقف المخالف له وإنما إلى محاولة تقرير ما يتماشى، في تقديرنا، مع ق.ل.ع.م. ليس فقط من خلال ظاهر نصوصه وإنما أيضا وبالأساس من خلال روحه.

[2]- أو حتى بالنظر إلى مقتضيات الفصل 118 من القانون المدني الألماني والتي لها علاقة بالفصل 116 المذكور. وينص الفصل 118 مدني ألماني، كما نعربه عن ترجمته الفرنسية من قبل رايموند ساليي (في مرجعه السابق، ص. 10) على أنه: "يقع باطلا كل تعبير عن الإرادة لم تقصد جديته عندما يتبدى على نحو لا ينبغي معه التغافل عن عدم جديته".

[3]- جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، من ص. 300 إلى 305.

وعلى الرغم مما وجه لهذا الموقف من انتقادات كما مر بنا[1]، فإن ما نعتقده أقرب إلى الصحة، هو أن ق.ل.ع.م. يمثل تجسيدا حيا لهذا الموقف التقليدي (الكلاسيكي)، من خلال الفقرة الثانية للفصل 462 منه من جهة ومن خلال روحه المستفادة من مجموع نصوصه من جهة أخرى.

ورب معترض على هذا الرأي يذهب إلى أن التعبير متى كان واضحا، في معناه الحرفي النحوي، ما أمكن للقيد المضمر فيه أن يصيره مجملا أو مبهما على أساس أن الفصل 21 من ق.ل.ع.م. لا يعتد "بالتحفظات والقيود" المضمرة في التعبير على وجه العموم سواء كانت شاملة أو جزئية. ومع ذلك فحتى نتمكن من الوقوف على مدى نجاعة مثل هذا الاعتراض، حسبنا أن نضرب بعض الأمثلة على التعبير المبطن بقيد مقلص للمعنى الظاهر (الفقرة الأولى) أو بقيد موسع لهذا المعنى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :
التعبير المبطن بقيد مقلص[2] للمعنى الظاهر: فرضية الإيجاب المقرون بتحفظ مسكوت عنه

396- إذا نظرنا إلى التعبير عن الإرادة من زاوية قوته في إحداث الأثر القانوني صنفنا هذا التعبير إيجابا متى تمثل، حسب التصور التقليدي، في "أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف"[3] بقبوله من طرف الشخص الموجه إليه[4] أو تمثل في الرد عن هذا الكلام الأول بكلام معدل له في كليته أو في جزء منه[5].

وهكذا فإن وصف التعبير عن الإرادة بالإيجاب للدلالة على أثره القانوني يرسل ويقيد بحسب ما إذا كان التعبير في حد ذاته مرسلا أو مقيدا. ومن هنا يكون التعبير المبطن بقيد، في هذا الصدد، هو الإيجاب المقرون بالتحفظ المسكوت عنه. والسكوت عن القيد في الإيجاب إما أن يكون بحسن نية (أولا) أو بسوء نية (ثانيا).

[1]- انظر الفصل الثاني من الباب الأول من هذا القسم الثاني.
[2]- نستعمل كلمة "التقليص" في هذا الصدد وفقا لمعناها الواسع الذي يفيد تضييق المعنى الحرفي النحوي وحصره (تقليص جزئي) كما يفيد مثل هذا المعنى في مجموعه (تقليص تام).
[3]- المادة 101 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
[4]- المادة 167 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
[5]- الفصل 27 من ق.ل.ع.م.

أولا : القيد المسكوت عنه في الإيجاب بحسن نية

397- قد يؤدي هذا القيد إلى تقليص المعنى الظاهر في جزء منه أو يشله في مجموعه. ومع ذلك نظرا لخطورة مثل هذا القيد الأخير نرى أن نقتصر في ضرب الأمثلة عليه فقط، وذلك للتأكد من مدى نجاعة الرأي القائل بعدم مقدرة تصيير القيد المضمر في التعبير لهذا الأخير مجملا أو مبهما عندما لا ينجر الإجمال أو الإبهام إلا عن القيد المضمر.

وعليه فقد يوجه مصنع أدوية إيجابا محددا من حيث كمية الأدوية المراد بيعها وأنواعها وأثمانها المضبوطة وواضحا في دلالة معناه الحرفي النحوي على عزم التعبير إحداث أثره القانوني متى قُبل، فيحظى هذا التعبير بقبول أحد الأشخاص ثم يمتنع صاحب الإيجاب عن تنفيذ العقد بدعوى أن تعبيره (إيجابه) مبطن بقيد. فهل يمكن في هذه الفرضية للقابل أن يستند إلى مقتضيات الفصل 21 من ق.ل.ع.م. لدفع ادعاء الموجب على أساس أن القيد لم يعلم به فعلا؟

الواقع أن القيد في الإيجاب الموجه إلى العموم يمكن الاعتداد به ولو جاء التعبير المبلور لهذا الإيجاب مرسلا وغير مقيد إذ أن مثل هذا الإيجاب غالبا ما يؤخذ فيه الشخص المراد التعاقد معه أو صفته بالاعتبار. ولذلك فإن صاحب المصنع يستطيع التمسك بالقيد المسكوت عنه في التعبير لرفض تنفيذ العقد بل ولرفض التسليم بانعقاد العقد مع الشخص الذي لا يزاول مثلا مهنة الصيدلة على أساس أن تعبيره مقيد بتحفظ مسكوت عنه يتمثل في كون التعبير غير موجه إلا إلى من يزاول منهة الصيدلة. وهذا القيد وإن لم يكن المتعاقد معه عالما به حقيقة إلا أنه كان من المفروض عليه أن يعلمه لأنه مما يستفاد ضمنا من التعبير إما بسبب العادة أو العرف في مثل هذا التعبير أو بسبب طبيعة المعاملة التي يتعلق بها[1].

وعندما يستعين القاضي بالعادة (العرف) لطبيعة المعاملة في تحديد المعنى المرسل أو المقيد للتعبير فإنه لا يقوم في الحقيقة إلا بتأويل هذا التعبير.

[1]- انظر في هذا الصدد وعلى سبيل المثال: - جيرار فارجا: القانون الخاص للاقتصاد، ج.2: مرجع سابق، ص. 117. – اليكس فيل وفرانسوا تيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق، رقم 142 ص. 156. – هشام فرعون: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي: مرجع سابق، رقم 113 ص.58 وما بعدها.
- Jean –Luc Aubert : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats, L.G.D.J., Paris, 1970, N° 142 et s. pp. 136 à140.
- Pierre Godé : Volonté et manifestations tacites, 1ère ed, P.U.F. Paris, 1977, n° 18 p. 29 et s , n° 245 p. 255.
- Jean –Christian Serna : Le refus de contracter, L.G.D.J., Paris, 1967, p.p. 156 à 162.

ثانيا : القيد المسكوت عنه في الإيجاب بسوء نية

398- لقد ضرب إنيكسيروس (Enneccerus)، على هذه الصورة الكلاسيكية للتعبير المبطن بقيد عن سوء نية، مثالا مفاده أن يعرض مترشح، لانتخابات معينة، في العقد المزمع إبرامه مع مواطن آخر شرطا أكثر إفادة لهذا الأخير كي يضمن الحصول على صوته في الانتخابات، ولكن قبل التوقيع على العقد يتمكن المترشح للانتخابات من التصريح أمام الشهود ودون علم المرغوب في التعاقد معه بما يلي: "لم أقبل في الحقيقة الشرط المضر بمصالحي والذي أوردته في العقد المزمع إبرامه مع فلان. وسأوقع هذا العقد حتى لا أخسر صوته"[1].

فعدم انصراف إرادة المعبِّر إلى توخي الأثر القانوني المترتب على المعنى الحرفي النحوي للتعبير المبلور للشرط الأكثر فائدة للمخاطب بالعبير يشكل قيدا مسكوتا عنه في هذا التعبير[2].

وإدخال المسكوت عنه في الاعتبار يجعل التعبير الواضح في حد ذاته مترددا بين معناه المرسل من كل قيد ومعناه المقيد بما تم السكوت عنه فيه.

وإذا ما قيل إن الفصل 21 من ق.ل.ع.م. لا يعتد بمثل هذا القيد إلا إذا كان المتعاقد معه عالما به حقيقة لا حكما وافتراضا؛ قلنا، انطلاقا من العقلية التي صيغ على هديها ق.ل.ع.م. في مجموعه، إن العلم المشترط في هذا الفصل، كما مر بنا، ليس هو العلم الفعلي وإنما أيضا القابلية للعلم من خلال الظروف المحيطة بالتعابير. ولاشك أن ظروف التعاقد في المثال المضروب قبله من شأنها أن تحمل المتعاقد النبيه (الحذر والمتبصر) على التساؤل عن السر الذي دفع بالمتعاقد الآخر إلى منحه ذلك الشرط الأفيد له. وهكذا إذا ما أثار هذا التساؤل فمعنى ذلك أن الشرط كان قابلا للعلم. وإذا لم يثره، بسبب ظروف التعاقد، اعتبر ذلك إهمالا منه. والإهمال يعامل معاملة العلم وبذلك يرتفع المنع المنصوص عليه في الفصل 21 من ق.ل.ع.م. فيما يرجع إلى القيود المسكوت عنها في التعبير بما يتلاءم واحترام الإرادة الحقيقية

[1]- عن جورج درو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة، مرجع سابق، ص 306.

[2]- صحيح أن القيد، في المثال المضروب، منطوق به. ولكن بما أن النطق بالقيد قد تم خارج العقد ودون العلم الحقيقي به من قبل المتعاقد معه؛ لذلك يبقى هذا القيد في علاقته بالتعبير التعاقدي الموجه إلى المتعاقد معه مسكوتا عنه: انظر في القيود المنطوق بها في التعبير، وهي لا تهمنا في هذا الصدد: جرينو سيليس: التحفظات وعدم الإرادة في التصرفات القانونية: مرجع سابق، من ص. 106 إلى 114 ومن 179 إلى 230.

للمعبر وكذا الإرادة المفترضة للمخاطب بالتعبير. وهذا هو المبدأ المكرس في الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م[1].

الفقرة الثانية :
التعبير المبطن بقيد موسع للمعنى الظاهر: فرضيات تخص أوصاف الالتزام أو انتقاله وانقضاءه

399- نرى في هذا الصدد أن نضرب الأمثلة الرامية إلى توضيح المبطن بقيد يخص أوصاف الالتزام أو انتقاله (أولا) قبل الأمثلة الموضحة للتعبير المبطن بقيد يخص انقضاء الالتزام (ثانيا).

أولا : التعبير المبطن بقيد يخص أوصاف الالتزام أو انتقاله

*** القيد المتعلق بأوصاف الالتزام:**

400- لا يمكن اعتبار الالتزام موصوفا إلا بذكر الوصف المقيد للالتزام في التعبير الدال عليه.

ومع ذلك فإن هذا التعبير على الرغم من مجيئه واضحا في إرساله وإطلاقه، إلا أنه قد يسند له المعنى المقيد بالوصف متى كان هذا القيد قابلا لأن يستفاد ضمنا من التعبير أو لأن يمثل نتيجة حتمية لطبيعة المعاملة.

وهكذا إذا كان التضامن لا يفترض بين الدائنين (الفصل 153 من ق.ل.ع.م) أو بين المدينين (الفصل 164 من نفس القانون)، فليس معنى هذا أن القاضي لا يستطيع استخلاصه من التعبير عن طريق النظر إليه من زاوية ما تقتضيه طبيعة المعاملة أو القانون[2]. وهو في نظره هذا لا يقوم إلا بعملية التأويل التي لا يستطيع

[1]- يجدر التنبيه إلى أننا لا نعالج هذه القيود إلا من زاوية ما تدخله من الإجمال أو الإبهام على التعبير الواضح في حد ذاته. أما ما يمكن أن ينجر عن الاعتداد بهذه القيود من أضرار قد يصاب بها المتعاقد معه المخاطب بالتعبير المبطن بقيد فلا يعنينا في هذا المقام.

[2]- جاء في القرار عدد 192 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 يونيو 1971 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 ص. 17 وما بعدها) أنه: "يكون الحكم معرضا للنقض إذا استند في وجود تضامن المدينين على مجرد الاستنتاج الذي لا يمكن أن يبرر هذا التضامن وأن التضامن يجب أن يكون ناتجا بصراحة من العقد أو يستند إلى نص قانوني". ويبدو هذا القرار مفرطا في التمسك بحرفية النصوص المنظمة للتضامن بين المدينين ومع ذلك فإنه، في تقديرنا، لا يحدث قطيعة مع ما أوردناه في المتن خاصة وأن ما رفضه القرار بالأساس هو الاستنتاج غير المبرر للتضامن كأن تستخلص محكمة الموضوع -كما جاء في نفس القرار- من تصريحات المتنازعين أن القصد من الالتزام "هو تطمين الدائنين وضمان الوفاء لهما" فتقرر على هذا القصد وجوب أداء المدين للدين كله تطبيقا لقواعد التضامن بين المدينين. فمثل هذا الاستنتاج لا يمكنه بالفعل تبرير وجود التضامن.

المخاطب بمثل هذا التعبير المبطن بقيد غير منطوق به دفعها على أساس عدم العلم الفعلي بالقيد لأن هذا القيد يعد مما ينبغي على المخاطب أن يعلم به وإلا عد مما يفترض في التعبير ولو جاء مرسلا[1].

* القيد المتعلق بانتقال الالتزام:

401- قد يأتي التعبير الدال على انعقاد الحوالة واضحا في انصراف معناه الحرفي النحوي إلى الحق الذي انصب عليه العقد دون ما يستوجبه هذا الحق من أعباء أو تكاليف.ومع ذلك إذا لم تستبعد هذه الأعباء أو التكاليف صراحة في التعبير بقي هذا الأخير متضمنا لها. وعدم علم المحال له فعلا بهذا القيد لا ينفعه في دفع القيد مادام أنه كان من المفروض عليه أن يعلم به كما يستفاد ذلك من مقتضيات الفصل 202 من ق.ل.ع.م.

ثانيا : التعبير المبطن بقيد يخص انقضاء الالتزام

402- من الأمثلة على هذه الفرضية أن التعبير عن إرادة إبراء أحد المدينين المتضامنين وإن جاء واضحا من حيث دلالة معناه الحرفي النحوي على انصراف الإبراء إلى المدين المصرح به في التعبير وحده إلا أن هذا الإبراء ينهي الدين بالنسبة إلى كافة المدنين المتضامنين ما لم يستبعد إبراء هؤلاء صراحة في التعبير. وهنا فإن التعبير المرسل في اختصاصه بمدين واحد يكون مبطنا بقيد تعميم الإبراء على بقية المدينين المتضامنين (الفصل 172 من ق.ل.ع.م).

وكذلك إذا كان التسلم في عقد نقل الأشياء من قبل المرسل إليه كتعبير عن الإرادة بالفعل لا بالقول يفيد في دلالته انقضاء العقد وبالتالي سقوط أية مسؤولية عقدية (المادة 1\475 من مدونة التجارة المغربية)؛ فإن هذه الدلالة التي تبدو مرسلة ومطلقة هي في حقيقتها مقيدة بعدم إصابة الشيء موضوع النقل بأي ضرر من الأضرار التي "يتعذر معرفتها عند التسليم" (المادة 2\475من مدونة التجارة المغربية). وهذا القيد يجعل معنى التسلم (أو التسليم) لا يقف عند انقضاء العقد وإنما يمتد إلى بقاء المسؤولية قائمة.

وهكذا يتبين من الأمثلة المارة بنا أن القيود المضمرة في التعبير من شأنها أن تخرج هذا التعبير من حالة الوضوح في معناه الظاهر إلى حالة الإجمال أو الإبهام على الأقل إلى حين ثبوت القيد المضمر.

[1]- انظر في هذا القيد المعتبر مفترضا في التعبير بسبب طبيعة المعاملة المنجرة عن عدم قابلية المبيع للانقسام: القرار عدد 63/62-173 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 أبريل 1963: منشور بمجموعة قرارت ا الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية، مرجع سابق، ج.2 رقم 40 ص. 105 وما بعدها.

403- كما أنه بعد كل ما مر بنا في هذا الباب من الفرضيات التي ينبغي استبعادها من مفهوم العقد الصريح بموجب الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.، يتبين في آخر المطاف أن المقصود بالعقد الصريح (الواضح) غير القابل للتأويل هو العقد الذي لا يتناسب فيه معناه الحرفي النحوي مع المراد منه. ولذلك فإن الصراحة (الوضوح) تزول عن العقد ليحل محلها الإجمال أو الإبهام بمجرد ما يقوم النزاع بين المتعاقدين حول هذا المراد بغض النظر عما إذا كانت عبارات العقد مجملة أو مبهمة، بالمفهوم التقليدي الذي يقف في الغالب عند المظان التي استعرضناها في الفصل الأول من هذا الباب، أو كانت صريحة (واضحة بينة) حسب نفس المفهوم. ونعتقد، في هذا الصدد، بأن كاترين مارو كانت على صواب عندما ذهبت إلى أن الوضوح أو الغموض (الإجمال أو الإبهام) في العقد لا يتحدد إلا بربط العقد في ألفاظه وعباراته أو بنوده بالواقعة المتنازع فيها ومعطياتها[1].

ولذلك فعندما يرمي النزاع إلى إثارة الشك حول مدى مناسبة المعنى الحرفي النحوي للمراد في العقد، فإن هذا النزاع لا يمكن الفصل فيه إلا عن طريق التأويل. فما هي القواعد التي اعتمدها ق.ل.ع.م. لتأويل العقود غير الصريحة؟ هذا ما سنعالجه في القسم الموالي.

[1]- كاترين مارو: مفهوم التحريف في القانون الخاص الفرنسي: مرجع سابق، ص. 191 و194 و199 وما بعدها.

القسم الثالث :

قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م للعقود غير الصريحة

تمهيد :

404- إن تأمل الفصول المنظمة في ق.ل.ع.م. لقواعد التأويل من شأنه أن يولد انطباعا مفاده أن هذه النصوص وإن جاءت مشابهة في صياغتها لغيرها من النصوص المنظمة لميادين أخرى في نفس القانون؛ إلا أن مضمونها يتصل بنمط التفكير القانوني الواجب التعامل به مع العقود أكثر من اتصاله بالحلول المهيأة لحسم النزاعات المثارة في شأنها. ولا نرى أصدق تعبير عن هذا الانطباع مما لاحظه لارومبيير (Larombière) من أن قواعد التأويل تعد أقرب إلى قواعد الاستدلال منها إلى فصول القانون، أقرب إلى مسلمات المنطق منها إلى مبادئ التشريع: فكأننا أمام صولون الإغريقي وهو يكتب ألواحه بريشة أرسطو[1].

إن النظر إلى قواعد التأويل من زاوية هذا الانطباع يجعل هذه القواعد -بعبارة أخرى- مجرد تجسيد لحقيقتها الاستدلالية وبالتالي مجرد وصف عملي لجوهرها المتمثل في مناهج التأويل[2].

وبما أن معالجة قواعد التأويل من هذا المنظور النظري والمنطقي قد مرت بنا في القسم الأول المتعلق بمناهج التأويل؛ فإننا نرى في هذا الصدد أن نعمد إلى تلمس ما كرسه ق.ل.ع.م. من القواعد العملية لتأويل العقود غير الصريحة انطلاقا من دراسة الفصول المتضمنة لهذه القواعد.

405- ولقد نظم ق.ل.ع.م., وعلى غرار ما فعله القانون المدني الفرنسي,[3] قواعد تأويل العقود غير الصريحة في فصوله من 2/462 إلى 473.

وبما أن الفصل 231 من ق.ل.ع.م. له علاقة وطيدة بالفصل 463 من نفس القانون، إن لم يكن امتدادا أو مجرد تطبيق له؛ لذلك نستطيع اعتبار الفصل 231 المذكور بدوره من الفصول المنظمة لقواعد التأويل وبالتالي سيكون جديرا بالدراسة في هذا الصدد.

وإذا كنا سنقتصر على دراسة هذه الفصول في مجموعها على الرغم من أنها لا تنظم كافة القواعد التي يخضع لها تأويل العقود[1]؛ فإن ما يجدر التنبيه إليه أن معالجتها يمكن أن تتم من خلال تصنيفها إلى قواعد التأويل الأساسية المرتبطة

---

[1]- Larombière : traité des obligations, sous l'article 1156 n° 2 : عن كوكبيه: أطروحته المشار إليها في السابق، ص. 106.

[2]- إن اعتبار هذه الحقيقة الاستدلالية الجاعلة من قواعد التأويل وصفا لمناهج التأويل هي التي دفعتنا إلى البدء بمعالجة مناهج التأويل في القسم الأول.

[3]-إن القانون المدني الفرنسي ينظم قواعد تأويل العقود غير الصريحة في فصوله من 1156 إلى 1164.

بعناصر العقد الداخلية أو الخارجية وقواعد التأويل الاحتياطية على غرار ما فعله سانتا ماريا[2] ونقله عنه عبد الحكم فودة[3]، أو من خلال ترتيبها بحسب ما يستخدم منها في البحث عن الإرادة المشتركة وما يطبق منها عند عدم التمكن من الكشف عن الإرادة المشتركة على غرار ما فعله بوري (Jacques Boré)[4]، أو -بالأساس- إيدوارد دكالاطاي (Edouard de Callataÿ)[5].

406- والحقيقة، في تقديرنا، أن تأمل قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. قد يحمل على الاقتناع بسلامة التصنيف الذي اعتمده على سبيل المثال سانتاماريا : ولذلك نرى تقسيم هذا القسم في ضوئه إلى بابين نخص الأول منهما لقواعد التأويل الأصلية والمعتمدة في ق.ل.ع.م. وثانيهما لقواعد التأويل الاحتياطية والمعتمدة في ق.ل.ع.م.

ويبقى أن نشير إلى أننا سنعمل، قدر الإمكان في معالجة النصوص المجسدة لقواعد التأويل المذكورة قبله، على التعرض بالنسبة لكل نص إلى ما نراه من المعطيات التي تساعد على فهمه الجيد حتى لا نسقط فيما هو مألوف في الدراسات الأكاديمية بالمغرب من الاقتصار في معالجة هذه النصوص على شرحها بأسلوب لا يختلف في الغالب عن نفس صياغتها المتعمدة في ترجمتها المتداولة[6].

[1]- إن ما ينقص تنظيمه في ق.ل.ع.م. من قواعد التأويل يمكن الوقوف عليه في الباب الثاني من القسم الأول المتعلق بمناهج التأويل وعلى الخصوص في الفصل الثاني فيه والمتعلق بمفهوم المنهج المنطقي للتأويل كنتيجة أو سبل الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.

[2]- انظر أطروحته المشار إليها في السابق: من ص 45 إلى 74 فيما يرجع إلى قواعد التأويل المنظمة في القانون المدني الفرنسي ومن ص 86 إلى 100 فيما يرجع إلى قواعد التأويل المنظمة في القانون المدني الشيلي لسنة 1855.

[3]- انظر أطروحته المشار إليها في السابق من ص 104 إلى 150 فيما يرجع إلى قواعد التأويل المنظمة في القانون المدني الفرنسي ومن ص. 224 إلى 259 فيما يرجع إلى القواعد المنظمة في القانون المدني المصري.

[4]- انظر مقاله:

- Un centenaire : Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », in R.T.D.C. 71, Année 1972 –ed. Sirey, n° 117 p. 304 et S.

[5]- إن المرجع المشار إليه في السابق لدكالاطاي قد وضع في ضوء هذه النظرة، ولا أدل على ذلك من العناوين المختارة للدراسات الثانية والثالثة والرابعة إذ جاءت على وفق الترتيب التالي: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من ص 11 إلى 130- تأويل الاتفاقات عندما لا تتكشف النية المشتركة للمتعاقدين من ص 131 إلى 155- التأويل وتمديد الاتفاقات من ص 157 إلى 170.

[6]- يقول يان باكلو إن المقتضيات المنصوص عليها في الفصول من 1156 إلى 1164 من القانون المدني الفرنسي قد أعيد لها الاعتبار مؤخرا بعدما أهملها الفقه الفرنسي خلال مدة طويلة، إذ أن هذا الفقه في اتجاهه التقليدي كان يقتصر على الفصل 1156. وبالمقابل فإن اتجاهه الحديث كان يركز على الفصل 1135 ولكن على حساب الفصول من 1156 إلى 1164: انظر أطروحته المشار إليها في السابق رقم 243 ص. 226- أنظر أيضا:

Philippe Simler : « Interprétations des Contrats » in Juris- classeur civil (5;1984) éd. Techniques, Paris 1988, n° 29. p.9

- **الباب الأول: في قواعد التأويل الأصلية المعتمدة في ق.ل.ع.م.**
- **الباب الثاني: في قواعد التأويل الاحتياطية المعتمدة في ق.ل.ع.م.**

الباب الأول :
في قواعد التأويل الأصلية المعتمدة في ق.ل.ع.م

407- إن القواعد التي ننوي معالجتها في هذا الباب تتمثل في تلك التي يجسدها الفصل 2/264 وكذا الفصول من 464 إلى 472. غير أن إعادة تصنيف هذه النصوص في ضوء ما مر بنا من التمييز بين التأويل المكشوف والمعلن وبين التأويل المستمر والمقنع، وكما سيتأكد ذلك عند معالجة كل فصل على حدة، يجعل الفصول 2/462 و464 و465و469 مكرسة لما أسميناه بالتأويل المكشوف والمعلن وهذا هو المقصود بالتأويل بالمعنى المضبوط. كما يجعل الفصول من 466 إلى 468 ومن 470 إلى472 مكرسة لما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع وهذا هو المقصود بالفهم.

وعليه، فإننا نرى معالجة كل هذه النصوص في فصلين كالتالي:

- **الفصل الأول : قواعد التأويل المكشوف والمعلن أو قواعد التأويل بالمعنى المضبوط**
- **الفصل الثاني : قواعد التأويل المستتر والمقنع أو قواعد الفهم**

الفصل الأول :
قواعد التأويل المكشوف والمعلن أو قواعد التأويل بالمعنى المضبوط

408- إن الفصول المجسدة- كما مر بنا- للقواعد الأصلية للتأويل بالمعنى المضبوط هي على التوالي: 2/462 و464 و465و 469. وقصد التمكن من ضبط القواعد التي تكرسها هذه الفصول بما يسمح، قدر الإمكان بالوقوف على ما لها من كامل الدلالة في ضوء منطقوها أو مفهومها المستعان فيه بالأساس بأصولها، نرى أن ندرس كل فصل منها في فرع مستقل.

وبما أن عدد النصوص القانونية المراد دراستها في هذا الصدد أربعة، فإن هذا الفصل الأول يقتضي هنا تقسيمه إلى أربعة فروع كالتالي:

- **الفرع الأول : قاعدة الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م.: تصريح العقد بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين**
- **الفرع الثاني : قاعدتا الفصل 464 من ق.ل.ع.م. : تصريح التصرف أو العقد بالتوفيق بين بنوده أو بآخر هذه البنود رتبة في حالة تعذر التوفيق بينها**
- **الفرع الثالث : قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. : تصريح التصرف أو العقد على وفق المعنى المفضي إلى إعماله**
- **الفرع الرابع : قاعدة الفصل 469 من ق. ل.ع.م. : تصريح التصرف أو العقد بعدم الوقوف عند ما يخصص بالذكر فيه**

الفرع الأول :
قاعدة الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م :
تصريح العقد بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين

490. تنص الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق. ل.غ.م. على أنه:"عندما يكون هناك محل للتأويل، يجب البحث عن إرادة الطرفين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ أو عند تركيب الجمل "[1].

إن بلورة مدلول هذا النص وتحديد مكانته بين بقية قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م. , من شأن تأصيل الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. أن يساعدنا عليهما.

ولذلك نرى تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

- **المبحث الأول: تأصيل الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: مدلول القاعدة المنصوص عليها في الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثالث: مكانة قاعدة الفصل 2/462 بين بقية قواعد التأويل الأخرى المعتمدة في ق.ل.ع.م.**

[1] - « Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases ».

المبحث الأول :
تأصيل الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م

410. تعد الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع. م. مجرد نقل حرفي للفصل 515في نصه الفرنسي[1]، من المجلة التونسية للالتزامات والعقود والمأخوذ بدوره، بالحرف من الفصل600 من المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري التونسي المعد من قبل سانتييانا[2]، وهو الفصل الذي اقتصر في الحقيقة على تبني الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي[3]، وبالتالي على تبني أصله الحقيقي والمتمثل في القاعدة الأولى من قواعد التأويل لبوتييه ' (Pothier)4[4].

وانطلاقا من هذا الأصل نستطيع أن نذهب إلى أن الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل. ع.م. تكرس المذهب النفسي الذي كان سائدا في الفقه الفرنسي الكلاسيكي والذي لا يعتد في التأويل إلا بالإرادة الباطنة باعتبار أن هذه الأخيرة هي أساس ومصدر كل قانون وكل حق, وتتمثل في النية أي كما يقول فابروكيت قي "العزم المدبر لإنجاز عمل ما"[5].

411. غير أن ما يجدر التنبيه إليه أن النية أو الإرادة الباطنة المعتمدة في المذهب النفسي للتأويل لا تخرج في آخر المطاف, كما مر بنا في معرض دراسة المنهج الحرفي النحوي، عن المعنى اللغوي المناسب. وفي هذا الأمر يمكن للمذهب

[1]- تنص الترجمة الرسمية للفصل 515 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود على أن: "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب". وعلى الرغم من أن النص الفرنسي الأصلي لهذا الفصل التونسي هو عين النص الفرنسي المار بنا للفصل 2/462 من ق.ل.ع.م.؛ فإن الترجمة التونسية سايرت أكثر روح الفصل 1156 مدني فرنسي عندما لم تؤكد في مستهل النص على عبارة: "عندما يكون هناك محل للتأويل" من جهة، كما أنها من جهة أخرى جاءت وكأنها ضرب من السلخ للمادة 3 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[2]- انظر هذا المشروع في مرجع سانتييانا المشار إليه في السابق ص. 247.

[3]- ينص الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "يجب في الاتفاقات البحث عن النية المشتركة للطرفين بدل الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ".

[4]- انظر نص القاعدة الأولى لبوتييه في الفقرة 24 قبله. والجدير بالإشارة أن نفس هذه القاعدة قد تأثرت بها كثير من المدونات المدنية الصادرة ليس فقط في القرن 19 وإنما أيضا في القرن 20 وعلى سبيل المثال: القانون المدني الهولندي لسنة 1838 (الفصل 1379)، والقانون المدني الشيلي لسنة 1855 (الفصل 1560)، والقانون المدني الإيطالي لسنة 1865 (الفصل 1131)، والمشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني البلجيكي والمعد من قبل فرانسوا لوران سنة 1884 (الفصل 2/1096)، والقانون المدني الإسباني لسنة 1889 (الفصل 2/1281)، والقانون المدني البرازيلي لسنة 1916 (الفصل 85) والقانون المدني الصيني لسنة 1930 (الفصل 98) والقانون البولوني للالتزامات لسنة 1934 (الفصل 108): انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: دكالاطاي: مرجعه السابق رقم 50 من ص. 104 إلى 107. لا بل الأكثر من هذا فإننا نجد تكريس قاعدة بوتييه كما اعتمدها الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي حتى في بعض المدونات التي صدرت مؤخرا كالقانون المدني الجزائري لسنة 1975 (الشق الأول في الفقرة الثانية من المادة 111).

[5]- فابروكيت: المرجع السابق ص. 413 والهامش رقم 1 في نفس هذه الصفحة.

النفسي أن يختلف عن المذهب الموضوعي الألماني للتأويل باعتبار أن هذا المذهب الأخير لا يعتمد المعنى اللغوي المناسب والمتمثل في المعنى المألوف فقط وإنما يحث أيضا على الأخذ بالمعنى الاجتماعي الذي يتوصل إليه من خلال إعمال معيار الهدف الاقتصادي المتوخى من قبل المتعاقدين أو معيار الإنسان العاقل أو معيار تجربة الحياة أي في آخر المطاف من خلال إعمال معيار المصلحة الاجتماعية المفضية إلى تحقيق المصلحة العامة[1]-[2].

المبحث الثاني :
مدلول القاعدة المنصوص عليها في الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م

412. يتمثل مدلول القاعدة التي نحن بصدد تحليلها في أنه عندما يتبين للقاضي أن العقد غير صريح، على النحو المار بنا عند تحديد نطاق العقود غير الصريحة في ضوء ق. ل.ع.م. ، يكون عليه أن يمتنع عن تحديد المعنى المطلوب في المعنى الحرفي النحوي أي المعنى اللغوي المباشر وأن يلجأ إلى البحث عن إرادة الطرفين المتعاقدين للكشف عنها, إذ المعنى الحرفي النحوي في حالة العقد غير الصريح يكون أجنبيا عن إرادة المتعاقدين، عن الإرادة المشتركة. عن النية المشتركة أي عن المعنى الذي تراضيا عليه، المعنى الذي يقصده المتعاقد أثناء عملية التعاقد من التعبير الموجه إلى المتعاقد معه ويعلم به هذا الأخير حقيقة أو يكون عليه أن يعلمه بالنظر إلى ظروف التعاقد بالأساس أو طبيعة العقد المرغوب في إبرامه ومع ذلك لا يبادر إلى رفض هذا المعنى وقت إبرام العقد وقيامه[3].وفي هذا الصدد يذهب يان باكلو، في شأن تحديد 1156 مدني فرنسي, إلى أن الإرادة

[1]- انظر: سانتا ماريا: المرجع السابق من ص. 197 إلى 205.

[2]- إن المذهب الموضوعي الألماني للتأويل ينطلق من الفصل 133 من القانون المدني الألماني لسنة 1900 والذي.لا يختلف في صياغته عن صياغة الفصل 1156 مدني فرنسي. وعلى الرغم مما قد يبدو من تعارض بينه وبين المذهب النفسي الفرنسي، لأنه يرفض البحث عن الإرادة المفترضة أو المحتملة ولا يعتد في هذه الحالة إلا بالمعنى المألوف والاعتيادي للفظ المنطوق به في العقد أو التصرف بوجه عام أو بالمعنى الاجتماعي على النحو المذكور في المتن، كما أنه يسلب سلطة التقدير من قضاة الموضوع ويجعل تأويلهم خاضعا لرقابة المحكمة الفيدرالية (انظر مثلا: محمد شليح، رسالته المشار إليها في السابق ص. 236 وما بعدها)؛ إلا أن العمل القضائي في كل من فرنسا وألمانيا قد جعل المذهبين يصبان في اتجاه واحد يكمن في تخفيف كل من المذهبين من غلوائه وتطرفه: انظر في هذا الصدد: يان باكلو: المرجع السابق رقم 244 ص 228 وما بعدها. سيملر: مقاله السابق: رقم 37 ص 11. -ألفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: منشورات المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، باريس 1961 رقم 419 ص.420.

[3]- انظر في مثل هذا التصور: سيملر: مقاله السابق رقم 37 ص 11.

المشتركة التي يبحث عنها المؤول هي تلك التي تكون قد تبلورت إلى الخارج من خلال التعبير المكتوب أو المنطوق أو من خلال السلوك. وإذا كانت الإرادة بطبيعتها ذاتية نفسية ، فإن تجليها إلى الخارج هو بالضرورة أمر موضوعي. وعدم اشتراط قدر من التجلي في الإرادة معناه السماح للقاضي, تحت غطاء التأويل، بأن يجعل مصير العقد بين يديه[1].

413. إذا ثبت ما سبق تساءلنا عما إذا كان مدلول الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. ينحصر في البحث عن الإرادة المشتركة أي عن التراضي حول المعنى المراد أو توافق الإرادتين الذي تقوم به العقود دون التصرفات التي لا توجد فيها إلا إرادة واحدة أولا وأخيرا أو على الأقل قبل تفاعلها مع إرادة الطرف الآخر لتصبح بفعل ذلك التفاعل مشتركة من جهة , وتساءلنا من جهة أخرى عما إذا كان مدلول الفقرة المذكورة يقتصر انطباقه على العقد المكتوب دون العقد الشفوي ؟

414. ففيما يرجع إلى التساؤل عما إذا كان البحث عن الإرادة يلتزم به القاضي بغض النظر عما إذا كانت هذه الإرادة مشتركة أو منفردة: يمكن الذهاب إلى أن تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من الفسل 462 من ق.ل.ع.م. لا يقتصر على البحث عن الإرادة متى كانت مشتركة فقط وإنما أيضا حتى عندما تكون منفردة في إنتاج آثارها كما هو الشأن بالنسبة للإقرار أو التنازل الإنفرادي عن الحق أو منفردة بصفة مؤقتة كما يحصل في الإيجاب أو القبول المتنازع في معناه[2].

والجدير بالإشارة أن هذا الفهم يتلاءم حتى مع نظرة سانتيبانا إلى قواعد التأويل التي سطرها في مشروعه التمهيدي المعتبر كما مر بنا أصلا للمجلة التونسية للالتزامات العقود وبالتالي لق.ل.ع. المغربي. وتتكشف لنا نظرة سانتيبانا من خلال العنوان الذي آثره من جهة للباب الثاني (Chapitre11) من القسم السابع المتعلق بإثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها. وعنوان هذا الباب الثاني هو "تأويل التعابير عن الإرادة وفي بعض القواعد العامة للقانون " l'interprétation des déclarations de volonté et de quelques règles générales". كما تتكشف لنا من خلال عنوان ما ترجم بالفرع الأول (Section) من الباب الثاني المذكور وهو كالتالي: "في تأويل التعابير عن الإرادة والاتفاقات بصفة خاصة" (De l'interprétation des déclarations de volonté et

[1]- يان باكلو: المرجع السابق رقم 244 ص. 229

[2]- يان باكلو: المرجع السابق رقم 244 ص. 227. -سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 58 وما بعده ص 16.

(notamment des conventions)[1]. غير أن اللجنة المكلفة بإقرار النص النهائي للمجلة التونسية للالتزامات والعقود آثرت حذف "التعابير عن الإرادة" من العنوانين فجاءا على ما هما عليه الآن في كل من المجلة التونسية وق.ل.ع.م.

415- أما فيما يرجع إلى التساؤل عما إذا كان البحث عن الإرادة المشتركة يلتزم به القاضي بغض النظر عما إذا كان العقد مكتوبا أو شفويا: فإن تفحص كافة قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. أو القانون المدني الفرنسي يسمح بالذهاب إلى أن العقد الذي وضعت على هديه هذه القواعد ليس هو العقد الشفوي بل العقد المكتوب أو أي شكل من أشكال التعابير المكتوبة كالإعلان في جريدة أو طريقة الاستعمال المدرجة على غلاف السلعة أو المحرر العرفي أو الرسمي أو تراكم مجموعة من التصرفات التي تصدر في وقت واحد كالعقد والتصميم المرفق به عندما يقدمان معلومات مختلفة[2]. ولا أدل على هذا من بعض العبارات التي نتلمسها في صياغة الفصول المنظمة لقواعد التأويل في ق.ل.ع.م. كتكرار لفظة البند أو البنود (مثلا الفصول 463 و464 و465) أو الإشارة إلى رتبة البنود في العقد المكتوب (الفصل 464) أو الإشارة في العقد إلى ما يقدر به محل الالتزام على أنه وارد على وجه التقريب (الفصل 470) أو كتابة المبلغ بالحروف وبالأرقام في العقد (الفصلان 471 و472).

ومع ذلك –كما يقول سيملر- إذا كان المشكل الذي يثيره العقد الشفوي غالبا ما يتعلق بإثبات وجوده وليس بتأويله، إلا أنه من الممكن تصور إمكانية خضوع العقد الشفوي للتأويل القضائي إما بعد أن يكون الشهود قد أدلوا، بأمانة، بما تم تبادله بين المتعاقدين من العبارات، وإما بعد أن يكون العقد الشفوي أو الحاصل عن طريق التليفون قد تم تسجيله على نحو غير متنازع فيه أو اعتبر جديرا بالثقة أو بعد أن يكون سلوك الطرفين أو غيره من العلامات قد كشفت عن نوايا المتعاقدين[3]. وفي هذا الصدد يذهب ثيودور إيفينر (Théodore Ivainer) أيضا إلى أن القاضي في تأويله للعقود الشفوية أي غير المكتوبة يتوفر على مجموعة من العلامات وعلى رأسها سلوك المتعاقدين. وعدم الصياغة الكتابية للإرادة لا يمنع العقد من الوجود

[1]- انظر المشروع التمهيدي لسانتياغو: مرجع سابق ص 246.

[2]- انظر في هذا الصدد: Théodore Ivainer : " L'ambiguïté dans les Contrats" in recueil " Dalloz, Sirey 24° cahier –Hebdomadaire – 23 Juin 1976 n° 6 p. 154.

[3]- سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 71 ص 18.

ولا يعفي القاضي بسبب غياب الكتابة، عندما لا تشترط لقيام العقد، من تجميع العلامات والمؤشرات التي من شأنها أن تكشف عن نية الطرفين المتعاقدين[1].

المبحث الثالث :
مكانة قاعدة الفصل 2/462 بين بقية قواعد التأويل الأخرى المعتمدة في ق.ل.ع.م

416- الملاحظ من خلال تفحص القواعد المعتمدة في ق.ل.ع.م. لتأويل العقود غير الصريحة، أن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 462 تعد الحلقة الأولى في سلسلة قواعد التأويل.

وعلى الرغم من أن هذه القاعدة تقتصر على الحث في حالة العقد غير الصريح على البحث عن الإرادة المشتركة أي المعنى المناسب لما توخاه الطرفان في العقد؛ فإنها بهذا التحريض تكون قد كرست الهدف من التأويل أكثر من تكريسها لأساليب التأويل[2]. ولهذا الاعتبار وصف دومولومب –كما مر بنا- القاعدة المنصوص عليها في الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي بأنها قاعدة القواعد[3]. وبما أن العبرة في الأمور بخواتمها لا بوسائلها، لذلك فإن النظر إلى قواعد التأويل في ق.ل.ع.م. من زاوية العقلية المهيمنة على وضع هذا القانون يدفع إلى مسايرة كوكييه في قوله إن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي –أي في الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م. –تكفي وحدها لتأويل العقود؛ لأن القواعد الأخرى للتأويل والواردة بعدها يستطيع كل إنسان أن يتعرف عليها بنفسه[4] ويتلمسها في عقله خاصة عندما يكون هذا الإنسان قاضيا.

417- فالقاضي المطالب بالتأويل يكون عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. وفي هذا البحث يتوجب عليه بذل ما في وسعه من الجهود للكشف عن هذه الإرادة المشتركة الحقيقية[5] أو المفترضة بالنظر إلى ما كان في مقدور

[1]- ثيودور إيفينر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 12 ص 155. –انظر في الأمثلة على السلوك الذي يقوم قرينة على وجود العقد الشفوي:
- Jean –Luc Aubert : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat –thèse, L.G.D.J., Paris, 1970, n° 362 p. 333 et S.

[2]- انظر دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 49 ص 103.

[3]- راجع ما مر بنا في فقرة 242.

[4]- كوكييه: المرجع السابق ص 109. –انظر أيضا سانتا ماريا: المرجع السابق: آخر ص 64 وبداية ص 65.

[5]- سانتا ماريا: المرجع السابق: ص 10. –انظر أيضا:

المتعاقدين أن يمنحاه من المعنى لما هو متنازع عليه في العقد لو أنهما توقعا ما أثير في شأنه من النزاع[1].

418- وبذل المجهود للكشف عن الإرادة المشتركة الحقيقية أو المفترضة معناه استخدام القاضي حسه السليم[2] على الأقل إن لم يكن عقله الثابت[3] للوصول إلى هذه الإرادة المشتركة؛ معناه استخدام ما لسببه أسندت للقاضي مهمته كقاض: إنه التحلي بالذهن والفطنة (Sagacité) اللذين يمكنانه من الابتعاد عن سوء الفهم ومن إجلاء الخلط واللبس عن الأشياء، وكذا من تلمس الحقيقة من أبسط الإشارات والعلامات، بل قد تصل به فطنته إلى حد الذكاء[4] الذي به يبلغ عقل القاضي رشاده وثباته أو على الأقل يثقف به حسه ليصبح مستقيما سليما.

419- ولجوء القاضي إلى حسه السليم، إلى فطنته، في البحث عن الإرادة تجعله يستعرض كافة الأساليب المستخدمة في الكشف عن هذه الإرادة المشتركة أو عن الإرادة الكامنة وراء التعبير غير الصريح، وليس فقط ما هو معتمد من هذه

Christian Talamon : Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contrats : thèse, Masson et Cie Editeurs, Paris, 1926, p. 34.

[1]- تالامون: المرجع قبله ص. 35. -سانتا ماريا: المرجع السابق ص 11.

[2]- يرى ديكارت أن الحس السليم (le bon sens) هو الأمر الذي يحظى بأفضل توزيع على الناس في العالم. ويتمثل في تلك القدرة على إصدار الحكم الصائب والتمييز بين الحقيقي والوهمي. والحس السليم هو العقل السليم. ولكن لا يكفي أن يتوفر المرء على العقل السليم لأن ما هو أساسي هو أن يحسن المرء تطبيق هذا العقل السليم: ديكارت: في فصل المنهج (Le discours de la méthode): منشورات بورداس، بالفرنسية، باريس، 1967 ص 45 و46. -ويرى دانييل ستيرن (Daniel Stern) -كما جاء عند فابروكيت- أن: "الحس السليم هو أبواب العقل. وتكمن وظيفته في منع دخول الأفكار المشبوهة إلى العقل أو خروجها منه". :فابروكيت: المرجع السابق ص 506. ويذهب فابروكيت في نفس الصفحة من مرجعه السابق إلى أنه من المفروض أن يتحلى كل قاض بعقل ثابت لأن هذا العقل الثابت هو الأمنية المنشودة في القاضي المثالي. ولكن هذه الأمنية لا يمكن أن تتحقق لدى جميع القضاة لذلك يكتفي فيهم بالحس السليم.

[3]- يعرف فابروكيت العقل الثابت (L'esprit sûr) بأنه ذلك العقل الذي لا يتغير في انضباطه أمام الحالات الأكثر صعوبة وإشكالا. ويتخذ صاحبه إزاء نفسه مسبقا كافة أنواع الاحتياطات كما يتوقع كافة الاعتراضات التي عليه أن يواجهها. إن العقل الثابت يتميز بالقياس والتعمق واللباقة والقوة... فبالقياس يتفادى عدم الانسجام. وبالتعمق ينفذ إلى حقيقة الأمور بلباقة ورقة نفس وبالقوة يستخدم طاقة ذكائه: المرجع السابق، ص 505 وما بعدها.

[4]- فابروكيت: المرجع السابق، ص 505. ويجدر التنبيه إلى أنه على الرغم من ضخامة مؤلف فابروكيت الذي يفوق عدد صفحاته 545 دون احتساب الفهرست -وقد سطره صاحبه في أواخر حياته- ؛ فإنه لا يمثل في الحقيقة إلا مجرد وصايا لما ينبغي أن يكون عليه رجل القانون الجدير بحمل صفة القاضي، وكذا ما ينبغي أن يقوم به القاضي في عمله عند تناوله للوقائع وتفحصه لما يقدم بين يديه من وسائل الإثبات والخروج بقناعة ثابتة ثم أخيرا إصدار الحكم وفقا لصياغة يقتضيها المنطق القانوني. كما تجدر الإشارة إلى أننا نجد عند أبي هلال العسكري في فروقه اللغوية تحديدا لكل من الذهن والفطنة والذكاء على النحو التالي: الذهن: "هو نقيض سوء الفهم وهو عبارة عن وجود الحفظ لما يتعلمه الإنسان...." والفطنة هي: "التنبه على المعنى وضدها الغفلة.... والنطافة والطبانة مثلها.... كل فطنة علم.... وليس كل علم فطنة..." والذكاء هو: "تمام الفطنة من قولك ذكت النار إذا تم اشتعالها وسميت الشمس ذكاء لتمام نورها والتذكية تمام الذبح.... ففي الذكاء معنى زائد على الفطنة". :أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية: ضبط وتحقيق حسام الدين القدسي -دار الكتب العلمية- بيروت، 1981 ص 67.

الأساليب في ق.ل.ع.م.[1]، ليختار منها ما هو ملائم لحسم النزاع المثار بين يديه. ويأتي على رأس ما يمليه الحس السليم على القاضي من الأساليب المستخدمة في البحث عن الإرادة المشتركة أو عن الإرادة الكامنة وراء التعبير غير الصريح – ولكن ق.ل.ع.م. لم يصغه صراحة ضمن ما اعتمده من قواعد التأويل- ما يمكن تسميته بظروف العقد[2].

420- فظروف العقد تعتبر من عناصر العقد وإن كانت خارجة عما يصرح به في الدليل المثبت له بغض النظر عما إذا كانت هذه الظروف مرافقة لانعقاد العقد كتلك الظروف المتعلقة بصفة المتعاقدين ومهنتهما ودرجة علمهما ومعرفتهما بلغة التخاطب والاصطلاحات القانونية السائدة وقت إبرام العقد[3]، أو كانت هذه الظروف المرتبطة بالعقد سابقة عن إبرامه كالعقود المبرمة في السابق بين نفس المتعاقدين في نفس موضوع العقد المراد تأويله على الخصوص[4]، أو كانت هذه الظروف المرتبطة بالعقد لاحقة لوقت إبرامه كالعقود التي تبرم بين نفس الطرفين بعد انعقاد العقد المطلوب في التأويل وفي نفس موضوع هذا العقد[5]، أو الكيفية التي يتم بها تنفيذ العقد المطلوب في التأويل باعتبار أن التنفيذ الذي يحصل لأحد المتعاقدين دون

[1]- إن القواعد المعتمدة في التأويل في الفصول من 463 إلى 473 ليست هي القواعد الوحيدة التي يمكن للقاضي اللجوء إليها. إنها لا تمثل في الحقيقة إلا بعضا من كل الأساليب التي يمكن للحس السليم أن يمليها على القاضي.

[2]- نظرا لما لظروف العقد من أهمية في استخلاص الإرادة المشتركة أو الإرادة الكامنة وراء التعبير غير الصريح؛ فإنه كان من الأجدر أن يتم النص عليها صراحة ضمن قاعدة التأويل المعتمدة في الفقرة الثانية من الفصل 462 هكذا: "....بالبحث عن إرادة الطرفين من خلال الظروف المصاحبة أو اللاحقة أو السابقة للعقد إلخ....". ولكن بما أن الفصل 2/462 لم ينص عليها، فإننا نستطيع، نظرا لما لظروف العقد من الأولوية بالمقارنة مع أساليب التأويل الأخرى، أن نستخلصها من مفهوم الموافقة للفصل 2/462 من ق.ل.ع.م. ونعتقد بأن هذا التصور يتماشى وما يكرسه القضاء في المغرب، إذ نجده يؤسس تأويل العقد في ضوء ظروفه على الفصل 462 من ق.ل.ع.م. :انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 4 أبريل 1957 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1957، رقم 1217 ص 121) -قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 21 يناير 1947 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 14، ص 160) -قرار رقم 127 -62/61 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 مارس 1962 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى: مرجع سابق بالفرنسية، ج.1، ص 308 وما بعدها). -ولكن يجدر التنبيه أيضا إلى أن ظروف التعاقد يمكن النظر إليها على أنها من بنود العقد وهنا فإنها ستتأسس على الفصل 464 من ق.ل.ع.م. كما سنرى بعده: انظر فقرة 432.

[3]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 54 ص 114 و115. -فابروكيت: المرجع السابق ص 421. -دومولومب: المرجع السابق رقم 5 ص 6. -سانتا ماريا: المرجع السابق: رقم 4 ص 13 وما بعدها ورقم 16 ص 50 وما بعدها. كوكييه: المرجع السابق ص 150.

[4]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 56 ص. 118 و119.

[5]- لقد نص الفصل 2/1564 من القانون المدني الشيلي لسنة 1855 صراحة على إمكانية تأويل بنود العقد بالعقود السابقة أو اللاحقة إذ جاء فيه: "يمكن تأويل بنود العقد ببنود عقد آخر يبرم في نفس الموضوع بين نفس المتعاقدين". :انظر سانتا ماريا: المرجع السابق ص 94 و95.

قيام هذا الأخير برفضه أو بالإعلان عن تحفظه قد يقوم دليلا على أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى تحديد آثار العقد بالطريقة التي نفذ بها[1].

421- وبعد، فخلاصة لكل ما سبق نقول إن مدلول الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م. بسيط جدا ويتمثل في أنه بمجرد ما يثبت للقاضي بأية وسيلة من وسائل الإثبات أن العقد غير صريح، بغض النظر عما إذا كان النطق بهذا الأخير قد صيغ كتابة أو توقف عند مرحلة الشفوية، أو أن التعبير غير صريح؛ إلا ويكون عليه القيام بتأويله، أي العمل على تحديد ما يتناسب من المعنى مع الإرادة المشتركة في العقد أو مع الإرادة الكامنة وراء التعبير غي الصريح[2]. والقاضي في تحديده هذا المعنى المناسب يستطيع ألا يستخدم من الأساليب المفضية إلى هذا المعنى إلا حسه السليم على أساس أن قاعدة الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م. هي القاعدة الجوهرية في التأويل والتي لو اقتصر ق.ل.ع.م. على تكريسها بمفردها لما كان هناك أي تقصير في عرض قواعد التأويل لكون ما جاء بعدها من القواعد لا يعتبر في الحقيقة إلا مجرد بلورة لِما يستخدمه الحس السليم للقاضي، وهو الحس الذي يكتسبه رجل القانون منذ بدء دراساته القانونية إلى حين الفراغ منها وبعدئذ تأتي الممارسة لتصقله وتثقف ما يكون قد بقي عالقا به من اعوجاج. وهذا الحس السليم هو الذي يستهدي به القاضي عندما يستعين في التأويل بالعادة أو بطبيعة العقد[3]، وبالأحرى عندما يستعين ببنود العقد ليؤول بعضها بالبعض الآخر.

[1]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 55 ص 115 و116. -سانتا ماريا: المرجع السابق ص 95 و96.- والجدير بالإشارة أن القانون المدني الإسباني لسنة 1889 قد نص في الفصل 1282 على أنه: "للحكم على نية المتعاقدين يجب التقيد بتصرفاتهما المعاصرة أو اللاحقة للعقد". ويذهب دومولومب إلى أن التنفيذ يعتبر من أفضل قواعد التأويل إذ أن تنفيذ العقد معناه التأويل الحي والحيوي. إنه يشكل إلى حد ما إقرارا صادرا عن الطرف المنفذ ما لم يثبت هذا الأخير أن تنفيذه كان نتيجة غلط: المرجع السابق رقم 36 ص. 38.

[2]- انظر في مثل هذه الخلاصة: سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 38 ص 11.

[3] - Louis Boyer : « Rôle du Juge dans l'exécution du contrat » in Dalloz répertoire de Droit Civil Tome III –Contrats et Conventions. Engagement par volonté unilatéral- Jurisprudence générale- 2ème éd. Mise à jour 1979 n° 207 p.20.

الفرع الثاني :
قاعدتا الفصل 464 من ق.ل.ع.م. :تصريح التصرف أو العقد بالتوفيق بين بنوده أو بآخر هذه البنود رتبة في حالة تعذر التوفيق بينها

422- ينص الفصل 464 من ق.ل.ع.م. على أنه: "يجب تأويل بنود التصرفات ببعضها البعض بأن يعطى لكل منها المعنى الذي ينتج عن التصرف في مجموعه.

ويكون العمل بآخر البنود في نسق الكتابة عندما لا تقبل هذه البنود التوفيق فيما بينها"[1].

والظاهر من هذا النص أنه ينظم قاعدتين للتأويل أولاهما تتصل بفرضية قابلية بنود التصرف أو العقد للتوفيق، وثانيهما بفرضية عدم قابلية بنود التصرف أو العقد للتوفيق. وإذا كنا سنخصص مبحثا لكل من هاتين القاعدتين: فإننا نرى أن نستهل هذا الفرع بمبحث أول نتناول فيه تأصيل الفصل 464؛ إذ من شأن هذا التأصيل أن يساعدنا أكثر على ضبط مدلول قاعدتي الفصل 464.

وعليه فإننا سنعالج ضمن هذا الفرع ما يلي:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصل 464 من ق.ل.ع.م**
- **المبحث الثاني: قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد ببعضها البعض في فرضية قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق**
- **المبحث الثالث: قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد بآخرها رتبة في نسق الكتابة بالنسبة إلى فرضية عدم قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق.**

[1] - L'art. 464 du D.O.C. dispose que : « les clauses des actes doivent être interprétées les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ; lorsque les clauses sont inconciliables entre elles, on s'en tient à la dernière dans l'ordre de l'écriture ».

ويجدر التنبيه إلى أننا آثرنا البدء في ترجمة الفقرة الثانية من الفصل 464 بالإعلان عن قاعدة التأويل قبل الفرضية التي تنطبق عليها هذه القاعدة حتى تجيء الترجمة منسجمة مع الفقرة الأولى المستهلة بقاعدة التأويل مع أن الفرضية التي تطبق عليها لم يصرح بها فيها وإن كانت تتمثل –حسب مفهوم المخالفة للفقرة الثانية- في قابلية البنود للتوفيق فيما بينها.

المبحث الأول :
تأصيل الفصل 464 من ق.ل.ع.م

423- لقد أخذ الفصل 464 من ق.ل.ع.م. بفقرتيه، وبالحرف، من الفصل 517 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[1]. غير أن هذا الأخير بدوره اقتُصر فيه على النقل الأمين للفصل 602 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا في فقرتيه معا[2]

424- ولقد عمد سانتيبانا في الفقرة الأولى من الفصل 602 من مشروعه التمهيدي إلى تبني الفصل 1161 من القانون المدني الفرنسي[3]. وهذا الأخير عمل على تجسيد القاعدة السادسة لبوتييه. وهي تلح على تأويل بند الاتفاق بالبنود الأخرى فيه بغض النظر عما إذا كانت هذه البنود سابقة عنه أو لاحقة به[4]. كما جسد من حيث الصياغة القاعدة الثالثة لدوما (Domat) إذ تقضي بأن: "جميع بنود الاتفاقات تؤول ببعضها البعض بأن يعطى لكل منها المعنى الذي ينتج عن التصرف في مجموعه وحتى عما يصرح به في المقدمات"[5].

وإذا كانت هذه القاعدة الأخيرة هي التي نجدها مكرسة أيضا على سبيل المثال في الفصل 1285 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889[6]، أو الفصل 1136 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865[7]، أو الفصل 1101 من المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني البلجيكي المعد من قبل لوران[8]؛ فإن أصلها الأخير

[1]- وتنص ترجمته الرسمية على أن: "فصول الكتب تؤول ببعضها بان يعطى لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة".

[2]- انظر المرجع المشار إليه في السابق لسانتيبانا ص 248.

[3] - Dans l'art, 1161 du C. Civ. Fr. il est décidé que : « Toutes des clauses des conventions s'interprètent les unes en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

[4]- تنص القاعدة السادسة لبوتييه على أنه:
« On doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précédent ou qu'elles suivent ». :
عن دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 53 ص 113. –بيان باكلو: المرجع السابق رقم 249 ص 234 الهامش رقم 2.

[5] - Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de toute la suite de l'acte entier et même de ce qui énoncé dans les préambules ».
عن دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 53 ص. 113 –بيان باكلو: المرجع السابق رقم 249 ص 234 الهامش 2.

[6]- انظر الترجمة الفرنسية لهذا القانون من قبل أ. لفي: مرجع سابق ص. 244.

[7]- انظر الترجمة الفرنسية لهذا القانون من قبل هنري برودوم: مرجع سابق ص 272 و273. وفي هذه الصفحة الأخيرة نجد أن القاعدة يكرسها أيضا الفصل 1384 من القانون المدني الهولندي لسنة 1837 وكذا الفصل 1564 من المدني الشيلي لسنة 1855.

[8]- فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني البلجيكي: مرجع سابق، ج.4 ص. 90.

يكمن في القاعدة التي قال بها الفقيه الروماني سيلسوس (Celsus) في ميدان تأويل التشريع[1]. وتذهب إلى عدم تسويغ الحكم الذي لا يعطي الاعتبار للتشريع في مجموعه. وهي القاعدة التي جسدها الديجست في الفصل 24 من القسم الثالث من الكتاب الأول من (24- 3-1- D)[2]. وهذه القاعدة كانت تطبق حتى على التصرفات القانونية[3].

425- أما الفقرة الثانية من الفصل 602 من مشروع سانتيبانا فقد استمدها هذا الأخير مما قاله بوتييه في شأن تأويل الوصايا. ومفاده أن ما هو مكتوب في الأخير يفترض فيه أن يتضمن الإرادة التي استقر عليها الموصي ويتضمن تعديلا لما كتبه في الأول على نحو مخالف[4].

وعلى الرغم من أن هذا الموقف لا يعكس في الحقيقة إلا أحد المبادئ التي يكرسها المنهج الحرفي النحوي؛ إلا أن القانون المدني الفرنسي في الفصل 1161 منه –وكذا القوانين اللاتينية المتأثرة به كالمدني الإسباني لسنة 1889 والمدني الإيطالي لسنة 1865- أثر عدم تكريسه تشريعيا، ربما لكون المنهج الحرفي النحوي يوجد بين أنصاره من يقولون أيضا بالأخذ –عندما يقتضي الأمر ذلك- بالبند الذي يرد في أول الكتابة وليس في آخرها، الأمر الذي دفع بالبعض إلى عدم اعتبار الترتيب المتبع في كتابة البنود وخاصة عندما يتعلق الأمر بالعقود وليس بالوصايا[5].

والملاحظ أن الفقه الحنفي يوجد فيه من يأخذ بالموقف المكرس في الفقرة الثانية من الفصل 602 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا. فلقد جاء عند ابن نجيم الحنفي في أشباهه ونظائره أن: "الشرط متى اعترض على الشرط يقدم المؤخر"[6]. ومع ذلك إذا كان من شأن هذا الموقف أن يجد تبريره في كون الشخص العاقل يفترض في أقواله عدم التناقض كما قال الحموي[7]، ولذلك يجوز افتراض القول الأخير للشخص ناسخا لما قاله أول الأمر في موضوع معين؛ فإن الأمثلة التي ضربها ابن

[1]- دومولومب: المرجع السابق المجلد 25 ج.2 رقم 21 ص. 19. –فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق ج .16 رقم 510 ص. 586.

[2]- وتنص هذه القاعدة على ما يلي: "إنه من الرعونة القانونية أن يحصل الحكم أو الجواب بالارتكاز على حكم تشريعي واحد دون اعتبار للتشريع في مجموعه." : عن:
- H. Roland –Laurent Boyer : Locutions latines et Adages du Droit Français Contemporain II –Adages (A.L) – Ed. L'Hermès, Paris 1978, p. 383.

[3]- كوكييه: المرجع السابق: ص 147.

[4]- عن كوكييه: المرجع السابق ص. 151 الهامش رقم 3.

[5]- دومولومب: المرجع السابق رقم 22 ص 20. –كوكييه: المرجع السابق ص 151 وما بعدها. –عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 77 ص. 113.

[6]- ابن نجيم: الأشباه والنظائر –دار الفكر، دمشق، تصوير 1986 عن طبعة 1983 ص 216. –والجدير بالإشارة أن سانتيبانا يعتبر هذه القولة مصدرا للفقرة الثانية من الفصل 602 من مشروعه التمهيدي.

[7]- عن سانتيبانا: المرجع السابق ص 248.

نجيم تسمح بالذهاب إلى أن القاعدة لا يعمل بها إلا إذا كان معنى البند الأخير ملائما لطبيعة العقد. أما عندما يكون البند الأول هو الملائم لهذه الطبيعة دون البند الأخير؛ فإن العمل يكون بالبند الأول فقط. ومن الأمثلة التي سمحت لنا بهذا الفهم: "ما قاله الخصاف: أنه لو كتب في أول المكتوب بعد الوقف: لا يباع ولا يوهب وكتب في آخره على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال بثمنه كان له الاستبدال. قال من قبل إن الآخر ناسخ للأول ولو كان على عكسه امتنع بيعه انتهى"[1]. فمن خلال هذا المثال يتبين أن البند الأخير يعمل به في الفرضية الأولى دون البند الأول لعدم تعارض البند الأخير مع طبيعة الوقف والمتمثلة في عدم جواز بيعه إلا بشرط الاستبدال. أما في الفرضية الثانية فلقد تم العمل بالبند الأول المانع للبيع لأن البند الأخير فيها يسمح بالبيع دون التعرض لإمكانية الاستبدال وهذا يتعارض وطبيعة الوقف.

426- وهكذا بعد كل ما مر بنا نستطيع أن نذهب إلى أن الفصل 464 من ق.ل.ع.م. يجد أصله فيما يخص صياغته، بالدرجة الأولى وفي آخر المطاف، في القاعدة الثالثة لدوما بالنسبة للفقرة الأولى منه كما يجد أصله أيضا في قاعدة التأويل التي خص بها بوتييه ميدان تأويل الوصايا بالنسبة للفقرة الثانية منه وهي قاعدة جاء ما يماثلها عند ابن نجيم الحنفي مطلقا غير مقيد بالوصايا فقط أو الوقف.

المبحث الثاني :
قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد ببعضها البعض في فرضية قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق

427- إن هذه القاعدة، ويسميها سانتا ماريا بقاعدة انسجام البنود (L'harmonie des clauses)[2]، ترمي إلى تأويل البند المتنازع فيه بالبنود الأخرى في التصرف أو العقد أي بمجموعه. غير أن إعمالها لا يتم إلا "عندما تكون بنود التصرفات قابلة للتوفيق فيما بينها"[3]؛ لأن الاعتماد في هذه الحالة على مجموع

[1]- ابن نجيم: المرجع السابق: ص. 170.
[2]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص 46. -انظر أيضا عبد الحكم فودة الذي يسميها بقاعدة التنسيق بين شروط العقد: المرجع السابق رقم 77 ص 112.
[3]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20 فبراير 1934: منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط. ج.7 ص.540.

بنود العقد هو الذي يفضي إلى الوقوف على الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين في العقد[1] أي في آخر المطاف على النية المشتركة للمتعاقدين[2].

428- ويعود السبب في قيام هذه القاعدة إلى أن العقد -كما يقول دومولومب- يشكل كلا لا يتجزأ ولذلك يجب أخذه بكامله لمعرفة نية الطرفين بكاملها. ففهم بنود العقد يستحيل حصوله عندما تعزل عن بعضها البعض لأن هذه البنود تترابط وتتسلسل فيما بينها إلى درجة أنه غالبا ما تؤثر في بعضها البعض من أجل تأويل بعضها للبعض الآخر[3].

ونظرا لهذا الدور الذي تضطلع به قاعدة تأويل بنود العقد ببعضها البعض في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن البعض أمثال دوكالاطاي اعتبرها قاعدة عامة يجب أن تعقب مباشرة تلك التي تحث على البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وتسبق بالتالي كافة قواعد التأويل الأخرى؛ لأن المؤول الذي يبحث عن نية الطرفين بواسطة هذه القواعد الأخرى للتأويل دون أخذه في البداية بعين الاعتبار مجموع العقد قد ينحرف عن الطريق الصحيح[4].

429- ولكن ما المقصود ببنود التصرف أو العقد التي يؤول بعضها بعضا؟ هل تلك التي نجدها، وحسب، في المحرر (المكتوب) المتنازع فيه أم أيضا تلك التي تتمثل في التعابير الأخرى غير المسطرة في المحرر (المكتوب) ولكنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالعقد الذي يقوم هذا المحرر دليلا عليه؟

إن لفظة التصرف (acte) الواردة في آخر الفقرة الأولى من الفصل 464 من ق.ل.ع.م. قد يتحدد معناها في المحرر (المكتوب) المقدم للإثبات. فهنا تكون البنود التي يؤول بعضها بعضا مقتصرة على تلك التي يحتويها هذا المحرر دون غيرها. والحقيقة، إذا كان المحرر (المكتوب) المقدم كدليل للإثبات هو الذي من المفروض أن يُنطلق منه لتلمس بنود العقد؛ فإن هذا الأخير كما يشتمل على هذه البنود، قد يشتمل على التعابير الأخرى غير المسطرة في المحرر (المكتوب) والتي من شأنها

[1]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 25 مارس 1925: منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط. ج3. ص. 202.
[2]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 22 يناير 1946: منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (1930 -1932، 44 -1950) تعريب محمد العربي المجبود، 1986، ص 540 وما بعدها. انظر أيضا القرار رقم 127 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 فبراير 1969: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 14 ص 21 وما بعدها وإن كان هذا القرار يقتصر على سلخ النص العربي المتداول للفصل 464 من ق.ل.ع.م.
[3]- دومولومب: المرجع السابق رقم 21 ص 19. -انظر في نفس التبرير: كوكييه: المرجع السابق ص 147. -سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص 46.
[4]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 53 ص 113 و114. -انظر أيضا جاك بوري: مقاله المشار إليه في السابق رقم 117 ص 304.

أن تكشف عن إرادة الطرفين. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 25 مارس 1925 إلى أن: "بند العقد المبهم فيما يرجع إلى مدى ما التزم به أحد الطرفين يجب أن يؤول حسب العقد في مجموعه والتعابير الأخرى للطرفين"[1].

* البنود التي يؤول بعضها بعضا هي في المقام الأول تلك المسطرة في التصرف بمعنى الدليل المقدم للإثبات:

430-إن الدليل المقدم للإثبات عندما يتمثل في المحرر (المكتوب) هو الذي ينطلق منه لفهم وتأويل العقد. بل قد لا يتطلب حسم النزاع إلا تدقيق النظر في هذا الدليل. وهذه الفرضية هي التي نريد الاقتصار عليها في هذا الصدد لنقول إن النزاع قد ينجر عما يظهر من تعارض وعدم انسجام بين البنود أو الشروط المسطرة في التصرف أو العقد المكتوب. ويكون المطلوب من القاضي بموجب الفصل 464 في فقرته الأولى أن يرفع التعارض عنها بجعلها منسجمة وغير متدافعة فيما بينها.

ورفع التعارض أو التوفيق فيما بين البنود قد يتم بجعل البنود الواردة في عبارات عامة أو مطلقة, مخصصة أو مقيدة بالبنود الواردة في نفس العقد المكتوب بعبارات تفيد هذا التخصيص أو التقييد. وهكذا إذا ما ورد في أحد بنود البيع أن المبيع مفروشات منزلية وجاء بند آخر في نفس العقد يحدد نوع ومقدار هذه المفروشات كان التوفيق بين هذين البندين المتعارضين في الظاهر معناه تخصيص البند الأول بالبند المحدد للمفروشات[2].

وإذا وردت في البيع عبارة تعني أن المبيع يكمن في نصف ما يملكه البائع على وجه الشياع مناصفة والذي تبلغ مساحته في مجموعه 18.760م^2 . ثم يرد في بند آخر من نفس العقد أن الربُع الذي اشتراه المشتري من الملك الشائع تبلغ مساحته 3.750م^2 . :فالبندان هنا متعارضان لأن ربع18.760م^2 ليس هو 3.750م^2 . وإنما 4.690م^2 . ولذلك فإن التوفيق بين هذين البندين يمكن أن يتمثل فيما لا تعارض فيه باعتبار أن توافق الإرادتين قد انصب عليه وهو 3.750م^2 . دون الفارق بين هذه المساحة والمساحة المناسبة حقيقة للربع وهي 4.690م^2 أي دون مساحة 940م^2 [3].

[1]- قرار منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط،ج.3،ص.202.

[2]- انظر على سبيل المثال: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري: مرجع سابق، ج.1 ص 681 وكذا مؤلفه: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: مرجع سابق ج. 6 ص. 12.

[3]- لقد استعرنا هذا المثال عن القرار رقم 752 الصادر عن المجلس الأعلى في فاتح دجنبر 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص 32 و33)، وإن كان هذا القرار قد ارتأى الاستناد إلى الفصلين 462 و465 بدل

وكذلك من الأمثلة على ما نحن بصدده ما أوضح به بوتييه قاعدته السادسة المارة بنا وهو أن يتضمن بند في عقد بيع عقار أن هذا العقار خال من جميع الارتفاقات ثم يلاحظ أن بندا آخر في نفس العقد يشير إلى أن البائع لا يضمن إلا أعماله الشخصية، فيتبين بعدئذ أن العقار مثقل بارتفاق كان قد أنشأه أحد الذين تعامل معهم البائع من قبل: فالتوفيق بين البند الأول الذي يفيد في هذا العقد أن البائع ضامن لجميع الارتفاقات والبند الثاني الذي يفيد أن البائع ضامن لأعماله الشخصية فقط؛ يسمح بتأويل البند الأول على أن المقصود به هو أن البائع يضمن الارتفاقات التي يكون قد أنشأها هو دون تلك المنشأة من قبل الغير[1].

431- ورفع التعارض بالتوفيق فيما بين بنود العقد قد يتم أيضا بجعل البنود المعتبرة (المعتد بها) تتمثل في تلك التي يغلب اقترابها مما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إما لأنها تنم عن تمخضها عن مفاوضات بالمقارنة مع البنود الأخرى التي تنتفي فيها مسحة المساومة، أو لأنها حررت عند التعاقد بالمقارنة مع البنود الأخرى التي تكون قد هُيئت كتابة بصفة مسبقة.

وهكذا إذا ما تبدى التعارض بين بنود يغلب إيرادها دون أن تكون قد خضعت للمساومة أو المناقشة الحرة كالشروط العامة المطبوعة في عقد التأمين وبين تلك التي يتلمس منها حصول هذه المساومة بشكل أو بآخر، ولو تمثلت في تحديد نوع الخطر المؤمن عليه بالنسبة لعقد التأمين، كالشروط الخاصة في عقد التأمين والتي تسطر إما بخط اليد أو آلة الكتابة التقليدية أو العصرية (الطبع بواسطة الحاسوب)[2]؛ فإن التوفيق بين هذه البنود المتعارضة معناه إما أن تقيد البنود الثانية من إطلاقية البنود الأولى، وإما أن تعتبر البنود الأولى وكأنها غير موجودة في العقد وبالتالي يحتفظ بالبنود الثانية فقط. وهنا تكون البنود الأولى ضربا مما يسمى ببنود الصياغة (Les clauses de style)[3] والتي سنتناولها في معرض دراستنا للفصل 465 م ق.ل.ع.م.[4] وإن كان تكييفها على أنها من بنود الصياغة لا يفضي بالضرورة إلى إلغائها[5].

الفصل 464 من ق.ل.ع.م. وذلك بسبب ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بفاس من وجود التدافع غير القابل للتوفيق بين البندين والذي يؤدي إلى بطلان العقد وليس إلى إعماله.

[1]- عن: دومولومب: المرجع السابق رقم 21 ص 19 و20. -كوكييه: المرجع السابق: ص 148.

[2]- انظر على سبيل المثال: سيملر :مقاله المشار إليه في السابق رقم 45 ص. 13.

[3]- لويس بوايه: "دور القاضي في تنفيذ العقد". مقال مشار إليه في السابق رقم 212 ص 21. – Georges Berlioz : Le contrat d'adhésion. L.G.D.J. Paris 1976 n° 250 et S. p. 128 et S.

[4]- انظر فقرة 453 بعده.

[5]- انظر آخر فقرة 455 بعده.

*** البنود التي يؤول بعضها بعضا لا تنحصر وحسب في تلك المسطرة في التصرف بمعنى الدليل المقدم للإثبات وإنما أيضا في كل التعابير الأخرى المعتبرة من مجموع التصرف بمعنى العقد في مجموعه:**

432- إن كل ما يرافق ويصاحب انعقاد العقد من التعابير المتمثلة في السلوك أو الحالة التي تكون عليها شخصية المتعاقدين وكذا ما يكون قد سبق انعقاد العقد من هذه التعابير، بل –حسب القاعدة السادسة لبوتييه المارة بنا- حتى التعابير التي تعقب انعقاد العقد والمتمثلة في الطرق المتبعة في التنفيذ؛ تشكل إلى جانب ما يسطر في التصرف بمعنى الدليل المقدم للإثبات مجموع بنود العقد التي تكرس الفقرة الأولى من الفصل 464 قاعدة تأويل بعضها بالبعض الآخر وذلك بطبيعة الحال متى كانت تلك التعابير الأخرى غير المصرح بها في الكتابة مرتبطة بالعقد ارتباطا مباشرا.

إن هذه التعابير الأخرى المعتبرة بدورها بنودا في العقد –لا ينبغي إغفالها عند التأويل- هي التي تجري تسميتها بظروف التعاقد[1]. وبما أن معالجة ظروف التعاقد قد مرت بنا عند تحديد محتوى الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.؛ لذلك حسبنا –بعد الإحالة فيها على مكان معالجتها في هذه الدراسة[2] -أن نتوقف عند التعابير (الظروف) السابقة عن التحرير الكتابي للدليل التعاقدي لنقول إن هذه التعابير (الظروف) هي –حسب القاعدة الثالثة لدوما والمارة بنا- كل مقدمات العقد. وهذه المقدمات كما تشمل كل المفاوضات السابقة عن انعقاد العقد[3]، تشمل أيضا ما يكون قد جمع بين المتعاقدين في السابق من معاملات غالبا ما تؤخذ بعين النظر

[1]- انظر على سبيل المثال: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 53 ص 114 ورقم 54 وما بعده ص 114 وما بعدها.

[2]- انظر على الخصوص فقرة 420 قبله.

[3]- يقصد بالمفاوضات حسب موسرون (Mousseron) مجموع العلاقات السابقة عن تكوين العقد والتي يكون الهدف منها تسوية العقبات التي تحول دون حصول توافق الإرادتين. ومن التقنيات العملية لوسيلة المفاوضات يذكر محمد أوزكان إعلانات الإشهار، عروض المورد، الاتفاق الإطار، دفتر التكاليف أو التحملات وتقارير المناقشات: عن:

- Mohamed Ouzgane « La négociation en matière de Contrats informatiques : cas de maintenance » in Revue (la) Banques & Entreprises au Maroc n° 10, 1987, p.42.

والنظر إلى العقد على أنه إيجاب مقبول يجعل المفاوضات في تقديرنا متمثلة في كل ما يعرض على أنه إيجاب عندما يكون هذا العرض من جهة غير منسجم مع ما ينبغي أن يتحدد به الإيجاب من أنه تعبير عن العزم على التعاقد المحدد في مضمونه على الأقل فيما يرجع إلى تلك العناصر التي يستلزمها القانون بموجب الفصل 19 من ق.ل.ع.م. في هذا المضمون لحصول التراضي وبالتالي قيام العقد، أو عندما يكون العرض من جهة أخرى منسجما مع ما ينبغي أن يتحدد به الإيجاب ولكن متلقيه يقابله بتعديل جزئي أو كلي في مضمونه.

خاصة بين التجار[1]، وكذا ما يكون قد سبق العقد مما يسمى بالاتفاقات التمهيدية (accords préliminaires)[2] وعلى رأسها ما يصطلح عليه بالعقد الابتدائي.

433- وفي ما يخص هذا العقد الابتدائي فإن المتعاقدين قد يوردان بنودا يقع إغفالها عند تحرير ما يسمى بالعقد النهائي. فهل تعتبر البنود المدرجة في العقد الابتدائي جزءا ينضاف إلى العقد النهائي الساكت عنها أم أنها تستبعد منه وبالتالي تبقى البنود التي يؤول بعضها بعضا هي تلك التي يقتصر العقد النهائي على إيرادها؟

إن البعض أمثال محمد المنجي يذهبون إلى أن بنود العقد الابتدائي المسكوت عنها في العقد النهائي لا تعتبر من بنود هذا الأخير ما لم يشر صراحة فيه إلى الإحالة عليها[3]. ونعتقد أن مثل هذا الرأي يجافي حتى حقيقة ما يسمى بالعقد الابتدائي: فعقد البيع الواقع على عقار قد ينعقد بالرسائل التي يتلقاها كل من الموجب والقابل من بعضها البعض. ولكن بما أن التسجيل، الذي تنتقل به ملكية العقار المحفظ أو المخاطبة من قبل قاضي التوثيق والتي تتم بالنسبة للعقود الواقعة على العقارات غير المحفظة[4]، يقتضي أن يكون العقد مجموعا في صيغة عقدية كتابية واحدة؛ لذلك فإن العقد المبرم بالرسائل حقيقة يبقى في نظر المتونيين ابتدائيا إلى حين تحرير هذا العقد في صيغة كتابية واحدة فيصبح نهائيا[5]. وهنا أليس من المعقول والمنطقي ومما يتلاءم مع الفصل 464 من ق.ل.ع.م. أن تعتبر البنود الواردة في الرسائل المكيفة على أنها عقد ابتدائي والمسكوت عنها في العقد النهائي من بنود هذا الأخير؟ إننا نعتقد ذلك وبالتالي نرى أن تؤول بها البنود المصرح بها في العقد

[1]- نظرا لأهمية هذه المعاملات السابقة أو ما يسميه النص العربي الرسمي للمجلة التونسية للالتزامات والعقود بالخلطة التجارية (الفصل 29 منها)؛ فإن الفصل 25 من ق.ل.ع.م. جعل منها قرينة يؤول معها السكوت عن الجواب قبولا لما عرض من الإيجاب على الساكت الذي سبق له وأن جمعته بالموجب معاملات مماثلة.

[2]- انظر في هذه الاتفاقات التمهيدية على سبيل المثال: جيرار فارجا: القانون الخاص للاقتصاد: مرجع سابق من ص. 129 إلى 135. –تيري وفيل: القانون المدني، الالتزامات: مرجع سابق من ص 108 إلى 117. – السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري: مرجع سابق، ج.1 من ص. 266 إلى 276 وكذا مؤلفه: نظرية العقد: مرجع سابق من ص 262 إلى 272.

[3]- محمد المنجي: عقد البيع الابتدائي. الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية 1987 ص 113 وما بعدها.

[4]- حسب ظهير 7 يوليوز 1914 المتعلق بملكية العقارات غير المحفظة وظهير 7 فبراير 1944 الذي ألغى من الأول مسطرة البحث.

[5]- إن العقد الموصوف بالشرط أو بالأجل يمكن النظر إليه قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل على أنه عقد ابتدائي أو كما يقول إيهرنج عقد في طور التكوين (مقاله حول "الخطأ في التعاقد" – Culpa in contrahendo-: الترجمة الفرنسية لمولينار: مختارات إيهرنج، المجلد الثاني، باريس 1893 ص 39 الهامش 40). غير أن هذه الصورة لا نثيرها في المتن لأننا هنا حتى على المستوى المتوني أمام عقد واحد وليس أمام عقدين كما يفهم من اصطلاحي العقد الابتدائي والعقد النهائي.

النهائي وهذا بطبيعة الحال إذا لم يشر في العقد النهائي إلى استبعادها من التعاقد. ففي هذه الحالة فقط تخرج مما يعتبر من بنود العقد في مجموعه.

المبحث الثالث :
قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد بآخرها رتبة في نسق الكتابة بالنسبة لفرضية عدم قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق

434- إن قاعدة تأويل البنود بآخرها رتبة في نسق الكتابة لا يمكن إعمالها، كما تصرح بذلك الفقرة الثانية من الفصل 464 من ق.ل.ع.م.، إلا إذا تعذر رفع التعارض بين البنود وأصبحت بالتالي غير قابلة للتوفيق فيما بينها.

وتعد هذه القاعدة كما مر بنا تطبيقا للمبادئ التي يستهدي بها المنهج الحرفي النحوي, ومنها أن المبدأ في الكلام بقاؤه على ما هو عليه من الترتيب[1]، وأن هذا الترتيب هو الذي يسمح عند التأويل بإمكانية إلغاء آخره أوله متى كان هناك تعارض بينهما.

ولكن مبدأ ترتيب البنود كان محل انتقاد حتى من طرف المتونيين عندما يتعلق الأمر بتأويل العقود. فدومولومب يرى أنه ليس بالمنهج تتميز كتابة العقود في محررات ولو كانت هذه الأخيرة من صياغة الموثقين. كما أنه ليس من النادر أن نجد بعض البنود في أول المحرر أو وسطه مع أنه كان يجب منهجيا أن تسطر في آخره والعكس صحيح. وكذلك قد ترد البنود المخصصة أو المقيدة في أول المحرر لما يسطر في آخره من البنود العامة أو المطلقة[2].

435- غير أنه على الرغم من هذه الانتقادات التي جعلت الفقه الفرنسي يرى عدم الأخذ بترتيب البنود في تأويل التصرفات القانونية[3], فإن الفقرة الثانية من الفصل 464 من ق.ل.ع.م. كرسته. ولذلك لا يبقى أمام هذا التكريس إلا أن نتساءل عن الحدود التي يمكن أن تطبق فيها قاعدة تأويل البنود بآخرها رتبة في نسق الكتابة؟ وبعبارة أخرى هل يكفي لتطبيق هذه القاعدة أن يتبين التدافع والتعارض بين

[1]- انظر على سبيل المثال في تطبيق هذا المبدأ على تأويل الشرع: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي الشريف التلمساني: مفتاح الوصول في علم الأصول: مرجع سابق ص 100 وما بعدها.
[2]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 22 ص 20.
[3]- كوكيبه: المرجع السابق، ص 151 وما بعدها.

البنود على نحو يتعذر معه التوفيق فيما بينها من جهة والاقتصار في القول بوجود هذا التدافع على التصرف بمعنى المحرر (المكتوب) المقدم كدليل لإثبات العقد من جهة أخرى، أم أن القاعدة السابقة لا يمكن إعمالها إلا عندما يتم اللجوء أيضا إلى التعابير الأخرى للمتعاقدين غير المسطرة في المحرر (المكتوب) المقدم للإثبات من جهة ويحصل استنفاد الأساليب الأخرى المستخدمة في التأويل من جهة أخرى ومع ذلك يبقى التعارض أو التدافع بين البنود قائما بما لا يسمح بالتوفيق فيما بينها؟

إن بعض قضاء الموضوع في المغرب كان يميل إلى الأخذ بما جاء في الشق الأول من السؤال. فلقد ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1933 إلى أنه: "إذا كان صحيحا أن الفصلين 461 و464 من ظ.ل.ع. يقضيان بوجوب تأويل البنود ببعضها البعض؛ فإنه مع ذلك عندما يتبين من مجرد قراءة التصرف تعذر التوفيق فيما بين البنود المتنازع فيها، يجب الأخذ بالبند الأخير في نسق الكتابة"[1].

ومثل هذا الموقف يجسد تكريسا للفهم الحرفي للفقرة الثانية من الفصل 464 من ق.ل.ع.م. لأنه يسمح بتطبيق قاعدة تأويل البنود بآخرها رتبة في نسق الكتابة المقدمة كدليل لإثبات العقد بمجرد ما يتبين امتناع التوفيق لتدافع البنود المتنازع عليها في هذه الكتابة؛ والحال أن هذا الفهم لا يتلاءم حتى مع ما مر بنا عند تأصيل الفصل 464 من ق.ل.ع.م.[2]. ولذلك فمسايرة منا لما مر بنا في تأصيل الفصل 464 المذكور، ورغبة في تضييق نطاق إعمال قاعدة تأويل البنود بآخرها رتبة في نسق الكتابة بما يتلاءم وحقيقة العقود التي يكون همُّ المتعاقدين فيها هو تحقيق الغرض المتوخى منها وليس إتباع ترتيب معين لبنودها وشروطها؛ نرى ألا يُعمل بالقاعدة المذكورة إلا في حالة بقاء التوفيق بين البنود متعذرا على الرغم من الاستهداء بالتعابير الأخرى للمتعاقدين أي ما يمكن أن يطلق عليه بصفة عامة ظروف التعاقد. وحسب هذا الفهم فإن البند المتقدم عندما يقع إلغاؤه بالبند المتأخر يكون مثله كمثل البند غير المفيد بسبب ما يبقى عالقا به من إبهام على الرغم من المجهودات المبذولة في تصريحه. فهذا البند غير المفيد لا يكون له أي أثر ولذلك يكون من المنطقي أن يُعمل البند المنتج ولو لبعض الآثر. ومع ذلك فما ينبغي التنبيه إليه على الرغم من هذا التشبيه؛ أن البنود التي تؤول بقاعدتي الفصل 464 من ق.ل.ع.م. يفترض فيها أنها صحيحة لأنه متى كان أحدها غير صحيح فإن الفصل 465 من ق.ل.ع.م. يكون، في تقديرنا، أولى بالتطبيق منهما وإن كانت هذه

[1]- حكم منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933، رقم 564 ص 321.
[2]- انظر على الخصوص فقرة 425 قبله.

الأولوية لا تعني بالضرورة استبعاد تأسيس الحكم أو القرار القضائي على الفصلين معا.

الفرع الثالث :
قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. : تصريح التصرف أو العقد على وفق المعنى المفضي إلى إعماله

436- ينص الفصل 465 من ق.ل.ع.م. على أنه: "عندما يكون من شأن تعبير أو بند أن يحتمل معنيين، يجب بالأولى حمله على المعنى الذي يمكن أن يعطيه بعض الأثر بدل المعنى الذي لا يرتب به أي أثر"[1].

ونعتقد أن محاولة ضبط مدلول القاعدة المكرسة في هذا النص سييسرها أكثر تأصيل الفصل 465 من ق.ل.ع.م.

ولذلك نرى معالجة هذا الفرع في مبحثين كالتالي:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصل 465 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م.**

المبحث الأول
تأصيل الفصل 465 من ق.ل.ع.م

437- يمثل الفصل 465 من ق.ل.ع.م. نقلا حرفيا للفصل 518 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[2] والذي تبنى بدوره، وبالحرف أيضا، الفصل 603 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا[3].

[1] - « Lorsqu'une expression ou une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en aurait aucun ».

وتجري ترجمته المتداولة كما يلي: "إذا أمكن حمل عبارة أو بند على معنيين كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده من كل أثر".

[2]- تنص الترجمة الرسمية للفصل 518 من م.ت.ل.ع. على أنه: "إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه".

[3]- انظر سانتيبانا: المرجع السابق ص. 248.

ولا يعتبر نص سانتيبانا إلا مجرد ترديد للفصل 1157 من القانون المدني الفرنسي[1]. وهو الفصل الذي آثر واضعو القانون المدني الفرنسي أن يجسدوا فيه القاعدة الثانية لبوتييه[2]. وهي قاعدة عمد فيها بوتييه إلى ترجمة ما يماثل معناها في القانون الروماني وبالأساس في القانون 80 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست (80- I -45- D)[3]، والقانون 12[4] من القسم الخامس من الكتاب 34 من الديجست (12 -V– 34- D)[5].

وهكذا نستطيع أن نذهب إلى أن قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م. تجد أصلها الحقيقي في القواعد الرومانية المارة بنا ولكن وفقا لصياغتها الفرنسية من طرف بوتييه.

438- ويجدر التنبيه إلى أن هذه القاعدة تكرسها أغلب القوانين ذات التأثير اللاتيني كالقانون المدني الإسباني لسنة 1889 (الفصل 1284 منه)[6]، والقانون

[1]- ونصه كما يلي:
- « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun »

[2]- تنص القاعدة الثانية لبوتييه على ما يلي:
- « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui dans lequel elle n'en pourrait avoir aucun .: 3 الهامش رقم 229 ص. 245 المرجع السابق رقم : عن يان باكلو

[3]- فالقانون 80 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست والذي قال به الفقيه أولبيانوس ينص على أنه: "يجب تأويل التصرف بما يعمل على إحيائه بدل إهماله". عن رولان وبوابيه: المرجع السابق، ج. ص 52. -كما أن القانون 67 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست (67- 17- 50- D) يكرس نفس الأمر أي إعمال العقد بالدرجة الأولى ولكن على وفق ما يقتضيه محله. وهذا القانون الأخير هو الذي جعله بيريه (Biret) أصلا رومانيا للفصل 1157 مدني فرنسي وكذا للفصل 1158 من نفس القانون: انظر:
- Biret : Applications au code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste. --Tome 2, 1824, p. 23.

[4]- إن طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا (مرجع سابق) تشير إلى القانون 21. وعلى الرغم من هذا الخطأ المطبعي (لأن الصحيح هو القانون 12 كما تبين لنا بعد التحقق منه في: كوكبيه: المرجع السابق ص. 153 وكذا في جيليان –ميشيل ديفور (J. M. Dufour): القانون المدني للفرنسيين مع المصادر التي استمدت منها جميع مقتضياته: مرجع سابق: ج. 2 ص 294)؛ فإن الطبعة الرسمية لظ.ل.ع. الصادرة سنة 1914 بالفرنسية عن المطبعة الوطنية الفرنسية، قد نقلت تعليق سانتيبانا دون تصويب خطئه المطبعي: مرجع سابق، ج.1. ص 445. ونفس الأمر نجده في طبعة فرانسا –بول بلانك (F. P, Blanc) للكتاب الأول من ق.ل.ع.م. سنة 1981 ص 383 وطبعة 1989 لق.ل.ع.م. بكامله ص 378.

[5]- ومفاد القانون 12 من القسم الخامس من الكتاب 34 من الديجست أنه كلما احتملت الدعاوى أو الدفوع معنيين أحدهما يؤدي إلى ترتيب أثر عليها والآخر إلى إهمالها إلا ووجب الأخذ بالمعنى الذي تنتج معها ولو بعض الأثر.

[6] - Si une clause des contrats a plusieurs significations, on devra admettre celle qui est la plus propre à lui faire produire effet ».

المدني لسنة 1865 (الفصل 1132 منه)[1]، والقانون المدني الشيلي لسنة 1855 (الفصل 1562)[2]، والمشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني البلجيكي المعد من قبل فرانسوا لوران سنة 1884 (الفصل 1097 منه)[3]. بل الأكثر من هذا فإن نفس القاعدة المعتمدة في الفصل 465 من ق.ل.ع.م. نجد في الفقه الإسلامي ما يدل عليها في معناها العام كالمادة 60 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية[4] أو في تطبيقاتها[5].

وإذا كنا نجد مضمون الفصل 465 من ق.ل.ع.م. مكرسا في أغلب التشريعات اللاتينية وحتى في الفقه الإسلامي؛ فلأن القاعدة التي تأمر بإعطاء الأولوية لإعمال العقد على إهماله، حسب أغلبية الفقهاء الذين تناولوها بالدراسة، تعد حقيقة بديهية[6] تفرض نفسها من غير جدل[7]لأنها تنجر عن الحس السليم[8] وتفضي إلى تحقيق استقرار المعاملات وبالتالي إلى تكريس الأمن القانوني(التعاقدي), بل وتمثل أول قاعدة تتصل بالعقل[9] الذي يسترشد به القاضي إذا لم تسعفه نظرته إلى مجموع بنود العقد والظروف المرافقة أو اللاحقة أو السابقة عن التعاقد والعادة والقانون (طبيعة

عن أ. لفي: المرجع السابق ص 244.

[1] - « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit l'interpréter dans celui avec lequel elle peut avoir un effet, plutôt que dans celui avec lequel elle ne pourrait en avoir aucun ».

عن هـ. برودوم: المرجع السابق، ص 272.

[2] - « Le sens avec lequel une clause peut produire quelque effet, devra se préférer à celui avec lequel elle n'est capable d'en produire aucun ».

عن سانتا ماريا: المرجع السابق ص 87.

[3] - هذا النص عبارة عن نقل حرفي للفصل 1157 من القانون المدني الفرنسي: انظر هذا المشروع التمهيدي وهو مرجع سابق: ج.4 ص 89.

[4] - تنص المادة 60 من المجلة العثمانية على أن: "إعمال الكلام أولى من إهماله يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى". عن شرح المجلة لرستم اللبناني: مرجع سابق ص 44. وهذا النص مأخوذ من الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل ولذا اتفق أصحابنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يصار إلى المجاز" :ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر: مرجع سابق ص 150.

[5] - ومن تطبيقاتها في المجلة العثمانية أن: "الإجارة الفاسدة نافذة" (المادة 461 منها)، وأن إجارة الرواحل التي لا يعين فيها أجر تصح بأجر المثل (المادة 542 من المجلة): عن شرح المجلة لرستم باز اللبناني: مرجع سابق ص 259 و294. –كما أن من تطبيقاتها في المذهب المالكي الرأي القائل بمضي المفارسة الفاسدة: عن التسولي: البهجة في شرح التحفة: مرجع سابق ج2. ص 199، واعتبار الطلاق حاصلا قبل الموت "صونا للفظ من حمله على الإهمال"، حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: مرجع سابق: ج.8 ص 143. –انظر في شرح القاعدة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي: محمود مصطفى عبود هرموش: القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول: مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

[6] - بان باكلو: المرجع السابق رقم 245 ص. 229. –دكالاطاي: المرجع السابق، رقم 60 ص 130.

[7] - سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص. 47.

[8] - دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 84 ص 167. –كوكيه: المرجع السابق ص 163.

[9] - كوكيه: المرجع السابق، ص. 153.

العقد) في الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1]. ومن هنا كانت قاعدة معقولة[2] لأنها تحترم ما يفترض في الإنسان العاقل من تنزيه عن الكلام "اللاغي الساقط الذي لا فائدة فيه"[3]. و"حمل كلام العاقل على الصحة واجب فلا يهمل ما أمكن استعماله في معنى يناسبه"[4]. ومعنى هذا أنه "من الواجب إعمال كلام العاقل وصونه عن الإلغاء"[5], إذ من غير المعقول أن نفترض أن المتعاقدين قد أرادا إدخال لفظ أو بند في العقد يكون مصيره عدم إنتاج أي أثر[6]. ولهذا فإن القاضي يكون عليه أن يسند المعنى الذي يصح به اللفظ أو البند في العقد لينتج هذا الأخير ولو بعض أثره[7]. وهذه هي القاعدة التي سننتقل إلى محاولة ضبط مدلولها.

المبحث الثاني :
ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م

439- بادئ ذي بدء نشير إلى أن منطوق الفصل 465 من ق.ل.ع.م.، على غرار منطوق الفصل 1157 من القانون المدني الفرنسي، لم يتجاوز البند –وإن كان النص المغربي قد أضاف ما يمكن أن يتشكل به البند وهو التعبير- في الأولوية التي ينبغي أن تعطى للمعنى الذي ينتج به ولو بعض الأثر بدل المعنى الذي يهمل به. ومع ذلك فإن مفهوم النص المغربي يسمح لنا بمنح نفس الأولوية حتى للعقد في مجموعه أو التصرف الذي يكون محتملا لمعنيي الإعمال والإهمال. ولقد ذهب كوكييه في هذا الصدد إلى أنه لا ينبغي الوقوف عند المعنى الحرفي للفصل 1157 مدني فرنسي والذي لا يخص إلا البند دون التصرف في مجموعه فاقترح الصياغة التالية لفهم النص المذكور: "عندما يكون من شأن بند أن يحتمل معنيين يجب بالأولى فهمه على وفق المعنى الذي يمكن للتصرف أن يرتب معه بعض الأثر بدل المعنى الذي لا يرتب به هذا التصرف أي أثر"[8].

[1]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 59 ص 126 وما بعدها.

[2]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 13 ص 12.

[3]- محمود مصطفى عبود هرموش: القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول: مرجع سابق ص 52.

[4]- محمود مصطفى عبود هرموش: المرجع السابق، ص 50.

[5]- محمود مصطفى عبود هرموش: المرجع السابق، ص 54.

[6]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص 47.

[7]- بان باكلو: المرجع السابق، رقم 245 ص. 229.

[8]- كوكييه: المرجع السابق: ص. 154.

440- وبعد، فإن تأمل منطوق ومفهوم النص المغربي المذكور يسمح بالذهاب إلى أن القاعدة التي يكرسها تضطلع بوظائف من شأن التطرق إليها أن يوضح مدلولها بجلاء. غير أن هذا المدلول لا تستقر معالمه على نحو مضبوط في تقديرنا إلا بتبيان حدود القاعدة المكرسة في الفصل 465 من ق.ل.ع.م.

وعليه، فإننا نرى تناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول : وظائف قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م .**
- **المطلب الثاني : حدود قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م**

المطلب الأول:
وظائف قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م

441- إذا كانت الوظيفة التي يمكن أن تستفاد من ذات الفصل 465 من ق.ل.ع.م. تتمثل في تصحيح العقد، فإن التأصيل المار بنا لنفس النص يسمح بالتعرف على جزء مما تنصب عليه عملية التصحيح: إنه العبث واللغو. ومن هنا نستطيع أن نقول إن القاعدة التي نحن بصدد الحديث عن مدلولها تضطلع بوظيفة أخرى هي وظيفة درء العبث واللغو عن العقد.

وسنعالج هاتين الوظيفتين في فقرتين كالتالي:

- **الفقرة الأولى : وظيفة درء العبث واللغو عن العقد**
- **الفقرة الثانية : وظيفة تصحيح العقد**

الفقرة الأولى:
وظيفة درء العبث واللغو[1] عن العقد

442- إن الميدان التعاقدي لا يستسيغ اعتبار تعبير أو بند أو حتى العقد في مجموعه ضربا من العبث الذي يفضي إلى الإهمال والإلغاء لما يرمي إليه هذا الميدان من تحقيق غرض معين. وهذا الغرض، كأثر قانوني، لا يقوم إلا إذا حمل التعبير أو البند أو العقد في مجموعه على أن الكلام الذي يبلوره كلام معقول: فمن غير المتصور عقلا أن المتعاقدين يريدان بالتعاقد أمرا غير معقول وإلا كان تعاقدهما عبثا. ومن هنا يمكن أن نذهب مع كوكييه إلى أنه متى احتمل التعبير أو البند أو العقد في مجموعه معنيين أحدهما يكرس العبث وجب اختيار التأويل الذي يتفادى العبث[2].

وهكذا فتطبيقا لهذه الفكرة يجب دائما عند السكوت عن أجل التنفيذ في بعض العقود أن يفترض أجل ضمني فيها بالنظر إما إلى طبيعة الشيء موضوع العقد أو إلى مكان تنفيذ العقد. فإذا ما تم الاتفاق مع نجار على إنجاز مكتب بمقابل معين دون تحديد أجل الإنجاز؛ فإن المطالبة بتسليم المكتب في الحال سيكون ضربا من العبث بغض النظر عما إذا كيفنا العقد هنا عقد مقاولة أو عقد بيع لأشياء مستقبلة: وهنا يقوم الأجل الضمني افتراضا تفاديا لمثل هذا العبث. ونفس الأمر ينطبق عندما يباع شيء معين بذاته يوجد في مكان غير مكان تنفيذ العقد. فمثل هذا العقد يقتضي بالضرورة منح الأجل المعقول لنقل المبيع إلى مكان التنفيذ وإلا كان العقد ضربا من العبث لاستحالة التنفيذ الآني في هذه الحالة.

ومن الأمثلة التي يمكن ضربها على المعنى المعتبر عبثا ذلك المثال الذي أوضح به بوتييه قاعدته الثانية المارة بنا عند تأصيل الفصل 465 من ق.ل.ع.م.[3] ومفاده أن يشار في آخر عقد القسمة إلى أنه وقع الاتفاق بين "بيير" و"بول" على أن "بول" يستطيع المرور في عقاراته[4].فالفهم الحرفي يسمح بإعطاء معنيين لهذه العبارة أولهما أن "بول" يستطيع المرور في عقارات "بيير" وثانيهما أن "بول" يستطيع المرور في عقاراته هو "بول". ولعل هذا المعنى الثاني لا يخرج عن ضرب من العبث لأن مرور الشخص في العقارات التي يملكها لا يحتاج إلى اتفاق.

1- نرى أن نستعمل كلمة اللغو بمعناها العام الذي يفيد الكلام العاري عن الفائدة بمصطلح الحنفية (انظر محمود مصطفى عبود هرموش: المرجع السابق ص 49). كما يفيد اللغو أيضا ما لا يعتد به من الكلام لعدم وروده عن روية وفكر أي لعدم وروده عن قصد. (انظر: الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق ص 451).

2- كوكييه: المرجع السابق، ص 153.

3- انظر الهامش فقرة 437 قبله.

4- عن دوكالاطاي: المرجع السابق، ص 126.

ولاشك أن هذا المعنى الأخير، وإن كان من شأن العبارة المارة بنا أن تحتمله، إلا أنه يبقى إلى جانب كونه من العبث بمفهوم اللامعقول مجرد لغو لعدم جدواه وخلوه من الفائدة مادام أنه يجعل العبارة لا تنتج أي أثر بخلاف معناها الأول والذي يجب أن تفهم به تطبيقا لمقتضيات الفصل 465 من ق.ل.ع.م.

443- ومن اللغو لخلو الفائدة والافتقار للجدوى أن يفهم التعبير أو البند أو العقد في مجموعه على وفق المعنى الذي لا يرتب به أي أثر. وهكذا، كما يقول دومولومب[1]، فإن عقد الكراء أو الانتفاع قد يتضمن بندا يشترط فيه تحمل المكتري أو المنتفع عبء الإصلاحات. ولكن أية إصلاحات؟: هل الإصلاحات البسيطة أم الإصلاحات الجسيمة؟ لاشك أن المكري أو مالك الرقبة سيكون من مصلحته التمسك بمعنى هذه الإصلاحات الأخيرة. أما المكتري أو المنتفع فمن مصلحته التمسك بالإصلاحات الأولى. ولكن فهم البند على أن المقصود به هو الإصلاحات البسيطة فقط سيجعل هذا البند عديم الفائدة والجدوى في العقد بخلاف الفهم الثاني فإنه مفيد وذو جدوى إذ يجعل البند يرتب أثرا قانونيا متميزا عما تكرسه العادة أو العرف في كراء العقارات مثلا (الفصل 639 من ق.ل.ع.م). وهذا الأثر القانوني يجب إعماله على وفق الفهم الثاني عندما لا يتبين من ظروف التعاقد على الخصوص أن الفهم الأول هو الذي يجب تغليبه.

ومن الأمثلة أيضا أن يرد في عقد كراء محل معد للسكنى أو محل تجاري أن المكتري يلتزم بأداء ضريبة النظافة. فالعادة الجارية وكذا الغالب على القضاء المغربي في هذا الشأن[2] أن يتحمل المكتري هذه الضريبة ولو كان العقد ساكتا عن تحديد من يتحملها. ولذلك فإن فهم هذا البند، عندما يثار نزاع في شأنه، على أن الملتزم بضريبة النظافة هو المكتري وليس المكري سيجعل هذا البند غير مفيد وعديم الجدوى لأنه لا ينتج أي أثر متميز بخلاف ما لو فهم على أن المقصود به هو تحمل المكري بها علي أساس أن البند اعتوره غلط في التحرير.

[1]- دومولومب: المرجع السابق رقم 14 ص 12 و13 – انظر هذا المثال أيضا في: دكالاطاي: المرجع السابق رقم 60 ص 127 و128 وعن هذا الأخير نقله عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 74 ص 107.

[2]- جاء في القرار عدد 337 والصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/3/7 أن: "ضريبة النظافة يتحملها المكتري ولا فرق في ذلك بين المحلات التجارية ومحلات السكنى". (قرار منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 34 ص 100 وما بعدها). كما ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الكبرى، في قرارها عدد 2828 والصادر بتاريخ 12 دجنبر 1989، إلى: "أن ضريبة النظافة فرضت على سائر العقارات كمقابل لما تقوم به الإدارة من تنقية الشارع من الأزبال والقمامة فالمستفيد المباشر هو المكتري وهو الذي يجب أن يتحملها". (قرار منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144 ص 216 وما بعدها).- والجدير بالإشارة أن المجلس الأعلى ذهب في قراره عدد3622 بتاريخ 23-10-2001, وهو قرار لم ينشر بعد،إلى أنه:" خلافا لما ذهب إليه القرارفي تغيير الفصل642 من ق.ل.ع. فإن المكري هو من يتحمل دفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة - بما في ذلك ضريبة النظافة- ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك .".

444- والملاحظ أن المعنى المعتبر غير مفيد وعديم الجدوى في المثالين المارين بنا يكرس في الحقيقة أحكام القانون (التشريع أو العادة أو العرف بالأساس). وهذا يسمح باعتبار البنود التي تأتي في العقد مقتصرة على ترديد أحكام القانون عديمة الفائدة والجدوى، حسب الفصل 465 من ق.ل.ع.م.، ولذلك يحسن فهمها فهما مخالفا لجعلها تنتج أثرها على نحو متميز عما يقضي به القانون. وهنا يجدر التنبيه إلى أن المعنى المعتبر ضربا من اللغو بموجب الفصل 465 من ق.ل.ع.م. يحبذه الفصل 463 من ق.ل.ع.م. المتضمن لقاعدتي تصريح التصرف أو العقد بالعادة أو بطبيعة التصرف[1]: فهل معنى ذلك أن هذين الفصلين مشوبان بالتعارض وعدم الانسجام؟

إن مثل هذا التساؤل قد سبق طرحه في فرنسا فيما يخص علاقة الفصل 1157 بالفصل 1158 من القانون المدني الفرنسي. وفي شأن هذه العلاقة الموصوفة من قبل مورلون (Mourlon) بعدم الانسجام يذهب هذا الأخير[2]، إلى أنه إذا كان ما يتصل بطبيعة العقد يتضمنه هذا الأخير دائما؛ فإنه من البديهي أن يعتبر غير مفيد وعديم الجدوى تخصيص بند صريح لما يتصل بطبيعة العقد. وينجر عن هذا أن تأويل لفظ محتمل لمعنيين على وفق المعنى الذي يلائم أكثر طبيعة العقد يفضي إلى فهم هذا اللفظ على وفق معنى لا يمكن معه أن ينتج أي أثر خاص. وهذا معناه افتراض أن الطرفين قد أرادا أن يضيفا إلى العقد بندا غير مفيد الأمر الذي يتمخض عنه خرق القاعدة المنصوص عليها في الفصل 1157 مدني فرنسي.

ويتفق كوكييه مع مورلون في كون الفصل 1157 قد يعتوره أحيانا بعض التعارض مع الفصل 1158. ولكن هذا التعارض يرتفع لأن الفصل 1157 لا ينبغي تطبيقه، في نظره، إلا إذا تعذر الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بجميع وسائل البحث عنها وعلى الخصوص وسيلة الفصل 1158[3].

445- والواقع فإن تأمل الفصلين 463 (أو الفصل 1158 مدني) و465 من ق.ل.ع.م. (أو 1157 مدني فرنسي) لا يسمح بتلمس أي تعارض بينهما؛ إذ أن أصحاب مصادر النصين المغربيين (المشرع الفرنسي والفقهاء المتأثر بهم وعلى رأسهم بوتييه) لم يتصوروا فرضية إبعاد المعنى الذي لا ينتج به أي أثر لأنه يقتصر

[1]- سنعالج قاعدتي الفصل 463 من ق.ل.ع.م. لاحقا ضمن الباب الثاني المتعلق بقواعد التأويل الاحتياطية المعتمدة في ق.ل.ع.م.

[2]- Mourlon : « Répétitions sur le code civil, II, n° 1163 : عن كوكييه: المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

[3]- كوكييه: المرجع السابق، ص 146 و162.

على تأكيد حكم القانون ليس إلا[1]. كما أنه ليس صحيحا أن لجوء المتعاقدين إلى ترديد بنود لا تكرس إلا أحكام القانون هو ضرب من اللغو: فالمتعاقدان بإيرادهما في العقد ما تقضي به العادة أو العرف إنما يؤكدان على ما للبند في نظرهما من قيمة من جهة، كما أن التصريح بما تقضي به العادة أو العرف في العقد يعفي المتمسك به من إثباته بخلاف ما لو حصل السكوت عنه في العقد؛ إذ يكون على المتمسك بالعادة أو العرف –كما سنرى عند دراسة قاعدتي الفصل 463 من ق.ل.ع.م.- أن يقدم ما يثبت وجوده. وبالإضافة إلى ما سبق فإن المتعاقدين قد يظنان –بسبب جهلهما كل أو بعض الأحكام القانونية المنظمة للميدان التعاقدي- أن البند المصرح به في العقد هو بند تعاقدي محض. وفي هذه الحالة، هل من المعقول أن يعتبر معناه لغوا فقط لأنه لا يكون مفيدا حسب ظاهر الفصل 465 من ق.ل.ع.م؟[2]. ومن هنا نعتقد أن الفصلين 465 و463 من ق.ل.ع.م. غير متعارضين مادام أن إعمال المعنى المناسب أكثر للفصل 463 هو تأكيد وتمتين للمعنى المناسب للفصل 465: إنه جعل التعبير أو البند أو العقد في مجموعه ينتج أثرا ولو كان هذا الأثر يقتصر على ترديد القانون (التشريع أو العادة أو العرف أو العمل القضائي). ويبقى التساؤل عن المعنى الذي يجعل البند مخالفا لأحكام القانون الآمر على الخصوص؟ هذا ما سنجيب عنه بعده من خلال دراسة الوظيفة الثانية للقاعدة المكرسة في الفصل 465 من ق.ل.ع.م.: إنها وظيفة تصحيح العقد.

الفقرة الثانية :
وظيفة تصحيح العقد

446- إن اضطلاع قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. بوظيفة درء العبث واللغو عن العقد معناه في آخر المطاف الحث على تصحيح العقد. وبهذا الفهم فإن وظيفة درء العبث واللغو لا تعني أكثر من وظيفة تصحيح العقد.

ومع ذلك فإننا عمدنا إلى الفصل بين الوظيفتين للتركيز هنا على الحالة التي يحتمل فيها التعبير أو البند أو العقد في مجموعه معنيين من شأن الأخذ بأحدهما أن يجعل ما ذكر عديم الأثر لبطلانه. ولعل النظر إلى ق.ل.ع.م.- كالقانون المدني الفرنسي بطبيعة الحال –على أنه القانون الهادف إلى تبادل الثروات والذي به ينهض الاقتصاد وينتعش لجدير بأن يسمح لنا بالذهاب إلى أن فرضية احتمال التعبير أو البند أو العقد في مجموعه معنيين أحدهما يجعله عديم الأثر لبطلانه هي التي

[1]- انظر في هذا الصدد: دكالاطاي: المرجع السابق، رقم 60 ص 128.
[2]- انظر في مثل هذه الفكرة: عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 74 ص 107.

وضعت بالدرجة الأولى نصب أعين واضعي القانون المدني الفرنسي عند اعتماد الفصل 1157 منه والمنقول كما مر بنا إلى الفصل 465 من ق.ل.ع.م.

ومن هنا نستطيع أن نردد مع بعض الفقه الفرنسي[1] أن الفصل 1157 مدني فرنسي (أو الفصل 465 من ق.ل.ع.م) يرمي إلى تصحيح العقد الذي كان سيقع باطلا إما في مجموعه أو في أحد تعابيره أو بنوده لولا تدخل القاضي لتصحيح العقد إعمالا للقاعدة المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م. لأنه –كما يقول عيمانويل كونو –ليس من المصلحة في شيء أن تذهب جهود المتعاقدين سدى[2].

447- وهكذا فقد يخالف المتعاقدان منعا قانونيا عن جهل منهما يترتب عليه جزاء البطلان. ومثل هذا المنع يمكن تفاديه بإعمال قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م.: فإذا ورد في أحد بنود عقد البيع أن تعيين الثمن متروك لتقدير أحد من الأغيار؛ فإن مثل هذا البند يقع باطلا ويفضي إلى بطلان عقد البيع بموجب الفصل 487 من ق.ل.ع.م. ومع ذلك فإن القاضي يستطيع تصحيح هذا العقد عن طريق إعادة تكييفه عقد وكالة تمنح فيه للوكيل صلاحية تحديد الثمن بالنيابة عن الموكلين معا[3]. بمعنى أنه سيعتبر البند محتملا لمعنيين أحدهما يفضي إلى إهمال (بطلان) العقد والآخر إلى إعماله (إنتاج آثاره). وقاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. تمنح الأولوية لإعمال العقد على إهماله[4].

وكذلك إذا جاء في بند من بنود عقد البيع أن المشتري يلتزم بأداء الثمن متى كان قادرا على ذلك؛ فإن هذا البند يمكن النظر إليه على أنه يحتمل تكييفين (معنيين) أحدهما يتمثل في الشرط الإرادي المحض وهو شرط باطل ومبطل للعقد بموجب الفصل 112 من ق.ل.ع.م. وثانيهما يكمن في الأجل غير المعين[5] وهو أجل صحيح (الفصل 127 من ق.ل.ع.م). والأولوية بموجب الفصل 465 يجب أن تعطى، كما مر بنا، للتكييف الذي يجعل البند منتجا لأثر قانوني[6]. غير أن ما يبقى مثارا

[1]- انظر على سبيل المثال: يان باكلو: المرجع السابق: رقم 245 ص 230. –سيملر: مقاله المشار إليه في السابق: رقم 40 ص 11.
[2]- عيمانويل كونو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص: مساهمة في دراسة نقدية للفردية القانونية: مرجع سابق: الهامش رقم 2 في ص 203 والممتد إلى ص 204.
[3]- لقد قمنا بتفصيل هذا التكييف في: العقود المسماة في ق.ل.ع.م. (عقد البيع): الجزء الأول في تحديد عقد البيع وتكوينه: مطبوع أعد لطلبة السنة الثالثة –قانون خاص- بفاس- السنة الجامعية 89-1990 ص 380 وما بعدها.
[4]- إن نفس هذا الحل يمكن التوصل إليه بتطبيق الفصل 309 من ق.ل.ع.م. المتعلق بتحول العقد: انظر في هذا النص على سبيل المثال: محمد شيلح: سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م.: أسسه ومظاهره في نظرية العقد: مرجع سابق ص 265 وما بعدها.
[5]- انظر في هذا الأجل غير المعين على سبيل المثال: مأمون الكزبري:نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م.: أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مطابع دار القلم ط.1، 1970 رقم 50 ص 70.
[6]- ومن الأمثلة أيضا أن يرد في العقد أن الشخص (أ) يلتزم إزاء الشخص (ب) بأن يجبر الشخص (ج) على إعطاء شيء لـ (ب): فهذا العقد منظورا إلى صياغته يكون باطلا، لأنه لا أحد مبدئيا يستطيع إجبار غيره على الالتزام كما

للتساؤل، ليس فقط بالنسبة لوظيفة تصحيح العقد وإنما أيضا بالنسبة لوظيفة درء العبث واللغو عن العقد، يتعلق بمعرفة ما إذا كان على القاضي أن يعطي الأولوية لإعمال التعبير أو البند أو العقد في مجموعه كما تقضي بذلك قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. كلما تبين له أن موضوع الإعمال يحتمل معنيين أحدهما لغو أو باطل والآخر مفيد أو صحيح؛ أم أن الأولوية المذكورة مقيدة بحدود لا يمكن تجاوزها؟ هذا ما سنحاول تلمسه في معرض تناولنا حدود القاعدة المكرسة في الفصل 465 من ق.ل.ع.م.

المطلب الثاني :
حدود قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م

448- إن الحدود المقصودة في السؤال المثار قبله تتعلق أساسا بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين وكذا بالنظام العام. ومع ذلك فإن البند متى وصف بأنه من بنود الصياغة طرح هذا الوصف تساؤلا حول علاقته بالفصل 465 من ق.ل.ع.م. وعليه، فهل يكون على القاضي -تطبيقا للفصل 465- أن يعمل التعبير أو البند أو العقد المحتمل لمعنيين أحدهما عبث ولغو أو باطل ولو على حساب الإرادة الحقيقية للمتعاقدين أو على حساب النظام العام؛ أم أنه يتقيد في إعمال الكلام بعدم مخالفته إرادة المتعاقدين الحقيقية أو النظام العام؟ وكذلك هل يكون على القاضي أن يعمل الكلام التعاقدي ولو كيفه على أنه من بنود الصياغة أم أن وصف البند بأنه من بنود الصياغة يجعله غير مفيد وبالتالي غير منتج لأي أثر؟

إن الإجابة عن هذين السؤالين سنحاول تسطيرها في الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى: علاقة تطبيق قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين أو بالنظام العام.**
- **الفقرة الثانية: علاقة تطبيق قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. بتكييف البند على أنه من بنود الصياغة.**

يقضي بذلك الفصل 33 من ق.ل.ع.م.؛ ما لم يتم تأويله بما يسمح بإعماله دون إهماله. والتأويل الممكن لهذا العقد في ضوء الفصل 465 من ق.ل.ع.م. يكمن في أن الشخص (ب) عندما قبل التزام الشخص (أ) فإنه كان يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم بأن هذا الالتزام باطل قانونا وسيكون هذا القبول ضربا من العبث، ولكن ربما أيضا إهمالا لما توخته إرادته غير المصرح بها في العقد والتي يمكن أن تستفاد ضمنا ومفادها أنه عندما قبل الالتزام فعلى أساس أن المتعهد يبقى مسؤولا عن تصديق الشخص (ج) على التزامه بالأداء. وهكذا يصبح العقد هنا صحيحا لأنه سيكيف تعهدا بحمل الغير على الالتزام.

الفقرة الأولى:
علاقة تطبيق قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين أو بالنظام العام

449- إن تأسيس العقد في قيامه وإنتاج آثاره على إرادة المتعاقدين -كما يرى أنصار سلطان الإرادة- يقتضي عدم إعطاء الأولوية للمعنى الذي يصبح معه التعبير أو البند أو العقد منتجا لأثره القانوني على المعنى الذي يهمل به إما لعبثه ولغوه أو لبطلانه عندما يتبين أن الإرادة الحقيقية قد انصرفت إلى هذا المعنى غير المفيد أو غير المشروع. ومعنى هذا أنه في هذه الحالة يجب تغليب القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. على القاعدة التي نحن بصدد البحث عن حدودها. وفي هذا الصدد ذهب فرانسوا لوران إلى أنه يجب عدم التعسف في تطبيق قاعدة الفصل 1157 مدني فرنسي على حساب المعنى المراد حقيقة من قبل المتعاقدين[1]. كما ذهب دومولومب إلى ضرورة تغليب قاعدة الفصل 1156 مدني فرنسي على قاعدة 1157 من نفس القانون، لأن اعتبار البند ضربا من العبث واللغو أهون من خرق إرادة المتعاقدين الحقيقية لأجل إعطاء أثر لبند على حسابها[2]. ونفس هذا الموقف اعتمده دوكالاطاي إذ يرى أن القاضي في الواقع ليس حرا في أن يصرح بأن بندا ما هو بند مفيد أو غير مفيد. فهو يقتصر على معاينة ما هو مفيد أو غير مفيد في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين. ولكي يقول إن البند مفيد ينبغي مع ذلك ألا يخرق النية المشتركة لأن هذه النية بالتحديد هي الهدف من وراء كل أبحاثه؛ والحال أن الفصل 1157 مدني فرنسي لا يمنح القاضي إلا إحدى الوسائل التي قد يصل بها إلى تحقيق هدفه المتمثل في الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين[3].

ويتبين، من خلال ما سبق، أن إعمال المعنى الذي ينتج به التعبير أو البند أو العقد أثرا قانونيا مقيد بعدم انصراف إرادة المتعاقدين الحقيقية إلى المعنى الذي لا يتمخض عنه أي أثر قانوني.

450- وعلى الرغم من عدم وفرة العمل القضائي المطبق للفصل 465 من ق.ل.ع.م.[4]، فإن الظروف الفقهية التي وضع فيها ق.ل.ع.م. وكذا ما تمكننا من

[1]- فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ج. 16 رقم 506 ص 584.
[2]- دومولومب: المرجع السابق رقم 14 ص 12. -انظر أيضا سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص 47 وما بعدها.
[3]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 60. ص 130.
[4]- إن العمل بقاعدة إعطاء الأولوية للمعنى المنتج للأثر القانوني على المعنى غير المنتج يبقى نادرا حتى في فرنسا: انظر مثلا: سيلمر: مقاله السابق رقم 41 ص 12. -وحسب بان باكلو: فإن هذه الندرة في التطبيق ترجع إلى سببين: فمن جهة قد يكون للبند معنى يحتمل جدا أن تكون إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه. وهذا يتلاءم أكثر مع الفصل

الإطلاع عليه من عمل القضاء المغربي[1]؛ يسمحان لنا بجعل إعمال المعنى المنتج للأثر القانوني في ضوء الفصل 465 من ق.ل.ع.م. مقيد بعدم انصراف إرادة المتعاقدين الحقيقية إلى المعنى غير المفيد أو الباطل. وعليه ففي الأمثلة التي ضربناها من قبل لتوضيح الوظيفتين المنوطتين بقاعدة الفصل 465، يبقى إعمال معانيها المنتجة للأثر القانوني مرهونا بعدم انصراف إرادة المتعاقدين إلى المعنى المفضي إلى الإهمال.

451- غير أن هذا القيد لا نراه ملائما للوقت الراهن وقد أصبح فيه الهاجس الاقتصادي والاجتماعي طاغيا على كل الاهتمامات. ولذلك فمن المحبذ، في تقديرنا، أن يأخذ القاضي بالمعنى المنتج للأثر القانوني وإن خالف المعنى غير المفيد أو الباطل والذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية إذا ما تبين له أن المعنى المنتج للأثر من شأنه أن يحقق هدفا اقتصاديا عاما أو اجتماعيا. وكمثال على ما نرى: قد يثبت للقاضي أن الإرادة المشتركة للأجير والمؤاجر انصرفت فعلا إلى المعنى الذي يجعل الأجير ملتزما بتقديم عمله أو خدماته طوال حياته. وهذا المعنى لا ينتج أي أثر بموجب الفصل 728 من ق.ل.ع.م. ولكن إهمال هذا المعنى احتراما للإرادة الحقيقية للمتعاقدين بدل إعطاء الاعتبار للمعنى المنتج للأثر على حساب هذه الإرادة، من شأنه أن يخل بالهدف الاقتصادي والاجتماعي لعقد الشغل؛ الأمر الذي قد ينجر عنه، في حالة تراكم هذه الحالات، إخلال بالاستقرار الاجتماعي. كما أن إعمال المعنى المنتج في مثالنا وهو اعتبار العقد غير محدد المدة بدل عقد محدد المدة ولكنه باطل ينسجم مع تطلعات الكثيرين حتى لا نقول الجميع: فمن لا يتمنى في المغرب على الخصوص أن يلتزم بالعمل مدى الحياة لضمان مصدر عيشه في الحال والمآل. إن التأبيد إذا كان في القانون يبطل الإجارة فإن من شأنه أن يهدم العمارة وبدونها لا تكون للقانون أية عبارة.

1156 مدني فرنسي. ومن جهة أخرى فإن الارتكاز على الفصل 1156 السابق يعفي القاضي من التحليل بدقة وتفصيل مختلف المعاني التي يحتملها موضوع التأويل. وبهذا تتاح له فرصة تسطير الحكم بصفة حرة: المرجع السابق رقم 245 ص 230.

[1]- انظر على سبيل المثال: القرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ فاتح دجنبر 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص 32 وما بعدها). -قرار عدد 217-65/64 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16 مارس 1965 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الطبعة الفرنسية: مرجع سابق: ج. II رقم 123 ص 251 وما بعدها) -قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 17 مارس 1942 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ،ج.11 ص.424). -حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر في 2 ديسمبر 1946 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1949، رقم 989 ص 177). -تنبيه: إن العمل القضائي المشار إليه هنا يستفاد منه أن المعنى المنتج للأثر يتلاءم وإرادة المتعاقدين. وهذا ما قد يفهم منه أن المعنى المنتج للأثر إذا لم تنصرف إليه هذه الإرادة وجب الأخذ بالمعنى المكرس للإهمال.

إن الأخذ بالمعنى الذي لا ينتج أي أثر للفصل 728 من ق.ل.ع.م. مثلا عندما يتبين أن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد انصرفت إليه، وإن كان يحترم أطروحات سلطان الإرادة؛ إلا أنه يخالف، على الأقل، ما يمكن أن نسميه -إن صح هذا التعبير- بالنظام العام الواقعي أو الشعبي وغير الرسمي.

452- والنظام العام، حسب المفهوم المتعارف عليه طبعا، في القانون المدني[1] بدوره يعد في نظر الفقه الفرنسي قيدا على تطبيق القاعدة المفضلة للمعنى المنتج للأثر على المعنى غير المنتج. فدومولومب يرى أنه من الأحسن اعتبار البند غير مفيد من أن يؤخذ به على الرغم من مخالفته النظام العام أو الأخلاق الحميدة[2]. ونفس الموقف يتبناه سانتا ماريا[3]. كما نجد بعض ملامحه عند دوكالاطاي[4]. لا بل الأكثر من هذا فلقد وصل الأمر بكوكييه إلى حد اقتراح القاعدة التالية: "عندما يكون من شأن بند أن يحتمل معنيين يجب بالأولى فهمه على وفق المعنى الذي يكون فيه موافقا للقانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة بدل المعنى الذي يجعل البند غير مشروع أو غير أخلاقي"[5].

ولعل قيد النظام العام من شأنه أن يشل تطبيق قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. من باب أولى خاصة إذا ما أخذنا واقع القضاء المغربي بعين النظر إذ يسمح هذا الواقع بتصور ما مفاده أن القاضي بمجرد ما يتبين له أن المعنى المتبادر إلى الذهن مخالف للنظام العام إلا ومن المحتمل جدا أن يستبعد إمكانية احتمال التعبير أو البند أو العقد لمعنى آخر.

وهكذا يظهر مما سبق إن إعطاء الأولوية، تطبيقا لقاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م.، للمعنى المنتج للأثر القانوني على المعنى غير المنتج مقيد بقيدين هما قيد مخالفة النظام العام وقيد انصراف إرادة المتعاقدين الحقيقية إلى المعنى غير المنتج. ولاشك أن تكييف البند على أنه من بنود الصياغة لا ينبغي أن يتم حسب نظرية سلطان الإرادة إلا في ضوء هذه الإرادة المشتركة للمتعاقدين من حيث المبدأ. فهل حتى في هذه الحالة لا يعمل بالمعنى الذي يكيف معه البند على أنه من بنود الصياغة؟

[1]- انظر على سبيل المثال رسالتنا حول: سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م. :اسسه ومظاهره في نظرية العقد: مرجع سابق ص 188 وما بعدها:
[2]- دومولومب: المرجع السابق، رقم 13 ص 12.
[3]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 15 ص 47.
[4]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 59 ص 127.
[5]- كوكييه: المرجع السابق، ص 165.

الفقرة الثانية :
علاقة تطبيق قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. بتكييف البند على أنه من بنود الصياغة

453- إن الكتابات الفقهية العربية[1] تترجم الاصطلاح الفرنسي " Les clauses de style" بالشروط المألوفة. والواقع أن هذه الترجمة[2] تعكس المعنى الأصلي للاصطلاح الفرنسي[3] والمتمثل في البنود المكرسة لما تقتضيه العادة أو العرف والمدرجة في العقود لفائدتها[4]. غير أن الاصطلاح الفرنسي فقد في الوقت الراهن صراحته وانتقل إلى ما يحتمل أكثر من معنى. وفي هذا الصدد يرى سيملر[5] أن الاصطلاح متعدد المعاني: "ففي معنى أول يقصد به البند الذي، بسبب فائدته ونجاعته يعمم استخدامه في كثير من التصرفات. واصطلاح بند الصياغة بهذا المعنى مرادف للبند المألوف (clause usuelle). ويكون من العبث أن تحرم مثل هذه البنود من قوتها الملزمة.وفي معنى ثان يتناسب والاستعمال الأكثر شيوعا, فإن بند الصياغة يقصد به ذلك البند الذي يدرج في التصرف دون أن يكون الطرفان قد انتبها إليه أو فهما معناه وبالتالي غير مراد من قبلهما. ويكون الأمر كذلك عندما يحرر التصرف من قبل أحد من الأغيار[6] أو عندما يدرج المتعاقدان صيغة تعاقدية

[1]- انظر على سبيل المثال: عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 75 ص 107. – عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد: مرجع سابق رقم 838 ص 945.

[2]- يذهب السنهوري في توضيح الشروط المألوفة إلى أنه:"ويضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج بالفعل. وهذه القاعدة قريبة عن السابقة [أي العرف] ولكن الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد أكثر تحديدا من العرف. فهناك من العقود ما أصبح مألوفا أن يشتمل على عبارات معينة حتى صار تكرار هذه العبارات لا فائدة منه وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الأخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد...." نظرية العقد: مرجع سابق، رقم 838 ص 945 وما بعدها.

[3]- يذهب زوكيتا إلى أنه منذ القرن 13م. أصبحت بعض البنود التي تدرج في العقود جد معروفة إلى درجة أن الموثق، من أجل ربح الوقت، كان يقتصر في مسودة العقد أو مختصره على ذكر الحروف الأولى لتلك البنود مع إضافة إلخ (.....etc).وكان البند المعني لا يكتب بكامله إلا في النسخة التنفيذية المسلمة للمتعاقدين ولذلك كان لوازيل يقول إن إلخربات الموثقين لا تصلح إلا لما هو مألوف ومعتاد في العقود. غير أن هذه الممارسة أفرزت تعسفات لأن الموثقين كانوا يضيفون، وفي غيبة المتعاقدين، التزامات لم تكن موضوع اتفاق في الأصل؛ الأمر الذي أدى في القرن 16م. إلى ظهور القولة المشهورة "اللهم احفظنا من إلخربات الموثق" والتي تنم عن الشك في قيمة هذه البنود.
- Jean Zucchetta : La clause de style de l'acte notarié thèse –Aix en Provence, imprimerie F. Chauvet, 1943 p. 46 et S.
انظر في هذا الاتجاه أيضا: رولان وبوايبه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق ج 2 من ص. 216 إلى 218.

[4]- انظر جان زوكيتا: المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

[5]- فيليب سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 99 ص 23.

[6]- إن الإضافات التي يمكن أن يوردها الأغيار خارج ما هو حاصل فعلا بين المتعاقدين ودفعت بوكيل دير بروم (Prüm) عندما واجهه رئيس الدير بميثاق إلى أن يقول سنة 1063م. قولة أصبحت مأثورة وهي أن "ريشة أي كان تستطيع كتابة أي شيء". انظر في هذه القولة: جان زوكيتا: المرجع السابق ص 10.

دون إعارتها ما يكفي من الانتباه، أو عندما يكون أحد الطرفين هو المحرر بمفرده للعقد –كعقد الإذعان- ويقتصر الطرف الآخر على التوقيع عليه دون تدبر جميع مقتضياته"[1]. وعليه، فنظرا لما أصبح يفهم به اصطلاح "Les clauses style" فإننا ارتأينا ترجمته ببنود الصياغة ليشمل هذا الاصطلاح ليس فقط ما يعرف بالشروط المألوفة وإنما أيضا ما يمكن أن يسمى ببنود الروتين " Les clauses de routine"[2].

454- غير أن ما يجدر التنبيه إليه أن هذا التمييز بين نوعي بنود الصياغة، إذا كان من السهل القيام به على المستوى النظري؛ فإنه عمليا يمكن أن توصف جميع بنود الصياغة ببنود الروتين على الأقل متى نظرنا إليها ليس من زاوية مدى تعلق إرادة المتعاقدين أو العادة أو العرف، إن اقتضى الحال، بها؛ وإنما من زاوية

[1]- لقد اقترحت عدة تعريفات لبنود الصياغة ربما لا تختلف إلا في مظهرها منها حسب لوكونت (Le comte) أن: "بند الصياغة هو البند الذي يرد في الصيغة المعتادة في الصنف الواحد من العقود والذي يدرجه المتعاقدان في عقدهما دون أن يكون مضمونه متوقعا أو مرادا. " A. Le comte : La clause de style, in R.D.C., Année 1935, p 320" عن زوكيتا: المرجع السابق: ص 64.
وحسب لويس بوايبه فإن البند "يوصف بأنه من بنود الصياغة عندما يدرج بصفة معتادة في صنف معين من العقود لأنه يوجد ضمن الصيغ النموذجية التي يستخدمها الممارسون لعملية تحرير العقود" :لويس بوايبه: "دور القاضي في تنفيذ العقد" :مقال مشار إليه مرجعه في السابق رقم 211 ص 20. –وحسب فوران (Voirin) فإن بند الصياغة هو: "صيغة فارغة يمليها الروتين"، "صيغة ليست من عمل إرادة الطرفين" إنه "يتميز بعدم ملاءمته لإرادة الطرفين" : عن زوكيتا: المرجع السابق ص 64. وحسب هذا الأخير، فإن بنود الصياغة هي "جمل أو أجزاء من جمل ذات قالب واحد إلى حد ما تورد بألفاظ شبه متطابقة في أغلب التصرفات ذات نفس الطبيعة، ينتظم مضمونها بالعادة وتعكس اشتراطا تبعيا لمنطوق التصرف". :زوكيتا: المرجع السابق ص 46. – كما ذهب زوكيتا أيضا إلى أن بند الصياغة يبقى صحيحا إما لأنه يعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين أو لأنه يتلاءم والعادة (ص 74 وما بعدها و76). ولذلك خرج في خاتمة أطروحته بالنتيجة الأولى التي مفادها أن بند الصياغة المبني على تأويل إرادة الطرفين أو العادة يبقى صحيحا وبالتالي مجديا وناجعا على الرغم مما قد يظهر على صيغته من ملامح القدم (ص 97). –ولقد حاول عبد الحكم فودة انطلاقا من تعريف زوكيتا أن يذهب إلى أنه: "يقصد بالشرط المألوف ذلك الشرط الذي يورده المتعاقدان على سبيل التقليد والمحاكاة، لاستقرار العمل به، ودون أن تتعلق به إرادتهما الحقيقية: فقد يجري عرف التعامل على إيراد شرط –سواء تكون من جملة أو أكثر- وغالبا ما يكون متماثلا في الصياغة بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الواحدة إذ يورده الموثقون أو محررو العقود على سبيل التقليد وبشكل آلي أو تلقائي..." :عبد الحكم فودة: المرجع السابق: رقم 75 ص 107 وما بعدها. –انظر في بنود الصياغة أيضا وفي علاقتها بقواعد التأويل: سانتا ماريا: المرجع السابق: من ص 164 إلى 171.

[2]- إن بنود الروتين هي التي لا يمكن أن تنتج من حيث المبدأ أي أثر قانوني لأنها وإن كان الاعتياد قد جرى على إيرادها عند تحرير العقد؛ إلا أن المتعاقدين لا يوليانها أي اهتمام ولا يفكران، عن جدية، في تطبيقها. ولكن الروتين قد ينصب على العبارات التي تهدف إلى الإسهاب الرامي إلى مزيد من التوضيح. وفي هذه الحالة –كما يقول زوكيتا-، على الرغم من أن الفقه والعمل القضائي لم يتمكنا من وضع معيار للتمييز بين هذه البنود وبين بنود الروتين بالمعنى المضبوط؛ إلا أنه لا يمكن أن توصف ببنود الصياغة وإنما بأخطاء الصياغة؛ وهي الأخطاء التي تتصل عند التحرير بالنحو وتركيب الجمل وفن الكتابة: (المرجع السابق ص 85 وما بعدها). ومعنى هذا أن البنود الأولى هي التي توصف لوحدها ببنود الصياغة وهي بنود يندر ورودها في العقود حاليا بالمقارنة مع أخطاء الصياغة والإسهاب غير المجدي (ص.87).- وللوقوف على مثال حي للاسهاب غير المجدي يمكن الرجوع مثلا إلى الصيغة النموذجية التي يقترحها، بالنسبة للمغرب، كابرول لبيع العقارات وعلى الخصوص إلى الفقرة الثالثة من عنوان التعيين (Désignation): شارل كابرول: صيغ نموذجية للتصرفات على وفق القانون المغربي: مرجع سابق ص 311.

تسطيرها على سبيل التقليد والمحاكاة في جل العقود التي تنتمي إلى صنف معين. فالصيغة المتعلقة بتحمل المشتري كافة الارتفاقات السلبية الظاهرة أو المستترة المستمرة أو غير المستمرة نجدها في أغلب عقود البيع الواقعة على العقارات المحفظة[1]. كما أن أغلب عقود أكرية المحلات التجارية تتضمن البند التالي[2]: "يمنع المستأجر بالموافقة على الإيجار من باطن كلي أو جزئي ويمنع أيضا بالتنازل عن كل أو جزء من حقوقه في الإيجار إذا لم يكن بمناسبة بيع الحقوق التجارية تبعا لهذا البيع أو لخليفته الحقيقي في تجارته[3]: فهل تعتبر بنود الصياغة هذه من البنود المألوفة أم من بنود الروتين؟

455- الواقع أن كل تمييز بين النوعين خارج إيجاد ضابط للتمييز قد يعد ضربا من التعسف. وهذا الأمر، في تقديرنا، هو الذي يفسر عدم لجوء القضاء الفرنسي إلى مثل هذا التمييز ونجده يقف من بنود الصياغة، بغض النظر عما إذا كانت من الشروط المألوفة بالمعنى المضبوط أو من بنود الروتين بالمعنى المحدد قبله[4]، موقفا لا يتسم دائما بالوضوح؛ إذ بينما مال بعض العمل القضائي إلى جعل وصف البند ببند الصياغة دليلا على نجاعته وفائدته وبالتالي إعطاء الأولوية لإعماله، نجد البعض الآخر من العمل القضائي ينظر إلى ما يوصف ببنود الصياغة نظرة الريبة والشك الأمر الذي ينجر عنه عدم إعماله لعدم فائدته[5].

غير أن الذي لا مراء فيه أن العمل القضائي الفرنسي لا يلغي بنود الصياغة بالنظر إليها في حد ذاتها وإنما بالنظر إلى اعتبارات أخرى وعلى رأسها عدم

[1]- انظر في هذه الصيغة على سبيل المثال: شارل كابرول: صيغ نموذجية للتصرفات على وفق القانون المغربي: مرجع سابق، ص 312.

[2]- انظر هذا البند في نماذج صيغ عقد الكراء التي تباع مطبوعة في الأكشاك. –انظر أيضا شارل كابرول: المرجع السابق: ص 103 رقم 12.

[3]- فيما يخص العبارة المتداولة في أكرية المحلات التجارية والمتمثلة في منع حوالة الحق في الكراء "ما لم يتعلق الأمر بخلف في نفس التجارة"، فإن القضاء الفرنسي كان يعتبر المقصود بالخلف هو مشتري العناصر المادية والمعنوية للأصل التجاري أي الذي يخلف تاجرا في استغلاله وليس فقط في محلاته القديمة. إن البند بهذا الفهم كان حسب القضاء الفرنسي بندا واضحا بينا يجب إعماله من غير أي تأويل. ولكن قرار 11 يناير 1978 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية تراجع عن هذا الموقف؛ إذ وإن كان قد استمر في اعتبار البند ناجعا ومفيدا وبالتالي صحيحا إلا أنه، أعاد النظر في صراحته فاعتبره بندا مبهما لا يمكن إعماله إلا بعد التأويل: انظر في هذا الصدد:

- Bruno Boccaro : « le clair et l'obscur (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type » in J.C.p. –La semaine juridique, 4 octobre 1978 n° 40, ed, générale I –Doctrine n° 2910.

[4]- انظر فقرة 453قبله.

[5] - Jacques Audinet : « Reflextions sur la pratique Notariale », in J.C.P. La semaine juridique, Année 1957, I. – éd. Générale –Reproduction Hongo –Tokyo – 1980 n° 1361 par. 19.

- انظر في هذا الصدد أيضا: زوكيتا: المرجع السابق من ص 50 إلى 56.

انصراف إرادة الطرفين إليها[1]. وبعبارة أخرى فإن العمل القضائي الفرنسي لا يلغي بنود الصياغة إلا إذا ثبت لديه أنها غير مرادة في الحقيقة من قبل المتعاقدين. أما خارج هذه الحالة فإن بند الصياغة لا يهمل إلا إذا تبين تعارضه مع بند آخر في العقد مكتوب بخط اليد في التصرف نفسه[2] وتبين أن من له مصلحة في بند الصياغة لم يطالب به عند قيام الطرف الآخر بتنفيذ العقد[3].

456- وعلى الرغم من عدم تمكننا من العثور على ما من شأنه أن يبلور العمل القضائي على الوجه الأكمل[4]، فإن ما يتميز به العمل القضائي المغربي من التقيد بالسلوك التقليدي المحافظ من جهة واقتصاره في الغالب على إتباع موقف القضاء الفرنسي في ميدان العقود على الخصوص؛ يسمحان لنا باعتبار بنود الصياغة في ضوء ق.ل.ع.م. بنودا لا تختلف في طبيعتها عن بقية البنود الأخرى التي يتضمنها العقد وبالتالي فإن ما يطلق عليه بنود الصياغة لا يمكن أن يُهمل إلا إذا ثبت للقاضي أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إليه حقيقة. ولاشك أن إثبات هذا الأمر قد يكون صعبا عندما لا يوجد تعارض بين ما يمكن تكييفه على أنه من بنود الصياغة وبند آخر، أو عندما لا ينفذ العقد لمعرفة ما إذا كان بند الصياغة قد أنتج أثره بإرادة المنفذ أم لا.

457- وبالإضافة إلى ما سبق فإن بند الصياغة يمكن اعتباره ضربا من بنود الإذعان التي يفترض في الطرف المذعن أنه ارتضاها وأمضاها بمجرد التوقيع عليها وبالتالي أرادها[5]. ولقد مر بنا في معرض تناولنا موقف القضاء المغربي من العقود الصريحة عباراتها أن هذا العمل القضائي لا يخص عقد الإذعان بأي موقف متميز عن العقود العادية المصطلح عليها بعقود المساومة أو المناقشة الحرة[6]. ومع ذلك إذا كان هذا الموقف يبدو سليما بالنظر إلى مسايرته للعقلية التي وضع في

[1]- جان زوكيتا: المرجع السابق ص 56.

[2]- انظر في هذا الصدد ما مر بنا عند دراسة الفصل 464 من ق.ل.ع.م. في فقرة 431.

[3]- سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 100 ص 23. –ولقد جاء في نفس هذا الرقم والصفحة أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 3 ماي 1968 إلى أن: "كل بند في العقد سواء كان مألوفا (usuelle) أو من بنود الصياغة (de style) إلا وينتج أثره بصفة عادية".

[4]- من الأحكام التي عثرنا عليها: حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 27 يونيو 1927 يذهب إلى أنه: "مهما كانت بنود الصياغة في عقد البيع والتي لم تشر وفقا للفصل 571 من ظ.ل.ع. إلى أن البائع لا يتحمل بأي ضمان؛ فإن هذا البائع لا يستطيع التهرب من تحمل الضمان القائم بحكم القانون والمنصوص عليه في الفصل 549 من ق.ل.ع.م" :(حكم منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1927 رقم 280 ص 225).

[5]- يرى سيملر أنه إذا كان من المستحيل أن تحرم عقود الإذعان من قوتها الملزمة، فكذلك بنود الصياغة لا يمكن أن تحرم من إنتاج آثارها القانونية لمجرد وصفها ببنود الصياغة: مقاله المشار إليه في السابق رقم 99 ص 23.

[6]- انظر فقرة 269 وكذا القرارات المتعلقة بعقد التأمين في فقرة 270 قبله.

ضوئها ق.ل.ع.م. وكذا مبدأ وحدة العقد؛ فلا ينبغي أن يغيب عن البال أنه وإن تعذر إثبات عدم إرادة بنود الصياغة من قبل المتعاقدين إلا أن الذي لا مراء فيه أن بعض البنود في الصيغ العقدية المتداولة في المغرب لا يمكن أن ينظر إليها إلا بعين الريبة والشك خاصة إذا ما علمنا أن ميدان تحرير العقود في المغرب لا يبعث على الارتياح دائما سواء تعلق الأمر بالعقود التي يحررها العدول أو تلك التي يحررها الموثقون العصريون أو غيرهم من وكلاء الأعمال[1].

458- إذا ثبت كل ما سبق، قلنا إن البند المكيف على أنه من بنود الصياغة هو بند مفيد ويتمتع بنفس القوة التي تتمتع بها البنود الأخرى عندما لا يكون في هذا البند ما يخالف إرادة المتعاقدين أو النظام العام. ولذلك فإن الأولوية في الإعمال يمكن أن تعطاه بموجب الفصل 465 من ق.ل.ع.م. ولكن على أساس أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من نفس القانون.

ولولا ما تقتضيه بنود الصياغة من توضيح يكتمل به، في تقديرها، تلمس مظان المعاني المنتجة أو غير المنتجة؛ لما تعرضنا لها في هذا المقام لأنها في مجال انطباق الفصل 465 من ق.ل.ع.م. عليها قد تهمل على غرار غيرها من البنود لما فيها من العبث واللغو على النحو المار بنا وتصحح في نفس الوقت بالمعنى الذي يجعلها تنتج آثارها ما لم يثبت أن إرادة الطرفين قد انصرفت حقيقة إلى معناه اللامعقول وغير المفيد أو أنها مخالفة للنظام العام؛ إذ هنا يهمل المعنى المجدي والمنتج ويؤخذ بالمعنى غير المنتج والمفضي إلى إهمال التعبير أو البند أو العقد في مجموعه.

459- ومن هنا نخلص في ضبط حدود قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م. إلى أن إعطاء الأولوية للمعنى المنتج على المعنى غير المنتج وبغض النظر عن وصف (تكييف) بعض بنود العقد ببنود الصياغة مقيد -حسب نظرية سلطان الإرادة المهيمنة على ق.ل.ع.م.- بعدم مخالفة النظام العام من جهة وعدم انصراف إرادة المتعاقدين الحقيقية إلى المعنى غير المنتج. وبهذا المدلول فإن الفصل 465 يبقى مجرد وسيلة لخدمة الفصل 462 من ق.ل.ع.م.

[1]- انظر في هذا الصدد: محمد خيري: "مهنة تحرير العقود بين التنظيم والإطلاق" :مداخلة قدمت في ندوة المهن القانونية الحرة والتي نظمتها كلية الحقوق بالدار البيضاء يومي 23 و24 نوفمبر 1990 (منشورة بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية الصادرة عن نفس الكلية العدد 25، 1991 من ص. 67 إلى 93: انظر على الخصوص ص 79 و82 و92.

الفرع الرابع :
قاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م : تصريح التصرف أو العقد بعدم الوقوف عند ما يخصص بالذكر فيه

460- ينص الفصل 469 من ق.ل.ع.م. -حسب ترجمته المقترحة من قبلنا[1]- على أنه: "عندما يصرح في التصرف بحالة من الحالات التي ينطبق عليها الالتزام، فينبغي ألاَّ يُفهم أنه أريد تضييق مدى الالتزام في الحالة المصرح بها دون الحالات الأخرى غير المصرح بها والتي يشملها مداه بحكم القانون[2].

ونرى، من أجل الوقوف على ما من شأنه أن يساهم في ضبط مدلول قاعدة الفصل 469 أكثر أن نبدأ أولا بتأصيل هذا النص. ولذلك فإننا سنتناول هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصل 469 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 469 من ق.ل.ع.م.**

المبحث الأول :
تأصيل الفصل 469 من ق.ل.ع.م

461- لقد نقل الفصل 469 من ق.ل.ع.م. مبنى[3] ومعنى من الفصل 524 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[1]. وهذا النص التونسي اقتصر على النقل الأمين للفصل 609 من المشروع التمهيدي لسانتيانا[2].

[1]- أما الترجمة المتداولة للفصل 469 فتجري على وفق الصيغة التالية: "عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام، فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قصد تحديد مجاله بها دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر".

[2]- « Lorsque, dans un acte, on a exprimé un cas pour l'application de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

[3]- يلاحظ أن لفظة واحدة هي التي جاءت صيغتها مختلفة في النص المغربي عنها في النص التونسي. ويتعلق الأمر بكلمة "application" الواردة في النص المغربي في حين نجد مكانها لفظة "explication" في النص التونسي. والسبب الظاهر في هذا الاختلاف ربما يعود إلى الغلط في النقل من النص التونسي. ولكن قد يكون السبب أيضا هو إشعار واضعي النص المغربي اعتماد " application" كما وردت في شرح أوبري ورو للفصل 1164 مدني

وعلى الرغم من ذهاب سانتيبانا إلى أن الفصل 609 من مشروعه التمهيدي قد استمده من الفصل 1139 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865[3] وفقه فرانسوا لوران في رقم 513 من الجزء السادس عشر من مؤلفه "مبادئ القانون المدني الفرنسي"[4]؛ فإن هذا النص لم ينقله في الحقيقة حتى على مستوى الصياغة[5] إلا من الفصل 1164 من القانون المدني الفرنسي[6].

فرنسي (انظر مرجعهما المشار إليه في السابق ج.4 347 ص 571). ولكن في هذه الحالة كان على واضعي هذا النص أن ينتبهوا إلى أن الكلمة المعتمدة تتلاءم مع الاتفاق وليس مع الالتزام المنجر عنه. فهذا هو السياق الذي استعمل فيه أوبري ورو الكلمة السالفة. بل الأكثر من هذا فإن ما يخضع، سواء، للتأويل أو التفسير أو حتى التطبيق ليس هو الالتزام بل الاتفاق. وهذه الملاحظة نجدها مأخوذة بعين الاعتبار في الفصل 1139 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865.

[1]- تنص ترجمته الرسمية على أن: "التصريح بصورة من الصور التي ينطبق عليها الالتزام لا يعد نفيا لغيرها مما يتنزل عليه الالتزام قانونا ولو لم يقع به التصريح ." وهذه الترجمة من حيث دلالتها على دقةالمقصود أفضل، في تقديرنا، من الترجمة المتداولة للفصل 469 من ق.ل.ع.م.

[2]- ينص الفصل 609 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا على ما يلي:

« Lorsque, dans un acte, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là retreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

انظر المرجع المشار إليه لسانتيبانا ص 250.

[3]- تنص الترجمة الفرنسية للفصل 1139 مدني إيطالي لسنة 1865 على ما يلي:

« Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas, pour expliquer une convention, on n'est pas censé avoir exclu les cas non énoncés, auxquels ladite convention peut raisonnablement s'étendre ».

عن: هـ بروديم: المرجع السابق ص 273. –ولق نقل هذا النص إلى الفصل 1365 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942. وهذا النص الإيطالي يطابق كلا من الفصل 1387 من القانون المدني الهولندي لسنة 1837 والفصل 1565 من القانون المدني الشيلي لسنة 1855 والفصل 1104 من المشروع التمهيدي لفرانسوا لوران المعد سنة 1884.

[4]- الملاحظ أن فرانسوا لوران اقتصر، في هذا الصدد، على ترديد الفصل 1164 مدني فرنسي وأوضحه بمثال نقله عن بوتييه: انظر ط.3. لهذا المؤلف وهو مرجع سابق ص 589. ومن هذا المنطلق يمكن إيراد كل من تعرض بالشرح للفصل 1164 وبالأساس من اعتمد عليهم سانتيبانا في مشروعه التمهيدي كأوبري ورو: المرجع السابق فقرة 347 ص 570 و571، ودومولومب: المرجع السابق رقم 32 ص 33 وما بعدها. بل وأيضا حتى بعض آراء الفقه الإسلامي كابن نجيم الحنفي الذي جاء في أشباهه ونظائره (مرجع سابق ص 497) :"الشرب والطريق لا يدخلان إلا بذكر الحقوق [أي ما يسمى بالارتفاق] في البيع والإقرار والوصية والصلح ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف. والفرق أن المقصود من البيع ونحوه الملك وهو موجود وفي الإجارة ونحوها المنفعة ولا وجود لها مع عدم الطريق فانعدم المعقود عليه هنا".

[5]- إذا ما استثنينا كلمة "contrat" الواردة في الفصل 1164 مدني فرنسي فإنها عوضت بكلمة "acte" في نص سانتيبانا وبالتالي في كل من النص التونسي والمغربي.

[6]- ينص الفصل 1164 مدني فرنسي على ما يلي:

- « Lorsque, dans un acte, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

والواقع أن الفصل 1164 مدني فرنسي بدوره لم يردد إلا القاعدة العاشرة[1] من قواعد التأويل لبوتييه الذي أعاد فيها صياغة قاعدة قال بها بابينيانوس الروماني[2].

462- وهكذا يتضح أن الفصل 469 من ق.ل.ع.م. لا يجسد في الحقيقة إلا قاعدة بابينيانوس الروماني كما صاغها الفصل 1164 مدني فرنسي الذي احتفظ بصيغة بوتييه بعدما أعاد ترتيب بعض الألفاظ فيها.

ولاشك أن هذا المصدر –حتى لا نقول المصادر- هو الذي سيساعدنا على محاولة الضبط الحقيقي لقاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 469 من ق.ل.ع.م.

المبحث الثاني :
ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 469 من ق.ل.ع.م

463- إن تحديد المدلول الظاهر لقاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م. (المطلب الأول) قد يفقد إلى حد كبير أهميته إذا ما تمت محاولة ضبط المدلول الحقيقي، في تقديرنا، لقاعدة الفصل المذكور (المطلب الثاني).

---

[1]- تقضي القاعدة العاشرة من قواعد التأويل لبوتييه بما يلي:

« Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour le doute qu'il aurait pu y avoir, si l'engagement qui résulte du contrat s'étendait à ce cas, on n'est pas censé par là avoir voulu restreindre l'étendue que cet engagement a de droit à tous ceux qui ne sont pas exprimés »

عن دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 60 ص 129. –انظر في هذا الصدد أيضا: سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 18 ص 57. –سيان باكلو: المرجع السابق رقم 253 ص 238. –سيملر: مقاله السابق رقم 54 ص 15.

[2]- يقول بابينيانوس في قاعدته الواردة في الديجست (القانون 81 من القسم المتعلق بالقواعد القانونية للتأويل):

« Quae, dubitationis tollendae, causâ, contractibus inseruntur, jus çommune non laedunt » :

عن دومولومب: المرجع السابق رقم 32 ص 33. –ج.م. ديفور: المرجع السابق ج.2 ص 296. –ولقد ترجم فابروكيت هذه القاعدة كما يلي:

« Ce qu'on insère dans un contrat pour lever tout doute sur le sens des conventions ne préjudicie pas au droit commun »

فابروكيت: المرجع السابق ص 247.

المطلب الأول:
المدلول الظاهر لقاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م

464- إن الوقوف عند ظاهر الفصل 469 دون التمعن في ما تحتويه صيغته من مضمون يسمح بالقول، على غرار ما قيل في شأن الفصل 1164 مدني فرنسي، إن هذا النص "يجسد قاعدة حقيقية للتأويل[1] يمليها الحس السليم[2] وترمي إلى الأخذ بالمعنى الواسع لما تتصف به هذه القاعدة من التوسيع في التأويل[3] وبالتالي من النتيجة المترتبة بالأساس على اعتماد الاستدلال المنطقي بالتعميم أو الإضافة والتكملة[4] أو من "التوسيع الطبيعي للتعبير"[5].

465- والملاحظ أن الفصل 469 من ق.ل.ع.م. (أي الفصل 1164 مدني فرنسي) لا يحدد الكيفية التي ينبغي أن يتم بها التأويل (المنهج الواجب اعتماده في التأويل)، وإنما ينبه القاضي إلى ما ينبغي عليه تجنبه وتفاديه. ويتعلق الأمر في هذا الصدد بمفهوم المخالفة الذي من شأنه أن يشل إعمال ما يرتبه القانون المنظم لأحكام تصرف ما من آثار على هذا التصرف موضوع التأويل[6]. وبعبارة أخرى فإن النص المذكور يرفض الاستدلال بأسلوب مفهوم المخالفة المبني على سكوت صاحب أو أصحاب التصرف موضوع التأويل[7]. وبما أن هذا الأسلوب يفضي إلى التأويل الضيق لذلك ينبغي استبعاده إذ يرتكز على أن صاحب (أو أصحاب) التصرف قد أراد (أو أرادوا) حصر التصرف من حيث معناه على الحالة المذكورة فيه دون الحالات الأخرى المعتبرة بدورها آثارا لنفس التصرف في القانون المنظم له[8].

ومن خلال ما سبق يتبين أن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 469 من ق.ل.ع.م. تفترض أن صاحب التصرف لم يرد الخروج عن أحكام القانون المنظم

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص 168.
[2]- بان باكلو: المرجع السابق رقم 253 ص 238. -سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 56 ص 15.
[3]- بان باكلو: المرجع السابق رقم 251 ص 238. -مقاله السابق رقم 56 ص 15.
[4]- إن النظر إلى الفصل 469 على أنه نتيجة لاعتماد منهج التأويل الواسع من شأنه أن يجعل من هذا النص في المغرب الأساس الذي يرتكز عليه التأويل الواسع بأساليب الاستدلال المنطقي المعالج من قبل في القسم الأول من هذه الدراسة. ومع ذلك فلقد أشرنا عند معالجة النقطة المتعلقة بالتأويل الواسع بأساليب الاستدلال المنطقي إلى أن كوكييه يعتبر، في فرنسا، الفصلين 1135 و1160 مدني فرنسي الأساس الحقيقي لهذه الأساليب. وهذان الفصلان يطابقان في المغرب الفصلين 231 و263 من ق.ل.ع.م.
[5]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 18 ص 57.
[6]- كوكييه: المرجع السابق. ص. 169.
[7]- فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق ج. 16 رقم 513 ص 589.
[8]- كوكييه: المرجع السابق ص 170.

للتصرف ولذلك يجب تغليبها على مفهوم المخالفة[1] وبالتالي "تفادي الإسراف في إعمال" هذا المفهوم[2].

466- إذا ثبتت الملاحظة المارة بنا، أمكننا تحديد مدلول الفصل 469 بما مفاده أنه عندما يرمي المتعاقدون، أو بصفة عامة صاحب أو أصحاب التصرف، من وراء التصريح في هذا التصرف بفرضية من الفرضيات التي يجب أن يشملها الالتزام المنجر عنه إلى تفسير أوضح لنيتهم فليس معنى هذا أن المعنيين في التصرف قد أرادوا تضييق أثره لحصره في الفرضية المصرح بها فقط[3]. إن هذا المعنى سبق لبابينيانوس[4] أن عبر عنه في رأيه الذي نترجمه بأن"ما يصرح به العقد رفعا للشك في معنى ما ينجر عنه لا يحول دون إعمال كل ما يترتب عليه بحكم القانون". وهذا الرأي، خاصة ما يتصل فيه برفع الشك عن سبب تخصيص حالة بالذكر دون غيرها من الحالات التي يشملها الالتزام أو الحق بحكم القانون،هو الذي شرحه من جاء بعده وبالأساس بوتييه. وجاء الفقه فيما بعد مقتصرا، حتى فيما يتصل بضرب الأمثلة، على ما قال به بوتييه[5]. وحسبنا لبلورة مدلول الفصل 469 من ق.ل.ع.م. بما أوضح به الفقه الفرنسي مدلول الفصل 1164 مدني فرنسي أن نجليها بعبارة أخرى لخصها عبد الحكم فودة عندما قال -في شأن هذا الفصل الأخير- بأنه ينص "على أنه عندما يعبر في العقد عن حالة لتوضيح الالتزام، فلا يفترض أننا نريد بذلك عدم مد النطاق الذي يتلقاه الالتزام من القانون إلى الحالات التي لم يعبر عنها. وهذا منطقي فالمفروض أن لا تستبعد أحكام القانون من التطبيق على العقد إلا إذا عبر الطرفان عن ذلك صراحة. فإذا خص المتعاقدان حالة بالذكر

[1]- دومولومب: المرجع السابق رقم 32 ص 34. -دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 60 ص 129.
[2]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 80 ص 116.
[3]- أوبري ورو: المرجع السابق فقرة 347 ص 570 و571.
[4]- انظر فقرة 461 قبله.
[5]- وعلى سبيل المثال: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 60 ص 130. -دومولومب: المرجع السابق رقم 32 ص 33 وما بعدها. -لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق ج. 16 رقم 513 ص 589. – سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 18 ص 57. -بان باكلو: المرجع السابق رقم 253 ص 238. -سيملر: المقال السابق رقم 56 ص 15 وما بعدها. -عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 80 ص 117.- ومثال بوتييه كما ورد عند كوكييه (مرجعه السابق ص 169 وما بعدها). كالتالي: "في عقد الزواج الذي تبنى فيه الزوجان نظام الأموال المشتركة تم التصريح في بند منه بأن "الأثاث الذي يؤول إليهما عن طريق الميراث يدخل ضمن الأموال المشتركة". وتمسكا بأحد أساليب الاستدلال بمفهوم المخالفة المبلورة في المبدأين الرومانيين -ذكر الشيء ينفي الآخر (qui dicit de uno, negat de altero)، والتصريح بما هو داخل في شيء معناه طرح ما هو خارج عنه (inclusio unios, est alterius exclusio). -؛ يستطيع أحد الزوجين أو وارثه الادعاء بأن الأشياء الأخرى التي تدخل ضمن الأموال المشتركة بحكم القانون العادي يجب استبعادها نظرا لكون الزوجين المستقبلين قد قصدا حصر الأموال المشتركة في الأموال الموروثة دون غيرها من الأموال المحصل عليها عن طريق التبرع مثلا.... ولكن هذا الاستدلال خاطئ لأنه من المحتمل أن يكون الطرفان قد خصصا الأثاث المنجر عن الإرث بالذكر لجهلهما بأحكام نظام الأموال المشتركة، أو فقط لإيرادها على سبيل المثال، أو أخيرا لأن الطرفين يوليان هذا الأثاث أهمية خاصة".

على سبيل شرح الالتزام الذي نظم القانون نطاقه وكان هذا التخصيص منهما إما لحسم أي شك يمكن أن يثور حول دخولها في نطاق الالتزام أو لأهميتها الخاصة في نظرهما أو على سبيل المثال فقط، أو حتى بسبب جهلهما بأحكام القانون ونطاق الالتزام في هذا الصدد فإن هذا لا يعني إعمال المخالفة.... والقول بأنهما أرادا من ذلك استبعاد ما عداها من حالات لم يعلن عنها في العقد والتي يشملها الالتزام بالطبع، إذ أنهما لو سكتا أصلا عن ذكر هذه الحالة لسرى الالتزام بنطاقه المعروف قانونا فلا يعقل بإيضاحهما له أن يفهم من ذلك قصر نطاقه على ما ذكر وأن هذا الإيراد منهما جاء على سبيل الحصر لا على سبيل المثال"[1].

ومن الأمثلة التي يمكن ضربها على ما نحن بصدده أنه إذا باع شخص أرضا زراعية وكان من توابعها مواشي خصت بالذكر صراحة في عقد البيع فليس هذا معناه أن حالة انطباق الالتزام تنحصر في المواشي المخصصة وحدها بالذكر؛ إذ أن التزام البائع يمتد إلى ما يوجد في الأرض الزراعية من مباني وأشجار كما يمتد إلى ما يوجد في هذه الأرض من الزرع الذي لما ينبت والثمار التي لما تنعقد كما يقضي بذلك الفصل 517 من ق.ل.ع.م.[2]. ولعل هذا المثال من شأنه أن يدفع إلى القول إن الفصل 469 من ق.ل.ع.م. ينحصر تطبيقه في التصرفات أو العقود المسماة[3] - بالقانون سواء تمثل في ق.ل.ع.م. أو في قانون آخر- دون غيرها من التصرفات أو العقود غير المسماة, وعلى الأكثر –ومن باب الفهم المرن للنص- فإن الفصل 469 من ق.ل.ع.م. يمكن أن ينطبق أيضا على التصرف أو العقد غير المسمى عندما يرى القاضي تطبيق أحكام القانون المنظم للتصرف أو العقد المسمى على النزاع المثار في شأن التصرف أو العقد غير المسمى. ويجد حصر تطبيق الفصل 469 في التصرفات أو العقود المسماة سنده في ظاهر نصه وصيغته التي جاء في آخرها ".... والتي يشملها مداه [أي مدى الالتزام] بحكم القانون" (l'étendue que l'engagement reçoit de droit). فهل يمكن لهذا الظاهر –نظرا لما أوردناه في تحديده وتوضيحه- أن يسايره ما سنحاول ضبطه من المدلول الحقيقي، في تقديرنا، لقاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م؟.

[1]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 80 ص. 116.

[2]- الواقع أن كل النصوص المتعلقة في الكتاب الثاني من ق.ل.ع.م. بتكملة المسكوت عنه كليا أو جزئيا في الالتزامات والحقوق المنجرة بحكم هذا القانون عن العقود المسماة فيه تصلح أمثلة في هذا الصدد. ومن الأمثلة أيضا ما نص عليه الفصل 159 من قانون 2 يونيو 1915 المتعلق بتحديد القانون المطبق على العقارات المحفظة من: "أن الرهن الرسمي المكتسب يمتد إلى التحسينات المحدثة بالملك المرتهن".وهذا النص نقل ,بعد إعادة صياغته , إلى المادة167 من مدونة الحقوق العينية المغربية.

[3]- بان باكلو: المرجع السابق رقم 253 ص 238.

المطلب الثاني :
محاولة ضبط المدلول الحقيقي، في تقديرنا، لقاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م

467- إن تأمل الفصل 469 من ق.ل.ع.م. قد يسمح، في اعتقادنا، بالذهاب إلى أن نصه وإن جاء مجسدا لقاعدة حقيقية للتأويل[1]؛ إلا أن هذا التأويل لا يمكن أن يتمثل في التأويل الواسع ما لم ينحصر المقصود بهذا الاصطلاح الأخير في الاقتصار على تمديد معنى اللفظ في اللغة إلى معنى آخر في نفس اللغة العادية أو القانونية[2]. ومع ذلك فإن البعض يرى أن التأويل الواسع لا يتحقق عندما تستفاد الفرضية المرغوب في إخضاعها للنص القانوني أو العقدي من المعنى المباشر للنص، أو عندما يقتضيها معناه غير المباشر المستفاد من إرادة صاحب النص أو من ظروف النص. إن التأويل الواسع يتحقق عندما يتم الوصول إلى المعنى المناسب للنص عن طريق استخدام مفهوم التماثل أي القياس[3]. ونعتقد أن مفهوم التماثل (القياس)[4] لا يمكن أن تتصف نتيجته بالجدة والاجتهاد إلا إذا تمثلت هذه النتيجة في تغليب المعنى الذي يخدم مصلحة المجتمع أي ما أسميناه بالمعنى الاجتماعي المناسب[5] بالمقارنة مع المصلحة الفردية أو ما يسمى بالمعنى الحقيقي أو المجازي في حدود اللغة[6]. وبما أن واقع الممارسة القضائية بالمغرب يجعل تبني المعنى الاجتماعي المناسب بعيد المنال، فحسبنا أن نسلم مؤقتا بكون الفصل 469 يكرس التأويل الواسع. غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بمعرفة ما إذا كان الفصل 469 يتبنى التأويل الواسع وبالتالي استبعاد مفهوم المخالفة بصفة مطلقة، أم أن هذا التأويل الواسع لا يجسده الفصل 469 إلا في حالات معينة ؟ إن الجواب عن هذا السؤال يمكن تلمسه من خلال التمييز في ضبط مدلوله الحقيقي ، في تقدرنا ،

[1]- إن التأويل الذي نقصده هنا ليس هو ما نسميه بالتأويل المكشوف والمعلن فقط (أي ذلك الناجم عن إعمال منطوق الفصل 2/462 وغيره من الأساليب المكرسة في الفصلين 464 و465) وإنما أيضا ما نسميه بالتأويل المستتر والمقنع أي الفهم (أي ذلك المنجر، بالنسبة إلينا، عن إعمال منطوق الفصل 461 ومفهوم مخالفة الفقل 2/462 وما يلازمهما في تحديد المقصود بالفهم في الفصول 466 و467 و468 ومن 470 إلى 472 من ق.ل.ع.م).

[2]- الواقع أن الفهم السائد لهذا الاصطلاح يسير في هذا الاتجاه: انظر ما مر بنا عند دراسة التأويل الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي فقرة 137 وبالأساس فقرة 139.

[3]- انظر في هذا الصدد:

Philippe Godding : « L'interprétation de la loi dans le droit savant médiéval et dans le droit des pays bas méridionaux » in Interprétation (L') en Droit, Approche pluridisciplinaire –Bruxelles, 1978 p.450 note 22.

[4]- انظر في مفهوم التماثل (القياس) أو مفهوم الموافقة: فقرة 94 قبله.

[5]- انظر في هذا المعنى الاجتماعي المناسب: الفقرات 43 ومن 58 إلى 63 قبله.

[6]- انظر في هذا الصدد: الفقرات 90 و96 وما يليها قبله.

بين فرضيتين هما : فرضية النطق (ذكر) بسبب تخصيص التصريح لأقل مما يشمله الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف بحكم القانون المنظم له ، وفرضية السكوت عن النطق بسبب تخصيص التصريح لأقل مما يشتمله الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف بحكم القانون المنظم له :

* فرضية النطق (ذكر) بسبب تخصيص التصريح لأقل مما يشمله الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف بحكم القانون المنظم له:

468- إن تخصيص التصريح لأقل مما يشمله الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف بحكم القانون المنظم له قد يتلمس سببه في منطوق التصرف نفسه. وهذا السبب قد يتمثل في رفع الشك عما إذا كانت الحالة المصرح بها ستدخل ضمن الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف بالتأكيد على اشتماله عليها أو في ورود الحالة المصرح بها على سبيل المثال ليس إلا أو في أي اعتبار آخر يفهم من التصريح به أن التصرف لا يقتصر في إنتاج آثاره على هذه الحالة فقط.

وعليه إذا ثبت المقصود بهذه الفرضية قلنا إن التصرف فيها يكون صريحا في عدم استبعاد ما يمكن إضافته من الآثار الأخرى المنجرة عن التصرف بحكم القانون المنظم له. ولذلك فإن القاضي لا يملك إلا أن يفهم التصرف على وفق معناه الاصطلاحي المحدد له في القانون المنظم له. أما إذا اقتصر على جعل التصرف لا ينتج إلا الأثر المصرح به دون الآثار الأخرى المترتبة عليه قانونا ، فإنه سيكون قد ضيق من المعنى الحرفي النحوي للتصرف عن طريق تأويل ما لا يقبل التأويل لصراحته وبالتالي فإنه سيكون قد حرف التصرف الصريح؛الأمر الذي سيجعل حكمه أو قراره معرضا ، لا محالة ، للنقض .

469- وهكذا يتبين أن تطبيق الفصل 469 على هذه الحالة لا يجعل منه إلا مجرد نص يكرر ويردد ما هو منصوص عليه في الفصل 461، كما يلزم فهم التصرف الصريح فيه بموجب الفصل 466 من ق.ل.ع.م.[1] . ومن هنا نخلص إلى أن الفصل 469 يشكل ، في هذه الفرضية ، مجرد ترديد لقاعدة الفهم أو ما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع وبالتالي لا نستطيع أن نجعله قاعدة تأويل بمفهوم التأويل المكشوف والمعلن وبالأحرى أن يكون هذا التأويل من قبيل التأويل الواسع الذي يحول دون إعمال مفهوم المخالفة.

[1]- أنظر في دراسة الفصل 466 : فقرة 477 وما يليها بعده.

* فرضية السكوت عن النطق بسبب تخصيص التصريح لأقل مما يشمله الالتزام أوالحق المنجر عن التصرف بحكم القانون المنظم له :

470- إن الفصول 461 و 466 (بل) و (حتى) 467 و 468 من ق.ل.ع.م[1] تلزم ، في هذه الفرضية ، بفهم التصريح في التصرف بأقل مما يشمله الالتزام أو الحق المنجر عنه بحكم القانون المنظم له ؛ على وفق المعنى المستفادة من التصريح بنفسه، ما لم يحتمل أثناء القيام بعملية الفهم أكثر من معنى أو يظهر تعارضه مع تصريح آخر في نفس التصرف . وبعبارة أخرى فإن النصوص المذكورة قبله تفرض على القاضي فهم التصريح على وفق معناه الحرفي النحوي في اللغة العادية و/ أو القانونية . وإذا ما تمسك المستفيد من التصرف ، في هذا التصريح ، بالسبب الكامن وراءه ؛ كان عليه أن يثبت واقعته. ويمكن في هذه الحالة أن يستفاد السبب المسكوت عنه من الظروف السابقة أو المصاحبة أو اللاحقة للتصرف. وهنا فإن ما ينطبق على الفرضية التي نحن بصددها في الحقيقة هو الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. ويكون الفصل 469 عند تطبيقه عليها ضربا من التكرار أو التأكيد للفصل 2/462 المذكور.ولعل هذا الاعتبار هو الذي أدى بكثير من الفقهاء، في فرنسا، إلى جعل الفصل 1164 مدني فرنسي مجرد نص يكرر الفصل 1156 من نفس القانون طالما أنه يهدف إلى إعمال المعيار الذاتي المتمثل في البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[2]، أو جعله فرضية خاصة من الفرضيات التي يعالجها الفصل 1156[3] أو امتدادا ملازما لهذا النص الأخير[4]. وهذه الحقيقة التي يتصف بها الفصل 1164 مدني فرنسي هي التي تفسر قلة الاهتمام به في الفقه[5] والقضاء[1] على الأقل حسب البعض[2].

[1]- نقول (حتى) 467 و 468 انطلاقا من النظر - على الأقل – إلى الالتزام على أنه تنازل إرادي أو اتفاقي عن الحق الذي كان يتمتع به صاحب التصرف قبل إقدامه على جعل هذا التصرف ملزما له : أنظر في دراسة هذين الفصلين : فقرة 495 وما يليها بعده.

[2]- بين باكلو: المرجع السابق رقم 251 ص 238. -سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 53 ص15.

[3]- سانتا ماريا: المرجع السابق ص 57. -ولهذا الاعتبار يذهب سانتا ماريا إلى أنه كان من المستحسن ألا يقتصر المشرع الفرنسي على النقل عن بوتييه ويتمكن بالتالي من صياغة قاعدة واحدة أكثر عمومية ودقة في نفس الوقت من شأنها أن تسمح للقاضي صراحة بتقدير العناصر الخارجية للتعبير اي ظروفه السابقة أو المصاحبة أو اللاحقة عندما لا يكون هذا التعبير كافيا لبلورة المعنى المراد حقيقة من الاتفاق: المرجع السابق رقم 18 ص 58.

[4]- جاك بوري: "منوي: المراقبة من طرف محكمة النقض لتحريف التصرفات": مقال مشار إليه في السابق رقم 117 ص 304.

[5]- الواقع أن تصفح المؤلفات الفقهية الفرنسية الصادرة حتى في القرن 19 يشهد على ان الاهتمام الذي يوليه الفقه للفصل 1164 مدني فرنسي لا يختلف عن الاهتمام الذي يوليه لأكثر الفصول المتعلقة بالتأويل في القانون المدني وحسبنا الرجوع إلى ما استشهدنا به في السابق من مراجع.

471- وبغض النظر عما إذا كان الفصل 469 من ق.ل.ع.م. يعيد صياغة الفصل 2/462 من نفس القانون أم لا –وتقديرنا أنه يعيدها-؛ فإن الذي لا مراء فيه أنه نص يتعلق بما إذا كان التصريح بأثر أو جزء من الآثار المنجرة عن التصرف بحكم القانون المنظم له، تصريحا مفسرا لكل الآثار من خلال بعضها أو تصريحا مخصصا لعموم الآثار المنجرة بحكم القانون أو مقيدا لمطلق هذه الآثار. غير أن ما ينبغي التنبيه إليه أنه من الصعب جدا[3] إن لم يكن من المستحيل[4] التمييز بين ما هو من قبيل المفسر أو من قبيل المخصص أو من قبيل المقيد قبل الوقوف على دليل هذا التفسير أو التخصيص أو التقييد أو الوقوف على ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو إرادة صاحب التصرف. وفي هذا الصدد يذهب لارومبير (Larombière) إلى أن تحليل التصرف نفسه وجميع الظروف التي سبقته وصاحبته أو أعقبته هو الذي ينبغي أن نبحث فيه عما إذا كانت إرادة صاحب أو أصحاب التصرف قد انصرفت إلى إعطاء التصريح موضوع التأويل معنى التفسير بالمثال أو معنى تخصيص العام أو معنى تقييد المطلق[5].

472- وهكذا فإن القاضي، وهو يطبق الفصل 469 من ق.ل.ع.م. في ضوء ما يقدم بين يديه من إثبات لظروف التصريح في التصرف، قد يقتنع بأن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف إنما محضته لمعنى التخصيص أو التقييد وليس لمعنى التفسير بالمثال. فهل يمكن أن نفهم في هذه الحالة أن الفصل 469 يجسد قاعدة للتأويل الضيق الذي يكرس تبني المعنى المنجر عن مفهوم المخالفة –حتى- للأحكام الاستثنائية في القانون المنظم للتصرف في آثاره؟[6]. إن القاضي في هذه الحالة لا

[1]- إن تطبيق الفصل 1164 في فرنسا أو الفصل 469 في المغرب يكاد يكون منعدما، بل هو منعدم فعلا، في مختلف من أحكام أو قرارات المحاكم أو المجلس الأعلى على الأقل في أهم المجلات المتخصصة في نشر هذه القرارات وأعني بالأساس مجلة قضاء المجلس الأعلى ومجلة القضاء والقانون.

[2]- انظر سيملر: مقاله السابق رقم 53 ص 15.

[3]- كما يقول كوكييه في مرجعه السابق ص. 170.

[4]- كما يرى فابروكيت في مرجعه السابق: الهامش رقم 4 في ص. 423.

[5]- عن كوكييه: المرجع السابق ص 170.

[6]- يقول فابروكيت: "إن مفهوم المخالفة لا ينبغي العمل به إلا إذا تعلق الأمر بنص استثنائي وذلك من أجل العودة إلى المبادئ العامة المشكلة لما يسمى بالقانون العادي (Droit commun) "(المرجع السابق ص 376). "وعندما تكون فرضيتان متعاكستان عكس طرد ولا ينظم النص الاستثنائي في منطوقة إلا فرضية واحدة منها ليخصها بحكم معين فإنه من البديهي أن يفهم من النص تنظيمه للفرضية الثانية بصفة مخالفة. وفي هذا الصدد يتوصل إلى المعنى المحدد للمنطوق عن طريق إعمال ثلاثة مبادئ هي: ذكر الشيء ينفي الآخر أو من ينفي الشيء يذكر الآخر (uno, negat de altero ; qui de uno negat, de altero dicit qui dicit de) وإدخال أفراد في الشيء يُخرج الأخرى عنه (inclusione unius, fit exclusio alterius)، والاستثناء يؤكد القاعدة (l'exception confirme la règle). "المرجع السابق: الهامش رقم 1 في ص 376. –انظر رواية بوتييه للمبدأين الأولين في فقرة 466 قبله

يكرس إلا المعنى المتبادر إلى الذهن للتصريح نفسه وبنفسه: إنه لا يحترم إلا معناه الحرفي النحوي الذي كان في مقدوره أن يقتصر عليه بالجزم منذ الوهلة الأولى بأنه صريح على وفق الفصلين 461 و466 من ق.ل.ع.م. وهكذا فإن التأويل من خلال البحث عن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف لا يرمي إلا إلى تأكيد الفهم المانع، في حد ذاته متى تمخض عن المعنى الصريح، من كل تأويل. ولا شك أن تطبيق الفصل 469 للوصول إلى هذا المعنى سيكون ضربا من اللغو مادام أن الفصل 461 يوفر على القاضي عناء البحث والتقصي.

473- وبالمقابل فإن القاضي وهو يطبق مقتضيات الفصل 469، في ضوء ما يثبت لديه من ظروف التصريح في التصرف، قد يقتنع بأن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف محضته لمعنى التفسير بالمثال وليس لمعنى التخصيص أو التقييد. فهل يمكن أن نفهم في هذه الحالة أن الفصل 469 يجسم قاعدة للتأويل الواسع والمانع من إعمال مفهوم المخالفة في تحديد أحكام القانون المنظم للتصرف في آثاره؟

صحيح أن المقارنة؛ بين المعنى الحرفي النحوي للتصريح موضوع التأويل وبين المعنى الذي يرتبه القانون عليه، تجعل هذا المعنى الأخير واسعا. ولكن ألا يعد هذا المعنى القانوني بدوره، كمعنى اصطلاحي، معنى حرفيا نحويا في لغة القانون؟ إذا كان الأمر كذلك، فإن التوسيع في المعنى كان سيتم لو تم تجاوز المعنى الاصطلاحي[1]. أما الوقوف عنده فلا يمكن اعتباره توسيعا وبالتالي لا يمكن وصف التأويل المتمخض عنه بالتأويل الواسع. إن المعنى الاصطلاحي يلتزم القاضي بالوقوف عنده حتى بموجب الفصل 466 من ق.ل.ع.م. وإذا ألححنا، إلى جانب هذا، على كون الفصل 469 لا يعد إلا مجرد إعادة صياغة للفصل 466 من ق.ل.ع.م.؛ أمكن الوصول إلى الخلاصة التي مفادها أن هذا النص ليست له أية أهمية في الفرضية التي نحن بصدد دراستها وبالأحرى في الفرضية الأولى المارة بنا.

474- غير أن الفصل 469 يمكن أن يحظى بالأهمية إذا ما طبقه القضاء على أساس أن المقصود به هو أنه كلما ورد في التصرف تصريح يتمثل معناه المستفاد منه بنفسه في تعلقه بجزء من الالتزامات أو الحقوق المنجرة عن التصرف؛ إلا وغض الطرف عن هذا المعنى الحرفي للتصريح ليجعل التصرف ينتج كامل آثاره المحددة في القانون المنظم له من غير حاجة إلى تأكد أو بيان لما إذا كانت إرادة

[1]- كما لو جعل القاضي التصريح ينتج آثارا أخرى إلى جانب كل الآثار المترتبة على التصرف بموجب القانون المنظم له

صاحب أو أصحاب التصرف قد انصرفت إلى جعل التصريح يتمحض لمعنى التفسير بالمثال أو لمعنى تخصيص العام أو لمعنى تقييد المطلق.

إن هذا الفهم يصطدم بالمبدأ القاضي بكون التصرفات لا تنبني على الاحتمال[1]، وكذا بالمبدأ القاضي بأن ذكر بعض ما يتجزأ ينحصر معناه فيه لأنه لا يعني كذكره كله[2]. ومع ذلك قد يُردُّ هذا التحفظ بكون الفهم المار بنا يرمي بالدرجة الأولى إلى إعطاء الأولوية لتطبيق القانون على تطبيق بنود التصرفات, كما يرمي إلى تكريس المعنى الاصطلاحي الذي لا يخرج في آخر المطاف عن المعنى الحرفي النحوي. لكن في هذا الصدد يجب التأكيد، في ضوء العقلية المهيمنة على قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م.، على أن المعنى الحرفي النحوي يعني أخذ هذا المعنى بالكامل من غير نقصان أو زيادة. فإذا كان اللفظ الدال عليه عاما أو مطلقا وجب إعمال هذا اللفظ على وفق معناه العام أو المطلق لأن القاعدة حسب العقلية المشار إليها "أن المطلق يجري على إطلاقه"[3] ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة[4]. وإذا كان المعنى المطلق بالنسبة للمصطلحات القانونية كالبيع أو الكراء أو غيره هو المعنى الاصطلاحي المستفاد مما يرتبه القانون المنظم لهذا التصرف من آثار عليه؛ فإن دليل تقييده أو تخصيصه بالنص يتمثل في التصريح بوجه من هذه الآثار دون مطلق أو عامة الآثار المحددة قانونا. ودليل تقييده دلالة هو الإرادة المستخلصة من ظروف التعاقد. والمبدأ أنه عند تعارض الصريح بالنص مع المفهوم دلالة يجب

[1]- "إن الاحتمال مانع من القضاء إجماعا حتى يبين...." (قرار عدد 193 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 يناير 1958، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 18 ص 726). -و"العقود لا تنبني على الاحتمال، فالتفويت لا يثبت إلا بالإقرار به أو الإشهاد عليه ولا يمكن أن يستخلص من مجرد السكوت" (قرار رقم 266 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 ماي 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 54 وما بعدها). -وكذلك فإن "من ادعى بخلاف ما في الرسم فقوله غير مقبول وحجته داحضة إلى أن يقوم البيان عليها" (قرار عدد 371 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1959، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 21 ص 826).

[2]- من خلال الترتيب المتبع عند سانتيانا في مشروعه التمهيدي، نلاحظ أن الفصل 610 من المشروع التمهيدي أو الفصل 525 تونسي يتعلق "بذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله" وهذا يسمح لنا بالقول إن الفصل 609 من نفس المشروع أو الفصل 524 تونسي أي الفصل 469 مغربي يتصل "بذكر بعض ما يتجزأ ليس كذكره كله". والجدير بالإشارة أنه عندما يتعلق الأمر "بذكر بعض ما لا يتجزأ" (انظر في هذا المبدأ أيضا القاعدة الثامنة عشرة لابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر: مرجع سابق ص 189 وهي القاعدة المتبناة في المادة 63 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية)؛ فإنه يمكن إعمال الفهم الوارد في المتن من غير حاجة إلى الاستعانة بإرادة صاحب أو أصحاب التصرف للوقوف على معنى التصريح. ولكن تطبيق هذا الفهم هنا يقتضي تبريره بكون الالتزام أو الحق لا يقبل الانقسام.

[3]- انظر ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق ص 504.

[4]- هذه القاعدة تنص عليها المادة 64 من المجلة العثمانية. والقضاء المغربي يعتمدها نظرا لكون حكم المطلق في تقييده يخضع لحكم تخصيص العام (انظر في هذا الصدد الفقرة 173 قبله). ولقد جاء في القرار عدد 484 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 مارس 1962 أنه: "من القواعد الأصولية أنه إذا ورد في النص لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ولا يخصص عام إلا بدليل" (قرار منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 54 ص 184 وما بعدها). كما جاء في القرار عدد 597 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13-6-1986 أن: "المشهور في العام إذا أورد على سبب خاص يخص ولا يعم كما هو مقرر لدى الأصوليين". (قرار منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط عدد 4 أبريل 1987. ص 131 وما بعدها).

تغليب الصريح بالنص على المفهوم دلالة إذ "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"[1]. وقد يقال إن أحكام القانون تعد بدورها نصا لا دلالة. هنا لا نجادل في الأمر، ولكن يجب التمييز في هذا النص القانوني بين ما هو مؤول وما هو آمر. فالنص القانوني الآمر هو الذي يجب تغليبه على النص الاتفاقي أو الإرادي[2]. أما النص القانوني المؤول فإنه لا يعمل به إلا عند السكوت المطلق لا السكوت الجزئي. وعند مقابلة النص القانوني المؤول والمطلق أو العام بالنص الاتفاقي أو الإرادي المقيد أو المخصص، فإن الغلبة تكون للنص الاتفاقي الإرادي المقيد أو المخصص لأن هذا النص يعتبر في حد ذاته دليلا على تقييد المطلق في القانون أو تخصيص العام فيه.

475- بعد كل هذا نخلص إلى أن الفهم المار بنا للفصل 469 والذي من شأنه أن ينعشه لا يخرج بدوره عن تلك القرينة التي تندرج ضمن ما ينبغي أن يفهم به القاضي معاني الألفاظ للقول بصراحتها من خلال جعل التصريح ينطبق عليه المعنى الاصطلاح في القانون. وهنا فإن هذه القرينة تجعل القاعدة المسطرة في الفصل 469 قاعدة للفهم أي لما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع الذي يلجأ إليه القاضي لإعمال الفصل 461 من ق.ل.ع.م.

ومع ذلك فعلى الرغم من هذه الأهمية التي تجعل منه مرجعا مسبقا في تصريح ما لا يجب اللجوء فيه إلى التأويل المكشوف والمعلن؛ فإننا لسنا متأكدين مما إذا كان القضاء المغربي سيقبل الأخذ به على غرار عدم تأكدنا مما إذا كان هذا القضاء سيقبل الاقتراح الذي ننوي تقديمه في شأن الفصل 470 من ق.ل.ع.م.[3] والمتضمن لقاعدة من قواعد التأويل المستتر والمقنع (قواعد الفهم). وهذه القواعد هي التي نرى الانتقال إلى دراستها في الفصل الموالي.

[1]- هذا المبدأ كرسته المجلة العثمانية كقاعدة في المادة 13 منها.

[2]- قد نجد سندنا في هذا الصدد حتى في المثال الذي ضربه بوتييه (انظر قبله فقرة 466) والمتعلق بالزواج على وفق نظام الأموال المشتركة. فالنصوص المنظمة للزواج هي نصوص آمرة لا يمكن مخالفتها. ولإعمالها يكفي الاتفاق على الخضوع لهذا النظام بالنسبة للقانون المدني الفرنسي.

[3]- انظر فقرة 544 بعده.

الفصل الثاني :
قواعد التأويل المستتر والمقنع أو قواعد الفهم

476- إن القواعد التي ننوي دراستها في هذا الصدد هي تلك المنصوص عليها في الفصول من 466 إلى 468 ومن 470 إلى 472 من ق.ل.ع.م. وعلى الرغم من وصف قواعد هذه النصوص فيها بقواعد التأويل، فإنها لا تخرج في الحقيقة – وكما سنرى ذلك في حينه بالنسبة لكل قاعدة- عن قواعد الفهم ولذلك أسميناها أيضا بقواعد التأويل المستتر والمقنع. ونظرا لما يوجد من جامع بين الفصلين 467 و468 من جهة، وبين الفصول من 470 إلى 472 من جهة أخرى؛ فإننا نرى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع كالتالي:

- **الفرع الأول: قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م.**
- **الفرع الثاني: قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.**
- **الفرع الثالث: قواعد الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م.**

الفرع الأول :
قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م.: فهم التصرف أو العقد، من حيث المبدأ، على وفق معناه الحقيقي بالاستعمال أو بالوضع في اللغة القانونية أو العادية

477- ينص الفصل 466 من ق.ل.ع.م. –حسب ما نقترحه من ترجمته- على أنه: "يجب حمل الألفاظ المستخدمة على معناها الحقيقي وعلى دلالتها المألوفة في مكان حصول التصرف ما لم يثبت أنه أريد استخدامها على وفق دلالة خاصة. وإذا كانت للفظ دلالة اصطلاحية افترض أنه محمول عليها"[1].

[1] - « Les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière.
Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est en censé l'avoir employé ».
وتجري الترجمة المتداولة لهذا النص كما يلي: "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص. وإذا كان للفظ معنى اصطلاحي افترض أنه استعمل فيه."

إن النظرة الأولى إلى هذا النص قد تحمل صاحبها على جعله مجرد تطبيق للفصل 463 من ق.ل.ع.م. وخاصة ما يتصل في هذا الأخير بالعادة[1]. وهذا الأمر قد يتجلى حتى من خلال الأصول (المصادر) التي صيغ على هديها والتي سنقدم لمحة عنها قبل تناول مدلول قاعدته. غير أن تأمله يدفعنا إلى التساؤل عن الدور المنوط به ضمن قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م.

وعليه، فإننا سندرس هذا الفرع ضمن ثلاثة مباحث كالتالي:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصل 466 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثالث: دور قاعدة الفصل 466 ضمن قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م.**

المبحث الأول :
تأصيل الفصل 466 من ق.ل.ع.م

478- إن الفصل 466 من ق.ل.ع.م. مأخوذ بالمبنى والمعنى من الفصل 519 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[2]. ولقد اقتصر النص التونسي بدوره على تبني الفصل 604 من المشروع التمهيدي لسانتيانا[3].

وحسب سانتيانا، فإن الفصل 604 من مشروعه التمهيدي قد استمده من جهة من القانون الأوروبي وبالدرجة الأولى من جملة من النصوص المسطرة في القانون الروماني منها القانون 34 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست (D-50, 17, 34)[4] وكذا من الفصل 1159 من القانون المدني الفرنسي[5]، كما استمده من جهة أخرى من الفقه الإسلامي المالكي والحنفي وبالأساس من الجزء الثاني من

[1]- انظر الفقرات 558 و573 وما يليها بعده.
[2]- ينص هذا الفصل، حسب ترجمته الرسمية، على أنه، "تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتاد بمحل تحرير الكتب إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص. وإذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح بمعنى خاص حملت عليه".
[3] - Les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière. Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est en censé l'avoir employé ».
[4]- انظر نص هذا القانون في فقرة 557 بعده.
[5]- انظر نص هذا الفصل في فقرة 555 بعده.

تبصرة ابن فرحون المالكي[1]، ومن مؤلف الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي[2]، وكذا من المادة 40 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية إذ تنص على أن "الحقيقة تترك بدلالة العادة"[3]. والملاحظ من خلال هذه المصادر أن التأكيد قد تم فيها على ضرورة مراعاة المعنى الذي تقضي به العادة، إن وجدت، سواء كانت هذه العادة لغوية أو قانونية. فما هو المدلول الذي يمكن أن تنضبط به قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م.؟.

المبحث الثاني :
ضبط مدلول قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م

479- إذا ما سلمنا بكون الفصل 466 من ق.ل.ع.م. يتضمن قاعدة تأويل لمجرد وجوده ضمن الباب المتعلق بقواعد التأويل في ق.ل.ع.م.، أمكن الذهاب إلى أن هذا الفصل يتمثل مدلوله في كونه جاء ليعطي الحل لفرضيتين من فرضيات التعارض هما: فرضية التعارض في اللفظ بين معناه اللغوي الحقيقي وبين معانيه

[1]- جاء في الجزء الثاني من تبصرة ابن فرحون –وهي مرجع سابق" ....قال القرافي في القواعد والفروق قاعدة كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه...." (ص 67) ".... لا تحمل على المنقول في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجبه على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين وعلى هذه القاعدة يتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات. فقد تصير الصرائح كنايات تفتقر إلى النية وقد تصير الكنايات صرائح مستغنية عن النية" (ص. 68) (إن هذه الفكرة نقلها ابن فرحون بالمعنى والمبنى عن القرافي في فروقه: انظر: أنوار البروق في أنواء الفروق لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، ج.1. عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ الطبع ص 176 و177. ولهذا الاعتبار فإننا عند تحليل الفصل 466 من ق.ل.ع.م. من حيث مدلوله لن نركز بالدرجة الأولى إلا على القرافي). ولقد تكررت هذه الفكرة في ص 71 من نفس المرجع لابن فرحون. وجاء في ص 69 من هذا المرجع الأخير: "ينبغي أن تعلم أن معنى العادة في اللفظ أن يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه فهذا هو معنى العادة في اللفظ وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجح في الأغلب وهو معنى قول الفقهاء العرف يقدم على اللغة عند التعارض".

[2]- جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي –وهو مرجع سابق- :"اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة...." (ص 101. وانظر أيضا فقرة 566 بعده). كما جاء في نفس هذا المرجع: ".... وهي إي العادة] أنواع ثلاثة العرفية العامة كوضع القدم والعرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقص لنظار. والعرفية الشريعة كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية...." (ص 101). ".... إن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره فأقول على اعتباره ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ويصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا...." (ص. 113 ة114).

[3]- ويقول رستم باز اللبناني في شرح المجلة –هو مرجع سابق: ".... ومنها أن الفقيه لا يطلق عند الفقهاء إلا على المجتهد وهو الذي يستخرج الأحكام من دلائلها وإطلاقه على المقلد الحافظ للمسائل مجاز ولكن لو أوقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء يدخل فيهم المقلد لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفا". (ص.36).

اللغوية المجازية أو المحصورة من جهة وفرضية التعارض في اللفظ بين معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحي من جهة أخرى[1]. وسنخصص لكل من الفرضيتين مطلبا.

المطلب الأول :
فرضية التعارض في اللفظ بين معناه اللغوي الحقيقي ومعانيه اللغوية المجازية أو المحصورة

480- تتصل هذه الفرضية بالتقابل التقليدي بين ما يسمى بالحقيقة والمجاز في اللغة. فالحقيقة حسب البعض هي "المعنى الذي وضع له اللفظ أولا"[2]، أو "الدلالة الأصلية للفظ من الألفاظ"[3]. أما المجاز فهو "استعمال اللفظ فيما وضع له ثانيا"[4]، أو "ما أريد به غير المعنى الموضوع له في أصل اللغة"[5].

وإذا ما تركنا جانبا ذلك الجدل التقليدي الذي كان يحتد، بالنسبة للغة العربية، بين من يرون أن الكلام كله حقيقة أو كله مجاز[6]؛ أشرنا إلى أن النظرة التوفيقية

[1]- إن هذا التمييز بين المعنى اللغوي الحقيقي والمعاني المجازية أو المحصورة من جهة وبين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي من جهة أخرى، لا يصدر عن إيماننا به وإنما يمليه التطرق إلى مدلول الفصل 466 من ق.ل.ع.م. ليس إلا. وعدم إيماننا به يرجع إلى كونه يجسد الفكرة القائلة بأن لكل لفظ دلالته اللغوية أو القانونية الواضحة والحال أن هذه الفكرة قد مر بنا انتقادها: انظر من الفقرات من 295 إلى 299 قبله.

[2]- محمد بن الموصلي: مختصر الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1985: ج.2 ص 231. وجاء في نفس هذه الصفحة وكذا في ص 233 و268 من الجزء الثاني أن البعض الآخر يعرف الحقيقة بأنها "اللفظ المستعمل فيما وضع له أولا".

[3]- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، مرجع سابق ص 127.

[4]- محمد بن الموصلي: المرجع السابق، ج.2 ص 231. وجاء في ص 233 من نفس الجزء الثاني أن: "المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له أولا ثم زاد بعضهم في العرف الذي وقع به التخاطب لتدخل الحقائق الثلاث وهي اللغوية والشرعية والعرفية". كما جاء في ص 268 من نفس الجزء الثاني أن المجاز هو "اللفظ المستعمل في غير ما وضع له أولا بقرينة". ومنهم من قال القرينة استعمال الحقيقة في موضوعه والمجاز استعماله في غير موضوعه". انظر أيضا: حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي: مرجع سابق: ج.1. ص 304 وما بعدها.

[5]- إبراهيم أنيس: المرجع السابق ص 127.

[6]- يذهب ابن قيم الجوزية، وهو من أنصار الحقيقة كغيره من الحنابلة فيما يرجع إلى تفسير آيات صفات الله في القرآن بالدرجة الأولى، إلى أن المجاز طاغوت "لهج به المتأخرون والتجأ إليه المعطلون" ليس إلا. وأن "تقسيم الألفاظ إلى حقيقة ومجاز ليس تقسيما شرعيا ولا عقليا ولا لغويا فهو اصطلاح محض وهو اصطلاح حدث بعد القرون الثلاثة المفضلة بالنص وكان منشؤه من جهة المعتزلة والجهمية ومن سلك طريقهم من المتكلمين....": عن محمد بن الموصلي: المرجع السابق: ج.2. ص 231 و233. – غير أن ابن رشد لا يرى هذا الأمر إذ يقول إن كثيرا "من الصدر الأول قد نقل عنهم أنهم كانوا يرون أن للشرع ظاهرا وباطنا". :أبو الوليد ابن رشد: فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال: دراسة وتحقيق محمد عمارة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ص.2، 1981 ص 35.

القائلة بوجود كل من الحقيقة والمجاز هي التي كانت لها الغلبة حتى في ميدان الفقه[1].

ومع ذلك يجدر التنبيه إلى أن القائلين بوجود الحقيقة والمجاز يصدرون عن نظرة غير واقعية للأمور تتمثل، كما يقول إبراهيم أنيس، في وجود واضع أول أو وضع أصلي[2] "كأنما قد تم هذا الوضع في زمن متعين وفي عصر خاص من عصور التاريخ ولم يدركوا أن حديثهم عن نشأة الدلالات في الحقيقة إلا خوضا في النشأة اللغوية للإنسان. تلك التي أصبحت من مباحث ما وراء الطبيعة والتي هجرها اللغويون المحدثون بعد أن يئسوا.... وأصبحوا الآن يقنعون ببحث اللغة وتطورها في العصور التاريخية التي خلفت لنا آثارا لغوية مدونة أو منقولة"[3].

481- ونظرا لكون الفصل 466 من ق.ل.ع.م. يفرض علينا التعامل مع ثنائية الحقيقة والمجاز في الكلام التعاقدي لتوضيح مدلوله؛ فإن الواقع يدفعنا إلى الانطلاق في هذا التوضيح من الاستعمال الذي يتعرض له هذا الكلام.

وبطبيعة الحال فإن الاستعمال إنما يحصل من قبل الأفراد. وهذا ما يجعل الفرد هو المرجع في تحديد دلالة الألفاظ. كما يجعل هذه الدلالة تختلف باختلاف الأفراد. والأفراد قد يتواترون، في زمان ومكان معينين، على استعمال لفظ في معنى معين. وهنا يصبح اللفظ مألوفا في هذا المعنى المشترك بين من يستخدمون اللفظ فيه. وهذا المعنى المألوف هو الذي يجوز أن نسميه بالحقيقة.

ولكن نفس اللفظ قد يستعمل في غير المعنى المألوف. فهنا يكون المعنى غير مألوف، ويجوز أن نسميه بالمجاز. ولكن إذا ما تواتر استعمال اللفظ في معناه غير المألوف وأصبح، لسبب التواتر، هو المتبادر إلى الذهن انقلب غير المألوف مألوفا وبالتالي انقلب المجاز حقيقة واندثرت الحقيقة الأولى أو صارت مجازا. ألا ترى أن الاستعمال القديم لكلمة القاطرة قد تواتر في معنى الناقة الأولى الهادية للقافلة، وأن كلمة السيارة قد تواتر استعمالها في معنى القافلة[4]. أما الاستعمال الجديد فقد تواتر في معنى الآلة المتحركة (Locomotive) الجارة لعربات السكة الحديدة بالنسبة

[1]- أبو الوليد ابن رشد: المرجع السابق، ص 32 وما بعدها.

[2]- يقول محمد علي بن حسين المكي المالكي: "اعلم أن أقسام حقيقة اللفظ بالنظر إلى الواضع أو الاصطلاح أربعة الأول الحقيقة اللغوية وهو ما وضعها واضع اللغة والمراد به في هذا القسم من أحدث وضعها التحقيقي لهذا المعنى لا ذلك ومن قررها على هذا المعنى كالدابة لكل ما دب على وجه الأرض والصلاة للدعاء والفعل للأمر والشان لا للحدث كما يتوهم...." تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش فروق القرافي المشار إليه في السابق: ج.1 ص 187.

[3]- إبراهيم أنيس: المرجع السابق، ص 128.

[4]- ومن الطرائف التي يذكرها إبراهيم أنيس في مرجعه السابق ص 147، أن أحد الأدباء يروي: "أن ابنه الصبي كان يسمع فقيها يقرأ من سورة يوسف" وجاءت سيارة فأرسلوا واردهم فأدلى دلوه" فدهش الصبي وسأل والده وهل كانت هناك سيارات في ذلك الحين يا أبي؟"

للقاطرة أو في معنى المركبة المتحركة بنفسها (automobile) فيما يرجع إلى السيارة. كما أن الدابة، ومعناها اللغوي بالوضع هو كل ما يدب على الأرض قد محضها العرف إلى الحمار في مصر[1] أو على الأكثر إلى ذوات الحوافر[2] أو ذوات الأربع[3].

482- إن التغير في الدلالة لا ينكره الفقه. ولكن ما أسميناه بالاستعمال القديم ينظر إليه على أنه معنى اللفظ بالوضع اللغوي. أما ما أسميناه بالاستعمال الجديد فينظر إليه على أنه معنى اللفظ بوضع العادة أو العرف[4]. لا بل الأكثر من هذا فإن كلمة الاستعمال لا تستخدم للحديث عما مر بنا من دلالة اللفظ بالوضع اللغوي مطلقا، وإنما للدلالة على تكرر معنى آخر للفظ غير معناه الموضوع له في اللغة[5]. وهذا التكرر في الاستعمال لا يفضي بالضرورة إلى ما يصطلح عليه بالمنقول العرفي أي المجاز الراجح. فهو قد يقف عند حد ما يصطلح عليه بالمتكرر العرفي أو المجاز غير الراجح. والقاعدة أن الأفضلية تعطي للمجاز على الحقيقة متى كان هذا المجاز راجحا أي متى أفضى الاستعمال المتكرر إلى ثبوت المنقول العرفي. أما في حالة المجاز غير الراجح أو المتكرر العرفي فإن الأفضلية تبقى للحقيقة على المجاز، بمعنى أن اللفظ، من حيث المبدأ، يحتفظ بصراحته المانعة من التأويل ما لم يبادر المتمسك بالمعنى المجازي غير الراجح إلى إثبات أن نيته قد انصرفت إلى هذا المعنى المجازي غير الراجح[6]. وفي حالة عجزه عن إثبات هذه النية ينصرف اللفظ إلى معناه الموضوع له في اللغة أي ما يسمى بالحقيقة؛ باعتبار أن "سائر المجازات إذا فقدت فيها النية كان اللفظ منصرفا بالوضع للحقيقة"[7]. وفي هذا الصدد يقول القرافي: "اعلم أن الاستعمال قد يتكرر في اللفظ ولا يكون اللفظ منقولا. ألا ترى أن لفظ الأسد قد تكرر استعماله في الرجل الشجاع ولم يصر منقولا ونعني بالمنقول هو

[1]- القرافي: المرجع السابق: المجلد الأول: ج.1 ص 172.

[2]- محمد علي بن حسين المكي المالكي: المرجع السابق: المجلد الأول، ج.1 ص 188.

[3]- عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي: مرجع سابق. ص 95 وما بعدها.

[4]- يقول أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي: "أي شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحا في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي فيعتمد الحاكم عليه لصراحته ويستغني المفتي عن طلب النية معه لصراحته أيضا وما هو لم تنقله العادة لإنشاء ذلك المعنى يتعذر الاعتماد عليه لدعم الدلالة اللغوية والعرفية.... فإن اتفق وقت آخر تحدث فيه عادة أخرى تقتضي فسخ هذه العادة وتجدد عادة أخرى اتبعنا الثانية وتركنا الأولى" : المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1. ص 53.

[5]- لاشك أن السبب في هذا الأمر يعود إلى النظرة التي أسميناها من قبل بغير الواقعية والتي تعتقد في وجود واضع أصلي للألفاظ ومعانيها.

[6]- يقول محمد علي بن حسين المكي المالكي: "النية تكفي في تقييد المطلقات وتخصيص العمومات وتعميم المطلقات وتعيين أحد مسميات الألفاظ المشتركات وصرف اللفظ عن الحقائق إلى المجازات" :تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية منشور بهامش المرجع السابق للقرافي: المجلد الثاني، ج.3 ص 87.

[7]- القرافي: المرجع السابق: المجلد الأول، ج.1. ص 43.

الذي يفهم عند الإطلاق بغير قرينة صارفة له عن الحقيقة"[1]. ونجد هذه الفكرة عند محمد علي بن حسين المكي المالكي أكثر وضوحا إذ يقول "إن مجرد الاستعمال من غير تكرر لا يكفي في النقل بل لابد من تكرر الاستعمال بحيث يفهم المنقول إليه بغير قرينة ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره وهذا هو المجاز الراجح فقد يتكرر اللفظ في مجازه ولا يكون منقولا ولا مجازا راجحا البتة كاستعمال لفظ الأسد في الرجل الشجاع والبحر في العالم.... وذلك يتكرر على ألسنة الناس تكرارا كثيرا مع ذلك التكرار الذي لا يحصى عدده لم يقل أحد إن هذه الألفاظ صارت منقولة بل لا تحمل على الإطلاق على الحقائق اللغوية حتى يدل دليل على أنها أريد بها هذه المجازات ولابد في كل مجاز منها من النية والقصد إلى استعمال اللفظ فيه فهذا ضابط في النقل لابد منه"[2].

والملاحظ، مما جاء في آخر هذا النص الفقهي، أن المعيار المعتمد في وصف المعنى المجازي بالمنقول العرفي أو المجاز الراجح أو في وصفه بالمتكرر العرفي وبالتالي المجاز غير الراجح؛ هو التأكد مما إذا كان هذا المعنى المجازي للفظ في حد ذاته هو الذي أصبح يتبادر إلى ذهن السامع أم لا، وذلك بالمقارنة مع المعنى الموضوع له في اللغة. ولقد عبر القرافي بوضوح عن هذا المعيار إذ يقول إن: "ضابط النقل أن يصير المنقول إليه هو المتبادر الأول من غير قرينة وغيره هو المفتقر إلى القرينة"[3]. فمتى تحقق هذا الضابط في استعمال لفظ مفرد أو مركب مع غيره من الألفاظ[4]، كنا أمام النقل العرفي الذي يقدم على المعنى الموضوع للفظ في

[1]- القرافي: المرجع السابق: المجلد الثاني. ج.3 ص 85: "الفرق الثالث والثلاثون بعد المائة بين قاعدة النقل العرفي وبين قاعدة الاستعمال المتكرر في العرف." - وجاء في شرح محمد علي بن حسين المكي المالكي للفرق السابق للقرافي أن: "النسبة بين المنقول العرفي والمتكرر العرفي هي العموم والخصوص المطلق لأن المنقول العرفي هو الذي يفهم عند الإطلاق بغير قرينة صارفة له عن الحقيقة والمتكرر العرفي هو ما استعمل في معناه وشي غير معناه سواء كان مع القرينة الصارفة له عن معناه أو كان بدونها فكل منقول متكرر وليس كل متكرر منقولا لصدق المتكرر بدون المنقول على الأسد في الرجل الشجاع... فالنقل أخص من التكرر ولا يلزم من التكرر النقل لأن الأعم لا يستلزم الأخص وإذا لم يصر اللفظ منقولا بمجرد التكرر لا يجوز حمل اللفظ على شيء تكرر اللفظ فيه ولم يكن اللفظ موضوعا له إلا بقرينة ولا يعتمد على مطلق التكرر". : تهذيب الفروق إلخ... مرجع سابق، المجلد الثاني. ج.3 ص 107 و108.

[2]- محمد علي بن حسين المكي المالكي: المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1. ص 43.

[3]- القرافي: المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1 ص 175.

[4]- إن غلبة الاستعمال الذي يجعل المعنى المستعمل فيه يتبادر إلى الذهن بمجرد إطلاق اللفظ كما تتصل باللفظ المفرد، تتصل أيضا باللفظ المركب مع غيره من الألفاظ. ومن الأمثلة على اللفظ المفرد كلمة الدابة فقد مر بنا أنها أصبحت تتمحض للحمار أو ذوات الحوافر أو الأربع على الأكثر دون كل ما يدب على الأرض، والدرهم الذي أصبح يتمحض للعملة المتمتعة في المغرب مثلا بالقوة الإبرائية بغض النظر عما إذا كانت معدنية أو ورقية والحال أن معناها الموضوع له في اللغة هو الفضة المطبوعة المتعامل بها (انظر المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني: مرجع سابق ص 168). ومن الأمثلة على اللفظ المركب مع غيره أن يرد في عقد بيع أصل تجاري أن البائع حرم على نفسه أصلا تجاريا مماثلا للأصل المبيع خلال مدة معينة. فاللغة لا تستسيغ تحريم الأعيان أو الأموال وإنما الأفعال التي تضاف إليها وهي تحريم إنشاء أصل تجاري جديد وهذا الفهم الأخير يحصل بالعادة لا بالوضع اللغوي. وبالإضافة إلى ما سبق فإن بعض الألفاظ عند تركيبها مع غيرها قد تبدو وكأنها ضرب من الألغاز. غير أن عادة سادت ثم بادت كانت

اللغة، لأنه يكون ناسخا له، وللناسخ أولوية على المنسوخ، كما يصبح حقيقة عرفية. والقاعدة كما يقول القرافي أن "الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية"[1].

غير أن الحقيقة العرفية ينبغي أن تفهم على أن المقصود بها هو العرف القولي أي غلبة استعمال اللفظ في معنى معين لم يوضع له في اللغة أو غلبة استعماله في بعض أفراد المعنى الموضوع له في اللغة، وسبق الأذهان عند سماع اللفظ إلى تلمس المعنى الذي أفرزه الاستعمال بمجرد إطلاقه من غير استعانة بأية قرينة[2].

أما العرف الفعلي فإنه لا يشكل حقيقة عرفية وبالتالي فإن الأولوية ، عند تعارضه مع الحقيقة اللغوية، تعطى لهذه الحقيقة اللغوية ما لم تكن هناك نية أو قرينة تسمح بتمحيض اللفظ إلى ما ينصرف إليه العرف الفعلي ولو تمثلت هذه القرينة في ما يسمى ببساط الحال أو الظروف[3] لأن العرف كما جاء عند القرافي "أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه. مثاله أن لفظ الثوب صادق لغة على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر وأهل العرف إنما يستعملون من الثياب الثلاثة الأول دون الأخير. فهذا عرف فعلي وكذا لفظ الخبز يصدق لغة على خبز الفول والحمص والبر وغير ذلك غير أن أهل العرف إنما يستعملون الأخير في أغذيتهم دون الأولين فوقوع الفعل في نوع دون

تصرفها لمعنى يتبادر إلى الذهن بغير قرينة. ومن الأمثلة على هذه الألفاظ المركبة ما جاء عند ابن فرحون في تبصرته من: "قول البائع بعتك بوضيعة العشرة إحدى عشر أو بوضيعة العشرة عشرين أو أكثر من ذلك. قال الأصحاب هذا اللفظ يقتضي عادة أن يؤخذ لكل أحد عشر عشرة ويحط نصف الثمن في اللفظ الآخر ويلزمون المتعاقدين من الجانبين بمجرد هذا اللفظ لأنه العادة وهذه العادة قد بطلت ولا بقي هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلا عن العامة في المعاملات". أو "إذا قال البائع بعتك بما قامت علي قالوا يصح البيع ويكون للبائع من الثمن ما بذله من أجرة القصارة والكماء والطرز والخياطة والصبغ ونحو ذلك مما له عين قائمة ويستحق له حصته من الربح إن سمى لكل عشرة ربحا وما ليس له عين قائمة إلا أنه يؤثر في السوق زيادة وتنمية الثمن فإنه يستحقه ولا يستحق له حصته من الربح نحو كراء الحمولات في النقل للبلدان وما لا يؤثر في السوق لا يستحقه ولا يكون له ربح كأجرة الطي والشد وكراء البيت ونفقة البائع على نفسه وهذا التفصيل لا يفيده قوله بما قامت علي لغة بل يصح هذا البيع بهذه العبارة إذا كان هذا اللفظ تقتضيه عادة فيصير الثمن معلوما بالعادة فيصح البيع أما اليوم فلا يفهم هذا في العادة ولا يتعامل الناس في أسواقهم بهذه العبارة فلا عادة حينئذ فهذا الثمن مجهول فلا يفتى بما في الكتب ما تضمنته من تفاصيله لانتقال العادة": ابن فرحون: المرج السابق، ج.2. ص. 69.

[1]- القرافي: المرجع الساق، المجلد الأول، ج. 1 ص 173.

[2]- القرافي : المرجع السابق. المجلد الأول .ج 1 ص. 171.- ويذهب محمد علي بن حسين المكي المالكي إلى أن العرف القولي لما كان عبارة عن كثرة استعمال أهل العرف العام للفظ في بعض أفراد معناه اللغوي أو في معنى مناسب لمعناه اللغوي حتى يصير الأصل مهجورا كما عرفت كان ناسخا للغة والناسخ يقدم على المنسوخ": المرجع السابق ، المجلد الأول .ج.1 ص. 188 و 189.

[3]- يقول ابن الشاط إن "الاقتصار على بعض مسمى اللفظ في الاستعمال [أي العرف] الفعلي من جنس البساط." . وخلافا للقرافي فإن ابن الشاط يقدم بساط الحال على العرف خاصة عندما لا يكون للفظ معنى شرعيا وإلا فإن المعتبر هو العرف ثم اللغة لا غير : أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الانصاري المعروف بابن الشاط : أدرار الشروق على أنواء الفروق منشور بهامش فروق القرافي : المجلد الأول ، ج. 1 ص . 175 وكذا ص174 و 177 و 178 . والجدير بالإشارة أن أهال التحري والاحتياط يقولون" عليك بفروق القرافي ولا تقبل منها إلا ما قبله ابن الشاط " : أنظر محمد علي بن حسين المكي المالكي : المرجع السابق: المجلد الأول ، ج. 1 ص3.

نوع لا يخل بوضع اللفظ للجنس كله فإن ترك مسمى لفظ لم يباشر لا يخل بوضع اللفظ له..."[1].

483- هكذا، ومن خلال كل ما سبق، يتبين حسب المنظور الذي وضع في ضوئه الفصل 466 من ق.ل.ع.م. أن الاستعمال إما أن يؤدي إلى هجر المعنى الموضوع للفظ في اللغة (أي ما يسمى بالمعنى الحقيقي) أو لا يؤدي إلى ذلك.

فالاستعمال المفضي إلى هجر المعنى الموضوع للفظ في اللغة، أي إخراج اللفظ عن حقيقته اللغوية، هو الذي يشكل ما يصطلح عليه بالعرف القولي أو المنقول العرفي بغض النظر عما إذا كان الأمر في هذا المنقول العرفي يتعلق بإخراج المعنى المجازي للمعنى الحقيقي أو يتعلق بجعل معنى اللفظ ينحصر في بعض أفراد معناه اللغوي. ولحسم التعارض الذي قد يحصل في هذا الصدد بين المعنى الحقيقي (أي المعنى الموضوع للفظ في اللغة) وبين المعنى العرفي بمفهومه التقليدي (أي المعنى المجازي الراجح أو المعنى اللغوي المحصور الراجح)؛ فإن الأولوية تعطى للمعنى العرفي على حساب المعنى الحقيقي.

أما الاستعمال المقتصر على جعل المعنى العرفي (المعتاد) يزاحم المعنى الحقيقي للفظ من غير أن يتمكن من التأثير على هذا المعنى الأخير إلى درجة الهجر؛ فهو الذي يشكل ما يصطلح عليه بالمتكرر العرفي (أي المعنى المجازي غير الراجح) والعرف الفعلي (أي المعنى اللغوي المحصور وغير الراجح). ولحسم التعارض الذي قد يطرأ في هذا الصدد بين المعنى الحقيقي من جهة وبين المعنى المجازي غير الراجح أو المعنى اللغوي المحصور وغير الراجح من جهة أخرى، فإن الأفضلية تعطى للمعنى الحقيقي من حيث المبدأ. ولذلك لا يمكن إعمال المعنى غير الراجح مجازا أو لغويا إلا بإثبات انصراف النية إليه أو عند وجود قرينة تمحض اللفظ لهذا المعنى غير الراجح.

484- إذا ثبت ما أقدمنا على إجماله، نبهنا إلى أن المقصود بالاستعمال المفضي إلى هجر المعنى الحقيقي ونسخه بالمعنى العرفي يتمثل فيما يصطلح عليه

[1] القرافي :المرجع السابق،المجلد الأول،ج.1ص.173.- ويقول محمد علي بن حسين المكي المالكي إن العرف الفعلي معناه:"أن يوضع اللفظ في اللغة لمعنى ذي أنواع ويكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواعه فقط..وإن العرف الفعلي لما كان عبارة عن كثرة استعمال أهل العرف لبعض أنواع مسمى اللفظ اللغوي في عوائدهم دون بقية أنواعه مع بقاء ذلك اللفظ اللغوي مستعملا في مسماه اللغوي من غير تعرض له بنقل منه لغيره لم يكن ناسخا للغة حتى يقدم من حيث كونه ناسخا على المنسوخ...":المرجع السابق المجلد الأول،جزء 1 ص.188 و189.

بالعرف العام[1]؛ إذ إن هذا الأخير هو الذي يشكل الحقيقة العرفية العامة. وهذه الحقيقة العرفية "هي ما وضعها أهل العرف العام أي ما كان الناقل لها من جميع الطوائف ككونه داخلا في جملة أهل البلد...."[2]. وفي هذا الصدد يذهب كوكبيه إلى أنه لكي يقدم المعنى العرفي على المعنى العلمي (أي الحقيقي) يجب أن يكون هو المعنى السائد بين جميع الناس والمراعى من قبلهم جميعا إلى جانب ضرورة تكرار هذا المعنى خلال فترة زمنية طويلة[3].

والواقع، فإن عمومية العادة أو العرف المؤثر إلى حد الهجر والنسخ للمعاني الموضوعة للألفاظ في اللغة من شأنها أن تتحقق في الوقت الراهن أكثر من الماضي؛ وذلك نظرا لتكاثر وسائل الاتصال اللغوي -كالسمعية والبصرية- بالنسبة على الأقل لما يتداول فيها من اللغتين الوطنيتين الدارجة والعربية. غير أن المشكل يبقى قائما فيما يخص اللغة الأمازيغية الوطنية بمظانها الموجودة في المغرب. وبما أن أمر لغة التعاقد يبقى حرا إذ ليس هناك ما يمنع من إبرام عقد بأية لغة من اللغات الوطنية المتداولة فعلا في المجتمع أو غيرها من اللغات الوطنية؛ لذلك يصعب في الغالب استساغة مفهوم العرف العام إلا من منظور الجهوية على الأقل كأن يكون العرف في سوس أو في الأطلس المتوسط أو في الريف قد حمل على هجر ونسخ المعنى الموضوع للفظ في اللغة الأمازيغية من خلال إحدى مظانها. ونعتقد أن هذا المفهوم الجهوي لما يسمى تقليديا بالعرف العام يمكن أن يجد أساسه حتى في الفصل 466 من ق.ل.ع.م. إذ إن هذا الأخير لا يتحدث إلا عن العرف المحلي أي الدلالة المألوفة والمعتادة أو المعروفة في مكان إبرام التصرف ووقت إبرام هذا الأخير بطبيعة الحال[4].

485- وهكذا يمكن الذهاب، في ضوء الفصل 466 من ق.ل.ع.م.، إلى أن المعنى العرفي (الدلالة المألوفة أو المعتادة) يقدم على المعنى الحقيقي بغض النظر عما إذا كان العرف المعتبر مصدرا للمعنى المجازي أو للمعنى اللغوي المحصور عرفا عاما أو محليا أي خاصا بمكان وزمان إبرام التصرف على وجه العموم أو العقد على وجه الخصوص. غير أن المعنى المجازي أو المعنى اللغوي المحصور

[1]- يكون العرف عاما، حسب من يقولون به، إذا كان منتشرا في جميع البلاد بين جميع الناس أو على الأقل بين غالبيتهم في أمر من الأمور: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي: مرجع سابق ص 98.

[2]- محمد علي بن حسين المكي المالكي: المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1 ص 187.

[3]- كوكبيه: المرجع السابق، ص 118.

[4]- نقول بطبيعة الحال لأن العرف (أو العادة) المعتبر، حسب المنظور التقليدي، هو الذي يكون سائدا وقت إبرام العقد وليس العرف القديم جدا أو العرف السائد وقت تنفيذ العقد: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: كوكبيه: المرجع السابق، ص 123 وما بعدها.

والذي يكون مصدره ما سنسميه بالطبائع الشخصية للمتعاقدين أو بالعادة الفردية[1] ليس من شأنه أن تعطاه الأفضلية على المعنى الحقيقي من حيث المبدأ. وتأويل العقد في ضوء هذا المعنى الخاص يتوقف على قيام المتمسك به بإثبات انصراف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إليه وإلا تم الرجوع إلى الأصل وهو المعنى الحقيقي الذي يمكن الأخذ به أيضا عندما يثبت أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إليه وذلك في حالة تعارض هذا المعنى الحقيقي (اللغوي) مع المعنى الاصطلاحي.

المطلب الثاني :
فرضية التعارض في اللفظ بين معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحي

486- إن الانطلاق من المعنى الحرفي للفقرة الثانية من الفصل 466 من ق.ل.ع.م.، والمتصلة بما نريد التطرق إليه في هذا الصدد، يسمح بوصف الفرضية المذكورة في العنوان أعلاه بفرضية التعارض في اللفظ بين معناه اللغوي الحقيقي ومعناه التقني (الفني) المألوف (acception technique usuelle) أي بفرضية التعارض بين ما يمكن تسميته باللغة الطبيعية أو العادية واللغة الإصطناعية أو التقنية (الفنية). ولقد مر بنا من قبل أن اللغة القانونية تصنف ضمن اللغة التقنية (الفنية)[2].

ومع ذلك يجدر التنبيه إلى أن التعارض الذي قد يحصل في اللفظ بين معناه اللغوي الحقيقي وبين معناه التقني (الفني) غير المعتمد في لغة القانون لا يندرج، في تقديرنا، إلا ضمن فرضية التعارض الأولى المارة بنا بين المعنى اللغوي الحقيقي والمعاني اللغوية الأخرى المجازية أو المحصورة للفظ؛ باعتبار أن الاستعمال- الشعبي إن صح هذا الوصف[3] -هو الذي يستطيع أن يعطي للفظ معنى جديدا على المستوى التقني (الفني) أو يجعل اللفظ مفهوما عندما يظهر على المستوى اللغوي بمثابة ضرب من اللغو كما هو الشأن بالنسبة للفظة الخدام التي لا تعني على المستوى اللغوي أكثر من العامل والحال أن الاستعمال قد محضها لوحدة من

[1]- سنورد هذه التسمية في معرض دراستنا للفصل 463 من ق.ل.ع.م. انظر بالأساس فقرة 565 بعده.
[2]- انظر فقرة 296 قبله.
[3]-إن وصف الاستعمال بالشعبي نقصد به ذلك الاستعمال المتداول في لغة غير لغة القانون بغض النظر عما إذا كانت هذه اللغة تسود بين أهل طائفة حرفية غير عالمة أو بين طائفة عالمة بمجال من مجالات العلوم الإنسانية أو الدقيقة أو التكنولوجية.

وحدات قياس الأرض غير المحفظة بالأساس في بعض المناطق المغربية[1]، أو كما هو الشأن بالنسبة إلى وحدات القياس التي جرى الاستعمال على اختزال كتابتها على بعض الأحرف المكونة لها كـ (م) للمتر المعتد به في قياس الطول و(كلغ) للكيلوغرام المستعمل في قياس الكتلة. فهذه الكلمات عند اختزالها في بعض الأحرف فقط لا يناسبها على المستوى اللغوي أي معنى. ولكن الاستعمال سمح بفهمها كما لو كتبت الكلمة بجميع الأحرف المكونة لها[2].

فالمعنى أو الفهم التقني للعلامات الرمزية يدخل ضمن العرف الذي يخلقه قول أو فعل العامة في نظر القانون، ولو تمثل واقع هذه العامة في العلماء المتخصصين في أي علم أو فن آخر غير القانون. ولذلك نقول إن التعارض الذي قد يحصل بين المعنى أو الفهم التقني (الفني) غير المعتمد في القانون وبين المعنى اللغوي يدخل ضمن حالة التعارض المارة بنا باعتبار أن ما ينطبق عليها هو الفقرة الأولى، وليس الفقرة الثانية، من الفصل 466 من ق.ل.ع.م.

487- وهكذا يتبين أن الحالة المراد معالجتها هنا تنحصر في التعارض الحاصل بين المعنى اللغوي الحقيقي وبين المعنى القانوني الموصوف قبله في العنوان بالمعنى الاصطلاحي. وإذا كان المعنى القانوني أو الاصطلاحي بدوره لا يعد في حقيقته – عندما يهجر أو يحصر المعنى اللغوي- إلا معنى عرفيا، على أساس أن اللغة القانونية، كما مر بنا، لا تعد في اعتقادنا إلا مجرد استعمالات خاصة بالقانون للغة الطبيعية أو العادية[3]، ولهذا كان ينبغي أن يخضع، بدوره، في حالة تعارضه مع المعنى اللغوي للفقرة الأولى من الفصل 466 من ق.ل.ع.م.؛ فإننا نرى، مع ذلك، معالجته على نحو مستقل لتوضيح مدلول الفقرة الثانية من الفصل 466 المذكور بالدرجة الأولى إلى جانب أن المعنى الاصطلاحي جرى وصفه من قبل الفقه الذي وضع الفصل المذكور في ضوئه بالعرف القانوني (الشرعي) تمييزا له عن الأنواع الأخرى من العرف.

[1]- انظر هذه الوحدة في فقرة 329 قبله.
[2]- يجدر التمييز بين فهم العلامات الرمزية المستعملة للدلالة على كلمة تقنية (فنية) وبين المعنى الذي يعطى لهذه الكلمة عند فك الرمز: فهذا المعنى قد يكون قانونيا كما هو الشأن بالنسبة لوحدات القياس المعتمدة على المستوى التعاقدي: إن هذا المعنى يحدده في المغرب الظهير الشريف رقم 86-1-193 الصادر في 28 ربيع الآخر 1407 موافق 31 ديسمبر 1986 بتنفيذ القانون رقم 79-2 المتعلق بوحدات القياس(منشور بالجريدة الرسمية، النشرة العامة، عدد 3881 بتاريخ 18 مارس 1987 ص 275 وما بعدها) كما تم تعديله. وعليه فمتى تعلق التعارض في هذا الصدد بين المعنى اللغوي المتمسك به من قبل أحد المتنازعين والمعنى القانوني للفظ كنا أمام الحالة المقصودة معالجتها في المتن.
[3]- انظر فقرة 296 قبله.

488- ويعتبر المعنى المكرس في العرف القانوني (الشرعي) بمثابة الحقيقة القانونية (الشرعية) للفظ بالمقارنة مع حقيقته اللغوية. والحقيقة القانونية بل الشرعية حسب محمد علي بن حسين المكي المالكي هي "ما وصفها الشارع كالصلاة نقلها الشارع من الدعاء للعبادة المخصوصة"[1]: إنها بعبارة كوكبيه المعنى الذي يحرفه علم القانون عن المعنى الحقيقي أو المألوف في اللغة العادية[2]. وهذا المعنى القانوني للفظ هو المعنى المحدد له صراحة أو ضمنا في القانون وإلا تمثل في المعنى الذي يحدده القضاء أو في آخر المطاف، عندما يكون القانون والقضاء ساكتين، المعنى المرجح تداوله في الفقه:

فعند تفحص ق.ل.ع.م. على سبيل المثال نجد تحديدا لمعاني عدة ألفاظ أي مصطلحات حسبنا أن نذكر منها البيع (الفصل 478) والمعاوضة (الفصل 619) وكراء الأشياء (الفصل 627)[3] وكراء العمل (الفصل 723) والوديعة الاختيارية (الفصل 781) والعارية (الفصل 830) والقرض (الفصل 856) والوكالة (الفصل 879) والشركة (الفصل 982) والصلح (الفصل 1098) والكفالة (الفصل 1117) والرهن الحيازي (الفصل 1170).

كما أن القضاء بدوره قد يكون مصدرا لتحديد المعاني الاصطلاحية. ولكن هذه المعاني لا تدخل ضمن العرف القانوني إلا إذا أصبحت مألوفة لدى القضاء أي أصبحت داخلة فيما جرى به العمل. وحسبنا أن نذكر من المصطلحات التي جرى بها العمل في المغرب، على الأقل قبل اعتمادها قانونا[4]، الجزاء والجلسة والزينة أو الأنقاض والغبطة والمفتاح أو الساروت والاستغراق والهواء والحسكة الخاصة باليهود المغاربة[5]. غير أنه بالإضافة إلى ما جرى به العمل القضائي من المعاني

[1]- محمد علي بن حسين المكي المالي: المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1 ص 187.

[2]- كوكبيه: المرجع السابق ص 114.

[3]- إلى جانب تحديد المعنى الاصطلاحي لكراء الأشياء، فإن ق.ل.ع.م. يتدخل لتدقيق هذا المعنى أكثر ولو على حساب المعنى القانوني المتفق عليه من قبل المتعاقدين. وهكذا فإن عقد الكراء الواقع مثلا على أرض زراعية ولمدة تتجاوز السنة يكون له في نظر المتعاقدين معنى الكراء محدد المدة ولكن ق.ل.ع.م. لا يعطيه هذا المعنى إلا إذا حرر كتابة. أما إذا لم يحرر كتابة فإن معناه الاصطلاحي في نظر القانون يكون هو عقد الكراء غير محدد المدة: انظر الفصل 1/629 من ق.ل.ع.م.

[4]- نقصد بالقانون المعتمد لهذه المصطلحات بالأساس: ظهير فاتح ربيع الثاني 1332 (27 فبراير 1914) المتعلق بحقوق الجزاء والاستئجار والجلسة المفتاح والزينة. وظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة (الفصل 8 والفصول من 197 إلى 201)، والقرار الوزيري الصادر بتاريخ 20 رجب 1333 (3 يونيو 1915) بشأن تفاصيل تطبيق النظام العقاري المحفظ (الفصلان 17 و18)، وظهير 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) القاضي بتغيير حكم الفصل8 من ظهير 27 فبراير 1914 المتعلق بالأراضي الخالية من البناء والمحملة بالجزاء وظهير 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) في ضبط أمر المعاوضات في أملاك الأحباس التي عليها المنفعة وظهير 2 شوال 1374 (24 ماي 1955) بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف (الفصل 4) دون إغفال ما تكرس مؤخرا من هذه المصطلحات في مدونة الأوقاف.

[5]- انظر في هذه المصطلحات التي جرى العمل بها في المغرب على سبيل المثال:

الاصطلاحية؛ نعتقد أن المعاني التي تحددها القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)، عندما تكون هذه القرارات من النوع المكرس لمبدأ قانوني وليس من النوع العادي أو الظرفي، تعد بدورها من المعاني الاصطلاحية[1] ما لم تساير المعاني المعتمدة في القرارات العادية أو الظرفية –بل وحتى قرارات محاكم الموضوع- تلك الغالبة في التداول فقها. وهنا يكون مصدر المعنى الاصطلاحي، في تقديرنا، هو الفقه على الرغم من تكريسه قضاء بالأحكام أو القرارات العادية أو الظرفية.

ولا شك أن الحديث عن الفقه كمصدر للمعاني الاصطلاحية قد يعد من باب تحصيل الحاصل وبالتالي فإن إعطاء أمثلة عن المعاني الاصطلاحية التي تجد مصدرها في الفقه قد يشكل ضربا من اللغو باعتبار أن تحديد هذه المعاني الاصطلاحية يدخل ضمن الوظائف الأساسية للفقه. بل إن الفقه الغالب في المغرب على مستوى القانون المدني بالأساس يكاد ينحصر في تحديد مثل هذه المعاني الاصطلاحية. ومع ذلك فحسبنا أن نشير إلى أن المعنى الذي يقول به الفقه لا يكون معنى اصطلاحيا إلا إذا كان هو الغالب بين الفقهاء أي بعبارة أخرى هو المألوف بينهم لأنه في هذه الحالة يصبح عرفا فقهيا.

489- إذا ثبت المقصود بالمعنى الاصطلاحي ورجعنا إلى مسألة التعارض الذي قد يحصل في اللفظ بين معناه الاصطلاحي وبين معناه اللغوي الحقيقي؛ قلنا في شأن حسمه، إن الأفضلية تكون للمعنى الاصطلاحي على حساب المعنى اللغوي الحقيقي[2]. وفي هذا الصدد يقول محمد علي بن حسين المكي المالكي: "إذا دار اللفظ

- Louis Milliot : Démembrements du Habous : Menfa'â, Gza, Guelsa, Zina, Istighraq. Ed. Ernest Leroux, Paris, 1918.

[1]- وكمثال على هذه القرارات المكرسة لمبدأ قانوني نذكر القرار عدد 441 س2 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1979/8/29 (منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 6-7 ص. 97 وما بعدها). وهذا القرار يحدد المعنى الاصطلاحي، في ميدان ضمان العيوب الخفية في المبيع، للفظة الفور. والقرار عدد 697 الصادر بتاريخ 1987/4/1 عن المجلس الأعلى في شأن تحديد المعنى الاصطلاحي "للمصادقة على التوقيع" (منشور بمجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش عدد 15 ص 132 وما بعدها). ويجدر التنبيه أيضا إلى أن القرارات الصادرة عن محاكم الموضوع لا يمكن أن تعتبر المعاني التي تحددها باجتهادها من المعاني الاصطلاحية التي تجد مصدرها في القضاء ما لم تحظ بالتأييد الدال على التأكيد على نفس المعنى من قبل المجلس الأعلى. ومن أمثلة المعاني المحددة من قبل محاكم الموضوع نذكر على سبيل المثال: القرار عدد 706 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 22 مارس 1990 في شأن تحديد كلمة "الضريبة" (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144 ص 191 وما بعدها). وكذا القرار عدد 2080 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 17 أكتوبر 1989 في شأن تحديد معنى "الغير" والمنصوص عليه في الفصل 12 من قانون 1980 المتعلق بتنظيم العلاقة التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144 ص 211 وما بعدها).

[2]- إن التعارض لا يحصل فقط بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي وإنما قد يحصل أيضا بين المعاني الاصطلاحية للفظ (انظر في هذا التعدد الذي يجعل اللفظ مبهما حتى على مستوى معانيه الاصطلاحية آخر فقرة 196 وفقرة 297 قبله). وعند حصول مثل هذا التعارض بين المعاني الاصطلاحية للفظ فإن الأولوية تكون للمعنى

بين المعهود في الشرع وبين غيره حمل على المعهود في الشرع لأنه الظاهر"[1]. ويمكن تبرير غلبة المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي الحقيقي بكون المتعاقدين يفترض فيهما اختيار الألفاظ بحسب معانيها القانونية المناسبة للتصرف القانوني المراد إبرامه[2].

غير إن هذا الافتراض الذي يقوم قرينةً يستفيد منها المتمسك بالمعنى الاصطلاحي في مواجهة المتمسك بالمعنى اللغوي الحقيقي ليس افتراضا قطعيا، وبالتالي فإن القرينة التي يتبلور بها لا تكون إلا قرينة بسيطة، يمكن أن تسقط أمام وجود القرائن الأخرى الأكثر قوة؛ والتي من شأنها أن تجعل القاضي يقتنع بانصراف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى المعنى اللغوي الحقيقي بدل المعنى الاصطلاحي. وهذه القرائن القوية قد تتمثل في العبارات أو البنود الأخرى المسطرة في العقد كما قد تتبدى من خلال ظروف التعاقد. فهذه الظروف قد تكشف عن مدى المعرفة القانونية للطرفين المتعاقدين أو للطرف الملزم نفسه بالعقد كما هو الشأن في العقود الملزمة لجانب واحد كالوصية لمعين حسب المنظور الفقهي أو القانوني التقليدي[3]، أو الملزم نفسه بإرادته المنفردة. كما قد تكشف، في حالة تحرير التصرف من قبل أحد من الأغيار، أن محرر التصرف له إلمام بالمعرفة القانونية وبالتالي بالمعاني الاصطلاحية أم لا. وعليه فعندما يتبين للقاضي أن المتعاقدين أو المتعاقد الملزم نفسه بالعقد الذي أبرمه أو بإرادته المنفردة أو محرر التصرف، بصفة عامة من غير العارفين بالمعاني الاصطلاحية؛ فإن سيكون في هذه الحالة من باب

الاصطلاحي المعتمد في القانون الذي يخضع له التصرف المتنازع فيه. وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 61-60/212 والصادر بتاريخ 6 يونيو 1961 إلى أنه: "لا يكون خارقا لمقتضيات الفصل 466 من ق.ل.ع.م. القرار الذي يصرح بأن المعنى التقني المألوف للفظة "ضامن" (aval) هو ذلك المعنى المعتمد في القانون الصرفي ومع ذلك لا يأخذ بهذا المعنى الاصطلاحي بعلة أن الطرفين لم يبرما إلا عقدا من عقود القانون المدني" (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (1957-1962)، الطبعة الفرنسية، مرجع سابق، ج.1 رقم 144 ص 255 وما بعدها). وتجدر الإشارة إلى أنه قد يحصل أن يكون تعدد المعاني الاصطلاحية للفظ مكرسا في نفس القانون الذي يخضع له التصرف المتنازع فيه: وهنا تكون الأولوية للمعنى الذي تحدده النصوص المطبقة على موضوع النزاع في التصرف.

[1]- محمد علي بن حسين المكي المالكي: المرجع السابق، المجلد الأول، ج.1 ص 77. كما يقول في نفس هذا الجزء الأول ص 39 و40 : "إن كل لفظ ورد علينا من جهة الشارع فإنا نحمله على عرفه أو على اللغة أو عرفها وإن كانت عرفية بعرف حادث فهذه هي التي ينتقل الحكم بها بانتقال العرف...".

[2]- كوكييه: المرجع السابق ص 115 و116. ولقد جاء في تعليق المستشار أندريه كولومبيني على القرار عدد 61-60/212 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 6 يونيو 1961 (وقد سبقت الإشارة إلى مرجعه) أنه: "عندما يكون للفظ معنى اصطلاحي مألوف فإن الطرفين يفترض فيهما استخدامهما للفظ على وفق هذا المعنى الاصطلاحي".

[3]- يبدو أن مدونة الأسرة المغربية قد كرست هذا المنظور عندما اعتبرت الوصية عقدا لا يتم إلا بالإيجاب والقبول خاصة عندما تكون هذه الوصية لمعين (المواد227 و 288و 289وهي عبارة عن ترديد للفصول 173 و180 و184 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية السابقة).

التعسف أن يتم تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي[1]. وهذا ما يدفع إلى التمييز -كما ذهب إلى ذلك كوكييه[2]- بين التصرفات التي يحررها المختصون في ميدان التوثيق (الموثقون التقليديون -العدول- والعصريون بالدرجة الأولى) وبين التصرفات التي يحررها عديمو أو قليلو الخبرة القانونية المتصلة بالتوثيق أساسا. والقاضي في اعتماده المعنى الاصطلاحي أو المعنى اللغوي، لا شك أنه سيكون أكثر استعدادا للابتعاد عن قرينة المعنى الاصطلاحي وبالتالي الأخذ بالمعنى اللغوي كلما كان أمام التصرفات التي يحررها عديمو أو قليلو الخبرة القانونية. وهو في تغليبه القرائن المعززة للمعنى اللغوي المفضل على المعنى الاصطلاحي لا يكون مخالفا لمقتضيات للفقرة الثانية من الفصل 466 من ق.ل.م.ع.، وإنما مستوعبا لمدلولها المضبوط والذي حاولنا بسطه من خلال ما مر بنا قبله بعدما حاولنا أيضا ضبط مدلول الفقرة الأولى من نفس الفصل. ولذلك فإنه لا يبقى لنا بعد كل هذا إلا أن نحاول تلمس الدور الذي تلعبه قاعدة الفصل 466 ضمن قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م.

المبحث الثالث :
دور قاعدة الفصل 466 ضمن قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م

490- إن الفصل 466 من ق.ل.ع.م. -كما تبين ذلك عند محاولة ضبط مدلوله- يوجه القاضي بالأساس ومن حيث المبدأ نحو إعطاء الأولوية للمعنى المألوف بالعادة أو العرف وكذا للمعنى الاصطلاحي على المعنى الحقيقي بالوضع وكذا على المعاني المجازية أو المحصورة في اللغة وغير المألوفة أي في آخر المطاف إعطاء الأسبقية، عند القيام بالتأويل الهادف إلى تصريح ما هو غامض في العقد، للعادة أو العرف على المعاني الموضوعة للغة في الأصل أو معانيها الأخرى المكتسبة عندما تكون غير مألوفة.

[1]- وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكم لها صدر بتاريخ 2 ديسمبر 1946 (منشورة بمجلة المحاكم المغربية ، السنة 1949 رقم 989 ص. 177) إلى أنه "في اللغة الجارية تعني الكلمات "أثاث ، قيم وحقوق منقولة "الأشياء المزينة للمنزل أو الصالحة مباشرة للاستعمال الشخصي ولكنها لا تعني النقد الحال أو الديون. وعليه فإن الوصية التي ورد فيها بند محرر بهذه الكلمات من قبل وصي ليست له معرفة قانونية يتحدد محلها في المنقولات والأشياء المنقولة ذات الاستعمال الشخصي وليس في النقود الحالة أو ديون بمبالغ نقدية"

[2]- كوكييه: المرجع السابق، ص 116.

ولكن هذه الأسبقية التي تحظى بها العادة أو العرف في تصريح ما هو غامض في العقد يمكن أن تستفاد من مفهوم الموافقة للفصل 463 من ق.ل.ع.م. والذي كان من المفروض أن يتم التطرق، عند تحديد مدلوله لاحقا[1]، إلى كل ما ورد في محاولة ضبط مدلول الفصل 466 لولا التنصيص على هذا الفصل الأخير صراحة ضمن قواعد التأويل في ق.ل.ع.م. ومن هذه الزاوية ألا يمكن اعتبار الفصل 466 ضربا من التكرار غير المستساغ في فنون الصياغة القانونية للفصل 463 المذكور؟

المقبول، بالنسبة لمن لا يقف في النصوص القانونية عند منطوقها فقط وإنما يتجاوزها إلى مفهومها أيضا، أن الفصل 466 وإن لم يعتبر ضربا من التكرار غير المجدي للفصل 463؛ إلا أنه يمكن ألا يخرج عن مجرد تطبيق له ليس إلا[2]. غير أنه حتى في هذه الحالة يمكن الذهاب إلى أن الفصل 466 لا يحظى بأية أهمية أمام وجود الفصل 463 وبالتالي فإن حذفه من ق.ل.ع.م. لا يولد أي إحساس بنقصان أي أمر في قواعد التأويل الأخرى المعتمدة فيه صراحة[3].

491- الواقع أن الفصل 466 وإن جاء مؤكدا لدور العادة أو العرف المكرس في الفصل 463، إلا أن أهمية الفصل 466 قد تكمن في كون العادة أو العرف المألوف في اللغة العادية (المعنى الحقيقي بالعرف) أو القانونية (المعنى الحقيقي بالعرف القانوني أي المعنى الاصطلاحي) يستعين به القاضي من غير حاجة إلى مطالبة المتمسك به بالإثبات لأنه من أمور القانون؛ بخلاف العادة المنصوص عليها في الفصل 463 من ق.ل.ع.م. فإن القاضي عليه أن يتثبت من وجود شروطها لأنها من أمور الواقع[4]. وهذا ما يسمح بالقول إن العادة أو العرف المكرس في الفصل 466 هي عادة أو عرف أصلي لأن القاضي منه ينطلق لتحديد معاني العقود، في حين أن العادة أو العرف المنصوص عليه في الفصل 463 هي عادة أو عرف احتياطي لا يمكن الاستعانة به إلا بعد استنفاد جملة من الأساليب الأخرى المعتمدة في التأويل كتلمس مجموع بنود العقد وظروف التعاقد وطبيعة العقد[5].

[1]- انظر فقرة 573 وما يليها بعده.
[2]- إن هذه النظرة هي التي حملتنا على دراسته كقاعدة تأويل.
[3]- الملاحظ أن الفصل 466 من ق.ل.ع.م. لا يوجد له شبيه من حيث الصيغة بالدرجة الأولى في أي قانون أوروبي حديث أدرج ضمن مصادر المشروع التمهيدي لسانتيبانا وبالأساس القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الإسباني والقانون المدني الإيطالي والقانون الألماني والقانون المدني الفيدرالي السويسري والقانون الفيدرالي السويسري للالتزامات.
[4]- انظر على سبيل المثال فقرة 572 بعده.
[5]- انظر فقرة 575 بعده.

492- غير أن جعل العادة أو العرف المنصوص عليه في الفصل 466 أصلا منه ينطلق القاضي في تحديد معاني العقود والحسم بالتالي فيما إذا كان غامضا أو صريحا يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها في الفصل 466 تعتبر قاعدة حقيقية للتأويل بالمعنى المضبوط؟

إن اعتبار العادة أو العرف المكرس في الفصل 466 أصلا ينطلق منه لتحديد المعاني والحكم على مدى صراحة الألفاظ المبلورة لها أو غموضها يجعل القاعدة المعنية في هذا الصدد حسب المألوف الشائع قاعدة فهم وليس قاعدة تأويل. ولكن ألا يعد الفهم درجة من درجات التأويل؟

هذا الأمر صحيح في تقديرنا. غير أن القاضي عندما يلجأ إليه لا يعتبر ذلك تأويلا ولذلك أسميناه من قبل بالتأويل المستتر والمقنع[1]: إنه التأويل الذي يزاوله القاضي بالضرورة ولكنه يحتفظ به لنفسه للخروج في ضوئه بالفهم الذي يعتبره ق.ل.ع.م. فهما سليما. والفهم لا يكون سليما حسب الفصل 466 إلا إذا نظر إلى الألفاظ من خلال معانيها اللغوية عندما لا تتعارض هذه المعاني بالوضع مع المعاني العرفية، وإلا أصبحت هذه المعاني المألوفة في عرف العامة أو القانون هي حقيقة لغة التعاقد العادية و/ أو القانونية. ومتى جاءت ألفاظ العقد المتنازع فيه ملائمة، عند قراءة العقد، لهذا الفهم؛ أمكن اعتبار العقد من حيث المبدأ صريحا ما لم يقم من له المصلحة من المتنازعين بإثبات عكس المبدأ. ومن هنا يظهر أن الفصل 466 من ق.ل.ع.م. يعد جوابا عن السؤال الذي ينجر عن قراءة الفصل 461: وهو متى يكون اللفظ صريحا؟ والجواب هو: عندما يفهم منه بنفسه معناه الحقيقي بالوضع أو معناه المألوف بعرف العامة أو القانون.

493- إن تعمد ق.ل.ع.م. رفع الالتباس الذي تثيره كلمة الصراحة المنصوص عليها في الفصل 461 من ق.ل.ع.م. من شأنه أن يزيد من أهمية الفصل 466 والذي كان من الأجدر منطقيا -إذا ثبت هذا التحليل-, إعملا لمبدإ التصفيف الميتودولوجي, أن يحمل في ق.ل.ع.م. رقم 462 وليس 466.

وتكمن هذه الأهمية في أن الفصل 466، وبالإضافة إلى ما سبق، يجسد التكريس القانوني الصريح للمنهج الحرفي النحوي الذي يجعل هذا المعنى الحرفي النحوي لألفاظ العقد (أي المعنى اللغوي الحقيقي بالوضع أو بعرف العامة أو القانون) مظنة وقرينة على انصراف الإرادة المشتركة إليها لا يمكن للقاضي الحياد عنه بلجوئه إلى ما أسميناه بالتأويل المكشوف والمعلن[2] إلا إذا ثبت لديه ما يحمله على الاقتناع بغموض ألفاظ العقد.

[1]- انظر الفقرتين 33 و49 قبله.
[2]- انظر فقرة 50 قبله.

494- وهكذا نستطيع أن نحدد الدور المنوط بالفصل 466 ضمن القواعد الأخرى المعتمدة في ق.ل.ع.م.، فيما يرجع إلى التأويل، في أنه يجسد –كقاعدة قانونية- المعيار المرجعي التطبيقي المار بنا[1] والمكرس في آخر المطاف للمعيار المرجعي الأصلي المتمثل في الوظيفة الفردية للعقد[2]. والمعيار المرجعي التطبيقي المذكور لا نجد الحديث عنه في القوانين الغربية كالفرنسي أو الألماني إلا على المستوى الفقهي. واعتبار القاعدة المنصوص عليها في الفصل 466 معيارا مرجعيا تطبيقيا يجعل هذه القاعدة في تقديرنا من القواعد الآمرة التي لا يمكن للقاضي مخالفتها من غير أي تبرير بما تسمح به القاعدة ذاتها: إنها قاعدة ملزمة للقاضي وإلا كان فهمه غير سليم ومشوبا بالتحريف الذي يعرض حكمه أو قراره لمراقبة المجلس الأعلى(محكمة النقض) وبالتالي للنقض؛ شأنه في ذلك شأن تقيده بالقاعدة المكرسة في الفصل 467 من ق.ل.ع.م. والتي تجد تطبيقها في الفصل 468 من نفس القانون. وهي قاعدة كما سنرى لا تجسد غير ما يجسده الفصل 466 المذكور على الرغم من جعل حكمها ينحصر في التنازل ليس إلا؛ ولذلك نسند لها بدورها نفس المهمة المنوطة بالفصل 466 ضمن قواعد التأويل في ق.ل.ع.م.

الفرع الثاني :
قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م : فهم التنازل المستفاد –من غير شك في دلالة التصرف- صراحة أو ضمنا، على وفق معناه المضبوط بصفة قطعية، ولو تعلق الأمر بالدعوى المختارة في حالة تمتع صاحب الحق بأكثر من دعوى للمطالبة بحقه

495- خلافا لما اعتمدناه في السابق من محاولة تحليل كل فصل على حدة، فإننا نرى في هذا الصدد أن نحاول معالجة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م. معالجة مشتركة نظرا لكون الفصل 468 لا يشكل في حقيقته، وكما سنرى في حينه، إلا تطبيقا من تطبيقات الفصل 467 من ق.ل.ع.م. وينص هذا الفصل الأخير حسب ترجمته المتداولة على أن: "التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق،

[1]- انظر آخر الفقرة 34 قبله.
[2]- انظر أوائل الفقرة 34 قبله.

ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل. والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها". أما الفصل 468 فإنه ينص حسب ترجمته المتداولة على أنه: "إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد، دعويان، فإن اختياره إحداهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى". وإذا كانت هذه الترجمة للفصل 468 واضحة بينة في بلورتها لحقيقة ما يكرسه النص الفرنسي الأصلي[1]؛ فإن الترجمة المعتمدة للفصل 467 ينقصها هذا الوضوح بل والدقة المتطلبة للفهم على الرغم من أن القضاء في أحكامه أو قراراته المحررة باللغة العربية[2] وكذا الفقه المتداول بالعربية يعتمدان هذه الترجمة[3].

وبما أن ضبط مدلول النصين المبدئي والتطبيقي يتوقف على مدى سلامة الترجمة الواجب اعتمادها لذلك نرى قبل ذلك، أن نحاول تلمس هذه الترجمة في ضوء الأصول الحقيقية للنصين المذكورين.

وعليه فإننا سنتناول هذا الفرع بالدراسة في المبحثين التاليين:
- **المبحث الأول: تأصيل الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.**

[1]- يقضي النص الفرنسي الأصلي الموحد في كل من ق.ل.ع.م. (الفصل 468) والمجلة التونسية للالتزامات والعقود (الفصل 523) بما يلي:
« Lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre ».
ولقد اعتمدت لهذا النص في المجلة التونسية للالتزامات والعقود الترجمة الرسمية التالية: "من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى".
[2]- جاء على سبيل المثال في القرار عدد 74 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15يناير 1969 أنه: بناء على الفصل 467 من قانون الالتزامات والعقود الناص على أن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها". (قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 9 ص 12 وما بعدها: انظر بالأساس ما جاء في الثلث الأخير من ص 13). انظر أيضا ما يماثل هذا القرار في فقرة 184 قبله.
[3]- انظر على سبيل المثال: مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م.، ج.1. مرجع سابق ص 240. –هشام فرعون: المرجع السابق رقم 448 ص 222 مع التنبيه إلى أن هذا الفقيه يستعمل لفظة "البنود" بدل لفظة "العقود" المعتمدة في الترجمة المتداولة. –أحمد حسن البرعي: مصادر الالتزام -1- العقد: مرجع سابق ص 215. – رسالتنا حول سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م. :أسسه ومظاهره في نظرية العقد: مرجع سابق ص 256.

المبحث الأول :
تأصيل الفصلين467 و468 من ق.ل.ع.م

496- إن الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.، في نصيهما الفرنسيين، منقولان –مبنى ومعنى- من الفصلين 522[1] و523[2] من المجلة التونسية للالتزامات والعقود. وهذان النصان الأخيران يقتصران، في آخر المطاف، على ترديد مقتضيات الفصلين 607[3] و608[4] من المشروع التمهيدي لسانتيانا.

497- وحسب سانتيانا[5] فإن الفصل 607 من مشروعه التمهيدي مستمد من الفصول 784[6] و1273[7] و1286[8] و2048 و 2049[9] من القانون المدني الفرنسي. كما تأثر نص سانتيانا بجملة من تطبيقاته المعتمدة في نصوص الفقه الإسلامي منها على سبيل المثال ما قال به ابن نجيم الحنفي كـ "الأب إذا اشترى دارا لابنه الصغير وكان شفيعا كان له الأخذ بها والوصي كالأب....[أو] أخر الشفيع

[1]- تنص ترجمته الرسمية على أنه: "لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حق بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عباراته بغير أن يتوسع فيها بالشرح، وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التنازل".

[2]- انظر نصه الفرنسي وكذا ترجمته الرسمية في فقرة 495 قبله.

[3]- إن النص الفرنسي للفصل 522 تونسي يتضمن بعض التعديلات التي لا تهدف إلا إلى الزيادة في التوضيح وذلك بالمقارنة مع الفصل 607 من المشروع التمهيدي لسانتيانا الذي يقضي بأن:

« Les renonciations à un droit doivent être interprétées strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte des termes employés par leur auteur, ou de l'acte sur lequel on se fonde pour en induire la renonciation ».

ولقد أصبح هذا النص بعد إقراره النهائي في الفصل 522 من المجلة التونسية يجري كما يلي:

« Les renonciations à droit doivent être **entendues** strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte **évidemment** des termes employés par leur auteur, **et ne peuvent être étendues au moyen de l'interprétation. Les actes dont le sens est douteux ne peuvent servir de fondement** pour en induire la renonciation.

[4]- إن نص الفصل 608 من المشروع التمهيدي لسانتيانا هو المنقول مبنى ومعنى إلى الفصل 523 تونسي، ثم بعدئذ إلى الفصل 468 مغربي، وذلك بعد حذف العبارة الأخيرة التالية من نص سانتيانا:

« ...., si le contraire n'est exprimé par la loi, ou ne résulte de la nature même de l'action ».

[5]- داوود سانتيانا: المرجع السابق ص 249.

[6]- يتعلق الفصل 784 مدني فرنسي باشتراط الصراحة في التنازل عن التركة لأن هذا التنازل لا يفترض.

[7]- يقضي الفصل 1273 مدني فرنسي باشتراط الصراحة في التجديد لأن هذا الأخير لا يفترض.

[8]- يقرر الفصل 1286 مدني فرنسي أن إرجاع الدائن المرتهن الشيء المرهون إلى المدين الراهن لا يكفي لافتراض إبراء المدين من الدين الأصلي.

[9]- يتعلق الفصلان 2048 و2049 مدني فرنسي بالصلح. فالصلح لا يسري إلا على النزاعات والحقوق التي كانت محلا له. كما أن الصلح، بالنظر إلى ضرورة فهمه على نحو مضبوط وقطعي، لا يحسم إلا ما صرح به المتعاقدان من النزاعات المعتبرة خلاله أو ما يشكل من النزاعات نتيجة ضرورية تنجر عما وقع التصريح به.

الجار الطلب لكون القاضي لا يراها فهو معذور وكذا لو طلب من القاضي إحضاره فامتنع فأخر...."[1]؛ ومنها ما قال به الشيخ خليل المالكي كـ "أو أسقط وصي أو أب بلا نظر وشفع لنفسه أو ليتيم آخر"[2].

498- وفيما يرجع إلى النص الثاني في المشروع التمهيدي (الفصل 608 منه)، فإن سانتيانا جعل ما تأثر به متمثلا من جهة في الفقه الإسلامي الحنفي وبالأساس في ما قال به ابن نجيم الحنفي كـ "المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب إلا في الوقف"[3] و"المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا إلا إذا كان متعمدا"[4]. كما يتمثل من جهة أخرى في كل من الديجست البيزنطي[5] وما قال به الفقيهان الفرنسيان أوبري ورو (Aubry et Rau) بالأساس في الفقرة (323A) من مؤلفهما "دروس القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا"[6].

والحقيقة أن الصياغة المعتمدة في الفصل 608 من المشروع التمهيدي لسانتيانا (أي الفصل 523 تونسي أو الفصل 468 مغربي) نجدها هي ذات الصياغة المسطرة عند الفقيهين أوبري ورو[7]. كما أن العبارة الأساسية[1] في الفصل

[1]- ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر: مرجع سابق ص 335. والجدير بالإشارة أن المألوف في الفقه المالكي أن الجار لا شفعة له "وإن ملك تطرقا" :انظر في هذا الصدد: مختصر خليل ص. 230 من الطبعة التي سنشير إليها في الهامش بعده وكذا شرح الزرقاني لمختصر سيدي خليل: مرجع سابق: ج.6 ص 171.

[2]- خليل بن إسحق المالكي: مختصر خليل في فقه الإمام مالك، صححه وعلق عليه ووضع ترجمة العلامة خليل الشيخ أحمد نصر، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ط. 1981 ص 231. وجاء في شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل للعبارة الواردة لهذا الأخير في المتن: " (أو أسقط) أو سكت (وصي أو أب) حال ثبوت أن فعلهما (بلا نظر) فلا تسقط شفعته وله الأخذ له وكذا له الأخذ بها إذا بلغ رشيدا فإن أسقط لنظر ثابت سقطت وحملا عليه عند الجهل بخلاف الحاكم عنده (و) الولي إذا كان شريكا لمحجور فباع صحة المحجور لأجنبي لمصلحة (شفع) أي له الأخذ بالشفعة (لنفسه) ولا يكون توليه البيع مانعا من ذلك وكذا عكسه ولابد فيهما من الرفع للحاكم لاحتمال بيعه برخص لأخذه لنفسه وبغلاء لأخذه للمحجور (أو ليتيم آخر) من يتيمين مشتركين في عقار وهما تحت حجره فباع لأحدهما حصته لأجنبي فيشفع للآخر ولا يكون توليه البيع مانعا من ذلك...." :المجلد 3، ج.6، دار الفكر، بيروت، 1978 ص 183.

[3]- ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق، ص 338. –ولقد بلورت المجلة العثمانية للأحكام العدلية ما يماثل هذا الموقف في المادة 910 منها: انظر هذه المادة وشرحها في: رستم باز اللبناني: شرح المجلة، مرجع سابق ص 506 وما بعدها. وكذا المادة 912 المتعلقة بمباشرة الإتلاف وما ينجر من الخيار لصاحب المال بين متلف المال وبين الغاصب الذي يكون المال في يده وقت إصابة هذا المال بالتلف.

[4]- ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق ص 339. –ولقد أصبحت هذه العبارة مكرسة في المادتين 92 ("المباشر ضامن وإن لم يتعمد") و93 "(المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد") من المجلة العثمانية: انظر في شرحهما: رستم باز اللبناني: المرجع السابق ص 60. وانظر أيضا ما ورد من الاستثناءات في شرح المادة 90 من المجلة العثمانية وتقضي بأنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" :المرجع السابق لرستم باز اللبناني ص 59.

[5]- القانون 17 من الكتاب 50 والفقرة 41 من القانون 7 من الكتاب 44 من الديجست.

[6]- انظر الجزء الرابع من هذا المرجع السابق، ص 330 وما بعدها.

[7]- للوقوف على أوجه المطابقة بين نص سانتيانا ونص أوبري ورو نرى أن ندرج نص الفقيهين الفرنسيين بغير ترجمة:

607 من نفس المشروع (أي في الفصلين 522 تونسي أو 467 مغربي) لا تقو
مماثلة عن الصياغة المعتمدة لدى نفس الفقيهين الفرنسيين[2].

إن هذا التوافق –على الأقل حتى لا نقول التطابق- بين صيغة الفصلين 607
و608 من مشروع سانتييانا وما استعرضناه من عبارات أوبري ورو يجعلنا نم
إلى اعتبار هذه العبارات أصلا مباشرا للفصلين المذكورين. غير أن عبارا
الفقيهين الفرنسيين وردت في سياق موضوع التنازل بوجه عام[3]. ولا شك أن
الوقوف على أهم ما جاء في معالجة هذا الموضوع عند الفقيهين هو الذي يسمح بفهم
ما سيساعد على محاولة ضبط الترجمة المناسبة في تقديرنا للفصل 467 من
ق.ل.ع.م.

499- وعليه, فإن أوبري ورو مَهَّدا للتنازل بتحديد معناه العام[4] على أنه
"تصرف بموجبه يتنازل شخص أو يتخلى عن حق له". وعند دراسة التنازل بوجه

« .... Si deux actions sont ouvertes à une personne, à raison d'une même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait, en général, être considéré comme une renonciation à l'autre » :

أوبري ورو: المرجع السابق، ج. 4 ص. 333.

[1]- تتمثل هذه العبارة الأساسية في أن التنازل عن حق يجب تأويله (فهمه) بصفة مضبوطة قطعية أما ما جاء بعدها فضرب من الزوائد التي ترمي بالدرجة الأولى إلى توضيح المقصود بالتأويل المضبوط بصفة قطعية.

[2]- يقول أوبري ورو في مرجعهما المشار إليه في السابق، ج.4، فقرة (323A) ص. 333.

« .... Dans la doute, elle [La renonciation] ne se présume pas ; et la renonciation, qui serait d'ailleurs constante, devrait toujours être interprétée d'une manière restrictive ».

والملاحظ على نص أوبري ورو أنهما أيضا يستعملان فيه اصطلاح التأويل الضيق بنفس معنى التأويل المضبوط بصفة قطعية. كما يلاحظ أن سانتييانا لم يقم إلا بترديد نص أوبري ورو عندما سطر في نص الفصل 607 من مشروعه ما يلي:

« Les renonciations à un droit doivent être interprétées strictement.... »

فهو لم يتجاوز حالة تغيير لفظة "devrait" بلفظة "doivent" الملائمة أكثر للصياغة القانونية بخلاف الصياغة الفقهية، وتغيير لفظة "restrictive" بلفظة "strictement" عن صواب في تقديرنا لأن اللفظة الأولى تعني التأويل الضيق الذي يهدف إلى الأخذ بأقل من المعنى الحرفي النحوي عندما يتبين للقاضي أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا المعنى الأقل.

[3]- لقد عالج الفقيهان موضوع التنازل بوجه عام في مرجعهما المار بنا قبله في النقطة (A) من الفقرة 323. وهذه النقطة تمتد من ص. 331 إلى ص. 335.

[4]- يرى أوبري ورو أن التنازل حسب معناه الخاص يتعلق بالدين (بمفهوم الدائنية أو ما يسمى بالحق الشخصي). ولكن التنازل بمعناه الخاص لا يطلق عليه اصطلاح "renonciation" وإنما "remise de dette" أي الإبراء من الدين (المرجع السابق ص 331). وبالمقابل فإن التنازل الذي بموجبه لا يتخلى الشخص عن الحق في حد ذاته وإنما عن المطالبة القضائية المتعلقة به يطلق عليه اصطلاح "désistement" المرجع السابق، ص 331 الهامش 1). ولكن الملاحظ أن هذا الاصطلاح الأخير ترجم في المسطرة المدنية المغربية لسنة 1974 بالتنازل: انظر الفصل 119 وما بعده من هذا القانون. وهي نفس الترجمة التي كانت معتمدة في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 (الفصل 134 منه).

عام تناولا في البداية الأهلية المشترطة لصحة هذا التصرف[1]، وكذا ما يصلح[2] أو لا يصلح[3] محلا للتنازل.

ثم انتقلا بعدئذ إلى التأكيد، فيما يخص صيغة (الأشكال الدالة على) التنازل، على أن المبدأ في هذه الصيغة هو الرضائية. وحسب هذا المبدأ فإن التنازل كما يجوز مجيئه بتصرف (تعبير) صريح، يجوز بلورته أيضا بتصرف (تعبير) ضمني يكمن في أية واقعة أي كل فعل تستفاد منه على نحو بين إرادة التخلي عن الحق[4]. أما إذا تعذرت استفادة إرادة التخلي من التصرف (التعبير) الضمني كنا أمام حالة الشك التي لا يقوم معها التنازل؛ لأن التنازل في حالة الشك لا يفترض: « dans le doute elle [la renonciation]ne se présume pas »[5]. ثم "إن التنازل حتى عندما يكون [ما يدل عليه صراحة (أي قولا) أو ضمنيا (أي فعلا)] واضحا بينا يجب تأويله دائما **بصفة مضبوطة**"[6]. و"ينتج عما سبق أنه **إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد، دعويان، فإن اختياره إحداهما لا يمكن، على العموم، أن يحمل على تنازله عن الأخرى**"[7].

وفي الأخير نبه الفقيهان إلى أن أثر التنازل يمكن تقييده بواسطة إبداء التحفظات. كما أنه عن طريق الاحتجاج يمكن للشخص أن يحمي نفسه من خطر التأويل الذي قد يجعل الواقعة (الفعل) الحاصلة منه مفيدة لتنازل ضمني على الرغم

[1]- حسب أوبري ورو فإن هذه الأهلية تتمثل في أهلية التبرع عندما لا يكون التنازل بمقابل وإلا اشترطت الأهلية التي تحددها القواعد الخاصة بالعقود بعوض: (المرجع السابق ص 331).

[2]- حسب أوبري ورو فإن كل الحقوق الثابتة والرخص المترتبة للمصلحة الخاصة للشخص وكذا الحقوق الاحتمالية أو المشروطة تصلح محلا للتنازل: (المرجع السابق ص 331 و332).

[3]- إن كل ما يخالف النظام العام أو يخرج بحكم طبيعته من دائرة التعامل أو يعلق على شرط إرادي محض لا يصلح، حسب أوبري ورو محلا للتنازل: (المرجع السابق ص 31 و332).

[4]- من الأمثلة على التنازل الضمني في القانون المدني الفرنسي حسب أوبري ورو: الفصول: 2221 (التنازل الضمني عن التقادم)، 1211 (التنازل الضمني للدائن عن التضامن)، 1212 (التنازل الضمني عن التضامن فيما يرجع إلى الفوائد المترتبة على الدين)، 1282 و1283 (الإبراء الضمني من الدين)، الفقرتان الثانية والثالثة من 1338 (الإجازة أو التصديق الضمني على العقد القابل للإبطال): (المرجع السابق ص 333 الهامش 9). –انظر في هذا الصدد على التوالي الفصول 373 و156 و341 و37 من ق.ل.ع.م. غير أن القانون قد لا يعتد بالتنازل إلا إذا دل عليه تصرف (تعبير) صريح: ومن الأمثلة التي ضربها أوبري ورو على التنازل الذي يشترط فيه التصرف (التعبير) الصريح في القانون المدني الفرنسي الفصول884 /2 و1275 و2054 منه: (المرجع السابق ص 333 الهامش 10).

[5]- أوبري ورو: المرجع السابق ص 333.

[6]- إن ما وضعناه بين معقوفين توضيح أضفناه إلى نص أبري ورو لأنه يتلمس من صريح ما سبقه عند نفس الفقيهين. وهذا النص هو الذي سينير لنا السبيل إلى ضبط الترجمة التي سنقترحها للفصل 467 من ق.ل.ع.م. :انظر في هذا الصدد ما أوردناه في فقرة 498 قبله.

[7]- إن نص أوبري ورو المعتمد كما مر بنا في الفصل 608 من مشروع سانتييانا وبالتالي في الفصل 468 من ق.ل.ع.م.لم يكن فحسب نتيجة لما أعلناه من ضرورة التقيد بالتأويل المضبوط القطعي للتنازل غير المشكوك فيه؛ وإنما أيضا نتيجة لما أعلناه من أن التنازل كما يدل عليه التصرف الصريح يدل عليه أيضا التصرف الضمني أي ذلك الحاصل بالفعل لا بالقول، مع الأخذ في الاعتبار لما سيأتي في الفقرة 511 وما بعدها بعده.

من أن الاحتجاج قد يكون غير مجد وغير ناجع عندما لا يتناسب مع الآثار التي يرتبها القانون على تصرف ما (واقعة أو فعل ما) أو عندما لا يتناسب مع الآثار المنجرة بالضرورة عن طبيعة هذا التصرف. كما أشارا إلى أن المبدأ في التنازل أنه يجوز الرجوع فيه قبل تلقيه بالقبول من طرف المستفيد منه[1].

500- إذا ثبت ما سبق, قلنا إن صياغة سانتيبانا للفصل 607 في مشروعه التمهيدي، في ضوء ما قال به الفقيهان أوبري ورو، جعله يتعرض في بداية فصله للتنازل الذي يدل عليه بالأساس ما يمكن أن نطلق عليه التصرف الصريح أو التعبير الصريح، كما يتعرض في آخره للتنازل المستفاد مما يمكن أن نسميه بالتصرف الضمني أو التعبير الضمني لأن رفع الدعوى قد يحمل على الاعتقاد بحصول التنازل عن الدعوى الأخرى المبنية على نفس السبب. ولكن نظرا لما قد يتمخض عن التصرف أو التعبير الضمني من مخاطر عند عدم تقييد تأويله كما نبه إلى ذلك الفقيهان أوبري ورو؛ فإن النص النهائي المعتمد في الفصل 522 من المجلة التونسية أثر التأكيد، في توضيح ما جاء في آخر الفصل 607 من مشروع سانتيبانا، على أن التصرفات الضمنية الغامضة والتي تبقى مثار شك لا يمكن أن يستفاد منها التنازل. وبطبيعة الحال إذا كان التصرف المقصود هنا ليس هو العقد كما كرسته الترجمة المتداولة للفصل 467 من ق.ل.ع.م. وإنما هو التصرف أو التعبير الضمني؛ فإن هذا التصرف أو التعبير يتمثل في القول أو الفعل الدال على الاتفاق أو العقد أو الإرادة المنفردة الرامية إلى إحداث أثر قانوني من غير إنشاء الالتزام[2].

501- وبعد كل هذا نرى أن الفصل 467 من ق.ل.ع.م. -حسب الترجمة التي نقترحها هنا- ينص على أن: "التصرفات الصريحة في دلالتها على التنازل عن حق يجب فهمها بصفة مضبوطة قطعية بأن لا يعطاها إلا المدلول المستفاد مما يظهر بداهة من الألفاظ المستخدمة من قبل صاحبها. فهذه الألفاظ لا يسوغ التوسع فيها عن طريق التأويل. والتصرفات الضمنية التي تبقى دلالتها مثار شك لا يصلح اعتمادها أساسا لاستنتاج التنازل منها". فكيف يمكن أن ينضبط مدلول قاعدة هذا النص الذي يجسد الفصل 468 من ق.ل.ع.م. أحد تطبيقاته كما مر بنا؟

[1]- أوبري ورو: المرجع السابق، ص 334و335.

[2]- نقول الرامية إلى إحداث أثر قانوني من غير إنشاء الالتزام لأن الفقه الغربي الذي صيغ على هديه ق.ل.ع.م. لم يكن في مجموعه يومن بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام وإنما بقدرتها على إحداث أثر قانوني آخر فقط كالتنازل عن الحق: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: جيرار فارجا: -القانون الخاص للاقتصاد. 2-نظرية الالتزامات: مرجع سابق ص. 15 وما بعدها.

المبحث الثاني :
ضبط مدلول قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م

502- إن أول ما يمكن أن يلتفت إليه الراغب في تحديد مدلول الفصل 467 من ق.ل.ع.م.، عند قراءته، حسب اعتقادنا, هو أن هذا النص يشكل تنبيها للقاضي فيما يرجع إلى كيفية فهم التصرفات التي ينجر عنها التنازل بغض النظر عن مظان هذا الأخير: إنه التنازل عن حق بوجه عام. وهذا التنبيه هو المعتبر جوهريا في الفصل 467. غير أن هذا النص ارتأى -زيادة في الحرص على ضرورة مراعاة الفهم المطلوب فيه- أن يوضح المقصود بالمعنى الواجب الوقوف عنده في الفهم من جهة، وأن يوضح، من جهة أخرى، التصرفات التي من شأنها أن تدل أو لا تدل على التنازل. ولقد وصل الأمر بالمشرع في شأن هذا التوضيح الأخير إلى حد جعل الفصل 468 مقتصرا على صياغة قانونية لمثال ملموس.

وهكذا فإن ما سبق يوجهنا، في محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 467 ونص الفصل 468 المطبق له، إلى التعرض في المقام الأول لتحديد المقصود بالفهم المضبوط بصفة قطعية للتنازل عن حق ثم التعرض بعدئذ لأنواع التصرفات الدالة على التنازل عن حق باعتبار أن موضوع الفهم المطلوب يكمن في الحقيقة في هذه الأنواع من التصرفات وليس على التنازل في حد ذاته والمعتبر أثرا قانونيا لها.ونظرا لكون الحالة التطبيقية لهذه التصرفات، عندما تتمثل في اختيار دعوى دون الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب، قد خصها ق.ل.ع.م. بنص خاص هو الفصل 468؛ لذلك نرى أن نتناول هذه الحالة التطبيقية في نقطة أخيرة. وعليه فإننا سنعالج هذا المبحث في ثلاثة مطالب كالتالي:

- **المطلب الأول: تحديد المقصود بالفهم المضبوط بصفة قطعية للتنازل عن حق في الفصل 467 من ق.ل.ع.م.**
- **المطلب الثاني: أنواع التصرفات موضوع الفهم المضبوط بصفة قطعية حسب الفصل 467 من ق.ل.ع.م. والدالة على التنازل عن حق.**
- **المطلب الثالث: مدى دلالة الدعوى المختارة على التنازل عن الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب حسب الفصل 468 من ق.ل.ع.م.**

المطلب الأول :
تحديد المقصود بالفهم المضبوط بصفة قطعية للتنازل عن حق في الفصل467 من ق.ل.ع.م

503- الحقيقة، كما نعتقد، أن هذا الفصل قد وفر علينا بذات محتواه عناء البحث عن المقصود بالفهم المضبوط بصفة قطعية: إنه ذلك الفهم الذي يقف عند "المدلول المستفاد مما يظهر بداهة من الألفاظ المستخدمة من قبل صاحبها"[1] حسب ترجمتنا المقترحة للفصل 467 المذكور، الفهم المكتفي بـ "المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه" حسب الترجمة المتداولة لنفس الفصل، الفهم الذي يجعل "المقصود" من التنازل "ينحصر..... فيما يقتضيه صريح عباراته" حسب الترجمة الرسمية التونسية للفصل 522 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. وبما أن الصريح هو المعنى المتبادر إلى الذهن، المعنى الذي يخطر ببال السامع قبل غيره من المعاني التي قد يحتملها نفس اللفظ الدال عليها جميعها، المعنى المباشر الحقيقي بالوضع أو بالعرف اللغوي أو القانوني والمألوف أو من المفروض أن يكون مألوفا لدى المخاطب المتعاقِد أو المتعاقَد معه أو المتصرف لمصلحته؛ لذلك نستطيع أن نقول إن الفهم المضبوط بصفة قطعية يقصد به أن المعنى الواجب اعتماده لا يمكن أن يضيف أو ينقص أي أمر إلى ما أو مما أسميناه في السابق بالمعنى الحرفي النحوي للعبارة أو البند المذكور في العقد أو التصرف بوجه عام ولو كان هذا التصرف مما يصدر من جانب واحد. وإذا تعلق الأمر بالفعل (الواقعة

[1]- إن القضاء المغربي عند تطبيقه مقتضيات الفصل 467 من ق.ل.ع.م. لا يستغني عن ترديده هذا المقصود بالفهم المضبوط بصفة قطعية: فلقد جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 دجنبر 1928 أن:"البند المتضمن للتنازل عن حقوق وضمانات يجب فهمه بصفة مضبوطة قطعية ولا يمكن أن يعطاه إلا المدلول المستفاد بداهة من الألفاظ المستخدمة من غير توسيع فيه عن طريق التأويل": (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.5 ص 59). انظر أيضا في نفس هذا المعنى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13 فبراير 1934 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 7 ص. 545). – حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ فاتح يونيو 1932 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1932 رقم 509 ص 293). –وجاء في القرار رقم 1188 الصادر عن الغرفة التجارية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 3 يونيو 1986 أنه: "يتجلى من الفصل 1108 من ق.ل.ع.م. أنه يجب تفسير الصلح في حدود ضيقه وهو لا يسري إلا على الحقوق التي ورد عليها. وعليه فإن التخفيض في ثمن بضاعة، الممنوح في إطار صلحي، لا يمكن أن يمتد ليشمل الحقوق الجمركية الخاضعة لها هذه البضاعة إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك" (منشور بالمجلة المغربية للقانون، عدد 13، السنة 1987، ص 176 وما بعدها إلى 178). –كما جاء في القرار عدد 293 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 فبراير 1989 أن:"الفاظ المحبس وقف فلا يجوز تجاوزها. لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قضت برد دعوى الطاعنين لعدم إدخالهم أخواتهم كمدعيات دون أن تناقش دفعهم من أن المحبس اشترط لاستفادتهن من المال المحبس أن يتأيمن وأن هذا الشرط لم يتحقق بعد". (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42-43ص 139 وما بعدها).

غير القولية)، فإن الفهم يجب ألا يخرج، زيادة أو نقصانا، عن الدلالة المألوفة لهذا الفهم.

504- إن هذا التحديد –بعبارة أخرى- هو الذي ينطبق على ما أسميناه بالتأويل المضبوط بصفة قطعية[1]. واصطلاح التأويل هو الذي لاحظنا –في معرض تأصيل الفصل 467 من ق.ل.ع.م.- اعتماده في كل من الفصل 607 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا والنص الفقهي لأوبري ورو[2]. غير أنه لما كان المفهوم المتداول للتأويل يتمثل في توسيع أو تضييق المعنى الحرفي النحوي للفظ، وكان التأويل المضبوط بصفة قطعية لا يهدف إلى تحقيق هذه النتيجة باعتبار أنه يكتفي بهذا المعنى الحرفي النحوي من غير أية زيادة فيه أو نقصان منه؛ لذلك ارتأى النص النهائي للفصل 522 تونسي وبالتالي 467 مغربي تغيير اصطلاح التأويل باصطلاح الفهم. وللتأكيد على تمييز الفهم عن التأويل أضاف النص التونسي، وبالتالي المغربي، أن المعنى الحرفي النحوي للألفاظ "لا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل" كما أضاف أيضا حسب مفهوم الموافقة للنص المذكور أن هذا المعنى الحرفي النحوي "لا يسوغ التضييق فيه عن طريق التأويل". ومع ذلك فقد مر بنا أن الفهم بدوره يعد في حقيقته ضربا من التأويل ولكنه يبقى تأويلا مستترا ومقنعا لأن القاضي يلجأ إليه بالضرورة ومع ذلك يحتفظ به لنفسه للخروج في ضوئه بالفهم الذي يعتبره ق.ل.ع.م. فهما سليما. وبما أن الوقوف عند المعنى الحرفي النحوي يجعل الفهم سليما ليس فقط عندما يتعلق الأمر بالتنازل بوجه عام، وإنما حتى عندما يتعلق الأمر بكافة التصرفات الأخرى؛ لذلك نستطيع أن نقول إن مدلول الفصل 467 مغربي (أو 522 تونسي) لا يتميز بأية خصوصية من شأنها أن تجعل صياغة محتواه في ق.ل.ع.م. (أو المجلة التونسية للالتزامات والعقود) أمرا ضروريا[3].

[1]- انظر، فيما يخص معنى التأويل المضبوط بصفة قطعية، فقرة 185 قبله. وللوقوف على النصوص المتعددة في ق.ل.ع.م. والمكرسة للتأويل بل الفهم المضبوط بصفة قطعية وكذا على بعض التطبيقات القضائية لهذه النصوص: انظر الفقرتين 183 و184 قبله.

[2]- يذهب كوكييه إلى أن النص القانوني الذي يحث على التأويل المضبوط بصفة قطعية يعلن عن قاعدة تأويل وليس عن منهج للتأويل: المرجع السابق ص 90 و91.

[3]- لقد عبر كوكييه عن مثل هذا الموقف فيما يرجع إلى الفصل 1163 مدني فرنسي الناص على أن: "الألفاظ الدالة على تصرف وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما يتبين أن الطرفين قد تعاقدا عليه أو التزما به". فهذا النص في نظر كوكييه يقتصر على تكرار المبدأ المنصوص عليه في الفصل 1156 مدني فرنسي وذلك من أجل السماح للقاضي بإتباع المنهج التضييقي عندما يكون على هذا المنهج أن يهدف إلى تغليب النية الحقيقية للمتعاقدين على المعنى الحرفي النحوي. ومع ذلك فإن الفصل 1163 مدني فرنسي لا نتلمس فيه أي مبدأ من شأنه أن يوجه القاضي في مهمته: المرجع السابق ص 168.- انظر في هذا المعنى أيضا: دومولومب: المرجع السابق رقم 30 ص 31. –فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ج.16 رقم 512 ص 588 وما بعدها. –كالاطاي:المرجع السابق رقم 82 ص 164. – سانتا ماريا: المرجع السابق، ص 57. –وبالمقابل فإن سيملر في مقاله المشار إليه في

الفقرة الأولى :
التصرف المنظور إليه من زاوية ما يرتبه من الأثر القانوني والمتمثل في التنازل عن حق

508- حسب ما صيغ على هديه ق.ل.ع.م. من الفقه الفرنسي، فإن هذا التصرف إما أن يتمثل في العقد أو في الاتفاق[1] أو في التصرف الصادر من جانب واحد (L'acte unilatéral)[2].

[1]- إن الفقه الفرنسي التقليدي –بل وحتى بعضه المعاصر- يميز بين العقد والاتفاق. ويرى أن العقد هو توافق الإرادتين على إنشاء الالتزام ليس إلا. أما الاتفاق فهو توافق الإرادتين على نقل أو تعديل أو إنهاء الالتزام: (انظر على سبيل المثال: كاربونييه: القانون المدني، -4- الالتزامات: مرجع سابق ص 40 –جيرار فارجا: المرجع السابق ص 12 و13 مع التنبه إلى أن هذا الأخير يطلق اصطلاح العقد على ما يهدف إلى إنشاء الالتزام أو نقله أما الاصطلاح الملائم لما يعدل أو ينهي الالتزام فهو الاتفاق). –والملاحظ أن الفقه المغربي يكاد يجمع على التسوية بين مفهومي العقد والاتفاق: (انظر على سبيل المثال: مامون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء ق.ل.ع.م. ج.1، مرجع سابق ص 29 و30. أحمد حسن البرعي:نظرية الالتزام في القانون المغربي –مصادر الالتزام- 1- العقد: مرجع سابق ص 24. – علي الصقلي: النظرية العامة للالتزامات: ج.1. المصادر الإرادية للالتزام: مرجع سابق ص 25. –أما هشام فرعون مثلا فيميل إلى التمييز بين العقد والاتفاق: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي: مرجع سابق، ص 19 و20). بل الأكثر من هذا فإن الفقه القائل بالتسوية بين مفهومي العقد والاتفاق يذهب إلى أن ق.ل.ع.م. بدوره يكرس هذه التسوية. والواقع، في تقديرنا، إذا كان ق.ل.ع.م. قد استعمل اصطلاح العقد في كثير من فصوله نذكر منها 24 و25 و26 و31 و32 و478 و619 و627 و723 و781 و830 و856 و870 و879 و982 و1098 و1117 و1770، واستعمل أيضا لفظ الاتفاق إما بمفرده كما هو الشأن مثلا في الفصلين 19 و36 أو مع العقد في نفس الفصل كما هو الحال مثلا في الفصلين 20 و34؛ فإنه لا ينبغي مع ذلك، بالنظر إلى العقلية الفقهية التي صيغ على هديها المشروع التمهيدي لسانتيانا، أن نفهم من هذا الاستعمال أن ق.ل.ع.م. يتعامل مع الاصطلاحين على أن لهما نفس المعنى والشاهد على ما نعتقده أن النقطة الثانية من الفرع الثاني من القسم الأول من الكتاب الأول من ق.ل.ع.م. قد عنونها واضع هذا القانون بالاتفاقات أو العقود (Des conventions ou contrats). ومثل هذا العنوان يبين الجنس (الاتفاق) والنوع (العقد) وليس التسوية أي الاتفاق هو العقد. وكذلك نلاحظ أن ق.ل.ع.م. يستعمل اصطلاح الاتفاق كلما تعلق الأمر بغير إنشاء الالتزام. وهكذا نجد مثلا أن الانتقال قد يتم بالاتفاق (الفصل 189) وأن الحلول قد يتم بالاتفاق (الفصلان 211 و213) والوفاء (الفصل 320) والإبراء (الفصل 341). ومن خلال كل ما مر بنا نستطيع أن نذهب إلى أن ق.ل.ع.م. لا يسوي بين مفهومي الاتفاق والعقد دائما بخلاف القضاء المغربي فإنه يميل إلى هذه التسوية:انظر على سبيل المثال: قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1924 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1925، رقم 158 ص 19) وغيره من القرارات التي نجدها أسفل الفصل 189 من ق.ل.ع.م. في طبعة هذا القانون من طرف فرانسوا بول بلانك والمعلق عليها بأحكام وقرارات القضاء، منشورات شوسبريس، الدار البيضاء، 1989، ص 210.

[2]- لقد كان ما صيغ على هديه ق.ل.ع.م. من الفقه الفرنسي يميز بين التصرف الصادر من جانب واحد (L'acte unilatéral) والتعهد الصادر من جانب واحد (L'engagement unilatéral)، أما التصرف الصادر من جانب واحد فهو الذي يهدف إلى إحداث أثر قانوني من غير إنشاء الالتزام. وهذا التصرف المنجر عن الإرادة المنفردة كان الفقه، بالإجماع، لا يتردد في قبوله. أما التعهد الصادر من جانب واحد فهو الذي يهدف إلى إنشاء الالتزام فقط. وهذا التعهد المنجر عن الإرادة المنفردة لم يكن يعتد به على الإطلاق: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: جيرار فارجا: المرجع السابق ص 15 و16. ولاشك أن الفصل 14 من ق.ل.ع.م. والناص على أن: "الوعد المجرد لا ينشئ التزاما"، يعد تجسيدا حيا لموقف الفقه التقليدي من التعهد أو الوعد الصادر من جانب واحد. وإذا قيل بأن الوعد بجائزة يعتد به وهو من مظاهر التعبير عن الإرادة المنفردة، قلنا إن الوعد بجائزة لم يعتد به إلا نظرا لكون هذا التعبير جاء معلقا على شرط القيام بعمل هو العثور على الشيء الضائع. والأصل في الفقه التقليدي أن "المواعيد إذا اكتست بصور التعاليق تكون لازمة" (كما تنص على ذلك المادة 84 من المجلة العثمانية). وهذه التعاليق التي لابد من صيغ الوعود

والعقود، سواء كانت مسماة في ق.ل.ع.م. كالبيع والمعاوضة والكراء وإجارة الصنعة والوديعة الاختيارية والعارية والقرض بدون فائدة أو بفائدة والوكالة والشركة والصلح والكفالة والرهن الحيازي، أو كانت هذه العقود غير مسماة كالليزنك (في صوره الأخرى غيرالقرض الإيجاري أي الائتمان الإيجاري[1]) والفاكتورينك (بيع أو شراء الفاتورات)[2]؛ قد يثار في شأنها نزاع يتصل باستخلاص التنازل منها. في هذه الحالة فإن العبارات أو البنود المعتمد عليها في هذه العقود ينبغي أن تفهم بصفة مضبوطة قطعية. فإذا ما كان معناها المتبادر إلى الذهن يفيد التنازل قام هذا الأخير[3]، وإلا فلا ما لم يكن هناك دليل آخر يفهم من صريحه قيام هذا التنازل.

509- وما قلناه في هذا الصدد ينطبق على الاتفاقات المقدمة كدليل على حصول التنازل. ومن الأمثلة على الاتفاقات في ق.ل.ع.م. نذكر الحوالة (الفصول 189 و194 و209) والحلول الاتفاقي (الفصلان 211 و212) والإنابة (الفصل 217) والوفاء (الفصل 320) والإبراء الاختياري – إبراء الإسقاط- (الفصل 341) والتجديد (الفصل 347) والإنابة المفضية إلى التجديد (الفصل 352) والمقاصة الاتفاقية (الفصلان 357 و364).

بها لتصبح لازمة قد ينظر إليها أيضا على أنها قبول ضمني. والقبول وإن كان ضمنيا ينعقد به العقد أو الاتفاق. وهذا الأخير إرادتان وليس إرادة منفردة: انظر في القبول الضمني للوعد بجائزة الفصلين 15 و16 من ق.ل.ع.م.

[1]- كما أثر ترجمته، في المغرب، السيد وزير المالية في عرضه لمشروع قانون المالية لسنة 1994 أمام مجلس النواب في جلسته العمومية المنعقدة يوم الثلاثاء 21 ديسمبر 1993.ومن الترجمات المتداولة لليزنك في القانون المغربي نذكر أيضا: الإيجار التمويلي (قانون المالية لسنة 1992: الجريدة الرسمية، النشرة العامة، عدد 4131 بتاريخ فاتح يناير 1992 ص 12 و13)، الائتمان التأجيري (القانون المتعلق بإنشاء مؤسسة زايد بن سلطان لتقديم الخدمات الطبية للمرضى: الجريدة الرسمية النشرة العامة، عدد 4220 بتاريخ 15 سبتمبر 1993، الفصل 14 ص. 1617)، الائتمان الإيجاري (ظهير 6 يوليوز 1993 المتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان ومراقبتها: الجريدة الرسمية، النشرة العامة، عدد 4210بتاريخ 7 يوليوز 1993: المواد 3 و5 و8 ص. 1157). ولقد نسخ هذا القانون كما سيأتي لاحقا .بل الأكثر من هذا فإن بعض المؤسسات البنكية الإسلامية تسميه بالإجارة والاقتناء (انظر مقال رضا سعد الله بالفرنسية: "مكونات النظام المالي الإسلامي"، جريدة (اقتصادنا" عدد 31، نوفمبر 1993 ص 3). والجدير بالتنبيه أن صورة القرض الإيجاري صارت عقدا مسمى بالائتمان الإيجاريفي مدونة التجارة المغربية (المواد من 431 إلى 442 منها) . كما أن الإجارة والاقتناء اعتمدتها مذكرة والي بنك المغرب المؤرخة في 13 شتنبر 2007 في شأن توصية متعلقة بمنتجات الإجارة والمشاركة والمرابحة . وهذه العقود كرسها القانون رقم 12 -103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها المنفذ بالظهير المشار إلى تاريخه في الهامش بعده .وهذا القانون الجديد سمى الإجارة والاقتناء في المادة 58 بالإجارة المنتهية بالتمليك.

[2]- حسب القانون المنظم لمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر في شأن تنفيذه ظهير 24 ديسمبر 2014: (المادتان 3و5فيه): ج.ر. النشرة العامة،عدد 6328بتاريخ 22 يناير2015.

[3]- جاء في القرار عدد 681 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أكتوبر 1984 أنه: "متى كان المشغل قد أبرم صلحا مع ذوي الحقوق فإنه لا يسوغ لهؤلاء أن يقيموا أية دعوى ضده.... وليس للمؤمن الذي حل محله أي اعتراض يؤدي إلى المساس بأي حق لذوي حقوق الضحية وإنما له أن يقيم دعوى الرجوع على المؤمن له بما لحقه من خسارة" (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37-38 ص 154 وما بعدها).

510- كما ينطبق ما قلناه قبله أيضا على التصرفات الصادرة من جانب واحد كتنازل أحد الطرفين، بإرادته المنفردة، عن الحقوق[1] أو الضمانات أو الامتيازات[2] المنجرة له عن عقد أو اتفاق. وعلى سبيل المثال الإجازة أو التصديق عل عقد قابل للإبطال من قبل من له صلاحية ذلك، أو تنازل البائع في بيع الثنيا عن حقه في استرداد المبيع خلال المدة المحددة لذلك، أو تنازل من منح له خيار نقض البيع أو الرجوع فيه خلال المدة المحددة لاستعمال هذا الخيار في بيع الخيار، أو تنازل المشتري عن المطالبة بضمان العيوب الخفية في المبيع بعد علمه بها، أو تنازل الدائن المرتهن عن الامتياز الممنوح له لتفضيله على الدائنين العاديين. والأمثلة على هذه التصرفات لا حصر لها وإن كانت في صيغتها لا تخرج عن نوعين هما التصرفات الصريحة والتصرفات الضمنية.

[1]- يلاحظ أن القضاء لا يحترم، أحيانا، الفهم المضبوط بصفة قطعية للتصرف الصادر من جانب واحد والدال حسب معناه الحرفي النحوي على التنازل. وهكذا فلقد جاء في القرار عدد 169 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12 أبريل 1969 أنه: "من حق قضاة الواقع تقدير ما إذا كان تصريح المتضرر بأنه "لا يرغب في أية متابعة قضائية وأنه يتنازل عن كل مطالبة ضد سائق الشاحنة الذي أصابه بجروح" يتعلق فقط بالمتابعات الجنائية أو أنه له مدلولا عاما". (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 104 ص 176 وما بعدها: انظر بالأساس ما جاء في العمود الأيسر من ص 178). والواقع فإن التصرف المذكور في هذا القرار يعتبر صريحا بالنظر إلى فهمه المضبوط بصفة قطعية: إنه يفيد التنازل عن كل مطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني أو الزجري والدليل على هذا هو كلمة "كل". وبما أن قضاة الموضوع اعتبروا هذا التصرف غير مستدل به في النازلة؛ فإن نفس النتيجة كان ينبغي أن يتوصل إليها ليس باعتبار التصرف غامضا وإنما باعتبار عدم وجود الدليل على حصول التنازل. فهذا التنازل لا يفترض إلا مع وجود الدليل المستدل به أمام محكمة الموضوع.

[2]- جاء في القرار عدد 446 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 شتنبر 1987 أنه: "ليس في الإشهاد المحرر من طرف السلطة المحلية ما يفيد أن العامل قد غادر عمله تلقائيا وكل ما فيه أن رئيس الدائرة استدعى الطرفين وأدى المشغل ما بذمته للعامل كما أنه ليس فيه أي تنازل عن حقوقه" (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 ص 161 وما بعدها).

الفقرة الثانية :
التصرف المنظور إليه من زاوية صيغته الدالة على التنازل[1]

511- إن التصرف كصيغة (مظنة) يكتسيها التنازل ليدل بها عليه (كمئنة) إما أن يكون، كما جاء قبله، تصرفا صريحا أو تصرفا ضمنيا.

ويعتبر القول (المنطوق أو المكتوب) بالمقارنة مع الفعل هو الأصل في التصرفات القانونية من حيث صيغتها[2]. والانطلاق من هذا الأصل يسمح بجعل التصرفات إما تصرفات قولية وإما تصرفات فعلية. ومن هذا المنظور يمكن الذهاب إلى أن التصرفات الصريحة هي التصرفات القولية والتصرفات الضمنية هي التصرفات الفعلية. ومع ذلك فإن هذه المطابقة لا تستقيم على الرغم من أن السائد في الفقه المغربي[3]، بل وحتى في نصوص ق.ل.ع.م.[4]، أن التصرفات الضمنية لا تعني أكثر من التصرفات الفعلية أي تلك التي يستنتج القول فيها من الفعل بينما تعني

[1]- يقول كاربونييه في تقديمه لأطروحة جان –بيركريديل: إنه منذ اليوم الذي أصبح فيه القانون أو الحق يحلل كلعبة للإرادات –الإرادات المسكوت عنها أو الإرادات المنطوق بها-، لم يعد من قبيل الغريب أن نرى نظرية الإرادة وهي تحصد العلامة القانونية. فالإرادة هي التي أصبحت تُوضع بصفة آلية وراء العلامة. وفي الوقت الراهن لم يعد الرابط بين العلامة ومدلولها هو الاعتقاد وإنما هو التأويل (ص. 2 و3 روماني من الأطروحة التي سنشير إليها بعده). –كما يقول جان –بيركريديل إن التعبير عن القانون أو الحق يمكن أن يتم بطريقتين: أحيانا بواسطة القول المنطوق أو المكتوب، وهنا يمكن الحديث عن القانون أو الحق اللسانياتي (Linguistique)، وأحيانا بواسطة أشياء مادية محددة أي بواسطة علامات بالمعنى المضبوط بصفة قطعية. وهنا يمكن الحديث عن القانون أو الحق الدلالي (sémiologique):

Jean pierre Gridel : Le signe et le Droit –Les bornes - les uniformes – la signification routière et autres. –L.G.D.j. paris 1979, p. 2et3.

[2]- على الرغم من أن القول (المنطوق أو المكتوب) هو الأصل في التصرفات فإنه قد لا يعتد به أحيانا لإفادة التنازل إلا إذا جاء القول في صيغة الكتابة الرسمية دون ما يصطلح عليه بالكتابة العرفية. وكمثال على ذلك: تنازل المرأة المتزوجة عن الرهن الإجباري المخول لها (الفصل 174 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة): هذا النص لم تعتمده مدونة الحقوق العينية في تنظيمها الرهن الإجباري. وعندما تمنح الحرية لاختيار الصيغة المبلورة للقول فإن هذا الأخير، ولو جاء صريحا في دلالته على معنى التنازل، لا يعتد به ويعتبر كأن لم يكن كما لو تعلق الأمر بالتنازل عن حق لصيق بشخص معين أو صفة معينة أو عندما يكون التنازل في ظروف معينة. وهكذا فإن المرأة المطلقة لا تستطيع التنازل عن الحق في السكن لأن هذا الحق خاص بالمحضون وليس بالحاضنة (قرار عدد 539 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 يوليوز 1984، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 135-136 ص 194 وما بعدها). كما أنه لا يعتد بالتوصيل الذي يسطر فيه القول الدال صراحة على تنازل العامل عن المزايا والمكافآت المقررة بمقتضى اتفاقية جماعية وعن التعويض المنجر عن إنهاء العقد (الفصل 745 مكرر مرتين من ق.ل.ع.م): انظر في هذا الصدد قرار عدد 466 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 شتنبر 1987 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 ص 161 وما بعدها).

[3]- انظر على سبيل المثال: مأمون الكزبري: المرجع السابق، ج. 1 ص 51 وما بعدها، -أحمد حسن البرعي: المرجع السابق -1- العقد، ص 54. –هشام فرعون: المرجع السابق ص 57 وما بعدها. –علي الصقلي: المرجع السابق، ص 49.

[4]- انظر على سبيل المثال: الفصول: 28 و37 و236 و321 و341 و394 و608 و609 و883 و927 و1232 و1235 من ق.ل.ع.م.

التصرفات الصريحة حسب هذا الفقه، إلى جانب التصرفات القولية جزءا من التصرفات الفعلية التي درج فهمها في ضوء دلالتها المألوفة[1].

والواقع,كما نعتقد, أن وصف التصرف بالصريح أو الضمني لا ينصرف إلى ما يتجلى به التصرف من القول و / أو الفعل وإنما إلى مدى دلالته على معنى واحد فقط أو أكثر. بمعنى أن التصرف في حد ذاته قد يكون قولا أو فعلا. ولكن هذا القول أو الفعل قد يوصف بأنه صريح إذا كان لا يحتمل إلا معنى واحدا يتبادر إلى الذهن بمجرد سماع القول أو رؤية الفعل, كما يوصف بأنه ضمني إذا كان القول أو الفعل يحتمل أكثر من معنى من بينها مثلا معنى التنازل لأنه المقصود في هذا الصدد.

أولا : التصرف الصريح في دلالته على التنازل

512- من خلال ما سبق نرى أن نعرف التصرف الصريح بأنه التعبير بالقول (المنطوق و / أو المكتوب) أو بالفعل، المختار للدلالة –من حيث معناه- بنفسه على حصول الأثر القانوني المراد[2].

وعليه فإن الأثر القانوني المراد إذا ما تمثل في التنازل الذي يتخذ في صيغته صورة التصرف الصريح؛ يكون المعنى المتبادر إلى الذهن من هذا التصرف بالقول[3] أو بالفعل[1] هو الذي يجب أن يقف عنده القاضي باعتبار أن "التصرفات

[1]- أما نصوص ق.ل.ع.م. فإنها عندما تستعمل اصطلاح التصرف الصريح أو ما يماثله من مظانه لا تعني بالصريح إلا القول المنطوق أو المكتوب (انظر على سبيل المثال الفصول المشار إليها في فقرة 183 قبله). والجدير بالملاحظة أن ق.ل.ع.م.، خلافا للفقه السائد، يجعل التصرف الصريح مطابقا في معناه للتصرف الحاصل بالقول المنطوق و / أو المكتوب، وبالمقابل يفهم التصرف الضمني على أن المقصود به هو التصرف الحاصل بالفعل الذي يستفاد منه القول. أما الفقه، وكما جاء في المتن، فإنه وإن كان يساير ق.ل.ع.م. في المطابقة بين التصرف الضمني والتصرف الحاصل بالفعل الذي يستفاد منه القول، إلا أن التصرف الصريح يجعله منطبقا من جهة على التصرف الحاصل بالقول المنطوق و /أو المكتوب وعلى جزء من التصرفات الحاصلة بالفعل الذي تستفاد منه دلالة مألوفة.

[2]- يقول فون تور (Von tuhr) في هذا الصدد: "يكون التعبير صريحا عندما ينتج معناه عن المظان المستخدمة كوسائل للتعبير من غير أن يكون في حاجة إلى تأويله بتفحص الظروف التي صدر فيها التعبير" (القسم العام من قانون الالتزامات السويسري، ط.2، لوزان، 1933 ص 140: عن روبيربارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري، أطروحة جنيف، مطبعة جريدة جنيف، 1953 ص 177). ولقد سبق لنا تحديد التعبير الصريح في كونه يتمثل في كل حركة بالقول أو بالفعل كافية الوضوح بنفسها للدلالة على اتجاهها الجدي نحو إحداث أثر قانوني (العقود المسماة في ق.ل.ع.م (عقد البيع) الجزء الأول: في تحديد عقد البيع وتكوينه –مطبوع أعد لطلبة السنة الثانية- قانون خاص، القسم العربي، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 89-1990 ص 132). انظر في هذا الصدد أيضا: عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة: مرجع سابق ص 97. –سامي بديع منصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن: مرجع سابق ص. 417. –إن التصرف الصريح، في آخر المطاف وكما جاء عند الكاساتي "هو اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع". عن: وحيد الدين سوار: أطروحته المشار إليها في السابق ص 50.

[3]- جاء في القرار عدد 63 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 دجنبر 1967: "أن الضمان المترتب على البيع لا يمكن اجتنابه إلا باتفاق صريح بين الطرفين ولا يمكن الاستدلال عليه بمجرد القرائن" (منشور بمجلة قضاء المجلس

الصريحة في دلالتها على التنازل عن حق يجب فهمها بصفة مضبوطة قطعية بأن لا يعطاها إلا المدلول المستفاد مما يظهر بداهة من الألفاظ [بل وأيضا في تقديرنا من الأفعال] المستخدمة من قبل صاحبها" كما يقضي بذلك لفصل 467 من ق.ل.ع.م. ولا يكون عليه أن يخرج عن هذا المعنى المباشر إلى أحد المعاني الأخرى التي قد يحتملها اللفظ أو الفعل ولكن في المقام الثاني –وعندما يتمسك به أحد المتنازعين- إلا إذا ثبت لديه هذا المعنى غير المتبادر إلى الذهن بدليل آخر واقتنع به عقب استعماله ما يتمتع به من السلطة في تقدير القوة الإثباتية للأدلة المقدمة بين يديه. ولكن التصرف بالقول أو بالفعل في هذه الحالة الأخيرة لا يكون صريحا وإنما ضمنيا.

ثانيا : التصرف الضمني في دلالته على التنازل

513- إن تحديد التصرف الضمني كوجه مقابل لما حددنا به التصرف الصريح يسمح بجعل هذا التصرف الضمني متمثلا في التعبير بالقول المنطوق و/أو المكتوب) أو بالفعل، غير الصريح والمختار كصيغة على الرغم من أن دلالته على

الأعلى عدد 15 ص.4 وما بعدها: والاتفاق الصريح المقصود في هذا القرار هو القول المكتوب لأن الأمر فيه يتعلق ببيع عقار محفظ.

[1]- من الأمثلة التي يمكن ضربها على التصرف بالفعل الصريح: الإشارة المتداولة عرفا بين عامة الناس للدلالة على معنى معين، والتنفيذ الكلي للعقد بدون تحفظ من قبل من وجه إليه الإيجاب (الفصل 28 من ق.ل.ع.م): وهذا التنفيذ عندما يتعلق بالتنازل يتخذ صورة الفعل الدال بوضوح على حصول التخلي عن الحق كأن يقوم الدائن عن طواعية بإرجاع السند الأصلي للدين إلى المدين (الفصل 3/314)، والتخلي عن الرهن الحيازي كأن يسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون للمدين بصفة نهائية (الفصلان 1/1235 و1234/ أولا من ق.ل.ع.م): أما التسليم المؤقت فإنه لا يقوم فعلا صريحا في دلالته على التنازل عن الرهن؛ بل إن التسليم المؤقت كفعل صريح يدل على عدم التنازل فهذا هو المعنى القانوني المتبادر إلى الذهن حسب الفصل 2/1235 من ق.ل.ع.م. وإذا ما تمسك المستفيد من هذا التسليم المؤقت بكونه يدل على التنازل وجب عليه إثبات ما يدل عليه.

ومن الأمثلة المستفادة من القضاء المغربي: قيام أحد المتعاقدين بسحب ما أودعه من ثمن الشراء من صندوق المحكمة: فهذا الفعل لا يدل على التنازل (قرار عدد 316 الصادر عن المجلس الأعلى في 25 يونيو 1969، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 11 ص. 31 وكذا مجلة القضاء والقانون عدد 102 ص 50 وما بعدها). وضع السمسار على مكتب زبون غائب عقدا سلم له: هذا الفعل لا يدل على حصول توافق الإرادتين (قرار محكمة الاستئناف بالرباط (30-رقم 2683 صدر بتاريخ 16 فبراير 1945 تعريب محمد العربي المجبود: قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (30-32، 44 -1950)، مرجع سابق ص 457 وما بعدها). قيام رب العمل بأداء مبلغ من النقود قبل إنهاء المقاول للأشغال المتفق عليها خلال أجل محدد: فهذا الفعل صريح في عدم انصرافه إلى التنازل عن الأجل المحدد (قرار عدد 113 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 دجنبر 1960، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 39 ص 460 وما بعدها). الفعل المتمثل في السكوت وعدم الإدلاء بأي تحفظ –من رف المكري الذي استدعي لحضور البيع بالمزاد للأصل التجاري- يعتبر فعلا صريحا في دلالته على حصول تنازل المكري عن حقه في طلب فسخ العقد (قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصاد بتاريخ 1945/11/7 منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.13 ص 327).

حصول الأثر القانوني المراد لا تستفاد منه بنفسه وإنما من غيره من القرائن الأخرى اللفظية أو الفعلية[1].

فالتصرف الضمني، بهذا المعنى إذن، هو التعبير بالقول أو بالفعل المحتمل للمراد وغيره فيحتاج في الاعتداد به لنية المراد لخفائه. وهو ما يتوصل إليه القاضي عن طريق التأويل[2].

إن التصرف الضمني بعبارة أخرى هو التصرف المبهم أو الغامض حسب منطوق الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م. أو التصرف غير الصريح حسب مفهوم المخالفة للفصل 461 من نفس القانون.

ومثل هذا التصرف بالقول[3] أو بالفعل[4] لا يمكن إعماله بسبب احتماله أكثر من معنى إلا بعد تصريحه عن طريق التأويل بالبحث عن المعنى الواحد الذي انصرفت إليه إرادة صاحب أو أصحاب التصرف بغض النظر عما إذا كان الأمر المنجر عنه يتمثل في التنازل أو في غيره من الآثار الأخرى.

فإذا ما تبين أن هذه الإرادة، بعد الوقوف عليها، إنما تنصرف إلى معنى التنازل صار التصرف بالقول أو بالفعل المؤول صريحا في هذا المعنى المفيد للتنازل؛ وتم الاعتداد، بالتالي، بحصول التنازل على الرغم من أن التصرف بالقول أو بالفعل قبل تأويله كان ضمنيا أي مبهما أو غامضا.

ولكن، بالمقابل قد يقتنع القاضي بضرورة تأويل التصرف بالقول أو بالفعل الضمني ومع ذلك لا يقدم له ما يثبت أن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف قد

[1]- إن الفهم السائد للتصرف الضمني –وقد مر بنا قبله- يسمح بتحديده على أنه كل حركة (موقف) بالفعل تصدر للدلالة على الرضى (الإرادة) حيث كان يجب أن تكون هذه الحركة الدالة على الرضى قولا: هذا الفهم كنا اعتمدناه في: العقود المسماة في ق.ل.ع.م. (عقد البيع) الجزء الأول: في تحديد عقد البيع وتكوينه: مرجع سابق ص 137. غير أن النظر إلى وصف الضمني من زاوية الدلالة – وليس من زاوية الدال (التصرف) هو الذي دفعنا إلى اعتماد الفهم الذي نستعرضه في هذا الصدد.

[2]- يقول فون تور في هذا الصدد: "يعد ضمنيا كل تعبير غير صريح عن الإرادة.... وهذا التعبير الضمني لا يتمثل في موقف سلبي فقط (كالسكوت) وإنما أيضا في أي نشاط قولي أو فعلي يمكن أن نستخلص منه بسبب الظروف وجود الإرادة". : المرجع السابق ص. 41 عن روبيربارتي: المرجع السابق ص 177. –انظر في هذا الصدد أيضا: عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة: مرجع سابق ص. 97. –سامي بديع منصور: المرجع السابق ص 417 وما بعدها.

[3]- من الأمثلة على التصرف بالقول الضمني أي المبهم أو الغامض ما جاء في قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 24 ماي 1952 من أنه: "إذا كان من الممكن، بموجب الفصل 373 من ظ.ل.ع. التنازل عن التقادم؛ فإن هذا التنازل بموجب الفصل 467 من نفس الظهير لا يمكن إثارته إلا إذا كان التعبير عنه قد تم بألفاظ غير مبهمة". (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ج.17 ص 565).

[4]- ومن الأمثلة على التصرف بالفعل الضمني ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1933 من "أن واقعة إبقاء المستخدم في عمله خلال بضعة أيام من انقضاء مهلة الإخطار الممنوح له، لا يمكن معها أن يفترض حصول تنازل ضمني من قبل رب العمل عن تسريحه ما لم يتبين من الوقائع المحددة وغير المبهمة وجود نية غير مبهمة للتخلي عن الإخطار". (منشور بمجلة المحاكم المغربية السنة 1934، عد د571 ص 10).

انصرفت إلى معنى التنازل في الوقت الذي يكون فيه هذا التصرف محتملا أكثر من معنى لا يفيد المعنى المتبادر منها إلى الذهن هذا التنازل: هنا نكون أمام حالة الشك. والشك يجب أن يحسم لمصلحة المدعى عليه بالتنازل كما يقضي بذلك الفصل 473 من ق.ل.ع.م. والذي سنحلله فيما بعد.

514- وحسم الأمر لمصلحة المدعى عليه بالتزام التنازل معناه أن التصرف بالقول أو بالفعل الضمني الذي يبقى مثار شك، بعد استنفاد ما يقدم من الأدلة الأخرى العاجزة عن كشف إرادة التنازل لدى صاحب أو أصحاب التصرف؛ ينبغي اعتباره فيما يتصل فيه بادعاء هذا التنازل وكأنه غير موجود. فهذا هو المقصود في الفقرة الأخيرة من الفصل 467 من ق.ل.ع.م. والتي تنص –كما مر بنا على أن: "التصرفات الضمنية التي تبقى دلالتها مثار شك لا يصلح اعتمادها أساسا لاستنتاج التنازل منها".

وهذا المقصود يسد الباب أمام فهم النص بما مفاده أن التصرفات يكفي أن تكون غامضة أو مبهمة عند سماعها أو قراءتها أو رؤيتها لكي لا يعتد بها كدليل على حصول التنازل.

إن الفهم الذي نراه ملائما لهذا النص في ضوء ما جاء ضمنه من قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م.، يكمن في أن التصرف بالقول أو بالفعل الغامض أو المبهم يمكن أن يستنتج منه التنازل عندما يتبين للقاضي عن طريق التأويل أن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف إنما تمحض ما يحتمله هذا التصرف من المعاني المتعددة لمعنى التنازل. ولكن عندما يبقى الشك قائما، خلال قيامه بالتأويل، حول المعنى الذي يترجح فيه التصرف؛ فإن القاضي عليه ألا يعطي لهذا التصرف معنى التنازل وإنما معنى عدم التنازل لأن هذا المعنى الأخير هو الذي تقضي به الفقرة الأخيرة من الفصل 467 من ق.ل.ع.م. لما في هذا المعنى من تأكيد لتغليب مصلحة المدعى عليه بالتزام التنازل في حالة الشك كما يقضي بذلك الفصل 473 من ق.ل.ع.م.

515- و حالة الشك في حصول معنى التنازل أو عدم حصوله هي الإطار الذي يقال فيه "إن التنازل لا يفترض" لعدم وجود الدليل بالمرة أو لوجوده بصفة يتأبى معها هذا الدليل عن إفادة ما يترجح فيه معنى التنازل[1]. ووجود الدليل مع بقاء

[1]- يجدر التنبيه إلى أن عدم الاعتداد بحصول التنازل لا يكون فقط في حالة بقاء التصرف مشكوكا في معناه المتوخى منه، إذ أن عدم الاعتداد بالتنازل قد يكون حتى في حالة التصرف الصريح في دلالته على التنازل متى كان القانون يشترط صيغة معينة كالقول المكتوب فقط ومع ذلك لا يحترم هذا الشرط؛ كما لو جاء التنازل بصيغة الفعل الصريح في دلالته على حصول التنازل. فهذا يعتبر التنازل كأن لم يكن لعدم احترام الصيغة المشترطة له في القانون.

معناه مشكوكا فيه كعدم وجوده بالمرة لأن العبرة في آخر المطاف بالمدلول وليس بالدليل. ولقد كان المشروع التمهيدي لسانتيانا في الفصل 616 منه ينص على أنه "إذا عجز أي تأويل عن إعطاء معنى معقول ومطابق للقانون اعتبر التصرف أو البند باطلا كما لو كان مستحيلا[1].

516- وهكذا نخلص من كل ما سبق إلى أن عجز التأويل عن تصريح التصرف بالقول أو بالفعل هو الذي يجعل هذا التصرف مشكوكا في دلالته وبالتالي يمنع على القاضي استخلاص التنازل منه.

غير أن تعدد معاني التصرف بالقول أو بالفعل لا يحول دون إمكانية استخلاص التنازل من هذا التصرف ولكن بشرط أن يتبين عن طريق التأويل أن معنى التنازل هو الذي انصرفت إليه إرادة صاحب أو أصحاب التصرف، أو أن معنى التنازل ينجر عن هذه الإرادة بالضرورة.

وبالمقابل عندما يكون معنى التصرف، بالقول أو بالفعل، المتبادر إلى الذهن مفيدا للتنازل بنفسه وإن احتمل التصرف معاني أخرى لا تتبادر إلى الذهن إلا بقرينة؛هنا يكون على القاضي أن يحترم هذا المعنى المتبادر إلى الذهن ويطبقه بصفة مضبوطة قطعية من غير توسيع أو تضييق إلا إذا ثبت لديه أن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف قد انصرفت، فعلا، إلى المعنى المفيد للتوسيع أو للتضييق.

والتقيد في الفهم المضبوط بصفة قطعية بالمعنى المتبادر إلى الذهن للتصرف بالقول أو بالفعل يلزم القاضي ولو تمثل هذا الفعل الأخير في الدعوى التي يوثر صاحبها رفعها بدل ما هو ممنوح له من الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب.

[1]- هذا النص اعتمدته المجلة التونسية للالتزامات والعقود في الفصل 531 منها. وتقضي الترجمة الرسمية لهذا الفصل التونسي بأنه:"إذا لم يعط التفسير حقيقة أو مجازا معنى معقولا مطابقا للقانون بطل الفصل".

المطلب الثالث
مدى دلالة الدعوى المختارة على التنازل عن الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب حسب الفصل 468 من ق.ل.ع.م

517- إن النظر إلى الدعوى على أنها "ليست سوى الحق نفسه منظورا إليه من وجهة خاصة هي وجهة الملاحقة القضائية[1]، هو الذي دفع، في تقديرنا، بالواضع الأصلي للمشروع التمهيدي للمجلة التونسية وبالتالي للمدونة المغربية للالتزامات والعقود، إلى التفكير في حسم النقاش الذي قد يثار في شأن ما يمكن أن يفهم من الفعل المتمثل في رفع الدعوى من التنازل عن الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب. ولقد جاء فصل هذا النقاش -كما مر بنا- بنفس الصيغة المعتمدة لدى أوبري ورو فيما أصبح يحمل في ق.ل.ع.م. رقم 468.

وبما أن هذا الفصل الأخير لا يعد إلا حالة تطبيقية للفصل 467 من ق.ل.ع.م. المار بنا، لذلك نقول إن أول ما ينجلي به مدلول الفصل 468 هو أن مباشرة دعوى معينة ينبغي أن يقف الفهم عندها من غير تجاوز إلى ما يمكن أن يستفاد منها، كفعل، من تنازل عن الدعاوى الأخرى المبنية على نفس السبب؛ باعتبار أن الدعوى المختار رفعها ينبغي أن تفهم فهما مضبوطا بصفة قطعية كلما أريد النظر إليها على أنها فعل دال على حصول تنازل عن دعاوى أخرى مبنية على نفس السبب:

غير أن هذا التحديد، إذا كان يبلور الفكرة الجوهرية في الفصل 468؛ فإن التساؤل الذي من شأنه أن يبقى مطروحا يتعلق من جهة بمعرفة المقصود بتعدد الدعاوى التي قد تبنى على نفس السبب؟ (الفقرة الأولى) كما يتعلق من جهة أخرى بمعرفة المقصود بوحدة السبب الذي قد تنبني عليه دعاوى متعددة؟ (الفقرة الثانية).

[1]- مامون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الثاني – الدعوى- الإجراءات أمام المحاكم- الصكوك، مطابع دار القلم ببيروت، 1973 ص 27. انظر أيضا في نفس هذا المرجع ص 10 و23 وما بعدها.

الفقرة الأولى :
تحديد المقصود بتعدد الدعاوى المبنية على نفس السبب

518- يفهم من الفصل 468 من ق.ل.ع.م. أن الشخص قد يتمتع بالحق في رفع أكثر من دعوى للمطالبة بحقه. ونظرا لكون الدليل المعتمد عليه لاستخلاص التنازل يجب أن يفهم فهما مضبوطا بصفة قطعية؛ فإن اختيار صاحب الحق رفع دعوى لا يعني أنه تنازل عن الدعاوى الأخرى الممنوحة له: فالتنازل لا يفترض.

519- غير أن مثل هذا الفهم للفصل 468 من شأنه أن يتعارض مع المبدأ القاضي، في حالة فتح أكثر من طريق قضائي أمام المطالبة بالحق بأنه "لا يسوغ عند اختيار طريق قضائي الرجوع فيه لاختيار طريق قضائي آخر"[1] (Electa una via non datur recursus ad alteram).

فبموجب هذا المبدأ يصبح التنازل مفترضا والحال أن التنازل بمفهوم الفصل 468 من ق.ل.ع.م. لا يفترض.

وانطلاقا من مبدأ عدم جواز العدول عن الدعوى المختارة كان القانون الروماني (الفقرة الثانية من القانون الرابع في القسم الثالث من الكتاب 18 من الديجست) يعتبر البائع الذي يختار رفع دعوى الفسخ للبيع متنازلا عن رفع دعوى المطالبة بالثمن[2]. كما أن عدم السماح لمن يرفع دعوى الملكية بالرجوع فيها لرفع دعوى الحيازة –في قانون المسطرة المدنية المغربي- ما لم يقع الإخلال بالحيازة بعد رفع دعوى الملكية[3]، يمكن اعتباره أيضا من تطبيقات المبدأ الروماني الأصل والمار بنا.

غير أن ما يجب التنبيه إليه أن المبدأ المذكور لا يجد في الميدان المدني ما يبلور تطبيقاته إلا استثناء كالحالة المارة بنا في قانون المسطرة المدنية المغربي. والاستثناء، كما هو معلوم، ليس في مقدوره أن يتساوى مع المبدأ السائد حاليا في الميدان المدني والمتمثل في جواز العدول عن الدعوى المختارة. وهو مبدأ يعاكس ما كان عليه الأمر في القانون الروماني ليتلاءم مع كون التنازل لا يفترض.

[1]- « Une voie choisie, on ne peut revenir à l'autre »: انظر في شرح هذا المبدأ على سبيل المثال: رولان وبوابييه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر، مرجع سابق، ج.2 ص 251 وما بعدها.

[2]- رولان وبوابييه: المرجع السابق، ج.2 ص 253.

[3]- ينص الفصل 169 من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974 على أن: "من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحيازة إلا إذا وقع إخلال بحيازته بعد تقديم دعوى الملكية...." :انظر في هذا الصدد: مامون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق، ج.2 ص 188 وما بعدها. –ويذهب أوبري ورو إلى أن مدعي الملكية يفترض فيه أنه تنازل عن إمكانية المطالبة بحيازته التي وقع الإخلال بها قبل تقديمه دعوى الملكية: المرجع السابق، ج.4، فقرة 323 الهامش13 في ص. 333.

وبالمقابل فإن المبدأ الروماني الأصل يجد تطبيقاته وبالتالي أهميته في الميدان الجنائي[1] خاصة بعدما تم تبنيه بالنص القانوني الذي يفهم منه كالفصل 5 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي المطبق منذ سنة 1958، والفصل 11 من قانون المسطرة الجنائية المغربي لسنة 1959 والذي يقضي في فقرته الأولى بـ "أن الفريق المتضرر الذي يقيم دعواه لدى المحكمة المدنية المختصة لا يسوغ له أن يرفعها لدى المحاكم الزجرية"[2]. وهو نفس النص الذي نقل إلى المادة 11 من قانون المسطرة الجنائية المنفذ بظهير 3أكتوبر 2002 (:" لا يجوز للطرف المتضرر الذي أقام دعواه لدى المحكمة المدنية المختصة أن يقيمها لدى المحكمة الزجرية."). وهذا النص لا يأخذ بالمنع المطلق للرجوع في الدعوى المختارة. كما أن المنع الذي يكرسه يسير في اتجاه واحد فقط؛ إنه يتعلق بمنع الرجوع في الخيار متى كانت الدعوى التي استقر عليها الخيار قد تقدم بها صاحبها أمام القضاء المدني المختص.ويفهم من هذا أنه متى كان الخيار قد استقر على رفع الدعوى أمام القضاء الزجري، فإن الرجوع في هذه الدعوى مسموح به للعودة إلى القضاء المدني. إن هذا الفهم الذي تسمح به الفقرة الأولى من الفصل 11 المذكور قبله نجده منطوقا به في الفصل 340 من قانون المسطرة الجنائية المغربي (المادة 356 من قانون المسطرة الجنائية الجديد)[3]. لا بل الأكثر من هذا فإن المنع من الرجوع في الدعوى المدنية المنطوق به في الفقرة الأولى من الفصل 11 المذكور,حسب صيغته الجديدة, يرتفع إذا " أحالت النيابة العامة الدعوى العمومية إلى المحكمة الزجرية قبل أن تصدر المحكمة المدنية حكمها في الموضوع .", كما تنص على ذلك الفقرة الثانية

[1]- رولان وبوابييه: المرجع السابق، ج.2 ص. 253. –ويقول عبد الوهاب حومد: "كان التشريع الروماني القديم يمنع الانتقال من قضاء إلى آخر بمعنى أن سلوك أحد الطريقين نهائي وقد عبر عن ذلك بالقاعدة الشهيرة " Una via electa" وسار على غراره قانون 1667 الفرنسي الذي نص على ذلك بقوله: "إذا اختار أحد الطريقين فلا يستطيع العودة إلى الطريق الآخر". ولكن قانون المسطرة الجنائية الفرنسي الصادر عام 1810 لم يتعرض لهذه المسألة وحدثت حيرة في الموضوع. وقد كلف.... الرئيس Barris بدراسة الموضوع فانتهى إلى ما انتهى إليه القانون الروماني...."; الموجز في المسطرة الجنائية المغربية، مكتبة التومي، الرباط 1968 ص 129 وما بعدها.

[2] هذه الفقرة أعيد تكريسها في المادة 11 من القانون رقم:01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية والمنفذ بالظهير الشريف رقم 255- 02-1 الصادر في 25 من رجب 1423"3 أكتوبر 2002"

[3]- ينص هذا الفصل على: أن" تنازل المطالب بالحق المدني عن طلبه لا يحول دون إقامته الدعوى المدنية بعد ذلك أمام الهيئة القضائية المختصة مدنية كانت أم تجارية.".ولقد انتقل هذا النص إلى المادة 356 من قانون المسطرة الجنائية الجديد بالصيغة التالية : " لا يحول تنازل الطرف المدني عن طلبه دون إقامته الدعوى المدنية بعد ذلك أمام المحكمة المدنية المختصة.".

من نفس الفصل 111. وهكذا يتبين أن نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز العدول عن الدعوى المختارة (أي التنازل المفترض) ضيق جدا[2] حتى في الميدان الجنائي[3].

520- وما يجدر التنبيه إليه في الحالات الضيقة التي ينطبق فيها مبدأ عدم جواز الرجوع في الخيار، أن هذا الخيار، في الحقيقة، لا يكون في الدعاوى وإنما في الجهات القضائية (المحاكم) التي ترفع أمامها الدعاوى[4]. أما الدعوى موضوع الخيار فلا تعدد فيها إذ هي دعوى واحدة: إنها في الميدان الجنائي الدعوى المدنية المختارة رفعها أمام القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ الجنائي (وهذا هو المقصود بالدعوى المدنية التابعة).

وبما أن هذه الدعوى واحدة، لا تعدد فيها، لذلك لا ينطبق عليها، في تقديرنا، تعدد الدعاوى المنصوص عليها في الفصل 468 من ق.ل.ع.م. وهكذا إذا أصاب سائق شاحنة شخصا من المارة بجروح وتولد بسبب هذه الواقعة للمتضرر الخيار بين التوجه إلى القضاء المدني أو القضاء الزجري للمطالبة بحقه في التعويض فإن الخيار هنا لا يتعلق بالدعوى في حد ذاتها، والتي تقتصر على المطالبة بالتعويض. ولذلك لا نرى هذا المثال مما يمكن أن يوضح به مدلول الفصل 468 من ق.ل.ع.م.[5].

إن الأمثلة المبلورة لهذا المدلول هي التي تعكس فعلا تعدد الدعاوى الممكن رفعها أمام جهة قضائية واحدة وليس أمام جهات قضائية متعددة. وهكذا إذا حصل الامتناع عن أداء الثمن من طرف المشتري في عقد البيع، فإن هذه الواقعة تمنح البائع إمكانية رفع الدعوى للمطالبة بأداء الثمن نظرا لكون البيع من العقود بعوض، كما تمنحه إمكانية رفع الدعوى للمطالبة بفسخ العقد نظرا لكون البيع من العقود

[1] ولقد استخدمت في الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون المسطرة الجنائية الجديد الصياغة التالية"غير انه يجوز له ذلك إذا أحالت النيابة العامة الدعوى العمومية إلى المحكمة الزجرية قبل أن تصدر المحكمة المدنية حكمها في الموضوع."

[2]- يمكن تحديد هذا النطاق من جهة في حالة رفع الدعوى أمام القضاء المدني بعد تحريك النيابة العامة للدعوى العمومية أمام القضاء الزجري: وهنا يجب أن يتم التطابق التام في الدعويين المدنية والزجرية بين أطرافهما وسببهما ومحلهما وإلا كان العدول عن اختيار الدعوى المدنية ممكنا؛ ومن جهة أخرى في حالة رفع الدعوى أمام القضاء المدني وصدور الحكم فيها قبل تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أمام القضاء الزجري.

[3]- انظر في "نسبية عدم جواز الرجوع عن الخيار" على سبيل المثال: محمد عياط: دراسة في المسطرة الجنائية المغربية، ج.1، ط1. 1991، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط ص 209 وما بعدها -عبد الوهاب حومد: المرجع السابق ص 130 وما بعدها.

[4]- انظر: أوبري ورو: المرجع السابق، ج.4، فقرة 323 الهامش 13 في ص.334.

[5]- لقد سبق لنا وأن قلنا برأي مخالف عندما قدمنا هذا المثال كتوضيح لما يتبلور به مدلول الفصل 468 من ق.ل.ع.م. في رسالتنا المشار إليها في السابق ص 256. وهذا المثال أخذناه من القرار عدد 169 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12 أبريل 1969 (انظر هذا القرار والملاحظة التي أوردناها عليه في فقرة 510 قبله). انظر في هذا الصدد أيضا القرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 17 نوفمبر 1960 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 37ص 336 وما بعدها).

الملزمة لجانبين: فالجهة المختصة بالنظر في أي من الدعويين هي جهة القضاء المدني.ولذلك إذا ما اختار البائع رفع الدعوى للمطالبة بأداء الثمن فإن الفهم المضبوط لمعنى المطالبة في هذه الدعوى لا يسمح بافتراض التنازل عن إمكانية تخليه عن هذه الدعوى من أجل رفع الدعوى الرامية إلى الحكم بفسخ البيع[1]. ونفس الأمر ينطبق على الحالة التي يرفع فيها المشتري دعوى التعويض ضد البائع بسبب العيب الخفي في المبيع أو بسبب خلو هذا المبيع من الصفات المشترطة فيه: فرفع هذه الدعوى لا يعني التنازل عن رفع دعوى الفسخ المناسبة للفرضيات المنصوص عليها في الفصل 556 من ق.ل.ع.م.[2].

وبعد، إذا ثبت أن المقصود بتعدد الدعاوى في الفصل 468 من ق.ل.ع.م. هو ذلك الذي يكون أمام المحكمة الواحدة وليس الدعوى الواحدة التي قد يسمح برفعها أمام محاكم متعددة؛ فإن تعدد الدعاوى الذي يعنيه الفصل 468 المذكور هو، من جهة أخرى، ذلك المبنى على نفس السبب. فما المقصود بهذا السبب الواحد؟

الفقرة الثانية :
تحديد المقصود بالسبب الواحد الذي قد تنبني عليه دعاوى متعددة

521- يجد الحق أساسه، المبني عليه، في مصدره أي في سببه القانوني الذي أنشأه[3]. والسبب القانوني المنشئ للحق هو التصرف القولي (الاتفاق أو العقد، والتصرف الصادر من جانب واحد أو التعهد الصادر من جانب واحد- بالنسبة لأنصار منح القدرة على إنشاء الالتزام للإرادة المنفردة كما مر بنا-) وكذا التصرف الفعلي (الإثراء بلا سبب والمسؤولية التقصيرية والقانون كمصدر مباشر لإنشاء بعض الالتزامات) المفضيان إلى إحداث أثر قانوني[4].

[1]- ومن الأمثلة أيضا على تعدد الدعاوى تلك المنجرة عن الخيار الممنوح من أجل المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص الثمن في الفرضية الأخيرة المنصوص عليها في كل من الفصل 526 و527 و528 من ق.ل.ع.م. والفرضية المنصوص عليها في الفصل 567 من نفس القانون. وكذلك فإن مطالبة أحد المدينين المتضامنين لا يعني التنازل عن مطالبة المدينين الآخرين (الفصل 176 من ق.ل.ع.م). وانظر في مثال ما يمكن أن يتولد من تعدد الدعاوى لمصلحة من أمّن على باخرة في مواجهة المؤمن: القرار عدد 63/62-206 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 ماي 1963 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، مرجع سابق، ج.2 رقم 49 ص 125 وما بعدها).

[2]- ومن الأمثلة أيضا أن تماطل المكتري عن أداء ثمن الكراء يولد الحق للمكري في رفع دعوى المطالبة بأداء الثمن كما يولد له الحق في رفع الدعوى المطالبة بفسخ العقد. ولذلك فإن اختياره رفع إحدى هذين الدعويين لا يفيد تنازله عن رفع الدعوى الأخرى: انظر في هذا المثال شكري أحمد السباعي؛ "الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وارتباطها بتطور القضاء المغربي" (منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بالرباط عدد 13-14 ص 45.

[3]- إن السبب القانوني هو المصدر المنشئ للحق: انظر في هذا المعنى على سبيل المثال: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري: مرجع سابق، ج. 1 في مصادر الالتزام رقم 21 ص 131.

[4]- انظر في تعدد أسباب الالتزام أو الحق الشخصي الفصل 1 من ق.ل.ع.م.

وعندما يقال إن الدعوى الرامية إلى المطالبة بحق يجب أن تكون مبنية على سبب، فإن المقصود بهذا السبب هو مصدر الحق أي السبب المنشئ له سواء تمثل هذا السبب كما مر بنا في العقد أو الاتفاق أو في التصرف (أو ربما التعهد) الصادر من جانب واحد أو في الإثراء بلا سبب أو في الفعل غير المشروع (الجرم أو شبه الجرم) أو في نص القانون[1].

522- وعليه فإن تعدد الدعاوى المبنية على نفس السبب معناه تعدد الدعاوى المبنية على نفس مصدر الحق المطالب به: أي على نفس العقد أو الاتفاق أو نفس التصرف (أو ربما التعهد) الصادر من جانب واحد أو نفس الإثراء بلا سبب أو نفس الفعل غير المشروع (نفس الجرم أو شبه الجرم) أو نفس نص القانون. وكمثال على ذلك: البائع الذي يتمتع بالخيار لرفع الدعوى من أجل المطالبة بفسخ البيع أو لرفع الدعوى من أجل المطالبة بأداء الثمن. فهاتان الدعويان تكونان مبنيتين على نفس السبب عندما ترتكزان على نفس عقد البيع. وكذلك المتضرر من الفعل غير المشروع، فإن مطالبته التعويض تستند إلى نفس هذا الفعل غير المشروع الذي قد يكون خطأ شخصيا (وهذا سبب: الفصلان 77 و78 من ق.ل.ع.م.) أو خطأ للغير الذي يسأل عنه الشخص (وهذا سبب آخر: الفصلان 85 و85 مكرر من ق.ل.ع.م.) أو فعل شيء (وهذا أيضا سبب: الفصلان 88 و89 من ق.ل.ع.م) أو فعل حيوان وهذا أيضا سبب آخر: الفصلان 86 و87 من ق.ل.ع.م).

ومن خلال هذا التحديد للمقصود بالسبب الذي قد تنبني عليه دعاوى متعددة حسب منطوق الفصل 468 من ق.ل.ع.م.، يتبين أن الرأي القائل بكون هذا الفصل الأخير لا يتعلق إلا بالدعاوى العقدية دون الدعاوى المبنية على الفعل غير المشروع لا يبلور مدلول الفصل 468 كما هو مضبوط في حقيقته[2].

[1]- جاء في شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي لمأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي (مرجع سابق ج.2 ص 84) أنه: "يجب أن يكون للطلب الأصلي [الدعوى] سبب. ويقصد بالسبب الواقعة القانونية التي يستند إليها لتبرير ادعائه فقد تكون هذه الواقعة القانونية عقد أو إرادة منفردة وقد تكون عملا غير مشروع جرما أو شبه جرم وقد تكون نصا في القانون".

[2]- يقول أستاذنا شكري أحمد السباعي: "أن الفصل 468 من ق.ل.ع.م. لا يخص إلا الدعاوى العقدية و.... الحقيقة التي لا غبار عليها في اعتقادنا أن مجال تطبيق الفصل أعلاه هو العقود بمعنى أنه إذا كان للمتعاقد من أجل سبب واحد دعويان فإن اختياره إحداهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى.....": مقاله حول:"الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وارتباطهما بتطور القضاء المغربي" (منشور بالمرجع المشار إليه في السابق ص 44 و45). والجدير بالتنبيه أن مسألة الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية لا علاقة لها بالخيرة المنصوص عليها في الفصل 468 باعتبار أن هذا النص الأخير يتحدث عن الخيرة المبنية على سبب واحد. أما الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية فمعناها الخيرة بين دعويين مبنيتين على سببين مختلفين هما الفعل غير المشروع بالنسبة للمسؤولية التقصيرية والعقد بالنسبة للمسؤولية العقدية.

523- إذا ثبت هذا التحديد, خلصنا إلى أن اختيار رفع إحدى الدعاوى المبنية على سبب واحد (بالمفهوم المسطر قبله)، ليس معناه –حسب الفصل 468- أن صاحبه قد تنازل عن رفع دعوى أخرى مبنية على نفس سبب الدعوى التي تم العدول عنها باعتبار أن التنازل ينبغي أن يفهم فهما مضبوطا من التصرف الدال عليه بالقول أو بالفعل ولذلك فهو لا يفترض.

524- غير أن ما يبقى جديرا بالإشارة إليه يكمن في التساؤل عما إذا كان التنازل لا يفترض سواء وقع هذا التنازل على الحق كله أو على جزء من الحق فقط؟

لاشك أن الجواب عن مثل هذا التساؤل بما يجعل التنازل غير مفترض حتى في حالة وقوع التنازل عن جزء من الحق فقط أو مفترضا لخروج هذه الحالة عن الأصل، يمكن تلمسه من خلال النظر إلى ما إذا كان الحق قابلا للانقسام أم غير قابل للانقسام: فعندما يتبين أن الحق قابل للانقسام، يفضي الفهم المضبوط بصفة قطعية إلى جعل التنازل ينحصر في الجزء الواقع عليه فقط دون الأجزاء الأخرى التي لا يطالها التنازل باعتبار أن هذا الأخير، كما مر بنا، لا يفترض. وبالمقابل عندما يتبين أن الحق غير قابل للانقسام يتم الانتقال بالضرورة إلى تأويل التصرف الدال، حسب فهمه المضبوط، على جزء من الحق على أن المستفاد منه هو التنازل عن جزء في الحق غير القابل للانقسام يفترض معه التنازل عن كل هذا الحق.

والملاحظ أن هذا الجواب كان قد كرسه الفصل 610 من المشروع التمهيدي لسانتييان صراحة إذ ينص على أنه: "عندما يتعلق الأمر بالأشياء غير القابلة للانقسام، فإن ذكر الجزء يعادل ذكر الكل"[1]. بل الأكثر من هذا فإن المجلة التونسية للالتزامات والعقود عند تبنيها هذا النص، مبنى ومعنى، في الفصل 522 منها عمدت إلى توضيحه بمثال حق الشفعة. وتنص الترجمة الرسمية لهذا الفصل الأخير على أن: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله. فبعض التنازل عن حق الشفعة ككله".

والأخذ بما يدل عليه هذا النص في ضوء ق.ل.ع.م. ممكن لأنه لا يجسد إلا ما تقضي به المبادئ العامة المهيمنة على الحقوق (الأشياء) غير القابلة للانقسام والتي تجد بلورتها في الفصل 181[2] وما بعده من ق.ل.ع.م. ومن الفصل 181 يمكن أن نفهم أن التنازل عن الجزء يفترض التنازل عن الكل بدليل عدم قابلية الحق للانقسام.

[1] - « Lorsqu'il s'agit de choses indivisibles, la mention de partie équivaut à la mention du tout ».

[2]- ينص الفصل 181 من ق.ل.ع.م، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "يكون الالتزام غير قابل للانقسام: 1- بمقتضى طبيعة محله، إذا كان هذا المحل شيئا أو عملا لا يقبل القسمة سواء كانت مادية أو معنوية. 2- بمقتضى السند المنشئ للالتزام أو بمقتضى القانون، إذا ظهر من هذا السند أو من القانون أن تنفيذ الالتزام لا يمكن أن يكون جزئيا".

فهذا الدليل هو الذي يفضي إلى تأويل التصرف الدال عليه بما يسمح بتوسيع المعنى وعدم حصره في الفهم المضبوط بصفة قطعية.

الفرع الثالث:
قواعد الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م. : فهم الكتابة الدالة على التحديد غير المضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف على وفق معنى اليسارة أو معنى المكتوب بالحروف أو معنى ما يفيد الأقل

525- إن هذه الفصول -كما ارتأينا ترجمتها- تنص في الأول منها (470)[1] على أنه: "عندما يعبر عن تقدير الالتزام بمبلغ أو قياس أو كمية بما يفيد التقريب كلفظتي "حوالي" و"زهاء" وغيرهما من الألفاظ الدالة على نفس المعنى؛ يجب الأخذ في الاعتبار بالتسامح المألوف في عادة التجارة أو في عادة مكان التصرف"[2]. أما الفصل 471[3] فيقضي بأنه:"عندما يكتب المبلغ أو الكمية بالحروف وبالأرقام معا؛ يجب العمل، في حالة الاختلاف، بالمبلغ المكتوب بالحروف إذا لم يثبت على نحو بين الجانب الذي اعتراه الغلط"[4].كما يقضي الفصل472[5] بأنه: "عندما تتكرر

[1]- يقضي نصه الفرنسي الأصلي بما يلي:
« Lorsque, dans une obligation, la somme, mesure ou quantité, est indiquée approximativement par les mots « environ, à peu près » et autres équivalents, il faut entendre la tolérance admise par l'usage du commerce ou du lieu ».

[2]- وتجري ترجمته المتداولة على النحو التالي:
"إذا ذكر في الالتزام المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب بعبارتي "ما يقارب وتقريبا" وغيرهما من العبارات المماثلة، وجب الأخذ بالتسامح الذي تقضي به عادة التجارة أو عرف المكان".

[3]- ينص الفصل 471 في أصله الفرنسي على أنه:
« Lorsque la somme ou quantité est écrite en toutes lettres et en chiffres, il faut en cas de différence, s'en tenir à la somme écrite en toutes lettres, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur ».

[4]- وتذهب ترجمته المتداولة إلى أنه:
"إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالأرقام وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط".

[5]- ينص الفصل 472 في أصله الفرنسي على أنه:
« Lorsque la somme ou quantité est écrite plusieurs fois en toutes lettres, l'acte vaut en cas de différence, pour la somme ou quantité la moins forte, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur ».

الكتابة بالحروف فقط للمبلغ أو الكمية؛ يعادل التصرف في حالة الاختلاف، المبلغ أو الكمية الأقل ارتفاعا إذا لم يثبت على نحو بين الجانب الذي اعتراه الغلط"[1].

526- ويبدو من هذه النصوص أن الفصلين 471 و472 ينظمان موضوعا واحدا يتعلق بما يمكن تسميته بفهم التعارض في الكتابة المتكررة لتحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.

وبالمقابل فإن موضوع الفصل 470 يتصل بما يمكن تسميته بالكتابة الدالة على تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بصفة تقريبية.

وإذا كان من المنطقي أن يجمع، في البحث، بين الفصلين 471 و472 لتعلقهما بنفس الموضوع، فهل من المعقول أيضا أن يضاف إليهما الفصل 470؟

إننا نعتقد ذلك انطلاقا من أن تأمل النصوص المستعرضة قبله يجعل هذه الأخيرة لا تتصل بصفة عامة إلا بموضوع واحد يمكن أن نصفه بالتحديد غير المضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف[2].

وعليه، فمن هذه الزاوية نعتقد بأن الفصول 470 و471 و472 لا تعدو أن تكون مجرد ترديد لتفاصيل نفس الموضوع. ولاشك أن الوقوف على مدلول هذه التفاصيل سينضبط أكثر في ضوء ما يمكن أن يستخلص من الأصول التي استمدت منها أو أوحت بها على الأقل.

وهكذا فإننا سنعالج هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م.**
- **المبحث الثاني: محاولة ضبط مدلول الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م. (الكتابة الدالة على التحديد غير المضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف).**

[1]- وحسب ترجمته المتداولة فإنه:
"إذا كتب المبلغ بالحروف عدة مرات وجب الاعتداد عند الاختلاف بالمبلغ أو المقدار الأقل ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط".

[2]- هذا الوصف لا يعني أكثر من الحالة التي يبقى فيها المعنى المضبوط للكتابة المحددة لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف مثار شك. وهذا الفهم يسمح بجعل الفصول 470 و471 و472 مجرد تطبيقات للفصل 473 الذي سنخصصه بالبحث على نحو مستقل فيما بعد. وإذا كنا قد فضلنا الفصل في البحث بين الفصل 473 المنظم للقاعدة العامة المطبقة على حالة بقاء الشك وبين بعض أوجهه العملية المفصلة في الفصول 470 و471 و472 فلأجل إتاحة الفرصة للتعرف أكثر على مدلول هذه الفصول الأخيرة. وتجدر الإشارة إلى أننا كنا قد اعتمدنا في رسالتنا المشار إليها في السابق (ص 248 و249) ما يقارب هذه النظرة التي تجعل الفصلين 471 و472 بالأساس مجرد تطبيقين للفصل 473 المذكور.

المبحث الأول :
تأصيل الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع

527- تجد هذه النصوص المغربية أصلها المباشر على التوالي في الفصول 526[1] و527[2] و528[3] من المجلة التونسية للالتزامات والعقود. ولقد اقتصرت هذه الفصول التونسية على النقل، بالمعنى والمبنى، على التوالي من الفصول 611[4] و612[5] و 613[6]من المشروع التمهيدي لسانتيانا[7].

والحقيقة أن سانتيانا لم يبدع هذه النصوص إبداعا وإنما استمدها أو على الأقل أوحت بها إليه تلك النصوص القانونية أو الفقهية التي اعتمدها عند إعداد مشروعه التمهيدي.

528- وهكذا حسب سانتيانا نفسه، فإن الفصل 611 من مشروعه (أي الفصل 526 تونسي أو 470 مغربي) قد ارتكز ليس فقط على القانون التجاري الإيطالي لسنة 1865[8] وإنما أيضا على الفقهين الفرنسي[9] والإيطالي[1] وكذا على الفقه

[1]- تنص ترجمته الرسمية على أن: "ما ذكر على وجه التقريب من عد أو كيل أو وزن أو غيرها من المقادير كنحو كذا وزهاء فهو عبارة عن القدر المتسامح فيه عرفا أو عادة بالمكان".

[2]- تقضي ترجمته الرسمية بأنه: "إذا ذكر المبلغ أو المقدار بلسان القلم وبالرقم معا فالمعتمد عند الخلاف ما صرح به لسان القلم إلا إذا تبينت جهة الغلط بوجه ثابت. وتجري هاته القاعدة أيضا في خصوص الكمبيالة". والملاحظ أن هذه الفقرة الأخيرة في النص التونسي لم تنقل إلى الفصل 471 مغربي.

[3]- تنص ترجمته الرسمية على أنه: "إذا تكرر في الكتب ذكر المقدار أو المبلغ بلسان القلم فالمعتمد عند الخلاف الأقل إلا إذا تبينت جهة الغلط بوجه ثابت".

[4] - « Lorsque, dans une obligation, la somme, mesure ou quantité, est indiquée approximativement par les mots : « environ, à peu près » et autres équivalents, il faut entendre la tolérance admise par l'usage du commerce ou du lieu, **et à défaut entendre que la valeur ou quantité est de quatre cinquièmes ou moins du chiffre exprimé ».**

تتجدر الإشارة إلى أن العبارة المكتوبة بأحرف بارزة لم تعتمد في النص التونسي ولم تنقل إلى النص المغربي.

[5] - « Lorsque la somme ou quantité est écrie en toutes lettres et en chiffres, il faut en cas de différence, s'en tenir à la somme écrite en toutes lettres, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur. Cette règle s'applique aussi aux lettres de change ».

[6] - « Lorsque la somme ou quantité est écrite plusieurs fois en toutes lettres, l'acte vaut en cas de différence, pour la somme ou quantité la moins forte, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur ».

[7]- انظر داوود سانتيانا: المرجع السابق ص. 250 و251.

[8]- الفصل 562 منه.

[9]- وبالأساس ما جاء عند كل من: أوبري ورو: المرجع السابق، ج.5 فقرة 354 الهامش 33 وكذا:

الإسلامي المالكي بالخصوص.[2]وفي هذا الصدد يقول خليل في باب الوكالة من مختصره[3] "وتعين في المطلق نقدُ البلد.... وثمنُ المثلِ وإلا خُير كَ .... بيعه بأقل أو اشترائه بأكثر كثيرا إلا كدينارين في أربعين وصُدِّقَ في دفعها".[4]. كما نقرأ في باب الإقرار من نفس مختصر خليل[5]: "ومالٌ نصابٌ والأحسنُ تفسيرهُ كشيء وكذا، وسُجِنَ له [أي للتفسير][6]، وكعَشَرةٍ ونَيِّفٍ وسقَطَ في كمائة وشيء وكذا درهما درهم أو تحته أو فوقه أو عليه أو قبله أو بعده أو فدرهمٌ أو ثم درهمٌ درهمان وسقط في، لا بل دينارين، ودرهم درهمٌ أو بدرهم درهمٌ وحلف ما رادهما كإشهاد في ذُكِر[7] بمائة وفي آخر بمائة، وبمائة، وبمائتين،الأكثر، وجل المائة أو قربها أو نحوُها الثلثان فأكثرُ وبالاجتهاد....."[8].

Duranton : Cours de Droit Civil Français suivant le code civil, ed. 1825 à 1842 tome 16 n° 225.

[1]- وبالأساس ما جاء عند: Vivante في مؤلفه: المبسوط في القانون التجاري الصادر عنوانه الصادر أصلا بالإيطالية ,ج.2 ,رقم 773 والهامش 47 .وقد ترجم هذا المؤلف ESCARRA سنة 1922 تحت عنوان : «Traité de Droit Commercial"انظر في هذه الترجمة: أندري –جان ارنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه: مرجع سابق ص 178.

[2]- وهذا لا يعني أن الفقه الحنفي يجهل مثل هذا الموضوع، فلقد جاء عند الطحاوي في مختصره أنه: "وجائز في قول أبي حنيفة بيع الوكيل ما وكل ببيعه بما يتغابن الناس فيه وبما لا يتغابنون فيه ولا يجوز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد إلا بما يتغابن الناس فيه لا بما سواه. وبه نأخذ والمقدار الذي يتغابن [الناس] فيه نصف العشر فأقل منه. وهذا غير منصوص عنهم ولكن مذاهبهم تدل عليه". :أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي: مختصر الطحاوي –في فروع الحنفية كما جاء في ص 3 من المؤلف. –تحقيق وتعليق أبو الوفاء الأفغاني، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1370 هـ. ص 111. وانظر الباب المتعلق بوجوه صحة الإقرار في المجلة العثمانية وبالأساس المادة 1579 كما شرحها على سبيل المثال رستم باز اللبناني في: شرح المجلة: مرجع سابق، ص 866 و867.

[3]- خليل بن إسحق المالكي: مختصر خليل لفقه الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، ط. 1981 ص 217.

[4]- انظر في شرح هذا النص على سبيل المثال: عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: مرجع سابق، المجلد الثالث، ج.6 ص 78 و79 وكذا ما جاء بهامش هذه الصفحة الأخيرة من حاشية محمد البناني. – أحمد بن محمد الصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير: ج.2، ط. 1952 ص 184. ونقرأ في هامش الصفحة الأخيرة ما جاء في الشرح الصغير للدردير من أنه: ".... فاليسارة نصف العشر كواحد في عشرين وثلاثة في ستين....".

[5]- مختصر خليل: مرجع سابق ص 220 و221.

[6]- هذه الإضافة الموضوعة بين معقوفين من عندنا لتوضيح المراد بـ "سُجِنَ له".

[7]- الذكر، بضم الذال المعجمة، الوثيقة كما جاء في الشرح الصغير للدردير والمنشور بهامش المرجع السابق للصاوي، ج.2 ص 194.

[8]- انظر في شرح هذا النص على سبيل المثال: شرح الزرقاني لمختصر سيدي خليل، مرجع سابق، المجلد3، ج. 6 ص. 99 و100 و101 وكذا حاشية البناني في نفس الصفحات من هذا المرجع. –الشرح الصغير للدردير بهامش شرح الصاوي لهذا الشرح: مرجع سابق، ج.2. ص 193 وما بعدها. انظر أيضا في شرح فصل الإقرار في تحفة ابن عاصم وبالأساس من البيت المستهل بـ "ومشهد" إلخ.... إلى البيت المستهل بـ "فالقولُ قوله" إلخ... :محمد ابن أحمد ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام: دار الفكر، ج.2 من ص 229 إلى 231. –أبو الحسن بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة: مرجع سابق، ج.2 ص 322 و323 وما جاء في هامشهما من حاشية أبي عبد الله محمد التاودي.

والملاحظ أن هذا النص الأخير لخليل لا يقتصر على إيجاد الحلول لما يمكن أن يثار من مشاكل في ضوء فرضية الفصل 470 فقط وإنما أيضا لما يمكن أن يثار من المشاكل في ضوء الفصل 472 بالأساس. وهو الفصل الذي يجد أصله الحقيقي من حيث الصياغة بالدرجة الأولى في الفصل 613 من المشروع التمهيدي لسانتيبان المار بنا.

529- وحسب سانتيبانا فإن هذا الفصل الأخير من مشروعه يوجد أيضا ما يماثله في القانون الروماني بل الديجست البيزنطي[1] وكذا في كل من القانون المدني الفرنسي[2] والقانون المدني الإيطالي لسنة 1865[3] وقانون الالتزامات السويسري لسنة 1881[4]. وإذا كانت ملاحظة الصيغة المعتمدة في كل من الفصل 1327 مدني فرنسي والفصل 1326 مدني إيطالي لسنة 1865 تسمح بالقول إن سانتيبانا قد تأثر فعلا في صياغته للفصل 613 من مشروعه (أي 528 تونسي أو 472 مغربي) بهذين النصين[5]؛ فإن الوقوف على الفصل 723 من قانون الالتزامات السويسري لسنة 1881 يدفع بالميل أكثر إلى القول إن الفصل 613 من مشروع سانتيبانا مستمد في روحه كلها وفي جزء من صياغته من الفصل السويسري المذكور فقط. لا بل الأكثر من هذا فإن الفصل 723 سويسري[6] يعد

[1]- وبالأساس في القانون 34 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست: انظر هذا القانون في فقرة 557 بعده.

[2]- الفصل 1327 منه وقد ورد ضمن قواعد الإثبات.

[3]- الفصل 1326 منه وقد ورد أيضا ضمن قواعد الإثبات.بل ونستطيع أن نضيف الفصل 1916 من القانون المدني الهولندي لسنة 1837: انظر في هذا الصدد: القانون المدني الإيطالي لسنة 1865 كما ترجمه وعلق عليه وقدم له هنري برودوم: مرجع سابق ص 309.

[4]- الفصل 723 منه وقد ورد ضمن أحكام الكمبيالة. كما أنه أصبح يحمل رقم 996 في القانون الفيدرالي السويسري للالتزامات الصادر في 30 مارس 1911 ليدخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 1912. انظر في هذا النص: القانون المدني السويسري وقانون الالتزامات المعلق عليهما من طرف جورج سيبوزبيير و روبير جيلليرون: مرجع سابق، ج.2: قانون الالتزامات ص 333.

[5]- يبد أ النصان الفرنسي والإيطالي معا بنفس العبارة التالية:

« Lorsque la somme exprimée..... »

وينتهيان أيضا بنفس العبارة التالية:

« .... à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur ».

[6] « 1- La lettre de change dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffre vaut, en cas de différence, pour la somme écrite en toutes lettres

2- LA lettre de change dont le montant est écrit plusieurs fois soit en toutes lettres, soit en chiffres ne vaut, en cas de difference que pour la moindre somme.".

من خلال هذا النص نستطيع أن نقول إن الفقرة الأولى فيه هي الأصل الحقيقي للفصل 612 من مشروع سانتيبانا (أي الفصل 527 تونسي أو الفصل 471 مغربي). وإن الفقرة الثانية فيه هي الأصل الحقيقي للفصل 613 من مشروع سانتيبانا (أي الفصل 528 تونسي أو الفصل 472 مغربي). والجدير بالإشارة أن الحكم السويسري لا يخص الكمبيالة وحدها. فهذا النص يعمل به كلما كان هناك اختلاف في الكتابة المتكررة لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بغض النظر عما إذا كان هذا التصرف سندا لأمر (الفصل 828 التزامات سويسري قديم أو 2/1098 جديد) أو شيكا (الفصل 836 قديم أو 1143 جديد). ـــولقد اتبع سانتيبانا نفس أسلوب قانون الالتزامات السويسري إذ نجده يحيل على

أيضا الأصل الحقيقي للفصل 612 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا (أي الفصل 527 تونسي أو الفصل 471 مغربي) على الرغم من ذهاب صاحب المشروع إلى أن الفصل 612 مستمد من قانون الأوراق التجارية الإنجليزية لسنة 1882[1] وكذا من القانون التجاري الإيطالي لسنة 1865[2].

وبعد، فما هو المدلول الذي يمكن أن تنضبط به، في ضوء هذه الأصول المارة بنا، قواعد الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م؟

المبحث الثاني :
محاولة ضبط مدلول الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م (الكتابة الدالة على التحديد غير الضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف)

530 - إن التحديد غير المضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف كما هو مفهوم من الفصول المعنية في هذا الصدد يتمثل إما في كتابة المقدرات بصفة تقريبية (الفصل 470), وإما في تكرار كتابتها على نحو متناقض (الفصلان 471 و472).وسنتناول هذين المظهرين في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول :محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 470 من ق.ل.ع.م (الكتابة الدالة على تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بصفة تقريبية)**
- **المطلب الثاني :محاولة ضبط مدلول قاعدتي الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م (التكرار الدال في الكتابة على تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بصفة مختلفة)**

الفصلين 612 و613 من مشروعه لحسم الاختلاف في الكتابة المتكررة لمقدرات الالتزام أو الحق في الكمبيالة (منطق الفصل 2055 من مشروعه) والسند لأمر (منطوق الفصل 2128) وسند البضائع أو المواد الفلاحية (مفهوم الفصل 2134) والشيك (مفهوم الفصل 2251) والسندات المماثلة للأوراق التجارية رسمية كانت أو عرفية (مفهوم الفصل 2153) والسندات لحاملها كالتي تصدرها الأبناك أو الشركات أو الخواص المرخص لهم بذلك (مفهوم الفصل 2171) وعقد الحساب الجاري (مفهوم الفصل 2183).

[1]- الفقرة الثانية من الفصل 9 منه. والجدير بالإشارة أن قانون الأوراق التجارية الإنجليزية لسنة 1882 يجد أصله الحقيقي في قانون الصرف الألماني لسنة 1848: انظر في هذا الصدد: علي سلمان العبيدي: الأوراق التجارية في التشريع المغربي: مرجع سابق ص 6.

[2]- الفصل 291 منه.

المطلب الأول :
محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 470 من ق.ل.ع.م
(الكتابة الدالة على تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بصفة تقريبية)

531- إن محاولة الاقتراب من الفصل 470 في ضبط مدلوله تدفعنا إلى طرح عدة تساؤلات منها ما يتصل بما يتعلق به هذا النص من وحدات القياس, ومنها ما يخص الألفاظ الممكن استخدامها للدلالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف , ومنها ما يرتبط بالفهم الواجب اعتماده في الفصل 470 للألفاظ الدالة على معنى تقريبي في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.

ونرى معالجة هذه التساؤلات في الفقرات التالية:

- **الفقرة الأولى: تعلق الفصل 470 بكل وحدات القياس المعتمدة في تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.**
- **الفقرة الثانية: الألفاظ المستخدمة للدلالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.**
- **الفقرة الثالثة: الفهم الواجب اعتماده في الفصل 470 للألفاظ الدالة على المعنى التقريبي في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.**

الفقرة الأولى
تعلق الفصل 470 بكل وحدات القياس المعتمدة في تحديد مقدرات[1] الالتزام أو الحق في التصرف

532- إن الفصل 470 من ق.ل.ع.م. في حديثه عن الوحدات الممكن استخدامها في تقدير محل الالتزام أو الحق في التصرف اقتصر على الوحدات

[1]- نعني بالمقدرات ما يتم تقديره بوحدة من وحدات القياس المعتمدة في تعيين محل الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف. ويظهر من هذا التحديد أننا لا نقصر المقدرات على ما يسمى بالأشياء المثلية التي قد يعتقد بأن لفظة المقدرات تقتصر عليها باعتبار أن هذه الأشياء المثلية هي التي لا يكتمل تعيينها كمحل للالتزام أو الحق في التصرف إلا بالتقدير.

* **"المبلغ"**: أي العدد الذي يستخدم ليس في النقود فقط وإنما في كافة العدديات أي ما يحدد ويعين عن طريق عده كالبيض,ومنه الطّزينة, أو سمك السردين قديما بأسفي, وكل ما لا يتعين نظرا لطبيعته أو للعادة المألوفة فيه إلا بالعد.

* **"القياس"**: أي الوحدة المستخدمة في الطول كالمتر أو المساحة كالمتر المربع أو الآر أو الديكامتر مربع والهكتار. إن المقصود بالقياس على الأقل حسب العقلية التي وضع في ضوئها ق.ل.ع.م. لا يخرج عما سبق، وكذا ما يمكن تسميته بالذراع أو الحبل والوحدات العرفية كالمرْجة أو الخدام المستعمل في تحديد الأراضي.

* **"الكمية"**: أي الوحدة المستخدمة في تحديد الكتلة من وزن أو كيل ك : بالفانْك (=40 كيلوغرام) أو بالخرّوبة (=120 كيلوغرام)أو بِلَغْرارة أو المُد(= 120كيلوغرام) بحسب مناطق المملكة المغربية.

وهكذا يظهر أن الفصل 470 لا يشير إلا إلى وحدات القياس التقليدية المتمثلة في العد والقياس بالمعنى المضبوط المار بنا والوزن والكيل.

533- ولكن بما أن تعداد وحدات القياس في الفصل 470 لم يرد على سبيل الحصر كما يتجلى ذلك حتى من صياغته[1] لذلك نقول إن الفصل 470 يتعلق بكل وحدات القياس المعتمدة في تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.

وما نعنيه من وحدات القياس المعتمدة في المغرب بالأساس تلك التي صدر في شأنها الظهير رقم 1.86.193 بتاريخ 31 ديسمبر 1986 لتنفيذ القانون رقم79-2 والمتعلق بوحدات القياس[2]. وتنص المادة 15 منه على أنه: "لا يجوز أن تستخدم إلا وحدات القياس المشار إليها في المادة الأولى أعلاه.

1- في المعاملات التجارية والعمليات الرامية إلى تحديد الأجور أو أثمان الخدمات وأعمال الخبرة القضائية والعمليات المتعلقة بالضرائب وبوجه عام كل عملية تستوجب الاستماع إلى الأطراف.

2- في السجلات التجارية والإعلانات والمعلقات والفاتورات والقوائم.

3- في المواصفات والمخططات والمسميات والفهارس.

4- على البضائع واللفائف والأوعية.

[1]- إن هذه الصياغة هي التي سمحت للترجمة الرسمية التونسية للفصل 526 من المجلة التونسية (أي الفصل 470 مغربي) بالتنصيص على هذا الأمر، إذ جاء فيها: "ما ذكر على وجه التقريب من عد أو كيل أو وزن أو غيرها من المقادير...."

[2]- هذا الظهير منشور بالجريدة الرسمية، النشرة العامة الصادرة بالعربية عدد 3881 بتاريخ 18 مارس 1987 ص 275 وما بعدها,وقد طرأت عليه تغييرات لاحقة:انظر فيها مثلا القانون رقم 03-22 المنفذ بظهير 11نوفمبر2003 ,ج. الرسمية ,عدد5171 بتاريخ 22 ديسمبر 2003 .

5- في الوثائق الرسمية مثل النصوص والعقود الإدارية.
6- في العقود الرسمية أو العرفية وكذا في المحررات الخاصة الأخرى عندما يدلى بها أمام المحاكم ما لم تكن العقود أو المحررات المذكورة قد وضعت أو حررت بالخارج".

ووحدات القياس المعتمدة في القانون المذكور منها ما ينتمي إلى ما يسمى بالنظام الدولي للوحدات (S.I) أي النظام المتري العشري (المادة 3) ومنها ما ينتمي إلى الوحدات الخارجة عن وحدات النظام الدولي (المادة 12)[1].

534- إذا ثبت ما سبق قلنا إن وحدات القياس هذه يتعين بها محل الالتزام أو الحق ويتحدد بغض النظر، من جهة، عما إذا كان المحل شيئا قيميا يعين بذاته أو شيئا مثليا يعين بنوعه ومقداره، وبغض النظر، من جهة أخرى، عما إذا كان الحق المنجر عن التصرف حقا عينيا أو حقا شخصيا منصبا على منفعة شيء أو على العمل الإيجابي أو السلبي (الامتناع عن عمل) للشخص[2]. وعليه فما هي الألفاظ الممكن استخدامها للدلالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف؟

الفقرة الثانية :
الألفاظ المستخدمة للدلالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف

535- يتجلى من منطوق الفصل 470 أن هذا النص لا يمكن إعماله إلا إذا تعلق الأمر في التصرف باستخدام ألفاظ لا تدل على التحديد القاطع والمضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق المنجر عن التصرف وإنما فقط على التحديد التقريبي لهذه المقدرات. ومن هذه الألفاظ على سبيل المثال: "حوالي" و"زهاء"[3] و"ما يقارب وتقريبا"[4] و"نحو"[5] وما يناهز وما يتراوح وقرابة وجل.

[1]- انظر في هذا الصدد: محمد شيلح: العقود المسماة في ق.ل.ع.م. (عقد البيع) ج. 1 في تحديد عقد البيع وتكوينه: مرجع سابق من ص. 312 إلى 314. -محمد شيلح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود -دراسة البيع من حيث تحديده وتكوينه بمقترب ميتودولوجي , ط.1998 أو1999, رقم 266 ص.170 وما بعدها.
[2]- انظر على سبيل المثال: محمد شيلح: المرجع الأول قبله من ص 308 إلى 311.
[3]- هاتان اللفظتان منطوق بهما في الفصل 470 حسب ترجمتنا المقترحة له.
[4]- هاتان اللفظتان منطوق بهما في الترجمة المتداولة للفصل 470 من ق.ل.ع.م.
[5]- هذه اللفظة منطوق بها إلى جانب "زهاء" في الترجمة الرسمية للفصل 526 تونسي.

إن هذه الألفاظ تنم عن الجهل النسبي بالتقدير المضبوط لمحل الالتزام أو الحق. ومع ذلك ينبغي التنبيه إلى أن الجهل النسبي لا يتصل إلا بتقدير المحل. أما هذا المحل في حد ذاته فينبغي أن يكون محددا تحديدا كافيا لأن يجعله معلوما غير مجهول وإلا وجب عدم إعمال الفصل 470, والتفكير في إعمال الفصول الأخرى وبالأساس إعمال الفصلين 2/462 و463 من ق.ل.ع.م.، إذ في ضوء هذين النصين يمكن رفع الجهل والاحتمال عن المحل في حد ذاته (شيئا كان أو عملا إيجابيا أو سلبيا) وإلا وقع التصرف باطلا بسبب إفضاء العجز عن رفع الجهل إلى عدم تعيين المحل وبالتالي إلى استحالته (الفصول 58 و59 و306 من ق.ل.ع.م) من جهة، وبسبب كون التصرفات "تعتمد في صحتها الفائدة فما لم يفد لم يصح"[1]، وما يبقى من محل التصرف مجهولا لا ترجى منه الفائدة التي من شأنها أن تجعل التصرف صحيحا[2].

536- وإذا كان الفصل 470 لا تعنيه مسألة الجهل الحاصل في كنه وطبيعة محل الالتزام أو الحق في التصرف، فإنه بالمقابل يمكن أن يستفاد من مفهوم الفصل المذكور أن نطاق تطبيقه يشتمل أيضا على الحالة التي يُقدَّر فيها محل الالتزام بعبارة مركبة من لفظ صريح ولفظ مبهم أو متعدد المعاني أو العكس(لفظ مبهم أو متعدد المعاني ولفظ صريح) أو يُقدَّر بلفظ واحد مبهم أو متعدد المعاني كعشرة دراهم ونيف[3] أو كذا كتابٌ أو كتاباً أو كتابٍ أو بضعُ كتبٍ أو كتباً كثيرة أو كتباً[4].

وبعد، فما هو الفهم الواجب اعتماده في ضوء الفصل 470 من ق.ل.ع.م. لمثل ما مر بنا من الألفاظ الدالة على المعنى التقريبي في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.

[1]- ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق ص 244. -انظر أيضا الفصل 531 تونسي.
[2]- ومن الأمثلة في هذا الصدد: إيراد لفظتي الشيء أو كذا، في التصرف من غير أي تحديد آخر.
[3]- النَّيْفُ كما جاء عند الزرقاني "ما زاد على العقد حتى يبلغ العقد الثاني". والمحقق الذي يلزم الذمة في هذه الزيادة هو إضافة الواحد إلى المبلغ الصريح وهكذا يصبح معنى عشرة ونيف هو إحدى عشر: شرح الزرقاني لمختصر خليل: مرجع سابق، المجلد 3. ج. 6 ص 99.
[4]- إن الفقه الإسلامي المالكي يحدد معاني هذه الألفاظ من جهة، ومبدئيا، في ضوء ما يقتضيه إعرابها أي في ضوء معناها النحوي بالمعنى المضبوط، وإن كان هذا المعنى النحوي لا يؤبه به أحيانا كما حصل فيما يماثل كذا كتابٍ إذ حدد معناها الاصطلاحي في عشرين كتابا والحال أن معناها النحوي يفيد مائة كتاب لأن لفظ المائة هو الذي يستدعي جر آخر المميز من المعدودات. كما يحدد معاني هذه الألفاظ من جهة أخرى في ضوء المبدأ القاضي بأن الأصل براء الذمة والذي بمقتضاه لا تلزم هذه الذمة إلا بما هو محقق. والمحقق في الزيادة التي تحتمل حدا أعلى وحدا أدنى هو الحد الأدنى فقط. وهكذا فإن المعنى المتداول في الفقه المالكي مثلا لكذا درهمٌ هو درهم واحد، وكذا درهماً عشرون درهماً وكذا درهمٍ عشرون درهما أيضا، خلافا للمعنى النحوي لهذه العبارة والذي يفيد كما مر بنا مائة درهم، وكذا كذا المحقق فيها أحد عشر وكذا وكذا المحقق فيها واحد وعشرون وكذا كذا كذا(ثلاث مرات) المحقق فيها واحد وعشرون وإن كان المعنى النحوي في اللغة يفيد مائة وأحد وعشرين كما لاحظ ذلك محمد البناني في حاشيته على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبضع المحقق فيها هو جمع القلة وهو ثلاثة، وكثيرة المحقق فيها أربعة، ودراهم (أو كتبا) المحقق فيها ثلاثة: انظر في هذا الصدد ما مر بنا من نص خليل وما ذكر من شروحه وحواشيها في فقرة 528 قبله.

الفقرة الثالثة :
الفهم الواجب اعتماده في الفصل 470 للألفاظ الدالة على المعنى التقريبي في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف

537 إن منطوق الفصل من ق.ل.ع.م. يحيل في فهم الألفاظ الدالة على المعنى التقريبي في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف على المعنى المحدد لهذه الألفاظ في العادة المتعامل بها في مثل التصرف المتنازع فيه (العادة المهنية سواء تمثلت هذه المهنة في التجارة أو في غيرها). وعند عدم وجود هذه العادة فإن اللفظ المعني في النزاع يفهم في ضوء المعنى الذي تحدده العادة اللغوية في مكان إبرام التصرف.

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد يتعلق من جهة بمعرفة ما إذا كانت المعاني المحددة لبعض هذه الألفاظ في الفقه الإسلامي المالكي، بالنسبة إلى المغرب مثلا، من شأنها أن تعد من المعاني الصريحة المحددة بالعادة أو العرف؛ كما يتعلق، من جهة أخرى، بمعرفة المعنى الموحد والممكن اعتماده للتسامح أو اليسارة، في ضوء الفصل 470، في حالة عدم وجود أية عادة في تصريح هذه الألفاظ بجعلها تتمحض لمعنى واحد لا وجود فيه لأي احتمال أو تردد.

أولا : مدى قيام المعاني المحددة في الفقه الإسلامي المالكي مقام المعاني المعينة بالعادة

538- ففيما يخص مسألة اعتبار المعاني المحددة في الفقه الإسلامي المالكي، للألفاظ الدالة في تحديدها لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف على معنى تقريبي، ضربا من المعاني المعينة بالعادة؛ يمكن لأول وهلة أن نجيب بالإيجاب على أساس أن الفقه الإسلامي المالكي هو الذي من المفروض أن يتداول، على الأقل، فيما يرجع إلى المعاني المألوفة فيه للألفاظ بين أوساط الشعب المغربي: فالتداول يجعل,أو من المفترض أن يجعل, من هذا الفقه المالكي ضربا من العادة المألوفة بين المغاربة في فهم الألفاظ المستخدمة في معاملاتهم وسلوكهم اليومي.

ومع ذلك، فعلى الرغم مما قد يبدو في هذا الفهم للعادة أو العرف من صواب واستقامة[1]، فإن العادة المقصودة في الفصل 470 هي التي سنعبر عنها في ضوء

[1]- يمكن لهذا الفهم أن يستمد صوابه واستقامته من ملاءمته، على الأقل لتلك النداءات (وبغض النظر عما إذا كانت نوايا أصحابها صادقة أم لا) الرامية إلى تطبيق الفقه الإسلامي المالكي على كافة المعاملات وعدم حصر هذا التطبيق في مجال دون آخر.

الفصل 463 كما عبرنا عنها في ضوء الفصل 466 بفعل العامة أي العادة الجماعية أو الشعبية –إن صح هذا التعبير- وليس العادة العالمة[1] طالما أن الأمر لا يتعلق في الفصل 470 بالمعنى الاصطلاحي أي بالمعنى المحدد قانونا أو شرعا لما يسمى بالمصطلحات القانونية أو الشرعية[2]. والواقع أن هذا الأمر يتلاءم حتى مع الفقه الإسلامي إذ حسب هذا الفقه عندما يتزاحم عرف شرعي مع عرف حادث للعامة فإن الأولوية تعطى للعرف الحادث[3].

539- وعليه إذا ثبت هذا الأمر, قلنا إن المعاني اللغوية المحددة في الفقه الإسلامي، لبعض الألفاظ الدالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف، لا يمكن اعتبارها من قبيل ما هو مألوف من معاني هذه الألفاظ في العادة بمفهوم فعل العامة ما لم يتم التطابق بين هذه المعاني في كل من الفقه الإسلامي والعادة بمفهوم العامة. ومع ذلك فإن الأساس المرتكز عليه هنا يبقى متمثلا في العادة بمفهوم العامة[4]. غير أن المشكل يظل قائما عندما لا توجد أية عادة من شأنها أن تحدد بالضبط معاني الألفاظ الدالة في حد ذاتها على معنى تقريبي.

ثانيا : مشكل اليسارة غير المحددة في عادة التجارة أو في عادة مكان التصرف

540- تجدر الإشارة، فيما يرجع إلى حالة عدم وجود أية عادة في الألفاظ الدالة في حد ذاتها على معنى تقريبي بجعلها تتمحض لمعنى واحد لا وجود فيه لأي احتمال أو تردد، إلى أن سانتيانا كان قد توقع هذا المشكل؛ فأوجد له حلا بالتنصيص في الفصل 611 من مشروعه التمهيدي على أن معنى التسامح أو اليسارة المقصودة في هذا الفصل يتمثل في الخُمُس. وقد جاء فيه أنه "... وعند عدم وجود هذه العادة، يجب أن يفهم بأن القيمة أو الكمية تكمن في أربعة أخماس على الأقل من الرقم المعبر عنه"[5]. بمعنى أنه عندما ترد في التصرف مثلا عبارة: اشتريت قرابة خمسين كتابا، فإن معنى قرابة يفيد خصم الخمس أي خصم عشرين

[1]- انظر في هذا الصدد: فقرة 565 بعده وكذا فقرة 484 و فقرة 486 قبله.
[2]- انظر في هذا المعنى الاصطلاحي: فقرة 486 قبله.
[3]- انظر في هذا الصدد: فقرة 489 قبله.
[4]- قد يقال ان المعاني المحددة في الفقه الإسلامي لبعض الألفاظ الدالة على التحديد التقريبي لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف ينبغي الأخذ بها على الأقل عندما يكون هذا الفقه هو الواجب التطبيق كما لو تعلق الأمر بالعقارات غير المحفظة. في هذه الحالة قد نقول نعم ولكن على أساس أن هذه المعاني لغوية وليست اصطلاحية. والمبدأ في تعارض المعنى اللغوي مع المعنى الذي تقضي به العادة أو العرف أن يقدم المعنى الثاني على المعنى الموضوع للفظ في اللغة.

[5]- انظر النص الفرنسي للفصل 611 من المشروع التمهيدي لسانتيانا في فقرة 527 قبله.

في المائة من الرقم المعبر عنه وهو "خمسين". وهكذا يصبح معنى عبارة" ... قرابة خمسين" اشتريت أربعين كتابا" أي 50 – 10 = 40 وهو أربعة أخماس الخمسين. وبالمقابل عندما ترد في التصرف مثلا عبارة: اشتريت خمسين كتابا ونيفا أو ما يربو عن أو يزيد عن خمسين كتابا يصبح "النيف" أو "ما يربو" أو ما يزيد هو عشرة وتضاف إلى الخمسين ليصبح المعنى المحدد للعبارة بأجمعها اشتريت ستين كتابا.

541- والملاحظ أن سانتيبانا اعتمد هذا المعنى لليسارة (للتسامح) في الفصل 611 من مشروعه التمهيدي (الفصل 470 من ق.ل.ع.م) على الرغم من إشارته الصريحة في تعليقه على نصه[1] إلى أن القانون الفرنسي يحدد معنى كلمة "حوالي" (environ) في نصف العشر (5%) وأن القضاء الإيطالي يحدده في العُشر كحد أقصى (10%) وأن خليلا المالكي يحدد معنى "جل" أو "قرب" أو "نحو" في الثلث (+33%) بل ونستطيع أن نضيف أيضا موقف الفقه الحنفي الذي يحدد معنى اليسارة (التسامح) في نصف العشر فأقل منه[2] . وعلى الرغم من كل هذا نجد سانتيبانا لا يساير أحد هذه المواقف المعبر عنها في مصادر الفصل 611 من مشروعه التمهيدي وإن كان المعنى الذي يقترحه هذا المشروع (20 % أي الخمس) يقترب أكثر من الحل الوارد في نص خليل (+ 33% أي الثلث).

542- وعليه ، فأمام سكوت الفصل 470 عن حل مشكل تحديد معنى ما ذكر فيه من اليسارة (التسامح) غير المحددة في عادة التجارة أو عادة مكان التصرف ، هل نستطيع أن نأخذ باقتراح سانتيبانا على أساس أن مشروعه التمهيدي يعتبر من الأعمال التحضيرية غير المباشرة لق.ل.ع.م. ، أم نأخذ بنص خليل على أساس أن الفقه الإسلامي يطبق في المغرب إما بسبب إحالة القانون عليه (كالفصول 357 و 403 و 484 و 881 و 986 و 1101 من ق.ل.ع.م أو الفصول 32 و 75 و 197 من قانون 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفظة : المادة 1 من مدونة الحقوق العينية), وإما بسبب وجود ثغرة في ق.ل.ع.م.[3] ؛ أم أنه بالمقابل لا ينبغي

[1]- انظر دوود سانتيبانا: المرجع السابق ص. 250.

[2]- انظر فقرة 528 وما يليها قبله. ولقد جاء في رد المحتار أن اليسارة في المذهب الحنفي تعادل نصف العشر (5%) من قيمة الأشياء المنقولة أو العشر (10%) من قيمة الحيوانات أو ربع العشر (2،5%) من قيمة النقد فيما يخص المبادلة الواقعة عليه أي ما يسمى بالصرف: انظر في هذا الصدد: داوود سانتيبانا: المرجع السابق: تعليقه على الفصل 730 من مشروعه التمهيدي، ص .286, وهو فصل نقل إلى الفصل 628 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود ولكنه لم يعتمد في ق.ل.ع.م.

[3]- جاء في القرار عدد 717 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 1978 ما يلي : "... أما قواعد الفقه الإسلامي فلا تطبق على العقارات المحفظة إلا في حال عدم وجود نص في ق.ل.ع.م." : (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص. 67 وما بعدها.)

الالتفات إلى ما سبق إلا عندما لا تسعف روح القانون (أي ق.ل.ع.م.) على سد ما قد يبدو فيه من الثغرات على أساس أن روح القانون يعد من قبيل ما هو داخل (مفهوم) في نفس القانون والمبدأ في التأويل يعطي الأولوية لما من شأنه أن يجلي الغموض أو المسكوت من داخل ذات القانون قبل ما يجليه وينطقه من خارجه[1]؟

543- إذا ثبت هذا الأمر ، وأضفنا إليه أيضا المبدأ القاضي بأنه عندما تقتضي الضرورة أو السكوت تأويل القانون فإن هذا التأويل ينبغي أن يهدف إلى تحقيق اليسر والتخفيف على الخاضعين له لا إلى تحقيق الضيق والتشديد عليهم[2]؛ أمكن تحديد معنى اليسارة (التسامح) المتحدث عنها في الفصل 470 من ق.ل.ع.م. في الغبن اليسير الذي لا يفضي بصفة عامة إلى إبطال العقد ولو كان هذا الغبن اليسير غير مجرد. ولكن يجدر التنبيه إلى أن ق.ل.ع.م. لا يعتد مطلقا بالغبن ولو لم يكون يسيرا كسبب مستقل بنفسه لإبطال العقد (الفصل 55 من ق.ل.ع.م) باستثناء الغبن المجرد الحاصل في القسمة الرضائية(المادة 315 من مدونة الحقوق العينية): إن الغبن المعتد به هو ذلك الناتج عن وقوع المتعاقد في عيب من عيوب الإرادة المرتبطة بظروف التعاقد كالغلط والتدليس والإكراه أو المرتبطة بالحالة الشخصية للمتعاقد كالمرض وما في معناه من الأعراض الأخرى وكنقصان الإرادة الراجع مثلا إلى عدم بلوغ سن الرشد[3]. ولهذا الاعتبار نرى استبعاد إعطاء اليسارة (التسامح) مفهوم الغبن اليسير والذي يمكن تخويل أمر تقديره لسلطة قضاة الموضوع.

544- ويبقى، في تقديرنا، أن المعنى الذي يمكن أن يتلاءم أكثر –ولا يتعارض مع مجموع نصوص ق.ل.ع.م. بأبي العقود أي عقد البيع وبالأساس من الفصل 529 الذي يتحدث عن اليسارة (التسامح) في وزن أو قياس أو حجم الشيء المبيع أو في الشيء المبيع على أنه معين بذاته[4].

وعليه، إذا صح هذا الفهم –حتى لا نقول القياس- ذهبنا في الأخير إلى أن معنى اليسارة (التسامح) المذكورة في الفصل 470، في حالة عدم وجود العادة المحددة

[1]- إن الفصل 464 من ق.ل.ع.م. يسير في هذا الاتجاه فيما يرجع إلى التصرفات الإرادية أو العقدية.

[2]- لقد تم النص صراحة على هذا المبدأ في الفصل 626 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا. وهذا النص تبناه الفصل 541 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود إذ تقضي ترجمته الرسمية بأنه: "إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا".

[3]- انظر في موقفنا هذا: العقود المسماة في ق.ل.ع.م. (عقد البيع) ج. 1 في تحديد عقد البيع وتكوينه: مرجع سابق ص. 238 وما بعدها ومن ص. 399 إلى 403. وانظر أيضا الفقرات من 355 إلى 366 قبله.

[4]- لقد نقل الفصل 529 من ق.ل.ع.م. بالحرف من الفصل 623 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي اقتصرت على تبني الفصل 728 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا.

لهذا المعنى، يستحسن أن يتمثل في نصف العشر من الرقم المعبر به عن مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف (أي 5%) من هذا الرقم[1]. وهكذا إذا كان اللفظ الدال على المعنى التقريبي صريح في الزيادة ولكنه متردد في مقدار الزيادة كان المحقق في هذه الزيادة هو الرقم المعلن عنه في العقد وزيادة نصف عشر هذا الرقم إليه. وبالمقابل إذا كان اللفظ الدال على المعنى التقريبي صريح في النقصان ولكنه متردد في مقدار النقصان كان المحقق في هذا النقصان هو خصم نصف العشر من الرقم المعلن عنه في العقد.

وبعد، إذا كان مدلول قاعدة الفصل 470 قد حاولنا ضبطه فيما سبق فكيف يمكن أن ينضبط مدلول قاعدتي الفصلين 471 و472 المتحدين معه في موضوع التحديد غير المضبوط لمقدار الالتزام أو الحق في التصرف كما مر بنا؟

المطلب الثاني :
محاولة ضبط مدلول قاعدتي الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م. : (التكرار الدال في الكتابة على تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف بصفة مختلفة)

545- بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن ما استعرضناه في شأن تعلق الفصل 470 بكل وحدات القياس المعتمدة في تحديد مقدرات الالتزام أو الحق في التصرف ينطبق أيضا على وحدات القياس المنصوص عليها في الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م[2].

وعليه إذا ثبت هذا الأمر، انتقلنا إلى تناول ما نحن بصدده في الفقرات التالية:

- **الفقرة الأولى: نطاق التصرفات التي ينطبق عليها الفصلان 471 و472 من ق.ل.ع.م.**
- **الفقرة الثانية: الفهم الواجب اعتماده،في ضوء الفصلين 471 و 472 من ق.ل.ع.م.لرفع التعارض المنجر عن تكرار الكتابة المحددة لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف.**

[1]- هذه النسبة نرى أن نفهم بها أيضا، وعلى سبيل المثال، اليسارة (التسامح) المنصوص عليها في الفصل 549 أو 927 من ق.ل.ع.م. عندما لا تكون هناك عادة تحدد هذه اليسارة.

[2]- انظر الفقرتين 532 و533 قبله.

- **الفقرة الثالثة: طبيعة القاعدتين المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م.**

الفقرة الأولى :
نطاق التصرفات التي ينطبق عليها الفصلان 471 و472 من ق.ل.ع.م

546- إن قراءة الفصلين 471 و472، في ضوء ما استعرضناه عند محاولة تأصيلهما،قد تحمل على الاعتقاد بأن نطاق التصرفات التي ينطبقان عليها ينحصر في الأوراق التجارية وما يماثلها من السندات التجارية أو المدنية الأخرى.

ولاشك أن هذا الاعتقاد يستقيم مع العادة المألوفة في كتابة هذه الأوراق أو السندات:كتابة مبلغ النقود(المشترطة وحدها في السندات)أو كمية البضائع والمواد الفلاحية مثلا(المرخص بها في البعض الآخر كسندات البضائع والمواد الفلاحية) مرة بالرقم ومرة بالحروف. وهذا التكرار لنفس الموضوع هو الذي يفضي أحيانا إلى حصول الاختلاف في الكتابتين المتعلقتين بهذا الموضوع. ويحصل هذا الاختلاف بالأساس في الكمبيالة[1] أو السفتجة[2]، ولكنه لا يستبعد عن كل من السند الأمر[3] والشيك[4] وسندات البضائع أو المواد الفلاحية المعتبرة قيما منقولة وغير هذه الأخيرة من السندات لحاملها والتي تصدرها الأبناك أو الخواص المرخص لهم بذلك كالأسهم أو الحصص وأذونات الخزينة والقروض بالالتزام (emprunts par obligation) [5] وعقد الحساب الجاري بل وحتى فتح حساب الشيكات لدى بنك معين[6].

[1]- الفصل 131 من القانون التجاري المغربي القديم . –انظر في توضيح هذا الفصل مثلا: علي سلمان العبيدي: الأوراق التجارية في التشريع المغربي: مرجع سابق ص 32.- ولقد انتقل هذا النص إلى المادة 163 من مدونة التجارة لسنة 1996.

[2]- السفتجة مشتقة من اللفظ الفارسي: سفته ويعني الشديد، الصلب، وذلك للدلالة –كما تقول الحنفية- على صلابة الالتزام المنجر عن الكمبيالة: عن داوود سانتيانا: المرجع السابق، تعليقه على الفصل 1994 المعرف للكمبيالة، ص 690.

[3]- الفصل 194 من القانون التجاري المغربي القديم: انظر في توضيحه على سبيل المثال: علي سلمان العبيدي: المرجع السابق ص 427.ولقد انتقل ما يتعلق في هذا النص بـ"الاختلاف في تعيين المبلغ الواجب وفائه"إلى المادة 235 من مدونة التجارة.

[4]- الفصل 9 من ظهير 19 يناير 1939 المنظم للشيك: انظر في توضيح هذا الفصل مثلا: علي سلمان العبيدي: المرجع السابق ص 447. –محمد الحارثي: الشيك بالمغرب واقع وآفاق: مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، 1988 ص 25 و26 . لقد انتقل هذا النص إلى المادة 247 من مدونة التجارة.

[5]- انظر في شأنها مثلا الفصل 1156 وما بعده من القانون السويسري الفيدرالي للالتزامات لسنة 1912.

[6]- انظر في هذا العقد على سبيل المثال: محمد الحارثي: المرجع السابق ص 78 وما بعدها.

ومع ذلك فإن ما مر بنا لا يعني أكثر من أن الفصلين 471 و472 ينطبقان من باب أولى على الأوراق التجارية وما في معناها من السندات الأخرى المعتبرة قيما منقولة[1]. وإعطاء الأولوية لهذه السندات في تطبيق النصين عليها يفيد أن كل التصرفات الأخرى المدنية أو التجارية سواء كانت إرادية (صادرة من جانب واحد) أو اتفاقية تدخل ضمن نطاق تطبيقها.

وبالجملة فإن نطاق تطبيق الفصلين المذكورين يتمثل في كل التصرفات المكتوبة التي تقدم للقضاء من أجل إثبات واقعة معينة على أساس أن هذه التصرفات المقدمة للإثبات هي التي ينصب عليها الفهم.

الفقرة الثانية :
الفهم الواجب اعتماده، في ضوء الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م.، لرفع التعارض المنجر عن تكرار الكتابة المحددة لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف

547- إن الوقوف على كيفية الفهم الرامي إلى رفع التعارض المنجر عن الكتابة المتكررة في نفس التصرف ولنفس مقدار الالتزام أو الحق يقتضي التمييز، في ضوء الفصلين 471 و472، بين فرضيتين كالتالي:

- **أولا** : فرضية اختلاف كتابة مقدرات الالتزام أو الحق بالحروف عن كتابة هذه المقدرات بالأرقام في نفس التصرف: (الفهم الواجب اعتماده في ضوء الفصل 471 من ق.ل.ع.م)
- **ثانيا** : فرضية الاختلاف الحاصل في الكتابات المتكررة بالحروف فقط أو بالأرقام فقط في نفس التصرف لمقدرات الالتزام أو الحق : (الفهم الواجب اعتماده في ضوء الفصل 472 من ق.ل.ع.م)

أولا : فرضية اختلاف كتابة مقدرات الالتزام أو الحق بالحروف عن كتابة هذه المقدرات بالأرقام في نفس التصرف: (الفهم الواجب اعتماده في ضوء الفصل 471 من ق.ل.ع.م)

[1]- جاء في القرار عدد 7643 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 21 جوان 1955 أن: "الفصل 527 من مجلة الالتزامات والعقود صريح في اعتبار المبلغ المنصوص عليه بلسان القلم لا سيما في الكمبيالة بالخصوص". (منشور بمجلة القضاء والتشريع العدد المزدوج 9- 10، السنة 1960، ص 168).

548- يكون على القاضي، أمام هذا التعارض، أن يفهم أن مقدرات الالتزام أو الحق قد تحددت في التصرف على نحو مضبوط وصريح بالمبلغ أو الكمية المكتوبة بالحروف, ويعتبر بالتالي الكتابة لنفس المقدرات بالأرقام كأن لم تسطر في التصرف موضوع الفهم على أساس أن ما أفضى إلى إيرادها على نحو مخالف للمكتوب بالحروف يعود إلى مجرد غلط مادي في التعبير ينسب إلى القلم[1].

ولعل هذا الحل يتلاءم وواقع الكتابة المتفشية بين أوساط العامة على وجه الخصوص: فهؤلاء تثقل لديهم الكتابة بالحروف وتعسر عليهم إلى درجة يمكن الذهاب معها إلى أن تسطير كل حرف لا يتبلور إلا بعد تأمل وتدبر العلامة الخطية المناسبة له وربما أيضا مضمون التصرف المراد بلورته بهذه العلامات الخطية. وبالمقابل فإن تخطيط الأرقام يخف لديهم وتتيسر لهم السرعة في رسمها إلى درجة يمكن معها ألا يلتفت إلى مضمون هذا الرقم. ومع ذلك فإن هذا التصور للوقائع لا يستقيم دائما حتى بالنسبة لغير مُحترفي الكتابة بل إن احتراف الكتابة بالحروف يذلل هذه الأخيرة إلى درجة تنفلت معها بالسهولة التي قد تسقط محترف الكتابة بالحروف في الهفوات والأغلاط المادية أكثر من سقوطه فيها عندما يعمد إلى الكتابة بالأرقام. ويبقى أن ننبه إلى أن إعطاء الأفضلية للكتابة بالحروف في فهم مقدرات الالتزام أو الحق ينبغي ألا يؤبه فيها بما إذا كانت الكتابة بالحروف تدل على مبلغ أو كمية أكبر من المبلغ أو الكمية المعبر عنها بالأرقام. فهذا الأمر لا يلتفت إليه إلا في الفرضية التالية:

ثانيا : فرضية الاختلاف الحاصل في الكتابات المتكررة بالحروف فقط أو بالأرقام فقط في نفس التصرف لمقدرات الالتزام أو الحق: (الفهم الواجب اعتماده في ضوء الفصل 472 من ق.ل.ع.م)

549- إن منطوق الفصل 472 من ق.ل.ع.م.لم يتحدث في هذه الفرضية إلا عن الشق المتصل فيها بالكتابات المتكررة بالحروف فقط. ومع ذلك فإن مفهومه لا يمنع من جعل الشق المتصل فيها بالكتابات المتكررة بالأرقام فقط مستفادا من النص المذكور أيضا.

وعليه بما أن الاختلاف في هذه الفرضية لا يتمثل في التعبير عن مقدرات الالتزام أو الحق بصنفين من العلامات الخطية, يحمل كل صنف منهما وصفا خاصا به : صنف الحروف وصنف الأرقام؛ وإنما في الاختلاف الحاصل بين المعاني

[1]- انظر في هذا الصدد فقرة 328 قبله.

الحرفية النحوية لنفس صنف الحروف أو لنفس صنف الأرقام المعبر به عن مقدرات الالتزام أو الحق, لذلك فأمام هذه الفرضية المتصلة في الحقيقة بالاختلاف في المعنى وليس في العلامة الدالة، يكون على القاضي أن يفهم أن مقدرات الالتزام أو الحق المكتوبة بالحروف فقط أو بالأرقام فقط قد تحددت في التصرف على نحو مضبوط بأقل مبلغ أو كمية، على أساس أن الذمة لا تلزم إلا بمحقق. والمحقق في المبلغ المتردد بين حد أدنى وحد أقصى يقف عند الحد الأدنى. فهذا الحد الأدنى هو الأقل ارتفاعا كما جاء في الفصل 472 من ق.ل.ع.م.

ولكن يبقى أن نتساءل عما إذا كان هذا الفهم، سواء تعلق الأمر بالفصل 471 أو 472، يتقيد به القاضي بمجرد ما يلاحظ الكتابة المتكررة، بالحروف وبالأرقام معا أو بالحروف فقط أو بالأرقام فقط، لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف؟

هذا ما سنستهل به البحث عن طبيعة القاعدتين المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م.

الفقرة الثالثة :
طبيعة القاعدتين المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م

550- صحيح أن الفهم المار بنا يتقيد به القاضي في ضوء الفصلين 471 و472 من ق.ل.ع.م., ولكن الأصح أيضا أن هذين النصين يتضمنان في آخرهما جملة شرطية مشتركة بينهما. وما يمكن أن يستفاد من هذه الجملة الشرطية أن الفهم الواجب اعتماده في الفرضيتين المارتين بنا معلق على شرط العجز عن إثبات ما يؤدي إلى ضرورة الأخذ بالفهم المعاكس. بمعنى أن القاضي لا يكون عليه أن يأخذ بالمعنى الذي يحدده الفصلان 471 و472 للتصرف المتنازع في مقدرات الالتزام أو الحق المنجر عنه، إلا إذا تعذر على من يتمسك بالمعنى المعاكس للمعنى المستفاد في ضوء الفصلين المذكورين الإتيان بالدليل المثبت لما يدعيه في ضوء الفصل 444 من ق.ل.ع.م[1].

[1]- تنص الترجمة المتداولة للفصل 444 من ق.ل.ع.م. على أنه: "لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج (actes) ولو كان المبلغ أو القيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443.

ويستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة أو تحدد مداها أو تقيم الدليل على تنفيذها".

والحديث عن الحل المعتمد في حالة العجز عن الإثبات من شأنه أن يجعل القاعدتين المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 مجرد فقرة ثالثة من الفصل 444 من ق.ل.ع.م. تستفاد من مفهوم هذا الأخير أو على الأكثر مجرد قرينة قانونية يستدل بها عند عدم وجود ما هو أقوى منها من وسائل الإثبات الأخرى.

وهذا يعني أن القاعدتين المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 لا تعتبران قاعدتي تأويل بالمعنى المضبوط[1] وإنما قاعدتين من قواعد الإثبات.

ومع ذلك إذا نظرنا إلى هذه القواعد الإثباتية من المنظور الذي يجعلها مرجعا للقاضي في الفهم المسبق للتصرف أمكن وصفهما بقاعدتين من قواعد الفهم أو قواعد التأويل المستتر والمقنع: وهو تأويل يلجأ إليه القاضي, كما مر بنا, للقول بصراحة التصرف في ضوء الفصل 461 من ق.ل.ع.م. وهكذا نستطيع أن نعتبر القاعدتين السالفتين مجرد تأكيد للمقصود بالصريح الذي يمتنع معه أي تأويل بمعناه المكشوف والمعلن. وهذه الطبيعة تسمح لنا بترتيب الفصلين 471 و472 ضمن الفصول الموضحة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. بعد الفصول 466 و467 و468.

ولا شك أن الطبيعة التي تتصف بها القاعدتان المنصوص عليهما في الفصلين 471 و472 ليست حكرا على هذين الفصلين إذ تتميز بها أيضا، في تقديرنا، القاعدة المنصوص عليها في الفصل 470 المار بنا[2] وبالأحرى الفصل 473 كما سيتجلى ذلك عند دراسته في الباب الموالي.

[1]- إن الحديث عن التأويل بالمعنى المضبوط في ضوء الفصلين 471 و472 يتم في الحالة التي يعتمد فيها القاضي معنى المقدرات المكتوبة بالأرقام بدل الحروف (بالنسبة للفصل 471) أو المعنى الدال على المبلغ أو الكمية الأكبر (بالنسبة للفصل 472).

[2]- يبدو الفصل 470، حتى من خلال مصادره المارة بنا، بمثابة تطبيق للفصل 463 من ق.ل.ع.م. ومن هذه الزاوية يمكن اعتباره نصا مؤكدا لقاعدة التأويل الاحتياطية المنصوص عليها في الفصل 463. ومع ذلك فإن اقتصار الفصل 470 على فهم المكتوب يجعل منه، في الحقيقة، نصا تطبيقيا للفصل 466 من ق.ل.ع.م. وبالتالي نصا مرجحيا للفهم على غرار الفصل 466 –كما مر بنا-. وعليه، فمن هذه الزاوية، لا يمكن اعتبار الفصل 470 مكرسا لقاعدة تأويل بالمعنى المكشوف والمعلن.

الباب الثاني :
في قواعد التأويل الاحتياطية المعتمدة في ق.ل.ع.م

تمهيد :

551- لم يكن الفقه الفرنسي، الذي صيغ على هديه المشروع التمهيدي لسانتيبانا وبالتالي ق.ل.ع.م. في آخر المطاف، يعتبر قواعد العادة أو العرف والتشريع المؤول –مقررا كان أم مكملا- والإنصاف وتغليب مصلحة الملتزم عند الشك؛ إلا مجرد قواعد احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة تعذر الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال جملة من القواعد التي عالجناها ضمن ما وصفناه في الباب الأول المار بنا بقواعد التأويل الأصلية.

ولقد كان الوصف الاحتياطي لهذه القواعد قد تعرض لانتقاد شديد من قبل خصوم الإرادية القانونية منذ بداية القرن 20 م. بالدرجة الأولى. غير أن تصاعد موجة الدفاع عما يسمى بحقوق الإنسان، والتراجع المتصاعد للدولة عما يمكن تسميته بِعَوْمَمَةِ الاقتصاد من شأنهما أن يُفهَما على أنهما بمثابة إعادة الاعتبار لما ضاع من هيمنة الإرادية القانونية, وإن بألفاظ لم تألفها لغة القانون من قبل كالإشهار والإلتزام بالإعلام والشفافية والمنافسة والعرض. ومن هذه الزاوية فإن وصف بعض قواعد التأويل في ق.ل.ع.م. بالقواعد الاحتياطية يستجيب لروح هذا القانون والظروف التي وضع فيها مشروعه التمهيدي غير المباشر؛ كما يساير، في تقديرنا، هذه الموجة الجديدة والتي لا تعد إلا ضربا من الحنين إلى الماضي السابق على فترة التقسيم الإيديولوجي للشرق والغرب.

وعليه فإن هذا الباب الثاني سيتناول، بالدراسة، الفصول 463 و473 و231 من ق.ل.ع.م.

ولاشك أن تعرض الفصل 231 لنفس القاعدتين المنصوص عليهما في الفصل 463، يقتضي الجمع، في الدراسة، بين الفصلين. غير أنه نظرا لاشتمال الفصل 231 على قاعدتين أخريين –كما يبدو من ظاهره- تتمثلان في حسن النية والإنصاف، وهما القاعدتان اللتان يركز عليهما جانب لا يستهان به من الفقه الفرنسي للمطالبة بتطبيقهما بصفة أصلية على ما أسموه بعقود الإذعان أو الانطلاق منهما لجعل هذه العقود تنفرد بقواعد خاصة بها في التأويل؛ ارتأينا أن ندرس الفصل 231 على نحو مستقل عن كل من الفصلين 463 و473، حتى نتمكن من تأمل قاعدتي حسن النية والإنصاف من جهة وكذا، من جهة أخرى، مسألة ما إذا كان ما

يسمى بعقود الإذعان جديرا برعاية خاصة ومتميزة عن بقية العقود الأخرى وذلك من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة.

إذا ثبت ما سبق، قلنا إن هذا الباب سندرسه في الفصلين التاليين:

- **الفصل الأول : قواعد الفصلين 463 و473 من ق.ل.ع.م**
- **الفصل الثاني : قاعدتا الفصل 231 من ق.ل.ع.م. وتأمل ما يسمى بعقود الإذعان من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة**

الفصل الأول :
قواعد الفصلين 463 و473 من ق.ل.ع.م

552- سنعالج هذه القواعد الاحتياطية في فرعين نخصص الأول منهما لقاعدتي الفصل 463 من ق.ل.ع.م. وثانيهما لقاعدة الفصل 473 من نفس القانون:

- **الفرع الأول : قاعدتا الفصل 463 من ق.ل.ع.م. تصريح التصرف بالعادة أو بطبيعته**
- **الفرع الثاني : قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م. تغليب مصلحة الملتزم عند بقاء الشك**

الفرع الأول :
قاعدتا الفصل 463 من ق.ل.ع.م : تصريح التصرف بالعادة أو بطبيعته

553- ينص الفصل 463 من ق.ل.ع.م. على أنه: "يجب أن تضاف إلى التصرف، الشروط التي تقتضيها عادة مكان إبرامه أو الشروط المنجرة عن طبيعته"[1].

إن الظاهر من إشارة الفصل 463 من ق.ل.ع.م. إلى وجوب إضافة الشروط التي تقتضيها العادة إلى التصرف أو إضافة الشروط المنجرة عن طبيعة هذا

[1] - « on doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résultent de sa nature ».

- وتجري ترجمته المتداولة على النحو التالي: "تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته".

التصرف إليه؛ معناه أن الأمر، في هذا النص، يتعلق بحالة المسكوت عنه في التصرف أو العقد. وإذا كان الأمر كذلك، أمكن وصف القاعدتين المنصوص عليهما في الفصل 463 المذكور كالتالي: قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق عادة مكان حصوله، وقاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق طبيعته.

وإذا كنا سندرس كلا منهما على نحو مستقل، فإننا نرى قبل ذلك البدء بتأصيل الفصل 463 من ق.ل.ع.م.

وعليه فإننا سنقسم هذا الفرع إلى المباحث التالية:

- **المبحث الأول : تأصيل الفصل 463 من ق.ل.ع.م**
- **المبحث الثاني : قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق عادة مكان حصوله، حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م**
- **المبحث الثالث : قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق طبيعته حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م**

المبحث الأول:
تأصيل الفصل 463 من ق.ل.ع.م

554- لقد تم نقل الفصل 463 من ق.ل.ع.م.، بالمعنى والمبنى، من الفصل 516 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[1]، والذي اقتصر بدوره على تبني الفصل 601 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا[2].

وعلى الرغم من أن طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا تشير إلى أن الفصل 601 من المشروع المذكور متأثر، فيما يرجع إلى القوانين المدنية الأوروبية، بالفصلين 1159 و1161 من القانون المدني الفرنسي فقط[3]؛ إلا أننا نعتقد بأن ذكر الفصل 1161 مجرد خطأ مطبعي أو زلة غير واعية، ربما كان

[1]- تنص ترجمته الرسمية على أن: "المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصا وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود".

[2]- يقضي الفصل 601 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا بأنه:

« On doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résultent de sa nature ».

[3]- نقول فقط لأن سانتيبانا لم يتعرض في تعليقه على الفصل 601 من مشروعه التمهيدي لما يناسب هذا النص في القوانين المدنية الأوروبية الأخرى كالقانون المدني الإسباني (الفصلان 1286 و1287 منه). وهذا عكس الطبعة الصادرة سنة 1914 لقانون الالتزامات والعقود عن المطبعة الوطنية الفرنسية.

السقوط فيها راجعا إلى إيراد الفصل 602 من المشروع التمهيدي (أي الفصل 464 من ق.ل.ع.م.) مباشرة بعد الفصل 601. والفصل 602 من المشروع هو الذي يجد أصله حقيقة، في الفصل 1161 مدني فرنسي[1].

555- إذا ثبت هذا التنبيه وانطلقنا في الفصل 463 من ق.ل.ع.م. من الترتيب المتبع في العبارات المختارة لصياغته، قلنا إن هذا الفصل مستمد في الحقيقة من القانون المدني الفرنسي في فصوله 1160 –فيما يخص ضرورة تكملة التصرف بالشروط التي تقضي بها العادة[2] -والفصل 1159- فيما يرجع إلى تقييد العادة بمكان إبرام التصرف[3] -وأخيرا 1158- فيما يتعلق بقاعدة التأويل المتصلة بطبيعة التصرف[4]-.

556- وميلنا إلى اعتبار الفصول السابقة من القانون المدني الفرنسي مصدرا للفصل 463 من ق.ل.ع.م. من حيث مضمونه وبعض صياغته ليس معناه أن هذا النص لا يوجد ما يناسبه في القوانين المدنية الأوروبية الصادرة قبل المجلة التونسية للالتزامات والعقود وكذا ق.ل.ع.م. فهذه القوانين بدورها تكرس نفس ما هو معتمد في القانون المدني الفرنسي المعتبر من أصولها أيضا. ونذكر على سبيل المثال الفصلين 1286 و1287 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889[5] والفصول 1133 و1134 و1135 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865[1].

[1]- راجع الفصل 1161 مدني فرنسي في فقرة 424 قبله. والجدير بالملاحظة أن الطبعة الصادرة سنة 1914 لـ ق.ل.ع. بأمر من الحكومة الفرنسية عن المطبعة الوطنية الفرنسية قد اقتصرت على نقل الفصلين 1159 و1161 دون أن تتحقق على الأقل مما إذا كان مضمون الفصل 1161 يتلاءم ومضمون الفصل 463 من ق.ل.ع. ولقد أضافت إلى هذين النصين الفصول 133 و157 و242 من القانون المدني الألماني، والفصلين 1286 و1287 من القانون المدني الإسباني (انظر: المدونات والتشريعات الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب: مرجع سابق، ج.1. ص 44). ولقد اقتصر فرانسوا بول بلانك على النقل الخالي من التروي عن الطبعة المشار إليها أعلاه ولذلك سقط فيما سقطت فيه. انظر:

F.P. Blanc : - Code Annoté des obligations et des contrats. Tome 1 : Les obligations, S.E.D.A., Casablanca, 1981 p. 382.
- Les obligations et les contrats en Droit Marocain (D.O.C. Annoté), Sochepress – Université, 1989 p. 377.»

[2] - « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

[3]- « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »

[4] - « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

[5]- الفصل 1286 مدني إسباني: "تفهم العبارات المحتملة لأكثر من معنى وفقا للمعنى الأكثر ملاءمة لطبيعة ولمحل العقد".

557- بقي أن نشير في الأخير إلى أن الفصول 1160 و1159 و1158 من القانون المدني الفرنسي لا تعد بدورها إلا تكريسا للقواعد الخامسة والرابعة والثالثة من قواعد التأويل لبوتييه[2]. وبذلك نستطيع أن نذهب إلى أن الفصل 463 من ق.ل.ع.م. يجد مصدره، في آخر المطاف، في القواعد المذكورة لبوتييه.

وقواعد بوتييه في حد ذاتها، إن لم تكن مجرد ترجمة، فهي على أبعد تقدير تمثل فهما من بوتييه لقواعد التأويل المسطرة في القانون الروماني (البيزنطي) وبالدرجة الأولى القانون 31 من القسم الأول من الكتاب 20 من الديجست[3] والقانون 34 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست[4] والقانون 67 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست[5].

- الفصل 1287 مدني إسباني: "التأويل إبهامات العقود، يؤخذ كل من العادة والعرف في الاعتبار كما تضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة على إدراجها فيه" :انظر الترجمة الفرنسية في:

- Code Civil Espagnol promulgué le 24 Juillet 1889 traduit par A. Levé Paris, 1890, p. 244.

[1]- الفصل 1133 مدني إيطالي: "يجب تأويل التعابير المحتملة لمعنيين وفقا للمعنى الملائم أكثر لمادة العقد (matière du contrat).

- الفصل 1134 مدني إيطالي: "يؤول الاتفاق (البقت patto) المبهم بحسب ما تجري به العادة في مكان إبرام العقد".

- الفصل 1135 مدني إيطالي: "يجب أن تضاف إلى العقود الشروط التي تقتضيها العادة ولو لم يصرح بها فيها". :انظر الترجمة الفرنسية في:

- Code Civil Italien promulgué le 25 Juin 1865 – Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Henri Prudhomme, Paris, 1896 p. 272..

[2]- القاعدة الخامسة لبوتييه هي أصل الفصل 1160 مدني فرنسي وتنص على أن: "للعادة سلطة كبيرة في التأويل، فلتفهم الشروط التي تقتضيها العادة ضمينا في العقد ولو لم يتم التصريح بها فيه".

- والقاعدة الرابعة لبوتييه هي أصل الفصل 1159 مدني فرنسي وتقضي بأن: "ما يبدو مبهما في العقد يؤول بما تقتضيه عادة البلد".

- أما القاعدة الثالثة لبوتييه فهي أصل الفصل 1158 مدني فرنسي وتقرر أنه: "عندما تحتمل الألفاظ في العقد معنيين، يجب فهمهما وفقا للمعنى الملائم أكثر لطبيعة العقد". : انظر في هذا الصدد: بان باكلو: المرجع السابق رقم 247 ص. 232 ورقم 246 ص. 230 و231. –سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 20 ص. 63 و65 ورقم 15 ص. 48. – دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 84 ص. 167 ورقم 58 ص. 123 ورقم 57 ص. 121.

[3]- ينص هذا القانون على أنه: "في المسكوت عنه في العقد يؤخذ في الاعتبار ما تقتضيه العادة ويجري به العمل". – انظر دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25 ج.2 رقم 20 ص. 18. –كوكييه: المرجع السابق، ص. 141.

[4]- حسب هذا القانون فإنه: "في الاشتراطات وغيرها مثل العقود يجب دائما إتباع نية الطرفين. وعندما لا يعبر عن هذه النية بما فيه الكفاية من الوضوح ينبغي اللجوء إلى عادة مكان إبرام الاتفاق. ولكن ما العمل إذا لم تقرر عادة هذا البلد أي أمر في هذا الصدد؟ هنا يؤخذ بالمعنى الأقل إرهاقا للمدين". : انظر: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2، رقم 16 ص. 15. –كوكييه المرجع السابق، ص. 140.

- Biret (M) : Applications au code civil des institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste, Paris, 1824, tome 2 p. 24.

[5]- ينص هذا القانون، الذي قال به الفقيه بوليانوس، على أنه: "كلما استخدمت في التصرف عبارة من شأنها أن تحتمل معنيين إلا ووجب تفضيل المعنى الملائم أكثر للموضوع (sujet)". :انظر: كوكييه: المرجع السابق، ص. 142. – دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 15 ص. 13. – بيريه: المرجع السابق، ج.2 ص. 24.

والتأكيد على العادة أو العرف في القانون الروماني نجده أيضا في الفقه الإسلامي سواء تعلق الأمر فيه بالفقه المالكي أو بالفقه الحنفي وحسبنا أن نحيل فيه على ما مر بنا في معرض تأصيلنا للفصل 466 من ق.ل.ع.م.[1].

المبحث الثاني :
قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق عادة مكان حصوله حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م

558- ينص الفصل 463 كما مر بنا على أنه: "يجب أن تضاف إلى التصرف الشروط التي تقتضيها عادة مكان إبرامه....".

والفهم الظاهر لهذا المقتضى قد يحمل على الاعتقاد بأن العادة هنا لا تضطلع إلا بدور المكمل لما هو مسكوت عنه في التصرف (العقد). غير أن المسكوت عنه، وكما مر بنا[2]، لا يكمن فقط في ذلك البند أو الشرط المطلوب إضافته إلى الفكرة المعبر عنها ليكتمل معنى العقد؛ وإنما أيضا في ذلك المعنى المراد إسناده للعبارة أو البند المستخدم في العقد على نحو غير محدد. وبعبارة أخرى فإن المسكوت عنه إما أن يكون داخلا في العبارة المنطوق بها في العقد كأحد معانيها الممكن اعتماده عندما تقتضيه العادة، وهنا تضطلع العادة بدور توضيح ما هو غامض في العقد؛ وإما أن يكون المسكوت عنه خارجا عن العقد ولكنه يعتبر من مشمولات العقد لأن العادة تقتضيه وهنا تضطلع هذه الأخيرة بدور تكملة ما هو ناقص في العقد[3].

559- إذا ثبت ما مر بنا، قلنا إن دراسة العادة كقاعدة لتأويل المسكوت عنه داخل أو خارج التصرف أو العقد تدفعنا إلى تحديد هذه العادة من حيث مفهومها ووظائفها من جهة، وإلى تناول ما قد ينجر من تعارض عن مزاحمة عادة مكان حصول التصرف للقواعد القانونية المنظمة لهذا التصرف أو لعادة مكان تنفيذ العقد. وهكذا فإن دراسة هذه الجوانب سنتناولها في المطلبين التاليين:

---

[1]- انظر فقرة 478 قبله.

[2]- انظر على الخصوص آخر الفقرة 143 وفقرة 144 قبله.

[3]- انظر في هذا الصدد: أحمد شوقي عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها –المطبعة العربية الحديثة بالعباسية، مصر، 1977 رقم 86 ص. 82.

- **المطلب الأول : تحديد العادة المعتبرة في تأويل العقود من حيث مفهومها ووظائفها**
- **المطلب الثاني : تعارض عادة مكان إبرام العقد مع القواعد القانونية المنظمة له أو مع عادة مكان تنفيذه**

المطلب الأول :

تحديد العادة المعتبرة في تأويل العقود من حيث مفهومها ووظائفها

560- سنعالج هذا المطلب في فقرتين كالتالي:

- **ـ الفقرة الأولى : تحديد مفهوم العادة المعتبرة في التأويل**
- **ـ الفقرة الثانية : تحديد وظائف العادة المعتبرة في التأويل**

الفقرة الأولى :

تحديد مفهوم العادة المعتبرة في التأويل

561- إن هذا التحديد، في تقديرنا، سينضبط أكثر إذا ما نحن قمنا بإبراز المقصود بالعادة المعتبرة في تأويل العقود (أولا) وبإبراز أهميتها (ثانيا) والتساؤل عن مدى تبعيتها للإرادة المشتركة للمتعاقدين (ثالثا).

أولا : تحديد المقصود بالعادة المعتبرة في التأويل

562- العادة في اللغة " من العود أي الرجوع لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى.... [أو هي] تكرار الشيء دائما أو غالبا على نهج واحد بدون علاقة عقلية أو هي ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة[1].

[1]- عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1984 ص. 34 و35. –علال الفاسي: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص.2. مطبعة الرسالة، 1979 ص 151. – ونلاحظ في التحديد اللغوي الثاني تأثرا واضحا بالتصور الأرسطي للعادة إذ كما يقول أرسطو فإن: " ما صار عادة يصير طبيعيا بوجه ما والواقع أن العادة شبيهة بالطبيعة لأن المسافة بين "غالبا" و"دائما" ليست كبيرة. والطبيعة تنتسب إلى فكرة "دائما" والعادة إلى فكرة "غالبا"....." : عن "الخطابة لأرسطو، ترجمة عبد

ولاشك أن التحديد الاصطلاحي للعادة لا يختلف، في الحقيقة، عن مفهومه اللغوي، فالفقهاء الأصوليون يحددون العادة بأنها "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[1] أو، حسب ابن فرحون المالكي، بأنها "غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"[2] أو، حسب زين الدين بن إبراهيم المعروف بن نجيم الحنفي، بأنها "عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة"[3].

وبتعبير الفقه المعاصر، فإن العادة هي "اعتياد الناس على سلوك معين من ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا"[4] أو تلك الممارسات –التي بعضها عام وأغلبها محلي أو مهني- المغطية بصفة ضمنية لتكوين التصرفات وخاصة العقود منها[5]، أي تلك الممارسات "التي عرفها الناس وساروا عليها في معاملاتهم المدنية أو التجارية سواء كانت عادات محلية أو مهنية[6].

563- والملاحظ من مختلف هذه التحديدات –التي لا تتميز عن بعضها البعض إلا من حيث الصياغة-، أن العادة وطيدة الصلة بالعرف إن لم تكن هي هو إذا ما استبعدنا عنصر الإحساس أو الشعور أو الاقتناع القانوني –كما يسميه إيهرنج (Ihering)[7]- بإلزامية الممارسة والذي يتميز به العرف بالمقارنة مع العادة أي عنصر الشعور بالضرورة القانونية للممارسة[8] أو عقيدة الإلزام[9]. لا بل الأكثر من

الرحمن بدوي، طباعة ونشر دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، ط.2، 1986، بغداد ص. 75. –والمأثور في اللغة العربية أن "العادة طبع ثان" وأن "العادة أملك من الأدب". :انظر: أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي: العقد الفريد، بتحقيق عبد المجيد الترميني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.3، 1987، ج. 3 ص. 16 و15 و53.

[1]- عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق ص. 36.

[2]- برهان الدين إبراهيم بن فرحون اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط.1، 1301 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج. 2، الباب السابع والخمسون في القضاء بالعرف والعادة ص. 63.

[3]- زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم: الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النظائر على الأشباه والنظائر لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، تصوير 1986 عن ط.1 لسنة 1983 ص. 101. –انظر أيضا سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، مرجع سابق ص. 34. والملاحظ أن هذا التعريف الاصطلاحي هو عين أحد المفاهيم اللغوية المارة بنا للعادة.

[4]- إدريس العلوي العبدلاوي: المدخل لدراسة القانون، ج.1، نظرية القانون، ط.2، 1975 ص. 576.

[5]- فرانسوا جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الفرنسي، مرجع سابق، ج.1 رقم 130 ص. 418 و419.

[6]- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985 رقم 92 ص. 134.

[7] - R.Von Ihering : L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement –Traduit sur la 3ème édition avec l'autorisation de l'auteur par O de Meulenaere, tome II, Paris, 1877, & 29 pp. 31 et 3.

[8]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 110 وفقرة 131 ص 422. –انظر أيضا:
- Jean Carbinnier : FLEXIBLE Droit –Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur, 4ème ed, L.G.D.J, Paris 1979, pp. 89 et 90.

[9]- إدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق، ص 580. –علال الفاسي: المرجع السابق ص. 152.

هذا فإن التطابق بين العادة والعرف –حتى لا نقول الخلط بينهما- هو الذي كان يسود القانون الروماني باعتبار أنه لم يكن يميز بين العادات (usages) والسنة (la tradition) أو التقاليد الغالبة (mores majorum) والاستعمال الطويل (usus longaevus) من جهة وبين ما يسمى بالقانون العرفي (la coutume)[1] من جهة أخرى.

ولقد ظل هذا التطابق أيضا خلال القرون الوسطى، سواء في الفقه الإسلامي[2] حيث كان أغلب الفقهاء يعطون نفس المعنى لكل من العادة والعرف[3]، أو في الفقه اللاتيني الذي يبقى تأثيره قائما بحدة حتى بعد صدور مدونة نابليون إلى درجة أن أغلب الفقهاء الفرنسيين لم يتمكنوا من الفصل بين العادة والعرف إذ خلطوا بينهما[4] بأن اقتصروا على جعل العادة نوعا من القانون العرفي؛ الأمر الذي يترتب عليه في الميدان المدني بالأساس أن العادة لا تفرض على القائم بالتأويل إلا بموجب نص تشريعي[5].

564- إن نظرة عدم الفصل بين العادة والعرف والمطابقة بينهما هي التي كرسها ق.ل.ع.م.، وإن كان استعمال اصطلاح العادة (l'usage) هو الغالب فيه بالمقارنة مع استعمال اصطلاح العرف (la coutume) كما سنرى عند تناول أهمية العادة في ق.ل.ع.م. إلا أن استعمال الاصطلاحين فيه يدلان معا على نفس المعنى حتى من حيث الشروط الواجب توافرها للاعتداد بهما[6] وأهمها شرط عدم

[1]- إيهرنج: المرجع السابق، ج.2 فقرة 29 ص 31 وفقرة 40 ص. 268 و269.

[2]- عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 92 ص. 135.

[3]- علال الفاسي: المرجع السابق، ص 152. –وذكر في ص. 153 أن الفقهاء المغاربة لم يفرقوا كذلك بين العرف والعادة. –عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق ص. 37. وجاء في ص. 31 من نفس هذا المرجع أن العرف في اصطلاح الفقهاء هو "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول" ويقترح عمر الجيدي في ص. 32 أن تضاف إلى هذا التعريف عبارة "بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا".

[4]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 132 ص. 428.

[5]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 130 ص 420 و421. –ونعتقد بأن النظرة الواقعية للأمور تعاكس الرأي القائل بكون العادة نوعا من العرف لأن العادة هي أصل العرف، وما العرف إلا عادة انضاف إليها عنصر الشعور بإلزاميتها. ومن هنا نستطيع أن نذهب إلى أن العادة أعم والعرف أخص وبالتالي يكون العرف هو المكون لنوع في جنس العادة وليس العكس ويصبح كل عرف عادة وليس كل عادة عرفا. –وانظر في رفض جيني وصف العادة بالعرف القانوني: المرجع قبله، ج.1، فقرة 131 ص. 422 وما بعدها. وخلافا للموقف التقليدي الفرنسي يرى إيهرنج أن ما ليس له علاقة بالتشريع يمكن أيضا أن يكون عادة: المرجع السابق، ج.2، فقرة 29 ص. 37.

[6]-جاء عند محمد كشبور أن الخلط بين العادة والعرف "يبدو واضحا من خلال العديد من نصوص ق.ل.ع.م. فعلى سبيل المثال فإن المادة 509 تتحدث عن العادة بينما تتحدث المادة 511 عن العرف رغم أن المادتين تنظمان نفس الموضوع (مصروفات البيع). ويبدو أن هذا الخلط جاء عن طريق النص الأصلي لق.ل.ع. والذي صدر باللغة الفرنسية والذي يستعمل لفظة (usage) أي العادة للدلالة على العرف أخذا من المشرع الفرنسي". : رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية –دراسة مقارنة- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، السنة الجامعية 1986 -1987، الجزء الأول ص. 145 الهامش 1.

مخالفتهما التشريع كما يقضي بذلك الفصل 475 إذ جاء فيه "لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا التشريع عندما يكون صريحا"[1]. كما أن نظرة المطابقة بين العادة والعرف هي التي يظهر أن القضاء في المغرب[2] يكرسها إذ نجده لا يكثر الحديث إلا عن العادة. وعندما يتعرض للعرف فإنه يتعامل معه على أنه كالعادة لذلك يشترط إثباته[3]، وبالتالي بيان مصدره لأنه "للحكم بمقتضى العرف لابد لقاضي الموضوع من أن يبين مصدره وإلا عرض حكمه للنقض[4].

والحقيقة، إذا كان ق.ل.ع.م. يستعمل العرف أو العادة بنفس المعنى فإن المثال الذي ضربه، محمد كشبور، لا يستقيم لأن الفصل 511 في نصه الفرنسي الأصلي بدوره يتحدث عن العادة (usage) وليس عن العرف الذي لم يدخل إلى الفصل 511 لق.ل.ع.م. في نصه العربي غير الرسمي إلا بفعل الترجمة . وكذلك فإن قوله إن النص الأصلي الفرنسي لق. ل.ع.م. يستعمل لفظة (usage) للدلالة على العرف المتميز بعنصر الاعتقاد في إلزاميته، لا نراه صائبا لأن لفظة العرف في ق.ل.ع.م. هي التي تستعمل للدلالة على العادة بدليل أن العرف في ق.ل.ع.م. لا يلتزم القاضي باعماله من تلقاء نفسه كقاعدة قانونية وإنما يكون على من يتمسك به أن يثبته شأنه في ذلك شأن العادة كما يقضي بذلك الفصل 476 من ق.ل.ع.م.، والحال أنه حسب القائلين بالتمييز بين العرف والعادة فإن العرف تطبقه المحكمة من تلقاء نفسها لأنه من عمل القاضي بخلاف العادة فإنها بمثابة ظروف الواقع المحض لذلك يكون على الراغب من الأفراد في إعمالها التمسك بها وإثباتها: أنظر: جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 132 ص. 425.

[1]- ومثل هذا الشرط هو المعتمد قضاء عند تطبيقه لأحكام الفقه الإسلامي على العقارات غير المحفظة. فلقد جاء في القرار عدد 203 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أبريل 1968 أنه: "لا يعمل بالعرف إذا خالف قاعدة شرعية" (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 5 ص. 4 وما بعدها). وسنعود إلى مناقشة هذه النقطة عند دراسة تعارض العادة مع التشريع. –وقد يقال إذا كان الفصل 475 يشير في شرط عدم المخالفة للتشريع إلى كل من العادة والعرف، فإن الفصل 476 المحدد للشروط الواجب توافرها في العادة لا يشير إلا إلى هذه العادة دون العرف. ونحن نعتقد بأن الفصل 476 ينطبق في شروطه حتى على العرف كما يفهم أمام القضاء المغربي من جهة وكما يجب أن يفهم من جهة أخرى في ضوء الأصل الحقيقي للفصل 476 وهو الفصل 629 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا (انظر مرجعه المشار إليه في السابق ص. 254)، وقد استمده بالأساس من الفقه الحنفي الذي لا يميز بين العادة والعرف وكذا من موقف كابن ورونو في مؤلفهما "traité de Droit commercial, t.1,1898 p. 80 et s." ويتمثل هذا الموقف كما نتلمسه عند جيني في عدم التمييز بين العادة والعرف وفي كون العادة هي كل ما يعترف به كعرف قانوني –في الميدان التجاري على الخصوص- يجد أساسه في الاتفاق الضمني للمتعاقدين: انظر: جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 130 ص. 420 و421.

[2]- انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 18 غشت 1915 (منشور بمجموعة التشريع والعمل القضائي المغربيين R.L.J.M ، 1918 ص. 10) –حكم محكمة الصلح بالدار البيضاء الصادر في 9 ديسمبر 1927 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1929، رقم 353 ص. 93). –حكم محكمة الصلح بأسفي الصادر في 22 ديسمبر 1932 (منشور بالمرجع قبله، رقم 525ص. 17). –قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 27 فبراير 1933 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 7، ص. 573 وبمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933، رقم 534 ص. 88). –حكم المحكمة الابتدائية بالرباط الصادر في 7 سبتمبر 1938 (منشور بمجموعة التشريع والعمل القضائي المغربيين، السنة 1939، ص. 15). –قرار المجلس الأعلى الصادر في 6 فبراير 1962 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1962، رقم 1310 ص. 51).

[3]- انظر على سبيل المثال: قرار رقم 424 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 ماي 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص. 71 وما بعدها). –قرار رقم 932 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 يونيو 1983 (منشور بنفس المرجع قبله، عدد 33-34 ص. 91 وما بعدها).

[4]- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20 أبريل 1981: عن محمد كشبور: المرجع السابق ص. 142 الهامش 2.

565- وبما أن عنايتنا لا تنصب في هذا الصدد على دراسة العادة في حد ذاتها والمقارنة بينها وبين العرف، فحسبنا أن نحدد العادة المعتبرة في تأويل العقود في كل الممارسات المألوفة في ميدان التعاقد سواء تمثلت هذه الممارسة في ذلك الاعتياد الذي درج بعض الفقه على اعتباره ركنا ماديا في العرف، أو في العرف بالمفهوم الذي يجعل منه عادة عامة أو غالبة ومطردة غير مضطربة مع الاضطرار إلى الاعتقاد في إلزاميتها.

وقولنا كل الممارسات المألوفة لا نعني به ما هو مألوف بين جميع الناس أو طائفة منهم فقط وإنما أيضا ما هو مألوف لدى فرد من الطبائع الشخصية (Les habitudes) أو ما يمكن أن نسميه بالعادة الفردية[1] المقابلة للعادة الجماعية أو فعل العامة[2]. فبما أن الأمر يتعلق في تأويل العقد إما بتصريح ما هو غامض فيه أو بتكملة ما هو ناقص فيه لذلك يمكن الاستعانة، في هذا التأويل، حتى بالطبائع الشخصية الخاصة بالمتعاقدين المعنيين في النزاع عند غياب العادة بالمعنى المضبوط أي عادة الجماعة أو فعل العامة[3] بل، حسب تقديرنا، يمكن الاستعانة بهذه الطبائع الخاصة بالمتنازعين ولو كانت هناك عادة بالمعنى المضبوط تخالف هذه الطبائع على أساس أن هذه العادة يعمل بها لأنها –كما سنرى عند الحديث عن مدى تبعية العادة للإرادة المشتركة للمتعاقدين- تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين ولذلك يشترط في العادة أن تكون معلومة لدى الطرفين أو على الأقل أن يفترض حسب الظروف أن الطرفين قد قصدا الرجوع إليها[4]. ومثل هذا الشرط يتوافر من باب أولى في السلوك الخاص بالمتعاقدين وهو ما نعني به الطبائع الشخصية للمتعاقدين. فهذه الطبائع نظرا لاتصالها الوثيق بإرادة المتعاقدين، فإنها تستوجب التفضيل عن العادة التي لا تعمل في التأويل عند عدم النص عليها صراحة في العقد حسب الفقه التقليدي إلا على أساس ما يفترض أو يحتمل من انصراف إرادة المتعاقدين إليها وذلك في حالة تعارض هذه العادة مع الطبائع الشخصية. وبعبارة أخرى فإن تحديد العادة بما يتلاءم وتأويل العقود يقتضي إسناد مفهوم واسع للعادة من شأنه أن يستوعب إلى جانب العادة أو العرف بالمعنى الدقيق، الطبائع أو السلوك الخاص بالمتعاقدين متى كان هذا السلوك ساريا بينهما ومتكررا في معاملاتهما السابقة. وهذه العادة بالمفهوم الواسع هي التي نرى الانتقال إلى تناول أهميتها في ق.ل.ع.م.

[1]- انظر في مثل هذا الاصطلاح: عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق ص. 37.
[2]- انظر في هذا الاصطلاح: علال الفاسي: المرجع السابق رقم 80 ص. 154.
[3]- انظر في مثل هذا الرأي: جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 131 ص. 424.
[4]- جيني: المرجع السابق، ج.1، فقرة 132 ص. 425 و426.

ثانيا : أهمية العادة المعتبرة لتأويل العقود في ق.ل.ع.م

566- إن العادة هي المصحح العفوي للحرية كما يقول إيهرنج[1]. وتعد في نظر دومولومب أفضل تعبير عن مصالح وحاجيات المجتمع الذي يلجأ إلى استخدام الاتفاقات في تشكيلها[2]. ولقد كانت لها في الماضي أهمية قصوى، ولذلك نجد ابن فرحون على سبيل المثال يقول في تبصرته "لا تحمل على المنقول في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجبه على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين وعلى هذه القاعدة يتخرج.... صيغ الصرائح والكنايات فقد تصير الصرائح كنايات تفتقر إلى النية وقد تصير الكنايات صرائح مستغنية عن النية"[3].

ولا شك أن العادة بمفهومها التقليدي لازالت تحظى في العصر الحديث بالأهمية اللائقة بها. ويكفي للتحقق من هذا الأمر بالنسبة للمغرب أن نتفحص ق.ل.ع.م. للوقوف على عدد الفصول التي تحيل على العادة أو العرف أو المألوف أو المعتاد بصفة صريحة أو ضمنية بإحالتها على المعقول من المدة مثلا وما إلى ذلك من الأمور. ولا نرى في المعقول (Le raisonnable) إلا ضربا من العادة أو المألوف أو على الأقل ما لا يتم ولا يستسيغه العقل إلا لما اعتاده وألفه وتعرف عليه القاضي بالخبرة والبصر المعتادين لديه.

567- وإذا لم يخنا النظر ولم يعوزنا التدقيق بالتمعن والبصر؛ فإن الفصول التي تكرس العادة أو العرف كاصطلاح وكمفهوم في مجموع ق.ل.ع.م.، في نصه الفرنسي الأصلي، يبلغ عددها اثنين وتسعين -92 فصلا[4] وربما أكثر بقليل منها سبعة -7- فصول على الأقل تشير إلى اصطلاح العرف (la coutume)[1].

[1]- إيهرنج: المرجع السابق، ج.2، فقرة 35 ص. 137.
[2]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2، رقم 16 ص. 15.
[3]- ابن فرحون: المرجع السابق، ج.2 ص 68. –وانظر ما يشبه هذه الفكرة في نفس هذا المرجع الأخير ص 71. – وانظر أيضا ما يماثل هذه الفكرة عند ابن نجيم الحنفي في فقرة 478 قبله.
[4]- وهذه الفصول، بعد إنقاص تلك التي أشير فيها إلى اصطلاح العرف هي: العادة (l'usage): 231- 234 – 235- 242- 463- 475- 476- 500- 504- 3/511- 516- 549- 578- 580 -603- 637- 639- 654- 667- 695- 727- 732- 733- 790- 820- من خلال 790 -837- 841- 866- 888- 2/891- 907- 908- 913- 1019 : المجموع 34. –العادة المخالفة (l'usage contraire): 200 -250- 2/529 - 642- 680 -688: المجموع 6. –عادة الأمكنة (l'usage des lieux) 276 -615- 718- 719 -720- 758- 942: المجموع 7. –عادة المكان (l'usage du lieu): 734- 754 -915-916: المجموع 4. –عادات المكان (les usages du lieu)755 : المجموع 1. –العادات المحلية (les usages locaux): 3/509- 510 :

568- ومن خلال هذا الجرد يتبين أن أهمية العادة أو ما يدل عليها أو العرف تتجلى بصورة أكبر في ميدان الأكرية بوجه عام. فلقد وقفنا عند تفحص الفصول المنظمة لكل من الكراء وإجارة الخدمة أو العمل وإجارة الصنعة على ما لا يقل عن واحد وثلاثين -31- إشارة منها ثلاث -3- إشارات خاصة باصطلاح العرف. وسجلنا فيما يرجع إلى الفصول المنظمة للبيع ما لا يقل عن خمس عشرة -15- إشارة منها إشارة واحدة -1- لاصطلاح العرف. كما تلمسنا ما لا يقل عن ثلاث عشرة -13- إشارة في أحكام الوكالة و ما لا يقل عن إشارتين -2- في أحكام عارية الاستعمال ومثلهما -2- في أحكام عارية الاستهلاك وثلاث -3- إشارات في أحكام الشركة واحدة منها تعتمد اصطلاح العرف وإشارة واحدة -1- في أحكام كل من الوديعة والكفالة مع التنبيه إلى أن الإشارة الخاصة بالكفالة تكرس اصطلاح العرف.

وعليه، فإذا ثبتت هذه الأهمية التي يوليها ق.ل.ع.م.، على غرار القانون المدني الفرنسي طبعا، للعادة؛ كان علينا أن نتساءل عما يبررها. وهذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثالثا : مدى تبعية العادة المعتبرة في التأويل للإرادة المشتركة للمتعاقدين

569- إن عدم اعتراف الفقه الفرنسي الكلاسيكي بالعرف كمصدر للقاعدة القانونية على أساس انصراف الإرادة المفترضة للمشرع إليها[2]، دفع به إلى أن

المجموع 2. –العادة المحلية (usage local): 550 -638 -664 -671 -689 -707 من خلال 638 المجموع 6. –عادة التجارة (l'usage du commere): 25 -556 -2/893 -1026 المجموع 4. –العادة التجارية (l'usage comercial): 915: المجموع 1. –عادة التجارة أو المكان (l'usage du commerce ou du lieu): 470 المجموع 1. –المعنى المعتاد، المعنى الاصطلاحي (acception usuelle, acception technique usuelle): 466 المجموع 1. –المدة المعقولة (délai raisonnable): 30-36 -113 -114 - 255 -272 - 764 -768 -2/867 المجموع 9. –الطبع (l'habitude): 884 المجموع 1. –إذا كان من طبعه (habituellement): 790 المجموع 1. –الحد المألوف (mesure ordinaire): 92 المجموع 1. – الحد الاعتيادي (mesure ordinaire): 98 المجموع1–نحو اعتيادي (manière normale): 101 المجموع 1. – ثمن المثل (prix courant): 634 المجموع 1. –أراضي من نفس النوع (terres du même espèce): 702 المجموع 1.- قواعد الفن (les règles de l'art): 766 المجموع 1. –ما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد (tolérance usitée dans le commerce ou dans le lieu du contrat): 927 المجموع 1. –المجموع العام 85.

[1]- وهذه الفصول هي: العرف (la coutume: 475 -761 -2/1131 المجموع 3 –العرف المخالف (coutume contraire) 641 المجموع 1. –عرف المكان (la coutume du lieu): 581 -2/707 المجموع 2. –العرف الخاص (coutume spéciale): 2/1020 المجموع 1. –المجموع العام 7.

[2]- انظر: جيني: المرجع السابق، ج.1 ص. 36 وما بعدها. –عيمانويل كونو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، باريس، 1912 ص. 174 الهامش 4. –أحمد ماهر: في سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تغييرات

يسلك نفس المسلك فيما يرجع إلى العادة المعتبرة في تأويل العقد؛ إذ إن هذه العادة في نظره تجد أساسها في الإرادة الضمنية للمتعاقدين[1]، وهي الإرادة التي يفترض وجودها عند عدم التصريح في الاتفاق باستبعادها.

فالاتفاق هو الذي يستخدم في تكوين العادات المتصلة به. ولذلك يكون من المنطقي أن تؤثر هذه العادات فيه[2]. وهذا المنطق هو الذي يجعل من المعقول أن تفسر الأهمية التي يوليها التشريع للعادة المعتبرة في التأويل بما مفاده أنه نظرا لكون كل إنسان يساهم بوجه أو بآخر بتعامله في تكوين العادة، لذلك فإنه من الطبيعي أن يفترض الرجوع إليها في حالة السكوت عن استبعادها من العقد[3].

570- وبما أن ق.ل.ع.م. قد صدر –على الأقل فيما يرجع إلى مشروعه غير المباشر وهو المشروع التمهيدي لسانتيانا- في ضوء هذه العقلية الفقهية الكلاسيكية لذلك نستطيع أن نقول إن العادة المعتبرة في ق.ل.ع.م. لتأويل العقود هي العادة التي تجد أساسها في الإرادة المفترضة وبالتالي الضمنية للمتعاقدين.

وهذا الموقف لازال يحتفظ بغلبته في الفقه الفرنسي المعاصر. وحسبنا أن نشير إلى أن يان باكلو يذهب إلى أن الدور الذي تضطلع به العادة لا يمكن أن يبرر إلا بقرينة الإرادة[4]. ومثل هذا الموقف قال به جاك بوري من قبل، إذ ذهب إلى أن العادة تشكل في حالة غياب إرادة صريحة للمتعاقدين الضابط المجمع على قبوله من طرف إرادة أكبر عدد من الناس. وهذا الضابط يسمح بافتراض رجوع المتعاقدين إليه في عقدهما[5]. لا بل الأكثر من هذا فإن دوكالاطاي لم يقف عند حد القول بتبعية العادة للإرادة المفترضة (الضمنية) للمتعاقدين[6]، باعتبار أن هذه الإرادة هي التي تحقق الأمن والاستقرار للمعاملات[7]؛ وإنما تجاوزه ليقترح إضافة عبارة إلى آخر ما جاء في الفصل 1160 من القانون المدني الفرنسي أو البلجيكي تفيد تقيد العادة بانصراف إرادة المتعاقدين إليها[8].

العقود،مونتبولييه، 1913 ص. 238 الهامش 2. –أحمد شوقي عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة إلخ....: مرجع سابق رقم 87 ص. 86.

[1]- ع. كونو: المرجع السابق ص. 193. –أحمد ماهر: المرجع السابق ص. 238. –كابريل مارتي: تمييز الواقع والقانون: مرجع سابق، رقم 94 ص. 156. –فابروكيت: المرجع السابق ص. 20.

[2]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 16،ص. 15.

[3]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 135. –سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 20 ص. 63 و64 و66.

[4]- يان باكلو: المرجع السابق رقم 248 ص. 232.

[5]- جاك بوري: "مئوي: المراقبة من طرف محكمة النقض لتحريف التصرفات": مقال مشار إليه في السابق رقم 117 ص. 304. هـ.ل.ج: مازو: دروس القانون المدني، ج.2، المجلد 1: الالتزامات، النظرية العامة: مرجع سابق رقم 349 ص. 316.

[6]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 58 ص. 123.

[7]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 85 ص. 168.

[8]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 85 ص. 170.

571- والجدير بالملاحظة أن تأسيس العادة على إرادة المتعاقدين يعني أن إعمالها لا يمكن أن يحصل إلا إذا كان المتعاقدان معا عالمين بها. أما إذا كانا يجهلانها أو كان أحدهما يجهلها، وإن علم بها الآخر فإن العادة يجب أن تستبعد من الأساليب المعتمدة في تأويل العقود. وبهذا المفهوم فإن نطاق تطبيق العادة يبقى جد ضيق على الرغم من وفرة الإشارات التي يكرسها كل من القانون المدني الفرنسي و ق.ل.ع.م. للعادة. بل إن تأسيس العادة على إرادة المتعاقدين يحرمها من أي دور في التأويل، إذ يمكن في هذه الحالة اعتبارها عنصرا في ظروف التعاقد التي يتفحصها القاضي من أجل الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ومن هذه الزاوية فإن ما قاله ألفريد ريبك فيما يخص الفصلين 1134 /و1135 من القانون المدني الفرنسي من أن التشطيب عليهما لن يحدث أي تغيير أو ثغرة في القانون المدني الفرنسي[1]؛ من شأنه أن ينطبق على ما يتصل بالعادة في الفصل 463 أو الفصل 231 من ق.ل.ع.م. بمعنى أن إعمال القاعدة المتعلقة بالعادة في تأويل العقود إذا كان لا يتحقق إلا عندما يتبين أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليها, فإن التشطيب عليها لن يجعل القاضي محروما مما يستعين به من أساليب التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. إذ يكفيه الإستناد إلى القاعدة المنصوص عليها في الفصل 2/462 من نفس القانون.

572- إن المفروض في العادة أن تؤول إرادة المتعاقدين. ولكن تقييد إعمال هذه العادة بانصراف إرادة المتعاقدين إليها يجعل العكس هو المفروض لأن إرادة المتعاقدين هنا هي التي تؤول العادة. ومع ذلك إذا كان يظهر مما سبق أننا نحاول انتقاد الموقف المؤسس للعادة على الإرادة المفترضة وبالتالي الضمنية للمتعاقدين؛ فإن ما ينبغي التنبيه إليه أن مثل هذا الموقف قد يكون سليما بالنسبة لبعض العادات التي مرت بنا تسميتها بالطبائع الشخصية أو العادة الفردية أي ذلك السلوك الذي لم يتعوده غير المتعاقدين. إن مَثل هذا السلوك كمَثل الموضة: فعند ظهور موجة فيها لا شك أن من يساير ها ويتبناها إنما يفعل ذلك لرغبة فيه –حتى لا نقول بإرادته- ولكن متى تعممت هذه الموجة واستقر تأثيرها بأن طالت مدتها فإنها تصبح قوة أو تيارا ينجرف معه الكثيرون لعدة اعتبارات، ولا ينفلت من قبضتها مبدئيا إلا العاجز ماديا أو القاهر لمظاهر إغراءات الحياة وهذا استثناء. وهذا التشبيه ينطبق على العادة المعتبرة في التأويل لأن بدايتها طبائع شخصية أي سلوك فردي. ومثل هذا السلوك

[1] - Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil Français et Allemand, L.G.D.J. 1961, n° 367 p.360.

انظر أيضا: سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 20 ص. 64.

وإن لم يتكرر لاشك أنه ينبني في ميدان التعاقد على الإرادة الشخصية. ومن هنا إذا لم يكن هذا السلوك معلوما لدى الطرفين معا، وليس لدى طرف واحد فقط، فإنه لا يمكن الاعتداد به في التأويل سواء أسميناه ضربا من ظروف التعاقد أو من العادة.

ولكن مثل هذا السلوك قد يقلد ويعاود مرارا وتكرارا[1] وينتشر على نحو يضمن له الاستمرارية والثبات وبالتالي العمومية والغلبة في ضرب معين من العقود. ففي هذه الحالة يكون تقييد مثل هذه العادة بإرادة المتعاقدين مشوبا بالتكلف والتصنع لأن العادة هنا تتجرد لتصبح مصدرا ينضاف إلى الإرادة في تحديد مضمون العقد؛ ولذلك فإن القاضي يكفيه التثبت من وجودها[2] لاعتبارها في التأويل بغض النظر عما إذا كانت إرادة المتعاقدين المسكوت عنها قد انصرفت إليها أم لا، وبالتالي بغض النظر عما إذا كان الطرفان (أو أحدهما) قد علما (أو علم) بها أم لا وقت إبرام العقد[3]. ومتى اقتنع القاضي بثبوت العادة من حيث الشروط الواجب توافرها فيها كان عليه، في تقديرنا، أن يطبق هذه العادة وإلا خضع لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض) باعتبار أن العادة هنا تصبح كما يذهب إلى ذلك البعض بمثابة قاعدة قانونية[4]. واعتبار العادة هنا قاعدة قانونية يدفع بنا إلى القول بوجوب مراقبتها ليس من حيث تطبيقها فقط وإنما أيضا من حيث تأويلها كما يرى كابريليل مارتي[5]. وبطبيعة الحال فإن هذا الموقف في مجموعه لا يستسيغه الفقه الفرنسي الكلاسيكي

[1]- ومعنى هذا أن السلوك إذا لم يتصف بالتواتر والدورية فإنه لا يكون من شأنه أن يرقى إلى مصاف العادة. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بأسفي في قرارها الصادر في 6 ما 1985 إلى أن" أداء الشهر الثالث عشر مرة واحدة لا يعطي لهذا الأداء طابع الدورية الكافي لتشكيل العادة وبالتالي خلق التزام مستحق قانونا"(منشور بالمجلة المغربية للقانون,السنة 1986 ,رقم 4 ص.229).

[2]- إن معاينة قاضي الموضوع للعادة تدخل ضمن سلطته التقديرية: انظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 6 فبراير 1962 (منشور بمجلة المحاكم المغربية رقم 1310 ص. 51). وانظر فيما يخص المألوف في إثبات العادة أو العرف وإثباتها عن طريق الخبرة المبنية على علم الاجتماع: جان كوربونييه: علم الاجتماع القانوني، سلسلة تيميس، منشورات بيف، ط.1، 1978 ص. 380.

[3]- انظر في هذا الاتجاه: ع. كونو: المرجع السابق ص. 193. – سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 20 ص. 67. – سيملر: مقاله المشار إليه في السابق، رقم 43 ص. 12. تيري وفيل: القانون المدني: الالتزامات، منشورات داللوز، ط.2، 1975 رقم 367 ص. 391. –فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج. 1، فقرة 133 ص. 431.

[4]- انظر في هذا الموقف، على سبيل المثال: جيني: المرجع السابق، ج.1 فقرة 132 ص. 427 و428.-كابريليل مارتي: المرجع السابق، رقم 94 ص.157. – محمد كشبور: المرجع السابق، ص. 141 و142. –عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 97 ص. 142 وما بعدها.

[5]- كابريليل مارتي: المرجع السابق رقم 94 ص. 158. – غير أن مراقبة المجلس الأعلى لتأويل العادة من أجل تحديد مداها لا يستسيغه العمل القضائي المغربي الذي يعتبر أن معاينة العادة وكذا تحديد مدى هذه العادة يدخلان ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع: انظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 6 فبراير 1962 والمشار إليه قبله.

الذي وضع في ضوء عقليته ق.ل.ع.م. إذ يذهب إلى أن العادة –بل وحتى العرف بالمعنى المضبوط- من أمور الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض[1].

وإذا كان من شأن هذا التصور أن ينطبق على العقود التقليدية التي نظمت أحكامها إما في ق.ل.ع.م. أو في تشريعات مستقلة؛ فإنه ينطبق من باب أولى على تلك العقود التي استحدثتها العادة في بعض أنواع التعامل ولم يلتفت إليها المشرع بالتنظيم بعد كبعض صور الليزنك[2] والفاكتورينك[3]. فمثل هذه العقود إذا كان من شأن أحكام الكتاب الأول وبعض أحكام العقود التقليدية، التي يظهر أنها تتكون منها، في ق.ل.ع.م. أن تنطبق عليها، فإن العادة تبقى هي السيدة في تحديد المعنى المقصود منها وخاصة عندما تكون إرادة المتعاقدين أو أحدهما على الأقل –وهي إرادة الجانب الذي لا يحترف مثل هذه العقود- ساكتة أو غافلة عن تحديد المعنى الواضح أو الكامل للعقد. وتحديد المعنى الواضح وكذا تحديد المعنى الكامل للعقد هما الوظيفتان اللتان تضطلع بهما العادة.وفيما يرجع الى ما نظم مؤخرا من العقود كالبيع عن بعد للمنتوجات والسلع وتقديم الخدمات والبيع خارج المحلات التجارية والقرض المنقولي المخصص أو غيرالمخصص والقرض العقاري, فإن القانون رقم 08 -31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك هو الذي يظهر أنه جدير بأخذه في الاعتبار خاصة وأنه نظم بنصوص تطبيقية, لتفادي ما قد يحصل من نزاع في البيانات الواجب التقيد بها والمعاني المقصودة منها,مجموعة من النماذج منها نموذج العرض المسبق للقرض ونموذج استمارة (ورقة) للتراجع قابلة للاقتطاع مرتبط بالنموذج الأول.

الفقرة الثانية :
تحديد وظائف العادة المعتبرة في تأويل العقود

573- تقوم العادة المعتبرة في تأويل العقود بوظيفتين هما –كما مر بنا- وظيفة تصريح ما هو غامض في العقد (أولا) ووظيفة تكملة ما هو ناقص في العقد (ثانيا).

[1]- انظر مثلا: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 19 ص. 17 –فابروكيت: المرجع السابق، الهامش 1 في ص. 160 وص. 421.
[2]- انظر في هذا الصدد: فقرة 508 قبله.
[3]- انظر في ترجمته بالمغرب فقرة 508قبله.

أولا : وظيفة العادة في تصريح ما هو غامض في العقد[1]

574- إذا كانت هذه الوظيفة غير منطوق بها في الفصل 463 من ق.ل.ع.م.، فإنها مع ذلك يمكن أن تعتبر مما يستفاد من مفهوم موافقته. ومعنى هذا، في تقديرينا، أن القاضي عندما يعمد إلى توضيح الغامض في العقد بالعادة، ولو لم تكن هذه العادة قد انصرفت إليها الإرادة المفترضة أو المحتملة للمتعاقدين فإنه يستطيع تأسيس تأويله على الفصل 463 من ق.ل.ع.م.

والمقصود بالغموض الذي تجليه العادة في العقد هو عدم صراحة هذا الأخير بالمفهوم الذي حددناه من قبل[2] أي ذلك المنجر عن الشك المتعلق بالمراد من العقد. وهذا الشك يقوم بمجرد ما يحصل النزاع بين المتعاقدين حول هذا المراد. وعليه ففي ضوء هذا التحديد للمقصود من الغموض، يستطيع القاضي أمام تعارض البنود الصريحة للعقد مع السلوك الذي يعتاده أحد الطرفين في تنفيذ العقد دون أن يواجه هذا السلوك بالرفض الصريح من قبل الطرف الآخر أن يعتبر هذه البنود المتنازع في معناها غامضة وبالتالي أن يقوم بتأويلها في ضوء المعنى الذي يحدده هذا السلوك المعتاد[3].

575- غير أن ما يجدر الالتفات إليه، بالنظر إلى العقلية التقليدية التي صيغ في ضوئها ق.ل.ع.م. والتي لازالت تهيمن على القضاء المغربي، أنه إذا كان من شأن العادة أن تستخدم لإجلاء الغموض عن العقد؛ فإن الركون إليها من قبل القاضي لا يمكن أن يتم إلا عندما يعجز عن الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال تلمس مجموع بنود العقد[4] أي من خلال إعمال الفصل 464 المار بنا وكذا من خلال

[1]- يجدر التنبيه إلى أن دراسة العادة المفضية إلى تصريح ما هو غامض في اللفظ تقتضي التطرق إلى تحديد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي أو المعنى اللغوي المحصور بل وحتى المعنى الاصطلاحي ومتى تعطى الأولوية لهذا المعنى الأخير. ولقد سبق لنا أن تناولنا هذه النقط في معرض دراستنا للفصل 466 من ق.ل.ع.م. ولذلك لن نعاود ذلك هنا.
[2]- انظر فقرة 403 قبله. وانظر أيضا: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 58 ص. 123 و124.- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 20 ص. 66. –عبد الحكم فودة: المرجع السابق، رقم 98 ص. 142 وما بعدها.
[3]- انظر في هذا الاتجاه: كوكيه: المرجع السابق، ص. 137 و138. –دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 58 ص. 124. –فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق، ج.16 رقم 182 ص. 245..
[4]- نعتقد أن هذا الموقف يسايره القضاء في المغرب إذ ذهب إلى أنه في حالة السكوت يجب البحث عن إرادة الطرفين المتعاقدين (قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 24 يناير 1923 : منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.2 ص. 26). كما ذهب إلى أنه في حالة البند غير البين بسبب السكوت عن ذكر التفاصيل التي يتم بها تنفيذ الالتزام يجب البحث عن إرادة الطرفين في ضوء ما يقتضيه الهدف المتوخى من العقد وهو الهدف الذي يمكن استخلاصه من مجموع بنود العقد أي من مجموع الفاظ العقد ومن باقي التعابير الأخرى للطرفين والتي لم تدرج في العقد (قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 25 مارس 1925 منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج.3 ص. 202).

الوقوف على ظروف التعاقد[1] بل وطبيعة العقد[2]. ومعنى هذا أن وظيفة العادة في تأويل العقد غير الصريح وظيفة احتياطية لا يمكن للقاضي استخدامها إلا عندما يعجز عن كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين[3].

ولا شك أن الطابع الاحتياطي لوظيفة العادة في تصريح ما هو غامض في العقد ينطبق من باب أولى على وظيفة العادة في تكملة ما هو ناقص في العقد.

ثانيا : وظيفة العادة في تكملة ما هو ناقص في العقد[4]

576- تتبدى هذه الوظيفة صراحة من منطوق الصياغة المعتمدة في الفصل 463 من ق.ل.ع.م. وبموجبها فإن العقد عندما يسكت فيه الطرفان عن تحديد بعض الشروط التي لا يستلزم القانون ضرورة تعلق الرضي بها لتمام العقد وانعقاده على النحو الذي يقضي به الفصل 1/19 من ق.ل.ع.م.[5]؛ فإن العادة تستطيع التدخل لتكملة العقد بهذه الشروط المسكوت عنها. وهكذا فقد يأتي عقد العمل ساكتا عن تحديد مدة الإخطار الواجب احترامها من قبل رب العمل لفسخ العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة.. وهنا فإن هذه المدة تتحدد في ضوء العادة المعمول بها في المهنة التي يتعلق بها عقد العمل المعني أو المعمول بها في مختلف المهن عند عدم وجود عادة خاصة بالمهمة المعنية[6]. ونفس هذه العادة هي التي تحدد الوقت الذي يبدأ فيه

[1]- كوكييه: المرجع السابق، ص. 139. -دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 158 ص. 124.

[2]- فرانسوا لوران: المرجع السابق، ج. 16 رقم 508 ص. 585.

[3]- حسب جاك بوري فإن الفصلين 1159 و1160 مدني فرنسي، لا يمكن تطبيقهما إلا في حالة عدم التمكن من الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من جهة وعدم وجود ما ينطبق على النزاع من القواعد القانونية المكملة: مقاله المشار إليه في السابق رقم 117 ص. 304.

[4]- انظر فقرة 144 قبله. -وانظر أيضا في اعتبار هذه الوظيفة مما يسمح للقاضي بالتدخل في العقود لتعديلها: رسالتنا المشار إليها في السابق ص. 259 وما بعدها.

[5]- ينص الفصل 19 من ق.ل.ع.م. في فقرته الأولى على أنه: "لا يكون الاتفاق تاما إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وكذا على جميع البنود المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

[6]- انظر: حكم محكمة الصلح بالدار البيضاء الصادر في 24 فبراير 1927 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1927، رقم 265 ص. 109). -قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 27 فبراير 1933 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933، رقم 534 ص .88. -ونفس الأمر يتعلق بسكوت عقد العمل عن التزام رب العمل بتسليم شهادة العمل للأجير عند انقضاء العقد. فلقد جاء في حكم لمحكمة الصلح بالدار البيضاء صدر بتاريخ 9 ديسمبر 1927 بأنه في القانون المغربي تلزم العادة، عند خلو نص قانوني، المؤاجر بتسليم شهادة العمل للأجير عند فسخ عقد الشغل (حكم منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1929، رقم 353 ص 93). وهذه العادة المتحدث عنها في هذا الصدد هي التي جاء ظهير 8 أبريل 1938 ليكرسها في الفقرة الأولى من الفصل 745 مكرر من ق.ل.ع.م. ولقد صدر القانون رقم 99-03-1 المتعلق بمدونة الشغل والمنفذ بظهير11 سبتمبر 2003, فقننت هذه المدونة مدة الإخطار بالمواد من 43 إلى51 , وأحالت المادة 43 منها على نصوص تنظيمية لأجل الإخطار, فصدر المرسوم رقم 469-04-2 بتاريخ 29 ديسمبر 2004 ليميز في مددالإخطار بين الأطر ومن شابههم وبين المستخدمين والعمال (المادة 1 من المرسوم).

سريان مدة الإخطار عندما لا يحدد هذا الوقت صراحة في العقد[1]. وكذلك فقد يبرم عقد بين صاحب الأغراس وشخص يلتزم بتلقيم هذه الأغراس ومع ذلك يأتي هذا العقد ساكتا عن تحديد ما يأخذه المُلقّم من الأغراس كمقابل لعمله: فإذا ما أبرم هذا العقد في مركز ظهر السوق بناحية تاونات التابعة لمنطقة نفوذ محكمة الاستئناف بفاس؛ فإن العادة المعمول بها في تلقيم أشجار الزيتون تقضي بمنح النصف من الأغراس الملقمة للمُلقّم[2].

577- والجدير بالملاحظة أن الوظيفة التكميلية للعادة المعتبرة في التأويل لا تختلف في الحقيقة عن الدور الذي تضطلع به القواعد التكميلية المنظمة للعقود كعقد البيع (من الفصل 416 إلى 524 من ق.ل.ع.م.). ولذلك فإن العادة عندما تزاحم بمثل هذه القواعد التكميلية لا يكون في مقدورها أن تضطلع بأي دور خارج عن كون القواعد التكميلية بدورها لا تعد في حقيقتها إلا تكريسا لهذه العادة. ومع ذلك فإن العادة بمعناها المقصود في 463 من ق.ل.ع.م. تسترجع حيويتها لتمارس وظيفتها التكميلية عند عدم وجود قاعدة قانونية تكميلية تحكم العقد في ق.ل.ع.م. من جهة وعدم معارضتها لنص تشريعي من جهة أخرى كما يظهر ذلك من الفصل 475 من ق.ل.ع.م.

[1]- حكم محكمة الصلح بآسفي الصادر في 22 ديسمبر 1932 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1933 رقم 525 ص. 17). بعد صدور مدونة الشغل أصبح مبدأ"سريان أجل الإخطارمن اليوم الموالي لتبليغ قرار إنهاء العقد"(المادة 44 منها).

[2]- قرار عدد 424 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 ماي 1982 (منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص. 71 وما بعدها). -ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها عن العادة المكملة للعقد ما يطلق عليه في فاس مثلا بالعباسية وهي المنحة التي يمنحها البائع للمشتري زيادة على ما اشترى من بعض المواد- أو ما كان يعرف بباب الله وهو مبلغ من النقود يرده البائع إلى المشتري من الثمن الذي يتلقاه. ومن الأمثلة أيضا ما يمكن تسميته، في إطار الممارسة البنكية المغربية، بنقط التشجيع (Les points de bonification): وقد جرت العادة على إضافتها إلى راتب المستخدم على الرغم من عدم التنصيص على هذه النقط في الاتفاقية الجماعية التي تنظم أجور مستخدمي معظم الأبناك الموجودة في المغرب. وتبلغ قيمة كل نقطة مضافة بحكم العادة إلى المرتب أربعة دراهم. ومع ذلك فإن تحديد عدد هذه النقط المضافة يبقى رهين السلطة التقديرية للرئيس المباشر للمستخدم، إذ إن هذا الرئيس هو الذي يحددها في ضوء معايير ذاتية لا تخضع لأية مراقبة: عن الجريدة الأسبوعية الصادرة بالفرنسية "الاقتصادي" (L'économiste) عدد 114 بتاريخ 27 يناير 1994 ص. 3. -ويمكن أن نضيف أيضا أن العادة في بيع ما سبق استعماله من لوازم السيارات جارية على العهدة والرجوع في العقد.

المطلب الثاني :
تعارض عادة مكان إبرام العقد مع القواعد القانونية المنظمة له أو مع عادة مكان تنفيذه

578- سنتناول هذا المطلب في الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى : تعارض عادة مكان إبرام العقد مع القواعد القانونية المنظمة له (التشريع أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة – الآيين-)**
- **الفقرة الثانية : تعارض عادة مكان إبرام العقد مع عادة مكان تنفيذه**

الفقرة الأولى :
تعارض عادة مكان إبرام العقد مع القواعد القانونية المنظمة له (التشريع أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة – الآيين-)

579- ينص الفصل 475 من ق.ل.ع.م. على أنه: "لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا التشريع عندما يكون صريحا". كما ينص الفصل 476 على أنه: ".... لا يصح التمسك بالعادة إلا إذا.... لم تكن فيها مخالفة للنظام العام ولا للأخلاق الحميدة".

فهذه المقتضيات المانعة من إعمال العادة أو العرف تكرس من جهة ما هو سائد في الفقه الإسلامي إذ الرأي الغالب فيه أنه ليس في مقدور العرف أن يترتب عليه "تعطيل نص شرعي قطعي الورود في الشريعة"[1] ما لم يكن النص الشرعي بدوره مبنيا على العرف أو كان ظنيا غير قطعي. فهنا يجوز للعرف أن يخالف النص الشرعي. وفي هذا الصدد يقول ابن فرحون في تبصرته "كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"[2]. ويظهر أن العمل القضائي المغربي في ميدان العقارات غير المحفظة كان يساير الاتجاه المانع للعادة أو العرف من معارضة النص الشرعي. فلقد جاء في القرار عدد 203 الصادر عن المجلس الأعلى في 24 أبريل 1968 أنه: "لا يعمل بالعرف إذا خالف قاعدة شرعية"[3]. ومع ذلك فإن إمكانية مخالفة العادة أو العرف

[1]- عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق ص. 108، انظر أيضا ص. 167 وما بعدها.
[2]- ابن فرحون: المرجع السابق، ج.2 ص. 68.
[3]- منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 5 ص. 4 وما بعدها وكذا بمجلة القضاء والقانون عدد 96 ص. 329 وما بعدها.

للنص الشرعي تبدو جلية من خلال ما يسمى بالحقوق العرفية الإسلامية المنجرة عن الأوقاف (الأحباس)[1] من جزاء وجلسة أو خلو أو حلاوة وزينة أو أنقاض ومفتاح أو ساروت واستغراق أو هواء بالنسبة لعقارات الملك أو حسكة وهي من الحقوق العرفية المغربية العبرية. فالموقف المبدئي من هذه الحقوق في الفقه الإسلامي المالكي أنه لا تجوز لأن أموال الأحباس لا تقبل التفويت إلا للضرورة. وفي حالة السماح بالتفويت للضرورة يجب ألا يتم كراؤها لمدة طويلة أو على التأبيد. غير أن العادة (العرف) كانت أقوى من المنع الفقهي (الشرعي) لذلك لم يملك عمل القضاء الإسلامي[2] إلا أن ساير هذه العادة (العرف) فاعترف بتلك الحقوق[3].

[1]- انظر في هذه الحقوق العرفية على سبيل المثال: -لويس ميبو: تفرعات الأحباس: المنفعة، الجزاء، الجلسة، الزينة، الاستغراق: مرجع سابق.
- Paul Decroux : Droit Foncier Marocain, Editions la porte, Rabat, 1977 pp. 446 à455.

ولقد نظمت هذه الحقوق العرفية منظمة في المغرب بنصوص قانونية نذكر منها:
- ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري (الفصل 10/ رابعا).
- ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المكون لق.ل.ع. (الفصل 483).
- ظهير فاتح ربيع الثاني 1332 (27 فبراير 1914) المتعلق بحقوق الجزاء والاستئجار والجلسة المفتاح والزينة (يتكون من 10 فصول).
- ظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو1915) المتعلق بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة (الفصول 8 ومن 197 إلى 201). وهذا الظهير نسخ بالقانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والمنفذ بظهير 22 نوفمبر2011 .
- القرار الوزيري لـ20 رجب 1333 (3 يونيو 1915) بشأن تفاصيل تطبيق النظام العقاري المحفظ (الفصلان 17 و18).
- ظهير 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) القاضي بتغيير الفصل 8 من ظهير فاتح ربيع الثاني 1332 (27 فبراير 1914) المتعلق بالأراضي الخالية من البناء والمحملة بالجزاء يتكون من 8 فصول).
- ظهير 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) في ضبط أمر المعاوضات في أملاك الأحباس التي عليها المنفعة (يتكون من 4 فصول).
- ظهير 2 شوال 1374 (24 ماي 1955) بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف (الفصل 4).
- ظهير23 فبابر 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف (المواد من 103 إلى 107 منها).

[2]- والمبدأ في الفقه الإسلامي أن "ما جرى به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور": قرار المجلس الأعلى الصادر في 4 ديسمبر 1985 (منشور بمجلة رسالة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط عدد 5, أبريل 1988، ص. 212 وما بعدها).

[3]- انظر على سبيل المثال: عبد الصمد كنون: جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس، مطبعة الشرق الوحيدة بشارع رقعة القمح، بدون تاريخ الطبع ص. 70 وما بعدها. -أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1981، ج. 5 ص. 37 و38، وج 6 من ص .462 إلى 471. -مختارات من نوازل بُردلة: منشورة بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب عدد 5-6، 1987، من ص. 218 إلى 223. -الأزاريفي محمد بن أبي بكر الشابي البيضاوي: المنهل العذب السلسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليل، الدار البيضاء، 1980، ج. 3 من ص. 108 إلى 111. -لويس ميبو: المرجع السابق من ص. 13 إلى 34.

580- كما أن المقتضيات المارة بنا والمانعة لإعمال العادة أو العرف عند مخالفتها التشريع أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة تجسد من جهة أخرى ما كان سائدا قبيل وأثناء وضع ق.ل.ع.م. من موقف الفقه الفرنسي إذ بموجب هذا الفقه فإن العرف لا يؤخذ به متى كان مخالفا للتشريع أو للحس السليم أو مخالفا للمبادئ العليا المعتبرة أساسا للحضارة الفرنسية المسيحية والتي ينبني عليها التنظيم الاجتماعي والسياسي الفرنسي. وبعبارة أخرى متى جاء مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة (الآيين:mores)[1].

581- وما يمكن أن يستفاد مما مر بنا أن العادة والعرف لا يمكن استخدامهما في التأويل متى كانا مخالفين للنظام العام أو الأخلاق الحميدة فيما ليس فيه نص تشريعي من جهة أو كانا مخالفين لنص تشريعي آمر. أما عندما نكون أمام نص تشريعي غير آمر فإن العادة (العرف) يمكن إعمالها في التأويل[2] ولو لم تتصرف إرادة المتعاقدين المفترضة أو المحتملة إلى هذه العادة (العرف) أو عندما يكونان عالمين به وقت إبرام العقد متى توافرت فيها الشروط الأخرى المنصوص عليها في الفصل 476 من ق.ل.ع.م. أي شرط الاطراد والغلبة وشرط القدم أو على الأقل المصاحبة لزمن إبرام العقد وليس لزمن تنفيذ العقد[3].

الفقرة الثانية :
تعارض عادة مكان إبرام العقد مع عادة مكان تنفيذه

582- إن العادة المعتبرة في تأويل العقود، بصريح الفصل 463 من ق.ل.ع.م.، هي عادة مكان إبرام هذه العقود. ولا يعد الاعتداد بعادة (أو عرف)

[1]- جيني: المرجع السابق، ج.1 فقرة 121 ص. 371 وما بعدها.
[2]- انظر في هذا الاتجاه: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2، رقم 19 مكرر ص. 18 وما بعدها. –كوكييه: المرجع السابق ص. 135 وما بعدها. –عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 96 ص. 140 وما بعدها. – وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها الصادر في 20 نوفمبر 1984 إلى أنه مما يجري به العمل قضاء أن يغلب العرف على النصوص القانونية في بعض النزاعات وذلك عندما لا تمس هذه النصوص القانونية بالمصالح الأساسية: قرار منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1986، عدد 44 ص. 16.
[3]- إن شرط القدم أو مصاحبة العادة (العرف) لوقت إبرام العقد لا يصرح به منطوق الفصل 476 من ق.ل.ع.م. غير أن إعماله في ضوء العقلية المهيمنة على وضع ق.ل.ع.م. وكذا على القضاء المغربي تقتضيه. وهذا عكس ما هو عليه الأمر في ألمانيا مثلا إذ العادة (العرف) المعمول بها هناك هي تلك التي تكون موجودة وقت قيام المحكمة بتأويل العقد وليس وقت إبرام العقد: انظر في هذا الصدد: سانتا ماريا: المرجع السابق ص. 214 والهامش 1 فيها.

مكان إبرام العقد، في الحقيقة, إلا مجرد ترديد للموقف الفقهي اللاتيني المكرس للحل الذي قال به الفقيه الروماني أولبيانوس (Ulpien)[1].

ولاشك أن هذا الحل يساير الطابع البسيط الذي ظل مهيمنا على العقود على الرغم من التطورات البطيئة التي شهدتها منذ العهد الروماني إلى منتصف القرن 19. فالعقد من جهة كان يبرم لينفذ في الغالب الأعم في نفس المكان. كما أن هذا العقد من جهة أخرى لم يكن يبرم في الغالب الأعم أيضا إلا بطريقة شفوية[2] وبين حاضرين[3]. وفي ضوء هذا الواقع فإنه من المعقول أن تكون العادة في التأويل هي عادة مكان إبرام العقد مادام أن هذا المكان هو الذي غالبا ما ينفذ فيه العقد.

583- ولكن الأمور ستتغير بعد منتصف القرن 19 إذ ستستعمل الكتابة في التعاقد على نحو أكبر، كما أن التعاقد بين غائبين –وعلى الخصوص التعاقد بالمراسلة- ستصبح له أهمية لا تقل عن التعاقد بين حاضرين[4]؛ إلى درجة أن التبايع بالمراسلة لعب دورا مهما في الحياة الاقتصادية الأوروبية منذ أواخر القرن الميلادي 19، فأصبحنا نجد في السبعينيات من القرن العشرين أسرة من أصل أسرتين في فرنسا تشتري بالمراسلة مقابل أسرتين من أصل ثلاثي في ألمانيا[5]دون احتساب ما يتم في الوقت الراهن عن طريق وسائل الاتصال المعاصرة كالتعاقد الالكتروني. وعلى الرغم من عدم توفرنا على إحصائيات دقيقة في المغرب فيما يرجع إلى أهمية التعاقد بالمراسلة بل وحتى التعاقد الالكتروني خارج ما يغلب نشره في بعض الصحف ، فإن تطلع المغرب إلى الالتصاق بالاقتصاد الأوروبي –حتى لا نقول الاندماج فيه- يحملنا على إعطاء الأهمية للتعاقد بين غائبين وبالأساس للتعاقد عن طريق التليفون أو التعاقد الالكتروني الذي يثير نفس المشاكل القانونية فيما يخص تحديد مكان انبرامه[6]. وإذا كان ق.ل.ع.م. قد أوجد الحلول لمثل هذه المشاكل حينما جعل العقد بين غائبين ينعقد في زمان ومكان القابل بشرط توصل

[1]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج. 2 رقم 17 ص. 16. –كوكييه: المرجع السابق، ص. 138. –انظر القاعدة التي قال بها أولبيانوس في فقرة 557 قبله.
[2]- انظر في هذا الصدد: روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري، جنيف، 1953، ص. 40 وما بعدها.
[3]- روبيرت بارتي: المرجع السابق، ص. 42 وما بعدها.
[4]- روبيرت بارتي: المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها.
[5] - Kotler –Dubois : Marketing Management, 5ème édition, publi Union , Paris, 1988, p 491. –Le journal le Monde : Dossiers et Documents, n° 31, Mai 1976, p. 2.
[6] لقدى تعمدنا عدم الإشارة أيضا إلى التعاقد الالكتروني لأن التعامل بالاسلوب الالكتروني لا زال ضعيفا(خجولا) في المغرب على الرغم من أن هذا التعاقد قد حضي بتنظيم خاص لم يحسم المشكل الذي نحن بصدده:أنظر القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المنفذ بظهير رقم 129-07-1 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007.

الموجب بالقبول إما خلال المدة المحددة أو المعقولة لتلقي القبول (الفصول 24 و29 و30 منه)؛ فإن ما ينبغي الالتفات إليه أن النظر إلى الأمور من زاوية خواتمها يجعل الاعتداد بعادات تنفيذ العقد بين غائبين –وحتى بين حاضرين في الوقت الراهن- أقرب إلى الصواب من عادة مكان إبرامه. وفي هذا الصدد يرى سيملر أن عادة مكان إبرام العقد لا تزيد دلالة عن عادة مكان تنفيذه[1].

584- صحيح أن عادة مكان تنفيذ العقد في الوقت الراهن قد لا تختلف عن عادة مكان إبرامه خاصة في الحواضر بالمقارنة مع البوادي[2]، وذلك بسبب الدور الذي من المفروض أن تضطلع به الغرف المهنية في توحيد العادات المتصلة بميدان التعامل. ولكن لا ينبغي أن يغيب عن البال أن العادة حتى في الحواضر قد تختلف باختلاف المدن. وحسبنا أن نذكر بأن المألوف في أجور الأكرية بما فيها عقود العمل يتفاوت من مكان إلى آخر. وعلى سبيل المثال فالمألوف في أجر البَنَّاء في الناظور يزيد بشكل محسوس عن مثله في فاس أو الرشيدية. فما هي العادة أو المألوف الواجب إعماله في عقد العمل الذي يبرم مثلا في الرشيدية لينفذ في الناظور دون أن يحدد فيه الأجر ودون أن يكون العمل المتعاقد عليه خاضعا لتعريفة رسمية: فأجر المثل الذي يستحقه العامل هنا هل هو أجر المثل في الرشيدية أم في الناظور؟ لاشك أن تطبيق الفصل 463 من ق.ل.ع.م. يحسم الأمر بمنح الأجير أجر المثل في الرشيدية. وفي هذا الحسم إضرار بيِّن بالعامل وربما أيضا تَنَكُّر لطبيعة المطلوب إنجازه وهي طبيعة يساهم في تحديدها مكان تنفيذ العمل وليس مكان إبرام العقد المتصل بهذا العمل.

ونفس التساؤل يمكن أن يطرح في شأن عقد كراء منزل معد للسكنى كائن بفاس أو بالرباط ولكنه يبرم في مكان نقل فيه أثمنة الأكرية عن فاس أو الرباط كتاونات أو تازة من غير أن تحدد وجيبة الكراء في هذا العقد: فأيهما تحدد في ضوئه الوجيبة الكرائية: عادة مكان إبرام العقد أم عادة مكان تنفيذه؟ إن ما يتلاءم وطبيعة عقد الكراء –وهو عادة تنفيذ العقد- لاشك أنه يجعل عادة مكان إبرام العقد قرينة غير صائبة كما يذهب إلى ذلك دومولومب[3].

585- إن الاعتبارات المارة بنا هي التي دفعت بالفقه الفرنسي –حتى في اتجاهه التقليدي- إلى أن يتشكك في مدى صحة قاعدة عادة مكان إبرام العقد في

[1]- سيملر: "تأويل العقود" ;مقال مشار إليه في السابق رقم 44 ص. 12.
[2]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 20 ص. 67.
[3]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2، رقم 17 ص. 16 و17.

التأويل عند مقارنتها بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة أو افتراضا[1]. ومن هنا يمكن الذهاب إلى أن تمسك بعض القضاء في المغرب بعدم الاعتداد إلا بعادة مكان إبرام العقد من شأنه ألا يكون دائما على صواب[2] خاصة وأن ق.ل.ع.م. بدوره يعتد في بعض نصوصه بمكان التنفيذ إذ يمنحه الأولوية أحيانا على مكان الإبرام كالفصول 127 و248 و258 و 916 منه.

586- والظاهر أن الفصل 463 من ق.ل.ع.م. لا يجعل عادة مكان إبرام العقد قرينة قاطعة لا يجوز مخالفتها. وحسْب القاضي في مخالفتها أن يبرر حكمه أو قراره بانصراف إرادة المتعاقدين إليها على النحو الذي يقول به الفقه الكلاسيكي إذ لا يأخذ بالعادة على العموم إلا على أساس ما يفترض، كما مر بنا، من انصراف إرادة المتعاقدين إليها. ولكننا نعتقد أنه، بدل تكريس مثل هذا التصنع بالركون إلى حيلة الإرادة، قد يكون من المنطقي التمييز في العقد بين إبرامه وتنفيذه. ففيما يرجع إلى النزاعات المتعلقة بتأويل ما ينعقد به العقد يستحسن الأخذ بقرينة عادة مكان إبرامه.وفيما يعود إلى نزاعات التأويل المتصلة بتنفيذ هذا العقد يستحسن الأخذ بقرينة عادة مكان تنفيذه ما لم يتبين من ظروف التعاقد أن العادة المعتبرة هي عادة مكان إبرام العقد.

ومكان التنفيذ الذي تعتبر عادته في التأويل هو المكان المحدد في العقد وإلا حدد هذا المكان، عندما يجيء العقد ساكتا عنه، في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء المتعاقد عليه كما ينص على ذلك الفصل 248 من ق.ل.ع.م.

وعلى كل، فعلى فرض عدم قبول الرأي القائل بالتمييز بين النزاعات المتعلقة بتأويل ما ينعقد به العقد وتلك المتصلة بتأويل ما يدخل في تنفيذه، فإن القاضي لا

[1]- انظر على سبيل المثال: فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: المرجع السابق، ج. 16، رقم 508 ص. 585. –أوبري ورو: المرجع السابق، ج.4، فقرة 347 الهامش 3 مكرر 8 مرات في ص. 572. –كوكيبه: المرجع السابق، ص. 138 وما بعدها. –دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 58 ص. 124 وما بعدها. –سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 20 ص. 67. –بان باكلو: المرجع السابق رقم 247 ص. 232.

[2]- جاء في الحكم الصادر عن محكمة الصلح بالدار البيضاء في 19 ديسمبر 1914 أن العادة التي يجب أن تكمل بنود العقد هي عادة مكان إبرام العقد ولو كان هذا الأخير سينفذ في مكان آخر (منشور بمجموعة التشريع والعمل القضائي المغربيين، السنة 1916 ص. 64). –والواقع فإن الانطلاق من وقت إبرام العقد لتصريح العقد هو المهيمن على ميدان التأويل في مجموعه حسب القضاء في المغرب. انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر في فاتح يونيو 1932 (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1932، ص. 293) : ولقد جاء فيه أن "وقت إبرام العقد هو الذي ينطلق منه لتأويل ألفاظه تأويلا سليما". –ومع ذلك يجدر التنبيه إلى أن الاعتداد بمكان تنفيذ العقد يمكن أن يستفاد من بعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ولو بصفة ضمنية. وهكذا فإن القرار عدد 62-61/14 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 31 أكتوبر 1961، وإن كان يتعلق بالحسم في المحكمة المختصة هل هي محاكم المغرب أم لا؛ إلا أن ما يمكن أن يستفاد منه ضمنا يتمثل في أن العبرة قد تكون بمكان تنفيذ العقد خاصة في عقد الامتياز الذي لا يمكن أن ينفذ إلا في المغرب (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (57-1962) الطبعة الفرنسية، مرجع سابق، ج.1 رقم 158 ص 277 وما بعدها وعلى الخصوص ص. 279).

يكون ملزما بالتقيد بعادة مكان إبرام العقد لتصريح ما هو غامض في هذا الأخير أو لتكملة ما هو ناقص فيه إذ يستطيع دائما أن يركن إلى عادة مكان تنفيذ العقد عندما تدله إلى هذه العادة الأخيرة بالأساس ظروف النازلة وطبيعة العقد.

المبحث الثالث:
قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق طبيعته حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م

587- ينص الفصل 463 من ق.ل.ع.م. على أنه: "يجب أن تضاف إلى التصرف.... الشروط المنجرة عن طبيعته". وإذا كان صريح هذا النص يقتصر على الإشارة إلى الوظيفة التكميلية لطبيعة التصرف أو العقد على وجه الخصوص في تأويل هذا الأخير؛ فإن طبيعة العقد من شأنها أن توظف أيضا في توضيح ما هو غامض في التصرف أو العقد. ومن هنا نستطيع أن نقول أيضا، وعلى غرار ما مر بنا عند دراسة العادة، إن طبيعة التصرف أو العقد لها وظيفتان أولهما ترمي إلى تصريح ما هو غامض في التصرف وهذه الوظيفة تستفاد من مفهوم الفصل 463 من ق.ل.ع.م. وثانيهما إلى تكملة ما هو ناقص في التصرف أو العقد. وهذه الوظيفة هي التي نتلمسها في منطوق النص المذكور.

588- غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن إعمال طبيعة التصرف أو العقد في تصريح ما هو غامض في هذا الأخير أو في تكملته، حسب الفقه الفرنسي -قديمه وحديثه في أغلبه- لا يلجأ إليه إلا إذا عجز القاضي عن كشف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[1] . وهنا عندما ينتقل إلى الاهتداء بطبيعة التصرف أو العقد في تأويله، فإنما ينتقل بحسه السليم إلى ما يفترض في المتعاقدين أن إرادتهما انصرفت إليه[2].

وإذا ما سلمنا بقيمة طبيعة العقد في التأويل بموجب الفصل 463 وبالتالي بإمكانية اللجوء إليها لتصريح ما هو غامض في العقد أو لتكملة نقصانه غير المؤثرة

[1]- يذهب دومولومب إلى أنه ينبغي البدء بالبحث عن الإرادة المشتركة من خلال ظروف التعاقد وطبيعة الشيء المتعاقد عليه ومدته والأداء المقابل فيه وغير ذلك من التعابير الأخرى للمتعاقدين. وإذا لم تتكشف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من خلال ظروف التعاقد وجب حينئذ الأخذ بالمعنى الملائم لطبيعة العقد لأن هذه الطبيعة هي التي يفترض أنها تكشف أكثر عن نية الطرفين: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 15 ص. 14.

[2]- انظر على سبيل المثال: فرانسوا لوران: المرجع السابق، ج. 16 رقم 507 ص. 121. -يان باكلو: المرجع السابق: رقم 246 ص. 231. -سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 15 ص. 49. -عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 76 ص. 111. -سيملر: مقاله المشار إليه في السابق، رقم 42 ص. 12.

على وجوده وقيامه، سواء من خلال استعمال حيلة الإرادة المفترضة لتبرير عمل القاضي أو من خلال اعتبارها من الأمور الموضوعية الخارجة عن الإرادة والتي تستوجب الإعمال كلما تعذر الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ فإن السؤال الذي يبقى قائما يتعلق بتحديد المقصود بطبيعة العقد. فما هي هذه الطبيعة التي في مقدورها أن تسحب الغموض عن العقد أو أن تكمل ما يعتوره من نقصان؟

589- لقد مر بنا في معرض تأصيلنا الفصل 463 من ق.ل.ع.م. أن قاعدة طبيعة العقد المنصوص عليها في هذا الفصل، وإن كانت ترجع في أصولها الحديثة إلى الفصل 1158 مدني فرنسي الذي يتحدث عن مادة العقد (la matière du contrat)؛ إلا أن صياغتها مستمدة بالأساس من القاعدة الثالثة لبوتييه والتي تشير إلى طبيعة العقد (la nature du contrat)[1].

ومن الأمثلة التي ضربها بوتييه لتوضيح قاعدته مثال عقد الكراء الواقع على أرض زراعية والذي يشار فيه إلى أن هذا الكراء قد أبرم لمدة تسع سنوات مقابل مبلغ ثلاثمائة ليرة (livres). فالعبارة المتعلقة بمقابل الكراء هي عبارة غامضة لأنها كما تحتمل معنى ثلاثمائة ليرة لكامل المدة أي تسع سنوات تحتمل أيضا معنى ثلاثمائة ليرة لكل سنة من السنوات التسع. وهذا الغموض يرفع في ضوء طبيعة عقد الكراء الواقع على الأراضي الزراعية، فيصبح المقابل المحدد في العقد متعلقا بكل سنة من سنوات العقد لا بكامل مدة العقد لأن طبيعة عقد الكراء في هذا الصدد تقتضي أن يؤدى المقابل مسانهة.وكذلك مثال عقد الكراء الواقع على الأرض الزراعية المشار فيه إلى أن هذا الكراء قد أبرم مقابل ثلاثمائة ليرة في السنة مع القيام بالإصلاحات. فلفظة الإصلاحات غامضة لأنها غير محددة. وتحديدها بحسب طبيعة هذا العقد يقتضي إلزام المكتري بالإصلاحات الكرائية فقط[2] دون إصلاحات الصيانة[1].

[1]- انظر هذه القاعدة الثالثة لبوتييه في فقرة 557 قبله. والجدير بالإشارة أن أغلب الفقهاء في فرنسا يفهمون مادة العقد على أن المقصود بها هو طبيعة العقد: راجع في هذا الصدد المراجع المشار إليها قبله. ولاشك أن هذا الفهم المسوي بين مادة العقد وطبيعة العقد هو الذي هيمن على واضعي ق.ل.ع.م. أي في آخر المطاف على المشروع التمهيدي لسانتيانا: -طبيعة التصرف (la nature de l'acte): (الفصل 463). -مادة الالتزام (la matière de l'obligation): (الفصل 111). -طبيعة الالتزام (la nature de l'obligation): (الفصول: 124- 127- 231 -236 -270- 275- 307- 336). -طبيعة القضية أو العمل أو المعاملة أو التعامل (la nature de l'affaire): الفصول: 153 -157- 161- 162- 164- 177- 2/891- 2/893- 900- 2/907- 908- 7/1051 -1/1057). -طبيعة العقد (la nature du contrat) - طبيعة المعاوضة (الفصل 625). -طبيعة الوكالة (الفصل 942). -طبيعة الشركة (الفصول: 1011 -1/1026 -1/1047 -1048). -طبيعة الشركة أو الشياع (الفصل 1087). -طبيعة عقد تبادلي أو بعوض (الفصل 1106). -طبيعة الرهن (الفصل 1180).

[2]- ومن الأمثلة التي يضربها الفصل 639 من ق.ل.ع.م. على الإصلاحات الكرائية (réparation locatives): إصلاح بعض أحجار أو زليجات التبليط (pavés et carreaux) ,إعادة زجاجات النوافذ المكسرة بسبب لا يرجع إلى خطأ المكتري ولا إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، إصلاح الأبواب والشبابيك أو النوافذ

وهكذا يظهر من المثالين السابقين أن بوتييه قد وظف طبيعة العقد في تصريح ما جاء غامضا من العبارات في عقد كراء الأراضي الزراعية. ومع ذلك ألا يمكن أن نذهب هنا إلى أن ما يضطلع بدور التصريح ليس هو طبيعة العقد وإنما العادة المألوفة في عقود الأكرية[2]؟ إذا كان الأمر كذلك فهل التبس الأمر على بوتييه عندما أورد أمثلة لتوضيح طبيعة العقد مع أن حلها يكمن في العادة؛ أم أن طبيعة العقد لا تعني أكثر من العادة المألوفة في هذا العقد؟ إننا نعتقد بأن تشبع بوتييه بالتصور الأرسطي لعلاقة العادة بالطبيعي هو الذي دفعه إلى التسوية –حتى لا نقول الخلط- بين طبيعة العقد والعادة المألوفة فيه. ذلك أنه حسب أرسطو فإن "ما صار عادة يصير طبيعيا بوجه ما، والواقع أن العادة شبيهة بالطبيعة لأن المسافة بين "غالبا" و"دائما" ليست كبيرة، والطبيعة تنتسب إلى فكرة "دائما" والعادة إلى فكرة "غالبا"[3].

590- ولكن ما دامت طبيعة العقد مساوية للعادة المألوفة، حسب هذا الفهم, ألا يمكن أن نعتبر إيرادهما جنبا إلى جنب في فصل واحد كما فعل ق.ل.ع.م. في الفصل 463 منه أو إيرادهما واحدة تلو الأخرى كما فعل القانون المدني الفرنسي في الفصلين 1158 و1159 منه –حتى لا نذكر الفصل 1160 أيضا- ضربا من التكرار الذي لا تستسيغه فنون الصياغة القانونية إن لم يكن ضربا من عدم وعي المشرع بما يصنعه في تشريعه؟

إننا لا نعتقد ذلك لسبب بسيط هو أن العادة المتحدث عنها في بداية الفصل 463 مغربي أو في الفصلين 1159 و1160 فرنسي هي تلك العادة التي وإن أحال عليها التشريع إلا أنها تبقى خارجة عنه ولذلك يكون على المتمسك بها، في ظل العقلية المانحة الأولوية والأفضلية للتشريع على العادة بل وحتى العرف بمعناه المضبوط، أن يثبت وجودها على النحو المنصوص عليه في الفصلين 475 و476 من ق.ل.ع.م. ويتأكد القاضي من مدى اتصالها بالنزاع المثار أمامه لكي تضطلع هذه

والألواح المعدة لإغلاق الدكاكين والمفصلات التي تتمحور حولها الأبواب أو النوافذ (gonds) والركائز المدعمة للأبواب أو النوافذ من الداخل (targettes) والأقفال أو المفاتيح. أما تبييض الغرف وإعادة طلائها واستبدال الورق الملصق بحيطانها والأعمال التي تستلزمها صيانة السطوح ولو تمثلت في تلبيسها بالزفت أو نحوه أو تبييضها فلا تعتبر من الإصلاحات الكرائية وإنما من إصلاحات الصيانة التي تقع على عاتق المكري وليس المكتري.

[1]- عن دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 57 ص. 121 و122 التي يذهب فيهما إلى أن حسم المشكل في ضوء طبيعة العقد في المثال الثاني لبوتييه يبقى محل نظر لأن الالتفات إلى معاني الألفاظ يسمح بالذهاب إلى أن معنى لفظة الإصلاحات هو كل الإصلاحات وليس بعضها فقط.

[2]- إن الفصل 639 من ق.ل.ع.م. (أي الفصل 1754 مدني فرنسي) يحيل، فيما يتحمله المكتري من الإصلاحات المسكوت عنها في العقد، على العادة.

[3]- عن: الخطابة لأرسطو: ترجمة عبد الرحمن بدوي، طباعة ونشر دار الشؤون الثقافية العامة –آفاق عربية- ط.2، 1986 بغداد، ص. 85.

العادة –متى اقتنع بها القاضي- بدورها في تصريح الغامض في العقد أو تكملة نقصانه. إن هذه العادة يمكن أن نسميها بالعادة غير التشريعية.

أما العادة المعبر عنها بطبيعة العقد فهي، في تقديرنا، تلك التي لا يحيل عليها التشريع وإنما يتبناها في الأحكام التي يخص بها العقود ليجعلها تتصل بهذه العقود اتصالا دائما لا يقبل الفصل إلا بانصراف إرادة المتعاقدين إلى استبعادها. وبما أن العادة المعبر عنها بطبيعة العقد تنصهر، حسب هذا المفهوم، وتذوب في القواعد الخاصة بكل عقد من العقود المنظمة في التشريع؛ لذلك فإن التمسك بها في النزاع لا يقتضي إثبات وجود العادة بمفهومها غير التشريعي وإنما إثبات وجودها بمفهومها التشريعي أو بعبارة أخرى التمسك بالنص القانوني المصرح لما هو غامض في العقد أو المكمل لما هو ناقص فيه. وهكذا يمكن أن نسمي طبيعة العقد بالعادة التشريعية للعقد. وهذه العادة التشريعية للعقد لا يلجأ إليها القاضي عندما يكون في حاجة إلى التأويل فقط وإنما يلجأ إليها كلما أراد تطبيق النص القانوني لحسم النزاع: أي كلما أراد تكييف العقد أي وصفه وصفا قانونيا يتلاءم من جهة مع الخصائص العامة التي تجعل العقد ينتمي إلى صنف دون آخر (مثلا هل هو عقد مدني أم تجاري وبالنسبة للعقد المدني هل هو عقد ملزم لجانبين أم لجانب واحد، وإذا كان ملزما لجانبين أو لجانب واحد هل هو عقد بعوض أم عقد تبرع أو إحسان وتفضل؟)؛ كما يتلاءم من جهة أخرى وبالأساس مع الخصائص الذاتية للعقد والتي تجعل هذا الأخير لا يتميز فحسب عن بقية العقود المنتمية إلى غير جنسه (صنفه) وإنما أيضا متميزا عن بقية العقود الأخرى المنتمية إلى نفس جنسه (صنفه) (مثلا: البيع، الكراء، الصدقة أو الهبة، الوديعة، العارية، إلخ....)[1].

591- ومن هنا يتبين أن طبيعة العقد المعتبرة في تأويل العقد بتصريحه أو بتكملته إنما هي طبيعة العقد العامة والخاصة. وبما أن الطبيعة العامة والخاصة للعقد يحددها القانون التعاقدي (ق.ل.ع.م. و/ أو التشريع المنظم للعقد بصفة مستقلة عن ق.ل.ع.م. كما هو الشأن بالنسبة للبيوع بالتقسيط الواقعة على المركبات السيارة[2] أو عقد التأمين عن مخاطر المركبات السيارة[3])؛ لذلك يمكن القول إن المقصود بطبيعة العقد هو التشريع المتعلق بهذا العقد وبالتالي فإن عبارة ".... الشروط المنجرة عن طبيعة العقد" (المنصوص عليها في الفصل 463 من ق.ل.ع.م) يكون معناها ".....

[1]- انظر في مثل هذا الاتجاه المتعلق بكيفية التكييف: كوكييه: المرجع السابق ص. 61 وما بعدها و144 وما بعدها.

[2]- انظر ظهير 17 يوليوز 1936 المتعلق بالبيع بالتقسيط للمركبات السيارة حسبما وقع تتميمه بظهيري 6 يوليوز 1953 و22 أبريل 1957.

[3]- انظر مثلا القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات المنفذ بظهير 3أكتوبر 2002 ومرسوم 2 نوفمبر 2004 بشأن تطبيق هذا القانون وكذا ظهير 2 أكتوبر 1984 المتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك.

الشروط المنجرة عن التشريع المنظم لهذا العقد"[1]. وبعبارة أخرى فإن قاعدة طبيعة العقد المعتبرة في التأويل إما لتصريحه أو لتكملته تعنى قاعدة التشريع المؤول والمعتبر إما لتصريح العقد أو لتكملته.

وهذا الفهم هو الذي يعطى من قبل أغلب الفقه الفرنسي أو البلجيكي للفصل 1158 مدني فرنسي أو بلجيكي، إذ يذهب دوكالاطاي على سبيل المثال في تحليله هذا النص إلى أن القاضي عندما لا يتمكن من الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ويبقى الشك قائما في العقد؛ فإنه يأخذ بعين الاعتبار ما يقوله التشريع في مثل ما حصل في شأنه النزاع ويفترض بصفة معقولة أن الطرفين أرادا عدم مخالفة التشريع[2].

ومثل هذا الفهم لا يختلف في عمقه عن ذلك الذي يذهب إلى أن مادة العقد المنصوص عليها في الفصل 1158 مدني فرنسي يقصد بها الغاية الإجمالية المتوخاة من قبل المتعاقدين[3]. فهذه الغاية الإجمالية تتمثل من جهة فيما يرد من مجموع الشروط أو البنود الصريحة في العقد وما يؤول فيه بتصريح ما تبقى غير صريح فيه أو بتكملة ما هو مسكوت عنه فيه بما ينجر عن طبيعته أي عن التشريع المتعلق به من جهة أخرى. وهكذا نصل أيضا إلى تحديد إعمال طبيعة العقد في إعمال التشريع المؤول للعقد.

وهذه المطابقة بين التشريع وطبيعة العقد تسمح لنا بالقول إن الفصل 463 فيما يرجع ليس فقط إلى العادة بمعناها الواقعي غير التشريعي وإنما أيضا بمعناها

[1]- يمكن لهذا المعنى أن يستفاد حتى مما جاء عند بوتييه في توضيح طبيعة العقد المستخدمة لتكملة العقد: "إن الأشياء التي هي من طبيعة العقد فحسب هي تلك الأشياء التي وإن لم تكن من جوهر العقد إلا أنها تعد داخلة فيه وتفهم منه حتى عندما لا يعمد الطرفان المتعاقدان إلى تحديدها وتفصيلها باعتبار أنها من طبيعة العقد. وهذه الأشياء تتوسط الأشياء التي هي من جوهر العقد وتلك المعتبرة عرضية فيه. والأشياء التي من طبيعة العقد تختلف عن الأشياء التي هي من جوهره في كون العقد يمكن أن يوجد ولو بدون الأشياء التي هي من طبيعته. كما أن الأشياء التي من طبيعة العقد يمكن استبعادها من قبل الطرفين، ولكنها تختلف عن الأشياء العرضية في العقد في كون الأشياء المعتبرة من طبيعة العقد تشكل جزءا من العقد ولو لم تشترط صراحة في العقد". (عن دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 57 ص 122) : فمثل هذا التمييز بين ما يعتبر من طبيعة العقد، حسب بوتييه، وبالتالي يكتمل به العقد ولو جاء ساكتا عنه وبين ما يعتبر من جوهر العقد –أي أساسيا لانعقاده وقيامه ويتمثل فيما ينبغي أن يتعلق به الرضى، (توافق الإرادتين) أي العقد في آخر المطاف، من العناصر المستلزمة قانونا كحد أدنى لا يقوم العقد إلا بتوافره –، وما يعتبر عرضيا في العقد ليس من طبيعته؛ نقول إن هذا التمييز لا يتحدد إلا بالتشريع المنظم للعقد فهو الذي يحدد الحد الأدنى من العناصر التي لا ينعقد بدونها كما يحدد العناصر أو الشروط التي تفهم من العقد في القواعد القانونية المكملة للعقد. ومن خلال الوقوف على القواعد المنظمة للحد الأدنى من العناصر التي ينعقد بها والقواعد المؤولة للعقد في حالة سكوت المتعاقدين، نتوصل بسهولة إلى تلمس العناصر العرضية التي لا تدخل في العقد إلا إذا اشترطت صراحة من قبل المتعاقدين.

[2]- دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 57 ص. 121. –انظر أيضا: كوكييه: المرجع السابق ص. 143. –عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 76 ص. 111.

[3] - J. Dupichot : « Pour un retour aux texte : défense et illustration du « petit guide -âne » des articles 1156 à 1164 du code civil », étude offertes à J. Flour – 1979 n° 15. p 194.

عن يان باكلو: المرجع السابق، رقم 246 ص. 231. –سيملر: مقاله السابق، رقم 42 ص. 12.

التشريعي المتمثل في طبيعة العقد قد يكون له في الحقيقة، وخاصة بالنسبة للوظيفة التكميلية لطبيعة العقد هذه، نفس المعنى المراد من الفصل 231 من ق.ل.ع.م. والذي يحيل بدوره على التشريع المنظم للعقد في تكملته بما ينجر عن هذا التشريع من الملحقات الواجب إضافتها إلى العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها[1].

592- ولاشك أن ندرة تطبيق قاعدة طبيعة العقد، سواء في فرنسا أو في المغرب، ترجع إلى تضمن ق.ل.ع.م.، بالنسبة إلى المغرب، للفصل 231 منه والمطابق في فقرته الثانية للفصل 1135 مدني فرنسي. غير أنه على الرغم من كون منطوق الفصل 463 مغربي من شأنه أن يجمد ويشل فيما يرجع إلى ما أسميناه بالعادة التشريعية أو طبيعة العقد[2] بالفصل 231 مغربي؛ فإن ما ينبغي ألا يغرب عن البال أن الفصل 463 ينظم ما يمكن تسميته بالعادة غير التشريعية في

[1]- لقد جعل التشريع من نفسه مؤولا، حسب كوكييه، في كثير من مقتضياته إذ يصرح أحيانا بالمعنى الواجب إعطاؤه لبعض البنود التي يمكن أن يثار الغموض في شأنها (وهذا هو دور القواعد المقررة) كما يصرح في بعض الأحيان الأخرى بمجموعة من القواعد التي تهدف إلى تفادي المفاجآت ومساعدة المهملين أو عديمي الخبرة من المتعاقدين وكذا إلى تسهيل المعاملات من خلال التنصيص على ما يكتمل به العقد من بنود (وهذه هي القواعد المكملة). والقواعد المؤولة، مقررة كانت أو مكملة، يمكن استبعادها بالإرادة الصريحة للمتعاقدين أو بإرادتهما الضمنية التي لا يبقى الشك عالقا بها وإلا وجب عدم استبعاد القاعدة المؤولة: مرجعه السابق ص. 129 و288 وما بعدها. –وفي نظر جورج درو (G.Dereux) فإن القواعد المكملة هي وحدها التي يمكن استبعادها بالإرادة الضمنية للمتعاقدين. أما القواعد المقررة فلا يمكن مخالفتها إلا بإرادة قاطعة الصراحة: تأويل التصرفات القانونية الخاصة، مرجع سابق ص. 461 و462. –وبالمقابل فإن الإخوان مازو يذهبون إلى أن القواعد المقررة يمكن مخالفتها بالإرادة الضمنية بخلاف القواعد المكملة فإنه لا يجوز استبعادها إلا صراحة من قبل المتعاقدين: دروس القانون المدني، ج.2، المجلد الأول: الالتزامات: النظرية العامة: مرجع ساق رقم 348 ص. 316. لا بل الأكثر من هذا فإن محاولة التقليل من دور الإرادة قد يحث على القول إن عدم مخالفة القواعد المؤولة، مكملة كانت أو مقررة، لا يجوز مخالفتها إلا بالتصريح بهذه المخالفة في العقد: انظر في هذا الصدد: ألفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: مرجع سابق رقم 367 ص. 360. –ونعتقد أنه لحسم مثل هذا الاختلاف يكفي القاضي أن يكون واعيا بما ينبغي تغليبه في العقد: فإذا كانت الإرادة الفردية، في نظره، هي السيدة أولا وأخيرا أمكنه الأخذ حتى بالإرادة الضمنية لاستبعاد القواعد المؤولة بغض النظر عما إذا كانت مقررة أو مكملة. أما إذا كان همه هو محاولة التخفيف من سيادة الإرادة الفردية وإيثار ما تقتضيه دواعي المصلحة العامة فإنه يستطيع ألا يعتد بمخالفة القواعد المؤولة (بنوعيها) إلا إذا استبعدت صراحة. وهو في موقفه هذا يستطيع أن يرتكز على اعتبارات ما يسمى بحسن النية أو الإنصاف. ولا شك أن المعطيات التي سنتناولها في شأن عقد الإذعان عند دراسة الفصل 231 من ق.ل.ع.م. تميل إلى تغليب هذا الاتجاه الأخير.

[2]- قد نتصور إمكانية تعارض العادة بمعناها الواقعي غير التشريعي مع العادة بمعناها التشريعي أي طبيعة العقد أو التشريع المؤول: فصباغة غرف المنازل المكتراة تعد من الالتزامات الواقعة على عاتق المكري والمنجرة عن طبيعة عقد الكراء عندما لا يصرح هذا العقد بتحميلها للمكتري (الفصل 639 من ق.ل.ع.م). ومع ذلك يلاحظ اعتياد أغلب المكترين على صباغة ما يكترونه من المنازل حتى عندما تكون عقود الأكرية ساكتة عن تحميلهم مثل هذا الالتزام. وعليه إذا ما استقرت هذه العادة الواقعية غير التشريعية، إن لم تكن قد استقرت فعلا، فإنها ستكون متعارضة مع القاعدة المكملة المنصوص عليها في الفصل 639 المذكور. فأيهما سنغلب في حالة النزاع: قاعدة الفصل 639 أم العادة الواقعية غير التشريعية؟ نعتقد أن العادة الواقعية غير التشريعية هي الواجبة التغليب متى اقتنع بها القاضي على الأقل من زاوية كون طبيعة العقد بدورها عادة ولكنها عادة سابقة والمبدأ أن اللاحق يلغي السابق أو على الأقل يقيده. وهذا الحل لا يختلف في حقيقته عما مر بنا في معرض دراستنا لتعارض العادة المعتبرة في التأويل مع التشريع.

قاعدته الأولى المارة بنا قبله, كما أن الفصل 231 يتعرض لنفس هذه العادة غير التشريعية. ويبقى أن تطبيق الفصلين 463 و231 من ق.ل.ع.م. لا يمكن أن يتم قبل قيام القاضي بتلمس العناصر الداخلية للعقد من خلال تفحصه لمجموع الشروط أو البنود المسطرة فيه وكذا العناصر الخارجية عنه من خلال الظروف السابقة أو المصاحبة أو اللاحقة لتكوين العقد. وهذا التأخير في التطبيق هو الذي يجعل القواعد المنصوص عليها في الفصلين 463 و231 متسمة بالطابع الاحتياطي شأنها في ذلك شأن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 473 من ق.ل.ع.م.

الفرع الثاني :
قاعدة الفصل473 من ق.ل.ع.م :
تغليب مصلحة "الملتزم" عند بقاء الشك

593- ينص الفصل 473، حسب ترجمته المتداولة[1]، على أنه: "عند الشك، يؤول الالتزام[2] بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم[3].

وعلى الرغم مما يبدو على هذا النص من وضوح، فإن التساؤلات الجمة التي يثيرها ضبط مدلول قاعدته فيما يرجع بالأساس إلى لفظة "الملتزم" الواردة في آخره تستدعي التأكيد على تأصيل الفصل 473 من ق.ل.ع.م. أكثر من النصوص السابقة عنه.

وعليه فإننا سندرس هذا الفرع في المبحثين التاليين:

- **المبحث الأول: تأصيل الفصل 473 من ق.ل.ع.م**
- **المبحث الثاني: محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م**

[1]- نرى اعتماد هذه الترجمة مؤقتا على الأقل لما تبلوره بأمانة من المعنى الحرفي النحوي للنص الأصلي الفرنسي الذي سنورده في ما بعد .

[2]- لم يستعمل المشرع لفظة "الالتزام" في الفصل 473 على وفق معناه الاصطلاحي. إنه حسب فرانسوا لوران ضرب من الغلط في التحرير أو، في تقديرنا، ضرب من الاستعمال المجازي الذي نتلمسه أيضا في الفصل 470 المار بنا. ويعود هذا الغلط أو الاستعمال المجازي إلى ما وقع فيه واضعو القانون المدني الفرنسي من خلط بين الالتزام والعقد أو الاتفاق بصفة عامة. ولقد كان مثل هذا الخلط محل انتقاد من طرف الفقه الفرنسي: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، مرجع سابق، ج.4، ص. 3 رقم 7. – وانظر في المعنى الاصطلاحي للالتزام في كل من القانون الروماني واللغة القانونية الفرنسية: أوبري ورو: المرجع السابق: ج.4، فقرة 296 الهامش 1 في ص.2. – إذا ثبت ما سبق، قلنا إن المقصود بالالتزام في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. هو التصرف الذي يقوم أيضا كمعنى للالتزام المنصوص عليه في الفصلين 399 و400 من ق.ل.ع.م.

[3]- يقضي النص الفرنسي الأصلي للفصل 473 من ق.ل.ع.م. بأنه:

« Dans le doute, L'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé ».

المبحث الأول :
تأصيل الفصل 473 من ق.ل.ع.م

594- لقد نقل الفصل 473، بالمعنى والمبنى، من الفصل 529 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[1]. وهذا النص التونسي اقتصر بدوره على تبني الفصل 614 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا[2]. وحسب سانتيبانا[3] فإن نصه مستمد من الفصل 1162 من القانون المدني الفرنسي[4] وكذا من الفصل 1137 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865 والمعتبر في حد ذاته مجرد ترديد، حتى من حيث الصياغة، للفصل 1162 مدني فرنسي[5]. ولكن الفصل 1162 مدني فرنسي لم يبدع من قبل واضعيه إبداعا إذ استمدوه بدورهم من القاعدة السابعة من قواعد التأويل لبوتييه.[6] وهذه القاعدة تشكل قراءة من طرف بوتييه للقاعدة السادسة من قواعد التأويل لدوما[7].

[1]- تنص ترجمته الرسمية على أن: "التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه". والملاحظ أن لفظة اليمين الواردة في آخر هذا النص لم تعتمد في الفصل 473 من ق.ل.ع.م.

[2]- يقضي الفصل 614 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا بأنه:

« Dans le doute , l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé, mais à la charge par celui-ci de prêter serment à l'appui de ses déclarations ».

[3]- داوود سانتيبانا: المرجع السابق، ص. 251.

[4]- يقرر الفصل 1162 من القانون المدني الفرنسي ما يلي:

« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

[5]- حسب الفصل 1137 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865 فإنه:

« Dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

- انظر هذا النص في هنري برودوم: المرجع السابق ص. 273. –والحقيقة، بما أن الفصل 1137، إيطالي بمثابة سلخ للفصل 1162 فرنسي ليس إلا؛ لذلك نستطيع أن نقول إن النص المغربي يتطابق أيضا مع الفصل 1385 مدني هولندي لسنة 1837 والفصل 685 مدني برتغالي لسنة 1867 والفصل 1566 مدني شيلي لسنة 1855 والفصلين 1288 و1289 مدني إسباني لسنة 1889 (انظر في ترجمته الفرنسية: أ. لقي: مرجع سابق ص. 244) والفصل 1102 من المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني والمعد من طرف فرانسوا لوران سنة 1884 (انظر ج.4 من هذا المشروع: مرجع سابق ص. 90).

[6]- تقضي القاعدة السابعة لبوتييه بما يلي:

« Dans le doute, une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l'obligation ». :

عن: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 68 ص. 140. –بان باكلو: المرجع السابق، رقم 250 ص. 235 الهامش 1 –انظر في هذا الصدد أيضا: جوليان ميشيل دوفور: المرجع السابق ج.2 :تعليقه على الفصل 1162 مدني فرنسي ص. 295 و296. فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي، مرج سابق، ج. 16 رقم 511 ص. 587.

[7]- تذهب القاعدة السادسة لدوما إلى ما يلي:

« Les obscurités et les incertitudes des clauses qui obligent, s'interprètent en faveur de celui qui est obligé, et il faut retreindre l'obligation au sens qui la diminue.

وتشكل كل من قاعدة بوتييه وقاعدة دوما فهما وبالتالي إعادة صياغة لجملة من النصوص المعتمدة في القانون الروماني (البيزنطي) وبالأساس تلك القوانين المكرسة في الديجست والتي أشار إليها سانتيبانا كمصادر لنصه المنقول إلى الفصل 473 من ق.ل.ع.م.[1] وهي الفقرة الأولى من القانون 172 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست[2] (L, 17, 172,1)[3] والفقرة 18 من القانون 38 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست[4] (XLV. 1,38,18)[1]، والقانون 26 من القسم

Car celui qui s'oblige ne veut que le moins, et l'autre a dû faire expliquer clairement ce qu'il prétendait. Mais si d'autres règles veulent qu'on interprète contre celui qui est obligé, en entend l'obligation selon les circonstances.
En général, quand l'engagement est assez étendu, on ne doit ni l'étendre ni le restreindre au préjudice de l'un pour favoriser l'autre ». :

عن: فرانسوا لوران: المشروع التمهيدي لمراجعة القانون المدني، مرجع سابق، ج.4 :تعليقه على الفصل 1102 من مشروعه التمهيدي ص. 90. -انظر أيضا: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 68 ص 140 ورقم 70 ص. 145. -- يان باكلو: المرجع السابق، رقم 250 ص. 235 الهامش 4: وهذا المرجع الأخير لم يورد قاعدة دوما بكاملها. -- وانظر أيضا في الشق الأخير من قاعدة دوما: كوكييه: المرجع السابق، ص. 179.

[1]- يلاحظ أن طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا (مرجع سابق) مشوبة بمجموعة من الأخطاء المطبعية، في التعاليق، لم تصوب في طبعة 1914 لظ.ل.ع. (مرجع سابق) ولا في طبعة فرانسوا بول بلانك للكتاب الأول (مرجع سابق) أو للكتابين معا (مرجع سابق) من ق.ل.ع.م. وسنشير إلى هذه الأخطاء في حينها مع التنبيه إلى أن ما يرد في المتن هو الصواب للتحقق منه في أكثر من مرجع.

[2]- يقضي هذا النص الروماني (البيزنطي) بما يلي:

« Ambigua intentione ità accipienda est, ut res salva actori sit ».

- ومعنى هذا النص حسب ترجمة دوفور (في مرجعه السابق، ج.2 ص 296):

« Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué » :

- انظر في نفس هذه الصيغة أيضا: فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق، ج.16 رقم 511 ص. 587 ولكن لوران ينسب هذه العبارة لبوتييه. أما فابروكيت (في مرجعه السابق، ص. 247 والهامش 6 في نفس الصفحة) فيترجم النص اللاتيني أعلاه كما يلي:

« Dans les contrats de vente, l'ambiguïté s'interprète contre le vendeur, et l'intention des parties s'explique de la manière la plus favorable au demandeur ».

[3]- تشير طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا (ص. 251) إلى ما يلي: (L, 17,125) والصحيح ما أثبتناه في المتن: -انظر في التحقق من هذه الأصول الرومانية للفصل 473 مغربي (1162 فرنسي) على سبيل المثال:

- Dard (H.J.B) : code civil des Français ou conférence du code civil avec les lois anciennes -3ème éd. 1827, p. 267 sous l'article 1162 du C.Civ. Français.

[4]- تجري صيغة هذا النص الروماني (البيزنطي) كالتالي:

« In stipulationibus cum quaeritur qui actum sit, verba contra stipulatorem interpretand suit ».

- هذه القاعدة قال بها الفقيه أولبيانوس (عن كوكييه: المرجع السابق ص. 173). ويذهب معناها، حسب ترجمة بيريه (في مرجعه السابق ج.2 ص. 25) إلى أنه:

« Dans une stipulation quand on cherche ce qu'on a voulu faire, les termes doivent s'interpréter contre le stipulant » :

- انظر في القاعدة أعلاه ولكن من غير ترجمة لصيغتها اللاتينية: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 ص. 22، مع التنبيه إلى أن هذا الفقيه أشار إلى كون هذا القاعدة يجسدها القانون 35 في فقرته 18 وليس القانون 38 في

الخامس من الكتاب 34 من الديجست (XXXIV,5,26)[2] والقانون 39 من القسم الرابع من الكتاب الثاني من الديجست[3] (II,04,39)[4]،والقانون 47 من القسم السابع

فقرته 18. ولكن هذا الاختلاف يرجع إلى الخطأ المطبعي في مؤلف دومولومب ليس إلا: انظر للتحقق: -بيريه: المرجع السابق، ج.2 ص. 25. -دوفور: المرجع السابق، ج. 2 ص. 296.

[1]- تشير طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا (ص 251) إلى ما يلي: (XLII, 1,38.pr) والخطأ هنا حصل في رقم الكتاب وهو كما أثبتناه في المتن 45 وليس 42.

[2]- جاء في النص الروماني (البيزنطي) ما يلي:

« Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas ontra stipulatorem est ».

ومعنى هذه القاعدة التي قال بها الفقيه سيلسوس (celse)، تجري ترجمته حسب رولان وبوابيه (في مرجعهما السابق ج. 2 ص. 275) كما يلي:

« Quand on cherche ce qu'*il a été conclu dans la stipulation, l'ambiguïté* se tourne contre le stipulant ».

كما تجري ترجمته حسب بيـــريـه(المرجع السابق,ج.2 ص.23) على النحو التالي:

"Lorsqu'une clause est ambigue dans une stipulation, et qu'on ignore qu'elle a ètè l'intention des parties, la clause
doit ^ etre interpretèe contre celui qui a fait la stipulation."

- أما فابروكيت (المرجع السابق، ص. 247) فيوثر الترجمة التالية:

« Quand il s'agit de savoir ce qui a été stipulé, le doute s'interprète contre le stipulant ».

[3]- يذهب هذا النص الروماني (البيزنطي) إلى ما يلي:

« Veteribus placet pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere, in quorum *fuit potestate legem apertius conscribere* ».

- عن دوفور: المرجع السابق، ج.3 ص. 148. -دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 70. ص. 143. ومعنى هذا النص الذي يتضمن قاعدة بأبينيانونس (دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25 ج.2 رقم 27 ص. 27) حسب ترجمة بيريه (المرجع السابق، ج.2 ص. 24 و25).

« Nos anciens ont décidé que l'obscurité ou l'ambiguïté d'une convention devait être interprétée contre le vendeur ou celui qui a donné à loyer ; parce qu'*ils étaient* les maîtres de *déclarer leur intention* plus clairement ».

- أما فابروكيت (المرجع السابق الهامش 6 في ص. 247 مع تصحيح الخطأ المتعلق برقم القانون وهو 139 بما جاء في ص. 244 و245 من نفس المرجع) فقد ترجم النص المذكور كالتالي:

« Les anciens ont décidé que l'obscurité ou l'ambiguïté des pactes préjudiciait au vendeur et au maître de la chose louée, parce qu'ils pouvaient ou devraient s'exprimer clairement ».

[4]- تشير طبعة 1899 للمشروع التمهيدي لسانتيبانا (ص. 251) إلى ما يلي: (II,14,39):إن الخطأ هنا يتعلق بالرقم المناسب للقسم وهو 14 والصحيح هو 04 أي القسم الرابع كما أثبتناه في المتن أعلاه.

من الكتاب 44 من الديجست (XLIV,7,47)[1]، والقانون 99 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست (XLV,1,99)[2].

595- والظاهر أن ما مر بنا نتلمسه أيضا في الفقه الإسلامي الحنفي أو المالكي بما فيه الكفاية من الوضوح. وحسبنا تصفح ابن نجيم الحنفي في أشباهه ونظائره[3] أو مجلة الأحكام العدلية العثمانية في موادها 4 و5 و8 و9 و77 و1817

[1]- ينص هذا القانون، حسب فابروكيت الذي لم يشر إلى صياغته اللاتينية (المرجع السابق ص. 247 الهامش 7) على أنه:

« Quand il s'agit de savoir s'il y a obligation, nous devons être portés à décider négativement, pour peu qu'il y ait lieu et, lorsqu'il s'agit de savoir si un débiteur est libéré, nous devons pencher pour l'affirmative ».

[2]- تجري الصيغة اللاتينية لهذا القانون كما يلي:

« Fere secundum promissorem interpretamur quia stipulatori fuit verba late concipere, ... Semper in obscuris, quod minimum est seguimur »

- عن رولان بواييه: المرجع السابق، ج. 2 ص. 275. -فابروكيت: المرجع السابق، ص. 244. -دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 24 ص. 23. -إن هذه القاعدة، حسب كوكييه (المرجع السابق ص. 173) هي التي نقلها دوما إلى قاعدته السادسة من قواعده في التأويل كما نقلها بوتييه إلى قاعدته السابعة من قواعده في التأويل. كما أن دومولومب (المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 24 ص. 23) ذهب إلى أن الفقهاء الذين يجعلون أصل براءة الذمة أساسا للفصل 1162 مدني فرنسي يرتكزون على هذه القاعدة الرومانية. وعليه يمكن ترجمة القاعدة الرومانية في ضوء ما استقدناه من شروحها في كل من المرجع السابق لرولان وبواييه والمرجع السابق لدومولومب كما يلي: "الأصل براءة الذمة ولذلك يؤول الاشتراط لمصلحة المتعهد إذا حدد المشترط سؤاله على نحو مبهم،.... والشك يؤول دائما لمصلحة الالتزام بالأقل". وننبه إلى أن دومولومب اقتصر، في نفس رقم 24 ص. 23 من مرجعه السابق، على الإشارة، فيما يوضح معنى هذه القاعدة، إلى أنه: "في حالة الشك يجب الجواب لمصلحة المدين ضد الدائن". ونفس هذا المعنى نجده عند رولان وبواييه (المرجع السابق، ج.2 ص.238) إذ بعد إيرادهما القاعدة الرومانية، التي قالا بأن الفصل 1162 مدني فرنسي يجسدها، كالتالي:

« Dubia in meliorem partem interpretari debent ».

فاما بترجمتها كالتالي:

« Les clauses douteuses doivent s'interpréter dans le sens le plus favorable (au débiteur) ».

ولا شك أن هذه القاعدة تسير في نفس الاتجاه الذي تجسده القاعدة الرومانية:

Quia potuit re integra, legem apetius dicere ».

(عن: دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 70 ص. 144). وهي القاعدة التي اعتمدها لوازيل في القاعدة 14 من القسم الأول من الكتاب الثالث المسمى بالنظم العرفية:

" L'entente est au diseur ».

ويمكن ترجمة قاعدة لوازيل بأنه: "إنما الإفهام على الناطق". انظر في هذا الصدد دومولومب: المرجع السابق رقم 24 ص. 23 ورقم 28 ص. 29. والناطق في البيع حسب المألوف قديما هو البائع الذي يفرض كلمته على المشتري. وهذا ما تجسده القاعدة الأولى في القسم 4 من الكتاب الثالث من النظم العرفية للوازيل: " Qui vend le pot, dit le mot".

انظر: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25 ج.2 رقم 27 ص. 29. -رولان وبواييه: المرجع السابق، ج.2 ص. 274 وما بعدها. -دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 70 ص. 144.

[3]- جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (مرجع سابق): "القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك (ص. 60) -- يندرج في هذه القاعدة قواعد:منها قولهم الأصل بقاء ما كان على ما كان... ومن فروع ذلك ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلا فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء وبرهن زيد على أن له عليه ألفا لم تقبل حتى يبرهن أنها حادثة بعد الأداء أو

و1818 و1819 و1820[1] أو ابن فرحون المالكي في تبصرته[2] أو ابن سلمون الكناني المالكي في عقده المنظم للحكام[3] أو ابن عاصم الأندلسي في تحفته[4] أو خليل

الإبراء(ص.62)، ولو اختلف المتبايعان في الطوع فالقول لمن يدعيه وهو الأصل وإن برهنا فبينة من يدعي الإكراه أولى وعليه الفتوى (ص. 63)... قاعدة الأصل براءة الذمة .... ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل والبينة على المدعي لدعواه ما خالف الأصل. قاعدة من شك هل فعل شيئا أو لا: فالأصل أنه لم يفعل وتدخل فيها قاعدة أخرى: من تيقن وشك في القليل والكثير حمل على القليل لأنه المتيقن إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة هي ما ثبت بيقين فلا يرتفع إلا بيقين. والمراد به غالب الظن (ص. 64) .... قاعدة الأصل العدم (ص. 69) ... في الصفات العارضة وأما في الصفات الأصلية فالأصل الوجود (ص. 71) .... قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة (ص. 77 وما بعدها إلى 80)...." "القول لمنكر الأجل إلا في السلم فلمدعيه (ص. 291)". "إذا تعارضت بينة الدين وبينة البراءة ولم يعلم التاريخ قدمت بينة البراءة وإذا تعارضت بينة البيع وبينة البراءة قدمت بينة البيع (ص. 319)". "كل أمين ادعى إيصاله الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر.... القول للأمين مع اليمين إلا إذا كذبه الظاهر (ص. 328)".

[1]- تنص مجلة الأحكام العدلية العثمانية على ما يلي: -المادة 4: "اليقين لا يزول بالشك". -المادة 5: "الأصل بقاء ما كان على ما كان" [وهذا هو الاستصحاب]. -المادة 8: "الأصل براءة الذمة فإذا أتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره كان القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة". -المادة 9: "الأصل في الصفات العارضة العدم...." -- المادة 77: "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل". -المادة 1817: "إذا أقر المدعى عليه ألزمه الحاكم بإقراره وإن أنكر طلب البينة من المدعي". المادة 1818: "إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحاكم بذلك وإن لم يثبت يبقى له حق اليمين فإن طلبه كلف الحاكم المدعى عليه اليمين ".- المادة 1819: "فإن حلف المدعى عليه أو لم يحلفه المدعى عليه منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه". -المادة 1820: "إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله وإذا أراد بعد ذلك أن يحلف لا يلتفت إلى قوله": انظر في شرح هذه المواد على سبيل المثال: سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، مرجع سابق، ص. 20 و21 و22 و23 و51 و52 ومن ص. 1177 إلى 1180.

[2]- جاء في الجزء الأول من تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (مرجع سابق) لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي (مرجع سابق):".... إن علم القضاء يدور على معرفة المدعي والمدعى عليه لأنه أصل مشكل ... وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد المدعي والمدعى عليه. قال الغرافي المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف.... واختصر ذلك ابن الحاجب فقال المدعي من تجرد قوله عن مصدق والمدعى عليه من ترجح بمعهود أو أصل.... [أي] .... العرف .... و.... استصحاب الحال ....(ص.98) ...وأجمعوا على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه فإن القول قول المدعى عليه وإن كان الطالب أتقى الناس والغالب أنه لا يدعي إلا حقا وأجمعوا على اعتبار الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت فإن الغالب صدقها والأصل براءة ذمة المشهود عليه .... (ص. 99) ... (فرع) وكذلك مدعي حرية الأصل صغيرا كان أو كبيرا يقبل قوله لأن الأصل في الناس الحرية وإنما عرض لهم الملك بسبب السبي بشرط الكفر والأصل عدم السبي ما لم يثبت عليه حوز الملك فتكون دعوى الحرية حينئذ ناقلة عن الأصل فلا تسمع إلا ببينة لكونه مدعيا ولأن العرف يكذبه (ص.100)". ....ما لا تقضي العادة بصدقه ولا يكذبه مثل أن يدعي الرجل دينا في ذمة رجل أو يدعي معاملة فهذه الدعوى أيضا مسموعة من مدعيها ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها فأما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات الخلطة بينهما (ص. 104) .... (مسئلة) من ادعى على غيره بدعوى فإنه لا تجب له بمجرد الدعوى يمين على المدعى عليه حتى تثبت الخلطة بينهما إلا في مسائل...." (ص. 118)". :انظر في حكم الخلطة وما تجب فيه اليمين بمجرد الدعوى دون خلطة: نفس هذا المرجع، ج.1 من ص. 159 إلى 161.

[3]- يقول أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني المالكي في كتابه العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام (منشور بهامش تبصرة ابن فرحون)، ما ننقله على سبيل المثال من الجزء الثاني كالتالي: "وتحديد الفرق بين المدعي والمدعى عليه أن من كان قوله على خلاف الأصل أو العرف والعادة فهو المدعي والذي يوافق قوله ذلك فهو المدعى عليه ولا تسمع الدعوى حتى تكون معلومة...." (ص 198)

[4]- يقول أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي في أرجوزته المسماة بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام:

في مختصره حسب شروحه وحواشيها[1]. ولاشك أن الواقعية التي تطبع نصوص هؤلاء الفقهاء من شأنها أن تسعفنا أكثر في محاولة ضبط مدلول الفصل 473 من ق.ل.ع.م.

المبحث الثاني :
محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م

596- تقتضي محاولة ضبط الفصل 473 من ق.ل.ع.م. فيما يرجع إلى تحديد مدلول قاعدته القيام بتحديد المقصود في الفصل 473 المذكور بفرضية الشك القائم في بنود التصرف من جهة قبل الانتقال إلى تحديد المقصود ب "الملتزم" الذي جاء الفصل 473 بحكم مصلحته من جهة أخرى. وعليه فإننا نرى دراسة هاتين النقطتين في المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول : تحديد المقصود، في الفصل 473 من ق.ل.ع.م.، بفرضية الشك القائم في بنود التصرف**
- **المطلب الثاني : تحديد المقصود ب "الملتزم" الذي جاء الفصل 473 من ق.ل.ع.م بحكم لمصلحته**

المطلب الأول :
تحديد المقصود، في الفصل 473 من ق.ل.ع.م، بفرضية الشك القائم في بنود التصرف

597- إن الشك في اللغة العربية هو "استواء طرفي التجويز والظن رجحان أحد طرفي التجويز.... وأصل الشيك ... من قولك شككت الشيء إذا جمعته بشيء تدخله فيه والشك هو اجتماع شيئين في الضمير .... ويجوز أن يقال الظن قوة

"فالمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد
والمدعى عليه من قد عضد مقاله عرف أو أصل شهدا
.....
والمدعى عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين":
انظر في شرح هذه الأبيات على سبيل المثال:البهجة في شرح التحفة للتسولي (مرجع سابق) وكذا شرح التاودي بهامش بهجة التسولي: ج.1 ص. 25 وما بعدها وص. 30 وما بعدها. وانظر في تطبيق هذه الأبيات على العارية والوديعة: شرح ميارة للتحفة (مرجع سابق)، ج.2 من ص. 186 إلى 190.

[1]- انظر فقرة 528 و فقرة 536 قبله.

المعنى في النفس من غير بلوغ حال الثقة الثابتة. وليس كذلك الشك الذي هو وقوف بين النقيضين من غير تقوية أحدهما على الأخر"[1] وهذا المفهوم اللغوي للشك هو الذي يكرسه الاصطلاح في الفقه الإسلامي والغربي اللاتيني على السواء. وهكذا فإن ابن نجيم الحنفي على سبيل المثال يذهب إلى أن: "الشك تساوي الطرفين والظن الطرف الراجح وهو ترجيح جهة الصواب والوهم رجحان جهة الخطأ...."[2]. كما يذهب فابروكيت إلى أنه: "عندما توزع الأسباب بصفة متساوية ويثبت تكافؤ مطلق (أو شبه مطلق)؛ فإن حالة الذهن تسمى بالشك: ويقوم عندما يكون رأيان إثنان محتملين بصفة متساوية[3].

وربط المفهوم اللغوي أو الاصطلاحي بالفرضية التي يتصل فيها ببنود التصرف حسب الفصل 473 يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان المقصود بالشك في هذا النص هو مجرد الإبهام أو الإجمال بالمعنى المضبوط، والذي يخرج عنه ما يسمى بالغموض بمعناه المضبوط، من غير حاجة إلى البحث عما من شأنه أن يرفع هذا الشك بالوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف؛ أم أن الشك في الفصل 473 لا يقتصر على مجرد حصول الإبهام أو الإجمال بل وحتى الغموض بمعناه المضبوط لأنه يتمثل في ذلك الإبهام أو الإجمال أو الغموض الذي يبقى قائما بسبب عدم التمكن من الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف بعد استنفاد كافة الأساليب المستخدمة في التأويل؟. وبما أن الاتجاه الغالب في الجواب عن السؤالين كما سنرى يميل إلى الأخذ بالجواب بالنفي عن السؤال الأول وبالإيجاب عن السؤال الثاني.

لذلك نرى أن نتناول التساؤلين على وفق الصيغتين التاليتين في فقرتين:

- **الفقرة الأولى : المقصود بالشك في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. ليس هو حصول مجرد الإبهام أو الإجمال، بالمعنى المضبوط، الخارج عن تعذر الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف.**

[1]- ابو هلال العسكري: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص. 79.
[2]- ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر: مرجع سابق، ص. 82. –انظر في هذا الصدد أيضا:
- Abdesselam ben Choib : L'esprit de la philosophie du Droit Musulman Tlemcen, 1901 p.9 et 10.
- Louis Milliot : Introduction à l'étude du Droit Musulman, recueil Sirey, Paris, 1953 ,°221 p.230.
[3]- فابروكيت: المنطق القضائي وفن الحكم: مرجع سابق، ص. 496. وفي ص. 495 من نفس المرجع نقرأ ما يلي: "عندما توزع الحظوظ أو الأسباب بصفة غير متساوية، فإن الطرف الذي تميل الحظوظ أو الأسباب لمصلحته أكثر يسمى بالمرجّح (probable) والطرف الأخر يسمى بغير المرجّح (improbable).

- **الفقرة الثانية : المقصود بالشك في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. هو الإبهام أو الإجمال أو حتى الغموض بمعناه المضبوط والذي يبقى قائما بسبب تعذر الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف.**

الفقرة الأولى :
المقصود بالشك في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. ليس هو حصول مجرد الإبهام أو الإجمال، بالمعنى المضبوط، الخارج عن تعذر الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف

598- إن اللفظ المبهم أو المجمل حسب معناه المضبوط هو: كما مر بنا، اللفظ المحتمل لمعنيين متميزين متضادين ويحصل التردد في المراد منهما. أو هو اللفظ غير الراجح في أحد المعنيين اللذين يحتملهما. أما اللفظ الغامض حسب معناه المضبوط فهو اللفظ الذي ليس له معنى محدد[1].

وهذا المعنى المضبوط للغامض من جهة أو للمبهم أو المجمل من جهة أخرى هو المقصود في تقديرنا بعبارة" .... البنود الغامضة (clauses obscures) أو المبهمة (المجملة les clauses ambigues) ..."الواردة في الفقرة الثانية من الفصل 444 من ق.ل.ع.م.[2].

599- إذا ثبت هذا التحديد وجب استبعاد الغامض والإبقاء، فيما نحن بصدد الحديث عنه، على المبهم أو المجمل لكون هذا الأخير هو الذي يمكن أن يوصف أيضا باللفظ المشكوك في معناه لاحتماله معنيين نقيضين من غير تقوية أحدهما على الآخر كما هو مفهوم على سبيل المثال من خلال الفرضية الثالثة والأخيرة من فرضيات التأويل المنصوص عليها في الفصل 1/462 من ق.ل.ع.م.[3].

[1]- انظر في هذا الصدد فقرة 304 قبله. -انظر أيضا: -جانيفول: "مسائل التأويل القانوني" مقال منشور بمجلة أرشيف فلسفة القانون ج.17، مرجع سابق ص. 10. – أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة ضبط وترقيم محمد عبد الله دراز، ج.3، دار المعرفة، -بيروت، لبنان، ط.2، 1975 ص. 85: "المتشابه الذي لا يتبين المراد من لفظه، كان مما يدرك مثله بالبحث والنظر أم لا...." وفي الهامش 3 من ص. 308: "قال الآمدي الحق أن المجمل هو ماله دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه. وذكر من أسبابه سبعة أمور: منها أن يكون في لفظ مشترك كالعين للذهب والشمس والقرء للطهر والحيض....". -انظر في اللفظ المشترك: الفقرات من 310 إلى 312 قبله.

[2]- تنص هذه الفقرة الثانية، حسب ترجمتها المتداولة، على أنه: "ويستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة أو تحدد مداها أو تقيم الدليل على تنفيذها".

[3]- جاء في هذه الفرضية، حسب ترجمتنا المقترحة للفصل 1/462 من ق.ل.ع.م.، ما يلي: ".... 3 إذا كان الاحتمال الناشئ عن المقاربة بين مختلف بنود التصرف مثيرا للشكوك حول دلالة هذه البنود". – والجدير بالإشارة أن

600- وبعد، فإن هذا التحديد لفرضية الشك عندما يعطاه الحكم المنصوص عليه في الفصل 473 بمجرد التأكد من احتمال اللفظ أو البند أو البنود في التصرف لمعنيين ولكن دون اللجوء إلى ترجيح أحد المعنيين في ضوء الكشف عن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف عن طريق استخدام الأساليب المساعدة على التأويل؛ يتلاءم مع ما يسمى بالمنهج الموضوعي للتأويل والذي لا يستهويه البحث عن إرادة قد تكون غائبة في الحقيقة عن التصرف بقدر ما يستهويه التأويل في ضوء العوائد أو الأعراف بل والإنصاف أو المصلحة العامة[1].

ومن الذين يميلون إلى مثل هذا الفهم الموضوعي للشك والخارج عن البحث عن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف نذكر الفقيه سيملر فهو يذهب، فيما يخص الفصل 1162 مدني فرنسي، إلى أن الأخذ بالمعيار الذاتي يبدو بعيدا عن إعمال قاعدة الفصل الفرنسي المذكور إذ ليست لهذه القاعدة أية علاقة بالبحث عن النوايا وبالأحرى متى كانت هذه النوايا مشتركة[2].

وإذا كان من شأن هذا الموقف أن يفيد بالدرجة الأولى ما يسمى، لدى أنصاره، بعقود الإذعان ولكن على أساس أن يكون المقصود ب "الملتزم" الذي جاء الفصل 473 بحكم لمصلحته هو الطرف المذعن؛ فإن مثل هذا الموقف من جهة قد لا يتلاءم مع ما يسير عليه القضاء المغربي من عدم التمييز في العقود بين ما هو من عقود الإذعان وما هو من عقود المنافسة أو المساومة الحرة أو المكايسة، كما أن نفس هذا الموقف يبقى من جهة أخرى شاذا بالنظر إلى الاتجاه الغالب في الفقه والذي يجعل إعمال قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م. أو 1162 مدني فرنسي رهينا كما سنرى باستخدام المعيار الذاتي الشخصي وعدم تمكن هذا المعيار من الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف.

الحديث عن الشك في هذه الفرضية هو الذي يجعل لفظة الشك في حد ذاتها مبهمة مجملة. انظر في هذا الصدد: بوكالاطاي: المرجع السابق رقم 6 ص. 12 و13.

[1]- انظر في المنهج الموضوعي للتأويل على سبيل المثال: دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق من ص. 326 إلى 482. -بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 49 وما بعدها. -سانتا ماريا: مذاهب تأويل العقود: مرجع سابق، من ص. 180 إلى 243.- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن: مرجع سابق، ص. 151 وما بعدها. -سيملر: "تأويل العقود" مقال مشار إليه في السابق ,رقم 23 ص.7و8 . – لويس بوانييه : " دور القاضي في تنفيذ العقد": مقار مشار إليه في السابق، رقم 206 ص. 20. –ج. بيرليوز: عقد الإذعان: أطروحة، منشورات المكتبة العامة للقانون والعمل القضائي، باريس، 1976 رقم 240 ص. 124 وما بعدها. -رسالتنا المشار إليها في السابق، ص. 236 وما بعدها.

[2]- سيملر: مقاله المشار إليه قبله رقم 48 ص. 14.

الفقرة الثانية :
المقصود بالشك في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. هو الإبهام أو الإجمال أو حتى الغموض بمعناه المضبوط والذي يبقى قائما بسبب تعذر الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف

601- إن الاتجاه السائد في الفقه وربما[1] حتى في- القضاء المغربيين يذهب إلى أنه: "إذا كانت عبارة العقد غامضة محتملة أوجها عديدة في التفسير ولم يستطع القاضي ترجيح أحد المحتملات رغم استنجاده بقواعد التفسير التي وردت في القانون، فهذه حالة الشك الذي لا يمكن إزالته.... وهذا ما أكدته المادة 473 من ق.ل.ع.م....[2].

وإذا كان هذا الاتجاه لا يعدو أن يكون مجرد ترديد للموقف السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين[3]، فإنه يبقى مع ذلك مسايرا –عن وعي أو غير وعي- للمصادر اللاتينية للفصل 473 من ق.ل.ع.م. ولا أدل على ذلك من موقف كل من دوما[4] والقانون الروماني (البيزنطي)[5]. بل ويساير حتى المصادر الفقهية الإسلامية التي

---

[1]- نقول "ربما" لأننا لم نتمكن من الوقوف على أحكام وقرارات قضائية تشير صراحة إلى كون الشك المقصود في الفصل 473 هو ذلك الذي يبقى قائما بسبب تعذر الكشف عن إرادة صاحب أو أصحاب التصرف على الرغم من اللجوء إلى كافة أساليب التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م. والسابقة في تنظيمها عن قاعدة الفصل 473. ومع ذلك فإن تعليق بعض القضاة أو المستشارين على بعض القرارات القضائية يسمح بجعل موقفهم معبرا على سبيل الاحتمال الأقرب على الأقل لموقف القضاء. وهكذا فإن المستشار كولومبيني ذهب في تعليق له على القرار عدد 115-62/61 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 فبراير 1962 إلى أن الأمر في الفصل 473 لا يتعلق في الحقيقة إلا بمجرد نصيحة تقدم للقاضي. فهذا الأخير لا يكون عليه أن يطبقه بصفة تلقائية وإنما عليه أن يتبعه فقط عندما لا يتمكن من تكوين فكرة عما انصرفت إليه النية الحقيقية للطرفين وذلك على الرغم من قيامه بتحليل معمق للعقد: (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (57-1962)، ج.1، مرجع سابق ص. 308).

[2]- مأمور الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م. :مرجع سابق، ج.1 رقم 194 ص. 241. –انظر في نفس هذا الاتجاه وعلى سبيل المثال: هشام فرعون: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي: مرجع سابق، ج.1 ص. 222. –أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي: مصادر الالتزام: 1. العقد: مرجع سابق ص. 216. –علي الصقلي: مذكرات في القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات: ج. 1: المصادر الإدارية للالتزام: مرجع سابق،ص. 142. –ج. كونيريبيه: دروس في القانون المدني المغربي، مرجع سابق ص. 100. –م. ديديه والمعطي الرايس: القانون المدني والتجاري المغربي: مرجع سابق، رقم 291 ص. 116.

[3]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: -أبري ورو: دروس في القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاريا: مرجع سابق، ج.4 فقرة 347 ص 572.- دومولومب: دروس مدونة نابليون: مرجع سابق، المجلد 25، ج.2 رقم 23 ص. 22. -. فانسوا لوران : مبادئ القانون المدني الفرنسي ,مرجع سابق , ج.16 رقم 511 ص .588. –كوكييه: في تأويل التصرفات القانونية: مرجع سابق ص. 173 و178. – سانتا ماريا: المرجع السابق، ص. 70. –سيان باكلو: بحث حول التأويل القانوني: مرجع سابق، رقم 250 ص. 235.-سيملر: مقاله المشار إليه في الساق رقم 48 ص.13. –لويس بوابيه: مقاله المشار إليه في السابق، رقم 207 ص. 20.

[4]- انظر فقرة 594 قبله.

[5]- انظر فقرة 594 قبله.

يفهم منها بوضوح أن الشك يتحقق عندما ينتفي الدليل الذي يقوم به الظاهر المتمسك به من قبل المدعي[1].

602- ولا شك أن تحديد الشك في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. بهذا المفهوم يقتضي من الزاوية المنطقية توقيف الحكم والامتناع عن النطق به[2]. غير أن هذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى إنكار العدالة التي لم يوجد القضاء للصدع والتصدي والحسم إلا بها. ومن هنا كان إنكار العدالة جريمة لإخلاله بأساس الملك وقوامه[3]. ولذلك جاء حكم الفصل 473 لفرضية الشك الممتنع عن الرفع لإغاثة القاضي بالحل الذي يستطيع أن يحسم به النزاع. ومن هنا يمكن وصف حكم الفصل 473 من ق.ل.ع.م. بمرشد الحيران إلى معرفة المعنى المعتبر في المبهم الممتنع. ومثل هذا الوصف ليس بدعة منا. فلقد سبق –في فرنسا- وصف حكم الفصل 1162 مدني فرنسي بقاعدة الحل الأخير[4]، أو بالأسلوب الأقصى لتعيين معنى الاتفاق[5] أو بالحل الموقي من القشة القصيرة (أي القرعة)[6].

إن هذا الحل يعتبر حلا احتياطيا لا يمكن اللجوء إليه إلا عندما يتعذر على القاضي الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف. ومع ذلك فعلى الرغم من الطابع الاحتياطي الذي خص به الفصل 473 مغربي أو 1162 فرنسي فرضية الشك الممتنع عن الرفع، فإننا نعتبر إعمال هذا الحكم ملزما للقاضي عندما تتحقق هذه الفرضية[7]، لأننا لا نفهم، والحالة هذه، كيف يمكن لهذا الحكم أن يكون مجرد

---

[1]- انظر فقرة 595 قبله.

[2]- يرى عبد السلام بن شعيب بأن: "الشك هو توقيف الحكم (le doute est la suspension du jugement)". :روح فلسفة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 10.

[3]- تنص الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974 على أنه: "لا يحق للقاضي الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار. ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة".

[4]- جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، رقم 240 ص. 125.

[5]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 21 ص. 70.

[6]- دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 24 ص. 23. –والجدير بالإشارة أن أسلوب القشة القصيرة أو حل الصدفة أو ما يسمى بالقرعة لا يستبعده القانون أو الفقه الإسلامي: انظر هذا الأسلوب في القانون المغربي وعلى سبيل المثال: الفصل 17 من ق.ل.ع.م. والفصل 261 من قانون المسطرة المدنية. –ويقول ابن نجيم الحنفي فيما يقدم من الذين وما يؤخر عنه: "لا يقدم أحد في التزاحم على الحقوق إلا بمرجح ومنه السبق كالازدحام في الدعوى والإفتاء والدرس فإن استووا في المجيء أقرع بينهم". الأشباه والنظائر: مرجع سابق، ص. 430. –كما يقول ابن عاصم الأندلسي في تحفته:

وعند جهل سابق أو مدعي ******* من لج إذ ذاك لقرعة دُعي.:

انظر في شرح هذا البيت على سبيل المثال: محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، ط.3، 1973 ص. 10 و11.-محمد بن أحمد ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام: مرجع سابق، ج.1 ص. 23. –ويقول خليل ابن إسحق المالكي في مختصره (مرجع سابق، ص. 259): "والقول للطالب، ثم من سبق رسوله وإلا أقرع....."

[7]- انظر في مثل هذا الموقف: دوكالاطاي: المرجع السابق: ما يمكن أن يفهم من رقم 76 ص. 153 وما بعدها. – مارتان ديديه والمعطي الرايس: المرجع السابق: ما يفهم من رقم 291 ص. 116.

نصيحة تسدى للقاضي من غير أن تلزمه بالتقيد بها كما يذهب إلى ذلك أغلب الفقه الفرنسي[1] ومن يساير هم في المغرب[2].

ويبقى أن نشير في الأخير إلى أن الحكم المنصوص عليه في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. يتسم بالوضوح فيما يرجع إلى مسألة التفضيل والتغليب إلا أن الجهة الواجب تفضيلها وتغليب مصلحتها تبقى غير واضحة: إنها جهة "الملتزم" فمن هو يا ترى في ضوء الفصل 473 من ق.ل.ع.م.؟

المطلب الثاني :
تحديد المقصود بـ "الملتزم" الذي جاء الفصل 473 من ق.ل.ع.م بحكم لمصلحته

603- على الرغم مما قد يعتقد من وضوح الفصل 473 فيما يخص حكم الجهة التي يجب تغليب مصلحتها في التصرف، فإن تأمل هذه الجهة يجعلها محتملة لأكثر من معنى: إن الفصل 473 في حكمه يحدد هذه الجهة في "الملتزم". ولكن من هو الملتزم؟ هل المقصود به ما قد يفهم من حرفية هذه الكلمة من المعنى الظاهر وهو المدين, أم أن المقصود به هو المدعى عليه كمعنى مناسب من جهة للمصادر التاريخية التي استمد منها الفصل 473 وكذا لتطبيقات هذا الفصل في ق.ل.ع.م. من جهة أخرى؟ وإذا كان هذا المعنى الأخير هو المقصود بكلمة "الملتزم"، ألا يمكن لمعناها المناسب أن يمتد أيضا ليستغرق في الفرضيات المنصوص عليها في الفصل 28 من ق.ل.ع.م. صاحب القبول الإجمالي للمبادرة التعاقدية الثابتة النهائية للمشترط؟

إن الجواب عن هذه التساؤلات هو الذي سيتبلور في الفقرات التالية:

[1]- انظر على سبيل المثال: كوكييه: المرجع السابق، ص. 105 و106 و178. سانتا ماريا: المرجع السابق ص. 70.- سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 30. ص.9 ورقم 32 ص. 10. ورقم 33 ص 10. ورقم 48 ص. 13 ورقم 87 ص. 21. –ثيودور إيفينير: "الإبهام في العقود" :مقال مشار إليه في السابق ص. 156. –فابروكيت: المرجع السابق ص. 419 و420.

[2]- انظر على سبيل المثال: موقف كولومبيني في فقرة 601 قبله. –هشام فرعون: المرجع السابق: ما يمكن أن يفهم من رقم 438 ص. 217. –جميل صبحي برسوم: "تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر" تعليق على قرار قضائي (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 133-134 ص. 142). –القرار عدد 316 الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 1980/10/7 (منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 8-9 ص. 155 وما بعدها، انظر على الخصوص ص. 162 وما بعدها).

- **الفقرة الأولى : المقصود بـ "الملتزم" الذي جاء في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. بحكم لمصلحته، حسب المعنى الظاهر من حرفيته، هو المدين**
- **الفقرة الثانية : المقصود بـ "الملتزم" حسب معناه المناسب لأصول الفصل 473 وتطبيقات هذا الفصل في ق.ل.ع.م.، قد يكون هو المدعى عليه**
- **الفقرة الثالثة : "الملتزم" بمعنى المدعى عليه قد يفيد أيضا صاحب القبول الإجمالي للمبادرة التعاقدية الثابتة النهائية للمشترط في فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م**

الفقرة الأولى :
المقصود بـ "الملتزم" الذي جاء في الفصل 437 من ق.ل.ع.م بحكم لمصلحته، حسب المعنى الظاهر من حرفيته، هو المدين

604- يقضي المعنى الحرفي النحوي للفصل 1162 مدني فرنسي بتغليب مصلحة "من عقد الالتزام" ضد "من اشترط". ولقد فهم الاتجاه السائد في الفقه الكلاسيكي الفرنسي[1] عبارة "من عقد الالتزام" على أن المقصود بها هو المدين كما نتلمس ذلك، على سبيل المثال, عند أوبري ورو[2] وفرانسوا لوران[3].

ويرتكز هذا المعنى، حسب هذا الفقه الكلاسيكي، على كون الفصل 1162 مدني فرنسي المجسد للقاعدة السابعة لبوتييه[4] لا يبلور في الحقيقة إلا القانون 99 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست (XLV,1,99)[5]. وهو القانون الذي يغلب في حالة الشك مصلحة المتعهد على حساب مصلحة المشترط: والمتعهد في الاصطلاح الروماني هو المدين أما المشترط فهو الدائن[6]. ويتأسس هذا الحكم على كون من يلتزم إنما يفترض فيه أنه لا يلتزم إلا بالأقل[7] امتثالا للفكرة القائلة بأن

[1]- انظر فيمن يطلق هذا الوصف على سبيل المثال: سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 49 ص. 14. –ج. بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، رقم 242 ص 125.

[2]- أوبري ورو: المرجع السابق، ج. 4 فقرة 347 ص. 572.

[3]- فرانسوا لوران: مبادئ القانون المدني الفرنسي: مرجع سابق، ج. 16 رقم 511 ص. 587.

[4]- انظر هذه القاعدة في فقرة 594 قبله.

[5]- انظر هذا القانون في فقرة 594 قبله.

[6]- سيملر: مقاله السابق رقم 49 ص. 14. –بان باكلو: المرجع السابق رقم 250 ص. 235. – دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2 رقم 24 ص. 23.

[7]- انظر في هذا الصدد أيضا القاعدة السادسة لدوما والمارة بنا في فقرة 594 قبله.

الأصل في الشخص براءة ذمته[1] وبالتالي لفكرة القسط أو الإنصاف (l'équité) التي اعتمدها بوتييه نفسه[2].

وإذا ما لوحظ نوع من الاختلاف، الظاهر ليس إلا، في المبررات التي أخذ بعض الفقهاء المعاصرين يؤسسون عليها الفصل 1162 مدني فرنسي؛ فإن الملفت للانتباه أن الاتجاه الغالب في هذا الفقه الفرنسي المعاصر لا زال يردد نفس المعنى الذي ساد في الفقه الكلاسيكي لعبارة "من عقد الالتزام" في الفصل الفرنسي المذكور. وحسبنا، في هذا الصدد، الإشارة إلى ما قال به على سبيل المثال جان كاربونييه[3] أو فيل وتيري[4] أو فارجا[5] أو كيرييه[6] أو جاك بوري[7] أو سانتا ماريا[8].

605- ولاشك أن هذا الفهم الفرنسي الكلاسيكي "المعاصر" هو الذي طغى على أصحاب الترجمة الرسمية للفصل 529 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[9]. كما أن هذا الفهم لم يحد عنه أيضا الفقه والقضاء المغربيين, وهو فهم ينبني على الأقل على المعنى الحرفي لكلمة "الملتزم" إن لم يكن على التأثر بالفقه الفرنسي بصفة مباشرة أو غير مباشرة عبر المؤلفات الشرقية المكتوبة بالعربية[10]: فمأمون الكزبري، كمثال على الفقه في المغرب، يذهب إلى أن المشرع أوجب

[1]- كوكييه: المرجع السابق ص. 174. –دومولومب: المرجع السابق قبله رقم 24 ص. 23. –دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 68 ص 140 وما بعدها. –والجدير بالتنبيه أن هذه الإحالة لا تعني أن كوكييه ودومولومب ودوكالاطاي يكرسون هذا الاتجاه بل يعني فقط استعراضهم لهذا الاتجاه من أجل انتقاده. أما مواقفهم فسنراها فيما بعد.

[2]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 21 ص. 70 و73. –مازو: دروس في القانون المدني: مرجع سابق، الجزء الثاني، ط.6، المجلد 1، رقم 350 ص. 317 . –عبد الحكم فودة: المرجع السابق رقم 168 ص. 249 ورقم 170 ص. 252.

[3]- جان كاربونييه: القانون المدني: مرجع سابق، ج.4، ص. 239.

[4]- أليكس فيل وفرانسوا تيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق رقم 367 ص. 391.

[5]- جيرار فارجا: القانون الخاص للاقتصاد: مرجع سابق: ج.2، ص. 313.

[6]- Guerrier : Cours de droit civil appliqué : publication de l'écoie nationale des services du Trésor : tome 2, sans date d'édition, p. 255.

[7]- جاك بوري: "منوي: المراقبة من طرف محكمة النقض لتحريف التصرفات": مقال مشار إليه في السابق رقم 117ص. 305.

[8]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 21 ص. 70 و71. والملاحظ أن سانتا ماريا، انطلاقا من فهمه لما قال به جاك بوري، قد صرح بأن المقصود بالمدين هو المدعى عليه وأن المقصود بالدائن هو المدعي. والواقع أن تدقيق المفاهيم يسمح بالذهاب إلى أن المدعى عليه ليس هو المدين بالضرورة كما أن المدعي ليس هو الدائن بالضرورة. إن الدائن حسب فهمه المضبوط هو صاحب الحق الثابت . أما المدعي فهو الذي يزعم ويتظاهر بأنه صاحب حق ولكن يبقى له لكي يكون دائنا بالفعل أن يثبت قيام هذا الحق ومداه وإلا سقط عنه هذا الوصف. ومن هنا نرى أنه إذا كان يجوز التعبير، عن غير دقة، بكون المدعي هو الدائن والمدعى عليه هو المدين؛ فإن ما ينبغي التنويه إليه أن الدائن باعتباره صاحب حق ثابت لا يمكن أن يستوي مع المدعي الذي يبقى ادعاؤه مجرد زعم واحتمال يتوقف تثبيته على وجود الدليل والاقتناع به من قبل القاضي.

[9]- انظر هذه الترجمة الرسمية في فقرة 594 قبله.

[10] كمؤلفات عبد الرزاق السنهوري مثلا:أنظر :- نظرية العقد،مرجع سابق،رقم 839 ص.946 وما بعدها.-الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق،ج.1:مصادر الالتزام،رقم 398 ص.ن.686 وما بعدها.

"تفسير الشك في مصلحة المدين أي أن يؤخذ بالاحتمال الذي يكون أقل إلزاما له لأن الأصل براءة الذمة والالتزام هو شاغل طارئ عليها"[1]. ولذلك يبدو أن القضاء المغربي لا يعرف غير هذا الفهم بغض النظر عما إذا كان التعبير عنه يتم بصفة صريحة[2] أو ضمنية[3].

606- ونعتقد أن عبارة "من عقد الالتزام" في الفصل 1162 مدني فرنسي أي كلمة "الملتزم" في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. إذا فهمت بمعنى المدين فإن هذا الفهم لا يخلو من صواب. إلا أن الأساس الذي بني عليه هذا الفهم في فرنسا والمرتد في آخر المطاف إلى القسط أو الإنصاف[4] لا يستقيم مع ما تفرضه علاقة الأطراف في التصرف من تعايش وتوازن نظريين على الأقل. كما أن الفهم السابق لكلمة الملتزم في الفصل 473 مغربي لا يستقيم مع تطبيقات هذا الفصل في الفصول الأخرى من ق.ل.ع.م.

607- ففيما يخص عدم استقامة القسط أو الإنصاف مع ما تفرضه علاقة الأطراف في التصرف من التعايش والتوازن على المستوى النظري على الأقل، يجدر التنويه إلى أن القسط أو القسطاس[5] (أو الإنصاف) كما يستفاد ذلك حتى من

[1]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م. مرجع سابق، ج.1 رقم 194 ص. 241. –انظر أيضا: -إدريس العلوي العبدلاوي: محاضرات في القانون المدني: مرجع سابق ص. 83 و84. –أحمد حسب البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي: مرجع سابق: مصادر الالتزام: 1 –العقد، ص. 216 و217. –هشام فرعون: النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي: مرجع سابق: ج. 1، ص. 222. –جميل صبحي برسوم: "تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر" : تعليق على قرارا، مشار إليه في السابق، ص. 143. –ج. كوتريه: المرجع السابق ص. 100.- ديديه مارتان والمعطي الرايس: القانون المدني والتجاري المغربي: مرجع سابق رقم 291 ص. 116.

[2]- جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 14 أبريل 1922 أنه: "في حالة الشك المثار في شأن العملية التي يجب أن تتم بها التسوية، فإن المحاكم ينبغي لها أن تتبنى الفرضية الأكثر ملاءمة للمدين" : (منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1922 رقم 35: عن فرانسوا بول بلانك: الالتزامات والعقود في القانون المغربي (ظ.ل.ع. معلق عليه): مرجع سابق رقم 2 ص. 381).

[3]- من القرارات التي يستفاد منها ضمنا أن الملتزم هو المدين نذكر على سبيل المثال: قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 13 فبراير 1951 (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ج. 16 ص. 517) – قرار عدد 151 -60/59 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12 أبريل 1960 (منشور بمجموعة قرارات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، ط. فرنسية، مرجع سابق، ج1. رقم 86 ص. 160 وما بعدها) –قرار عدد 115-62/61 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 فبراير 1962 (منشور بالمرجع قبله رقم 176 ص. 304 وما بعدها) –قرار عدد 765 س 13 الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى بتاريخ 4 يونيو 1970 (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 118 ص. 444 وأيضا بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 18 ص. 30).

[4]- لقد تعمدنا إغفال فكرة الأصل في الشخص براءة ذمته لأن هذه الفكرة منذ القانون الروماني ومرورا بكل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي الوسيط إلى الفقه الحديث والمعاصر، تتصل بتأسيس الإثبات أكثر مما تتصل بتأسيس التأويل.

[5]- جاء عند أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن أبي بكر السيوطي أن ".....(القسط) العدل بالرومية .... (القسطاس) بلغة الروم الميزان": المهذب فيما وقع في القرآن من المعرب: شرح وتعليق سمير حسين حلبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1988 ص. 104 وما بعدها.

دلالته اللغوية هو التسوية أو المناصفة المفضية إلى إيتاء كل ذي حق حقه[1]. ومعنى هذا عدم تغليب كفة أي طرف في التصرف وبالتالي القضاء بالمساواة أو الإنصاف أي الإقساط وهذا هو العدل[2] وإلا كنا عند تغليب كفة على أخرى على الرغم من عدم وجود دليل التفضيل أمام القسط بمعنى الظلم والجور.

وعليه، فإن تأمل التصرفات الملزمة لجانبين على وجه الخصوص يجعلنا نلاحظ أن كل طرف يريد عكس ما يريده الطرف الآخر: فإذا كان الملتزم بمعنى المدين لا يريد أن يلتزم إلا بالأقل، ومن هنا يمكن أن نخرج بفكرة مفادها أن التضحية من جانب المدين لا تفترض[3]؛ فإن المشترط بمعنى الدائن، وبالمقابل، لا يريد الحصول إلا على الأكثر ومن هنا يمكن أن نخرج بفكرة مضادة مفادها أن القناعة من جانب الدائن لا تفترض. ومثل هذا التعارض بين الأقل وبين الأكثر أو بين عدم افتراض التضحية في المدين وبين عدم افتراض القناعة في الدائن لا يسوغ منطقيا بناؤه على أساس إلا إذا كان هذا الأساس مستغرقا لطرفي التقابل فيه والحال أن أساس القسط (الإنصاف) المار بنا لا يبرر إلا طرف المدين دون الدائن[4].

608- أما فيما يخص عدم استقامة فهم كلمة الالتزام بمعنى المدين مع تطبيقات الفصل 473 في الفصول الأخرى من ق.ل.ع.م. : فيجدر بنا أن ننبه في المقام الأول إلى أن ق.ل.ع.م. يتضمن نصوصا تتلاءم في معناها تمام الملاءمة مع فهم الملتزم في الفصل 473 بمعنى المدين. وحسبنا أن نذكر في هذا الصدد على سبيل المثال الفصلين 135 و 323 من ق.ل.ع.م.[5]. ومع ذلك فإن هذا القانون يتضمن

[1]- انظر في مثل هذا المعنى: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق ص. 403.

[2]- إن هذا التصور، في حالة الشك، تكرسه بأمانة الفصول 961 و2/990 و2/995 و3/1033 على سبيل المثال من ق.ل.ع.م.

[3]- انظر في هذا الصدد: دومولومب: المرجع السابق، المجلد 25، ج. 2 رقم 24 ص. 23. -كوكييه: المرجع السابق ص 17 و175. -دوكالاطاي: المرجع السابق رقم 68 ص. 140 وما بعدها.

[4]- مر بنا أن فكرة القسط (الإنصاف) اعتمدها بوتييه بالأساس. وفي هذا الصدد يذهب فرانسوا لوران إلى أن بوتييه ينجر أحيانا وراء اعتبارات القسط (الإنصاف) والإحسان لتأويل الاتفاق لمصلحة المدين حتى عندما لا يثار أي شك حول ما انصرفت إليه نية الطرفين المتعاقدين. غير أن محرري القانون المدني لم يسايروا بوتييه في هذا المنحى أي عندما لا يتعذر الوقوف على إرادة صاحب أو أصحاب التصرف: المرجع السابق، ج. 16 رقم 511 ص. 588.

[5]- ينص الفصل 135 ، حسب ترجمته المتداولة ، على أنه : "يفترض في الأجل أنه مشترط لصالح المدين...". كما ينص الفصل 323 ، حسب ترجمته المتداولة ، على أنه : "... إذا سكت المدين ، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه. وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه ... فإن تساوت الديون في الضمان وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين..." ومع ذلك فإن هذا النص نفسه يغلب مصلحة الدائن في حالة الشك عندما تتعدد الديون الحالة ويكون بعضها مضمونا وبعضها الآخر غير مضمون إذ هنا يقع "الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره....". ومن الأمثلة التي يمكن ضربها أيضا في ضوء الفصل 1123 من ق.ل.ع.م. : الشك فيما إذا كان شخص قد قصد الالتزام ككفيل أو لم يقصد إلا إعطاء توصية. فهنا يكون القول قول

نصوصا أخرى منها ما يتعارض مع فهم الملتزم بمعنى المدين في الفصل 473 بتغليب مصلحة الدائن ضد المدين كالفصل 571 (تغليب مصلحة المشتري الدائن بضمان عيوب الشيء أو صفاته)، والفصل 646 (تغليب مصلحة المكتري الدائن بضمان التشويش أو الاستحقاق)، والفصل 2/669 (تغليب مصلحة المكري (le locateur) الدائن بامتناع المكتري عن التنازل أو التولية لاستعمال موضوع الكراء في غير ما أعد له أو "فيما هو أثقل مما حدده العقد أو تقتضيه طبيعة الشيء")[1]، والفصل 897 (تغليب مصلحة الموكل الدائن بتقيد الوكيل بمدى وشروط الصلاحيات الممنوحة له)؛ ومنها ما يتعارض مع فهم الملتزم بمعنى المدين في الفصل 473 بعدم تغليب كفة أي طرف من أطراف التصرف كالفصول 961 و2/990 و2/995 و3/1033 من ق.ل.ع.م.

609- إن فهم الملتزم بمعنى المدين في ضوء هذه النصوص التي تبدو متعارضة -بسبب هذا الفهم- مع الفصل 473 هو الذي يؤدي بالبعض إلى تقييد قاعدة الفصل 473 بالاستثناء المتمثل في أن الشك يفسر ضد المدين عندما يتبين أن من شأن "الشرط الغامض أن يعفيه من المسؤولية أو يخففها عليه عما تقضي به القواعد القانونية العامة"[2] أو بالاستثناء المتمثل في عدم انطباق الفصل 473 على عقود الإذعان باعتبار أن هذا الفصل خاص بعقود "المساومة الحرة", أما إذا كان عقد إذعان فيجب أن نفسر الشك لمصلحة المذعن دوْماً[3] وخاصة عندما يتجسد هذا العقد في عقد التأمين[4]؛ وهذا على الرغم مما قد يواجه به هذا الموقف الواثق من نفسه فيما يخص عقود الإذعان -حتى من قبل بعض من يقولون بمعنى المدين للملتزم- من أن تفسير الشك دَوْماً للطرف المذعن ولو كان دائنا لا يرتكز على أساس قانوني في القانون المغربي[5].

هذا الشخص ولكن بعد توجيه اليمين إليه: عن تعليق سانتيبانا على الفصل 1715 من مشروعه التمهيدي وهو الأصل الحقيقي للفصل 1123 مغربي: مرجع سابق ص. 610.

[1]- يجدر التنبيه إلى أن الترجمة المتداولة (نشر دار الكتاب، الدار البيضاء، ص.1- 1966) تتضمن خطأ مطبعيا فيما يخص الفقرة الثانية من الفصل 669 إذ وردت فيها كلمة المكتري في آخرها والصواب المكري: انظر هذا التنبيه في الطبعة الجديدة لق.ل.ع.م. الصادرة عن جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ,سلسلة النصوص القانونية ,العدد 14,يناير 2009, ص.191 الهامش146 .

[2]- إدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق ص 85. انظر أيضا ص. 84.

[3]- هشام فرعون: المرجع السابق ص. 223.

[4]- أوبري ورو: المرجع السابق، ج. 4 فقرة 347 الهامش4 في ص. 572.

- Maurice Picard –André Besson : Les assurances terrestres en Droit Françaix, L.G.D.J. Paris, 1950, n° 57, p. 95.

[5]- يذهب جميل صبحي برسوم (في تعليقه المشار إليه في السابق ص 143) إلى أن: "الحكم الخاص بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعَن لا يمكن الأخذ به في المغرب لعدم النص عليه". وهذه الفكرة كان قد تمسك بها مأمون الكزبري من قبل: المرجع السابق، ج.1 رقم 24 ص .44.

لا بل الأكثر من كل هذا، فإن فهم الملتزم بمعنى المدين قد يسمح أيضا بترديد موقف بعض الفقه الفرنسي القائل بأن تطبيق الفصل 1162 مدني فرنسي لا ينطبق إلا على العقود الملزمة لجانب واحد[1] مع أن الملتزم بمعنى المدين تستغرقه حتى التصرفات الملزمة لجانبين ولا أدل على ذلك من موقف القضاء المغربي المار بنا[2] إذ طبّق الفصل 473 على عقود هي من صميم صنف العقود الملزمة لجانبين أو ما يسمى بالعقود التبادلية كعقد التأمين وهذا على غرار ما فعله القضاء الفرنسي[3].

610- وبعد، أليس من المشروع أن يتم البحث عن معنى آخر لكلمة الملتزم في الفصل 473 من أجل رفع الحرج أو العناء أو التشدد المرهق في التمسك بمعنى يفضي بالضرورة إلى بذل الجهد للتوفيق بين ما يبدو متعارضا في ق.ل.ع.م. والحال أنه متطابق في الأصل؟ إذا كان الأمر كذلك ألا يمكن من خلال إعادة قراءة الفصل 473، حتى في ضوء مصادره التاريخية وتطبيقاته في ق.ل.ع.م. أن يتمثل هذا المعنى الآخر للملتزم في معنى، يبدو في الوقت الراهن جد بسيط على الرغم من أن علم القضاء ينبني عليه كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء[4]، وهو معنى المدعى عليه؟ هذا ما سنراه بعده.

الفقرة الثانية :
المقصود بـ "الملتزم"، حسب معناه المناسب لأصول الفصل 473 وتطبيقات هذا الفصل في ق.ل.ع.م، قد يكون هو المدعى عليه

611- إن فهم الملتزم بمعنى المدين في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. من شأنه أن يدفع كل من يجعله التصرف مدينا إلى أن يردد مع هان سويين (Han Suyin)، الملقبة بالمرأة العالمية، قولتها "إنما السعادة في الشك والاحتمال"[5]. ولكن الشك أو الاحتمال بالنسبة لسويين ليس غاية في حد ذاته : إنه الأسلوب المفضي إلى ضمان التوازن بين الأفكار المتطرفة التي كانت تسود قطبي أسرتها (الأم الكاثوليكية والأب العلماني). كما أن سعادة ديكارت بشكه إنما كانت بالنظر إلى ما يفضي إليه كمنهج يكمن في محاولة منظمة للوصول إلى اليقين العقلي-في غير ما يتصل طبعا

[1]- انظر في هذا الموقف مثلا: كاربونييه: المرجع السابق، ج.4 ص. 239. -رولان و بوايبه: المرجع السابق، ج 2. ص. 239. -كوكييه: المرجع السابق ص. 176.

[2]- انظر فقرة 605 قبله.

[3]- سيملر: مقاله المشار إليه في السابق رقم 50 ص. 14.

[4]- انظر فقرة 595 قبله.

[5]- هذه القولة وضعت عنوانا لحوار أجري مع هان سويين. وقد نشر بملحق الأسبوعية المغربية الصادرة بالفرنسية "الاقتصادي" ، عدد 113 في 20 يناير 1994 ص. 44 بالأرقام الرومانية.

بأمور العبادات والأخلاق والحياة العملية باعتبار أن هذه الأمور من أفعال الحياة التي لا تحتمل عادة أي تأخير-وهو يقين يقطع بوجود النفس (اليقين الأول) كدليل على وجود الله (اليقين الثاني) وبالتالي وجود العالم (اليقين الثالث) [1]. لا بل الأكثر من هذا فإن الشك ، حتى بالنسبة إلى الارتيابيين في العهد الهيليني أمثال بيرون (Pyrrhon) وأركيسيلاس (Arcecilas) وكارنيادس (carneade) المعتمدين للشك كأسلوب عزائي يعوضون به يأسهم من عجز العقل عن الوصول إلى الحقائق ، كان يسعدهم لما يوفره لهم من طمأنينة في الاعتقاد بأن "الظواهر صحيحة دائما"[2].

وبعد ، فلماذا يمكن لصاحبنا الملتزم بمعنى المدين في الفصل 473 ، أن يحس بالسعادة عند الشك أو الاحتمال ؟ ألأن هذا الشك يوفر له الانتصار على الخصم في النزاع؟ ربما! ولكن الانتصار في النزاعات من غير أي دليل يرتكز على القانون لا يخرج عن ضروب الانتصارات التي كانت تتحقق في عهد هيمنة ما يسمى بالعدالة الخاصة. والدليل في القانون ليس من الضروري أن يتمثل في نص صريح منطوق به في القانون بل قد يتمثل، وهذا هو الراجح في الأمور، في تغليب الظاهر أو الأصل أو المبدأ السائد . غير أن هذا الظاهر (الأصل، المبدأ) لا يوافق دائما ما يتمسك به المدين؛ إذ قد يوافق طلب الدائن أيضا. وهنا فإن من وافقه الظاهر (الأصل، المبدأ) في النزاع بغض النظر عما إذا كان مدينا أو دائنا هو الذي تغلب مصلحته عند حصول الشك الممتنع عن الرفع: إنه، نظرا لكل ما سبق، المدعى عليه. ومن هنا فإن المعنى المناسب لكلمة الملتزم في الفصل 473 هو المدعى عليه بخلاف الظاهر (الأصل، المبدأ) بمفهوم الفصلين 399 و400 من ق.ل.ع.م.[3].

[1]- أنظر في هذا الصدد على سبيل المثال : عثمان أمين : ديكارت ، سلسلة أعلام الفلسفة- مكتبة القاهرة الحديثة ، ط.4 ، 1957 ص. 126 و 133 وما بعدها و 166 وما بعدها و 215 وما بعدها .-أنظر أيضا : ديكارت في مؤلفه السردي الذي حاول فيه الإخبار عن الكيفية التي نظم بها فكره والذي أسماه بمقال الفصل أو بعبارة أخرى خطاب المنهج(Le discours de la méthode) : منشورات بورداس ، باريس ، 1967 ص.57 و82 وما بعدها و 92.

[2]- أنظر في هذا الصدد على سبيل المثال : برتراند رسل : تاريخ الفلسفة الغربية-الكتاب الأول : الفلسفة القديمة : ترجمة زكي نجيب محمود ومراجعة أحمد أمين ، القاهرة, 1967 , ص. 372 وما بعدها إلى 381.- أنظر أيضا ديكارت : مقال الفصل (خطاب المنهج) : مرجع سابق ص.92 والتعليق الوارد في الهامش 1 من نفس الصفحة.

[3]- ينص الفصل 399، حسب ترجمته المتداولة، على أن: "إثبات الالتزام على مدعيه". كما ينص الفصل 400، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه" وفي شأن تطبيق هذين النصين ذهب القضاء المغربي، وعلى سبيل المثال، إلى أن: "القاعدة الأساسية هي أن البينة على المدعي فلا يجوز نقل عبئها على المدعى عليه". (قرار عدد 1960/30 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 أكتوبر 1962: منشور بقضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية: بعض أحكام القسم المدني للغرفة الأولى من الأحكام الصادرة في السنوات 58-1962، دار الكتب للطبع والنشر والتوزيع بالدار البيضاء، 1964 ص.29 وما بعدها)".... ويتعرض للنقض الحكم الذي يقلب عبء الإثبات المدعى عليه بالبينة". (قرار عدد 1962/237 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 ماي 1962: منشور بالمرجع قبله ص. 209 و210). كما جاء في القرار عدد 378 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 فبراير 1983 أنه: "يقع إثبات الالتزام على المدعي

612- إن فهم الملتزم بمعنى المدعى عليه –مدينا كان أو دائنا- قال به في فرنسا مجموعة من الفقهاء في معرض دراستهم لمعنى عبارة "من عقد الالتزام" في الفصل 1162 مدني فرنسي وحسبنا الإشارة إلى دومولومب[1] وكوكيبه[2] ودوكالاطاي[3].

أما في المغرب فإننا لم نتمكن من الوقوف على أي رأي يذهب إلى أن معنى الملتزم في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. هو المدعى عليه إذا ما استثنينا الرأي المقتصر على جعل فكرة الإثبات من مبررات معنى المدين للملتزم[4]. ولكننا نعتقد أن جعل الإثبات من مبررات إسناد معنى المدين للملتزم في الفصل 473 والقول بأن معنى الملتزم في هذا النص هو المدعى عليه لا يستويان؛ إذ إن الواضع للإثبات كمجرد مبرر يتمسك دائما بكون المعنى هو المدين الأمر الذي يفضي، كما مر بنا، إلى تكريس التعارض بين نصوص ق.ل.ع.م. أما معنى المدعى عليه فيهدف بالدرجة الأولى إلى رفع هذا التعارض.

فيكفي المدعى عليه أن يتذرع بهذه القاعدة ولا يكلف هو الإثبات إلا إذا أثبت المدعي قيام الالتزام وادعى هو انقضاءه...." (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 131 ص. 99 و100). –والجدير بالإشارة أن الفصلين المغربيين قبله يجدان أصلهما الحقيقي على التوالي في الفصلين 467 و468 من المشروع التمهيدي لسانتيانا والمنقولين إلى القانون المغربي عبر الفصلين 420 و421 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود. وحسب سانتيانا فإن الفصل 467 من مشروعه (أي 399 مغربي) يجد أصله الأخير في القاعدة الرومانية القاضية بكون البينة على مدعي خلاف الظاهر لا على المنكر: "ei incumbit probatio qui dicit non qui negat" (الفقرة الخامسة من القانون 2 من القسم الثالث من الكتاب 22 من الديجست). كما أن الفصل 468 من مشروعه (أي 400 مغربي) يجد أصله الأخير في القاعدة الرومانية: "البينة على المدعي "actori incumbit probatio" (القانون 21 من القسم الثالث من الكتاب 22 من الديجست): انظر في شرح هاتين القاعدتين الرومانيتين على التوالي: رولان و بوابيه: المرجع السابق، ج. 2 ص. 246 وما بعدها و ص.50 وما بعدها.

[1]- يرى دومولومب أن قاعدة الفصل 1162 لا تعد إلا مجرد تطبيق لقاعدة أكثر عمومية في ميدان الإثبات مفادها أن من يدعي وجود واقعة قانونية عليه يقع عبء إثبات هذه الواقعة إذ البينة على المدعي كما تقول القاعدة الرومانية. وعليه فإن قاعدة الفصل 1162 تقتصر على ترديد قاعدة الفصل 1315: المرجع السابق، المجلد 25، ج.2. رقم 24 من ص. 23 إلى 25.

[2]- يذهب كوكيبه إلى أنه كلما تبين أن أحد المتعاقدين في النزاع كمدع وجب، في ضوء الفصل 1162 مدني فرنسي، تأويل الشك أو الإبهام الحاصل في العقد ضده: انظر في توضيح هذه الفكرة: مرجعه السابق من ص. 176 إلى 178. ولقد دفع الاقتناع بهذا المعنى إلى أن يقترح كوكيبه إعادة صياغة الفصل 1162 مدني فرنسي كالتالي: "عند عدم كفاية الإثبات، فإن الاتفاق يؤول ضد من يطالب بتنفيذه ولمصلحة المدعى عليه". باعتبار أنه حيث يوجد شك فمعناه في الحقيقة أنه لا يوجد إثبات كاف (ص. 178).

[3]- يرى دوكالاطاي أنه، في ضوء الفصل 1162، يقع الإثبات على من يطالب. والشك يؤول لمصلحة من يدفع هذا الطلب. وبهذا التصور نصل إلى أحد الأسس الرئيسية لكل نظامنا القانوني: ففي حين يريد المدافع إبقاء الوضع على ما هو عليه نرى المطالب يريد تغيير هذا الوضع: راجع في هذه الفكرة مرجعه السابق رقم 68 ص. 141 وما بعدها.

[4]- انظر في جعل فكرة الإثبات من مبررات معنى الالتزام على سبيل المثال: إدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق ص. 84 و85. –أحمد حسن البرعي: المرجع السابق ص. 216 و217. –وهذه الفكرة سبق ترديدها في فرنسا أيضا: انظر مثلا: سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 21 ص. 72. –جاك بوري: مقاله المشار إليه في السابق رقم 117 ص. 305.

613- وإذا كان لابد من الرجوع إلى الأصل الذي ينبني عليه الفصل 473 في آخر المطاف وأعني به القانون الروماني (البيزنطي)؛ فإن ما ينبغي التنبيه إليه أن الديجست لا يتضمن القاعدة التي أسس عليها الفقه الفرنسي معنى المدين بمفردها[1]. فالديجست يكرس، كما مر بنا، جملة من القواعد الأخرى التي أشار إليها سانتيانا في تعليقه على الفصل 614 من مشروعه التمهيدي (أي الفصل 473 مغربي) منها ما يقضي بتأويل الشك ضد البائع[2] أو ضد المكري أيضا[3] عندما لا يتمكن من إثبات دعواه. ومنها ما يقضي بتأويل الشك ضد المشترط بصفة عامة[4]. لا بل الأكثر من هذا فإن قراءة القانون 47 من القسم الرابع من الكتاب 44 من الديجست (XLIV, 7,47)[5] توحي بكون القاعدة المجسدة في هذا القانون إنما تنتمي إلى ميدان الإثبات باعتبار أن الادعاء بوجود التصرف (الالتزام) من غير دليل يستوجب من القضاء الحكم بعدم وجود التصرف (الالتزام). كما أن الادعاء بوجود الدين من قِبل من يزعم أنه دائن يستوجب الحكم عند عدم وجود الدليل بتكريس الأصل الذي هو براءة الذمة[6]. وهذا الأصل كالظاهر بالعرف والعادة في الفقه الإسلامي يجعل المتمسك به مدعى عليه، مدينا كان أو دائنا، وبالتالي يكون القول قوله بيمينه لموافقته الأصل عندما يعجز المدعي، دائنا كان أو مدينا، عن تقديم الدليل[7].

614- ولاشك أن إسناد معنى المدعى عليه للملتزم في الفصل 473 لا ينبني فقط على أصول هذا النص (مصادره التاريخية) المارة بنا، وإنما يستدعيه أكثر ما ينبغي أن يسود من التطابق أو التوافق على الأقل بين كافة النصوص التي يشتمل عليها ق.ل.ع.م.؛ ولذلك فإن كافة النصوص المارة بنا كتطبيقات حقيقية للفصل 473 تكرس، عند عدم تقديم المدعي للدليل الكافي في نظر القاضي لثبوت ما يدعيه، الأخذ بقول المدعى عليه لموافقته الأصل المتمثل في إبقاء ما كان على ما

[1]- أي القانون 99 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست (XLV,1,99): انظر فقرة 594 وكذا فقرة 604 قبله.

[2]- الفقرة الأولى من القانون 172 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست (L,17, 172,1): انظر فقرة 594 قبله.

[3]- القانون 39 من القسم الرابع من الكتاب الثاني من الديجست (II,4,39): انظر فقرة 594 قبله.

[4]- الفقرة 18 من القانون 38 من القسم الأول من الكتاب 45 من الديجست (XKV, 1,38,18): انظر فقرة 594 قبله. وكذا القانون 26 من القسم الخامس من الكتاب 34 من الديجست (XXXIV, 5,26): انظر فقرة 594 قبله.

[5]- انظر فقرة 594 قبله.

[6]- لقد نص الفصل 650 من المشروع التمهيدي لسانتيانا على أن "الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها" وانتقل هذا النص إلى الفصل 560 من المجلة التونسية. ولكن ق.ل.ع.م. لم يعتمده صراحة.

[7]- انظر فقرة 595 قبله.

كان[1] وما يتفرع عنه من الأصول الأخرى كأصل براءة الذمة[2] وما ينجر عن هذه البراءة من نتائج كاعتبار اليسر والتساهل بدل العسر والتشديد عند الضرورة[3] -وما الشك إلا مظهر من مظاهر هذه الضرورة- ولذلك تغلب مثلا مصلحة المدين (الفصلان 135 و323)[4]؛ وكأصل ما يثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين ولذلك يجب مثلا تغليب مصلحة المشتري الدائن بضمان عيوب الشيء أو صفاته (الفصل 571) أو تغليب مصلحة المكري الدائن بامتناع المكتري عن التنازل أو التولية لاستعمال موضوع الكراء في غير ما أعد له (الفصل 2/669)، وكالأصل في الوكالة التخصيص والتقييد ولذلك يجب تغليب مصلحة الموكل بيمينه عند الشك في حدود أو مجال السلطة أو الصلاحيات التي يمنحها للوكيل (الفصل 897)، وكالأصل في الأمانة تصديق صاحبها بيمينه إذا لم يكذبه الظاهر: وتتحقق الأمانة بالأساس في عقد الوديعة التي يكون فيها القول "قول المودع عنده بيمينه في واقعة الوديعة ذاتها أو في الشيء المودع في رده لمالكه أو لمن يحق له تسلمه. ولا يسري هذا الحكم إذا كانت الوديعة ثابتة في محرر رسمي أو عرفي "(الترجمة المتداولة للفصل 1/813 من ق.ل.ع.م)، وكذا في عقد عارية الاستعمال إذ القول هنا أيضا، عندما لا يكون العقد ثابتا في محرر رسمي أو عرفي، هو "قول المستعير بيمينه بالنسبة إلى رد الشيء المستعار." (الترجمة المتداولة للفصل 848 من ق.ل.ع.م.)[5].

615- وما دمنا نتحدث عن الأصول (المبادئ) التي تقوم في حد ذاتها دليلا يعفي المدعى عليه من تقديم أي دليل آخر عندما يعجز المدعي عن إقامة دليله أي عندما يكون الشك مما يتعذر رفعه، نشير إلى أن المشروع التمهيدي لسانتيانا كان قد استعرض ضمن ما أسماه بقواعد التأويل وبصفة صريحة جملة من الأصول (المبادئ) التي كلما كنا أمام فرضية من شأنها أن تنطبق عليها إلا ووجب تغليب مصلحة المدعى عليه مدينا كان أو دائنا نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:[6]

[1]- هذا الأصل نص عليه الفصل 652 من المشروع التمهيدي لسانتيانا صراحة وانتقل إلى الفصل 562 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود غير أن ق.ل.ع.م. لم يعتمده صراحة.

[2]- انظر فقرة 613 قبله.

[3]- لقد وردت صياغة هذه النتيجة لتطبق على الميدان القانوني في الفصل 626 من المشروع التمهيدي لسانتيانا. وهو الفصل الذي انتقل إلى الفصل 541 من المجلة التونسية. ومع ذلك فإن ق.ل.ع.م. لم يعتمده صراحة.

[4]- انظر فقرة 608 قبله.

[5]- الواقع أن ق.ل.ع.م. يكرس عددا وافرا من هذه الأصول المعتبرة قرائن نذكر منها الفصول التالية: 63- 64- 153- 164- 218- 239- 247- 253- 321- من 340 إلى 346- 347- 407- 419- 430- من 449 إلى 459- 477- 487- 556- 603- 608 - 609- 615- 677- 783- 790- 871- 884- 888- 892- 907- 953- 961- 990- 991- 995- 1033- 1123- 1131- 1235.

[6]- انظر أيضا فقرة 614 قبله.

*** الأصل عند تساوي الحقوق أن يقدم من ينكر حدوث أي جديد عمن يدعي ذلك. وعليه إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع[1] أي أنه إذا تعارض ما يوجب استعمال الحق مع ما يوجب الامتناع عن استعماله تم تفضيل ما يوجب الامتناع عن استعمال الحق.**

*** الأصل عند تعارض المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، من غير إمكانية التوفيق فيما بينهما، أن تقدم المصلحة العامة ولذلك يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[2].**

*** الأصل، عند الشك، تفضيل من يرمي إلى درء ضرر عمن يحاول جلب مصلحة[3].**

*** الأصل أن من له النماء فعليه ألتوا والعكس صحيح ولذلك فإن الخراج بالضمان والغرم بالغنم[4].**

*** الأصل عند وجود ضررين ارتكاب أخفهما ولذلك فإن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف أي أنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما كما أنه يختار أهون الضررين (الشرين)[5].**

*** الأصل في الروابط القانونية، عند تعارض صحتها أو مطابقتها للقانون مع عدم صحتها أو عدم مطابقتها للقانون، أن تقدم الصحة أو المطابقة للقانون[6]. ومن هنا كان إعمال العقد أولى من إهماله كما مر بنا في معرض دراسة الفصل 465 من ق.ل.ع.م.**

[1]- انظر الفصل 633 من المشروع التمهيدي لسانتيانا في مرجعه السابق ص. 255. -وهذا النص حسب سانتيانا مستمد في آخر المطاف من القاعدة الرومانية: "in re communi, potior est conditio prohibentis" وهي قاعدة منصوص عليها في القانون 28 من القسم الثالث من الكتاب العاشر من الديجست (X,3,28) وتناسبها القاعدة المنصوص عليها في المادة 46 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية. ولقد نقل الفصل 633 من مشروع سانتيانا إلى الفصل 546 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

[2]- انظر الفصل 646 من المشروع التمهيدي لسانتيانا المعتمد فيه على المادة 26 من المجلة العثمانية في مرجعه السابق ص. 157، ولقد انتقل هذا النص إلى الفصل 557 من المجلة التونسية.

[3]- الفصل 632 من المشروع التمهيدي لسانتيانا والذي أثرت المجلة التونسية عدم تبنيه صراحة. ولقد نصت المادة 30 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أن: "درء المفاسد أولى من جلب المنافع". وإلى هذا يذهب القانونان 33 و126 من القسم 17 من الكتاب 50 من الديجست: انظر سانتيانا: مرجعه السابق ص. 255.

[4]- الفصل 641 من المشروع التمهيدي لسانتيانا: وهو مستمد حسب هذا الأخير من القوانين المكرسة في الديجست منها القانون 33 من القسم الأول من الكتاب 36 والقانون 40 من القسم الأول من الكتاب 17. وهذه المقتضيات تناسب في الفقه الإسلامي ما جاء مثلا في المادتين 85: "الخراج بالضمان" و87: "الغرم بالغنم" من مجلة الأحكام العدلية العثمانية. ولقد انتقل الفصل 641 من مشروع سانتيانا إلى الفصل 554 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود بعد تعديل صياغته.

[5]- الفصل 645 من المشروع التمهيدي لسانتيانا: وهو مستمد حسب هذا الأخير من المواد 27 و28 و29 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية. ولقد نقل إلى الفصل 556 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

[6]- الفصل 649 من المشروع التمهيدي لسانتيانا وهو منقول إلى الفصل 559 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

*** الأصل في الالتزام (التصرف) أنه بسيط غير موصوف بتعليقه على شرط أو توقيفه لأجل إلى أن يثبت خلافه[1].**

*** الأصل أن يفترض الإذعان, بمعنى عدم السخط, وبالتالي الرضى(:الرضا) فيمن يسكت بدون مانع أو عذر شرعي عندما يكون عليه أن ينطق ويُبَيِّن[2].**

إن هذا الأصل الذي نرى أن نتوقف عنده لا يعد الأصل الأخير في المشروع التمهيدي لسانتيبانا[3] أو في الأصول المعتمدة على وجه العموم في ميدان ما يتم تغليبه عند حصول الشك أو الاحتمال في موضوع النزاع. وحسبنا أن نقول في شأن ما يمكن أن نختصر به هذه الأصول أنه كلما كان موقف أحد الطرفين في النزاع ملائما لمرجع الفهم الذي يتقيد به القاضي نفسه أو ما أسميناه بالتأويل المستتر أو المقنع إلا وكان هذا المرجع أصلا يفرض تغليب مصلحة من يوافقه لأنه يكون لهذا الاعتبار مدعى عليه بغض النظر عما إذا كان في حقيقته مدينا أو دائنا[4].

616- غير أن ما يثير التساؤل في الأخير يتعلق بمعرفة ما إذا كان تغليب مصلحة الملتزم بمعنى المدعى عليه في ضوء الفصل 473، لموافقته وجها من أوجه الأصول (المبادئ) المارة بنا، يكفي فيه قيام الشك الممتنع عن الرفع أم أن هذا التفضيل للمعنى الأكثر ملاءمة لمصلحة المدعى عليه يستوجب قيام هذا الأخير بأداء اليمين؟

إن هذا التساؤل ما كان ليطرح لو أن الفصل 473 من ق.ل.ع.م. لم تحذف منه عند نقله الفصل 529 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود (وبالتالي الفصل 614 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا) تلك العبارة المتعلقة فيه بضرورة أداء "الملتزم" اليمين من أجل الأخذ في حالة الشك الممتنع عن الرفع بالمعنى الأكثر ملاءمة لمصلحته[5].

[1]- الفصل 651 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا والمنقول إلى الفصل 561 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

[2]- الفصل 654 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا والذي أثرت المجلة التونسية عدم تبنيه صراحة.

[3]- لقد عالج سانتيبانا في مشروعه التمهيدي أصولا أخرى في فصوله 626 (541 تونسي) و642 (555 تونسي) و644 (لم يعتمد في التونسي) ويتعلق بكون الضرر غير العادل لا يكون قديما، و647 (لم يعتمد في التونسي) ويتعلق بكون الأصل عند الشك فيما إذا كان الشيء مباحا أو ممنوعا أن يقدم الممنوع بمعنى أن الأصل في الأمور عدم الإباحة، و648 (558 تونسي و477 مغربي) و650 (560 تونسي) و652 (562 تونسي) و653 (لم يعتمد في التونسي) ويتعلق بكون الأصل الوحيد الذي لا يمكن أن يَخْبُرَ هو أصل حسن النية والاستقامة.

[4]- إذا ثبت هذا التصور أمكن الذهاب إلى أن الفصل 473، بغض النظر عن تعدد المعاني المحتملة لكلمة الملتزم –لا يعد في جوهره إلا مرجعا من مراجع الفهم التي على القاضي أن يتقيد بها عند عدم وجود الدليل الذي يسمح له بالخروج عنها وذلك على غرار تقيده بمراجع الفهم المتحدث عنها عند دراسة الفصول 466 و467 و468 و470 و471 و472 من ق.ل.ع.م.

[5]- راجع نص الفصلين 529 تونسي و614 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا في فقرة 594 قبله.

وعليه فأمام سكوت الفصل 473 عن وضع هذه اليمين على عاتق "الملتزم" الذي تفضل مصلحته، هل يمكن الذهاب إلى أن هذه اليمين لا تشترط مطلقا بسبب مجيء الفصل 473 ساكتا عنها أم أنها تشترط دائما على الرغم من سكوت النص أو أنها تشترط على الأقل في بعض الفرضيات دون فرضيات أخرى؟

إن مثل هذه التساؤلات نقف لها على جواب في الفقه الإسلامي. وهكذا نجد أن ابن فرحون يورد في تبصرته ما يلي: "[من شروط الدعوى] ... أن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها والدعوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة أنواع نوع تكذبه العادة ونوع تصدقه العادة ونوع متوسط لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه.... [وهذا] النوع الثالث وهو ما لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه مثل أن يدعي الرجل دينا في ذمة رجل أو يدعي معاملة فهذه الدعوى أيضا مسموعة من مدعيها ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها فأما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات الخلطة"[1] و"من ادعى على غيره بدعوى، فإنه لا تجب له بمجرد الدعوى يمين على المدعى عليه حتى تثبت الخلطة بينهما إلا في مسائل محدودة مذكورة في مسائل الخلطة"[2].

ويظهر من خلال ما جمعه ابن فرحون في مسائل الخلطة أنه في بعض الفرضيات يلتزم المدعى عليه بأداء اليمين ولو بدون خلطة[3]. وخارج هذه الفرضيات فإن الاتجاه الغالب في الفقه لا يلزم المدعى عليه بأداء اليمين إلا عند وجود الخلطة أو العلاقة التعاقدية السابقة بين المتنازعين[4]. والملاحظ أن تعليقا على

[1]- ابن فرحون: تبصرة الحكام.... : مرجع سابق، ج.1، ص. 104.

[2]- ابن فرحون: تبصرة الحكام.... : مرجع سابق، ج.1، ص. 118.

[3]- جاء عند ابن فرحون في تبصرته (مرجع سابق، ج.1 ص 160 و161) ما يلي: "(فصل) تجب اليمين بمجرد الدعوى دون خلطة في مواضع (منها) .... الصناع فيما ادعي عليهم من أعمالهم أنهم استصنعوها وكذلك هي على أهل الأسواق وأرباب الحوانيت فيما ادعي عليهم مما يديرونه ويتجرون فيه دون خلطة أيضا وإن ادعي على أحد منهم في غير ما يديره ولا يتجر به فلا يمين عليه إلا بشبهة. (ومنها) التجار لمن تاجرهم (ومنها) الرجل يحضر المزايدة فيقول البائع بعتك بكذا ويقول المبتاع بل بكذا.... (ومنها) لو باع رجل سلعة رجل ادعى أنه أمره ببيعها وأنكره صاحبه وهي قائمة بعينها فإنه يحلف ويأخذها ....(ومنها) أن كل من كان متهما بما ادعي عليه من المعاملات فإن اليمين تتعلق به (ومنها) لو لقي رجل رجلا فادعى عليه بقية كراء حلف المدعى عليه أنه ما اكترى منه شيئا....".

[4]- جاء عند ابن فرحون في تبصرته (مرجع سابق، ج.1 ص. 159 و160) ما يلي: "(فصل) في الخلطة ما يوجبها وما تجب فيه اليمين بغير خلطة).... إذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يكن للمدعي بينة على أصل حقه ولا أقر المدعى عليه بخلطة المدعي فالذي يوجب اليمين على المدعى عليه أن يشهد عدلان حران لا مدفع للمدعى عليه فيهما فيقولان عرفنا هذين الشخصين يتبايعين مرتين أو ثلاثا ولم نعلم بينهما مفاصلة منذ عرفناهما شريكين ولا نعلم علام افترقا أو أنهما كان متقارضين أو متساقين أو أن أحدهما أجير لصاحبه أو أجر منه.... داره أو دابته أو كان أحدهما صانعا أو صباغا أو خياطا أو صائغا أو غير ذلك من جميع الصناعات والأكرية والإجارات. فإذا شهد الشاهدان بهذا وجبت اليمين على المدعى عليه فإن حلف برئ وإن نكل ردت اليمين على المدعي وإن لم يطلب ذلك المدعى عليه نبهه الحاكم على ذلك فإن حلف المدعي أخذ وإن نكل بطلت دعواه....وفسر أصبغ الخلطة فلم ير الذين يصلون في المسجد واحدا ولا الجلساء في الأسواق والجيران خلطاء ولم يرها إلا بتكرر المبايعة وأن يبيع منه بالنسيئة...[وفي

القرار عدد 1961/237 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 يناير 1961 يسير في نفس الاتجاه إذ جاء فيه أن "القاعدة الأساسية هي أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. فمن يدعي شيئا يجب عليه إثباته ولا يحكم بيمين المدعى عليه إلا إذا كانت ظروف النزاع تفيد وجود علاقة بين الطرفين وصدر إنكار من المدعى عليه وعجز المدعي عن الإتيان بالبينة"[1].

ولاشك أن تطبيق وجود الخلطة أو العلاقة بين الطرفين، ولو بمفهوم الفصل 25 من ق.ل.ع.م.[2]، على ميدان النزاعات المتعلقة بتأويل التصرف؛ يجعل هذه الخلطة قائمة من خلال التصرف الذي يقدم للقضاء من أجل الحسم في تأويله. ولذلك نستطيع، بناء على هذا التصور، أن نقول إن تغليب مصلحة الملتزم بمعنى المدعى عليه عند حصول الشك الممتنع عن الرفع يحسن عدم الحكم به من قبل القاضي إلا إذا قام المدعى عليه بأداء اليمين. وهذا على الرغم من سكوت الفصل 473 عن اشتراطها، لأن اليمين مما يقتضيه ميدان الإثبات باعتبار أن "البينة لإثبات خلال الظاهر واليمين لإبقاء الأصل"[3]. كما أن اشتراط اليمين على الملتزم بمعنى المدعى عليه لإعمال حكم الفصل 473 يتناسب وتطبيقات هذا الفصل، المارة بنا، في ق.ل.ع.م. وهذه اليمين في تقديرنا تبقى مشترطة حتى عندما يراد فهم الملتزم بمعنى صاحب القبول الإجمالي للمبادرة التعاقدية الثابتة النهائية للمشترط في فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م. ولكن فقط عندما تعطاه صفة المدعى عليه.

راي بعض المتأخرين] أن اليمين تجب على المدعى عليه دون خلطة..لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ... وقال غير واحد من المتأخرين إنما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق...".

[1]- عن قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية: بعض أحكام القسم المدني للغرفة الأولى من الأحكام الصادرة في السنوات 1958-1962 :مرجع سابق، ص. 96.

[2]- ينص الفصل 25 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: ".... ويكون السكوت عن الرد بمثابة قبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين". وحسب الترجمة الرسمية للفصل 29 من المجلة التونسية (وهو الأصل المباشر للفصل 25 مغربي) فإنه: ".... يعتبر رضاء أيضا إذا كان الإيجاب متعلقا بخلطة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين".

[3]- كما تقضي بذلك المادة 77 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية، ومن تطبيقاتها ما نص عليه الفصل 400 من ق.ل.ع.م.

الفقرة الثالثة :
"الملتزم" بمعنى المدعى عليه قد يفيد أيضا صاحب القبول الإجمالي للمبادرة التعاقدية الثابتة النهائية للمشترط في فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م

617- لقد تساءل كاربونييه عما إذا كانت عبارة "من اشتراط" الواردة في الفصل 1162 مدني فرنسي لا يقصد بها غير الذي تكون له المبادرة التعاقدية[1]. غير أن البعض ينتقدون مثل هذا المعنى كجان– ليك أوبير[2] وخاصة عندما تتمثل المبادرة التعاقدية في القيام بتوجيه الدعوة إلى التعاقد وليس في الاقتصار على الاستجابة لهذه الدعوة؛ على أساس أن الفصل 1162 مدني فرنسي، في المقام الأول، لا يتصل بهذا المشكل إذ يقتصر على تقديم خدمة لمصلحة المدين الذي اكتفى بقبول ما أملي عليه من شروط كما يقول كاربونييه نفسه[3] . بمعنى أن هذا الفصل لا يتعلق بالمبادرة التعاقدية بقدر ما يتعلق بالسلطة التي تكون لطرف في العقد على الطرف الآخر. كما أنه في المقام الثاني لا ينبغي الخلط بين الإيجاب والدعوة إلى الدخول في المفاوضات أو الدعوة إلى الإيجاب[4]: فالقاسم المشترك بينهما يكمن في المبادرة إذ تعد هذه الأخيرة عنصرا مميزا للإيجاب باعتبار أنه لا يمكن تصوره إلا عند القيام بتقديم جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه. ولكن المبادرة لا يختص بها الإيجاب وحده ذلك أن الدعوة للدخول في المفاوضات وكذا الدعوة إلى الإيجاب يعدان بدورهما مبادرة ومن هنا يتبين أنه ليست كل مبادرة إيجابا[5].

618- وبالمقابل فإن الجواب بالإيجاب عن تساؤل كاربونييه المار بنا قد وجد من يناصره مثل جورج بيرليوز الذي يرى أن المبادرة يمكن أن تتخذ مظهرا

[1]- كاربونييه: المرجع السابق، ج.4 رقم 17 ص. 76.

[2] - Jean – Luc Aubert : Notions et Rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat- L.G.D.J- Paris, 1970, n° 10, p. 18 et 19. n° 11 p. 19 et 20.

[3]- كاربونييه: المرجع السابق، ج. 4 رقم 44 ص. 239.

[4]- جان- ليك أوبير: المرجع السابق رقم 11 ص. 19 وما بعدها وكذا من رقم 9 إلى 14 في ص. من 17 إلى 22.

[5]- جان – ليك أوبير: المرجع السابق، رقم 15 ص. 22 وما بعدها. –ويذهب جان – ليك أوبير إلى أن الإيجاب اقتراح محدد يوجه إما لشخص معين أو للعموم (الجمهور) في شأن العقد الذي تكون جميع عناصره الأساسية قد حددت في نفس الاقتراح. وهذا التحديد الضروري لتمكن مجرد القبول البسيط والإجمالي من تكوين العقد، يصلح أيضا لضمان قطعية الإرادة المنفردة التي يتمخض عنها الاقتراح. وهكذا فإن الإيجاب يتميز عن مجرد الدعوة للدخول في المفاوضات من أجل تكوين العقد لكون التحديد في هذه الدعوة لا يرد أبدا على وجه الكمال. ونفس الأمر ينطبق على الدعوة للإيجاب: المرجع السابق رقم 71 ص. 77 وما بعدها.

مزدوجا يكمن من جهة في المبادرة إلى إبرام العقد وإنشائه[1]، ومن جهة أخرى في المبادرة إلى تحديد المحتوى التعاقدي أي مضمون العقد. وإذا كان العقد الكلاسيكي يتميز بكون الموجب تكون له المبادرة في نفس الوقت لإبرام العقد ولتحديد مضمونه، وعندما يأخذ الطرف الآخر مبادرة مضادة في تحديد المحتوى التعاقدي يكون قد عرض إيجابا مضادا؛ فإنه بالمقابل يمكن للعقد الحديث وخاصة ما يسمى بعقد الإذعان أن تنفصل فيه مبادرة إبرام العقد عن مبادرة تحديد مضمونه[2]. وهكذا فإن عقد التأمين قد يصعب فيه أحيانا تمييز الإيجاب بمعنى المبادرة إلى إبرام العقد عن المبادرة بمعنى التحديد الثابت والنهائي لمضمون العقد وإن كانت المبادرة التعاقدية بمعنى التحديد الثابت النهائي لمضمون العقد هي المعتد بها في عقد التأمين لضبط مفهوم المشترط[3]. ومن هذا المنطلق يكون أحيانا من المنطقي ومن القسط أو الإنصاف ومما يساير العمل القضائي (الفرنسي) أيضا في ميدان ما يسمى بعقود الإذعان، أن يغير التماثل السائد بين الإيجاب والمبادرة إلى إبرام العقد بالتماثل بين المشترط والمبادرة إلى تحديد مضمون العقد .ونظرا لكون هذه المبادرة يختص بها المشترط دون غيره لذلك فإن العقد يبرم بمجرد الإذعان له من قبل الراغب في التعاقد مع المشترط[4].

[1]- إن هذا التصور للإيجاب المقتصر على اتخاذ المبادرة من أجل إيجاد العقد وإنشائه لا يختلف عما هو مألوف في الفقه الإسلامي إذ نجد المادة 101 من المجلة العثمانية، مثلا، تنص على أن: "الإيجاب أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف". كما تنص المادة 102 من نفس المجلة العثمانية على أن: "القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد". –ولاشك أن هذا التصور الذي ينظر إلى المبادرة من جانب تعاقبها الزمني لا يختلف عما هو مألوف أيضا في الفقه الكلاسيكي الفرنسي إذ إن هذا الأخير يميز بين الإيجاب والقبول من زاوية التعاقب الزمني فحسب. وتتم فيه مطابقة الإيجاب بالمبادرة التعاقدية على الرغم من أن هذه المبادرة التعاقدية لا تعني بالضرورة السبق إلى التعبير عن الإرادة من أجل إبرام العقد إذ تتجسد بالأساس في التحديد الثابت لمحتوى العقد وهو تحديد قد يأتي عقب الأخذ والرد بين الراغبين في التعاقد ولكنه بالمقابل قد يثبت أولا وأخيرا من جانب واحد ليس من الضروري أن يكون هو المبادر إلى الإعلان عن مبادرته لإبرام العقد كما يحصل مثلا فيما يسمى بعقود الإذعان كعقد الشغل إذ قد يكون العامل هو المبادر إلى الإعلان عن عزمه على التعاقد ومع ذلك فإن الذي يبادر إلى تحديد مضمون العقد في الغالب هو رب العمل وليس العامل. ولذلك فإن هذه المبادرة التعاقدية المتمثلة في تحديد مضمون العقد هي المعتبرة في الوقوف على المقصود بالمشترط: انظر في هذا الصدد:

- Georges Berlioz : Le contrat d'adhésion, 2ème éd. L.G.D.J., Paris, 1976 n° 64 p. 43 et 204, n° 243 p, 125 et 126.

[2]- جورج بيرليوز: المرجع السابق، رقم 64 ص. 44 و204.

[3]- جورج بيرليوز: المرجع السابق رقم 65 ص. 44 و204. – انظر في مسايرة النظرة الكلاسيكية:

- Maurice Picard et André Besson : Les assurances terrestres en Droit Français, L.G.D.J., Pari, 1950 n° 48 de la p. 79 à 81.
- Georges Brière de l'isle : Droit des assurances, P.U.F. 1ère ed. 1973 p. 35 et S.

[4]- جورج بيرليوز: المرجع السابق: رقم 72 ص. 47. انظر أيضا من رقم 46 إلى 48 في ص. 30 و31.

619- إن أهمية الأخذ بفكرة المطابقة بين المشترط والمبادرة التعاقدية المتمثلة في التحديد الثابت والنهائي لمضمون العقد تتجلى بالأساس فيما يسمى بالعقد النموذجي أو الصيغة النموذجية للعقد (formule – type de contrat) كما يفضل جاك ليوطي أن يسميها عن دقة في تقديرنا[1] . ففي مثل هذه الصيغ النموذجية للعقود، وبغض النظر عما إذا كانت هذه الصيغ هي التي توصف أيضا بعقود الإذعان أم لا[2]، ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المشترط لا يعني أكثر ممن يأخذ المبادرة للتحديد الثابت لمحتوى العقد. ولذلك فإن العقد الذي نتلمس فيه هذه المبادرة يؤول في ضوء الفصل 1162 مدني فرنسي ضد من يتخذ هذه المبادرة أي ضد من يملي شروطه ليجعل منها قانونا لا يملك الطرف الآخر – إن هو أراد التعاقد- إلا أن يسلم به بالقبول الإجمالي.

وهكذا يظهر من خلال هذا الموقف أن القضاء الفرنسي،فيما يرجع إلى تأويل الصيغ النموذجية للعقود والتي غالبا ما تشكل تحريرا مسبقا للعقود ، قد آثر عدم التمادي في التمييز بين المدين والدائن لتغليب مصلحة المدين على حساب مصلحة الدائن كما مر بنا والأخذ بمعنى "من يأخذ المبادرة" لعبارة" من اشترط" الواردة في الفصل 1162 مدني الفرنسي[3].وبما أن هذه المبادرة غالبا ما تأتي في صيغة مكتوبة يكفي التوقيع عليها من قبل الطرف الآخر ليتكون العقد ويقوم ، لذلك فإن المشترط لا يعني في آخر المطاف إلا من قام بتحرير العقد بنفسه.وهذا المتعاقد المشترط هو الذي يؤول الشك ضده[4]. بل ويبقى من بادر إلى تحديد العقد منظورا إليه على أنه هو المحرر للعقد ولو لم يقم بهذا التحرير بنفسه (بشرط ألا يكون المتعاقد معه هو المحرر)؛ إذ كما يقول إيهرنج فإن من لا يعرف الكتابة ويطلب من أحد من الأغيار أن يكتب له فإن طالب الكتابة يبقى مسؤولا –كما لو كان هو الكاتب الحقيقي- عن كل خطأ أو تحريف أو إبهام[5].

[1] - Jacques Léauté : « Les contrats –types » in R.T.D.C. –Année 1953, tome 51, ed. de 1970 n° 1 .p 430.

[2]- لقد تساءل كاربونييه، بعدما نبه إلى أن فكرة العقد النموذجي أكثر حداثة من فكرة عقد الإذعان، عما إذا كان من شأن الفكرة الأولى أن تحل محل الفكرة الثانية: المرجع السابق، ج.4 رقم 17 ص.77. وسنعود إلى هذا التساؤل فيما بعد عند دراسة ما يسمى بعقد الإذعان.

[3]-جورج بيرليوز: المرجع السابق رقم 243 ص.125 وما بعدها.

[4]-سيلر: "تأويل العقود": مقال مشار إليه في السابق رقم 51 ص. 14. – انظر فيما يخص تطبيق هذا المعنى على عقد التأمين: بيكار وبسون: التأمينات البرية في القانون الفرنسي:مرجع سابق رقم 57 ص. 95. –جورج بريير نليمل: قانون التأمينات: مرجع سابق ص. 48. –والملاحظ أن تطبيق هذا المعنى على عقود التأمينات لا يشكل إلا مجرد تطبيق حرفي للفصل 8 من القانون الفرنسي السابق الصادر في 13 يوليوز 1930 والمتعلق بالتأمينات وهو نفس الفصل المنقول إلى الفصل 8 من القرار الوزيري المغربي الصادر في 28 نوفمبر 1934 والمتعلق بعقود الضمان (سيكورتا). وهذا الفصل نسخ بالمادة 11 من مدونة التأمينات الجديدة.

[5] - R. Von Ihering : De la cupla in contrahendo ou des dommages- intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » (1860) – article traduit en Français

620- ولقد فسر بعض الفقه الفرنسي هذا المعنى من قبل القضاء الفرنسي بأن يرتكز على فكرة المسؤولية التي عانق من أملى قانونه العقدي ومع ذلك لا يفصح بما فيه الكفاية عما يريده[1] أو أنه تطبيق ضمني لفكرة المسؤولية[2]. ومن هنا يظهر أن تطبيق الفصل 1382 مدني فرنسي لكفيل بتخفيف المساوئ المنجرة عن خط المتعاقد عندما يسيء التعبير أو يسيء الفهم[3].

والملاحظ أن من يفهمون موقف القضاء الفرنسي (محكمة النقض الفرنسية بالدرجة الأولى) على هذا النحو إنما يعتبرونه ضربا من حماية الطرف الضعيف وهي الحماية التي تقتضيها عقود الإذعان[4] ؛ وهذا على الرغم من تشبث محكمة النقض الفرنسية بموقفها المتمثل في عدم التمييز بين ما يسمى بعقود الإذعان وغيرها من العقود الأخرى فيما يرجع إلى وجوب تطبيق قواعد التأويل المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي على جميع العقود وبالتالي إلى وجوب تأويل جميع العقود في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين وإن كان ما يتوصل إليه من معنى في ضوء هذه النية لا يخضع لمراقبة محكمة النقض[5]. بمعنى أن التسوية بين جميع العقود في التأويل تسمح بالذهاب إلى أن إعطاء معنى "من اتخذ المبادرة التعاقدية" للمشترط في ضوء الفصل 1162 مدني فرنسي لا يخص عقدا دون آخر إذ ينصرف إلى كافة العقود التي تثبت فيها هذه المبادرة من خلال ما يعد بالأساس من الصيغ المكتوبة التي تصبح عقودا بمجرد مقابلتها بقول نعم أو التوقيع عليها أو الشروع في تنفيذها.

avec l'autorisation de l'auteur par O. Meulenaere in : R. Von Ihering : Œuvres choisies, tome II, Paris, 1893, § 35 note 86 , p. 75.

[1] - كاربونييه : المرجع السابق، ج. 4 رقم 66 ص. 239 .

[2] - جورج بيرليوز : المرجع السابق . ص. 126.

[3] - كاربونييه: المرجع السابق، ج.4، رقم 68 ص. 244. - ويذهب كورف في هذا الصدد إلى أن مبدأ مسؤولية المعبّر هو الذي يمكن أن نربط به القاعدة التي تقضي بأنه عند الشك يؤول الاتفاق ضد المشترط. ولقد وقع التأكيد على أن قاعدة الفصل 1162 ليست قاعدة تأويل بالمعنى المضبوط بقدر ما هي أثر لمسؤولية المشترط عن تعبيره الذي جاء مبهما في الاتفاق:

F. Gorphe : le principe de la bonne foi ,thèse, Librairie Dalloz, Paris, 1928 p.30.

[4] - انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: جورج بيرليوز: المرجع السابق رقم 247 ص. 127.- فيل وتيري: المرجع السابق، رقم 99، ص.100 وما بعدها ورقم 367 ص. 391. -جان- ليك أوبير: المرجع السابق، رقم 11 ص. 19 ورقم 367 ص. 338. -سيملر: مقاله المشار إليه في السابق، رقم 51 و52 ص. 14.

[5] - القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 أكتوبر 1974 (منشور بنشرة محكمة النقض الفرنسية، السنة 1974 -أ- ص 232): عن بيرليوز: المرجع السابق رقم 245 ص. 214. -انظر أيضا: بيكار وبسون: المرجع السابق، رقم 57 ص. 94.

ومثل هذا المعنى، لعمري، لا يعد إلا مجرد تفكر للمعنى الذي كان يعطى للمشترط في العهد الروماني (البيزنطي) والذي بسببه جاءت مجموعة من النصوص في الديجست لتؤول الشك ضده ولمصلحة المتعاقد[1] مع هذا المشترط[2].

621- ونعتقد أن لفظة "الملتزم" الواردة في الفصل 473 من ق.ل.ع.م.، وإلى جانب ما مر بنا في شأن معانيها، يمكن أن تفيد أيضا معنى من يقتصر، ولكن خارج أي إهمال أو تقصير، على الإعلان عن قبوله الإجمالي للتسليم بالمبادرة التعاقدية إلى تحديد مضمون العقد من قبل المشترط. وبهذا المعنى يمكن أن يتأسس تأويل الشك في العقد، ضد من بادر إلى إملاء مضمون العقد على الطرف الآخر فيه ولمصلحة هذا الأخير، على الفصل 473 من ق.ل.ع.م. ولاشك أن هذا المعنى قد يحمل على الاعتقاد بأن أمره يخص ما يوصف بعقود الإذعان. غير أنه رفعا لكل التباس في هذا الصدد، نقول إننا لا نستبعد في الحقيقة تلك العقود التي تحمل في حد ذاتها أسماء خاصة بها، ولكن لظروف معينة في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 قام البعض بوصفها بعقود الإذعان كعقد الشغل وعقد التأمين وعقد النقل على السكك الحديدية. وإذا كان وصف عقد الإذعان سنخصه بالبحث الذي سيفضي بنا إلى رفضه عند تقييمه[3]؛ فحسبنا التنبيه الآن إلى أن الأخذ بتأويل الشك ضد المشترط الذي يبادر إلى إملاء قانونه وتحريره في عقد التأمين بالأساس، وبالتالي تأويل الشك في هذا العقد ضد المؤمّن ولمصلحة المؤمَّن له، لم يكن بسبب انتمائه إلى عقد الإذعان وإنما بسبب اعتباره من أكثر العقود التي تتبلور فيها المبادرة التعاقدية عمليا بصيغة نموذجية[4]. ولا أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمعنى الذي نحن بصدد الحديث عنه قبل ظهور وصف عقد الإذعان[5]. ولذلك فإن تأويل الشك ضد المشترط ولو كان مدينا ولمصلحة المتعاقد معه ولو كان دائنا يمكن أن ينطبق

[1] - انظر في هذه النصوص: فقرة 594 قبله.

[2] - جاء عند جورج بيرليوز (في مرجعه السابق، الهامش 29 في ص 127) أن المشترط، في القانون الروماني، وحده كان يملي رغباته أو تنازلاته. أما الطرف الآخر المتعاقد معه فلم يكن يملك إلا خيار القبول أو الرفض. والعقد المقبول كان ينحصر في مجموعه في صيغة المشترط. وهذا هو أصل الفصل 1162 مدني فرنسي الذي يؤول الشك في الاشتراط لمصلحة المتعاقد مع المشترط. وعندما يتطابق العقد الحديث، فيما يرجع إلى صيغته وطرق انعقاده مع اشتراط القانون الروماني فمعنى ذلك أننا نعود إلى الأخذ بالمناهج الأصيلة للتأويل. -انظر أيضا في توضيح الاشتراط (stipulatio) في القانون الروماني: أورايك ومالفوس: تاريخ القانون الخاص، ج.1: الالتزامات: مرجع سابق رقم 17 ص. 18 وما بعدها.
- جيفارو فيللر: القانون الروماني و الفرنسي القديم (الالتزامات): مرجع سابق رقم 40 وما بعده ص. 35 وما بعدها.

[3] -انظر في هذا التقييم فقرة 693 وما يليها بعده.

[4] - جورج برييرديليمل: قانون التأمينات: مرجع سابق ص. 47.

[5] - فلقد أخذت به محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ فاتح غشت 1844. كما أخذت به في قرار آخر صدر بتاريخ 5 ماي 1886: انظر في هذا الصدد: أوبري ورو: المرجع السابق، ج4، الهامش 4 في ص. 572.

على كافة العقود التي تأتي فيها المبادرة التعاقدية في صيغة كتابية وخاصة عندما تكون هذه الكتابة نموذجية[1].

622- إن إعمال هذا المعنى، بعبارة أخرى، يمكن أن يشمل كافة الفرضيات التي ينطبق عليها الفصل 28 من ق.ل.ع.م.[2]. فهذا النص، وإن كان من شأنه أن ينطبق ومن باب أولى على تلك الفرضيات التي لا يملك فيها أحد المتعاقدين إلا أن يكتفي عند إعلانه القبول بقول نعم أو بالتوقيع على العقد المملى عليه أو بالشروع في تنفيذه، إلا أنه ينصرف أيضا إلى كل الفرضيات التي تتجلى فيها المبادرة التعاقدية ثابتة نهائية وغير قابلة للأخذ والرد متى وردت هذه المبادرة كتابة أو في صيغة نموذجية[3]. لا بل الأكثر من هذا فإن المعنى المتحدث عنه في هذا الصدد يمكن أن ينطبق حتى على الفرضية التي يقتصر فيها إملاء الشروط على الصيغة الشفوية بدل الكتابة متى اقتنع القاضي، عند الإثبات طبعا، بما يردده الشهود من هذه الصيغة وأمكن الإثبات بالشهادة كما لو كنا أمام بداية الإثبات بالكتابة أو عندما لا يتجاوز العقد مبلغ 10000 درهم أو ما قيمته كذلك كمبدأ في العقود تستثنى منه الوديعة والرهن (200 درهم) كما مر بنا، إذ الرد على هذه الصيغة القطعية التي تنم عن رفض أية مناقشة لها بكلمة "قبلت" إنما هو ضرب من السؤال المعاد في الجواب ولذلك فإن هذا الجواب لا يكون واضحا إلا بقدر وضوح السؤال. بمعنى أن تبعة الوضوح تقع على صاحب السؤال لا على صاحب الجواب ولذلك يؤول الشك ضد صاحب السؤال ولمصلحة صاحب الجواب[4].

[1]- يذهب القضاء السويسري إلى أن البنود المبهمة تؤول ضد محررها وخاصة عندما يتعلق الأمر ببوليصات التامين وغيرها من العقود المحررة على وفق نموذج: عن تعليق جورج سيوز وبيير –روبير جيالليرون على الفصل 18 من القانون الفيدرالي السويسري لسنة 1911: القانون المدني السويسري وقانون الالتزامات المعلق عليهما، II- قانون الالتزامات: مرجع سابق ص. 9.

[2]- ينص الفصل 28 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "يعتبر الرد [أي الجواب] مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ". ولقد انتقل هذا النص إلى ق.ل.ع.م. من الفصل 34 من المشروع التمهيدي لسانتيانا عبر الفصل 32 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود والذي يقضي، حسب ترجمته الرسمية، بأنه: "يعتبر الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو جرى العمل بالعقد بلا شرط".

[3]- يجدر التنبيه إلى أنه عندما يثبت تمتع المتعاقد مع صاحب المبادرة التعاقدية بحرية ومناقشة هذه المبادرة كلا أو جزءا أو عندما لا يتمتع بهذه الحرية إلا فيما يرجع إلى الاستفسار حول المقصود ببنودها؛ فإن هذا المتعاقد لا يستطيع التمسك بغموض البنود للمطالبة بإعمال المعنى الذي يخدم مصلحته متى كان هذا المعنى غير مطابق للمعنى الحرفي النحوي للبند: انظر في هذا الصدد: جان – ليك أوبير: المرجع السابق من رقم 356 إلى 360 في ص. من 329 إلى 333.

[4]- تنص المادة 66 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أن "السؤال معاد في الجواب يعني أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به". –وحسب سانتيانا فإن هذا النص يعد من الأصول المعتمدة لديه عند صياغة الشق الأول من الفصل 34 من مشروعه التمهيدي وبالتالي من الفصل 32 من المجلة التونسية أو الفصل 28 من ق.ل.ع.م.

وهكذا يتضح من كل ما سبق أن فهم لفظة "الملتزم" المنصوص عليها في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. في ضوء ما يمكن أن يستغرقه الفصل 28 من ق.ل.ع.م. من الفرضيات العقدية في الواقع، من شأنه أن يسمح بإعطاء معنى القابل للفظة "الملتزم" بغض النظر عما إذا كان هذا القابل دائنا أو مدينا. ولذلك فإن مصلحة هذا القابل، وفي ضوء فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م. هي التي يتم تغليبها على حساب مصلحة الموجب الذي يبادر بصفة ثابتة نهائية إلى تحديد مضمون العقد في نفس الفرضيات.

623- غير أن السؤال يبقى مطروحا لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى المحدد للفظة "الملتزم" في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. هو مجرد معنى فرعي يستغرقه ما مر بنا قبله من معنى المدعى عليه نفسه؟

الواقع أن الذين تعرضوا، في فرنسا، إلى كون العقد يؤول في حالة الشك ضد من أخذ المبادرة التعاقدية –وهو المشترط[1]، ولمصلحة القابل حسب تعبير جان- ليك أوبير[2]؛ اعتبروه معنى مستقلا عن معنى المدين ولكنهم لم يثيروا مسألة مدى اتصاله بمعنى المدعى عليه.

وإذا كانت مسألة الاستقلال أو عدم الاستقلال عن معنى المدعى عليه لا تتسم بأية أهمية أمام وجود نص صريح يقضي بضرورة التعبير عن المبادرة التعاقدية أو تحرير العقد بعبارات واضحة كما هو الشأن بالنسبة لعقد التأمين الذي يخضع لمثل هذا الوضوح في التحرير بالأساس كما تقضي بذلك المادة 11 من مدونة التأمينات الجديدة؛ فإن هذه الأهمية تقوم عندما لا يوجد أمام القاضي ما يؤسس عليه حكمه أو قراره من النصوص القانونية الصريحة. بمعنى أنه في حالة عقد التأمين مثلا يكفي القاضي أن يؤول الشك الممتنع عن الرفع لمصلحة المؤمَّن له في ضوء المادة 11 من المدونة المذكورة قبله ولو لم يستند إلى الفصل 473 من ق.ل.ع.م. أما في غير هذه الحالة، فإن الخروج عن فهم "الملتزم" في الفصل 437 على أنه المدين من شأنه أن يعرض حكم (أو قرار) قاضي الموضوع لإلغاء الدرجة التي تعلوه أو لنقض محكمة مراقبة تطبيق القانون (المجلس الأعلى: محكمة النقض) نظرا لهيمنة الفهم الحرفي النحوي على هذا القضاء كما مر بنا؛ ولذلك يستطيع أن يعتبر المعلن للقبول الإجمالي في ظل فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م.، والذي يؤول الشك لمصلحته مجرد مدعى عليه. ولا يبقى له إلا أن يبرر وصفه بهذه الصفة.

[1]- انظر بالأساس فقرة 620 قبله.

[2]- جان- ليك أوبير: المرجع السابق رقم 367 ص.338. والجدير بالتنبيه أن فهم الملتزم بمعنى المشترط الذي يؤول العقد ضده في حالة الشك ينطبق من باب أولى على المورد(المهني) في كافة العقود المنظمة في القانون رقم 08-31 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك إذ في حالة الشك الذي يتعذر رفعه يؤول العقد لمصلحة المستهلك.

624- والواقع، في تقديرنا، أن اعتبار صاحب القبول الإجمالي مدعى عليه يرتكز على جملة من المبررات التي يمكن جعلها أصولا (مبادئ) يستطيع القاضي الاسترشاد بها كمرجع للفهم أو لما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع يغنيه عن البحث الذي لا طائل له. وفي ضوئه يستطيع تغليب مصلحة صاحب القبول الإجمالي بمجرد حصول الشك الذي لا يمكن رفعه وثبوت تمتع المتعاقد بصفة صاحب القبول الإجمالي.

وهكذا فإلى جانب الأصول الرومانية للفصل 473 القاضية بتأويل الشك ضد المشترط ولمصلحة من تعاقد معه[1]؛ يمكن أن نؤكد بلسان ابن قيم الجوزية الدمشقي على أن: "القصد من الخطاب قيام مصالح النوع الإنساني بالفهم والتفهيم"[2] وأنه "لما كان المقصود بالخطاب دلالة السامع وإفهامه مراد المتكلم من كلامه وأن يبين له ما في نفسه من المعاني وأن يدله على ذلك بأقرب الطرق كان ذاك موقوفا على أمرين: بيان المتكلم وتمكن السامع من الفهم.... فلابد من تمكن السامع من الفهم وحصول الإفهام من المتكلم"[3].

وعندما يرد خطاب المتعاقد في كتاب فإن هذا الكتاب ، حسب ابن نجيم الحنفي، يبقى محتملا إلى أن يقرأ ويفهم وإلا بقي الكتاب على احتماله[4]. وبتطبيق هذه الفكرة على الكتب التي ترد فيها المبادرة التعاقدية الثابتة النهائية فيما يرجع إلى تحديد مضمون العقد نجد أن أصحاب هذه الكتب لا يمنحون الفرصة في الغالب حتى للاستفسار حول دلالة ألفاظها. بل الأكثر من هذا فإن ما يقدم للتوقيع من هذا الكتب لا يشكل إلا مختصرا لجملة من البنود التي لا تظهر بكاملها إلا عند حصول النزاع كما يحصل بالأساس في عقد التأمين. كما أن بعض الكتب الأخرى وإن استوفت كامل البنود التي تقدم للقاضي عند النزاع في شأنها إلا أنها تظل مبهمة في وضوحها بالنسبة لكثير من الأشخاص الغرباء بالدرجة الأولى عن الميدان المتصلة به. فكيف يستطيع الفلاح العادي الراغب في بيع غلته لحرفي أن يفهم تلك البنود التي تتحدث مثلا في بيع الحبوب عن النسبة التي لا تحتسب في الوزن أو الكيل كمقابل لما قد يختلط بها من الأجسام الغريبة، أو عن النسبة المعتبرة من قبيل اليسارة الخارجة عن الوزن أو الكيل.

إن الوصف الذي يليق إطلاقه في الأمثلة المارة بنا على المتعاقد الذي يملي شروطه بصفة ثابتة نهائية لا يملك معها الطرف الآخر ، إن هو أراد التعاقد، إلا أن

[1]- انظر بالأساس فقرة 594 قبله.
[2]- محمد بن الموصلي: مختصر الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي: دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1985 ج.2 ص. 264.
[3]- محمد بن الموصلي: المرجع قبله، ج.1 ص. 35.
[4]- ابن نجيم الحنفي : الأشباه والنظائر : مرجع سابق ص . 502 .

يقبلها بصفة إجمالية ' هو الآمر. والأصل كما يقول فابروكيت أن "من يأمر يؤدي" (qui ordonne paie) [1] . وإذا جاز ترجمة هذا الأصل (المبدأ) بكون غرم الأمر ونقمته إنما هو بغنمه ونعمته، فلا يمكن أن يتمثل الأداء أو الغرم والنقمة إلا في تغليب مصلحة صاحب القبول الإجمالي في فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م. ضد مصلحة المشترط الذي يبقى التصرف المبرم بينه وبين الأول محل شك يتعذر رفعه. ولا شك أن اعتماد هذا الأصل (المبدأ) من شأنه أن يغنينا عن التمسك بالفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع.م. لجعل هذا المشترط مسئولا عن تقصيره في توضيح مبادرته التعاقدية الثابتة النهائية والمقدمة للقبول الإجمالي الخالي من التمتع بأية حرية في المناقشة أو الاستفسار.

625 – وبعد، فسواء قام أو لم يقم ما مر بنا من المبررات أصولا (مبادئ) من شأنها أن تجعل صاحب القبول الإجمالي مجرد معنى خاص للمدعى عليه في فرضيات الفصل 28 من ق.ل.ع.م.، فإن ما نبقى متشبثين بالاقتناع به، هو أن لفظة "الملتزم" الواردة في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. ليست لفظة صريحة في تمحضها لمعنى المدين فقط: إنها قد تفيد أيضا معنى المدعى عليه بالمفهوم الواسع أو على الأقل معنى صاحب القبول في فرضيات الفصل 28 من .ق.ل.ع.م. وهذا المعنى الأخير وإن لم يؤسس في فرنسا على ما قدمناه من المبررات، فإن هناك ليس في الفقه فقط [2] وإنما في القضاء أيضا من يؤسسه على حسن النية[3]. لا بل هناك حتى من يؤسسه على القسط أو الإنصاف[4]. ومثل هذا التصور لو أخذنا به لقلنا إن الفصل 231 من ق.ل.ع.م. من شأنه أن يغنينا عن متاعب الفصل 473 ق.ل.ع.م. أو على الأقل لقلنا إن هذا الفصل الأخير يجد أساسه بدوره في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. الذي نرى الانتقال إلى دراسة قاعدتي حسن النية والإنصاف فيه.

[1] . فابروكيت : المنطق القضائي وفن الحكم : مرجع سابق ص . 216 .
[2] - أنظر في هذا الصدد : جان- ليك أوبير إذ ورد في مرجعه المشار إليه في السابق (رقم 365 ص. 336) أن سالي دلامارنيير (Sallé de la marnière) يلح على وضع الالتزام بحسن النية على عاتق محرر التصرف.
[3]- انظر في هذا الصدد: جورج بيرليوز: المرجع السابق، رقم 244 ص. 126.
[4]- سانتا ماريا: المرجع السابق رقم 21، ص. 70. -مازو: دروس القانون المدني: ج.2، المجلد الأول: الالتزامات: النظرية العامة: مرجع سابق، رقم 350 ص. 317.

الفصل الثاني :
قاعدتا الفصل 231 من ق.ل.ع.م وتأمل ما يسمى بفكرة عقود الإذعان من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة

626- يعتبر الإنصاف وحسن النية من أهم القواعد التي يرى أنصار ما يسمى بعقود الإذعان الارتكاز عليها لحل ما تثيره هذه العقود من مشاكل في التأويل. وإذا كان علينا أن نتأمل هذا الوصف كما أعلنا على ذلك في مستهل هذا الباب, في ضوء الدوافع التي أفضت إلى المناداة به وما يقتضه الواقع الراهن، فعلينا أولا أن نضبط حقيقة مدلول قاعدتي حسن النية والإنصاف كما يكرسهما الفصل 231 من ق.ل.ع.م.

وعليه فإننا سنعالج ما سبق في الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول قاعدتا حسن النية والإنصاف في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. ومدى ارتباطهما بتأويل التصرفات القانونية.**
- **الفرع الثاني تأمل ما يسمى بفكرة عقود الإذعان المبنية بالأساس على حسن النية أو الإنصاف من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة.**

الفرع الأول :
قاعدتا حسن النية والإنصاف في الفصل 231 من ق.ل.ع.م ومدى ارتباطهما بتأويل التصرفات القانونية

تمهيد :

627 – ينص الفصل 231 من ق.ل.ع.م.[1] على أن : "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل الملحقات التي يقررها التشريع[2] أو العادة[3] أو الإنصاف للالتزام وفقا لما تقتضيه طبيعة هذا الأخير."[4]

628- ولقد نقل هذا النص من الفصل 243 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود[5] والذي اقتصر بدوره على ترديد مقتضيات الفصل 266 من المشروع التمهيدي لسانتيبانا[6].

ولاشك أن سانتيبانا في صياغة نصه المذكور قد آثر تكريس مضمون كل من الفقرة الثالثة من الفصل 1134 والفصل 1135 من القانون المدني الفرنسي[7]

[1]- هذه الترجمة التي نقترحها لا تختلف عن تلك المتداولة إلا فيما يرجع إلى تدقيق بعض الألفاظ والزيادة في توضيح ما من شأنه أن يكون مثار إبهام. وتجري الترجمة متداولة عل النحو التالي : " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية . وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته ".

[2]-تستعمل الترجمة المتداولة لفظة "القانون". والحقيقة فإن استعمال هذه اللفظة يقتضي منطقيا الاستغناء عما جاء بعدها لأن القانون ينصرف إلى كل ما يمكن اعتباره قاعدة قانونية خاصة بالمتعاقدين أو موضوعية تلزم الجميع أي إلى كل ما يمكن اعتباره مصدرا للقاعدة القانونية الذاتية أو الموضوعية أي التشريع والعادة والعرف والإنصاف إلى جانب التصرف حسب مفهوم الفصل 230 من ق.ل.ع.م.

[3] -تستعمل الترجمة المتداولة لفظة " العرف" . و الحال أن المراد، كما جاء في النص الفرنسي الأصلي للفصل 231 ، هو العادة بمفهوم الفصل 463 المار بنا. ويمكن الذهاب إلى أن استعمال لفظتي " القانون " و " العرف " في الترجمة المتداولة لا يخرج عن الاستعمال المجازي الذي لا يراد به في الحقيقة إلا فردا من أفراد معانيه وهو التشريع بالنسبة للقانون أو جنس العادة بالنسبة لنوع تحت هذا الجنس وهو العرف.

[4] - L'art. 231 du D.O.C., « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

[5]- ينص الفصل 243 تونسي، حسب ترجمته الرسمية، على أنه: "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة. ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب في الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

[6] - L'art. 266 de l'avant –projet de Santillana : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

[7] - L'alinéa 3 de l'art. 1134 du code civil Français :

ولكن، ربما، بعد أخذه في الاعتبار المبررات[1] التي أفضت بالقانون المدني الإيطالي لسنة 1865 إلى أن يجمع بين النصين الفرنسيين في نص واحد هو الفصل 1124 منه[2].

629- وبعد، فإن ما نرمي إلى دراسته في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. يكمن في محاولة ضبط مدلوله. ومع ذلك يجدر بنا أن نلاحظ في هذا الصدد أن الفصل 231 المذكور يتعلق بمجموعة من القواعد التي يمكن إخضاع العقد لها فيما يرجع بالأساس إلى مسألة إعماله. وتتصل هذه القواعد، حسب ترتيبها في النص المغربي المار بنا، بكل من حسن النية والتشريع والعادة والإنصاف[3].

وبما أن أمر التشريع والعادة قد سبق لنا معالجته عند دراسة الفصل 463 من ق.ل.ع.م. لذلك نرى أن نقتصر في محاولة ضبط مدلول الفصل 231، من نفس القانون قبله, على ما اختص به وحده في التنصيص عليه دون غيره من النصوص الأخرى المتصلة بالتأويل في ق.ل.ع.م. وما اختص به الفصل 231 مغربي لا يتعلق في الحقيقة إلا بما أصبح متداولا في الكتابات الفقهية أو النصوص القانونية أو القضائية العربية بحسن النية وكذا بما يوصف في هذا المكتوب العربي بأوصاف متعددة منها ما اعتمدته الترجمة المتداولة للفصل 231 مغربي والمتمثل في الإنصاف من جهة أخرى.

« Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».
- L'art. 1135 du C.CIV. Français : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

[1]- لقد عبر فرانسوا لوران عن هذه المبررات عند تعليقه على الفصل 1087 من مشروعه التمهيدي (مرجع سابق، ج.4 ص.72) عندما ذهب إلى أن الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 1134 مدني فرنسي (أي الفصل 230 من ق.ل.ع.م. المنقول بالحرف من الفصل 242 من المجلة التونسية وبالتالي من الفصل 265 من المشروع التمهيدي لسانتيانا) تتعلقان بلزوم العقد وبالتالي عدم جواز الرجوع فيه من حيث المبدأ. أما الفقرة الثالثة في نفس الفصل 1134 فليس لها أية علاقة بعدم جواز الرجوع في العقد اللازم وهي تتصل بالفصل 1135 الذي يتضمن قواعد مماثلة. ولذلك آثرنا استعارة الفصل 1087 من مشروعنا التمهيدي لصياغة الفصل 1124 من القانون المدني الإيطالي. وينص الفصل 1087 من مشروع لوران على ما يلي:
« Les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

[2] - L'art. 1124 de l'ancien code civ. Italien : « Les contrats doivent être exécuté de bonne foi, et ils obligent non seulement à ce qui y a été exprimé mais encore à toutes les conséquences qui en dérivent suivant l'équité, l'usage et la loi ».
انظر هذا النص في هنري برودوم: المرجع السابق ص. 271.

[3]- لقد اختار الفصل 1135 من القانون المدني الفرنسي ترتيبا معكوسا للترتيب المعتمد في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. والترتيب المتبع في النص المدني الفرنسي كالتالي: الإنصاف فالعادة وأخيرا التشريع.

وإذا كانت محاولة ضبط مدلول الفصل 231 مغربي فيما يرجع إلى كل من حسن النية والإنصاف تستوجب البحث عما لهذين المفهومين من علاقة بتأويل التصرفات القانونية؛ فإن الطابع المطاطي لهذين المفهومين يجعلهما من المفاهيم المحتملة لمعاني متعددة. ولاشك أن هذا الاحتمال من شأنه أن ينعكس على حقيقة ماهيتهما وطبيعتهما وبالتالي على الفهم الذي ينبغي أن يعطى لهما. ولذلك نرى أن نتعرض لهذين المفهومين بالبحث من خلال محاولة إبراز ما لهما من المعاني المتعددة وما يمكن أن تتجسد فيه طبيعتهما وبالتالي مدى ما لكل منهما من علاقة بتأويل التصرفات القانونية.

وسنتناول ما ننوي دراسته في هذا الصدد في مبحثين كالتالي:
- **المبحث الأول : تحديد مفهوم حسن النية من حيث تعدد معانيه ومدى ارتباط طبيعته بتأويل التصرفات القانونية.**
- **المبحث الثاني : تحديد مفهوم الإنصاف من حيث تعدد معانيه وطبيعته ومدى ارتباطه بتأويل التصرفات القانونية.**

المبحث الأول :
تحديد مفهوم حسن النية من حيث تعدد معانيه ومدى ارتباط طبيعته بتأويل التصرفات القانونية

630- نرى أن نعالج المطلوب من العنوان أعلاه في مطلبين كالتالي:
- **المطلب الأول: المعاني المتعددة لحسن النية.**
- **المطلب الثاني: مدى ارتباط طبيعة حسن النية بتأويل التصرفات القانونية.**

المطلب الأول :
المعاني المتعددة لحسن النية

631- عندما تساءل فابروكيت عن معنى حسن النية أجاب[1]: "هو النية المستقيمة، الصدق، هو عكس الخيانة، عكس الخداع، عكس الغش أو التحريف. إن

[1]- فابروكيت: المرجع السابق ص. 404. -وفي معرض حديثه عن مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 1134 مدني فرنسي المتعلقة بوجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية، ذهب فابروكيت إلى أن هذا النص يستبعد الحيل والأعمال الاحتيالية

حسن النية ينظر إليه أيضا بالمعنى المرادف للقسط (الإنصاف). وأخيرا فإنه يعني الرأي الواصف للشخص الذي يتصرف على وفق ما له من الحق أي بصفة مشروعة".

والحقيقة فإن هذه المعاني ليست وليدة اليوم ولا حتى الأمس القريب. كما أن هذا التعدد في المعاني لم يلصق باصطلاح حسن النية دفعة واحدة: إنه نتاج التراكمات التي عرفها هذا الاصطلاح منذ أن تمكن العقل البشري من إبداعه بدءا، ربما، بالعقل الإغريقي ومرورا بالعقل الروماني[1] الذي أدى عند تطوره إلى جعل يوستينيان –بل تريبونيان (Tribonien)[2] –يستهل الديجست (البانديكتا) بالمبادئ الموجهة لسلوك الخاضع للقانون المدني وهي: "العيش بشرف وعدم الإضرار بالغير ولكلٍّ ما لَهُ من الحق" " honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere."[3].

ويمكن التعبير عن مبدأ "لكل ما لَهُ من الحق" بفكرة احترام العهود (fides)[4]، وهو مبدأ يتصل كما سنرى بالعدل الشكلي.

إن هذا هو المعنى الأول الذي يمكن إعطاؤه لاصطلاح حسن النية. ومن هنا اقتضى هذا المفهوم تنفيذ الاتفاقات[5] (bona fides exigit ut quod conveni fial)[6]. والتنفيذ بدوره لا ينبغي أن يصدر عن غش أو تدليس: إنه من المعاني الأخرى لحسن النية (fides bona, contraria est fraudi et dolo)[7].

وهذه المعاني الأولية التي تحرص على إتباع الصدق والأمانة والوفاء، يلازمها أيضا الابتعاد عن كل تحايل يرمي إلى رفض القانون أو على الأقل إلى المجادلة

والأساليب غير الشريفة والحسابات المغشوشة والتستر على العيوب وإضمار التحفظات والتصريحات الكاذبة والصورية الرامية إلى الخداع والتحايل والغش: المرجع السابق ص. 406.

[1]- لا أحد ينكر في الوقت الراهن أن مفاهيم كحسن النية والإنصاف انتقلت إلى الثقافة الرومانية من الثقافة الإغريقية: انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: ميشيل فيللي: - دروس تاريخ فلسفة القانون، طبعة جديدة، داللوز، باريس، 1962 ص. 23 و31 وما بعدها. – فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون، داللوز، باريس، 1975 ص. 51 ومن ص. 55 إلى 99. –صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني: دار النهضة العربية، القاهرة، 1964 ص.22 و26 و142.

[2]- نقول –بل تريبونيان- لأن هذا الأخير هو الذي كان مقررا للجنة التي وضعت الديجست.

[3]-انظر: ميشيل فيللي: فلسفة القانون: تعاريق ومقاصد القانون: مرجع سابق ص. 95.

[4]- ميشيل فيللي: فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق ص. 99.

[5]- صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص.26 و141 و142.

[6]- فابروكيت: المرجع السابق، ص. 208.

[7]- فابروكيت: المرجع السابق، ص. 208. –انظر أيضا:

François Gorphe : Le principe de la bonne foi –thèse- Librairie Dailoz, Paris, 1928 p. 10.

فيه؛ إذ المجادلة في دقائق القانون تخالف حسن النية (bonae fidei non, congruit de apicibus juris disputare)[1].

632- ومثل هذه المعاني الأولية التي ستنضاف إليها معاني أخرى مع تغلغل المسيحية، كمعنى الاعتقاد في الظاهر بسبب عدم العلم أي الجهل أو ما يمكن تسميته بالنية الشريفة[2]، لا تستقل بها الثقافة الرومانية الجرمانية؛ ذلك أن ما يناسبها نجده حتى في الثقافة الإسلامية المرتكزة على ما في القرآن من ضرورة الوفاء بالعقود[3] أو العهد[4]، كما ترتكز على المأثورات النبوية (السنة) وفيها ما يحث على درء الخداع والمكر[5] والتعامل باليسارة أو السماحة[6] وعدم إضمار أكل أموال الناس بالباطل مع إظهار ما يوجب الصدق والأمانة[7] والرفق في المطالبة بالحق[8] وتفادي ما يقلق ويزعج المطالب بحقه[9] وتجنب الغش[10].

إن هذه الأفكار أو المعاني التي يمكن وصفها بالأخلاقية[11] والتي لا ترمي في آخر المطاف إلا إلى تحقيق ما يمكن تسميته بـ "الإنسان العادل" بالمفهوم الأرسطي

[1]- فابروكيت: المرجع السابق: ص. 208.- يقول ابن فرحون في تبصرته (مرجع سابق,ج.2 ص.111) " من تكلم في عالم بما لا يجب ضرب أربعين.".

[2]- فرانسوا كورف: المرجع السابق ص 11.

[3]- قال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود". (سورة المائدة، الآية 1).

[4]- قال الله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا" (سورة الإسراء، آخر الآية 34).

[5]- "إذا بايعت فقل لا خلابة" : حديث شريف: عن موطأ الإمام مالك على رواية يحيى بن يحيى، دار الكتب الجزائرية، بدون تاريخ الطبع، رقم 1381 ص. 382.

[6]- "رحم الله عبدا سمحا إذا باع سمحا إذا اشترى سمحا إذا اقتضى". :حديث شريف: عن سنن أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، 1975، ج.2 : كتاب التجارات رقم 2203 ص. 742. –انظر أيضا موطأ الإمام مالك: مرجع سابق رقم 1383 ص. 382 و383. –وفي حديث آخر: "إن خيركم (أو من خيركم) أحاسنكم قضاء". عن سنن ابن ماجة: مرجع سابق، ج.2: كتاب الصدقات رقم 2423 ص. 809.

[7]- "أيما رجل يدين دينا وهو مجمع أن لا يوفيه إياه لقي الله سارقا". : حديث شريف: عن سنن ابن ماجة: مرجع سابق، ج.2 : كتاب الصدقات رقم 2410 ص 805 وما بعدها.

[8]- من طالب حقا ليطلبه في عفاف واف أو غير واف": حديث شريف: عن سنن ابن ماجة: مرجع سابق، ج. 2: كتاب الصدقات رقم2421 ص. 809.

[9]-"لا تُدست أمة لا يأخذ الضعيف فيها حقه غيرُ مُتَعْتَعٍ". : حديث شريف. –والمقصود "بغير متعتع": من غير أن يصيبه أذى يقلقه ويزعجه. عن: سنن ابن ماجة: المرجع السابق، ج. 2 : كتاب الصدقات رقم 2426 ص. 810.

[10]- "ليس منا من غش": حديث شريف: عن: سنن ابن ماجة: مرجع سابق، ج.2 :كتاب التجارات رقم 2223 ص 749 وفي حديث آخر: ".... من غشنا فليس منا". : عن سنن ابن ماجة: مرجع سابق، ج.2 : كتاب التجارات رقم 2224 ص.749.

[11]- نصفها بالأخلاقية لأن هذه الأفكار ترتكز على جانب المنع ليس إلا. والمنع من خصوصيات الأخلاق. أما القانون، على الأقل من منظوره العملي السائد، فلا يهمه أمر المنع ولو تعلق الأمر بالقانون الجنائي: فهذا القانون لا يهمه بصفة مباشرة إلا العقاب. وإذا ما أسند له دور تربوي، فإن تربيته تقتصر على الردع ليس إلا من حيث المبدأ طبعا. وكذلك فإن القانون المدني يهدف إلى توزيع الحماية على المتعاقدين. وهذه الحماية إما إيجابية وهي تلك التي تمنح الصحة للعقد، أو سلبية وهي التي تسحب هذه الصحة عنه من خلال الإبطال أو البطلان: انظر في هذا الصدد: ميشيل فيللي: -

أي الإنسان الشجاع، الحذر، المعتدل، الشريف، المتواضع، القنوع[1]؛ قيل بوجود أصداء كثيرة لها في القانون التعاقدي[2] وعلى رأسها ما يفترضه ق.ل.ع.م. من حسن النية في العقود إلى أن يثبت العكس (الفصل 477 منه).

633- ولقد حاول جوزيف بيكار أن يبحث عن تجسيد القانون المدني الفرنسي لمختلف هذه المعاني التي يكتنزها اصطلاح حسن النية، فقام بتصنيفها إلى أربعة أصناف يضم كل منها مجموعة من الأقسام وهي[3] بعد نقل هذه المحاولة إلى ق.ل.ع.م.

1- صنف معاني حسن النية العائدة إلى الفكرة العامة للصدق والأمانة والاستقامة في العلاقات التعاقدية :

634- ويضم هذا الصنف الأقسام التالية :

* **قسم المعنى المفيد لنقيض التدليس والإكراه وقت إبرام العقود:** فكل الفصول المنظمة للتدليس والإكراه في ق.ل.ع.م. ترمي إلى حماية العقود منظورا إليها من زاوية هذا المعنى لحسن النية أي الفصول 52 و53 ومن 45 إلى 51 ومن 311 إلى 314 و317 و318.

* **قسم المعنى المفيد لتجنب فهم القانون بمعناه المضبوط والصارم عند تأويل الاتفاقات:** وحسب الرأي السائد فإن حسن النية في هذا الصدد يعني تأويل العقود على وفق النية المشتركة للمتعاقدين والغرض المتوخى عند التعاقد. فهذا المعنى هو الذي يتلاءم حسب بيكار مع الفقرة الثالثة من الفصل 1134 مدني فرنسي (أي الفصل 231 من ق.ل.ع.م.)[4].

نقد الفكر القانوني الحديث (12 محاولة أخرى)، داللوز، 1976 ص.21 و38. – فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق رقم 42 ص. 75 و76.

[1]- ميشيل فيللي: فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق ص. 59 و64 و72.

[2]- خلافا للقانون الروماني الذي كان يميز في مرحلة منه بين عقود القانون بالمعنى المضبوط وعقود حسن النية فإن القوانين الحديثة تنظر إلى العقود في مجموعها على أنها عقود حسن النية، مدنية كانت أو تجارية: انظر في هذا الصدد: -فابروكيت: المرجع السابق، ص. 405. -انظر أيضا: رولان و بوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.1، 1977، ص. 119 -فرانسوا كورف: مبدأ حسن النية: مرجع سابق ص. 19.

[3] - Joseph Becquart : Les mots à sens multiples : contribution du perfectionnement du vocabulaire juridique –P.U.F., Paris, 1928, n° 38, p.p. 69 à 72.

[4]- جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 18 فبراير 1957: "إن الاتفاقات المبرمة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها. وعليه فإن لا يجوز للمكتري أن يتوقف عن أداء الأكرية بدعوى ان المكري لم ينفذ الأعباء الموضوعة على عاتقه وأن مبلغ الكراء مبالغ فيه بل وغير مشروع.... إن عدم أداء الأكرية خلال مواعيدها المعتادة يشكل سوء نية...." (منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ج. 19 ص. 120 و121). كما جاء في القرار عدد 4749 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 7 ماي 1946 أن: "الاتفاقات

* **قسم المعنى المفيد لنقيض الغش والتحايل عند تنفيذ الالتزامات:** إن المعنى المقصود في هذا القسم هو ذلك المتجلي في الاستقامة. وإذا كان هذا المعنى ينصرف بالأساس إلى عدم الغش، فإنه بالمقابل لا يهم ما قد يرتكب من مظان الخطأ كالإهمال أو التقصير غير المقصود.

ومن تطبيقات هذا المعنى في ق.ل.ع.م. نذكر على سبيل المثال الفصول: 240[1] و263[2] و1019[3] و1043[4] و1046[5].

2- صنف المعنى المفيد لعدم ارتكاب الشخص أي خطأ :

635- إن حسن النية بمعنى عدم ارتكاب أي خطأ هو الذي يبرر مثلا عدم اعتبار الدائن مماطلا في فرضية الفصل 271 من ق.ل.ع.م. وبعض فرضيات الفصل 272 من نفس القانون، أو عدم اعتبار المدين مماطلا عند وجود سبب مشروع في فرضية الفصل 254 أو عند حصول الإنذار في وقت أو مكان "لا يكون التنفيذ فيهما واجبا" في فرضية الفصل 258 من ق.ل.ع.م.

3- صنف المعاني المفيدة لحالة الجهالة التي يوجد فيها الشخص:

636- قد يعتقد الشخص بحسن نية أنه صاحب حق[6]، أو أن تصرفه يرتكز على وجود قاعدة قانونية أو على وجود أو عدم وجود أمر واقعي.

* ومن الأمثلة على الاعتقاد بحسن نية في وجود الحق على الرغم من أنه غير موجود في الحقيقة، يمكن أن نذكر فرضية الحائز حسن النية للشيء بموجب دليل تعاقدي يجهل عيوبه (الفصل 103 من ق.ل.ع.م.)، وفرضية الحيازة في المنقول

الواقعة عن طيب نفس تقوم مقام القانون بين من صدرت منهم وأن العقود التي تتضمنها يجب تأويلها بحسن نية أي اعتبار قصد المتعاقدين". : عن: محمود ابن الشيخ: مجلة الالتزامات والعقود التونسية معدلة ومعلقا على فصولها بأحكام القضاء، الشركة التونسية لفنون الرسم، 1966 ص. 80 رقم 2 أسفل الفصل 243 تونسي. –بلقاسم الشابي القروي: مجلة الالتزامات والعقود معدلة بأحدث القوانين ومعلق عليها بأكثر من ألف وستمائة قرار من عمل محكمة التعقيب، المطبعة الرسمية التونسية، 1986 ص. 100 الهامش 97 أسفل الصفحة 243 تونسي.

[1]- يتعلق بالوفاء الحاصل بحسن نية لغير صاحب الحق الحقيقي كالوارث الظاهر.

[2]- يتعلق بالتعويض المستحق عن عدم التنفيذ أو التماطل ولو بحسن نية.

[3]- يتعلق بالصلاحيات الممنوحة لكل شريك في شركة المفاوضة والتي يلتزم فيها بعدم الغش.

[4]- يتعلق بسريان آثار التصرفات التي يجريها أحد الشركاء مع الغير تجاه جميع الشركاء الآخرين في شركة المفاوضة ما لم تنعقد هذه التصرفات عن غش.

[5]- يتعلق بالمسؤولية التضامنية لجميع الشركاء عن الغش أو الاحتيال الذي يلجأ إليه المتصرف الممثل للشركة في تصرفاته مع الأغيار حسني النية.

[6]- أو يعتقد بحسن نية أنه صاحب التزام: انظر في هذا الصدد فرضيات الفصلين 68 و70 من ق.ل.ع.م. على سبيل المثال.

بحسن نية (الفصل 456 من ق.ل.ع.م.)، وفرضية تفضيل الحائز حسن النية على صاحب السند ولكن بدون حيازة ولو كان حسن النية أيضا (الفصلان 457 و459 من ق.ل.ع.م.)[1]، وفرضية من يشتري بحسن نية الشيء المملوك للغير اعتقادا منه بأنه مملوك للبائع (الفصل 485 من ق.ل.ع.م.)، وفرضية عدم إمكانية مطالبة وارث المودع عنده بالتعويض عندما يقوم هذا الوارث، بحسن نية، ببيع الشيء المودع (الفصل 811 من ق.ل.ع.م).

* وكذلك فإن التصرف المرتكز على الاعتقاد عن جهل (حسن نية) في وجود قاعدة قانونية يتجسد بالأساس في الفصل 40 من ق.ل.ع.م. والمتعلق بالغلط في القانون. ويمكن اعتبار الفقرة الرابعة من الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية والميراث المغربية, أي المادة 16 من مدونة الأسرة, من تطبيقات هذه الفكرة أيضا باعتبار أن الاستثناء المكرس في الفقرة المذكورة قبله إنما يفترض فيه حسن النية بمعنى الجهل بوجود قاعدة قانونية تحدد الشروط الواجب توافرها لصحة عقد الزواج.

* كما أن النصوص المقدمة للغلط في الواقع في ق.ل.ع.م. وبالأساس الغلط الواقع في الشيء (الفصل 41 منه)، إنما صدرت عن معنى حسن النية المتمثل في الاعتقاد أو الجهل بوجود أمر واقعي.

4- صنف المعنى المفيد لكافة المعاني السابقة :

637- يجد استخدام حسن النية بمعناه المستغرق لكافة المعاني المارة بنا تطبيقه في الفصل 477 من ق.ل.ع.م. إذ ينص، حسب ترجمته المتداولة، على أن: "حسن النية يفترض دائما مادام العكس لم يثبت[2]. فما هي الطبيعة التي يمكن لحسن النية أن يتسم بها في ضوء هذا المعنى العام المفصل وإلى أي حد يمكن أن يرتبط بتأويل التصرفات القانونية؟

[1]- انظر أيضا الفرضية الأخيرة في الفصل 75 وفرضية الفصل 76 من ق.ل.ع.م.

[2]- تجدر الإشارة إلى أن ق.ل.ع.م. يتعرض لحسن النية في جملة من النصوص الأخرى نذكر منها ما يلي: -الفصول 67 و68 و76 (حسن النية ودفع غير المستحق). -الفصل 125 (حصول الشرط وما يكتسبه الغير بحسن نية). - الفصول 292 و293 و295 (حسن النية وحق الحبس). -الفصل 354 (تجديد الالتزام وحسن النية لدى الغير). - الفصول 532 و540 و556 (حسن نية البائع). -الفصل 540 (حسن نية المشتري). -الفصل 643 (حسن نية المكري). -الفصل 697 (حسن نية المكتري). -الفصل 828 (ما يصرفه الموقوف تحت يده بحسن نية). -الفصلان 911 و934 (الوكالة وحسن نية الغير). -الفصل 1040 (قبض الربح من قبل الشريك بحسن النية). -الفصل 1046 (مسؤولية الشركاء إزاء الغير حسن النية). -الفصل 1057 (الخروج من الشركة بحسن نية). -الفصل 1091 (نقض القسمة والغير حسن النية). -الفصلان 1111 و1115 (الصلح وحسن النية). -الفصلان 1187 و1239 (الرهن وحسن النية).

المطلب الثاني :
مدى ارتباط طبيعة حسن النية بتأويل التصرفات القانونية

638- قد يُسلم المرء بكون حسن النية هو روح التعامل الاجتماعي[1]، أو هو من المحاور الأساسية التي تدور حولها كافة العلاقات الرابطة للأفراد فيما بينهم داخل المجتمع[2]، إلى جانب ما يوصف بالإنصاف والمصلحة العامة[3].

إن ما يشفع لهذا التسليم يكمن في أن هذه القيم الاجتماعية ترسلها الألسن ورودا أو سهاما، وتستنشقها الصدور هواء طيبا مريحا للنفوس وتلفظها منسوجا من الحرير أو من الأسلاك الحديدة لتستر به ما قد يكون طالحا أو لتجلب به ما قد يظهر نافعا أو لتدرأ به ما قد يبدو ضارا؛ وهذا بغض النظر عما إذا كان أصحاب هذه الألسن والصدور من المهتمين بالميدان القانوني أو ممن يسمون بعامة الناس: إن حسن النية، لهذا الاعتبار، يعد أعرف عند الناس كافة من كل ما هو معروف لديهم.

639- ولكن لنقف عند المهتمين بالميدان القانوني ونتساءل عن التحديد الذي يقومون به لطبيعة حسن النية المجسدة لماهيته وجوهره؟

إن أنصار الإرادية في اتجاهها الكلاسيكي (أو ما يسمى بأنصار سلطان الإرادة) يقتصرون، إلى جانب تأسيس حسن النية على الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمتعاقدين[4]، على تعريفه من خلال أحد أو بعض المعاني المارة بنا قبله. بل الأكثر من هذا فإن مناهضي الإرادية الكلاسيكية اتبعوا هذا المسلك على الرغم من أن بعضهم تمادى في ترديد مفهوم حسن النية إلى جانب ما يلازمه من الإنصاف والمصلحة العامة كملطف أو مقيد لتعسفات الإرادة أو كبديل نهائي لهذه الإرادة وخاصة في ميدان ما يوصف بعقود الإذعان.

وهكذا نجد كوكييه يقتصر على ترديد ما قاله لارومبيير (Larombière) كأحسن إجابة عن تساؤله حول تعريف حسن النية. ويتمثل في أن حسن النية يعبر عن كل الأحاسيس الشريفة لضمير مستقيم. ودون اشتراط مزيد من اللباقة التي تدفع

[1]- رولان و بوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.2 ص. 108.

[2]- حسب فرانسوا جيني (المرجع السابق، ج.2 رقم 171 ص 156)، فإن حسن النية يشكل في القانون المدني المحور الأخلاقي للإرادات المستقلة وذات السلطان.

[3]- ذهب دورو إلى أنه يحدث في الذهن الشعبي تداخل كبير بين فكرتي الإنصاف والمصلحة العامة إذ إن كلا منهما يؤثر في الآخر ويتأثر به. وتبرز نتيجة هذه الحقيقة المتمثلة في الانصهار شبه التام بين الفكرتين السابقتين في فكرة حسن النية: دورو: المرجع السابق، ص. 459.

[4]- انظر على سبيل المثال: فرانسوا لوران: المرجع السابق، ج.16 رقم 181 و182 ص. 243 و244. – كـوكـييه: المرجع السابق ص. 106. – مارتي: تمييز الواقع والقانون: مرجع سابق ص. 157، الهامش 2. – كـورف: المرجع السابق، ص. 32 وما بعدها. – كـونو: المرجع السابق ص. 173 وما بعدها.

بعدم المبالاة إلى حد التضحية، فإن التشريع يطهر العقود من الحيل والوسائل التضليلية والأساليب غير الشريفة والحسابات المغشوشة والصورية الكيدية والمكر الذي يكتسي مظاهر الحذر والفطنة مع أنه يرمي في الحقيقة إلى استغلال التسرع في التصديق والسذاجة والجهل[1]. إن هذا التعريف لا يحدد ماهية حسن النية إذ يكتفي بالوقوف عند السلوك الذي تتبلور به الأحاسيس الشريفة لضمير مستقيم. ولكن لماذا ومتى تكون الأحاسيس شريفة أو الضمير مستقيما؟ إنه، لعمري، ضرب من توضيح الغامض بما يساويه أو ربما يطوه غموضا. وهذا يتنافى والغرض المتوخى من التعريف في الميدان القانوني على الأقل.

وقد يقال إن الأمر هنا يتعلق بمسايرة العقود للأخلاق إن لم يكن حسن النية هو هذه الأخلاق التي انتقلت إلى المجال القانوني[2].

640- صحيح أن تفحص المؤلفات المهتمة بالأخلاق قد يحث على مساندة هذا الرأي، إذ إن الميدان الأخلاقي هو الذي نقف فيه على جملة من المعاني كالضمير المفيد للشعور المميز للخير عن الشر، والواجب والفضيلة المتمثلة في الاستعداد الراسخ لإرادة الخير بمختلف أنواعها كالشجاعة والعفة أو الاعتدال والمحبة والإحسان والتواضع والسخاء والفطنة أو الحكمة والصدق والأمانة وما يناقض هذين الأخيرين من ضروب رذيلة الكذب كالزيف والخداع والتمويه نفاقا وغدرا والمبالغة والتجميل والإثارة والتهويل المجاني[3]. ومع ذلك فإن الأخذ في القانون بهذا المنظور الأخلاقي قد يدفع بنا إلى القول بلسان ريبير إن تحول الواجبات الأخلاقية إلى الالتزامات القانونية لا يكفي لسيادة العدل في العقود[4]. لا بل الأكثر من هذا، ونظرا لكون العدل بدوره يعد من أنواع الفضيلة بالمفهوم الأخلاقي[5]، فإن القول بكون حسن النية هو(هي) الأخلاق يطرح التساؤل حول معنى الأخلاق وقيمتها؟ هل معناها ما يوجه السلوك التعاقدي ويرشده من التقاليد المنقولة من الماضي أم ما ينبغي أن يتقيد به هذا السلوك التعاقدي من الممارسات المألوفة في الحاضر أي ما يمكن أن نسميه بالأخلاق الجديدة؟ وفيما يرجع إلى هذه الممارسات المألوفة في الحاضر (الأخلاق الجديدة): ما هي الممارسات التي ينبغي أن تعطاها القيمة القانونية؟ هل الممارسات المألوفة لدى من يملكون الإرادة القوية بالمركز الاجتماعي

[1]- كوكيه: المرجع السابق ص. 131.
[2]- كورف: المرجع السابق، ص. 14 وما بعدها و ص.16 وما بعدها وص.46 وص.100.
[3]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية، وكالة المطبوعات، الكويت، ط.2، 1976 ص. 53 وما بعدها وص.126 وما بعدها وص.142 وما بعدها وص.152 وما بعدها وص.162 وما بعدها وص.178 وما بعدها وص.181 وما بعدها وص.187 وما بعدها.
[4]- ريبير: القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية: مرجع سابق رقم 157 ص. 287.
[5]- عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية: مرجع سابق ص. 147 وما بعدها.

والاقتصادي أم الممارسات المألوفة لدى من لا يملكون إلا إرادة الزهد والتجرد والتضحية والاستسلام والصبر أي الممارسات المألوفة لدى من يسميهم نيتشه بـ "عبيد الأخلاق"[1] أي النوع الأدنى (القطيع)[2]؟.

إن الجواب عن مثل هذه التساؤلات لا يمكن أن يغيب عنه تغليب الجانب الذاتي لفرد أو جماعة معينة دون فرد أو جماعة أخرى. وهذه الذاتية نتلمسها فيما يرجع إلى تعريف حسن النية حتى من قبل من يقولون بوجوب توخي ما يسمى بالموضوعية في التأويل لتقييد الإرادة الفردية أو هدمها.

641- وهكذا فإن ساليي، وهو أحد رواد النزعة الموضوعية الرامية إلى تقييد الإرادة، يرى أن: "القاضي، عند تعارض النية المتبادلة للطرفين، عليه أن يأخذ بتأويل وسط. وهذا التأويل هو الذي ينبغي أن يفرضه حسن النية والعادات والاستقامة في التعامل.... إن القاضي، كما يقول سْتَامْلِير، عليه أن يشكل لنفسه مثلا أعلى يتسم بالطابع الموضوعي. وفي ضوئه يقدر، على وفق الظروف الشخصية للمتعاقدين، ما يجب أن يكون عليه العقد كي يستجيب للغرض الاجتماعي للحق.... وعندما يتعلق الأمر بالعقود لا يمكن لأية إرادة أن تؤول بمعزل عن الأخرى".[3].

إن حسن النية، بالنسبة إلى ساليي، هو ما تفرضه العادة والاستقامة. وإذا كان التمسك بالعادة[4] قد يغني عن التمادي في الجري وراء مفاهيم أعسر ضبطا من السراب، فإن المشكل يثار في شأن الاستقامة: فما هي هذه الاستقامة؟ إنه سؤال يمكن توجيهه أيضا إلى عيمانويل كونو الذي يقف في تحديده حسن النية عندها[5]: هل هي ما ينبغي أن يكمن في النفس أو الضمير من الطيبوبة والحرص على الشرف والإسراع إلى التصديق والإيمان البريء الخالي من كل ما من شأنه أن يشوبه من

[1]- عن: عبد الرحمن بدوي: المرجع السابق ص.99. -ويذهب نيتشه إلى أن القيم وتحولاتها نتاج تقدم قوة من يضع هذه القيم:
Nietzsche : Le nihilisme Européen –coll. 10/18 –Paris, 1976 n°14, p. 180.
[2]- نيتشه: المرجع قبله، رقم 27 ص 190.
[3] - Raymond Saleilles : De la déclaration de la volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand (Art. 116 à 144)., Librairie cotillon, Paris, 1901 n°86, p. 228.
[4]- انظر ما مر بنا في دراسة قاعدة العادة المنصوص عليها في الفصل 463 مغربي.
[5]- يذهب كونو إلى أن القول بوجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية معناه أن إرادة الطرفين يجب تصحيحها في اتجاه ما تقضي به الاستقامة وذلك عندما تبتعد عنها، معناه الاعتراف للقاضي بسلطة رفض تطبيق بند أو آخر في العقد عندما يمثل هذا البند فخا لحسن النية. إن أفضل أحكام العمل القضائي الفرنسي في ميدان التامينات (وهي من عقود الإذعان) ترتكز على هذا الضرب من التصور: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص: مرجع سابق، ص. 197. ولاشك أن مثل هذا التصور هو الذي وجه سانتيانا عندما أورد في الفصل 657 من مشروعه التمهيدي أن: "القاعدة الوحيدة التي لا ينبغي أن تتخلى أبدا هي قاعدة حسن النية والاستقامة". :مرجع سابق ص. 260. ولكن هذا النص لم يعتمد في المجلة التونسية وبالتالي في ق.ل.ع.م.

الشك في نوايا الغير؟ إذا كان الأمر كذلك فإن حسن النية لن يهدف في آخر المطاف إلا إلى تكريس ما يمكن تسميته بالإرادة الطيبة الخيرة الفاضلة أي الإرادة الحسنة[1]، الإرادة التي يتحلى بها ما يسمى برب الأسرة الصالح أي الإنسان الشريف[2]. وبهذا التحديد يمكن أن نردد مع كورف: "طوبى لذوي الإرادات الحسنة[3]. ومع ذلك فلا ينبغي أن تُنسينا هذه القولة الواردة في خاتمة أطروحة كورف ما جاء في مستهلها من أن كثيرا من أرصفة الجحيم معبدة بمثل هذه الإرادات الحسنة[4].

صحيح أن كورف لا يقصد بهذه الإرادات إلا تلك الخاملة والكسولة منها لا تلك النشيطة والحيوية بحذرها وفطنتها. ولكن ما قيمة هذا التمييز إذا كان حسن النية في تأويل التصرفات القانونية يتمثل، حسب كورف نفسه، في وجوب قيام القاضي بالبحث عن النية الحقيقية للمعبر أو للمتعاقدين ليحترمها بإعمالها[5]؟ فماذا كان يفعل القاضي قبل صيرورة مفاهيم حسن النية والإنصاف والمصلحة العامة في أواخر القرن 19م. من قبيل الشعارات التي لا يمتنع عن ترديدها إلا من يوصف بالجاحد للحقيقة الاجتماعية والكافر بمتطلبات التطور؟ ألم يكن همه هو البحث عن هذه الإرادة على الأقل كما يظهر مما يشار إليه في الأحكام والقرارات القضائية. والعبرة بالظاهر مادام أن الشك فيه يعد من الأمور المخلة بحسن النية نفسها؟!

642- وبهذا الاعتبار ألا يمكن أن نترك التحديد بالمتصور وغير الملموس ونعانق تعريفا آخر كتعريف كيستان[6] إذ يذهب إلى أن حسن النية على وجه العموم هو التطابق بين الأفعال والأقوال من جهة والفكرة مع القصد من جهة أخرى. وبذلك يصبح الشخص حسن النية عندما يحصل التوافق بين أفعاله (تصرفاته) ونواياه؟ إن ما يبدو عمليا في هذا التعريف يرادف على المستوى النظري الصدق والصراحة والاستقامة[7] والاعتقاد المشروع بخلو الشخص من أي تقصير أو إهمال. ومع ذلك فإنه لا يعني أكثر من ضرورة الوقوف على إرادة صاحب التعبير أو المتعاقدين عندما يتبين غموض أو إبهام التعبير بسبب عدم التطابق بين الأقوال المنطوق بها فيه والأفعال المرادة منه. وبما أن هذا الأمر يجسده القانون التعاقدي صراحة

[1]- يذهب عبد الرحمن بدوي (في مرجعه السابق ص. 142) إلى أن كلمة الفضيلة المترجمة عن اليونانية يعني جذرها الأحسن.

[2]- هذا هو التصور الذي خرج به كورف: انظر مرجعه السابق، ص. 15 وما بعدها و25 و28 و65 وما بعدها و239 و241.

[3]- كورف: المرجع السابق، ص. 241.

[4]- كورف: مبدأ حسن النية: مرجع سابق، ص. 14.

[5]- كورف: المرجع السابق، ص. 35.

[6] - Jacques Ghestin : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J, Paris, 1971, n° 84 p. 99.

[7]- جاك كيستان: المرجع السابق، رقم 85 ص. 100 وما بعدها.

(الفصل 1156 مدني فرنسي أو 2/462 من ق.ل.ع.م.)، فإن الحديث عن حسن النية بهذا المفهوم لا يخرج عن ضرب من التكرار غير المرغوب فيه.

643- ومن التعاريف العملية الأخرى يمكن أن نذكر تعريف سانتا ماريا إذا جاء فيه أنه: "يمكن أن يفهم حسن النية على أنه منح الاتفاق المعنى المقبول من المتعاقدين إذا كان معلوما ومشروعا وإلا وجب الأخذ بالمعنى المقبول بصفة عادية في مثل هذه الاتفاقات. وهذا المعنى العادي يتطابق مع المعنى الذي من شأن إنسان، متوسط وصادق ونبيه، أن يعطيه للاتفاق. إنه يتضمن المعنى الذي تجري به العادة. وعند عدم وجود هذه العادة، فإن المعنى العادي يعادل المعنى العادل لأن الإنسان المتوسط هو إنسان عادل. وبهذا الفهم يصبح حسن النية القاعدة الإطار للتأويل تتضمن أولا التأويل بحسب الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ثم التأويل بحسب العادة أو عند عدم وجودها بحسب الإنصاف"[1].

إن هذا التعريف بدوره لا يختلف عن سابقه إذ يقتصر على تكريس ما يجسده القانون التعاقدي ليس إلا. وهو لا يعني أكثر من أن أحسن النية هو إتباع قواعد التأويل المعتمدة قانونا. وبالإضافة إلى هذا فإن هذا التعريف وغيره من التعاريف المارة بنا لا تنظر إلى حسن النية من زاوية ما يشكل ماهيته وجوهره وبالتالي طبيعته القانونية وإنما فقط من زاوية ما يحتمله من المعاني اللغوية –حتى لا نقول الأخلاقية–، أو من جانبه الإجرائي في ميدان تأويل التصرفات القانونية.

إن هذه التعاريف، بعبارة أخرى، تنطلق من الآثار المترتبة على حسن النية أكثر من انطلاقها من هذا المفهوم في حد ذاته كماهية وجوهر: فالوفاء أو الصدق والأمانة أو الاستقامة من قبيل مظان حسن النية لا هو بذاته. إن هذه المعاني آثار مصدرها حسن النية. ولهذا فإن تحديد طبيعة حسن النية لا يقتضي، في تقديرنا، البحث عن مخلفات حسن النية وإنما البحث عن السبب الدافع إلى إفراز هذه المخلفات. فهذا السبب هو حسن النية.

644- ولقد حاول البعض، انطلاقا من هذا التصور، أن ينظر إلى حسن النية نظرة مزدوجة. وفي هذا الصدد يذهب رولان و بوابيه إلى أن حسن النية ليس مفهوما واحدا. إنه يشمل حالتين نفسيتين: الأولى هي حكم الفهم والثانية هي حكم الإرادة. وفي الحالة الأولى فإن الوعي هو الذي يؤخذ في الاعتبار. أما في الحالة الثانية، فالمأخوذ في الاعتبار هو النية. هناك المكافأة في الحالة الأولى والجزاء في الثانية. إن الحالة الأولى تتصل بميلاد التصرف القانوني وتصبغ باللون الأخلاقي.

[1]- سانتا ماريا: مذهب تأويل العقود: مرجع سابق، رقم 42 ص.136 و137 انظر أيضا رقم 65 ص 218 و220 وما بعدها ورقم 66 ص. 227.

أما الحالة الثانية، فإنها تمثل، بالنسبة للرجل العامي، الشرف وتفيد بالنسبة لرجل القانون غياب المناسبة أو غياب النية المهملة أو المقصرة[1].

ونجد مثل هذه النظرة المزدوجة إلى حسن النية أيضا عند روبيرت بارتي[2] إذ يذهب إلى أن حسن النية إما ذاتي أو موضوعي[3]. وحسن النية الذاتي حالة نفسية لشخص القانون المعتبر بصفة فردية. وهذه الحالة النفسية قد تتمثل في ضرب من نشاط الفرد أو في حالة ذهنية خالصة للجهل أو الغلط. ويتم تقدير الحالة النفسية في نفس الوقت من زاوية أخلاقية للتأكد من مدى ملاءمتها للقانون الأخلاقي. غير أن الأمر يتعلق دائما بالوقوف على حالة نفسية خاصة بفرد ينظر إليه بصفة منعزلة. وتعتبر الثقة المشروعة[4] نتيجة مباشرة لحسن النية الذاتي. أما حسن النية الموضوعي فهو مفهوم مجرد وغير شخصي. ويتجلى في القواعد القانونية الهادفة إلى تقييد حقوق كل فرد أو إلى خلق التزامات على عاتقه[5].

إن هذه النظرة المزدوجة إلى حسن النية لا تعود في الحقيقة إلا إلى اختلاف مَنْ يُنْظَرُ إليه عند تقدير حسن النية: هل هو الفرد في حد ذاته أم المجتمع المتجسد في القانون؟ وإذا كان حسن النية الذاتي حسب بارتي قد وصف بالحالة النفسية، وهذا أمر يقترب في تقديرنا من طبيعة حسن النية، إلا أن بلورة هذه الحالة النفسية ظلت حبيسة ما وصفه من قبل بالتعريف الفضفاض وغير الدقيق[6].

645- والظاهر من كل ما مر بنا أن رجال القانون لا يولون أهمية للبحث عن طبيعة حسن النية بقدر ما يحرصون على اتخاذ هذا المفهوم كتبرير لما يعتقدونه من مظانها في القانون التعاقدي. ونعتقد بأن هذا التهرب من تحديد الطبيعة الحقيقية لحسن النية لا يرجع إلى عجز الفقه عن القيام بهذا الأمر بقدر ما يعود إلى حقيقة

[1]- رولان وبوابيه: الصيغ اللاتينية وأمثال القانون الفرنسي المعاصر: مرجع سابق، ج.2 ص. 109 و113.

[2]- قبل الإفصاح عن نظرته المزدوجة نبه بارتي إلى أن حسن النية بصفة جد عامة يمكن أن يعتبر كمرادف للاستقامة والشرف والنزاهة. وفي اللغة الجارية يقال، إن الشخص يتصرف بحسن نية عندما يتصرف باستقامة ودون خلفيات تغريرية أو تضليلية. غير أن رجل القانون لا يستطيع بالطبع أن يكتفي بمثل هذا التعريف الفضفاض وغير الدقيق: روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري: مرجع سابق ص. 163.

[3]- يرجع هذا التمييز، في نظر بارتي إلى كون الفصل 2 من القانون المدني السويسري لسنة 1907 يتعلق بحسن النية الموضوعي بخلاف الفصل 3 من نفس القانون فإنه يتعلق بحسن النية الذاتي: بارتي: المرجع السابق ص. 270 الهامش 30.

[4]- يميز بارتي بين الثقة وحسن النية ليجعل من حسن النية مصدرا للثقة. ويرى أن الثقة المشروعة هي الحماية التي يخصصها القانون للجهل الراجع إلى الظروف الخاصة بالنازلة وليس إلى تقصير أو إهمال المتعاقد: المرجع السابق ص. 165 و169 و273.

[5]- روبيرت بارتي: المرجع السابق ص. 163 وما بعدها.

[6]- ومثل هذه الملاحظة تنطبق على تعريف فاختير (Wächter) المتمثل في أن حسن النية يحيل إلى الإيمان بعدم الإضرار بالغير وعدم الإقدام على أي عمل غير مشروع. ويكمن بصفة أساسية في حالة نفسية ذاتية: انظر في هذا التعريف: كورف: المرجع السابق ص. 12 و13.

هذه الطبيعة. فلقد قيل إن حسن النية كقيمة اجتماعية يتسم مضمونها، كغيرها من القيم الاجتماعية الأخرى، بالتغير[1]. ونستطيع أن نذهب في هذا الصدد إلى كون هذه القيم الاجتماعية لا تعدو أن تكون مجرد صور وأشكال لمضامين فارغة لا تمتلئ إلا بنفس المواضيع التي يُتحدَّثُ فيها عن هذه الصور والأشكال. فإذا ما تمثل الموضوع المتحدث عنه في القانون امتلأ فراغ القيمة الاجتماعية بحسن النية أو العدل أو الإنصاف أو المصلحة العامة أو النظام العام المتحدث عنها أو عنه في القانون المذكور بنفس هذا القانون. وإذا ما تعلق الأمر بالعقد أو الالتزام كان مضمون القيمة الاجتماعية هو هذا العقد أو الالتزام نفسه ولنتذكر المسلمات التي قيل إن سلطان الإرادة يرتكز عليها كـ "من قال تعاقدي قال عادل" أو "كل التزام حر يعتبر عادلا"[2].

وبما أن الموضوع الذي يهمنا في هذا الصدد هو العقد أو الالتزام، أي في آخر المطاف الالتزام التعاقدي، فإن طبيعة حسن النية لا نرى أن ترتكز في بلورتها إلا على طبيعة الالتزام التعاقدي. فما هي طبيعة هذا الالتزام؟.

646- تختلف طبيعة الالتزام باختلاف النظر إلى هذا الالتزام كصورة أو كمادة. وإذا كان المطلوب لا يسمح ببسط هاتين النظريتين فحسبنا أن نشير إلى أن النظر إلى الالتزام[3] كصورة (شكل)، وهذا هو الاتجاه السائد في فرنسا، يجعل جوهره وكنهه متمثلا في الثقة أو الأمان (crédit). وبهذا المنظور يكون الالتزام هو الثقة المحمية قانونا. وبما أن الثقة من المفاهيم الأخلاقية، فإن الالتزام، حسب هذه النظرة، لا يعني أكثر من الأخلاق المحمية قانونا.

وبالمقابل فإن النظر إلى الالتزام كمادة، وهذا هو الاتجاه السائد في ألمانيا، يجعل طبيعة الالتزام مكونة من عنصرين أحدهما هو الشولد (La schuld) أي المستحق أو الواجب أو المديونية أو ما نرى أن نترجمه من خلال مضمونه بالوعد المسؤول أمام النفس. وهذا العنصر عبارة عن حالة ضغط نفسي على المدين بسبب

[1]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال:
- Jacques Ghestin : « L'ordre public, notion à contenu variable en Droit privé Français » in des notions à contenu variable en Droit –Bruxelles, 1984, p.77.
- Chaim Perelman : « Les notions à contenu variable en Droit : Essai de synthèse » :
نفس المرجع قبله ص. 365.

[2]- انظر في هذه المسلمة رسالتنا المشار إليها في السابق ص. 94 وما بعدها.

[3]- لا نستعمل الالتزام هنا على وفق معناه الدقيق وإنما على مجرى فهمه في اللغة القانونية الفرنسية المتأثرة بالفهم الروماني للالتزام ويقصد به كل من الحق الشخصي والحق العيني على الرغم من أن الحق العيني لا يمكن وصفه بالالتزام لأن هذا الأخير يتعلق بتعهد الشخص بتنفيذ الموعود به في المستقبل: انظر: أوبري ورو: المرجع السابق، ج.4، فقرة 296 الهامش 1 في ص. 2.

وجود مجموعة من الأحكام أو القواعد القانونية التي من شأنها أن تتدخل لإرغامه على التنفيذ. وهذه الحالة هي التي تحمل المدين على التنفيذ الطوعي والاختياري لالتزامه. ولذلك فإن الدائن لا يملك أمام هذه الحالة إلا أن يترقب وينتظر احترام المدين لما تعهد بالمسؤولية عنه أمام نفسه[1].

أما العنصر الثاني في الالتزام فهو الهافتونك (La hafung) أي التعهد أو الالتزام أو المسؤولية أي ما نرى أن نترجمه من خلال مضمونه بالعهد المسؤول أمام القانون. وهو عنصر لا يقوم إلا إذا تخلف عنصر الشولد ليمنح الالتزام صفة الإجبار القانوني على التنفيذ وفقا لما يناسب الشولد[2].

ومن خلال النظرة الألمانية لطبيعة الالتزام يتبدى أن عنصر الشولد هو الذي يتلاءم مع مفهوم حسن النية. وفي ضوء هذه النظرة نرى أن نحاول تحديد الطبيعة القانونية لحسن النية في ذلك الضغط القانوني الذي يشعر المتعاقد بأن القانون التعاقدي يمارسه عليه لحمله على الإذعان، في تكوين العقد وفي تنفيذه، بما يتلاءم والفهم القانوني أو الاجتماعي المألوف لهذا العقد فيما يرجع إلى مظنته ومضمونه.

فالإحساس بالضغط القانوني هو الذي ينذر المتعاقد بعواقب الخروج عن جادة الصواب القانوني. ولذلك فإنه لا يملك إلا الوفاء بعهده عن طواعية واختيار وإلا تدخل القانون عن طريق القاضي لإجباره على ذلك.

كما أن العقد المطلوب في الوفاء، لا يملك كل متعاقد عند إبرامه إلا أن يضع ثقته في المتعاقد معه. وهو في ثقته هذه لا يملك إلا أن يكون نبيها متبصرا وإلا حمله القانون تبعة التقصير والإهمال. وكذلك فإن المفترض قانونا أن المضمون التعاقدي ينصرف إلى كل ما يحدده هذا القانون أو المألوف في مثل العقد المبرم. ولذلك فإن المتعاقد لا يملك إلا أن يختار الخطاب التعاقدي الذي من شأنه أن يقيد أو يزيد في المضمون المحدد بالقانون أو بالمألوف.

647- إننا واعون بكون هذه المحاولة لتحديد طبيعة حسن النية في حاجة إلى تأمل أكبر لمعاينة حقيقتها. وهذا التأمل، لعمري، ما أحوجنا فيه إلى عمل جماعي

[1]- الملاحظ أن عنصر الشولد في الالتزام، حسب هذا المنظور لا يختلف عن مفهوم الأمان (fides) لدى الرومان. فهذا المفهوم الأخير حسب فون إيهرنج لم يكن يعني إلا الأوامر المتروك تنفيذها للضمير (روح القانون الروماني: مرجع سابق ج.2 فقرة 38، الهامش 367 في ص. 221). وعندما أصبح القانون يحمي عقود حسن النية فإن نطاق هذه الأخيرة صار يتمثل في التعامل القانوني المبني على الاستقامة والثقة (إيهرنج: روح القانون الروماني: مرجع سابق، ج.3 فقرة 50 ص. 174).

[2]- انظر في النظرة الأحادية الفرنسية أو الثنائية الألمانية لطبيعة الالتزام، على سبيل المثال:
Nooman M.K. Gormaa : Théorie des sources de l'obligation. L.G.D.J. Paris, 1968, pp. 245 à254.

تتضافر فيه جملة من التخصصات الحقوقية وغير الحقوقية كاللغوية والنفسية والاجتماعية.

وإذا كنا قد تعمدنا في هذه المحاولة التأكيد على الجانب القانوني بدل الأخلاقي فلأن الميدان التعاقدي قد خلق لنفسه أخلاقا تبتعد كثيرا عما هو مألوف في الأخلاق النظرية المارة بنا. وهذه الأخلاق العملية التي أفرزها الميدان التعاقدي هاجسها القانون. وهذا الهاجس هو الذي أسميناه بالضغط القانوني.

وإنه لمما ينجم عن هذا التحديد الذي قمنا به لطبيعة حسن النية القول بأن هذا الأخير بعيد كل البعد عن اعتباره قاعدة للتأويل: إنه مجرد قاعدة للتنبيه في الميدان التعاقدي. وعلى فرض اعتباره قاعدة تأويل كما يذهب إلى ذلك من يعرفونه من الزاوية الأخلاقية؛ فإنه يبقى حسب سانتا ماريا مجرد قاعدة تحدد الإطار الذي يجري فيه التأويل[1]، أو مجرد قاعدة تمتد قناة النية فيها بين طرفي الإفراط في الفضيلة و التفريط في هذه الفضيلة الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى البحث عن ضابط لحسن النية المشترط قانونا. ولا يمكن لهذا الضابط أن يتمثل عند سكوت المتعاقدين أو التشريع أو المألوف بالعادة إلا في الإنصاف. وربما هذه الحاجة إلى الاستعانة في حسن النية بضوابط أخرى هي التي أفضت بالبعض كما مر بنا إلى القول إن حسن النية من معانيه العدل أو الإنصاف[2].

المبحث الثاني :
تحديد مفهوم الإنصاف من حيث تعدد معانيه وطبيعته ومدى ارتباطه بتأويل التصرفات القانونية

648- إن الإنصاف الذي نعتزم بحثه في هذا الصدد هو ذلك اللفظ الوارد في الترجمة المتداولة للفصل 231، والمارة بنا، للدلالة على معنى لفظة "équité" المكرسة في النص الفرنسي الأصلي لنفس الفصل المذكور قبله. وهذه اللفظة الفرنسية لم تؤخذ إلا من القانون الروماني (aequitas suum cuiqué, aequum) والذي استعارها بدوره من الثقافة الإغريقية ونحتها عن ألفاظها[3].

[1]- انظر فقرة 643 قبله.

[2]- انظر فقرة 631 قبله. والأكثر من هذا فإن كوكيبه وهو يدرس الإنصاف كقاعدة احتياطية لتأويل التصرفات القانونية لم يعالجه إلا من زاوية ما مر بنا من المعاني المختلفة لحسن النية: المرجع السابق من ص.131 إلى 135.

[3]- انظر صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني: مرجع سابق, ص. 22 و26 و142. - ميشيل فيالي: - دروس تاريخ فلسفة القانون: مرجع سابق، ص. 32 وما بعدها و117. – فلسفة

649- ولقد وردت اللفظة الرومية (الإغريقية الرومانية) "القسط" أو "القسطاس"[1] في كثير من السور القرآنية كآل عمران[2] والنساء[3] والمائدة[4] والأنعام[5] والأعراف[6] ويونس[7] وهود[8] والأنبياء[9] والرحمان[10] والحديد[11] والإسراء[12] والشعراء[13].

650- ولاشك أن القسط أو القسطاس يفهم بمعنى العدل[14] أو العدالة[15] لدى الإغريق وبالتالي لدى الرومان[16]. وهذا المعنى هو الذي عبر به سانتيانا في مشروعه التمهيدي لبلورة لفظة "Justice": وهي في نظره الوظيفة الأساسية للقاضي ويتمخض عنها كل من مبدأ المساواة ومبدأ حسن النية[17].

القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق، رقم 50 ص 93 وما بعدها ورقم 51 ص. 94 وما بعدها ورقم 52 ص. 96.

[1]- جاء عند الراغب الأصفهاني (المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق ص. 403) أن: "القسط هو النصيب بالعدل كالنصف والنصفة..... والقسط هو ان يأخذ قسط غيره وذلك جور والإقساط أن يعطي قسط غيره وذلك إنصاف ولذلك قيل قسط الرجل إذا جار وأقسط إذا عدل.... وتقسطنا بيننا أي اقتسمنا..... والقسطاس الميزان ويعبر به عن العدالة كما يعبر عنها بالميزان....."

[2]- قال تعالى في الآية 18 من سورة آل عمران: "قائما بالقسط لا إله إلا هو العزيز الحكيم". كما قال في الآية 21 من نفس السورة: "الذين يأمرون بالقسط من الناس".

[3]- وأن تقوموا لليتامى بالقسط". الآية 127.- "كونوا قوامين بالقسط" :الآية 135.

[4]- "كونوا قوامين لله شهداء بالقسط". : الآية 8. -"وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين". :الآية 42.

[5]- "وأوفوا الكيل والميزان بالقسط". :الآية 152.

[6]- "قل أمر ربي بالقسط". : الآية 29.

[7]- "ليجزي الذين آمنوا وعملوا الصالحات بالقسط". :الآية 4. -"فإذا جاء رسولهم قُضي بينهم بالقسط وهم لا يظلمون". : الآية 47. -"قضى بينهم بالقسط وهم لا يُظلمون." :الآية 54.

[8]- "ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم." الآية 85.

[9]- "ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئاً." : الآية 47.

[10]- "وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان." : الآية 9.

[11]- "وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط." : الآية 25.

[12]- "وأوفوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلاً." : الآية 35.

[13]- "وزنوا بالقسطاس المستقيم." : الآية 182.

[14]- قال تعالى في الآية 9 من سورة الحجرات: "فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين".

[15]- جاء عند الراغب الأصفهاني المرجع السابق، ص. 325) في شرح معنى: "عدل: العدالة والمعادلة لفظ يقتضي معنى المساواة ويستعمل باعتبار المضايفة والعَدل والعِدل يتقاربان لكن العَدل يستعمل فيما يدرك بالبصيرة كالأحكام وعلى ذلك قوله (أو عدل ذلك صياما) والعِدل والعديل فيما يدرك بالحاسة كالموزونات والمعدودات والمكيلات فالعدل هو التقسيط على سواء.... إن العدل المساواة في المكافأة إن خيرا فخير وإن شرا فشر. والإحسان أن يقابل الخير بأكثر منه والشر بأقل منه...."

[16]- جاء عند أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن أبي بكر السيوطي الشافعي: (المهذب فيما وقع في القرآن من المعرب: شرح وتعليق سمير حسن حلبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1988 ص. 104 وما بعدها): "... (القسط) العدل بالرومية.... (القسطاس) العدل بالرومية.... (القسطاس) بلغة الروم الميزان...."

[17]- سانتيانا: المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري التونسي: مرجع سابق رقم 4 روماني.

والجدير بالإشارة، مع ذلك، أنه سواء احتفظنا في هذا الصدد بكلمة الإنصاف أو اخترنا كبديل لها لفظة القسط والعدل أو العدالة[1]؛ فإنه لا أحد ينكر ما تتسم به من الغموض والإبهام[2]. وإذا كان هدفنا في هذا المقام لا يرمي إلى دراسة هذا المفهوم بعمق للوقوف على جميع أبعاده، فحسبنا قبل محاولة تلمس مدى ارتباط القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف بتأويل التصرفات القانونية، أن نعمد إلى استعراض ما يحتمله هذا المفهوم من المعاني المتعددة للوقوف على طبيعته.

وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول : معاني وطبيعة القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف.**
- **المطلب الثاني : مدى ارتباط القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف بتأويل التصرفات القانونية.**

المطلب الأول:
معاني وطبيعة القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف

651- سنقسم هذا المطلب إلى الفقرتين التاليتين:

- **الفقرة الأولى : المعاني المتعددة للقسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف.**
- **الفقرة الثانية : طبيعة القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف.**

الفقرة الأولى :
المعاني المتعددة للقسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف

652- يذهب فابروكيت إلى أن القسط (l'équité – aequitas) يفيد في معناه القانوني العدالة التوزيعية (Justice distributive) المانعة من الأخذ بالاعتبارات غير القانونية لتفضيل شخص. ويفيد أحيانا الحكم الصادر في ضوء التطبيق المرن والمعتدل للقانون. كما يفيد في معناه السائد لدى عامة الناس العدالة

---

[1]- إن لفظة العدالة هي التي ترجم بها عبد الحكم فودة كلمة "l'équité" في مرجعه المشار إليه في السابق (تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن) ص. 146.

[2]- انظر على سبيل المثال: -فرانسوا جيني: منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي: مرجع سابق، ج.2 رقم 163ص.199 -عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية: مرجع سابق ص. 166. -عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 147. -فابروكيت: المنطلق القضائي وفن الحكم: مرجع سابق ص. 397.
Chaim Perelman : Justice et Raison, 2ème ed. Bruxelles, 1972, pp. 15 et 79.

المبنية، ليس على النص التشريعي وإنما على الاستقامة الطبيعية. وهذه هي العدالة التحكمية الخاضعة للنزوات والأهواء (équité cérébrine)[1].

653- إن هذا المعنى الأخير هو الذي يصفه فرانسوا جيني بالإحساس بالإنصاف (le sentiment d'équité) باعتبار أنه يمثل ضربا من الغريزة التلقائية التي تتصرف، من غير استدعاء للعقل العاقل (raison raisonnable)، على وفق الطريق المستقيم؛ من أجل إيجاد حل أفضل وأكثر ملاءمة لمقاصد كل تنظيم قانوني. إن الأمر هنا يتعلق بالعدل العام (l'équité générale). وهو المقصود في الفصل 1135 مدني فرنسي (أي الفصل 231 من ق.ل.ع.م.). ولذلك فإنه لا يوجد ما يحول دون الأخذ به من قبل القاضي كَحُكم من الأحكام النابعة من أعماق ضميره الأخلاقي، وخاصة عندما يتعلق الأمر بتقدير العناصر القانونية المجردة أو ما يحيل عليه القانون صراحة. ويقابل هذا المعنى، عند فرانسوا جيني، ما يسميه بالإنصاف الفردي(équité individuelle) . وهو ذلك القسط المفضي إلى تأثير الظروف الخاصة بمركز واقعي محدد –كصفة الأشخاص ونتائج الحكم واعتبار الرأي العام- في الحل القانوني للنازلة. ويرى جيني أن القانون الفرنسي لا يعرف القسط بهذا المعنى ولا يمكن له أن يعترف به لأن عهد محاكم الإنصاف قد مضى وولى. ومع ذلك فإن هذا المعنى يمكن الأخذ به إذا كانت "عناصر البحث العلمي الحر"- كالعدل أو طبيعة الأشياء- تقتضيه بالضرورة لإشباع متطلبات العدل[2].

654- إن المَعنَيْن المحدَّدين من قِبَل جيني للقسط يبدوان متشابهين مع فهم ميشيل فيللي. ومع ذلك فإن انطلاق هذا الأخير في تحديد معاني القسط من المصادر الأصلية، وهي بالنسبة إليه الفلسفة الإغريقية وعلى رأسها فلسفة أرسطو[3]، جعله يقول بمعنيين رئيسيين للعدل (Justice وأصلها الإغريقي Dikaion). أولهما هو المعنى الأخلاقي وهو المسمى عند أرسطو بالعدل الشرعي (Justice légale)[4]،

[1]- فابروكيت: المرجع السابق ص. 397 و398.

[2]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج2. رقم 163 من ص. 109 إلى 113.

[3]- يرى ميشيل فيللي أنه، فيما يتعلق بالعدل، لا ينبغي لأي رجل قانون، وخاصة عندما يهتم بالجانب الفلسفي فيه، أن يهمل نظرية القانون لأرسطو لِمَا شكلته هذه النظرية من ثقل على الفكر الأوروبي إلى درجة أصبح معها ارسطو أحد مفاتيح ثقافتنا في مجالات متعددة كالميتافيزيقا والأخلاق والسياسة والمنطق: فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق رقم 26 و27 ص. 54 و55. –وهذا التصور يأخذ به سانتيانا أيضا فيما يرجع إلى الفقه والفكر الإسلاميين المعتبرين في نظره مزيجا من فقه السياسة لأرسطو ومبادئ الوحي الإسلامي: مرجعه المشار إليه في السابق، رقم 2 روماني.

[4]- الملاحظ أن الراغب الأصفهاني يتحدث بدوره عن مثيل هذا العدل الشرعي ويسميه بالعدل بالشرع ولكنه يعتبره عدلا مؤقتا إذ يمكن نسخه في بعض الأزمنة . وهذا العدل في نظره يقابل العدل المطلق وهو" ما يقتضي العقل حسنه ولا يكون في شيء من الأزمنة منسوخا ولا يوصف بالاعتداء بوجه نحو الإحسان إلى من أحسن إليك وكف الأذية

أي جامع الفضائل كلها أو الفضيلة العالمية. ويحرص العدل العام بالدرجة الأولى على مراعاة النظام وإقامة العلاقات الحسنة مع الآخرين ومع المدينة التي يحتل فيها كل فرد مكانته ويلعب الدور المنوط به بالضبط كما هو الشأن في المدينة الفاضلة لأفلاطون.

والمعنى الثاني للعدل اجتماعي يتمثل في العدل الخصوصي (justice particulière): وهو عدل محدد المعالم لأنه يرمي إلى توجيه السلوك حتى لا يأخذ أحد ما لا يعود له من الحق، وحتى يحصل التوزيع الحسن للخيرات والأعباء داخل المجتمع من جهة بالتساوي الهندسي المتبلور في المضايفة أو المناسبة القائمة بين الأشخاص والخيرات أو الأعباء الموزعة، ومن جهة أخرى بالتساوي الحسابي في ميدان المبادلات والرامي إلى تحقيق المكافأة بين المثيلين في النفع والضرر (المعاوضة أو التعويض). وهذا المعنى هو الذي يهم القضاء وكل رجال القانون، لأنه من مقاصد القانون إعطاء كل ذي حق حقه[1]. وهذا المبدأ هو الذي جسد المساواة الرومانية القائمة على خلفية التمييز الطبيعي بين الأجناس الشيئية والحيوانية[2].

655- ولعل ملاحظة هذه الخلفية المرجعية للتمييز هي التي دفعت بخاييم بيريلمان إلى أن يقول بوجود معان لا حصر لها لاصطلاح العدل تكون معها كل محاولة لضبط جميع أعدادها ضربا من العبث. ولذلك اقتصر في إيراده لبعض هذه المعاني على تلك المشكلة للمعاني العملية المتداولة في الوقت الراهن. وهذه المعاني كالتالي:

عمن كف أذاه عنك... وهذا العدل هو المساواة في المكافأة." : المرجع السابق ص. 365. – ويشبه ميشيل فيللي العدل المطلق بالصدقة العبرانية (Zedaka ou tsedaka): انظر:- فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق رقم 56 ص. 113. – نقد الفكر القانوني الحديث: مرجع سابق ص. 21..

[1]- ميشيل فيللي: فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق، من رقم 30 إلى 35 في ص. من 58 إلى 66 ورقم 43 و44 في ص. من 77 إلى 82.

[2]- يرى فون إيهرنج أن المساؤاة الرومانية تكرس عدم ميل القانون بصورة اصطناعية إلى تغليب قوة على حساب قوة أخرى.وهذه المساواة كانت من إفرازات العدل الطبيعي. فما هو مساو بطبيعته ينبغي أن يعامله القانون بصفة متساوية: إنها معاملة المثل بالمثل. ولقد فهم قانون الألواح 12 العدل بمعنى المساواة المطلقة ليعارض بها القانون السابق عنه. ووصف قانون الألواح 12 بالعدل المطلق، أفضى تطبيقه الصارم إلى ظهور القولة المشهورة "الإفراط في العدل إفراط في الظلم والجور". وكانت هذه القولة ترمي إلى الانحراف عن المساواة الحقيقية للأخذ بالرأفة والرحمة والإحسان عند تطبيقه: روح القانون الروماني: مرجع سابق ج.2 فقرة 33 ص .89 وما بعدها. –ومن هنا قال بَوْلُوس الروماني بإمكان اعتماد التأويل المفضي إلى الأخذ بالمعنى الأكثر ملاءمة لسماحة القسط: عن فابروكيت: المرجع السابق ص. 247. – وهو نص نجد صداه في الفصل 626 من المشروع التمهيدي لسانتيانا والمنقول إلى الفصل 514 من المجلة التونسية.

* لكل نفس الشيء[1].
* لكل حسب استحقاقه[2].
* لكل حسب أعماله[3].
* لكل حسب حاجاته[4].
* لكل حسب صفه[5].
* لكل حسب ما يخوله إياه التشريع[6].

إن المعنى الأخير هو المقصود بما يسمى بالعدل القانوني. فما هي الطبيعة التي من شأنها أن تجمع بين هذا المعنى وغيره من المعاني الأخرى المارة بنا؟

[1]- إن العدل بهذا المعنى يفيد وجوب معاملة الجميع على قدم المساواة دون اعتبار لأي تمييز فيما بينهم. وحسب التصور الشعبي فإن العدل بهذا المعنى لا يتمثل إلا في الموت الذي يطال الجميع دون اعتبار لامتيازاتهم: خاييم بيريلمان: العدل والعقل: مرجع سابق ص. 15 وما بعدها.

[2]- إن العدل بهذا المعنى لا يطالب بالمساواة للجميع وإنما بالمعاملة المناسبة لميزة ذاتية هي استحقاق الشخص الأناني. ولكن كيف يتحقق هذا الاستحقاق؟ وما هو التدبير المشترك بين استحقاق وعدم استحقاق مختلف الكائنات؟ وما هي المعايير الواجب اعتمادها لتحديد هذا الاستحقاق: هل ينبغي مراعاة نتيجة العمل أو النية أو التضحية المقدمة وفي أية حدود؟ إن هذه الأسئلة لا يُجاب عنها. لا بل الأكثر من هذا فإن مثل هذه الأسئلة لا تطرح. والقيمة الأخلاقية اللصيقة بالفرد وحدها كفيلة بتقديم معيار في هذا الصدد: خاييم بيريلمان: المرجع قبله ص.16.

[3]- يكرس العدل بهذا المعنى المعاملة التناسبية الرامية إلى التوزيع في ضوء معيار الحساب أو الوزن أو القياس الذي تقدر به نتيجة العمل. وهذا المعنى هو الذي يوجه أداء الأجور للعمال بالساعة أو القطعة. والعبرة هنا بنتيجة العمل ليس إلا. أما المجهود فلا يلتفت إليه: بيريلمان: المرجع السابق ص. 16 و17.

[4]- يقترب معنى العدل هنا من مفهوم الصدقة. ويرمي إلى التقليص مما يقف في وجه المرء من العقبات التي تحول دون إشباع حاجاته الجوهرية. ويستوجب هذا المعنى الارتكاز على معايير قطعية لتحديد حاجات كل فرد. واختلاف هذه المعايير سيسمح بميلاد مظان جديدة للعدل المقصود هنا. وهو العدل الذي يفرض نفسه شيئا فشيئا على التشريع الاجتماعي المعاصر (حماية العمل والعامل، تحديد الحد الأدنى للأجر، تحديد ساعات العمل، تأمين البطالة، تأمين المرض والشيخوخة والتعويضات العائلية إلخ.....): بيريلمان: العدل والعقل: مرجع سابق ص. 17.

[5]- هذا هو المعنى الأرسطقراطي للعدل ويقضي بمعاملة الناس على وفق الأصناف الاجتماعية التي ينتمون إليها لا على وفق المعايير اللصيقة بالفرد في حد ذاته. وهذا المعنى هو الذي كان سائدا في الماضي ويجد تجسيده الحي في التنظيمات المختلفة للجيش. كما يتجسد أيضا في التمييز العرقي أو الديني أو التمييز القائم على الثروة: بيريلمان: المرجع السابق ص. 17 و18.

[6]- هذا المعنى يسود حاليا. وهو عبارة عن سلخ للمبدأ الروماني المشهور، والقاضي بإعطاء كل ذي حق حقه أو لكل حصته (cuique suum). وقصد تفادي الحلقة المفرغة، فإن هذا المعنى يستوجب تحديد ما يعود لكل إنسان. وإذا كان معيار التحديد هو القانون، فإن العادل سيكون هو ما يخوله القانون من حق وبالتالي من يمتثل لهذا القانون. ولذلك فإن القاضي العادل هو الذي يقتصر على تطبيق نفس التشريعات على نفس المراكز التي ينظمها. إن العدل بهذا المعنى عدل ساكن لأنه يهدف إلى المحافظة على النظام القائم بخلاف العدل الحيوي فإنه يتوخى تغيير هذا النظام أو القواعد التي يرتكز عليها: بيريلمان: المرجع السابق ص. 18 و19 و157. –انظر أيضا في العدل الساكن أو الاستاتيكي والعدل الحيوي أو الديناميكي: عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية: مرجع سابق ص. 166 و167.

الفقرة الثانية :
طبيعة القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف

656- إن المقارنة بين المعاني المارة بنا قد تحمل على الاعتقاد بعدم وجود أي رابط مشترك بينها من شأنه أن يجعل وصف القسط أو العدل مستغرقا لها في مجموعها. ومع ذلك فإن البعض أمثال تورتولون (Tourtoulon) يتمسكون بموقف معاكس. فلقد ذهب هذا الأخير إلى أن مختلف معاني العدل – المساواة - تعود إلى نفس الجوهر. وهي لا تختلف فيما بينها إلا من حيث مدى إمكانية تطبيقها. فالمساواة التامة نظرا لكونها فكرة لا تُحد إلا في اللامتناهي، لذلك فإن إمكانية تطبيقها تتنامى كلما ابتعدت مفاهيم المساواة عن نقطة المساواة التامة الموضوعة في اللامتناهي. وهكذا يمكن إطلاق وصف عدل الإحسان (charité) أو مساواة الإحسان على ذلك العدل الذي يتدخل لإغاثة البؤساء. كما أن موضوع العدل التوزيعي يتمثل في مساواة أخرى تأخذ في الاعتبار الكفاءات والمجهودات الفردية في منح الامتيازات والمنافع وشعارها لكل حسب استحقاقه. فهذا العدل، نظرا لابتعاده عن المساواة المنضبطة في اللامتناهي، يقترب من إمكانيات التحقيق. أما العدل التبادلي فإنه لا يهتم مطلقا بالحياة الفردية منظورا إليها في مجموعها: إنه يرمي إلى إقامة المساواة في كل تصرف قانوني بحيث لا يتسبب العقد في إلحاق الضرر بأحد الطرفين من أجل إغناء الطرف الآخر. وترتبط بهذا العدل العدالة التعويضية التي بموجبها يصحح ما ينشأ من اختلال في المساواة عن خطأ الغير[1].

657- وهكذا يتبين مما سبق أن مختلف معاني العدل تشكل متغيرات تنجر عن التأويل المختلف لعبارة "نفس الشيء" في صيغة "لكل نفس الشيء". غير أن خاييم بيريلمان وجه إلى هذا الرابط المشترك، في نظر تورتولون، بين المعاني المختلفة للعدل والمتمثل في فكرة المساواة المحدودة في اللامتناهي، اعتراضين يكمن أولهما في كون تصور تورتولون قد اختار بصفة اعتباطية الانطلاق من المساواة التامة وهي المساواة التي لا تفرض نفسها على أي كان[2]. أما ثاني الاعتراضين، وهو الحاسم في نظر بيريلمان, فيتمثل في كون الرابطة التي أراد تورتولون إقامتها بين المعاني المختلفة للعدل هي رابطة وهمية باعتبار أنه لو كان على مختلف المعاني المارة بنا أن تقتضي مساواة جزئية لوجب أن ينجر بعضها بالقياس الجلي عن

[1]- عن خاييم بيريلمان: العدل والعقل: مرجع سابق من ص. 22 إلى 24.

[2]- يذهب هنري برجسون إلى أن: "العدالة المطلقة حين تم تصورها في صورة غامضة بقيت طوال هذه المدة مثلا أعلى محترما لا أكثر ولم يكن أمر تحقيقها ليخطر على بال". : منبعا الأخلاق والدين: ترجمة سامي الدروبي وعبد الله عبد الدائم، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1971، ص. 81.

البعض الآخر كجزء يستغرقه الكل أو أن يكمل بعضها البعض كجزأين مختلفين لنفس المجموعة؛ والحال أن هذه المعاني، وخلافا لما ذهب إليه تورتولون، غالبا ما تتناقض فيما بينها إذ كيف يمكن التوفيق مثلا بين معنى "لكل حسب استحقاقه" ومعنى "لكل حسب حاجاته"[1].

658- ولقد تبدى لبيريلمان أنه، لإيجاد رابط مشترك بين مختلف المعاني المارة بنا، يجب البحث عن صيغة للعدل تتضمن عنصرا غير محدد على غرار ما يسمى في العلوم الرياضية بالمتغير (variable). فهذا العنصر هو الذي يمكن أن تشترك فيه جميع معاني العدل وفي نفس الوقت يسمح تحديده بتكريس معنى دون آخر من تلك المعاني المختلفة. إن هذا العنصر المشترك، في نظر بيريلمان، هو الذي يشكل تعريف العدل الشكلي أو المجرد بحيث يصبح كل معنى من المعاني المارة بنا قيمة من القيم المتعددة للعدل الشكلي[2].

والعدل الشكلي أو المجرد في نظر بيريلمان، هو مبدأ عمل بموجبه يكون للأشخاص المتماثلين، في نفس الصنف الجوهري الذي ينتمون إليه، الحق في أن يعاملوا بنفس المعاملة[3].

إن العدل الشكلي أو المجرد بهذا المفهوم هو في طبيعته مساواة شكلية أو مجردة. وهذه أو ذاك لا يعني أكثر من "الإرادة الراسخة والدائمة لاحترام كل الحقوق وأداء كل الواجبات"[4].

659- وحسب دينيس لويد فإن ارتباط العدل بالمساواة في المعاملة يعود إلى الأصول القانونية. وبعبارة أخرى فإن مفهوم العدل الشكلي مشتق من مفهوم القانون نفسه أو على الأقل حيك على هذيه. ولذلك يبقى العدل بهذا المعنى متجسدا في المبدأ المنطقي القاضي بمعاملة المتماثلين بالمِثْل انطلاقا من التصنيف المحدد قانونا. ومن هنا لا يعدو أن يكون العدل الشكلي (المساواة المجردة) مجرد تصنيف بدون محتوى لأنه يقتصر على التسوية في الحكم بين أفراد نفس الصنف من غير اهتمام بما إذا كان المحتوى المحكوم به في التسوية يتصف بدوره بالعدل أم لا. ويكفي لقيام العدل القانوني كعدل شكلي، طبيعته مساواة مجردة، أن توجد قواعد قانونية تحدد كيف يجب معاملة الناس في الفرضيات المنصوص عليها في تلك القواعد، وأن تكون هذه

[1]- بيريلمان: المرجع السابق ص 23 و24.
[2]- بيريلمان: المرجع السابق ص. 25.
[3]- بيريلمان: المرجع السابق ص. 26 و42.
[4]- عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية: مرجع سابق ص. 165.

الأخيرة عامة بطبيعتها لا تستهدف شخصا معينا بشكل عشوائي وأن تطبق هذه القواعد العامة بنزاهة، بدون تحيز أو محاباة[1].

660- إن جعل المساواة المجردة طبيعة للعدل يقتضي اعتبار هذا الأخير من المبادئ الثابتة وغير القابلة للتغير من حيث مضمونها[2]. والحقيقة فإن العدل بهذه الطبيعة لا يعدو أن يكون مجرد مبدأ عقلاني يرمي إلى الحفاظ على تماسك وانتظام المجتمع على وفق الصورة المحددة له سلفا من خلال سلم القيم المميزة لمختلف المطالب المتنافسة[3]. وإذا كان العدل الشكلي بطبيعته المجردة يجد أساسه في العقل المجرد؛ فإن القيم الاجتماعية ترتكز، فيما يرجع إلى الفرد، على عقله الاجتماعي الذي يتحكم فيه القلب أو العاطفة. فالعقل الاجتماعي[4]، المسير بالقلب أو العاطفة، هو الذي يحمل صاحبه على الانقياد للقيم الاجتماعية السائدة في مجتمعه انقياده لبقية العوائد الأخرى المعروفة لديه. والعقل الاجتماعي بهذا المفهوم هو عقل غير واع من حيث المبدأ. بل وحتى إذا ما حصل الوعي بأبعاد ونتائج القيم الاجتماعية المتداولة؛ فإن التمادي، في اعتناقها أو الخضوع لها لا يكون إلا من أجل الدفاع عما يكرس الحفاظ على المصالح المكتسبة جراء هذه القيم، أو بسبب العجز الفردي عن تحدي هذه القيم الضاغطة والقاهرة أو الظالمة في نظره.

إن المجتمع الذي يحافظ على تداول قيمه الاجتماعية إنما يفعل ذلك بما توافر لديه من القوة التي يتدخل القانون لتنظيم مظانها. وبهذه القوة نفسها يمكن تغيير الترتيب في سلم القيم أو الاستغناء عنها في بعضها أو في مجموعها.

[1]- دينيس لويد: فكرة القانون تعريب سليم الصويص ومراجعة سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، عدد 4، السنة 1981 ص. 153 وما بعدها و147 وما بعدها.
[2]- فرانسوا جيني: المرجع السابق، ج.1 رقم 17 ص. 36.
[3]- دينيس لويد: فكرة القانون: مرجع سابق، ص. 150.
[4]- إن التسليم بالجانب الاجتماعي في عقل الإنسان يقتضيه بالضرورة ما يقال عن طبيعته الاجتماعية. فلقد جاء عند ارسطو أن: "الإنسان من طبعه حيوان مدني..... ومن الواضح أن المرء قابل للحياة الاجتماعية أكثر من النحل وغيره من الحيوانات الأليفة.... وما اختص به الإنسان دون سائر الحيوان.... انفراده بمعرفة الخير والشر والعدل والظلم وما إليها وتبادل تلك المعرفة ينشئ الأسرة والدولة. والدولة بالطبيعة مقدمة على الأسرة وعلى الفرد لأن من الضرورة أن يتقدم الكل على الجزء؛ فميل الجميع إذن إلى الاجتماع المدني طبيعي.... المرء.... إذا ما ناوأ الشرع وابتعد عن خطة العدل عد أحط العجماوات.... وأما العدل فهو فضيلة اجتماعية لأن العدالة نظام المجتمع المدني وما العدالة إلا القضاء بالحق...". ارسطو: في السياسة , نقله من الأصل اليوناني إلى العربية وقدم له وعلق عليه الأب أوغسطينس باربارة اليوسي، اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، بيروت، 1980 من رقم 9 إلى 12 في ص. 8 وما بعدها. انظر أيضا رقم 4 ص. 49 ورقم 2 و3 و6 و7 في ص. 132 وما بعدها. –والملاحظ أن هذه الأفكار الأرسطية نجدها مجسدة في المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية إذ جاء فيها: "والحاصل أن الإنسان من حيث أنه مدني بالطبع لا يمكن أن يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات بل يحتاج إلى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية..... فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات ولأجل استقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب الجزاء وهو قسم العقوبات من الفقه". : انظر شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني: مرجع سابق ص. 15 و16.

661- ومن هذا المنطق يمكن الذهاب إلى أن العدل القانوني كعدل شكلي، طبيعته مساواة مجردة يبقى قائما وصالحا طالما ظل المجتمع محافظا على القوة التي يفرض بها ما اختاره من الترتيب في سلم القيم الاجتماعية. والعدل في هذه الحالة لن يكون إلا مجرد صورة ليس لها من المضمون إلا العمل على ضمان وتبرير الأمر الواقع.

غير أن القوة عندما تتمكن من إحلال واقع جديد محل الواقع القديم فإنها تستند بدوها، فيما يصاحبها من الأفكار, على العدل كما يراه أصحابها. إن هذا العدل هو ما يسمى بالعدل الديناميكي أو الاجتماعي الهادف إلى التحويل أو التغيير الاجتماعي[1].

662 – ويمكن وصف هذا العدل الديناميكي أو الحيوي بالعدالة[2] أو الإنصاف لكي يتميز عن القسط أو العدل الذي ينصرف فهمه إلى العدل الشكلي وإن أرسل ولم يقيد بوصف الشكلي . وإذا كانت طبيعة هذا الأخير تتمثل في المساواة المجردة فإن طبيعة العدالة أو الإنصاف تكمن فيما يمكن تسميته بالمساواة الواقعية أو الملموسة.

والحديث عن العدالة أو الإنصاف (العدل الحيوي) ليس وليد العصر الحديث. فلقد سبق لأرسطو مثلا، في معرض حديثه عن القوانين غير المكتوبة، أن أشار للفضيلة على وفق الوسط العادل[3] , ومن جهة أخرى ما هو مغفل عنه في القانون المكتوب من العدالة المتجاوزة لهذا القانون أي الإنصاف الذي يقتضي أحيانا التعامل بالرفق والصفح[4]:أي بعبارة ابن رشد تلك السنن غير المكتوبة التي تقضي من جهة بالزيادة في مكافأة العدل أو الجور والخير أو الشر بقدر الزيادة في الأفعال المفضية إلى العدل أو الجور والخير والشر، كما تقضي من جهة أخرى بسد عجز السنن المكتوبة إما بالزيادة عما قدر فيها أو بالنقصان مما قدر فيها وذلك عن طريق

[1] - من الأمثلة على العدل الديناميكي الرامي إلى التحويل الاجتماعي نذكر ما ساد في فرنسا من الأفكار التي أفضت إلى ثورة 1789 وارتكز عليها المشرع الفرنسي عند إعداد مدونة نابليون سنة 1804 م. وبالمقابل فإن الأفكار التي تمسك بها واضعو المجلة التونسية وبالتالي ق.ل.ع.م. يمكن اعتبارها على الأقل في نظر أصحابها مما يتجسد به العدل الديناميكي الهادف إلى التغيير الاجتماعي. ولكن يجدر التنبيه إلى أنه يكفي أن يجسد القانون مثل هذه الأفكار المعتبرة من قبيل العدل الديناميكي لكي يتدخل العدل الشكلي أو المساواة المجردة من جديد للحفاظ على ما أصبح قائما إلى أن يواجه من جديد باسم العدل الديناميكي.

[2] - يذهب دنيس لويد إلى أن "العدالة... لا تعمل بصفتها تعبيرا عن حكم منطقي بل بتشكيل ذاتها على صورة القضية الفردية حتى ولو كان ذلك بشكل شاذ غريب... ونظرا لعدم وجود شكل لها فإنها تشبه عمل البر الذي هو عفوي و غير محسوب له بعناية ويهدف إلى إغاثة شخص يتألم دون اعتبار لأية قواعد. والعدالة بهذا المفهوم هي نقيض العدل الشكلي أو تكملة له وليس جزء من مفهوم العدل." ; فكرة القانون : مرجع سابق ص. 160 .

[3] - عبد الرحمن بدوي : الأخلاق النظرية : مرجع سابق ص. 146 .

[4] - أرسطو : الخطابة : مرجع سابق ص. 89 و 90 .

التفضل الذي يتخذ مظهر الإحسان أو الصفح والحلم[1]. فهذه القوانين أو السنن غير المكتوبة هي التي ترفع" الغدر بالأمانات والفجور في الأيمان ونقض العهود وما أشبه ذلك من الأمور [إلى مصاف] الظلم العظيم"[2].

663- ومع ذلك إذا كانت هذه السنن غير المكتوبة هي المجسدة للعدالة المتضمنة لكافة أوجه التفضل من إحسان ورحمة وصفح عن ألوان الضعف الإنساني، ولذلك قيل بأنها سنن عامة "ملائمة لطبائع الناس وهواهم"[3]؛ فإن ما يجدر التنبيه إليه أن هذه السنن العامة لا يخرج لُبّها وجوهرها وبالتالي طبيعتها عن القياس والمناسبة بمعيار المساواة الحسابية للحقوق والمنافع بين ما هو مماثل في كل صنف من الأصناف المحكومة بمعيار المساواة الهندسية: فهذا هو الميزان أو العدل أو القسط. ولقد تم استعارة هذا الميزان عن العدالة النسبية التي ظهرت مع ظهور المبادلات أو التجارة بالمفهوم القديم[4]. وفي هذا الصدد يقول هنري برجسون: "وأي مجتمع مهما كان بدائيا لم يعرف المقايضة؟ فكان لابد أن يتساءلوا هل للشيئين المتبادلين قيمة واحدة أي هل يمكن أن يستبدل بهما شيء ثالث واحد. حتى إذا صيغت هذه المساواة في القيمة في قاعدة دخلت القاعدة في معاملة الجماعة وجاء مجموع الإلزام[5].... فتواضع عليها.... كانت هي العدالة في صورتها الواضحة وطابعها القاهر وما يرتبط بها من أفكار المساواة والمقابلة بالمثل ولكنها لن تطبق

[1] - جاء عند ابن رشد في تلخيص خطابة أرسطو أن :"الخير بحسب السنن غير المكتوبة هي الأفعال التي كلما يزيد الإنسان منها إلى غير نهاية يزيد حمده ومدحه وكرامته ورفعته... وأما الخير والشر في السنن المكتوبة فإنه مقدر لا يزاد فيه ولا ينقص منه. ولما كان الأمر على هذا وكانت السنة المقدرة لا تنطبق على كل شخص ولا في كل وقت ولا عند كل مكان لم تكن كافية فيما تقدر من الخير والشر في معاملة شخص من أشخاص الناس فاحتج إلى الزيادة والنقصان فيها بحسب ما تقتضيه السنة غير المكتوبة فوجب أن يكون في هذه السنن..... عدل مكتوب وتفضل وهو إما الزيادة على السنن المكتوبة وإما النقصان منها. فإن كانت الزيادة على الخير المكتوب سمي إحسانا وإن كانت الزيادة على الشر المكتوب سمي حسبة وإن كانت نقصانا من الشر المكتوب سمي صفحا وحلما واحتمالا وما أشبه ذلك من الأسماء." : ابن رشد : تلخيص الخطابة حققه وقدم له عبد الرحمن بدوي. الناشر وكالة المطبوعات، الكويت ودار القلم، بيروت، بدون تاريخ الطبع ص. 111 و112.

[2] - ابن رشد: تلخيص الخطابة لأرسطو: مرجع سابق ص. 117.

[3] - ابن رشد: المرجع السابق قبله ص. 118.

[4] - حسب بينفينيست، فإن التجارة عرفت بيع الأشخاص وأداء المقابل بالأشخاص قبل بيع البضائع وأداء المقابل بالبضائع. ولذلك فإن الشراء (إشترى : (acheter) كان يعني في القديم الافتداء (افتدى :racheter) لأنه بالشراء كان يتم تحرير شخص من وضعية عرضية كوضعية سجين الحرب مثلا:

Emile Benveniste : Le vocabulaire des institutions indo-européennes, ed.. de Minuit, Paris, 1969, tome 1, p. 129:

Nietzsche :Le nihilisme européen, traduction et notes par : Kremer –Marietti, collection 10/18, Paris, 1976 p. 141. عن:

[5] - يقصد هنري برجسون بمجموع الإلزام، الشعور الأخلاقي للفرد بالخضوع لكل ما يخطه المجتمع من العادات: انظر: منبعا الأخلاق والدين: مرجع سابق ص. 63.

على مبادلات الأشياء فحسب بل ستمتد بالتدريج إلى العلاقات بين الأشخاص من غير أن تستطيع مع ذلك أن تتحرر من كل اعتبار للأشياء والمبادلة"[1].

إن هذه العدالة النسبية هي التي تحث على احترام الشخص والحق وإنجاز الوعود والوفاء بالعهود والإلزام بالتعويض عند اختلال التكافؤ في المعاوضة. ومن هنا كانت هذه العدالة النسبية عدالة تبادلية أو تعويضية[2] أو تصحيحية[3].

664- إن العدالة التبادلية بمفهومها التعويضي أو التصحيحي هي التي انصرف إليها ذهن عدم اعتبار الإرادة في العقود أو تقييدها باسم الإنصاف أو المصلحة العامة منذ أواخر القرن 19م. لتجاوز الأزمة التي كانت تتخبط فيها فرنسا[4]. وترمي هذه العدالة إلى إعادة التكافؤ للعقود عندما يختل هذا التكافؤ إما بسبب التعسف الممارس من قبل أحد المتعاقدين أو الغموض المنسوب إليه كما يحصل في الغالب فيما أصبح يوصف منذ بداية القرن العشرين بعقود الإذعان بالإضافة طبعا إلى الاستعانة بالإنصاف لسد الاختلال الناجم عن سكوت العقد عن التصريح بملحقات الالتزام.

والإنصاف في هذا الصدد تتجسد طبيعته في المساواة الملموسة في النازلة المعروضة على القضاء لا على النازلة كفرضية مجردة في النص القانوني[5].

665- والملاحظ، كما ذهب إلى ذلك خاييم بيريلمان، أن الحياة الاجتماعية تتأرجح باستمرار بين القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف. ويتم اللجوء إلى الإنصاف عند إقامة تشريع أو تنظيم جديد وكذا في فترات الأزمات الاقتصادية[6].

وعليه إذا أُخِذَ في الاعتبار أن هذه الأزمات الاقتصادية لم تعد تشكل، في الوقت الراهن، مجرد استثناء من جهة، وأن الصراع الاقتصادي والاجتماعي[1] مظانه دائمة

[1]- هنري برجسون: منبعا الأخلاق والدين: مرجع سابق، ص. 77 و78. وانظر أيضا في الانتقال من العدالة النسبية إلى العدالة المطلقة نفس هذا المرجع ص. 80.

[2]- عبد الرحمن بدوي: الأخلاق النظرية: مرجع سابق ص. 168.

[3]- ميشيل فيللي: فلسفة القانون: تعاريف ومقاصد القانون: مرجع سابق رقم 44 ص. 79.

[4]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: عيمانويل كونو: المرجع السابق، الهامش 1 في ص. 468.

[5]- جاء عند كوزان أنه إذا كان المبدأ التبادلي (commutatif) ليس فيه أي جديد، فإن تلقيه في القانون قد تحدد في الحقيقة. ولأسباب متعددة فإن القانون المعاصر لم يعد يتلاءم مع المساواة المجردة إذ أصبح يبحث باستمرار عن تحقيق مبدأ المساواة الملموسة للأداءات. والتمييز بين المساواة المجردة والمساواة الملموسة يتناسب مع ذلك التمييز الذي يجري عادة بين العدل والإنصاف:
Eric Causin : « L'interprétation des contrats en Droit Belge ». in l'interprétation en Droit –Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p. 338.

[6]- خاييم بيريلمان: العدل والعقل: مرجع سابق ص. 49.

الحركة بسبب تنامي الوعي الاجتماعي والمناداة أكثر فأكثر بما أصبح يسمى بحقوق الإنسان[2] من جهة أخرى؛ أمكن الذهاب إلى أن الإنصاف أصبح مما يكتمل به العدل بمفهومه الشكلي[3]. وبعبارة أخرى فإن العدل (كأمر واقع) والإنصاف (ما ينبغي أن يكون عليه الأمر) أصبحا يتعايشان في العقود[4].

666- ولكن كيف ينبغي أن يفهم هذا الإنصاف المكمل للعدل؟ لقد مر بنا أن طبيعة الإنصاف تتمثل في المساواة الملموسة. وهذه الأخيرة لا تعني أكثر من إعادة التوازن أو التكافؤ بالنظر إلى ما تقتضيه النازلة المعروضة على القضاء في حد ذاتها. وبهذا المفهوم فإن الإنصاف في طبيعته لا يختلف عن العدل في طبيعته من حيث كونهما معا مجرد صورة أو مظنة يتمسك بها في ضوء أفكار معينة. وهذه الأفكار المعينة بالنسبة إلى الإنصاف، في الوقت الراهن، لا يمكن أن تتمثل إلا فيما يمكن تسميته بالرأي العام باعتبار أن هذا الرأي العام هو الذي يمثل الجانب المواجه لما في العدل الشكلي من ظلم في نظره[5].

وهكذا فعلى فرض التسليم -كما يذهب إلى ذلك البعض- بكون الإنصاف هو الشعور أو الإحساس بالعدل العام أو المطلق[6]، أو هو الشعور العفوي بالعدل والظلم الآخذ بالمنهج الحدسي المحافظ على اتصال العقد بالحياة اليومية لمواجهة المنهج العقلاني[7]؛ فإن هذا الشعور أو الإحساس الذي قد يتولد لدى القاضي عند نظره في

[1]- حسب جان كاربونييه: فإن مضمون العدل ليس أمرا مهما لأنه يتغير على مر الأزمنة ويختلف من مكان إلى آخر. فالمهم هو ما لا يتغير وهو الصراع، المجهود، المُنْتَزَع. ليس العادلون هم من يمتلكون العدل. إنهم أولئك الذين يحسون بالجوع والعطش: جان كاربونييه: القانون المرن: نصوص من أجل علم اجتماع للقانون بدون صرامة: مرجع سابق ص. 345.

[2]- إن: "عدالتنا -يقول هنري برجسون- هي عدالة حقوق الإنسان التي لا تثير اليوم في الذهن فكرة النسبة أو القياس بل فكرة المطلق وفكرة اللاقياس. إن هذه العدالة لا يمكن تصورها تصورا كاملا إلا في اللانهاية" : منبعا الأخلاق والدين: مرجع سابق ص. 82.

[3]- يرى خاييم بيريلمان أن الإنصاف ركيزة العدل فهو المكمل الضروري للعدل الشكلي كلما تعذر تطبيق هذا العدل. ويتمثل الإنصاف في الميل نحو عدم معاملة الأشخاص المنتمين لنفس الصنف الجوهري معاملة مفرطة في اللامساواة. إن الإنصاف بهذا المفهوم يرمي إلى التقليص من عدم المساواة وهو في عمله هذا لا يمكن أن يكون إلا عدلا غير شكلي:العدل والعقل: مرجع سابق، ص. 45 و46.

[4]- يرى جاك ميستر (Jacques Mestre) أن العمل القضائي الفرنسي المعاصر أصبح يميل إلى التخفيف من صرامة القانون التعاقدي من أجل تحقيق التكافؤ والتوازن بين مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 1134 مدني فرنسي [أي الفصل 230 من ق.ل.ع.م.] والفصل 1135 من نفس القانون [أي الفقرة الثانية من الفصل 231 مغربي] : انظر جاك ميستر في تعليقه المنشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني (R.T.D.C.)، عدد 1، يناير -مارس، السنة 1989: العمل القضائي الفرنسي في مادة القانون المدني من ص. 71 إلى 74.

[5]- يرى بيريلمان أن التجربة الاجتماعية تؤكد على أن المعتاد في الحديث عن العدل أن يتم بصفة عامة وفضفاضة في حين عندما يتعلق الأمر بحالة خاصة لتطبيق العدل نسمع بالتقريب دائما عن الظلم: العدل والعقل مرجع سابق، ص.44.

[6]- انظر ما مر بنا في تحديد المعاني المختلفة للقسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف.

[7]- إيريك كوزان: "تأويل العقود في القانون البلجيكي" :مقال مشار إليه في السابق رقم 74 ص. 339.

النازلة موضوع التعارض بين العدل بمفهومه الشكلي وبين ما نحن بصدده من الإنصاف، لا يمكن أن يكون صادرا، وقت إعماله منهجه الحدسي، عن أفكاره الشخصية حول معنى وطبيعة العدل والإنصاف وإنما عما أسميناه بالرأي العام المتصف بالموضوعية بالنسبة للقاضي على الأقل. وهذه الموضوعية هي التي من شأنها أن تحد من التعسفات الناجمة، حسب أنصار العدل الشكلي، عن ارتكاز الحكم أو القرار القضائي على الإنصاف[1]؛ إذ سيكون وصف القاضي –عند تطبيقه للإنصاف– بوزير العدالة[2] معناه وزير الرأي العام. ولاشك أن هذه المهمة تنقل القاضي من دوره السلبي الذي يضطلع به عندما يقتصر على تطبيق العدل الشكلي من خلال اكتفائه بالتطبيق الصارم للقانون التعاقدي إلى دوره الإيجابي المتمثل في التهدئة الاجتماعية الرامية إلى الحفاظ على الأمر الواقع من خلال التعامل معه بمرونة وهي من الرحمة التي تتخذ لنفسها صورة الإيلَة الظاهرة (أو الملاك المستتر) وهي تحفظ العدل بسيف قانون ميزانه من السقوط[3]. ولذلك نجد القانون نفسه يحيل عليها أحيانا، إلى جانب العدل المجسد في التشريع أو العادة والعرف، لتأويل التصرفات القانونية.

المطلب الثاني :
مدى ارتباط القسط أو العدل والعدالة أو الإنصاف بتأويل التصرفات القانونية

667-عندما يقرر القاضي أن التصرف القانوني صريح ويمتنع، لذلك، عن تأويله؛ فإنه يكون قد صدر في الخروج بقناعته، وفي آخر المطاف، عن القسط أو العدل الشكلي مجسدا في الفصلين 230 و461 من ق.ل.ع.م. وبعبارة أخرى إذا كان على القاضي أن يقتصر من حيث المبدأ على إعمال عبارات التصرف القانوني

[1]- انظر في فكرة الرأي العام كمعيار موضوعي من شأنه أن يحول دون السقوط في فخ التحكم والتعسف وأن يحقق وحدة القضاء: دورو: المرجع السابق ص. 472 وما بعدها.

[2]- انظر في هذا الوصف على سبيل المثال: -عيمانويل كونو: المرجع السابق، ص. 210 وما بعدها. -دورو: المرجع السابق، ص. 451.

[3]- لقد لاحظ العالم النفساني ثيوديل ريبو (Théodule Ribot) عقب البحث الميداني الذي أجراه حول الأفكار العامة بفرنسا؛ أن العدل حسب عينات الأشخاص الذين استفسرهم يتجسد في صورة إيلَة (الأمة) حاملة السيف والميزان (عن جان كاربونييه: القانون المرن: نصوص من أجل علم اجتماع للقانون بدون صرامة: مرجع سابق، ص. 345). ومثل هذه الصورة –منقوصا منها ما لا يتلاءم والتقاليد الإسلامية من تجسيم المقدسات الدينية- هي التي نجدها منتصبة كشعار للصحيفة القانونية الشهرية الصادرة بالمغرب تتوسط وسط عدل، عنوان "بيريو جوريس" (-Perio Juris).

امتثالا لمقتضيات الفصلين 230 و461 من ق.ل.ع.م. ؛ فإن تقريره اتسام عبارات التصرف، المتنازع في شأنها، بالصراحة إنما يصدر عن الفهم –أو ما أسميناه أكثر من مرة بالتأويل المستتر والمقنع- الذي يرتكز، بالأساس، على القسط أو العدل الشكلي بما تبلوره، فيما يرجع إلى ما ينبغي التقيد به في الفهم، النصوص أو المبادئ القانونية المغلبة للمنهج الحرفي النحوي المار بنا.

ففي هذه الحالة إذا ما ارتكز القاضي في حكمه أو قراره، الممتنع فيه عن التأويل المكشوف والمعلن، على الفصلين المذكورين قبله أو على حسن النية بمعنى القسط أو العدل الشكلي؛ فإن تطبيق قاعدة حسن النية بمعنى القسط أو العدل في هذا الصدد لا يكون له أي ارتباط بتأويل التصرفات القانونية بالمعنى المألوف للتأويل.

668- وبالمقابل عندما يقرر القاضي أن التصرف القانوني غامض أو مبهم فيعمد إلى تأويله باعتماد المعنى الذي تكون الإرادة الحقيقية لصاحب أو أصحاب التصرف قد انصرفت إليه؛ فإنه يكون مرتكزا في آخر المطاف على العدالة أو الإنصاف الذي تجسده الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. وقواعد التأويل الأخرى الموجهة للقاضي إلى الأسلوب الواجب إتباعه للوصول إلى المعنى المراد.

إننا نقول بكون السند الأخير للإرادة الحقيقية نفسها إنما يرتكز على العدالة أو الإنصاف لأن عدم الوقوف عند المعنى الحرفي النحوي في حالة غموض أو إبهام التصرف القانوني إنما هو ضرب من الإحسان أو الرحمة أي التفضل الهادي إلى عدم اعتماد القسط أو العدل الشكلي على نحو مفرط وإلا انقلب القسط جورا والعدل ظلما. والإفراط في فهم التصرف القانوني إنما هو الأخذ بالمعنى الحرفي النحوي على الرغم من الاقتناع بغموض أو إبهام التصرف[1] . ومع ذلك فإن الإنصاف في هذه الحالة، وإن اعتبر قاعدة من قواعد التأويل ,إلا أنه يبقى قاعدة غير مباشرة تغني عنها القاعدة المباشرة المتمثلة في البحث عن الإرادة الحقيقية لصاحب أو أصحاب التصرف وغيرها من القواعد الأخرى الموجهة إلى مكامن الوقوف على هذه الإرادة. وهذا يعني أن قاعدة الإنصاف المنصوص عليها في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. لا تهم هذه الحالة بصفة مباشرة ما لم يعتبر الإنصاف هو المعنى المقصود بحسن النية. ولكن بما أن حسن النية بمعنى الإنصاف لا يفيد، في هذا الصدد، أكثر من البحث عن الإرادة الحقيقية لصاحب أو أصحاب التصرف؛ لذلك

[1]- "من الإنصاف –حسب ارسطو- أن نصفح عن ألوان الضعف الإنساني، وأن ننظر لا إلى القانون بل إلى المشرع لا إلى النص الحرفي للقانون بل إلى قصد المشرع لا إلى الفعل ذاته بل إلى النية والمشيئة [الإرادة] لا إلى الجزء بل إلى الكل، لا إلى الشخص كما هو الآن بل ما كان عليه دائما وعموما. ومن الإنصاف..... أن نفضل التحكيم على المحكمة لأن المحكم يراعي الإنصاف، بينما القاضي لا ينظر إلا إلى القانون والسبب في تعيين المحكمين هو الرغبة في أن يسود الإنصاف". :أرسطو: الخطابة، ترجمة عبد الرحمن بدوي: مرجع سابق، ص. 90 و91.

فإن حسن النية، وإن وقع الارتكاز عليه في إعمال المعنى المتوصل إليه بالتأويل، لن يكون إلا ضربا من التعبير المجازي عن الفصل 2/462 مغربي.

669- ويبقى الإنصاف محتفظا بصفته غير المباشرة وبالتالي بقيمته الثانوية ومكانته الاحتياطية حتى عندما يعجز القاضي عن كشف الإرادة الحقيقية لصاحب أو أصحاب التصرف القانوني فيعمد إلى إعمال الحل الذي يقدمه له القانون التعاقدي لإنقاذه من ورطة الامتناع عن إصدار الحكم في النازلة المعروضة عليه كما يحصل بالنسبة للفرضية المنصوص عليها في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. غير أن تأويل لفظة "الملتزم" الواردة في هذا النص الأخير، والمارة بنا دراسته، وفقا للمعنى الذي يقتضيه الإنصاف؛ من شأنه أن يجعل هذا الأخير قاعدة مباشرة للتأويل القانوني يتقلص برحمته وتفضله ما قد يبدو من جور أو ظلم ما يفهم من اللفظة المذكورة قبله في ضوء المعنى الحرفي النحوي المكرس للقسط أو العدل الشكلي والمناسب لاعتبار التصرف القانوني صريحا.

670- وعندما يجيء العقد صريحا، من خلال فهمه على وفق معناه الحرفي النحوي، قد يثار النزاع حول المسكوت عنه في هذا التصرف فيكون المطلوب من القاضي أن يحسم في أمر سد ثغرة السكوت عن طريق الإضافة أو التكملة.

غير أن هذه التكملة تقتضي التمييز بين ما إذا كان السكوت يتعلق بعنصر من العناصر الأساسية التي لا يمكن للتصرف أن يتكون ويقوم قانونا بدونه كالمبيع والثمن بالنسبة للبيع, أم يتصل بأحد العناصر الثانوية غير المؤثرة في تكوين التصرف وانعقاده. ففي الحالة الأولى يجدر التنويه إلى أن الأصل في السكوت عن أحد العناصر الجوهرية للتصرف أن يجعل هذا التصرف غير منعقد بالمرة ما لم يكن هناك نص قانوني أو عادة (أو عرف) يستوجب التطبيق في هذا الصدد كما يحصل بالنسبة للسكوت عن الثمن في فرضية البيع المنصوص عليها في الفصل 487 من ق.ل.ع.م.[1] أو في فرضية الكراء المنصوص عليها في الفصل 634 من ق.ل.ع.م.[2]. والقاضي في تكملته التصرف بهذا العنصر الجوهري إنما يلجأ إلى

[1]- ينص الفصل 487 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "يجب أن يكون الثمن الذي ينعقد عليه البيع معينا... ومع ذلك يجوز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق أو إلى تعريفه معينة أو إلى متوسط أسعار السوق إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع على بضائع يتعرض ثمنها للتقلبات فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات".

[2]- ينص الفصل 634 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة افترض فيهما أنهما قبلا أجرة المثل في مكان العقد. وإذا كانت ثمة تعريفة رسمية افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا التعاقد على أساسها". –انظر أيضا، فيما يرجع إلى عقد إجارة الأدمي على الصنعة وعلى الخدمة: الفصل 732 من ق.ل.ع.م.

تأويله في ضوء النص التشريعي أو العادة (أو العرف) المحدِّد له. وهذه التكملة تتماشى وما يقضي به الفصل 463 من ق.ل.ع.م. وإن كان هذا الأخير ينصرف بالدرجة الأولى إلى تكملة العناصر الثانوية للتصرف أو ما يسمى بتوابع أو ملحقات الالتزام. ولذلك إذا ما ارتكزت التكملة على الإنصاف، فإن هذا الأخير لا يكون معناه إلا التشريع أو العادة (أو العرف) المحدد للعنصر الجوهري المسكوت عنه. وهذا الأخير أصبح يشكل القسط أو العدل الشكلي وإن انجر في الأصل، عند وضع التشريع أو صيرورة الممارسة التعاقدية المألوفة عادة (أو عرفا)، عن الإنصاف بمعنى الرحمة أو التفضل.

671- أما في حالة السكوت عن العناصر الثانوية للتصرف أو توابع أو ملحقات الالتزامات المنجرة عنه؛ فإن الفصل 231 في فقرته الثانية ينضاف إلى الفصل 463 المارة بنا دراسته ليشكل النص المتضمن للقواعد الحاسمة للنزاعات المتعلقة بالمسكوت عنه من التوابع أو الملحقات أو العناصر الثانوية للتصرف. وإذا كان الفصل 231 كما مر بنا يقتصر على ترديد قاعدتي التشريع والعادة المكرستين ضمن القواعد المعتمدة في الفصل 463 من ق.ل.ع.م. لتأويل التصرفات؛ فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار هنا يتعلق بتحديد مكانة قاعدة الإنصاف ضمن القواعد الأخرى المستعان بها في التأويل؟

672- وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه السائد في الفقه[1]، يؤكد أن قاعدة الإنصاف تعد، وعلى غرار ما أشرنا إليه في معرض دراستنا للفصل 473 من ق.ل.ع.م.، بمثابة المنقذ للقاضي من المأزق الذي قد يقع فيه عندما لا يجد ما يسعفه في تكملة التصرف القانوني. وهذا معناه أن قاعدة الإنصاف هي قاعدة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا تعذر على القاضي الكشف عن إرادة المتعاقدين المشتركة من خلال العناصر الداخلية في التصرف أو الخارجة عنه ولم يكن هناك أي نص تشريعي أو عادة (أو عرف) من شأنه أن يحسم النزاع. إن قاعدة الإنصاف حسب هذا التصور لا يلجأ إليها إلا في آخر المطاف: فهي إذن قاعدة الحل الأخير.

[1]- انظر على سبيل المثال: -دورو: المرجع السابق، ص. 457 وما بعدها و484 وما بعدها. -كونو: المرجع السابق، ص. 197 وما بعدها و212 وما بعدها. – بوسهارت: تأويل العقود: مرجع سابق، ص. 130. – دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 66 ص. 135 وما بعدها. – أحمد ماهر: المرجع السابق، ص. 293 و294. – كوكيبه: المرجع السابق، ص. 127 وما بعدها. – سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 21 ص. 68 وما بعدها. – عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص. 147 وما بعدها. – جبني: المرجع السابق، ج.1 رقم 19 ص. 38 وما بعدها. – الفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: مرجع سابق، رقم 373 ص. 367.
- Emérentienne de Gaudin de Lagrange : L'intervention du juge dans le contrat, Librairie du recueil Sirey, 1935, n° 62, p. 232.

ولاشك أن هذا الموقف يساير المعنى الحرفي النحوي للترتيب المعتمد في الفقرة الثانية من الفصل 231 إذ مُنحت الأولوية للتشريع فالعادة وأخيرا الإنصاف. وهذا الترتيب يتلاءم مع القيمة التكميلية للعدالة أو الإنصاف إذ كما مر بنا لا يعد الإنصاف إلا مجرد مكمل للقسط أو العدل.

673- وقد يعترض على هذا الموقف بكون قاعدة الإنصاف يستطيع القاضي اعتمادها بمجرد ما يتعذر عليه الوقوف على الإرادة الحقيقية للعقد من خلال تأويل بنود العقد ببعضها البعض أو من خلال الاستعانة بالظروف السابقة أو المصاحبة أو اللاحقة لتكوين العقد. بمعنى أنه ليس من الضروري أن يتقيد القاضي بمنح الأولوية للتشريع فالعادة أو العرف على الإنصاف. فالإنصاف يجب أن يتقدم في إعماله حتى على التشريع والعادة أو العرف[1].

إن مثل هذا الاعتراض، في فرنسا بالأساس، إنما يصدر عن الفهم الحرفي النحوي للترتيب المعتمد في الفصل 1135 مدني فرنسي إذ قدم الإنصاف على كل من العادة والتشريع.

بل الأكثر من هذا، فعلى فرض عدم وجود أي ترتيب تسلسلي بين التشريع والعادة أو العرف والعدالة أو الإنصاف؛ فإن التنبيه في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. أو الفصل 1135 مدني فرنسي إلى ضرورة التقيد، عند إعمال هذه القواعد لتكملة التصرف، بطبيعة هذا الأخير؛ لا يعكس في الحقيقة إلا ما يوجد بين التصرف والقانون التعاقدي من انسجام[2] بجعل طبيعة التصرف متجسدة فيما تكرسه القواعد التشريعية المكملة لهذا التصرف بما في ذلك العوائد أو الأعراف المحال عليها في نفس هذه القواعد. وإذا كان على القاضي، عند تطبيقه قاعدة الإنصاف، أن يتقيد بطبيعة التصرف؛ فهذا معناه أن تكملة التصرف في ضوء الإنصاف إنما تتم بضَرْبٍ مِنْ قياسِ الملحقات أو التوابع أو العناصر الثانوية للالتزام على ما كانت ستتضمنه القاعدة التشريعية أو العادة المكملة لو أنها كانت موجودة فعلا. والتقيد بطبيعة التصرف (العقد) هو الذي من شأنه أن يسمح للقاضي بالالتصاق بالأمر الواقع فعلا بالتشريع أو العادة أو العرف وبالتالي بالقسط أو العدل الشكلي وعدم الانسياق وراء

[1]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: بوسهارت: المرجع السابق ص 125. لا بل الأكثر من هذا فإن إيريك كوزان (في مقاله المشار إليه في السابق، رقم 80 ص. 342) يرى أن الفصل 1135 مدني فرنسي أو بلجيكي لا يقيم أي ترتيب تسلسلي بين التشريع وإرادة المتعاقدين والعدالة أو الإنصاف. فهذه المصادر الثلاثة لها قوة متكافئة وحجيتها في التسلسل تتصل في الحقيقة بالنازلة المعروضة على التقدير المطلق لسلطة القاضي. وهنا تكمن أهمية تسبيب الأحكام.

[2]- انظر في هذا الصدد:

- Samir Tanagho : De l'obligation Judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, L.G.D.J., Paris, 1965, n° 60, p. 132.

كل ما قد يجسده الرأي العام من مطالب. وهذا طبعا في حالة ترجمة الإنصاف على أن المقصود به هو مسايرة الرأي العام كما اقترحنا ذلك من قبل. ولذلك فإن المتمسك بالإنصاف لتكملة التصرف على وفق معناه الذي يفيد القيام بنوع من القياس على التشريع أو العادة أو العرف لن يكون مثله إلا كما جاء في المثل العربي:

المستجير بعمرو من كربته ** كالمستجير من الرمضاء بالنار.

674- إن الإنصاف بهذا الفهم لن يكون إنصافا "مخنثا" بإفراطه في الرقة أو الرأفة أو الرحمة[1]، المناسبة في الوقت الراهن لِما يسمى بحقوق الإنسان؛ وإنما مجرد وصف للتهدئة الاجتماعية بتعبير آخر عن القسط أو العدل الشكلي أي في آخر المطاف عن القانون المشبه بساتورن الذي يلتهم أولاده[2].

ولاشك أن الإنصاف، في تقديرنا، يبقى مطبوعا بحقيقته كمهدئ أو مسكن ليس فقط عندما يؤخذ به لتكملة المسكوت عنه في التصرف؛ وإنما أيضا لو تشجع القضاء المغربي فأخذ به لإعادة التكافؤ إلى العقود التي يحصل فيها الاختلال بسبب تغير الظروف الاقتصادية[3]، أو لرفع التعسف بالخصوص عما يوصف بعقود الإذعان مع التنبيه إلى أن الواقع الحالي يجعل هذا الإذعان المانع من المساومة أو المكايسة أو المناقشة الحرة مما تتميز به كافة العقود مبدئيا وليس مقتصرا على تلك العقود المعدودة في هذا الوصف تقليديا كعقد التأمين وعقد الشغل وعقد النقل عبر السكك الحديدية. فهذه العقود الأخيرة وغيرها أصبحت مما تدخل المشرع في شأنه لتنظيمه[4]. وهذا التدخل يدفع أنصار فكرة عقود الإذعان إلى القول بضرورة حرص القاضي على التطبيق الصارم له كما سنرى بعده.

[1]- فون إيهرنج: روح القانون الروماني: مرجع سابق، ج.2 فقرة 33 ص. 90.

[2]- فون إيهرنج: المرجع قبله، ج.2 فقرة 32 ص. 69.

[3]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال رسالتنا المشار إليها في السابق، ص. 279 وما بعدها.

[4] لقد أفرد القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين القسم الثالث فيه لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية.وبعدما نبهت المادة 16 منه على ضرورة مراعاة قواعد التأويل المسطرة في ق.ل.ع.م.أشارت إلى ما يقدر في ضوئه الطابع التعسفي لبند من بنود العقد من الظروف المرتبطة بالعقد من داخله أو خارجه على النحو المار بنا عند تحليل الفقرة الثانية من الفصل 462 نت ق.ل.ع.م.أنظر الفقرة 420 قبله.

الفرع الثاني :
تأمل ما يسمى بفكرة عقود الإذعان، المبنية بالأساس على حسن النية أو الإنصاف، من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة

675- إن "عقود الإذعان" عبارة آثر السنهوري أن يترجم بها الوصف المتداول في اللغة القانونية الفرنسية لبعض العقود : "contrats d'adhésion" بعدما جمع بين لفظتيه أول الأمر رايموند ساليي؛ فتلقفها الفقه والقضاء بل وحتى المشرع المصري بالقبول[1].

وعلى الرغم من أن هذا الوصف تداوُله مألوف؛ فإن بعض أنصاره فقط هم الذين يرون ضرورة تمييزه عما يسمى بالعقود العادية فيما يرجع إلى تأويل العقود المندرجة فيه.

وإذا كان المقام هنا يستوجب منا التعرض إلى وصف عقود الإذعان من زاوية ما يتصل فيها بالتأويل ليس إلا؛ فإن اتسام هذا الوصف، كمفهوم، بالتردد والاضطراب يقتضي منا إبراز ما يتحدد به لدى أنصاره. ومعالجة هذه العناصر في مجموعها هي التي ستسمح لنا بمحاولة تقييم وصف أو مفهوم عقود الإذعان من خلال دوافع ظهوره وواقع الظروف الراهنة للخروج بالنتيجة التي ستملي علينا موقف مناصرته أو التقليل من أهميته.

وعليه فإننا سنعالج هذا الفرع في مبحثين كالتالي:

- **المبحث الأول: تحديد ما يسمى بعقود الإذعان من حيث مفهومها وتأويلها في ضوء حسن النية أو الإنصاف.**
- **المبحث الثاني: محاولة تقييم ما يسمى بفكرة عقود الإذعان في ضوء دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة.**

[1]- انظر في هذا الصدد: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري: مرجع سابق، ج.1 : مصادر الالتزام: الهامش 1 في ص. 245. –إدريس العلوي العبدلاوي: عقد الإذعان مطبوع أعد لطلبة السنة الأولى من الدكتوراة في القانون الخاص بكلية الحقوق بالرباط السنة الجامعية 1979-1980 ص. 43.

المبحث الأول :
تحديد ما يسمى بعقود الإذعان من حيث مفهومها وتأويلها في ضوء حسن النية أو الإنصاف

676- سنتناول هذا المبحث في مطلبين كالتالي:

- **المطلب الأول : تحديد مفهوم ما يسمى بعقود الإذعان**
- **المطلب الثاني : تأويل ما يسمى بعقود الإذعان في ضوء حسن النية أو الإنصاف**

المطلب الأول :
تحديد مفهوم ما يسمى بعقود الإذعان

677- إن أوضح ما في مفهوم ما يسمى بعقود الإذعان يكمن في أن الاصطلاح المبلور له تنقصه الدقة فيما يرجع إلى معنى الإذعان الذي توصف به بعض العقود، كما أن الخصائص المميزة لهذا الوصف وطبيعته غير متفق عليهما في الفقه المناصر لمفهوم ما يسمى بعقود الإذعان. وعليه فإن معالجتنا، في هذا الصدد، ستقتصر في إيجاز، على إعطاء لمحة عن مكامن عدم الدقة في معنى الإذعان وكذا عن الاختلاف في الفقه المناصر لما يسمى بعقود الإذعان حول خصائصها المميزة وطبيعتها في فقرتين كالتالي:

- **الفقرة الأولى: عدم دقة معنى ما توصف به بعض العقود من الإذعان**
- **الفقرة الثانية: اختلاف الفقه المناصر لما يسمى بعقود الإذعان حول خصائصها المميزة وطبيعتها**

الفقرة الأولى :
عدم دقة معنى ما توصف به بعض العقود من الإذعان

678- لقد مر بنا أن السنهوري هو الذي اختار ترجمة العبارة الفرنسية (Contrats d'adhésion) بعقود الإذعان. وحسب المترجم فإن اختيار لفظة

الإذعان لوصف بعض العقود بها إنما يعود إلى ما لهذه اللفظة من معنى الاضطرار في القبول[1].

وإذا كان من شأن اللفظة العربية أن تناسب اللفظة الفرنسية المعرب منها؛ فإن هذه اللفظة الأخيرة تنقصها الدقة[2]، كما أن لفظة الإذعان العربية لا تفيد دائما معنى الاضطرار:

إن ما تفيده لفظة الإذعان بوضوح لغويا يتمثل في "الانقياد"[3] أي "الإسراع في الطاعة"[4].

والأصل في الطاعة الطوع والاختيار وليس الإجبار والاضطرار. والمفروض في وضع المصطلحات أن تختار الألفاظ فيها على وفق ما يفيد الأصل لا الاستثناء في معانيها.

679- والإذعان في الاصطلاح القانوني لا يعني أيضا أكثر من الموافقة الطوعية أو الانضمام أو الانخراط أو الاشتراك الاختياري[5]، أي في آخر المطاف الرضا بالعقد وعدم السخط عليه[6]. ومن هنا يمكن أن يقال إن "ذعن معناها رضي" (adhérer c'est consentir)[7] أو أن الإذعان لا يتميز، في شيء، عن القبول[8] بمعناه العادي لا الاضطراري.

وإذا كان لابد من التأكيد على جانب الاضطرار في معنى الإذعان، فإنه ينبغي الالتفات إلى أن هذا الاضطرار هو العلة في وجود فكرة العقد في حد ذاتها بغض

[1]- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري: مرجع سابق: ج.1 مصادر الالتزام: الهامش 1 في ص. 245.

[2]- جورج ريبير: القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية: مرجع سابق رقم 55 ص. 97.

[3]- جاء عند الراغب الأصفهاني (في: المفردات في غريب القرآن: مرجع سابق، ص 178) أن: "أذعن: مذعنين أي منقادين، يقال ناقة مذعان أي منقادة".

[4]-يقول أبو هلال العسكري (في: الفروق اللغوية: مرجع سابق، ص 209) أن "..... الإذعان في العربية فهو الإسراع في الطاعة وليس هو من الذل والهون في شيء".

[5]- يستعمل القضاء الفرنسي لفظة "adhésion" بمعنى الانخراط أو الاشتراك كما هو الشأن مثلا في نظام الملكية المشتركة (القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 3 يوليوز 1972: منشور بغازيت القصر ل 23 نوفمبر 1972 ص. 8) :عن جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق رقم 245 ص. 127.

[6]- انظر في هذا الصدد: فيل وتيري: القانون المدني: "الالتزامات: مرجع سابق، رقم 75 ص. 72.- تعريف كابيتان : Droit Musulman في: جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، الهامش 1 في ص. 27.- شفيق شحاتة: Applications au proche orient, Dalloz, 1970 pp 123.à133.- وجاء عند أبي هلال العسكري في فروقه اللغوية (مرجع سابق ,ص.100):أن" إرادة الطاعة تكون قبلها والرضا بها يكون بعدها أو معها فليس الرضا من الإرادة في شيء ... والرضا نقيض السخط".

[7]- ألفريد ريبيك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: مرجع سابق، رقم 238 ص. 243.

[8]- انظر في هذا الصدد: جان- ليك أوبير: مفهوما الإيجاب والقبول ودورهما في تكوين العقد: مرجع سابق، من رقم 298 إلى 301 في ص. من 275 إلى 279 وبالأساس ما جاء في أول ص. 279.

النظر عن تقييد هذا العقد بالعادي أو بالإذعان إذ لولا الحاجة أو الضرورة لما كان هناك داع إلى ابتكار حيلة العقد للنقل السلمي لأصول الأموال ومنافعها أو منافع الناس. ومن هذه الزاوية يمكن أن نعتبر أن الإذعان وإن كان يتجسد في التصرف الإرادي إلا أن هذا التصرف، بالنسبة للعقود بصفة عامة، ينشطر فيه الإذعان إلى إذعان حر وإذعان ضروري على المستويين العقلي والواقعي[1]. وبما أن الازدواجية في معنى الإذعان لا تخص عقدا دون آخر لذلك يبقى المعنى العادي للإذعان هو الرضا الذي ينطبق على كافة العقود بدون أي تمييز.

680- غير أن تخصيص الإذعان بمعنى الرضا لا يستسيغه البعض إذ إن جورج ريبير مثلا يذهب إلى أن "الإذعان لا يعادل الرضا" (adhésion ne vaut pas consentement) باعتبار أن الرضا بالعقد هو أن تناقش بنوده مع الطرف الآخر. أما الإذعان فمعناه أن تخضع للعقد القائم مع الاقتصار على الاحتجاج في قلبك ضد صلابة القانون المفروض عليك[2]. والواقع أن تخصيص الإذعان بهذا المعنى ينطلق من قولة "أنْ تتعاقد معناه أن تساوم (أو تشاكس أو تكايس أو تفاوض أو تغالب) وتناقش" (contracter c'est marchander)[3]. وعلى الرغم من هذه القولة المأثورة، فإن المساومة أو المشاكسة أو المكايسة أو المفاوضة أو المغالبة أو المناقشة لا تشكل جوهر العقد إذ كما يذهب إلى ذلك جاك كيستان فإنه لا يكفي غياب هذا العنصر لإبعاد وصف العقد عن المعاملة. وبالمقابل فإن وجود هذا العنصر لا يكفي لإطلاق وصف العقد على المعاملة أو تبريرها به[4]. ويبقى أن نشير إلى أن المعنى الذي يحدده جورج ريبير للإذعان يتصل بما يمكن أن يعتبر من جملة العناصر (الخصائص) المميزة للعقود الموصوفة بالإذعان وهي العناصر التي سننتقل إلى استعراض الاختلاف الذي يسود، في شأنها، موقف أنصار فكرة عقود الإذعان إلى جانب اختلافهم في طبيعتها.

[1]- إن هذا التصور لا يتفق تماما مع ما يراه جورج بيرليوز (في مرجعه المشار إليه في السابق، رقم 373 ص. 174) إذ حسب هذا الأخير فإن العقد عن طريق المفاوضات أو ما يسمى بالعقد العادي يتضمن قسطا بسيطا من الإذعان بمعنى الخضوع والاضطرار. أما ما يسمى بعقود الإذعان فتتضمن قسطا جد بسيط من الإرادة.

[2]- ريبير: القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية: مرجع سابق رقم 56 ص. 98 و99.

[3]- كاستون موران: تمرد الوقائع ضد المدونة، باريس، 1920 ص. 26، عن: روبيرت بارتي: مبدأ الثقة وتكوين العقد في القانون السويسري: مرجع سابق، ص.40.

[4] - Jacques Ghestin : « La notion de contrat » in Droits, Revue Française de théorie juridique -12) Le contrat, ed. P.U.F., décembre 1990, p. 15.

- ومع ذلك فإن جورج بيرليوز يرى أن غياب المفاوضات في عقد الإذعان له أهميته باعتبار أن المفاوضات هي معيار التمييز بين الرضى والخضوع: المرجع السابق، رقم 372 ص. 173.

الفقرة الثانية :
اختلاف الفقه المناصر لما يسمى بعقود الإذعان حول خصائصها المميزة وطبيعتها

681- إن الاختلاف الفقهي كما انصب على الخصائص المميزة لما يسمى بعقود الإذعان (أولا) انصب أيضا على طبيعة هذه العقود (ثانيا).

أولا : الاختلاف الفقهي على الخصائص المميزة لما يسمى بعقود الإذعان

682- ينفرد ما يسمى بعقود الإذعان في نظر أنصار هذا الوصف بجملة من الخصائص أهمها افتراضه عدم مساواة اقتصادية واجتماعية بين طرفي العقد، واكتساب الإيجاب فيه طابع العمومية والديمومة أو الاستمرارية، وبناء العقد من قبل طرف واحد فقط هو الطرف القوي، واصطباغ هذا العقد بالتعقيد والتركيب مما يتحتم معه استبعاد المناقشة الفردية بين مسيري المؤسسة وكل زبون أو عميل على انفراد[1]. وفي هذا الصدد يرى عبد المنعم فرج الصدة أنه على العموم يتميز عقد الإذعان بتوفره على الخصائص التالية:

أولا : وجود أحد الطرفين في مركز اقتصادي متغلب لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي يجعل التفوق الاقتصادي واضحا ولمدة طويلة. **ثانيا :** تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين على الأقل في حدود ما وصلت إليه المدنية الحديثة. **ثالثا :** كون الإيجاب عاما ودائما يوجّه لأشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة أو لزمن معين. **رابعا :** صدور الإيجاب في قالب نموذجي، وهو يعرض ككل يقبل أو يرفض جملة؛ ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد ولا يفهمها الرجل العادي وعادة ما تتضمن شروطا كثيرة في صالح الموجب[2].

683- ومع ذلك فإن حرص البعض على جعل وصف عقود الإذعان ينطبق على أقل عدد من العقود بالمقارنة مع البعض الآخر والذي يميل إلى توسيع نطاق ما

[1]- فيل وتيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق رقم 95 ص. 95 و96.

[2]-عن: إدريس العلوي العبدلاوي: عقد الإذعان: مرجع سابق من ص. 29 إلى 38. -انظر أيضا في هذا الصدد: السنهوري: المرجع السابق، ج.1 مصادر الالتزام، ص. 245. -محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد: دراسة مقارنة -منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986 ص. 28. – كاربونييه: القانون المدني: مرجع سابق، ج.4، رقم 13 ص. 65. – سانتا ماريا: مذاهب تأويل العقود: مرجع سابق، رقم 44 ص. 140.

يستغرقه الوصف من العقود[1]؛ أفضى إلى الاختلاف حول الخاصية الحاسمة في إطلاق الوصف[2]. وهكذا، على سبيل المثال، نجد دورو يركز على خاصية الإيجاب الموجه للجمهور[3]. ويركز كـــونو على الواقعة المتمثلة في أن عقود الإذعان يدرج فيها تنظيم شامل لكل آثارها يستقل بإملائه طرف واحد هو الطرف القوي اقتصاديا والمتمتع على المستوى القانوني بسلطة تنظيمية حقيقية[4].

أما سانتا ماريا فيرى الخاصية الحاسمة في إطلاق الوصف متمثلة في عدم التكافؤ بين القوة الاقتصادية لكل من الطرفين[5]. بينما يجعل جان – ليك أوبير هذه الخاصة المميزة متجسدة في آن واحد في الطابع المعقد لما يسمى بعقود الإذعان

[1]- وهكذا فإن البعض يرى ضرورة التمييز ما بين ما يوصف بعقود الإذعان وما يسمى بالعقود النموذجية التي لا تخرج أحيانا عن العقود العادية وإن كانت بدورها تعكس الجانب الأناني لمعد هذه العقود النموذجية أو لهذه الصيغ النموذجية للعقود كما يفضل جاك ليوطي (J. Léauté) تسميتها: انظر مقاله: العقود النموذجية منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني، السنة 1953، ج. 51، باريس، طبعة 1970 من ص. 429 إلى 460 وبالأساس رقم 42 ص. 452 ورقم 9 ص. 434 ورقم 10 ص. 435. – سانتا ماريا: المرجع السابق، من ص. 141 إلى 146. – فيل وتيري: القانون المدني: الالتزامات: مرجع سابق، رقم 101 من ص. 102 إلى 105. – جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، من رقم 52 إلى 55 في ص. من 33 إلى 35.
وبالمقابل فإن البعض الآخر لا يميل إلى أي تمييز بين ما يسمى بعقود الإذعان وما يسمى بالعقود النموذجية: انظر مثلا: -ألفريد رييك: دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني: مرجع سابق، رقم 227 ص. 234.
- Louis Josserand : - « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats » in R.T.D.C., Année 1937, n° 7 et 8, pp. 8 à 10.
- « L'essor moderne du concept contractuel » in Mélanges offerts à F. Gény, tome 2, 1935, n° 3, p. 336.
- جيرارفارجا: القانون الخاص للاقتصاد: مرجع سابق، ج.2 :نظرية الالتزامات ص. 63 – جان – ليك أوبير: المرجع السابق، رقم 302 ص. 279. – جان كاربونييه: القانون المدني: مرجع سابق، ج.4 :الالتزامات، رقم 13 ص. 63 و64. – غير أن كاربونييه يلاحظ أيضا أن فكرة العقد النموذجي تعد أكثر حداثة من فكرة عقد الإذعان، ثم يتساءل عما إذا كان في مقدور العقد النموذجي كفكرة أن تحل محل فكرة الإذعان: نفس المرجع قبله رقم 17 ص. 77.

[2]- جورج رييبر: القاعدة الأخلاقية إلخ.....: مرجع سابق، رقم 55 ص. 98.

[3] - G. Dereux. « De la nature des contrats d'adhésion » -in R.T.D.C., 1910, p. 508.
- والجدير بالملاحظة أن هذا الإيجاب الموجه إلى الجمهور إذا كان المقصود به هو الإيجاب الدائم أو المستمر؛ فإن هذا الإيجاب الأخير لا يرتكز عليه عقد التأمين في المغرب حسب قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 17 مارس 1937: منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 1937 رقم 592 ص 172.

[4]- عيمانويل كونو: المرجع السابق ص 227. –وهذا معناه أن الخاصية الحاسمة وبالتالي المميزة لعقد الإذعان تكمن في غياب عنصر المفاوضات. وغياب عنصر المفاوضات هو الذي ركز عليه بيرليوز عندما جعله معيارا للتمييز بين الرضا والخضوع أو الاضطرار وتحديد طبيعة عقد الإذعان في عقد الثقة وليس في عقد الإرادة: المرجع السابق رقم 372 ص. 173 ورقم 374 ص. 174.- والجدير بالتنبيه أن هذه الخاصية هي التي تسمح بوصف الطرف المذعن في العقد طرفا ضعيفا جديرا بالحماية خاصة عندما يكون مستهلكا. وفكرة حماية المستهلك هي التي حلت ,كما يظهر, محل فكرة عقد الإذعان.

[5]- سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 44 ص. 140.

وكذا في اعتماده على الإيجاب الجماعي غير القابل للمناقشة والمعتبر مظهرا من مظاهر الإيجاب الموجه لأشخاص معلومين[1].

ولاشك أن هذا الاختلاف حول الخصائص المميزة ينجر عنه منطقيا اختلاف حول طبيعة ما يسمى بعقود الإذعان.

ثانيا : الاختلاف الفقهي المنصب على طبيعة ما يسمى بعقود الإذعان

684- إن الاختلاف بين أنصار ما يوصف بعقود الإذعان حول تحديد الطبيعة الحقيقية لهذه العقود[2]، ربما يفوق ما مر بنا من الاختلافات المتصلة بمعنى الإذعان أو الخصائص المميزة للعقود المتصفة بهذا الإذعان. فلقد انقسم أنصار هذا الوصف بين مُنْكِرٍ لطبيعته العقدية ومُؤَيِّدٍ لها.

685- وحسب الفقه المناهض للطبيعة العقدية لما يسمى بعقود الإذعان، فإن ما يوصف بعقد الإذعان تكمن طبيعته القانونية الحقيقية في التصرف الصادر من جانب واحد. وبعبارة أصح فإن ما يوصف بعقد الإذعان يختلط فيه العقد بالمعنى المضبوط بما تكون له الغلبة من التصرف الصادر من جانب واحد. وهذا التصرف عبارة عن نظام لا يختلف عما يقرره القانون في قواعده.

ومن أنصار هذا الاتجاه في ميدان دراسات القانون المدني نذكر على رأسهم رايموند سالييّ[3] وكذا كل من جورج دُورو[4] وعيمانويل كونو[5] وكاستون مُورَان[6].

[1]- جاك – ليك أوبير: المرجع السابق، رقم 299 ص. 277 ورقم 300 ص. 277 و278.

[2]- انظر في هذا الاختلاف على سبيل المثال: فيل وتيري: المرجع السابق، الأرقام من 96 إلى 98 في ص. من 96 إلى 99.

[3]- رايموند سالييّ: في التعبير عن الإرادة: مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني (الفصول من 116 إلى 144): مرجع سابق، رقم 89 و90 ص. 229 و230.

[4]- ج. دُورو: مقاله حول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان: مشار إليه في السابق، ص. 512. و518 و519. – والجدير بالإشارة أن فهمنا لما جاء في هذه الصفحات هو الذي حملنا على تصنيف دورو ضمن الاتجاه الرافض للطبيعة العقدية لما يوصف بعقود الإذعان. غير أن نعمان جمعة يعتبره من أنصار هذه الطبيعة العقدية: انظر مرجعه المشار إليه في السابق حول نظرية مصادر الالتزام، الهامش 210 في ص. 68 الممتد إلى ص. 69. –ويعد نعمان جمعة بدوره من رافضي هذه الطبيعة العقدية؛ إذ عقد الإذعان بالنسبة إليه لا يتصل بميدان العقد وإنما بميدان الإرادة المنفردة للطرف القوي: نفس المرجع قبله، رقم 49 ص. 69.

[5]- ع. كونو: المرجع السابق، ص. 227 و229 و231 و264 وما بعدها و284 وما بعدها و303 وما بعدها. وهذا الموقف تبناه أحمد ماهر في مرجعه المشار إليه في السابق والمتعلق بسلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود ص. 296 وما بعدها.

[6]- Gaston Morin : « Les tendances actuelles des contrats et les relations du réel et des concepts. –A propos des articles de M.L.Josserand." –« in R.T.D.C., 1937, p.p 559 et 560.

وإذا ما صدقنا ألفريد ريبك فإن هذا الاتجاه المضاد للطبيعة العقدية لما يسمى بعقود الإذعان هو الاتجاه الغالب في الفقه الألماني[1].

وفي ميدان دراسات القانون العام يمكن أن نذكر كمثال على من يناهضون الطبيعة العقدية لما يسمى بعقود الإذعان كلا من دوكي وهوريو[2] ولويس لُفُور[3].

والجدير بالإشارة أن أهداف هذا الاتجاه الرافض للطبيعة العقدية لما يسمى بعقود الإذعان تتمثل من جهة في تكريس مراقبة محكمة النقض لتأويل عقود الإذعان ومن جهة أخرى في منح قاضي الموضوع سلطة تقديرية أكثر اتساعا مما يتمتع به فيما يسمى بالعقود العادية وذلك حتى يتمكن من رفض البنود التعسفية في ضوء ما يمليه حسن النية أو يقتضيه الإنصاف بالأساس[4].

686- وبالمقابل فإن الاتجاه السائد لدى أغلب الفقه المهتم بميدان القانون المدني والقضاء على وجه العموم، في فرنسا، يقول بالطبيعة العقدية لما يوصف بعقود الإذعان[5]، باعتبار أن هذه العقود إنما تتكون وتقوم بتوافق الإرادتين[6]. وإذا كانت إرادة أحد الطرفين ضعيفة، فإن هذه الضعف لا يعني عدم الوجود المؤثر على الطبيعة العقدية[7]. وحسب بيرليوز فإن عقد الإذعان وإن تجسد في تصرف منشئ

[1]- ألفريد ريبك: دور الإرادة في التصرف القانوني إلخ..... مرجع سابق رقم 237 ص. 242 وما بعدها. وانظر في انتقاد هذا الاتجاه: نفس المرجع رقم 238 ص. 243.

[2]- انظر في شأنهما على سبيل المثال: سانتا ماريا: المرجع السابق ص 147. – ألفريد ريبك: المرجع السابق رقم 237 ص 242. – دُورو:تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق من ص. 372 إلى 376. – أندري بارير: تطور أزمة العقد. –دراسة تركيبية ونقدية، بوردو، 1937: فيما يخص دوكي: من ص. 33 إلى 38، وفيما يتعلق بهوريو: ص. 55 و56. وفيما يهم انتقاد هذين الفقيهين: ص. 108 و120. – مارسيل فالين: الفردية والقانون، ط.2. منشورات دوما مونتكريستيان، 1949، رقم 113 و114 في ص. من 204 إلى 209 ورقم 118 ص. 216 و217 ورقم 19 ص. 218 و219. – جوسران: -: "الانطلاق الحديث للمفهوم التعاقدي" :مقال مشار إليه في السابق، ص. 337 وما بعدها. –"لمحة عامة عن الاتجاهات الراهنة لنظرية العقد" : مقال مشار إليه في السابق رقم 5 ص. 6 وما بعدها. –جاك كيستان: "مفهوم العقد" :مقال مشار إليه في السابق،ص. 15. –نعمان جمعة: نظرية مصادر الالتزام: مرجع سابق، رقم 49 ص. 69.

[3] - Louis Le fur : « La force obligatoire des traités » in Archives de philosophies du Droit et de Sociologie juridique, Année 1940. -10ème Année n° 1-4 p.p. 86 et 87.

[4]- انظر في هذا الصدد: سانتا ماريا: المرجع السابق، ص. 149. – وانظر أيضا في هذه الأهداف وانتقادها: جاك بوري: "منوي: المراقبة من طرف محكمة النقض لتحريف التصرفات": مقال مشار إليه في السابق، من رقم 89 إلى 93 و99 في ص. من 290 إلى 292 و294.

[5]- جاك كيستان: مقاله المشار إليه في السابق حول "مفهوم العقد": ص. 16.

[6]- جاك كيستان: المقال قبله، ص. 15 و16.

[7]- انظر في هذا الصدد: ريبير: القاعدة الأخلاقية إلخ....: مرجع سابق، الأرقام من 56 إلى 60 في ص. من 99 إلى 104. – دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 72 ص. 148 وما بعدها. – جوسران: "الانطلاق الحديث للمفهوم التعاقدي" :مقال مشار إليه في السابق, ص. 34 3 وما بعدها و345 وما بعدها. – "لمحة عامة عن الاتجاهات الراهنة لنظرية العقد". : مقال مشار إليه في السابق، رقم 5 ص. 6 و7. – "عوممة العقد" مقال منشور بمجموعة دراسات مهداة لإدوارد لامبير، ج.3، 1938، رقم 7 ص. 146 ورقم 24 ص 158. –سمير تناغو: في الالتزام القضائي:

لضوابط تبادلية ذات منفعة عمومية؛ فإن طابع المنفعة العمومية لا يعني ضرورة تشبيهه بقاعدة من قواعد القانون العام. فعقد الإذعان يختلف عن المؤسسة ويرتكز على الثقة الإيجابية للطرف المذعن ولذلك يبقى عقدا بحق وإن كانت خاصيته المميزة تكمن في غياب المفاوضات[1].

وبعد، أليس من شأن هذا الاختلاف في تحديد طبيعة ما يوصف بعقود الإذعان أن يؤثر على ما قد يقترح في ميدان تأويلها من قبل أنصار هذا الوصف؟ هذا ما سنراه بعده.

المطلب الثاني :
تأويل ما يسمى بعقود الإذعان في ضوء حسن النية أو الإنصاف

687- إن القول بالطبيعة العقدية لما يوصف بعقود الإذعان يقتضي إخضاع هذه الأخيرة، فيما يرجع إلى تأويلها، لنفس قواعد التأويل التي تخضع لها كافة العقود بغض النظر عن الوصف المخصص أو المقيد لها. وبما أن الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي، كما مر بنا، لا يحيد عن هذه الطبيعة العقدية؛ لذلك نجده لا يميل إلى المناداة بجعل ما يسمى بعقود الإذعان تنفرد بقواعد للتأويل خاصة بها[2]. وكذلك فعلى فرض التسليم بكون القضاء الفرنسي أصبح يستعمل أكثر فأكثر اصطلاح عقود الإذعان[3]؛ إلا أن هذا الاستعمال لم يفض به إلى التخلي عن موقفه الثابت والمتمثل في التسوية بين هذه العقود وغيرها في إخضاعها لنفس قواعد التأويل المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي[4].

مرجع سابق، رقم 82 ص. 173.- بل إن كِـــلْســـن نفسه يعتمد هذا الاتجاه انظر مقاله: "النظرية القانونية للاتفاق" :منشور بأرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني، 1940، السنة العاشرة، عدد: 1-4 رقم 29 ص. 72.

[1]- جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، الأرقام 360 و364 و365 و367 و376، من ص. 171 إلى 173.

[2]- دوكالاطاي: المرجع السابق، رقم 72 ص. 148 و149. – ريـبـيـر: القاعدة الأخلاقية إلخ.... :مرجع سابق رقم 57 ص. 99 وما بعدها ورقم 72 ص. 125. – جاك بوري: "منوي: المراقبة من طرف محكمة النقض إلخ..." :مقال سابق رقم 97 ص 292 و293.- بيكار وبسون: التأمينات البرية في القانون الفرنسي: مرجع سابق، رقم 57 ص. 94 و95.

[3]- بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، رقم 8 ص. 10 و11 ورقم 48 ص. 31 ورقم 245 ص. 127 و214.

[4]- انظر في هذا الصدد: كابريل مارتي: تمييز الواقع والقانون: مرجع سابق، رقم 150 ص. 313. –إ يميرونتيين دُوكودان دولاكْرانج: تدخل القاضي في العقود: مرجع سابق، رقم 11 ص. 37، ورقم 12 ص .38 وما بعدها ورقم 62 ص. 232 ورقم 64 ص. 239. – ألفريد رييك: المرجع السابق: رقم 243 ص. 248.- جان – ليك أوبير: المرجع السابق رقم 365 ص. 336. – جيرار فارجا: المرجع السابق، ص. 311. - سانتا ماريا: المرجع السابق، رقم 47 ص. 153.

وإذا كان القضاء المغربي يسير في نفس الاتجاه المطبق لقواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م.، على كافة العقود دون أي تمييز[1]؛ فإن ما يجدر التنويه إليه أن الحظ لم يسعفنا للوقوف، فيما تمكننا من تفحصه من الأحكام أو القرارات القضائية الصدرة قبل سنة 1996[2]، على أي حكم أو قرار يكرس على الأقل صيغة عقد الإذعان[3].

688- وبالمقابل فإن رفض الطبيعة العقدية لما يوصف بعقود الإذعان للقول بطبيعتها النظامية بصفة تامة أو بصفة جزئية يستدعي إخضاع هذه العقود لِما ينبغي أن يستعان به في تأويل هذا النظام الذي ينبغي تسويته في كليته أو جزء منه بما يخضع له تأويل النصوص القانونية من اليسر وعدم التشدد كما يفرض ذلك حسن النية أو الإنصاف بالأساس[4].

إن هذه الفكرة عن تأويل ما يسمى بعقود الإذعان تعبر بصورة عامة عن موقف المكيفين لهذه العقود على أنها من طبيعة نظامية تتجسد في التصرف الصادر من جانب واحد. ومع ذلك يجدر التنبيه إلى أن الفقهاء الممثلين لهذا الاتجاه ليسوا على رأي واحد فيما ينبغي التقيد به في تأويل ما يوصف بعقود الإذعان. ولذلك نرى أن نمثل على هذه الآراء بما قال به كل من رايموند ساليي وجورج دورو وعيمانويل كونو:

*** رأي رايموند ساليي فيما ينبغي أن يسود تأويل ما يوصف بعقود الإذعان:**

689- بعد ما نبه ساليي إلى أن هناك عقودا مزعومة ليس لها من العقود إلا الاسم واقترح وصفها لأول مرة بصيغة عقود الإذعان " Contrats d'adhésion"[5]؛ ذهب إلى أن تأويل هذه العقود ينبغي أن يتم كما لو تعلق الأمر بتشريع بالمعنى المضبوط. وبدل البحث عن إرادة متوسطة من شأنها أن تمثل

[1]- انظر ما مر بنا قبله في فقرة 269 وفقرة 457.

[2]- وخاصة ما أوردناه في فقرة 270 قبله.

[3]- وهذا عكس ما يلاحظ في تونس إذ نقرأ على سبيل المثال في القرار عدد 018 -57الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 22 يوليوز 1964 أن: "عقود الإذعان كغيرها من العقود تتم بمجرد قبول العرض المعروض من طرف المؤسسة أو الشركة" : (منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد 8، السنة 1964، ص. 55 رقم 615).

[4]- يقول فابروكيت (في مرجعه المشار إليه في السابق، ص. 419) إن: "التأويل الحرفي، أو النصي المتشدد للتصرفات القانونية يشكل عيبا كبيرا عندما يتعلق الأمر بالعقود الموصوفة بالإذعان (كراء الخدمات، النقل، التأمينات). ففي هذه العقود يفضي التطبيق الحرفي لبند محرر من قبل أحد الطرفين فقط إلى فرض التزام صارم على الطرف الأخر".

[5]- رايموند ساليي: في التعبير عن الإرادة: مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني (الفصول من 116 إلى 144) :مرجع سابق، رقم 89 ص. 229.

الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يجب تأويل الإرادة الوحيدة التي كانت مهيمنة بمفردها على التصرف عند تكوينه لخلق تشريع تعاقدي. وهذا التشريع الذي يكتفي الطرف الآخر بالانضمام إليه يجب تطبيقه على وفق ما يقتضيه حسن النية من جهة وكذا العلاقات الاقتصادية المعنية في النازلة من جهة أخرى؛ وكل هذا في انسجام مع هذه التشريعات الإنسانية التي تفرض نفسها بمجرد ما يمس أحد الخواص أو شركة أو سلطة عمومية، عن طريق الأنظمة العامة، بظروف الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية للفرد[1].

*** رأي جورج دوُرُو فيما ينبغي أن يسود تأويل ما يوصف بعقود الإذعان:**

690- لقد انطلق دورو من نموذج عقد التأمين[2] ليعمم ما توصل إليه من نتائج في شأن تأويله على بقية عقود الإذعان الأخرى وبالأساس عقد الشغل[3].

وكخلاصة، ذهب دورو إلى أنه يكفي تطبيق المبادئ العامة للتأويل المكرسة في القانون المدني على عقد الإذعان بوجه عام. ولكن هذه المبادئ ينبغي تطبيقها على الواقع المحض لا على الواقع المشحون بالحيل والأوهام. وعليه، فإن الملاحظة الحقيقية لهذا الواقع تؤدي إلى التمييز في عقود الإذعان بين نوعين من الشروط: الشروط الأساسية التي تشترك فيها عقود الإذعان مع بقية العقود الأخرى، والشروط الثانوية أو على الأقل تلك التي يعتبرها أحد الطرفين كذلك. وبما أن الشروط الثانوية لا تهدف إلا إلى توضيح الشروط الأساسية، لذلك فإن حسن النية يستوجب منع استخدامها حتى لا تُحرّف الشروط الأساسية للعقد؛ وبالتالي فإن القاضي يستطيع، إن اقتضى الحال، الارتكاز على الفصل 3/1134 مدني فرنسي من أجل تصحيح الشروط الثانوية باسم حسن النية وكذا على الفصل 1135 مدني فرنسي من أجل تكملة الشروط الأساسية باسم الإنصاف[4].

[1]- رايموند سالي: المرجع قبله، رقم 90 ص. 230.

[2]- يرى دورو أنه لتأويل عقد التأمين، بعد الأخذ بعين النظر وفي نفس الوقت لكل من الإرادة المشتركة الحقيقية للطرفين وحسن النية، يكون على القاضي أن يبحث أولا عن الهيكل العام للعقد انطلاقا من شروطه المكتوبة. وعليه أن يؤول الشروط المطبوعة بما لا يفضي إلى حصول تناقض مع الروح العامة للعقد. وعلى القاضي أيضا أن يمتنع عن التطبيق الحرفي لشرط مطبوع عندما يكون من شأن هذا التطبيق أن يحرف على نحو جلي شروط العقد. ويكون على القاضي، إن اقتضى الحال، أن يطبق الفصل 1135 مدني فرنسي لتكملة بوليصة التأمين بما يقتضيه الإنصاف: جورج دورو: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 201 و202.

[3]- جورج دورو: المرجع قبله، ص. 210 وما بعدها.

[4]- دورو: المرجع السابق، ص. 216 و217. –ولقد نبه دورو في الهامش 1 من هذه الصفحة الأخيرة إلى أن الرأي الذي يدافع عنه وإن كان يبدو مختلفا في الظاهر عن رأي رايموند سالي إلا أنه يفضي في آخر المطاف إلى تحقيق النتائج التي يفضي إليها إعمال رأي سالي.

*** رأي عيمانويل كونو فيما ينبغي أن يسود تأويل ما يوصف بعقود الإذعان:**

691- تكمن النتائج التي رتبها كونو، على تكييف عقد الإذعان خليطا من العقد بالمعنى المضبوط ومن التنظيم بإرادة منفردة، في أن القسم المشكل للعقد بالمعنى المضبوط يؤول كغيره من العقود الأخرى. أما القسم النظامي، الذي يشمل أغلب البنود في العقد الموصوف بالإذعان كالبنود المطبوعة في بوليصة التأمين، فإنه ينبغي بصفة عامة تأويله على وفق المرونة المعتادة في تأويل التشريعات والأنظمة. وتتطلب هذه المرونة الأخذ بالمعنى الذي يستجيب لمبدأ حسن النية وبالتالي، وعلى وجه الخصوص، بما أن الشروط المطبوعة في البوليصة ليست عناصر مؤسسة للعقد بالمعنى المضبوط؛ لذلك فإن تطبيق الفصل 1341 مدني فرنسي [يوافقه في المغرب الفصل 1/444 من ق.ل.ع.م] والذي تتمسك به شركات التأمين، يجب إبعاده من غير تساؤل عما إذا كانت طبيعة العقد تجارية أم مدنية[1]. وكذلك إذا كانت القواعد القانونية المؤولة لا يعمل بها أمام وجود عادة ثابتة مخالفة لها، فكذلك ينبغي عدم العمل بالبنود المطبوعة عند وجود عادة مستقرة وثابتة تكرس عكس المعنى المستفاد من البنود المطبوعة. ثم إن الشروط المطبوعة في العقد إذا كانت من نفس طبيعة القواعد القانونية المؤولة، فإنه لا ينبغي إعمالها عندما يتبين من الظروف أن الطرفين أرادا استبعادها على الرغم من ورودها مسطرة في العقد[2].

692- وبعد، فإن مثل هذه الآراء الخاصة بتأويل ما يوصف بعقود الإذعان لا تسجل، في تقديرنا، أي جديد بالمقارنة مع ما يمكن التوصل إليه من خلال الاقتصار على تطبيق القواعد المعتمدة للتأويل في ق.ل.ع.م.[3]؛ ولا أدل على ذلك مما مر بنا عند معالجة الفصل 473 وإن كان البعض يرى أن قاعدته المقررة لتغليب الشك

[1]- إن هذه النقطة لا تثير أية أهمية في المغرب أمام وجود الفقرة الثانية من الفصل 444 من ق.ل.ع.م. إذ تكرس حرية الإثبات متى تعلق الأمر بالتأويل خلافا للفقرة الأولى التي تمنع إثبات ما يخالف أو يجاوز ما ثبت كتابة إلا بالكتابة.

[2]- عيمانويل كونو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص: مساهمة في دراسة نقدية للفردية القانونية: مرجع سابق، ص. 229 وما بعدها و303 وما بعدها. –والملاحظ أن رأي كونو قد تبناه أحمد ماهر بالحرف تقريبا في أطروحته المشار إليها في السابق والمتعلقة بسلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود: ص. 296 وما بعدها.

[3] الملاحظ أن فكرة حماية المستهلك هي التي أصبحت طاغية في الوت الراهن كمظهر من مظاهر ما يسمى بحقوق الانسان بدل فكرة عقد الإذعان.وإذا كان المغرب قد التفت مؤخرا إلى فكرة حماية المستهلك لتنظيمها تشريعيا،فإن القانون 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين قد كرس الحماية ضد الشروط (البنود)التعسفية عن طريق تصحيحها باعتبارها كأن لم تكن في العقد(المادة 19).غير أن هذه الحماية حصرها فيما يسمى بالعناصر الثانوية في العقد التي ضرب عنها جماعا من الأمثلة في المادة 18 منه.أما العناصر الجوهرية في العقد ومنها تحديد الثمن ومدى"ملاءمة السعر للسلع المبيعة أو للخدمة المقدمة"فقد تركها لما هو سائد من قواعد التأويل في ق.ل.ع.م.(المادة 16).ولذلك يمنع تأويل البنود المبلورة لهذه العناصر الجوهرية متى كانت "محررة بصورة واضحة ومفهومة (المادة 17 من القانون 08-31).

لمصلحة "الملتزم" تجد أساسها في الإنصاف[1]. ولا يمكن لهذه الملاحظة، إذا ما أضفنا إليها ما يعتور وصف عقد الإذعان من تذبذب في المعنى واضطراب في الخصائص المميزة و(بالتالي) اختلاف في الطبيعة؛ إلا أن تدفعنا إلى تقييم هذا الوصف في ضوء دوافع ظهوره وواقع الظروف الراهنة.

المبحث الثاني :
محاولة تقييم ما يسمى بفكرة عقود الإذعان في ضوء دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة

693- خارج المناداة بضرورة مراعاة المرونة التي يقتضيها حسن النية أو يستدعيها الإنصاف بالأساس عند تأويل ما يوصف بعقود الإذعان؛ فإن هذه المظنة الدالة على نوع من العقود التي أريد لها أن تتميز عن بقية العقود الأخرى ، تتطلب ، أمام بساطة الأفكار التي تهمين عليها وعدم خروجها حتى عن القانون المتضمن لإمكانية الأخذ في الاعتبار حسن النية أو الإنصاف كما مربنا[2] ، محاولة الوقوف على مئنتها وسببها أو السر في الصدع بها للتأكد من مدى قابليتها للاحتفاظ بمكانتها حتى في الوقت الراهن ولو تحت عباءة ما صار يسمى بحماية المستهلك.

694- وحسب أنصار حماية الطرف الضعيف في العقد ، وهي الفكرة التي يتمحور حولها ما يسمى بعقود الإذعان ، فإن السبب في ظهور هذه العقود يعود إلى عوامل اقتصادية واجتماعية[3] يمكن تلخيصها في أنه مع ظهور الآلية وتطور هذه

[1]- انظر في هذا الصدد فقرة 604 ، وكذا فقرة 606 قبله.

[2]- يذهب جورج دورو إلى أنه على الرغم من التنصيص في القانون المدني الفرنسي على الإنصاف في الفصل 1135 منه إلا أن المحاكم غالبا ما تتفادى إعماله: المرجع السابق ص.481. ونستطيع أن نفهم من هذا ، إلى جانب ما سيأتي فيما بعد من دوافع ظهور ما يسمى بعقود الإذعان ، أن الهدف من إقرار وصف عقود الإذعان يكمن في حمل المحاكم على عدم التخوف من تطبيق الإنصاف خاصة عندما يتعلق الأمر بهذه العقود.

[3]- أنظر في هذا الصددعلى سبيل المثال:- جورج دورو: المرجع السابق ، ص.153-أندري باريير: تطور وأزمة العقد : مرجع ساغبق ، ص.25 وما بعدها و 42 وما بعدها – روبيرت بارتي : مبدأ الثقة وتكون العقد في القانون السويسي : مرجع سابق ، من ص.46 إلى 53.-ج.بيرليوز : عقد الإذعان: مرجع سابق ، من رقم 14 إلى 2 في ص. من 14 إلى 20 .- جوسران:"لمحة عامة عن الاتجاهات الراهنة لنظرية العقد" : مقال مشار إليه في السابق، رقم 3 في ص. 3 و 4 رقم 7 في ص.8.

-Gaston Morin :La loi et le contrat :La décadence de leur souveraineté ,Paris, 1927,pp.57à 61.

-Régine Pernoud :Histoire de la bourgeoisie en France. T.2 – Les temps modernes, éditions du seuil, Paris, 1981p.p. 339 à 342 , 350 et 452.

الأخيرة في منتصف القرن 19م. بالأساس حلت الصناعات الميكانيكية محل الأوراش والمعامل الحرفية, كما ظهرت وسائل متطورة للنقل البري. ولقد أفضى هذا التطور إلى ظهور مؤسسات صناعية جد ضخمة تجمع أحيانا مئات العمال كما أدى إلى اضطرار الشركات الرأسمالية إلى أن تكتسي على المستوى القانوني بغطاء الشركات المغفلة الاسم خاصة بعدما ألغي الترخيص المسبق بإنشائها وتم إصدار القانون المنظم لها سنة 1867. وهذه الظروف الاقتصادية التي أفرزتها الثورة الصناعية ساهمت بقسط وافر في حصول تطور اجتماعي فرض ظهور منظمات اجتماعية ومهنية كالنقابات والتروستات والكارتيلات إلخ... كما أدت – على مستوى التجارة الداخلية-هيمنة فكرة الثمن الرخيص[1]،الموثرة للزيادة في وعاء المبيعات على فكرة الجودة التي كانت تعتبر أيام كولبير العنصر الأساسي في الإنتاج، إلى ظهور المتاجر الكبرى التي ساهمت في الحث على الزيادة في الاستهلاك الجماهيري.

695- إننا نعتقد أن العوامل (الظروف) الاقتصادية والاجتماعية بل وغيرها أيضا[2] قد أثرت بالفعل في العقود بما أفضى إلى تطورها من مجرد عقد يبرمه "رب الأسرة الصالح"، وهو قائد الوطن الصغير كما يقول بورتاليس[3] في إطار اقتصاد يغلب عليه النمط الفلاحي والتجاري[4]، ولذلك نجد العقد يتسم من حيث المبدأ بالطابع الشفوي والحضوري[5] وتهيمن عليه البساطة و"المساواة" التعاقدية[1]، إلى عقد

-انظر أيضا ما مربنا في فقرة 260.

[1]-يعتبر أريسيتد بوسيكو (Aristide Boucicault) أول من وضع على دكانه الصغير والذي اكتراه بباريس علامة "الثمن الرخيص" كما وضع على سلعه أثمانا محددة لا تقبل المناقشة وذلك سنة 1852. كما أن ماركريت كيران(Marguerite Guérin) ، صاحبة المصبنة الصغيرة بباريس والتي ستصبح زوجة بوسيكو ، هي التي تعد أول من وضع الحجر الأول لما يسمى حاليا بالمتاجر الرخصية : عن ريجين بيرنو : تاريخ البورجوازية بفرنسا ، ج.2 الأزمنة الحديثة : مرجع سابق ص. 427.-وتجرد الإشارة إلى أن فكرة الأثمان الرخصية هي التي استخدمت للتشجيع على أكل لحم الخيل وانتشاره منذ سنة 1861 : عن ريجين بيرنو: المرجع قبله، ص. 372 و373.

[2]- وبالأساس عامل الوعي الاجتماعي الذي تغير بسبب التأثر بالأفكار الجديدة وعلى رأسها الفكر الإصلاحي والاشتراكي أو الشيوعي وحتى الإمبريالي: انظر في هذا الصدد: باريير: المرجع السابق ص. 26 وما بعدها و30 وما بعدها.

[3] - Portalis : Le discours préliminaire intégral présenté au nom des rédacteurs du projet de code civil Français : in Projet de code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an 8, tome 1, An IX, p. LXXIJ.

[4]- بورتاليس: المرجع قبله، ص. X.

[5]- إن هذه السمات التي تميزت بها الظاهرة التعاقدية في فرنسا ما قبل منتصف القرن 19م. نجدها مرسومة بدقة ووضوح في أغلب روايات وقصص بالزاك (H. Balzac) : فالسيد كيوم (Guillaume)، تاجر القماش بباريس، في قصة: "La maison du chat qui pelote" لا يبيع إلا بالأسلوب الشفوي. والسيد كوبسيك (Gobseck)، التاجر العجوز في القصة التي تحمل اسمه، يرفض التعامل مع الزبناء إلا بمحضرهم وبصفة شفوية. ونفس الأمر نتلمسه لدى الأب كرانديه (Grandet) في معاملته كما تحكيه لنا قصة "Eugénie Grandet". والمكري السيد دوماي (Dumay)، في قصة "Modeste Mignon" تربطه بالمكتري مينيون (Mignon) علاقات تكاد تكون

تتقلص فيه إلى حد بعيد الروابط الشخصية وتزاحم فيه الكتابةُ والمراسلة، الشفويةَ والحضورية. كما يتنامى فيه التركيب والتعقيد، إلى جانب فرض الشروط من قبل طرف واحد، على حساب البساطة والتوازن الاقتصادي الذي يقوم ما يصطلح عليه بالمساواة التعاقدية (توافق الإرادتين) مظنة قطعية له[2].

696- ولاشك أن مثل هذا التطور الطارئ على العقد منذ منتصف القرن 19 لم يكن يقلق رجال القانون المناصرين للإرادية القانونية. والشاهد على هذا أننا لا نجد أحدا منهم يندد بهذه العقود أو يطالب بإعادة النظر في أساس الإرادة الفردية التي ترتكز عليها العقود[3]. فلماذا لم تنفجر قريحة الإراديين بركانا يقذف بحمم أفكارهم المنددة من جهة بما نسميه بالإرادية الكلاسيكية أي ما يعرف بسلطان الإرادة والمبدعة من جهة أخرى لجملة من الاصطلاحات منها ما يسمى بعقود الإذعان[4] إلا في أواخر القرن 19م. وهو وقت كانت فيه العقود الموصوفة بهذا

عائلية. ومثل هذه العلاقة نلاحظها حتى في عقد النقل من خلال ما كان يربط المكاري بيروتان(Pierrotin) من علاقة بزبنائه كما تشهد بذلك قصة "Un début dans la vie": انظر في هذا الصدد: روبيرت بارتي: المرجع السابق، ص. 41 و42.

[1]- الواقع أن الغلبة على المستوى الاقتصادي، حتى مع وجود المفاوضات والمناقشة والمساومة، إنما كانت تتم دائما لطرف على حساب الطرف الآخر في العقد. ولكن هذه الغلبة طغت عليها، قبل منتصف القرن 19م. بل وقبل 1880 كما سنرى، النظرة القانونية التي تعطي الاعتبار للمساواة القانونية ليس إلا، من خلال ما يسمى بتوافق الإرادتين المعتبر ضابطا لا يقوم العقد بدونه كما يقول جاك كيستان في مقاله المشار إليه في السابق حول "مفهوم العقد"، ص. 13 وما بعدها.

[2]- بل الأكثر من كل هذا فإن التطور أفضى إلى تجويز العقد الواقع على أمر لم يكن يخطر بالبال من قبل لعدم تصور ثمنيته وإمكانية استعماله كأسلوب للإنتاج على غرار الأرض أمُّ الإنتاج في المنظور التقليدي. والأمر الذي تعنيه هو المنقول المعنوي المصطلح عليه بالأصل التجاري منذ ظهور هذه العبارة سنة 1872 لأجل منح طابع الثبات والاستمرارية لهذا المنقول المعنوي قياسا على الملكية العقارية، وبالتالي إعطاء التجارة، التي كانت مجرد أسلوب للوساطة غير المنتجة كما يقول الفيزيوقراطيون، طابع الإنتاج والمردودية كالأرض نفسها. ولقد أنعشت هذه الفكرة بالدرجة الأولى عندما تم الترخيص برهن الأصل التجاري سنة 1897 ثم جاء بعدئذ قانون كورديليه (cordelet) سنة 1909 لتنظيم بيع ورهن الأصل التجاري: عن ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 456 و475.

[3]- كان أنصار الإرادية يقاومون تكوين الجمعيات العمالية لما ينجم عن هذا التكوين من إخلال بقانوني دالارد و لوشابولييه (D'allarde et le chapelier) الصادرين سنة 1791. ومع ذلك فإن هؤلاء لم يكونوا ينبسون ببنت شفة للتنديد بالجمعيات التي كان يكونها أرباب العمل. لا بل الأكثر من هذا فإن الدولة بدورها كانت تبارك هذه الجمعيات الأخيرة بما كانت تضطلع به من دور حمائي كبير للمانوفاكتورات لمنع مزاحمتهم ومنافستهم بالسلع الأجنبية: انظر في هذا الصدد: ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 352 إلى 354.

[4]- كل المراجع المعتمد عليها في هذا الموضوع والواردة قبله، تشير إلى أن رايموند ساليي هو مبدع هذا الوصف. والواقع، في تقديرنا، أن خلق الوصف –وهو مجرد مظنة مبهمة كما مر بنا- لا يعني أن الفكرة لم تكن موجودة قبل سنة 1901 لكن في ألمانيا صاحبة الفضل على فرنسا فيما يرجع إلى الأفكار القانونية الجديدة. ومن هنا نستطيع أن نذهب إلى أن ساليي كان بمثابة وسيط في نقل هذا الفكر الألماني إلى فرنسا (انظر في هذا الصدد:

- Denis Tallon : « L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif ». in Droit –Revue Française de théorie juridique -12 : Le contrat, ed P.U.F., 1990, p. 88 –Jean –Jacques Bienvenu : « Actes juridiques et classification » in Droit – Revue Française de théorie juridique – 7 : L'acte juridique, ed. P.U.F., 1988, p.25).

الاسم كعقد الشغل وعقد التأمين وعقد النقل على السكك الحديدة[1] قد استقرت وألفها الناس حتى على المستوى النفسي[2]؟

إن محاولة الجواب، أو ما يقترب منها على الأقل، نجدها في الوقائع الاجتماعية والاقتصادية وبالتالي السياسية للسنوات العشرين الأخيرة في القرن 19م. إن لم يكن في الثلث الأخير من نفس القرن والذي يبدأ بانتهاء الحرب الفرنسية البروسية (1870-1871). فهذا التاريخ حسب مارسيل بريلو (Marel Prélot) والممتد إلى 1898 يتميز بتكون الأحزاب ثم بالوحدة الاشتراكية إلى غاية 1914 ليبدأ تمزق الاشتراكية إلى غاية 1934[3].

ومعنى هذا أن الحركة العمالية بعدما تمكنت من نفض الغبار على الهجمة الشرسة التي تعرضت لها سنة 1871[4]، استطاعت أن تسجل سنة 1880 أكبر موجة من الإضرابات كرد فعل إزاء الأزمات الاقتصادية الخطيرة للسنوات 1873-1895[5]. واستمرت في تصعيد هذه الموجة الاحتجاجية ابتداء من 1890

ولقد امتد ت هذه الوساطة في النقل إلى نظرية القانون الطبيعي ذي المحتوى المتغير والتي تصورها ستاملير (stammler) (عن أندري – جان أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه من القرن 19 إلى الوقت الراهن: مرجع سابق، ص. 119)، كما امتدت أيضا إلى نقل النظرية الألمانية للتعبير عن الإرادة والتي قال الكثير من أنصارها بفكرة ضرورة تغليب الجانب الاجتماعي –وهو القانون- في فض النزاعات وخاصة في العقود التي يختل فيها التكافؤ بين الطرف القوي والطرف الضعيف وهي الفكرة التي نجدها على سبيل المثال عند شلوسمان (Schlossmann) صاحب نظرية الإحساس بالحق أو القانون المبنى على الإنصاف وكوهلر (Kohler) صاحب النظرية المتطرفة للتعبير عن الإرادة وإيهرنج (Ihering) وباهر (Bahr) صاحبي النظرية المعتدلة للتعبير عن الإرادة (انظر في هذا الصدد على سبيل المثال: دورو: المرجع السابق، من ص. 342 إلى 353 ومن 362 إلى 372. –روبيرت بارتي: المرجع السابق، من ص. 123 إلى 136). وربما تكون هذه الوساطة قد امتدت حتى إلى نقل فكر كل الحركة الألمانية للحماية القانونية وهي حركة معادية للشيوعية أو الاشتراكية أو الديمقراطية المسيحية كانت ترمي بالأساس إلى رعاية العامل بمنحه الحماية القانونية (انظر هذه الحركة وانتقالها إلى فرنسا: أحمد ماهر: سلطان الإرادة الفردية فيما يرجع إلى تعديل العقود: مرجع سابق، من ص. 207 إلى 210).

[1]- حسب بيرليوز فإن أنواع عقود الإذعان تمثل في الوقت الراهن أغلب عقود الحياة اليومية مسماة كانت أو غير مسماة. والملاحظ أن اللائحة التي أوردها من العقود على سبيل المثال لا تتضمن عقد الشغل الذي كان يقدم كمثال نموذجي في الدراسات الأولى لبداية القرن 20م. وهكذا فإن عقود الإذعان تضم كافة أنواع عقد التأمين وكافة أنواع عقد النقل البري والمائي والجوي ومختلف أنواع عقود الخدمات المعروضة على المستهلكين وأغلب الأكرية وكذا البيوع المتضمنة على الخصوص لشكل من أشكال التمويل بالقرض والعقود البنكية وأخيرا عقود التوريد والاشتراكات والنشر وإنتاج الأسطوانات والعقود المبرمة مع قطاع التعليم الخاص والتربية إلخ..... : انظر: عقد الإذعان: مرجع سابق لبيرليوز، رقم 60 ص. 39 و40.

[2]- نعتقد أن الاقتصار على قول كلمة "نعم" لإبرام عقد من العقود التي تندرج تقليديا ضمن ما يسمى بعقود الإذعان كعقد النقل الحضري، قد يرتاح له الطرف المذعن ولا يبدي سخطه عليه في الغالب لكثرة من ارتياده بعد قضاء نصف اليوم في المساومة داخل سوق تقليدية من أجل اقتناء كيلوغرام واحد من الطماطم خلال شهر رمضان مثلا.

[3]- عن: تقرير جورج كورفيتش حول كتاب مارسيل بريلو (التطور السياسي للاشتراكية الفرنسية (1789-1934)، منشورات سيس، باريس، 1939) منشور بأرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني، السنة 1940، طبعة 1972، ص. 248 و249.

[4]- انظر: ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج. 2 ص. 448.

[5]- تعد الهزيمة الفرنسية أمام الجيوش الألمانية من الأسباب الرئيسية لهذه الأزمات؛ إذ عقب هذه الهزيمة علقت ألمانيا إمكانية استرجاع بعض الأراضي الفرنسية من قبل فرنسا على قيام هذه الأخيرة بأداء تعويض عن الحرب يقدر بخمسة

إلى غاية الحرب العالمية الأولى[1]، خاصة بعدما تمكنت الحركة العمالية من الخروج عن الكنيسة (العمل الفرنسي) لاحتضان الأحزاب والحركات الاشتراكية[2]، وبالأساس عقب تمكن الحزب الماركسي من تنظيم نفسه ابتداء من سنة 1880[3].

والملاحظ أنه إذا كنا نركز هنا على الأزمة الاجتماعية التي وصلت حد الاختناق في أواخر القرن 19م، فلأن أنصار الإرادية –ولو في مظهرها الجديد- أنفسهم يعتبرون التطور الصناعي والممارسات المعتمدة في عقد الشغل هما المسؤولين عن الأوضاع القانونية التي عرفتها أواخر القرن 19م. وبداية القرن 20م. بل والنصف الأول من هذا القرن الأخير: فهذا سافاتييه (Savatier) على سبيل المثال يرى أن الثقة التي يتوقف عليها تكافؤ العقد، والتي كانت سائدة في النصف الأول من القرن 19م.، قد انعدمت بعد ذلك، إذ قتلها العهد الصناعي وإفلاسها بدأ مع عقد الشغل[4].

697- وعليه، بما أن المثقفين، وعكس ما يشاع عنهم في الغالب، ليسوا رجالا يفكرون وإنما هم كما يقول جورج سوريل (Georges Sorel): "أناس يحترفون مهنة التفكير ويتقاضون عنها راتبا أرستقراطيا بسبب نبل هذه المهنة"[5]، وبما أن هذه المهنة بالنسبة لرجال القانون لا تخرج في الغالب عن الدفاع عما هو كائن ضد ما قد يهدد الدولة في وجودها على وفق اختياراتها الفلسفية (الفردية) والاقتصادية (الليبرالية) والسياسية (البورجوازية)[6]؛ لذلك فإن هؤلاء القانونيين لن يترددوا في

ملاييه فرنك: عن ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 449. –وألمانيا بدورها لم تبق بمنأى عن الأزمات الاقتصادية الخطيرة. وفي هذا الصدد يقول إسحق دويتشر: ".... ليست المرة الأولى التي يمر فيها التاريخ عشرون عاما من دون أن تنفجر الأزمة الشهيرة التي تتلوها طفرة على نحو ما كان يحدث للرأسمالية منذ عام 1825 على الأقل وحتى الحرب العالمية الثانية. فبعد الحرب الفرنسية –البروسية في 1870-1871 انقضت خمس وعشرون سنة تصنعت أثناءها ألمانيا تصنيعا هائلا وتطورت الرأسمالية من دون ما أزمة فعلية. وفي آخر هذه السنوات الخمس والعشرين جاء التحريفيون أصدقاء ماركس وإنجلز وتلامذتهما وقالوا: "لا مراء في أن معلمينا قد أخطأ. فقد زعما أنه سيحدث انهيار وستقع أزمات وسيحصل ركود ولم يحصل ركود. إن الرأسمالية ستتطور من الآن فصاعدا بدون مباغتات. وبعد بضع سنوات من ذلك في عام 1907 كانت الأزمة الكبرى ثم تلتها أزمة أخرى لا تقل ضخامة فكانت الحرب العالمية الأولى." :إسحق دويتشر: الإنسان الاشتراكي، ترجمة جورج طرابيشي، دار الآداب، بيروت، ط.1، 1972، ص. 103 و104.

[1]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ.... : مرجع سابق، ص. 75.

[2]- تذهب ريجين بيرنو إلى أنه في أواخر القرن 19م. وبداية القرن 20م، أصبحت البورجوازية مسيحية – بتعزيزها لحركة العمل الفرنسي الذي ولد عقب قضية دريفوس سنة 1898 – في الوقت الذي فقدت فيه الكنيسة الطبقة العاملة: المرجع السابق، ج.2 ص. 471 و472 و473.

[3]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ..... : مرجع سابق، ص. 77.

[4] - René Savatier : « Destin du code civil Français » in Revue internationale de Droit comparé, Paris, 1954, N°4, p.646.

[5]- عن: ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 468.

[6]- انظر ما مر بنا قبله في دراسة الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون.

الإقدام على الدفاع عما كان يسمى بالأمس بالعامل (الأجير) السيئ[1] على أساس أنه أصبح حسنا (خيِّرا) لضعفه بعدما انتقل السوء إلى رب العمل (المؤاجر) بسبب ما ازداد فيه من القوة الاقتصادية. وهم في دفاعهم هذا تجدهم يعطلون العقل في الغالب ليجعلوا مما يمليه القلب عليهم هاديا ومرشدا. إن الدفاع بهذا المعنى لم يعد يفيد أكثر من الاندفاع بالقلب المتيم بحب ما هو كائن من أجل الصدع بما يمليه من الأوامر الرامية إلى الحفاظ عما هو كائن من خلال التظاهر بالتنديد به. إن القانون، لهذا الاعتبار، قد انتقل في فهمه من العقل القائم في التبرير على المنطق بالدرجة الأولى إلى الرومانسية التي، كما يقول جوليان بونكاز (J. Bonnecase)، ترفض كل القواعد الآتية من الخارج: إنها هيمنة الإحساس على العقل كعنصر مولد لقواعد القانون والمؤسسات القانونية[2].

ولقد أفضى توجيه الإحساس أو العاطفة برجال القانون في فرنسا إلى تقبل كل الأفكار التي تدغدغ قلوبهم. ولذلك نجدهم يقبلون على ترديد اصطلاحات غريبة عن التقاليد القانونية الفرنسية كاصطلاح التصرف القانوني، وربما لِما في هذا الاصطلاح الألماني من إخفاء جانب الاستغلال الذي لا يتحقق في الغالب إلا بالعقد وهو المصطلح الذي لم تعرف فرنسا إلا به[3]، واصطلاح التعبير عن الإرادة[4] الدال – كما يقال- على المظهر الاجتماعي للإرادة وما يصاحب هذا التعبير من ضرورة تعاونه وتضامنه مع ما يمليه حسن النية أو الثقة أو الإنصاف أو المصلحة العامة أي في آخر المطاف مع ما يمليه القانون الذي لا يعتبر إلا تجسيدا لهذه المفاهيم في مجموعها؛ وهي مفاهيم نبتت في ألمانيا (على الأقل فيما يرجع إلى مضامينها الجديدة) وأراد رجال القانون الفرنسيون أن تخصب على أرضهم وردة الحفاظ على

[1]- لقد ظهر التمييز في العمال بين العامل الحسن والعامل السيئ في الثلاثينات من القرن 19م. ويقصد بالعامل الحسن ذلك الذي يقبل الشروط المنجرة عن حرية العمل. أما العامل السيئ فيقصد به ذلك الذي يحاول جر الآخرين إلى اتباع الأساليب غير القانونية كالإضرابات من أجل المطالبة بتحسين وضعيتهم الاجتماعية: عن ريجين بيرنو: المرجع السابق، ج.2 ص. 365. –وفيما يخص رواج مثل هذه الفكرة خلال الثمانينات من القرن 19م. انظر على سبيل المثال: أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ..... : مرجع سابق، ص. 85.

[2] - Julien Bonnecase : La pensée juridique Française de 1804 à l'heure- présente : ses variations et ses traits essentiels. Ed. Delmas, tome 2, 1933 p.4.

- ويرى بونكاز (في الجزء الأول من نفس مرجعه قبله، ص. 89 وما بعدها) أن ظاهرة الرومانسية لم تكن خاصة برجال القانون.

[3]- انظر في الدلالة السياسية لكل من التصرف القانوني والعقد، على سبيل المثال:

- Georges Rouhette : « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents » in Droit –Revue Française de théorie juridique -7 : L'acte juridique, ed. P.U.F., 1988 pp. 32 et 33.

[4]- وهو اصطلاح ألماني أيضا يرتبط باصطلاح التصرف القانوني.

ما كان من الدولة (البورجوازية) مع تلوين أوراقها بلون جديد تنسيهم جماليته آلم الأشواك العالقة بشجيرتها[1].

كما أفضى توجيه الإحساس أو العاطفة ببعض رجال القانون في فرنسا إلى اعتبار أنفسهم مجددين فنصبوا ذواتهم "أنبياء للقانون الجديد الذي أسموه بالقانون الاجتماعي (الاشتراكي)"[2]، وهو قانون ليس له من الاجتماعي (الاشتراكي) إلا الاسم أو كما يقول بونكاز فإن "القانون الاجتماعي لفظ وليس غير اللفظ"[3].

ودفع نفس الإحساس أو العاطفة بالبعض الآخر إلى أن يحتضنوا بعض العبارات كعبارة عقود الإذعان على الرغم من غموض معناها والتباس حدود نطاقها ليجعلوها شعارا يدافعون من خلاله على ما أسموه بالطرف الضعيف في العقد باسم الإنصاف والخير المشترك أو المصلحة العامة[4] والثقة[5] أو حسن النية على وجه التقابل في العقود الملزمة الجانبين عموما[6]؛ وكل هذا طمعا في مواجهة

[1]- لا نقصد إطلاق وصف الرومانسية الذي نستعيره من بونكاز إلا على ما يسمى بالمدرسة العلمية التي اشتهر باعها مع مؤلف فرانسوا جيني المار بنا حول منهج التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي والذي صدرت طبعته الأولى سنة 1899: انظر، في هذه المدرسة وما تنادي به، على سبيل المثال:

- Julien Bonnecase : « où en est le droit civil ? » in cité (la) moderne et les transformations du Droit n°4, Paris 1925, p. 51 et s. et 59 et s.

وعلى الرغم من أن رواد هذه المدرسة كسالي و جيني و دوكي و هوريو والذين تجمعهم عن وعي أو غير وعي فكرة التضامنية الرامية إلى التوفيق بين القانون الخاص والقانون العام من خلال استغراق هذا الأخير للأول؛ فإن المنهج المعتمد من قبل المدرسة العلمية وإن كان يعتمد، ضمن عناصره، ما يسمى بالعامل الاجتماعي إلا أنه يعد سدا منيعا في مواجهة الاشتراكية: انظر: أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ.... مرجع سابق، ص. 88 و121 و123 و124 وما بعدها.

[2]- هذه العبارة لبونكاز: انظر مقاله المشار إليه في السابق: "إلى أين وصل القانون المدني؟"، ص. 49.

[3]- بونكاز: مقاله المشار إليه قبله، ص. 50. – ويمكن لدلالة هذا الموقف أن تستقى من حقيقة ما حصل بالفعل. وحسب بونكاز دائما فإن الثورة التي شب حريقها في ميدان القانون المدني يمكن تلخيصها بما مفاده أنه خلال كل القرن 19م. تم بالأساس تغليب الصيغ الأدبية على المفاهيم القانونية واليوم، بالمقابل، يتم تغليب المفاهيم القانونية على الصيغ الأدبية (بونكاز: مقاله المشار إليه أعلاه . 59). وإذا كانت هذه الملاحظة قد أوردها بونكاز لتوضيح حقيقة ما يسمى بالمدرسة العلمية، فإننا نرى تمديدها حتى إلى رواد ما يسمى بالقانون الاجتماعي (الاشتراكي). ويكفي تفحص ما كتبه أحد أقطاب هذا الاتجاه، وهو عيمانويل ليفي (Emmanuel Lévy) الذي كان بمثابة الوحش المزعج في نظر زملائه (أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع وجها لوجه إلخ..... : مرجع سابق ص. 89)، للتأكد من هذه القناعة. ففي مؤلفه: أسس القانون (les fondements du droit –Paris, 1933) - وهو مؤلف يعد بمثابة خلاصة لكل كتاباته وتجاربه السابقة- نجده يؤكد على جملة من المفاهيم القانونية ويقتصر على شحنها بتأملاته الذاتية أو ربما بتجاربه. وحسبنا أن نشير إلى تحديد المقصود بالعقد إذ يراه مجرد تعبير قائم على الثقة المشروعة (ص 60 و61) والإضراب والعقد الجماعي (ص .63 وما بعدها) والرابطة القانونية أي العقد والدولة (ص. 77 وما بعدها) والسياسة (ص. 82 وما بعدها) وجدلية القانون الجديد (ص. 85 وما بعدها) والعودة إلى الحديث عن العقد مرة أخرى في إطار المدخل القانوني الطبيعي (ص. 96 وما بعدها) والشخص (ص. 98 و99) والتعاون والنقابة (ص. 100 وما بعدها) وأخيرا السير نحو الحقيقي حيث يعالج العلاقة بين الإنسان كجسم حي والقانون كمجسد للمجتمع ليخلص إلى أن الإنسان قد وُلد بمعرفته والقانون هو اعترافه. لدائنه يُقبل وبمدائنه يُدبر. وهذا هو التقابل الدائم والبداية الأزلية (ص. 102).

[4]- انظر مثلا المراجع المارة بنا لكل من سالي و دورو و كونو و ماهر.

[5]- انظر على سبيل المثال: روبيرت بارتي: المرجع السابق ص. 56 و57. – جورج بيرليوز: المرجع السابق رقم 367 ص. 172.

[6]- فرانسوا كورف: مبدأ حسن النية: مرجع سابق، ص. 30 و74 وما بعدها.

ومعارضة الاتجاه الاشتراكي[1] أي حسب كونو من أجل الدفاع عن الحرية ضد تهديدات النظريات الشمولية[2]، والدفع بالدولة إلى التخلي عن دورها الدركي للاضطلاع بدور المراقبة والتوجيه عن طريق تدخلها في العقود بما يسمح بتحقيق التضامن بين الفرد والمجتمع[3].

وبالفعل فإن الدولة، ربما حتى خارج هذه النداءات، لم تقف مكتوفة الأيدي أمام ما كان يهددها بالزوال من الضغوط الاجتماعية والأفكار المناصرة لها. فلقد عمدت إلى التدخل في ميدان المعاملات بمراقبة وتوجيه بل وتنظيم العقود التي بسببها ظهر وصف عقود الإذعان وبالأساس عقد الشغل[4]. بل الأكثر من هذا فإن تدخل الدولة انصب أيضا على كل من البيع والكراء والشركات والنقابات والجمعيات والوديعة والقرض بفائدة[5].

ومع ذلك يجدر التنبيه إلى أن ما تتدخل فيه الدولة بالمراقبة والتوجيه والتنظيم، حسب من نحن بصدد الحديث عنهم من التضامنيين بالأساس[6]، لا يمكن الحديث فيه عن عقود الإذعان المستوجبة لحماية الطرف الضعيف؛ لأن هذا الطرف الضعيف يفترض فيه أنه محمي بالقانون. ولذلك ينبغي في نظرهم تطبيق هذا القانون على وفق معناه المضبوط باعتبار أن هذا التطبيق هو الذي من شأنه أن يحقق التضامن والتكافؤ الذي كان مختلا في العقد قبل تدخل الدولة بقوانينها[7].

[1]- أ.ج. أرنو: رجال القانون والمجتمع إلخ..... : مرجع سابق، ص. 122 وما بعدها.

[2] - Emmanuel Gounot : « La liberté des contrats et ses justes limites ». in semaines sociales de France –Rouen, 1938 pp. 332 et 338 et s.

- والحرية حسب كونو (في نفس هذا المقال ص. 341) هي ما يفضي إلى تحقيق التكافؤ (التضامن) الأخوي بين الناس بالمفهوم المسيحي.

[3]- يذهب جورج ريبير إلى أن المدافعين عن الحرية يضطرون إلى التضحية بهذه الحرية عندما تكون مصدرا للفوضى؛ إذ هنا تتم مناصرة النظام الاقتصادي القائم مع إبداء الاستعداد للتضحية بالحرية التعاقدية:

G. Ripert : « L'ordre économique et la liberté contractuelle ». in Mélanges offerts à F. Gény, tome 2., 1935, p. 350.

[4]- انظر ما مر بنا في فقرة 231 قبله. –وانظر في مظاهر تدخل الدولة في عقد الشغل إلى غاية 1909: باريير: المرجع السابق من ص. 43 إلى 46. – ايميرونتيين دُوكودان دُولاكرانج: تدخل القاضي في العقود: مرجع سابق، رقم 12 ص. 38 ورقم 13 مكرر ص. 44.

[5]- انظر في هذا الصدد، على سبيل المثال: باريير: المرجع السابق، من ص.46 إلى 49.

[6]- انظر على سبيل المثال، في التضامنيين وفكرة التضامنية:

- L. Dikoff : « L'évolution de notion de contrat » in Mélanges offerts à H. Capitant, 1939, pp. 201 à 217 et surtout p. 209 et s. et p. 217.

[7]- انظر في مثل هذه الفكرة: ألفريد ريبك: دور الإرادة في التصرف القانوني ألخ.... :مرجع سابق رقم 233 ص. 240 وما بعدها ورقم 234 ص 241. – وانظر في التطبيق المضبوط لعقود التأمين: بيكار وبسون: التأمينات البرية في القانون الفرنسي: مرجع سابق، رقم 57 ص. 94. –والملاحظ أن دُورو (في: تأويل التصرفات القانونية الخاصة: مرجع سابق، ص. 166 وما بعدها و183 وما بعدها و201 وما بعدها) كان قد انتقد هذا التطبيق المضبوط للقانون على عقود التأمين. ولكن هذا الانتقاد لا يعني أنه غير متفق مع ما أوردناه في المتن، إذ في عهده لم يكن عقد التأمين قد حظي بتدخل الدولة.

698- ولقد كان معظم الفقهاء يكتفون، قبل الحرب العالمية الأولى، بوصف تدخل الدولة على أنه مجرد مظهر من مظاهر التطور الذي عرفه العقد منذ أمد طويل يعود إلى القانون الروماني وذلك من أجل التطبع بالطابع الاجتماعي. ولكن تدخل الدولة لم يتوقف مع نهاية الحرب العالمية الأولى إذ لوحظ تزايد التواتر مع مرور كل سنة بسبب تفاقم المشاكل الاقتصادية وتصاعد الاتجاهات الديماغوجية كما يقول أندري روواست[1]. وهنا ثارت ثائرة هؤلاء الفقهاء فأصبحوا ينادون إما جهرا وعلانية ككاستون موران[2] أو تعريضا وتلميحا كرُوني سافاتييه[3] بضرورة توقف

[1] - André Rouast : « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé ». in semaines sociales de France, Rouen, 1938, p. 347 et s.

- وانظر في مظاهر هذا التدخل أيضا:

- Michel Vasseur : « Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle » ; in R.T.D.C, Année 1964 pp. 15 à 42.

- Magdi Sobhy Khalil : le dirigisme économique et les contrats –Etude de Droit comparé : France, Egypte, U.R.S.S. –L.G.D.J, Paris, 1967, n° 324, p. 209 et s.

- Mostapha Mohamad El Gammal : L'adaptation du contrat aux circonstances économiques : Etude comparé de droit civil Français et de droit civil de la république arabe unie, L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 160 à 173.

- René Savatier : Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, 2ème édition, L.G.D.J., Paris, 1950, p.p. 54 à 83.

- رُونى سافاتييه: "مصير القانون المدني الفرنسي" :مقال مشار إليه في السابق، رقم 7 ص. 643 ورقم 11 ص. 647 وما بعدها. – لويس جوسران: - "لمحة عامة عن الاتجاهات الراهنة لنظرية العقد:مقال سابق، رقم 25 وما بعده في ص. 21 وما بعدها. –"عمومة العقد" :مقال سابق، رقم 9 ص. 147 وما بعدها ورقم 24 ص. 157 وما بعدها. – كاستون موران: التشريع والعقد: أفول سيادتهما: مرجع سابق، ص. 63. – باربير: المرجع السابق، ص.59 وما بعدها و86 وما بعدها و128 وما بعدها.

[2] - يرى كاستون موران: كما يبدو من خلال ظاهر كتاباته، أن العقد قد أصيب بالأفول والانحطاط أو التدهور وان أزمة ما ينصل في العقد بالحرية التعاقدية والقوة الملزمة يعود سببها إلى التدخل العنيف للدولة في تنظيم العقد ومراقبته وتوجيهه: انظر: التشريع والعقد: أفول سيادتهما: مرجع سابق، من ص. 57 إلى 92. – انظر أيضا مقاله:

« La désagrégation de la théorie contractuelle du code ». in Archive de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1940, 10ème Année, n° 1-4 ed. de 1972, p.p. 10 à 32.

وانظر كذلك في هذا الصدد: جان كاربونييه: القانون المرن: نصوص من أجل علم اجتماع للقانون بدون صرامة: مرجع سابق، ص .126 و133 وما بعدها . – وعلى الرغم من ظاهر كتابات كاستون موران فإننا نعتقد أنه كان يرمي من ورائها إلى مهاجمة الفقه المتمادي في معالجته قانون العقود بالأفكار التقليدية البالية في نظره لعدم مسايرتها المستجدات الاقتصادية والاجتماعية أكثر من مهاجمته العقد المبني على الإرادة الفردية: انظر مثلا مقاله المشار إليه في السابق حول "الاتجاهات الراهنة وعلاقات الواقع بالمفاهيم: بمناسبة مقالات السيد لويس جوسران"، ص. 557 وما بعدها وص. 562 و563. –وفكرة انتقاد الفقه يسايره فيها حتى رونى سافاتييه: انظر مثلا مقاله المشار إليه في السابق حول "مصير القانون المدني الفرنسي"، رقم 24 ص. 663 و664.

[3] - لا يواجه سافاتييه العقد بعنف لأنه لا يرى فيه إلا مجرد تطور طبيعي وذلك لكي يساير ما يقتضيه التدخل المشروع للدولة. ومع ذلك إذا كان يسلم باتجاه القانون الخاص نحو الارتماء في أحضان القانون العام واستغراق هذا الأخير للأول فإنه ينبه، بالمقابل، إلى أن القانون العام الذي لا يقبل القانون الخاص أساسا له لن يكون فقط من القوانين الأكثر

الدولة عن التدخل في العقود بما يؤدي إلى إهدار الثقة فيها وبالتالي إلى الزيادة في زعزعة استقرار المعاملات[1].

699- إن "الانطلاق الحديث للمفهوم التعاقدي"[2]، وقد بدأ تطورا إلى غاية 1914 لينقلب أزمة استمرت حتى بداية الخمسينات من هذا القرن، أفرز بعد هذا التاريخ الأخير "انطلاقا جديدا للمفهوم التعاقدي"[3]؛ تميز بنوع من التكافؤ أو على الأقل من الميل نحو الثبات المتوازن بين نصيب تدخل الدولة في العقد ونصيب الإرادة الفردية في قصر هذا العقد الذي كان آيلا للزوال[4] خاصة بعدما شرعت الدول الشرقية (الاشتراكية)، وعلى رأسها ما كان يسمى بالاتحاد السوفياتي سابقا، في تدشين عهد الحنين إلى الفردية التعاقدية[5]، وعمدت الظروف الاجتماعية إلى ركوب قطار التحسن المتزايد، وهو القطار الذي من المحتمل أن يكون من المساهمين في بنائه تزايد الوعي لدى أرباب الرأسمال بكون انتفاخ هذا الرأسمال لابد له من التنازل عن نفحات منه لمنتجيه الحقيقيين. وفي هذا الصدد يكاد يصدق ما رددّه، ومن باب السخرية، أحد طلبة جامعة شيكاغو الأمريكية إذ قال عن روكفيلير:

يا له من رجل خيِّر،
جون روكفيلير.
فلوس جيبه كلها يعطيها،
في شيكاغو لجامعتها[6].

استبدادا وإنما أيضا من أكثر بناءات العقل عبثا: انظر في هذا الصدد بالأساس مرجعه السابق: من القانون الخاص إلى القانون العام، من خلال الأشخاص، الأموال والمسؤولية المدنية، ص. 66 وما بعدها و171 و173 و174.

[1] - باربير: المرجع السابق، ص 124 وما بعدها – والجدير بالإشارة أن باربير يعتبر التعديلات التشريعية الطارئة على العقد منذ 1804 إلى 1914 من مظاهر تطور العقد. أما ما جاء من التعديلات التشريعية بعد 1914 فيجسد في الحقيقة أزمة العقد. والتطور في تقديره لا يعني أكثر من التحولات الطبيعية التي لا يمكن تفاديها لأنه مع ظهور حاجيات جديدة ينبغي أن تظهر مؤسسات تناسبها وتستجيب لها بشرط أن تكون هذه المناسبة طبيعية لا ثورة تأتي طفرة لتحدث قفزات كما حصل بعد سنة 1914. فهذه هي الأزمة لأنها تشكل اضطرابات في التنفيذ الكامل للعقد وبالتالي فإنها لا تخرج عن ضرب من مرض العقد من شأنه أن يضر كثيرا. وإذا فرضت الضرورة تقبل هذا المرض فعلى أساس ألا يكون مزمنا: باربير: نفس المرجع قبله ص. 81 و82 و119 و121 و122.

[2] - هذه العبارة استعرناها من عنوان مقال مشار إليه في السابق لجوسران.

[3] - هذه العبارة استعرناها من عنوان مقال مشار إليه في السابق لميشيل فاسور.

[4] - إن المقال المقصود في الهامش قبله لميشيل فاسور، في مجموعه لا يرمي، في تقديرنا، إلا إلا تكريس هذه الفكرة.

[5] - لقد بدأ تعامل ما كان يسمى بالاتحاد السوفياتي سابقا مع الفردية التعاقدية أو الليبرالية على المستوى الاقتصادي عندما أدخل الإصلاح الاقتصادي سنة 1957 وجاء دستور 1977 ليؤكد عليه ويزيد في تنميه. ومع البريسترويكا الكوربا تشيفية زادت وتيرة السرعة لاحتضان الليبرالية بمفهومها الغربي (انظر في هذا الصدد: المقال المشار إليه في السابق لدنيس تاللون حول "تطور الأفكار في مادة العقد: تحليق مقارن" ص. 84 و85). ولاشك أن هذه الليبرالية الغربية هي التي تفانى في تحقيقها ومنذ توليه السلطة بالأساس على رأس الفيدرالية الروسية المنصور بالغرب يلتسين وكرسها بوتين ولكن بالطريقة الروسية.

[6] - لقد حاولنا ترجمة معاني هذه العبارات الشعرية عن:

- Robert L. Heilbroner : Les grands économistes, éditions du seuil, 1977, p. 209.

وفي ظروف الانطلاقة الجديدة للمفهوم التعاقدي، الراجعة إلى الانطلاق الجديد للصناعة، فإن فكرة الطرف الضعيف لن تبقى عالقة، في تقديرنا، إلا بأذهان النخبة من رجال القانون[1]. أما من يعنيهم الأمر بالأساس فلا نعتقد ذلك، إذ إن سيادة فكرة الجمعيات المهنية وفرض هذه الأخيرة لوجودها سيجعلان من كان يحس بالضعف هو الأقوى، ربما، ممن يتمتع بهذه القوة على المستوى الاقتصادي. وربما هذه القوة هي التي دفعت بالعمال أثناء إضرابات ربيع 1968 بفرنسا إلى اتخاذ توجه جديد في مطالبهم النقابية وهو توجه لم يركز على هزالة الأجور وبالتالي الضعف المادي بقدر ما ركز على ظروف العمل كإيقاعه وميقاته وأنسَنة المهام والتأهيل[2]. إن المطالب الاجتماعية بهذا المفهوم أصبحت تتمحور على العموم حول ما يمكن تسميته بالحق في الرفاهية. وهذا الحق لا يتلاءم مع الضعف لأن الضعيف همه المطالبة بالحق في الوجود أولا. ومتى تحقق له ذلك أمكنه بعدئذ التفكير في الرفاهية. وهذا الحق في الرفاهية تزايد عندما صار ما يسمى بحقوق الإنسان – شعار الشعارات الملحة على تأكيد فردية الإنسان وليبراليته وبالتالي سمو إرادته- يهيمن على وصف أغلب المطالب الاجتماعية وكأننا عدنا القهقري لنعيش فترة الحمل بثورة 1789 الفرنسية. ومن هذه الحقوق حق المستهلك في الحماية. وهي الحماية التي وإن تعذر إحلالها محل عقد الإذعان للانتقادات الموجهة إلى هذا العقد كما يقول بيرليوز؛ إلا أن تيارا جديدا ظهر للمطالبة بحماية هذا المستهلك في روابطه الاقتصادية[3] بل، ولِمَ لا، للمطالبة بحماية "المستهلك للقانون"[4].

[1]- باعتبار أن عقلية هؤلاء في الستينات لا تختلف عن عقلية الثلاثينات من القرن العشرين إذ الأسماء الفقهية للسنوات 1950-1960، كما يقول أ.ج. أرنو: هي أسماء الثلاثينات: رجال القانون والمجتمع الخ.... مرجع سابق، ص. 188.

[2]- أ.ج. أرنو: المرجع قبله، ص. 191.- الملاحظ أنه أمام انتشار الأزمة المالية في أغلب دول العالم وإن بدرجات متفاوتة،فإن الطبقة العاملة قد تضطر(بل تضطر)إلى التنازل عن هذه التطلعات في مطالبهم للاكتفاء بمطلب حفظ الشغل ولو بأجر أقل إلى حين انكسار هذه الأزمة التي يزيد في استفحالها تنامي القلاقل المنجرة عن انتعاش التطرف بعد ما يسمى - بهتانا - بالربيع (الخريف) العربي على الخصوص.

[3]- جورج بيرليوز: عقد الإذعان: مرجع سابق، رقم 8 ص. 202. -انظر أيضا في المقارنة بين عقد الإذعان والعقود المبرمة لإشباع الحاجيات الاستهلاكية: جمال النكاس: "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي" :مقال منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو 1989، الهامش 5 في ص. 50. –محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد: مرجع سابق، رقم 23 ص. 29 وما بعدها.

[4]- إن اصطلاح "مستهلك القانون" أخذناه من محاضرة للرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية، وقد اعتبره فيها صيغة فظيعة:

Pierre Dra (premier président de la cour de cassation) : « Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui » : in Revue de la recherche juridique : Droit prospectif, publiée par la faculté de droit et de science politique d'Aix- Marseille, n° XVI -46 1991- 3, p. 597.

وهذا التيار لم تتردد بعض الأوساط الفقهية بالمغرب في الانسياق وراءه[1]. كما انساقت متهافتة تجري. ربما، عن غير بينة وهي تردد أصداء الدفاع عما يسمى بحقوق الإنسان على الرغم من أن البيئة التي أوجدت مثل هذه الأفكار- وما ترمي إليه فيها- تختلف عن البيئة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المغربية التي يغلب عليها الجهل ويكاد يعمها الفقر.

700- ولا شك أن ظهور فكرة حماية المستهلك قد زادت في التقليل من أهمية فكرة عقد الإذعان. ومع ذلك فإننا نعتقد بأن مصير الفكرة الأولى لن يختلف عن مصير الفكر الثانية لأن فكرة حماية المستهلك وإن كانت تهدف في الظاهر إلى حماية الطرف الضعيف[2] أي إلى ما يمكن تسميته بحماية عدم علم الرجل المتبصر – وخاصة عندما يكون من غير المهنيين- بخصائص ومكونات أو مخاطر السلعة التي يقتنيها لغرض إشباع حاجاته الآنية أو المستقبلية[3] ولو تمثلت هذه السلعة حسب اعتقادنا في القانون, إلا أنها بالمقابل، لا ترمي في آخر المطاف إلا إلى حماية الجودة في السلعة وهي العنصر الذي بدونه لا يمكن للمؤسسة الاقتصادية في الوقت الراهن أن تضمن لنفسها البقاء طويلا لاستمرار نشاطها في ضوء السياسة الجديدة للباب الدولي المفتوح أمام مزاحمة السلع الأجنبية الآتية من مختلف بقاع العالم. ولعل فكرة حماية المستهلك وبالتالي التأكيد على احترام الجودة في الحقيقة إنما ترمي إلى إحياء الفكر الكولبيري الذي يجعل من الجودة العنصر الأساسي في الإنتاج وليس التسويق في حد ذاته[4].

701- إن الحديث عن الجودة يفضي بالضرورة إلى الحديث عن العقد- الذي جاء ضامنا لها حتى في مدونة نابوليون والفقه الكلاسيكي- من منظور موضوعي يبعد عنه كل العواطف كعاطفة حماية الطرف الضعيف. وربما انجر هذا المنظور عن المسار الذي أصبحت تتبعه، في الوقت الراهن خارج المغرب، الدراسات

[1]. من مظاهر هذا الانسياق تكوين جمعية لحماية المستهلكين بالدار البيضاء في الثلث الأخير من سنة 1993 (أنظر في هذا الصدد الجريدة الأسبوعية الصادرة بالفرنسية: "الاقتصادي" عدد 118 بتاريخ 24 يناير 1994 ص. 28). - وكذا تنظيم ندوة حول : "حماية المستهلك بالمغرب "من قبل شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس بتاريخ 3-4 دجنبر 1993 .وأمام تكاثر هذه الجمعيات في الوقت الراهن في المغرب , عمد القانون 08-31 المشار إليه من قبل إلى تنظيمها تنظيما خجولا في القسم السابع منه.

[2]. أنظر بيرليوز' : المرجع السابق ، رقم 8 ص. 201.

[3]. أنظر في تعريف المستهلك والاختلاف الذي حصل في شأنه: محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد: مرجع سابق. رقم 8 ص. وما بعدها.- جمال النكاس :"حماية المستهل وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي" مقال مشار إليه في السابق، ص. 46 وما بعدها.

[4]- أنظر في هذا الفكر الكولبيري على سبيل المثال : ريجين بيرنو: تاريخ البورجوازية بفرنسا. ج. 2 . الأزمنة الحديثة: مرجع سابق . ص. 341 .

القانونية أو الحقوقية بصفة عامة: إنه مسار مرسوم بما يمكن وصفه بالظاهرة المنهجية. وهي ظاهرة تعيد للعقد شبابه وتبعد عنه كل شبهات الشيخوخة والفناء[1] كوصف الإذعان والتوجيهية التعاقدية وما إلى ذلك من الأوصاف الديماغوجية المنبثقة عن رومانسية القلب، إن في الغرب أو في الشرق[2] والتي كانت تقول بفناء العقد وزواله من الوجود. وفي هذا الصدد يذهب دنيس تاللون إلى أن بعض الانتقادات والمناقشات التي دارت حول ما يسمى بعقد الإذعان أو التوجيهية التعاقدية أصبحت الآن متجاوزة. وبالمقابل فان رياح الليبرالية الجديدة القادمة من شيكاغو أخذت تعطي نوعا من النجاعة والفعالية للأطروحات الإرادية[3]. وهذه الرياح، التي ساهمت إلى حد كبير في إفراز ما سبقت الإشارة إليه من حماية المستهلك كدليل- ربما- لحماية الطرف المذعن في عقد الإذعان، لا تتمثل إلا في منهج التحليل الاقتصادي ذي النزعة المنفعية والقائل بأن العبرة في آخر المطاف إنما هي للفاعلية الاقتصادية للعقد. وهذا بطبيعة الحال إلى جانب المناهج الأخرى[4] كاتجاه التحليل الاجتماعي الذي أصبح لصيقا بشخص كاربونييه[5] ويرمي إلى التبيئة الواقعية للعقد، والاتجاه الأخلاقي الذي التصق بريبير وهو لا يرمي في آخر المطاف إلا إلى ترديد نغمة الواجب الأخلاقي في حلة قانونية غايتها تحقيق ذلك المثل المصور في الإنصاف وبالتالي المصلحة العامة في العقود والمبعد لكل شوائب الظلم والاستغلال[6]، وهو منهج أخذ ينال عطف محكمة النقض الفرنسية التي –بسبب هذا الدافع الأخلاقي- أصبحت تؤكد على ضرورة الأخذ في العقود بما تمليه الاعتبارات الإرادية والفردية دون إهمال الاعتبارات الاجتماعية المنظور إليها من الجانب الأخلاقي المتبلور من خلال حسن النية أو الإنصاف[7]. وبعبارة أخرى فإن محكمة

[1]. لقد أختم دنيس تاللون مقاله المشار إليه في السابق حول "تطور الأفكار في مادة العقد : تحليق مقارن "ص. 91 بقولة جاك ميستر التالية: " إن العقد، بعيدا عن أن يكون ميتا مع وقف التنفيذ, أصبح يتمتع بشباب أبدي.".

[2]. إن التوافق الحاصل في الوقت الراهن بين الشرق الاشتراكي والغرب الرأسمالي لتشكيل كتلة الشمال الرامية ربما إلى امتصاص ذرات الجنوب . لا نملك معه إلا أن نردد متعجبين: يا له من توافق حصل بين الشرق الجماعي والغرب الفردي فيما يرجع إلى جعل العقل في القلب. فهذا العقل القلبي هو الذي دحرج في الغرب سلعة الفردية ووضعها على الرصيف تحت الرافعة لشحنها في اتجاه شاطئ ما يسمى بالاشتراكية. ونفس العقل القلبي هو الذي أمر رافعته منذ أواسط الخمسينات للشروع في إفراغ خيرات الأمة من سفينة الاشتراكية وإنهاء إيداعها في أواخر الثمانيات بمخازن الفردية الغربية.

[3]- دنيس تاللون : مقالته المشار إليه قبله . ص. 87.

[4]- أنظر في هذا الصدد : دنيس تاللون : مقاله السابق ص. 87 و 88.

[5]- انظر كتابه: Sociologie juridique, P.U.F., 1ère édition، 1978. وعلى الخصوص الصفحات من 369 إلى آخر الكتاب، والمتعلقة بالوظيفة العملية لعلم الاجتماع القانوني أي ما يمكن لهذا المنهج أن يقدمه من مساعدة لكل من المتعاقدين والقضاة. –انظر أيضا كتابه: القانون المرن: نصوص من أجل علم اجتماع للقانون بدون صرامة: مرجع سابق، من ص. 117 إلى 135 ومن ص. 223 إلى 254.

[6]- انظر مؤلفه: القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية: مرجع سابق، وبالأساس من ص. 397 إلى 410.

[7]- انظر في هذا الصدد تعليق جاك ميستر على القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 ماي 1988 وكذا قرارها الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 1987 إلى جانب قرارين لمحكمة الاستئناف بباريس أحدهما بتاريخ 13

النقض الفرنسية أصبحت تلح على ضرورة تمازج متطلبات الاستقامة بأوامر العقلانية[1] أي التمسك بالعقل المنصف بالقلب.

702- والملاحظ أن منهج التحليل الاقتصادي المستورد من أمريكا، ضمن الأدوات التكنولوجية الأخرى للقانون في ميدان المعاملات كالليزنك والفاكتورينغ والفرانشيزينك[2]، أخذ في الانتشار إلى درجة دفعت بالبعض إلى التساؤل في الندوة المنظمة سنة 1986 بإيكس أنْ بروفونس[3]، عما إذا كان من حق رجل القانون أن يجهل رجل الاقتصاد[4]. كما دفعت بالبعض الآخر إلى أن يعتبر هذا التحليل الاقتصادي من الثوابت الفقهية منذ العهد الإغريقي في الميدان التعاقدي[5]. وإذا ما دلت هيمنة هذه المناهج على شيء، فإنما تدل على أن العقد لا يمكن أن ينهار، وأن ما قد يطرأ عليه من محن ظرفية ليس في مقدوره أن يبعد عنه ميزته الأساسية كأسلوب قانوني لتبادل القيم[6] منذ أن اعتبره أرسطو كذلك، فرأى أن يضفي القانون عليه طابع القوة الملزمة وينظر إلى من يعمل على إفساد العقد نظرته إلى من يعمل على إفساد القانون[7]. وتبادل القيم أمر موضوعي لا يهمه في شيء أن يكون أحد المتبادلين من الأقوياء أو من الضعفاء.

يوليوز 1988 وثانيهما بتاريخ 12 سبتمبر 1988: التعليق منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني (R.T.D.C.) عدد 1، يناير –مارس 1989 : العمل القضائي الفرنسي في مادة القانون المدني، من ص. 71 إلى 74.

[1]- انظر على سبيل المثال المحاضرة المشار إليها في السابق تحت عنوان "دور ومكانة القاضي، بفرنسا، اليوم" والتي ألقاها الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية المستشار بيير دري بتاريخ 22 أبريل 1991. بمناسبة توزيع جوائز معهد بورتاليس (كلية الحقوق وعلم السياسة بإيكس مارسيليا، ص. من 595 إلى 604 وعلى الخصوص ص. 598 وما بعدها، و602 و604.

[2]- من الأدوات القانونية المستوردة من أمريكا يمكن أن نذكر أيضا ما كان سائدا منذ القرن 19م. في ألمانيا عند شلوسمان أو إيهرنج من نظرية المصلحة السلبية أو الإيجابية المعتمدة في ميدان تحديد التعويض المنجر عن المسؤولية العقدية: دنيس تاللون: مقاله المشار إليه في السابق، ص. 89 و90.

[3]- انظر أعمال هذه الندوة: وعنوانها الكامل:

L'analyse économique du Droit : impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique : colloque organisé les 16 et 17 mai 1986 à Aix- en Provence par le centre de philosophie du droit de la faculté de droit et de science politique d'Aix – Marseille et le centre d'analyse économique de la faculté d'économie appliquée d'Aix – Marseille in Revue de la recherche juridique : Droit prospectif, publiée par la faculté de droit et de science politique d'Aix n° XII – 29 -1987 -2.

[4] - Ejan Mackaay : « Le juriste à-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? » :

مقال منشور بالمجلة المشار إليها في الهامش 66 قبله من ص. 419 إلى 427.

[5]- انظر في هذا الصدد:

- Jean –Michel Poughon : « Une constante doctrinale : L'approche économique du contrat » in Droit –Revue Française de théorie juridique -12 : Le contrat, ed, P.U.F., 1990, p.p. 47 à 58.

[6]- جان –ميشيل بوغون: مقاله المشار إليه قبله، ص. 53 وما بعدها.

[7]- أرسطو: الخطابة: ترجمة عبد الرحمن بدوي: مرجع سابق، ص. 97 وما بعدها.

وهكذا تبدو عدم أهمية فكرة عقد الإذعان في الوقت الراهن خاصة بعدما ظهر رجوع الأمور إلى نصابها بتوحيد الشرق مع الغرب وانتقال الدولة إلى إحلال فكرة الخوصصة (الخصخصة، التخصيص) مكان فكرة العوممة التي كانت سائدة من قبل إلى درجة يمكن الذهاب معها –إذا ما أردنا ترديد أفكار من كانوا يقولون بأزمة العقد– إلى أن الذي أصبح يتخبط في أزمة ليس هو العقد وإنما هو المؤسسة العمومية أي القانون بمعناه الموضوعي في آخر المطاف[1]. وهذه هي أمنية الكثيرين ممن كانوا ينددون في هدوء بتدخل الدولة لإيقاف تنفيذ العقود أو لتلبية المطالب المبنية على ديماغوجية العاطفة بدل تكريس إيديولوجية العقل[2]. ولاشك أن هذه الأمنية المحققة في أواخر القرن 20م.، لو قُدِّر لليون دوكي مثلا أن يُبعث ليشاهدها لَمات، مرة ثانية، كمدا وحسرة وسخطا على زوال الفترة التي كان فيها "جد منشرح وهو يرى الطابع الميتافيزيقي لمفهوم القانون أو الحق الذاتي ينسحب أمام مفهوم القانون أو الحق الذاتي ينسحب أمام مفهوم القانون الموضوعي"[3].

703- وعلى فرض مجانبة هذا التصور للصواب فإن الذي لا مراء فيه، في الوقت الراهن، أن كافة العقود التي توصف بالإذعان قد تركت الدولة فيها بصمة تدخلها بتنظيمها. ولم يبق، بالنسبة إلى المغرب أساسا إلا النزر القليل من هذه العقود كبعض صور الليزنك والفاكتورينغ والفرانشيزينك. وحتى في مثل هذه العقود فإن وصفها بعقود الإذعان لا تكون له أهمية إلا إذا انعدمت فيها بصفة تامة مظاهر المزاحمة إذ هنا تصبح الإرادة ضربا من حالة الضرورة[4]. ومن المحتمل جدا ألا يكون مظهر المزاحمة في ميدان العقود المار بنا غير غائب في المغرب لأن جل الأبناك المغربية تتعامل أساسا بأسلوب الفاكتورينغ مثلا.

1- إن هذا الوصف ليس بدعة منا إذ هناك من تحدث عن أزمة القانون وأزمة القيم بل وحتى أزمة المؤسسة القضائية: انظر، في هذا الصدد على سبيل المثال:
R. Boure et P. Mignard : La crise de l'institution judiciaire –Christian Bourgeois, éditeur, Paris, 1977, pp. 93 à 124.
- وانظر، على سبيل المثال، في التعقيب على مثل هذه الأوصاف: المحاضرة المشار إليها في السابق لبيير دري حول "دور ومكانة القاضي، بفرنسا، اليوم"، من ص. 595 إلى 604.

2- لقد اعتقد سافاتييه، وهو يتأمل التأمين وما أصبح يطبع المسؤولية من المظهر الاجتماعي في أفق سنة الفين، بأن الدولة لن تصل إلى أقصى ما يقتضيه التدخل لأن الشعور الفردي له أيضا اعتباراته في هذا الميدان. ولذلك فإن مظاهر الفردية ستبقى معتبرة: من القانون الخاص إلى القانون العام من خلال الأشخاص، الأموال والمسؤولية المدنية: مرجع سابق، ص 171 و174 –انظر أيضا جوسران: "عوممة العقد" :مقال مشار إليه في السابق رقم 24 ص. 157 و158.

3- باربيير: المرجع السابق، ص. 123.

4- انظر في مثل هذه الفكرة: جان – ليك أوبير: مفهومها الإيجاب والقبول ودورهما في تكوين العقد: مرجع سابق، رقم 301 ص. 278.

وإذا كان البعض يعتبر أن الأهمية الوحيدة لفكرة عقد الإذعان إنما تكمن في توجيه المشرع وإرشاده إلى المراكز التي تستوجب المراقبة والتدخل الوقائي للدولة[1]؛ فإن الإلحاح على الجانب الاقتصادي في العقد من جهة، وتنامي فكرة الدفاع عما يسمى بحقوق الإنسان من جهة أخرى يدفعان بنا إلى الاعتقاد بأن المشرع ربما سينصت أكثر، إن لم يقف عند حد السماع على الأقل، إلى الأفكار التي سترشده إلى مكامن الخطورة والرداءة في السلعة حتى يتأتى له العمل على تنظيم جودة هذه السلعة باعتبار أن هذه الجودة هي الأمر الوحيد الذي من شأنه أن يعزز المطالب المغربية، وبالأساس، أمام ما أصبح يسمى بالاتحاد الأوروبي؛ وهي مطالب تتمحور حول ضرورة النظر إلى المغرب لا كطرف ضعيف في حاجة إلى مساعدة وإنما كطرف يتمتع بكامل القوة الكفيلة بتأهيله للدخول في شراكة حقيقية مع الاتحاد الأوروبي تتجاوز ما تم التكرم به عليه من الوضع المتقدم.

704- إننا، وبالنظر إلى ما سبق، نعتقد أن عقد الإذعان، كوصف بل وحتى كفكرة اضطلعت بدورها خلال ردح من الزمان ولى وانتهى –والمبدأ أنه "ما جاز لعذر بطل بزواله"[2]؛ لم تعد تتمتع بتلك الأهمية[3] التي قد تدفع بالمحاولين تلمس ظروف نزولها من رجال القانون إلى العمل من أجل البحث الرامي إلى التقليل من مكامن الغموض والاضطراب الذي لازال وصف الإذعان يتخبط فيه وبالأحرى أن يجهدوا أنفسهم لتأمل مبادئ التأويل التي من شأن هذا الوصف أن يختص بها دون العقود الأخرى.

705- إننا مقتنعون بكون هذا الموقف سيكون محل استنكار أو ربما موضع استغراب على الأقل من قبل الكثيرين من رجال القانون المغاربة الذين، بالنظر إلى المألوف فيهم[4]، يتمنون –وربما بإلحاح- إقدام المشرع المغربي على تعديل ق.ل.ع.م. بإضافة ما ينقص فيه من المقتضيات المتعلقة بما يسمى بعقود الإذعان.

1- جان – ليك أوبير: المرجع قبله، رقم 302 ص. 279.

2- ومن تطبيقات هذا المبدأ، المكرس كقاعدة في المادة 23 من المجلة العثمانية للأحكام العدلية، ما نص عليه الفصل 622 من المشروع التمهيدي لسانتيانا واعتمدته المجلة التونسية للالتزامات والعقود في الفصل 537 منها والذي ترجمته الرسمية بأن "ما أجازه القانون لسبب معين بطل بزواله".

3- يرى كاربونييه أن عقد الإذعان أصبح في الوقت الراهن أمرا عاديا ليس إلا: القانون المرن ألخ.... :مرجع سابق، ص. 229.

4- يتجسد هذا المألوف في كون أغلب رجال القانون يسارعون، بمجرد ما تقع أعينهم على بعض الاصطلاحات أو النظريات الجذابة، إلى المطالبة بتحقيقها قانونا في المغرب كما حصل منذ وقت ليس بقصير بالنسبة لما يسمى بنظرية الظروف الطارئة وما يسمى بحماية المستهلك والتعاقد الإلكتروني الذي أصبح منظما في المغرب إلى جانب تدابير حماية المستهلك,هي تدابيرترمي,في اعتقادنا الذي تولد لدينا بعد ما فقحناها ولم نقف فيها عند حد الصاصاة الغالبة في الكم الهائل من المكتوب المغربي فيها, إلى حماية المقاولة وليس المستهلك.

كيف لا وقد سبقنا، في هذا الصدد، القانون المدني الجزائري الموضوع في "أعز!" أيام الاشتراكية البومدينية (سنة 1975) [المواد 70 و110 و2/112 منه[1]]، وهذا على الرغم من أن الاشتراكية بالمعنى المضبوط لا ينبغي أن تعرف فكرة عقد الإذعان وحماية الطرف الضعيف لأن هذه المفاهيم إنما هي من خصوصيات الفلسفة الفردية أو الاقتصاد الليبرالي أو الدولة البورجوازية التي تعرف مسألة التعارض بين مصالح الضعفاء ومصالح الأقوياء[2].

706- ومع ذلك فإن مثل ما نميل إليه أكثر، ونحن على أهبة ختم كل ما مر بنا في هذه الدراسة الناقصة – بالتأكيد - جدا، يكمن في كون المشاطرة في الحلم بإعداد قانون جديد للالتزامات العقدية يتلاءم ومستجدات العصر لا يمكننا كتمانه. غير أنه إذا وجب الإلحاح على اعتماد مبدأ الحماية في هذا القانون الجديد فعلى أساس عدم تجزئة هذه الحماية لحصرها في عقد زال وصفه بزوال أسبابه دون كافة العقود الأخرى. ولكن العقبة التي قد تقف في وجه هذه الحماية تتمثل في أن العقد، في ضوء المعطيات الدولية الحالية، يقتضي الانصهار في القانون المنظم له: أي في القانون التعاقدي الذي لن تعطاه الفاعلية الدولية بالدرجة الأولى – وهي الأساس في الوقت الراهن - إلا إذا جاء غير متعارض مع ما أصبح يسمى بالنظام الدولي الجديد[3]، وإلا سدت الأنابيب الدولية في وجه تدفق الرأسمال الأجنبي المحرك للمؤسسات الاقتصادية وأقفلت الأبواب العالمية في وجه التصدير المنعش للاقتصاد الوطني. وفي هذه الحالة سيكون الحديث عن الضعيف أو القوي ضربا من اللغو لأن المساواة في المحنة ستطال الجميع[4].

[1]- المادة 70 مدني جزائري لسنة 1975: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

- المادة 110 مدني جزائري: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

- المادة 112 مدني جزائري:

" - يؤول الشك في مصلحة المدين.

- غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن": عن القانون المدني الجزائري لسنة 1975، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط.1، 1991، ص. 11 و17.

[2]- انظر في مثل هذه الفكرة: ديكوف: مقاله المشار إليه في السابق حول "تطور مفهوم العقد"، ص. 210.

[3]- ينبغي ألا يُخلط بين هذا النظام الدولي الجديد وبين ما كان يسمى بالنظرة العالمية في علم الاجتماع والتي تهدف إلى دراسة العقد كعنصر في البنية الكاملة للقانون الوطني لا الدولي: انظر في هذا الصدد: ديكوف: مقاله المشار إليه في السابق حول "تطور مفهوم العقد"، ص.210 وما بعدها و217.

[4]- نعتقد أن هذه النظرة من شأنها أن تنطبق أيضا على فكرة حماية المستهلك،لأن الأزمة المالية الحالية إذا ما اشتدت واستفحلت البطالة لتطال أصحاب المهن والحرف وكذا غير الحرفيين فلن نعثر على المستهلك الذي يستوجب الحماية.

707- ولكن يبقى، أنه عند مسايرة القانون التعاقدي الوطني لمتطلبات العالمية الجديدة، بإمكان القاضي، وبالنسبة إلى جميع العقود أن يلعب دورا – ربما يفوق ما يضطلع به اليوم - في ميدان تأويلها وخاصة إذا ما توافرت له الأفكار الواقعية الجديدة للعمل والملائمة للظروف الحالية؛ وهي نفس الأفكار التي من شأنها، إن وجدت، أن تصلح حتى في ظل القانون القائم للالتزامات والعقود لإعادة الشباب إلى قواعد التأويل فيه.

إن هذه الأفكار الواقعية لم نتمكن مع الأسف من ضبط معالمها ومناطقها في ضوء المستجدات الحالية؛ لأن ما حددناه من هدف يكمن بالدرجة الأولى في قراءة ما نعتقد بأنه كائن قانونا وفقها وقضاء من أجل محاولة فهمه. فهل يمكن اعتبار مثل هذا الهدف المرسوم لكل ما تعرضت له الدراسة المارة بنا –والتي نرى أن ننتقل إلى اختتامها- ضربا من المقدمة لها؟.

الخاتمـــة

708- لقد حاولنا، في آخر هذه الدراسة، أن نبرر، ونحن نعالج مقتضيات الفصل 231 من ق.ل.ع.م.، لماذا ينبغي أن تعتبر فكرة عقود الإذعان متجاوزة في الوقت الراهن، وإن قام أنصارها بتأسيس تأويل ما يسمى بعقود الإذعان على حسن النية أو الإنصاف. فهذان المفهومان فارغان لا يمتلئ محتواهما إلا بالإيديولوجية المراد جعلها مرجعا للقانون التعاقدي. ولا تتمثل هذه الإيديولوجية إلا في الإرادية القانونية التي تجعل العقد يتأسس على الإرادة وبالتالي يؤول في ضوئها مع مراعاة التفضل أحيانا بالتصدق بالفهم المكرس للإحسان إلى من يُعتقد بأنه ضعيف في وقت اشتداد الأزمات.

وبما أن ق.ل.ع.م. قد نظم جملة من القواعد التي يُمَكِّن الأخذ بها من الوصول إلى هذه الإرادة، لذلك ارتأينا أن نخصها، في القسم الثالث، بالبحث المؤكد بالأساس على ضبط مدلولاتها. غير أن ما يمكن أن يستخلص منها، يكمن في كون القاضي بتطبيقها ولو بصفة ضمنية إنما يقوم بدور الحريص على حراسة اللغة وهي مجرد فرع ووسيلة (أولا) مع أنه، في تقديرنا، كان من المحبذ أن يتوجه برسالته نحو حراسة المجتمع لأنه الأصل والهدف (ثانيا).

أولا : القاضي، في النظام المعتمد لتأويل العقود، هو مجرد حارس للغة:

709- إن الإيديولوجية الرامية إلى إبقاء ما كان على ما كان، منذ المرحلة المتطورة للقانون الروماني بالأساس، من خلال العمل على صيانة أمن القانون (الأمن القانوني)؛ لا يسايرها، حسب التصور التقليدي، في ميدان فهم العقود إلا الأخذ بمعناها الحرفي النحوي: أي معناها المقصود من ألفاظها أو عباراتها.

ولقد عبر المدرسيون اللاتين عن المعنى كصورة ذهنية تقصد من الألفاظ ب Intentio[1] ومنها اللفظة الفرنسية Intention. وهذا المعنى هو الذي يسمى في ضوء الإرادية القانونية بالإرادة (المشتركة للمتعاقدين).

وهذا المعنى المستور بحيلة الإرادة حددت له ضوابط تلمسنا جوانبها النظرية عند دراسة المنهج الحرفي النحوي في القسم الأول كما أبرزنا مظانها التطبيقية عندما تناولنا قواعد الفهم المعتمدة في ق.ل.ع.م. في القسم الثالث.

[1]- عادل فاخوري: منطق العرب من وجهة نظر المنطق الحديث: مرجع سابق، ص. 37.

ولقد تبين لنا عند محاولة الوقوف على مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل القضائي، أن القضاء المغربي لا يحيد، في الغالب، قيد أنملة عن التوجيهات التي تمليها ضوابط المنهج الحرفي النحوي ومظانه القانونية.

والأخذ بالمنهج الحرفي النحوي كمبدأ هو الذي يدفع إلى جعل ثنائية الوضوح/الغموض (الإجمال أو الإبهام) وكأنها حقيقة لا تقل مصداقية عن حقيقة النهار والليل.

إن وضوح النهار يكفي فيه لفهم العقد، الاستهداء بدليل المعجم والصرف والنحو. أما غموض الليل فلابد فيه من الاستعانة بغير هذا الدليل للوصول إلى الغرض المتوخى أي الإرادة المشتركة. وبما أن هذه الإرادة ليست في الواقع إلا ذلك المعنى الذي للفظ في نفسه أو عند تركيبه وتأليفه مع غيره؛ لذلك لا يمكن، حتى في حالة الغموض (الإجمال أو الإبهام) الحياد في التأويل عن المعنى المجازي المقبول في لغة التعاقد.

ولضمان عدم الخروج عن الحدود التي ترسمها اللغة للتجوز فقد تمت الاستعانة بالمنطق, بمعناه الواسع المتمثل في المنطق الصوري والمنطق القانوني المستعين بالخطابة(الريطوريقا) ,لإعمال أساليبه الشكلية أو شبه الشكلية التي يرتد بعضها في آخر المطاف إلى أسلوب القياس الذي أوضحنا عدم جدواه طالما بقي مقتصرا على تكريس نفس النتائج التي يوصل إليها إعمال ما أسميناه بالمنطق بالمعنى غير المباشر ألآخذ بأساليب القرائن اللغوية في الغالب للتمكن من توسيع المعنى الحرفي النحوي أو التضييق منه. وهذه القرائن لا يهمها حال ومآل الإنسان كعنصر اجتماعي بقدر ما يهمها تلبية متطلبات تقديس اللغة، عندما يكون ما يستخدم منها في العقد غامضا على النحو الذي بسطناه عند معالجة الفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م. في القسم الثاني.

إن استخدام الأساليب المنطقية، حسب تصورنا هذا، إنما يتوخى منه، مبدئيا، ضمان حجب القاضي عن المساهمة في تسوية الصراعات الاجتماعية، والتفرغ لحل المشاكل اللغوية وتجاوز صعوباتها على نحو يبدو وكأن العقل يرضاه.

وهذا الموقف لم يزغ عنه الفقه في المغرب بالدرجة الأولى، إذ نجده يردد عن غير روية في الغالب الفكرة القائلة إن الوضوح البين للعقد يتأبى معه أي تأويل، أو إن الإرادة الواضحة لا تسمح بغير إعمال العقد على وفق معناه الحرفي النحوي. وهذه الفكرة، كما مر بنا عند تأصيل الفصل 461 من ق.ل.ع.م. في القسم الثاني، لم تتغير منذ أن حفر الواقع الاجتماعي والاقتصادي الروماني ثقبا من الانفراج في صخرة الشكلية الصماء؛ إذ بقيت مستقرة في الفقه الإسلامي والفقه فالقانون المدني الفرنسيين وبالأساس فقه مدرسة الشرح على المتون الذي أجهد نفسه في الدفاع عن المعنى اللغوي معتقدا أنه بحفظ اللغة يحفظ ما هو كائن من الظاهر الاجتماعي، فتبعه القضاء الفرنسي في ذلك. ومع ذلك فإن هذا الظاهر الاجتماعي سرعان ما

قلب له ظهر المجن وولى عنه الأدبار تاركا اللغة تطوف بين زوايا أطلال زاويته؛ الأمر الذي أفضى إلى ظهور موجة فقهية جديدة تحاول إبقاء ما كان على ما كان بأسلوب آخر، فيه ضرب من الجاذبية لمخاطبته القلب، يعتمد التنديد بالإرادة التعاقدية كائنا ما كانت أحوالها أو عندما تكون هذه الإرادة مفترضة أو محتملة غير حقيقية. وبما أن الإرادة لا تعدو أن تكون مجرد حيلة تخفي حقيقتها المتمثلة في المعنى المقصود من اللفظ، لذلك فإن التنديد بالإرادة لا يعني في آخر المطاف إلا التنديد بالاقتصار على المعنى اللغوي وبالتالي وجوب الأخذ بالمعنى الاجتماعي المعبر عنه بحسن النية أو الإنصاف أو المصلحة العامة؛ كما يعني أيضا حث القاضي على هجر الاعتناء بالمشاكل اللغوية للالتفات ولو على سبيل التفضل والإحسان إلى المشاكل الاجتماعية.

ثانيا : رسالة القاضي، المنظور إليه من زاوية متطلبات الظروف الراهنة، أن يكون حارسا للمجتمع:

710- إن الصراع الاجتماعي الذي يفرزه الواقع التعاقدي بين الأفراد يتحول أمام القضاء, عندما يتعلق الأمر بتأويل العقود، إلى صراع لغوي بين الألفاظ أو العبارات يحله القاضي باللغة نفسها بغض النظر عما إذا كان العقد، حسب تصنيفه السائد على مستوى التأويل، واضحا أو غامضا, مع فارق يتمثل في أن العقد الواضح يحله بالفهم العامي للغة، أما العقد الغامض فأن حله يتلمسه في الفهم العالم لنفس اللغة.

ومع ذلك فلقد مر بنا، في القسم الثاني، أن الوضوح أو الغموض لا يمكن أن يتحدد، على الرغم مما هو منصوص عليه في الفصل 461 والفقرة الأولى من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.، إلا بالنظر إلى الواقعة المتنازع فيها، في ضوء المقارنة بين المكتوب في المحرر المقدم كدليل على وجود العقد وظروف النزاع.

فهذه الظروف قد لا تستدعي غير اللغة لحله: وهنا عندما يطبق القاضي القواعد المعتمدة للتأويل في ق.ل.ع.م. يكون قد أدى رسالته على أحسن وجه.

ولكن عندما تكون هذه الظروف اقتصادية أو اجتماعية ومع ذلك يصر القاضي على تطبيق قواعد التأويل على وفق فهمها الحرفي النحوي السائد: فهنا يكون قد خرج، على الأقل في الوقت الراهن، عما نعتقده من رسالته.

إن رسالته الحالية يستحسن أن تساير ما طرأ من تطور على الوضع الاقتصادي والاجتماعي المغربي بالمقارنة مع الوضع الذي كان يعرفه في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 حيث كان هَمُّ المخزن، حتى لا نقول الدولة، يقتصر في

الغالب، خارج سنوات القحط، على جمع الضرائب[1], كما كانت العقود في بساطتها لا تختلف عما كان معروفا على الأقل منذ العهد البيزنطي، وكانت المطالبة بتحسين الوضعية الاجتماعية من قبل الخدام في الحرف أو خارج الحرف بعيدة التصور لعدم الوعي بها، وكانت المشاكل المادية لهؤلاء غالبا ما تحل من قبلهم بالصبر وغيره من الاعتبارات الأخلاقية والدينية بدل القانون أو الضغوط الاجتماعية.

صحيح أن القاضي في الوقت الراهن يحترم أحيانا هذه الرسالة الرامية إلى حراسة المجتمع. غير أن تمسكه بالفهم الحرفي النحوي للقانون التعاقدي في تحقيق هذه المصلحة الاجتماعية يجعله محل اتهام من قبل البعض بالتحيز ورفض تأويل ما يستوجب التأويل بالقانون نفسه[2].

إن لجوء القاضي، استثناءا، إلى مثل هذه الحلول التي يكتنفها التصنع، عندما تشتد الأزمات – وما نرى هذه الأخيرة إلا دائمة النماء -، هو الذي يولد ردود الفعل في الجانب الآخر من المجتمع وهو جانب رجل الأعمال المغربي الذي يتصف بدوره، وفي الغالب، بقصر النظر وسلوك غير عقلاني تجاه ما يحقق مصالحه فعلا ويضمن استمرارها. وربما رجع هذا السلوك القاصر في جزئه الكبير إلى النظام الاقتصادي والقانوني الذي ينشط فيه[3]. وكان بإمكان القاضي أن يتفادى ردود الفعل هذه لو أنه جعل رائده في فض النزاعات التعاقدية المرتبطة بالتأويل تحقيق المصلحة الاجتماعية وتكون بالتالي هذه المصلحة هي رسالته. وبذلك يتمكن من الانعتاق من قيود المظاهر الخفية للشكلية التعاقدية المتمثلة في حسم الخلافات الاجتماعية باللغة في الغالب الأعم؛ وهو الحسم الذي يكرس تحقيق المصلحة الضيقة للفرد بدل مصلحته الاجتماعية: نقول المصلحة الاجتماعية للفرد لأن هذا الأخير لم يعد يعيش في عزلة، كما أن الدولة وإن كانت تتمنى أن يحتفظ دائما بعزلته؛ إلا أنها

[1]- انظر في هذه الضرائب على سبيل المثال: جرمان عياش: جوانب من الأزمة المالية بالمغرب بعد الغزو الإسباني سنة 1860، مطبوعات معهد الدروس العليا المغربية –بيانات ومستندات، ج. 19، المطبعة الملكية، الرباط، فاتح يونيو 1959، ص. 13 وما بعدها.

[2]- انظر الاختلاف الحاصل بين القضاء الاجتماعي ومحاميي رجال الأعمال في شأن السماح بالتخفيض من أجور العمال أو منعه بسبب تخفيض ساعات العمل: الجريدة الأسبوعية الصادرة بالفرنسية "الاقتصادي"، عدد 128، بتاريخ 5 ماي 1994 ص. 20، وعدد 129، بتاريخ 12 ماي 1994، ص. 20. واتهام بعض القضاء بالتحيز الاجتماعي ازدادت وطأته إلى درجة أن تنظيم السلطة القضائية قد يمنع على القضاة القيام بأي اجتهاد في فهم النصوص التشريعية - وهذا المنع لن يجدي فتيلا في الغالب – ليصبحوا مجرد خدام للمشرع (للبرلمان) الذي يخدم بدوره الحكومة.

[3]- انظر في بعض الأمثلة التي يمكن أن يفهم في ضوئها سلوك رجل الأعمال المغربي، وعلى سبيل المثال:
- Chiguer Mohamed : Quelques exemples d'explication du comportement de l'entrepreneur privé marocain, in R.J.P.D.M., de la Faculté de droit de Rabat, n° 13-14, 1983, p.p. 197 et s. et 203.

لم تعد قادرة على إغفال الجانب الاجتماعي فيه، باعتبار أن الفرد أصبح عضوا في الجماعة القانونية وليس مجرد شخص للقانون.

وإذا كان هذا العضو لازال يتمتع بحريته، فإن ممارسة هذه الحرية في كافة المناحي لا يمكن أن تسقط من اهتماماتها ما يحقق المصلحة الاجتماعية. وعندما يقدم هذا العضو على التعاقد مع عضو آخر في مجتمعه، فإن هذا التعاقد وإن كان الظاهر فيه أنه إنما جاء ليحقق المصلحة الذاتية لهذين العضوين؛ إلا أن الحقيقة تكمن في كون المصلحة التي يحققها في آخر المطاف إنما هي مصلحة الجماعة القانونية في كليتها.

إن المتعاقدين، بهذا التصور، ليسوا إلا مجرد وسطاء في تحقيق العقد المصلحة الاجتماعية. وعليه، فعندما يكون هذا العقد مثار نزاع يستوجب حله اللجوء إلى التأويل؛ فإن التأويل، في ضوء هذا التصور، لا يعقل أن يغفل جانب الهدف المتوخى منه حقيقة وهو تحقيق المصلحة الاجتماعية. وهذه المصلحة الاجتماعية هي القاعدة الجوهرية التي يستحسن أن تهيمن على التأويل لأنها هي التي تكرس الأمن التعاقدي وبه يتحقق في آخر المطاف الأمن الحقيقي للقانون لا مجرد الأمن الظاهري الذي تتقوض دعائمه بأبسط هزة اجتماعية.

وإذا قيل إن القاضي يعوزه السند القانوني لإعمال هذه المصلحة الاجتماعية كضابط أساسي في تأويل جميع العقود لا بعضها فقط؛ قلنا إن هذا السند موجود ويتمثل في حسن النية أو الإنصاف المنصوص عليهما في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. فهذان المفهومان، كما مر بنا، فارغان في حد ذاتهما وقد ملأتهما الإيديولوجية السائدة بالإرادة الفردية للمتعاقدين. أو لا يمكن أن يعاد ملؤهما من جديد بالإرادة الاجتماعية للمتعاقدين إذا كان لابد من الإلحاح على الإرادة وهي المقصودة بالمصلحة الاجتماعية ؟

وقد يقال أيضا إن أمر المصلحة الاجتماعية لا يقل بدوره فراغا عن حسن النية أو الإنصاف. فماذا نعني بالمصلحة الاجتماعية؟ إننا لا نعني بها، إلى جانب ما أوضحناه عند الحديث عن الدلالة الاجتماعية في القسم الأول، أكثر مما مر بنا عندما تحدثنا في آخر القسم الثالث عن الرأي العام.

إن المصلحة الاجتماعية هي بعبارة أخرى ذلك الرأي العام. ولكن الاعتراض الذي قد يرد في هذا الصدد يمكن أن يتمثل في أن الرأي العام لا يقل فراغا أو غموضا عن المفاهيم السابقة. هنا نقول إن مسألة تحديد الرأي العام وإن كانت لاتزال تتصف بالغموض إلا أنها ليست مما يتأبى عن التحديد والضبط العلمي حتى

يخرج هذا المفهوم عما تستقل كل صحيفة أو حزب بوصفه بالرأي العام. ومسؤولية التحديد أو الضبط العلمي إنما تقع على كاهل كليات الحقوق في تعليمها القانون. وهذا مشكل آخر، يتصل أساسا بالطرق المتبعة في التدريس، لو حل لَخَرّتْ أمامه، في تقديرنا، كثير من المشاكل والصعوبات المتصلة بالتأويل وبالتالي بتطبيق القانون، ساجدة تلتمس الذوبان بنفسها.

711- ويبقى أن نشير في الأخير إلى ما يلي:

- **إن ضمان عدم تعسف قضاة الموضوع في فهم المصلحة الاجتماعية خارج ما يفرضه الرأي العام يقتضي جعل تأويل العقود مراقبا من طرف المجلس الأعلى(محكمة النقض).**

- **إن المصلحة الاجتماعية لا تعني الرضوخ لمطالب أحد المتنازعين بمجرد ما يتبين أنه فقير محتاج أو ضعيف: فالمصلحة الاجتماعية لا تعني الصدقة.**

- **إن الأخذ بضابط المصلحة الاجتماعية لا يعني إنكار أي دور للغة. فهذه الأخيرة ينطلق منها القاضي، على وفق ما هو مسطر في ق.ل.ع.م. ضمن قواعد التأويل وخاصة ما يتصل فيها بالفهم أو ما أسميناه بالتأويل المستتر والمقنع، ليحدد الأرضية التي يتدخل فيها لإعمال ضابط المصلحة الاجتماعية. وبهذا الإعمال يكون، في تقديرنا، قد احترم الرسالة الواجب تطويقه بها؛ وبالتالي يكون جديرا بحمل صفة هيرميس الذي افتتحنا به مقدمة هذه الدراسة لأنه سيكون رسولا ومنبئا بما خفي عن أعين المتعاقدين المتنازعين عندما تقتضي الأزمات الاجتماعية الحادة ذلك.**

مـــلحـق خـــاص

بالفصول المنظمة لقواعد تأويل العقود في كل من المشروع التمهيدي لسانتيبانا والمجلة التونسية للالتزامات والعقود وقانون الالتزامات والعقود المغربي

أولا : الفصول المنظمة لقواعد تأويل العقود في المشروع التمهيدي لسانتيبانا

- Art, 598 : « Lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur ». (513 C.O.C.T. ; 461 D.O.C.M)
- Art. 599 : « Il y a lieur à interprétation :
1° Lorsque les termes employés ne sont pas conciliables avec la nature de l'acte et l'intention évidente des parties ;
2° Lorsque les termes employés ne sont pas clairs par eux-mêmes, ou expriment incomplètement la volonté de leur auteur ;
3° Lorsque l'incertitude résulte du rapprochement des différentes clauses de l'acte, qui fait naître des doutes sur la portée de ces clauses » (514 C.O.C.T ; 462/1 D.O.C.M.).
- Art, 600 : « Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté, sans arrêter au sens littéral des termes, et à la qualification qui a été donnée à l'acte » (515 C.O.C.T. ; 462/2 D.O.C.M.).
- Art. 601 : « On doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où a été fait ou qui résultent de sa nature » (516 C.O.T. ; 463 D.O.C.M.).
- Art. 602 : « Les clauses des actes doivent être interprétées les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ; Lorsque les clauses sont inconciliables entre elles, on s'en tient à la dernière dans l'ordre de l'écriture ». (517 C.O.C.T., 464 D.O.C.M.).
- Art. 603 : « Lorsqu'une expression ou une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en aurait aucun » (518 C.O.C.T. ; 465 D.O.C.M.).
- Art. 604 : « Les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière. Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est censé l'avoir employé » (519 C.O.C.T. ; 466 D.O.C.M.).

- Art. 605 : « La qualification venant à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède, à moins qu'il ne résulte clairement qu'elle ne peut s'appliquer qu'à ce qui précède immédiatement l'attribut.
La condition exprimée à la suit d'une énumération s'applique à tout ce qui précède ». (= 520 C.O.C.T., ≠ D.O.C.M.).
- Art.606: "Un acte de liberalitè doit ^etre interpretè moins rigoureusement qu'un acte onèreux" (520 c.o.c.t. /)?(/ D.O .C. M.)
- Art. 607 : « Les renonciations à un droit doivent être interprétées strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte des termes employés par leur auteur, ou de l'acte sur lequel on se fonde pour en induire la renonciation » (522 C.O.C.T. ; 467 D.O.C.M.).
- Art, 608 : « Lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même causes, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre, si le contraire n'est exprimé par la loi, ou ne résulte de la nature même de l'action, (523 C.O.C.T. ; 468 D.O.C.M.).
- Art. 609 : « Lorsque, dans un acte, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'ètendue que l'engagement reçoit de droit aux cas son exprimés » (524 C.O.C.T. ; = 469 D.O.C.M.).
- Art. 610 : « Lorsqu'il s'agit de choses indivisibles, la mention de la partie équivaut à la mention du tout » (525 C.O.C.T. ; ≠ D.O.C.M.).
- Art. 611 : « Lorsque, dans une obligation, la somme, mesure ou quantité, est indiquée approximativement par les mots : « environ, à peu près » et autres équivalents, il faut entendre que la valeur ou quantité est de quatre cinquièmes au moins du chiffre exprimé ». (526 C.O.C.T. ; 470 D.O.C.M.).
- Art. 612 : « Lorsque la somme ou quantité est écrite en toute lettre et en chiffres, il faut, en cas de différence, s'en tenir à la somme écrite en toutes lettres, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur.
Cette règle s'applique aussi aux lettres de change ». (527 C.O.C.T. ; = 471 D.O.C.M.).
- Art. 613 : « Lorsque la somme ou quantité est écrite plusieurs fois en toutes lettres, l'acte vaut, en cas de différence, pour la somme ou quantité la moins forte, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur ». (528 C.O.C.T. ; 472 D.O.C.M.).
- Art. 614 : « Dans le doute l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé, mais à la charge par celui-ci de prêter serment à l'appui de ses déclaration ». (529 C.O.C.T. ; = 473 D.O.C.M.).
- Art. 615 : « Quelques généraux que soient les termes dans lesquels un acte est conçu, il ne comprend que les choses sur lesquels il paraît que les parties se sont proposé de contracter, ou de s'obliger » (530 C.O.C.T. ; ≠ D.O.C.M.).

- Art. 616 : « Lorsqu' aucune interprétation ne donne un sens raisonnable et conforme à la loi, l'acte ou la clause sont nuls comme ayant un objet impossible » (531 C.O.C.T. ; ≠ D.O.C.M.).
- Art. 266 : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toute les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature » (= 243 C.O.C.T. ; 231 D.O.C.M.).

ثانيا : الفصول المنظمة لقواعد تأويل العقود في المجلة التونسية للالتزامات والعقود (الترجمة رسمية)

- الفصل 513: "إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة".
- الفصل 514: "يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية:
أولا- إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.
ثانيا: إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.
ثالثا: إذا كان موجب الريب تناقضا في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها".
- الفصل 515: "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب".
- الفصل 516: "المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصا وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود."
- الفصل 517: "فصول الكتب تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة".
- الفصل 518: "إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه".
- الفصل 519: "تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتاد بمحل تحرير الكتب إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص وإذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح لمعنى خاص حملت عليه.
- الفصل 520: "الوصف بعد متعاطفين يعود إليها جميعا كما في قولك (وهبت لأبنائي وأبناء أبنائي الشكور) إلا إذا تبين بوجه صريح أن الوصف لا يعود إلا للأخير فإن كان العطف بثم عاد الوصف على ما بعده. والشرط بعد المتعاطفين يعود إلى جميعها".
- الفصل 521: "ما كان غرضه التبرع يتسامح في تفسيره بخلاف ما كان فيه عوض".
- الفصل 522: "لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حق بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عباراته بغير أن يتوسع فيها بالشرح وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التنازل".
- الفصل 523: "من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى".
- الفصل 524: "التصريح بصورة من الصور التي ينطبق عليها الالتزام لا يعد نفيا لغيرها مما يتنزل عليه الالتزام قانونا ولو لم يقع به التصريح".
- الفصل 525: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله فبعض التنازل عن حق الشفعة ككله."
- الفصل 526: "ما ذكر على وجه التقريب من عد أو كيل أو وزن أو غيرها من المقادير كنحو كذا وزهاء كذا فهو عبارة عن القدر المتسامح فيه عرفا أو عادة بالمكان".

- الفصل 527: "إذا ذكر المبلغ أو المقدار بلسان القلم وبالرقم معا فالمعتمد عند الخلاف ما صرح به بلسان القلم إلا إذا تبينت جهة الغلط بوجه ثابت.
وتجري هاته القاعدة أيضا في خصوص الكمبيالات".
- الفصل 528: "إذا تكرر في الكتب ذكر المقدار أو المبلغ بلسان القلم فالمعتمد عند الخلاف الأقل قدرا إلا إذا تبينت جهة الغلط بوجه ثابت".
- الفصل 529: "التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه".
- الفصل 530: "العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التعاقد فيه أو الالتزام به".
- الفصل 531: إذا لم يعط التفسير حقيقة أو مجازا معنى معقولا مطابقا للقانون بطل الفصل".
- الفصل 243: "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

ثالثا : الفصول المنظمة لقواعد تأويل العقود في ق.ل.ع. المغربي (الترجمة غير رسمية وتتميز ببعض الاختلاف، بالنسبة إلى بعض الفصول، عن تلك (المتداولة)

- الفصل 461: "عندما تكون ألفاظ التصرف صريحة، فلا محل للبحث عن إرادة صاحبه".
- الفصل 462: "يكون هناك محل للتأويل في الحالات التالية:
1- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير قابلة للتوفيق مع الغرض البين والمتوخى عند تحرير التصرف.
2- عندما تكون الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو تكون قاصرة عن بيان كامل إرادة صاحبها.
3- عندما يكون الاحتمال الناشئ عن المقاربة بين مختلف بنود التصرف مثيرا للشكوك حول دلالة هذه البنود.
عندما يكون هناك محل للتأويل، يجب البحث عن إرادة الطرفين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ أو عند تركيب الجمل".
- الفصل 463: "يجب أن تضاف إلى التصرف الشروط التي تقتضيها عادة مكان إبرامه أو الشروط المنجرة عن طبيعته".
- الفصل 464: "يجب تأويل بنود التصرفات ببعضها البعض بأن يعطى لكل منها المعنى الذي ينتج عن التصرف في مجموعه. ويكون العمل بآخر البنود في نسق الكتابة عندما لا تقبل هذه البنود التوفيق فيما بينها".
- الفصل 465: "عندما يكون من شأن تعبير أو بند أن يحتمل معنيين، يجب بالأولى حمله على المعنى الذي يمكن أن يعطيه بعض الأثر بدل المعنى الذي لا يرتب به أي أثر".
- الفصل 466: "يجب حمل الألفاظ المستخدمة على معناها الحقيقي وعلى دلالتها المألوفة في مكان التصرف ما لم يثبت أنه أريد استخدامها على وفق دلالة خاصة. وإذا كانت للفظ دلالة اصطلاحية افترض أنه محمول عليها".
- الفصل 467: "التصرفات الصريحة في دلالتها على التنازل عن حق يجب فهمها بصفة مضبوطة قطعية بأن لا يعطاها إلا المدلول المستفاد مما يظهر بداهة من الألفاظ المستخدمة من قبل صاحبها. فهذه الألفاظ لا يسوغ التوسع فيها عن طريق التأويل.
والتصرفات الضمنية التي تبقى دلالتها مثار شك لا يصلح اعتمادها أساسا لاستنتاج التنازل منها".

- الفصل 468: "إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد، دعويان، فإن اختياره إحداهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى".
- الفصل 469: "عندما يصرح في التصرف بحالة من الحالات التي ينطبق عليها الالتزام، فينبغي ألاّ يفهم أنه أريد تضييق مدى الالتزام في الحالة المصرح بها دون الحالات الأخرى غير المصرح بها والتي يشملها مداه بحكم القانون".
- الفصل 470: "عندما يعبر عن تقدير الالتزام بمبلغ أو قياس أو كمية بما يفيد التقريب كلفظتي "حوالي" وزهاء" وغيرهما من الألفاظ الأخرى الدالة على نفس المعنى؛ يجب الأخذ في الاعتبار بالتسامح المألوف في عادة التجارة أو في عادة مكان التصرف".
- الفصل 471: "عندما يكتب المبلغ أو الكمية بالحروف وبالأرقام معا؛ يجب العمل، في حالة الاختلاف، بالمبلغ المكتوب بالحروف إذا لم يثبت على نحو بين الجانب الذي اعتراه الغلط".
- الفصل 472: "عندما تتكرر الكتابة بالحروف فقط للمبلغ أو الكمية؛ يعادل التصرف في حالة الاختلاف، المبلغ أو الكمية الأقل ارتفاعا إذا لم يثبت على نحو بين الجانب الذي اعتراه الغلط".
- الفصل 473: "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم".

الفصل 231: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل الملحقات التي يقررها التشريع أو العادة أو الإنصاف للالتزام وفقا لما تقتضيه طبيعة هذا الأخير".

قائمة المراجع المعتمدة في الدراسة

أولا : قائمة المراجع بالعربية

I- المؤلفات العامة

- أ -

- أبو زهرة (محمد): - أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977.
- أبو السعود (رمضان): مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 86.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي الشريف التلمساني: - مفتاح الوصول في علم الأصول، دار الكتاب العربي بمصر، ط1، 1382هـ/1962م.
- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: - معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ج.1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1979.
- أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، بدون تاريخ الطبع.
- أنور طلبة: - الوسيط في القانون المدني، ج.1: الحق واستعماله، القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، الالتزام بوجه عام وأحدث المبادئ التي قررتها محكمة النقض؛ دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1987.

- ب -

- بردلة: مختارات من نوازل بردلة، منشورة بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 5-6، 1987، من ص. 205 إلى 339.
- ابن رشد القرطبي (محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ط.7، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1985.
- ابن سلمون الكناني المالكي (أبو محمد عبد الله بن عبد الله): العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، جزء2، منشور بهامش ج2. من تبصرة الحكام لابن فرحون الآتي بعده.
- ابن عبد ربه الأندلسي (أحمد بن محمد): العقد الفريد بتحقيق عبد المجيد الترميني، ج.3، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.-
- ابن فرحون اليعمري المالكي (برهان الدين إبراهيم): تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، جزءان، ط.1 دار الكتب العلمية، بيروت 1301هـ.
- ابن منظور الإفريقي المصري (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب، المجلد 11، دار صادر، بيروت بدون تاريخ الطبع.

- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم المعروف ب): الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، تصوير 1986 عن ط. 1 لسنة 1983.

- ت -

- التاودي (أبو عبد الله محمد): حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم منشور بهامش بهجة التسولي الآتي بعده.
- التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام):البهجة في شرح التحفة، جزءان، ط.2، دار الفكر، 1951
- تناغو (سمير عبد السيد): نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975.
- توفيق حسن فرج: القانون الروماني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985.

- ج -

- جلال علي العدوي ومحمد لبيب شنب: مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985.

- ح -

- حومد (عبد الوهاب): الموجز في المسطرة الجنائية المغربية، مكتبة التومي، الرباط 1968.
- خلاف (عبد الوهاب): علم أصول الفقه، ط.12، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت،1978.
- خليل (بن إسحق المالكي): مختصر خليل في فقه الإمام مالك، صححه وعلق عليه ووضع ترجمة العلامة خليل الشيخ أحمد نصر، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأخيرة، 1981.

- د -

- الدردير (أحمد بن محمد): أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الكتاب، الدار البيضاء، بدون تاريخ الطبع.
- الدواليبي (محمد معروف): -المدخل إلى علم أصول الفقه، ط.1،مطبعة جامعة دمشق،دمشق، 1959.
- الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، جزءان، ط.4،مطبعة جامعة دمشق،دمشق، 1961.

- ر -

- الراغب الأصفهاني (أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف ب): المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيرت، بدون تاريخ.
- رسل (برتراند): تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الأول: الفلسفة القديمة، ترجمة زكي نجيب محمود ومراجعة أحمد أمين، ط.2، القاهرة، 1967.

- ز -

- الزرقاني (عبد الباقي): شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، المجلد 3: ج.5 و6، دار الفكر بيروت، 1978.
- زهدي يكن: - تاريخ القانون، ط.2، دار النهضة العربية، 1969.
- القانون الروماني والشريعة الإسلامية، تحقيق محمد زهدي يكن، دار يكن للنشر، بيروت، 1975.

- س -

- سامي بديع منصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، ط.1، دار الفكر اللبناني، 1987.
- سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، ط.3، بيروت، 1923.
- السنهوري (عبد الرزاق أحمد): -شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، ج.1: نظرية العقد، مطبعة دار الكتاب المصرية، 1934.
- الوسيط في شرح القانون المدني: ج.1: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام .
- الوسيط في شرح القانون المدني: ج.2: الإثبات وآثار الالتزام، دار النهضة العربية، 1968.
- الوسيط في شرح القانون المدني: ج.4: في العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول: البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج.1: مقدمة، صيغة العقد؛ ج.6: أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، زوال العقد؛ المجمع العلمي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، بدون تاريخ الطبع.
- سوار (وحيد الدين): شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، ج.1: مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، مطبعة رياط، دمشق، 1980.

- ش -

- الشاطبي الغرناطي المالكي (أبو إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي): الموافقات في أصول الشريعة، الأجزاء 1 و3 و4، ضبطه ورقمه ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز، ط.2، دار المعرفة، بيروت، 1975.
- الشواربي (عبد الحميد): المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية,1988.
- شيلح (محمد): العقود المسماة في قانون الالتزامات والعقود المغربي (عقد البيع)، ج.1: في تحديد عقد البيع وتكوينه، مطبوع أعد لطلبة السنة الثالثة قانون خاص بكلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية: 1989-1990.

- ص -

- الصاوي المالكي (أحمد بن محمد): بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير, ج.2, الطبعة الأخيرة 1952.
- صبيح مسكوني: القانون الروماني، ط.1، مطبعة شفيق، بغداد، 1968.
- الصقلي الحسيني (علي): مذكرات في القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج.1: المصادر الإرادية للالتزام، مطبوع أعد لطلبة السنة الثانية حقوق بكلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية: 1984-1985.

- ط -

- الطحاوي: (أبو جعفر بن محمد بن سلامة): مختصر الطحاوي في فروع الحنفية، تحقيق وتعليق أبو الوفاء الأفغاني، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1370هـ.

- ع -

- عاطف النقيب: نظرية العقد، ط.1، منشورات عويدات، بيروت -باريس، 1988.
- عبد الفتاح عبد الباقي:-دروس مصادر الالتزام: نظرية العقد، مطبعة نهضة مصر،القاهرة، 1969.

- نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، 1984.
- عبود (موسى): دروس في القانون الاجتماعي، ط.2، المركز الثقافي العربي، بيروت –الدار البيضاء، 1994.
- عياط (محمد): دراسة في المسطرة الجنائية المغربية، ج.1، ط.1، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1991.

- ف -

- فرعون (هشام): النظرية العامة في الالتزام في التشريع الفرنسي المغربي، ج.1، ط.3، مطبعة الكتاب، فاس، 1981.

- ك –

- كنون (عبد الصمد): جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس، مطبعة الشرق الوحيدة بشارع رقعة القمح، بدون تاريخ الطبع.

- ل -

- الأزاريفي (محمد بن أبي بكر الشابي البيضاوي): المنهل العذب السلسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليل، ج.3، الدار البيضاء، 1980.
- البرعي (أحمد حسن): -نظرية الالتزام في القانون المغربي: مصادر الالتزام: -1- العقد، ط.1، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1981.
- شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني المغربي، مطبوع أعد لطلبة السنة الثالثة قانون خاص بكلية الحقوق بفاس، 1982.
- البناني المالكي (عبد الرحمن بن جاد الله): حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد عبد الوهاب ابن السبكي وبهامشها تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربيني، جزءان، دار الفكر، بدون تاريخ الطبع.
- الحطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد): تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1984.
- الحلواني (ماجد): نظرية الالتزام العامة، ج.1: مصادر الالتزام: 1- العقد، مطبعة جامعة دمشق، 1961.
- العبيدي (علي سلمان): الأوراق التجارية في التشريع المغربي، ط.1،مطبعة التومي الرباط، 1970.
- العسكري (أبو هلال): الفروق اللغوية، ضبطه وحققه حسام الدين القدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1981.
- العلوي العبدلاوي (إدريس): -المدخل لدراسة القانون: ج.1: نظرية القانون، ط.2- 1975
- محاضرات في القانون المدني، مطبوع أعد لطلبة السنة الأولى من الدكتوراه، فرع القانون الخاص بكلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية: 1976-1977.
- الفاسي (علال): مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط.2، مطبعة الرسالة، الرباط، 1979.
- الفصايلي (الطيب): النظرية العامة للالتزام: ج.1: مصادر الالتزام (العقد-الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب)، مؤسسة إيزيس للنشر، الدار البيضاء، 1991.
- القرافي (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور ب): أنوار البروق في أنواء الفروق، المجلد الأول: ج.1 والمجلد الثاني: ج.3، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ الطبع.

- الكزبري (مأمون): نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: ج.1: مصادر الالتزامات، ط.2، دار القلم، بيروت، 1972.
- الكزبري (مأمون): والعلوي العبدلاوي (إدريس): شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي: ج.2: الدعوى –الإجراءات أمام المحاكم- الصكوك، مطابع دار القلم، بيروت، 1973.
- الونشريسي (أبو العباس أحمد بن يحيى): المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، الأجزاء: 5 و6 و7 و12، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1981.
- لويد (دينيس): فكرة القانون، تعريب سليم الصويص ومراجعة سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، عدد 47، الكويت، 1981.

– م –

- محمد أديب صالح: مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط، المطبعة التعاونية، دمشق 1968.
- محمد علي بن حسين المكي المالكي: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية منشور بهامش فروق القرافي المذكور قبله، ج.1.
- محمصاني (صبحي): -فلسفة التشريع في الإسلام: مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة، ط.4، دار العلم للملايين، بيروت، 1975.
- المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، ط.6، دار العلم للملايين، بيروت 1977.
- محيي الدين إسماعيل علم الدين: النظرية العامة للالتزام، جزءان، طبع إيزيس بالدار البيضاء، 1977.
- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال:القانون والمعاملات،الدار الجامعية، بيروت، 1987.
- ميارة الفاسي (محمد بن أحمد): شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، جزءان، دار الفكر، بدون تاريخ الطبع.

- و –

- وزارة العدل: شرح قانون الالتزامات والعقود: الكتاب الأول –الجزء الأول، المطابع الفرنسية والمغربية، الرباط، بدون تاريخ الطبع.

II- المؤلفات الخاصة

- أ –

- أحمد سليم سعدان: مقدمة لتاريخ الفكر العلمي في الإسلام، سلسلة عالم المعرفة، عدد 132، الكويت 1988.
- أحمد شوقي عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، المطبعة العربية الحديثة بالعباسية، مصر، 1977.
- أرسطو: - في السياسة، نقله من الأصل اليوناني إلى العربية وقدم له وعلق عليه الأب أوغسطينس باربارة البولسي، اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، بيروت، 1980.

- الخطابة، ترجمة عبد الرحمن بدوي، طباعة ونشر دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، ط.2، بغداد، 1986.
- إبراهيم أنيس: دلالة الألفاظ، ط.2، مكتبة الأنجلو المصرية، 1963.

- ب -

- بارث (رولان): مبادئ علم الأدلة، ترجمة وتقديم محمد البكري، الدار البيضاء، 1986.
- بدوي (عبد الرحمن): الأخلاق النظرية، وكالة المطبوعات، ط.2، الكويت، 1976.
- برجسون (هنري): منبعا الأخلاق والدين، ترجمة سامي الدروبي وعبد الله الدائم، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1971.
- ابن تيمية (أحمد عبد الحليم): الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى، دار الجيل –بيروت ومكتبة التراث الإسلامي بالقاهرة، 1986.
- ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد): تلخيص كتاب الخطابة لأرسطو، حققه وقدم له عبد الرحمن بدوي، وكالة المطبوعات –الكويت ودار القلم ببيروت، بدون تاريخ الطبع.
- تلخيص كتاب العبارة لأرسطو، حققه محمد قاسم، راجعه وأكمله وقدم له وعلق عليه تشارلس بتروث وأحمد عبد المجيد هريدي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1981.
- فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، دراسة وتحقيق محمد عمارة، ط.2، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1981.
- ابن الموصلي (محمد): الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة لابن قيم الجوزية الدمشقي، جزءان، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985.
- دويتشر (إسحق): الإنسان الاشتراكي، ترجمة جورج طرابيشي، ط.1، دار الآداب، بيروت، 72.

- ر -

- رضا المزغني وعبد المجيد عبودة: التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1983.

- س -

- السيوطي الشافعي (أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن أبو بكر): - منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
- المهذب فيما وقع في القرآن من المعرب، شرح وتعليق سمير حسين حلبي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

- ش -

- الشربيني (محمد وهبه): كتاب المنطق العربي، ط.1، دار الفكر العربي، 1948.
- شلبي (محمد مصطفى): الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1982.
- الشنيطي (محمد فتحي): أسس المنطق والمنهج العلمي، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.

- ص -

- صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

- ط -

- طاهر سليمان حمودة: دراسة المعنى عند الأصوليين، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، بدون تاريخ الطبع.

- ع -

- عثمان أمين: ديكارت، سلسلة أعلام الفلسفة، مكتبة القاهرة الحديثة، ط.4، 1957.
- عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- علي عبد المعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1977.

- ف -

- فاخوري (عادل): -منطق العرب من وجهة نظر المنطق الحديث، ط.1، دار الطليعة، بيروت 80.
- علم الدلالة عند العرب، دراسة مقارنة مع السيمياء الحديثة، ط.1، دار الطليعة، بيروت، 1985.
- فوكو (ميشيل): نظام الخطاب وإرادة المعرفة، ترجمة أحمد السطاتي وعبد السلام بنعبد العالي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1985.

- ل -

- الجابري (محمد عابد): -تكوين العقل العربي، ط.2، دار الطليعة، بيروت، 1985.
- بنية العقل العربي، دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة العربية، ط.1، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1986.
- الجوزي (بندلي صليبا):دراسات في اللغة والتاريخ الاقتصادي والاجتماعي عند العرب، جمع وتقديم جلال السيد وناجي علوش، ط.1، دار الطليعة، بيروت 1977.
- الحارثي (محمد): الشيك بالمغرب، واقع وآفاق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988.
- القرافي (أحمد بن إدريس المالكي الشهير ب): الأمنية في إدراك النية، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984.
- الكزبري (مأمون): الصورية في الحقوق المدنية والسورية، محاضرات مطبوعة وزعت على طلبة السنة الأولى من الدكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1975-1976.
- المنجي (محمد): عقد البيع الابتدائي –الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، ط.2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1987.

- م -

- محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986.
- محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعي: كتاب الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، دار الحديث، القاهرة، 1313هـ.

- ن -

- نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط.1،منشأة المعارف بالإسكندرية، 1984.

III- الأطاريح والرسائل الجامعية

- ب -

- ابن إبراهيم (محمد): الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، 1983.

- س -

- السباعي (شكري أحمد): نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، ط.1، المطبعة الثالثة، الرباط، 1971.
- سوار (وحيد الدن): التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط.1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.
- السيد أحمد عبد الغفار: ظاهرة التأويل وصلتها باللغة، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ الطبع.

- ش -

- شيلح (محمد): سلطان الإرادة في ضوء الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص من كلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية: 1983- 1984.

- ف -

- فودة (عبد الحكم): تفسير العقد في القانون المدني والمصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985.

- ك -

- كشبور (محمد): رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص من كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 1986-1987.

- ل -

- الجيدي (عمر بن عبد الكريم): العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1984.

- م -

- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط.1، مطبعة جامعة دمشق، 1964.

- هـ -

- هرموش (محمد مصطفى عبود): القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1987.

٧- المقالات والتعاليق أو الملاحظات على العمل القضائي

- أ -

- أحمد مختار عمر: المصطلح اللسني العربي وضبط المنهجية: منشور بمجلة عالم الفكر الصادرة عن وزارة الإعلام الكويتية، المجلد العشرون، العدد الثالث، 1989، من ص. 5 إلى 22.
- ألكسان (جاك): الترجمة الأدبية والتنمية الثقافية: منشور بمجلة الوحدة، عدد 61-62، الرباط،1989، من ص. 97 إلى 110.
- أمغار (أحمد): شهادة اللفيف واعتمادها كحجة إثبات: منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 16-17، مارس 1986، من ص. 9 إلى 29.

- ب -

- بلهاشمي (محمد): الاجتهاد القضائي في مسألتي الأجر والطرد: منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة، عدد 4، دجنبر 1990، من ص. 32 إلى 50.
- بنائي (رشيد): الازدواجية اللغوية والازدواجية الثقافية في الوطن العربي: ترجمة وتلخيص الفصل الرابع من أطروحة الشادلي الفيتوري الحاملة لنفس العنوان: منشور بمجلة الوحدة، عدد 61-62، الرباط 1989، من ص. 85 إلى 95.
- بنائي (محمد سعيد): القضاء الاجتماعي: حماية للأجير أم لرب العمل؟: منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة، عدد 4، دجنبر 1990، من ص. 14 إلى 31.
- بنعبد الله (عبد العزيز): ثورية التعريب: محاضرة منشورة بمجلة اللسان العربي الصادرة عن المكتب الدائم لتنسيق التعريب في الوطن العربي، جامعة الدول العربية، الرباط، المجلد التاسع، ج.1، يناير 1972، من ص. 7 إلى 12.
- بوقرعة (الخمار): الترجمة واللغة والهوية القومية: منشور بمجلة الوحدة، عدد 61-62، الرباط،1989، من ص 68 إلى 73.
- بيهي (الحبيب): دور قاضي الموضوع في تكييف العلاقة التعاقدية: تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1990/3/20: منشور بمجلة الإشعاع، عدد، 1991/6، من ص. 136 إلى 145.

- ت -

- التونجي (عبد السلام): المصطلحات القانونية في البلاد العربية: منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين المغرب، عدد، 7، من ص. 75 إلى 104.
- تيسير شيخ الأرض: الترجمة بين الفعل والانفعال: منشور بمجلة الوحدة، عدد 61-62، الرباط،1989، من ص. 10 إلى 19.

- ج -

- جميل صبحي برسوم: تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر: تعليق على القرار عدد 752 الصادر عن المجلس الأعلى في أول ديسمبر 1982: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 133-134، من ص. 139 إلى 144.

- ح -

- حسين الشيخ حمد: الترجمة وخيانة النص: منشور بمجلة الوحدة، عدد 61-62، الرباط 1989، من ص. 117 إلى 125.

- خ -

- خيري (محمد): مهنة تحرير العقود بين التنظيم والإطلاق: منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية الصادرة عن كلية الحقوق بالدار البيضاء،عدد 25،1991،من ص.67 إلى 93.

- د -

- الداودي (عبد الله): أصول المذهب المالكي: منشور بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب الصادرة عن وزارة العدل بالمغرب، الأعداد من 1 إلى 6.

- س -

- السباعي (شكري أحمد): نظرية الغلط في قانون الالتزامات والعقود: منشور بمجلة المحاماة الصادرة عن جمعية هيئات المحامين بالمغرب، عدد2، مارس 1969، من ص. 23 إلى 50.

- الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وارتباطهما بتطور القضاء المغربي: منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بالرباط، عدد 13-14، 1983، من ص. 11 إلى 54.

- ش -

- شاخت (جوزيف): الشريعة الإسلامية: ترجمة حسين مؤنس وإحسان صدقي العمد: منشور ضمن سلسلة عالم المعرفة، عدد 12: تراث الإسلام، القسم الثالث، الكويت، 1978، من ص. 9 إلى 29.

- شيلح (محمد): أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة قراءة في ق.ل.ع.م. من خلال سيرته: منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، عدد 5، 1989، من ص. 51 إلى 89.

- العربون في ق.ل.ع.م. بين دلالتي التسبيق ومقابل الرجوع أو مشكل الفصل 288 من ق.ل.ع.م: منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، عدد 7، 1991، من ص. 85 إلى 111.

- ع -

- عبد المولى (محمود): معركة العربية في الجزائر: منشور بمجلة اللسان العربي الصادرة عن المكتب الدائم لتنسيق التعريب في الوطن العربي، جامعة الدول العربية، الرباط، المجلد 9، ج.1، يناير 1972، من ص. 13 إلى 16.

- عبد الوهاب حفيظ: حول الترجمة والتعريب والتغريب -مأساة المصطلح وفراغ المعنى: منشور بمجلة الوحدة الصادرة عن المجلس القومي للثقافة العربية، الرباط، السنة 6، عدد 61-62، 1989، من ص. 74 إلى 83.

- عبود (موسى): التحريف كسبب من أسباب النقض (تعليق على حكمين صادرين عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أكتوبر 1960): منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 35-36 من ص. 197 إلى 201.

- تعليق على القرار عدد 96 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 48-49، ص. 379 وما بعدها.

- تعليق على القرار عدد 63/95 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 فبراير 1963: منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 55-56، ص. 280 وما بعدها.

- عمر ممدوح مصطفى: الفقه عند الرومان: منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق في جامعة فاروق الأول، السنة 3، عدد 4، أكتوبر -ديسمبر1948، مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية، من ص. 595 إلى 655.

- ق -

- قاضي (قدور): الأمازيغية لغة أو لهجة: منشور ضمن أعمال الدورة الأولى لجمعية الجامعة الصيفية بأكادير، 1980، مطبعة فضالة، المحمدية، 1982، من ص 149 إلى 154.

- ل -

- الخملیشي (أحمد): كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود: منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية الصادرة عن كلية الحقوق بالدار البيضاء، عدد 7، 1984، من ص. 7 إلى 29.

- العلوي العبدلاوي (إدريس): الحراسة القضائية في التشريع المقارن: منشور بالمجلة المغربية للقانون المقارن الصادرة عن كلية الحقوق بمراكش، عدد 1، 1983 من ص. 17 إلى 127.

- المجبود (محمد العربي): كيف نحرر الأحكام: منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، مارس 1983، من ص. 5 إلى 10.

- محمد عيد: العوامل الطارئة على اللغة -دراسة لقضايا اللحن والتصحيف والتولي والتعريب في ضوء علم اللغة الحديث: منشور بمجلة اللسان العربي الصادرة عن المكتب الدائم لتنسيق التعريب في الوطن العربي، جامعة الدول العربية، الرباط، المجلد 9، ج.1،1972 من ص 17 إلى 44.

- ن -

- النكاس (جمال): حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي: منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، عدد 2، يونيو 1989، من ص. 45 إلى 116.

- ي -

- يحيى أحمد: الاتجاه الوظيفي ودوره في تحليل اللغة، منشور بمجلة عالم الفكر الصادرة عن وزارة الإعلام في الكويت، المجلد 20، عدد 3، أكتوبر -نوفمبر- ديسمبر 1989، من ص.637 إلى 666.

٧- المدونات وبعض مصادر الأحكام الشرعية

- با -

- ابن ماجة: سنن أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج.2، دار إحياء التراث العربي، 1975.

- ق -

- قانون الالتزامات والعقود المغربي: نشر دار الكتاب، ط.1، الدار البيضاء، 1966.

- قانون الالتزامات والعقود المغربي:منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية ,سلسلة النصوص القانونية,العدد14,يناير2009.

- ل -

-القانون المدني الجزائري لسنة 1975:نشر وزارة العدل،الديوان الوطني للأشغال التربوية،ط1، 91.

- القرآن الكريم: مصحف المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1407هـ.

- المجلة التونسية للالتزامات والعقود: نشر المطبعة الرسمية التونسية، 1984.

- م -

- مالك بن أنس: الموطأ على رواية يحيى بن يحيى، دار الكتب الجزائرية، بدون تاريخ الطبع.

- مجلة الأحكام العدلية العثمانية: منشورة ضمن شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني، ط.3، بيروت،1923.

- مدونة التسجيل والتمبر المغربية: نشر وزارة المالية، مديرية الضرائب، قسم التسجيل والتمبر، طبعة مصلحة صونير، الدار البيضاء، 1991.

-المدونة العامة للضرائب: الجريدة الرسمية ,عدد5487 بتاريخ فاتح يناير 2007 دون إغفال ما طرأ عليها من تغييرات لاحقة.

VI- أهم المجلات والمراجع الأخرى المعتمدة في استخراج العمل القضائي

- ب -
- ابن الشيخ (محمود): مجلة الالتزامات والعقود التونسية معدلة ومعلقا على فصولها بأحكام القضاء، الشركة التونسية لفنون الرسم، 1966.

- ح -
- حاسوب وزارة العدل التونسية :مادة التزامات وعقود, مراجع : أ. ت. 19061215.

- ر -
- رابطة القضاة: مجلة تصدرها رابطة القضاة بالمغرب.
- رسالة المحاماة: مجلة تصدرها هيئة المحامين بالرباط.

- ق -
- قرارات محكمة الاستئناف بالرباط: تعريب محمد العربي المجبود: 1928 -1930- 1942- 1944: طبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1980.
- 1949 -1951 – 1952 -1953 – 1955 – 1956: منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1982.
- 1930 – 1932 – 1944 – 1950: منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1986.
- قضاء المجلس الأعلى في المواد الجنائية: أحكام القسم الجنائي للغرفة الأولى في السنوات الأربع الأولى 1957 -1961، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1962.
- قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية: بعض أحكام القسم المدني للغرفة الأولى من الأحكام الصادرة في السنوات 1958-1962، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1964.
- قضاء المجلس الأعلى: مجلة تصدرها وزارة العدل –المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية.

- ل -
- الإشعاع: مجلة تصدرها هيئة المحامين بالقنيطرة.
- الفقيه القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي: مجموعة الأحكام الشرعية، مراجعة وتقديم وتعليق عبد العالي بن محمد العبودي، ط.1، المركز الثقافي العربي، 1991.
- القروي الشابي (بلقاسم): مجلة الالتزامات والعقود معدلة بأحدث القوانين ومعلق عليها بأكثر من ألف وستمائة قرار من عمل محكمة التعقيب، طبع ونشر وتوزيع المطبعة الرسمية، تونس1986.
- القضاء والتشريع: مجلة تصدرها وزارة العدل بالجمهورية التونسية.
-المجلة المغربية للقانون.
- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد: تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط.

- المحاماة: مجلة تصدرها جمعية هيئات المحامين بالمغرب.
- المحامي: مجلة تصدرها هيئة المحامين بمراكش.
- المعيار: مجلة تصدرها هيئة المحامين بفاس.

- م -
- مجلة القضاء والقانون: تصدرها وزارة العدل بالمملكة المغربية.
- مجلة المحاكم المغربية: تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء.

- ن -
- نشرية محكمة التعقيب التونسية: القسم المدني.

ثانيا : قائمة المراجع بالفرنسية

I- Ouvrages généraux :

- A -
- Atias (Christian): Le droit civil, coll. Que sais-je ? 2ème ed, 1985.

- B -
- Brière de l'isle (Georges), Droit des assurances, 1ère ed, P.U.F., 1973.

- C -
- Carbonnier (Jean), Droit civil –Introduction, les personnes, 10ème ed. P.U.F., 1974.
- Droit civil -4- Les obligations, 10ème ed., P.U.F., 1979.
- Chehata (Chafik) - Théorie générale de l'obligation en Droit Musulman – Le sujet de l'obligation, Sirey, Paris, 1969.
- Droit Musulman- Application au proche orient, Dalloz, 1970.
- Couturier (J.) Droit civil :Les obligations polycopié, Faculté de droit de Rabat, année universitaire : 1970-1971.

- D -
- Decroux (Paul): Droit Foncier Marocain, éditions de la porte, Rabat,1977.
- Demolombe (C) : Cours de code Napoléon, Livre troisième, titre troisième : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Volume 25 : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tomme deuxième, Paris, 1869.
- D'ors (Alvaro):Una introduccion al estudio del derecho, tercera edicion, rialp, Madrid, 1977.

- F -
- Farjat (Gérard): Droid privé de l'économie, 2- Théorie des obligations, P.U.F., Paris, 1975.
- Flour (Jacques) avec le concours de Jean –Luc Aubert : Droit civil, Les obligations, Volume 1 : L'acte juridique, coll, U. Armand Colin, Paris 1975.

- Saleilles Raymond): De la déclaration de la volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Articles 116 à144), Librairie cotillon, Paris, 1901.
- Stark (Boris):- Droit civil : Les obligations, Librairies techniques, 1972.
- Droit civil : Obligations -2- contrats et quasi –contrats –Régime général, 2ème édition par Henri Roland et Laurent Boyer, Librairies techniques, Paris, 1986.

- W –

- Weill (Alex): Droit civil –Introduction générale, Dalloz, 3ème édition,1973.
-Weill(Alex) et Terré (François):Droit civil:Les obligations , 2eme édition, Dalloz , Paris,1975.

II. Ouvrages spéciaux :

- A –

- Arnaud (André – Jean): - Essai d'analyse structurale du code civil Français –La règle du jeu dans la paix bourgeoise, L.G.D.J., Paris, 1973.
- Les juristes face à la société, du XIX siècle à nos jours, 1ère ed, P.U.F., Paris, 1975.

- B –

- Batiffol (Henri): Problèmes de base de philosophie du droit, L.G.D.J., Paris, 1979.
- Ben Choib (Abdesslam): L'esprit de la philosophie du Droit Musulman, Tlmcen, 1901.
- Bonnecase (Julien): La pensée juridique Française de 1804 à l'heure présenté : Ses variations et ses traits essentiels, tome 1 et 2. ed. Delmas, 1933.
- Boure (R.) et Mignard (P): La crise de l'institutions judiciaire, Christian Bourgeois éditeur, Paris, 1977.

- C –

- Callataÿ (Edouard de): Etudes sur l'interprétation des conventions, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles et Librairie du recueil Sirey, Paris, 1947.
- Carbonnier (Jean):- Sociologie juridique, 1ère édition, P.U.F.., 1978.
- Flexible droit –Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, quatrième édition revue et augmentée, L.G.D.J., 1979.
-Collinet (Paul):La genèse du Digeste ,du Code et des Institutes de Justinien, Librairie du sirey, 1953.

- D –

- Descartes ®: Le discours de la méthode, ed. Bordas, Paris, 1967.

- E –

- Ellul (Jacques): Histoire des Institutions, 1-2/ - L'antiquité, 5ème édition, Sirey, 1979.

- F –

- G –

- Gaudement (Eugène): Théorie générale des obligations, réimpression de l'édition publiée en 1937, Sirey, 1965.
- Ghestin (Jacques): Traité de droit civil, Les obligations –Le contrat, L.G.D.J, Paris, 1980.
- Giffard (A.-E) et Villers (Robert) : Droit Romain et Ancien Droit Français (obligation), quatrième édition, Dalloz, Paris, 1976.

- H –

-Heilbroner (Robert L.): Les grands économistes, éditions du seuil, 1977.
- Kotler –Dubois: Marketing, Management, 5ème édition, publi-Union, Paris 1988.

- L –

- Laurent (François): Principes de droit civil Français, tome seizième, 3ème édition, Bruxelles –Paris, 1878.

- M-

- Martin (Didier) avec le Concours de Maâti Rais : Droit civil et commercial Marocain, Société d'Edition et de diffusion Al –Madariss, Casablanca 1981.
- Mazeaud (Henri, Léon et Jean): Leçons de droit civil, tome deuxième, premier volume : Obligations, Théorie générale, 6ème ed. par F. Chabas, ed. Montchrestien, Paris, 1978.
- Miaille (Michel): Une introduction critique du droit, ed. Maspéro, Paris, 1976.
- Milliot (Louis): Introduction à l'étude du Droit Musulman, Recueil Sirey, Paris, 1953.

- O –

- Ourliac (Paul) et Malfosse (J. de): Histoire du droit privé, tome premier : Les obligations, P.U.F., Paris, 1961.

- P –

- Pauzin (Jean): Guide théorique et pratique de la jurisprudence, Paris, 1958.
- Pernoud (Régime): Histoire de la bourgeoisie en France, tome 2 – Les temps modernes, éditions du seuil, Paris, 1981.
- Picard (Maurice) –Besson (André) : Les assurances terrestres en Droit Français, L.G.D.J., Paris, 1950.
- Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil Français, 2ème édition, tome X : Contrats civils, première partie par Joseph Hamel (Vente), François Girard et André Tunc (Louage), L.G.D.J., Paris, 1956.

- R –

- Ripert (Georges): La règle morale dans les obligations civiles, 4ème édition, L.G.D.J., Paris, 1949.

- S –

- Fabreguettes (M.p): La logique judiciaire et l'art de juger, L.G.D.J., Paris, 1914.
- Fasso (Guido): Histoire de la philosophie du droit : XIX et XX siècles ; traduit de l'Italien par Catherine Rouffet, L.G.D.J., 1976.

- G -

- Gény (François): Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, seconde édition revue et mise au courant, nouveau tirage, 2 tomes, L.G.D.J, 1954.
- Gilliard (François): Le tribunal Fédéral, l'interprète du droit in Règle (les) d'interprétation : Principes communément admis par les juridictions, Ouvrage collectif, éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1989, p.p. 167 à 177.
- Glasson (E): Essai sur Gaitus et sur quelques difficultés relatives aux sources du Droit Romain, Paris, 1885.
- Gleizal (Jacques): L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie in : Pour une critique du droit, Ouvrage collectif -1- Du juridique au politique, P.U.G. / Maspero, 1978, p.p. 71 à 113.

- I -

- Ihering (R. Von): L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son développement, traduit sur la 3ème édition avec l'autorisation de l'auteur par O. Meulenaere, tomes 2 et 3, Paris, 1877.

- K -

- Kelsen (Hans): Théorie pure du droit, traduction française de la 2ème édition de la « Reine Rechtslchre » par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

- L -

- Lévy (Emmanuel): Les fondements du droit, Paris, 1933.

- M -

- Mendegris (Roger): Commentaire d'arrêt en droit privé, Dalloz, 1975.
- Milliot (Louis): Démembrements du Habous : Menfa â, Gzâ, Guelsâ, Zinât, Istighrq, éditions Ernest Leroux, Paris, 1918.
- Mimin (Pierre): Le style des jugements, 4ème édition, Librairies techniques, Paris, 1962.
- Morin (Gaston): La loi et le contrat : La décadence de leur souveraineté, Paris 1927.

- N -

- Nietzsche: Le nihilisme européen, traduction et notes par Angèle Kremer – Marietti, coll. 10/18, Paris, 1976.

- O -

- Ost (François): Les directives d'interprétation adoptées par la cour européenne des droits de l'Homme. L'esprit plutôt que la lettre ? in Règles (les) d'interprétation : Principes communément admis par les juridictions, Ouvrage collectif, édition universitaires, Fribourg, Suisse, 1989, p.p. 89 à 108.

- Ost (François) et Kerchove (Michel Van de) : les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif Belge. La lettre et l'esprit, in Ouvrage collectif cité ci –dessus, p.p. 7 à 39.

- P -

- Perelman (Chaim): Justice et Raison, 2ème édition, Bruxelles, 1972.
- La logique juridique, Nouvelle rhétorique, Dalloz, 1979.
- Perelman (Chaim) et Olberchts –Tyteca (L). : Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique, 3ème édition, éditions de l'université de Bruxelles 1976.
- Perrier (Jean –François): Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in Règles (les) d'interprétation : Principes communément admis par les juridictions,Ouvrages collectif, éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1989, p.p. 243 à 256.

- R -

- Rigaux (François): La nature du contrôle de la cour de cassation, Etablissement Emile Bruylant, Bruxelles, 1966.

- S -

- Savatier (René): Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, 2ème édition, L.G.D.J., Paris, 1950.
- Sourioux (Jean –Louis): L'analyse du texte, méthode générale et application au droit, Dalloz, 1980.
- Sourioux (J.L) et Lerat (P): Le langage du droit, P.U.F., Paris, 1975.

- V -

- Villey (Michel): Leçons d'histoire de la philosophie du droit, nouvelle édition, Dalloz, Paris, 1962.
- Philosophie du droit : Définition et fins du Droit, Dalloz, 1975.
- Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Dalloz, 1975.

- W -

- Waline (Marcel): L'individualisme et le droit deuxième édition, ed. Domat Montchrestien, 1949.

III- <u>Thèses de Doctorat</u> :

- A -

- Arnaud (André –Jean): Les origines doctrinales de code civil Français, L.G.D.J., Paris, 1969.
- Aubert (Jean –Luc) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J., 1970.

- B -

- Barreyre (A): L'évolution et la crise du contrat. Etude synthétique et critique, imprimerie Brère, Bordeaux, 1937.
- Becquart (Joseph): Les mots à sens multiples : Contribution au

perfectionnement du vocabulaire juridique, P.U.F., Paris, 1928.
- Berlioz (Georges): Le contrat d'adhésion, deuxième édition, L.G.D.J., Paris, 1976.
- Bosshart (Frits): L'interprétation des contrats, Imprimerie S.A., Leemann frères & Cie, Zurich, 1939.

- C –

- Célice (Bruno): Les réserves et le non –vouloir dans les actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1968.

- D –

- Dereux (Georges): De l'interprétation des actes juridiques privés, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905.

- E –

- El Gammal (Mostapha Mohamed) :L'adaptation du contrat aux circonstances économiques : Etudes Comparée de droit civil Français et de droit de la république arabe unie, L.G.D.J., Paris, 1967.

- G –

- Gaudin de la grange (Emérentienne de) : L'intervention du juge dans le contrat, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1935.
- Gauguier (Jules): De l'interprétation des actes juridiques, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1898.
- Ghestin (Jacques): La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J., Paris, 1971.
- Godé (Pierre): Volonté et manifestations tacites, 1ère ed, P.U.F, Paris 1977.
- Gomaa (Nooman M.K): Théorie des sources de l'obligation, L.G.D.J., Paris, 1968.
- Gorphe (François): Le principe de la bonne foi, Librairie Dalloz, Paris, 1928
- Gounot (Emmanuel): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris, 1912.
- Gridel (Jean –Pierre): Le signe et le droit. Les bornes, les uniformes, la signification routière et autres, L.G.D.J., Paris, 1979.

- H -

- Haba (Enrique Pedro): Le langage juridique et interprétation envisagés sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétations des loi, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1976.
- Hauser (Jean): Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., Paris, 1971.

- M –

- Maher (Ahmad): De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats, Montpellier, 1913.
- Marraud (Catherine): La notion de la dénaturation en droit privé Français, Presses universitaire de Grenoble, 1974.

- Marty (Gabriel): La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges de fait, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1929.

- P –

- Packlot (Yann): Recherche sur l'interprétation juridique, ISS N : 0294-1767 Doctorat d'Etat. 88/PA02/TO69, ANRT. Université de Lille III, 1988.
- Parachristos (A.C): La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, L.G.D.J., Paris, 1975.
- Party (Robert): Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit Suisse, Genève, 1953.

- R –

- Ray (Jean): Essai sur la structure logique du code civil Français, Librairie Felix Alcan, Paris, 1926.
- Rieg (Alfred): Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, L.G.D.J., Paris, 1961.
- Rouhette (Georges): Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, Volume 1, 1965.

- S –

- Santa Maria (Jorge Lopez): Les systèmes d'interprétation des contrats, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1968.
- Serna (Jean –Christian): Le refus de contracter, L.G.D.J., Paris, 1967
- Sobhy Khalil (Magdi): Le dirigisme économique et les contrats, Etude de droit comparé : France, Egypte, U.R.S.S., L.G.D.J, Paris, 1967.

- T –

- Talamon (Christian): Le pouvoir de contrôle de la court de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats, Masson et Cie Editeurs, Paris, 1926.
- Tanagho (Samir): De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, L.G.D.J., Paris, 1965.
- Terré (François): L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J., Paris, 1955.

- V –

- Vonglis (Bernard): Sententia legis. Recherches sur l'interprétation de la loi dans la jurisprudence classique, Sirey, 1967.

- Z –

- Zucchetta (Jean): La clause de style de l'acte notarié, Imprimerie F. Chauvet, Aix en Provence, 1943.

IV- Articles, Notes et Commentaires de jurisprudence :

- A -

- Ahjgoume (Lahoucine) et Sabri (Lahcen) : Le rôle de l'élément linguistique dans le développement économique et social in Actes de la première rencontre (la culture populaire, l'unité dans la diversité) organisée par l'association de l'université d'été d'agadir du 18 au 31 août 1980, Imprimerie de Fédala Mohammedia, 1982, p.p. 1 à 6.
- Akouaou (Ahmed): Présentation critique d'une situation et d'une méthode linguistique in Actes ci-dessus, p.p.. 7 à 24.
- Arnaud (André –Jean): Le médiun et le savant : signification politique de l'interprétation juridique, in Archives de philosophie du droit, tome 17, Sirey, 1972, p.p. 165 à 181.
-Autopsie d'un juge : Etude sémiologique de la jurisprudence Aixoise en matière de divorce, in Archives de philosophie du droit, tome 19, Sirey, 1974 p.p. 197 à 228.
- Audinet (Jacques): Réflexions sur la pratiques notariale, in J.C.P. –La semaine juridique, Année 1957, I. ed. général – Reproduction Hongo –Tokyo, 1980, n° 1361.
- Azziman (Omar): Dépendance et connaissance du droit Marocain : Un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique, in R.J.P.E.M. de la Faculté de droit de Rabat, n° 10, 1981, p.p. 183 à 205.

- B -

- Battiffol (Henri): Questions de l'interprétation juridique, in Archives de philosophie du droit, t. 17, Sirey, 1972, p.p. 9 à 27.
- Berge (Stéhpane): Introduction [au D.O.C.], in Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc, t.1 : Organisati judiciaire, imprimé par ordre du Gouvernement à l'Imprimerie Nationale, Paris, 1914, p.p. 291 à 294.
- Bien venu (Jean –Jacques): Actes juridiques et classification in Droits, Revue Française de théorie juridiques, 7 –L'acte juridique, ed. P.U.F., 1988, p.p. 21 à 27.
- Blanc (François –Paul): La force obligatoire des contrats, note sous arrêt n° 448 du 6 février 1986 rendu par la cour d'appel de Casablanca in R.M.D., Année 1986, n°2, p. 117 et S.
- Bobbio (N.): Des crièteres pour résoudre les antinomies, in Antinomies (les) en droit, Etudes publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1965, p.p. 237 à 258.
- Boccara (Bruno): Le clair et l'obscur, (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type, in J.C.P. La semaine juridique, 52ème Années, 4 Octobre 1978, n° 40, ed. général, I. Doctrine n° 2910.
- Bonnecase (Julien): Où en est le droit civil ? in Cité (la) moderne et les transformations du droit, n° 4 , Paris, 1925, p.p. 48 à 84.

- Boré (Jacques): Un contenaire : Le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes, in R.T.D.C., t.71, Année 1972, Sirey, p.p. 249 à 306.
- Boyer (Louis): Rôle du juge dans l'exécution du contrat, in Dalloz –Répertoire de droit civil, t.3, Contrats et conventions – Engagement par volonté unilatérale – Jurisprudence générale, 2ème ed. mise à jour, 1979, paragraphe : 203 à 234, pp. 20 à 22.
- Brémard (Frédéric): La procédure législative au Maroc depuis 1912, in Revue (la) juridique et politique de l'Union Française, 1951, pp. 228 à 250.

- C -

- Causin (Eric): L'interprétation des contrats en droit belge in Interprétation (1') en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, pp. 281 à 347.
- Cohen (Maurice): Comment lire un arrêt de la cour de cassation, in Revue (la) : Le Droit ouvrier, avril 1978 (n° 355 -365), pp. 123 à 133.
- Collinet (Paul): L'originalité du code de Justinien, in Acta Congressus iuridici internationalis Volumen primum, romae, 1935, pp. 35 à 49.
-Colloque organisé à Aix en Provence par le centre de philosophie du droit de la Faculté de droit et de science politique d'Aix –Marseille et le centre d'analyse économique de la Faculté d'économie appliqué d'Aix-Marseille : L'analyse économique du droit : Impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique, in R.R.J.,n° XII – 29 -1987 -2.
- Colombini (André), Notes sous arrêts suivants de la cour suprême :
-N° 9 – 57/58 du 29 avril 1958, in R.A.C.S, t.1, 1968, n° 2, p. 21.
-N° 14 -57/58 du 29 avril 1958, in R.A.C.S, t.1, 1968 , n° 4, p.25.
-N° 153- 59/60 du 12 avril 1960, in R.A.C.S, t.1, 1968, n° 88, p. 164
-N° 93-60/61 du 31 janvier 1961, in R.A.C.S., t.1, 1968, n° 126, p. 228.
-N° 148 -60/61 du 11 avril 1961, in R.A.C.S., t.1, 1968, n° 133, p. 240.
-N° 59 -61/62 du 2 janvier 1962, in R.A.C.S., t.1, 1968 n° 162, p. 286.
-N° 228 -61/62 du 10 juillet 1962, in R.A.C.S., t.2, 1969, n° 15, p.55.

- D -

- Deprez (Jean): Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités Marocaines, in R.J.P.E.M., de la Faculté de droit de Rabat, n° 1, 1976, pp. 11 à 80.
- Dereux (Georges): De la nature des contrats d'adhésion in R.T.D.C., Année, 1910, p.p. 503 à 535.
- Dikoff (L): L'évolution de la notion de contrat, in Mélanges offerts à H. Capitant, 1939, p.p. 201 à 217.
- Drai (Pierre): Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui, in R.R.J. de la Faculté de droit et de science politique d'Aix –Marseille, n° XVI -46 – 1993 – 3, pp. 595 à 604.

- G -

- Capitant (Henri), Weil (Alex) et Terré (François) : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 7ème édition, Dalloz, Paris,
-Code civil Français, Librairie Dalloz, Paris, 1972-1973.
-Code Tunisien des obligations et contrats, in Revue (la) Algérienne et Tunisienne, t. 23, 1907, troisième partie, p.p. 201 à 392.

- D –

Dahir formant code des obligations et des contrats, in Codes et Lois en vigueur dans le protectorat Français du Maroc, tome premier : Organisation judiciaire, imprimé par ordre du Gouvernement à l'imprimerie nationale de Paris, 1914, p.p. 303 à 688.
- Dart (H.J.B.): Code civil des Français ou conférence du code civil avec les lois anciennes, 3ème édition, Paris, 1827.
- Dufour (Jean –Michel): Code civil des Français avec les sources où toutes ses disposition ont été puisées, tomes 2 et 3, Paris, 1806.

- L –

- La revue Marocaine de Droit (R.M.D.)
- Larcher (Emile): Les codes Marocains : Annotés des dahirs et arrêts pris pour leur exécution, Alger, 1914.
-Laurent (François): Avant–projet de révision du code civil, tome quatrième (article 1050- 1429) Bruxelles, 1884.
- Levé (A.): Code civil Espagnol promulgué le 24 Juillet 1889, traduit et annoté, Paris, 1890.

- P –

- Portalis: Le discours préliminaire intégral présenté au nom des rédacteurs du projet de code civil Français in Projet de code civil présenté par la commission nommée par le Gouvernement le 24 Thermidor an 8, t.1, An IX., p.p. V à LXXij.
- Prudhomme (Henri): Code civil italien promulgué le 25 Juin 1865, traduit, annoté et précédé d'une introduction, Paris, 1896.
- Recueil des arrêts de la cour suprême (Editions de la porte, Rabat et librairie de Médicis, Paris) : -Chambre civile : - t.1, 1968, t.2, 1969.
-Chambre criminelle : -t.1, 1961 –t.2, 1962 –t.3, 1966 –t. 4, 1967.

- S –

- Scyboz (Georges) et Gillieron (Pierre –Robert) : Code civil et code des obligations annotés, II, :Code des obligations du 30 Mars 1911, éditions Payot, Lausanne, 1972.

- T –

- Travaux de la commission de codifications des lois Tunisiennes, Fascicule I : Code civil et commercial Tunisien, Avant –projet discuté et adopté au rapport de M.D. Santillana, imprimerie générale, J. picard de Cie, Rue Al –Djazira, Tunis, 1899.

الفهرست العام

المقدمة 7

القسم الأول : مناهج التأويل 22

الباب الأول : المنهج الحرفي النحوي للتأويل 27

الفصل الأول : تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه ونطاق تطبيقه 27

الفرع الأول: تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث تعريفه
الفرع الثاني: تحديد المنهج الحرفي النحوي من حيث نطاق تطبيقه
المبحث الأول: تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال المعايير المبلورة له.
المبحث الثاني: تحديد نطاق تطبيق المنهج الحرفي النحوي من خلال الوظائف المنوطة به.

الفصل الثاني : مكانة المنهج الحرفي النحوي في عملية التأويل القضائي 46

الفرع الأول: التصور المقترح لفهم التوجيهات المسترشد بها في عملية التأويل.
الفرع الثاني: تطبيق التصور المقترح لهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية التأويل.
المبحث الأول: تطبيق التصور المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية
المبحث الثاني: تطبيق التصريح المقترح لفهم توجيهات التأويل على الممارسة القضائية المغربية لعملية

الباب الثاني : المنهج المنطقي للتأويل 81

الفصل الأول : مفهوم المنهج المنطقي كذريعة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى المباشر 86

الفرع الأول: مفهوما الموافقة، والأولى والأحرى كأسلوبين للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.
المبحث الأول: مفهوم الموافقة كالأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.
المبحث الثاني: مفهوم الأولى والأحرى كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.
الفرع الثاني: مفهوم المخالفة كأسلوب للاستدلال في المنهج المنطقي للتأويل.

الفصل الثاني :_مفهوم المنهج المنطقي كنتيجة أو أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر 113

الفرع الأول: التأويل الكاشف أو الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.
المبحث الأول: التأويل الكاشف باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.
المبحث الثاني: التأويل الواسع باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.
الفرع الثاني: التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر وتمييزه عن التأويل المضبوط بصفة قطعية.
المبحث الأول: التأويل الضيق باستخدام أساليب الاستدلال المنطقي بالمعنى غير المباشر.
المبحث الثاني: تمييز التأويل الضيق عن التأويل المضبوط بصفة قطعية.

القسم الثاني :_موقف ق.ل.ع.م_من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) ومن تحديد نطاق عدم صراحتها (إبهامها أو غموضها) 160

الباب الأول :_موقف الفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)..... 162

الفصل الأول :_موقف الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)..... 163

الفرع التمهيدي: في جرد الأصول الفقهية والقضائية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.
الفرع الأول: موقف الأصول القديمة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)
المبحث الأول: موقف الفقه (القانون) الروماني من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال ن الفقيه بَوْلوس
المبحث الثاني: موقف الفقه (الإسلامي) الحنفي من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) من خلال المجلة العثمانية للأحكام العدلية
الفرع الثاني: موقف الأصول الحديثة للفصل 461 من ق.ل.ع.م. من تأويل العقود الصريحة (الواضحة).
المبحث الأول: مضمون الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية للفصل 461 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: الأصول الفقهية والقضائية الفرنسية بين الخلفية التربوية لمدرسة الشرح على المتون والتكريسُ التام للموقف المألوف لهذه المدرسة من تأويل العقود الصريحة (الواضحة)

الفصل الثاني :_موقف القضاء والفقه المغربيين من تأويل العقود الصريحة (الواضحة) 231

الفرع الأول: الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.
المبحث الأول: جرد بعض مظان الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.

المبحث الثاني: محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى القضاء والفقه المغربيين، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون ألفاظ العقد واضحة بينة.
الفرع الثاني: الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.
المبحث الأول: جرد بعض مضان الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.
المبحث الثاني: محاولة تحليل ومناقشة الموقف المتمسك، لدى الفقه المغربي، بوجوب الامتناع عن التأويل عندما تكون الإرادة واضحة في العقد.

الباب الثاني :_موقف الفصل 462/1 من ق.ل.ع.م من تحديد نطاق عدم صراحة (إبهام أو غموض) العقود 261

الفصل الأول :_حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوبة عباراته في حد ذاتها بالإجمال أو الإبهام 265

الفرع الأول: الإجمال أو الإبهام المرتبط بتحرير العقد.
المبحث الأول: الإجمال أو الإبهام الراجع إلى احتمال اللفظ معنى مزدوجا بنفسه أو بغيره عند تركيبه وتأليفه في بناء نحوي.
المبحث الثاني: الإجمال أو الإبهام الناجم عن وقوع غلط مادي في التعبير.
المبحث الثالث: الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض الظاهر بين تعابير العقد أو عن بلورة التعابير لإرادة بصفة ناقصة أو زائدة.
الفرع الثاني: الإجمال أو الإبهام المرتبط (بتعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أعجمية.
المبحث الأول: الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند ترجمة (تعريب) العقد المنبرم والمحرر بلغة أجنبية.
المبحث الثاني: الإجمال أو الإبهام المنجر عن عدم دقة التعبير عند الكتابة باللغة الوطنية الرسمية لعقد منبرم و/ أو محرر بلغة وطنية غير رسمية.

الفصل الثاني :_حالة العقد غير الصريح بمعنى العقد المشوب بالتعارض بين عباراته الواضحة في الظاهر وإرادته الحقيقية 299

الفرع الأول: الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض العفوي وغير المقصود بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة أو الغلط المسبب للإبطال.
المبحث الأول: مفهوم الغلط في ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: شروط الغلط القائم سببا للإبطال.
الفرع الثاني: الإجمال أو الإبهام الناجم عن التعارض المقصود أو المدبر من جانب المتعاقدين معا أو من جانب متعاقد واحد بين التعبير الواضح في الظاهر والإرادة
المبحث الأول: عدم التطابق المقصود أو المدبر من الجانبين المتظاهرين بالتعاقد بين تعبيرهما الواضح وإرادتهما الحقيقية: فرضيات إخفاء حقيقة الظاهر أو الصورية.

المبحث الثاني: عدم التطابق المقصود أو المدبر من جانب واحد بين التعبير الواضح في الظاهر وإرادته الحقيقية: فرضيات إضمار خلاف الظاهر أو التحفظ الذهني.

القسم الثالث : قواعد التأويل المعتمدة في ق.ل.ع.م للعقود غير الصريحة 342

الباب الأول : في قواعد التأويل الأصلية المعتمدة في ق.ل.ع.م 345

الفصل الأول : قواعد التأويل المكشوف والمعلن أو قواعد التأويل بالمعنى المضبوط 345

الفرع الأول: قاعدة الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م.: تصريح العقد بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.
المبحث الأول: تأصيل الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: مدلول القاعدة المنصوص عليها في الفصل 2/462 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثالث: مكانة قاعدة الفصل 2/432 بين بقية قواعد التأويل الأخرى المعتمدة في ق.ل.ع.م.
الفرع الثاني: قاعدتا الفصل 464 من ق.ل.ع.م. :تصريح التصرف أو العقد بالتوفيق بين بنوده أو بآخر البنود رتبة في حالة تعذر التوفيق بينها.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 464 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد ببعضها البعض في فرضية قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق.
المبحث الثالث: قاعدة تأويل بنود التصرف أو العقد بآخرها رتبة في نسق الكتابة بالنسبة لفرضية عدم قابلية هذه البنود المتعارضة فيما بينها للتوفيق.
الفرع الثالث: قاعدة الفصل 465 من ق.ل.ع.م.: تصريح التصرف أو العقد على وفق المعنى المفضي إلى إعماله.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 465 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 465 من ق.ل.ع.م.
الفرع الرابع: قاعدة الفصل 469 من ق.ل.ع.م. : تصريح التصرف أو العقد بعدم الوقوف عند ما يخصص بالذكر فيه.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 469 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة التأويل المنصوص عليها في الفصل 469 من ق.ل.ع.م.

الفصل الثاني : قواعد التأويل المستتر والمقنع أو قواعد الفهم 399

الفرع الأول: قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م: فهم التصرف أو العقد من حيث المبدأ على وفق معناه الحقيقي بالاستعمال أو بالوضع في اللغة القانونية أو العادية.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 466 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة الفصل 466 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثالث: دور قاعدة الفصل 466 ضمن قواعد التأويل الأخرى في ق.ل.ع.م.

الفرع الثاني: قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م
المبحث الأول: تأصيل الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: ضبط مدلول قاعدة الفصلين 467 و468 من ق.ل.ع.م.
الفرع الثالث: قواعد الفصول 471 و471 و472 من ق.ل.ع.م. : فهم الكتابة الدالة على التحديد المضبوط لمقدرات الالتزام أو الحق في التصرف على وفق معنى اليسارة أو معنى المكتوب بالحروف أو معنى ما يفيد الأقل
المبحث الأول: تأصيل الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: محاولة ضبط مدلول قواعد الفصول 470 و471 و472 من ق.ل.ع

الباب الثاني : في قواعد التأويل الاحتياطية المعتمدة في ق.ل.ع.م 465

الفصل الأول : قواعد الفصلين 463 و473 من ق.ل.ع.م 466

الفرع الأول: قاعدتا الفصل 463 من ق.ل.ع.م.: تصريح التصرف بالعادة أو بطبيعته.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 463 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق عادة مكان حصوله، حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثالث: قاعدة تأويل المسكوت عنه في التصرف أو العقد على وفق طبيعته حسب الفصل 463 من ق.ل.ع.م.
الفرع الثاني: قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م. : تغليب مصلحة الملتزم عند بقاء الشك.
المبحث الأول: تأصيل الفصل 473 من ق.ل.ع.م.
المبحث الثاني: محاولة ضبط مدلول قاعدة الفصل 473 من ق.ل.ع.م.

الفصل الثاني : قاعدتا الفصل 231 من ق.ل.ع.م وتأمل ما يسمى بفكرة عقود الإذعان من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة 533

الفرع الأول: قاعدتا حسن النية والإنصاف في الفصل 231 من ق.ل.ع.م. ومدى ارتباطهما بتأويل التصرفات القانونية.
المبحث الأول: تحديد مفهوم حسن النية من حيث تعدد معانيه ومدى ارتباط طبيعته بتأويل التصرفات القانونية.
المبحث الثاني: تحديد مفهوم الإنصاف من حيث تعدد معانيه وطبيعته ومدى ارتباطه بتأويل التصرفات القانونية.
الفرع الثاني: تأمل ما يسمى بفكرة عقود الإذعان، المبنية بالأساس على حسن النية أو الإنصاف، من خلال دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة.
المبحث الأول: تحديد ما يسمى بعقود الإذعان من حيث مفهومها وتأويلها في ضوء حسن النية أو الإنصاف.
المبحث الثاني: محاولة تقييم ما يسمى بفكرة عقود الإذعان في ضوء دوافع ظهورها وواقع الظروف الراهنة

الخاتمة 598
ملحق خاص 604
قائمة المراجع 609
الفهرست العام 635