

سلطان الارادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه و مظاهره في نظرية العقد

(رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص)

تحت إشراف : الدكتور
مولاي ادريس العلوي العبدلاوي

تقديم بها :
محمد شيلح



لجنة المناقشة :

الدكتور مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : رئيس
الدكتور ٣ محمد الخليل شامي : عضو
الدكتور شكوي ٢ محمد السباعي : عضو

الرباط : 1983



- المصطلحات -

- إن سلطان الإرادة هو التمييز من المذهب الفردي في الميدان القانوني .
نصده به سلطة إرادة الفرد في ألا تخضع إلا للقوانين التي تخلقها بنفسها .
نفسها (1) . و بعبارة أخرى فإن سلطان الإرادة هو سلطة الإرادة في خلق
انون (2) ، في خلق المراكز القانونية (3) أي في خلق الحقوق و الالتزامات
تعديدا أو انهاءها (4) .
- و سلطان الإرادة كنظرية يجمع الإرادة أساسا لكل المؤسسات القانونية
بالدرجة الأولى ، لمقد الذي يرى فيه المذهب الفردي غايته و يحقق به ضالته
- و إذا كانت نظرية سلطان الإرادة تجد تجسيدا في القانون المدني الفرنسي
ب القوانين المدنية الأخرى التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية ، فإن هذه النظريات
يست وليدة صدفة أو بنت لحظية و إنما هي نتاج تفاعل بين مجموعة من
الترجمات المعرفية التي تمخضت عن فكر فلاسفة القانون الطبيعي و على رأسهم
روسو كانت (لذلك سنقتصر عليهما فقط عند دراسة الأسس الفلسفية لنظرية
سلطان الإرادة) و المصداق الاقتصادي التي أفرزها عصر النهضة الأوروبية
خاصة خلال القرن 18 ، من خلال الفكر الاقتصادي الذي قال به أصحابه -
رأسهم المدرسة الفيزيوقراطية التي نكّر لها الدكتور كيني و حمل لواء تطبيقها
على المستوى العملي الوزير تيركو (و سنكتفي بهذه المدرسة عند البحث في
الأسس الاقتصادية لنظرية سلطان الإرادة) - انطلاقا من مشاهدة واقع اقتصادي
يحيي على المجتمع و بغية تكريس هذا الواقع بعد تطويره (5)
-
- (1) ر. تيزون : سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم (دراسة في القانون الداخلي
أ. أروحة ، باريس 1931 ص 3 - عيمانويل كونو : في مبدأ سلطان الإرادة في القانون
الخاص ، أطروحة ، باريس 1912 ص 2 و 3 و 27 .
- (2) فيرونك راني : سلطان الإرادة : ميلاد و تطور مفهوم رسالة ، باريس 1977 - 1978
ص 1 و 4 و 11 .
- (3) مارسيل فالين : المذهب الفردي و القانون ، الطبعة الثانية ، باريس 1949 .
- (4) نعمان جمعة : نظرية مصادر الالتزامات ، أطروحة ، المكتبة العامة لقانون و
القضاء ، باريس 1968 - ص 212 . - أنظر في هذا المعنى أيضا : محمد
كمال القطار : نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيديولوجية العربية الثورية
منشورات وزارة الثقافة و الفنون - الجمهورية العراقية - سلسلة دراسات (37)
1978 ص 528 .
- (عيمانويل كونو : المرجع السابق ص 27 و 28 .

غير أن تفاعل العوامل السابقة الذي أدى إلى إيجار جوهر النازية لم يكن إلا بمثابة المرأة الحامل التي لم يحن موعد وضع حملها إلا يوم قامت الثورة الفرنسية سنة 1789، إذ أن هذه الثورة هي التي أصبغت المشروع على قدسية الفرد و أذلت الصعوبات في وجه مبادرة الإرادة الفردية التي ليس لها أن تتقيس إلا بما يهدف إلى إطلاق عنان حريتها و سلطانها عملاً بالمبدأ الفيزيوقراطي "دعه يعمل، دعه يمر" فالما أن الإرادة الحرة هي مصدر وجود كل شيء و الغاية التي يرمي إلى تكريسها كل شيء حتى القانون الوضعي و بالدرجة الأولى الداخلي منه .

3 - و جوهر نازية سلطان الإرادة لا تقتصر هيمنتها على القانون الداخلي الذي يشكل القانون المدني قباب الرخى فيه بل تمتد أيضا إلى القانون الدولي الخاص . ومع ذلك فالذي يمكن ملاحظته هو أنه بالرغم من قوة النازية لهذه الهيمنة على مستوى الجوهر ، فإن عبارة سلطان الإرادة مصال - لم يقع تداولها بين فقهاء القانون إلا في أواخر القرن 19 و ان كان قد سبق لها أن أكدت وجودها في اللغة الفلسفية منذ أن ابتدع الفيلسوف عيمانويل كانت كما سنرى ذلك في حينه .

و اذا كان المنطق يقضي بكون فقهاء القانون المدني هم الذين كان عليهم أن يبتكروا مصالح سلطان الإرادة أول الأمر نارا لتعاطفهم اليومي مع قانون تشكل مقتضياته روح نازية سلطان الإرادة و جوهرها ، إلا أن منجية الشرح على المقنن ، التي ماغت على عقلية هؤلاء الفقهاء و التي كانت ترفض و تمقت كل محاولة من شأنها أن تقرب القانون بالفلسفة ، حالت دون ذلك (6) .

(6) للتعرف على ما كانت تتميز به هذه العقلية الفقهية ، يراجع مؤلف أندريه جان أرنو حول "الفقهاء" و المجتمع وجميعا لوحة "نشر دار المابوعات الجامعية الفرنسية (بيف) باريس 1975 . - و ترى الأستاذة فيرونيك رانوي أن السبب في استمرار مصالح سلطان الإرادة في الفقه المتعلق بالقانون الدولي الخاص قبل استعماله من طرف فقهاء القانون الخاص يرجع من جهة إلى كون فقهاء القانون الدولي الخاص قد ألفوا استعمال لفظة "السلطان" المقرونة بلفظة "المتعاقدين" أو "الأطراف" منذ الأربعينات من القرن التاسع عشر ، لذلك كان من السهل عليهم أن يستبدلوا الألفاظ المضافة إلى السلطان بلفظة الإرادة بينما الأمر بالنسبة لفقهاء القانون الخاص كان يتعلق بخلق لفظة السلطان لأول مرة . و من جهة أخرى فإن ندرة القواعد المكتوبة في القانون الدولي الخاص سمحت لفقهاء الدوليين بإطلاق العنان لخيالهم من أجل المساهمة في توسيع نطاق الفكر القانوني و بالتالي نطاق الألفاظ و المصطلحات المعبرة عن هذا الفكر ، وهذا ما لا نجده في الفقه المتعلق بالقانون الخاص لانهمار الفقهاء بمدونة نابوليون و اعتبارها قانونا مانعا جامعا لكل الفرغيات و الحلول و رفعها إلى مصاف الكتب الدينية المقدسة : المرجع السابق ص 72 و 73 وكذلك ص 98 و ما بعدها .

و يرجع الفضل في اكتشاف المصالح و جماعه قابلا للتداول

في مجال اللغة القانونية الى فقهاء القانون الدولي الخاص (7) .

4 - ففي القانون الدولي الخاص تأمرت مصالحات "السلطان" ، "سلطان الانسان" ، "سلطان المواطن" مع نشر المحامي فليكس (Foelix) لمؤلفه حول القانون الدولي الخاص سنة 1843 و صدور ترجمة المجلد الثامن حول "نظام القانون الروماني" لسافينييه (SAVIGNY) سنة 1851 (8) . الا أن المدلول الذي أعطاه لهذه المصالحات كان يقتصر على اعتبارها "تبريرا أو تفسيراً لاحقاً أو بعدياً (à postériori) للقانون الذي ينبغي تطبيقه على العقد بسبب "عادة الأمم" (l'usage des nations) بالنسبة الى الأول أو بسبب "بيعة الاشياء" (la nature des choses) بالنسبة الى الثاني" (9) .

الا أن هذا المدلول المتمثل في التبرير أو التفسير البعدي للقانون الواجب التطبيق على العقد وقتاً لما تفرضه دوافع أخرى غير نية أطراف العقد ، قد تغير في عمقه مع صدور مؤلف القانون الدولي الخاص للفقيه البلجيكي لوران (Laurent) في ثمان مجلدات خلال سنتي 1880 و 1882 . فعذا الفقيه أعطى للمصالحات السابقة مدلولاً جديداً مفاده "أن الارادة في ميدان العقود هي كل شيء" ، فارادة الأطراف هي التي تخلق القانون و بالتالي فهي التي تحدد القانون الذي سيخضع له العقد في تنأيمه" (10) . و بعبارة أخرى فان المصالح عند لوران ومن اتبعه في الرأي أصبح يمثل مبرراً قالياً (à priori) لحل تنازع القوانين في ميدان العقود (11) .

(7) فيرونياك راني : المرجع السابق ص 11 و 12 . عيمانويل آونو : المرجع

السابق ص 3 المامش رقم 2 .

(8) فيرونياك راني : المرجع السابق ص 14

(9) فيرونياك راني : المرجع السابق ص 19 . لمزيد من التفاصيل أنظر نفس المرجع

خاصة الصفحات من 19 الى 27 .

(10) فيرونياك راني : المرجع السابق ص 29 و 30 . للمزيد من التفاصيل حول موقف

لوران من المصالح السابق والمدلول الجديد الذي أعطاه اياه : أنظر المرجع السابق من ص 31 الى 38 .

(11) أنظر في تعامل فقهاء آخرين مع نفس المصالحات وتركيتهم **بايها** مع الاحتفاظ لهما

بنفس المدلول الجديد اما انبلافاً من نفس التبريرات التي جاء بها لوران أو انبلافاً من

تبريرات أخرى تجد سندها في مذاور المدرسة التي ينتمون اليها : نفس المرجع السابق

من ص 38 الى 45 .

و مع ذلك اذا كان لوران هو الذي سبق الى بلورة فكرة سلطان الارادة بالمفهوم الذي استقر عليه الأمر في الوقت الحاضر ، فان الأستاذ بروشير (Brocher) هو الذي استلح أن يجمع بين لفئتي "السلطان" و "الارادة" و يخلق منهما مصالحا قانونيا هو سلطان الارادة و ذلك في مؤلفه حول القانون الدولي الخاص المنشور سنة 1883 (12) . الا أن هذا المصالح لم يقع ضمه الى أسرة المصالحات القانونية بصفة اعتيادية و قارة الا بعدما تبناه الأستاذ فيس (André Weiss) . منذ صدور مؤلفه حول القانون الدولي الخاص سنة 1886 و ذلك بسبب التأثير الذي كان لهذا الفقيه في الوسط الفقهي في فرنسا و خارجها (13) .

5 - أما في القانون الخاص الداخلي ، فان الفقهاء بالرغم من كونهم قد كرسوا سلطان الارادة في جوهره - وأعني بذلك سلطان الارادة كفكرة - ، الا أن أحدا منهم لم يقدر على ايجاد صياغة لهذا الجوهر أو افراغه في قالب اصلاحي قبل العقد الأخير من القرن 19 اذا ما استثنينا الفقيه أكولاس (Acolas) الذي استعمل لأول مرة عبارة "سلطان الفرد" في مؤلفه الممنون بضرورة إعادة النظر في جميع قوانيننا و خاصة مدونة نابوليون على ضوء فكرة الديمقراطية الصادر سنة 1866 (14) .

غير أن هذا السكون أو الخمول الذي طبع حاسة الابداع القانوني لدى فقهاء القانون الخاص لم يدم طويلا .

فلقد أدت الأزمات الاجتماعية و انخفاض الفكر الاشتراكي و غيره من التيارات الاجتماعية بالمشعر الفرنسي الى أن يتدخل منذ سنة 1880 بمجموعة من التشريعات التي تخفف من غلو الطابع الارادي والفردى لمدونة نابوليون كما

(12) بالرغم من أن بروشير يعتبر أول من ابتكر مصالحا سلطان الارادة الا أنه مع ذلك لا يؤمن به كفكرة أو جوهر وذلك بسبب ما يراه في الارادة كمجرد وسيلة خاضعة و تابعة للقانون : أنار فيرونيك راني : المرجع السابق ص 45 . - أنار أيضا موقف بروشير من سلطان الارادة فكرة و اصلاحا في نفس المرجع من ص 45 الى 47 و كذلك من ص 146 الى 150 .

(13) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 46 و 47 و ما بعدها . - أنار موقف الفقيه فيس من سلطان الارادة كفكرة في نفس المرجع من ص 56 الى 60 .

(14) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 101 و ما بعدها .

أدت الى أفول نجم مدرسة الشرح على المتن واحلال المدارس العلمية محلها .
ولذلك اعتبرت سنة 1880 بمثابة منعطف جديد لتاريخ الفكر القانوني في
فرنسا (15) ، باعتبار أن هذا الفكر أصبح يتقبل بصدر رحب مناطق النقد
وتساؤلات الفلسفة . وأمام هذه التحولات أحس المناصرون لفكرة سلطان الارادة
بضرورة الدفاع عن المبادئ الارادية و الفردية للقانون سواء من وجهة النظر
الاقتصادية كما فعل على سبيل المثال ألفريد جوردان (Alfred Jourdan) (16)
أو من وجهة النظر الفلسفية التي حمل لبواها الفيلسوف و العالم الاجتماعي
ألفريد فوييه (Alfred Fouillée) (17) أو من وجهة النظر القانونية كما
فعل الفقيه شارل بودان (Charles Beudant) (18) . و ما دام الامر الذي
يهنينا في هذا المحدد يتعلق بالبحث عن مدى اكتشاف فقهاء القانون الخاص
لسلطان الارادة كمصالح قانوني ، نشير الى أن شارل بودان ، كفقيه من فقهاء
القانون الخاص ، يعد أول من استعمل عبارة " سلطان الكائن الانساني "
(L'autonomie de l'être humain) لتحديد معالم فكرة أو حوزة سلطان
الارادة الذي يدافع عنه و يواجهه به الأفكار المصادية للفردية كمذهب و عقيدة
و ذلك في مدخله للقانون الصادر سنة 1891 و الذي عنوانه بالقانون الفردي
و الدولة " (19) و مع ذلك فان الفضل في الجمع بين لفئتي " السلطان "
و " الارادة " ولو هوة واحدة ، يرجع الى الاستاذ وورمس (Worms) فـ في
أما روحته المنشورة سنة 1891 و المطلقة بـ " الارادة المنفردة " المعتبرة كمصدر
للتزامات . الا أن المفهوم الذي يعاياه الاستاذ وورمس لسلطان الارادة يقتصر
فقط على الارادة المنفردة التي ينبغي أن يفسر بها تكوين العقد ، فهو يعتبر بأن

(15) بونكاز : الفكر القانوني الفرنسي منذ سنة 1804 الى اليوم : تحولاته وخطوطه
الرئيسية ، بوردو ، 1933 ، الجزء الاول ص 348 و ما بعدها . - أ.ج. أرنو : المرجع
السابق ص 75 و ما بعدها .

(16) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 113 و ما بعدها

(17) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 115 و ما بعدها

(18) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 117 و ما بعدها .

(19) راجع على الخصوص للتأكد من هذا المصالح ص 22 و 146 من مؤلف بودان .

العقد ليس عملاً قانونياً يتكون بتوافق الإرادتين ، بل انه يتكون من عملين من أعمال الإرادة المنفردة يمدد كل منهما مستقلاً عن العمل الآخر ، و هما التزام الموجب و قبول الدارف الآخر " (20) .

و بعد وورس جاء الفقيه فرانسوا جيني (François Geny) ليستعمل سلطان الإرادة كمصالح قانوني في أول مطبعة صدرت سنة 1899 لمؤلفه حول " منهج التأويل و المصادر في القانون الخاص الوضعي " و ذلك قصد الدلالة على الإطار الذي تكون فيه الإرادة مصدرًا أو ذات نفوذ وسيادة في التصرفات القانونية (21) . و مع ذلك يلاحظ أن أكثر فقهاء القانون الخاص إخلاصاً و مناصرة لسلطان الإرادة كفكرة و دفاعاً عنه كجوهر للقانون لم يتجرأوا على تبني سلطان الإرادة كمصالح قانوني في بداية القرن 20 إلا نادراً . وبالمقابل ، فإن مناهضي فكرة سلطان الإرادة ومنتقديها لم يتورعوا عن التكثير من استعمال سلطان الإرادة كمصالح قانوني بالتدريج الذي ساهم حتى في تعميق مدلوله إلى درجة أن الاستاذ عيمانويل غونو (Emmanuel Gounot) جعل منه عنواناً لأبحاثه التي صدرت لأول مرة سنة 1912 لانتقاد و تفنيد مضمونه كثرائية تجسم المذهب الفردي في المبدأ القانوني (22) .

6 - و يعد مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحاضر من أعم المبادئ القانونية التي حثت في فرنسا بالقسط الوافر من الدراسات و البحوث سواء فيما يتعلق بميلاده و تناوره أو فيما يخص مدى تأثيره على العقد و التعديلات التي تاراً عليه أو فيما يرجع إلى انتقاده و تنقيحه . اذ لك يمكن التساؤل عما اذا كانت قولة لابريريير (La Bruyère) التي تذهب إلى أن " كل شيء قيل و جئنا بعد فوات الأوان " (Tout est dit et l'on vient trop tard) من شأنها أن تنطبق على محاولة دراسة مبدأ سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي من الزاوية التي تنعم أسسه و مبادئه في العقد ؟

(20) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 119 و ما بعدها . - نعمان جمعة : ثنائية مصادر الالتزامات ، أطروحة ، منشورات المكتبة العامة للقانون و الاجتماع القضائي باريس 1968 ص 98 ، 100 ، 101 ، 102 .

(21) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 120 .

(22) للاطلاع على التفيد العام الذي قام به غونو لنظرية سلطان الإرادة : أنظر أطروحته و على الخصوص الباب الخامس منها الممتد من 318 إلى 398 .

اننا لا نرى أن تكون الاجابة على هذا التساؤل الا سلبية ، وذلك من جهة لأن مبدأ سلطان الارادة لم يحظ قط في المغرب بالبحث و الدرس اذا ما استثنينا مؤلف بول دوكرو حول " سلطان الارادة والنظام العام في القانون الاتفاقي المغربي " ، أي في القانون الدولي الخاص ، الصادر سنة 1952 . و من جهة أخرى فان محاولة التصدي بالبحث لمبدأ سلطان الارادة في المغرب من شأنه أن يفتح الدريق نحو الاجابة على كثير من التساؤلات الفلسفية المرتبطة بقوله . ع . م . ع . م . أعمما ما يلي :

— أي الاتجاعمين الشخصي أو الموضوعي يهيمن على ق . ل . ع . م . ؟

— دور القاضي في تعديل العقود وبالتالي في خلق القواعد القانونية المنظمة للعقد ؟

— كيف يمكن تفسير التعارض الموحود بين قواعد الاعلية المنثقة عن مدونة الاحوال الشخصية و قواعد الاعلية المنثقة عن ق . ل . ع . م . ؟

— مدى مساهمة ق . ل . ع . م . في المواقع المغربية ؟

و الأكثر من هذا ، فإذا كان يمكن تشبيه القانون بالشجرة التي ليس لها أن تثبت و تؤتي ثمارها الا في التربة و المناخ الملائمين لها ، و اذا كانت العلاقات التعاقدية في المغرب تستأثر تحت فروع شجرة ق . ل . ع . م . ، فان اختيار البحث في موضوع مبدأ سلطان الارادة من شأنه أن يساعدهم في الكشف عن جذور هذه الشجرة ، الشيء الذي يسهل معه التعرف على نوعية الثمار التي تدرها هذه الفروع . و بعبارة أخرى فان دراسة مبدأ سلطان الارادة خاصة من زاوية أسسه ستحطنا على البحث عن أصول ق . ل . ع . م . و التحرر عن مدى حقيقة هذه الاصول .

غير أن دراسة مظاهر سلطان الارادة في العقد لا تقل أهمية عن دراسة أسسه في ابراز هذه الحقيقة الى جانب كونها ستساعدنا على ايجاد محاولات جوابية عن أهم التساؤلات الآتية الذكر .

و حتى نصل الى الهدف المتوخى من بحثنا هذا ، فاننا لربأينا مصالحته في قسمين يتعلق أوأما بأسس سلطان الارادة و أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي و ثانيهما بمظاهر سلطان الارادة في العقد .

و لقد وزعنا القسم الاول على بابين : رسمنا في الباب الاول الاسس الفلسفية و الاقتصادية لمبدأ سلطان الارادة بينما كررنا الباب الثاني لأصول ق . ل . ع . م . بوجه عام و الفصل 230 بوجه خاص .

أما القسم الثاني فلقد منفضاه بدوره الى بابين : تناولنا
في الاول منهما مفاعيل سلطان الارادة في تكوين العقد بينما
خصصنا الباب الثاني لمفاعيل سلطان الارادة في آثار العقد .

== الباب الأول ==

=====

أسس سلطنة ان الارادة

8 - اذا كان القرن 18 يوصف بعصر الاستبداد و قمع الحريات في مختلف صورها ، فافضه بالمقابل يوصف بكونه العصر الذي ظهرت فيه التيارات الفلسفية و الاقتصادية التي رافعت بحرارة وحدة عن الأفكار الليبرالية و قدسية الفرد باعتباره غاية في جميع الميادين سواء الفلسفية منها أو الاقتصادية أو الاجتماعية. و هذه الافكار هي التي سترى النور على مستوى التباين عند قيام الثورة الفرنسية التي تشبعت بالروح الفردية فعمدت الى تكريس حرية المواطنين و تحقيق المساواة بين الأفراد و قامت بقطاع أوصال كل ما من شأنه أن يعرقل مسيرة و ازدهار هذين المبدأين ، بادئة بالغاء المؤسسات التي تتعارض معها لما تشكله من أشد الخوار عليهما و بالتالي على مبدأ حرية العقول .

و هكذا غرس مبدأ سلطان الارادة جذوره عميقا بعد ما كان مجرد تمنيات تطفو على صفحات الكتب و تم تتويجه باضفاء المبدأ القانوني عليه وجعله سنة 1804 العمود الفقري أو القطب الذي تدور حوله كل مقتضيات مدونة نابوليون .

و عليه فان التيارات الفلسفية و الاقتصادية كان لها القدر الممل في تكريس الليبرالية و الفردية و بلورتها على المستوى القانوني في نظرية سلطان الارادة . ففيم اذا كانت تتحلل الافكار الليبرالية و الفردية عند هذه التيارات ؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال بحثنا في كل من الاسس الفلسفية لسلطان الارادة (الفصل الاول) و الاسس الاقتصادية (الفصل الثاني) .

* - الفصل الأول - *

الأسس الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة

9 - ان تاريخه سلطان الإرادة التي يقوم عليها الفكر القانوني بمجموعه -
- أو على الأقل الفكر القانوني الكلاسيكي - في فرنسا تحد أعماله الفلسفي
في الأفكار التي سادت خلال القرنين 17 و 18 .

فلقد استأاع الفيلسوف هوبز (HOBBS) ببحثه في الاصل
التعاقدى و الارادى للقانون أن يحول القانون الطبيعي الى مجرد المحافظة
على الحياة و احترام الحقوق بعد ما كان مطبوعا بالسيفه الدينيه . و بذلك
استحق كما يقول الاستاذ ميشيل فيلي المكافه الاولى في تاريخ الاراديه
القانونيه (1) .

و بعد ذلك تطورت الفكرة التعاقدية عند كل من لوك (LOCKE)
و بوفنورف (PUFENDORF) . الا أن هؤلاء كان ينقسم اصباغ أفكارهم بالصيفه
التركيبية التي تؤدي الى التنسيق فيما بين مختلف الآراء التي تبرز بوضوح
الأدلة التي تجعل الفرد غاية في ذاته و ترفع من قيمة الإرادة لتجعل
منها أداة تتحقق بها هذه الغاية و مبدرا أساسيا بل و وحيدا للقانون ، فجاء
روسو (ROUSSEAU) و كانت (KANT) لسد هذا النقص و بذلك يمكن اعتبار
أفكارهما أهم الأسس الفلسفية لتاريخه سلطان الإرادة (2) لذلك سنقتصر عليهما
فقط في هذه الدراسة التي نرى أن نعالجها في فرعين :

الفرع الأول : الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار جان جاك روسو

الفرع الثاني : الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار عيمانويل كانت

(1) ميشيل فيلي : دروس في تاريخ فلسفة القانون : الفصل 13 المتعلق بازدهار
وانحلال الاراديه القانونيه : منشورات رالوز طبعه 1962 ص 275 .

(2) لقد ساهم فيخته (FICHTE) بقسط وافر في تكريس سلطان الإرادة الذي رافع
عنه بحراره جنونية و ساهمت أفكاره الى جانب أفكار كانت في ميلاد مدرسة القانون الطبيعي
الالمانية التي جعلت أساس نظامها مبدأ سلطان الإرادة و فكرة العقد الاجتماعى . الا أن
الشعرة التي نالها فيخته في ألمانيا لم تجد من ينفق لها في فرنسا بالقدر الذي حظيت
به أفكار كانت .

١٠. الفرع الأول

الأسس الفلسفية المشتقة من أفكار جان جاك روسو

10 - ان الفلسفة السياسية للقرن 18 كان يمثلها روسو بحق (1) ذلك أن الشعوب وجدت في كتاباته ما يترجم مشاعرهم و يخفف من وطأة آلامهم و يبشر آمالهم في التخلص من براثن الغطرسة و الاستبداد (2).

و اذا كان من الصعب تقصي حقائق أفكاره حول مسألة معينة بسبب التناقضات المتعددة التي تعتري كتاباته فان الامر ليس كذلك فيما يرجع إلى مذهب الفرداني الذي تميم عليه دائما فكرة الحرية و المساواة (3) التي تجد أساسها في الطبيعة.

في الأصل - في مرحلة الطبيعة - كان الفرد يعيش منعزلا و بعيداً عن كل علاقة متنامة مع الأفراد الآخرين . و هذه العزلة هي التي جعلت الناس يعيشون في جو تغمره المساواة و الحرية و السعادة (4) .

يشعر أن روسو بقوله ان الفرد كان يعيش عند بداية المالم منعزلا يكون قد أخرجه من المجتمع ليلحقه بالانبيسة و بحقيقته البسيكولوجية . و يمكن لنا أن نستخلص من هذا أن المجتمع في نظره ليس وحدة متماسكة بل هو اطار تحدد شكله و مساحته مجموعة من الدوائر المنعزلة أو بمعبارة أخرى هو اطار يتكون من ذرات متساوية التكوين و الحركة و لا يتحدد هذا الاطار الا اذا وقع تحديد مفرد هذه الذرات . "ولذلك كان من الطبيعي أن يرى روسو في خير الفرد و صالحه الغاية النهائية للمجتمع السياسي" . (5)

(1) مارسيل فالين : المذهب الفردي و القانون : منشورات روما مونكريتيان - ابنة

1949 ص 42

(2) مولاي ادريس العلوي العبدلاني : المدخل لدراسة القانون الجزء الاول ص 179

(3) أحمد مامر : في سلسلة ان الارادة الفردية بالنسبة الى التعديلات التي تاراً على

المقود : ألهوحت مونيليه 1913 ص 77

(4) جاك ايليل : تاريخ المؤسسات منشورات "بيف" الجزء الرابع ابنة السادسة

1969 ص 225 - فيلسيان شلاي : تاريخ الملكية ترجمة مباح كنعان سلسلة زمني علما منشورات عويبات ص 83 و ما بعد

(5) مارسيل فالين : المرجع السابق فقرة 12 ص 42 .

و لما كان الانسان قد ولد وهو يتمتع بحقوقه فان مجموع هذه الحقوق هي التي جعلت منه شخصا مستقلا (Autonome) استقلال الطبيعة . ولا يتلاءم مع هذه الاخيرة الا العيش البسيط (6) البعيد كل البعد عن الترف ، كما لا يتلاءم معها أيضا الاحمال لأن " نفوسنا ، يقول روسو ، تنسد بمقدار تقدم علومنا و فنوننا الى جمة الكمال " . (7)

11 - ألا أن كل شيء تغير عندما دخل الانسان في المرحلة الاجتماعية التي فقد فيها فرديته البدائية و بذلك أصبح عبدا : " عبدا و اجتماعيا ، اجتماعيا و فاسدا ، اجتماعيا و شقيا " . (8)

لكن كيف فقد الانسان فرديته البدائية المطبوعة بالحريه و المساواة ؟ لقد فقدما عندما ظهرت الملكية الخاصة التي أطلقت العنان لسيادة " عدم المساواة التي هي الأصل الأول للشر . و عن عدم المساواة تنشأ الثروة . و الثروة تولد الترف و الفراغ . و الترف أصل وجود الفنون و الفراغ أصل وجود العلوم " (9) و اذا كانت الملكية الخاصة هي التي أفزرت الأصل الأول للشر

- عدم المساواة - فمتى تم ظهور الملكية الخاصة ؟ لا شك أن ذلك تم عندما انتقل الأفراد الى المرحلة الاجتماعية : " أن أول شخص أحاط قطعة أرض بسياج و ألمح اليها بالقول : ان هذا لي ، ووجد أشخاصا في قمة السذاجة الى درجة أنهم صدقوه ، كان هو المؤسس الحقيقي للمجتمع المدني . فلو أن أحدا صرخ في وجه أمثاله مقتلعا بصرخته الاوتار : احترسوا من الاغتراف الى هذا الماكسر ستخلون اذا نسيتم أن الشمار للجميع و أن الارض ليست لأحد . كم من الحرائم و الحروب و القتل ، كم من البؤس و الرعب ، كان يعيق النوع البشري شرما " . (10)

(6) . اذا كان روسو يمتك الترف و الكماليت فان مونتيسكيو يقبل أو يرفض الترف حسب الظروف : " عندما يكون هناك توزيع غير متساو للشوات ، ينبغي للترف أن يسود ، فاذا امتنع الاغنياء عن الاتفاق الوفير مات الضعفاء جوعا . و على الاغنياء أن ينفقوا بنسبة تتلاءم و درجة عدم المساواة في الشوات . . . و الترف يزيد في هذه النسبة " . مونتيسكيو : روح الشرائع ، الجزء الأول ، الكتاب السابع عن أحمد ماهر : المرجع السابق ، ص 86

(7) محمد حسين هيكل : ج . ج . روسو : حياته ، مكتبه ، الطبعة الثانية مكتبة النهضة المصرية ، 1956 ، ص 81

(8) جاك ايليل : المرجع السابق ، ص 226

(9) محمد حسين هيكل : المرجع السابق ، ص 87

(10) ج . ج . روسو : خطاب حول أصل و أسباب عدم المساواة بين الناس : منشورات أفكار / كالمار رقم 90 ، طبعة 1975 ، ص 87 أو أفكار سلسلة 10/10 رقم 89 ، طبعة 1975

12 - وهكذا فإن الفرد عندما انتقل الى المرحلة الاجتماعية فقد الحرية والمساواة وهما خاصيتان فطريتان فيه . ولكن ألا يمكن القضاء على هذا العقد الاجتماعي و العودة الى عهد الطبيعة البدائية ؟ كلا لا يمكن ذلك لأن الأمر أصبح مستحيلا . إذن فكيف يمكن العثور على هذه الحرية والمساواة هناك وسيلة من شأنها أن تؤدي الى تكريس نفس ما كان سائدا في المرحلة الطبيعية ، في ظل الجماعة السياسية : انما العقد الاجتماعي . و حتى يتحقق هذا التكريس ينبغي أن تخضع للحرية والمساواة كل من المؤسسات والبنى الاجتماعية .

هكذا ينص روسو على أن دور واحد مخرجاً يبرره دخول الفرد في المجتمع : انه " ايجاد نوع من الجمعية تحمي وتدافع بكل القوة المشتركة عن شخص وأموال كل شريك . " (11) وهذا هو الدور المنوط بالعقد الاجتماعي . و يدخل الانسان في هذه الجمعية (association) وفقا لتسرفه الارادي . و بواسطة العقد الاجتماعي الذي أبرمه الافراد وفقا لارادتهم ينزل كل واحد منهم عن حرياته الطبيعية الضرورية للجمعية قصد الحفاظ على بقاء المجتمع مقابل قيام الجمعية باعادة توزيعها على أفرادها دون أي تمييز و بذلك تتحقق المساواة . (12)

" فما دام الانسان ، يقول روسو ، ليست له أية سلطة طبيعية على نده ، و ما دامت القوة لا تولد أي حق لذلك فان الاتفاقات هي التي تبقى أساسا لكل سلامة بين الناس . " (13) (14) و بذلك تكون الجمعية متساوية بالنسبة

-
- ص 345 . و يتضمن هذا الكتاب الاخير مؤلفات ج . ج روسو الآتية : العقد الاجتماعي ، خطاب حول العلوم والفنون ، خطاب حول أصل وأسباب عدم المساواة بين الناس .
- (11) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الاول الفصل السادس منه المتعلق بالميثاق الاجتماعي منشورات 10/18 ص 72
- (12) مولاي ادريس العلي العبدلاني : المدخل لدراسة القانون : الجزء الاول : نظرية القانون ، الطبعة الثانية 1975 ص 181 - حاك ايليل : المرجع السابق ص 226 .
- (13) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الاول الفصل الرابع منه المتعلق بالعبودية منشورات 10/18 ص 65 .
- (14) يلاحظ أن اقتراح قيام المجتمع على أساس عقدي لا يعتبر جديدا . فلقد قال به Epinasse قبل روسو بزمان طويل حيث اعتبر العقد الشكلي أساسا لكل مجتمع و كل عدل و أكد بأن غير المتعاقدين ليس لهم أي حق . كما قال به قبل روسو أيضا كل من Hubert Languet و Grotius و Hobbes و Spinoza و Locke (أنظر التتمة في الصفحة الموالية)

الى الجميع : فكل فرد يلتزم ازاء الجميع و يرتبها بغيره دون أن يكون تابعا له . "يتحد بالمجموع دون أن يخضع الا لنفسه" . (15) و بالمقابل فان "كل واحد يحصل على بدل ما يفقده و يتمتع بكل قوة و سلطة لحماية ممتلكاته" (16) .

و الملكية لم تعد واقعة كما كان عليه الأمر في السابق بل أصبحت
حقا . و الدولة هي الضامنة لهذا الحق . (17)

ثم "ان المساهمة الارادية للفرد داخل الجمعية" (18) لا تفقده الحرية عندما ينضم الى هذه الجمعية لأن الفرد لا يخضع بها الا للدولة و الدولة ليست الا مسورة للتوفيق بين الحريات الفردية." (19) هذا من جهة و من جهة أخرى فان الحرية لصيقة بالانسان بصفته انسانا لذلك فحتى اذا ما فقد ما بصفته كمواطن (Citoyen) فإنه يبقى محتفظا بها بصفته كإنسان (homme). (20).

و تجدر الإشارة الى أن المقصود بالحرية في نظر روسو هو المساواة التي ينبغي أن تتحقق انبعاثاً من وسائل متعددة تشارك اليها في عقده الاجتماعي . وعليه فإن الحرية في مفهوم روسو تعني المساواة : فالمقصود بالحرية ألا يدخل الفرد في علاقة تبعية خاصة . أما أن يكون الفرد تابعاً للجميع فليس معنى هذا أنه يفقد حريته و لو تعوض لقمع الدولة . و بالنسبة للمساواة فإن الحرية لا يمكن لها أن تعيش بدونها . (21)

حيث لجأوا إلى الاتفاق الصريح أو الضمني ليفسروا وجود المجتمع تاريخياً أو يبرعوا
بالمقل على وجود المجتمع بصفة عامة أو على الأقل وجود مجتمع سياسي . إلا أن روسو
هو الذي أصبح الشمسية على فكرة العقد الاجتماعي بسبب الشهرة التي حظي بها كتابه :
راجع عيمانويل كونو : في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص : أماروحد باريس
1912 ص 46 .

(15) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الأول الفصل السادس منه المشار اليه سابقا منشورات 10/18 ص 72

(16) روسو :

(17) جاك ايليل : المرجع السابق ص 226

(18) عبارة استعصما الفقيه ريحي في كتابه : القانون الاجتماعي ، القانون الفردي
وتحول الدوايه ، الجزء الثاني ، 1911 ، ع 26 عن عيمانويل جرونو : المرجع السابق
عاصم رقم 1 من ع 47

(19) مولاي ادريس العلوي المبدلاني : المرجع السابق ص 181

(20) جاك ايليل : المرجع السابق ص 226 .

(21) انظر الصفحة الموالية

13 - من كل ما سبق يتضح أن روسو وجد نقطة انطلاقه وتبريرها في مبدأ سلطان الإرادة نفسه : الإنسان وفقا للمبادئ يعتبر حرا ومستقلا بالضرورة . واقد بقي يتمتع بهذه الحرية التي تلازمها المساواة حتى عندما انضم " بارادته الى الجمعية .

و السؤال الذي يباح نفسه الآن هو : هل الإنسان يبقى متمتعا بحريته المألفة بعدما أصبح عضوا في المجتمع أم أن الواقع هذا الأخير يتألب بالضرورة أيضا إيراد بعض القيود على الحرية الطبيعية ؟ وإذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن التوفيق بين هذه القيود و الإرادة الفردية الحرة المستقلة ؟ و بمباراة أخرى " ما هو السبيل الذي سيؤدي بنا الى اعتبار القيود الواردة على الحرية عملا من أعمال الحرية نفسها " ؟ (22)

ان العقد الاجتماعي يعطي الحل لهذا المشكل الأساسي (23) و يمكن إبراز هذا الحل من خلال بلورة أمرين :

1 - " كل مجتمع مدني هو نتاج اتفاق بين كل أعضائه و لا يكون قاعا نتاج القوة " . (24) . فالتصرف الذي يصبح الشعب بموجبه شعبا لا يمكن أن يكون إلا عقدا . وهذا العقد لا يمكن أن يبرمه العضو في المجتمع إلا بتصرفه الإرادي الحُر .

2 - القانون الوضعي - كالدولة - له طبيعة تعاقدية . وهو شرط من شروط العقد الاجتماعي . و الالتزامات التي يفرضها القانون تنبثق عن ارادة الافراد نفسها ، هذه الارادة التي يخضعون لها في نفس الوقت . فإذاعة القانون هي قسي آخر المصاف - اذاعة الفرد للأمر الذي يصدره بنفسه ليسري عليه . وبعد كل هذا " فلا مجال للتساؤل عن الكيفية التي يكون بها الفرد حرا وخاضعا للقوانين في نفس الوقت ، ما دامت هذه الأخيرة سجلات لارادتنا ليس إلا " (25) . وبذلك

(21) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الثاني الفصل 11 " متعلق بمختلف أنظمة التشريع . منشورات 18/10 ع 115 . أنظر أيضا التعليقات الذي قام به الاستاذ فاجيه (Faguet) على الفقرة التي قال بها روسو الواردة في ع 115 أعلاه في أماروجه الاستاذ أحمد ماهر السابق الإشارة اليهما ع 94 .

(22) كونو : المرجع السابق ع 47

(23) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الاول الفصل السادس منه آخر عبارة في ع 72

(24) انه نص الفصل الاول من مشروع التسميح عن حقوق الإنسان و المواطن الذي قدمه SERVAN الى الجمعية الوطنية بتاريخ 30 يوليوز 1789 : عن كونو : المرجع

السابق ع 48 .

(25) - أنظر الصفحة الموالية .

يحمي استقلال الفرد في إرادته و حريته : الإرادة الحرة ليست مبدأ يقوم عليه الحق الشخصي السابق للحرية نفسها فقط بل تعتبر أيضا مصدرا للقانون الموضوعي (Droit objectif) أي القواعد الأخرى التي تنظم و تقيّد الحرية الطبيعية . (26)

14 - و قد يتساءل المرء عما هو القانون : انه التعبير عن الإرادة العامة (27) و الإرادة العامة هي التي يقوم عليها المجتمع المادى . و هي إرادة الجسم السباسي العضوي (organique) . و هذه الإرادة العامة تكون دائما مستقيمة و تميل نحو تحقيق المنفعة العامة . و اذا كانت الإرادة هي الغريزة الفطرية التي تنابع الكائن البشري - الفرد - فان الإرادة العامة مستوحاة من مجموع هذه الغرائز الفطرية - مجموع الافراد المكونين للمجتمع - التي لا تنظر الا بمنظار المصلحة المشتركة . فليس عدد الأصوات هو الذي يصنع الإرادة العامة بل علاقة هذا العدد بالخير المشترك . و يكون على كل واحد أن يبحث في قرارة نفسه مستعينا بعقله و ضميره ، عن الخير المشترك أي الإرادة العامة قبل أن يقبر عن صوته . (28)

و اذا كان روسو يميل الى سيادة الإرادة العامة و سيادة الشعب و القانون فانه كما يظهر ذلك من خلال ما سبق لا يباين سيادة الإرادة العامة الا اذا كان يرجو من وراءها تحقيق المصلحة العامة . فليس هناك سيادة الإرادة العامة على " شي " خصوصي " أي على مصلحة خاصة . و لا يمكن للقانون قايما أن يهتم بالإنسان باعتباره فردا . وباختصار فان روسو يرى بأن كل ما يعود لشيء فردي (objet individuel) لا يمكن للسلطة التشريعية أن تنظمه على الإطلاق . (29)

(25) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الثاني الفصل السادس منه المتعلق بالقانون ص 99

(26) كوتو : المرجع السابق ص 49

(27) مولاي ادريس العلوي العبدلاني : المرجع السابق ص 182

(28) جاك ايليل : المرجع السابق ص 227

(29) روسو : المرجع السابق ص 98 .

و فيما يرجع الى هذه الاشياء الفردية - المصالح الفردية التي لا تهم
الا الأفراد في حد ذاتهم - فان المبدأ (Le Souverain) و القانون لا يمكن لهما
أن يتدخل فيها لأن الأفراد هم الذين عليهم أن يذأوا شؤونهم وفقا لقانون
خاص لا تسري آثاره الا عليهم باعتباره نتاج ارادتهم الخاصة . و على العموم
فان هذا القانون يسمى بالعقد . (30)

15 - و قبل أن نختم بحثنا حول ما ساهم به ابن "صانع الساعات" في تكريس
نظرية سلطان الارادة على المستوى الفلسفي يجدر بنا أن نشير الى أن الاستاذ
سمير عبد السيد تناغو (31) يرى بان العقد الاجتماعي عند جان جاك روسو ،
هو ، في الواقع ، العقد العادل و العقلاني (32) . أو هو العقد العادل أو
العقد العقلي (33) وليس العقد الارادي . لأن هذا الميثاق الاجتماعي
(pacte social) كان مفروضا بالضرورة على الاشخاص الذين أبرموه نظرا
لكون "الحالة البدائية أصبحت غير ممكنة الاستمرار و الا لأدى استمرارها الى
هلاك الجنس البشري" .

و الى جانب ما سبق فان الاستاذ تناغو يستند ، قصد دحض الصفة
الارادية على عقد روسو ، الى كون الناس ، في نظر هذا الأخير ، غير أحرار في
تحديد شروط هذا العقد لأن "شروط هذا العقد محددة " بواسطة الطبيعة
العقد لدرجة أن أي تغيير فينا يجعلها باطلة و عديمة الأثر" بالإضافة الى
أن الارادة الانسانية ليست هي مصدر العدل ان "الشيء الحسن و المناسب للإنسان
هو كذلك بحسب الطبيعة الاشياء و بصفتها مستقلة عن الاتفاقات الانسانية . فكل
عدل يأتي من عند الله الذي هو مصدره" .

(30) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 98

(31) أأروخته في الالتزام القضائي : منشورات المكتبة العامة للقانون و الاحتمار

القضائي ، باريس 1965 ، على الخصوص من ص 51 الى 53 . وكذلك مؤلفه حول

الذاتية العامة للقانون ، سلسلة الكتب القانونية من ص 171 الى 173 .

(32) سمير عبد السيد تناغو : أأروخته في الالتزام القضائي ص 51

(33) سمير عبد السيد تناغو : الذاتية العامة للقانون ص 171

و بعدما قدم الاستاذ تناغو هذه الحجج ليبرمن بما على أن العقد الاجتماعي هو العقد العقلي العادل وأن مصدره هو القانون الطبيعي وليس الانسان ، (34) تسأل عما اذا كان روسو من الذين يدافعون عن نظرية الارادة فأجاب بالنفي صررا ذلك بأن " العقد لا يكون دائما ملزما ، فهو لا يعتبر كذلك الا عندما يكون عادلا ولأنه عادل وليس لأنه عقد . " (35)

و اذا ما أخذنا الحجة الاولى المستخلصة مما جارت به قريحة روسو والتي استند اليها الاستاذ تناغو و مازها أنه كان لا بد من الانتقال الى حالة أو مرحلة جديدة بعدما أصبحت الحالة أو المرحلة البدائية غير ممكنة الاستمرار، نجد أنما تشكل محض افتراض انطلق منه روسو ، امتدادا بمنهجية التفكير التي كانت سائدة خلال القرن 18 - وشعارها العقل - ، لكي يصل الى النتيجة التي سبق لهما أن ترسخت في ذهنه من قبل و المتمثلة في ايجاد أساس لمشروعية السلطة . ولو كانت هذه الحجة صحيحة لما أجاب روسو عن سؤال - ارحه على نفسه وهو : " كيف تم هذا التغيير " (أي الانتقال من المرحلة البدائية الى المرحلة الاجتماعية) بلا أدري . و كل ما يدرية أنه يستأجج الاجابة عن السؤال المتعلق بكيفية اصباح المشروعية على هذا التغيير . (36) .

أما الحجج الاخرى التي استند اليها الاستاذ تناغو فيمكن رخصها عن طريق رخص النتيجة التي توصل اليها و تتمثل في أن روسو لا ينتمي الى أصحاب نظرية الارادة لأن المقصود من عقده هو العقد العقلي العادل ومصدره هو القانون الطبيعي وليس الانسان .

نحن لا نختلف مع الاستاذ تناغو في كون القانون الطبيعي هو مصدر عقد روسو . و لكن أيوجد هناك تناقض بين القانون الطبيعي والانسان خاصة في المرحلة التاريخية التي عاش فيها روسو ؟ لا يمكن الاجابة عن هذا السؤال الا اذا وضعنا العقد الاجتماعي لروسو في طوره التاريخي . (37) وبعبارة أخرى لا نستأجج الاجابة عن السؤال الا اذا عرفنا المميزات الثقافية للقرن 18 . وأعم ما كان يتميز به القرن 18 هو سيادة التيار العقلاني والليبرالي .

(34) سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون هي 173

(35) سمير عبد السيد تناغو : أله روحته المشار اليها في السابق ص 52 و ما بعدها

(36) روسو : العقد الاجتماعي : الكتاب الاول : الفصل الاول منه المتعلق بموضوع هذا الكتاب الاول ص 60 .

(37) طبع العقد الاجتماعي في أبريل 1762 بأستغردام و منع دخوله الى فرنسا بعد شعور من طبعه .

و لقد " تجلت العقلانية ، في الميدان القانوني والسياسي ، في القيام بنقد كل ما هو غير معقول بواسطة العقل وبالدرجة الاولى السلطات والتقاليد . وقد نتج عن اتباع المنهج العقلاني في انتقاد السلطات أن جردت هذه الأخيرة من كل مظاهر " القدسية في حد ذاتها " . أما التقاليد فلقد وقع رفضها لأنه لا يمكن تبريرها في نوار العقل وأن الإبقاء عليها هو عين اللامعقول . (38) وبذلك يكون اتباع المنهج العقلاني قد زعزع الدعائم الجوعرية التي كان يقوم عليها نظام الملكية المملوكة . و الى جانب اتخاذ العقل كمنهج وقع تبنيه كمعيار : فالعلاقات الاجتماعية والاقتصادية يجب إخضاعها لمراقبة العقل ولا يهم أن تكون هذه العلاقات تحكمية أو بعيدة عن الواقع مادام العقل يقبلها . (39) أما التيار الليبرالي الذي كان سائدا خلال القرن 18 فيذهب الى أن الازدهار أو الخير المشترك لا يمكن أن يتحقق على أحسن وجه الا بنشاط الافراد . ولعل أهم قاعدة من قواعد القانون الطبيعي التي تتكلم في الليبرالية هي تلك التي تدع الفرد يمر ليعمل .

هذه هي أهم المميزات التي كان يتحلى بها القرن 18 على الصعيد الفكري . وبعد ، فإن روسو يعتبر واحدا من أولئك الذين تشبهوا بروح العصر . فلما ساعد في تأعيم هذه الروح بمبادئه الفكرية زاد في اغنائها الى درجة أن أهل عصرنا لا يتذكرون القرن 18 من الزاوية الفلسفية والسياسية بل وحتى الادبية الا و تذكروا معه روسو . وبذلك يمكن القول بأن روسو كان اراديا (Volontariste) في جوهره و في الغاية التي كان يروم اليها وعقلانيا فسي مشمجه ووسائله المتبعة قصد تحقيق هذه الغاية . و لعل الذي يركي ما نذهب اليه هو روسو نفسه ان يرى بأن الانسان ولد حرا ومستقلا لذلك فرضاء المواطنين وحده يصبغ حلة المشروعية على السلطة (40) . كما يرى في مصلحة وخير الافراد الغاية النهائية للمجتمع السياسي (41) أو ليس في هذا ما يعبر عن الليبرالية في أقصى مآثرها والارادية في الميدان القانوني على الاقل احتما وسداها .

(38) " ولعل هذا هو الذي أدى الى عدم ادراج العرف ضمن المصادر القانونية القياسية كونه : المرجع السابق ص 50

(39) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 174

(40) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 103

(41) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 42 .

إذا ما ثبت هذا وسلمنا بارادية روسو ، أيدنا فكرة العقل العادل التي فهم بها الاستاذ تناغو عقد روسو و لكن على أساس أن المقصود من العدل عند روسو هو العقل وأن هذا الأخير يعد لخدمة الإرادة . أما أن يكون للمعدل مصدر آخر غير المصدر الذي كان يفهم به في القرن 18 فلا يمكن أن نرى في ذلك ، المصدر الآخر الغاية سان جرمان التي كان يختلي فيها روسو بنفسه لكتابة خاتمة حول أصل وأسباب عدم المساواة بين الناس سنة 1753 عندما عرضت أكاديمية ريجون مسألة أصول علم المساواة بين الناس وعمل يقرها القانون البابيني ؟

16 - و نشير في الأخير الى أن الاستاذ عيمانويل كُونو يرى في روسو المنظار الممتاز لكل من الاستبدادية والليبرالية على حد سواء إلا أن الاستبدادية نفسها تحد أصلها عنده في الحرية . (42) ولا يعترف بها إلا قصد تحقيق المصلحة الفردية ولو أدى تحقيق هذه المصلحة بالدولة والحكومة الى استخدام القوة . (43) لذلك نتساءل عن السبب الذي أدى بروسو الى تفضيل المصلحة الفردية . ان الفرد أولى وأفضل بل وأقدس وفقاً لعقلية القرن 18 وبعده بل وحتى وفقاً لعقلية النشام الفردي الحالي في مجموعه بسبب ما يمكن أن يسمى عند GURVITCH - والاستاذ مارسيل فالين يؤيده في ذلك - "بمبدأ التكافؤ الأخلاقي لكل شخصية انسانية معترف بها في كرامتها الأخلاقية لقيمة في حد ذاتها وغير قابلة على الإلحاق لأن تعامل كوسيلة . " (44) إلا أن هذه الاجابة سبق لعيمانويل كانت أن سارها في كتابه حول أسس ميتافيزيقا الاخلاق ان يقول : " تصرف دائماً بالارادة التي تعامل بها ارادة حرة و معقولة أي الانسانية في ذاتها ، وفي غيرك ، باعتبارها مدفا وليس مجرد وسيلة " كما سنرى ذلك ، في معرض بحثنا عن المعالم الفردية و الارادية في فلسفته و مدى تأثيرها في النشام القانوني الفرنسي .

(42) كُونو : المرجع السابق ص 45

(43) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 42

(44) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 43

== الفرع الثاني ==

الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار عيمانويل كانت

17 - رأت المدرسة الفرنسية خلال القرن 19 في عيمانويل كانت المنظر الممتاز للمذهب الفردي و الإرادية القانونية . و لقد قدم الاستاذ بارني (Barni) كتاب " المبادئ الميتافيزيقية لنظرية القانون " للجمهور الفرنسي سنة 1853 على أنه مؤلف يجسد فلسفة مبادئ سنة 1789 . كما أن الفقيه شارل بودان (Charles Beudant) أبدى انطباعات مماثلة حول كانت و مؤلفه . (1) و يرى الاستاذ محمد كاظم كمال العطار بأنه " كان لفلسفة كانت تأثير عظيم في الفقه الفرنسي في القرن 19 ، حيث تم الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة ، و كان هذا التأثير أعمق في غرناطة منه في ألمانيا . و يرجع ذلك الى أثر حرية الفرد عند الفرنسيين كانت بمثابة مبدأ مقدس " (2) . و حتى اذا كان هذا التقييم للدور الذي لعبته فلسفة كانت القانونية في تكريس الليبرالية القانونية يستوجب منا أن نتقبله بحذر لما قد يطبعه من المبالغة ، فإن الذي لا مراء فيه هو أن فلسفة كانت أثرت مباشرة في بعض فقهاء القرن 19 و من بينهم أولئك الذين يمكن اعتبارهم من مؤسسي النظام القانوني الفرنسي الحديث (3) .

و بعد فما هي السمات الدرية أو الليبرالية أو الإرادية التي تنبع فلسفة كانت القانونية ؟

18 - قبل الاجابة عن هذا السؤال يجدر بنا أن نعود الى توضيح بعض المفاهيم التي يستعملها كانت في فلسفته و أسمعا : " العقل الخالص " و " العقل العملي " و " العقل العملي الخالص " و " الامر المطلق " (4) .

فالمتصور عند كانت بالعقل الخالص (la raison pure) هو العقل التألي (la raison spéculative) أي القدرة على التخيل و التصور .

(La Faculté de représentation)

- (1) عيمانويل كوتو : المرجع السابق ص 53 وما بعدها
- (2) محمد كاظم كمال العطار : نحو قانون مدني عربي في ضوء الايد بولوجية العربية الشورية ، بغداد ، 1978 ص 531 و 532 .
- (3) ميشيل فيلي : دروس في تاريخ فلسفة القانون ، دالوز 1962 ص 252 .
- (4) أنظر في هذا هذه المفاهيم أطروحة الاستاذ سمير عبد السيد تناغو السابق ذكرها ص 53 و كذلك مؤلفه حول النظرية العامة للقانون ص 173 و 174 .

أما العقل العملي (La raison pratique) فهو القدرة على تحديد الإرادة في استقلال تام عن كل عملية طبيعية . ومن هنا يكون جوهر العقل العملي هو الفعل الحر . (5) و بعبارة الأستاذ سمير عبد السيد تنافو " فان المقصود بالعقل العملي هو الإرادة " . (6)

و الأخلاق الكانتية العقلية و الإرادية لا يمكن أن تتم إلا على أساس التوحيد بين العقل الخالص و العقل العملي لأنه لا يوجد في الواقع إلا عقل واحد هو العقل الخالص العملي - و هذا العقل المركب هو الذي يجعلنا نتحقق من أن ثمة حرية أخلاقية هي دعامة كل سلوك عملي .

و أما الأمر المطلق فهو الأخلاق أو القانون الطبيعي الذي يجد مصدره في سلطان الإرادة أي في إرادة الإنسان الموجود في العالم العقلي ، هذه الإرادة التي تحافظ على كرامة الإنسان و تحقق علمانية الأخلاق .

و هذا الأمر يصدر الى كل فرد على الشكل الآتي : " يجب عليك بسبب علاقة التعايش التي ستنشأ فيما بينك و بين غيرك من الناس أن تخرج من حالة الطبيعة - الفوضى - لتدخل في حالة قانونية و هي الحالة التي يسود فيها العدل التوزيعي " . (7)

19 - فبعد تحديد هذه المفاهيم الكانتية نعود الى ابراز أهم المميزات الفردية و الليبرالية و الإرادية في فلسفة كانت القانونية .

ان كانت يميز بين الأخلاق و القانون انطلاقا من تمييزه بين الإهمال الداخلية و الأعمال الخارجية . (8) و اذا كانت الحرية الداخلية هي المبدأ والنسبة من كل أخلاقية ، فان الحرية الخارجية هي الهدف الأسمى لكل قانون ان " ليس هناك بالحق فطري طبيعي واحد . و هذا الحق الوحيد الأصلي الذي لم يكتسب المرء صفة الشخص الا بموجب التمتع به هو الحرية (الاستقلال عن كل قسر أو جبر تفرضه ارادة الغير) باعتبار هذه الأخيرة تستطيع أن تتلاءم طبقا لقانون عام مع حرية كل واحد " . (9)

(5) زكريا ابراهيم : كانتا والفلسفة الهندية ، مكتبة مصر للطباعة الثانية ، 1972 ص 171

(6) أطروحته في الالتزام القضائي ص 53

(7) سمير عبد السيد تنافو : النظرية العامة للقانون ص 115

(8) مولاي ادريس العلوي العجلاني : المرجع السابق ص 186

(9) ولقد علق الأستاذ كونو في أطروحته السابق الإشارة اليها على هذه المتولة بقوله :

" ما هو الحق بمعناه الشخصي ، انه مطابق للحرية ، لسلطان الإرادة " ص 55

- أنظر أيضا في هذا المعنى : محمد كاظم كمال العطار : المرجع السابق ص 531



والحرية مبادئ تنظمها و تتمثل في القواعد القانونية التي لا يكمن هدفها الوحيد إلا في تحقيق إمكانية تعايش (Coexistence) الحريات المتساوية عن طريق تحديد الدوائر الفردية التي تستطيع إرادة كل فرد أن تنسود بسلطانها فيها . وممارسة الفرد لهذا السلطان الذي تتمتع به إرادته لا يعالجها القانون - بمعناه الموضوعي - إذ أنه هذا الأخير تقتصر غايته على تمكين الأفراد من العيش في الجماعة باعتباره يشكل "مجموعة من الشروط التي بفضلها يتييسر لإرادة كل فرد أن تتوافق مع إرادة الآخرين طبقاً للمبدأ العام للحرية". (10) وعلى هدي هذه الغاية تنتظم الأعمال الخارجية للإنسان وفقاً للتانون الذي يسنه الإنسان نفسه بإرادته لأن "شخصاً ما لا يمكن له الخضوع لقوانين أخرى غير القوانين التي يستنها بنفسه ولنفسه - أما بمفرده أو باتفاق مع الآخرين -" (11)

20- و لما كانت الحرية عند كانت هي أسمى قيمة خلقية تتحقق فيعاً كرامة الإنسان فإنه ينبغي حمايتها بوضع حد لكل ما يمسها ويعرقل مسيرتها . ولا يتم ذلك إلا بالاستعانة بالجبر أو القسر .

و الجبر أو القسر عند كانت لا يمكن فصله عن التانون لأنه يشكل أهم خاصية يتحلى بها . و لما كان التانون يجد مصدره الوحيد في إرادة الإنسان فإن الجبر أو القسر لا يجد أساسه في غير الحرية نفسها لأن "كل ما هو غير عادل يشكل عرقلة للحرية باعتبارها تخضع للقوانين العامة ، و الجبر أو القسر يتوافق مع الحرية نفسها باعتبارها يصلح لإبعاد العرقلة التي تعترض طريقها لذلك فإنه عادل". (11 مكرر) .

21- ألا أنه بالمقابل فإن ما تتمتع به الإرادة من سلطان لا ينبغي أن تتجه ممارستها إلى تحقيق غاية نفسية عليها الرغبات الحسية و المصالح الشخصية وألا كان هناك تعارض مع سلطان الإرادة نفسه بل يجب أن تتجه إلى تحقيق ما يقضي به الواجب في العالم العقلي . و هذا الواجب لا يمكن أن تحصر فيه التي على الإرادة أن تراعيها في أعمالها إلا في ثلاث :

(10) مولاي إدريس العلوحي العبدلوي : المرجع السابق ص 187 - كونو : المرجع السابق ص 55 . - ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 258

(11) كونو : المرجع السابق ص 54 . ولعل هذه المنولة من شأنها أن تسمح لنا بتأكيد ما ذهب إليه الأستاذ كونو من أن كانت كروسو جعل الإرادة الفردية المصدر الوحيد للتانون .

(11 مكرر) - كانت : العبادات الميتافيزيقية لنظرية القانون 1796 / ترجمة باري 1853 ص 45 عن جيمس فويل كونو : المرجع السابق ص 55 .

— "اعمل دائما بحيث يكون في متدورك أن تجعل من عملك قاعدة تصلح لأن تكون قانونا عالميا" (12) : ولقد اعتبر كانت هذه القاعدة الأساسية معيارا تصاغ على ضوءه جميع القواعد الأساسية الأخرى . و المتصور بها أن المحك الواحد للسلوك الانساني الخلقي هو امكان تعميمه من غير تناقض . فإذا كان في وسع الانسان أن يجعل من القاعدة التي استند اليها في فعله قانونا عاما لا يتعارض مع السلوك الخارجي كان فعله مطابقا للواجب . أما اذا أدى تعميمه لقاعدة هذا الفعل الى ضرب من التناقض كان الفعل نفسه متعارضا مع القانون الأخلاقي الذي يشكل سلطان الارادة نفسه لحمته وسداه . ومن الأمثلة التي نرى بها كانت ليين صحة هذه القاعدة أن الانسان الذي يقتصر مالا من غيره و يعد برده مع علمه في نفس الوقت بعجزه عن البر بوعده لا يكون في وسعه أن يحول المبدأ الأخلاقي الذي استند اليه في تصرفه الى قانون اخلاقي يعمم على الطبيعة لأنه انطلق من مبدأ حب الذات أو المنفعة الشخصية . ولو جاز لكل انسان يجد نفسه ضحية لضائقة مالية أن يقطع على نفسه عهدا وهو يعلم سلفا بأنه لن يستطيع الوفاء به لصار الوعد نفسه لغوا فارغا ولأصبح التعامل بين الناس في حكم المستحيل . ومن هنا كانت العتود ملزمة وتستمد قوتها الالزامية من ضرورة الوفاء بالمعهد المتداول وهو في حد ذاته مبدأ أخلاقي يجعل الشخص الذي يضعه كقاعدة يسير على عديمي في القيام بفعله وممارسة سلطان ارادته وكأنه يضع قانونا عالميا يصلح لأن يسي على جميع البشر .

— "تصرف دائما بالطريقة التي تعامل بها الانسانية في شخصك و في أشخاص الآخرين كغاية لا كمجرد وسيلة" (13) : يستنتج من هذه القاعدة أن الأخلاق الكانتية جعلت من الشخص الاناني "غاية في ذاته" . وليس للواجب أي الفعل الصادر عن ارادة الشخص تحقيقا لاحترام القانون الا موضوع أو جوهر واحد هو "الشخص الاناني كغاية في حد ذاته" . وهذه القاعدة لا تسمح لنا بمعاملة الاشخاص كمجرد وسائل لتحقيق

(12) مولاي ادريس العلوي العبدلوي : المرجع السابق ص 186 — سمير عبد السيد تناغو أطروحته السابقة ص 55 وكذلك مؤلفه المشار اليها آنفا ص 175 . — زكريا ابراهيم المرجع السابق ص 183 .

(13) زكريا ابراهيم : المرجع السابق ص 186 . — مارسيل غالين : المرجع السابق ص 43 . — سمير عبد السيد تناغو : أطروحته السابق ذكرها ص 55 .

أغراضنا لأن الشخص كائن عاقل و مثله هو الذي يميزه عن بقية الكائنات و يجعل منه غاية موضوعية . (14) و معنى هذا أننا نستطيع أن نتخذ من الأشياء وسائل نستخدمها لتحقيق أغراضنا .

و عندما حاول كانت تطبيق هذه القاعدة على الامثلة التي ضربها ليرهن على صحتها ذهب الى أن الشخص الذي يعطي الآخرين و عهدا كاذبة انما يتخذ منهم مجرد وسائل لتحقيق رغباتهم دون أن يفطن الى أن هؤلاء الأشخاص حقوقهم باعتبارهم "كائنات عاقلة" أو "غاية في ذاتها" . و يخلص كانت في الأخير الى أنه لما كانت كل ذات انسانية انما هي غاية في ذاتها فانه لا بد من أن تكون غاياتها - على قدر الامكان - غايات لي أنا أيضا اذا كنت حريصا على أن تحقق هذه الغاية في ذاتي كل ما لما من فاعلية . (15) .

- "اعمل دائما بحيث تكون ارادتك - باعتبارك كائنا ناطقا - هي الارادة المشرعة العامة." : اذا ما أمعنا النظر في هذه القاعدة تبين لنا أننا تشكل خلاصة تركيبة للتاعدتين السابقتين لأنها تنس على ضرورة خضوع الانسان للقانون باعتبار هذا الأخير من صنع ارادته . فما دامت ارادة الكائن الناطق هي بطبيعتها خاضعة للقانون فانه لا بد لهذه الارادة - من حيث هي غاية في ذاتها لا مجرد وسيلة - أن تكون هي مصدر القانون بحيث يكون خضوعها له بمثابة خضوع لنفسها . و حينما يتول كانت ان الارادة هي المشرعة العامة للقانون فهو يعني بذلك أن لدينا من "الاستقلال الذاتي" أو من السلطان ما يجعل هذا ارادة حرة لا تصدر في كل أفعالنا الا عن طبيعتنا العاقلة . لذلك فعلى كل فرد أن يعمل بحيث تكون القاعدة التي تصدر عنه في سلوكه معبرة عن سلطان ارادته . و يرى كانت بأن سلطان الارادة هو مبدأ كرامة الطبيعة البشرية و كل طبيعة عاقلة ان لولا هذا المبدأ لما كانت الارادة هي المصدر الوحيد للقانون و لما كان القانون الأخلاقي الذي يصدر عنه العقل واحدا لجميع الكائنات الناطقة .

(14) لعل هذه الفكرة هي التي تلح لأن تكون جوابا على السؤال الذي طرحناه في نهاية بحثنا في الأسس الفلسفية لمبدأ سلطان الارادة عند روسو : راجع هذا السؤال في ص 21 .

(15) زكريا ابراهيم : المرجع السابق ص 187 .

22 - و لهذه الاعتبارات كلها يرى كسانت بأن هناك "مملكة غايات" تتكون من اجتماع سائر الموجودات العائلة التي تجمع بينهما تلك القوانين المشتركة . و ليس فيها هذه المملكة رئيس أو مروض بل كل أفرادها يسودهم تشريع عقلي واحد و تنظم علاقاتهم مبادئ الواجب الضرورية العامة . و لما كان جوهر هذه المبادئ هو "العمومية" فإن المجتمع البشري لن يكون سوى جمهورية معقولة تتألف من أناس أحرار يضع كل منهم لنفسه - وللآخرين - قواعد صادقة عامة بحيث لو وجد أي شخص آخر مكانه لتصرف على قراره تماما دون اعارة أدنى اعتبار للتفضيل الشخصي أو الميول الذاتية . (16) .

و مما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد أن "مملكة الغايات" أو "جمهورية الناس الأحرار" عند كسانت لا يمكن لها أن تتكون الا وفقا لفكرة عقد أصيل . و هذا العقد الأصيل هو ما نصح التعبير والشكل القبلي الذي يدونه لا يمكن التفكير في الدولة منما كان أصلها التجريبي . (17) و يظهر أن هذه الفكرة أخذت عن روسو . إلا أن الذي يميز كسانت عن روسو هو ما يذهب اليه من أن الدولة ينبغي أن تتكون وفقا لفكرة القانون الطبيعي بينما ذهب روسو الى أن الدولة نشأت بالاتفاق الحر بين أفرادها . (18) و نرى أن أساس هذا الاختلاف يرجع في الاصل الى اختلاف المنظار الذي ينظر به كل منهما . فبينما نجد روسو ينظر بمنظار ما هو كائن يأتي كسانت لينظر بمنظار ما ينبغي أن يكون . و لعل هذا النمط التفكيري هو الذي أدرك كسانت الى أن يحجب على روسو نظريته في العقد الاجتماعي التجريبي بسبب ما قد تووّل اليه من الحال (dans l'immédiat) من تحقيق حل فوضوي (19) ، بالرغم من أن كسانت كان شديد الإعجاب بروسو

(16) زكريا ابراهيم : المرجع السابق ص 188 . - لا شك أن لهذه الاعتبارات يذهب الفقهاء الى أن من بين الخصائص التي تتحلى بها القاعدة القانونية هي صفة العمومية والتجريد . راجع في هذه الصفة : مولاي ادريس العلوي العبدلوي : المرجع السابق من ص 54 الى 66 . - سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون من ص 38 الى 59 . - آمال جلال : المدخل لدراسة القانون طبعة 1979 من ص 16 الى 19 . - عبد النبي ميكو : المدخل لدراسة القانون طبعة 1971 من ص 7 الى 10 . - بلانويل : الموجز في القانون المدني : منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتماع القضائي ، باريس 1942 ص 91 فترة 188 . - أليكس فيل : القانون المدني : المدخل العام ، الطبعة الثالثة الجزء الاول ، منشورات دالوز من ص 5 الى 7 . - كاربونييه : القانون المدني : الجزء الاول : المدخل ، الأشخاص ص 16 .

(17) كونسو : المرجع السابق ص 56 .

(18) راجع في هذا الصدد المؤلف المذكور لأسناننا مولاي ادريس العلوي العبدلوي ص 188 و ما بعدها .

(19) راجع في هذا الرأي : ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 255 .

ان رده الى الصواب وأوحى اليه بأن هناك ما هو أسمى من الذكاء كقيمة والمعرفة كغاية للحياة : انما الحرية و الخلقة (20) الى درجة أن اللوحة الوحيدة التي كانت معلقة على جدران حجرة استنباله انما كانت صورة لروسو (21) .
هذه هي الصورة الأكثر اختصارا لبعض الملامح الفلسفية التي تبرز عند كانت الروح الفردية و الارادية في أقصى مظاهرها . ولكن عل هذه الروح الفردية و الارادية الكانتية التي كرس تحنيتها في العالم العقلي أي في عالم المثل قد أثرت فعلا في النظام القانوني الفرنسي ؟
ان الاجابة عن هذا السؤال تستوجب منا التعرّف لمدى تأثير كانت في الفكر القانوني الفرنسي على مستويين أحدهما جوهري و الآخر شكلي . و بعبارة أخرى التعرّف لمدى تأثير كانت في كل من المذهب الوضعي و الأسلوب القانوني الفرنسيين . (22)

23 - تأثير كانت في المذهب الوضعي الفرنسي : مما لا شك فيه أن الفكر الفلسفي عند كل من غوبز ولوك وروسو سبق له أن اتجه نحو خلق الوضعية القانونية (juridique) ^{positivisme} . ألا أن هذه الوضعية كانت ناقصة لأن دعائم القانون و الدولة لم تتم بالدرجة الاولى عند الفلاسفة الانجليز إلا على أساس المنفعة بحيث اذا ما انتفت هذه المنفعة فلا يكون لبقاء القانون معنى إلا اذا استمر في الوجود ليحقق الأمن عند غوبز أو الرخاء عند لوك . كما أنها كانت بعبعة و غامضة لأنها تجعل القانون تابعا و معلق الوجود على شرط الابرام المبتسر لعقد اجتماعي تجريبي . أما بالنسبة الى كانت فلقد مر بنا أنه و ان كان قد أنشأ نظاما للقانون الطبيعي و استند بدوره الى فكرة العقد الاجتماعي ، إلا أنه جعل أساس ذلك العقل الخالص . وبذلك يكون كانت قد استبعد الرجوع الى الطبيعة . ثم ان كانت أنكر على الفن القانوني كل هدف منفعي سواء تعلّق هذا الهدف بالخير العام أو السلام العام ناهيك عن رفاهية و سعادة الأفراد . و حتى اذا ما سلمنا بأن "الأمور بناياتنا" فان كانت يذهب الى أن غاية القانون لا يمكن أن تتمثل إلا في

(20) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : ص 188

(21) زكريا ابراهيم : المرجع السابق ص 52

(22) لقد اعتمدت بالدرجة الاولى في تسمي هـ عالم تأثير كانت في الفكر القانوني الفرنسي على بحث الاستاذ ميشيل فيلي حول "كانت في تاريخ القانون" : المنشور في الفصل 12 من كتابه . دروس في تاريخ فلسفة القانون . منشورات دالوز باريس 1962 : من ص 251 الى 269 .

التمايز الضروري للحريات الفردية . كما يذهب الى أن الفقيه لا يكون عليه أن يعتم بالانتقاد السياسي و لا يكون عليه أيضا أن يتبع أحكام العدالة أو الانصاف لأن العدل الحقيقي هو الذي يقضي بالتطبيق الرياضي الى حد ما - وبالتالي المتساوي بالنسبة الى الجميع - للقانون . (23)

و بالاغفاءة الى ما سبق فإن كانت كان يناهز بوجود التباين القوي للقوانين الموجودة ، ذلك لأنه لا توجد ضد السلطة العليا للدولة أية متاومة مشروعة من جانب الشعب . . . والواجب المفروض على الشعب في احتمال تعسف السلطة العليا حتى ولو بلغ هذا التعسف حدا لا يطاق يقوم على أساس أن المتاومة ينبغي أن تعتبر دائما عملا غير مشروع . " (24)

و لقد أدت نظريته العتلائية للقانون الطبيعي الى رفض كل حق في متاومة تطبيق القوانين لأن من مبادئ العتلا الخالص العملي أن يتصرف المرء دائما بالطريقة التي تجعله يحترم الدولة والقوانين الجارية بها العمل .

و تطبيق القوانين لا يكون انطلاقا من البحث عندما في العتلا بل في المدونة التي تصدر رسميا وتحميها السلطة العليا . وعند التباين لا يكون هناك داع لاثبات صحتها وسلامة أساسها ولا الاحكام عندما لما يتعارف فيها مع العتلا ذلك لأن الأوامر (les ordonnances) هي التي تجعل من الشيء شيئا عادلا . واذا ما راودت الرجل القانوني فكرة التساؤل عما اذا كانت هذه الأوامر تعتبر بدورعا عادلة فإن عليه أن يمتنع عن الاجابة عن مثل هذا التساؤل لما فيه من مخالفة للعقل السليم . (25)

24 - فلعل أبرز تأثير لهذه الأفكار في النظام القانوني الفرنسي يكمن في النظرية الكلاسيكية التي وقع تكريسها بالدرجة الاولى في القرن 19 - هذا القرن الذي دافع فيه الفقهاء بحماسة عما لخصه شارل بودان في عباراته " القانون هو سلطان الكائن البشري " . (26) تحت ظل مدرسة الشرح على المتون التي كانت ترى في مدونة نابوليون ، و على الأخص الفصل 1134 منها ، وسيلة لخلاص الفرنسيين بل والانسانية جمعاء و غاية النهايات . ومن مظاهر هذا التأثير أيضا احكام الفقه والنظام عن تحديد مفهوم

(23) ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 157 و 158

(24) سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ص 115 وما بعدها .

(25) ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 259

(26) شارل بودان : القانون الفردي والدولة ، باريس 1891 ص 146 .

النظام العام في القرن 19 و بداية القرن 20 لما ند يؤدي اليه هذا التحديد من تورط في المسائل الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و عقل المغنيه أو القاضي يتأبى عن التفكير فيما . (27) كما أن الامتناع عن تطبيق القانون من طرف القاضي على القضية المعروضة عليه يعتبر جريمة لانكار العدالة يعاتب عليها .

25 - **تأثير كانت في اللغة القانونية :** اذا كان الفكر الحديث - على الأقل منذ موبز - هو الذي ساهم في تكوين اللغة القانونية الحالية فان حصة كانت في هذا التكوين ليست قليلة الأسمية ذلك من جهة لأن الفرد يشكل لحمه النظم الكائني و سداء و هو الوحيد الذي في امكانه أن يكون شخصا للنانون؛ فليس عنات شخص آخر غير الفرد طالما أن الحرية و القانون يظهران مما الشرطان الضروريان للحياة الاخلاقية للانسان باعتباره فردا ، لذلك فلا شيء يلزم الفرد على احترام المجموعات و الحيوانات و الأشياء التي تنتمنا الحرية الأخلاقية . و بهذا يكون كانت قد جعل من الحرية الانسانية و الفردية أصلا لكل تصرفات الحياة القانونية . ومن جهة أخرى فان فكرة الفرد المتمتع بحن نظري هو الحرية كشخص للقانون تعتبر من المناهض الماتيليه التي كرس كانت وجودها في العقل الخالص . و معنى هذا أنها أصبحت عالمية و ضرورية و صحيحة في حد ذاتها لا تخضع لعاملي الزمان و المكان لأنها توجد فوقهما . (28)

26 - وللتأكد من مدى تأثير كانت في اللغة القانونية الفرنسية - وبالتالي في اللغة القانونية للدول التي تبنت أو أخذت عن القانون المدني الفرنسي - يكفي تفحص المؤلفات المتعلقة بشرح القانون المدني في أجزاءنا الخاصة بقانون الالتزامات لنرى جوعر ما قال به كانت مسطرا فيها : انه مبدأ سلطان الارادة . فلقد وقع الاتفاق على أن كانت هو الذي زود الفكر القانوني الفرنسي بهذا المصطلح . إلا أن البعض يرى بأنه عندما قام الفقهاء بتفسيره لابرزكنه و جوشره حملوه ما لم يحتمله عند كانت لأن المنصود به في نظر هذا الأخير هو سلطان الارادات الفردية التي تتلاءم مع العقل و تنسجم مع الارادة العامة . (29)

(27) أنظر في هذا الصدد أطروحة فيليب مالوي : النظام العام والعقد : منشورات ماتوبرين ريمس 1953 خاصة ص 3 و ما بعدها .

(28) ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 264 و ما بعدها

(29) ميشيل فيلي . المرجع السابق الناموسم 2 الوارد في ص 266 . - راجع في هذا المعنى الذي يجعل من سلطان الارادة مفهوما نسبيا و متغيرا أطروحة سمير تناغوا المشار اليها في السابق ص 56 .

و نحن اذا كنا نتفن مع هؤلاء الفقهاء في كون اصطلاح سلطان الارادة جاءنا من الفكر الكانتي فاننا لا نتفن مع من يدعب الى أن التأويل الذي أعطي لهذا الاصطلاح قد حارب من مدلوله الأصلي عند كانت إذ أن نفس المدلول الذي أعطاه الفقهاء خلال القرن 19 على الصعيد التجريبي لسلطان الارادة نجده عند كانت و لكن على المستوى العقلي . ولعل ذلك يجد تفسيره في طابع العجز و الجمود والمسكنة الذي كان يطبع الطبقة التي كان في امكانها أن تعثر طموحات كانت كما وقع في فرنسا سنة 1789 . (30) : فأما هذا العجز لا يبقى إلا ارتضاء "الارادة الحرة الطيبة" ونقل ما قد تعدف اليه هذه الارادة من تحنين المنافع والمصالح في العالم التجريبي - العالم الحسي كما يسميه كانت - الى العالم العقلي . وحتى اذا ما استبعدنا هذا التأويل الذي ذهبنا اليه فعمل يبقى صحيحا القول بأن كانت لم يقصد بسلطان الارادة ما أصبح معروفا به من حيث الجوهر في القرن 19 على الأقل ان لم نقل حتى في القرن 20 ؟ الواقع ، فإنه انطلاقا مما عرّينا عند بحثنا في فلسفة كانت المستمدة في جزء منها مما كتب عن مؤلفه في "أسس ميتافيزيقا الأخلاق" يمكن القول بأن مفهوم سلطان الارادة عند كانت يخضع ارادة الفرد المطلقة لحكم العقل والنانون الطبيعي . (31) . غير أن الأفكار التي استعرضها كانت في مؤلفه حول "المبادئ الميتافيزيقية لنظرية القانون" تجعلنا نميل الى الاعتقاد بأن سلطان الارادة لا يحده قيد ولا شرط إلا ما كان في القانون ، والقانون نفسه من صنع ارادة الفرد المطلقة لذلك لا يستطيع الامتناع عن تطبيقه و لا الاحجام عن الخضوع له .

بعد هذه العجالة التي تطرقنا فيها الى استعراض المظاهر الفلسفية عند أبرز من تجسمت في أنكارهم الروح الفردية والارادية قد يظن بأن هذه الأفكار الفلسفية هي وحدها التي أدت الى اشباح الثورة الفرنسية بالروح الفردية و تجسيد الارادية بصورتها المطلقة في مدونة نابوليون واغناء الفكر القانوني بهذه السمات على الأقل في القرن 19 إلا أن هذا الواقع ناقص لأن شيئا من ذلك لم يتم إلا عند ما التقى الاطار الفلسفي بالاطار الاقتصادي . (32)

(30) كارل ماركس وفريدريك إنجلز : الايد بولوجية الالمانية ، ترجمة فؤاد أبوب مدار مشورس 197

(31) سمير عبد السيد تنافهم : النظرية العامة للنانون ع 178

(32) أنظر في هذا المعنى أطروحة الاستاذ ماجدي صبحي خليل : التوجيهية الاقتصادية و العقد : منشورات المكتبة العامة للنانون والاجتصاد القضائي ، باريس 1967 ص 197 و ما بعدها .

الجزء الثاني

الأسس الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة

27- ان الاكتشافات الجغرافية (1) التي ترتب عنها تدفق الثروات - خاصة الذهب - و الاصلاحات الدينية (2) التي كان لها أثر كبير في تغيير الذعنات أدت الى احداث تغييرات بنوية و تحولات عميقة في العالم الاروبي على مستوى الأفكار الاقتصادية في القرن 16 .

28- و قد جاء التيار المركاتيلي - سواء في اسبانيا أو فرنسا أو إنجلترا - (3) ليساير هذه التحولات الاقتصادية فنادى بوجوب توسيع مخزونات المعادن النفيسة لأن حياة هذه الأخيرة تشكل أهم الأهداف التي يسعى النشاط الاقتصادي الى تحقيقها . كما نادى بوجوب توسيع الصناعات - المركاتيلية الصناعية في فرنسا - و تقديم المساعدة قصد خلق المؤسسات و المشاريع التي من شأنها أن تساعد على الدفع بعجلة التقدم التقني ، و ضرورة قيام الدولة بالتدخل لحماية التصنيع .

و اذا كانت هذه الأفكار الاقتصادية قد ظهرت في عهد كل من هنري الرابع (Henri IV) و ريشليو (Richelieu) فاذن وجدت تطبيقها العملي عند كولبير (COLBERT) الذي قام بإنشاء الورشات الملكية و حماية الصناعة الفرنسية من مزاحمة الانتاج الأجنبي و خاصة الانتاج الانجليزي . (4)

و لقد أدى التطبيق العملي لمبادئ المركاتيلية الى ازدهار الحياة الاقتصادية الى درجة أن فرنسا أصبحت تعيش جوا من "فيضان التعامل القانوني"

-
- (1) خاصة اكتشاف الطريق البحري نحو الهند عبر منعطى رأس الرجاء الصالح و اكتشاف أمريكا .
 - (2) و قد نادى بها مارتن لوثر منذ سنة 1517 و دعمه يوحنا كالفن صاحب الرسالة المشهورة (1536) التي أقر فيها حق الاثراء و أجاز من الناحية الدينية التعامل بغائدة : لمزيد من التفاصيل راجع : فتح الله ولعلو : الاقتصاد السياسي ، الجزء الاول : مدخل للدراسات الاقتصادية ، دار النشر المصرية 1971 خاصة ص 53 و ما بعدها .
 - (3) لمزيد من التفاصيل حول الأفكار المركاتيلية : راجع فتح الله ولعلو : المرجع السابق خاصة من ص 85 الى 90 .
 - (4) جان ماييه : تاريخ المؤسسات و الروائع الاجتماعية : السنة الثانية دالوز 1960 ص 66 . - فتح الله ولعلو : المرجع السابق ص 87 و ما بعدها .

الناتج عن "الاعصار التجاري" (5) و بذلك تكون فرنسا قد انتقلت من المرحلة التي لم يكن فيها للتجارة والمبادلات إلا مجال ضيق ومحدود - إذ أن كل عائلة لم تكن تنتج إلا ما تستهلكه، الشيء الذي يترتب عنه أن الروابط القانونية بين الناس لم تكن تخضع في قسم كبير منها إلا للأعراف والتقاليد و الأنظمة دون العقد موطن الإرادة الحرة إلا نادرا - إلى مرحلة تتم بالتخصص في المهن وازدياد مضطرب في الإنتاج الصناعي ترتب عنه تكاثر في المبادلات التي أخذت تزداد سرعة حركتها و كثافتها يوما بعد يوم، و التي صاحبها اتساع مجال التعامل بالعقد الرضائي باعتباره الوسيلة الممتازة لتنظيم العلاقات الاقتصادية .

29 - و لقد أدت هذه المرحلة الجديدة التي ازدهرت فيها الحياة الاقتصادية إلى الشعور بالدور المتزايد الذي يلعبه التبادل و مكانة الصدارة التي ينبغي أن يحتلها العقد باعتباره يشكل أفضل وسيلة من شأنها أن تشبع الرغبات المتعددة و المتنوعة التي يملئها التعامل الاقتصادي، فنامت موجة اقتصادية تنتقد المركاتيلية على أساس أن مبادئ هذه الأخيرة لا تتلاءم و متطلبات التعامل الاقتصادي إذ أن مدنها لا يتمثل في إطلاق العنان للتصنيع و تشجيع المبادرات الفردية من أجل ازدهار الحياة الاقتصادية بتدريج ما يتمثل في تدعيم و تقوية السلطة الاستبدادية سياسيا و عسكريا و دبلوماسيا . (6) و إلا فبماذا يمكن تبرير موقفنا من اعتبار النود مجرد وسيلة تخدم النوة ان لم يكن بجعل السلطة الاستبدادية مخدومة و متبوعة و اقتصاد خادما و تابعها .

و لعل هذه الانتقادات لم تحدد موجهتها إلا بعدما فشل تلاميذ سياسة جون لاو (John Law) (7) الاقتصادية التي كانت تهدف إلى تطوير التجارة عن طريق إطلاق العنان للحرية، فوقع الرجوع من جديد إلى عهد الأنظمة و القمع . (8) .

-
- (5) هذه العبارات استعملها الفقيه موريو في مؤلفه حول مبادئ القانون العام ص 203 و ما بعدها و تدأشير إليها في كل من المرجع السابق ذكره للاستاذ غونسو ص 40 و 42 وكذلك في المرجع المشار إليه آنفا للاستاذ مارسيل ثمالين ص 174 .
- (6) ان السؤال الاساسي الذي كان يشغل بال المركاتيلية هو : " ما العمل لاغناء الأمة و اغناء الأمير الذي يجسمها وكيف التصرف من أجل تدعيم القوة السياسية الاقتصادية للدولة ؟ " : فتح الله و لعلو : المرجع السابق ص 85 .
- (7) روبرت ميلبرونر : الاقتصاديون الكبار : الترجمة الفرنسية ، منشورات سوي 1716 ص 36 .
- (8) طبقت هذه السياسة الاقتصادية في عهد لويس الخامس عشر وقد أمر بتنفيذها الوصي على آل فيليب دورليان لأن لويس 15 لم يكن بعد قد بلغ سن الرشد . و تتمثل هذه السياسة في السماح بدخول بعض المنتجات الأجنبية كالجلود و الفحم و الحرير و السماح بنوع من الحرية في تجارة الحب إلى القنب و ادخال اصلاحات مالية أنقذت الدولة من العلاك : لمزيد من التفاصيل تراجع أطروحة أحمد ماهر : في سلطان الإرادة الفردية بالنسبة إلى التعديلات التي تطرأ على العقد من ص 65 إلى

30 - وانطلاقاً من الملاحظة التجريبية للازدحام الاقتصادي الذي ترتب عن الثورة الصناعية في فرنسا - ولو كانت في بدايتها - وما آل إليه الأمر بعد الرجوع إلى سياسة القمع ونظام الدوائف من تعميق الأزمات والاضمحلال الاقتصادي تولدت في ذهن بعض الاقتصاديين الفكرة التي مفادها أنه يكفي لتحقيق الرخاء والرعاية أن يطلق العنان للمبادرات الفردية و تعمل بمنتضى القوانين الاقتصادية . (9).

و تشبهاً بهذه الفكرة التي تشكل محور النظرية الكلاسيكية حتى في القرن 19 أخذ هؤلاء الاقتصاديون يطالبون بوجود السماح للأفراد بتنظيم شؤون مبادلاتهم بأنفسهم وكف الدولة عن التدخل في هذه الشؤون إلا بما يحمي القوة الملزمة للاتفاقات المبرمة ، باعتبار أن الثقة في التعدادات ركن في الائتمان وأن الائتمان روح التجارة ، ويردع بلا شفقة تخلف المدينين عند تنفيذ التزاماتهم . وغنياً يتعلق بتنظيم الأفراد لشؤون مبادلاتهم ذهب هؤلاء الاقتصاديون إلى القول بأن أحسن وسيلة لهذا التنظيم تتمثل في العقد الفردي الذي يشكل ظاهرة مبدئية لكل نظام اجتماعي . ولقد أدى بعم التأثير بالأفكار الفلسفية التي كانت سائدة في عهدهم إلى القول بأن العلاقات الإنسانية بأكملها ينبغي أن يترك أمر تنظيمها للاتفاقات الحرة . فعند هذه الاتفاقات وحدها تجسم الحرية وهي حق فطري للإنسان . وبذلك أصبح شعارهم "حرية المبادلات ، حرية العقود ، حرية العمل ، وحرية المزاحمة" . (10)

31 - وأهم من يمثل هذه الموجة الاقتصادية التي ظهرت في القرن الثامن عشر هو التيار الفيزيوقراطي الذي ستوجد أفكاره مكرسة - بعد توضيحها أكثر بازالة غبار الانتطاعية عنها و تطويرها من قبل اقتصاديين آخرين أمثال آدام سميث ولور الاقتصاد السياسي ودافيد ريكاردو وجان باتيست ساي - إلى جانب الأفكار الفلسفية التي سبق لنا التعرض اليها ، في الفصل 1134 من مدونة نابوليون . (11)

(9) مارسيل فالين : المذهب الفردي والقانون ص 174 .

(10) جونو : في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ص 41

(11) للمزيد من الاطلاع على الدور الانتقالي للتيار الفيزيوقراطي تراجع مخطوطات 1844 حول الاقتصاد السياسي و الفلسفة لكارل ماركس ترجمة إلياس مرقص ، منشورات وزارة الثقافة دمشق ، 1970 خاصة الصفحات من 206 إلى 208 .



و لقد شكل التيار الفيزيوقراطي مدرسة تخرجت منها عقول وصلت الى
السلطة فحاولت تطبيق مبادئها حتى قبل أن تكرسها الثورة و قوانينها وعلى رأس
عذه العقول الاقتصادي الوزير وصديق الفلاسفة في عهده تيرگو (*Turgot*)
وبعد فأننا سنقتصر في دراسة الاسس الاقتصادية لبدأ سلطان الارادة
على الفيزيوقراطية باعتبارها الأصل الاول . أما جاء بعد ما في القرن 19 فلا يعدو
أن يكون مجرد تلقح لها . وسنتناولها بالبحث في فوعين حتى نغطي جانبيهما
النظري و العملي .

الفصل الأول

التيار الفيزيوقراطي

32 - ان الأوضاع الاقتصادية التي زادت تدهورا منذ منتصف القرن الثامن عشر وما اتخذ من التدابير القمعية والأنظمة المستبدة لصدّ مخاطرها على مصير السلطة هي التي أدت الى ظهور الفيزيوقراطية. (1) و لقد جاءت كصرخة في وجه الاستبداد لتنتقد نظامه البوليسي التقليدي و طرقة في تنظيم الحرف والتجارة. (2)

33 - وتأثرا بالأفكار الفلسفية التي اشتمر بها القرن الثامن عشر، فان الفيزيوقراطيين نادوا بوجود قوانين طبيعية تحكم على الخصوص العالم الاقتصادي و تدفع بتخالف الارادات نحو تحقيق الخير المشترك . و داعوا بقوة عن الفكرة التي مفادها أن الخير المشترك لا يمكن تحقيقه إلا بتحقيق المصالح الخاصة وذلك بترك الحرية للأفراد في تنظيم شؤونهم وفقا لهذه القوانين الطبيعية إذ أن "الاشياء تنظم نفسها بنفسها بصورة أو بأخرى" وأن "العالم يسير بنفسه وبصفة تلقائية". (3) و تبعا لذلك فلا ينبغي عرقلة أو ازعاج هذا التطور الطبيعي بتدخل الدولة أو القوانين - بمفهومها الوضعي - .

34 - ولقد كون الفيزيوقراطيون بأفكارهم هذه نسقا طبيعيا (Système naturel) لعبت فيه فكرة الملكية و حرية الفرد الدور الاساسي :

- فالملكية الخاصة حق طبيعي وبالتالي فهي مقدسة لذلك يجب أن تحمي ضد تدخل و تعسف الدولة و ينبغي ارجاع الصفة المطلقة اليها لأن الاطلاقية تتناسب مع الطبيعة و لا يمكن أن يتم ذلك إلا برفع القيود الواردة عليها و ازالة التكاليف الانتظامية عنها . و اذا كانت الملكية هي التي تسببت في اضرار عدم المساواة بين الناس، فعندئذ أمر عادي و طبيعي ان يمكن اعتبارها بمثابة رغن رصد لضمان حسن أداء المجتمع لسوظيفته. (4)

(1) فتح الله و لعلو : المرجع السابق ص 92 . أحمد ماهر : المرجع السابق ص 67 .

(2) جان مايبه : المرجع السابق ص 64 .

(3) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 67 .

(4) جاك ايليل : المرجع السابق ص 233 . - غني دني : تاريخ الفكر الاقتصادي منشورات "بيف" الطبعة الخامسة 1977 ص 59 و 60 . - و يلاحظ أن فكرة الفيزيوقراطيين هذه تنطلق مما قال به روسو من كون الملكية هي السبب في وجود عدم المساواة بين الناس ولكنها لا تساير النتيجة التي توصل اليها روسو حيث اعتبر عدم المساواة ظاهرا غير عادية و غير طبيعية لذلك يجب القضاء عليها قصد الرجوع الى الأصل أي المساواة .

— أما حرية الفرد فينبغي ادلاى عنانها في استعمال الملكية واستغلالها
والتصرف فيها بأي وجه من الوجوه واختيار المهن والحرف (5) ، لأن هذه الحرية
وحدها تنسجم مع التلقائية الطبيعية التي تجعل "الرغبة في التصرف لا تخيب عن
المساهمة في تكاثر المنتجات، كما يقول (Mercier de la Rivière) ، وتوسع الصناعة" (6)
و تؤدي بالمصلحة الخاصة الى تحقيق الخير المشترك .

35— واذا كان من شأن هذه الأفكار أن ترفع الفيزيوقراطيين الى مصاف الفلاسفة
فانهم مع ذلك يرون بأن علم الاقتصاد وحده يستطيع اكتشاف هذا النسق الطبيعي
وتكريسه باعتبار أنه يتكون من القوانين التي تنبثق عن طبيعة الأشياء التي يتحتم
على الظواهر الاقتصادية بالضرورة الخضوع لها . وهذه القوانين التي تجد أساسها
في الحاجيات المادية للانسان سابقة في الوجود على "الانفعالات الاجتماعية" (7)
وأول ما يميز الفيزيوقراطية في أنكارها الاقتصادية أنها جعلت من
الانتاج الفلاحي انتاجا حقيقيا اذ الفلاحة هي التي تخلق الثروات أما النقود
فما هي الا واسطة عقيمة .

ولعل الملاحظة التجريبية لمنط الانتاج الاقطاعي السائد هي التي أدت
بالدكتور كيني (Quesnay) زعيم الفلاحة وعميد الفيزيوقراطية الى ألا يرى في
المجتمع ألا قوة خلاقه واحدة هي الارض وثروة واحدة هي نتاج هذه الارض
ورأس المال مشروعا واحدا هو دخل المالك العتاري . أما بقية النشاطات الاخرى
الصناعية والتجارية فليست الا تحويلا لهذه الثروة الحقيقية بواسطة عنصر العمل الذي
لم تعد له أية قيمة انتاجية بسبب تخصيصه لغير الفلاحة .

وترى الفيزيوقراطية أن القيمة المنتجة لا تفوق القيمة المستهلكة

(البذار، العمل) الا في الفلاحة . وهذا يرجع الى تدخل عامل الطبيعة . ويترتب
عن خصم القيمة المستهلكة من القيمة المنتجة تكوين فائض يسمى بالانتاج الصافي . الا
أن هذا الانتاج الصافي لا يعد غاية في حد ذاته ان ينبغي توزيعه على مجموع

أعضاء المجتمع بلجاء الفلاحين الى شراء المنتجات الصناعية وأداء أجور اليد العاملة
الخ ... وهكذا سيؤدي الانتاج الصافي الى إثراء يدي البعض في كل مرحلة من
مراحل الدورة التوزيعية . غير أن هذه الأجزاء التي انفقت من الانتاج الصافي سرعان ما

(5) فتح الله ولعلو : المرجع السابق ص 93

(6) أ . تارد : فكرة الثمن العادل ص 70 هامش 3 عن أحمد ماهر : المرجع السابق ص 68

(7) هنري دني : تاريخ الفكر الاقتصادي . ص 178

تعود الى الفلاحين عند اتمام الدورة التوزيعية لكل حركتها ذلك لأنه سيضطر الجميع في النعاية الى شراء المنتجات الفلاحية .

36 - وانطلاقا من جعل الفلاحة أساسا للثروة فإن الفيزيوقراطية قسمت المجتمع الى طبقات ثلاث : - الطبقة المنتجة (La classe productive) وتتكون من الفلاحين - والطبقة العقيمة (La classe stérile) وتضم الصناع والتجارة - والطبقة المؤجرة أو المرتشية (La classe stipendiée) وتشتمل على الملاك الذين لا يستغلون أراضيهم بأنفسهم . (8)

وإذا كانت الطبقة المنتجة هي وحدها التي تزيد في حجم الثروة الوطنية فإن الطبقة العقيمة لا ينكر دورها بالرغم من عدم مساهمتها في هذه الزيادة لذلك فإن كيني يعترف بالصناعة والتجارة اللتين تسعلان انتقال خيرات الأرض الى المستعلكين وأن كانت أجور ومنافع العمال الذين يستخدمون نعيمها تشكل خسارة تلحق بالانتاج الصافي للأراضي وبالتالي ثقل يتبع على كاعل الثروة العمومية .

37 - ويرى كيني بأن المبدأ الذي ينبغي أن يسود الصناعة والتجارة هو الحرية المطلقة التي تتعارض مع كل احتكار وكل امتياز لأن هذه الحرية هي الشوط الوحيد لتحقيق العدالة الانتصادية . والحرية في التجارة والصناعة معناها المزاومة أو المنافسة أي حرية البادلات التي تستطيع وحدها أن تخفض الأجور والمنافع الى أدنى قيمة يبقى معها الانتاج الصافي سليما . (9)

ويستخلص من هذا أن الفيزيوقراطية تنادي بالحرية المطلقة في الميدان الصناعي والتجاري وتبررها من جهة بكون دورة تداول الثروات لا يمكن أن تتم بالضرورة إلا بحرية لأن الدولة إذا ما تدخلت في هذا التداول فإن لتوزيع الانتاج الصافي سيكون توزيعا غير متساو ويؤدي في المدى للبعيد الى احداث خلل اقتصادي وتقليص في الانتاج الفلاحي . ومن جهة أخرى بكون هذه الحرية تؤدي أيضا وبالضرورة الى الزيادة في أسعار الحبوب وهذه الزيادة مفيدة لأنهم تشجع الفلاحين على التعلق بالفلاحة وتوسيعها وتضمن حصولهم على انتاج صاف أكثر ارتفاعا الشيء الذي يساهم في انتفاخ وعاء الثروة الوطنية .

(8) جاك ايليل : المرجع السابق ص 232

(9) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 68 و 70 .

38 - ان الحرية المطلقة ومبرراتها التي جاءت بها الفيزيوقراطية هي التي دفعت فانسون دوغورني (Vincent^{de} GOURNAY) الى أن ينظن بعبئته المشهور "دعه يعمل ، دعه يمر" الذي أصبح منا يقول أستاذنا فتح الله ولعلو "نبراسا أغشاءت به الرأسالية طريقها الى غاية القرن العشرين". (10)

واذا كان القرن التاسع عشر يتدنى بصور مدونة نابوليون التي كرسّت الفردية بمفهومها القانوني فان الفصل 1134 منها هو الذي جاء ليعبر عن المبدأ الفيزيوقراطي الجوهري تحت ما أسمته النظارية الكلاسيكية التي سادت خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين بمبدأ سلطان الارادة . و العقود التي يرميها الأفراد فيما بينهم بحرية وفقا لمقتضيات هذا الفصل ليست بالدرجة الاولى الآ تلك التي تساعم في تداول الثروات ، ذلك أنه لا ينبغي أن يغيب عن بالنا كما يقول الأستاذ موريو بأن "التعامل القانوني هو مجموعة من الأشكال الاقتصادية التي يولدها التعامل الاقتصادي". (11)

ويرى الأستاذ مارسيل فالين (Marcel Waline) بأن الرغبة في تشجيع التجارة الحرة - لما فيها من منفعة اجتماعية وما تدفع به نحو الرخاء الاقتصادي وبالتالي الرخاء العام - هي التي أوجبت الى محرري مدونة نابوليون باقرار سلطان الارادة في الفصل 1134 (12) . ونريد أن نضيف هنا بأن الفيزيوقراطية هي التي بادرت الى الافصاح بوضوح عن هذه الرغبة في تشجيع التجارة الحرة فكرست لها أفكارها التي يعد مبدأ غورني حجر الزاوية فيها والتي تكونت منها مدرسة أثمرت بعض المفكرين الذين حاولوا تطبيقها - عندما توفرت لديهم المكانية التنفيذ بوصولهم الى السلطة - حتى قبل تيام الثورة الفرنسية أنهم تيرگو (Furgot) .

(10) مرجعه المذكور سابقا ص 93 .

(11) مارسيل فالين : المذهب الفردي والقانون ص 174 .

(12) مرجعه المذكور سابقا ص 175 .

== الفرع الثنائي == =====

بلورة الأفكار الفيزيوقراطية على مستوى التطبيق :

تيرگو - TURGOT

39 - اذا كانت السياسة الملكية في فرنسا قد مالت - تأثرا منها - بالتيار الفيزيوقراطي - الى اتخاذ سلسلة من التدابير في سبيل تحرير الاستغلال الفلاحي منذ سنة 1750ء فان الأفكار الفيزيوقراطية المتعلقة بالصناعة والتجارة لم تجد طريقها نحو التطبيق الا بعد وصول تيرگو الى السلطة .

فلقد كان تيرگو شديد الإعجاب بالفيزيوقراطي فانسون كورني الى درجة جعلته يفتخر بكونه تلميذا له ومتخرجاً من مدرسته . وهذا ما أدى به الى أن يرفع بحدة شعار الحرية المطلقة للصناعة والتجارة وأن يعهد - بعد توليه منصب وزير المالية - الى استبدال حكم الامتيازات بمؤسسات ليبرالية وذلك باقرار مبدأ التمثيل الوطني على المستوى السياسي ومبدأ المساواة ووحدة الصرية وتقليص النفقات على المستوى المالي ، ومبدأ الحرية المطلقة للمبادلات والعمل وتوفير المواصلات على المستوى التجاري والصناعي . (1)

و لما كانت السياسة الانتصادية لتيرگو ترمي الى الزيادة في ثروة الأمة فانه عهد لها بالقضاء على التبذير مبتدئاً باتقاص النصف من مرتبه و تخفيض مصاريف جباية الضرائب والعفا كثير من المكاتب الادارية غير المجدية ورأى بأن هذه الزيادة في ثروة الأمة لا يمكن أن تتحقق الا باتباع خطة التجارة والصناعة الحرتين فجاء قرار - أو منشور Edit - 13 سبتمبر 1774 ليطلق العنان لحرية نقل وتجارة الحبوب داخل المملكة . (2)

و تركية لخطته التي أخذت تدر ثمارها على السياسة الاقتصادية لفرنسا - ونع اصدار مجموعة من القرارات في بداية سنة 1776 يعمننا منها في هذا الصدد لما لها من ارتباط وثيق بموضوعنا - قرارات أحدهما نتج عنه الغاء نظام السخرة (*abolition des Corvées*) والآخر ترتب عنه الغاء النظام الطائفي للمهن (*abolition du système Corporatif*) .

(1) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 72 .
(2) ف . أوليفيه مارتين : الوجيز في تاريخ القانون الفرنسي ، الطبعة الثالثة دالوز 1938 ص 369 فقرة 1040 .

40 - 4 - القرار المتعلق بالقضاء بنظام السخرة : لقد ساد نظام السخرة في فرنسا منذ زمن طويل إلا أنه في أواسط القرن الثامن عشر زادت وطأته عندما ظهرت الحاجة إلى تطوير شبكة المواصلات فعمدت السلطة إلى تسخير الماقات الكفيلة بإنشاء وصيانة المارق الكبرى وذلك بإحبار الفئات الفقيرة على تقديم خدماتها وأدوات عملها لمدة من الزمن دون الحصول على أدنى أجر مقابل ذلك . (3)

و لقد كان هذا التكليف لا يثقل في الواقع إلا كاهل العمال البؤساء و المزارعين المعوزين لأن المارق لم تنشأ ولم تُعقد إلا لمصلحة الملاك الذين تزداد قيمة منتوجات أراضيهم بتكاثر هذه المارقيات. لذلك تدخل تيركو ليلغي نظام السخرة و يحمل محلها ضريبة تكميلية يُؤديها جميع الملاك الخاضعين لضريبة نصف العشر (l'impôt du vingtième) دون أي تمييز فيما بينهم باعتبار أن إنشاء الطرق و إصلاحها لا يستفيد منها إلا هؤلاء و بالتالي فلا ينبغي أن يتحمل عبء تكليفها أحد سواهم .

41 - 4 - القرار المتعلق بالقضاء النظام المافيا : ينظم من خلال المقدمة التي استعمل بها تيركو هذا القرار أن المهدف الذي توخاه من وراء إصداره كان يكمن في السعي إلى مهاجمة الامتيازات الخاصة و التكتلات المهنية تحسباً - المخالفة للمصلحة العامة . و لقد أبرز القرار ما يتسبب فيه نظام المافيا المهنية من الحاق أضرار جسيمة بالصناعة و العمال و المستهلكين . (4)

وأكد الحرية لكل شخص بغض النظر عن صفته و ظروفه ولو كان أجنبياً ، في أن يختار ممارسة أي نوع من أنواع التجارة أو العمل في أي مهنة سواء كانت فنية أو غيرها أو يجمع بين العمل في مجموعة منها (الفصل الأول من القرار . (5) كما ذهب إلى أبعد من هذا إذ اعتبر العمل حقاً أزلياً

(3) ف . أوليفيه مارتن : المرجع السابق ص 346 فقرة 978

(4) جاك إيليل : المرجع السابق ص 234

(5) أحمد ماعمر : المرجع السابق ص 73 .

لا يناله التقادم لأن "الله، يقول تيرغو في مقدمة القرار، عندما جعل الناس يحتاجون و يرغبون و جعل من العمل مصدرا ضروريا لاشباع هذه الحاجات و الرغبات، فإنه يكون قد جعل من الحق في العمل ملكية خاصة بكل انسان . و هذه الملكية هي الأولى و الأكثر قداسة و ديمومة من غيرها من الملكيات . " (6) و كانت النتيجة التي توصل اليها القرار هي إلغاء نظام الاوائف و التحالفات المعنوية (abolition des maîtrises et jurandes) حتى يخلق العنان لحريته العمل و يتحرر الأفراد من كل قيد .

42 - و يلاحظ أن هذا القرار شكل تغييرا جذريا في تنظيم البقية العاملات دشن عهد الحرية و المساواة في ميدان الصناعة . إلا أنه سرعان ما أثار غضب الملاك و أصحاب الامتيازات ورؤساء الاوائف والتحالفات و جر الى صاحبه انتقاد البرلمان و بعض معاصريه الذين اتهموه بمناصرة حقوق الانسان والعقل فاضار لويس السادس عشر الى اصدار أمر بمنزله في 12 ماي 1776 و إلغاء القرار . و بمنزل تيرغو انما كانت جميع الاملاحات التي قام بها و تمت العودة من جديد الى الوضع الذي كان عليه الأمر في السابق .

و يرجع البعض (7) فشل تيرغو الى التآرف الذي تابعه املاحاته . و الحقيقة فان الأزمة الخائفة التي مرت بها فرنسا لم يكن في الامكان اخمادها أو التخفيف من حدة و أتها إلا باللجوء الى اصلاحات لها من الحدة و الصلابة ما وصفت به اصلاحات تيرغو و زيادة . وتجربة اصلاحات التي قام بها كل من مويو (MAUPEOU) و تيررى (TERRAY) قبله بونيكير (NECKER) على سبيل المثال بعده شاهدة على ذلك . (8) . و اذا كان خوف السلطة والبرلمان و أصحاب الامتيازات على فقدان سيادتهم وضياع مصيرهم هو الذي أدى الى افشال تيرغو وقمع اصلاحاته ،

(6) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 74

(7) ف. أوليفيه : المرجع السابق ص 372 فقرة 1048 . - جاك ايليل : المرجع

السابق ص 240 و ما بعدها .

(8) للتعرف على اصلاحات التي قام بها هؤلاء يراجع المؤلف المذكور

سابقا لجاك ايليل خاصة الصفحات : 83 ، 241 ، 242 ، 251 .

فان ضمان مصير جديد هو الذي أوحى لرجال الثورة الفرنسية* بالرجوع الى تكريس التابقيات الاقتصادية لتيركو في قانون لي شابلييه (La loi le chapelier) الصادر في 14 - 17 يونيو 1791 الذي " منع جميع أنواع الاوائف الممنية و الحرفية و حرم على أعناء الممنية كل تجمع للدفاع عما يدعونهم المصالح المشتركة " . (9)

(9) موسى عبود : دروس في القانون الاجتماعي : مطبوع أعد للبعث
السنة الثانية في الإجازة : السنة الجامعية 1972 - 1973 ص 10
أنثار في هذا المعنى أيضا مارسيل فالين : المرجع السابق
ص 12 و 391 .

== الباب الثاني ==

أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي

43 - ان محاولة البحث في أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي تستوجب منا تقسيم هذا الباب الى ~~فصلين~~ . سنتصدى في الأول منعمنا الى تحليل أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي بصفة عامة بينما الفصل الثاني فانه سيتعلق بالبحث في الأصول الفقهية الفرنسية المأفصل 230 من ق.د.ع.م الشيء الذي سيساعدنا على التمازق الى المسلمات الأساسية التي يتركز عليها مبدأ سلطان الإرادة في نفس المأفصل .

== الفصل الأول ==

أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي بوجه عام

44 - ان القيام بمحاولة البحث في أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي بوجه عام يدفعنا بالدرجة الأولى الى ضرورة التحري عن حقيقة هذه الأصول على ضوء معيار مقاصد الشريعة الاستعمارية (الفرع الثاني) غير أنه لما كان واضعاً قانون الالتزامات و العقود المغربي و كذلك أغلب الشراح يذهبون الى أن هذا القانون يعتبر قانوناً توفيقياً بين مجموعة متعددة من القوانين المدنية الأوروبية من جهة و أحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى فاننا ارتأينا أن نعود الى حرد هذه القوانين (الفرع الأول) .

و عليه فان هذا الفصل سيعالج في اطار فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : جرد مصادر قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفرع الثاني : مدى تأثير قانون الالتزامات و العقود

المغربي بالقوانين المدنية الأوروبية و الشريعة الإسلامية .

== الفرع الأول ==

=====

جـ ر د مصادر قانون الالتزامات و العقود المغربي

45 - كانت الروابط التعاقدية في المغرب تخضع في تنظيمها قبل الحماية و كبرياء عام للشريعة الإسلامية وفقاً لمذهب الإمام مالك . و كان ناسق تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث الاختصاص يشمل الرعايا أو الموانين و الأجنب على حد سواء . و بالنسبة الى الرعايا فان الشريعة الإسلامية كانت تطبق على الرعايا المسلمين كما أنها كانت تطبق على الرعايا الاسرائيليين . إلا أن تطبيق الشريعة الإسلامية خضع لاستثناء عام تمثل في نظام الامتيازات الاحتمية الكبرى (1) التي منحت في بادئ الأمر لانكلترا سنة 1856 و اسبانيا سنة 1861 و فرنسا سنة 1863 ثم استفادت منه جميع الدول بعد سنة 1880 بموجب الفصل 17 من ميثاق مدريد الصادر سنة 1880 . (2) . و بفضل نظام الامتيازات أصبح الاجانب في غالب الاحوال يخضعون لقوانين بلدانهم الأصلية حتى في الميدان التعاقدى كما أصبحوا يتقانون أمام المحاكم القنصلية .

(1) نسمي هذا النظام بالامتيازات الكبرى تمييزاً له عن الامتيازات الصغرى التي منحها المغرب بصورة حرة ، أخذاً بمبدأ المعاملة بالمثل و بموجب معاهدات خاصة ، لبعض الدول منذ أواخر القرون الوسطى حتى أواخر القرن الثامن عشر . إلا أن هذه الامتيازات لم تكن تتمتع بحق الفصل في المنازعات التي تقع في مسائل الاحوال الشخصية و بعض المعاملات المدنية . أما جميع القضايا الجنائية فقد بقيت من اختصاص السلطة المغربية . و هذا بخلاف الامتيازات الكبرى التي منحت تحت الضغط و أصبحت تتعارض مع مصلحة الدولة المغربية وسيادتها وقوانينها : لمزيد من التفاصيل أنظر أطروحة الدكتور محمد خير فارس حول تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب 1912 - 1939 ، طبع 1972 سلسلة دراسات في تاريخ شمال افريقية الحديث خاصة الصفحات من 30 الى 40 . - أنظر أيضاً المحاضرات التي ألقاها الأستاذ حرمان عياش حول الحماية على طلبة السنة 2 من السلك 2 - شعبه التاريخ و الجغرافية : التخصص في التاريخ السنة الجامعية 1975 - 1976 .

(2) محمد خير فارس المرجع السابق ص 32 . - بول دكرو : القانون الخاص : الجزء الاول : مصادر القانون منشورات لابورت بالرباط ، 1963 ، ص 17 و ما بعد .

46 - و لقد توجت الامبرالية أساليب استغلالها بغرض الحماية على المغرب سنة 1912 بصفة رسمية . إلا أنه كانت فرنسا قد نجحت في فرض نظام الحماية على المنطقة الجنوبية للمغرب على المستوى السياسي والدبلوماسي ، فانما لم تنجح على الصعيد العسكري منذ الأيام الأولى من توقيع معاهدة الحماية نارا لما قوبلت به هذه المعاهدة الأخيرة من رفض ومقاومة في أوساط المغاربة . لذلك رأى ليوطي صاحب " منهج التوسع العقلائي و التدريجي " (3) أن تمر عطية اخضاع المغرب بمراحل وفقا لمخطاها رقيق نارا لما تتأليه عطية الاخضاع الفوري لجهود كبيرة و جنود كثيره وأموال طائلة لم تكن فرنسا بسبب الظروف الدولية قادرة على توفيرها . وهذا المخطط يتناسب مع الأهداف الرامية الى تقسيم المغرب الى المغرب النافع الذي يضم الموانئ و السمعول والمدن الرئيسية و طارق المواصليات بينها و المغرب الذي لا غنى عنه أي ذلك الذي يربط بين المغرب النافع و بين القاعدة الفرنسية بالجزائر (4) و المغرب غير النافع أي المناطق شبه الصحراوية .

و لما كانت الغاية الحقيقية من وراء غزو المغرب تكمن في استغلال المغرب النافع و التمتع بثرواته و خياراته فان التجربة الاستعمارية في كل من الجزائر و تونس دفعت بفرنسا - قبل الشروع في القضاء على نظام الامتيازات بصفة نهائية لا بل حتى قبل اخضاع سكان ما يسمى بالمغرب النافع للسيطرة العسكرية بصفة تامة - الى أن تبدأ تعزيز مخطاها بإصدار مجموعة من القوانين التنظيمية أو العضوية (Lois organiques) التي جاءت كتأبيق لمقتضيات معاهدة الحماية التي تقضي الفقرة الأولى من فصلها الأول بأن " جلاله السلطان و دولة الجمهورية الفرنسية قد اتفقتا على تأسيس نظام جديد بالمغرب يشتمل على الإصلاحات الإدارية و المدلية (أي القضائية) و التعليمية و الاقتصادية " .

(3) هذه العبارة وصف بها الرئيس الفرنسي بوانكاريه الجنرال ليوطي في الخطاب الذي ألقاه أمام البرلمان سنة 1912 : أنار محمد خير فارس : المرجع السابق ص 84 و 85 .

(4) حرمان عياش : المعامرات المشار اليها في السلسلتي .

والمالية و العسكرية التي ترى الدولة الفرنسية ادخالها نافعا بالولاية
المغربية... (5)

47 - و من بين هذه القوانين التناكيفية قانون الالتزامات والعقود
الذي وقع اصداره ليأبى على المناقشة الفرنسية في المغرب فـ في
12 عشت 1913 وأصبح العمل به جاريا ابتداء من 15 أكتوبر 1913 .
ولقد شكل هذا القانون نموذجا اعتمد به عند سن النصوص السابقة
في المناقشة الخليفة الاسبانية (1 يونيو 1914) و النصوص السابقة في
النجدة (16-2-1924) (6) (7) .

و قانون الالتزامات و العقود المغربي لا يعتبر قانونا أصيلا
بمعنى الكلمة ، فالمنعجية المتبعة في اعداده و مضامين نصوصه مستقاة من
القانون التونسي للالتزامات و العقود الصادر في 15 ديسمبر 1906 . (8)
غير أن تكييف مقتضيات القانون التونسي مع معانيات الواقع
المغربي أدى الى حذف بعض المقتضيات التي تضمنها قانون الالتزامات والعقود
التونسي (9) وبالدرجة الاولى بعض المقتضيات التي كانت تتسم بالابع
التجاري - ولقد وجدت هذه المقتضيات ذات الابع التجاري مكانها في
القانون التجاري - وبعض المقتضيات المتعلقة ببعض العقود خاصة تلك التي

(5) أنظر نص الترجمة العربية للمعاهدة في المجلة المغربية للقوانين و المذاهب
و الأحكام الأصلية : المجلد الأول ، السنة الاولى 1935 الباب الأول 1 و 2 .

(6) ج . كوتيرييه : معاصرات في القانون المدني : مطبوع أعد **اطليقة المسنة**
الثانية في الاجازة في الحقوق - القسم الفرنسي - ص 12 . - ويلاحظ أن الأستاذ
ثيساريوروز ريث أكليرا يذكر في مؤلفه حول القانون المغربي (المنطقة الاسبانية)
ترجمة أ . ايماريجون بأن قانون المناقشة الخليفة الاسبانية للالتزامات و العقود استلهم
بصفة مباشرة من القانون المدني الاسباني : ص 122 .

(7) سوف لن نتعرض للبحث في أصول القانون الذي كان يابى في المناقشة الخليفة
و القانون الذي كان يابى في المناقشة الدولية ما دام أن القانون الذي أصبح العمل
جاريا به بعد صدور قانون التوحيد بتاريخ 26 يناير 1965 هو قانون الالتزامات
و العقود الذي كان ساري المفعول أثناء الحماية في المناقشة الفرنسية .

(8) ايميل لارشير : القوانين المغربية و القرارات الصادرة بشأن تنفيذها ، جامعة
1914 الجزائر ص 25 و 26 . - ليفي سوسان : محاولة حول الفهم في العقود
بالمغرب ، جامعة المكتبة العامة للقانون و الاجتماع القضائي ، باريس 1952
ص 14 و 15 .

(9) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 12 .

لها ماابع تونسي محض كعقود الانزال (L'Enzel) و الكردار
(Le Kirdar) و الخلو (Khoulou) و النصب (La Naqba)
(الفصول من 954 الى 994 من قانون الالتزامات و العقود التونسي)
و الخماسية (Le Khammessat) و المساقاة (La Mouçakate) أو
المغارس (Le Mougharaça) : الفصول من 1365 الى 1451 من
قانون الالتزامات و العقود التونسي (الخ . . . (10)

48 - و حتى تعطي صورة أكثر شمولية نشير الى أن اللجنة المصغرة التي
كلفت باعداد مشروع قانون الالتزامات و العقود (11) قد استبقت -
- و كما جاء ذلك في مقدمة س. بيرج (S. Berge) (12) - بمغى
المقتضيات الآتية من ق.ل.ع. التونسي :

- قواعد المسارة التي لم تكن من جملة تتلاءم و النظام الخاص
الذي وقع اختياره للمحاكم المغربية الحديدية ، و من جملة أخرى لم يكن
ق.ل.ع. يشكل الاطار اللائق بها .

- القواعد التجارية التي لم تكن تنسجم مع مقتضيات القانون التجاري
بالإضافة الى أن هذه القواعد التجارية كان ينبغي ادراجها في القانون
التجاري و ليس في ق.ل.ع .

- قواعد القانون العقاري الخاص بتونس و التي لم تعد لها
أية فائدة عند تطبيقها في المغرب .

- المقتضيات التي وقع استقاؤها من العادات المحلية خاصة ما
يتعلق منها بالكراء القرهي و الاستغلالات الفلاحية التي لها ماابع محلي مرفعه

(10) ايميل لاشرير : المرجع السابق ص 16 و ما بعدها
(11) و قد كانت هذه اللجنة المصغرة مشكلة من الأساتذة : S. Berge
مقرر اللجنة ، G. Teissier و Albert de lapradelle : المدونات
و القوانين الجاري بها العمل في مناقشة الحماية الفرنسية بالمغرب : الجزء
الاول : التنظيم القضائي : منشورات المطبعة الواندية ، باريس 1914 هامش
رقم 1 من ص 293 .

(12) س. بيرج : مقدمته الواردة في كتاب المدونات و القوانين الجاري
بها العمل في مناقشة الحماية الفرنسية بالمغرب ص 293 و 294 .

49 - و اذا كانت اللجنة التي كلفت باعداد مشروع ق.ل.ع. قد استبعدت من القانون التونسي بعض المقترحات التي ليس لها تابع مدني أو ادعيا تابع محلي ، فانها ثالت وفيه لروح المدونة التونسية التي تشكل في نظام واضعها قانونا يوفق بين المبادئ القانونية الروبية و مبادئ الشريعة الاسلامية . و هذا ما يتجلى لنا من خلال ما كتبه الأستاذ بيجرج - وهو الذي كان على رأس اللجنة المصغرة التي أعدت مشروع ق.ل.ع.م - في المقدمة التي خى بها الدابعة الرسمية للتأخير المكون لقانون الالتزامات و العقود ان قال بأن هذا الأخير " يتميز بكونه يوفق بين مختلف التشريعات المدنية الروبية و الشريعة الاسلامية الى درجة لا يجد فيها الا حانب و لا المقاربات أنفسهم معرضين لما يمكن أن يتعارض مع تقاليدهم و عاداتهم . " (13)

و بما أن القوانين المدنية الروبية متعددة و الشريعة الاسلامية بحر لا شاطئ له من حيث المصدر الحائل من المؤلفات التي كرس لها بالاضافة الى أن بعض أحكامها التفصيلية تختلف باختلاف المذاهب السنية المشعورة ، فإن التساؤل قد يثور من جهة حول تحديد القوانين المدنية الروبية التي وقع التأثير بها ، و من جهة أخرى فان التأثير بالشريعة الاسلامية يستدعي تحديد المذهب أو المذاهب الفقعية التي وقع التوفيق بين أحكامها و أحكام القوانين المدنية الروبية .

ان الاجابة عن هذا التساؤل نجد ما في البحث الذي أعده الأستاذ سانتيلانا (SANTILLANA) - وهو الذي عين مقررا للجنة التي قامت بتحضير القانون المدني التونسي - سنة 1899 للجنة التي كلفت باعداد مشروع ق.ل.ع. التونسي (14) . كما أن الهوامش التي وردت تحت كل فصل من فصول ق.ل.ع. المغربي تساعدنا على القيام بهذه الاجابة .

(13) ليفي سوسان : المرجع السابق ص 14 .

(14) المدونات و القوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب ص 298 .



50 - فعلى ضوء هذا كله يمكن تحديد القوانين المدنية الرومية التي وقع التأثير بها بصفة عامة عند اعداد ق.ل.ع. المشرعي كما يلي :

- القانون المدني الفرنسي (وكذلك القانون التحاري الفرنسي)

- القانون المدني الألماني .

- القانون المدني الايطالي (وكذلك القانون التحاري الايطالي)

- القانون الفيدرالي السويسري للالتزامات ، وكذا القانون المدني السويسري .

- القانون المدني الاسباني .

- القانون الروماني (الدكتور ، المدونة ، القوانين ، الدساتير الامبراطورية ، قوانين ثابوس)

51 - أما أحكام الشريعة الاسلامية التي وقع التأثير بها فيمكن استخلاصها من مجموعة المؤلفات التي رتبها السيد بروسارد (BROSSARD) في قائمة على ضوء الابحاث و الهوامش التي أعدها الفقيه الايطالي سابتيانا لقانون الالتزامات والعقود التونسي (15) و يبدو أن هذه المؤلفات تنقسم الى قسمين بعضها يتعلق بفقه المذهب المالكي و البعض الآخر يتعلق بفقه المذهب الحنفي وهي كما يلي (16) :

52 - ≠ - المذهب المالكي :

- المختصر في الفقه على مذهب الامام مالك ، بن أنس لخليل ابن اسحاق بن موسى بن شعيب الجندري .

- شرح على مختصر خليل بن اسحاق تأليف محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن علوان الزرقاني المصري المالكي .

- حاشية محمد الحسن البناي الفاسي على شرح لمبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل بن اسحاق .

تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام المقامي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الفرناي المالكي .

(15) المدونات و القوانين الجاري بها العمل في مناقشة الحماية الفرنسية بالمغرب ص 298 .

(16) أنار القائمة المفصلة لهذه المؤلفات في كتاب المدونات و القوانين الجاري بها العمل في مناقشة الحماية الفرنسية بالمغرب من ص 299 الى 302 .

- شرح على تحفة الحكام تأليف أبي عبد الله محمد التاودي
ابن سودة .
- شرح على تحفة الحكام تأليف علي بن عبد السلام التسلولي
السبب - راي .
- كتاب تبصرة الحكام في أصول الأئمة و مناهج الأحكام تأليف
الشيخ برهان الدين أبي التوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن
فرحون اليعمري المالكي .
- كتاب الحقد المنان للحكام في ما يجري بين أيديهم من الوثائق
و الأحكام تأليف أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سامون الكيناني البياسي
الغرناسي .
- لامية أبي الحسن علي بن قاسم بن محمد التجيني الزقاق .
- كتاب الافادة في علم الشهادة لمحمد البشير التواتي .
- كتاب فتح الجليل المصدر في شرح التكميل و المعتمد المشهور
بكتاب العطيات العامة تأليف الحبر النبيل أبي عبد الله بن أبي قاسم بن محمد
بن عبد الجليل الفلالي السجلناسي .
- 53 - / - المذهب الحنفي :
- كتاب الأشباه والنظائر تأليف زين العابدين بن إبراهيم
بن نجيم المصري الحنفي .
- شرح على كتاب الأشباه والنظائر تأليف عبد الله بن محمد الحمي .
- كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان لمحمد قدي باشا .
- تنوير الأبصار في فقه مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة تأليف
شمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن تمر تاشي الفزني .
- الدر المختار في شرح تنوير الأبصار تأليف علاء الدين الحصكفي .
- حاشية محمد أمين الشهير بابن عابدين المسماة **روح المحتار**
على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة .
- الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية في مذهب
الامام أبي حنيفة .
- المجلدات أو القانونون المدني المسمى - اني .

54 - و الذي يمكن ملاحظته قبل الدخول في مناقشة حقيقة مدى تأثير قانون الالتزامات و العقود بالقوانين السابقة أن تأثير ق.ل.ع.م عن طريق المدونة التونسية بالقوانين الألمانية (سويسرا وألمانيا) يبدو واضحا و جليا خاصة فيما يتعلق بالمنهجية المتبعة في تقديم مادة الالتزامات و العقود : فمذه المنهجية يمكن اتباعها وفقا لمثاورين أحدهما جرمانسي و يفضل عرض بعض مواد قانون الالتزامات في كتاب الالتزامات بوجه عام حتى و لو كانت هذه المواد لا يمكن وضعها من الناحية العملية إلا في كتاب العقود ، أما المثاور الثاني فلاتيني و يفضل عرض بعض مواد قانون الالتزامات في كتاب العقود حتى و لو كانت المواد لا يمكن وضعها من الناحية النظرية إلا في كتاب الالتزامات بوجه عام .

و لقد اختار قانون الالتزامات و العقود المغربي المثاور الأول أي الجرمانسي لذلك نجرده يانبا في الحديث عن الالتزامات بوجه عام عكس التقليد الفرنسي الذي يشتر فيه الحديث عن العقود . (17)

بعد هذا العرض الذي يمثل لوحة و صفيحة لبعض ملامح التأثير التي قال بها واضعو قانون الالتزامات و العقود المغربي و أكدوا كثير من الفقهاء الذين خصصوا أبحاثهم لقانون الالتزامات و العقود المغربي يجدر بنا أن نتساءل عما اذا كان القانون المغربي للالتزامات و العقود قد تأثر حقيقة بالقوانين الأوروبية و الشريعة الإسلامية أم أنه لم يتأثر إلا بالقانون المدني الفرنسي - مدونة نابليون و الاحتمال القضائي الفرنسي - و بذلك تكون التأكيدات الأنفة الذكر مجرد زر للبرماد في أعين الواقع و الحقيقة . هذا ما سنحاول إبرازه في الفرع التالي .

== الفرع الثاني ==

مدى تأثير قانون الالتزامات والعقود المغربي
بالقوانين المدنية الأروبية والشريعة الإسلامية

55 - ان الاجابة عن التساؤل السابق الذي يشكل موضوع بحثنا هذا لا يمكن ابرازها بوضوح الا اذا عالجتا مدى التأثير بالقوانين الأروبية المدنية " (1) و الشريعة الإسلامية في نقطتين مستقلتين عن بعضهما البعض و ذلك في اطار بحثين كالتالي :

المبحث الأول : مدى تأثير قانون الالتزامات والعقود المغربي
بالقوانين الأروبية المدنية.

المبحث الثاني : مدى تأثير قانون الالتزامات والعقود المغربي
بالشريعة الإسلامية.

≠ المبحث الأول ≠

مدى تأثير قانون الالتزامات والعقود المغربي
بالقوانين الأروبية المدنية

56 - لقد بدأت الألمان الفرنسية في استعمار المغرب ترسم بوضوح منذ أن تولت أقدام فرنسا في الجزائر . وفي هذا الصدد يقول أوجيبين اتيين نائب وهران وزعيم الفريق الاستعماري الفرنسي في مالمع القسرين المشربين : " ان لفرنسا في المغرب حقوقا واجبات تفوق ما لغيرها من الدول الأخرى وأن الأساس الأول لحقوقنا هو الجزائر . ان الجزائر قادتنا الى تونس و ينبغي أن تقودنا الى المغرب . " (2) الا أن فرنسا عندما شرعت في تنفيذ سياستها الاستعمارية في المغرب اصارت بمقاومة مغربية شديدة و عقبات دبلوماسية خائفة ترتبت عن وقوف عدد من الدول

(1) " Droit Commun Européen " مصالح استعمله الفقيه الايطالي سانيتيان : أنار عبد الواحد بلقزيز : الحيازة في القانون الخاص المغربي ، أواحة ، جامعة لابورت رقم 19 الرباط 1968 ص 11 والملاحق رقم 8 الوارد في نفس الصفحة .

(2) ألبير عياش : المغرب : المنشورات الاجتماعية باريس 1956 ص 60 وما بعدها .

الأوروبية في وجهها بالمرصاد نظرا لما كانت لهذه الدول من مصالح سياسية واستراتيجية واقتصادية وعلى الأخص ألمانيا وانجلترا. (3) ولم يتم نجاح السياسة الفرنسية إلا بعد أن قامت بارضاء هذه الدول بالتنازل لئلا عن بعض مستعمراتها أو المناطق الأخرى التي كانت تنوي استعمارها (4)، و جعل جزء من المغرب منطقة دولية فيما بعد. وبالإضافة الى هذا فإن الخلافات التي كانت تفتتق العلاقات الفرنسية الاسبانية بسبب المغرب قد تم وضع حد نهائي لئلا بموجب معاهدة 27 نوفمبر 1912 (5) و قد ترتب عن هذا كله أن خلا الجو لفرنسا كي تمنع ما تشاء بالمغرب خاصة المنطقة الجنوبية منه .

و في تطبيق السياسة الاستعمارية على المغرب وجدت فرنسا نفسها أمام تجربتين : تجربة الجزائر أي الضم و الإدارة المباشرة وتجربة تونس أي الحماية و الإدارة غير المباشرة. إلا أنه نظرا لتغير نظام الامبريالية الى سياسة الدهج أو الضم و ما ترتب عن هذه السياسة الأخيرة من نفقات باعظية و خسائر جسيمة بالإضافة الى اختلاف الظروف الداخلية و الخارجية في كل من المغرب و الجزائر ونظرا لكون التجربة التونسية قد أنتجت ثمارها وحققت غايتها ، فإن فرنسا اختارت تطبيق نظام الحماية على المغرب و ان كان هذا التطبيق أكثر حذرا و تحفظا في المغرب منه في تونس وذلك أيضا لاختلاف الظروف الداخلية و الخارجية بين البلدين التي رافقت دخول فرنسا ووجودها في كل منهما .

(3) محمد خير فارس : المرجع السابق ص 4 . - حرمان عياش : محاضراته المشار اليها في السابق .

(4) لقد تنازلت فرنسا لألمانيا سنة 1911 على جزء من الكونغو مقابل التنازل عن منافستها لئلا في المغرب . كما استراحت قبل ذلك سنة 1901 من مزاحمة ائلا لئلا لئلا لما اعترفت لئلا بحق الافراد بليبييا ، وانجلترا سنة 1904 لئلا وعدتها بعدم منافستها لئلا في مصر مقابل عدم التمرغ لئلا في استعمار المغرب : راجع جرمسان عياش في محاضراته المشار اليها في السابق . - محمد خير فارس : المرجع السابق ص 6 و ما بعدها و ص 24 و ما بعدها . - امحمد أحمد بن عبود : مركز الا جانب في مراكز دراسة قانونية لوضع الا جانب في المغرب قبل عهد الحماية و خلاله : الدفعة الثانية الشويخ "ديسبريس" تياوان 1980 ص 50 . - أنظر أيضا محمد كالم كمال المشار : نحو قانون مدني عربي في ضوء الايدولوجية العربية الثورية بغداد 1978 ص 83 و 84

(5) محمد خير فارس : المرجع السابق ص 57 و ما بعدها .

و لعل هذا الاختلاف هو الذي أدى بفرنسا الى أن تجعل
ناتق تبايق قانون الالتزامات و العقود من حيث الأشخاص لا يشمل مبدئيا
الأوروبيين المقيمين بالمغرب و لا يطبق على "الأهالي" إلا عند دخولهم
في علاقة تعاقدية مع الأوروبيين بينما حصرت ناتق تبايق قانون الالتزامات
و العقود التونسي على السكان المسلمين و الاسرائيليين دون الاحانب
و الفرنسيين .

57 - مما سبق يتبين أن فرنسا لم تدخل في مغامرة المساو بمفهومه نهائية
على المناقاة الجنوبية للمغرب إلا بعدما حصلت على موافقة الدول التي
كانت لها مصالح في المغرب. انما يبقى التساؤل عن الدافع الذي أدى
بفرنسا واضعة ق.ل.ع.م الى القول بأن هذا القانون الأخير تأثر من جملة
ما تأثر به ، بالقانون الفدرالي السويسري للالتزامات بالرغم من أن سويسرا
لم تدخل في مسلسل الصراعات مع فرنسا ؟ ان محاولة فهم هذا الدافع
لا يمكن أن تتم إلا على ضوء المعاهدة التي أبرمت قبل فرض نظام الحماية
على المغرب بين فرنسا و سويسرا و التي بموجبها "تم الاتفاق على أن
يقرر الرعايا السويسريون أسماءهم في القتمليات الفرنسية التي تكتل
برعايته مصالحهم وسعت في أن يعاملوا معاملة الرعايا الفرنسيين" (6)
و معنى هذا أن تأثر ق.ل.ع.م. بالقانون الفدرالي السويسري للالتزامات يمكن
أن يفسر على النحو الآتي : ان فرنسا كانت تتحمل مسؤولية السهر على
ضمان حقوق الرعايا السويسريين في المغرب حتى قبل احتلاله . أما و أن
الاحتلال قد تم فينبغي بلورة هذه الضمانات أكثر وذلك ، بجمل ق.ل.ع.م
يتأثر بالقانون الفدرالي السويسري للالتزامات .

قد يكون هذا التأويل في محله لولا مقاصد شريعة الاستعمار
الفرنسي التي لا يمكن الذهاب معها إلا الى أن فرنسا لم تعتد في الحقيقة
بعذا القانون أو على الأقل فاننا نشاء في صحة الأخذ بهذا القانون .

(6) امحمد أحمد بن عبود : مركز الاحانب في مراکش ، دراسة قانونية
لوضعية الاحانب في المغرب قبل عهد الحماية ، و خلاله : الرابعة الثانية :
الشويخ "ديسبريس" تـوان 1980 ص 68 .

58 - أمام هذه الوقائع التاريخية التي حاولنا بساطها أعلاه نتساءل عما إذا كان هناك داع للاسترشاد و الأخذ بالمبادئ التي كرستها القوانين المدنية الأوروبية ؟

الحقيقة، فإن الدول التي تنازلت عن مناصفة فرنسا في استعمار المغرب بقيت حذرة إزاء السياسة الفرنسية خاصة ألمانيا لذلك ربما كان من الطبيعي أن يتأثر القانون المغربي بالتشريعات الأوروبية خاصة القانون المدني الألماني حتى يتبدد الخوف و الحذر لما في هذا التأثير من ضمان و حماية لمصالح مواطني هذه الدول .

ان هذا الرأي كان بإمكانه أن يبقى معقولا و صحيحا لولا صدور الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب في نفس الوقت الذي صدر فيه الظهير المكون لقانون الالتزامات و العقود . فالظهير الأول جاء كحلقة أخيرة من حلقات الضمانات التي أعطتها فرنسا للدول الأوروبية بصفة خاصة و الغربية على وجه العموم . و يشكل الفصل 13 واسطة العقد في هذا الظهير إذ تكرر الفقرة الأولى منه مبدأ سلطان الإرادة - الشخص الأجنبي - في الميدان التعاقدية ، ذلك أن هذه الفقرة تعترف بإمكانية لجوء الأجنبيات صراحة أو ضمنا إلى أي قانون يختارونه - قصد تحديد الرابطة التعاقدية سواء فيما يتعلق بالشروط الجوهرية المقدر أو آثارها . (7) : " تعيين الشروط الجوهرية للمعقود و آثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأجنبيات صراحة أو ضمنا الخضوع له . "

و عليه فإن الخوف الذي قد ينتج عن الخضوع لقانون الالتزامات و العقود - بالرغم من أن تشريع الحماية ليس أقل فائدة لأجنبيي المغرب من قانون الالتزامات القديم الذي كانوا يتمتعون في ظلها - و في الميدان التعاقدية المحض بحصانات تشريعية كاملة (8) - يهدده الفصل 13 السابق الإشارة إليه

(7) بول دكرو : سلطان الإرادة والنظام العام في القانون الاتفاقي المغربي : منشورات المكتبة العامة للقانون و الاحتداد القضائي باريس 1952 ص 23 . - ليفي سوسان : المرجع السابق ص 53 و ما بعده . - علال الفاسي : دفاع عن الشريعة : سلسلة المحامد الأكبر رقم 1 مابعد الرسالة ، الرباط 1966 ص 183 . - ولقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها صدر بتاريخ 31 أكتوبر 1930 و المنشور بجازيت المحاكم المغربية السنة 1931 ص 170 إلى أن " المساواة القانونية (أنظر التتمة في الصفحة الموالية)

و الذي ينص مصلح التعاقد الأروبي ليتصرف وفقا لمشيئته و هو واه
و يخضع معاملاته لأي قانون شاء سواء فيما يتعلق بحوهر هذه المعاملات
أو آثارها لا بل حتى من حيث شكلها (الفصل 10 من تأشير الوضعية
المدنية للفرنسيين و الأجانب) (9) .

59 - و هكذا يبدو أنه لم تكن هناك حاجة للتأثر عند اعداد ق.ل.ع.م
من الناحية الموضوعية بضمون القانون الجرمانى (القانون المدنى الالمانى
و السويسرى) بصفة خاصة ولا حتى " بالقوانين الأروبية العارية " بصفة عامة .
و حتى اذا كانت التشريعات الجرمانية تشكل فى بداية القرن
المشرين نموذج العصر و كان القانون المدنى الألمانى على وجه الخصوص
يوصف بكونه رمز الكمال المئاقى والدقة المئوية ، فان " مقاصد الشريعة
الاستثمارية " (10) تجعلنا نشك فى ميل فرنسا الى التأثر بها خاصة
و أن هذه الأخيرة أعلنت تفوقها حتى على الأروبيين و الأجانب بصفة عامة
هذا التفوق الذى يتجلى فى صراحة التشريع كما يباهر من خلال المناقشات
الأولية التى قامت بين أعضاء اللجنة المكلفة باعداد مشروع قانون الوضعية
المدنية للفرنسيين و الأجانب : فهذا المشروع الذى أعده الاستـــاذ
البييرت ~~ولا براديل~~ عنوانه بمباراة " وضعية الأجانب " إلا أن السيد
جوتيه (GAUTHIER) اعترض على هذه التسمية بدعوى أن عبارة
" وضعية الأجانب " عامة تشمل حتى الفرنسيين و يترتب على ذلك أن الفرنسيين
أنفسهم سيمدون أجانب فى المغرب فاضارت اللجنة الى عنوان المشروع
بـ " لوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب فى المغرب " . (11)

الممنوحة للأجانب من طرف المحاكم الفرنسية يكرسها فى الميدان التعاقدى
الفصل 13 الذى يتبنى مبدأ سلطان الارادة بتمامه .
(8) قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 مارس 1928 المنشور بـ جازيت المحاكم
المغربية : 17 يونيو 1928 : ورد فى المرحع السابق ذكره لبول دكروى 24 .
(9) ان الفصل 10 يمنح للفرنسى أو الأجنبى حرية الاختيار لصحة التصرفات من حيث
الشكل بين أربعة قوانين : - القانون الوطنى للأطراف - القانون الفرنسى -
التشريع الموضوع لمنطقة الحماية الفرنسية - القوانين والأعراف المحلية .
(10) عبارة استعملها أستاذنا المرحوم علال الفاسى فى كتابه دفاع عن الشريعة
وجعلها عنوانا للفترة 14 الممتدة من ع 162 الى 203 .
(11) علال الفاسى : المرحع السابق ع 177 . - امحمد أحمد بن عبود : المرحع
السابق ص 86 و 87 .

و حتى اذا ما أردنا التسليم بكون قانون الالتزامات و العقود قد تأثر بالتانون الجرمانى فان هذا التأثير لم يتم الا على مستوى المنهجية المتبعة في التقديم أما على مستوى المضمون أو الجوهر فان التأثير بالتانون الفرنسى - مدونة نابوليون والاجتهاد القضائى الفرنسى - ان لم يكن قد وقع بصفة تامة فان نصيب الأسد و التدح المعلى كان من حظه : كيف لا و تانون الالتزامات و العقود هو القانون الذى ينظم تداول الخيرات والأموال و توزيعها لا بل حتى انتاجها و فرنسا لم تكلف نفسها عناء وضع قانون للالتزامات و العقود فى المغرب الا قصد استخدامه كوسيلة للسيطرة و الهيمنة فى آخر المطاف على هذه الخيرات و الأموال . و لم تكن فرنسا فى حاجة الى استلهم العناصر الجوهرية لهذه الوسيلة من تشريعات مدنية أجنبية غير تشريعاتها المدني التى كان يتضمن بين طيات مقتضياتها جميع علامات الاستغلال و السيطرة المكمولين بغطاء المدنية و العالمية .

بعدها حاولنا توضيح ما يقرب حقيقة تأثير قانون الالتزامات و العقود المبررى بما كان يسمى سائيتيافا " بالتوانيس الأروبية العادية " منتقل الى التساؤل عما اذا كان التانون المبررى للالتزامات و العقود قد تثر فعلا بالشريعة الاسلامية .

٢ - البحث الثانى -

مدى تأثير قانون الالتزامات و العقود بالشريعة الاسلامية

60 - بالرغم من كون ن.د.ع. قد وضع ليطبق على الأجانب أمام محاكم الحماية، فانه وقع التأكيد مرارا على أن هذا القانون قد تأثر بالشريعة الاسلامية الى درجة أنه جاء فى مقال لأحد المحامين بالمغرب (الاستاذ دفي (DEFAYE) نشر بنمازيت المحاكم الماربية (G.T.M.) بتاريخ 23 فبراير 1922 بأن "حدة التأثير من القرآن فاقت بكثير حدة التأثير من الديجست." (12) و لقد ظل هذا الاعتقاد سائدا عند بعض الفقهاء حتى بعد حصول المغرب على استقلاله

السياسى . (13)

- (12) بول دكرو : سلطان الارادة و النظام العام فى القانون الاتفاقي المبررى ص 95 و 96 .
 (13) أنظر أطروحة الأستاذ موسى عبود حول الوضعية القانونية للقاصر فى المغرب ، الرباط ، 1968 ص 48 . - وكذلك الأطروحة السابق ذكرها للأستاذ عبد الواحد بلقزيز ص 9 و ما بعدها . - وكذلك المؤلف السابق ذكره للأستاذ ج . كوتيربييه ص 13 .

61 - و السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو : هل تأثر القانون المغربي للالتزامات و العقود حقا بالشريعة الاسلامية ؟

ان أعم الأسباب التي تدفع بنا الى طرح هذا السؤال تكمن في الحلول التي أعطاها بعض الفقهاء في المغرب للاشكالية القانونية التي يثيرها الفصل الثالث من قانون توحيد القضاء و مغربته ان يقضي بـ "النصوص الشرعية و العبرية و كذلك القوانين المدنية و الحنائية الجارية بما العمل حاليا تصبح الى أن تتم مراجعتها ما بقية لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول."

فلاشكال القانوني الذي يارحه هذا النص يتمثل في التساؤل عما اذا كان المقصود بالنص أن المحاكم الموحدة ستستمر في تطبيق التشريع الحديث و هو ق.د.ع و الشريعة الاسلامية على حد سواء في الميدان التقاضي ، أم أنه يجب أن نفهم على العكس بأن ق.د.ع. هو الوحيد الذي ينبغي الاقتصار على تطبيقه في ميدان الالتزامات أما الشريعة الاسلامية فيمكن اعتبارها ملغية ضمنا .

فأمام هذا الإشكال القانوني الذي يطرجه الفصل الثالث من قانون توحيد القضاء و مغربته تبني بعض الفقهاء - وعلى رأسهم أستاذنا موسى عبود و الأستاذ عبد الواحد بلقزيز (14) - الفكرة التي مفادها أن ق.د.ع هو القانون الوحيد الذي ينبغي تطبيقه في الميدان التقاضي الذي كانت الشريعة الاسلامية تطبق عليه جنبا الى جنب مع التشريع الحديث - أي ق.د.ع.م - و هذه الفكرة دعمها القائلون بما يحجج أحدهما في نظر الأستاذ ج. كوتيرييه اثنتين (15) :

- الأولى تتمثل في أن توحيد المحاكم يفترض أيضا توحيدا في التشريع اذا الاحتفاظ بالازدواجية لا يتفق مع الرغبة العامة في توحيد القانون التي اتبعها قانون 1965/1/26 .

(14) موسى عبود : الوضعية القانونية للمقاصر في المغرب ص 56 و 57 . - عبد الواحد بلقزيز : الحياة في القانون الخاص المغربي ص 16 و 17 .
(15) ج. كوتيرييه : المرجع السابق ص 14 و 15 .

— و الثانية مفادها أنه يمكن الاحتفاظ بق.ل.ع. كقانون وحيد للالتزامات في المغرب لما أنه متأثر الى حد بعيد بالشريعة الإسلامية و في جميع الأحوال لا يحتوي على مقتضيات تخالف المبادئ العامة للشريعة الإسلامية .

و الملاحظ أن هذه الحجة الثانية تجد أساسها في ما قال به واضعوا ق.ل.ع.م من أن هذا الأخير جاء موافقا بين أحكام القوانين المدنية الروبية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أنها تعتبر استمرارا للآراء الفقهية التي سادت في عهد الحماية بالدرجة الأولى . و التسليم بهذه الحجة في نظرنا ليس بالأمر الهين إذ أن ضرورة تقصي "حقائق" مقاصد الشريعة الاستعمارية تفرض علينا أخذ ما قال به واضعوا ق.ل.ع.م و كذلك الآراء الفقهية لفترة الحماية بشيء من الحيطة و الحذر و تدفع بنا الى القيام بمحاولة قراءة جديدة لها .

62 — ان الفقه الذي أكد تأثر ق.ل.ع.م. بالشريعة الإسلامية انطلق في تأكيده هذا من التحليل السطحي للفصول التي يشتمل عليها هذا القانون دون الوقوف في أعماقها للتعرف على أسباب نزولها و المصادر الحقيقية التي استلهمت منها . ولا أدل على ذلك من أن أحد الفقهاء عنون مقالا له نشر بغازيت المحاكم المغربية بتاريخ 25 فبراير 1958 بـ"أصل وأصالة أو مميزات الداهير المكون لقانون الالتزامات و العقود" (16) و اقتصر في إبراز هذه الأصالة أو المميزات التي تطبقها مسحة الشريعة الإسلامية على بعض الاختلافات التي توحد بين قانون الالتزامات و العقود المغربي و بين القانون المدني الفرنسي و التي لا ترجع في الحقيقة الى جوهر القانون بقدر ما ترجع الى بعض أساليب الصياغة التي وقع اتباعها في حياة القانون المغربي بصفة مغايرة لما اتبع في القانون المدني الفرنسي . و بالإضافة الى هذا فان البعض اعتدأ منهم بمناق وجوب التقيد بالداهير النص في التحليل — انطلق في تأكيده لتأثر القانون

(16) Origine et Originalité du Dahir formant code des obligations

(D.O.C.) et contrats : غازيت المحاكم المغربية 25 فبراير 1958 رقم 1225

ص 19 و ما بعدها . وكاتب المقال هو الأستاذ بولد كرو .

بعض

المغربي للالتزامات و العقود بالشريعة الإسلامية من مجرد كون^V فصوله تتضمن لفظة "المسلمين" و على سبيل المثال الفصول : 200 - 484 - 492 - 632 - 809 - 986 - 988 - 1101 . (17) فعمل يعتبر مجرد ورود لفظة "المسلمين" في بعض فصول ق.ل.ع. دليلا قاطعا على كون هذا الأخير قد تأثر بالشريعة الإسلامية ؟ كلا لأن الأسكيم لا يحمل من كل شخص يرتديه راحبا كما يقال (L'habit ne fait pas le moine) و بعبارة أخرى فإن ادعاء واضعي ق.ل.ع. المؤيدين ببعض الفقه ووجود لفظة "المسلمين" في بعض فصول ق.ل.ع. ليس معناه بالضرورة أن هذا الأخير قد تأثر بالشريعة الإسلامية في جوهرها و ذلك للمقاصد الاستعمارية الآتية :

63 - x - أن الذين يقولون بتأثر ق.ل.ع.م بالشريعة الإسلامية لم يبرزوا هذا التأثير انبالاتا من وجود بعض الألفاظ في هذا القانون كلفظة "المسلمين" أو حتى انبالاتا من وجود بعض الأحكام فيه - كالتي وقع النص عليها مثلا في الفصلين 344 و 345 المتعلقين بتأجير الحاصل من المريض في مرض موته - إلا لملاحظتهم بأن الأعمال التحضيرية و التقارير الرسمية التي سبقت صدور ق.ل.ع. قد زكت و كرسست هذا التأثير بمفظة صريحة و بذلك جعلوا منها أساسا يدعمون به آراءهم و لكن هل أن ما تشير إليه الأعمال التحضيرية صراحة لا يمكن أن يحمل إلا على أنه حق ؟ اننا نشك في ذلك : فالامام الكبير للمعشترقيين س. بيرج (S. Berge) و ج. تيسيه (G. Teissier) - وقد كانا عضوين في اللجنة المصغرة التي كتبت باعداد مشروع ق.ل.ع.م - لا يمكن اعتباره قرينة قاطعة على أن واضعي ق.ل.ع.م باعوا هذا الأخير بأحكام الشريعة الإسلامية . و اذا ما أردنا الرجوع الى القانون التونسي للالتزامات و العقود قلنا أيضا بأن المعرفة الدقيقة لكل من

(17) بول دكرو : مبدأ سلطان الإرادة و النظام العام في القانون الاتفاقي المغربي ص 82 و 83 . - موسى عبود : المرجع السابق ص 45 . - و من الفصول التي وقع الادعاء بأنها تأثرت بالشريعة الإسلامية أيضا : الفصول من 3 الى 13 - 56 - 61 - 229 - 344 - 379 - 480 - 601 و 602 - 1096 : أنظر بول دكرو : المرجع المذكور أعلاه : الصفحات 45 و ما بعدها ص 50 ، ص 70 ، ص 74 .

سانتيلانا (SANTILLANA) وس. بيج - و قد كان عضوين في
اللجنة التي قامت بتحضير مشروع ق.د.ع. التونسي - ليس من شأنها
بالضرورة أن تحملنا على تصديق ما قيل بصدور تأثر ق.د.ع. التونسي
بالشريعة الإسلامية .

فلو أن فرنسا كانت تريد بالفعل تأميم ق.د.ع. التونسي
و بعده المغربي بأحكام الشريعة الإسلامية لما اقتضت على تشكيل اللجنة
المكلفة باعداد ق.د.ع. من أعضاء فرنسيين فقط أو بمساعدة بعض العمال
الروبيين الذين كانوا يخدمون مملحة فرنسا أمثال الأتالي سانتيلانا .
و مع ذلك ، فإذا كان يبدو من المناقش أن تدعي فرنسا بأن ق.د.ع. التونسي
قد أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، إنما أنه سن يقتصر تأييده
على الأهالي التونسيين فقط فان الغريب في الأمر أن تغل مستمرة في
التمسك بنفس الادعاء عند وضع ق.د.ع. المغربي بالرغم من أن هذا
الأخير لم يسن أصلا ليأبق آلا على الفرنسيين و الأجانب و لا يمتد
نطاق تأييده الى الأهالي المغاربة إلا عندما يدخلون في علاقة
تعاقدية مع الفرنسيين أو الأجانب . هذا من جهة و من جهة
أخرى فان شأن القيام بمحاولة قراءة جريدة لبعض التقارير
الرسمية كالتقرير الذي رفعه كل من وزير الخارجية السيد بيـشون
(Pichon) ووزير العدل السيد أنطوني راتيه (Antony Ratier)
الى رئيس الجمهورية الفرنسية السيد بوانكاريه (R. POINCARÉ)
بتاريخ فاتح سبتمبر 1913 ، أن يزدونا بواقع و حقيقة التأثير من
أحكام الشريعة الإسلامية . فلقد جاء في هذا التقرير ما يلي :
" سيحذر الروبيون في الظاهر المكون لقانون الالتزامات و العقود
قواعد مستعمدة و في حدود كبيرة من قوانينهم الوانبة . أما
المسلمون فانهم من جانبهم سوف لن يجدوا في هذا الظاهر ما من
شأنه أن يجرح شعورهم الديني ما دامت النصوص التونسية التي اتخذت
كأرضية لهذا العمل وقعت مراجعتها و اعتراف بملاءمتها للشريعة الإسلامية
من طرف لجنة مكونة من خمسة أساتذة من المسجد الكبير . "

[أي جامعة الزيتونة] و خمسة قضاة الشرع (المحكمة الدينية)
[أي المحكمة العليا الشرعية] " (18)

ان ما يمكن ملاحظته على هذه الفقرة المقتضية من تقريب
أعمال لجنة التنايم القضائي للحماية الفرنسية بالمغرب ، أنها تتضمن
من الناحية اللغوية جانبين أحدهما ايجابي و يتعلق بالاروبيين الذين
سيحددون في مدونة الالتزامات و العقود قواعد مأخوذة من
قوانين بلدانهم و الآخر سلبي و يتمثل في أن المسلمين سوف
لن يحددوا في هذه المدونة ما من شأنه أن يمس عقيدتهم بسوء
ما دام القانون التونسي قد وضع كأساس لهذه المدونة و أنه وقع عرضه
على أنظار مجموعة من أساتذة الشريعة الاسلامية و القضاة الشرعيين .
هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه من الناحية الدلالية لا يوحى
تأويل هذه الفقرة بكون اللجنة قد استلهمت نصوصها عند اعدادها
لمشروع ق.ل.ع.م من قواعد الشريعة الاسلامية بل يوحى فقط بكون هذا
المشروع الذي شحنه أعضاء اللجنة بمعارفهم القانونية قد وضع أمام لجنة
من علماء المسلمين لتتري مدى انسجامه مع أحكام الشريعة الاسلامية
ليس إلا ، دون السماح لها بفرض أحكام الشريعة الاسلامية على اللجنة الفرنسية
لتحلها محل الأحكام التي قد ترى أنها تخالفها و لا تنسجم معها .

64 - إذا ما سلمنا بتأثير قانون الالتزامات و العقود المغربي
بالشريعة الاسلامية فإنه يكون علينا بالضرورة أن نسلم بالمفهوم الذي
كان يعطيه الفقهاء الفرنسيون بصفة خاصة و الغربيون بصفة عامة
للمشريعة الاسلامية . و يمكن تلخيص هذا المفهوم فيما ذهب اليه
شيلدون آموس (Scheldon AMOS) في قوله بأن " الشرع المحمدي
ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق
الأحوال السياسية في الممتلكات العربية " و أن

(18) ايميل لارشير : المرجع السابق ص 22 . - وقد اقتبس الوزير ان
هذه الفقرة من تقرير أعمال لجنة التنايم القضائي الحماية الفرنسية
بالمغرب : راجع هذا التقرير في نفس مؤلف " ايميل لارشير من ص 24
الى 36 و قد وردت الفقرة بتفاصيلها في ص 26 .

" القانون المحمدي ليس سوى قانون يوستينيان في لباس عربي " (19) و يبرر هذا المفهوم بكون الفقهاء المسلمين الأوائل قد وثقوا على أحكام القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية فاستوعبوها و نقلوها باتقان و ذكاء إلى الفقه الإسلامي الذي كان في طور التكوين . (20) و الذي لا مراء فيه في الوقت الراهن أن هذا الرأي - و المبررات التي جسي بها لتزكيتة و تدعيمه - لم يقل به أصحابه في الحقيقة إلا قصد البرهنة على ضعف الشريعة الإسلامية و وعنفها أمام عقلانية القوانين الأوروبية خاصة اللاتينية منها - و القانون الفرنسي أمامها - ، و عدم قدرتها على التكيف مع متطلبات و حاجيات العالم الحديث (21) ، و أن هذا الضعف الذي تتسم به الشريعة الإسلامية أدى إلى تخلف المجتمع التونسي و بمد ذلك المجتمع المغربي و اصباغ حلة جمودها على عجلة تأورها و هذا ما لا يمكن لفرنسا التي تسي حكمها التاريخ مسؤوليته تأوير المجتمعات أن تقف أمامه مكتوفة الأيدي .

و هكذا نلاحظ بأن المفهوم الذي أعطي للشريعة الإسلامية كان الغرض منه فرض الاستعمار على كل من تونس و المغرب و اصباغ المشروع على هذا الاستعمار الذي هو " وليد سلطة العلم و العقل و التأصيل " (22)

(19) سموي حسن أبو طالب : بين الشريعة الإسلامية و القانون الروماني ص 6 ورد في مؤلف الأستاذ عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : الداهية الخامسة منقحة بغداد 1976 ص 73 و 74 .

(20) إميل لاشرير : المرجع السابق ص 26 . - ليفي سوسان : المرجع السابق ص 25 . - لمزيد من التفاصيل حول مدى تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني أنظر عبد الكريم زيدان : المرجع السابق ص 73 إلى 89 . - محمد بن معجوز المزغاني : محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لسنة 1979 خاصة من ص 16 إلى 25 . - أنظر أيضا مقال نجيب بودريالة حول مظاهر الأيديولوجية القانونية الاستعمارية : المجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد عدد 4 ، 1978 من ص 95 إلى 113 خاصة الصفحات من 102 إلى 105 .

(21) نجيب بودريالة : مظاهر الأيديولوجية القانونية الاستعمارية : المجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد العدد 4 ، يونيو 1978 ص 97 .

(22) أنظر في هذا المعنى : نجيب بودريالة : المرجع السابق ص 96 .

65 - - ع - عندما عرض مشروع ق.ل.ع. على لجنة علماء المسلمين وقع
ابداً كثير من الاعتراضات على الأحكام التي تخالف الشريعة الإسلامية .
الآن اللجنة الفرنسية بدلا من أن تفسح الفرصة للجنة علماء
المسلمين كي يحلوا أحكام الشريعة الإسلامية محل هذه الأحكام المخالفة
لها ، عمدت الى البحث عن البديل في أحكام الديجست أي القانون الروماني (23)
و اذا كان الأستاذ تيزون (R.TISON) قد انتهى به البحث
في أرواحته الى النتيجة التي مفادها أن مبدأ سلطان الارادة لا يحد
أساسه في القانون الفرنسي القديم و لا في القانون الروماني (24) ،
و بصورة أخرى ان القانون الفرنسي الحديث لا يجد مصدره في القانون
الفرنسي القديم و لا في القانون الروماني و ان كان هناك تشابه فسي
بعض المصالحات التي تبنتها كل هذه القوانين (25) ، أمكن القول
بأن اللجنة الفرنسية عند احلالها لحكم آخر محل الحكم الذي لوحظ
تعارضه مع الشريعة الإسلامية لم تكن تلجأ في الواقع الى الاستعانة
بأحكام القانون الروماني - الديجست - كما يومئذ بذلك حتى تقرير أعمال
لجنة التنايم القضائي للحماية الفرنسية بالمغرب (26) واما كانت تستعين
بأحكام القانون المدني الفرنسي .

66 - - د - كانت الشريعة الإسلامية وفقا لمذهب الامام مالك ، سابق
مبدئيا في مغرب ما قبل الحماية على جميع المسلمين سواء كانوا مغاربة
أم غير مغاربة . إلا أنه بعد صدور ق.ل.ع. أصبحت لفظة
" المسلمين " يقتصر مدلولها على المغاربة المسلمين دون
سواهم بغنى النظر عن اختلاف مناطقهم : المنطقة الجنوبية الفرنسية

-
- (23) ليفي سوسان : المرجع السابق ص 15 .
(24) ر. تيزون : مبدأ سلطان الارادة في القانون الفرنسي القديم ، باريس
1931 . وتوجد هذه النتيجة مركزة على الخصوص في الخاتمة التي تستغرق
الصفحات من 185 الى 187 . .
(25) اذا ما لوحظ تشابه في بعض المصالحات القانونية في كل من القانون المدني
الفرنسي و القانون الروماني فان العوامل الاقتصادية الاجتماعية و السياسية المستجدة
قد افرغتها من مضمونها و أعطتها مضمونا جديدا يلائم روح العصر . و هنا تكون العبرة
بخصوصية المضمون لا بتشابه اللفظ .
(26) ايميل لا رشير : المرجع السابق ص 26 . - ليفي سوسان : المرجع السابق ص 15

أو المنطقة الخليفة الإسبانية أو 'منطقة سانحة الدولية' (27)، وذلك نظرا لكون روح ق.ل.ع. لم تأخذ في عين اعتبارها المعيار العقائدي للأجانب (28). فلذلك كان في استناعت الفرنسيين و الأجانب ذوي النظام الاسلامي أن يفلتوا من قبضة الموانع التي تفرضها بعض النصوص الواردة في ق.ل.ع على المسلمين. وفي هذا تحريف واضح لمقاصد الشريعة الاسلامية و تكريس بين لمقاصد الشريعة الاستعمارية.

67 - - - - - هي قصد البرهنة أكثر على هذه المقاصد الاستعمارية التي يؤكد وجودها أن تأثر ق.ل.ع بالشريعة الاسلامية هو أمر مشكوك فيه و تحوم حوله الريبة يكفي استعراض مثالين لتحليلهما أو لهما يتعلق بالفبن و الثاني بالربا .

68 - - - - - 1 - الـهـمـm : ينص الفصل 55 من ق.ل.ع.م على أن "الفبن لا يخول الابطال إلا اذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله و ذلك فيما عدا الاستثناءات الواردة بمادة". و يعتبر هذا الفصل تكريسا حرفيا لما جاء في الفصل 60 من "مدونة الالتزامات و الحقوق التونسية". (29) و اذا كانت مقتضيات الفصل 55 من ق.ل.ع.م. تتشابه الى حد ما مع المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 1118 من القانون المدني الفرنسي فـان

(27) بول دكرو : مبدأ سلطان الارادة و النظام العام في القانون الاتفاقي المغربي ص 4

(28) موسى عبود : المرجع السابق : ع 34 الوارد أسفل ص 45 - و لقد ظل المفهوم الاستعماري للفظ "المسلمين" ثابتا و ساري المفعول الى أن صدر ظهير 24 أبريل 1959 ، الذي يمكن القول - مسaire اما قال به أستاذنا موسى عبود - بأنه ألغى التمييز بين المسلمين المغاربة و المسلمين غير المغاربة

(29) ليفي سوسان : المرجع السابق ص 20 .

"المشروع المغربي" - تبني مع ذلك موقفا من الغبن أكثر ضيقا إذ أنه لم يسمح به في بعض العقود كمقدد القسمات وعقد بيع العقارات . (30)

فاذا أردنا تفسير هذه النظرة الضيقة "للمشروع المغربي" وجب الرجوع إلى المقاصد الاستعمارية التي كانت ترمي إلى الترخيص للأجانب وخاصة الفرنسيين منهم بتملك الأراضي في المغرب في الوقت الذي كان فيه أساس النظام العقاري المغربي يقوم على مبدأ تحريم ملكية الأراضي الفلاحية على غير المسلمين بصفة مألوفة . (31) و الترخيص للأجانب بتملك الأراضي في المغرب يستوجب إطلاق العنان للإرادة الأوروبية كي تقوم بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تركيز الأراضي في يد المممرين و لو أدى ذلك إلى إلحاق الغبن الفاحش بالمالك الأصلي و الحقيقي لهذه الأراضي .

و هكذا فإن النظرة الضيقة الغبن التي تبناها "المشروع المغربي" سنة 1913 يبررها ضمان المعاملات التي يغبن فيها ما كان يسمى في الاصطلاح الاستعماري بالأهلي (indigène) حينما يكره على بيع أراضيهم للمممر . (32) و اذا كانت "ضرورة حماية أرض الوان" هي التي أدت بنابوليون إلى أن يقرر اعتبار الغبن في عقد بيع العقارات، فإن تكريس النظرة الضيقة للغبن في المغرب جاء ليمنح المممرين من اغتصاب أرض الوطن . (33)

(30) للتعرف بتفصيل على هذه الحالات التي يجيز فيها القانون المدني الفرنسي التمسك بالغبن : راجع : مولاي إدريس العلي العبدلحي : نظرية الغبن بين القديم والحديث : مطبوع أعد لهالبة السنة الأولى من دبلوم الدراسات العليا فرع القانون الخاص - كلية الحقوق بالرباط - و على الخصوص الصفحات من 32 إلى 36 .
(31) علال الفاسي : دفاع عن الشريعة ص 204 . - ولمزيد من التفصيل أنظر أيضا الصفحات من 205 إلى 208 من نفس المرجع ، - أنظر أيضا عبد الكريم بلگندوز : الاستعمار الزراعي في المغرب ومناهج تسريه : المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد والاقتصاد العدد 4 ، 1978 خاصة الصفحات من 133 إلى 145 .
(32) علال الفاسي : المرجع السابق ص 210
(33) علال الفاسي : المرجع السابق ص 213 و 216 .

أما القول بأن السبب في تبني النازرة الضيقة للفتن في المغرب يرجع إلى الاختلافات الكثيرة التي تفرقها الشريعة الإسلامية في شأن الفتن فهو مردود ذلك أنه إذا كان واقع هذا الاختلاف أمر لا يقبل الجدل (34) ، فإن الذي يثير الشك هو الطريقة التي وقع الاستغناء بها عن أحكام الشريعة الإسلامية في الفتن لمجرد أنها مشوبة بمعيب الاختلاف، كي تقوم مقامها أحكام الفتن حسبما وقع النص عليها في القانون المدني الفرنسي بعد تلقيدها بجرثومة المقاعد الاستعمارية . وحتى إذا ما ذهبنا إلى أن النازرة الضيقة ذات الأصل الفرنسي - يمكن اعتبارها مما تقتضي به أحكام الشريعة الإسلامية ، إنما أن لجنة علماء المسلمين قد أقرتها وزكت مسيرتها للشريعة الإسلامية ، فإن هذا الرأي لا يبقى سليما إذا ما علمنا بأن لجنة " علماء المسلمين " عندما أقرت هذه النازرة اعتمدت ، كما يقول أستاذنا المرحوم علال الفاسي على بعض الأقوال المألوية غير المعمول بها وركزت على ما أسسته بالضرورة الاقتصادية التي لا يمكن حلها إلا على أنها الضرورة الاقتصادية لفرنسا ، ناهيا لكون وجود هذه اللجنة في حد ذاته و قبول العلماء المسلمين بتشكيلها ما هو إلا تزكية لمشروع اقرار نازرة الاستعمار في تونس و بعد ذلك في المغرب و خدما لمصلحة هذا الاستعمار . (35) .

69 - 2 - المرجع السابق : ينص الفصل 870 من ق.د.ع.م على أن :
 " اشتراط الفائدة بين المسلمين بالحل و مبطّل للمقدّر المدني يتضمنه سواء حاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيلا له . "

(34) للوقوف على بعض مظاهر الاختلاف : راجع مولاي إدريس العلي العبدلاني : نازرة الفتن بين القديم والحديث خاتمة الصفحات من 21 إلى 25 . علال الفاسي : المرجع السابق ص 211 وما بعدها . - ليفي سوسان المرجع السابق ص 212 إلى 26 . (35) علال الفاسي : المرجع السابق ص 212 و ما بعدها .



ان مقتضيات هذا الفصل أخذت بالحرف عن نص الفصل 1095 من مدونة الالتزامات و العقود التونسية . و يلاحظ من خلال هذا النص أن القانون المغربي يحرم الفوائد في العلاقات المدنية بين المسلمين محما كانت صورتها . و هذا يحملنا على الاعتقاد بأن واضعي ق.د.ع.م قد استلهموا نص الفصل 870 من أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر كل زيادة على رأس المال ربا ولو كانت يسيرة عكس القوانين الحديثة التي تنظر إلى الربا على أنه الفائدة المبالغ فيها التي تتجاوز على الأقل النصاب المحدد لعاقبونا (36) غير أن الحقيقة قد تماكس هذا الاعتقاد إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن الاستعمار الفرنسي غزا المغرب لسيطرة رأس المال الاستعماري أي الربا بكل معنى الكلمة (37) على الاقتصاد المغربي و أن هذا الرأس المال الاستعماري لا يمكن تحقيق الأهداف المتوخاة منه إلا إذا وقع التعامل به في الواقع مـــــــع الأهالي . و لعل هذين الاعتبارين هما اللذان يبرران شمول نطاق تطبيق ق.د.ع.م من حيث الأشخاص للأهالي أي المغربي و ذلك عندما يدخلون في علاقة تعاقدية مع الفرنسيين أو الأجانب . و في هذا الصدد نشير إلى أنه إذا كان الرأي السائد فيما يتعلق بنطاق تطبيق ق.د.ع.م من حيث الأشخاص مفاده ان ق.د.ع.م وجد في الأصل ليطبق على الروابط التعاقدية التي تجمع بين الأوروبيين أو الأجانب بصفة عامة و الفرنسيين على وجه الخصوص، و أن نطاق تطبيق ق.د.ع.م لا يشمل " الأهالي " إلا إذا دخلوا في علاقة تعاقدية مع غيرهم من الأجانب أو الفرنسيين فان ظروف إصدار ق.د.ع.م و معيار مقاصد الشريعة الاستعمارية الذي وقع الاسترشاد به عند سنه لا يمكن أن يؤدي بنا إلى القول بأن المدف الأجنبي و الحقيقي من سن ق.د.ع.م يتمثل

(36) لمزيد من التفاصيل في مسألة الربا : راجع : محمد خنيزي الجابري :

قضية الربا بين دعاة الإبقاء و محاولات الإلغاء : مجلة المحاماة المغربية السنة

الثالثة عشرة العدد 17 يونيو - يوليو 1980 الصفحات من 7 إلى 39 . -

أنظر أيضا : محاضرات الاستاذ محيي الدين اسماعيل عالم الدين حول الربا

و الفائدة في العلاقات المدنية : وقد سارت هذه المحاضرات في مابوع وزع على

الطبعة السنة الأولى من دبلوم الدراسات العليا فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق بالرباط 1974 - 1975 .

(37) علال الفاسي : المرجع السابق ص 217 .

بالدرجة الأولى في تنظيم العلاقات التعاقدية المختلفة التي تجمع
الأوروبيين و الأهالي . و يجد قولنا هذا تبريره فيما يلي :
- لما كان هدف فرنسا من استعمارها للمغرب يكمن في
استغلال خيرات و أموال المغرب ،

- و لما كان "الأهالي" أي "المغاربة" في الإصلاح الاستعماري
هم الذي يملكون هذه الخيرات و الأموال ،
- و بما أن ق.ل.ع. يعتبر الوسيلة المثلى في تنظيم
تداول الخيرات و الأموال و توزيعها بل وحتى انتاجها ،
فان ق.ل.ع. لا يمكن أن يلعب الدور الذي أراده الاستعمار
له إلا اذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص ، و في الأساس
"الأهالي" الذين يدخلون في علاقات تعاقدية مع الأوروبيين و خاصة
الفرنسيين منهم .

و بالإضافة الى هذا فقلد مربنا أن لفظة "المسلمين"
الواردة في بعض فصول ق.ل.ع. من بينها الفصل 870 كان يقصد
بها فقط المسلمون المغاربة دون غيرهم . وعليه فان الفرنسيين و الأجانب
ذوي النظام الاسلامي كانوا يستأيمون في الواقع مخالفة مقتضيات
الفصل 870 و الاستفادة كغيرهم من الأجانب من مقتضيات ناهية
الوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب .
ووفقا لمبدأ سلطان ال ارادة الذي يكرسه هذا الناهية
الأخير ، فان هؤلاء المسلمين غير المغاربة كان في امكانهم اخضاع
تصرفاتهم الربوية لأي قانون أجنبي يختارونه . وفي هذا الصدد
أيضا ينبغي ألا ننسى بأن القانون المدني الفرنسي و ليس القانون
الاسلامي هو الذي كان يمثل القانون الوأني للجزائريين المسلمين في
الميران التعاقدية (الفصل 2 من مرسوم 17 أبريل 1889 و الفصل 3
من قانون 20 سبتمبر 1947) . (38) و حتى عندما يدخل المسلمون
غير المغاربة في علاقات تعاقدية مع المسلمين المغاربة فانهم يستطيعون

مخالفة المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 870 دون أن يترتب
على اشتراط الفوائد بإعلان المقد بمجموعه كما يزعم ذلك من
نص الفصل المذكور الذي وجد ليهتم فقط ، كما يقول الأستاذان
بول دكرو بالعلاقات المدنية التي تتم المغاربة المسلمين وحدهم
دون العلاقات المختلفة مع المسلمين غير المغاربة أو مع غير
المسلمين . (39)

بعد إبراز كل هذه المعطيات ماذا يبقى مما استلهمه
نص الفصل 870 من أحكام الشريعة الإسلامية حسبما يدعيه
بعض الفقهاء و يحطنا بظاهر النص نفسه على الاعتقاد بأنه
لا شيء في الحقيقة خاصة إذا ما أنفطنا إلى ما سبق أن
يتأبى القاعدة الأمرة و المتعلقة بالنظام العام المنصوص عليها
في الفصل 870 على التصرفات الربوية التي يبررها المسلمون
المغاربة أنفسهم فيما بينهم ، كان نادرا جدا . (40)

70 - و خلاصة لكل ما سبق فأننا لا نملك إلا أن نذكر بعض الحقائق
التاريخية التي استمررتنا و بعض الحجج التي أبديناها المبررة
على ضعف ووهن الادعاءات التي تكرر تأثر ق.د.ع. المغربي
بالشريعة الإسلامية إلا أن نبدي تشككا في حقيقة هذا التأثير
إلى الدرجة التي يمكن الذهاب معها إلى أن قانون الالتزامات
و العقود المغربي لم يتأثر في الواقع لا بجوهر القوانين
المدنية الأوروبية و لا بروح الشريعة الإسلامية بل فقط
بجوهر القانون المدني الفرنسي - مدونة نابوليون و الاعتماد
القضائي الفرنسي السابق لسنة 1913 - و ذلك لأنه لا يعقل لمن
تشبع بالمقاصد الاستعمارية و تطبع بعقلية "نفي الآخر" (*La négation de*
l'autre) (41) أن يعترف بهذا لآخر (أي الاعتراف بقيمة الشريعة
الإسلامية و التأثير بها) . و حتى إذا ما اعترف بهذا لآخر
(*La reconnaissance de l'autre*) (41) فإن هذا الاعتراف لا يكون إلا ظاهريا
و قصد تبرير الاستعمار و اضعاف طابع المشروعية عليه .

(39) (40) بول دكرو : المرجع السابق ص 84 أيضا
(41) عبارات وردت في مقال نجيب بودريالة المذكور حول مظاهر الأيديولوجية
القانونية الاستعمارية ص 99 .

والتاريخ يشهد على أنه لم يشر الحملة الفرنسية على مصر
سنة 1798 وجه نابليون نداء الى الشعب المصري صور فيه
نفسه مسلما حقيقيا جاء الى مصر ليحمي الدين الاسلامي
من غطرسة المماليك وسمى نفسه بعد ذلك "بعلي بونايرت دي باشا" (42)
فعمل كان في الحقيقة مسلما و هل كان العمدف من حملته عمو
نصرة الدين الاسلامي كما ادعى ؟

(42) لوتسكي : تاريخ الاقطار العربية الحديث : دار التقدم ه
موسكو، 1975 ع 45 و ما بعدها وع 51 .

الفصل الثاني

الاصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من ق.ل.ع.م
والمسلمات الاساسية التي يقوم عليها سلطان الارادة

71 - يعتبر مبدأ سلطان الارادة من أهم نظريات فلسفة القانون في العالم الغربي بالنظر للمكانة التي يحتلها كقاعدة أساسية ترتكز عليها جميع القوانين المدنية المنتمة الى المدرسة اللاتينية و على رأسها القانون المدني الفرنسي . و في المغرب فان هذه القاعدة الاساسية تجد نفسها مكرسة في الفصل 230 من ق.ل.ع.م. ان ينص على أن « الالتزامات التعاقدية الناشئة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشيئها . و لا يجوز النأؤها الا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون » .

و بعد ما حاولنا فيما سبق ابراز الأصول الحقيقية لقانون الالتزامات و العقود المغربي بوجه عام - أو على الأقل التي نعتقد بأنها كذلك اذا ما أخذنا بعين الاعتبار الظروف التي سن فيها ق.ل.ع.م. و المقاصد الاستعمارية التي كانت تستر وراء وضعه - و تبين لنا أن هذه الأصول لا ترجع في الواقع ، و بصفة عامة ، الا الى القانون المدني الفرنسي ، و لما كان الفصل 230 من ق.ل.ع.م. المطابق في مراده وصيغته للفصل 242 من ق.ل.ع.م. التونسي - و انطلاقا من العام الى الخاص - مستمدا في الحقيقة في معناه و مبناه من الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي الذي ينص في فقرتيه الاولى و الثانية على أن : " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديهما .

" لا يجوز النأؤها الا برضاها المتبادل أو ~~لأشغال~~ التي يسمح بها القانون " ، فاننا سنعمد الى البحث عن الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من ق.ل.ع.م .

و بما أن الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي جاء كتشويج للأفكار الفلسفية و النظريات الاقتصادية و بعض الأفكار القانونية التي سادت بالدرجة الاولى في القرن الثامن عشر ، فان مدرسة لفلسفة القانون ظهرت في القرن التاسع عشر للدفاع عن سلطان الارادة و البحث عن المسلمات التي تبرر وجوب

سيادته وهيبته واعتباره روح القانون المدني . ولا شك أن هذه
المسلمات هي التي يمكن أن تبشر سلطان الإرادة في ن.د.ع.م. بعد
صياغتها بطابع المقاصد الاستعمارية طالما أن الفصل 230 منه مقتبس
بالحرف من الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي . لذلك
سننتظر إلى إبراز هذه المسلمات التي يقوم عليها سلطان
الإرادة بعد التصدي لأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من
ن.د.ع.م .

وعليه فإننا سنقسم هذا الفصل إلى فرعين كما يلي :

الفرع الأول : الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من ن.د.ع.م

الفرع الثاني : المسلمات الأساسية التي يتركز عليها سلطان
الإرادة .

== الفرع الأول ==

=====

الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من د.ج.ع.م

72 - مر بنا ^{أن} مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرسه الفصل 230 من د.ج.ع.م مستمد في شكله و جوهره من فصل 1134 من القانون المدني الفرنسي . وهذا معناه أن البحث في أصول مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي سيؤدي بنا إلى إبراز أصول مبدأ سلطان الإرادة في د.ج.ع.م . خاصة إذا ما أخذنا بالمنطق القانون الذي يقضي بأن التابع تابع .

فما هي أصول سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي ؟ هل ترجع حقاً إلى القانون الروماني - الديجست - كما يرى بعض الفقهاء أمثال مالفيلى (Malville) أحد مؤسسي مدرسة الشرح على المتن؟ (1) أم أنهما لا ترجع حتى إلى القانون الفرنسي القديم في مجموعته وبالأحرى ، القانون الروماني كما يرى ذلك الأستاذ ر. تيزون (R. Tison) ؟ (2) أم أن هذه الأصول الفرنسية تعتبر من التتاليد الوطنية - الفرنسية الحققة (3) ، ألا أنهما لم توجد إلا منذ قرنين أي في القرن 18 كما يرى ذلك الأستاذ غونو (E. Gounot) (4) أو منذ أواخر القرن 17 على الأكثر كما يرى ذلك الأستاذ آرنو (Arnaud) ؟ (5)

73 - إن القانون الروماني كان يتضمن قاعدة مفادها أن الاتفاق له قوة القانون "Contractus legem dedit" وهذه القاعدة هي التي تشكل أصل الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي في نظر الفقيه مالفيلى .

- (1) أندريه جان آرنو : الأصول الفقهية للقانون المدني الفرنسي ، أطروحة باريس 1969 ص 168 . - غيرونيك رانوي : سلطان الإرادة ، ميلاد مفهوم وتطوره ، رسالة باريس . 1977 - 1978 ص 95 .
- (2) ر. تيزون : مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم : أطروحة باريس 1931 خاصة الصفحات من 185 إلى 187 .
- (3) شارل بودان : القانون الفردي والدولة باريس 1891 وهو عبارة عن مدخل لدراسة القانون ص 145 .
- (4) ع.ك.ونو : مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ، أطروحة باريس 1912 ص 27 .
- (5) أ.ج. آرنو : المرجع السابق ص 198 وكذلك ص 209 التي يؤكد فيها بأن محربي مشروع السنة 8 تبنيوا الفكر القانوني لكل من دوما و بوتيه .

و الواقع بالرغم من التشابه الموجود بين القاعدة الرومانية والملتضيات المنصوص عليها خاصة في الفقرة الاولى من الفصل 1134 مدني فرنسي ، فإنه ينبغي وضع القاعدة الرومانية في إطارها التاريخي و السياق القانوني اللذين جاءت فيهما للتأكد من صحة ما ذهب اليه الفقيه مالغيل . ان هذه القاعدة جاءت في نص للفقيه أولبيانوس (Ulpian)

حول المسؤولية المدنية . و لقد أوضح أولبيانوس في هذا النص أن المسؤولية لا تقوم في بعض العقود إلا في حالة الغش و الإهمال (le cas de fraude et de négligence) (6) . هذه هي القاعدة العامة التي لا تستبعد إلا اذا وجد اتفاق خاص ينقص أو يزيد في عبء المسؤولية : فهنا نكون أمام شرط خاص (Lex privata) وقع إدراجه في تصرف قانوني عند إبرام العقد (pacta in continentia) (7) لذلك ينبغي احترامه باعتبار أنه أصبح يشكل جزءاً من العقد نفسه .

ما سبق يظهر أن القاعدة الرومانية "الاتفاق له قوة القانون" لا تفيد عند أولبيانوس أن الإرادة وحدها تتمتع بقوة القانون كما تقتضي بذلك الفقرة الاولى من الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي (8) .

و الى جانب القاعدة التي استند اليها مالغيل لارجاع أصل الفصل 1134 اليها ، فإن القانون الروماني يتضمن قواعد أخرى قد تفيد نفس المعنى أهمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" (pacta sunt servanda) التي أخذ بها البيطور الروماني في أواخر العهد الجمهوري

(6) أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 199
(7) هو العقد الذي يدرج فيه شرط الزيادة أو الانقاص من عبء المسؤولية و ذلك أثناء إبرام هذا العقد نفسه . - لمزيد من التفاصيل في هذا النوع من العقود أنظر : روبرت فيلر وأندريه جيقار : القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم (الالتزامات) الطبعة الرابعة ، منشورات دالوز باريس 1976 ص 121 و ما بعدها .

(8) أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 199 .

و أعطى لها مدلولاً واسعاً. إلا أن هذه القاعدة بدورها لم تستخدم كما يقول الأستاذ ميشل فيلي (M.Villey) كنقطة انطلاق نحو اعداد نظرية عامة للتصرف القانوني و لا تفيد صراحة المعنى المقصود من مبدأ سلطان الارادة الذي يرجع أصل نظام قانوني بكامله الى الارادة الفردية. (9) ففي القانون الروماني لا نعثر على نظرية عامة للعقد بالرغم من بعض المحاولات ذات الأصل الرواقي (les stoïciens) لادخال الرضائية الى القانون. و لم يصل قط الى حد اعطاء السلطة للارادة المجردة قصد توليد الالتزامات. كما أن القانون الروماني لم يتضمن على الاطلاق نظرية لعيوب الرضا، بمفهومها الحالي و يعتبر أجنبياً عن تفسير العقود، بالبحث عن ارادة الأطراف من خلال نيتهم، الذي يعد من أهم القواعد المتفرعة عن مبدأ سلطان الارادة. (10)

هكذا يبدو أن الارادية كمصدر لنظرية متكاملة للعقد لم توجد في روما و بالتالي يصح لنا أن نجاري بعض الفقهاء (11) في القول بأن القانون الروماني لم يعرف مبدأ سلطان الارادة لأن المبدأ الذي كان يهيمن عليه يقضي بأن "الاتفاق لا يولد أية دعوى" - Ex nudo pacto - actio non oritur - .

74 - بقي أن نتساءل عما اذا كان أصل سلطان الارادة يرجع الى القانون الفرنسي القديم و على الخصوص الى القاعدة التي تقضي بأن "الاتفاق وحده ملزم" - Solus Consensus obligat - ؟

ان الأستاذ تيزون بين في أطروحته بصفة جلية أن قاعدة "الاتفاق وحده ملزم" جاءت لتساهم في زوال شكلية القانون و لكنها لم تقم قط دليلاً على أن القانون الفرنسي القديم عرف مبدأ سلطان الارادة (12)

(9) ميشيل فيلي : دروس في تاريخ فلسفة القانون ، هامس رقم 2 الوارد في ص 276

(10) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 200 .

(11) أنظر على سبيل المثال : ميشيل فيلي : المرجع السابق ص 276 ، - أ. ج. أرنو ،

المرجع السابق ص 200 - عبد الرزاق أحمد السمعي : الوسيط في شرح القانون

المدني : المجلد الاول في مصادر الالتزام ، البعة لاثانية ، القانون 1964 ص 154

و كذلك مؤلفه في نظرية العقد ص 191 ، - أحمد ماهر : سلطان الارادة فيما يرجع

الى تعديل العقود ، أطروحة ، مونيليه ، 1913 ص 32 ، - تيزون : المرجع السابق ص 15

(12) ر. تيزون : المرجع السابق ص 22 وما بعدها .

و يرى تيزون أنه بالرغم من عدم تمكن المؤرخين من تحديد الفترة التي ظهرت فيها قاعدة "الاتفاق وحده ملزم" بالضبط، فإنه حصل الاتفاق بصفة عامة على أن وجودها تم في عهد لوازيل - Loisel - صاحب القولة المشهورة : "تقيد الميراث بقرونهما"، والرجال بأقوالهم، ومجرد التعهد أو الاتفاق يعادل عقود القانون الروماني في اللفظية. (13) ، وإن أصلاً يرجع إلى القانون الكنسي الذي عرف من قبل فكرة اليمين التعهدية التي كان لها دور جند كبير في القرون الوسطى (14) .

ولقد تسربت هذه اليمين التعهدية إلى القانون الفرنسي القديم تحت تأثير عوامل متعددة منها ضعف السلطة العمومية ، وزيادة سرعة حركة الحياة الاقتصادية ، وعدم الاستقرار القانوني الذي نجم عن ادخال تشريع "جوستينيان" في قانون الالتزامات لذلك العهد الشيء الذي أدى بالمتعاقدين إلى البحث عن احاطة اتفاقاتهم بضمانات جديدة فلم يجدوها إلا في اليمين التعهدية التي تحميها الكنسية . ولقد أدى الخوف من النكول عن اليمين والتخلف عن الوفاء بالعقود في آخر المطاف إلى تعود المتعاقدين على احترام اتفاقاتهم لسبب الكلمة المعطاة . (15)

الآن الذي ينبغي الإشارة إليه و كما يرى ذلك الأستاذ أرنو أن ميلاد القاعدة نفسه يتضمن حدودها ، ذلك أن القاعدة لم تكن تعتبر إلى حين قيام الفلسفة الإرادية إلا مجرد قاعدة أخلاقية *éthique* - ولم تصبح قاعدة علمانية *règle séculière* - إلا في القرن 17 على يد كروسيسوس - Grotius - (16) الذي يستحق على عمله هذا المكانة الأولى في تاريخ الإرادية

(13) يلاحظ أن الترجمة التي قام بها الفقيه السنعوبي بهذه القولة المشهورة في مؤلفه الوسيط، المجلد الأول ، الهامش رقم 1 من ص 467 توهم بأن المعادلة بين التعهد أو الاتفاق المجرد والعقود اللفظية إنما تتم في القانون الروماني مع أن المقصود من القولة هو إعطاء هذه التعهدات أو الاتفاقات المجردة قيمة تتناسب مع القوة التي تتمتع بها العقود اللفظية في القانون الروماني . وهذا الغموض الحاصل في الترجمة لا نجد له محلاً في مؤلفه حول نظرية العقد ص 92 الهامش رقم 3 (14) يرى الأستاذ أرنو أن القانون الكنسي لم يعرف القاعدة من قبل وأنها لم تظهر في الحقيقة أول الأمر قبل القولة المشهورة للوازيل : أنظر مرجعه السابق ص 201 .

(15) ر. تيزون : المرجع السابق ص 19 وما بعدها

(16) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 201 .

القانونية. (17). إلا أنه بالرغم من أن الناعدة الأخلاقية أصبحت تتحلى بالصفة العلمانية فانها بنيت مع ذلك محتفظة بأصالتها وظل الفناء الأقدمون يعبرون عن معناها بما مفاده أن كل الدعاوى تنتج عن حسن النية. (18) كما ظل الفلاسفة أمثال بوفندروف - Pufendorf - الذي أكد على أن الواجب العام الذي يقضي به القانون الطبيعي يكمن في أن "على كل شخص أن يوفي بعهده" - عاجزين عن الذهاب الى حد القول بأن الإرادة وحدها كافية لتأسيس الالتزام. (19)

75 - و اذا كان قد سبق لنا أن بينا في معرض دراستنا للأسس الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة كيف ساءت الأفكار الفلسفية التي سادت خلال القرنين 17 و 18 في تكريس المذهب الليبرالي الفردي و ساعدت على التعجيل بتأيام الثورة الفرنسية و تشبع فقهاء القرن 19 بروحها، فعل كان لفقهاء القانون في القرنين 17 و 18 نصيب في التأثير بهذه الأفكار في معالجتهم لمادة العقود حتى نقول بأن أصل سلطان الإرادة يرجع الى تحليلات هؤلاء الفقهاء؟ هذا ما نستعرف عليه من خلال دراسة بعض الأفكار التي نادى بها أبرز فقهاء عذين القرنين : الفقيه دوما و الفقيه بوتيه .

76 - الفقيه جان دوما : (Jean DOMAT) : (1625 - 1696)
امتاز دوما بالتفكير المنطقي في تحليلاته الفقهية. فعلم يساير من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني وفقاً لمنهجهم . كما أنه لم يكن يرجع الى النصوص الرومانية "إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل و المنطق فيكون ذلك أبلغ في الاقتناع و أدعى الى الاطمئنان كما يقول" (20)

ولا شك أن التيار الفلسفي الجديد الذي ظهر في القرن 17 يبدو واضح التأثير على فكر دوما لذلك نجد أنه يرى بأن الغاية من قانون الالتزامات

(17) ميشيل فيلي : المرجع السابق : الدامس رقم 1 من ص 275

(18) ر. تيزون : المرجع السابق ص 37

(19) للتعرف على فكرة العقد الاجتماعي عند بوفندروف من خلال كتابه حول قانون

الطبيعية و الشعوب الصادر سنة 1712 أنظر مارسيل فالين : الفردية و القانون

باريس 1949 ص 101 و ما بعدها .

(20) عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني : المجلد الاول :

مصادر الالتزام ص 470 العامش رقم 1 - بول أورلياك و ج دي مالفوس : تاريخ القانون

الخاص : الجزء الاول : الالتزامات منقوشات تيمس 1961 ص 101 .

الارادية تكمن في اشباع حاجيات و رغبات الافراد (21) و أن الارادة يجب عليها أن توجه. الثانون كله لأن الانسان بطبيعته كائن حر (22) (23) . و نؤيد رأينا هذا بما كتب اليه الاستاذ أرنو ان يرى بأن دوما كرس الحرية في كل صفحة من صفحات مؤلفه "في القوانين المدنية وفقا لنظامها الطبيعي". فالحرية في نظره هي أسس التعهدات أو الالتزامات التي تنوم بين الناس لذلك فان "الاتفاقات باعتبارها ا لالتزامات ارادية تتم بواسطة الرضا" يجب ابرامها عن معرفة و حرية *Connaissance et liberté* - و اذا ما فقدت الاتفاقات احدى هاتين الخاصيتين كما لو تم ابرامها عن غلط أو تحت تأثير القوة فانها تكون باطلة ... " (24)

و المفهوم القانوني للحرية عند دوما مرتبط بأهلية الأشخاص. فاذا كان يحق لكامل أهلية أن يرموا مختلف أنواع الاتفاقات فان الأمر ليس كذلك بالنسبة الى الأشخاص المحجور عليهم بسبب عدم الأهلية. و يرجع عدم الأهلية الى أسباب عديدة يشكل عامل السن قاسما مشتركا بينها ان أن الصغر في السن يجعل الأفعال قليلي الادراك و التمييز مما يعرقل تصرفهم بكامل الحرية . و لكن ليس معنى هذا أن عدم الأهلية يمس بالحرية اللصيقة بالانسان ، فالناس أحرار و يعتبرون بمجموعهم كذلك لأن القوانين المدنية تعترف بنوع من المساواة التي تجعل الثانون الطبيعي يتوسط بين جميع الناس. " (25)

(21) ر. تيزون : المرجع السابق ص 46 .

(22) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 204

(23) يرى الأستاذ ايليل بأن القرن 17 يتميز بالوحدة السياسية لذلك رأى فنهما القانون أنه ليس من المعتول ألا تتبع هذه الوحدة السياسية بالوحدة القانونية: تاريخ المؤسسات ج 4 منشورات تيميس، الطبعة 6، 1969 ص 151 . اذا ما صبح هذا الرأي نقول بأن دوما عندما ركز في تحليلاته القانونية على الارادة لا شك أنه لاحظ أن هذه الارادة هي وحدها التي من شأنها أن توحد القانون نظرا لتشابهها عند جميع الأبراد في فرنسا بالرغم من اختلاف مناطقهم و القوانين التي يخضعون لها .

(24) دوما : القوانين المدنية وفقا لنظامها الطبيعي : الكتاب الاول ، الباب الاول ، الفرع الثاني ، الفقرة الثانية عن أرنو : المرجع السابق ص 204 .

(25) دوما : الكتاب التمهيدي ، الباب الاول ، عن أرنو : المرجع السابق ص 205 .

77 - غير أن دوما إذا كان تأثيره بالأفكار الفلسفية التي سادت خلال القرن 17 - والتي تبلورت بوضوح أكثر في القرن 18 - يبدو جليا من خلال كتاباته، فإن هذا التأثير لم يقبل به بدلا للأفكار القانونية التي كانت تدن بالولا، التام للقانون الروماني و تدافع عن وجوب التمسك بالمؤسسات القانونية السائدة خلال القرن 17 ونقا للمدلول الذي كانت تتميز به في الديجست، إلا قصد تبرير أفكاره المسيحية التي كان يريد تعزيزها بمؤيدات قانونية .

فالواقع أن دوما لم يتحرر من القانون الروماني إلا لأنه كان يرى من واجبه - كمفكر مسيحي - اعداء مؤيدات قانونية لقاعدة "الاتفاق وحده ملزم" حتى تتم الوحدة القانونية في ظل لويس الرابع عشر . ولما وجد غالته المنشودة في الأفكار الفلسفية السائدة خلال القرن 17 والتي كانت تذهب الى "أن الانسان مسؤول عن تصرفاته الارادية" (26) قرر كما يقول الاستاذ السنهوري أن "الارادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقرر في عصره لا تحتاج الى تحييس أو مناقشة" . (27)

78 - وحتى اذا ما كان دوما قد انطلق من القاعدة الرومانية "الاتفاق له قوة القانون" Contractus legem dedit - الواردة في الديجست في تعريفه الارادي للاتفاقات، فإنه لم يفعل ذلك إلا لتدعيم تحليله فيكتسب المشروعية في نظر فقهاء عصره . غير أن انتناعه بوجوب تكريس مضمون القاعدة الكنسية "الاتفاق وحده ملزم" و تطبعه بالأفكار الفلسفية لعصره التي لم تكن تتناقض في نظره مع ما تفضي به المبادئ اللاهوتية و مبادئ القانون الكنسي أديا به الى أن يعطي القاعدة الرومانية مدلولاً يختلف تمام الاختلاف مع ما كانت تفهم به من قبل و متفقا أشد الاتفاق مع الفكر القانوني

(26) أرنو : المرجع السابق عن 204 .

(27) السنهوري : الوسيط، المجلد الاول : مصادر الالتزام عن 471 .

الحديث . و أصبحت القاعدة أنه : " اذا تمت الاتفاقات فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديهما . و لا يجوز الفأوها إلا برضاهما المشترك " - Commun - " (28) .

و هذه القاعدة هي التي وقع دمجها في عبارات الفقرة الأولى و الثانية من الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي فلماذا لم يقتصر مالفيل عند بحثه في أصل 1134 على مجرد الاحالة الى مؤلف روما في " القوانين المدنية وفقا لنظامها البابي " ، الذي فيه ينبغي ، في الحقيقة ، البحث عن هذا الأصل ؟ ان هذا السؤال الذي أشاره الأستاذ أرنو في الصفحة 205 من أطروحته و تركه مطلقا لا يمكن أن نجد له جوابا إلا في الفكرة التي أعلن عنها ايمرنك - Ihring - بقوله : " ان روما فتحت العالم ثلاث مرات ، الأولى بجيشها ، و الثانية بدينها ، و الثالثة بقانونها و كان الفتح الأخير أكثر ضياء " و أبعدها مدى " (29) ، وهي الفكرة التي كرستها الدول الاستعمارية عندما غزت مستعمراتها تحت غطاء " ما ادعته من المسؤولية المطلقة على عاتقها في تحضير شعوب هذه المستعمرات و تمدينها عن طريق تثقيف اعوجاج مؤسساتها القانونية المتبعة بمدنية الديجست الذي " اليه يرجع الفضل في عودة المدنية الى اروها " (30) نفسها كما يقول الفقيه الأمريكي شرمستان .

79 - و اذا ما رجعنا الى القاعدة التي وقع دمجها في الفقرتين الأولى و الثانية من الفصل 1134 مدني فرنسي نجد أن روما بنى عليها نظرية متكاملة للمقدور . و من النتائج التي رتبها على القاعدة أن الاتفاقات التي هي " المعاملات الخاصة بين شخصين أو أكثر ... " تلزم إلا

(28) روما : القوانين المدنية : الكتاب الاول - الباب الاول - الفرع الثاني - لفقرة السابعة : عن أرنو : المرجع السابق ص 205 - أيضا السنعوبي : نظرية اقد ص 96 .

(29) زعدي يكن : المسؤولية المدنية أو الاعمال غير المباحة بالسابعة الاولى بروث ص 14 .

(أنار التتمة في الصفحة الموالية)

عاقديهما، ولا يجوز لهما أن تضمر بأحد من الفيـر (31) و انبـالاقا من نفس القاعدة ذهب دوما في ميدان تفسير العقود الى القول بأن : " الغموض و الشك يفسران بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ... و اذا كانت الالفاظ المستعملة في الاتفاق يناهز تناقضهما مع نية المتعاقدين فانه يجب مـع ذلك اتباع هذه النية دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ... (32)

80 - و اذا كان هناك من يرى بأن دوما لم يتبن المذهب الارادي بنفس المفهوم الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي - الذي بالغ في التمسك بالارادة الباطنة تكريسا لمبدأ سلطان الارادة بل وفقا للمنهج الموضوعي الذي يستحيب لاستقرار المعاملات - الذي بنى عليه نظريته في تفسير العقود (33) و نظريته في السبب (34) - فان هذا الرأي في نظرنا لا ينقص من قيمته كـون المبادئ التي هيمنت على القانون المدني الفرنسي تحدد أصلها الاول في فكر دوما . ذلك أن هذا الأخير اذا كان قد أخذ فعلا بمبدأ استقرار المعاملات بين الأفراد فلا شك أن الدافع في تبنيه لا يكمن في مطالبات المفهوم الموضوعي لحسن النية الذي تفرضه العدالة و المبدأ العقلاني المتمثل في

- (30) زعدي يكن : المرجع السابق ص 14 .
 (31) دوما : القوانين المدنية : الكتاب الاول - الباب الاول - الفرع الثاني - الفقرة الثامنة : عن أرنو : المرجع السابق ص 205 . قارن هذه العبارة التي قال بها دوما مع الفصل 1165 مدني فرنسي الذي أرمج عن طريق قانون الالتزامات و العقود التونسي في الفصل 228 من ق.ل.ع. المبرهي .
 (32) دوما : المرجع السابق فقرة 10 وما بعدها عن ر. تيزون : المرجع السابق ص 47 (48) - قارن هذه العبارات مع ما جاء في الفصل 1156 مدني فرنسي و الفصل 462 من ق.ل.ع. المبرهي خاصة الفقرة الأخيرة منه **المطابقة للفصل 515 من ق.ل.ع. تونسي** .
 (33) أنظر ر. تيزون : المرجع السابق : خاصة الصفحات من 46 الى 49 .
 (34) ر. تيزون : المرجع السابق : ص 72 و 73 .



المنفعة الاجتماعية كما يقول الأستاذ تيزون (35) بقدر ما يكمن في الخوف من انهيار المبادئ الكنسية و العلاقات الانتاجية المترتبة عنها التي دافع عنها بتكريسه للقاعدة الكنسية "الاتفاق وحده ملزم" وحاول تعزيزهما بمؤسسات قانونية ان هو أطلق العنان للأفراد في التمسك ليس فقط بظواهر ارادتهم بل أيضا بباطنهما . و بمبادرة أخرى فان الوسط الاجتماعي الذي عاش فيه روما و الذي كانت تهيمن عليه المبادئ الكنسية و العلاقات الاقتصادية هي التي فرضت عليه هذا النوع من القيود . أما و أن هذه المبادئ و العلاقات قد قضى عليها بفعل الثورة الفرنسية - 1789 - فلا يبقى هناك معنى للاحتفاظ بنفس القيود حتى يقال بأن القانون المدني الفرنسي قد تأثر بدوما . أنف الى هذا أن القانون المدني الفرنسي نفسه قد كرس مبدأ استقرار المعاملات بين الأفراد إلا أن مضمونه لم يستقر على ما كان يقصد منه في عهد روما بل تكيف مع المعايير المستجدة و أصبح الدافع اليه هو الحفاظ على المبادئ التي أتت بها الثورة الفرنسية - تصريح حقوق الانسان و المواثيق لسنة 1789 - و العلاقات الانتاجية الجديدة التي جاءت هذه المبادئ كتكريس لها .

81 - مما سبق يتبين لنا أن الفصل 1134 مدني فرنسي الذي أدرج من طريق مدونه الالتزامات و الحقوق التونسية في الفصل 230 من ق.ل.ع. المغربي يجد أصله الأول في الفقرة السابعة لثاني فروع الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالاتفاقات بوجه عام و الوارد في الجزء الأول من مؤلف "القوانين المدنية و وفقا لنظامها الأبيني" لدوما . فماذا يمكن قوله عن بوتيه الذي لقب بأب القانون المدني الفرنسي ؟

(35) ر.تيزون : المرجع السابق : ص 72 و 78 .

82 - الفقيه بوتيه : (POTHIER) : (1695 - 1772)
تشكل كتابات بوتيه القانونية جميعا لما بذل من الجهود
الفقهية خلال أزيد من قرن انطلاقا من روما ووصولاً الى أستاذه
داكسو - D'AGUESSEAU - الذي استأاع أن يلحقه بمود أفكاره
المصنوعة بذابغ القانون الطبيعي العقلاني الحديث (36) و يوصل اليه
قاعدة روما المتعلقة بقيام الاتفاقات عند تمامها مقام القانون فهي
قالب واضح وبسيط : - ان يرى بأن " مجرد الرضا " كافى لصحة البيع "
و أنه " يجب الحفاظ على القانون الذي يخلقه المتقدمي كل وقت " (37) -
فيتقبل هذه القاعدة و يجعل منها قانونا للأطراف المتعاقدين (38)
ثم يأتي كامباسيريس - CAMBACERES - ليتبناها في الفصل 146
من مشروعه الثاني للقانون المدني الفرنسي (39) و تستقر نهائيا
في السيفه التي نألفها حاليا في الفصل 1134 من القانون المدني
الفرنسي (40) الذي أدمج في الفصل 230 من قانون الالتزامات
و الحقوق المعنوية .
و بالرغم من أن أغلب الفقهاء أحجموا عن الأخذ بقاعدة روما
و الآثار المترتبة عنها و بقوا متعلقين بالقانون الروماني فان بوتيه
المتشبع بالأفكار الفلسفية الجديدة التي لقنها اياه أستاذه داكسو
عزم على الأخذ بهذه القاعدة مبررا موقفه بكون : " مبادئ القانون
الروماني حول مختلف أنواع الاتفاقات و التمييز بين العقود و مجرد
الاتفاقات لا يمكن قبولها في قانوننا " أي القانون الفرنسي القديم /
لمدم تسلط سيجها على القانون الطبيعي و الجموة الشاسعة التي تفصلها
عن بساطة هذا القانون الطبيعي . " (41)

-
- (36) أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 218 و 219 .
(37) داكسو : المؤلفات : الجزء الثاني ، ص 512 و 386 عن أماروحيه
أحمد ماهر السابق الرجوع اليهما ص 100
(38) أحمد ماهر : المرجع السابق : ص 102
(39) ينص هذا الفصل على أن : " كل اتفاق مهما كان مصدره يقوم قانونا
بين عاقيه . " : أحمد ماهر : المرجع السابق ص 114 في هامشه رقم 1 .
(40) بول أورلياك و ج. دي مالفوس : المرجع السابق ص 101 .
(41) بوتيه : كتاب الالتزامات بفقرة 3 : عن أرنو : المرجع السابق ص 206 .

و بعدما رفض النظام القانوني الروماني التجأ الى تبني المبادئ الارادية الحديثة باسم القانون الطبيعي ، فأخضع تكوين العقد للرضائية و أتم بناء نظرية عيوب الرضا التي اعتبرها وسائل لابطال العقد بدل أسباب لبطالته كما كان في الاعتقاد الفقهي سابقا . (42) ثم أكد الاثر النسبي للعقود و الانتصار في تفسير هذه العقود على البحث عن نية الاطراف التي وحدها تنشئ الالتزام .

83- و هكذا فان بوتيه عرف العقد بأنه : " اتفاق يبرم بين شخصين يتعهد و يلتزم أحدهما تجاه الآخر باعطاء شيء أو بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء " . (43) (44) ، و اعتبر الرضا وحده كاف لميلاد الالتزام شريطة أن يكون هذا الرضا متبادلا - توافق الارادتين - . و اذا كان الرضا قبل بوتيه يجد قوته الالزامية في اليمين التعهدية - *Serment promissoire* - التي يؤديها الاطراف (45) ، فان هذا الرضا أصبح يجد قوته الالزامية في نفسه دون اليمين التعهدية التي لم تعد إلا مجرد ملحق من ملحقات التعهد التي تنحل كلما كان سبب الالتزام غير حقيقي أو غير مشروع (46) أليس هذا هو عين ما تقضي به نظرية سلطان الارادة ؟ . للتأكد أكثر من أن بوتيه ساعم في تكريس هذه النظرية ، يكفي الرجوع الى نظريته في عيوب الرضا التي يعالج

(42) ر. تيزون : المرجع السابق ص 54 .

(43) أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 207 .

(44) يلاحظ أن الفصل 1101 مدني فرنسي ما هو إلا ترديد ^{لتعريف} بوتيه . و اذا كان ن.ل.ع. المغربي لم يتضمن شبيها لهذا الفصل فان التعريف الذي يعطى للعقد على ضوء ن.ل.ع. المغربي لا يمكن أن يتعد عما جاء في الفصل 1101 مدني فرنسي وتعريف بوتيه . أنظر : مأمون الكزبي : نظرية الالتزامات في ضوء ن.ل.ع. المغربي الطبعة الثانية - 1972 ص 28 و 30 - أنظر كذلك : مولاي ادريس العلوي : محاضرات في نظرية الالتزام : ص 7 .

(45) أن التدخل الكنسي أدى الى تراجع شكلية القانون ابتداء من القرنين 11 و 12 ، فأمام الفوضى التي سادت في ذلك العهد وجد الناس أنفسهم مضطرين في ابرام عقودهم للتوجه نحو المحاكم الكنسية قصد ^{تصديق} الالزامية على عقودهم و ذلك عن طريق حلف يمين تعهدية تحميها الكنسية بموحدات القانون الكنسي . ولقد أدى انتشار التعامل بخذه اليمين الى ظاهرة وجوب احترام الكلمة المعهدة . ولما ترسخت هذه العادة أصبح الكنسيون ينظرون الى مجرد التعهد أو الاتفاق على أنه ملزم ولو لم يكن منرونا باليمين و بذلك أقل نجم القاعدة الرومانية التي تقول بأن " مجرد الاتفاق لا يولد الدعوى - *Ex nudo pacto actio non oritur* - ووقع التخلي عنها للأخذ بالقاعدة التي تقول بأن " مجرد الاتفاق يولد الدعوى " - *Ex nudo pacto actio oritur* - (أنظر التتمة في الصفحة الموالية) .

بصددها بالترتيب كلا من الخلط (47) وانعدام الحرية أو الإكراه والتدليس
والسبب الذي يلحق بكاملية الأعلى و ناقصتها و انعدام السبب .
و يرى الأستاذ أرنو أن نظرية بوتيه حول هذه النقطة توجد مكرسة
في القانون المدني الفرنسي في الفصول الآتية : 1109 - 1110 (السلط)
1111 - 1115 (الإكراه) ، 1116 (التدليس) ، 1118 و 1305 و 1674 و 2052
(السبب) ، 1131 - 1133 (السبب) (48) .

و يتجلى أخذ بوتيه بالمذهب الإرادي بصورة واضحة فيما قال به
في شأن الأثر النسبي للاتفاقات و تفسيرها . ففي ميدان الأثر النسبي يرى بأن :
"الاتفاق ليس له أثر إلا أزاء الأشياء محل الاتفاق وأزاء الأطراف المتعاقدين
وعدمه ... " " ... ولا يمكن للاتفاق أن ينفذ أحدا من الغير ... " . أما في
ميدان التفسير فيرى بأنه " يجب البحث في الاتفاقات عن النية المشتركة للأطراف
المتعاقدين أكثر من البحث عن المعنى الحرفي للالفاظ " . (49)

للمزيد من التفاصيل في نظرية اليمين التعمدية والظروف التي ظهرت فيها والعراقيل
التي تعرضت لها ، أنظر : ر. تيزون : المرجع السابق : خاصة الصفحات من 81 إلى 86
والصفحات من 87 إلى 98 .

(46) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 208 .
(47) للتعرف على ما قال به بوتيه في السلط وعباراته التي أدمج في الفصل 1110
مدني فرنسي : أنظر ما أن الأستاذ روني دافيد من كلية الحقوق بكونونيل حول نظرية
الخلط عند بوتيه وتأويلها من طرف الكومور لا والانجليزي ، المنشور في الخليط
mélanges - المصدى إلى الأستاذ هنري كابيتان طبعة 1939 الصفحات من
145 إلى 158 : خاصة الصفحات من 147 إلى 152 .
(48) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 208 . - والجدير بالذكر أن هذه الفصول توجد
مكرسة في ق. ل. ع. المغربي أما بحرفها أو بما نتج عنها من اجتماعات قضائية لسد نقصها
وبقائها وفيه لروحها : أنظر مثلاً الفصد 39 المطابق للفصل 1109 مدني فرنسي
والفصول : 40 - 45 (السلط) ، 46 - 51 (الإكراه) ، 52 - 53 (التدليس) ،
55 - 56 (اليمين) ، 62 - 65 (السبب) .

(49) أ. ج. أرنو : المرجع السابق ص 209 . - وهذه العبارات هي نفسها التي
كرسها القانون المدني الفرنسي في الفصل 1165 بالنسبة للعقود كما كرسها ق. ل. ع.
المغربي في الفصل 228 . أما فيما يتعلق بتفسير الاتفاق فإن القواعد الاثنتي عشرة
التي قال بها بوتيه توجد مكرسة بحرفها في الفصول من 1156 إلى 1164 مدني
فرنسي - تارن هذه الفصول مع الفصول : 462 / 4 و 464 و 466 و 469 و 473
من ق. ل. ع. المغربي .

و الذي ينبغي الاشارة اليه هو أن القانون المدني الفرنسي لم يأخذ
بآراء بوتيه القانونية فيما سبق ذكره فقط بل كرس ما قال به بوتيه
في مجموع مقتضياته. وعلى سبيل المثال فيما يتعلق بهذا البحث
(نظرية الالتزامات) : الفصول 1275 - 1276 (الانابة) ، 1290 (المقاصة) ،
1788 (اجارة الخدمة) ، 1875 - 1891 (هارة الاستعمال) (50) .

84 من كل ما سبق يتضح أن النظرية الارادية بدأت تنزو أفق القانون الفرنسي
منذ أواخر القرن السابع عشر - دوما - واكملت أركانها في النصف الأخير من
القرن الثامن عشر - بوتيه - . ولم تأت مدونة نابليون سنة 1804 إلا لكي
تصيف على هذه النظرية مما لها من الالتزامية لم توجد فيها من تزكية و تكريس
للتطلعات التي من أجلها قامت الثورة الفرنسية . و اذا كان الرأي الذي يذهب
الى أن مبدأ سلطان الارادة يجد أصله في القانون الروماني - الديجست -
قد وقع رفضه كما مر بنا فإنه في نظرنا لا يمكن قبول الرأي الذي يذهب الى
أن هذا المبدأ لم يعرب إلا بعد وضع مدونة نابليون و قيام الفقهاء بشرحها
(51) ، وآلا سلمنا يكون الناس وضعوا للقانون و ليس القانون هو الذي وضع
للناس . ذلك أنه لما كان القانون مرآة تعكس وجه المجتمع و لما كان المجتمع
خاصة في أواخر القرن الثامن عشر لم تكن العلاقات بين الناس فيه لتخضع في
ميدان المعاملات لغير المبادئ الارادية ، فان مدونة نابليون لم تأت إلا قصد
تكريس واقع هذه العلاقات و تكون بذلك مرآة تعكس وجه هذا المجتمع .
و القول بأن مبدأ سلطان الارادة ظهر فقط في القرن التاسع عشر
- ان الاصطلاح نفسه لم يكتشف إلا في أواخر القرن التاسع عشر - لا يمكن اعتباره
إلا من باب وضع العربة أمام الحصان لأن مبدأ سلطان الارادة وجد من قبل
و لم تشكل الكتابات الفقهية التي جاءت بعد وضع مدونة نابليون إلا مجرد شرح
غارق في الثناء على هذا المبدأ في جوهره الشيء الذي أدى بفلاسفة القانون
الكلاسيكيين الى البحث عن السلطات التي يتركز عليها قصد تأييده و تبرير تكريسه .

(50) بول أورلياكوج . دي مالفوس : المرجع السابق : الصفحات حسب ترتيب الأمثلة
الواردة أعلاه : 214 ، 215 ، 203 ، 282 ، 239 ، . - قارن هذه الفصول مع
ن.ل.ع. المغربي في فصوله : 352 ، 357 ، 724 ، من 830 الى 855 .
(51) ر. تيزون : المرجع السابق : هذا ما يمكن استخلاصه من خلال تراءة الأطروحة
بمجموعها و يوجد ما يفيد هذا المعنى في الصفحة 185 من الأطروحة .

== الفصل الثاني ==

المسلّمات الأساسية التي يتركز عليها سلطان الإرادة .
(أي المسلّمات الأساسية التي يتركز عليها الفصل 230 من ن.د.ع.م)

85 - أن الأفكار الفلسفية و الاقتصادية السائدة خلال القرن الثامن عشر، و كما مر بنا، كانت تذهب في مجملها إلى أن الخير أو الصالح الأول للأفراد يتمثل في الحرية . و ينتج عن هذه الأفكار أنه ينبغي ترك الحرية للأفراد في تحديد التزاماتهم و تعهداتهم بأنفسهم دون تدخل الدولة فيها . و هذا ما زكته بعض الكتابات القديمة في نفس القرن عند صدور قرارات تيرغو سنة 1776 . ثم أعيد تكريسه من جديد بصدور قانون لي شابوليه (loi le Chapelier) سنة 1791 . إلا أن التكريس النانوي للأفكار الفلسفية و الاقتصادية و الفنية السابقة لا يمكن اعتباره في الواقع أمام ما جاءت به مدونة نابوليون إلا مجرد تذليل للعقبات التي كانت تعترض طريق إبرام الاتفاقات ، إذ أن الفصل 1134 مدني فرنسي لم يقف عند حدود الترخيص للأفراد بإبرام اتفاقاتهم بحرية واعتبار هذه الاتفاقات مشروعة بل ذهب بعيدا ليقتضي بالزاميتها و حماية القانون لهذه الالزامية بجعل القوة العمومية في خدمة الدائنين .

86 - و يمكن تفسير ما كرسه الفصل 1134 مدني فرنسي من وجهة النظر الفردية بالفكرة التي مفادها أن كل إنسان ينبغي اعتباره أفضل مدافع عن مصالحه الخاصة : فليس من المعقول أن يعمل الإنسان العادي عن طواعية واختيار على تحقيق ما عوفي غير مصلحته أو ما يعتقد أنه في غير مصلحته . و الإنسان مبدئيا يعتبر أحسن معيار لتقدير مصالحه لأن هذه الأخيرة تمتزج بحاجاته . ومن هنا يفترض حسن المعرفة و التروي في الشخص المتعاقد (1) و الخطر الوحيد الذي قد ينجم عن ترك الحرية المطلقة للإنسان في أن يحدد محتونه الشخصية بنفسه و لنفسه هو الإفراط في تقدير المصالح الذي يؤدي إلى اعداد مصالح الغير . إلا أن الغاية التي من أجلها وجد العقد تكمن في درء هذا الخطر ، إذ العقد لا يتم إلا بتوافق الإرادتين و بذلك تكون مصالح الغير قد وجدت حارسها الأمين في شخص المتعاقد الآخر .

(1) مارسيل فالين : المذهب الفردي و القانون ع 177 .

و اذا كانت الفكرة التي مفادها أن الفرد هو المدافع الأفضل عن مصالحه الخاصة هي التي تفسر دوافع الفصل 1134 مدني فرنسي في نظـر أنصار المذهب الفردي فإن الفلسفة الكلاسيكية لقانون الالتزامات - تكريسا لهذه الفكرة و أملا في تبريرها - قد سميت عليها مبادئ صاغها الأستاذ عيمانويل غونو (E. GOUNOT) في شكل مسلتين أساسيتين لنظرية سلطان الإرادة وهما :
 - لا يلزم أحد بسير ارادته . - كل التزام حر يعتبر عادلا . (2) و لند أضاف الأستاذ أحمد ماهر - في أطروحته - الى هاتين المسلتين ، مسلمة أخرى اعتبرها أساسية أيضا وهي : - لا أحد يستطيع تعديل شروط أو آثار عقد أبرم على وجه صحيح دون رضا كل المتعاقدين . (3)

87 - لا يلزم أحد بغير ارادته : *"Nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu"*

ان هذه المسلمة التي استند اليها فقهاء فلسفة القانون الكلاسيكي لتبرير مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن فهمها الا على ضوء الأفكار الفلسفية والاقتصادية والفقهية التي تطرقنا اليها في السابق . ففي الوقت الذي يتنازل فيه الفرد عن جزء من حريته في حدود ما يتبع التنازل عنه من طرف الأفراد الآخرين ، و يتم تساوي الفرد مع غيره و لا يتدخل القانون الا تصد تنظيم المصلحة العامة ، فإنه لا تبقى لأحد سلطة ارقام الشخص على التزام بغير ارادته و رضاه .

"والواقع ، يقول جان شاباس ، كيف يمكن التحدث عن حرية النشاط القانوني للانسان ... ان لم يكن صادرا عن ارادته . ان الحرية ، في الميدان القانوني ، هي أن تريد بحرية . " (4) . و اذا أردنا أن نجعل القانون مصدرا للالتزام ، فما هو هذا القانون ؟ انه ، يقول الأستاذ غاغيه FAGUET - لا يمكن أن يكون الا الأثر المترتب عن العقد ... و لا نكون أمام قانون الا لأنه كان قد سبق لنا أن وجدنا أنفسنا أمام عقد ... نكل قانون لا ينبج عن عقد الا وهو في الحقيقة مجرد هراء أو على الأصح هو ظلم . " (5) ، باعتبار أن القانون في هذه الحالة يكون مصدره القوة و هذه الأخيرة لا تتسبب الا في الاساءة

- (2) ع. غونو : مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ع 134 .
 (3) أحمد ماهر : مبدأ سلطان الإرادة فيما يرجع الى تعديل العقود : ع 134 .
 (4) جان شاباس : في التعبير عن الإرادة ، أطروحة ، باريس ، 1931 ع 3 .
 (5) غاغيه : الليبرالية ، 1902 ع 5 و 6 عن أحمد ماهر : المرجع السابق ع 135 .

و اصباح طابع عدم المشروعية على كل الروابط النائمة عليها . و عليه فما دامت السلطة المشروعة للالتزام لا يعترف بها إلا للإرادة فان على كل عدالة أن تكون تعاقدية لأن العقد أي العدالة التعاقدية كما ينول فوييه - Pouillée - هو المقياس الوحيد الذي تناس على ضوءه جميع الأشكال الأخرى للعدالة (٦) .

88 - ان مسلمة "لا يلزم أحد بنمير ارادته" طبعت روح القانون المدني الفرنسي فأصبحت ارادة الشخص الملتزم تفتقر دائما في الالتزام (7) . و حتى الدور الذي أخذت تلعبه الارادة في تكوين أشباه العقود ووقوع الجرائم و أشباه الجرائم لم يعد يختلف عن ذلك الذي تلعبه في تكوين العقود نفسها ، و كما يقول الأستاذ ديكي - L. DUGUIT - فان "الارادة هي التي تولد الالتزام : الارادة الموافقة للقانون تولد الالتزام الناشئ عن العقد وشبه العقد . و الارادة المخالفة للقانون تولد الالتزام الناشئ عن الجريمة و شبه الجريمة." (8)

و تصد الحفاظ على ميمته مبدأ سلطان الارادة فان أصحاب المدرسة الكلاسيكية بذلوا كل ما في طاقتهم الفكرية في سبيل تبرير هذه الميمنة و ذلك بالتأكيد على أن الارادة هي أساس جميع الروابط العقدية . فلقد ذهب هؤلاء الى أن هذه الروابط العقدية ان لم تكن مبنية على أساس العقد فيجب البحث على أساسها في شبه العقد . و في حالة تعذر ايجاد أساس عقدي أو شبهه عقدي فانه يجب التمسك في آخر المطاف بحيلة الاتفاق كأساس للروابط التعاقدية . و يبدو أن هؤلاء الفقهاء لم يكونوا يتعمدون الالتجاء الى هذا النوع من الأساليب الملتوية إلا قصد الحفاظ على ما شيدوه من بناء نظري و لسو ظاهريا (9) . فالمجتمع نفسه في نظر هؤلاء الفقهاء ، يقول الأستاذ كونو ، "ما هو إلا عقد أو شبه عقد على الأقل اذ المجتمع لا يمكن اعتباره مشروعاً إلا اذا قام على أساس عقدي أو شبه عقدي . ثم إن القانون "ما هو إلا اتفاق بين أناس أحرار يحتكمون بأنفسهم الى أنفسهم" وكذلك فإن الملكية الفردية لا تعتبر مشروعة

(6) فوييه : العلم الاجتماعي : الطبعة 2 من 45 - 47 عن كونو : المرجع السابق . ص 62 .

(7) جان شاباس : المرجع السابق ص 4 .

(8) ل. ديكي : الدولة ، القانون الموضوعي والتشريع الوضعي ، 1901 ص 221 عن جان شاباس : المرجع المذكور سابقا ص 4 . - أنظر كذلك كونو : المرجع السابق ص 69 و 70 .

(9) أحمد ماهر : المرجع السابق : ص 136 .

الآ "لكونها قد انبثقت عن عقد بدائي أو لأن من آثارها تساوي الحريات والسماح بتحقيق العدالة التعاقدية". أضف الى هذا أن نظام طرن التنفيذ الجبري ما هو "آ مجموعة من الضغوط الخارجية المتقابلة و التعاقدية" و أن اجراءات التنفيذ "ما هي في العمق الآ طرن للحرية". (10) و لم تسب حلقة العقوبة في الميدان الجنائي عن بنائهم الذاتي فهذه الأخيرة بدورها تجد تبريرها في الارادة اذ أن "ارادتي السابقة هي التي تمنع ارادتي الحالية و الآتية". (11) .

89 - و اذا ما تركنا جانبا تبرير مبدأ سلطان الارادة بمسألة "لا يلزم أحد بخير ارادته" في كل من العقوبة و القانون المدني بصفة عامة و انتصرنا على البحث عن نظرية الالتزامات الناشئة عن العقد - موضوع بحثنا بالدرجة الأولى - فانه سيظهر لنا أن الفقه الكلاسيكي كان يعتبر العقد فكرة موجّهة لنظرية الالتزامات و كمصدر نموذجي لكل الروابط القانونية الخاصة . ولم يقتصر أنصار العقد كفكرة موجّهة و نموذجية على تقديم العقد كمثّل عقلائي يقوم على اعتبارات مجردة و قبلية بل ادعوا تدعيم فكرة العقد انطلاقا من دراسة آفاق المجتمعات الانسانية فاعتقدوا بأن الإنبعث النهائي لسيادة العقد هو الغاية الحتمية لكل تاريخ القانون المدني: (12) " ان الذي لا يقبل الجدل تاريخيا ، يقول فوييه ، عو أن النظام التعاقدى /سبدأ سلطان الارادة / يميل نحو الهيمنة أكثر فأكثر على المجتمعات الحديثة ، فالقانون يعلّق أهمية متزايدة على فكرة العقد التي أصبحت تحتل تسعة أعشار في مدوناتنا و سيصل اليوم الذي سنرى فيه فكرة العقد و هي تهيمن على هذه المدونات من الفصل الأول الى الفصل الأخير. (13) لا غرابة في تشبث أصحاب المدرسة الكلاسيكية بمثل هذه الأفكار اذا ما علمنا أن محرري مدونة نابوليون أنفسهم كان قد سبق لهم أن نادوا بها : فهذا كامباسييري - Cambacérès - يذهب في خطابه التمهيدى حول المشروع الثالث للقانون المدني الى حد التمسك بوجوب افتراض الاتفاقات الضمنية

(10) كونو : المرجع السابق ص 62 و ما بعدها .

(11) فوييه : العلم الاجتماعى : ص 394 عن أحمد ماهر : المرجع السابق ص 136 و ما بعدها .

(12) ع. كونو : المرجع السابق : ص 64 و 65 .

(13) فوييه : العلم الاجتماعى ص 327 عن أحمد ماهر : المرجع السابق ص 137 .

قصد تفسير الالتزامات القانونية . و بالنسبة إليه عندما يظهر أن التزاما يـجـد
مصدره في القانون بصفة مباشرة فمعناه أن هذا الأخير يفترض اتفاقا = (14)

٧ و حتى نختم الحديث عن كل ما قيل في شأن تبرير سلطان
الارادة بمسلمة " لا يلزم أحد بغير ارادته " نشير الى أن أصحاب المدرسة
الكلاسيكية يرون بأن الارادة ، باعتبارها الاداة الوحيدة التي تلزم صاحبها ،
تشكل أساسا لجميع مصادر الالتزام . فالارادة غير المخالفة للقانون هي التي
تولد الالتزام في شبه العقد : في الفضالة يعتبر تدخل الفضولي تصرفا
اراديا و فيما يتعلق بالاثراء بلا سبب فان استرجاع المفتقر لما دفعه
بدون سبب يقوم على الارادة الضمنية للاسترداد . أما في الجرم أو شبه الجرم
فان الالتزام المترتب عنهما تنشئه ارادة صاحب الخاطئ المخالفة للقانون (15)
أي عن التصرف الارادي غير المشروع . وهذه النظرة الارادية في ميدان
المسؤولية لها أهمية قصوى على الصعيد العملي ذلك أنها هي التي تبرر
في ميدان الالتزامات الناشئة عن الحرائم وأشباه الجرائم سقوط تبعة
المسؤولية عن الصبي غير المميز والمجنون اللذين يتسببان في الحاق ضرر
بالغير من جراء فعلهما (الفصل 96 من ق.م.ع. المغربي) .

90 - هكذا يبدو من خلال ما سبق أن الروح الحقيقية للمدونة تجسـد
تبريرها الأول في نظر أصحاب المدرسة الكلاسيكية في الفكرة التي مفادها
أن لا أحد يستأيع اقتحام ما يسمى بدائرة سيادة كل فرد قصد احبارة
على انشاء حق أو دين (16) .

91 - لقد - كل التزام حر يعتبر عادلا " Tout engagement libre est juste
في المجتمع المثالي لا تعتبر الارادة الفردية المصدر الوحيد
للحقوق و الالتزامات فقا بل تتمتع في ممارسة سلطتها بحرية مطلقة از لا

(14) مارسيله فالين : المرجع السابق ص 178 . - لمزيد من التفاصيل حول
المشاريع الثلاثة للقانون المدني التي أعدها كامباسيريس : أنظر أحمد ماهر : المرجع
السابق من ص 111 الى 116 .

(15) نعمان جمدة : نظرية مصادر الالتزام ، أ.أروحة ، باريس ، 1968 ،
ص 211 و ما بعدها .

(16) روتيه ديموغ : مبادئ أساسية للقانون الخاص ، 1911 ص 482 عن
جان شاباس : المرجع السابق ص 4 .

شيء " يحد من القوة القانونية للإرادة ولا يكون للإرادة عند التعاقد أن تنحني أمام عدالة عليا ، إنما هي التي تخلق العدل بنفسها (17) " من قال تعاقدني قال عادل : " qui dit contractuel, dit juste " (18) ان مسلمة " كل التزام حر يعتبر عادلا " بهذا المفهوم تذكرنا بالأفكار الفيزيوقراطية التي مرت بنا والتي تحت الإرادة المتعاقدة على ألا تأخذ بعين الاعتبار إلا مصلحتها الشخصية لأن في مراعاة هذه المصلحة ما يكرس العدالة البيمية وهي أسوأ مراتب العدالة . ويرى الأستاذ ألفريدريك - A. RIEG - بأن قاعدة " هذا عادل لأنني أردته " تمس برعنه في الميدان الاقتصادي قاعدة دعه يممسه ، دعه يممسه " . (19)

و ما دام العدل تخلقه الإرادة بنفسها عندما ترتبها بعلاقة تعاقدية ، مع غيرها ، فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقود التي يشوبها عيب الخبن عندما تكون هذه العقود سليمة من الميؤوب الأخرى و تبرم على الخصوص بين كامل الأهلية . كما يكون عليه أن يمتنع عن التدخل في تحديد مقدار الفائدة و تنظيم عقد الشغل لأنه ليس هناك شئ عادل آخر غير الذي يتفق عليه الأراف . (20)

92 - ان الفرد ، في ميدان العقد ، يتمتع اذن بسلطان كامل لأن " الحرية الإنسانية لا يحدها قيد . . . والدولة لا تستأيع ممارسة سلطاتها التشريعية وتفرغ نفسها إلا قصد ضمان حق كل شخص . أما خارج هذا النطاق فيبقى من الضروري ترك المجال للحرية . " (21) والدولة عندما تلتزم هذه الحدود فإنها بذلك تساعم في تحقيق العدالة إذ " العدالة تتمثل بالنسبة الى الدولة في حماية القانون الفردي و تتمثل بالنسبة الى الخواص في تأبيق هذا القانون الفردي " (22) .

(17) ع. كوتو : المرجع السابق ص 73 .

(18) فوييه : العلم الاجتماعي ص 410 عن أحمد ماهر : المرجع السابق ص 141

(19) ألفريد ريك : دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والالمانى ، أأروحه ، باريس 1961 ص 5 و ما بعدها .

(20) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 142

(21) شارل بودان : القانون الفردي والدولة ، باريس 1891 ص 98 و ما بعدها

(22) شارل بودان : المرجع السابق ص 98 .

و القانون الفردي هو "سلطان الكائن البشري، القدرة الحقيقية بطبيعته في
الآن يكون تابعا الآن لنفسه في توجيه فكره و تصرفاته" (23)

ازالاقامما سبق، يتبين لنا أن كل عقد حر يعتبر عقدا عادلا
و هذا يحملنا إلى التساؤل عن السبب الذي جعل الفقهاء و فلاسفة القانون
الكلاسيكي لا يصبون طابع العدالة على تدخل المشرع في غير النطاق الذي
رسموه له ؟ ان الجواب نجده عند شارل بودان اذ يقول بأن "كل قانون يعتبر
في حد ذاته شرا لأن موضوعه لا يمكن أن يكون غير تنظيم استعمال الحقوق،
و تنظيم استعمال الحق معناه تقييده و الحد منه بالضرورة. و لكن بالمقابل فان
كل قانون الآن و يعتبر خيرا عندما يكرس حقا و يصد عنه كل قيد و يحميه من
الهلاك لأن القانون بعمله هذا يستجيب لهدفه المشروع" (24)

و يلاحظ الأستاذ عمانويل كونو أن نظرة كهذه لا تعد و أن تكون
مجرد نظرة شكلية للقانون. ففي هذا النظام لا يكون على القانون أن يتم
الآن بالشكل الخارجي للروابط الانسانية و عليه نقت أن يحدد نفسه قصد
ضمان و حماية الحرية. و لا يتم النظر بعد تكريس الحرية في الروابط التعاقدية
الى محل هذه الروابط و الهدف الذي تميل نحو تحقيقه كما لا يتم تقدير
طبيعة و نوعية المصالح التي أدت بأصحابنا الى الارتباط بالعقد. فلا شك
أن لكل تصرف من تصرفات الارادة الفردية مضمون أو محتوى اذ لا يحتل لارادة
الشخص أن تتحرك الآن وراء تحقيق شيء معين، الآن أن القانون لا يأبه بهذا
الشيء محل الارادة. و يبقى أن يكون هذا الشيء قد وقعت ارادته بحرية
حتى يصبح عادلا و تعطى لاستعمال الجبر و الاكراه من أجل حماية تنفيذه
صفة المشروعية. (25)

93 - ان سلمة "كل التزام حر يعتبر عادلا" هي التي تبرر رفض الفقهاء
و فلاسفة القانون الكلاسيكي لتدخل المشرع قصد تنظيم و مراقبة الروابط التي تجمع
بين العمال و أرباب العمل : فرب العمل في نظر هؤلاء انساأ أي ارادة حرة

(23) شارل بودان : المرجع السابق ص 146

(24) شارل بودان : المرجع السابق ص 148

(25) ع. كونو : المرجع السابق ص 75 .

و العامل انسان أيضا أي ارادة حرة أيضا ، لذلك فان هناك مساواة بين هاتين الارادتين الحرتين و لا يمكن أن يتولد عن تطابقهما و توافقهما إلا عقد حر و بالتالي عقد عادل . و يترتب على هذا أن الأجر الذي يقع الاتفاق عنه بين العامل و رب العمل يبقى عادلا ، و تنظيم الشغل في المعمل من طرف صاحبه يبقى عادلا و الاغطلاعات و الغرامات التي يثقل بها صاحب المعمل كعامل العامل تبقى عادلة أيضا و كل تدخل للمشرع في شؤونها يكون غربا من التصسف (26) . كما يترتب على هذه النظرة الكلاسيكية للحرية و العدالة ، أن مهمة القاضي ينبغي أن تقتصر عند النظر في العقد المتنازع فيه ، على الاجابة عن سؤال واحد : هل العقد حر ؟ فإذا ما تبين له أنه كذلك كان العقد مطابقا للقانون و لا يكون عليه حينئذ إلا أن ينحني أمام السلطان المطلق لارادة المتعاقدين حتى ولو كان هناك عدم تكافؤ بين الاداءات طالما أن التكافؤ بين الحريات قد تحقق : فهذا التكافؤ هو العدالة التبادلية الحقة و العدالة التعاقدية الوحيدة التي تقف في وجه تسرب الظلم الى عقد وقع ارتضاؤه بحرية (27) .

و قد يقال بأن نظرة كهذه تتعارض مع الأخلاق و مفهوم العدل الأخلاقي إلا أن الرد على هذا الاعتراض يكمن في كون القانون لا يهتم بالأخلاق بل بما هو مشروع . " كل ما هو غير مخالف للقانون فهو مشروع ، إلا أنه ليس كل ما هو موافق له يعتبر دائما شريفا ، لذلك لأن القوانين تهتم بالخير السياسي للمجتمع أكثر من اهتمامها بالتنويم الأخلاقي للانسان " (28) .

94 - III - لا أحد يستطيع تعديل شروط أو آثار عقد أبرم على وجه صحيح

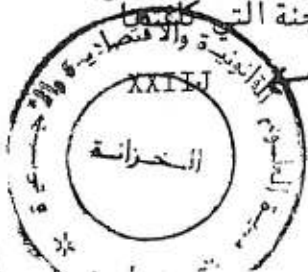
دون الرضا الجماعي لكل المتعاقدين
Nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat valablement formé sans le consentement unanime de ceux qui y ont contribué.

يرى الأستاذ أحمد ماهر بأن المسلمتين السابقتين تنتج عنهما بالضرورة مساواة أخرى لا يمكن التغاضي عن التطرق اليها عند البحث في الآثار الناتجة

(26) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 143

(27) ع. كوتو : المرجع السابق ص 78 .

(28) بورتاليس : الخطاب التمهيدي الكامل الذي قدمه باسم محربي المشروع الرابع للقانون المدني الفرنسي : مشروع القانون المدني المقدم من طرف اللجنة التي شكلتها الحكومة : 24 تيرميدور السنة 8 الجزء الأول السنة 9 باريس ص



عن سلطان الارادة (29) أو بعبارة أخرى عند البحث في المسلمات التي يتنكر عليها سلطان الارادة (30) .

ان هذه المسلمة التي جاء بها أصحاب المدرسة الكلاسيكية قصد تبرير سلطان الارادة تجد بدورها تبريرا لها فيما مفاده أنه اذا كان كل التزام لا ينتج إلا عن عقد وأن كل عقد يعتبر عادلا فان كل تعديل في شروطه أو آثار العقد يلجأ اليه متعاقد واحد لا يتم بالضرورة إلا على حساب المتعاقد الآخر و بذلك يلحق أكبر ضرر بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني بصفه عامة و يكبل بأخطر قيد حرية التعاقد بصفه خاصة .

و تدعج النظرية الكلاسيكية الى أنه اذا كانت تقيد اللجوء الى الشكلية أحيانا قصد ابرام العقد على وجه صحيح (مثلا عند الزواج ، عقد الشقة ، عقد الرهن الرسمي ، الخ . . .) ، و اذا كانت تقيد تدخل المشرع على وجه الاستثناء عند ابرام العقد كي يفرض على الأطراف المتعاقدة بعض الشروط المتعلقة بجوهر العقد نفسه (مثلا القرض بفائدة ، القوانين الآمرة . . .) فان قبولها هذا لا يتم إلا على مضر واعتبارا للمصلحة العامة و ان كانت هذه الشكلية و هذه العراقيل التي يتسبب فيها تدخل المشرع لا تشكل خطرا كبيرا أو غيدا جسيما على مبدأ سلطان الارادة ما دام الأطراف المتعاقدون كانوا على علم بما قبل الاندماج على ابرام العقد . أما عندما يراد تعديل العقد في شروطه أو آثاره بعدما تم ابرامه بحجة أن المصلحة العامة و العدالة تتطلبان ذلك أو أنه يستجيب لارادة أغلبية الأطراف فمنا يكمن الخطر و كل الخطر ، ان التعديل في هذه الحالة لا يقيد سلطان الارادة أو يعدده بالتقليص فحسب بل ينفيه من أساسه (31) .

و لعل من أهم النتائج العملية لهذه المسلمة تتمثل في أن العقد عندما يبرم على وجه صحيح يبقى سدا منيعا في وجه التطلبات الاقتصادية و يمنع حتى النأضي من تكييف هذا العقد مع الاستجد من الظروف الاقتصادية .

(29) أحمد ماعر: المرجع السابق ص 144 .

(30) ان ج. كونو هو الذي اطلق على المبادئ التي عالجناها في هذا البحث اسم المسلمات postulates راجع مرجعه السابق ص 61 .

(31) أحمد ماعر: المرجع السابق ص 145 .

ذلك لأن الأفراد عندما يقدمون على التعاقد، لا يشغلون بالهم بمصير
الالتزام في المستقبل و ما اذا كانت الظروف الاقتصادية عند تنفيذ العقد
ستؤثر على الشروط المتفق عليها اما بالزيادة في وعاء المنفعة المتصورة من
العقد أو بارتباك الالتزام الناتج عنه .

هذه هي المسلمات التي يركز عليها مبدأ سلطان الارادة والتي
استند اليها أصحاب المدرسة الكلاسيكية قصد تبريره على المستوى الفلسفي
أو على الأقل على المستوى النظري و التجريدي . ففماذا يتجلى مبدأ سلطان
الارادة على المستوى العملي و التبريري ؟ و هل المفهوم النظري يبقى محتفظا
بصفته المطلقة حتى عندما يقع بلورة آثاره على صعيد النصوص القانونية ؟ هذا
ما سنحاول التعرّب عليه من خلال ابرازنا في القسم الثاني لمظاهر سلطان
الارادة في العقد على ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي .

- * - القسم الثاني - *

مظاهر سلطان الارادة في العقود

95 - اذا ما أردنا استمراغ الأفكار الأساسية التي أفرزتها نظرية سلطان الارادة أو تعتبر نتيجة مناقية لها ، أمكن تحديد ما يهمننا في هذا البحث على الشكل الآتي (1) :

- ان الأفراد أحرار في أن يتعاقدوا أو يمتنعوا عن التعاقد ، ان ليس هناك التزام قانوني بالتعاقد .

- متى انعدمت الارادة امتنع انعقاد العقد ، أو اذا لم يكن الرضا حرا وقع العقد باطلا . وهذه الفكرة هي التي تشكل أساس نظرية عيوب الرضا .

- ارادة أطراف العقد حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بنصب العقد تحت عنوان عقد من العقود المسماة . وهذه الفكرة هي التي بنيت عليها نظرية العقود غير المسماة .

- لما كان الالتزام التعاقدي عادلا فان العقد كما يعتبر شريفا للمتاعدين يعتبر كذلك بالنسبة الى كل من القاضي و المشرع .

و على ضوء هذه الأفكار الأساسية أجمع الفقهاء (2) على أن مظاهر سلطان الارادة تتحلل ليس فقط في تكوين العقد بل أيضا في الآثار التي ينتجها هذا العقد .

(1) أنظر مارسيل فالين : المذهب الفردي والقانون ص 170 و 171 . - أنظر أيضا محمد حسني عباس : العقد والارادة المنفردة مكتبة النهضة المصرية 1959 ص 31 و 32 و 33 .

(2) على سبيل المثال : عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط المجلد الأول مصادر الالتزام ص 157 ، نظرية العقد ص 100 ، فقرة 99 - ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 19 و ما بعدها . - هشام فرعون : النظرية في الالتزام في التشريع المغربي : الطبعة الثانية فاس 1980 ص 50 ونفس الصفحة من الطبعة الثالثة 1981 . - فيل وتيري : القانون المدني : الالتزامات ط 2 دالوز 1975 ص 33 و ما بعدها . - ج . كاريونييه : القانون المدني ، الجزء الرابع : الالتزامات منشورات تيميس ط 8 ، 1975 ص 33 و ما بعدها و ط 10 ، 1979 ص 43 و ما بعدها . - هنري وجان مازو : دروس في القانون المدني : الجزء الثاني ط منشورات مونكريتيان 1956 ص 92 . - جان فلور بمساعدة جان ايكا آوير : القانون المدني : الالتزامات الجزء الأول منشورات أرمان كولان 1957 فقرة 96 ص 70 . - (أنظر التتمة في الصفحة الموالية)

و لما كان العقد الذي تهيمن عليه نظرية سلطان الإرادة في
نظرنا - و تأكيداً لما قال به الأستاذ زاكزاس (ZAKSAS) (3)
يتكون في الأساس من عنصرين هما توافق الإرادتين و القوة
الطـزمة، فاننا لا نرى إلا أن نجاري الاجماع الفقهي لنتبع
مظاهر سلطان الإرادة في كل من مرحلتين تكوين العقد وآثاره
مذكرين بأن أبرز هذه المظاهر سيتم في الفصل ٤.م.م.

و عليه فسننتـرق الى دراسة هذه المظاهر في بابين :

- الباب الأول : مظاهر سلطان الإرادة في تكوين العقد .

- الباب الثاني : مظاهر سلطان الإرادة في آثار العقد .

- جان - لويس ليكا : سلطان الإرادة في القانون الخاص الداخلي و القانون
الدولي الخاص : مقال ساهم به في الخليط المهدى لعنبي كابييتان، 1939
ص 473 وما بعدها . - عيمانويل كونو : حرية العقود و قيودها العادلة :
الأسابيع الاجتماعية لفرنسا رويين 1938 ص 332 و 323 . - نعمان جمعة :
نظرية مصادر الالتزام ص 212 و 213

(3) زاكزاس : تغيرات العقد وقانونها : محاولة حول حياة العقد باعتباره مؤسسة
قانونية، ٤ مطروحة 1939، باريس ص 140 عن نعمان جمعة : المرجع السابق
ص 87.

== السبب الأول ==

مبدأ سيطرة الإرادة على تكوين العقد

86 - ان الالتزام الناشئ عن العقد كما جاء في الفصل الثاني من ق.ل.ع.م. لا يقع صحيحا الا اذا توافرت فيه الأركان الآتية :

" - أهمية الالتزام - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام - سبب مشروع للالتزام "

و الذي ينبغي ملاحظته أن التعبير عن الإرادة الوارد في نص الفصل الثاني من ق.ل.ع.م. لا يقصد به إلا الرضاء مناورا اليه من زاوية نظام التعبير عن الإرادة الذي اقتصر المشرع المفري على اتخاذه كقالب منهجي لتقديم نصوعه ليس إلا .

و اذا كان تكوين العقد يستوجب منا دراسة جميع الأركان الواجب توافرها في العقد ، فان نظرية سلطان الإرادة لا تجد غالتها المنشودة إلا في ركن التراضي وان كانت الأركان الأخرى يمكن النظر اليها أيضا من زاوية الإرادة طالما أن سؤال ماذا أراد الأراف يجيب عنه ركن المحل و سؤال لماذا أراد الأراف التماقد يجيب عنه السبب .

و عليه و حتى نتمكن من إبراز معالم سلطان الإرادة في تكوين العقد بوضوح ، فاننا سنقتصر على ركن التراضي الذي يجسد الرضائية على تكوين العقد (الفصل الأول) . أما ركن المحل و السبب فسوف لن ننظر اليهما إلا من الزاوية التي يساهمان بها الى جانب الوسائل الأخرى - كما سنرى ذلك فيما بعد - في تحديد نطاق الرضائية في العقد (الفصل الثاني) باعتبار أن تحديد هذا النطاق يستوجب السهر على تحقيق الغاية المتوخاة من العقد

و الخوف مما قد يحدث من اضطراب اقتصادي و اجتماعي
ان رصد العقود لغير الغاية التي رسمته له تأثيرية
سلطان الإرادة .

و هكذا فانه انما لاقا من كل ما سبق نرى أن
تقسم هذا الباب الى فصلين كما يلي :

- الفصل الأول : تكوين العقد و هيمنة الرضائية
عليه .

- الفصل الثاني : نطاق الرضائية في العقد .

*** الفصل الأول ***

تكوين العقد و هيئته الرضائية عليه

97 - ان تعريف التراخي هو تعريف العقد نفسه باعتباره ان التراخي لحملة العقد و سداده (1) ، و ذلك لأن ابرام العقد في مجموعه لا يقوم الا على ارادة الأطراف و لا يشترط أن يأتى العقد مكتوباً بأي ثوب من أثواب الشكليه (2) .
و المبدأ الأساسي الذي يهيمن على التراخي هو أن لا التزام بدون ارادة بمعنى أنه لا يشترط لكي يتعقد العقد الا اتجاه ارادة كل من طرفي العقد الى انشاء الالتزامات أو تعديلها أو نيلها أو الفائها أي الى احداث أثر قانوني .
و بمباراة أخرى لا يشترط في تكوين العقد الا وجود الرضا ووقع هذا الرضا صحيحاً . و هذا ما سنعالجه في فرعين :

- الفرع الأول : سلطان الارادة و وجود الرضا في العقد .

- الفرع الثاني : سلطان الارادة وصحة الرضا في العقد .

(1) مأمون الكزبي : نثرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع.م : الجزء الاول : ص 49
- مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : نثرية الالتزامات في القانون المغربي : مطبوع
أعد لالة العنينة الاولى : دبلوم الدراسات العليا : فرع القانون الخاص 1976-1977
ص 15 .

(2) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 19 . - مأمون الكزبي : المرجع السابق
ص 50 و 51 . - ع. كنونو : مبدأ سلطان الارادة في القانون الخاص ص 132
و 133 و كذلك مقاله حول حرية العقود و قيود ما العادلة ص 323 .

== الفرع الأول == =====

سلطان الإرادة ووجود الرضا في العقد .

98 - تذهب نظرية سلطان الإرادة الى أن جوهر العقد أو التصرف القانوني بصفة عامة هو الإرادة (1) . لذلك فان " توافق الإرادتين هو المنصر المحرك ، لحمية أو جوهر ، عقدة أو نواة ، لب أو روح العقد " (2) . و هنا تأتي نظرية سلطان الإرادة التي تأخذ بالإرادة الباطنة لتقضي بما مفاده أنه يكفي لانعقاد العقد أن يتم تبادل الرضا . أما الأشكال التي قد يصب فيها الرضا فهي مجرد عناصر ثانوية و عرضية يستلزم وجودها مع عدمها . و حتى اذا ما وجدت هذه الأشكال : الأقوال ، الكتابة ، الاشارات ، و أحيانا مجرد السكوت ، فان الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار هو ما يقع اكتشافه بصدورها من إرادة باطنة " ، لما أن هذه الإرادة الباطنة هي ، وحدها التي ترتبط بها فعالية الخلق القانوني للعقد " . (3) و اذا ما لوحظ تعارض بين الشكل و المضمون أي الدال و المدلول أو الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة فان الذي يجب تفليحه هو الإرادة الحقيقية أي الباطنة ذلك ، و مرة أخرى ، لأن الذي يربط بين الأطراف في العقد ليس هو ظهور الإرادة أو التصريح و التعليق عنها ، بل هي الإرادة الحقيقية ، تلك التي توجد فعلا في أعماق الشعور . و يترتب عن هذا أنه اذا غابت الإرادة النفسية بالرغم من وجود بعض العلامات و المناهات و التبعيـرات التي قد تدل على أنها موجودة ، فان العقد لا ينعقد .

(1) فيرونياك رانوي : ميلاد مفهوم و تناوره ، رسالة ، 1977-1978 .

- كـونو : المرجع السابق ص 132 .

(2) جورج رويت : مساهمة في دراسة نقدية لفكرة العقد : أطروحة ،

باريس 1965 المجلد الأول ص 349 .

(3) كـونو : المرجع السابق ص 134 .

99 - كما تذهب نظرية سلطان الإرادة التي تأخذ بالإرادة الباطنة
التي توافق الإرادتين يتم عند اقتران الإيجاب بالقبول ، و بالتالي
فإن الالتزام ينشأ بمجرد تلاقي إرادة الموجب مع إرادة القابل .
لذلك فإن الإيجاب لا يكون مبدئياً ملزماً إلا إذا قام الشخص الذي
وجه إليه بقبوله . غير أن هذا القبول لا ينعقد به العقد إذا
ما جاء في الوقت الذي تنعدم فيه إرادة الموجب كما هو ^{الشأن} في حالة
وفاة الموجب أو فقدان أهليته بعد صدور تعبيره و قبل قبول
الطرف الآخر . أما إذا كان الإيجاب مقروناً بأجل ، فإن الموجب
يقتضى ملتزماً في حدود هذا الأجل . و يفسر الالتزام بمراعاة
الإيجاب المقرون بأجل بفكرة العقد المتستر (l'avant contrat)
و مفاد هذه الفكرة أن العرض (offre) يتضمن شقين : أحدهما
أصلي و ينصب على العملية المراد تحقيقها و الشق الثاني تكملي و يتعلق
بمهلة التأمل و التفكير . فعندما يوجه الإيجاب المقرون بأجل فإنه
يقترن في هذا الشق الثاني أنه قد تم قبوله لأنه لم يوجد إلا
لفائدة الذي وجه إليه الإيجاب (4) .
إلا أن هذا التفسير لا يمكن له أن يؤدي بنا إلى القول
بأن توافق الإرادتين يقتضي حتى عندما يكون منعدماً و بالأحرى إذا
ما كان هذا التوافق غير حقيقي كما هو الشأن في حالة التعاقد بين
غائبين إذ المقدم في هذه الحالة ، ووفقاً لنظرية سلطان الإرادة
المتسكة بالإرادة الباطنة ، يتم انعقاده بمجرد تواجد الإرادتين
(نظرية إعلان القبول) بالرغم من أن واقعة التعاقد بالمراسلة
في حد ذاتها تجعل التعرف عما إذا كان الطرفان قد أرادا نفس
الشيء في وقت واحد أمراً شاقاً إن لم يكن مستحيلاً .

(4) فيرونيك راني : المرجع السابق ص 99 .

100 - و اذا كان قد لوحظ بأن اتجاه الارادة الباطنة لنظرية سلطان الارادة يتميز بنوع من الفلو من شأنه أن يؤدي الى تهديد الائتمـان و هدم استقرار المعاملات فان أنصارا للنظرية برزوا ليأخذوا بالارادة الظاهرة . و يرى هؤلاء الأنصار بأن العبارة ليست بالارادة في مضمونها النفسي بل بمظهرها الخارجي الذي يسهل التعرف عليه (5) . و ينتج عن هذا الوجه الجديد للنظرية أن العقد اذا كان يتم باقتران الايجاب بالقبول ، فان فقدان ارادة أحد الطرفين بعد صدور تعبيره عن ارادته لا يمنع التعبير من انتاج آثاره القانونية . و هكذا فخلافا لاتجاه الارادة الباطنة ، فان موت الموجب أو فقدان أهليته بعد الاعلان عن ارادته وقبل قبول الطرف الآخر لا يمنع من انعقاد العقد اذا ما اقترن هذا الايجاب بالقبول . و في حالة التعاقد بين غائبين فان توافق الارادتين لا يتم في زمان و مكان القابل بل في زمان و مكان الموجب لأن التعبير عن ارادة القابل لا يكتسي مظهرها خارجيا إلا اذا اتصل بعلم من وجه اليه أي الموجب (نظرية العلم بالقبول) .

101 - و اذا ما أردنا التعرف على أي اتجاه من اتجاهي نظرية سلطان الارادة وقع تكريسه في ركن الرضا وفقا لق.ع.م.م ، وجب علينا تحليل هذا الركن انطلاقا من المعاني التي يفيدها الرضا نفسه . فلفظة " الرضا " تؤدي معنيان كلاميا يكمل الآخر . المعنى الأول هو اتجاه ارادة كل طرف في العقد الى احداث أثر قانوني . والمعنى الثاني هو توافق الارادتين اللتين اتجهتا الى احداث أثر قانوني (6) . و بعبارة أخرى فان الرضا معناه في نفس الوقت ارادة كل

(5) السندهوري : نظرية العقد ص 169 وما بعدها ، الوسيط : المجلد الأول : مصادر الالتزام ص 192 . - محمد حسني عباس : العقد والارادة المنفردة ص 73 - فيلهولتييري : القانون المدني : الالتزامات ص 2 ع 74 .
(6) محمد حسني عباس : المرجع السابق ص 66 . - ويلاحظ أن الجمع بين المعنيين بالترتيب هو الذي يقدم كتعريف للتراضي أو الرضا : أنار مولاي ادريس العلمي العبدلاهي : المرجع السابق ص 16 . - مأمون الكزبي : المرجع السابق ص 49 . - السندهوري : الوسيط ، المجلد الأول ص 184 .

متعاقداً و توافق ارادة هذا المتعاقد مع المتعاقد الآخر (7) .
و هذا المعنى المزدوج هو الذي سنخصه بالتحليل في اطار
مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : نظرية سلطان الارادة و تعبير كل متعاقد
عن ارادته

المبحث الثاني : نظرية سلطان الارادة و توافق
الارادتين .

٦ - المبحث الأول - ٦

نظرية سلطان الارادة و تعبير كل متعاقد عن ارادته

102 - ان التعبير عن ارادة التعاقد تختلف صوره باختلاف اذا كان
الشخص الذي يريد التعاقد قد سبق الى اخذ مبادرة التعاقد
و هذا هو الايجاب أو العرض (المطلب الاول) أو جاء ليزكي هذه
المبادرة أما بصفة فورية أو بعد مناقشتها و هذا هو النبـول
(المطلب الثاني) .

*** - المطلب الأول - ***

الايجاب

103 - الإيجاب كما عرفه أستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي هو
"العرض الذي يتقدم به شخص معين الى آخر أو آخرين بالنسبة
الى إبرام عقد معين بغية حصوله على قبوله آياه و بالتالي قيام
العقد" . (8)

(7) ج . كاربونييه : القانون المدني : الجزء الرابع الالتزامات ط 10 1979 ص 65 .
- و يرى كل من تيبى و قيل أن معنيي لفظة الرضا عما المعنى الواسع و هو توافق الارادتين
الذي يولد الالتزامات والمعنى الضيق و هو امتثال كل طرف في العقد للشروط التي يتضمنها
هذا الأخير و هذا ما يسميه الفصل 1108 مدني فرنسي بـ "رضا الطرفين الملتمز"
(8) نظرية الالتزامات في ن . ل . ع . م . : ص 17 . - أنظر في هذا المعنى : مأمون الكزبرجي :
المرجع السابق ص 54 . - قيل و تيري المرجع السابق ص 148 . - ج . كاربونييه :
المرجع السابق ص 68 و 69 .

فمن خلال هذا التعريف يمكن القول بأنه لكي نكون أمام
إيجاب حقيقي ينبغي على الموجب أن يصرح أو يعبر أو يعلن عن
إرادته بتوجيه العرض إلى شخص أو جمهور وأن يأتي هذا التعبير عن
الإرادة في صورة محددة تحديدا كافيا لتلقي القبول . بمعنى أن يأتي

- إذا ما أردنا استعارة عبارات الفصل 19 من ق.د.ع.م. - مشتملا على
" العناصر الأساسية و باقي الشروط المشروعة " التي يراها المبرم أساسية .
أما إذا لم يشتمل الإيجاب على هذه العناصر الأساسية كان ذلك عرضا للدخول
في المفاوضات . و هذا العرض هو مجرد انتراح أو دعوة إلى التعاقد . (9)

و إذا كان ق.د.ع.م. لا يشير صراحة إلى تعريف الإيجاب و ما
ينبغي أن يشتمل عليه ، فإن الفقه المذهبي استقر على هذا التعريف كما استقر
على أن الإيجاب الذي " لا يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه . . .
فضلا عن أركانه الأساسية " يستبر من تبيل المفاوضات بشأن العقد أو من تبيل
الدعوة إلى التعاقد . (10) و لا شك أن هذا الفقه و ان لم يستند صراحة
في تبرير رأيه إلى نص من نصوص ق.د.ع.م. فإننا نرى أن هذا الرأي يجد تبريره
في الفصل 19 من ق.د.ع.م. طالما أن هذا الفصل هو الذي يشير إلى ما
ينبغي أن ينصب عليه التراضي لكي يتم العقد و أن التراضي هو توافق الإرادتين
أي وتويع التعبيرات الصادرة عن الشخصين اللذين يريدان إبرام عقد محل اتفاق
حول العناصر الأساسية و باقي الشروط المشروعة التي يعتبرها الطرفان أساسية .

و بحسب الأستاذ جورج روييت (G.ROUHETTE) فإن توافق الإرادتين في مفهوم الفصل
الفصل 19 من ق.د.ع.م. هو مجرد إيجاب مقبول (11) أي لا يمكن قبوله
بصفة فورية أو مناقشته إلا إذا كان هناك ما يحمل الشخص على إصدار قبوله الفوري
أو كان هناك ما يقبل المناقشة . و هذا لا يتم إلا إذا تضمن الإيجاب العناصر
الأساسية و الشروط التي ينوب الموجب قيام المقعد عليها .

(9) فيد وتيري : المرجع السابق ص 149 .

(10) مولاي إدريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 17 . - أنظر في هذا

المعنى أيضا مأمون الكريبي : المرجع السابق ص 54 .

(11) جورج روييت : مساهمة في دراسة نقدية لفكرة العقد ، باريس 1965 ص 375 .

و هكذا يظهر جليا أن تعريف الايجاب و مضمونه في ق.ل.ع.م. ،
مبني على نظرية سلطان الارادة و لكن وفقا للاتجاه الموضوعي الذي يأخذ
بالارادة الظاهرة . غير أنه ينبغي الإشارة الى أن هذا الموقف معلن على
شروط بقاء التمييز بين ما يدخل في اطار الايجاب و ما يدخل في
اطار الدعوة الى التعاقد واضحا كما هو الشأن بالنسبة الى اقامة المزايدة
التي يقضي الفصل 32 من ق.ل.ع.م صراحة بأنها "... تعتبر دعوة للتعاقد".
و بالتالي فهي ليست ايجابا . أما اذا صعب التمييز و دقت التفرقة بين ما
هو من قبيل الايجاب و ما هو من قبيل الدعوة الى التعاقد ، فان نظرية سلطان
الارادة تتدخل لحل هذه المسألة و ذلك بتقريرها لمعيار "البحث عن الاقدام
على التعاقد" و هذا المعيار يكرسه بطبيعة الحال اتجاه الارادة الباطنة .
فانما ما تبين وفقا لهذا المعيار أن الشخص عندما وجه عرضه انما كان يقصد
بذلك عزمه على ابرام العقد بصفة مباشرة كنا أمام ايجاب و هو كما يقول
أستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي "خطوة الى العقد" (12) .

أما اذا كان العرض لم يقصد به صاحبه إلا البحث عن طرف ثان حتي يتباحث
معه فيما من شأنه أن تستقر عليه العناصر الأساسية و الشروط الاخرى أو لم
يقصد به صاحبه إلا مجرد التحضير له كاتسراح ابرام عقد ايجار الماشية
مثلا (الفصل 627 و ما بعده و الفصل 700 و ما بعده من ق.ل.ع.م.)
دون تحديد لحل هذا العقد و الشروط و الأعباء التي يرى عدم امكان تمام
العقد بدونها ، فان هذا العرض لا يمكن اعتباره إلا مجرد دعوة الى التعاقد
و هي لا ترتقي الى صف الايجاب بل تبقى مجرد "خطوة الى الايجاب" (12)

104 - و لما كان تعريف الايجاب و تحديد مضمونه في ق.ل.ع.م. يائمن
عليها مبدئيا الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة الذي يأخذ بالارادة
الظاهرة فان الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا الاتجاه في ميدان الايجاب
تتمثل في أن هذا الأخير يمكن تصنيفه الى ايجاب صريح و ايجاب ضمني .

(12) مولاي العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 18 .

و الايجاب الصريح هو كل عمل يتم على وجه الخصوص من أجل حمل العرض
للتعاقد الى علم السير (13) بنظر النظر عما اذا كانت بلسورة هذا العمل قد
تمت عن طريق اللفظ أو الكتابة أو وقعت بالاشارة المؤلفه أو أي موقف آخر
لا يدع مجالا للشك في أن صاحبه لم يأخذ المبادرة الا لأنه أراد أن
يخطو خطوة نحو العقد (14) .

أما الايجاب الضمني فيمكن تعريفه عن طريق المفهوم المعاكس
للايجاب الصريح بأنه العمل الذي لا يوجه على الخصوص من أجل حمل
الغير على العلم بارادة الراغب في التعاقد و لكن يكشف عنه و يوحى به (15) .
كما هو الشأن مثلا في حالة انقضاء مدة عقد الايجار و يبقى مع ذلك المكثري
في الأماكن المكثرة . فواقعة البقاء في الأماكن المكثرة في مثلنا هذا
لا يمكن اعتبارها الا ايجابا جديدا تم بصورة ضمنية .

غير أنه اذا كان يمكن التعبير عن الايجاب اما في صورته الصريحة
أو الضمنية بدون أي قيد و ذلك احتراماً لمبدأ الرضائية الذي يهيمن على
العقود فان احترام هذه الرضائية في حد ذاتها قد يفرض أحيانا وجوب
التشديد بالتعبير عن الايجاب صراحة . و هكذا مثلا فان الفصل 164 من
ن.ل.ع. يذهب الى أن التضامن بين المدينين لا يفترض على الأقل في
المسائل المدنية و "يلزم أن ينشأ صراحة عن السند المنشئ" للالتزام... (16)
و كذلك فان الفصل 212 من ن.ل.ع.م. يذهب في شأن الحلول الاتفاقي الذي
يقع عندما يحل الدائن الغير محله الى أن هذا الحلول "يجب أن يقع صراحة
... (17)"

105 - ان تعريف الايجاب و تحديد مضمونه و ما يترتب عن هذا التعريف من
آثار يخضع في ضوء ن.ل.ع.م. من حيث المبدأ للاتجاه الموضوعي - الارادة
الظاهرة - لنظرية سلطان الارادة . فعمل القيمة الثانوية للايجاب أي القوة
الملزمة للايجاب تخضع أيضا لنفس الاتجاه الموضوعي من حيث المبدأ ؟

(13) ج. كاريونييه : المرجع السابق ص 66 . ج. كوتيرييه : المرجع السابق ص 33 .
(14) مولاي العلوي العبدلوي : المرجع السابق ص 16 . - مأمون الكربي :
المرجع السابق ص 51 .

(15) ج. كاريونييه : المرجع السابق ص 67 . ج. كوتيرييه : المرجع السابق ص 32 .
(16) أنظر توضيح هذا الفصل في : مأمون الكربي : نظرية الالتزامات في ضوء
ق.ل.ع.م. : الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه . الطبعة الأولى
1970 ص 150 و 153 و 154 . (أنظر التتمة في الصفحة الموالية) .



ان الجواب على هذا السؤال نجده مكرسا في الفصل 26 من ن.د.ع.م. ان ينص على أنه : "يجوز الرجوع في الايجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر." و معنى هذا أن الأصل في نظر ن.د.ع.م. أنه الايجاب ليس له في حد ذاته قوة الزامية (18) و هو نفس الأصل الذي كرسه القانون المدني الفرنسي وفقا لاتجاه الارادة الباطنة لنظرية سلطان الارادة باعتبار أن الايجاب لا يلزم صاحبه لأن الارادة الوحيدة لا يمكن أن تقترب بنفسها لذلك يمكن الرجوع في الايجاب دائما طالما أنه لم يترن بقبول و حتى اذا لم يقع الرجوع فيه فانه يكون دوما قابلا للسقوط .

و حتى يكون جوابنا أكثر وضوحا نقول بأن قانون الالتزامات والعقود يأخذ فيما لا القيمة القانونية للايجاب من حيث المبدأ بالاتجاه الشخصي - الارادة الباطنة - لنظرية سلطان الارادة . إلا أن المنتضيات الصريحة للفصول 29 و 30 و 31 من ن.د.ع.م. تجعلنا نذهب الى أن القانون المصري يأخذ فيما يتعلق بالقوة الملزمة للايجاب بثلاثة استثناءات يكرسها الاتجاه الموضوعي - الارادة الظاهرة - لنظرية سلطان الارادة و هي :

- حالة الفصل 29 : و مفاد هذه الحالة أن الايجاب اذا ما اقترن بتحديد أجل التبول فان الموجب يبقى ملتزما الى أن ينقضي هذا الأجل (19) .

- حالة الفصل 30 : و مفادها أن الايجاب عندما يوجه عن طريق المراسلة و لم يحدد فيه الأجل الذي ينبغي أن يتم فيه التبول ، فانه يبقى قائما و ملتزما خلال الأجل المعقول الذي تستمره المراسلة العادية .

- حالة الفصل 31 : و مفادها أن فقدان الارادة بعد توجيه الايجاب كموت الموجب أو انعدام أعليته أو نقصانها لا يسقط الايجاب الموجه عن طريق المراسلة اذا كان من وجه اليه هذا الايجاب قد قبله قبل علمه بفقدان الموجب لارادته .

(17) لمزيد من التفاصيل في الحلول الاتفاقي الذي تشترط فيه الصراحة راجع :
مأمون الكزبي : المرجع السابق الجزء الثاني ع 248 .
(18) مأمون الكزبي : المرجع السابق الجزء الأول ع 55 .
(19) مأمون الكزبي : المرجع السابق الجزء الأول ع 55 .

و العلة في هذه الحالات وفقا للاتجاه الموضوعي أن الإرادة بالتعبير عنها في الإيجاب قد برزت الى العالم الخارجي واصطبغت بمظهرها الموضوعي و بذلك يصبح للإيجاب وجود قانوني مستقل و منفصل عن شخصية الذي صدر عنه هذا الإيجاب (20) .

غير أن هذا الانفصال أو الاستقلال في الوجود ليست له صفة النيمومة بل هو محدد ، بمعنى أنه يزول بمجرد انقضاء الميعاد المحدد من طرف الموجب - حالة الفصل 29 - و القانون - حالة الفصلين 30 و 31 - .

و خلاصة القول ان تعريف الإيجاب و تحديد مضمونه في ضوء ق.ل.ع.م. يخضع لمبدئيا للاتجاه المؤسسي ، لنظرية سلطان الإرادة و استثناءا للاتجاه الشخصي . أما القيمة القانونية للإيجاب فانها بالمقابل تخضع لمبدئيا للاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة و استثناءا للاتجاه الموضوعي .

* * - المطلب الثاني - * *

القبول

106 - ان القبول هو العنصر الثاني الذي تعلن عليه نظرية سلطان الإرادة أعمية قصوى إذ أن صدوره هو الذي يكون العقد بصفة نهائية . و يعرفه أستاذنا مأمون الكزبي بأنه "التعبير عن إرادة من وجه اليه الإيجاب و الذي بصدوره متطابقا للإيجاب تتم معه عملية التعاقد بين الموجب والقابل" (21)

(20) قبل وتبيي : المرجع السابق س 151 . - و تجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن هذه الحالات لا يمكن القول بأنها منتبسة من الفصل 145 من القانون المدني الألماني إذ ينص على أن "من اقترح على غيره إبرام عقد يبقى ملتزما بإيجابه إلا اذا استبعد التزامه به" . لأن النص يشكل المبدأ العام الذي يتناقض مع المبدأ العام المكرس في المذهب (الفصل 26 من ق.ل.ع.) . و لذلك فإن المشرع المصري تلتزم بالدرجة الأولى بالقانون المدني الفرنسي في تكريس المبدأ العام و سائر ما ذهب اليه الفقه والقضاء الفرنسيان فيما أخذ به صراحة في الفصول 29 و 30 و 31 : راجع ج. كوتيرييه : المرجع السابق س 34 . و قارن بين هذه الصفحة وما جاء في س 35 من نفس المرجع .

(21) مأمون الكزبي : المرجع السابق : الجزء الأول س 58 .

و القبول كالايجاب كما يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا . غير أن الذي ينبى الإشارة اليه هنا هو أن القبول يجب أن يقع على جميع العناصر التي تناولها الايجاب حتى ما كان منما ثانويا و تفصيليا . (22)

و لئن كان التعبير عن القبول يمكن أن يرد صراحة أو ضمنا فان المشل يطرح بالنسبة الى التساؤل عما اذا كان السكوت يعتبر قبولا .

فهذا التساؤل تجيب عنه نظرية سلطان الارادة باتجاهيها الشخصي و موضوعي بالنفي . ذلك أن المشل القائل بأن " من سكوت قبل " لا يعتبر مباحثيا حتى يقوم السكوت مقام القبول . (23) و قد يقال بأن المشرع اعترف في الفصل 25 من ن.د.ع. بأن " السكوت عن الرد يكون بمثابة البول اذا تعلق الايجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين . " بمعنى أ اشترع المخبري مسايرة منه لنظرية سلطان الارادة و ان كان قد ذهب وفقا للمخالفة للفصل 25 الى أن المبدأ العام هو أن السكوت لا يعتبر ولا انه استثناء يرفع السكوت الى مصاف القبول عند ما يتعلق الايجاب بمعاملات سابقة تكون قد بدأت فعلا بين الطرفين . ان مثل هذا القول ترد عليه نظرية سلطان الارادة بما مفاده أنه عندما يظهر أن الالتزام ناتج عن السكوت كما هو الشأن في حالة الفصل 25 من ن.د.ع.م. أو ما يشبهها كما هو الشأن بالنسبة الى تجديد عقد العمل عند انقضاء مدته دون أن يعهد أحد الطرفين الى التعبير عن ارادته في التجديد (الفصل 753) أو تجديد عقد الكراء بعد انقضاء مدة بشروطه السابقة عندما يستمر المكثري في الانتفاع بالعقار بعلم المكثري و ان اعتراض منه (الفصل 690) ، فان الالتزام هنا لا ينتج في الحقيقة عن السكوت بل عن قرينة القبول المستخلصة من ظروف خاصة (24) أدت بالسكوت الى أن يصطبغ بمظهر تكون معه امكانية التأويل ممكنة وتجعله حسب الأحوال بمثابة قبول ضمني . (25)

(21) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 20 . و نود أن نشير هنا الى أنه لما كنا قد تعرضنا الى الحديث عن التعبير الصريح و الضمني عند دراستنا للايجاب فلا داعي في نظرنا الى تكرار الحديث عن هذا التعبير الصريح و الضمني من جديد في نطاق القبول .

(23) أ . كودمييه : النظرية العامة للالتزامات : منشورات سبيبي ، 1965 ص 42

(24) أ . كودمييه : المرجع السابق ص 42 .

(25) ج . كاربونييه : المرجع السابق ص 68 .

و تجدر الإشارة الى أن الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة هو الذي سبق الى عدم الاعتماد مبدئيا بالسكوت كقبول (26) . ألا أن الاتجاه الموضوعي جاء لتعزيز موقف الاتجاه الشخصي و زيادة حتى لا يتذرع به الأطراف و لو صدر القبول صراحة أو ضمنا للوصول الى التمسك بالتحفظات الذعنية فتكون الخطورة بذلك أشد وطأة على الائتمان و استقرار المعاملات .

و لعل هذا الاتجاه الموضوعي هو الذي يكرسه المشرع المغربي إذ ينص في الفصل 21 مد.ى.ج.ع. على أن "التحفظات و القيود التي لم تنمك الى علم الطرف الآخر لا تنقص و لا تقيد آثار التعبير عن الارادة المستفادة من ظاهر اللفظ."

107 - و في الأخير نشير الى أن القبول اذا كان يشكل عنصرا أساسيا في نظرية سلطان الارادة لا يمكن للعقد أن يتم إلا بصدوره مطابقا فان تصور القبول في حد ذاته لا يمكن أن يتم إلا على مستوى التجريد . أما من الناحية العملية فان الحديث عن القبول لا يمكن فصله عن تمام العقد إذ أن بساط انعقاد العقد يحاك بخيوط تعابير الإرادة التي تتم عن القبول و ينتمي نسج هذا البساط بآخر لفظية تنف عندها هذه التعابير . هذا من جهة و من جهة أخرى فانه و دائما من الناحية العملية ، لا يمكن الحديث عن التأهل إلا بعد تكوين العقد أما قبله فلا نكون إلا أمام شخص وجه اليه الإيجاب (27) . فاذا ما حاولنا مقارنة الإطار التجريدي لنظرية سلطان الارادة بالواقع العملي تبين لنا أن تبنيها المنهج الوصفي يجعلها تبحث نميا يؤدي الى انعقاد العقد انطلاقا من المراكز التي تنشأ بعد تكوين العقد . و ربما لذلك يرى البعض أمثال

(26) محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية 25 ماي 1870 ، دالوز بير يوديك : 70 - 1 - 257 عن مدونة القانون المدني الفرنسي منشورات دالوز باريس 1972 - 1973 هامتن رقم 4 الوارد في ع 482 .

(27) ج . روييت : المرجع السابق ع 357 .

الأستاذ نعمان جمعة بأن الذي يشكل العنصر الحاسم في عملية التعاقد ليس هو الإيجاب والقبول بل توافق الإرادتين باعتبار أن هذا التوافق بين الإرادتين هو العنصر الذي يتفحصه القاضي بامعان، ويطلق العنان للقوة الملزمة للعقد (28).

- المبحث الثاني -

نظرية سلطان الإرادة و توافق الإرادتين

108 - أن توافق الإرادتين هو جوهر العقد . لذلك إذا ما أردنا التعرف عما هو العقد ، فعلى أن نبحث عما هو توافق الإرادتين . (29)
و إذا ما أردنا التعرف على المقصود بتوافق الإرادتين في الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة يكفي الرجوع إلى الاصطلاح الفرنسي " Accord " أي التوافق . فهذا الاصطلاح مركب من ad و cor (Cordis) أي من القلب . هذا المفتوح هو الذي أعطاه الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة لاصطلاح التوافق . بمعنى أن التوافق يتعلق بالإرادات الباطنة . وانطلاقاً من هذا المعنى فإن التوافق يتمثل في ارتضاء شخص لما أرادته شخص آخر . وهذا الارتضاء ظاهرة داخلية أو حقيقة نفسية وروحية . وإذا كان هذا التوافق يتم بلورته عن طريق التعبير عنه ، فإن هذا التعبير لا يعمل في الواقع إلا على تأكيد هذا التوافق الباطني و لا يقوم إلا كوسيلة تواصل أو وساطة سرعان ما تنتهي مسمتة بتحقق هذا التواصل أو هذه الوساطة . و قصد التأكد من حقيقة التوافق و تعيين محتواه و نطاقه ينبغي تحديد تطابق الإرادات الباطنة عن طريق سبر أغوار القلوب والضمائر داخل أعماق الضمائر (30) . وهذا هو عين ما يقوم به القاضي عندما يثور نزاع بشأن توافق الإرادتين . و توافق الإرادتين يحصل بمجرد اقتران إرادة القابل بإرادة الموجب - التعاقد بين حاضرين - غير أن هذا الاقتران قد يمتد في الزمان والمكان وهنا يكون التباين في مكان و زمان القابل - نظرية إعلان القبول في التعاقد بين غائبين - .

(28) نعمان جمعة : نظرية مصادر الالتزام : أطروحة باريس 1968 ع 32 .

(29) ج . روويت : المرجع السابق ع 364 .

(30) ج . روويت : المرجع السابق ع 379 .

109- و لقد جاء الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة ليتبنى في توافق الارادتين نقيض ما قال به الاتجاه الشخصي . فالتوافق في نظر الاتجاه الموضوعي يتمثل في تطابق التعابير المتبادلة عن الارادتين . و هذا معناه أن العقد لا يؤسس على توافق الارادتين في حد ذاته بل على توافق تعبير الارادتين . فالارادة الوحيدة التي يمكن أخذها بعين الاعتبار هي الارادة المصرح بها وفقا لما هو مألوف ومتداول (31) . و هذه الارادة ذات المظاهر الاجتماعي لا يمكن القول بأنها تطابقت مع ارادة الموجب عندما يمتد اقتران الايجاب بالقبول في الزمان و المكان الا عندما يعلم بها الموجب - نظرية العلم بالقبول في التعاقد بين غائبين - .

و حتى نتمكن من التعرف على مدى أخذ ن.د.ع.م . بالاتجاهيين الشخصي و الموضوعي لنظرية سلطان الارادة في التوافق بين الارادتين نرى لزما علينا أن نقوم بالتمييز بين الحالة التي يتحد فيها زمان و مكان اقتران النبل بالايجاب (المطلب الأول) و الحالة التي يختلف فيها زمان و مكانه (المطلب الثاني) .

%% - المطلب الأول - %%

اتحاد زمان و مكان اقتران النبل بالايجاب
أو

الاتحاد في مجلس واحد

110 - قد يحصل أن تدور عملية التعاقد بين شخصين يجمعهما مجلس واحد . ففي هذه الحالة ووفقا للفترة الأولى من الفصل 23 من ن.د.ع.م . فإن :
"الايجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد، يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل على الفور من طرف الآخر." بمعنى أن التوافق بين الارادتين الحاضرتين اذا لم يتم في مجلس العقد، فإن العقد لا ينعقد .
و الفصل 1/19 من ن.د.ع.م . هو الذي يحدد مضمون هذا التوافق
اذ ينص على أنه : "لا يتم الاتفاى الا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية". الا أن صياغة نص الفصل 1/19 توحي لنا بأن مضمون التوافق عوكل العناصر الأساسية للعقد وباقي العناصر الفرعية أو التفصيلية و الثانوية الشيء الذي لا يمكن أن يتحقق الا نادرا،

(31) ح . رويت : المرجع السابق ص 380 .

و بالتالي فان التوافق الذي ينشئ الالتزامات و يؤدي الى قيام العقد وفقا لهذا التأويل لا يمكن أن يقع إلا نادراً و هذا ما تكذبه الوقائع. لذلك فان التأويل الصحيح للفصل 1/19 ينبغي التليام به انطلاقاً من المبدأ الذي هيمن على هذا الفصل عند وضعه و الغاية التي من أجلها سن هذا الفصل . فالمبدأ هو الرضائية و الغاية هي تكريس نظرية سلطان الارادة . و هذه النظرية الأخيرة تحدد مضمون التوافق في العناصر الأساسية التي لا يمكن للتوافق أن يقوم بدونها . أما العناصر الفرعية الأخرى فهي ليست حاسمة و لا تؤثر على قيام التوافق و انعقاد العقد . غير أن هذه العناصر الفرعية عامة أما تم عرضها صراحة في الإيجاب ، فهنا تدخل ضمن العناصر الأساسية و بالتالي فان وقوع التوافق على بعضها و إرجاء البعض الآخر الى وقت لاحق لا يشكل توافقا بين الارادتين مما يترتب عنه أن العقد لا يقوم . و لا شك أن هذه النظرية هي التي يكرسها ن.ل.ع.م . ان ينس في الفصل 20 منه على أنه : " لا يكون العقد تاماً اذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق ، و ما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليه التزام و لو حورت مقدمات الاتفاق كتابة " .

111 - مر بنا أن التعاقد الذي يحصل بين شخصين حاضرين ينبغي أن يتم في مجلس العقد . فالمقصود بمجلس العقد في نظرية سلطان الارادة ؟ ان المقصود به هو الاطار الذي تتعاقد فيه الارادتان قصد التوصل الى التوافق على عناصر هذا التفاعل . و لما كان التوافق يتم على مستوى الارادة الباطنة من خلال وسيلة التواصل أو الوساطة المتمثلة في التعابير ، فان التفاعل لا يمكن أن يتحدد إلا في الزمان . وبعبارة أخرى فان مجلس العقد كما يتول أستاذنا مأمون الكزبي هو "الفترة الزمنية التي تمتد بعد الإيجاب والظرفان فيما مقبلان على التعاقد دون اعراض من أحدهما عنه" (32) . و لعل هذه النظرية الى مجلس العقد هي التي تبرر كون التوافق بين الارادتين في التعاقد بالتليفون يسرى عليه حكم توافق الارادتين بين حاضرين (الفقرة الثانية من الفصل 23 من ن.ل.ع.م .) .

(32) مأمون الكزبي : المرجع السابق ص 65 . - أنظر أيضا هشام فرعون : النظرية العامة في الالتزام في التشريع المصري فاس 1980 ط 2 ص 66 و كذلك الطبعة الثالثة من نفس المؤلف ، فاس 1981 ص 65 و 66 .

و اذا كان ق.ل.ع.م. يأخذ بالاتجاه الشخصي - الارادة
الباطنة - لنظرية سلطان الارادة في تحديد اللحاظ التي يصل
فيها التفاعل الى تحقيق التوافق بين الارادتين ، فانه احتراما للارادة
المشتركة التي تتولد عن هذا التوافق و التي تتألب الحماية والسحر
على بقائهما ثابتة و مستقرة ينبغي على العناصر التي لم تساهم
في عطية التفاعل و على رأسها التحفظات الذهنية أن تستبعد
من مجال التوافق بين الارادتين حتى يضمن الثبات و الاستقرار
للعقد . و كذلك لما كانت الارادة الباطنة حرة طليقة فان القيود
التي من شأنها أن تحد من حريتها لا يمكن الأخذ بها إلا اذا
دخلت في عطية التفاعل الذي يتمفق عنه توافق الارادتين و هذا
ما وقع تكريسه في الفصل 21 من ق.ل.ع.م.

112 - و اذا ما رجعنا الى الفصل 19 الذي يبرز كيفية توافق
الارادتين على احداث أثر قانوني و الفصول الآتية بعده ، أمكن لنا
القول بأن توافق الارادتين في مجلس العقد لا يمكن تصوره
إلا بين شخصين إذ أن الائتمان و الثقة اللذين يجي* العقد
كوسيلة لتكريسهما لا يقومان إلا بين الأشخاص . غير أن الواقع
المطلي لا يساير هذا التصور دائما ذلك لأنه في بعض
المعطيات التعاقدية التي تتكون و تنفذ في الحين لا نكون
أمام توافق ارادتي شخصين . و كمثال على ذلك شراء السلعة .
- على سحائر ، فجان قهوة الخ . . . - عن طريق وضع مبلغ من
النقود في آلة الكترونية معدة خصيصا للتخلص من السلع مقابل
تلقاها لمبلغ نقدي معين . فمثلا هذه العطية التعاقدية هل يمكن
للفصل 19 من ق.ل.ع.م. أن ينطبق عليها ؟ و بمباراة أخرى هل يتم
فيها التوافق بين الارادتين بالمفهوم الذي يعطيه ق.ل.ع.م.
لهذا التوافق ؟

ان مثل هذه المصلحة لا يمكن أن يتأبى عليها التوافق بمفعوم الفصل 19 إلا اذا حملناه أكثر مما يحتمل في إطار نظرية سلطان الارادة التي صيغ على هديها . فالحقيقة ، أن نظرية سلطان الارادة قد لمت هذا النقص في الفكرة التي بلورها في المغرب الفصل 19 التي كانت لها قيمة مألوفة قبل ظهور مثل هذه العمليات التعاقدية . وبغية الاحتفاظ بالقيمة الاطلاقية للتوافق بين الارادتين و تداركا للنقص الذي قد يشوبها من جراء ظهور عمليات تعاقدية جديدة ، ذهب بعض الأنصار المحدثين لنظرية سلطان الارادة أمثال نعمان جمعة (33) الى أن معنى التوافق بين الارادتين ينبغي حصره في الرضا المتبادل بين شخصين متساويين من الناحية القانونية . وهذا الرضا المتبادل يجب أن يكون عنصرا حاسما يحوز نصيب القدر المعلن في الاهتمامات التي تنصب عليها العملية التعاقدية بالإضافة الى وجوب اتجاهه نحو احداث مركز شخصي أي التزام شخصي .

و التوافق بين الارادتين يحتفظ بمعناه هذا سواء تمت العملية التعاقدية بين شخصين حاضرين في مجلس العقد أم تمت في غير مجلس العقد أي بين غائبين .

%% - المطلوب الثاني - %%

اختلاف زمان و مكان القبول بالاجاب
أو

العملاء بين غائبين

113 - اذا كان التعاقد بين حاضرين لا يشير أي شكل فيما يتعلق بتحديد اللحظة التي يتم فيها توافق الارادتين فان كل المناقشات القانونية التي

(33) نعمان جمعة : المرجع السابق ص 34 و 35 .

أثيرت بصدور التعاقد بين غائبين انصبت حول تحديد اللحظة التي يتم فيها هذا التوافق بين الارادتين - (34)

و اذا أردنا تصنيف المناقشات القانونية التي أثيرت حول التعاقد بين غائبين أمكن القول بأنها تنألق في مجملها من فكرتين كرستهما نظرية سلطان الارادة . الأولى قال بها الاتجاه الشخصي و مفادها أن العقد يعتبر صرماً عندما يعبر القابل عن ارادته . و الثانية نادى بها الاتجاه الموضوعي و تقضي بأن العقد يعتبر صرماً عندما يعلم الموجب بأن عرضه كان محل قبول الشخص الموجب اليه . (35)

و لرب ممتعض يقول بأن الفكرة الأولى بدورها يكرسها الاتجاه الموضوعي - الارادة الظاهرة - طالما أن العبرة في هذا الاتجاه الأخير بالتعبير عن الارادة . ان مثل هذا الاعتراض تقف في وجهه حقيقة التعاقد بين غائبين نفسها . ذلك أن التعبير عن الارادة في التعاقد بين غائبين يبقى مجرد ارادة باطنية حتى ولو كان التعبير صريحاً و وقع بمفظة علنية و جهرية ما دام هذا التعبير لم يعلم به الموجب . و من هنا فان التعبير عن الارادة في مفهوم الاتجاه الشخصي يدخل في إطار التعبيرات المطلقة التي قد يصل صدادها الى أذن الموجب أو لا يصل . أما التعبير عن الارادة في مفهوم الاتجاه الموضوعي فيدخل في إطار التعبيرات المطلقة . و بمعنى آخر فان التعبير عن الارادة لا يخرج الشخص حيز الوجود و يكتسب مظهره الاجتماعي في التعاقد بين غائبين إلا اذا تلقاه الموجب .

114 - و بعد ، فان أول مذهب انبثق عن الفكرة الأولى هو مذهب اعلان القبول أو التصريح بالقبول (Système de déclaration) . ويرى هذا المذهب أن

(34) للتعرف على الفوائد العطفية والنتائج المترتبة عن تحديد اللحظة التي يتم فيها توافق الارادتين في التعاقد بين غائبين راجع : مأمون الكزبي : المرجع السابق ج 1 ص 67 و 68 . - السند : الوسيط : المجلد الاول : من ص 168 . المرجع السابق من ص 162 الى 164 . (35) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 37 و 38 .



توافق الارادتين الذي يتم به المقدر يحصل في الزمان و المكان اللذين يعلن أو يصرح فيهما الشخص الذي وجه اليه الايجاب بقوله (36) .
أما أول مذهب تفرع عن الفكرة الثانية فهو مذهب العلم بالقبول (Système de l'information) و يرى بأن توافق الارادتين لا يتحدد الا في الزمان و المكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل (37) .

و اذا كان كل من المذعبين السابقين يبدؤ وحيثما و مناطقيا من الناحية الزمانية ان أن التعبير عن الارادة يقع في الحقيقة في اللحظة التي تحرر فيها الرسالة أو البرقية - مذهب اعلان القبول - (38) ، كما أنه لا يمكن للشخص أن يلتزم بغير علمه - مذهب العلم بالقبول - ، فان الواقع العملي كشف عن العيوب الناتجة عن صمود تباين كل من المذهبين . ذلك ، أنه بالنسبة الى مذهب اعلان القبول يمكن للشخص الذي يعبر عن قبوله في رسالة أن يمزقها . فاذا ما أثير نزاع في شأن هذه الرسالة يكون من الصعب اثبات واقعة تحرير الرسالة ان لم يكن مستحيلا . و بالنسبة الى مذهب العلم بالقبول ، فانه اذا كانت الحجة التي يتسند اليها صحيحة من حيث ان الموجب يجب أن يعلم بقبول القابل ان لا أحد يلتزم بما يجهله ، فان هذا ينبغي أن ينطبق أيضا على القابل . و كما يقول الأستاذان تيري وفيل لكي تكون هناك رابطة الزامية يجب على القابل بدوره أن يعلم بأن قبوله قد علم به الموجب .

-
- (36) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 22 . - مأمون الكزبي : المرجع السابق ج 1 ص 68 . - تيري وفيل : المرجع السابق ص 164 .
(37) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 23 . - مأمون الكزبي : المرجع السابق ج 1 ص 68 . - تيري وفيل : المرجع السابق ص 164 .
(38) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 37 .

و معنا أيضا يجب على القابل أن يخبر الموجب بأنه تلقى الرسالة التي يطلعه فيها هذا الأخير على أنه قد علم بقبوله . و هكذا نكون أمام رد و جواب عن الرد الى ما لا نهاية و هذه هي الحلقة المفرغة بعينها (39) .

115 - ولقد أدى الاحتكاك بالواقع العملي و التفاعل بين المذهبين الى تفرع مذهبين آخرين عن الفكرتين الأصليتين :
فالمذهب الجديد الذي تفرع عن الفكرة الأولى يسمى بمذهب تصدير القبول أو ارسال القبول (système de l'émission ou de l'expédition) و يرى أصحابه بأن توافق الارادتين الذي يتم به العقد من الناحية العملية لا يحصل الا بعد تخلص القابل من الرسالة التي تتضمن قبوله بوضعها في صندوق البريد أو تسليم البرقية الى الموظف المختص (40) .

أما المذهب الجديد الذي انبثق عن الفكرة الثانية فيسمى بمذهب وصول أو استلام القبول (système de la réception) و مفاده في نظر أنصاره أنه يكفي لتوافق الارادتين من الناحية العملية أن يتصل أو يتسلم الموجب الرسالة أو بعبارة أخرى يكفي أن تدخل رسالة القبول في حيازة الموجب بوضعها مثلا في صندوق الرسائل أو تسليمها الى حارس العمارة أو الى مصلحة بريد المؤسسة دون اشتراط ضرورة الاطلاع عليها فعلا (41) .

و الذي ينبغي ملاحظته في هذا الصدد أن الواقع العملي الذي أنزل مذهبي الاعلان والعلم من علم التجريد الى ميدان التطبيق أدى بالاتجاه الشخصي - الارادة الباطنة - الى التخفيف من حدة نظرتة المثالية النفسية بخطوة خطوة نحو الالتصاق بأفكار الاتجاه الموضوعي - الارادة الظاهرة - و ذلك بتبنيّه

(39) تيبّي وفيل : المرجع السابق ص 165 .

(40) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 22 . - هشام فرعون :

المرجع السابق ط 2 ص 68 و 69 ، ط 3 ص 67 .

(41) هشام فرعون : المرجع السابق ط 2 ص 68 . - تيبّي وفيل : المرجع

السابق ص 164 و ما بعدها .

لمذهب تصدير أو ارسال القبول . كما أدى بالاتجاه الموضوعي الى التقليل من ثقل تحجره بالرجوع الى أخذه بأفكار الاتجاه الشخصي و ذلك بايجاده لمذهب وصوله أو استلام القبول .

116 - غير أنه اذا كان المذهبان الجديدان قد استدعتهما ضرورات الواقع العملي فانهما مع ذلك لم يفلتا بدورهما من غبضة الانتقادات التي لا يمكن أن يوقف سيلهما الجارب الا نص ثانوي صريح . فما موقف ن.ل.ع.م. من الفكرتين المهيمنتين بمذهبي كل منهما على التعاقد بين غائبين ؟

ان ن.ل.ع.م. اتخذ موقفا صريحا من الحلول التي اعطيت في صورة مذاعب للمشاكل التي يثيرها التعاقد بين غائبين . فنص على المبدأ العام الذي يعين على تكوين العقد و تحديد زمان و مكان توافق الارادتين في الفصل 24 الذي يقضي بأنه : " يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت و المكان اللذين يرد فيهما من تلقى الايجاب بقبوله .

و العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت و المكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الايجاب بأنه يقبله .

و الذي يمكن ملاحظته على نص الفصل 24 هو أنه لم يعالج مشكل التعاقد بين غائبين في حالته التجريدية كما فعل الفصل 98 من القانون المدني السوري ان ينص على أنه " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين صدر فيهما القبول . . . " أو كما فعل الفصل 97 من القانون المدني المصري الذي يقضي بأنه " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . . . " (42) ، و انما عالج التعاقد بين غائبين انطالاتا من وضع الحلول لأعم حالاته العملية المتمثلة من جهة في التعاقد بالمراسلة و من جهة أخرى في التعاقد بواسطة رسول أو وسيط . و لذلك فانه اذا كان المذهب الذي أخذ به المشرع المخربي من الناحية النظرية يتمثل في مذهب اعلان النبول أو التصريح بالنبول ، فان تعرض الفصل 24 لأهم الحالات العملية للتعاقد بين غائبين لا يمكن الذهاب معه الا الى

القول بأن المشرع المغربي عند سن هذا الفصل كان قد وضع نصب عينيه الانتقادات التي وجهت لكل من المذهبين الرئيسيين وأعني بعمما مذهب الاعلان ومذهب العلم . و بما أن الاتجاه الذي يتبعه بصفة كبيرة على نصوص ق.ج.م. هو الاتجاه الشخصي - الارادة الباطنة - الذي يسايره مذهب اعلان القبول ، فإن المشرع المغربي عمد الى الأخذ بمذهب تصدير أو ارسال القبول هذا المذهب الذي جاء ليصد و لو بقدر الانتقادات الموجهة الى مذهب الاعلان بعد ما لوحظ أن هذا الأخير لا يستجيب لجميع الحالات العملية خاصة تلك المتعلقة بالتعاقد عن طريق المراسلة . ولعل الذي يؤيد رأينا هو نص الفصل 24 نفسه . فلهذا الفصل يتعرض في فقرته الأولى للتعاقد بالمراسلة أما في الفقرة الثانية فإنه يتعرض لحالة التعاقد بواسطة رسول أو وسيط . و اذا قلنا بأن المشرع المغربي تبنى في كلتا الحالتين مذهباً واحداً فهو مذهب اعلان القبول فإن هذا القول من شأنه أن يؤدي بنا الى وصف الفصل 24 بالحشو الذي يعيبه المنطق القانوني و تعقته فنون الصياغة القانونية . و عليه فلا يسعنا إلا أن نؤيد الأستاذ ج . كوتيرييه (43) و نذهب الى أن الفصل 24 من ق.ج.م. يتضمن حلين ينطلقان من الناحية النظرية من نفس الفكرة و لكنهما . يختلفان من الناحية العملية . الحل الأول يتعلق بالتعاقد عن طريق المراسلة و لا يمكن أن يتمثل انطلاقاً من تأويل الفقرة الأولى من الفصل 24 على ضوء الواقع العملي إلا في مذهب تصدير أو ارسال القبول . و الحل الثاني المتعلق بالتعاقد بواسطة رسول أو وسيط و يتمثل انطلاقاً من طبيعة هذا النوع من التعاقد نفسه في مذهب اعلان القبول .

غير أن الذي ينبغي الإشارة اليه في الأخير هو أن الفصل 24 سواء جاء ليتبنى مذهب اعلان القبول أو مذهب تصدير أو ارسال القبول ، فإن توافق الارادتين الذي ينعقد به العقد لا يحصل ، وفقاً للفكرة الأعلى التي يقول بعمما الاتجاه الشخصي المكرس في الفصل 24 إلا في زمان و مكان النابل . إلا أنه لما كانت نظرية سلطان الارادة هي التي تعين على التعاقد بين غائبين في ق.ج.م. ، فإن الحلين اللذين يتضمنهما الفصل 24 لا يعتبران من حلول

(43) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 40 .

القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، و لذلك يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك (44) .

117- و اذا كان الحل الذي يقرره المشرع المعربي للتعاقد بواسطة رسول أو وسيط لا يثير أي اشكال ، فان الفقرة الأولى من الفصل 30 تبدو متناقضة مع الآثار التي ينبني أن تترتب عن الأخذ بمذهب التصدير أو الارسال على اطلاقه (الفصل 1/24) . فسايرة منطق مذهب التصدير أو الارسال يقضي بتحقيق توافق الارادتين و بالتالي انعقاد العقد بمجرد التخلص من الرسالة بايداعها في صندوق البريد أو من البرقية بتمكينها للموظف بغض النظر عما اذا كانت هذه الرسالة أو البرقية قد وصلت الى الموجب في الوقت المناسب أم لا . غير أن هذا المنطق لا يمكن الأخذ به في المصرب ان أن الفقرة الأولى من الفصل 30 من د.ج.ع. تنص على أنه "من تقدم بايجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا بقي ملتزما به الى الوقت المناسب لوصول رد المرسل اليه داخل أجل معقول ، ما لم يظهر بوضوح من الايجاب عكس ذلك".

فمقتضيات هذه الفقرة جاءت لتتيد من مفعول المبدأ العام الذي تكرسه الفقرة الأولى من الفصل 24 . و لذلك يمكن القول بأن المشرع المعربي أخذ في التعاقد بين غائبين الذي يتم بالمراسلة بمذهب التصدير أو الارسال ، و لكنه على انتاج هذا المذهب لآثاره على شرط تسليم الموجب للرسالة أو البرقية في الوقت المناسب . و معنى هذا أن الموجب اذا ما تسلم الرسالة أو البرقية في الوقت المناسب فان توافقي الارادتين الذي ينعقد به العقد يتم في زمان و مكان القابل . أما اذا لم يتحقق شرط تسليم الموجب للرسالة أو البرقية في الوقت المناسب ما كان للعقد أن ينعقد و بالتالي انتفت الحاجة الى البحث عن الزمان و المكان اللذين يتحقق فيهما التوافق بين الارادتين . و في هذه الحالة لا يستطيع الشخص الذي لم يصل قبوله الى الموجب في الوقت المناسب الآ الرجوع على الجهة المسؤولة قانونا عن التأخير - ادارة البريد مثلا - ليطالبها بالتعويض عن الضرر الحاصل له بسبب عدم انعقاد العقد .

(44) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 23 . - هشام فرعون : المرجع السابق ص 70 .

أيضا

و قد يحصل أن يحدد الموجب الأجل الذي يريد أن يتلقى فيه القبول . ففي هذه الحالة أيضا ، فإن أعمال المذهب المكرس في الفصل 1/24 و انتاج هذا المذهب لآثاره يبقى مقيدا بشرط توصل الموجب بالقبول في الأجل المحدد (الفصل 29 من ن.ل.ع.م.) .

و توخيا للزيادة في الوضوح يمكن القول بأنه اذا كان الفصل 24 من ن.ل.ع.م. هو الذي يتضمن الحل العام الذي ينبغي أن تحل في ضوءه المشاكل التي يثيرها تحديد زمان و مكان انعقاد العقد الحاصل بين غائبين ، فإن هذا الحل يوجد منيدا بقيدتين أولهما يشير اليه الفصل 29 و يتعلق بتقديم الايجاب مع تحديد أجل للقبول : ففي هذه الحالة فإن أعمال الآثار الناتجة عن الأخذ بالمذهب الذي يكرسه المشرع المغربي في الفصل 24 من ن.ل.ع.م. يبقى معلقا على تحقق شرط وصول النبيل الى الموجب قبل انصرام الأجل المحدد "وعليه اذا رفض المحكمة التصريح بصحة بيع بين غائبين مرتكزة على عدم ثبوت توصل البائع شخصيا بالرد بالقبول خلال الأجل المحدد ، في حين أن البائع تقدم بايجابه بواسطة سمسار و أن هذا الأخير توصل بوصفه وسيطا بقبول الايجاب قبل انصرام الأجل المحدد ، فإن حكمها يقع مخالفا للنانون و معرضا للنقض." (45)

أما الزيد الثاني الذي يتوقف على تحققة أعمال الحد المنصوص عليه في الفصل 24 فيتمثل في الفصل 1/30 الذي يلزم الموجب بالابقاء على ايجابه الحاصل عن طرين المراسلة من غير تحديد أجل للقبول خلال أجل معقول أو مناسب . و عليه "فعندما تعرض شركة شراء ما من شركة أخرى لمواد تملكها هذه الأخيرة مع تعليق الشراء على بعض الشروط ، ثم تعلن الشركة الأخرى عن قبولها بالبيع مع الموافقة على تلك الشروط بعد إلحاق تعديل طفيف بها و بعد أن سبى لها أن رفضت هذه الشروط ، فإن المحكمة التي تلزم الشركة الأولى بتنفيذ التزامها بالشراء يكون غير مرتكز على أساس اذا لم تقم من جعة بالبحث عما اذا كان امتناع الشركة الثانية قد أعقبته عروض جديدة من قبل الشركة الأولى ،

(45) قرار المجلس الأعلى عدد 316 الصادر بتاريخ 25 يونيو 1969 : منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 11 من 31 .

و من جهة أخرى اذا لم تتم بالاجابة عما تمسكت به هذه الأخيرة من أن
القبول النهائي للشركة الثانية قد توصلت به خارج الأجل المعقول المنصوص عليه
في الفصل 30 من ن.د.ع.م. (46)

(46) قرار المجلس الأعلى عدد 149 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1961 بين
شركة سوكولمو وشركة إيلمو : منشور بقضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية ،
الطبعة الفرنسية ج . 1 رقم 134 ص 240 و ما بعدها .

سلطان الإرادة و صحة الرضا في العقد

118 - من أهم المبادئ التي تركزها نظرية سلطان الإرادة ذلك الذي يقضي بأن الرضا إذا لم يكن حراً وقع العقد باطلاً أو متى انعدمت الإرادة امتنع انعقاد العقد . و هذا المبدأ يجد تطبيقه في النصوص التشريعية و الآراء الفقهية التي لا تقتصر على اشتراط وجود ركن الرضا بل تتعداه الى وجوب وقوع هذا الرضا صحيحاً و غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة .

غير أن صحة الرضا لا تتعلق فقط بسلامة الرضا من العيوب بل أيضاً بتوافر الأهلية إذ أن هذه الأخيرة و كما يقول أستاذنا مولاي ادريس العلوي من "الأمور التي تمس الرضا" ... وتوافرها ضروري لاعتبار الرضا بالعقد سليماً . (1) لذلك فأننا سنعالج في هذا الفرع على التوالي كل من الأهلية (المبحث الأول) و عيوب الرضا (المبحث الثاني) .

= المبحث الأول =

نظرية سلطان الإرادة و الأهلية .

119 - تعرف الأهلية بأنها قابلية الشخص لاكتساب الحقوق و التحمل بالالتزامات ثم القدرة على ممارسة الحقوق و التصرف فيما يأنشأ الالتزامات الإرادية . (2) و يتبين من هذا التعريف المركب أن الأهلية نوعان : أهلية الوجوب و ينطبق عليها الشئ الأول من التعريف وأهلية الأداء و يقصد بها ملاجأ في الشئ الثاني من التعريف . غير أنه عندما يطلق اصطلاح الأهلية دون تخصيص فإن المنصود بهذا الاصطلاح يكون هو أهلية الأداء أي أهلية التعاقد أو صلاحية الشخص لبرام التصرف القانوني على وجه صحيح . و النوع الثاني من نوعي الأهلية هو الذي يعمنا في هذا الصدد .

(1) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 41 .
 (2) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 41 . - هشام فرعون : المرجع السابق ط 2 ص 127 و 128 ط 3 ص 117 و 118 . - مأمون الكزبري : المرجع السابق ج 1 ص 135 و 136 . - تيبوي وغيل : المرجع السابق ص 224 . - أليكس فيل : القانون المدني : المدخل العام . ط 3 د الوتر 1973 ص 43 . ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 56 . - أ . كوديه : المرجع السابق ص 85 .

120 - و اذا ما أردنا التعرف على مدى اهتمام نظرية سلطان الارادة بالأهلية أمكن لنا ذلك انطلاقا من اثاره الاسس التي تنوم عليها هذه النظرية .
فلقد مر بنا أن القانون بصفة عامة في فرنسا و القانون المدني الفرنسي بصفة خاصة تأثر الى حد كبير بما ساد في القرن 18 من الأفكار الفلسفية والمنهج العقلاني في التحليل . والأفكار الفلسفية كانت تتمحور كلها حول الحرية . أما منهج التحليل فكان رائده العقل . ومن هنا جاء القانون المدني الفرنسي ليقف كما يذهب الى ذلك أصحاب نظرية سلطان الارادة على دعائمي الحرية والعقل . غير أنه لما كان الخطاب القانوني متشعبا بروح الفردية و الشخصية فان العقل لم يقتصر دوره على المساهمة في منطوق التحليل القانوني فقط بل تعداه الى الاقتران بالحرية ليشكل معها لحمه الخطاب القانوني و سده . ذلك لأن الارادة اذا كان أساسها الحرية فان هذه الأخيرة لا تكون سليمة و طليقة الا اذا كان هناك كمال في العقل أي في الادراك و التمييز . أما "عندما يلحق من بالعقل فان الحرية قد تكون مجبرة و مكرمة" (3) و لاشك أن في هذا الاجبار أو الاكراه للحرية ما يمس بالارادة نفسها . وبعبارة أخرى فان الارادة أو بصفة أعم الرضا المعتمد به من الناحية القانونية يجب أن يكون حرا . غير أن هذه الحرية بدورها ينبغي أن تكون واضحة . ولا يستقر الوضع في الحرية الا عند توافر كمال الادراك و التمييز في الشخص . ومن هنا يشاع بأن "مناط أو أساس أهلية الأداء هو الادراك و التمييز فغني تدور معه وجودا أو عدما كمالا و نقصانا" (4) .

121 - و نظرية سلطان الارادة لا تنفي نضج العقل أي كمال الإدراك والتمييز الا بمعيار السن . و تعتبر بلوغ سن معين قرينه على كمال الأهلية . و يكون على المتمسك بخلاف الفريضة أن يثبت العكس طالما أن الأصل في الشخص كمال الأهلية عندما يبلغ السن الذي يحدده القانون للرشد . وغداة بلوغ سن الرشد يكون الشخص أهلا لممارسة التصرفات التي لم تكن لتتم قبل البلوغ الا بمساعدة الوالي أو الوصي أو المقدم . و يرى أنصار نظرية سلطان الارادة أن بلوغ سن الرشد هو اللحظة التي يلج فيها

(3) ميشيل فوكو : الجنون واللاعقل : تاريخ الجنون في العهد الكلاسيكي : منشورات بلون 1961 ص 539 ج . أرنو : محاوله تحليل بنوي للقانون المدني الفرنسي : قاعدة للعبة في السلام البورجوازي : منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتماع القضائي ، باريس 1973 ص . 68 .

(4) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 43 .



الشخص مرحلة الحرية الفردية الكاملة . غير أنه في نظرنا و تبنيًا لما تأس به الأستاذ أندريه جان أرنو (A.J.Arnaud) فإن بلوغ سن الرشد لا يمكن اعتباره في الحقيقة إلا شعورًا بضرورة الانزعان لنسب قانوني أو الرضا التام للخضوع لهذا النظام (5) خاصة إذا ما علمنا بأن الاعلان عن كمال الأهلية عند أصحاب نظرية سلطان الإرادة لا يمكن أن يفهم إلا على أساس أن بلوغ سن الرشد هو المرحلة التي يقع فيها التأكد من أن الشخص قد استوعب في المنزل والمدرسة والشارع كل "السلطوانات" و الخطابات الفردية و الليبرالية التي تؤهله لأن ينضم - كلاعب (Joueur) - إلى صفوف اللاعبين المسموح لهم باللعب (Jeu) في ميدان نسق القانون المدني . (6)

122 - و المفهوم الذي أعطيناه لبلوغ سن الرشد يؤدي بنا إلى القول بأن تمتع الشخص بأهلية كاملة معناه وصول الشخص إلى سن التعقل أي وصول الشخص إلى السن الذي يمكنه من صيانة ما كان سائدًا في السابق من الممارسات القانونية . والاستمرار في الأخذ و العمل بنفس هذه الممارسات .

غير أن الشخص قد تبدو عليه إمارات رفض الدخول في نسق القانون المدني انطلاقًا من رفضه - إما بصفة مطلقة (جنون مطلق) أو نسبية (جنون منقطع) - لما هو مألوف من الممارسات السائدة في المجتمع المتشبع بالتقاليد والعادات التي أغرقتها الأفكار الفردية و الليبرالية على المستوى القانوني ، فمن هنا يقال بأن الشخص قد أصابه خلل أو أن عقله تعثره عوارض مرضية و بذلك يوصف بالمجنون أو المعتوه . و قد يقضي مسأرة مثل هذه نظرية سلطان الإرادة يكون الشخص الذي

يرفض التعامل مع الممارسات المدلوفة أي المجنون ينبغي عزله عن هذا المجتمع و أفراد أفراد البعير المصعد . الحقيقة أنه لم يتم شيء من هذا الافتراض إذ أن نظرية سلطان الإرادة عمدت إلى حماية هذا النوع من الأشخاص بحجة أن "الجنون طفولة" (*La folie est enfance*) (7) . و لاشك أن الطفولة لما تحمله من

(5) أندريه جان أرنو : المرجع السابق ص 71 .
(6) أنظر في هذا المعنى قوله ماكس ستيرنير في بلوغ سن الرشد الواردة في المرجع المشار إليه في السابق لأندريه جان أرنو ص 71 .
(7) ميشيل فوكو : الجنون واللاعقل + تاريخ الجنون في العهد الكلاسيكي ص 587 عن أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 68 . - إن هذا التبرير في نظرنا هو الذي يعتبر أساسًا لتسوية المشروع الفرنسي بين المحجور عليه لصغر في السن و المحجور عليه لجنون أو سفه : الفصل 509 من القانون المدني الفرنسي .

علامة الضعف تستدعي الرعاية . وهذه الرعاية ينبغي اعتبارها تكليفا يلقي على عاتق رب العائلة - الأب فالأم بالترتيب - (الفصلان 382 و 385 من القانون المدني الفرنسي) . وهذا التكليف قد يجبرنا الى اعطائه معنى التربية . غير أنه لما كان أعم مما يتميز به شأن الالتزامات في القانون المدني هو تداول الأموال والخيرات وتوزيعها بعد انتاجها وفق منطل منظرية سلطان الارادة (8) ، وكان من أهم وظائف شأن العقود في القانون المدني نفسه يتمثل في تأمين وضمان تبادل الثروات والخدمات بين الناس فإن هذه التربية لا يستحقها كل من كان فاقدا أو ناقصا للأهلية أي كل من كان طفلا حقيقا لصغر في السن - أو حكما - لعارض الجنون - إلا اذا كان يملك ثروة لأن النيابة الشرعية تنصب في الحقيقة على أموال القاصر وليس على القاصر نفسه .

و الذي يمكن استخلاصه مما سبق أن نظرية سلطان الارادة - والقانون المدني الفرنسي يجسدها - لم تول اهتماما بالتربية القانونية إلا في الجانب الذي له ارتباط وثيق بعنصر الثروة . وبذلك تكون قد جعلت من الثروة غاية قصوى ومن التربية وسيلة تسعى الى تحقيق هذه الغاية . وهذا معناه أن نظرية سلطان الارادة لم تخلق للضعفاء كما أن القانون المدني الفرنسي لم يوضع للفقراء . (9)

123 - واذا كان ما استعرضناه في السابق يبرز ^{هو} نظرية سلطان الارادة من الأهلية في ضوء القانون المدني الفرنسي فإن نفس الموقف من شأنه أن ينطبق على مؤسسة الأهلية في ن.د.ع.م . خاصة وأن هذا الأخير لم يهتم في الفصول من 3 الى 13 المتعلقة بالأهلية بتحديد من هو عديم الأهلية أو ناقصها وإنما جاءت قواعد الأهلية مقتصرة على توضيح مصير التصرفات التي يبرمها فاقدا الأهلية أو ناقصها بنفسه أو تبرم بالنيابة عنه . وهذا يعني أن ن.د.ع.م. كالقانون المدني الفرنسي لم ينظر الى دور التربية الذي ينبغي أن تقوم به نواعده ازا^ن ناقدي الأهلية أو ناقصيها إلا من زاوية اقترانها بالثروة .

ورب معترض يقول ان هذا الرأي قد لا ينسجم مع الفترة الأولى من الفصل

3 من ن.د.ع.م. التي تحيل في تنظيم - الأهلية المدنية على قانون الأحوال الشخصية

(8) والذي يخرج عن اتباع هذا المنطق في التداول والتصرف في الثروات بوصف بالسفيه و تعتبر أهلية ناقصة وبذلك يقع الحجر : الفقرة الثالثة من الفصل 488 مدني فرنسي .
(9) أنظر في هذا المعنى : أ.ج. أرنو : المرجع السابق ص 66 و 67 .

ان تنس هذه الفقرة على أن "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية" و بالتالي فان قانون الأحوال الشخصية هو الذي ينبغي أن يتضمن قواعد اضافية حول كل ما وقع اغفاله في ن.د.ع.م. ١٠.

الحقيقة أن هذا الاعتراض كل من شأنه أن يقع في محله لولا وجود **الفصول من 4 الى 13** التي تتضمن قواعد خاصة بانعدام الأهلية ونقصانها والجزاء المترتب عليها . فوجود مثل هذه الفصول بجانب الفقرة الأولى من الفصل 3 قد يشير الاستغراب و التعجب اذا نحن لم نحاول فهم أساس وضعها على ضوء ما يفسر به موقف نظرية سلطان الارادة من مؤسسة الأهلية . و يلاحظ أن البعصر (10) قد لمس فعلا وجه الاستغراب الذي يثيره تواجد الفصول الأخرى بجانب الفصل 3 غير أنه وجد في التفسير التاريخي ما يخفف من شأن هذا الاستغراب .

و مفاد هذا التفسير التاريخي أنه كان من حق واضعي ن.د.ع.م. ألا يقتصروا على مجرد الاحالة على الأحوال الشخصية خوفا مما قد تتسبب فيه هذه الاحالة المجردة من تهديد لاستقرار المعاملات الذي يساهم فيه من جهة تطبين المحاكم العصرية لقواعد تختلف باختلاف القواعد المنبثقة عن أحوال شخصية متنوعة: الأحوال الشخصية للمسلمين ، الأحوال الشخصية للإسرائيليين ، الأحوال الشخصية للفرنسيين ، الأحوال الشخصية للأجانب . ومن جهة أخرى كون الأحوال الشخصية للمسلمين المغاربة لم تكن مدونة وقت سن ن.د.ع.م. مما يجعل قضاة المحاكم العصرية في وضع يصعب معه التعرف على القواعد التي تملها هذه الأحوال الشخصية .

124 - والواقع فان هذا التبرير يمث في الأصل وصفا للحالة التي أصبح عليها الأمر بعدما دخلت قواعد الأهلية المنصور عليها في ن.د.ع.م. الى حيز التطبيق ولا يمكن اعتباره تبريرا حقيقيا للسبب الذي دفع بالمشروع سنة 1913 الى تكريس مزاحمة الفصول من 4 الى 13 للفصل 3 .

فالذائع الى وضع الفقرة الأولى من الفصل 3 والحا في فصول أخرى به لا يمكن التعرف عليه ^{بالا} من خلال تقصي الحقائق من مقتضيات المعاهدات التي أبرمتها فرنسا مع الدول الغربية التي كانت تنافسها في استغلال المغرب وعلى رأسها ألمانيا . فالمعاهدة الفرنسية الألمانية المبرمة في 4 نوفمبر 1911 (11) والتي جاءت

(10) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 57 .

(11) محمد خير فارس : تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب 1912-1939 ص 24 -

لتضع حدا للصراع بين الدولتين ذعبت في فصلها الأول الى أن مصالح ألمانيا في المغرب اقتصادية وأن هذه الأخيرة لن تعمل على عرقلة عمل فرنسا في ادخال كل الاصلاحات الادارية والاقتصادية والمالية والعسكرية والتصائية وكل النظم التي يتطلبها ذلك مع المحافظة على المساواة الاقتصادية وعدم عرقلة بنت الدولة (12) . و لقد تكفلت الفصول 4 و 5 و 6 و 7 بتنظيم المساواة الاقتصادية ومصالح ألمانيا الاقتصادية في المغرب . أما الفصلان 8 و 12 فيبرزان قبول ألمانيا لمراجعة الدائم الناجمة عن الامتيازات (المحاكم القنصلية والمحامين) تمنعها لالنساء (13) . و تجدر الاشارة الى أنه خلال مفاوضات برلين التي تمخض عنها ابرام المعاهدة الألمانية الفرنسية أكد الألماني كيدرلن (KIDERLEN) للفرنسي كامبون (Jules CAMBON) بوضوح عن رغبته في التمسك بعدم الحاق تغيير بالقانون الشخصي للألمان بعد احداث محاكم الحماية الفرنسية (14) وهذا معناه أن القانون الشخصي للفرد ينبغي أن يبقى قارا وثابتا (15) ، و بالتالي فإنه اذا أيد التعرف على الأهمية المدنية للفرد وجب الرجوع الى قانون أحواله الشخصية . و هذه الفكرة هي التي بنيت عليها القاعدة العكسة في الفصل 3 من قانون الوضعية المدنية للأجانب الذي يشكل أعلى درجة من الضمانات التي أعطتها فرنسا للدول الأوروبية . إلا أنه لما كان تحرير مشروع هذا القانون قد جاء متأخرا عن تحرير مشروع في .ل.ع.م . (16) فإنه كان من المنطقي أن يتضمن هذا المشروع الأخير نصا يكرس الضمانة المتشابهة في "العقد الذي قلمته فرنسا - في شخص كامبون - على نفسها لفائدة ألمانيا - في شخص كيدرلن - على ألا يقع من القانون الشخصي للفرد" (17) و هذا النص هو الذي وقع تسطيحه في الفصل 1/3 من في .ل.ع.م .

و لقد سارعت فرنسا باصرار للحصول على موافقة الدول على المعاهدة التي أبرمتها مع ألمانيا إلا أن بعض هذه الدول اشترطت لموافقتها أن تعم جميع الدول فوائد الشروط الاقتصادية والضمانات التي تكرسها المعاهدة

(12) محمد خير فارس : المرجع السابق ص 28 .

(13) محمد خير فارس : المرجع السابق ص 29 .

(14) مقدمة دولا براديل لشرح الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب : كتاب المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، الجزء الأول، باريس 1914 ص 270 -

(15) مقدمة دولا براديل : المرجع السابق ص 272 .

(16) بول دكرو : القانون الخاص الجزء الثاني : القانون الدولي الخاص منشورات لا بورت 1963 ص 147 .

(17) مقدمة دولا براديل : المرجع السابق ص 273 .

— ومن بيننا بقاء خضوع الفرد في تحديد أهليته لقانون أحواله الشخصية (18) ولما كان الفصل 3 من ن.د.ع.م. قد وضع تحت الضغط الذي يثيره وجوب احترام المعاهدات الدولية . فإن فرنسا رأت أن تلحق به نصولا أخرى (من 4 الى 13) لتضمن بها مصالحها الخاصة . و المحافظة على المصالح الفرنسية الخاصة تستدعي الانتصار على تنظيم جوانب الأهلية المرتبطة بالثروة و طرق حمايتها ليس إلا وقد مر بنا أن نظرية سلطان الإرادة لم تنظر إلى الأهلية إلا من الزاوية التي ترتبط فيها بالثروة .

بعدما استعرضنا الدوافع التي أدت إلى سن قواعد الأهلية المنصوص عليها في ن.د.ع.م. و التي من شأنها أن تبدد سحابة الاستغراب الذي تثيره مزاحمة الفصول من 4 الى 13 للفصل 3 ، نشير أنه في الوقت الحاضر و خاصة بعد صدور الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية المتعلق بالأهلية و النيابة الشرعية بتاريخ 4 رجب 1377 موافق 25 يناير 1958 ، أصبحت تطبق مجموعتان من القواعد في ميدان الأهلية بعضنا منبثق عن مدونة الأحوال الشخصية و البعض الآخر متفرع عن ن.د.ع.

(18) و لعل هذا هو السبب الذي أدى بواضعي ن.د.ع.م. إلى القول بأن قواعد الأهلية في ن.د.ع.م. وقع التأثر فيها بالفصول 109 و 110 و 112 من القانون المدني الألماني ، و الفصل 411 من القانون المدني السويسري ، و الفصل 1304 من القانون المدني الإيطالي و الفصول 9 و 11 و 12 و 14 و 15 من القانون التجاري الإيطالي و الفصول 164 و 269 و 270 و ما بعده و 1263 من القانون المدني الإسباني ، بالرغم من أن هذا التأثر لم يقع في الحقيقة وانطلاقا من الأخذ بعين الاعتبار مقاصد الشريعة الاستعمارية إلا بالفصول : 487 و 489 و 1123 و 1124 و 1125 و 1307 و 1308 و 1312 و 1314 من القانون المدني الفرنسي و الفصول 2 و 3 و 6 من القانون التجاري الفرنسي ؛ راجع فصول القوانين المدنية الأوروبية التي وقع التأثر بها في الفصول من 3 إلى 13 من ن.د.ع.م. كما ذهب إلى ذلك الفقيه سانتيلانا في كتاب المدونات و القوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب من ص 304 إلى 307 .

أولا : قواعد الأعلى المستخلصة من مدونة الأحوال الشخصية: (19)

125 - يتبين من قراءة النصوص الواردة في الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية أن المشرع عالج حالتى فقدان الأهلية ونقصانها (الفصلان 134 و 135 من مدونة الأحوال الشخصية) انطلاقا من تنظيم الأحكام التي تخص ثلاثة أشخاص: الصغير (الباب الثاني من الكتاب الرابع) والمجنون ثم السفه (الباب الثالث من الكتاب الرابع).

126 - أهلية الصغير: إن الصغير قبل بلوغه سن الرشد المحدد في ~~المدونة~~ وعشرين سنة شمسية كاملة (الفصل 137/2 من م.أ.ش.)^① يمر بمراحل يمكن تقسيمها انطلاقا من تقصي مقتضيات المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية إلى خمس :

- المرحلة الأولى و تنتهي في سن الثانية عشرة : يكون الصبي في هذا الدور فاقدا للأهلية لفقدانه التمييز حكما (الفصل 138 من م.أ.ش.)^② والنائب الشرعي (الولي أو الوصي أو المقدم : الفصلان 147 و 148 من م.أ.ش.)^③ هو الذي يقوم مقام الصغير غير المميز في إبرام التصرفات التي لا تحتاج إلى إذن من القاضي (الفصل 157 من م.أ.ش.) أو التي لا بد لإبرامها من استصدار إذن خاص من طرف القاضي (الفصل 158 من م.أ.ش.)

(19) إن الفصل 3 من قانون الجنسية المغربية الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 1958 يعد خير مرشد في تحديد نطاق تطبيق مدونة الأحوال الشخصية من حيث الأشخاص. و ينص هذا الفصل على أنه : " يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتقدن الديانة اليهودية فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي الصبي . غير أن المقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة الغير المسلمين و الديار اليهود :

- 1 - يحرم عليهم تعدد الزوجات .
- 2 - لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع .
- 3 - يجب أن يصرح بتطليقهم بطريقة قضائية بعد اخفاء محاولة التوفيق بين الزوجين واجراء بحث حول أسباب طلب الفراق وفي حالة الخلاف فيرجع قانون الزوج أو الأب . " . عبود رشيد عبود : الأحوال الشخصية : قواعد ونصوص وشروح : منشورات مكتبة الرشاد الطبعة الأولى 1965 من 19 و 20 . - وسيرا على هدي مقتضيات هذا الفصل يمكن القول بأن الأحوال الشخصية تختلف باختلاف الأشخاص : فالأجانب يخضعون في أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني ، والمغاربة المسلمون وكذلك المغاربة غير المسلمين إلا فيما استثنى بصريح نص الفصل 3 من قانون الجنسية المغربية يخضعون لمدونة الأحوال الشخصية المغربية والمغاربة الاسرائيليون يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري : ج . كوتيرييه المراجع السابق ص 57 . - و الجدير بالذكر أنه ليس هناك وجود حقيقي لقانون (انظر التتمة في الصفحة الموالية)

④ - م.أ.ش. = مدونة الأحوال الشخصية .

- المرحلة الثانية : من سن الثانية عشرة الى سن الخامسة عشرة

يصبح الصبي في هذه المرحلة مميزا . وبذلك ينتقل من دائرة فقدان الأهلية الى دائرة نقصانها . و الصبي المميز هنا تثبت له أهلية الاغتناء (20) لذلك يجوز له ابرام جميع التصرفات التي لا يدفع فيها مقابلا لما يحصل عليه من النفع للبين و ذلك بمفرده ودون مساعدة نائبه الشرعي . أما التصرفات العوضية فلا يمكن للصغير المميز ابرامها الا بعد حصوله على ترخيص من وليه (الفصل 141 من م.أ.س.)

- المرحلة الثالثة : من سن الخامسة عشرة الى سن الثامنة عشرة :

يمكن للصغير المميز في هذه المرحلة أن يحصل على صلاحية التصرف في مجموعة من الأموال و لكن على سبيل الادارة فقط و شريطة أن يرخص له في ذلك (الفصل 140/2 من م.أ.س.) . والأهلية التي تثبت للصغير المميز في هذه المرحلة هي عبارة عن أهلية أداء جزئية ترصد لاكتساب التجربة (21) . وهذا الترخيص يمكن التراجع عنه فيعود الصغير المميز الى الوضع الذي كان عليه في السابق (الفصل 143 من م.أ.س.)

- المرحلة الرابعة : من سن الثامنة عشرة الى سن الواحد

والعشرين : في هذه المرحلة يمكن للصغير المميز أن يكون محلا للترشيد اذا أنسر النائب الشرعي رشده بعد اتخاذ الاجراءات الشرعية (الفصل 165/2 من م.أ.س.) و بعد ترشيد القاصر يكون هذا الأخير كامل الأهلية. (21 مكرور)

شخصي عربي ان لم يقع تدوينه . وانما هناك مجموعة من الأحكام التقليدية التي أصبح العمل جاريا بها و ان كان بعض هذه الأحكام قد وقع تعديله كذلك الأحكام التي كانت تجعل من بلوغ الطفل سن الثالثة عشرة و يوم واحد و بلوغ الطفلة سن الثانية عشرة و ستة أشهر و يوم واحد قرينة على كمال الأهلية فجاء المجلس الأول لكبار المحاكمات بالمغرب المنعقد بتاريخ 30 نوفمبر 1948 ليصدر توصية يحدد فيها مبدئيا بلوغ سن الرشد في العشرين : موسى عبود : أطروحته المشار اليها في السابق فقرة 134 من 104 . - و بما أن قانون الأحوال الشخصية المغربي العربي لم يقع تدوينه فاننا سنقتصر على البحث في مدونة الأحوال الشخصية المغربية للمسلمين .

(20) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 44 . - موسى عبود :

المرجع السابق ص 81 .

(21) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 58 .

(21 مكرور) - يروي الأستاذنا موسى عبود أنه قام بالترشيد الذي يسمح بالتمتع بأهلية تامة وكاملة ، فلما أن المرشد لا يبقى قاصرا . وهذا بخلاف القوانين الأوروبية التي لا يصح الترشيد فيها الا لأهلية نسبية تخول القاصر ما كان فيه ابرام بعض التصرفات التي رشده فيها دون غيرها . والترشيد في هذه القوانين لا يزيل صفة القاصر من صاحبه : 4 نظر أطروحته المشار اليها سابقا فقرة 127 ص 98 و فقرة 159 ص 120 . - والجدير بالذكر أن القاصر الذي لا يسمح له بالتصرف الا فيما يخصه له به اسمه في مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب له . وهذا ما قصد الفصل 142 من م.أ.س. ص 4 .

- المرحلة الخامسة : تبندى ببلوغ سن الواحد و العشرين : وفي هذه السن يصبح الشخص راشداً. وبلوغ هذا السن يعتبر قرينة على كمال الأهلية إلا اذا كان الشخص مجنوناً أو سقيفاً .

التصرفات القانونية

بعد الوفاة	استمرار الأهلية بعد الوفاة إلى حين تصفية	
الوفاة	التركة و قسمتها	
أهلية التصرف	- كمال الأهلية لممارسة جميع التصرفات سواء التي تشترط فيها أهلية الاغتناء أو الادارة أو الافتقار أي التصرف . - تعليق كمال الأهلية على شروط عدم وجود عوارض عقلية كالجنون و السفه أو عوارض قانونية كالحرمان من ممارسة الحقوق المدنية المحكوم بها على الشخص - اعتبار الناصر كمال الأهلية فيما أدن له به من التصرفات القانونية و التناهي كعقوبة	
أهلية الادارة	- جواز التراجع عن الترشيد . - صحة جميع تصرفات الادارة - المأذون بإبرامها للقاصر . - تعليق صحة التصرفات العوضية بالأثر رجعي . - الأخرى على ترخيص أو اجازة	اضاعية أو عقوبة أصلية في الميدان الجنائي.
أهلية الاغتناء	- صحة التصرفات النافعة نفعا محضاً . - وقوع تصرفات ناقصة الأهلية العوضية قابلة - انعدام أهلية الأداء . - الإبطال	النائب الشرعي
أهلية الجوب كاملة	- وقوع تصرفات ناقصة الأهلية العوضية قابلة - انعدام أهلية الأداء . - الإبطال - وقوع تصرفات عديم الأهلية باطله بطلاناً .	
الجنبيين : أهلية وجوب ناقصة	18 فترة الاستعداد في التجربة 21 فترة الترشيد 25 فترة التجربة الدخول في التجربة 30 فترة الترشيد	راشد مغبر مميز صغير غير مميز

- رسم بياني يبرز المراحل التي تمر بها أهلية الصغير وفقاً لمدينة الأحوال الشخصية -

127 - II - أهلية المجنون : "الجنون اضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز و يعدم بالتالي أهليته" (22) سواء كان هذا الاضطراب العقلي مطبقا و مستمرا أو كان متقطعات تخلسه من حين لآخر فترات تعقل و افاته يسترجع فيهما المصاب بهذا الاضطراب العقلي ادراكه و تمييزه (الفصل 144 من م.أ.س.) و القاضي هو الذي يوقع الحجر أو المنع على المجنون (الفصل 145 من م.أ.س.) و العتد من صدور قرار قضائي في شأن ايقاع الحجر على المجنون هو التشهير بحاله الجنون و تنبيه الناس بهذه الحالة حتى يكونوا على بينة من أمره .

و تقع التصرفات التي يبرمها المجنون بنفسه باطللة بطلانا (23) ذلك لأن المشرع سوى بينه و بين الصغير غير المميز .

و قد يقال كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء (24) بأن تصرفات المجنون تقع قابلة للإبطال فقط لأن المشرع رتب على تصرفات المجنون نفس الجزاء المترتب على تصرفات السفه و هو عدم النفاذ (الفصل 146 من م.أ.س.) إلا أن هذا القول لا يمكن الأخذ به في نظرنا أمام وجود نص الفس 134 من م.أ.س. الذي يجعل من المجنون فاقدا للتمييز و بالتالي عديم الارادة شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز . و نحن نعلم بأن الاثر المترتب عن فقدان التمييز هو البطلان و ليس الابطال (الفصل 139 من م.أ.س.) . أما الابطال فلا يترتب على حالة الجنون إلا اذا كان هذا الأخير يتخلل عقل الشخص عرضا . و هنا فان نصوص ق.ل.ع.م. عي التي ينبغي تطبيقها كما سنرى ذلك فيما بعد عند دراسة الفصل 54 من ب.ل.ع. المتعلق بحالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة .

و ان ما نذهب اليه فيما يتعلق بالجزاء المترتب عن الجنون الذي تنظمه مدونة الأحوال الشخصية يجد أساسه في تقرير وزارة العدل حول مشروع الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية و المتعلق بالأهلية و النيابة الشرعية . وقد جاء في هذا التقرير ما يلي . "أما عدم أهلية فاقد التمييز لصخراؤه أو جنون فدليله الحديث الشريف : رفع القلم عن ثلاثة المجنون المغلوب على عقله "حتى يفين" وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم و في رواية أخرى عن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر" . (25)

(22) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 46 .

(23) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص 46 .

(24) كاستاذنا مامون الكزبي : المرجع السابق الجزء الأول ص 140 .

(25) عن المرجع السابق لعبود رشيد عبود ص 192 .

128 - III - أهلية السفه : "السفيه لغة هو خفة في البدن و منه قيل زمن سفه أي كثير الاضطراب ، "سفيه أي رديء النسخ واستعمل في خفة النفس و نقصان العقل". (1)

و تعرف الفقرة الثانية من الفصل 144 من م.أ.س. السفه بأنه :
" المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العنلاء عبثا . " ومن هذا التعريف يتبين أن السفه لا يشكل عيبا في الشخص في حد ذاته بل في تدبير هذا الشخص لشؤونه . و مدونة الأحوال الشخصية لم تتدخل إلا قصد حماية هذا التدبير و ذلك بإيقاع الحجر على الشخص المبذر الى حين زوال علامات السفه عليه و بذلك تحمي مصلحته و مصلحة ورثته من بعده .
و اذا كان من شأن الفصل 146 من م.أ.س. أن يحملنا على الاعتقاد بأن المشرع المغربي رتب على السفه نفس الجزاء الذي رتبته على الجنون اذ ينص هذا الفصل على أن " تصرفات المجنون و السفه غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون أو السفه " فإنه بالمقابل من شأن الفصل 135 من م.أ.س. أن يعاكس هذا الاعتقاد اذ ينص على أن " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ من الرشد و كان سفيها يكون ناقص الأهلية " . عوقفا لما يقضي به هذا الفصل الأخير يعتبر السفه ناقصا لأهلية و ليس ناقدا لها كما هو الشأن في حالة الجنون . و الجزاء المترتب عن نقصان الأهلية هو الابطال و ليس البطلان . و الذي يبركي هذا الرأي الأخير في اعتقادنا أن الفصل 146 من م.أ.س. نفسه وردت فيه عبارة " تصرفات المجنون و السفه غير نافذة ... " لشمولها لكل من البطلان المترتب على حالة الجنون و الابطال المترتب على حالة السفه . و لو أراد المشرع ترتيب جزاء البطلان على حالة السفه لكان في امكانه في نظرنا أن يستبدل عبارة " غير نافذة " العامة بلفظه " باطللة التي تفيد معنى خاص هو البطلان .

(26) تقرير وزارة العدل عن مشروع الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية :
عن عبود رشيد عبود : المرجع السابق ص 196 .

عوارض الأهلية المنظمة في م. أ. ش.	الجزء الذي ترتبه م. أ. ش.
- حالة الصغير - انعدام الأهلية - حالة الجنون	- البطالان - الفصل 139 - الفصل 146 + 134
- نقصان الأهلية - حالة الصغير - المميز - حالة السفه	- الابطال - يمكن استخلاصه من الفصل 141 - الفصل 146 + 135

ثانيا : قواعد الأهلية المستخلصة من ق. ل. ع. م. :

129 - ان قواعد الأهلية التي يتضمنها ق. ل. ع. م. تتعلق بعضها بتنظيم و بيان مصير التصرفات التي يبرمها القاصر أو ناقص الأهلية بنفسه و البعض الآخر منعاً يتعلق بتوضيح التصرفات التي يبرمها النائب الشرعي لهذا القاصر أو ناقص الأهلية (27) .

130 -I- التصرفات التي يبرمها القاصر بنفسه : من الناحية المبدئية فان التصرفات التي يبرمها القاصر بغير اذن نائبه الشرعي تقع قابلة للإبطال (الفصل 1/4 من ق. ل. ع. م.) و ابطال هذه التصرفات يتم إما بطلب من النائب الشرعي أو من القاصر أو ناقص الأهلية بعد بلوغ سن الرشد . و دعوى الإبطال يجوز رفعها حتى و لو كان قد سبق للقاصر أو ناقص الأهلية أن لجأ الى استعمال طرق احتيالية قصد جعل التعاقد معه على الاعتقاد بأنه راشد أو أنه مأذون له بالتعاقد (الفصل 1/6 من ق. ل. ع. م.) (28) . غير أن القاصر أو ناقص الأهلية يبقى في هذه الحالة "ملتزماً في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام (الفصل 2/6 من ق. ل. ع. م.) خاصة عند "تنفيذ الطرف الآخر التزامه" (الفصل 9 من ق. ل. ع. م.) (29) .

(27) اعتمدت في هذا الصدد بالدرجة الاولى على ما جاء في بحث الأهلية عند ج . كوتيرييه : المرجع السابق من ص 60 الى 63 .
 (28) ان الفترة الاولى من الفصل 6 تمتاز بالخلو و تبدو جائرة على الأقل في الحدود (أنظر التتمة في الصفحة الموالية) .

② ق. ل. ع. م. = قانون الالتزامات والعقود المفهرج .

الآ أن السبدأ المنصوص عليه في الفصل 1/4 من ن.د.ع.م. ترد عليه استثناءات تتمثل في أن العقد الذي يبرمه القاصر أو ناقص الأهلية يبقى صحيحاً عند ما يوافق النائب الشرعي عليه (الفصل 2/4 من ن.د.ع.م.). مع الإشارة إلى أن جرثومة الإبطال تبقى عالقة بهذا العقد بالرغم من موافقة النائب الشرعي و ذلك إذا ما كان العقد مشوباً بعيب الدسب (الفصل 56 من ن.د.ع.م.). (30) . كما أن العقد الذي يبرمه القاصر أو ناقص الأهلية يبقى صحيحاً إذا كان يجلب له نفعاً دون الالتزام بأداء مقابل (الفصل 5 من ن.د.ع.م.) بالإضافة إلى أنه عندما يرخس للقاصر أو ناقص الأهلية لمباشرة التجارة فإن العقود التي يبرمها بسبب هذه التجارة تبقى أيضاً صحيحة (الفصلان 7 و 8 من ن.د.ع.م.).

التي تضحي فيها بمصالح المتعاقدين الآخر حسن النية . وإذا كانت الفقرة الثانية من الفصل 6 من شأنها أن تخفف من غلو الفقرة الأولى إذ بمقتضاها يبقى القاصر أو ناقص الأهلية ملتزماً في حدود ما عاد عليه من نفع ، فإن أمراً آخر من شأنه أن يخفف أيضاً من هذا الغلو ومفاده أنه لما كان القانون يعتبر القاصر أو ناقص الأهلية مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها مسؤولية جنائية بمجرد ما يتوافر لديه التمييز ، فإن الأعمال الاحتياطية قد تشكل خطأً جنائياً يثير مسؤولية القاصر أو ناقص الأهلية و يلتزم بموجبه بتعويض الضرر الناتج عن خطئه : ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 60 — ويلاحظ أن هذا التخفيف الثاني من غلو الفقرة الأولى من الفصل 6 منصوص عليه في الفصل 785 من ن.د.ع.م. الذي يعد تطبيقاً لهذه الفقرة على عقد الوديعة التي يكون فيها المتعاقد القاصر أو ناقص الأهلية وديعاً والمتعاقد الكامل الأهلية مودعاً .

(29) فإن هذا الفصل يحتمل أكثر من تأويل : فإذا كان التأويل السائد لهذا النص يتمثل في أنه بعد تقرير الإبطال لا تطبق القاعدة العامة التي تقضي بإعادة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد لأن القاصر لا يكون عليه إرجاع كل ما حصل عليه ولا يلتزم إلا في حدود أثاره (مأمون الكزبري : المرجع السابق : ج 1 ص 147 . — موسى عبود : المرجع السابق ص 86 و 134) ، فإن الفصل 9 يحتمل تأويلاً آخر مفاده أن العقد الذي تقرر إبطاله والسبب من طرف القاصر أو ناقص الأهلية يبقى مع ذلك صحيحاً — عندما يتم تنفيذه من قبل المتعاقد الآخر ولكن في حدود النفع المستخلص من هذا التنفيذ . فهذا التأويل الثاني ينقض التزامات الناصر أو ناقص الأهلية إلى حدود ما عاد عليه من نفع أو أثاراً . غير أن القاصر أو ناقص الأهلية لا يقوم برد قيمة ما عاد عليه من نفع بل يحتفظ به مقابل ما بقي صحيحاً من أجزاء العقد : مثال لتوضيح التأويلين : باع قاصر أو ناقص الأهلية منقولات ورثها عن أبيه المتوفى بمبلغ 2000 درهم ، فبذر منه 1000 درهم في نفقات غير ضرورية أو غير نافعة . أما ما تبقى من المبلغ وهو 1000 درهم فأنفقه على ما هو ضروري و نافع له : — التأويل السائد : على المشتري أن يرد كل المنقولات إلى القاصر أو ناقص الأهلية . ولا يلتزم هذا الأخير إلا برد مبلغ 1000 درهم الذي أنفقه في المصروفات الضرورية أو النافعة . وهذه هي القاعدة الفرنسية . (أنظر التتمة في الصفحة الموالية) .

131 - II - التصرفات التي يبرمجها النائب الشرعي : لا تقع كل الأعمال التي يقدم النائب الشرعي على القيام بها صحيحة ذلك لأن بعض هذه الأعمال يمنع القيام بها لخطورتها . فان كانت كل التصرفات التي تدخل في اطار أعمال الادارة - وهي تصرفات جارية قليلة الخطورة - تبقى صحيحة عندما يبرمجها النائب الشرعي ، فان هذا الأخير لا يستطيع ابرام التصرفات التي تدخل في اطار أعمال التصرف على سبيل المعاوضة - لشدة خطورتها - إلا باذن خاص يصدره القاضي في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين للفاصل (الفصلان 11 و 13 من ق.ج.ع.) كما أنه لا يستطيع ابرام التصرفات التي تدخل في اطار أعمال التصرف على سبيل التبرع ولو أذنت له المحكمة بذلك (الفصل 12 من ق.ج.ع.م.) .

بعدما استعرضنا موقف نظرية سلطان الارادة من الأعلى وحللنا نواحد هذه الأخيرة على ضوء النانون الذي ينظمها في المغرب - م.أ.س.و.ق.ج.ع. - نشير الى أنه لا يكفي لصحة الرضا أن يتوافر في الشخص كمال الأعلى بل ينبغي أيضا أن يجي هذا الرضا خاليا من أي عيب من عيوب الارادة .

٧ - المبحث الثاني - ٧

نظرية سلطان الارادة و عيوب الرضا

132 - ان نظرية عيوب الرضا "تتصل اتصالا وثيقا بنظرية سلطان الارادة" (31) بل الأكثر من هذا أن نظرية عيوب الرضا تتركز في أساسها على نظرية سلطان الارادة (32) التي تذهب في أهم المبادئ المتفرقة عنها الى أن الرضا ان لم

- التأويل الثاني : يبقى القاصر ملتزما في حدود اثرائه - وفي هذه الحدود يبقى العقد صحيحا - . وفقا لهذا التأويل فان الابطال لا يتعلق إلا ب 1000 درهم التي قام القاصر أو ناقص الأهلية بتبذيرها في مصروفات غير ضرورية أو غير ناعمة ، و يكون على المشتري رد نصف المنقولات ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 61 .

(30) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 62 .

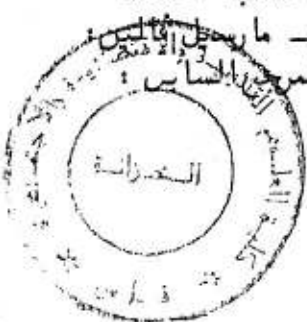
(31) السنهوري : نظرية العقد فقرة 340 ص 348 ، مصادر الالتزام فقرة 161 ص 310

(32) ج . ربيير : الناعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية : منشورات المكتبة العامة

لل قانون والاجتهاد القضائي ط 4 ، باريس 1949 فترة 41 ص 75 . - ماريول والأشقر :

المذهب الفردي و القانون : فترة 91 ص 170 . - تيبوي وفيل : المرجع السابق :

فترة 56 ص 55 .



يكن حراً وقع العقد باطلاً. (33) ذلك أنه إذا كانت إرادة الفرد تتمتع — لما لها من سلطان — بحصة نصيب الأسد في تكوين الروابط التعاقدية و ترتيب آثارها ، فإنه تبعا لذلك ينبغي أن تكون على بينة واختيار. (34) ومعنى هذا أن نظرية سلطان الإرادة التي تعتبر الرضا لحمة العقد وسداه تشترط توافر بعض الصفات في هذا الرضا حتى يقع صحيحا .

و بصدد إبراز هذه الصفات يقول الأستاذ ج . كوتيرييه بأنه : (35)
— من جهة يجب أن يكون الرضا واعيا : فكل شخص يريد التعاقد ، يلتجئ بإرادته إلى حد أدنى من التروي و التأمل في المنافع والأعباء التي قد تترتب عن العقد . غير أن إرادة الشخص وهي تقوم بعملية التروي و التأمل قد تسقط في وهم أما من تلقاء نفسها أو من جراء عمل مدبر يحملها على تصور خلاف ما كان ينبغي تصوره لو أنها كانت تتوفر على الدرجة الكافية من الوضوح .
— ومن جهة أخرى فإن الرضا يجب أن يكون حرا : فالشخص في بعض

الأحيان قد يرضى التعاقد ليس لأن إرادته كانت على بينة — لما توقرت عليه من الدرجة الكافية من الوضوح — من الامتيازات التي قد يستفيد منها بسبب التعاقد بل لأن هذه الإرادة لم تقدم على ارتضا ما ارتضته إلا لأنها كانت عرضة للضغط؛ الشيء الذي يؤدي إلى التقليل في الدرجة الكافية من الاختيار الذي ينبغي أن تتمتع به الإرادة .

يتبين من خلال إبراز الصفات التي ينبغي أن تتحلل بها الإرادة أن نظرية سلطان الإرادة تعتمد إلى ترتيب الأثر الناجم عن صحة الرضا انطلاقا من تحليل درجات الإرادة . فبين درجة الإرادة الباطنة التي توجد في قلب المتعاقدين كما يقول الأستاذ ج . ريبير (G. RIPERT) (36) و الإرادة الظاهرة التي تؤكد لها الشفاه حتى وإن كانت الإرادة الباطنة منعدمة بصفة عامة ، توجد إرادة لها صفة دنيا تد تعاب في عنصر حريتها بالاكراه أو في عنصر شعورها بالغلط أو التدليس . غير أن هذه الإرادة وإن كانت معيبة فإنها تعتبر كافية لإعطاء

(33) مارسيل فالين : المرجع السابق فترة 104 من 192 . — محمد حسني عباس : العقد و الإرادة المنفردة فقرة 21 من 31 .

(34) السنهوري : نظرية العقد فقرة 340 من 348 .

(35) ج . كوتيرييه : المرجع السابق من 40 .

(36) ج . ريبير : المرجع السابق فقرة 41 من 75 و 76 .

الحياة للعقد ، إذ الإرادة المكرمة أو المخدوعة تبقى مع ذلك إرادة موجودة إلا أنه لا يمكن أن تتمتع بسبب عيوبها بنفس القيمة التي تتمتع بها الإرادة الصحيحة .
و النتيجة المنطقية المترتبة عن عدم توافر الإرادة على صفاتها أي عن عدم كفاية الإرادة التي يتطلبها القانون في إبطال العقد .
و إبطال العقد في هذه الحالة معناه رد الاعتبار إلى الإرادة التي شابها عيب في صفاتها . و هو بهذا المفهوم يعتبر وسيلة ضمان أنهما القانون قصد حماية الفرد . غير أنه إذا كانت النظرية الفردية تقضي بأن من كانت إرادته معيبة يستطيع التحلل من التزامه وذلك بطلبه من المحكمة إبطال العقد ، فإن الطرف الآخر في العقد و الذي عبر عن إرادته بوضوح و حرية لا يستطيع التمسك بالابطال (37) .

133 - و إذا كانت نظرية سلطان الإرادة هي الأساس الذي تقوم عليه عيوب الرضا فإن الاتجاهين الموضوعي و الشخصي لهذه النظرية ينظران إلى عيوب الرضا من زاويتين مختلفتين .

- فالاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الإرادة ينظر إلى عيوب الرضا من زاوية مادية تكون العبرة في الملط . على ضوءها - بطبيعة الشيء المادية دون صفاته . كما تكون العبرة في التدليس بالوسائل المادية التي وقع اللجوء إليها قصد التضليل و ما ينبغي أن يكون لهذه الوسائل من أثر في نفس الرجل العادي وليس في نفس المتعاقد بالذات . أما في الإكراه فتكون العبرة بما استعمل من وسائل التعديد المادية و ما ينبغي أن تخلفه هذه الوسائل من الرتبة في نفس الرجل العادي . كما أن العبرة في الغبن بالتدر المادي الذي يغبن فيه أحد المتعاقدين . أما الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة فينظر إلى عيوب الرضا من زاوية نفسية تكون العبرة في الملط - على ضوءها - بما اتجعت إليه نية المتعاقدين من الصفات التي يعتبر أنها أساسية و جوهرية في الشيء محل العقد . كما تكون العبرة في التدليس بالوهم الذي يتولد عن أساليب التضليل و الاحتيال التي عمد إليها المدلس . أما في الإكراه فإن العبرة تكون بالرهبة التي تولدت في نفس المتعاقد المكره و التي دفعت به إلى التعاقد . كما أن الغبن تكون العبرة فيه

(37) تبيي وفيل : المرجع السابق فقرة 56 س 55 .

بما يكون قد دفع اليه من اكراه أو غلط أو تدليس (38) .
و نحن في معرض دراستنا لضحة الرضى و نظراً لكون طبيعة البحث
تستوجب منا ذلك نرى أن تقتصر على ابراز أي اتجاه من الاتجاهين الموضوعي
والشخصي لنظرية سلطان الارادة قام ن.د.ع.م . بتكريسه في ميدان عيوب الرضا .
الأنه لما كان ن.د.ع.م . قد خرج عن التمسك بالعيوب التقليدية وذلك بإدخال
عيب آخر الى رضاء عيوب الرضا هو حالة المريض و الحالات الأخرى المشابهة
(الفصل 54 من ن.د.ع.م) ، ولما كان هذا العيب الجديد لم ينل حظه من البحث
الذي من شأنه أن يزيح عنه ستار النعور فانه ارتأينا أن نقوم بمحاولة تحليل هذا
العيب في نقطة مستقلة .

و عليه فاننا سنقسم هذا البحث الى مطلبين كما يلي :

- المطلب الأول : الاتجاهان الموضوعي والشخصي لنظرية سلطان الارادة و عيوب
الرضى في ن.د.ع.م .

- المطلب الثاني : مشكل الفصل 54 من ن.د.ع.م أو حالة المريض والحالات الأخرى المشابهة .

§ المطلب الأول §

الاتجاهان الموضوعي والشخصي لنظرية سلطان

الارادة و عيوب الرضى في ن.د.ع.م .

134 - ان ن.د.ع.م . لم ينص على الصفات الواجب توافرها في الرضى . إلا أن تفسير

النصوص التي تعالج عيوب الرضى بمفهوم المخالفة (*argument à* *contrario*)

يساعدنا على التثبت من أن ن.د.ع.م . يشترط بدوره صفتي الوضع والحرية في

الرضا حتى يكون كافياً لأن يعتبر ركناً في العقد . وانعدام الصفتين في الرضا

يؤدي الى ابطال العقد أما لغلط أو تدليس أو اكراه (الفصل 39 من ن.د.ع.م) .

أو لعيب و ذلك عندما يكون مقروناً بسبب من الأسباب المنصوص عليها في

الفصل 39 و خاصة التدليس (الفصل 55) .

(38) السنهوري : نظرية العقد : فترة 339 ع 374 .

135 - 1 - أولا : الغلط (39) ان أهم حالات الغلط المسببة للإبطال والتي تعرض لـ م.ق.د.ع.م. هي حالة الغلط في القانون (الفصل 40) وحالة الغلط في الشيء (الفصل 41) وحالة الغلط في الشخص (الفصل 42) .

136 - II - بالنسبة لحالاتي الغلط في القانون و الغلط في الشخص يظهر أن م.ق.د.ع.م. تأثر فيها بالاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة إذ أنه يشترط في الغلط الواقع في الشخص أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . كما أن من أهم الشروط الواجب توافرها في الغلط في القانون أن يكون هو السبب الوحيد أو الأساسي أي الدافع إلى التعاقد أيضا .

فلو أراد م.ق.د.ع.م. تكريس الاتجاه الموضوعي في هاتين الحالتين لما كان عليه أن يفرض مثل هذا الشرط الذي يجد تأصيله في الإرادة الباطنة . والذي يؤيد ما ندع ب إليه أن الاتجاه الموضوعي لا يعتبر غلطا مسببا للإبطال ذلك الذي يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها - الغلط في النقل (erreur de transmission) كما هو الشأن في حالة الرسول أو الوسيط الذي ينقل إرادة المتعاقد الذي يستخدمه على غير حقيقتها . لأن حالة التحريف في النقل ليس من شأنها أن تعيب الرضا وبالتالي فإن العقد يكون صحيحا و يؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة ولا يكون على المتعاقد الذي حرقت إرادته إلا أن يرجع على الوسيط أو الرسول لمما لبته بالتعمير (40) .

و خلافا للاتجاه الموضوعي فإن الاتجاه الشخصي الذي يتمشى مع الإرادة الباطنة يجعل من الغلط الحاصل في النقل غلطا مسببا للإبطال . وهذا ما كرسه الفصل 45 من م.ق.د.ع.م. إذ ينص على أنه : "إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين كان لهذا المتعاقد أن يطلب نسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 41 و 42 السابقين وذلك دون الإخلال بالقواعد

(39) راجع دراسة الغلط في م.ق.د.ع.م. يشكل مفصل على سبيل المثال في : مولاي إدريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق من ص 24 إلى 28 . - مأمون الكزبري : المرجع السابق ج 1 من ص 74 إلى 97 . - أحمد شكري المصاوي : نظرية بطلان العقود وإبطالها في م.ق.د.ع.م. : أطروحة ط 1، 1971 من ص 243 إلى 271 . - هشام فرعون : المرجع السابق ط 2 1988 من ص 85 إلى 95 ط 3 1981 من ص 82 إلى 91 . - ج . كوتيرييه : المرجع السابق من ص 41 إلى 47 .
(40) السنهوري : الوسيط : المجلد الأول : فقرة 165 ص 312 والثامن رنم 1 من ص 313 .

العامة المتعلقة بالخطأ و لا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات (41) و اذا كان يلاحظ من خلال مقتضيات هذا الفصل أن الوسيط يبقى مسؤولاً بأداء التعويض عن خلائه، فإن هذا التعويض لا يلتزم بأدائه - اذا ثبت خلوه - للمتعاقد الذي كلفه بنقل ارادته بل للمتعاقد الآخر الذي تلقى هذه الارادة على وجه غير صحيح .

137 - **III** - أما بالنسبة الى الخلط في الشيء فإن بعض الفقه المغربي يرى بأن الخلط الواقع في مادة الشيء يخضع للاتجاه الموضوعي بينما الخلط الواقع في صفة جوهرية في هذا الشيء فإنه يخضع للاتجاه الشخصي . و في هذا الصدد يقول أستاذنا أحمد شكري السباعي : " ونرى أن نقف عند حدود هذا التفسير الموضوعي لمادة الشيء في ظل التشريع المغربي وألا نذهب بعيدا كما سار الفقه و القضاء الفرنسيان في تفسير مادة الشيء بالأوصاف الجوهرية للشيء (qualité substantielle) - أخذا بالمعيار الذاتي - و السبب الذي جعلنا نقف عند هذا الحد هو أن المشرع المغربي لم يفصل الصفات الجوهرية للشيء بل اعتد بها صراحة و جعلها تنهض سببا لإبطال العقد شأنها في ذلك شأن الخلط في مادة الشيء - بالمعنى الموضوعي - متى كانت هذه الصفة هي السبب الدافع الى الرضى . و على هذا نستطيع أن نقول ان المشرع المغربي أخذ بالفكرتين الموضوعية والذاتية لذلك لا داعي و الحالة هذه . لتحميل كلمة مادة الشيء ما لا طاقة لها به و هذا واضح من نص المادة 41 الخ ... " (42) .

و الحقيقة ، فإن الفصل 41 اذا ما كان يبدو واضحا كما يذهب الى ذلك أستاذنا أحمد شكري السباعي فإن هذا النوع لا يتعلق بالتمييز بين مادة الشيء و صفة هذا الشيء . إلا أن هذا الوضوح ليس كافيا لكي نذهب معه الى أن ق.ل.ع.م . يكرس الاتجاه الموضوعي في الخلط الواقع في مادة الشيء . و ذلك لأنه اذا كانت صياغة النص العربي الرسمي للفصل 41 من شأنها أن تساعدنا على التأكد من أن اشتراط السبب الدافع الى الرضى لا يتعلق إلا بالخلط الواقع في

(41) يلاحظ أن الفصل 45 من ق.ل.ع.م . لم ينس صراحة على امكانية التمسك بالخلط في القانون أي حالة الفصل 40 ، و عليه يمكن القول بأن المتعاقد المينب لا يستطيع التمسك بالخلط في القانون الذي يتعين فيه الوسيط لكون هذا النوع من الخلط لم يقع النص عنه صراحة في الفصل 45 : أنظر كتاب شرح الالتزامات والمقود الصادر عن وزارة العدل الجزء الاول فترة 101 ص 77 .

(42) أحمد شكري السباعي : المرجع السابق ص 253 .

صفة الشيء دون الغلط الواقع في مادة الشيء أو نوعه فإن النص الفرنسي الأصلي غامض لكون الصياغة المعتمدة في الجملة النسبية النعائية (proposition relative finale) لا تساعدنا على التعرف عما إذا كانت تعود فقط على الغلط الواقع في صفة الشيء أم أنها تعود أيضا على الغلط الواقع في مادة الشيء أو في نوعه . و يرى الأستاذ ج . كوتيرييه بأن تركيب هذه الجملة النسبية النعائية سيكون خاطئا لو أن الجملة عادت فقط على الغلط في صفة الشيء (43) و تفسيرا لهذا الموضوع على ضوء أهم الشروط المهيمنة على الغلط في القانون و الحالات الأخرى من الغلط الواقع نرى أن الغلط الواقع في مادة الشيء لا ينبغي اعتباره سببا للإبطال إلا إذا كانت هذه المادة التي يتكون منها الشيء هي الدافعة إلى التعاقد . وإذا ثبت هذا الشرط خضع الغلط في مادة الشيء للاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة و حتى إذا لم يثبت هذا الشرط فإن الفصل 44 من ق.ل.ع.م. الذي يفرض " على القضاة عند تقرير الغلط أو الجهل ، سواء تعلّق الأمر بالقانون أو بالواقع أن يراعوا ظروف الحال أو سن الأشخاص و حالاتهم و كونهم ذكورا أو إناثا " ، يعتبر من أهم ركائز الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة و مع ذلك فإنه جاء شاملا للغلط في الواقع بما فيه الغلط في مادة الشيء . و قد يقال بأن النتيجة المنطقية للاتجاه الشخصي ينبغي أن تتمثل في اعتبار الغلط كيفما كان نوعه سببا للإبطال و ذلك كلما كان من شأن هذا الغلط أن يوجه الإرادة إلى ما لم تتجه إليه لولا هذا الغلط و الحال أن ق.ل.ع.م. عدد حالات معينة من الغلط المعتمد به كسبب للإبطال دون الحالات الأخرى كالغلط الواقع في الباعث و الغلط الواقع في التهمة . ففعل معنى هذا أن ق.ل.ع.م. لم يأخذ بالاتجاه الشخصي على إطلاقه في ميدان الغلط ؟

الواقع أن السبب في لجوء ق.ل.ع.م. إلى تعداد حالات معينة للخلط دون وضع قاعدة عامة ليس له علاقة بالاتجاه الشخصي الذي لا ينكر أحد مدى تأثيره به و يرجع إلى منهج النظرية التقليدية التي كانت تهيم في مرحلة سنه و التي تمسك بطريقة التعداد التي تساهم في استقرار المعاملات و مع ذلك فحتى في إطار هذه النظرية التقليدية فإن هذه الحالات من الغلط التي تعتبر في الأصل غير مسببة للإبطال قد تكون كذلك إذا ما اقترنت بعيب التدليس .

138 - ثانيا : التدليس⁽⁴⁴⁾ من خلال النصوص التي تنظم التدليس في ن.د.ع.م. (الفصلان 52 و 53) يتبين أنه لكي نتعرف على أي الاتجاين - الموضوعي أو الشخصي - يهين على التدليس، ينبغي التمييز بين التدليس الصادر عن أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، وبين التدليس الصادر عن الغير .

139 - I - فالتدليس الصادر عن أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه يخضع لتأثير الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة ذلك لأن أهم الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من التدليس لكي يكون سببا للإبطال، أن يكون دافعا الى التعاقد . أما اذا لم يكن كذلك كما لو وقع على توابع الالتزام (الفصل 53) فأننا لا نكون أمام عيب للارادة بمفهوم الفصل 52. ولعل هذا هو الذي يميز الاتجاه الشخصي عن الاتجاه الموضوعي الذي لا يفرق بين التدليس الدافع و التدليس غير الدافع و يشترط فقط القيام بأعمال مادية قصد التضليل . ثم ان أهم ما يبرهن على أن ن.د.ع.م. أخذ بالاتجاه الشخصي في ميدان التدليس هو اعتداده بالكتمان ورفعته الى مصاف التدليس لأنه يؤثر في نفس المتعاقد تأثير الوسائل الاحتمالية الايجابية بما فيها الكذب. على أنه يجب لفت الانتباه الى أن نظرة الاتجاه الشخصي للكتمان تطورت مع ظهور الافكار الليبرالية الجديدة. فبما كان يعطى للكتمان مفهوم سلبي و فردي ومجرد حتى ينسجم مع أهم الأفكار التي مفادها أنه "يمنع التقرير بالشخص" وأن "كل فردي يعتبر خير مدافع عن مصالحه في العند الذي يبرمه" وأنه "يفترض في كل متعاقد أنه يملك من القدرات ما يستطيع أن يدافع به عن مصالحه كما هو الشأن بالنسبة الى المتعاقد الآخر"، أصبح الاتجاه الشخصي يعطي للكتمان مفهوما ايجابيا وتنمينا يتمثل في الالتزام بالاخبار (obligation d'information) كما أراح عنه التجريد بصيغه بالطابع المادي وذلك بالأخذ في الكتمان بـهين الاعتبار صفة المتعاقدين (45)

(44) راجع دراسة التدليس في ن.د.ع.م. بصورة مفصلة على سبيل المثال في : مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق من ص 28 الى 32 . - مأمون الكريبي : المرجع السابق ج 1 من ص 98 الى 111 . - أحمد شكري السباعي : المرجع السابق من ص 275 الى 287 . - هشام فرعون : المرجع السابق ط 2 من ص 95 الى 104 ، ط 3 من ص 93 الى 99 . - كوتيرييه : المرجع السابق من ص 47 الى 49 .
(45) جيارنارجات : القانون الخاص للاقتصاد : 2 / نظرية الالتزامات . منشورات تيميس 1975 ص 150 و 152 .

و على ضوء تأثر الاتجاه الشخصي بالافكار الجديدة، فإن الكتمان أصبح يشكل تدليسا اما بسبب ظروف التعاقد كما لو كان الشيء محل الالتزام يجعل من أحد المتعاقدين الشخص الوحيد الذي يستطيع التعرف على صفات هذا الشيء أو بسبب صفة في أحد المتعاقدين كما لو كان الحصول على تعريفة مخفضة في وجية التأمين يشترط فيه تمتع المتعاقد بصفة فلاح (46) أو بسبب طبيعة العدة أو العملية المتوخاة من إبرام العقد كما لو أبرم عند مع طبيب أو موثق (47) وإذا كان الاتجاه الشخصي قد تبين مضمونا جديدا للكتمان فإنه لا يكون بذلك قد انحرف عن المبادئ الأساسية لنظرية سلطان الإرادة بل تكيف مع ما استجد من المعايير التي بلورتها الأفكار الليبرالية الجديدة : فالاتجاه الشخصي لم يتبين المفهوم الجديد للكتمان قصد توجيه العنود بل قصد وضع وسيلة ملموسة بين يدي المتعاقدين، حتى يكونوا في وضع يسمح لهم أكثر بالدفاع عن أنفسهم من أجل حماية رضاهم (48) .

140 - II - و خلافا للاتجاه الشخصي، فإن الاتجاه الموضوعي الذي يساير الإرادة الظاهرة يذهب الى أن التدليس الصادر عن السير لا يؤثر في صحة العقد ذلك لأنه لما كان المتعاقد الآخر لم يباشر بنفسه الأعمال الاحتمالية، فإن هذا الأخير له أن يطمئن الى إرادة المتعاقد الذي وقع في التدليس كما ظهرت أمامه (49) .

غير أنه إذا ما رجعنا الى الفصل 52 من ن.د.ع.م . سنجد بأنه يعقد بالتدليس الصادر عن الغير . وهذا ما يقضي به منطق الاتجاه الشخصي الذي لا يرى مبررا للتمييز بين الأشخاص الذين يصدر منهم تدليس ذلك لأن العبرة ليست بالوسائل الاحتمالية بل بحالة الوعم الذي تولده هذه الوسائل الاحتمالية في نفس المتعاقد .

ومع ذلك فإن الذي يمكن ملاحظته على ن.د.ع.م . هو أنه لم يأخذ في التدليس الصادر عن السير بالاتجاه الشخصي على الإطلاق بل قيد، تحقيقا لاعتبارات حسن النية واستقرار المعاملات بما يقضي به الاتجاه الموضوعي . وذلك عندما اشترط الفصل 52 أن يكون المتعاقد المستفيد من التدليس على الأقل عالما بالتدليس الذي باشره السير إن لم يكن متواطئا معه .

(46) المجلس الأعلى - الدفعة الجنائية: الحكم عدد 765 - س 1970 الصادر بتاريخ 4 يونيو 1970 : مجلة النضال والثانون السنة 12 العدد 118 س 444 وما بعدها .
(47) جيزار فارجات : المرجع السابق س 152 ، أنظر التتمة في الصفحة الموالية) .

141 - - ثالثا : الاكراه (50) : قد يحملنا التعريف الذي اعتمدته ن.ل.ع. في الفصل 46 الى الاعتقاد بأن المشرع المغربي تبني في تسليطه للمقتضيات المتعلقة بالاكراه الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة وذلك لأن التعريف يتضمن مدعوما ماديا للاكراه مفاده ان الوسائل المستعملة في الاكراه بصفة غير مشروعة هي التي تحمل الشخص على ابرام العقد بدون رضاه . إلا أن هذا الاعتقاد سرعان ما ينجلي ليله أمام الفصول الأخرى التي جاء بها المشرع لتحديد الاطار القانوني للاكراه والتي على ضوءها لا يمكن فهم تعريف الاكراه نفسه إلا من زاوية مدلوله المعنوي المتمثل في الخوف أو الرهبة التي تولدها وسائل الاجبار المستعملة . وهذا هو عين ما يذهب اليه الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة في تحديد مفهوم الاكراه .

كما أن الاتجاه الشخصي يقضي بأن تكون الرهبة هي الحاملة أو الدافعة الى التعاقد وأن يسترشد الناضي في تقديره لمدى دفع هذه الرهبة بالشخص الى التعاقد بمعيار ذاتي محض يراعي فيه جنس من وقع تحت تأثير الرهبة و سنه و حالته و كذا ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الاكراه . وهذا ما يكرسه الفصل 47 من ق.ل.ع.م ان يذكر على أن : " الاكراه لا يخول ابطال الالتزام إلا :
- اذا كان هو السبب الدافع اليه "

" - اذا تام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه أما
أما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لشرر كبير مع مراعاة السن و الذكورة أو الأنوثة و حالة الاشخاص ودرجة تأثرهم ."

(48) ج . فارجمان : المرجع السابق ص 153 .

(49) السنهوري : نظرية العقد الفترة 389 : تنمة العام من رقم 5 الواردة في ص 410 .
(50) راجع دراسة الاكراه في ضوء ق.ل.ع.م . بتفصيل على سبيل المثال في : مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق من ص 32 الى 36 . - مأمون الكزبري : المرجع السابق ج 1 . من ص 111 الى 125 . - أحمد شكبي السباعي : المرجع السابق من ص 291 الى 298 . - هشام فرعون : المرجع السابق : ط.2 من ص 106 الى 115 ط.3 من ص 99 الى 107 . - ج . كوتيرييه : المرجع السابق من ص 49 الى 53 .

و اذا كان الاتجاه الشخصي يأخذ الأمور بخواتمها و لا يأبه بالوسائل المستعملة في الاكراه و إنما بمقدار الرهبة التي تولدها هذه الوسائل فإن مسايرة هذا المنطق يقتضي عدم الاعتداد إلا بالرهبة التي تتولد في نفس المكره دون حق أي بالرهبة التي استعملت في إثارتها وسائل ضغطية للوصول الى غرض غير مشروع. و هذا المنطق نجد تكريسه أيضا في الفصل 46 من ن.د.ع.م. و ما دام الاكراه المعتبر عيبا من عيوب الرضى ينبغي أن يهدف الى تحقيق غرض غير مشروع فلا شك أن الوسائل المستعملة في الضغط غالبا ما تكون بدورها غير مشروعة . و لكن ليس هناك ما يمنع من اللجوء الى استعمال وسائل مشروعة قصد تحقيق هذا الغرض غير المشروع. و بما أن العبرة بالغاية المتوخاة من عملية الضغط فإن الاكراه يتحقق حتى و لو كانت الوسائل المستعملة فيه مشروعة . و بالمقابل اذا كان الهدف من اللجوء الى الضغط هو الحصول على عرض مشروع فإنه في هذه الحالة لا نكون أمام اكراه و هذا ما يبرر كـون "الخوف الناتج عن التهديدات بالمطالبة القضائية أو عن الاجراءات القانونية الاخرى لا يخول الابطال ... " (الفصل 48) و كون "الخوف الناشئ عن الاحترام الأدبي لا يخول (بدوره) الابطال" ... (الفصل 51) .

و عندما يكون الهدف من ممارسة الضغط هو الحصول على غرض غير مشروع فلا تعم صفة الشخص الذي يقوم بممارسة الضغط ان العقد يقع قابلا للابطال سواء أكان هذا الشخص هو المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته أو أحد من السير (الفصل 49) كما أنه لا يهم الشخص الذي يتبع ضحية هذا الضغط سواء أكان هو المتعاقد الذي أجبرته الرهبة على التعاقد أم أحد من الغير الذي يحرص هذا المتعاقد على انقاذه (الفصل 50) و الأكثر من هذا فإن مسايرة منطق الاتجاه الشخصي يقتضي الاعتداد بالاكراه و لو كان مصدره ظروفا خارجية استغلها شخص للحصول على غرض غير مشروع .

142 - - رابعا : الغبن (51) مربنا أن الوضع والحرية هما الصفتان اللتان

(51) راجع الشروح القانونية المسندة للغبن في عو.ن.د.ع.م. على سبيل المثال في : مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق من ص 36 الى 39 وكذلك المطبوع المتعلق بنظرية الدين بين القديم والحديث الذي أعده لطلبة السنة الاولى من دبلوم الدراسات العليا من القانون الخاص : 1976-1977 و هو يتضمن 100 ص. - مأمون الكزبي : المرجع السابق ج 1. من ص 125 الى 131 . - أحمد شكري السباعي : المرجع السابق من ص 301 الى 312 . - هشام فرعون : المرجع السابق ط 2 من ص 115 الى ص 121 ط 3 من ص 107 الى 112 . - ج . كوتيرييه : المرجع السابق من ص 75 الى 77 .

ينبغي أن يتحلى بهما الرضا لكي يكون صحيحا . ولما كان الغبن لا ينتج عن نقص في
الوضوح ولا عن تقييد للحرية، فإن نظرية سلطان الإرادة لم تقم له وزنا ولم تحمه
بجزء . بالاضافة الى أنه يعتبر في مفهوم هذه النظرية زكاة لهذه الحرية التي يقوم
عليها العقد . إذ أن "من أراد أن يكون حرا وجب أن يعترف تعهده الذي رضي
به باختياره ولو وقع عليه غبن في ذلك . وكذلك تقييد المعاملات بوجوب عدم تعرضها
للغبن هو قتل لروح المضاربة، وهذه الروح ضرورية لتقدم التجارة والمعاملات." (52)
و الظاهر أن هذه الروح هي التي حفزت بالمشروع المصري الى أن
يقتصر في الفصل 39 من ق.ل.ع. على تعداد الغلط والتدليس والاكراه كعيوب
للإرادة دون السبب .

143 - غير أن إباحة الغبن لا يمكن التسليم بها بصفة مطلقة إذ أنه أحيانا
تستدعي ضرورات حماية سلطان الإرادة نفسه تحريم الغبن . وهذا التحريم يجد
أساسه في فكرتين تختلف احدهما عن الأخرى باختلاف الاتجاهين الموضوعي
والشخصي لنظرية سلطان الإرادة فيما بينهما .

- فالاتجاه الموضوعي يقيم تحريمه للغبن على فكرة مؤداها أن مجرد عدم
التعادل بين الالتزامات المتقابلة يعيب العقد وذلك لأن التعادل أمر تقتضيه العدالة
و يتبين من خلال هذه الفكرة أن الاتجاه الموضوعي يحلل الوضعية التعاقدية بصفة
مادية و يبنى الجزاء المترتب عن الغبن على عدم التكافؤ أي عدم التناسب في محل
الالتزام بين الأداء الرئيسي والأداء المقابل .

و بما أن العيب بهذا المفهوم يتعلل بالمحل فإنه يترتب على ذلك اعتبار
الغبن ميبا مستقلا و غائما بذاته .

- أما الاتجاه الشخصي فيقيم تحريمه للغبن على الفكرة التي مفادها ان
الغبن قرينة على وجود عيب في رضي المنبوع وأن الجسامة المالية في الغبن انما
هي مظهر يؤكد هذه الفريضة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق إلا اذا وقع
المتعاقد في غلط أو تدليس أو اكراه . و يقتضي منطق الاتجاه الشخصي ألا يتم ابطال
العقد لسبب الغبن إلا اذا قام الطرف المنبوع باثبات الضرر الذي أصابه ثم اثبات
عيب الرضا الذي هو السبب في هذا الضرر .

144 - واذا ما رجعنا الى ق.ل.ع.م . بدا لنا من خلال تفصي مقتضيات الفصلين

55 و 56 أنه اعتنق الاتجاه الشخصي إذ أنه لم يعتبر النبن المجرد هيبا من عيوب الإرادة ويشترط لكي يصبح النبن سببا لإبطال العقد أن يكون مقرونا بالتدليس (الفصل 55) إلا إذا لحق هذا النبن شخصا ناقص الأهلية ، ففي هذه الحالة يعتد بالنبن المجرد كسبب للإبطال ولو كان ناقص الأهلية قد تعاقد بهما عدة نائبه الشرعي (الفصل 56) .

و الذي ينهي التذكير به في هذا الصدد أن الموقف الذي وقفه ق.ل.ع. من النبن لا يرجع كما يقول بعض الفقهاء (53) الى مسلك الشريعة الاسلامية من النبن بل يعود في الحقيقة الى الاعتبارات الاقتصادية التي دفعت بفرنسا الى وضع حد لكل ما من شأنه أن يعرقل هيبتها على أهم الثروات المغربية المتمثلة في الملكية العقارية . فبالامس كانت الاعتبارات التي أدت بنابوليون الى تقرير النبن تجد أساسها في حماية الملكية العقارية بما في هذه الحماية من ضمانه لبقاء الملكية واستمراريتها وبالتالي استقرار وبقاء الأسرة الفرنسية . أما وأن فرنسا استعمرت المغرب فان اعتبارات الاستعمار تتطلب الغاء النبن أو على الأقل تقليصه الى أقصى حد لأن هذا الإلزام أو التتليس يشكل حماية لاغتصاب المعمرين للملكية المغربية وفي هذا الاغتصاب ضمانه لتدمير وتشتت الأسرة المغربية الشيء الذي يؤدي معه الى بقاء الاستعمار واستمراره .

\$ - المطلب الثاني - \$

مشكل الفصل 54 من ق.ل.ع.م .

أو

حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة

145 - ينص الفصل 54 من ق.ل.ع.م. على أن: "أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة".

ان أول ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه غريب من جهة وغامض من جهة أخرى - فتمو نر غريب لأنه يضيف عيبا جديدا الى قائمة العيوب التقليدية المألوفة - وهو نس غامض لأنه لم يبين أسباب الإبطال بوضوح : فالمرض فكرة

(53) أحمد شكري السباعي : المرجع السابق ص 302 و 304 . - أ. ليفي سوسان : المرجع السابق ص 59

واسعة تفيد المرض العضوي و المرض العقلي . ولا ندري ما اذا كان المتصور به في هذا النص هو المرض العضوي أم المرض العقلي أم معاً معا لورود لفظة المرض مرسلة . واذا كانت فكرة المرض في حد ذاتها غامضة فكيف يمكن التعرف على الحالات الأخرى المشابهة ؟

و كذلك فكما أن أسباب الابطال غامضة في النص فان السلطة المتروكة للقاضي في تقدير هذه الأسباب بدورها غامضة الشيء الذي لا نعرب معه هل أن هذا التقدير ينبغي أن يتم وفقاً للمعيار الموضوعي أم وفقاً للمعيار الذاتي أو الشخصي . « و لا شك أن غرابة و غموض النص مع اللذان يفسران تردد و تضارب الفقه المنهري في تحديد طبيعة حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة ان أن هناك من يلحظها بالنسبة (54) كما أن هناك من يلحظها بالاكراه (55) . و هما اللذان يفسران أيضاً و كما يقول الأستاذ ج . كوتيرييه احكام المحاكم عن تطبيق الفصل 54 منذ صدور ق.ل.ع.م . و ذلك حتى عندما يظهر أنه من المنطقي وجوب تطبيقه (56) . و عدم تطبيق الفصل 54 من ق.ل.ع. منذ سنة 1913 إلا نادراً يجرنا الى اثاره السؤال الآتي : هل يمكن اعتبار الفصل 54 ملغى بسبب عدم الاستعمال ؟ الرأي السائد يعتبر أن الالغاء بعدم الاستعمال أو اقامة عرف مخالف للقاعدة القانونية الصريحة لا يؤدي في القانون الى الغاء التشريع إلا اذا قامت السلطة المختصة بسنّه بالغاء صراحة أو ضمناً . ذلك لأن المشرع وحده يملك حق الغاء التشريع (57) و هذا ما يمكن استخلاصه أيضاً من الفصل 474 من ق.ل.ع.م . ان ينص على أنه " لا تلغى القوانين إلا بقوانين لاحقة و ذلك اذا نصت صراحة على الغاء أو كان القانون الجديد متعارفاً مع قانون سابق أو منظمًا لكل الموضوع الذي ينظمه " كما أن الفصل 475 من ق.ل.ع.م . يقضي أيضاً بأنه : " لا يسوغ للمعرب أو للعادة أن يخالف القانون ان كان صريحاً " .

و اذا ما أردنا مسايرة موقف الرأي السائد والناهي بعدم امكانية الغاء التشريع بعدم الاستعمال فانه يجب اخراج نص الفصل 54 من دائرة النسيان . و هذا لا يتم إلا باجلاء الغموض عن أسباب الابطال المبني على حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة =

- (54) أنظر أستاذنا مأمون الكزبي : المرجع السابق ص 132 .
(55) أنظر الأستاذ عشام فرعون : المرجع السابق ط 2 ص 114 و 115 ط 3 ص 106 .
(56) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 53 .
(57) ان هذا الرأي لا يسلمه الواقع أحياناً ان نرى مثلاً في فرنسا أن الأمر الملكي الصادر سنة 1634 والمتعلق بمعاملة المتعاطي للتدخين لم يلغ قط بمفهوم الرأي السائد و مع ذلك فانه لا يعمل به .

- أولا : أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض :

146 - مربنا أن الفقه المغربي يتردد في تحديد طبيعة العيب الناتج عن حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة . فسنذكر من يلحقها بالسبب و نذكر من يعتبرها من حالات الإكراه .

و الحقيقة أنه كان بالإمكان إلحاق هذا العيب بالغبن لو أن الفصل 54 يتضمن إشارة إلى ذلك . كما أنه كان بالإمكان اعتبار هذا العيب حالة من حالات الإكراه لو لم يوجد الفصل 54 الذي يجعل من حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة عيبا مستقلا بذاته يتعين على القاضي تطبيقه بهذا المفهوم كلما عارضت عليه قضية تخضع وقائعها لمقتضياته ويكون تكيفها مع هذه المقتضيات تكيفا منطقيا وصحيحا .

ولا شك أن تردد الفقه في تحديد طبيعة العيب المنصوص عليه في الفصل 54 يرجع إلى الأخذ بلفظة "المرض" على أن معناها واضح بصفة مسلم بها . مع أن الواقع خلاف ذلك . فكان يجدر التساؤل عن معنى حالة المرض قبل الدخول إلى تحليل الآثار المترتبة عنها . فها هو المقصود أن حالة المرض

147 - أن إزاحة الغموض الذي يسود حالة المرض تفرض علينا أمام غياب التأويل القضائي الرجوع إلى المصدر الذي تأثر به المشرع المغربي عند سنه للفصل 54 من ق.م.م . فهذا الفصل الأخير يجد أصله في الفصلين 504 و 901 من القانون المدني الفرنسي : (58)

- و يتعلق الفصل 504 من ق.م.م. ⁽⁵⁹⁾ بالجزء المترتب عن الوصية التي يقع إصدارها بعد وضع الشخص الراشد تحت الحجر . ووضع الشخص الراشد تحت الحجر في القانون المدني الفرنسي يستدعي إلى البحث عن الأسباب التي تؤدي إلى التحجير على الشخص الراشد . وهذه الأسباب يمكن استخلاصها من الفصل 490 من ق.م.م. الذي ينص على أنه : " يخضع الشخص الذي تتخلف قدراته العقلية بسبب مرض أو عاهة أو ضعف مرده الشيخوخة لأنظمة الحماية المفصلة في الأبواب الآتية بعده . و تلحق نفس أنظمة الحماية على تخلف القدرات الجسدية إذا كانت تقف حاجزا في وجه التعبير عن الإرادة " .



(58) أنظر : المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية المدنية بالمغرب الجزء الأول التنظيم القضائي ، باريس 1914 ص 318 .

(59) ق.م.م. = القانون المدني الفرنسي .

— أما الفصل 901 من ق.م.ف. فيتعلق باشتراط صحة العقل في العبة التي تجري بين الأحياء كما يتعلق أيضا بالوصية . و لا يعتبر هذا الفصل إلا تطبيقا للناعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 489 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأنه: "تصد ابرام تصرف صحيح يجب أن يتوافر الشخص على عقل سليم". فإذا ما حاولنا تفسير الفصل 54 من ق.ل.ع.م. على ضوء الفصلين 504 و 901 من ق.م.ف. واستعنا بالاتجاه الشخصي لنظرية سلدان الارادة الذي يمين على بقية عيوب الرضى تبين لنا أن المنصود بحالة المرغر كما وقع النسخ عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع.م. هو المرغر الذهني أو العقلي . وإذا كان الأمر كذلك فإن تطبيق الفصل 54 لا يمكن تحديده إلا بالرجوع الى أعلية المجنون . وهذه الأعلية تنظمها في القانون المغربي — كما مرنا عند البحث في الأهلية كشرط من شروط صحة الرضى — مدونة الأحوال الشخصية (خاصة الكتاب الرابع منها المتعلق بالأهلية و النيابة الشرعية) .

148 — و عند مقارنة المقتضيات التي تنظم الأهلية في مدونة الأحوال الشخصية بالفصل 54 من ق.ل.ع.م. نجد أن هذا الفصل الأخير وكما يقول الأستاذ ج. كوتيرييه ينظم حالة من القصور الطبيعي (*Incapacité naturelle*) (59) . و هذه الحالة لا يمكن تحديد نطاقها إلا بعد نمرز حالات القصور المنظم . وفي هذا الصدد نشير الى أنه وقع التنصيص على مبدأ انعدام الأهلية في الفصل 134 من م.أ.ش. ان يقضي بأنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه من كان ناقدا التمييز لصغر في السن أو أجنون".

وإذا كان صغر السن لا يمكن اعتباره مرضا عقليا ولا حتى مرضا عضويا فإن الجنون هو عين المرغر العقلي . و المجنون في تعريف الفصل 144 من مدونة الأحوال الشخصية هو: "ناقد العقل سواء كان جنونه مطبنا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا بحيث تعثره فترات يثوب اليه عقله فيعما ."

و انطلاقا من تعريف الجنون يمكن لنا التساؤل عن حالات القصور الطبيعي والتي بدلا من أن تطبق فيعما على المرغر العقلي (أو فقدان العقل كما جاء في تعريف المجنون) مقتضيات الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية يحال على المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع.م. للخضوع لعا .

(59) ج. كوتيرييه: المرجع السابق ص 53. — نعني بالقصور الطبيعي ذلك القصور الذي لم يشمل القانون بتنظيمه في مدونة الأحوال الشخصية .

ان الاجابة عن هذا التساؤل تحثنا الى امعان النظر في تعريف المجنون
أي الى حالات الجنون التي تبقى خاضعة لأحكام مدونة الأحوال الشخصية دون غيرها
من الحالات :

فصل الفصل 144 من م.أ.س. يتعلق بالحالة التي يكون فيها الجنون
مطبقة أي متدا ومستمر، والحالة التي يكون فيها الجنون متقطعا. وإذا كانت
الحالة الأولى واضحة، فإن الحالة الثانية ينبغي إيضاحها : فالمقصود بالجنون
المتقطع هنا هو الجنون الممتد والمستمر ولكنه تتخلله بين الفينة والأخرى بعض
فترات التعقل والتمييز وبعبارة أخرى فإن الجنون في هذه الحالة يكون هو المبدأ
أما التمييز والتعقل فاستثناء. ولكن ما الحكم عندما يكون التعقل والتمييز هو
الممتد والمستمر أما الجنون فلا يتخلل عقل الشخص إلا عرضا؟

ان هذه الحالة الأخيرة التي كانت محل تساؤلنا لم تنظمها مقتضيات
الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية. وهذه الحالة هي التي يمكن أن نطلق
عليها اصطلاح القصور الطبيعي. فإذا أهرم شخص تصرفا ما في هذه الحالة من
القصور الطبيعي حتى له طلب ابطال تصرفه. ولكن ليس وفقا لمقتضيات مدونة
الأحوال الشخصية بل وفقا لمقتضيات الفصل 54 من ق.د.ع.م. ذلك أن الشخص
الذي تعترض حياته نوبات وفترات جنونية من العدل أن يوضع تحت الحماية خلال
تلك الفترات وهذه الحماية لا يمكن أن تتمثل إلا في السماح له بمطالبة ابطال
التصرفات بسبب حالة المرض.

وعكذا يمكن تحديد القانون المطبق على حالة الجنون كما يلي :

القانون المطبق :	الجنون	الجزاء :
مدونة الأحوال الشخصية	المطبّق	البطلان : الفصلان 134 + 146 من م.أ.س.
	فترة جنون / فترة جنون / فترة جنون / فترة جنون	
القانون المطبق :	الجنون	الجزاء :
مدونة الالتزامات والعقود	فترة جنون / فترة جنون / فترة جنون / فترة جنون	الابطال : الفصل 54 من ق.د.ع.م.

و اذا كانت حالة القصور الطبيعي على التفصيل الوارد أعلاه تخضع لمتنضيات الفصل 54، فإن الأستاذ ج . كوتيرييه (60) ونحن نويد في ذلك يرى بأن حالة أخرى يمكن أن تطبق عليهما مقتضيات الفصل 54 وهي الحالة التي يكون فيها الجنون مطبقا ولكن تعقبه الوفاة مباشرة بعد ابرام تصرف معين مثلا. فهنا كان بالامكان طلب اصدار حكم بالقاء الحجر على المجنون جنونا مطبقا وفقا لمقتضيات م.أ.ش. إلا أن واقعة الوفاة حالت دون ذلك، لذلك يستطيع ورثة المجنون الذي لم يشهر جنونه قانونا بأمر من المحكمة انما ازالوا ابطال تصرفه أن يطلبوا ذلك من المحكمة ولكن استنادا الى متنضيات الفصل 54 من ق.ل.ع.

و عليه يمكن الذهاب الى أن المقصود بحالة المرض المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع. هو المرض العقلي المتمثل في :

— حالة الجنون التي تتخلل عقل الشخص عرضا .

— حالة الجنون المطبق التي تسبق فيه واقعة الوفاة مسألة التشهير

بالجنون عن طريق ايقاع الحجر على صاحبه .

و بعد ابراز المقصود بحالة المرض يتبين أنه لا داعي للاحاق العيب

المنصوص عليه في الفصل 54 بالشين أو بالاكره .

— ثانيا : أسباب الإبطال المبنية على الحالات الأخرى المشابهة

لحالة المرض :

149 — بعد كشف الغموض عن مفهوم حالة المرض، لا نرى إلا أن ينصب تحليل "الحالات الأخرى المشابهة" انطلاقا من فرعية الاضطرابات العقلية حتى يتم قياس الحالات الأخرى المشابهة على حالة المرض نياسا صحيحا و معقولا .

و عليه فما هي الحالات التي يمكن تشبيها بحالة المرض و تكون العلة

في كل من تلك الحالات و هذه متحدة ؟

لكي تتحد العلة و يصح القياس ينبغي أن يكون الشخص في هذه

الحالات أثرب من المريض مرضا عقليا . و يتم هذا التقارب في حالة الحاجة ،

و حالة الغفلة أو عدم التجربة و حالة الطيش البين و حالة الهوى الجامع و حالة ضعف الإدراك .

150 - حالة الحاجة : يقصد بها كما يقول أستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي "كل غائقة أيا كانت سواء كانت هذه الغائقة تعدد الشخص من الناحية الاقتصادية أو في حياته و صحته أو حتى في شرفه (61) وكما قال على ذلك أن تقتضي الحاجة إلى التعجيل بإجراء عملية جراحية لا يمكن تأخيرها عند أقرب مصحة .

151 - حالة عدم التجربة أو الغفلة : يعرفها الفصل 12/3 من مشروع الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية بأنها : "عدم الاعتداء إلى التصرفات الرابعة بسبب البساطة والبلاهة" (62) أو هي "تخلف المعرفة لدى الشخص في نطاق المعاملات لدرجة لا يستطيع معها أن يدرك حقيقة مدى التزاماته" (63) .

152 - حالة الطيش البين : هي حالة الاندفاع الخالية من التروي التي يقدم فيها المتعاقد على إبرام العقد دون اتخاذ الاحتياطات التي يُلجأ إليها العقل المدبر (64) .

153 - حالة الهوى الجامح : ويقصد بها الشعور الملح والعنيف نحو شخص أو شيء والذي يترك على الشخص نفسه ويأسر منه احساسه ، أو هو ميل إلى ناحية تغلب فيه العاطفة على الإرادة (65) .

154 - حالة ضعف الإدراك : ويقصد منها تخلف القدرات الذهنية أو العقلية بسبب الشيخوخة أو عاهة جسمية .

نعم هذه الحالات كلها يمكن اعتبارها حالات أخرى مشابهة لحالة المرض وذلك لأن العلة متحدة فيها جميعا وهي نقصان لم نقل انعدام الوضع والحرية الواجب توافرها في الإرادة أي الرضاء لكي يقع صحيحا .

155 - وإذا كانت العلة واحدة ومشتركة بين هذه الحالات وحالة المرض فمما يمكن اعتبار حالة المرض المسبب للموت ولو كان المرض عضويا - وحالة السكر من الحالات الأخرى المشابهة وفقا لمفهوم الفصل 54 من ق.د.ع.م . ٢

(61) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : نظرية السبب بين القديم والحديث : السنة الجامعية 1976-1977 ع 73 .

(62) عبود رشيد عبود : الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح ، الطبعة الأولى 1965 ص 183 .

(63) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : نظرية السبب بين القديم والحديث ع 73 .

(64) تعريف محكمة النقض السورية - الغرفة المدنية قرار رقم 742 في الدعوى ذات رقم الأساس 1084 بتاريخ 7/11/1960 عن : مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ع 97 .

(65) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ع 72 .

الواقع، أن الاجتهاد القضائي الفرنسي له موقف واضح من هاتين

الحالتين :

- فبالنسبة للمريض مرض الموت يذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي

الى اعتبار تصرفه باطلاً بالانا مالقا وذلك، لأن العقد الذي يقع ارتضاؤه

قبل الموت يكون فيه رغبة المريض منعدم الوضوح والحرية والتمييز (66) .

- أما بالنسبة لحالة السكر، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي يبطل

العقد الذي يبرم تحت وادته ولكنه يشترط أن يكون السكر مفرطاً تكون مقبلة

حالة الثمالة في وضع يجعل "من الطبيعي أن تحجب العقل بصفة معتبرة" (67)

و اذا كان في مقدور القاضي المفربي أن يلبي طلب ابطال العقد

الذي أبرمه المريض مرض الموت باعتبار أن هذا المرض يشكل نقصاً في الوضوح

و ضعفاً في الإدراك، وذلك باستعمال السلطات التقديرية المألقة التي يخولها

أياه الفصل 54 من ق.د.ع.، فإن الحل الذي يعطيه الاجتهاد القضائي الفرنسي

لحالة السكر لا يمكن الأخذ به في المفرب لأن السكر مخالف للأخلاق الحميدة

المفربية المتأثرة الى حد بعيد بالأخلاق الإسلامية. هذا بالإضافة الى أنه

في بعض الأحيان يشكل جريمة خاصة عنها يكون علنياً . وحتى اذا كان من

المنطقي التمسك بالسكر ولو كان اختيارياً لأنه يحجب الوضوح و الحرية فإنه

على ضوء الأخلاق الحميدة المفربية لا يمكن التمسك به باعتباره يشكل نوعاً من

الدناءة و الفسوق و القاعدة تقضي بأن "من ينبجح بالفسوق غير جدير بالاستماع

له" أو "لا يصفى الى قول من يريد الاستفادة من سوء عطيه" (Nemo

) (auditor propriam turpitudinem Suam allegans)

و نرى أنه يمكن الأخذ بهذا الرأي بالرغم من أن الفصل 72 من

ق.د.ع. ينص صراحة على أنه "يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو

لنظام العام أو للأخلاق الحميدة" (68).

(66) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 55 .

(67) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 55 .

(68) - نقول بهذا الرأي بالرغم من أن مدونة الالتزامات والعقود التونسية التي تعد 4 صلا 4 مصدر تارخياً مباشراً لق.د.ع. المفربي قد نصت صراحة في الفصل 58 على ما مكافئة طلب ابطال العقد في حالة السكر.

156 - وما دمننا بصدد الحديث عن الحالات الأخرى المشابهة تجدر الإشارة الى أن ق.د.ع.م. نس صراحة على البعض من تلك الحالات التي حاولنا توضيحها . وهذا النص كرسه الفصل 878 الذي يقضي بأن : "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف ادراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز الى حد كبير السعر العادي للفوائد أو قيمة الخدمة المؤداة..."

غير أن الذي ينبغي ملاحظته هو أن النص من جهة يتعلق بعقد القرض فقط ولا يعتبر قاعدة عامة من شأنها أن تنطبق على جميع العقود، ومن جهة أخرى فلكي يعمل بهذا النص في عقد القرض يشترط :
- أولاً أن يتحمل المقترض فوائد أو منافع أخرى تتجاوز الى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمات المؤداة - وهذا هو العنصر المادي -
- ثانياً أن يأتي هذا التحمل نتيجة استغلال المقرض حاجة أو ضعف ادراك أو عدم تجربة المقترض .

و اذا ثبت هذا فان الجزاء الذي يرتبه الفصل 878 هو البطلان وليس الابطال . ألا أنه ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بانقاص السعر المشروط للفوائد الى السعر العادي .

• ومن هنا نلاحظ أن الغبن الاستهلاكي الذي يأخذ به ق.د.ع.م. في الفصل 878 لا علاقة له بالفصل 54 من ق.د.ع. الذي لا يشترط أي شرط وإنما يقتصر فقط على ترك أمر تقدير حالة المبرر والحالات الأخرى المشابهة الى القاضي الذي لا يملك اذا ما أقر حالة من هذه الحالات ألا أن يحكم بابطال العقد .
بقي أن نتساءل عن المعيار الذي ينبغي على القاضي الاسترشاد به عند استعمال سلطته التقديرية هل هو المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي والذاتي ؟ . ان نص الفصل 54 لا يحدد أي معيار . ألا أنه نظراً لكون أسباب الابطال المبني على حالة المبرر والحالات الأخرى المشابهة قد نظمها المشرع تحت عنوان "عيوب الرضى" ونظراً لكون هذه العيوب - كما مر بنا - تعتبر كلها - كما وقع توضيحه سابقاً - حالات نفسية فانه لا يسعنا إلا أن نذهب الى أن المعيار الذي ينبغي الاسترشاد به عند التقدير هو المعيار الشخصي أي المعيار الذاتي الذي بموجبه يكون على القاضي أن يراعي السن و الذكورة أو الانوثة وحالة الاشخاص و درجة تأثرهم .

الآ شرطا تكميليا (3) تقرضه اعتبارات متعددة يرجع أساسها اما الى طبيعة الروابط التعاقدية نفسها كالا اعتبارات التي تتم مصلحة المتعاقدين أو الاغيار أو السلطات العمومية واما الى التطور الاقتصادي الذي أدى بتدخل الدولة في العقد لتوجيهه **من** أجل استقرار المعاملات (4) .

و الدور الوظيفي الذي أصبحت الشكلية الحديثة تقوم به لم يغير المعنى التاريخي المؤلف للشكلية فقط بل أعطى لهذه الأخيرة تطبيقات متعددة ومتنوعة بعضها لا يلعب أي دور في تفسير مصير صحة التصرفات ويقتصر فقط على تحديد درجة فعاليتها كشكلية الكتابة التي يجعل منها المشرع الوسيلة الأولى من الناحية المبدئية لاثبات العقود كيفما كانت التصنيفات التي تنتمي اليها كلما تجاوزت قيمتها 250 درهما (الفصل 443 من ق.د.ع.م.) ، وشكلية التسجيل التي استدعتها مصلحة الخزينة العامة والتي تخضع لها أغلب العقود ، وشكلية الاشهار التي تشترط لسرן آثار العقد في حق النير ، وشكلية الحصول على الرخص الادارية التي فرضتها ضرورات الاقتصاد الموجه كرخس الصرف التي تشترط قصد ابرام العقود التجارية الدولية .

و البعض الآخر من تطبيقات الشكلية يتحكم في زمام ميلاد العقد صحيحا كشكلية الكتابة التي يعتبرها المشرع ركنا في العقد لا ينعقد هذا الأخير بدونه .
و الشكلية التي تفيد حرية التعبير عن الارادة تقيدا حقيقيا والتي نبهنا في هذا المقام انما نقصد بها وبالدرجة الاولى تلك الشكلية المعتبرة ركنا في العقد .

159 - اذا ثبت هذا ورجعنا الى ق.د.ع.م . تبين لنا أنه من الناحية المبدئية لا يشترط أية شكلية في التعبير عن الارادة الا أنه يفرض استثناء في بعض فصوله توافر الشكلية كركن في بعض العقود .

و العقود التي يشترط فيها توافر الشكلية يطلق عليها اصطلاح العقود الشكلية . وهذه العقود الشكلية تعتبر في الواقع نيدا حقيقيا على مبدأ رضائية العقود . غير أن المشرع عندما يوجب توافر الشكلية كركن في العقد لا يرمي بذلك الى تغليب عنصر الشكل على الارادة بقدر ما يهدف الى حماية هذه الارادة نفسها من الأخطار اللصيقة بنوع معين من العمليات التعاقدية التي يتطلب الاقدام عليها كثيرا من

(3) ماري أنطوانيت غرييرو : المرجع السابق ص 13 .

(4) جيار فارجات : القانون الخاص للاقتصاد : 2 / نظرية الالتزامات : ص 166 وما بعدها .

التسويي والحيطة . ومثل هذا الهدف الذي يرمي المشرع الى تحقيقه من وراء فرض الشكلية في بعض العقود هو الذي ينبغي من حدة النيد الذي تمثله الشكلية على الرغائية .

160 - و تعتبر الكتابة أعم مظهر من مظاهر الشكلية في ق.ل.ع.م . إلا أن القواعد التي تنظم هذه الكتابة كشكلية مباشرة في العقد قليلة جدا في القانون المصري بالمقارنة مع القانون الفرنسي الذي أدت به اعتبارات التوجيهية التعاقدية الى اشتراط تدخل الموظف العمومي أو عون السلطة العمومية في تكوين العقد وذلك في كثير من الحالات . و من العقود التي يشترط فيها القانون المصري الكتابة كشكلية انعقاد نذكر ما يلي :

- الحلول الاتفاقي الذي " يقع عندما يقتصر المدين الشيء أو المبلغ الذي يكون محله الالتزام بقصد قضاء الدين . " (الفقرة الأولى من الفصل 213 من ق.ل.ع.م .) فعذا الحلول الاتفاقي يعتبر عقدا شكليا لا يقع صحيحا إلا اذا أدرج ك من عقد القرض والتوصيل في محرر ثابت التاريخ . لا بل صحة هذا العقد لا تتوقف فقط على توافر ركن الكتابة وإنما تدخل المشرع حتى في صيغة هذه الكتابة . فالكتابة المشترطة في عقد القرض ينبغي أن تتضمن ما مفاده أن المبلغ أو الشيء قد اقتضى لوفاء الدين . أما الكتابة المشترطة في التوصيل فينبغي أن تتضمن ما مفاده أن الوفاء قد وقع بالثبوت أو الشيء المقدم من الدائن الجديد لهذا القرض (الفقرة الثانية من الفصل 213 من ق.ل.ع.م .) .

- عقد البيع الذي يكون محله عقارات أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا كالسفن يعتبر عقدا شكليا تمثل فيه الكتابة في محرر ثابت التاريخ ركنا في العقد (المصل 489 من ق.ل.ع.م .) .

- عقد المعاوضة اذا كان محله عقارات أو أشياء أخرى يجوز رهنها رسميا (الفصل 620 / 2)

١٨ - عقد الفوائد المترتبة عن القرض عندما لا يكون أحد طرفيه تاجرا (الفصل 871 من ق.ل.ع.م .)

- عقد الشركة اذا كان محله عقارات أو غيرها من الأموال التي يمكن رهنها رسميا لمدة تزيد عن ثلاث سنوات (الفصل 987 من ق.ل.ع.م .) .

- عقد الصلح اذا شمل انشاء أو نقض أو تعديل حقون واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رسميا (الفصل 1104 من ق.ل.ع.م .)

- الاتفاقات الجماعية للشغل تعد باطلة اذا لم تبرم كتابة (الفقرة الأولى من الفصل الثالث من ظهير 17 أبريل 1957 المتعلق بالاتفاقات الجماعية) .

== السيرة الأولى ==

الشكلية كقيد على حرية التعبير عن الإرادة

158 - مر بنا في معرض دراستنا لتكوين العقد أن هذا الأخير تهيمن عليه في ق.ل.ع.م. نظرية سلطان الإرادة إذ الإرادة أو الرضا في هذا القانون هو جوهر العقد. وكل الأركان التي يشترط الفصل 2 من ق.ل.ع.م. ثوابها في العقد تتمحور حول الإرادة. غير أن هذا الفصل لم ينص على الشكل الذي ينبغي أن يصب فيه العقد ولكن هذا لا يعني أن ق.ل.ع.م.م. لم يشر إلى الشكلية. إنما تبقى هذه الشكلية مختلفة في مفهومها عن تلك التي كانت سائدة في التشريعات القديمة كالقانون الروماني مثلاً.

ففي القانون الروماني كانت الشكلية في العقود هي الأصل. أما الإرادة فكانت عاجزة عن إنشاء العقد لأن الاتفاق المجرد لا يولد الدعوى ولم تكن الرابطة التعاقدية تنشأ إلا باللجوء إلى طقوس أو حركات معينة كوزن قضبان حديدية في عقد النيكسوم، والنطق بألفاظ مقدسة في العقد اللفظي و الكتابة في العقود الكتابية. (1)

وإذا كان التفسير السوسولوجي للشكلية من الناحية التاريخية يكمن في هيمنة الطقوس والرموز على العقلية البدائية، فإن التطور الذي طرأ على العقد خا بعد سيادة نظرية سلطان الإرادة لم يقض على الشكلية وإنما أحل محل الشكلية الرمزية أو شبه المتصوفة شكلية وظيفية وعاقلة. (2)

فبعد سيادة الرضائية التي تعتبر نتيجة منطقية لنظرية سلطان الإرادة، أصبح المبدأ في تكوين العقد هو أن الإرادة يمكن التعبير عنها بحرية دون التقيد بصيغ في أي شكل من الأشكال. وحتى في الحالات الاستثنائية التي يشترط فيها القانون شكلية معينة، فإن الإرادة تبقى دائماً هي الملزمة أما الشكلية فلا تعتبر

(1) ماري انطوانيت كويبيرو: التصرف القانوني الشكلي: أطروحة، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي، باريس 1975 ص 9. - أنظر أيضاً: السنهوري: الوسيط، المجلد الأول: ص 455، نظرية العقد: ص 30. - سولقد كان القانون الفرنسي القديم بدوره يتميز بهيمنة الشكلية عليه وكانت العقود تتم مثلاً بتسليم العصا، أو المصافحة. كما أن تسليم العربون كان يعد بمثابة اللحظة الحاسمة لارتباط الأطراف بالعقد في البيع أو الأكرية أو ما شابهها من العقود. أنظر تيرير وفيل: المرجع السابق ص 123 و 124.

(2) جان هوزير: الموضوعية والشخصية في التصرف القانوني: أطروحة، باريس، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي، 1971 ص 146.

** الملحق الثاني **

سلطان الرضاية في العقد

157 - مر بنا في السابق أن مظاهر سلطان الارادة في تكوين العقد تتمثل في عيئة الرضاية عليه . غير أنه بالرجوع الى المقتضيات القانونية التي تنظم نظرية العقد يتبين أن الرضاية تتأثر بقيود في شقها المتعلق بحرية التعبير عن الارادة كما تتأثر في مجموعها بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية . و لذلك حتى نتكمن من تحديد نطاق الرضاية نرى من الضروري معالجة القيود الواردة على حرية التعبير عن الارادة و تتمثل في الشكلية الى جانب تقييد العوامل الاقتصادية والاجتماعية للحرية التعاقدية .

و عليه فان هذا الفصل سيقسم الى فرعين كالتالي :

= الفرع الأول : الشكلية كقيد على حرية التعبير الارادة

= الفرع الثاني : العوامل الاقتصادية والاجتماعية كقيد على الحرية التعاقدية .

صحيحا

- عقد التمرين لا يقع ^{صحيحا} إلا إذا تم كتابته في سجل يصسكه رب العمل .
و يلاحظ أن عقد التمرين يشكل قيذا صارما على نارية سلطان الارادة لأن المشرع لم يقتصر على اشتراط الكتابة فقط. لصحته بل ألزم المؤجر عند الكتابة بالتقيد بايراد بيانات حددها المير 16 أبريل 1940 المنظم للتكوين المهني في المممل كالاسم العائلي والشخصي للمتمرن و عمره وعنوانه وتاريخ ابتداء وانتهاء التمرين والاشارة الى كون المتمرن قد اطلع على نظام التكوين المهني في العمل . (5)
- بيع الأصل التجاري لا يقع صحيحا إلا إذا تم كتابته وفي محرر رسمي أو سرفي (الفصل الأول من المير 31 ديسمبر 1914) . ورهن الأصل التجاري كيمه يمد عقدا شكليا وتعتبر الكتابة فيه من شروط الانعقاد (الفقرة الأولى من الفصل 10 من المير 31 ديسمبر 1914) .

- حواله براءة الاختراع تعتبر عقدا شكليا لأنها لا تقع صحيحة إلا إذا تمت كتابة (الفصل 41 من المير 23 يونيو 1916 المتعلق بحماية الملكية الصناعية) .

- البيع العمومي للأشياء المنقولة بالمزاد العلني لا يقع صحيحا إلا بحضور كاتب الضبط للمحكمة التي توجد بدائرتها هذه الأشياء المنقولة (الفصل 1 من المير 26 أبريل 1919) و يتعين على كاتب الضبط المكلف بالبيع أن يحرر محضرا بذلك يتقيد فيه بايراد بيانات الزامية نص عليها الفصل 8 من نفس المير المشار اليه أعلاه . و يتم بعد ذلك تسجيل محضر البيع بدون بياض و لا كتابة بين السطور في سجل خاص يوقع عليه رئيس المحكمة الابتدائية بالأحرف الأولى (الفصل 10 من المير المذكور) .

1/ - شركة المساهمة لا تقع صحيحة إلا إذا وردت في عقد رسمي أو سرفي يحرر في نظيريت أصليين (الفصل 1 و 2/21 من القانون الفرنسي المؤرخ في 24 يوليو 1867 بشأن الشركات الذي يحيل عليه في تنظيم شركات الأحوال المير 11 غشت 1922 المتعلق بالشركات ذات رأس المال) .

- الكمبيالة تشتراط فيها للكتابة كركن انعقاد لا بل الأكثر من هذا فإن الكتابة وحدها لا تكفي لصحة الكمبيالة إذ أنه لا بد من توافر البيانات الجوهرية للزامية التي نص عليها القانون التجاري في الفصل 128 . (6)

(5) موسى عبود : دروس في القانون الاجتماعي ، 1973 ص 58 .
(6) علي سلطن المبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي : مابعد التومي ، ط 1 ، الرباط ، 1970 ص 28 و ما بعدها .

- السند لأمر : أسوة بالكميالة فان السند لأمر لا يكون صحيحا إلا

إذا توافرت فيه الكتابة و البيانات الالزامية المنصوص عليها في الفصل 192 من

القانون التجاري المغربي . (7)

- الشيك : تعتبر الكتابة ركنا حواليا لوجوده شأنه في ذلك شأن

الكميالة و السند لأمر . كما أنه لا يمكن الاعتداد به إلا إذا تضمن البيانات

الالزامية المنصوص عليها في الفصل الأول من 19 يناير 1939 المنظم للشيك (8) .

- الرهن الرسمي لا ينعقد إلا إذا حرر كتابة في عقد رسمي أو عرفي

بالنسبة الى الرهن الرسمي الاتفاقي والرهن الرسمي المؤجل (الفصلان 173 .

و 183 من 2 غمير 1915 . المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة) ،

أو صدر به حكم قضائي بالنسبة الى الرهن الجبري (الفصل 163 من 2 غمير

2 يونيو 1915) .

- الهبات بين الأحياء الفرنسيين التي تتم في المغرب تشترط فيها

الكتابة كركن للانعقاد وينبغي أن تأتي في محرر رسمي أمام موثق وفقا للمادة

10 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب . و الهبة التي تحرر في

عقد عرفي تقع باطلية كما ذهبت الى ذلك المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في

حكمها الصادر بتاريخ 10 فبراير 1947 والمنشور بمجلة المحاكم المغربية -

عدد 1946 / 1948 . (9)

- عقد الزواج يشترط فيه "حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس

واحد الايجاب والقبول . . . " (الفقرة الأولى من الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية)

و إلا كان الزواج فاسدا (الفصل 2/32 من مدونة الأحوال الشخصية) .

- عقد الاستلحاق (10) لا يتم إلا بالكتابة المتمثلة في الاشهاد الرسمي ، أو

أو خط يد المستلحق الذي لا يشك فيه (الفصل 95 من مدونة الأحوال الشخصية) .

- عقد الوصية لا يصح إلا إذا صدر به اشهاد عدلي أو محرر يوقع عليه

الموصي بامضائه (الفصل 192 من مدونة الأحوال الشخصية) .

(7) علي سلمان العبيدي : المرجع السابق ص 424 .

(8) علي سلمان العبيدي : المرجع السابق ص 443 و 445 و 446 .

(9) شكري أحمد السباعي : نثرية بإلان العقود و اباها في ق.ع.م. ص 208 .

(10) ينص الفصل 92 من مدونة الأحوال الشخصية على أن "القرار بالبنوة ولو في مرض

الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر بالشروط الآتية : 1- أن يكون المقر ذكرا .

2- أن يكون المقر عاقلا . 3- أن يكون الولد المقر به مجهول النسب . 4- أن لا يكذب

المستلحق (بكر الحاء) عقل أو عادة ."

و إذا كان القانون المغربي قد خرج في هذه العقود التي استمرضاها أعلاه عما تقضي به نازية سلطان الارادة وجعل من الشكليه الواجب توافرها فيما كركن انعقاد قيذا يتحدد به نطاق الرضائية ، فان اعتبار خطورتها في نظر المشرع هو الذي حمل هذا الأخير على تبني قيد الشكليه في مثل هذه العقود أما قصد حماية الأسرة التي يعتبرها الخليه الأولى للمجتمع المغربي (كما هو الشأن في عقود الزواج و الاستحقاق و الوصية) أي حماية المصالح العام، أو قصد حماية الائتمان (كما هو الشأن في الأوراق التجارية : الكمبيالة السند لأمر، الشيك) أو بغية حماية الركيزة الأولى التي يقوم عليها الاقتصاد المغربي و التي تتمثل في الفلاحة و المضاربات العقارية (كما هو الشأن في العقود التي يكون محلها عقارات أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى مما يمكن رجحه رجحا رسميا) ، أو من أجل حماية المتعاقدين أنفسهم بتنبههم الى ضرورة التدبر و التأمل فيما يريدون الاقدام عليه من أعمال لخطورتها أو مساسها بالمصلحة الاجتماعية (كما هو الشأن في بقية العقود الأخرى) (11) .

و يلاحظ من خلال الأمثلة السابقة أن الكتابة التي يشترطها القانون المغربي كركن في العقد لا يتحتم ورودها في قالب رسمي إلا نادرا . لذلك فان الكتابة من جهة قد تكون رسمية و قد تكون عرفية و من جهة أخرى يعتمد بها كشكليه انعقاد حتى ولو لم يفرضها القانون و ذلك في الحالات التي يتفق فيها المتعاقدون على اعتبارها كذلك .

161 - أولا : اشتراط الكتابة الرسمية للانعقاد : عندما يفرض القانون مجيء الكتابة المعتبرة ركنا لصحة العقد في شكل رسمي ، فان العقد في هذه الحالة ياللق عليه اصطلاح العقد الرسمي .
و العقد الرسمي هو التصرف الذي يقوم بتحريره "موظف عمومي له صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد و ذلك في الشكل الذي يحدده القانون" (12)

(11) راجع في هذا المعنى : شكري أحمد السباعي : المرجع السابق ص 209 .
- ولمزيد من التفصيل في الأسباب التي أدت بالمشرع الى تبني الشكليه في بعض العقود : راجع : ماري أنيا و انيت كريبيرو : المرجع السابق من ص 38 الى 49 .
- وكذلك جبرار فارحات : المرجع السابق من ص 166 الى 171 .
(12) اذا كان التعريف الذي أورده ينطبق على الأوراق الرسمية الصالحة للاثبات كما وقع النص عليه في الفصل 418 من ق.م.ع.م. ، فالتا لا نرى ما يمنع اطلاق نفس التعريف على العقد الذي تجعل منه الكتابة الرسمية عقدا رسميا .

و لا يقصد بتحرير العقد الرسمي من طرف المؤلف العمومي بالضرورة كتابته بخا يده، بل يكفي أن تكون الكتاب الرسمية صادرة باسمه. وذلك لأن الذي يصبح صفة الرسمية على الكتابة في جميع الأحوال هو صفة المؤلف وتوقيعه (13) و صفة المؤلف العام المكلف بتحرير العقد ^{بتنوع} العقود الرسمية : فقد يكون هو القاضي كما هو الشأن في الرموز الرسمية الجبرية و قد يكون هو المدل كما هو الشأن في عقد الزواج والوصية والاستحقاق و قد يكون هو الموثق كما هو الشأن في الدفاتر بين الأحياء الفرنسيين التي تتم في المفـرب (14) .

و فيما يتعلق بصفة هذا المؤلف الأخير (أي الموثق) ، نشير الى أن المفرب عرف منذ سنة 1913 نظاما حديثا للتوثيق من أجل تحرير العقود التي يبرمها الفرنسيون والأجانب في دائرة اختصاص المحاكم المصرية . كما عرف أصنافا من الموثقين تتمدد بتعدد قوانين الأحوال الشخصية التي يحيل عليها الفصل 3 من ق.ل.ع.م. والفصل 3 من ناهير 12 غشت 1913 النظام للوصفية المدنية للفرنسيين والأجانب . إلا أنه بالرغم من وجود نظام للتوثيق فان القانون المفربي لم يشترط تدخل الموثقين قصد تحرير العقود أو التصرفات القانونية بصفة أعم إلا نادرا . وبذلك يبقى اللجوء الى الموثق معلقا على محض إرادة المتعاقدين حتى في حالة انشاء عقد شركة المساهمة (15) ، وفي حالة إبرام التصرفات المتعلقة بالمقاربات المسجلة .

و لكي تكتسب الكتابة المشترية لانعقاد صفة الرسمية فانه ينبغي مراعاة شرط الاختصاص الواجب تفرزه في المؤلف العمومي الذي يكلف بهما سواء من حيث طبيعته العقد أو من حيث مكانه .

" ف فيما يتعلق بطبيعة العقد يجب أن يكون المؤلف العمومي أو الشخص الذي له صلاحية التوثيق مختصا بتحرير العقد و أن يكون هذا التحرير مما يدخل في عطفه من حيث نوع العقد " . أما فيما يتعلق بمكان تحرير العقد فيرجع الى أن المؤلف

(13) مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : وسائل الاثبات في التشريع المدني المفربي : القواعد العامة لوسائل الاثبات : الكتاب ، الشهاديات ، القرائن ، القرار ، اليمين : مطبعة فضالة المحمدية ، الطبعة الاولى ، 1977 ، ص 68 .

(14) أنظر في هذا المعنى : مولاي ادريس العلوي العبدلاوي : الموضع السابق ص 68 و 69 .

(15) يرى الاستاذ ج . كوتيرييه بأن انشاء شركات المساهمة يخضع لقلم الموثق بالضرورة المرجع السابق ص 89 . ولكن مر بنا أن الفصل 1 وكذلك الفصل 2/21 من قانون 24 يوليوز 1867 المنظم للشركات يمنحان الاختيار بين تحرير عقد الشركة في شكل رسمي أو عرفي

المختص بتحرير الورقة لا يعتبر كذلك، إلا إذا كان ذا اختصاص بتحريرها في المكان الذي حرر فيه... وذلك أثناء ولايته (16)

و بالإضافة الى الشروط السابقة فان اكتساب الكتابة للرسمية يتوقف أيضا على احترام الأوضاع التي يحددها القانون في الكتابة .

و عند تخلف الشروط الواجب توافرها في الموثاف العمومي أو عندما لا يحترم الشكل الذي يحدده القانون ، فان الكتابة لا تكون رسمية و يترتب على زوال صفة الرسمية عن الكتابة وقوع العقد الرسمي باطلا . غير أنه عندما يكون العقد شكليا ولكن القانون لا يشترط فيه إلا الكتابة بغض النظر عما اذا كانت رسمية أو عرفية ثم يختار للمتعاقدون الكتابة الرسمية ، فان تخلف الشروط الواجب توافرها في الكتابة الرسمية لا يؤثر في نأرنا على صحة العقد ، لما أنه وقع احترام الكتابة المعتبرة ركنا شكليا في هذا العقد . وبعبارة أخرى فحتى اذا ما فقدت الكتابة صفتها الرسمية فانها تبقى مع ذلك محتفظة بصفتها العرفية .

162 - ثانيا : اشتراط الكتابة العرفية الانعقاد : ان القانون المغربي في كثير من الحالات التي يعتبر فيها العقد شكليا نجده أحيانا يقتصر على اشتراط الكتابة كركن في العقد دون تحديد للقالب الذي ينبغي أن تصب فيه هذه الكتابة . وأحيانا أخرى يمنح الاختيار للمتعاقدين في أن يصبوا عقد هم الشكلي في قالب رسمي أو عرفي . لذلك فان المتعاقدين غالبا ما يلحأون الى اختيار العقود العرفية لما لها من المزايا المتمثلة في سرعة وسهولة التحرير والتوفير في المصاريف الناتجة عن ابرامها وذلك بالمقارنة مع العقد الرسمي .

فالعقد العرفي اذن هو الشكل المبني في العقود الشكلية ويشترط فيه أن يكون محررا كتابة وأن يوقع بالضرورة من قبل المتعاقدين ولكن من الناحية المبدئية لا يشترط فيه أن يكون مؤرخا .

- و الكتابة التي ينعقد بها العقد الشكلي تسمى بالعرفية لأنها تحرر من قبل شخص عادي قد يكون هو أحد أطراف العقد (أو هما معا) كما قد يكون أحدا من الغير لذلك يسميها البعض بالكتابة الخاصة (l'écrit privé) (17)

(16) مولاي ادريس العلوي الصبلاوي : المرجع السابق ص 69 .
(17) أنبار مثلا : ماري أنا و انيت ترييرو : التصرف القانوني الشكلي ص 322 وما بعدها . - ولعل اطلاق امصلاح الكتابة الخاصة أفضل في نظرنا من الكتابة العرفية التي قد توهم لأول وهلة بأنها هي الكتابة التي تخضع لما تقضي به الاعراف والحال أنها تسمى كذلك تمييزا لها عن الكتابة الرسمية .

و الكتابة العرفية تقع صحيحة سواء حررت بخط يد موقعها أو كانت مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة (18) إلا إذا كان القانون يشترط في الكتابة العرفية أن تكون بخط يد موقعها كما هو الشأن بالنسبة لعقد الاستحقاق الذي يشترط فيه الفصل 95 من مدونة الأحوال الشخصية عندما لا يثبت باثبات رسمي أن يكون بخط يد المستحق الذي لا يشاك فيه.

و إذا كان المبدأ في الكتابة العرفية أن الخواص لهم الحرية الكاملة في كيفية تحديد ما ينبغي أن تبلوره هذه الكتابة فإن المقصود بهذا المبدأ هو أن تنصب الكتابة على إبراز توافق الإرادتين والعناصر الأساسية الأخرى للعقد حسبما وقع النص عليه. في الفصل 19 من ق.ل.ع.م. إلا أنه في بعض الأحيان لا يكفي تحديد الكتابة بهذه الكيفية بل ينبغي التقيد بالبيانات الإلزامية التي يتحتم على الكتابة العرفية بلورتها كما هو الشأن في البيانات الإلزامية التي ينبغي أن تبرزها الكتابة العرفية في الأوراق التجارية (الفصل 128 و 192 من القانون التجاري و الفصل 1 من ن.ل.ع.م. 19 يناير 1939 المنظم للشيك). وكما هو الشأن في الحلول الاتفاقي الذي ينبغي التقيد في كتابته بالبيانات المنصوص عليها في الفصل 213 من ق.ل.ع.

163 - يظهر مما سبق أن الكتابة العرفية في العقد الشكلي هي الوسيلة التي يعبر بواسطتها الأطراف عن إرادتهم. إلا أن الذي يضفي على الكتابة صفتها هذه ليست هي لغة التعبير أو طريقة التدوين بل هو التوقيع الذي يوضع عند نهاية الكتابة في العقد الشكلي (19).

فالتوقيع إذن هو الذي يعطي للكتابة قيمتها العرفية كشكلية انعقاد. و هو عبارة عن رموز خطية تسمح بالتمعرف على شخص المتعاقد وتشكل أساسا كنسبة الكتابة إلى موقعها ولولم تكن مكتوبة بخطه. ودليلا على اعتمادها إياها وإرادته الالتزام بضمونها (20)

(18) مولاي ادريس العلوي المبدلوي : المرجع السابق ص 84 .
(19) إذا كان اصطلاح العقد العرفي ليس من شأنه أن يحملنا على الاعتقاد بأن التوقيع هو الذي يصنع الكتابة بصفة العرفية فإن هذا الاصطلاح مترجم عن الاصطلاح الفرنسي *L'acte sous seing privé* . ويظهر من خلال الاصطلاح الفرنسي أن اعتبار التوقيع عنصرا جوهريا في الكتابة العرفية المعتبرة ركنا في العقد الشكلي ناتج عن عبارات الاصطلاح نفسه إذ أن هذا الاصطلاح يمكن ترجمته حرفيا بالعقد الذي يرد التوقيع الخاص أسفله، أنظر م.أ. كرييرو: المرجع السابق ص 325 وما بعدها. وكذلك فارجات : المرجع السابق ص 173 .
(20) مولاي ادريس العلوي المبدلوي : المرجع السابق ص 85 .

و يمكن تعريف التوقيع على عدي تحليلات الاساندة ما بي أنطوانيت كريبو (Marie Antoinette Guerriero) (21) بأنه علامة أو اشارة شخصية كاشفة عن هوية الموقع توضع بطريقة خطية أسفل الكتابة عن بينة واختيار من أجل التعبير عن نية امضاء العقد و بالتالي تكوينه .

و انطلاقا من هذا التعريف فان التوقيع لا يشترط فيه أن يكون واضحا أو مقروءا طالما أنه يؤدي الى الكشف عن هوية الموقع . و يكفي في التوقيع لكي يعتبر صحيحا أن يأتي في صورة الاسم المستعار اذا كان الموقع يعتاد الامضاء به حتى على التصرفات المهمة . إلا أن الاجتئاد القضائي الفرنسي لا يعترف بالتوقيع عندما يأتي في صورة صليب أو عندما يقتصر فيه على الحرف الأول الذي يتدعى به اسم الموقع . لأن مثل هذه العلامات لا تكشف بما فيه الكفاية عن هوية الموقع (22) .

و يتبين من تعريف التوقيع أيضا أن هذا الأخير ينبغي أن يتم بخط يد الموقع لذلك فان الطابع أو الختم لا يمكن اعتباره توقيعاً بالمعنى القانوني حتى ولو ورد في أسفل العقد . وهذا ما تقضي به الفقرة الثانية من الفصل 426 من ق.د.ع.م . ان تنص على أنه : " ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة و لا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع و يعتبر وجوده كعدمه " .

164 - و عندما يقترن التوقيع بالكتابة تصنع هذه الأخيرة عرفية و بذلك يتحقق ركن الشكلية الواجب توافره في العقود الشكلية العرفية . غير أنه في بعض الأحيان لا يكفي اجتماع عنصري الكتابة و التوقيع ليقع ركن الشكلية صحيحا في العقد ، بل ينبغي تأريخ الكتابة . ففي هذه الحالة يضاهي التاريخ كشرط ثالث لوقوع الركن الشكلي في العقد صحيحا كما هو الشأن في الحلول الاتفاقية الذي يشترط فيه الفصل 213 من ق.د.ع.م . أن يكون كل من عقد القرض و التوصيل مدرجا في محرر ثابت التاريخ ، و كما هو الشأن أيضا في عقد البيع الواقع على العقارات أو الحقوق العقارية أو الأشياء الأخرى التي يمكن رهنها رسميا حيث يشترط فيه الفصل 489 من ق.د.ع.م . أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ .

و التاريخ هو الوسيلة التي يتحدد بها العقد في الزمان . لذلك فان كل وضع أو اجراء من شأنه أن يحدد العقد في الزمان يشكل تاريخا صحيحا . وقد جرت العادة في ذكر التاريخ على الاشارة الى اليوم والشهر والسنة . غير أن التشديد بهذه

(21) ما بي أنطوانيت كريبو : المرجع السابق ص 326 .

(22) م . أ . كريبو : المرجع السابق ص 327 .

الإشارات لا يعتبر ملزماً إذ يكفي التعبير عنه بأية طريقة شريطة أن يستخلص منها تحديد التاريخ بوضوح (23) .

165 - وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا كان القانون غالباً ما يمنح الخيار بين الكتابة الرسمية و الكتابة العرفية، فإن مقتضيات الفصل 427 من ق.د.ع.م. تجعلنا نتساءل عما إذا كان هذا الخيار لا يمنح للمتعاقدين إلا إذا كانوا غير أميين، عكس المتعاقدين الأميين الذين لا مناص لهم لوقوع الركن الشكلي في العقد صحيحاً من اتباع الكتابة الرسمية . والفصل 427 ينص على أن "المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك".

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على توسيع مفهوم عبارة : "الأشخاص الأميون" الواردة في الفصل 427 المذكور .

لقد قام الاجتهاد القضائي المغربي بتوضيح هذا المفهوم . فحكماً ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في حكم لها صدر بتاريخ 12 / 3 / 1949 إلى أن "عبارة الأمي التي وردت في الفصل 427 من ق.د.ع.م. يقصد بها المشرع المغربي بكيفية حصرية الأشخاص الذين لا يعرفون التوقيع بالمرّة مقررًا لحمايتهم أن جميع العقود الموقعة ببصماتهم لا تكون لها أية قيمة بالمرّة إلا إذا تلقاها الموثقون أو الموظفون العموميون" (24) . ولقد سائر المجلس الأعلى نفس الاتجاه إذ جاء في القرار رقم 198 الذي أصدره بتاريخ 15 / 4 / 1970 و المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 17 ما يلي : "إن قضاة الدرجة الثانية لم يخرتوا الفصل 427 من ق.د.ع.م. بتأييد عم الحكم الابتدائي الذي صادف الصواب عندما عرف الأميين بجهلهم الامضاء واعتبر غير أمي من وضع امضاءه على العقود" (25)

و يتبين من خلال هذه الأحكام أن الاجتهاد القضائي المغربي لا يعتبر الشخص أمياً إلا إذا كان يجهل التوقيع بخط يده . أما إذا كان لا يعرف القراءة والكتابة ولكنه مع ذلك يوقع بخط يده فإنه لا يدخل في زمرة الأشخاص الأميين .

(23) م.أ. كريسو : المرجع السابق ص 329 .

(24) عباس المسعودي من هيئة المحامين بالرباط : مقال حول مفهوم عبارة "الأمي" الواردة في الفصل 427 من ق.د.ع.م. : مجلة المحاماة السنة الثالثة عشرة العدد السابع عشر - يونيو - يوليو 1980 ص 59 . - و يلاحظ أن الفصل 427 من ق.د.ع.م. إذا كان لا يعترف باحلال بصمة الإبهام محل التوقيع فإن ظهير 16 أبريل 1940 المنظم للتكوين المعني يعطي بصمة الإبهام الأميين نفس النوة التي يتمتع بها التوقيع وذلك في عقد التمريض .

(25) عباس المسعودي : المقال السابق ص 60 .

166 - و يلاحظ أن تأويل لفظة "الأمي" من طرف الاجتهاد القضائي فيه تحريف واضح و بين للمعنى الحقيقي للامية. فكم من شخص يتنقن فن التوقيع الذي قد يقرنه حتى بكتابة اسمه ومع ذلك يبقى أميا بالمعنى الحقيقي للكلمة طالما أنه يجعل القراءة و الكتابة تمام الجعالة. لذلك نرى أن يعرف الشخص الأمي بكونه الشخص الذي لا يعرف قراءة الكتابة التي حرر بها العقد على أن يترك للنضاة حرية تقدير معنى القراءة كي تنطبق حتى على بعض الحالات التي يكون فيها الشخص أميا بالفعل و مع ذلك يكون عالما بمضمون العقد الذي يوقعه بخلافه .

و لعل المجلس الأعلى قد انتبه الى النجوة التي تفصل بين المفهوم الذي أعلاه في السابق لعبارة الأمي و الواقع الحقيقي لهذه العبارة لذلك نجده يعيد النظر في موقفه من مفهوم الأمي و يقرر كما يقول الأستاذ الزاهر جامع (26) بأن : "الأمي في مفهوم الفصل 427 من ق.ل.ع.م. هو الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد المتنازع فيه" و ذلك في القرار^{المنشور} عدد 163 الطدر بتاريخ 14 / 2 / 1979 في الملف المدني عدد 64667. (26 مكرر)

إذا ثبت هذا رجعنا الى التساؤل الذي طرحناه سابقا لنقول بأن الخيار الذي يمنحه القانون المغربي في العقود الشكلية بين الكتابة الرسمية و الكتابة العرفية لا يزول في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي لما قبل سنة 1979 - ليقع التقيد بالكتابة الرسمية فقط إلا اذا كان الشخص المتعاقد أميا يجهل التوقيع بخط يده. أما اذا كان الشخص أميا ولكنه يوقع بخطه فانه يبقى متمتعاً بالخيار الذي يمنحه اياه القانون . غير أنه بعد ظهور الموثب الجديد للاجتهاد القضائي المغربي سنة 1979 فان الخيار أصبح لا يسقط إلا اذا كان الشخص أميا بالمعنى الذي يفيد الجعل بقراءة اللغة التي حرر بها العقد المتنازع فيه . بمعنى أن الخيار يسقط ما دام الشخص لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد حتى ولو كان يتقن فن التوقيع .

167 - ثالثا : الاتفاق على اشتراط الكتابة كشكلية انعقاد : غالبا ما يعتمد المتعاقدان بعد حصول تراضيهما على العناصر الأساسية للالتزام، الى الاتفاق على تحرير عقد عما كتابة أما قصد ربح الوقت الذي يساعد عما على التأمل والتدبر أكثر أو لأنهما

(26) الزاهر جامع وكيل الملك بالنيابة لدى ابتدائية الصويرة : مفهوم عبارة الأمي المنصوص عليها في الفصل 427 من ق.ل.ع.م. : مقال في مجلة المحاماة السنة الثالثة عشرة، العدد الثامن عشر، مارس - أبريل 1981 س 64 .

(26 مكرر) - لقد تم مؤخرًا نشر قرار في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 / السنة 5 / أكتوبر 1980 ص 99 وما بعدهما 101 و 102 العدد 26 المذكور وزع ثم سبب من المدعى ولم يسمح بتوزيعه بصفة نهائية إلا سنة 1983 في وقت كنا فيه قد طبعنا الرسالة لذلك لم نتمكن من إدراج القرار في المتن ويتضح من القرار أن "الأمي ليس هو الذي لا يفهم التوقيع ولكن الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد" و قد وردت في نص القرار ما جاء في الفقرة 4 من القرار المذكور.

يعتبران بأنه من الضروري بلورة توافق ارادتيهما في عقد شكلي حتى يكون هذا التوافق أكثر دقة ووضوحا . كما يحصل أن يعد المتعاقدان ورقة صالحة لاثبات عقدهما ومع ذلك يتفقان على ضرورة تحرير العقد بالكتابة الرسمية التي ينعقد بها العقد أمام موظف عمومي أو موثق .

ففي مثل هاتين الحالتين يشترط المتعاقدان جعل عقدهما خاضعا لشكلية ارادية . ولكي يتم تحديد الطبيعة الحقيقية لهذه الشكلية الارادية ينبغي التصرف عما اذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت الى اخضاع التكوين النهائي للعقد لكتابة محرر أو عقد رسمي أم لا . فاذا ما تبين أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى جعل الشكلية الارادية شكلية لانعقاد العقد فان هذا الأخير لا يتكون إلا اذا توافرت الشكلية المتفق عليها . وهنا ينقلب العقد من عقد رضائي الى عقد شكلي لا يقع صحيحا إلا اذا احترمت ذات الشكلية - الكتابة العرفية أو الرسمية حسب الأحوال - .

168 - ولكن ما الحكم عندما يقع الشك في طبيعة هذه الشكلية الارادية ؟ و بعبارة أخرى ما الحكم اذا حصل شك فيما انصرفت اليه نية المتعاقدين ؟ ان بعض القوانين الأجنبية قد حسمت هذا المشكل بنصوص صريحة . وهكذا فان القانون المدني الألماني (الفصلان 124 و 154 منه) و القانون الفدرالي السويسري للالتزامات (الفصل 1/16 منه) يجعلان عدم تحرير العقد كتابة قرينة على عدم انعقاده . بمعنى أن العقد لا ينعقد في هذه الحالة طالما أنه لم يقع تحريره كتابة . وهذا الحل الذي كرسه كل من القانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري لا نجد له مثيلا في ق.د.ع.م . شأنه في ذلك شأن القانون المدني الفرنسي . إلا أن الفقه في فرنسا - أمام غياب نص صريح - يذهب الى أنه في حالة وقوع الشك في طبيعة الشكلية الارادية يجب الرجوع الى الأصل المهيمن على العقود وهو الرضائية . ولكن هذا الأصل يمكن الخروج عنه اذا ما كانت هناك ظروف خاصة لأن مسألة تحديد طبيعة الشكلية الارادية تتعلق بنية المتعاقدين التي يملك النضاة سلطة واسعة في تقديرها (27)

ولا شك أن موقف الفقه الفرنسي من شأنه أن يطبق في المغرب لذلك نرى بأنه عندما يحصل الشك في التعرّف عما اذا كانت الشكلية الارادية قد اشترطت كشكلية انعقاد

(27) تيبّي وفيل : المرجع السابق ص 135 .



أم كسككية اثبات فانه ينبغي الرجوع الى مبدأ الرضائية في العقود . إلا اذا تبين للقاضي — الذي يستعين في سلطته التقديرية بالظروف الخاصة بالعقد و دراسة ترائنه لتكوين قناعته الموضوعية — أن نية الطرفين قد انصرفت الى اعتبار الشككية كسككية انعقاد . فهذا يستلطي الخروج عن المبدأ الأصلي في العقود ليأخذ بعين الاعتبار في اصدار حكمه وجود أو عدم وجود الكتابة المشترطة .

169 — و تبل الانتهاء من دراستنا لشككية الكتابة التي قيد بها المشرع حرية التعبير عن الارادة نشير الى أن ق.ل.ع.م. قيد بعض العقود بنوع آخر من الشككية اعتبره شككية مباشرة للانعقاد وان كان أخف وطأة وأقل تقييدا للتراضي التي تنعقد به العقود بصفة عامة . و يتمثل هذا النوع الآخر من الشككية في وائعة التسليم التي جعل منها ق.ل.ع.م. عنصرا جوهريا كالرضاء والمحل والسبب في كل من الوديعة (الفصلان 781 و 787) وعارية الاستعمال (الفصلان 830 و 833 و الرهن الحيازي (الفصلان 1170 و 1188) (28) . و العقود التي تشترط فيها الشككية المتمثلة في واقعة التسليم كركن انعقاد تسمى بالعقود العينية . و بالاغافة الى ما اعتبره المشرع من العقود العينية فإن المتعاقدين كما يستطيعان اشتراط الكتابة كشككية انعقاد في عقد يعتبر في الأصل رضائيا ه فان في مقدورهما أيضا قلب عقد رضائي الى عقد عيني و ذلك باشتراط وائعة التسليم كركن انعقاد كما لو اتفقا على أن العقد لا ينعقد بصفة نهائية إلا اذا قام أحد الطرفين بتسليم أدائه مسبقا للطرف الآخر .

(28) و يضيف بعض الفقهاء الى هذه العقود العينية عقد آخر هو عاية الاستهلاك أو القرض (راجع مثلا مأمون الكزبي : المرجع السابق ج 1، ص 195 . — شكري أحمد السباعي : المرجع السابق ص 212 . — ج. كوتيرييه : المرجع السابق ص 89 . — الأ- فإنه في نثارنا و تأييدا لرأي الأستاذ مخي الدين اسماعيل علم الدين (عقد الوديعة و عقد القرض : مطبوع أعد لجامعة السنة الاولى من دبلوم الدراسات العليا فرع القانون الخاص السنة الجامعية 1975 — 1976) اذا كان من شأن المفهوم المخالف للفصل 857 أن يوجي لنا بكون ق.ل.ع.م. يعتبر التسليم ركنا في عقد القرض فانه من جهة لم يذكر الفصل 856 الذي يعرف القرض أن هذا الأخير يتم بواقعه التسليم ومن جهة أخرى فان الفصول اللاحقة و خاصة الفصل 861 ترتب على القرض نفس الآثار المترتبة عن العقد الرضائي . و لذلك فخلافا للمفقه الذي يتحيز لعينية عقد القرض نرى أنه لا مناس من اعتبار هذا العقد عقدا رضائيا .

== الخـذرع الثـانـي ==

المـوالمـل الاقـصـادـيـة و الاجـتمـاعـيـة كقـيد عـلـى الحـريـة التـعاقـديـة

170 - بالرغم من أن النظام العام يشكل قيـدا تـقليديا للحريـة التـعاقـديـة، فإن نـظريـة سـلطان الارادة تمخـض عـن تـأبيـقها القانوني قبل باهور نظام الاقتصاد الموجه نشوء علاقات اجتماعية تأبىها استقلالية الأفراد عن بعضهم البعض بحيث كان كل فرد يشكل عالما مستقلا عن الآخر - وقد ترتب عن هذه الذرية (atomisation) في العلاقات أن أصبح كل فرد قادرا - لما له من سلطان في استقلاليتها - على الدفاع عن مصالحه بنفسه، لما أنه هو الذي يحسن تقديرها. كما أصبح الدخول في العلاقات التعاقدية أو الامتناع عنه متروكا لمحض حريته المستقلة.

غير أن تطبيق هذه المفاهيم التي تقضي بها نـظريـة سـلطان الارادة أدى الى خلق اضطرابات خطيرة و اشغال نيران أزمات اقتصادية عويصة كانت ستؤدي بالدولة الدركية التي لم تكن تسهر إلا على حماية المصالح الخاصة - الى التهلكة لولا يـقظـة هذه الأخيرة و اسـراعها الى التدخل في الميدان الاقتصادي و توجيهه بتدابير تنظيمية و قانونية تسبب تأبيقها في تقليص نفوذ و هيمنة سلطان الارادة. و قد تمثل هذا التقليص من جهة فـيـ الاجبار على التعاقد بالنسبة لبعض الأشخاص وذلك بالرغم من المبدأ القاضي بحرية الفرد في الاقدام أو الامتناع عن التعاقد، كما تشمل من جهة أخرى في تمديد نطاق فكرة النظام العام من أجل الزيادة في تقييد الحرية التعاقدية للفرد حتى في تحديد محتوى المقرر.

و عليه فإننا سنعالج هذا الفرع المتعلق بتقييد الموامل الاقتصادية و الاجتماعية للحرية التعاقدية في صحتين كما يلي :

المبحث الأول : الالتزام بالتعاقد كقيد على الحرية في

الاقدام على التعاقد أو الامتناع عنه.

المبحث الثاني : النظام العام كقيد على الحرية التعاقدية.

- المبحث الأول -

الالتزام بالتعاقد كغيره على الحرية في الالتزام على التعاقد أو الامتناع عنه

171 - بادئ ذي بدء نشير الى أن المقصود بالالتزام القانوني بالتعاقد ليس هو ذلك الذي يتولد عن تصرف قانوني سابق كما لو تعهد شخص بإبرام عقد في وقت لاحق. فالالتزام بإبرام العقد في هذه الحالة له مصدر اتفاقي (1) بمعنى أن الإرادة السابقة التي وقع التعبير عنها بحرية هي التي تحمل الإرادة الحالية على التعاقد بصفة الزامية.

إذا ثبت هذا قلنا بأن الالتزام بالتعاقد قد يفرضه نص صريح في القانون. وكما يقول الأستاذ بول ديراند (P. DURAND) (2) علينا أن نشير هنا أيضا إلى أنه ليس كل تدخل للقانون في فرض الرابطة التعاقدية يعتبر التزاما بالتعاقد بالمعنى الذي يقيد فيه الحرية التعاقدية في إبرام العقد أو الامتناع عنه.

- فالقانون قد يمنح للأشخاص حرية البحث عن تحقيق غاية ومع ذلك يملق تحقيق هذه الغاية على إبرام عقد كمقد التمرين الذي تخضع له ممارسة مهنة معينة. فهنا لا نكون أمام التزام قانوني بالتعاقد لأن المعنى بالأمر تبقى له الحرية في إبرام العقد أو الامتناع عنه.

- لكن القانون حماية منه لمصالح خاصة قد يخبر الشخص بين أمرين: إبرام عقد أو إخضاعه لوضعية قانونية تنتج عن تدخل السلطة العمومية. ففيما يتعلق بالملكية الشائعة مثلا "يسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة" (الفصل 978 من ق.ل.ع.م.) ولكن إذا عارض أحد الشركاء في إجراءات فان السلطة العمومية ستتدخل بإلزام المالك الذي يريد الخروج من الشياع لتفرض القسمة القضائية (الفصل 1084 من ق.ل.ع.م.). ومن الأمثلة التي يعطي فيها القانون المفرقي للشخص الخيار بين أمرين نذكر أيضا حالة إقدام أحد الشركاء على تلبية الحائط المشترك (الفصل 125 من ظهير 2 يونيو 1915 المنظم

(1) ألفريد ريبك : دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني : أمارو، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي، باريس 1961 فقرة 211 ص 220.

(2) بول ديراند : الجبر القانوني في تكوين الرابطة التعاقدية : المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944 ص 76 وما بعدها.

للمقارنات المحفوظة) وحالة المقارن الذي لا يكون له منفذ الى الطريق العام أو الذي لا يكون له منفذ كاف لاستغلاله فلاحيا أو صناعيا (الفصل 142 من ظهير 2 يونيو 1915 المذكور) (3) .

ففي هذه الحالات عند ما يبرم العقد بصفة حبية واختيارية لا نكون أمام الالتزام القانوني بالتعاقد ولكن عند رفض الأشخاص المدخول في الرابطة التعاقدية يتدخل القانون ليقيد من الحرية التعاقدية وذلك بفرضه للالتزام بالتعاقد .

و اذا ما أردنا التفكير بمضائق زارية سلطان الإرادة ذهبنا الى اعتبار الالتزام بالتعاقد من الشذوذ التي لا ينبغي الأخذ بها إلا اذا فرضها نص صريح في القانون .

و معنى هذا أننا لا نكون أمام حالة من حالات الالتزام بالتعاقد إلا اذا نص القانون على أن تحقق واقعة معينة لا تسمح باللجوء الى اختيار وسيلة أخرى من الوسائل القانونية غير وسيلة إبرام العقد . (4)

172 - ولكن يلاحظ أن هذا المفهوم ليس من شأنه أن يتحاوب مع الواقع الحالي . ان كما نعلم فان المنافسة الحرة التي تكرسها على المستوى القانوني زارية سلطان الإرادة أدت الى تراكم رؤوس الأموال وتركيز المشروعات الشيء الذي نتج عنه خلق هوة كبيرة من الناحية الحقيقية بين الأفراد . ونارا لما تشكله هذه الوضعية الاقتصادية والاجتماعية الجديدة من خراب محقق حتى على مصير الدولة - ذات الدور الدركي أو الجمركي - نفسها ، فان هذه الأخيرة لم تقف أمامها مكتوفة الأيدي بل لجأت الى التدخل بما تتوفر عليه من وسائل التوجيه الاقتصادي في كثير من الأنشطة الحيوية . فعلى ضوء هذا الدور الجديد الذي أصبحت تضطلع به الدولة يمكن التساؤل عما اذا كان في الامكان تقييد حرية إبرام العقد أو الامتناع عنه بالالتزام بالتعاقد حتى في غير الحالات التي يرد فيها نص قانوني صريح ؟

173 - ان الأستاذ ألفريد ريك (Alfred RIEG) يعالينا في أطروحته (5) على

(3) للتعرف على مزيد من الحالات راجع : مارسيل فالين : المذهب الفردي والقانون ص 190 . - بول ديراند : المرجع السابق ص 77 . - جان كريستيان سيرنا : الامتناع عن التعاقد : أطروحة ، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي ، باريس 1967 ص 15 وما بعدها .

(4) بول ديراند : المرجع السابق ص 77 .

(5) المرجع السابق ص 225 .

أن بعض الفقه الألماني كان سابقا إلى الإجابة عن مثل هذا التساؤل. فالفقيه لارينز (Larenz) مثلا يرى بأن الالتزام بالتعاقد يتحقق في ثلاثة أصناف من الفرضيات :

- الفرضية الأولى وتتمثل في الالتزام بالتعاقد الموضوع على عاتق مرافق التموين العمومي . ذلك ما تكون هذه المرافق متمتع باحتكار قانوني أو فعلي أولا تكون كذلك ولكن يكون كاهلها مثقلا بواجب تموين (*devoir*) (*d'approvisionnement*) زبائنها الاعتياديين بالخدمات أو الخيرات الضرورية كالنقل والماء والغاز والأدوية الخ... (6)

- الفرضية الثانية وتتحقق في الحالات التي تتدخل فيها الدولة بدمجها لسياسة الاقصاد الموجه من أجل فرض توزيع منظم لمواد الاستهلاك وتوفير السكن (7).

- الفرضية الثالثة تستخلص من تهديد نطاق تطبيق الفصل 826 من القانون المدني الألماني المتعلق بالمسؤولية التقصيرية إلى حالة الامتناع عن التعاقد الذي يتسبب في أحداث ضرر مغل بالأخلاق الحميدة (8) .
و يرى الأستاذ ألفريد ريبك أن التقسيم الذي تبناه الفقيه لارينز للفرضيات التي يتحقق فيها الالتزام بالتعاقد لا يمكن الأخذ به في ضوء القانون المدني الفرنسي على ما لاقه (9) ذلك لأنه إذا كان في الامكان مسايرة الفقه الألماني للأخذ بالفرضية الأولى دون أن يكون هناك تعارض مع القانون الفرنسي باعتبار أن القضاة الفرنسي نفسه يقرر وجود الالتزام بالتعاقد متى لوحظ بأن المؤسسة التي امتنعت عن التعاقد تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو على الأقل تتمتع بامتياز (10) ، لا بل الأكثر من هذا أن القضاء الفرنسي يعترف أحيانا - ولكن في حالات جد نادرة - بوجود الالتزام بالتعاقد حتى عندما يثبت لهية

(6) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 223 وما بعدها . وقد جاء في ص 225 من نفس المرجع أن الاجتهاد القضائي الألماني يقصر الالتزام بالتعاقد على المرافق الاحتكارية دون غيرها ولا يعترف بواجب التموين العمومي .

(7) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 229 .

(8) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 231 وما بعدها . - وينص الفصل 826 من القانون المدني الألماني على أن : كل من تسبب بغير قصد في أحداث ضرر المغير يلتزم بالتعويض إذا كان في هذا الضرر اخلال بالأخلاق الحميدة .

(9) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 234 .

(10) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 227 .

أن المؤسسة تتجر في البضائع الاستملاكية المعتبرة من الضرورات الأولية (11)، وإذا كان في الامكان أيضا مسaire الفقه الألماني لتبني الفرضية الثانية ولكن بتقصيرها فقط على الحالات التي لا تؤدي فيها سياسة التوجيه الاقتصادي الى عدم ارادة التعاقد في الشخص كما لو كانت السياسة التوجيهية تلزم الشخص بالبيع دون أن تصل الى حد اخضاع المبيع لنظام السخرة (12)، فان الفرضية الثالثة التي يسمح فيها الفقه الألماني بنشوء الالتزام بالتعاقد لا يمكن تبنيها قطاعا في ضوء الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي لأن الفقه الفرنسي - يقول الأستاذ ألفريد ريبك - أجمع على عدم الاعتراف بالتعسف في استعمال حق الامتناع عن التعاقد (13). كما أن القضاء الفرنسي عندما يقرر وجود تعسف في استعمال حق الامتناع عن التعاقد، فانه ينطلق أساسا من فكرة الخطأ.

174 - ان فكرة الالتزام بالتعاقد التي نأري بها الفقه الألماني كقيد على نطاق الحرية في الامتناع عن التعاقد كانت تجد أصلها - في الحقيقة - في المفهوم الاجتماعي الوطني الذي أعطي للقانون خلال الثلاثينات من هذا القرن قصد اصباح طابع المشروعية على جميع التصرفات النازية لهيتر (HITLER) (14) وهذا هالم يكن الفقه الفرنسي في حاجة اليه لذلك، نحده يتمسك، بالفكرة التي مفادها ان الالتزام بالتعاقد لا يمكن الأخذ به في فرنسا لما فيه من حرق صارخ للمبادئ الأساسية التي أقرها القانون المدني.

غير أن هذا الموقف من الالتزام بالتعاقد لم يمنع بعض الفقه من التنديد بحرية الامتناع عن التعاقد كلما كان هذا الامتناع غير مشروع أو تعسفيا:

175 - فالفقيه لويس جوسران (Louis JOSSERAND) على سبيل المثال (15) يرى بأنه اذا كان الامتناع عن التعاقد يعد مشروعا لما يحسده من تكريس حي لأهم المبادئ التي بني عليها القانون المدني الفرنسي وعلى رأسها مبدأ حرية التجارة والصناعة، فانه مع ذلك يمكن للأفراد اثاره الامتناع عن التعاقد أمام

(11) ألفريد ريبك: المرجع السابق ص 228 و 229.

(12) ألفريد ريبك: المرجع السابق ص 231 و 230.

(13) ألفريد ريبك: المرجع السابق ص 233.

(14) للتعرف على النظريات التي تمنح للقانون وظيفة اجتماعية وطنية: راجع

مارسيل فالين: المذهب الفردي والقانون من ص 311 الى 313.

(15) أنثار في الآراء التي تسير في نفس الاتجاه: أماروكة ريكو (Ricot) في الامتناع عن التعاقد، باريس 1929.

المحاكم باعتباره امتناعاً غير مشروع ضد الممتنعين عن التعاقد الذين يارسون منتهكاً بتركية من السلطات العمومية وتحت مراقبة هذه الأخيرة، أو ضد المؤسسات التي تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لأن هذه المؤسسات لا يمكن لها التملص من ابرام العقود . فإذا ما امتنعت عن التعاقد عندما يتطلب منها ذلك فإن امتناعها يكون غير مشروع لما فيه من خرق لمبدأ المساواة الذي يهيمن على المرافق العمومية . إلا أن امتناع المؤسسات عن التعاقد لا يكون غير مشروع عندما ينتج هذا الامتناع إما عن صريح مقتضيات الأنظمة التي تخضع لها أو عن الظروف الشخصية للزبون (16) .

و يرى الأستاذ جوسران بأن الامتناع غير المشروع يمكن اثارته ليس فقط عندما تقيد الحرية التعاقدية إما بمقتضى نص أو مبدأ قانوني وإنما أيضاً عندما توجه ارادة أحد الأفراد ايجاماً أو عرضاً للجمهور أو لشخص معين بالذات ومع ذلك يقع الامتناع عن التعاقد بصفة تعسفية (17) كما هو الشأن بالنسبة لمدير المسرح الذي يرفض دخول شخص الى قاعة عرض المسرحية بالرغم من أن دخوله لا يشكل أي مبرر مشروع للامتناع عن التعاقد معه .

176 — غير أن الموتف الأخير للفقهاء جوسران انتقده الفقيه جورج ريبير (G.Ripert) الذي يرى بأن اصباغ طابع التعسف على الامتناع عن التعاقد فيه نوع من المبالغة و يحمل نظرية التعسف في استعمال الحق نفسها أكثر مما تحتمل، إذ أنه من الناحية المبدئية تثبت الحرية لكل شخص في أن يرفض الدخول في علاقة تعاقدية مع غيره . ولكن الشخص قد يحاسب أحياناً على امتناعه عن التعاقد إنما هذه المحاسبة لا تتم انطلاقاً من كونه قد تعسف في استعماله لحد الامتناع عن التعاقد بل لكونه قد ارتكب خطأ معيناً في حق أحد من الإغنيار يستوجب التعويض (18) .

177 — ولقد زكى الأستاذ جان كريستيان سيرنا (Jean-Christian Serna) موقف ريبير بقوله : " انه في القانون الفرنسي لا يمكن تصور اثاره أية مسؤولية بصفة عقلانية في إطار الامتناع عن التعاقد . " (19)

و يصدد الحديث عن الأستاذ ج. ك. سيرنا ونشير الى أن هذا الأخير لا يعترف بالالتزام بالتعاقد كتنيد على حرية الاستناع عن التعاقد ولا يرى في

(16) لويس جوسران : في الحقوق ، باريس 1927 من ص 118 الى 121 عن جان كريستيان سيرنا : الامتناع عن التعاقد ، أطروحة ، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي ، باريس 1967 ص 5 وما بعدها .

(17) لويس جوسران : المرجع السابق ص 122 و 123 عن ج. ك. سيرنا : المرجع السابق ص 6 .

(18) جورج ريبير : القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ص 175 و 176 .

(19) ج. ك. سيرنا : المرجع السابق ص 219

الحالات التي يقضي فيها الاجتهاد القضائي بجزر الامتناع عن التعاقد **لا** تطبيقاً للمبادئ الكلاسيكية التي تعين وفقاً لنظرية سلطان الارادة على تكوين العقد . (20) و لقد انطلق تحليله في الأطروحة التي كرسها لموضوع "الامتناع عن التعاقد" من البحث في حالتى الاحتكار القانوني (21) أو الفعلي (22) والتعسف في استعمال الحق (23) - اللتين توجدان كما مر بنا في نطاق الالتزام بالتعاقد المقيد للحرية التعاقدية - فتبين له أن الاحتكار الفعلي ليس من شأنه أن يعد وسيلة كافية لإنشاء الالتزام بالتعاقد (24) ، كما تبين له أيضاً أن الامتناع معهما كان جارحاً لكرامة الشخص أو تحكيمياً أو ظالماً فإنه لا يضيف أي شيء لآخر الالتزام التعاقدى وحتى اذا ما تسبب الامتناع في احداث ضرر للشخص الذي كان يريد التعاقد مع الممتنع فإن تمويض هذا الضرر لا يجد أساسه في التعسف في استعمال حق الامتناع عن التعاقد (25) وإنما في الايجاب الذي يلزم مجموعه في حدود ما يتضمنه من تحفظات صريحة أو ضمنية (26) .

178 - و يظهر أن الأستاذ سيرنا عالج جميع المشاكل التي يثيرها ما نسميه بالالتزام بالتعاقد انطلاقاً من زاوية عنصر الايجاب (pollicitation) في العقد . وحتى يحدد نطاق المسؤولية المترتبة عن الامتناع عن التعاقد أثار ثلاث فروعاً (27) :

- الفرضية الاولى : و تتعلق بالموجب الذي صدر عنه الامتناع في وقت لم يقم فيه بأي شيء من أجل استقطاب القابلين . فامتناع الموجب في هذه الفرضية ليس فيه اخلال بطبيعة ايجابه وبالتالي يبقى بمعزل عن تحمل أية مسؤولية .

- الفرضية الثانية : و تتعلق بالموجب الذي يكون في وضعية المستقلب للقبول ، وتكون نشاطاته مراقبة من طرف الدولة . فامتناع هذا الموجب من شأنه أن يثير مسؤوليته ولكن في هذه الحالة يقول الأستاذ ج . ك . سيرنا بأنه لا يمكن الذهاب الى أن كل علاقة تربط بالقابل تعد علاقة تعاقدية . فإذا كان الموجب تطفئ عليه

- (20) ج . ك . فرجات : المرجع السابق ص 126 .
 (21) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق من ص 28 الى 35 .
 (22) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق من ص 124 الى 132 .
 (23) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق من ص 132 الى 149 .
 (24) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق ص 151 .
 (25) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق ص 149 .
 (26) راجع في هذا الصدد الفصل الثاني من الأطروحة والمتعلق بالطبيعة الحقيقية للامتناع عن التعاقد من ص 151 الى 173 .
 (27) ج . ك . سيرنا : المرجع السابق من ص 219 الى 221 .

صفة المرفق العمومي فاننا لا نكون أمام علاقة تعاقدية بل أمام علاقة قانونية وبالتالي يكون من الخطأ الحديث عن الامتناع عن التعاقد . أما اذا كانت علاقة الموجب بالقابل لا تتعلق عليها الصفة القانونية فاننا نكون أمام عقد أي أمام علاقة تعاقدية وهذا ما سنراه في الفرضية الثالثة .

— الفرضية الثالثة : وتتعلق بالموجب الذي يوجد في الحالة التي أسماها جوسران بحالة "التلقي التعاقدية" (Receptivité Contractuelle) أي الموجب الذي يوجد في وضعية تدعو بصفه أو بأخرى الى تكوين العقد . وبصدد هذه الفرضية يشير الأستاذ ج. ك. سيرنا الى أن النظرية الفرنسية تميل الى اعتبار مجموعة من التعبير المهنية بمثابة ايجاب يكفي اقترانه بقبول كي تتحول الى عقد شريطة أن يكون هذا الايجاب كاملاً وأن يتم تطابق القبول معه . ويرى الأستاذ سيرنا بأن هذه النظرية من شأنها أن تؤدي الى تكريس نتيجتين متعارضتين : فاذما توافقت الشروط التي تصبغ على الايجاب الصفة الالتزامية تم انعقاد العقد وهذا لا يكون على الموجب أن يمتنع عن التعاقد وان كان يستطيع الامتناع عن تنفيذ العقد . وأما اذا لم تكن هذه الشروط — أو بعضها — قد توافرت في الايجاب فلا ينعقد العقد وبالتالي يستطيع الموجب الامتناع عن التعاقد دون أن يتسبب ذلك في اشارة مسؤوليته .

و قد استخلص الأستاذ سيرنا بعد استعراضه للفرضيات الثلاثة النتيجة التي مفادها أن مسؤولية الموجب لا يمكن أن تثار عندما لا يتطابق القبول مع ايجاب الشخص الذي طلب منه التعاقد أما لأن هذا الايجاب أو العرض لم يوجد أصلاً أو وجد ولكنه كان ناقصاً ، وأما لأن هذا الايجاب كان كاملاً ولكن اقترنت به شروط تحفظية تستبعد القابل . أما اذا اقترنت ^{القبول} بالايجاب فان العقد ينعقد . وإذا ما أثبتت مسؤولية الموجب في هذه الحالة فانه لا ينبغي النظر اليها من زاوية تكوين العقد بل من زاوية تنفيذه .

179 — مما سبق يتضح أن الفقه الفرنسي حتى وان كان لا يعترف بالالتزام بالتعاقد كقيد على حرية الامتناع عن التعاقد ، فانه مع ذلك ينطلق من نظرية تكوين العقد لكي يقر بمشروعية زجر بعض الامتناعات عن التعاقد . غير أنه وكما لاحظ ذلك الأستاذ جيار فارجات (Gérard Farjat) فان نظرية تكوين العقد لم تكن كافية لتغطية بعض الحالات الأخرى التي يرجع الامتناع فيها الى التفاوت في النوة الاقتصادية (28) .

لذلك كان من الضروري أن يلجأ هذا الفقه الى مفهوم الايجاب الدائم أو المستمر (offre permanent).

180 - ومفهوم الايجاب الدائم أو المستمر يذكرنا بعقد الانعان (29) ذلك لأنه الايجاب الدائم أو المستمر يعتبر من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد الانعان الى جانب الخصائص الأخرى كالتفوق الاقتصادي الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الدارف الآخر (30) الذي يريد التعاقد معه قصد الحصول "على سلع أو مرفق تعتبر من الضرورات الأولية للمستعملين أو المنتفعين على الأقل في حدود ما وصلت اليه المدنية" (31).

و من هنا يمكن القول بأن الامتناع عن التعاقد أصبحت له علاقة وطيدة بنظرية عقد الانعان أو على الأقل وكما يتون الأستاذ سيرنا نفسه "فإن مشك الامتناع عن التعاقد بدأ يظهر كواجهة تكميلية لمشك عقد الانعان" (32)

181 - وإذا كان السبب في ظهور عقد الانعان يرجع كما نعلم الى تراكم رؤوس الأموال و تركيز المؤسسات أو المشروعات باسم "القناع التعاقدي" المتشبت بأصالة نظرية سلطان الارادة فإن تدخل الدولة لتوجيه هذا العقد و مراقبته كان الهدف منه يتمثل بالدرجة الأولى في تكييف النظام التعائدي مع المستجدات من التطورات الاقتصادية والاجتماعية وذلك بتثبيد زمام نظرية سلطان الارادة أو على الأقل بالتخفيف من حدة غلوها حتى تضمن لها البقاء والاستمرارية في التطبيق.

و ما دنا نعيش في الوقت الحاضر في عهد التدخل التوجيهي المتوالي للدولة في ميدان العقود يمكن لنا القول بأن الالتزام بالتعاقد حتى وإن نظر اليه من زاوية الايجاب الدائم أو المستمر فإن هذه النظرة ليس من شأنها أن تنقص في الحقيقة من قيمته كقيد للحرية في التعاقد أو الامتناع عنه. إلا أن ملاحظة الواقع تستوجب هنا التنبيه الى أن أعمال الالتزام بالتعاقد لبلورة أثره العقيد للحرية التعاقدية يتوقف على مدى وعي الأفراد بوجود مثل هذا النوع من الالتزام

- (29) راجع في الايجاب الدائم المميز لعقد الانعان : مولاي ادريس العلوي العبدلوي محاضرات مطبوعة في عقد الانعان من ص 35 الى 37 .
(30) راجع تفصيل هذه الخصائص : مولاي ادريس العلوي العبدلوي : محاضرات في عقد الانعان من ص 30 الى 33 .
(31) مولاي ادريس العلوي العبدلوي : المرجع السابق ص 33 لمزيد من التفصيل أنظر نفس المرجع من ص 34 الى 35 .
(32) ج .ك. سيرنا : المرجع السابق ص 172 .

لاثارته أمام القضاء - ولا شك أن غالبية الأفراد في المغرب عديمي الوعي به إذ من يفكر عندما يمتنع على سبيل المثال متجر "مام" بالرباط أو الإدارة المكلفة بالكراء للدور المؤثقة الموجودة بحمامة سيدي حرازم بفاس بأن الحرية التعاقدية لذلك المتجر أو هذه الإدارة إنما هي مفيدة من الناحية المبدئية بالالتزام بالتعاقد ؟!

٢ - المبحث الثاني -

النظام العام كقياس على الحرية التعاقدية

182 - ان نظرية سلطان الارادة تمنع للفرد الحرية في الاقدام على ابرام العقد أو الامتناع عنه كما تمنع الحرية في أن يحدد محتوى هذا العقد كيفما شاء. إلا أن القانون يتدخل ليقضي بجواز ممارسة هذه الحرية التعاقدية في الحدود التي لا تخالف فيها النظام العام، بحيث إذا تجاوزت الحرية التعاقدية هذه الحدود فإن المشروعية لا تثبت للعقد وبالتالي تستلزم عنه النوة الملزمة التي يمنحها إياه الفصل 230 من ق.د.ع.م.

لكن التساؤل الذي يثار بصدد النظام العام الذي يصح التنديد به طابع المشروعية على العقد يكمن في تحديد النظام العام نفسه. وبعبارة أخرى ما هو النظام العام الذي تقاس به مشروعية العقد ؟

183 - إذا كان بورتاليس (portalis) يرى في القانون المتعلق بالنظام العام ذلك الذي يهتم عن قرب بالمجتمع أكثر من اهتمامه بالأفراد (33)، فإن الفقهاء التقليديين المناصرين لنظرية سلطان الارادة في صورتها المطلقة كانوا يكون العداء لكل المحاولات التي ترمي الى تقييد عنان هذا السلطان لذلك كان البعض منهم يرى في محاولة تعريف النظام العام ضرباً من "المغامرة على الرماح المتحركة" أو من "التعذيب الذهني الكبير" أو من "السير في ممر محاذ بالأشوات" (34)

(33) ج. ريبير: النظام الاقتصادي والحرية التعاقدية: مقال ساهم به في الخليط المهدن لفرانسوا جيني، المجلد الثاني ع 347.

(34) هذه العبارات هي على التوالي لكل من المستشار بيلون، غاريبي - سومبير، الكلاي: راجع: فيليب مالوبي: النظام العام والعقد (دراسة القانون المدني المقارن: فرنسا، إنجلترا، الاتحاد السوفياتي)، أطروحة، منشورات ماتويرين، ريمس 1953 المجلد الأول ع 3.

غير أن تردد الفقه التقليدي و **إحجامه** عن تعريف النظام العام لا يرجع في نظرننا إلى كونه يشكل فكرة " تتأبى عن التعريف الدقيق " كما يذهب إلى ذلك الفقيه شارل بودان (Charles Beudant) (35) بقدر ما يرجع إلى الخوف من تقييد إمار التعامل الذي يسمح فيه للإرادة المالك للراسم، بطبيعة الحال، بممارسة حريتها التعاقدية الشيء الذي يتعارض مع حرية التجارة و الصناعة التي جاءت نازية سلطان الإرادة لتصبغ عليها النابح القانوني .

184 - ألا أن الخوف من كشف خبايا النظام العام سرعان ما تبدد عندما انتجت نظرية سلطان الإرادة ثمارها المحتومة بقيام اضطرابات وأزمات اجتماعية خطيرة كادت أن تؤدي في أواخر القرن التاسع عشر بحرية التجارة والصناعة نفسها إلى الملاك . فاضطر الفقهاء إلى تقبل المحذور ولو على مضي باعطاء تعريف ممددة و متنوعة للنظام العام .

" فهكذا عرفه الفقيه هيمار (Hemard) بأنه " مجموع القواعد التي وضعها **المشرع لمالح الجماعة** " (36) وعرفه الفقيه جيلودي لا مورانديير (Juliot de la morandière) بأنه : " تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام و السلام داخل الدولة " (37) كما ذهب الفقيه بارتان (Martin) **النزاهة** : " يقصد على العموم بمقتضيات النظام العام في تشريع معين تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلهما " (38) . أما الأستاذ فيليب مالوري (Philippe Malaurie) فلقد عرف النظام العام بأنه " السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة " (39) ألا أنه يرى ضرورة تكيف هذا التعريف مع كل قانون من القوانين للتعرف على نوعية المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن . فالمؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون الدولي الخاص هي قواعد تنازع القوانين أما المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون المدني فهي المؤسسات المدنية و هكذا ... (40)

(35) فيليب مالوري : المرجع السابق هامش رقم 6 الوارد في ص 3 .

(36) هيمار : الموجز في القانون المدني الجزء الأول فقرة 118 .

(37) فيليب مالوري : المرجع السابق ص 262 . - أنظر في نفس المرجع مجموعة

كبيرة من التعريفات الفقهية للنظام العام في ص 261 وما بعدها .

(38) فيليب مالوري : المرجع السابق ص 261 .

(39) فيليب مالوري : المرجع السابق ص 69 .

(40) فيليب مالوري : المرجع السابق ص 70 .

185 - وبالرغم من تعدد وتنوع التعريفات التي تعطي للنظام العام فإن هذا الأخير لا يمكن اعتباره في نظارنا إلا منفذا تلج منه الدولة إلى ميدان العقود لقمعها بوضع حد لها عندما ترى بأن هذه العقود تهدر أو من شأنها أن تهدر الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها الدولة نفسها. وعلى ضوء هذا الاعتبار يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع القواعد التي تهدف إلى **الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها على نهج النظرة العامة للوجود التي تفرضها مشروعيتها.**

و تعريفنا هذا يساعدنا على اعتبار الأخلاق الحميدة جزءاً من النظام العام (41). كيف لا وقد اعتبرت كذلك حتى في الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي، حيث رأت اللجنة الفرعية المكلفة باعداد مشروع القانون المدني أن التنصيص صراحة على الأخلاق الحميدة غير محدد ما دام أنها - كما قال رئيسها - تشكل جزءاً من النظام العام. إلا أن القانون المدني الفرنسي عندما نص على الأخلاق الحميدة فأنما كان يرمي من وراء ذلك إلى الزيادة في الوضوح وتنبيه المحاكم إلى أن النظام العام يتكون بالإضافة إلى مبادئ المصلحة السياسية والاجتماعية من مجموعة من المبادئ الأخلاقية. (42)

و يلاحظ أن الاجتهاد القضائي المفربي أيضاً يعتبر الأخلاق جزءاً من النظام العام فهكذا جاء في إحدى حيثيات قرار للمجلس الأعلى عدد 512 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1977 (43): "ان الوصية التي يحررها الموصي ارضاءً لخليلته تتنافى مع الأخلاق الحميدة وبالتالي تتعارض مع النظام العام المفربي الذي لا يقر ما يبنى على فساد الأخلاق من معاملات والتزامات فهي وصية باطله..."

(41) يعرف الأستاذ السنعوري الآداب - في أمة معينة وفي جيل معين بكونها "مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لما موسى أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة و العادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس" الوسيط: المجلد الأول: ص 436.

(42) فليبي مالوي: المرجع السابق ص 30. - أنظر أيضاً: أ. ج. أرنو: محاولة تحليل بنيتي للقانون المدني الفرنسي منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتهاد القضائي باريس 1973 ص 50.

(43) أنظر نص القرار في مجلة المقيار التي تصدرها نقابة المحامين بفاس، العدد الأول 1978 ص 30 وما بعدها.

186 - إذا ثبت التصريف الذي أوردناه للنظام العام و الذي تندرج تحته حتى الأخلاق الحميدة قلنا بأن الحد الأدنى من الاستقرار الذي لا يمكن الاستغناء عنه والذي يهدف النظام العام الى تحقيقه في الميدان التعاقدى يكمن في القواعد التي تفرض على المتعاقدين من أجل تقييد حريتهم التعاقدية أما بنصوص قانونية أمرة صريحة أو بأحكام قضائية عندما يرى القاضي بأن العقد مخالف للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني كله بالرغم من عدم مخالفة العقد لأي مقتضى من المقتضيات الصريحة أو الضمنية .

كما أن الحد الأدنى من الاستقرار - على فرض أنه يتمثل فيها يحمى هنا في القواعد التي تقيّد الحرية التعاقدية - يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كانت النظرة العامة للوجود السائدة في دولة ما هي نظرة رأسمالية أو نظرة اشتراكية إلا أنه حتى بالنسبة الى الدولة الرأسمالية أو على الأقل السائرة في طريق الرأسمالية، فإن الحد الأدنى من الاستقرار تتحكم في زيادة أو نقصان وتقليص وعائده درجة حرارة الازمات الاقتصادية و الاضطرابات الاجتماعية. فعندما تنعدم هذه الازمات و الاضطرابات أو على الأقل عندما تكون خاملة و غير يادية للعيان - و هذه هي حالة فرنسا في النصف الأول من القرن 19 - فإن الحد الأدنى من الاستقرار ينحدر في الاتجاه الذي يضيق من نطاقه لترك المجال واثقها أمام الحرية التعاقدية . وبالمقابل فإنه عندما تنفجر الازمات و تتفاجل الاضطرابات - وهذه هي حالة فرنسا منذ أواخر القرن 19 وبالدرجة الأولى منذ قيام الحرب العالمية الأولى - فإن حرارة الحد الأدنى للاستقرار ترتفع لتصل الى الحد الذي تصبح معه الحرية التعاقدية في وضع المختنق . وهذا هو ما يمر عنه الفقهاء المدنيون بكون النظام العام يتحلّى بخاصيتي المرونة و التغير اللتين سمحتا له بالتأور أو الانتقال من مفهومه التقليدي الى مفهومه الاقتصادي .

187 - أولاً : النظام العام التقليدي : على ضوء الايضاحات السابقة يمكن القول بأن النظام العام التقليدي يتمثل في القواعد التي تضمن للحد الأدنى من الاستقرار وذلك في النواحي التي تكون فيما الاوضاع الاقتصادية ثابتة و الأحوال الاجتماعية هادئة .

و لا شك أن هذا المفهوم هو الذي اعتنقه المشرع المغربي عندما وضع ق.ل.ع. سنة 1913 إذ نرى شيئاً مما يتعلق من القواعد القانونية

في فصول هذا الأخير بالنظام العام اذا ما استثنينا بعض المقتضيات المتعلقة بالمحل أو السبب أو الشرط. لذلك نلاحظ تطبيقات نظرية سلطان الارادة تصول وتجول في ق.د.ع.م. غير أن الخوف من ضياع "المكتسبات" التي "تتحقق من جراء تكريس الحرية التعاقدية تستوجب تقيد هذه الأخيرة بالفكرة التي مفادها أنه "عند التعاقد ينبغي عدم المس بتنازيم بعض المؤسسات المعتبرة أسمى من الفرد ولا ببعض الأوامر الأخلاقية" (44).

و عليه فان الحد الأدنى من الاستقرار الذي يهدف النظام العام التقليدي الى تحقيقه يقتصر على احترام الدولة و الأسرة وما يهيمن عليهما من قواعد أخلاقية :

- احترام الدولة معناه أن العقد يقع باطلا عندما يخالف القوانين المتعلقة بتنازيم الدولة ومؤسساتها. فهكذا يقع العقد الذي يرمي الى ارشاء الحملات الانتخابية باطلا لمخالفته لمقتضيات القانون الدستوري، كما يبطل العقد الذي يبرمه الموظف من أجل الحصول على مقابل تأثير الخدمات التي تفرض وظيفته أراءها مجانا لمخالفته لمقتضيات القانون الإداري. كما أن عقد التأمين الذي يبرم من أجل حلول شركة التأمين محل صاحب السيارة في أراء الفرامات التي تحكم بها المحكمة يقع باطلا لمخالفته لمقتضيات القانون الجنائي .

- احترام الأسرة : معناه التقيد بالقوانين التي رسمها المشرع للأسرة حتى تؤدي الوظيفه المتوخاة منها . فهكذا مثلا يقع باطلا العقد الذي يرمي الى معاشره المرأة و ساكنتها على نحو يخالف ما هو منصوص عليه في مدونه الأحوال الشخصية. كما أن عقد الزواج الذي يبرم في فرنسا مثلا بين فرنسية و مغربي يمتنع الديانة اليهودية، يبطل لأنه تم في الشكل المدني وحده، بينما قانون الأحوال الشخصية لهذا الأخير يتطلب لشهر الزواج أن يكون في الشكل الديني" (45)

- احترام القواعد الأخلاقية : معناه التقيد بما يؤدي من القواعد و المبادئ الى ضمان احترام الفرد اما في شخص أسرته أو في سارق اغتنامه و اثاره أو في صحته و حريته . فهكذا يبطل العقد الذي يوصي الشخص بموجبه خصمة في الشركة اذا كان السبب الدافع الى ابرام هذه الوصية يكمن في ايجاد علاقة

(44) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 78 .

(45) حكم صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 18 ماي 1962 : استشهد به الأستاذ أحمد شكري السباعي : المرجع السابق ص 180 و 181 .

غير مشروعة أو استمرارها أو إعادتها بعد قطعها . كما أن عقد المقامرة أو المراهنة (الفصل 1092 من ق.ل.ع.م.م.) يقع باطلا لأنه يخل بالقواعد الأخلاقية التي تتمتع اللجوء إلى البار غير الأخلاقية قصد الغش أو الإثراء . كما أن العقد الذي يهدف إلى بيع حيوانات مصابة بأمراض معدية أو مواد سامة يقع باطلا لمخالفته للقواعد الأخلاقية التي ترمي إلى حفظ صحة الفرد . وكذلك فإن العقد الذي يلتزم الشخص بمقتضاه بتقديم خدماته إلى حين وفاته يقع باطلا لمخالفته للقواعد الأخلاقية التي ترمي إلى تكريس الحرية و شجب كل مظاهر العبودية .

188 - وإذا ما أمعنا النظر في نوعية التصرفات التي يقيمها النظام العام التقليدي من أجل الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار نجد أنه يهدف في الحقيقة و كما ذهب إلى ذلك الأستاذ سافاتييه (R. SAVATIER) إلى "تقوية حرية المالك و التعاقد" (46) أي إلى تقوية نظرية سلطان الإرادة . و معنى هذا أن الأزمات الاقتصادية و الاضطرابات الاجتماعية عندما تفجرت في فرنسا منذ أواخر القرن التاسع عشر فإن نظرية سلطان الإرادة لم تكن هي السبب الوحيد الذي أدى إلى هذا التفجير بل ساهم فيه أيضا الدور الذي كان يضطلع به النظام العام التقليدي . لذلك و حتى لا تؤدي هذه الأزمات و الاضطرابات إلى ما لا يحمد عقباه فإن النظام العام التقليدي اضطر إلى مراجعة نفسه ليعيد تحديد الحد الأدنى من الاستقرار على ضوء التباينات الاقتصادية و الاجتماعية . وهذا ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي .

189 - ثانيا : النظام العام الاقتصادي : إن النظام العام التقليدي كان يسير بأبيرة الدور الذي رصد للدولة كي تلعبه في النشاط الاقتصادي . لذلك فعندما فرضت الظروف الاقتصادية و الاجتماعية على الدولة أن تتدخل في جميع الأنشطة الحيوية قصد التخفيف من حدة الأزمات و الاضطرابات عدل النظام العام مساهمة منه لتدخل الدولة نطاق الحد الأدنى للاستقرار الذي يحققه فأصبح دوره لا يقتصر كما كان الشأن في الماضي على النهي أو الأمر على طريقة " الوصايا العشر " وإنما تجاوزه ليوجه الحرية التعاقدية إلى كل ما من شأنه أن يخدم المصلحة العامة أي الدولة و يكفل الاستقرار .

(46) رونييه سافاتييه : مصير القانون المدني : المجلة الدولية للقانون المقارن : السنة السادسة 1954 العدد الرابع ص 645 .

و يرى الفقهاء سافاتييه أن النظام العام بفهمه التقليدي قتله العهد الصناعي كما أن افلاسه بدأ ظهوره في عقد العمل (47) وإذا كنا نؤيد الفقهاء سافاتييه نغيبا ذهب اليه فلأننا نرى بأن الأزمات الاقتصادية والاضطرابات الاجتماعية انطلقت أول الأمر بسبب تكريس نظرية سلطان الإرادة بصفته المطلقة في عقد العمل . فعند العقد وإن كان يعتبر من العقود المسماة التي وضع لها المشرع الفرنسي بالدرجة الأولى تنظيما خاصا في القانون المدني ، فإن التشبث بنظرية سلطان الإرادة لم يسمح بالزيادة في تنظيم العقد من زاوية تحديد ساعات العمل في اليوم ، وأسبوع العمل والراحة الأسبوعية أو العطلة السنوية المؤدى عنها كما أنه لم يسمح بتحديد الحد الأدنى للأجر ولا بمنح التأمينات الاجتماعية أو الاعتراف بالاتفاقات الجماعية . ولكن بالرغم من كل هذا فإن العقد كان يظل مشروعا في نظر النظام العام التقليدي حتى ولو اشتغل العامل ستة عشرة ساعة في اليوم مقابل أجر زهيد ولمدة سنتين كاملتين دون أن يتمتع فيها براحة أسبوعية أو عطلة سنوية مؤدى عنها . غير أن الدولة عندما تدخلت في عقد العمل لتنظيم الأمور السابقة فإن النظام العام لم يعد له دور سلبي بل تكيف مع ظروف التدخل ليتني بعدم مشروعية العقد الذي يخالف المنتهيات القانونية أو التنظيمية التي تدخلت بها الدولة في عقد العمل .

الآن تدخل الدولة في عقد العمل لم يضع حدا لتفانم الأزمات الاقتصادية التي تشير الاضطرابات الاجتماعية (الحرب العالمية الأولى ، أزمة 1929 ، الحرب العالمية الثانية على سبيل المثال) لذلك اضطرت الدولة إلى استعمال وسيلة التدخل بصفة مواظبة ومستمرة في أغلب الميادين التعاقدية كالبيع والأكريه و الإيرادات العمومية أما قصد مراجعتها أو قصد تحديد الأسعار أو تجميدها . ولقد ساءل النظام العام كل هذه التدخلات لذلك أصبح يطلن عليه في الوقت الحاضر النظام العام الاقتصادي .

و هكذا فبعدما كان أمر تحديد محتوى العقد متروكا لمحض إرادة المتعاقدين أصبح النظام الاقتصادي يتدخل أكثر فأكثر ليساهم في هذا التحديد إما بالصح أو التوجيه أو المراقبة .

190 — وإذا كان يظهر أن النظام العام الاقتصادي جاء ليقطس من نفوذ الحرية التعاقدية للأفراد ، فإن السياسة الاستعمارية التي زعمتها فرنسا في مستعمراتها و من بينها المغرب — هذه السياسة التي تعتبر من الحقيقة نتاجا لنظرية سلطان الإرادة — قد ساهمت في التقليل من حدة الأزمات والاضطرابات الداخلية في فرنسا

مما نتج عنه تقليص في تنفيذ النظام العام الحرية التعاقدية . نبرأ أن هذا التقليص سرعان ما أقل نجمه باندحار ظاهرة الاستعمار الكلاسيكي .

وما دنا نتحدث عن السياسة الاستعمارية الفرنسية نشير إلى أن ^{هذه} السياسة قد أدت في عهد الحماية إلى تعليق فعالية النظام العام كقيد الحرية التعاقدية في ق.ل.ع.م. على طبيعة المصدر الذي ^{أوحى} بقواعده . فإذا كانت هذه القواعد تجد أساسها في نظر القاضي ، في أحكام الشريعة الإسلامية (مع التنبيه إلى أنه وكما مر بنا في القسم الأول من مذكرتنا هذه لا يشكل التأثير بالشريعة الإسلامية إلا مجرد أدعاء يرمي إلى إخفاء النوايا الحقيقية لفرنسا في إغلاق العنان لنهب الخيرات المغربية دون أي قيد أو شرط) فإن الحرية التعاقدية للفرنسي لا تتقيد بالنظام العام الإسلامي وبالتالي فإن العقود التي تبرم بشكل مخالف لهذا النظام العام الإسلامي تبقى مع ذلك صحيحة (48) . غير أن النظام العام استرجع وحدته من حيث الفعالية باسترجاع المغرب لسيادته السياسية .

و إذا كان النظام العام الاقتصادي قد شرع في تقييد الحرية التعاقدية حتى أثناء الحماية خاصة في عقد الشغل وذلك بصدور مجموعة من القوانين المتعلقة بتحديد ساعات العمل اليومي ومدة العمل الأسبوعية والراحة الأسبوعية والعطلة السنوية وتحديد الحد الأدنى للأجور الخ . . . فإنه لم يبق عند هذا الحد بل تابع مسيرته التوسعية في تقييد الحرية التعاقدية بعد الاستقلال وذلك بصدور مجموعة أخرى من التواعد القانونية التي تتناسب ودرجة تدخل الدولة في العلاقات الاقتصادية أما من أجل تحديد ، محتوى العقد كظهير 21 نوفمبر 1957 المتعلق بتنظيم الأسعار ومراقبتها أو من أجل مراجعة العقد كرسوم - قانون رقم 522 / 80 / 2 الصادر في 8 أكتوبر 1980 والمتعلق بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين ، أو من أجل مراقبة العقد وتوجيهه كمناميم التنمية والتصميم الخماسي 1960-1964 ، والتصميم الثلاثي 1965-1967 ، والتصميم الخماسي 1968-1972 ، والتصميم الخماسي 1973-1977 ، والتصميم الثلاثي 1978-1980 ، والتصميم الخماسي 1981-1985) .

191 - بعد ما أوضحنا المقصود بالنظام العام وأبرزنا مناعه نشير إلى أن القضاء يقضي بمشروعية العقد على نحو النظام العام بخلاف النظر عن طبيعته - التقليدية أو الاقتصادية - انطلاقا من **توافر** المشروعية في ركن المحل أو ركن السبب .

(48) أنظر في أنواع النظام العام التي عرفها المغرب في عهد الحماية : بول دكرو : سلطان الإرادة والنظام العام في القانون الاتفاقي المغربي من ص 75 إلى 94 .

فعلى سبيل المثال، و تطبيقاً لفكرة المشروعية في المحل أو السبب، ذهبت إحدى المحاكم الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 11 يونيو 1928 إلى أنه "يعتبر باطلاً للنظام العام كل شرط للأداء بالذهب أو بعملة غير العملة ذات السعر الإلزامي بالمغرب متى تعلّق الأمر بعقد يقع تنفيذه بالمغرب" كما ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكم لها صدر بتاريخ 4 يوليوز 1938 إلى أنه "يعتبر باطلاً للنظام العام كل شرط يكون موضوعه احتمال انخفاغ الفرنك" (49). وكذلك قضى المجلس الأعلى في حكمه الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1977 بأن "الوصية التي يحررها الموصي أرضاً لخليلته تتنافى مع الأخلاق الحميدة وبالتالي تتعارض مع النظام العام المغربي الذي لا يقر ما ينهني على فساد الأخلاق من معاملات والتزامات فهي وصية باطلة وإن كان الموصي قد راعى في منح هذه الوصية اعتبارات أخرى إنسانية أو اجتماعية مشروعة، ففصالح الأسباب لا يجيز الفاسد منها" (50) وبالرغم من عدم لجوء القضاء إلى التمييز بين نوعي النظام العام (أي بين النظام العام التقليدي والنظام العام الاقتصادي)، يمكن القول بأن فكرة النظام العام الاقتصادي تجد تطبيقاتها في ركن المحل أكثر مما تجده في ركن السبب (51).

192 — وختاماً لدراسة النظام العام المتعدد للحرية التعاقدية تجدر بنا الإشارة إلى أن التطورات التي طرأت على النظام العام وما آل إليه دور الدولة في تدخلها في ميدان العقود بفرغ الالتزام بالتعاقد كقيد على حرية الامتناع عن التعاقد، أثار ردود فعل فقهية كبيرة تمثلت في التساؤل عما إذا كان العقد يسير في الطريق نحو الانهيار أم أنه لا زال ثابتاً بالرغم من كسل التفسيرات التي ألحقت به والتحويلات التي أصيب بها ؟

إن الفقهاء الفرنسيين ليس لهم موقف موحد من هذا التساؤل، فالبعض يرى أن العقد الذي نظمته مدونة نابوليون لسنة 1804 قواعد على نحو نظرية سلطان الإرادة قد انهار ولم يبق منه إلا الاسم بعد ما اتسع نطاق النظام العام وأصبحت الدولة تتدخل أكثر فأكثر بإصدار قواعد قانونية آمرة لتحديد محتوى العقد ومنع بعض الأفراد من ممارسة حريتهم في الامتناع عن التعاقد. أما البعض الآخر فيرى أن العقد ثابت وصلب، أما التاورات التي طرأت عليه فليس من شأنها أن تسحب عنه صفته العقدية.

(49) أحمد شكري السباعي : المرجع السابق ص 180 .

(50) مجلة المصيار، العدد الأول 1978 ص 31 و 32 . — ويلاحظ أن الأمر عندما يتعلق بمشروعية المحل، فإن الناظر يستطيع من تلقاء نفسه أن يشرع في مشروعية العقد. أما عندما يتعلق بمشروعية السبب فلا يستطيع ذلك إلا إذا قام أحد أطراف العقد بإثبات (أنظر التمه في الصفحة الموالية)

و من الفقهاء الذين يؤمنون بفكرة انعدام العقد نذكر على سبيل المثال الأستاذ عيمانويل كونو الذي يرى بأن الأوضاع القانونية الجديدة التي ظهرت وتطورت قد أزاحت عن العقد بمفهومه الكلاسيكي كل الخصائص المميزة له الى درجة لم يبق معنا من العقد إلا الاسم (52). وكذلك فان الفقيه غاستون موران (Gaston Morin) يرى بأن التدابير التوجيهية التي أثقلت بها الدولة كاهل العقد قد شوهت هذا الأخير تشويها تاما وعرضته للزوال (53). ونفس الشيء يذهب اليه الأستاذ نعمان جمعة ان يرى بأن العملية لا تعتبر عقدا ان لم تحدد محتواها الارادة المشتركة للمتعاقدين لأن هذه الارادة الأخيرة هي العنصر الحاسم الذي يصح على العملية طابع العقد (54).

ومن الفقهاء الذين يؤمنون ببقاء فكرة العقد ثابتة وصلبة نذكر الفقيه جوسران الذي يرى بأن العقد فكرة كثيرة المرونة الشيء الذي يساعده على امتصاص جميع الضربات التي قد توجه اليه دون أن يؤثر ذلك في لبيعته وماهيته. ولا أدل على ذلك من أن أصنافه تسير في الدرب نحو التزايد المستمر الى درجة يمكن القول معها بأننا نعيش بالتعاقد أكثر فأكثر (55). و نفس هذا الرأي نجده عند الأستاذ مصطفى محمد الجمال ان يرى في آخر أطروحته بأنه نظرا لما يتحلى به العقد من المرونة فإنه يستلزم أن يتكيف بكل سهولة مع القانون الجديد دون أن يؤدي به ذلك الى فقدان خصائصه الكلاسيكية التي تجعل منه عقدا (56).

عدم مشروعية العقد وذلك لأن الفصل 63 من ق.د.ع.م. "يفترض في كل التزام أن له سببا مشروعاً و لولم يذكر".

(51) ج. كوتيرييه : المرجع السابق ص 83.

(52) عيمانويل كونو : مبدأ سلطان الارادة في القانون الخاص ص 14. أنظر أيضا ص 13 و 15. - وإذا كان كونو ينكر إطلاق اسم العقد على التصرفات التي يتدخل القانون لتحديد محتواها أو فرض ابرامها فإنه في غير هذه الحالات يعترف بالعقد، و لكن لا يجعل نظرية سلطان الارادة أساسا له بل العدل الموضوعي المنبثق عن القانون الطبيعي : نفس المرجع ص 449 وما بعدها.

(53) غاستون موران : التيارات الحالية لنظرية العقود وعلاقة الواقع بالمفاهيم : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1927 ص 558 و 559 وكذلك مؤلفه في القانون والعقد انحطاط هيمنتها، 1927، ص 111 و 112.

(54) نعمان جمعة : نظرية مصادر الالتزام ص 91.

(55) لويس جوسران : لمحة عامة عن التيارات الحالية لنظرية العقود : المجلة الفصلية

للقانون المدني ص 4 و 5. أنظر أيضا مقاله حول تعميم العقد في الخليط الممدى لادوارد لامبير الجزء الثالث، 1938 ص 145 و 146. وكذلك مقاله حول التطور الحديث للمفهوم التعاقدي في الخليط الممدى لفرانسوا جيني، 1935، الجزء 2 ص 336 و 337 و 338.

(56) مصطفى محمد الجمال : ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية : أطروحة، منشورات المكتبة العامة للقانون والاجتماع القضائي، باريس 1967، فقرة 378. أنظر كذلك ص 320 فقرة 573 من نفس المرجع.

و نحن بدورنا نرى بأن العقد لم يصبه الانعيار كما يدعي ذلك البعض بل على العكس لا زال مستقرا في ثباته و صلابته اللتين تستمران في ترسيخ جذورهما بقابلية تكيفه مع ما يستجد من المعطيات الاقتصادية . و اذا كان أصحاب انعيار العقد و انحطاطه قد انطلقوا من الشكل الظاهري للوسائل التي قيد بها النانون الحرية التعاقدية للوصول الى ابراز موقفهم من الوضع الذي أصبح عليه العقد ، فان النظرة الثاقبة أو على الأقل الواقعية الى الأسباب التي دفعت بالدولة الى أن تتدخل في ميدان العقود تسمح لنا بالذهاب على غرار ما قال به الأستاذ مصطفى الجمال (57) الى أن القيود الواردة على الرغائية و الحرية التعاقدية و بالتالي على نظرية سلطان الارادة لا تشكل في الحقيقة إلا امتيازاً منح للفردية أو الليبرالية من أجل تعزيز و تعضيد وجودها حتى تمنع بناءً على العقدي التقليدي من الاندحار والانعيار . / .

(57) مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ص 210 .



- الباب الثاني -

مظاهر سلطان الإرادة في آثار العقد

193 - ان نظرية سلطان الإرادة لا ترى في العقد الا مجرد ارادة حرة للطرفين : ارادة حرة في الاقدام او الامتناع عن التعاقد ، و ارادة حرة في اختيار المتعاقد الآخر و ارادة حرة في تحديد مضمون العقد . و يترتب على هذا أن العقد عندما يتم تكوينه - وفقا لما تقضي به نظرية سلطان الإرادة نفسها - فان الآثار التي تنجم عنه لا يمكن ان تخرج عن تلك التي حددها الأطراف بارادتهم . ثم انه لما كان لا احد يلتزم بغير ارادته ، فان العقد الذي يبرمه المتعاقدان ينبغي احترامه و تأويله و تنفيذه كما يحترم و يؤول و يطبق القانون (1) . ويستتبع هذا الحكم ان القاضي لا يحق له مبدئيا مراجعة العقد لأن دوره سلبي و يقتصر على الكشف عن خبايا العقد قصد تنفيذ مقتضياته .

و معنى كل هذا أن العقد عندما يتم تكوينه على نحو صحيح تكون له قوة ملزمة . وقد يتساءل المرء عن المصدر الذي يتلقى منه العقد هذه القوة أو بعبارة أخرى ما هو أساس القوة الملزمة للعقد ؟

194 - ان أساس القوة الملزمة للعقد عند اصحاب نظرية سلطان الإرادة خاصة في

مفهومها الكلاسيكي لا يكمن الا في الإرادة . فالإرادة وحدها كافية لأن ترتب الآثار الالزامية للعقد . وهذه الإرادة في قيامها بهذه المهمة لا تكون في حاجة الى أى مورد آخر اذ ان " الإرادة الفردية تفرض نفسها بنفسها باعتبارها ارادة فردية " ولا داعي للبحث عن سبب آخر لتفسير الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد مادام ليس هناك شيء يسمى على العقد (3) خاصة اذا ما عرفنا ان القانون نفسه لم يوجد الا لأن عقدا كان قد سبقه في الوجود (4) . ومن هنا يمكن القول بأن العقد الذي ابرم عن بينة واختيار ينصهر في الأمر القانوني ، وبالتالي فان المتعاقد الذي لا يحصل على تنفيذ الالتزام من قبل المتعاقد الآخر يكون له الحق في اللجوء الى السلطة العمومية قصد اجبار المدين على تنفيذ التزامه بنفس القوة التي يجبر بها الشخص على الخضوع للقانون (5) .

(1) نعمان جمعة : المرجع السابق ص 212 .

(2) عيمانويل كونو : المرجع السابق ص 342 و 343 .

(3) عيمانويل كونو : المرجع السابق ص 252 .

(4) فاكيه : الليبرالية ، 1903 ، ص 5 و 6 عن نعمان جمعة : المرجع السابق ص 212 .

() انظر التتمة في الصفحة الموالية .

195 - والجدير بالذكر أنه إذا كان لا أحد يشك في وجوب التزام الناس بتنفيذ تعهداتهم أو عقودهم وفقا لشروط معينة فإن الاضطرابات والاضطرابات التي عاشتها فرنسا ابتداء من أواخر القرن التاسع عشر والتي تسببت فيها إلى حد كبير مدونة نابوليون - أي نظرية سلطان الإرادة - أدت بأغلب الفقهاء إلى انتقاد نظرية سلطان الإرادة وبالدرجة الأولى في الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة للعقد ، كما أدت إلى ظهور نظريات جديدة - لا تسمح حدود بحثنا بمعالجتها - سميت بالنظريات الاجتماعية⁽⁶⁾ . وتسجل الاطروحة التي أعدها الأستاذ عيمانويل كوتو الطمينة المنهجية والجدية الأولى لنظرية سلطان الإرادة بصفة خاصة والمذهب الفردي في القانون بصفة عامة . ويرى عيمانويل كوتو من جهة أن الفرد لم يمش قط منعزلا لأنه يعتبر بحكم القوة والواقع كائنا اجتماعيا ، فهو نتاج المجتمع جسمانيا (ما دام أنه يولد بارتباط الرجل بالمرأة) وقانونيا (ما دامت فكرة القانون نفسها لا يمكن عزلها عن المجتمع) . و من جهة أخرى فإن الإرادة إذا ما أعطي لها مفهوم مجرد فكون قد خالفت الحقيقة مادام أنه يوجد إلى جانبها كل من مصالح الآخرين والمصلحة المشتركة والنظام العام والمعادلة وحسن النية والنقطة المشروعة الخ ... وعليه فإن العقد لا يعتبر إلا عملا لمبدأ العدل الموضوعي كما أن القوة الملزمة للعقد لا تجد أساسها في الإرادة بقدر ما تجده في الوظيفة الاجتماعية التي يؤديها العقد في العالم من أجل تحقيق الخير المشترك . ويستخلص كوتو من كل ما سبق نتيجة مقادها أن العقد لا يخضع لمبدأ سلطان الإرادة بل لمبدأ مطلق واحد هو العدل . أما الحرية فليست إلا وسيلة تقوم على قرينة العدل من أجل تحقيق العدل . لذلك فعندما يتناقض الواقع مع قرينة العدل وجب تقييد الحرية باسم العدل طالما أن العدل كما يقول إيهرنك يوجد فوق الحرية⁽⁷⁾ .

(5) مارسيل فالين : المرجع السابق ص 170 - لمزيد من التفاصيل في المبررات التي جرت بها لاثبات الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد راجع المسامحات التي تركز عليها نظرية سلطان الإرادة : الفرع الثاني من الفصل الثاني الوارد في الباب الثاني من القسم الأول من مذكرتنا هذه .

(6) من بين هذه النظريات على سبيل المثال : نظرية المؤسسة التي تزعمها هوريو ، ونظرية التضامن الاجتماعي لديكي ، ونظرية الثقة المشروعة لعيمانويل ليفي ، ونظرية التكافؤ التي نادى بها فلسفة الحياة ، راجع في هذه النظريات نعمان جمعة : المرجع السابق من ص 221 إلى 241 .

(7) عيمانويل كوتو : المرجع السابق : ص 20 ، 21 ، 24 ، 77 ، 117 ، 138 ، 141 ، 142 ، 145 ، 150 ، من 352 إلى 367 ، 387 ، 388 . راجع أيضا ملخصا لأهم أفكار كوتو في : نعمان جمعة : المرجع السابق من ص 229 إلى 232 .

196 - وبالرغم من الانتقادات الموجهة لنظرية سلطان الإرادة في أساس القوة الملزمة للمقد ، فإننا لا نستطيع انكار تأثير نظرية سلطان الإرادة في القانون المغربي للالتزامات والمعقود كما لا نستطيع انكار تجسيد الفصل 230 من ق. ل. ع. م. للقوة الملزمة للمقد كأهم أثر لنظرية سلطان الإرادة وأقوى ركيزة تقوم عليها هذه النظرية طالما أن الفلسفة الاقتصادية السائدة في المغرب مستوحاة من الليبرالية الغربية ونظرية سلطان الإرادة هي التعبير الحي للليبرالية الاقتصادية في الميدان القانوني . ونرى بأن الانتقادات التي وجهت في فرنسا لنظرية سلطان الإرادة بصفة عامة و أساس القوة الملزمة للمقد بصفة خاصة لم تكن في الحقيقة طمعة سددت للنظرية ولا بد يلا جديا يراد به ايجاد حل جذري للمساوي الاجتماعية والاقتصادية التي نجمت عن تطبيق المذهب الفردي على المستوى القانوني ، بل كان الدافع الى ظهورها هو الخوف من اندحار نظرية سلطان الإرادة أمام النظرية الماركسية للقانون - التي جاءت لتشكل قطيعة بين المفهوم السائد للنظرية العامة للوجود وواقع القانون - لذلك علت أصوات الانتقادات من أجل نقل أساس المقد من الإرادة أى الفرد الى الخير المشترك و حسن النية والثقة المشروعة والنظام العام والمعادلة أى المجتمع . غير أن هذه الانتقادات بالرغم من نقلها لأساس المقد والقوة الملزمة للمقد من الفرد الى المجتمع فإنها لا تتركز في آخر المطاف الا النقطة التي انطلقت منها وأعني بذلك نظرية سلطان الإرادة التي تجد تكريمها في الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي كما تجد تكريسها بالنسبة الى المغرب في الفصل 230 من ق. ل. ع. م. اذ ينص على أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئيهـا ولا يجوز النأؤها الا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون " .

197 - فهذا الفصل بالاضافة الى أنه يشكل الأساس الذي تقوم عليه نظرية سلطان الإرادة في القانون المغربي ، فإنه جاء لينص صراحة على هبدأ القوة الملزمة للمقد . لكن ما المقصود بالقوة الملزمة للمقد في ضوء نص الفصل 230 من

ق. ل. ع. م. ؟

الواقع ، فإن هذه القوة الملزمة للمقد الذي يلزم على وجه صحيح جاءت مطلقة ولم تحدد الجهة التي يمارس عليها المقد قوته . لذلك يمكن القول بأن المقد لا يمارس قوته الالتزامية فقط على الاشخاص وخاصة المتعاقدين بل ان القوة

الملزمة للمقد تفرض نفسها حتى على القاضي الذي يكون عليه أن يطبق مقتضيات العقد كما لو كان يطبق مقتضيات القانون (8).

وعندما نقول بأن العقد تكون له قوة ملزمة ازاء الأشخاص فاننا نقصد بهؤلاء أطراف العقد . وهذا ممناه أن العقد له أثر نسبي لا يسرى الا على المتعاقدين باعتبار أن الفرد لا يمكن أن يثقل بتكاليف او يستفيد من مزايا عقد لم يرتضه قط . ومع ذلك نجد احيانا ان القوة الملزمة للعقد تسري على الاغيار عندما يكون هناك نص خاص يقضي بذلك . الا أن هذا السريان ليست له أهمية كبرى طالما أنه لا يكون الا على سبيل الاستثناء . لذلك نرى أن نقصر البحث في القوة الملزمة بالنسبة الى الأشخاص على مدى فعاليتها ازاء المتعاقدين ليس الا .

وعليه ففعلنا ضوء المفهوم الذي اعطيناه للقوة الملزمة للمقد سنعمد الى تقسيم هذا الباب الى فصلين كما يلي :

- الفصل الأول : سلطان الارادة والقوة الملزمة للمقد ازاء المتعاقدين .
- الفصل الثاني : سلطان الارادة والقوة الملزمة للمقد ازاء القاضي .



(8) ويقال بان القوة الملزمة للمقد تفرض نفسها ايضا على المشرع . ولكن نعرف حاليا وخاصة بعدما تكرست فكرة تدخل الدولة في المجتمعات الليبرالية ان لاشيء يمنع من تدخل الدولة اى المشرع قصد التقليل من نفوذ القوة الملزمة للمقد او هدمه من اساسه في بعض الحالات ، لذلك لا نرى داعيا للخوض في غمار بحث النقطة المتعلقة بالقوة ازاء المشرع .

الملزمة للمقد

- المصطلح الأول -

- سلطان الإرادة والقوة الملزمة للمقعد إذا المتعاقدين (1)

197 - إذا كانت الحرية وفقا لنظرية سلطان الإرادة هي التي تطبع دخول الأطراف في المقعد فإن انعقاد المقعد لا يمنح الحرية للأطراف قصد الخروج من المقعد (2). وهذا هو المقصود بالقوة الملزمة للمقعد .

والقوة الملزمة للمقعد وجدت لتنتج آثارها بالدرجة الأولى بين المتعاقدين الذين ارتضوا الزام أنفسهم بإرادتهم . وهذا هو المعنى الذي يقصد بالقاعدة التي تقول بأن المقعد شريعة المتعاقدين والتي كرسها الشق الأول من الفصل 230 من ق. ل. ع. م. : " الالتزامات التعاقدية ... تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ... " (الفرع الأول) . ويترتب على هذا أن الإخلال بهذه القاعدة يسمح بتدخل القانون لفرض حماية القاعدة إذ الامتناع عن تنفيذ المقعد يمد في نظر القانون المتشعب بنظرية سلطان الإرادة مخالفا له (الفرع الثاني) .

وعليه فإننا سنعالج هذا الفصل في فرعين كما يلي :

- الفرع الأول : التزام المتعاقدين بتنفيذ المقعد .

- الفرع الثاني : الامتناع عن تنفيذ المقعد .

(1) المقصود بالمتعاقدين الشخص الذي اشتركت إرادته في تكوين المقعد أو من تعاقد بواسطة نائب كمتعاقدين القاصر بواسطة نائبه الشرعي و تعاقد الموكل بواسطة الوكيل : محمد حسني عباس : المقعد والإرادة المنفردة : ص 222 . - مامون الكزبري : المرجع السابق : الجزء الأول ص 245 . - السنهوري : الوسيط : المجلد الأول : نظرية الالتزام بوجه عام ص 596 .

(2) كاستون موران : القانون والمقعد : انحطاط سيادتهما : باريس 1927 ص 54 .

- البـيـرـع الأول -

- التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد -

أ و

العقد شريعة المتعاقدين

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

198 - مر بنا أن الشق الأول من الفصل 230 من ق. ل. ع. م هو الذي ينص على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . وهذه القاعدة لا يترجمها على المستوى العملي إلا الالتزام بتنفيذ العقد (المبحث الأول) . ومسيرة منطق نظرية سلطان الإرادة يؤدي إلى القول أن العقد إذا كان يعتبر شريعة للمتعاقدين فإن القاعدة التي تجمل من العقد قانونا للطرفين تتضمن في حد ذاتها قاعدة أخرى فرعية مفادها أن هذا القانون لا يمكن إلغاؤه بإرادة واحدة في العقد الشيء الذي يمكن الذهاب معه إلى أن توافق الإرادتين الذي يجمل من العقد قانونا من شأنه أن يلغي هذا القانون الذي هو نتاجه . والجدير بالذكر أن هذه القاعدة الفرعية التي تعتبر من تطبيقات قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في حد ذاتها وقد وقع النص عليها صراحة في الشق الثاني من الفصل 230 من ق. ل. ع. م . إذ ينص على أنه " . . . ولا يجوز إلغاؤه إلا برضاها . . . " (المبحث الثاني) .

* المبحث الأول *

سلطان الإرادة والالتزام بتنفيذ العقد

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

199 - أن أول ما يعنيه مبدأ القوة الملزمة للعقد هو أن المدين يكون ملزما بتنفيذ ما تعهد به أي ملزما بتنفيذ الأداءات المترتبة في ذمته بسبب العقد المبرم على وجه صحيح . ويتقيد المدين في التنفيذ بجميع الشروط أو المقتضيات التي يتضمنها العقد .

وإذا كنا نعلم بأن نظرية سلطان الإرادة لا تهتم برعاية الحرية والإرادة في العقد إلا بمقدار ارتباط هذه الحرية والإرادة بالرأس المال بالمفهوم القانوني فإن التعرف على المقصود بتنفيذ العقد لا يمكن أن ينفصل عنهم إلا من زاوية المحل الذي يلتزم به المدين إزاء الدائن : الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

المقد الذي يكون الفرض منه اعطاء شي : ان تنفيذ العقد الذي

يكون الهدف منه انشاء التزام باعطاء شي ينبغي ان ينصب على ما وقع تعيينه في محل الالتزام اما بالذات او بالنوع . و اذا كانت نظرية سلطان الارادة نظرا للسرعة التي توخيت ادراجها في ميدان العلاقات التعاقدية حتى تتمتع الدورة الاقتصادية بتقضي بوجوب تنفيذ العقد عند انشائه (مثال : الفصل 491 من ق. ل. ع. م. م .) خاصة عندما يكون الالتزام باعطاء شي مميئا بالذات ، فان الواقع العملي ادى بنظرية سلطان الارادة الى ان تقضي بان تنفيذ العقد الذي ينشئ التزاما باعطاء شي غير معين الا بالنوع لا يتم الا بالاقرار (انظر مثلا الفصل 486 من ق. ل. ع. م. م .) الا اذا حصل تعيين محل الالتزام جزافا . ففي هذه الحالة يتم تنفيذ العقد عن طريق نقل الملكية بمجرد تراضي المتعاقدين . (الفصل 490 / 1 من ق. ل. ع. م. م .)

المقد الذي يكون الفرض منه القيام بعمل : ان تنفيذ هذا العقد

يختلف باختلاف نوع العمل الذي يلتزم المدين بتنفيذه . فاذا كان العمل عبارة عن بذل عناية كما في الوديعة ، فان العقد لا يتم الا اذا بذل المدين من العناية ما يبذله في المحافظة على اموال نفسه (الفصل 791 من ق. ل. ع. م. م .) . ويعتبر التنفيذ بهذه الصورة من ابلغ تطبيقات الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة . و اذا كان العمل عبارة عن انجاز عمل معين وجب لتنفيذ العقد أن يجسي العمل مطابقا لجميع مواصفات العقد . اما اذا كان العمل عبارة عن تسليم شي فان تنفيذ العقد لا يتم الا اذا تولى المدين عن الشيء ووضعه تحت تصرف المشتري او من يقوم مقامه و تقع حيازة هذا الاخير بدون عائق (الفصل 499 من ق. ل. ع. م. م .)

المقد الذي يكون الفرض منه الامتناع عن عمل : ان تنفيذ العقد

في هذه الحالة يتم باستمرار المدين في تمسكه بالامتناع عن القيام بالعمل .

200 - ويتبين من خلال استعراض هذه المظاهر المختلفة لتنفيذ العقد ان هذا الأخير ينصب في الواقع على جميع ما اشتمل عليه العقد و بالدرجة الاولى ما وقع النص عليه صراحة في العقد من طرف المتعاقدين . الا أنه لما كانت العبارة في الالتزام وتنفيذه بالارادة وكانت هذه الارادة لا يشترط فيها وفقا لنظرية سلطان الارادة ان تكون صريحة بل يجوز الاعتداد بالارادة الضمنية فان مشتملات العقد لا تقتصر على ما وقع التصريح به في العقد فقط بل تمتد ايضا الى ملحقات الالتزام و

مستلزماته (1) التي يساعد تنفيذها على التطبيق الحقيقي لمفهوم القوة الملزمة للمقد .
ومسيرة لمنطق نظرية سلطان الارادة يمكن القول بانه لا غرو ان يساهم القانون
او العرف او المدالة في توضيح ماهية هذه الملحقات طالما ان القانون نفسه يجد
اساسه في الارادة و لا يقوم الا بتوقيع ما يسريده اطراف المقد وان العرف ينتج عن
الارادة باعتبار أن قوته الملزمة تجد اساسها في الارادة المفترضة للطرفين . وأن
المدالة بدورها تقوم على الارادة المفترضة للطرفين ثم ان المقد يجسد كما لها
اذ من قال المقد قال المدالة او كما يقول فوميه " من قال تعاقدى قال عادل " (2)
ولقد جاءت الفقرة الثانية من الفصل 231 من ق. ل. ع. م. صريحة
في توضيح معنى مشتملات المقد اذ تنص على ان السقد " لا يلزم بما وقع التصريح
به فحسب بل أيضا بكل صلحقات الالتزام التي يقررها القانون او العرف أو
الانصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته .

201 - وإذا كان المقد يلزم بما وقع التصريح به وبما يعتبر من ملحقات المقد
فان تنفيذ هذا المقد يجب ان يتم بحسن نية . وفي هذا العدد تنص الفقرة
الأولى من الفصل 231 من ق. ل. ع. م. ص على ان كل " تعهد يجب تنفيذه
بحسن نية " .

وقد يتساءل المرء عما هو المقصود بحسن النية المنصوص عليه في
الفصل 231 / 1 من ق. ل. ع. م. ص . المطابق للفصل 134 / 3 من القانون
المدني الفرنسي في مفهوم نظرية سلطان الارادة .

ان تحديد المقصود بحسن النية يختلف باختلاف الاتجاهين الشخصي
و الموضوعي لنظرية سلطان الارادة .

- فالاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة يرى بأن المقصود بحسن
النية هو الاهتمام بارادة الاطراف اذ " ما معنى حسن النية بان لم يكن هو
احترام النية الأولية التي سادت عند تكوين المقد " (3) . و يظهر ان اصل
هذه النظرية يرجع الى الفقيهين اوسرى ورو (Aubry et Rau) اللذين لخصا الفقرة

(1) للتعرف على المقصود بملحقات الالتزام او مستلزماته : راجع على سبيل المثال

مأمون الكزبري : المرجع السابق : الجزء الأول : ص 250 و 251 .

(2) ع . كونو : المرجع السابق : ص 173 و 174 و 175 .

(3) ع . كونو : المرجع السابق : ص 173 .

الثالثة من الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي في العبارة التالية : " الاتفاقات يجب تنفيذها بحسن نية أى وفقا لنية الطرفين والهدف الذى من اجله ابرمت هذه الاتفاقات (4) " ولما كان المقصود بحسن النية هو تنفيذ العقد وفقا لما ذهبت اليه نية الطرفين عند تكوين العقد فان البحث عن نية الطرفين يقترن بتأويل العقد لذلك نجد الاتجاه الشخصي يرى بان تحديد المقصود بالفصل 1134 / 1 لا يمكن فصله عن الفصول من 1156 الى 1164 من القانون المدني الفرنسي و بمعنى آخر فان تحديد المقصود بالفصل 1134 / 1 من " ق. ل. ع. م . لا يمكن عزله عن الفصول من 461 الى 473 من ق. ل. ع. م .

— اما الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة فيرى بان نظرة الاتجاه الشخصي بخلطها في تحديد المقصود بحسن النية بين تنفيذ العقد وتأويله تكون قد حرفت المدلول الحقيقي للفقرة الثالثة من الفصل 1134 . فتتفقد العقد يجيب عن السؤال الآتي : كيف ينبغي على الاطراف ان يوفوا بالتزاماتهم وواجباتهم التعاقدية ؟ . اما تأويل العقد فيجب عن السؤال الآتي : بماذا التزم اطراف العقد ؟ . لذلك فان القاضي عندما يكون عليه أن يتدخل في العقد فان تدخله يتم على مرحلتين : في المرحلة الاولى يتدخل باسم النصوص المنظمة لتأويل الاتفاقات وفي المرحلة الثانية يتدخل باسم الفقرة الثالثة من الفصل 1134 ليرى ما اذا كان تنفيذ العقد قد تم وفقا لما يقضي به حسن النية أم لا . (5) وعلى ضوء التمييز بين تأويل العقد وتنفيذه يذهب الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة الى ان المقصود بحسن النية عند تنفيذ العقد هو الالتزام بالاستقامة (loyauté) و التقيد بواجب التعاون (le devoir de coopération) بمعنى ان المدين يلتزم بان يكون امينا في تنفيذ العقد بالرغم من بعض العراقيل الجديدة التي قد تعترض طريق التنفيذ مع التذكير بان معيار الاستقامة في التنفيذ هو معيار مرن يرجع امر تقديره الى القاضي (6) . كما يلتزم المدين ايضا بالتعاون مع الدائن خاصة عندما يقتضي طبيعة العقد ذلك (7) .

(4) الفريد ربيك : جريس كلا سور المدني : الفصل 1134 فقرة 69 ص 18 .

(5) الفريد ربيك : المرجع السابق فقرة 70 ص 18 .

(6) تيرو وفيل : المرجع السابق فقرة 356 ص 383 .

(7) للتعرف على بعض الامثلة المتعلقة بتنفيذ العقد بحسن نية أى وفقا لما شرهه مبادئ الاستقامة والتعاون : انظر مأمون الكزاع : المحقة السابعة : الجزء

*** المبحث الثاني ***

سلطان الارادة و عدم جواز الفاء العقد

202 - بما أن العقد في نظرية سلطان الارادة عندما يتم تكوينه على وجه صحيح يقوم مقام القانون بين هاتديه ، وأن القانون لا يمكن النفاؤه الا بقانون لاحق (الفصل 474 من ق. ل. ع. م.) لذلك فان المتعاقدين اللذين اصحابا ومتبطين بالعقد بسبب توافق ارادتهما لا يستطيعان التحلل من العقد الا اذا ابرما عقدا جديدا يوضع حدا للعقد الأول و تلتفى بموجبه الالتزامات الناشئة عن هذا الأخير . و هذا هو عين ما ذهب اليه المشرع المغربي عند ما نص في الشق الثاني من الفصل 230 من ق. ل. ع. م. على انه " ... ولا يجوز الفأوها (اي الالتزامات التعاقدية) الا برضاها (اي المتعاقدين) معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون . "

ويتبين من هذا النص ان العقد باعتباره وليد توافق الارادتين لا يمكن الفأوه بارادة منفردة وان انهاءه لا يمكن أن يتم الا بتوافق جديد للارادتين .

203 - اولا : عدم جواز الفاء العقد بارادة منفردة : يستخلص من المفهوم المماكس للشق الثاني من الفصل 230 من ق. ل. ع. م. على أن العقد لا يمكن ان يكون محلا للالفاء بارادة منفردة ، و الواقع أنه لو كان في الامكان وضع حد للرابطة التعاقدية بالارادة المنفردة لأحد طرفي العقد لما صح القول بأن العقد يقوم مقام القانون بين المتعاقدين ⁽⁸⁾ . و تفسير المفهوم المماكس للشق الثاني من الفصل 230 من

ق. ل. ع. م. بمفهوم القياس من باب أولى (*argument à fortiori*) يؤدي بنا الى القول بأن الارادة المنفردة لأحد طرفي العقد كما لا تستطيع الفاء العقد فمن باب أولى الا تقدر على تعديل شروط العقد لان هذا التعديل يعد بمثابة الفاء جزئي للعقد .

وانذا كان هذا هو المبدأ فان نظرية سلطان الارادة تسمح للإرادة المنفردة

لاحد الطرفين بالفاء العقد وذلك عندما يكون هناك شرط في العقد يخول امكانية فسخ العقد لأحد الطرفين خلال مدة معينة ⁽⁹⁾ -

(8) افريد ربيك : جريس كلا سورال مدني : الفصل 1134 : الفقرة 15 ص 5 .

- تيرى وفيل : المرجع السابق : فقرة 354 ص 380 .

(9) ينبغى الاشارة الى ان هذا الشرط لا يعتبر شرطا اراديا محضا بالمفهوم الذي يقع فيه هذا الشرط باطلا : انظر : مامون الكيرى : المرجع السابق : الجزء الثاني الطبعة الاولى 1970 ص 39 وما بعدها .

و الذى ينبغى الاشارة اليه هنا هو ان جواز الالفاء بالارادة المنفردة في هذه الحالة لا يعتبر قيذا على مبدا عدم جواز الالفاء بالارادة المنفردة ذلك لأن الطرف الذى يعتمد الى وضع حد للمقدد انما يقوم باستعمال حقه الذى يخوله اياه المقدد نفسه .

غير انه يلاحظ عند تفحص نصوص ق. ل. ع. م. م. ان هناك فرضيات يسمح فيها القانون بإمكانية الفاء المقدد بارادة منفردة وذلك تطبيقا للشق الثاني من الفصل 230 نفسه الذى يقيد مبدا عدم جواز الالفاء بالحالات المنصوص عليها صراحة في القانون .

ومن الفرضيات التي يسمح فيها ق. ل. ع. م. م. صراحة بإمكانية الالفاء بالارادة المنفردة نذكر على سبيل المثال : الفصل 689 (عقد الكراء) . الفصل 754 (عقد العمل و يضاف اليه الفصل 2 من ظهير 23 اكتوبر 1948 المتعلق بالنظام النموذجي لتعيين العلاقات بين العمال وأرباب العمل في كل المؤسسات الصناعية والتجارية والمهن الحرة وذلك فيما يخص عقد التجربة أو الاختبار) . الفصل 762 (عقد المفاولة) . الفصل 796 (عقد الوديعة) . الفصول 929 و 931 و 932 و (عقد الوكالة) . الفصل 1057 (عقد الشركة) .

فقانون الالتزامات والعقود المفربي يسمح في كل الفصول المشار اليها اعلاه بإمكانية الفاء المقدد بالارادة المنفردة لأحد طرفي المقدد .
والسؤال الذى يطرح نفسه امام هذه الفرضيات هو هل ان الحالات المنصوص عليها في القانون تعتبر قيذا على مبدا عدم جواز الالفاء بالارادة المنفردة الذى تنادى به نظرية سلطان الارادة ؟ الواقع هان هذه الحالات لا تعتبر في نظرنا قيودا على المبدأ ذلك لانه من جهة حتى الذين يعتبرون هذه الحالات قيودا على المبدأ (10) يذهبون الى ان الغاية المتوخاة منها تتمثل في حماية الحرية التعاقدية ونحن نعلم ان نظرية سلطان الارادة على الاقل في مظهرها تشكل التجسيد الحي للحرية التعاقدية . وهذه الحرية التعاقدية هي التي يريد انصار الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة تكريسها عندما يرفضون صفة القيد على هذه الحالات المنصوص عليها في القانون والمعتبرة في نظرهم ذات طابع تعاقدى والطرف الذى

(10) أنظر تيرى وفيل : المرجع السابق ص 381 .

لم يصدر عنه الالفاء ينبغي اعتباره كما لو كان قد اعلن مسبقا عن موافقته لهذا الالفاء (11) . ومن جهة اخرى فحتى اذا ما سائرنا الاتجاه الموضوعي الذي يرى في الحالات المنصوص عليها في القانون قيودا على مبدأ عدم جواز الالفاء بالازادة المنفردة فاننا نلاحظ ان القانون نفسه يورد قيودا على هذا القيد :

- فالالفاء عقد الكراء عندما يكون غير محدد المدة بالارادة المنفردة بتقييد فيه المكترى بالاجل الذي يحدده المرف لاخلاء المكان (الفصل 689 من ق.ل.ع.م.م.) .

- في عقد العمل لا يمكن للالفاء بارادة منفردة ان يتم الا بعد القيام بالاضطار وفقا للمواعيد التي يقررها المرف المحلي او الاتفاق (الفصل 1/754 من ق.ل.ع.م.م.) بالاضافة الى ان هذا الالفاء قد يتسبب في الزام الطرف الذي صدر عنه باداء التمريض للطرف الاخير بسبب الالفاء التصفي (الفصل 4/754 و 5 من ق.ل.ع.م.م.) .

- وعندما يلجأ رب المثل في عقد المقاوله الى الفاء العقد فانه يلتزم بان يدفع للاجير ليس فقط قيمة المواد المدة للعمل بل ايضا ما كان في امكان الاجير الحصول عليه من ربح لو ان العمل قد تم (الفصل 762 من ق.ل.ع.م.م.) .

- وفي عقد الوديعة فان المستودع يلتزم بان يمنح المودع اجلا كافيا لاسترداد وديعته اولا تخال ما تقتضيه الظروف من اجراءات (الفصل 796 من ق.ل.ع.م.م.) .

- وفي عقد الوكالة فان الوكيل يلتزم باخطار الموكل ثم ان الوكيل يكون مسؤولا عن الضرر الذي قد يتسبب فيه الفاء العقد (الفصل 935 من ق.ل.ع.م.م.) .

- وفي عقد الشركة غير محددة المدة يلتزم الشريك الذي يريد الانسحاب من الشركة باعلام باقي شركائه كما يشترط في الانسحاب ان يتم في وقت لائق وحسن نية والا التزم بالتمريض عن الضرر الذي قد يتسبب فيه انسحابه (الفصل 1057 من ق.ل.ع.م.م.) .

فهذه القيود التي اوردتها القانون نفسه عند تنظيمه للحالات التي يسمح فيها بالخروج عن مبدأ عدم جواز الفاء العقد بالارادة المنفردة تشكل في حـد ذاتها رجوعا الى المبدأ لأن القانون عندما يريد ان ينفي ما جاء نافيا للمبدأ الاصلي والذي هو عدم جواز الفاء العقد بارادة منفردة فانه لا يعمل في الحقيقة الا على تكريس نظرية سلطان الارادة .

204 - ثانيا : جواز الفاء المقد بتراضي الطرفين : ان امكانية الفاء المقد

بتراضي . الطرفين بالاضافة الى انها تعتبر من التطبيقات البديهية للقوة الملزمة للمقد التي يتحتم الاخذ بها في القوانين التي تهيمن عليها نظرية سلطان الارادة ولو لم يورد في شأنها نص خاص . فان المشرع المغربي كرسها بالنص عليها صراحة في الشق الثاني من الفصل 230 من ق. ل. ع. م. م . بل الاكثر من هذا ان المشرع المغربي لم يقتصر على تكريس مبدأ جواز الفاء المقد بتراضي الطرفين فقط بل عمد الى تنظيمه تنظيما مفصلا يستجيب لكل ما نادى به نظرية سلطان الارادة او يساير منطقتها وذلك في الفصول من 393 الى 398 من ق. ل. ع. م. م . وقد اطلق المشرع المغربي على تراضي الطرفين قصد الفاء المقد اصطلاح

الاقالة الاختيارية (عنوان الباب الثامن من القسم السادس من الكتاب الاول المتعلق بالالتزامات بوجه عام) .

ومادامت الاقالة الاختيارية تتم بتراضي الطرفين اى بانشاء عقد جديد يلغي المقد السابق فان نظرية سلطان الارادة تشترط لصحة هذا العقد نفس ما يشترط لصحة العقود عامة (الفصل 395 من ق. ل. ع. م. م .) غير انه لما كانت القبرة في المقد بالرضا اى بالارادة و بالدرجة الاولى الارادة الباطنة ، فانه يجوز للاقالة ان تقع بصفة ضمنية ولا يشترط ان تكون بالضرورة صريحة (الفصل 394 من ق. ل. ع. م. م .) (12) .

و اذا كان يجوز للارادة المشتركة ان تقبل المقد الذي سبق لها ان ابرمته فان منطق نظرية سلطان الارادة يقضي بوجوب بقاء المقد القديم عند الاتفاق على اقالته محتفظا بجميع مقوماته . اما اذا نقصت فيه احدى هذه المقومات كأن يكون محل المقد المميز بالذات قد هلك او تعيب اولحقه تغييرا بفعل الانسان فاننا لا نكون امام الاقالة الاختيارية وبالتالي فان التراضي الذي ياتي لالفاء المقد لا يندرج تحت مفهوم الشق الثاني من الفصل 230 من ق. ل. ع. م. م . كما لا نكون امام الاقالة الاختيارية عندما يستحيل على احد المتعاقدين ان يرجع للثاني ما اخذه منه بالذبط . على انه ما دام الهدف المتوخى من رفض اطلاق صفة الاقالة الاختيارية على ما سبق يمكن في الحفاظ على ما وقع ارتضاؤه في المقد الاول فانه لا مانع يمنع من اعتبار المقد اللاحق الذي يلغي المقد السابق اقالة اختيارية وذلك اذا

(12) للتعرف على بعض الامثلة المتعلقة بالاقالة التي تقع بصورة صريحة او ضمنية راجع مامون الكزبري : المرجع السابق : الجزء الثاني : ص : 596 .

ما وقع استدراك الخلل الحاصل في مقومات العقد السابق بالاتفاق على تمويل الفرق
(الفصل 396 من ق. ل. ع. م. م.) .

وينبغي الإشارة الى ان تراضي الطرفين على الشاء العقد لا يعتبر اقالة
اختيارية الا اذا كان هذا التراضي يرمي الى وضع حد نهائي للعقد الاصلي وهدمه
في مجموعه . اما اذا كان يرمي فقط الى هدم جزء من العقد الاصلي فقط
دون بقية الاجزاء الاخرى فان هذا يعتبر تعديلا . بموجب الفقرة الثالثة من
الفصل 397 فان " كل تعديل يجرى على العقد الاصلي يفسد الاقالة ويحولها
الى عقد جديد . " .

وعندما تتم الاقالة الاختيارية على وجه صحيح فان الآثار الناتجة عنها
تتمثل في ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت ابرام العقد وينتج
عن هذا ان " على المتعاقدين ان يرجع كل منهما للآخر ما اخذه منه بمقتضى
الالتزام الذي وقعت فيه الاقالة " (الفصل 397 / 2) .

واذا كان المبدأ في الآثار الناتجة عن الاقالة الاختيارية هو ارجاع
المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت ابرام العقد الاصلي ، فان منطق
نظرية سلطان الارادة يقضي في تطبيق هذا المبدأ بالتمييز بين العقود المستمرة
و العقود الفورية :

ـ فارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد ليس
المقصود به في العقود المستمرة هو سريان الاقالة باثر رجعي بل باثر فوري لان
الاثار الرجعي لا يتلأم وطبيعة العقد المستمر . لذلك فان الاقالة لا تقع في
هذا العقد الاخيرالا على الاداءات الجارية والاثار التي ستترتب على العقد في
المستقبل اما الاداءات التي تمت في الماضي فلا تلحقها الاقالة .

ـ اما في العقود الفورية فان الاقالة تسرى باثر رجعي لان المتعاقدين
باللجوء اليها يكونان قد ارادا الرجوع الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد
لذلك ينبغي ان يرجع كل منهما للآخر ما اخذه منه بمقتضى العقد الفوري الاصلي .
و اذا كان المبدأ في العقود الفورية ان اقالتها تسرى باثر رجعي ،
فان الامر لا يكون كذلك عندما يكون العقد الفوري الاصلي قد ترتب عنه نقل حق
كحق الملكية . فنقل حق الملكية الاصلي لا تلغيه الاقالة باثر رجعي ، لان المالك
الاصلي يسترجع حقه بموجب العقد الجديد الذي ترتب عنه الاقالة والذي يسببه

وقع نقل الحق من جديد لمصلحة المالك الأصلي في العقد الأصلي (13) .
ويترب عن سريان الاقالة باثر فوري على العقد الفوري الأصلي الناقل لحق الملكية
تقرير النتائج الآتية :

- اذا قام المتعاقد الذي انتقلت اليه الملكية بموجب العقد الفوري
الأصلي في الفترة الفاصلة بين إبرام العقد وإقالته بترتيب حق على هذه الملكية
لأحد من الأغيار كالكراء أو الارتفاق أو الرهن الرسمي على عقار ، فإن هذا الحق
يبقى ساري المفعول لمصلحة هذا الغير بالرغم من وجود الاقالة ، إذ أن هذه
الآخيرة لا يمكن لها أن " تضرب الغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء
التي هي محل الاقالة " (الفصل 398 من ق. ل. ع. م.) .

- بما أن العقد الجديد الذي تنشأ عنه الاقالة يعتبر عقدا مستقلا
عن العقد الفوري الأصلي ، فإن إعادة نقل الملكية إلى صاحبها الأصلي تستوجب
في نظر القانون الضريبي أداء رسوم جديدة على نقل الملكية .
- إذا كان محل العقد الفوري الأصلي عقارا ، فإن العقد الجديد الذي
تنشأ عنه الاقالة يخضع لنظام الأشهار .

(13) ألفريد ربيك : المرجع السابق فقرة 20 ص 7 . - تيرى وفيل : المرجع السابق
فقرة 353 ص 379 و 380 .

- السبع الثاني -

* الامتناع عن تنفيذ العقد *

205 - لما كانت للمقد قوة ملزمة ، فان امتناع المدين عن تنفيذ التزامه يشكل واقعة مخالفة لأهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية سلطان الإرادة ، إذ ان القانون الذي يكرس هذه النظرية لا يبرئ مبدئياً ذمة المدين الا بتنفيذ ما جاء في الالتزام قدراً وصنفاً ونفس الطريقة المتفق عليها عند التعاقد (الفصل 242 من ق. ل. ع. م.) :
وعليه ان الامتناع عن تنفيذ العقد يعد خرقاً لهذا القوة الملزمة للمقد ، فان القانون حماية منه لهذا المبدأ بتدخل لترتيب المسؤولية على كاهل الممتنع عن التنفيذ (المبحث الأول) . وبالإضافة الى هذا ، فان القانون جاء بتنظيم خاص لبعض الوسائل التي يمكن ان يواجه بها المدين الممتنع عن التنفيذ . الا ان هذه الوسائل لا يسمح بها الا في العقود التبادلية (المبحث الثاني) .

§ المبحث الأول §

- سلطان الإرادة والمسؤولية العقدية -

206 - ان العقد في مفهوم نظرية سلطان الإرادة له غاية منفعية ، اذ الاشخاص لا يتعاقدون الا قصد الحصول على منفعة او تحقيق مصلحة . وعدم تنفيذ العقد يمس بهذه المنفعة او المصلحة ، الشيء الذي يؤدي بالامتناع عن التنفيذ الى إلحاق ضرر بالدائن يستوجب التمييز وفقاً للمسؤولية العقدية .

وما دامت العبرة في العقد بالمنفعة او المصلحة المتوخاة منه ، فان استحقاق الدائن الدائن المتضرر للتمييز يتم سواء كان الامتناع عن التنفيذ كلياً او جزئياً (الفصل 259 / 2 من ق. ل. ع. م.) . كما ان التمييز يبقى مستحقاً حتى ولو وقع تنفيذ العقد ولكن بسوء النية ، اذ ان سوء التنفيذ كعدم التنفيذ الكلي او الجزئي طالما ان المدين المدين لا تيسراً ذمته من الالتزام المترتب عن العقد الا بتنفيذ ما انصرفت اليه إرادة إرادة المتعاقدين عند تكوين العقد باعتبار ان هذا التنفيذ ينبغي ان يتم بحسن بحسن نية (الفصلان 242 و 231 / 1 من ق. ل. ع. م.) .

والمنفعة او المصلحة المتوخاة من العقد يتم تحقيقها اما فوراً او لاحقاً ، اما اذا لم يحدد للوفاء بالالتزام اجل معين واما عند حلول الاجل المتفق عليه في هذا العقد المقصد او الناتج عن طبيعة الالتزام او عن طريقة تنفيذه او عن المكان المعين لهذا لهذا لهذا التنفيذ (الفصل 127 من ق. ل. ع. م.) . غير انه قد يحل محل

تنفيذ العقد و مع ذلك . يتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . ففوات الميعاد أي المطل في هذه الحالة يعتبر قرينة على تخلف المنفعة أو المصلحة المتوخاة من العقد لذلك يحق للدائن المطالبة بالتعويض عن التأخر في تنفيذ العقد و استحقاقه ان هو اثبت أن التأخر في الوفاء الحق به ضررا يتمثل في خروج العقد عن الغاية التي رصدت له ألا وهي المنفعة أو المصلحة المتوخاة منه . فهذه الأفكار التي عالجنا بها الجزاء المترتب على الامتناع عن تنفيذ

العقد و التي تعتبر من النتائج المنطقية للقوة الملزمة للعقد وفقا لنظرية سلطان الارادة (1) نجدها مكرسة في ق.ل.ع.م. ان ينص الفصل 263 منه على أنه " يستحق التعويض، أما بسبب عدم الوفاء بالالتزام واما بسبب التأخر في الوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك سوء نية من جانب المدين " و بما أن عقلية الربح هي المسيطرة من الناحية المبدئية على نظرية

سلطان الارادة، وكان العقد هو الوسيلة الفردية المثلى لتحقيقه، فان تخلف المنفعة أو المصلحة أي الضرر الذي على الدائن أن يثبته للحصول على التعويض بسبب عدم تنفيذ العقد أو مطال المدين ينبغي أن تقتصر عناصره على الخسارة الحقيقية التي تلحق الدائن وما فاتته من كسب سواء كانت المنفعة أو المصلحة مادية أو معنوية - أي سواء كان الضرر ماديا أو معنويا - . غير أنه لما كانت العبارة في العقد بالارادة، و كانت ارادة الدائن قد توقعت أو كان عليها أن تتوقع عند إبرام العقد مقدار المنفعة أو المصلحة التي ستنتجم عن تنفيذ العقد - كما أن ارادة المدين بالمقابل قد توقعت أو كان عليها أن تتوقع عند إبرام العقد مقدار التكاليف التي ستتحطمها عند خرق القوة الملزمة للعقد -، فان حجم التعويض الذي يمنح بسبب عدم تنفيذ العقد أو المبال يبقى محصورا في حدود ما تم توقعه أو كان ينبغي توقعه من الضرر، إلا اذا كان المدين سيء النية - حالة الخطأ الجسيم أو التدليس - ففي هذه الحالة يستطيع الدائن الحصول

(1) حان هوزيبر : الموضوعية و الذاتية في التصرف القانوني : أطورحة ،

باريس 1971 منشورات المكتبة العامة للقانون و الاجتهاد القضائي ص 317

على التمييز حتى عن الضرر غير المتوقع (الفصل 264 من ق.ل.ع.م. (2) .

207 - يتبين مما سبق أن تخلف المنفعة أو المصلحة أو حصول الضرر يستوجب التعويض. فهل هذا معناه أن التعويض يستحق بمجرد حصول الضرر أم أنه ينبغي قيامه على أساس - لس ؟

الواقع، فإن نظرية سلطان الإرادة لا تذهب إلى استحقاق التعويض إلا إذا قام هذا الأخير على أساس الخطأ المادي يعتبر القاعدة القانونية الوحيدة التي تقوم عليها المسؤولية في مجموعها (3) . و يلاحظ أن ق.ل.ع.م. لا يشير صراحة في الفصل 263 إلى أساس الخطأ الذي يبرر استحقاق التعويض بل يشترط أن يكون الضرر الحاصل للدائن ناتجا عن عدم تنفيذ المدين للعقد أو عن تأخره في التنفيذ . فهل معنى هذا أن نارة المشرع إلى التعويض في هذا المقام تقوم على فكرة أخرى غير فكرة الخطأ ؟ . ان الحالتين المنصوص عليهما في الفصل 263 تعتبران في الحقيقة من الصور العملية التي يتحقق بها الخطأ الموجب للتعويض عند عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ : فالمدين الذي تعمد بتنفيذ العقد ومع ذلك يمتنع عن هذا التنفيذ بالرغم من أنه يمكن لا يفرقه أي سبب يبرر الامتناع كالقوة القاهرة مثلا يكون قد ارتكب خطأ يستحق معه التعويض ان هو تسبب في حصول الضرر (4) ، سواء كان المدين حسن النية كأن يعود عدم التنفيذ أو المثل إلى إهمال أو عدم حيلة المدين أو سيء النية كأن يرجع عدم التنفيذ أو المال إلى تدليس المدين أو ارتكابه لخطأ جسيم لا يمكن المذر عنه . وعدم تنفيذ العقد أو التأخر عن تنفيذه لا يمكن للقاضي تكليفه على أنه خطأ إلا إذا وقع اثبات هذا الأخير . وبما أن المسألة

(2) قد يقال بأن الفصل 264 لا ينص صراحة على قصر التعويض عن الضرر المتوقع كما فعل القانون المدني الفرنسي في الفصل 1150 . إلا أن اعتراف واضعي ق.ل.ع.م. يكون الفصل 264 من ق.ل.ع.م. يجد أصله في الفصول 1149 و 1150 و 1151 من القانون المدني الفرنسي يجعلنا نعتقد ذلك . أما السبب في عدم التنصيص صراحة على الضرر المتوقع في الفصل 264 فلا يمكن التعريف عليه إلا على ضوء مقاصد الشريعة الاستعمارية التي تركت أمر تقدير التعويض في حالتها هذه لفكرة القاضي الذي قد يأخذ بالضرر المتوقع أو الضرر غير المتوقع حسبما تطلبه عليه قناعته التي غالبا ما تتكون انطلاقا من التعريف عما إذا كان المدين من الأهالي المفاربة أو من الأجانب الأوروبيين وخاصة الفرنسيين منهم .

(3) غاستون موران : ترمذ القانون ضد المدونة - المراجعة الضرورية للمفاهيم القانونية (العقد ، المسؤولية ، الملكية) منشورات سيني ، باريس 1945 ص 61 .

ليست بالخطأ في حد ذاته بل بالقدر الذي يساهم به في تخلف المنفعة أو المصلحة أي حصول الضرر، فإن نظرية سلطان الإرادة تحدر عبء الإثبات ابتداءً من البحث عما تعتمد به المدين وما كان ينتظره الدائن من العقد في حدود ما هو معقول أي ابتداءً من تحديد مضمون أو محال الالتزام العقدي للمدين.

و مضمون الالتزام العقدي قد يتمثل في بذل المدين لما في مقدوره من العناية واتخاذ له لما يلزم من الحذر والحياة قصد الحصول على النتيجة المتوخاة من العقد . ويصنف الالتزام في ضوء هذا المفهوم على أنه التزام بوسيلة وبالمقابل فإن الالتزام العقدي قد يكون محدثاً أو مضمناً يتمثل مضمونه في الوصول إلى نتيجة معينة يتحتم تحقيقها . وهنا لا يتحمل المدين من التزامه إلا إذا قام بتحقيق النتيجة المتوخاة من العقد . ولكن ما دام أن لا أحد يلزم بمستحيل فإن تحقيق هذه النتيجة إذا ما عاقها سبب أجنبي - القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطلق الدائن - لا يسأل عنه المدين . ويصنف الالتزام في ضوء هذا المفهوم على أنه التزم بتحقيق غاية .

208 - وإذا كان المبدأ في إثبات الخطأ وفقاً لنظرية سلطان الإرادة في المتضرر هو الذي يلتزم دائماً بإثباته، فإن عبء إثبات الخطأ في المسؤولية العقدية يتحكم فيه تصنيف الالتزام القائم على مضمونه وخاصة تصنيف الالتزام إلى الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق غاية . ففي الالتزام بوسيلة يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن الذي عليه أن يبرهن على أن المدين قد قصر في بذل العناية الكافية التي يتطلبها تنفيذ الالتزام . غير أن المدين يستأجر التحلل من المسؤولية إن هو أثبت أن القصور في بذل العناية الكافية أو الأعمال في اتخاذ الحياة والحذر يرجع في الواقع إلى تدليس الدائن أو خيائته الجسيم (الفصل 273 من ق.ل.ع.م.) أو أن القصور في بذل العناية الكافية يرجع إلى سبب أجنبي (الفصل 268 من ق.ل.ع.م.) . أما في الالتزام بتحقيق غاية فإن الخطأ يتطلب مع واقعة عدم التنفيذ أو المطلب الشيء الذي يجعل من هذه الواقعة المادية قرينة قاطعة على تخلف المنفعة أو المصلحة المتوخاة من العقد .

لذلك فإن عبء الإثبات لا يقع كما يقضي بذلك المبدأ العام في إثبات المسؤولية على عاتق الدائن بل ينقل الى المدين الذي يكون عليه اذا أراد التحلل من المسؤولية أن يثبت أن الغاية المتوخاة من العقد لم تتحقق لسبب أجنبي لا يدل له فيه ، و لا يكفي لسقوط المسؤولية عنه أن يثبت أنه بذل عناية كافية واتخذ الحياء - و الحذر اللازمين لتنفيذ العقد طالما أن الإرادة المشتركة للدافين قد انصرفت عند إبرام العقد الى وجوب تحقيق النتيجة المتوخاة من العقد بمعينها .

209 - وما دمننا نلاحظ بأن السبب الأجنبي يعني المدين من المسؤولية سواء كان التزامه التزاما بوسيلة أو التزاما بتحقيق غاية ، لا بأس أن نشير الى أن نارية سلطان الإرادة التي تمتعت التخفيف من وطأة القوة الملزمة للعقد لا تعتبر سببا أجنبيا إلا ما كان نلتجا عن القوة القاهرة والحوادث الفحائي من جهة أو عن مال الدائن من جهة أخرى لا بل حتى بالنسبة لمهذين السببين فإن نارية سلطان الإرادة تقلص من مفهوما وذلك بتحديد نطاقهما على الوجه التالي :

- فإذا كانت القوة القاهرة تعتبر سببا أجنبيا يعني المدين من المسؤولية فإن نطاقها ينحصر فيما وقع تحديده في الفصل 269 من ق.د.ع.م. وعليه فإذا كان المنطق الكارتيبي الذي تتبناه نارية سلطان الإرادة يمكن الذهاب معه الى أن الظواهر الطبيعية (كالفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) تشكل قوة قاهرة فإن الزوينة التي يمكن توقعها باقامة بنايات صلبة مثلا لا تعتبر قوة قاهرة (محكمة الاستئناف بالرباط 17 نوفمبر 1942) (5) وكذلك فإن الأمطار لا تعتبر قوة قاهرة إلا اذا أثبت المدين أنها عطلت خلال مدة طويلة أو كانت لها كثافة استثنائية (نقصر 19 نوفمبر 1957) (6) .

و فيما يتعلق بغارات العدو فإنها لا تشكل قوة قاهرة إلا اذا كان لها مفسوم حوادث الحرب (محكمة الاستئناف بالرباط : 20 يناير 1945) (7) أما اذا كان الأمر يقتصر على مجرد حالة الحرب فإننا لا نكون أمام قوة قاهرة لأن حالة الحرب لا تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا بل مرهقا وصعب المنال فقط .



(5) مجلة المحاكم المغربية (G.T.M) : 1 أبريل 1943 ص 60 .
(6) المجلة المغربية للقانون (R.M.D) : 1 هادي 1961 ص 235 .
(7) مجلة سيري (Sirey) ، 1947 ، ص 61 . - أنظر أيضا ج . كوتيرييه في المراجع السابق ص 122 .

وما تام مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يمكن تفسيره إلا بالرغبة الأكيدة لنظرية سلطان الإرادة في تداول السلع فإن الدائن لا يستطيع "أن يطلب من المدين قتل نفسه" وذلك بتنفيذه للالتزام المستحيل . ولكن بالمقابل فإنه "يستطيع دائما أن يطلب منه تخريب نفسه في تنفيذ التزامه" (8) عندما يكون هذا الالتزام مرمقا حتى ولو كان هذا الارهاق ناتجا عن فعل السلطة — فعل الأمير — لأن هذا الأخير لا يعتبر قوة قاهرة إلا إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا .

و ليست القوة القاهرة هي السبب الوحيد الذي يعفي المدين من تحمل المسؤولية ، بل هناك أيضا مظل الدائن ، غير أن هذا المظل بدوره مقيد إذ أن الفصل 270 من ت.ج.ع.م . الذي يحدد مقتوم مظل الدائن يحصر هذا الأخير في حالتين :

— الحالة الأولى "إذا رفض الدائن دون سبب معتبر قانونا استيفاء الأداء" المعروض عليه من المدين أو من شخص يعمل باسمه" .

— والحالة الثانية تستخلص من "سكوت الدائن أو غيابه عندما تكون مشاركته ضرورية لتنفيذ الالتزام" . فالسكوت يعتبر رفضا والرفض حملته المشرع على أنه تعطيل لتنفيذ الالتزام .

و هكذا نلاحظ بأن السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من تحمل المسؤولية في ت.ج.ع.م . — مسايير منه لمنطق نظرية سلطان الإرادة — له مضمون دقيق خاصه إذا ما عرفنا بأن القوة القاهرة لا يمكن الأخذ بها حتى في حدود ما وقع النص عليه في الفصل 269 إلا إذا وقع اثبات ما يفيد أن الحوادث أمر لا يمكن توقعه ومع ذلك تام المدين بفعل كل ما كان ضروريا لتفادي الضرر ولم يستطع دفعه بالاضافة الى اثبات ما يفيد أن وقع الحادث لم يتسبب فيه المدين بخلئه أو تدليس .

210 — ويبقى المدين خارج هذا المفهوم الذي يعطى للسبب الأجنبي مسؤولا بأداء التعويض للدائن المتضرر وذلك في الحالة التي يثبت فيها هذا الأخير بأن الضرر الحاصل له قد نتج عن عدم تنفيذ المدين للالتزام أو عن مظل هذا الأخير . غير أن نشوء الحق للدائن في التعويض لا يتم بمجرد الاستناع عن التنفيذ بل لا بد من لجوء الطائش الى انذار المدين وذلك تكريسا للقاعدة التي تقول بما نظرية سلطان الإرادة في هذا الصدد والتي منادها أن الدين يطلب ولا يحمل . فهذا الانذار هو الذي يولد

(8) ج . كوتيرييه : المرجع السابق فقرة 75 ص 249 .

الحق في التعويض وان كان الاستحقاق الفعلي للتعويض يعلق على اثبات هذا الحق بالبحث عن أركان المسؤولية العقدية (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بينهما) وأسباب الإعفاء. ولقد تبين المشرع المغربي هذا المنطق بعينه وزيادة. غير أنه إذا أردنا أن نوضح موقف المشرع المغربي من الانذار (9) بدقة على ضوء الفصول 255 و 256 و 257 و 262 من ق.د.ع. وجب علينا أن نميز بين حالة عدم التنفيذ وحالة المطلب.

— ففي حالة عدم التنفيذ نجد المشرع المغربي يكرس النتائج المترتبة عن قاعدة "الدين يطلب ولا يحمل". وذلك بتعليق نشوء الحق في التعويض على وجوب قيام الدائن بانذار المدين ولوجاء الانذار في شكل مطالبة قضائية. غير أن الدائن يعفى من توجيه الانذار الى المدين في حالتين وقع النص عليهما في الفصل 256 من ق.د.ع.م. كالتالي: 1 — إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه. 2 — إذا أصبح التنفيذ مستحيلا.

— أما في حالة المطلب فاننا نجد المشرع يتبنى الموقف الأكثر تطرفا لنظرية سلطان الارادة خاصة عندما يكون للالتزام ميعاد محدد قصد تنفيذه (الفصل 255 من ق.د.ع.م.) أو يكون محل الالتزام عبارة عن امتناع عن السداد (الفصل 262 من ق.د.ع.م.)، ذلك أنه يعترف بنشوء الحق للدائن في التعويض بمجرد حلول الأجل أو حصول الاخلال حتى ولو لم يتم الدائن بانذار المدين. ولا يتوقف نشوء الحق في التعويض عن المطلب على الانذار إلا في الحالة التي يتوقف فيها الالتزام بتنفيذ العقد قبل حلول الأجل فمثلا لا يمكن اعتبار الورثة في حالة مطلق الآ اذا وجه لهم أو لمن يقوم مقامهم انذار صريح بتنفيذ التزام المتوفى (الفصل 257 من ق.د.ع.م.).

211 — ونود أن نشير في آخر بحثنا للمسؤولية العقدية في ق.د.ع.م. ومدى تأثير المشرع المغربي بما تقضي به نظرية سلطان الارادة عند سنه للقواعد القانونية المنظمة لهذه المسؤولية أن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ قد يعتمد المتعاقدان الى تحديده عند تكوين العقد طالما أن ارادة الطرفين وقتا

(9) الانذار هو التنبيه الذي يوجهه الدائن للمدين كي يشعره بميعاد تنفيذ الالتزام أو بحلول هذا الميعاد أو قواته. ولقد حدد المشرع المغربي شكل الانذار ومحتواه في الفصل 255 من ق.د.ع.

لنارية سدا ان الاراده تستايع أن تبرم ما شاءت من العقود وأن تضمن هذه العقود ما شاءت من الشروط على أن يقع التقيد، بالبيعة الحال، بحدود ما يقضي به النظام العام والأخلاق الحميدة . وتحديد التعويض عند ابرام العقد يتم أما بادراج شرط جزائي في العقد أو بادراج شرط عقيد للمسؤولية .

و الشرط الجزائي يقصد به ذلك الشرط الذي يورده المتعاقدان ضمن شروط العقد والذي بمقتضاه يحدد مقدار التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ تحديدا حزايا (10) . وقيمة هذا الشرط تتمثل في أن الدائن لا يكون عليه أن يثبت الضرر للحصول على التعويض وان كان هذا الأخير يحكم به القاضي ولا يستحقه الدائن إلا اذا أثبت مسؤولية المدين .

سدا أما الشرط العقيد للمسؤولية فيقصد به ذلك الشرط الذي يحدد بموجبه المتعاقدان الحد الأقصى للتعويض الذي قد يلتزم به المدين عند عدم قيامه بتنفيذ العقد أو تأخره عن التنفيذ . ويلاحظ أن الشرط يحدد سقف التعويض الذي لا يستأيع الدائن الحصول على ما يتحاوزه إلا اذا أثبت الضرر الحاصل له ومقدار هذا التعويض (11) .

≠ - المبحث الثاني - ≠ =====

سدا ان الارادة و القواعد الخاصة بالعقود التبادلية

212 - يتميز العقد التبادلي بأنه ينشئ التزامات في الذمة المالية لكل من المتعاقدين، وأن هذه الالتزامات المتقابلة تربطها علاقة تبعية تبادلية (12) . ونظرا لبايعة العقد التبادلي، فان مبدأ القوة الملزمة للعقد يقضي بأن ينفذ هذا العقد من طرف المتعاقدين بسمة متقابلة بمجرد حلول أجل التنفيذ . ويترتب على هذا أن أحد المتعاقدين اذا لم يقم بتنفيذ الالتزام المترتب في ذمته بسبب العقد التبادلي ومع ذلك، يالب من المتعاقد الآخر أن ينفذ التزامه فان هذا الأخير يستأيع رفض تنفيذ التزامه . والأكثر من هذا، فان عدم احترام القوة الملزمة للعقد من طرف المدين يسبب للدائن بالتحلل من تنفيذ التزامه المقابل وذلك باللجوء الى القضاء لطلب فسخ العقد

(10) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 126 و 127 .

(11) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 127 .

(12) محمد حسني عباس : المرجع السابق ص 272 .

لعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه . (المالب الأول) .
و انطلاقا من كون ما سبق يعتبر من النتائج المناقبة المترتبة عن القوة الطرمة
للعقد ، فإن نأرية سدا ان الارادة تؤسس كلا من الدفع بعدم التنفيذ وفسخ
العقد بسبب عدم التنفيذ على فكرة واحدة تتمثل في " الارتباط فيما بين
الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين مما يحمل التنفيذ من جهة مقابلا
للتنفيذ من جهة أخرى (13) (المالب الثاني) .

* - المالب الأول - *

الدفع بعدم تنفيذ العقد وفسخ العقد

- أولا : الدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد :

213 - يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد وسيلة دفاع تمنح للمتعاقد الذي يالب
منه تنفيذ التزامه في الوقت الذي لم يتم فيه المتعاقد المالب للتنفيذ المقابل
بتنفيذ التزامه . وعندما يستعمل المتعاقد وسيلة الدفع بعدم التنفيذ فإنه لا يرمي
بذلك الى وضع حد للرابطة التعاقدية بل يوقف بها تنفيذ أدائه الى حين
قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ ما هو مترتب في ذاته من الالتزامات (14) وبعدذا
المعنى يمكن القول بأنها تشكل وسيلة ضمان وضغط لاحترام القوة الطرمة للعقد .

214 - و اذا كان القانون المدني الفرنسي لم ينص على قاعدة الدفع بعدم
التنفيذ كمبدأ عام (15) لما يشكله هذا المبدأ من تعديد لاستقرار المعاملات
و تعميق للمتابعات القضائية (16) ، و اقترح على ايراد تطبيقات متفرقة للمبدأ في
ميادين البيع (الفصلا 1612 و 1653) و المعاوضة (الفصل 1704)
و الكراء (الفصل 1749) و الوديعة (الفصل 1948) (17) ، فان المشرع المغربي ،

(13) عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في النقة الاسلامي : الجزء 6 ص 208

(14) بوريس ستارك : القانون المدني : الالتزامات ، باريس 1972 فقرة 2193

ص 648 .

(15) وذلك بالرغم من الفقهاء الذين كرس القانون المدني الفرنسي أفكارهم
قلبا و قالبا قد أخذوا به أمثال يوتييه الذي يرى بوضوح أنه : " في كل العقود
و أشباه العقود التبادلية لا يحق لأحد الطرفين أن يالب من الآخر بتنفيذ التزامه إلا اذا
كان بدوره مستعدا لأن ينفذ التزامه . " أنارج . ف . بيبو : أبحاث في الدفع بعدم التنفيذ
أ . روحة دكتوراه ، باريس 1971 منشورات المكتبة العامة للقانون و الاجتهاد القضائي
فقرة 11 ص 6 .

(16) أنظر التتمه في الصفحة الموالية) .

تقصيا منه لأبعاد ما تستوجبه القوة الملزمة للعقد (الفصل 230 من ق.ل.ع.م) من التقيد بتنفيذ العقد بحسن نية احتراماً لما ذهبت إليه الإرادة المشتركة للأطرافين عند إبرام العقد (الفصل 231 من ق.ل.ع.م.م)، وقد نص صراحة على المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ للعقد وذلك في الفصل 235/1 من ق.ل.ع.م الذي يذهب إلى أنه: "في العقود الملزمة للأطرافين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزماً حسب الاتفاق أو العرف بأن ينفذ نصيه من الالتزام أولاً". ولقد جاء هذا المبدأ العام تالياً للفكرة العامة التي تهيمن على تنفيذ العقد في نثار المشرع المغربي والتي مفادها أنه لا يعقل لمن لا يكون مستمداً لتنفيذ التزامه أن يلزم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل وبعبارة أخرى "لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون و العرف". (الفصل 234 من ق.ل.ع.م.م) (18)

215 - ويتبين من خلال مقتضيات الفصل 235 من ق.ل.ع.م.م أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن إثارته إلا في الحالة التي ينهني فيها تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد بصفة متقابلة وفقاً لمنطق "المنهني وخذ" (donnant donnant) بمعنى "أن تكون الالتزامات المتقابلة ناتجة عن علاقة قانونية واحدة - أي عقد واحد - أو كما يقال أن تكون منبثقة عن علاقة ترابياً قانوني (connexité juridique)" (19) ولا يهم بعد تقرير هذا الشرط المتعلق بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العرض من العقد التبادلي هو العاقل شيء معين بالذات أو مثلي.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يشترط لإثارة الدفع بعدم التنفيذ أن يكون هناك امتناع من طرف المتعاقد الآخر عن تنفيذ الالتزام المقابل الذي وافق حلول أجل الوفاء به ميعاد تنفيذ الدافع بعدم التنفيذ للالتزام.

(16) ج.ف.ب.بيبيو: أبحاث في الدفع بعدم التنفيذ، فقرة 183، ص 183.

(17) بوريس ستارك: المراجع السابق فقرة 2194، ص 648 - ج.ف.ب.بيبيو:

المراجع السابق فقرة 12، ص 6 و 7.

(18) قارن ما جاء في الفصلين 234 و 235 مع ما قال به الفقيه بوتيه في شأن الدفع

بعدم التنفيذ كما أوردناه في الهامش رقم 15 من ص 222.

(19) تيبى - فيل: المراجع السابق فقرة 474، ص 526.

أما إذا لم يكن هناك امتناع عن تنفيذ الالتزام المقابل فلا يمكن إثارة الدفع ويترتب على هذا أنه حتى في العقود التبادلية لا يمكن إثارة الدفع بعدم التنفيذ عند ما يكون على أحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه قبل المتعاقد الآخر احتراماً لما جاء في العقد التبادلي نفسه أو لما يقضي به القانون أو العرف. والحدير بالذكر أن الامتناع الجزئي عن تنفيذ العقد كالامتناع الكلي لا يمنع من إثارة الدفع بعدم التنفيذ. غير أنه لما كان الدور الذي يلعبه الدفع بعدم التنفيذ في الميدان المدني يشبه في زيارنا الدور الذي يلعبه الدفاع الشرعي في الميدان الجنائي فإن إثارة الدفع بعدم التنفيذ لمواجهة الامتناع الجزئي عن تنفيذ الالتزام المقابل ينبغي استعماله بما يتناسب مع الجزء الذي وقع الامتناع عن تنفيذه و إلا كان هناك تعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ يستوجب التعويض.

216 - وإذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ على النحو الذي أوضحناه سابقاً، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً (20)، الشيء الذي يترتب عنه عرقلة كل الإجراءات التي قد يمارسها المتعاقد الآخر قصد إرغام المتمسك بالدفع على تنفيذ التزامه بالإضافة إلى أن هذا الأخير يضغط بوقف تنفيذ التزامه على المتعاقد الآخر كي يحترم ما تقضي به القوة الملزمة للعقد (21). و كما يقول أستاذنا مولاي إدريس العلي العبدلاني (22) فإنه إذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم شيء (كتسليم المبيع) فإن المتمسك بالدفع يحق له أعمالاً للأثر المترتب عن الدفع بعدم التنفيذ أن يحبس المدين إلى حين استيناء حقه من المتعاقد الآخر. غير أن الذي تجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أن حق الحبس إذا ما كان ينافي مع ما سبق للدفع بعدم التنفيذ فإنه يعتبر في الحقيقة أعم منه أو بمعبارة أخرى فإن الحبس يعتبر هو الأصل أما الدفع بعدم التنفيذ فهو تابع لهذا الأصل في دائرته ضيقه لا تتعدى العقود الملزمة للجانبين بخلاف حق الحبس (23) الذي يمتد ليشمل حتى العقود الملزمة لجانب واحد عندما يكون الحائز حسن النية (الفصل 292 من ق.ل.ع.م).

(20) ع.أ. السنهوري : الوسيط : المجلد الأول : مصادر الالتزام : ص 835.

(21) تيري - فيل : المرجع السابق فقرة 476 ص 529

(22) مولاي إدريس العلي العبدلاني : المرجع السابق ص 92 و 93.

(23) يعرفه الفصل 291 من ق.ل.ع.م بأنه : " حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن. ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقرها القانون. "

وبالرغم من الأثر المترتب عن الدفع بعدم التنفيذ فإن هذا الأخير يبقى محصورا في طبيعته الدفاعية والشفائية . وهذه الطبيعة المؤقتة سرعان ما تنتهي اما بالتنفيذ أو بالفسخ .

- ثانيا : الفسخ بسبب عدم تنفيذ العقد :

217 - مر بنا أن الدفع بعدم التنفيذ لا يفتح حلا حذريا لمشكل الامتناع عن تنفيذ العقد إذ أنه لا يسمح إلا بتجميد العقد بصفة مؤقتة ريثما يتم التنفيذ أو الفسخ .

" وفسخ العقد كجزء على عدم ولاء المدين بالتزامه يتناسب، كما يقول الأستاذ محمد حسني عباس، في مدلوله وينسجم تماما مع علاقته التبادلية التي تربط الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية، فليس من المنطق أن يبقى أحد المتعاقدين مرتباً بالعقد بينما لا يقدم المتعاقد الآخر المقابل الذي التزم به. " (24)، لذلك، نحد الفصل 259 من ق.ل.ع. ينص على أنه: «إذا كان المدين في حالة مهمل كان للدائن الحق في احباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا . فان لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يالب فسخ العقد وله الحق في التعويض في الحالتيـــــــن .

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه جاز للدائن أن يالب أما تنفيذ العقد بالنسبة الى الجزء الذي ما زال ممكنا وأما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتيـــــــن .

وعلاوة على ذلك، تابق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة .

و لا يقع فسخ العقد بقوة القانون ، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة .»

218 - وأهم ما يمكن استخلاصه من مقتضيات هذا الفصل أن الأصل في الفسخ أنه قضائي لذلك فأول شرط ينبغي توافره في الفسخ هو أن يتم طلبه من المحكمة، **إلا** أن الفسخ من الناحية المبدئية لا يكون بحكم القانون . ويترتب عن

(24) محمد حسني عباس : المرجع السابق : فقرة 250 ب 281 .

هذا الشرط أن الفسخ ينبغي أن يصدر به حكم، إذ لا تكفي المطالبة القضائية في حد ذاتها لتقرير الفسخ . وعندما يصدر القاضي حكمه لا يكون ملزماً بالقضاء بالفسخ، إذ أنه قد يمنح آجلاً معقولاً للوفاء ويوقف بذلك إجراءات المطالبة القضائية مع إبقاء الأشياء على حالها وذلك إذا ما تراءى للقاضي الذي يستطيع استعمال سلطته التقديرية - وإن كانت ضيقة - أن مركز المدين يستدعي النظر إليه . بمحكمة (الفصل 243/2 من ق.ل.ع.م.م.) . كما أن القاضي لا يكون ملزماً بالحكم بالفسخ خاصة في حالة الامتناع عن التنفيذ الجزئي، إذ أنه يستأيع أن يقتصر على الحكم بالتعويض دون الفسخ وذلك إذا ما كان الجزء غير المنفذ قليل الأهمية بالمقارنة مع حجم الالتزام في مجموعه . وعندما يقضي القاضي بفسخ العقد، قد يحكم به وحده وقد يعمرزه بالتعويض متى ترتب عن الفسخ إلحاق ضرر بالدائن بسبب خطأ المدين .

وبما أن طبيعة العقود التبادلية هي التي يفرغ منها اتفاق الفسخ بصورها فإنه يشترط قبل التوجه إلى القضاء قصد استصدار حكم بالفسخ أن يكون هناك امتناع المدين عن تنفيذ التزامه : ويلاحظ أن الفصل 259 من ق.ل.ع.م.م. يشير فقط إلى حالة الممثل أي التأخر عن التنفيذ بينما عدم تنفيذ الالتزام لم يشر إليه إلا في حالة الامتناع الجزئي . غير أنه إذا كان يجوز طلب الفسخ بسبب الممثل أو بسبب الامتناع عن التنفيذ الجزئي فمن باب أولى أن يسمح به عند عدم تنفيذ الالتزام كلياً .

إلا أنه لما كان المدين لا يعتبر في بعض الحالات ممتنعاً عن التنفيذ أو متأخراً عن التنفيذ إلا بعد إنذاره فإن الفسخ في هذه الحالات لا يكون له مسوغ إلا إذا أُنذر المدين قصد وضعه موضع التقدير في تنفيذ التزامه .

219 - وإذا كان المبدأ في الفسخ أنه قضائي فإنه قد يتفق "المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه" فهنا "يقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء" (الفصل 260 من ق.ل.ع.م.م.) . والفسخ في هذه الحالة يوصف بأنه اتفاقي .

و يلاحظ أنه عندما يتم الاتفاق على الفسخ في العقد فإن المتعاقدين يكونان قد أرادا بذلك استبعاد السلبية التقديرية التي يتمتع بها القاضي في ميدان الفسخ لذلك يتقيد به القاضي ولا يكون الحكم الذي يصدره إلا معلناً للحق وليس منشئاً لــــه .

220 - و يترتب على الفسخ عندما يقوم القاني بإنشاءه أو الكشف عنه ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد خاصة عندما يكون العقد التبادلي عقدا فوريا ومعنى هذا أن الفسخ يسري بأثر رجعي ^{الآن} أنه نظرا للخصوصيات التي يتمتع بها العقد المستمر فإن فسخ هذا الأخير لا يترتب عنه إلا الأثر الفوري الذي يسري على المستقبل دون الماضي .

و من الناحية المبدئية فإن فسخ العقد يستتبع زوال الحقوق التي يكون الغير قد استفاد بها من هذا العقد . إلا أن الضرورة العملية اقتضت التخفيف من الأثر الرجعي المترتب عن الفسخ . وذلك أن الغير الذي يشتري منقولا يستأيم التمسك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند للملكية " . وبهذا التمسك يبقى محتفزا بالمنقول بالرغم من زوال حقوق بائعه على هذا المنقول . وفي الميدان العقاري يظل الغير الذي اكتسب حقا عينيا عقاريا محميا متى قام بتسجيل تصرفه قبل القيام بتسجيل دعوى الفسخ .

221 - ان الفسخ الذي نوجد بمصدر ممالجته يتسبب فيه على المصوم الامتناع عن التنفيذ . و اذا كان هذا الامتناع في غالب الأحيان يرجع الى فعل المدين كما مر به فإنه قد يعود الى سبب أجنبي لا يد لامدين فيه (كالقوة ^{القاهرة} والحادث الفجائي وفعل السلطة) يجعل تنفيذ العقد أمرا مستحيلا . والسؤال الذي يثار نفسه عندما تكون استحالة التنفيذ هي الدافعة الى الفسخ يتعلق بتحديد مصير الالتزام المقابل الذي ظل تنفيذه ممكنا فهل يبقى المدين به ملتزما بتنفيذه بالرغم من هلاك الالتزام المقابل ؟ وبعبارة أخرى من يتحمل تبعه الهلاك هل هو المدين الذي استحاله عليه تنفيذ التزامه أم الدائن ؟

ان المبدأ العام الذي يهيمن على تحمل تبعه الهلاك في ق.ل.ع.م. ورد في الفصل 338 الذي يقضي بأنه : " اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى سبب خارج عن ارادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في **حالة** مطل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يألأ أراء ما كان مستحقا على الطرف الآخر .

" فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلا التزامه، كان له الحق في استردادها أراءه، كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق ."

يتضح من خلال مقتضيات هذا الفصل أن استحالة التنفيذ التي ترجع إلى سبب أجنبي تبرئ ذمة المدين وبالتالي لا يترتب عن امتناعه عن التنفيذ أدلة أي تعويض للدائن ومع ذلك فإن تبعة العطل تقع على عاتق المدين (25).

* - المطلب الثاني - *

الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ

222- أن الأساس المشترك الذي يقيم عليه كل من الدفع بعدم التنفيذ والفسخ يكمن كما استقر على ذلك الفقه الحديث في فكرة السبب. وإذا كان هناك من يقيم هذا الأساس على أفكار أخرى كفكرة الارتباط (26) وفكرة العدالة أو العدم المشروع المتوخى من العقد (27)، فإن الأمر لا يرجع في الحقيقة إلى دحض فكرة السبب التي تعتبر الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ بقدر ما يرجع إلى اختلاف النظر في مدلول فكرة السبب في حد ذاتها. وتصد توضيح هذا الاختلاف في النظر إلى فكرة السبب نرى أن نميز بين الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الإرادة صفتين على اختيار نموذجين من الأفكار الفقهية أحدهما للفقيه كابيتان وفيه تجسيد للاتجاه الشخصي والآخر للفقيه موي ويعبر عن الاتجاه الموضوعي.

(25) تثار تبعة السلاك حتى في العقود غير التبادلية ولكن الذي يتحملها في هذه العقود هو الدائن وليس المدين : راجع : مامون الكزبي : المرجع السابق : الجزء الثاني ص 512.

(26) إن الأستاذ السنهوري ينكر فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ والفسخ و يرى أن يجعل هذا الأساس في فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين : أنظر مؤلفاته : مصادر الالتزام ص 785. - مصادر الحق في الفقه الإسلامي : الجزء السادس : ص 193 و 194 و 208. - ونلاحظ بأن الأستاذ السنهوري عندما ينكر فكرة السبب ويتشبه بفكرة الارتباط فكأنما يتناقض مع نفسه، إذ ما هو السبب في العقود الملزمة للجانبين أن لم يكن هو هذا الارتباط بين الالتزامات المتقابلة خاصة في مفهوم الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة لذلك نرى بأن الموقف الذي وقفه من هذا الأساس في مؤلفه نظرية العقد ص 679 و 680 يعتبر هو الصحيح.

(27) يرى ريسير بأن الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ يكمن في العدالة أو الهدف المشروع : " فالعقد كان محترماً عندما وقع إبرامه لأنه يستجيب لأهداف مشروعة. أما وقد حصل خلل في هذا العقد بعد إبرامه أما بسبب خطأ أحد الأطراف أو بسبب أجنبي، فإن تنفيذه يكون غير مشروع وينبغي على القاضي أن يتدخل لمراقبة مشروعية العقد وبالتالي لرفض تنفيذ العقد " : القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية، باريس 1949 الدبعة الرابعة ص 133.

— أولاً : مفهوم الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ في الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الإرادة : أو السبب عند كابتان : —

223 — يرى كابتان بأن الدفع بعدم التنفيذ يجد أساسه بالضرورة في فكرة السبب التي تبرر مبدأ التعاصر في التنفيذ (*Le principe de l'exécution simultanée*). فالعقد لا ينصرف فقط الى انشاء الالتزام — بالتراخي — بل يتضمن أيضاً "نية الحصول على هدف قانوني معين" أي الحصول على تنفيذ الأداء المتعهد به مقابل تنفيذه للالتزام (28). بمعنى أن السبب في العقود التبادلية ليس هو التزام المتعاقد الآخر ولا حتى الاعتبار الذي يكون لهذا الالتزام المقابل بل هو "إرادة الحصول على تنفيذ الأداء المقابل". ومن هنا يكون من الطبيعي عند عدم تنفيذ الالتزام المقابل أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه. (29)

و بنفس هذا المنطق يفسر كابتان الفسخ بسبب عدم التنفيذ ونظرية المخاطر في العقد (أي انفساح العقد لسبب أجنبي). فكل هذا يجد أساسه عند كابتان في ارتباط الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين أي في سبب التزاماتهم (30) مع الأخذ بعين الاعتبار أن المقصود بالسبب في نظر كابتان هو تنفيذ الالتزام وليس وجوده .

— ثانياً : مفهوم الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ في الاتجاه

الموضوعي لنظرية سلطان الإرادة : أو السبب عند موري :

224 — ان السبب عند موري يتخذ أكثر من معنى : فقد يكون للسبب معنى الشاية القريبة أي المتبادل وقد يكون معناه الغاية البعيدة أي الباعث. وسلطة القاضي في تحديد المنصود من السبب الذي يشترطه القانون في العقد تضيق وتتسع بحسب تحليل القاضي للإرادة. وتحليله هذا يختلف باختلاف الحماية المنصودة **هل هي** حماية المتعاقد أم حماية النظام العام والأخلاق الحميدة ؟

(28) هـ. كابتان : في سبب الالتزامات؛ الطبعة الثالثة 1927 ص 256؛ عن جان هوزير الموضوعية والذاتية في التصرف القانوني : أطروحة دكتوراه، باريس 1971 ص 238 .
(29) ج. ف. بيبو : أبحاث في الدفع بعدم التنفيذ ص 189 .

(30) هـ. كابتان : في سبب الالتزامات طبعة 1927 ص 328 عن ج. هوزير : المرجع السابق ص 239 .

و عندما يتعلق الأمر بحماية المتعاقد - وهذه الحماية هي التي تثار في الدفع بعدم التنفيذ والفسخ - فان سبب الالتزام في العقود التبادلية ينبغي أن يكون هو العوض أو البديل الذي يريده كل من المتعاقدين مقابل التزامه. ولا يتم أن يكون المقابل عادلا أو غير عادل. (31). وإذا كان السبب في حالتنا هذه هو المقابل فان المتصور بهذا الأخير هو المقابل الاقتصادي أي المقابل للتقدير بالنقد، إذ ليس هناك مقابل قانوني فعال إلا اذا كان اقتصاديا. لذلك فان السبب هو المقابل الاقتصادي (32)

225 - و على نحو المفهوم الذي يعطيه موري للسبب، فانه يجعل فكرة المقابل (la notion d'équivalence) أساسا للفسخ : فهو يحل مشكل الدور الذي تلعبه فكرة السبب بعد تكوين العقد انطلاقا من عزل هذه الفكرة عن سندها المادي، أي المقابل الذي يبقى تأثيره مستمرا بعد إبرام العقد. ويرى موري بأن "أساس الفصل 1184 (33) من القانون المدني الفرنسي هو فكرة المقابل الشرطي (l'équivalent nécessaire) التي تلبي على تنفيذ العقد كما تطبق على تكوينه بواسطة نظرية السبب". (34).

226 - أما فيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ فان موري يقيمه على أساس فكرة الاثراء بلا سبب: فالذي يطلب من الآخر تنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بدوره بتنفيذ الالتزام المترتب في ذمته يكون في وضع المستفيد من أجل انما في لم يكن متوتعا في العقد

(31) محمد حسني عباس: المرجع السابق ص 126 و 127.

(32) موري: محاولة حول دور فكرة التكافؤ في القانون المدني الفرنسي: تولوز، 1920 (جزءان) الجزء الأول ص 57 عن ج. هوزير: المرجع السابق ص 246.

(33) ينص هذا الفصل على أن: «الشرط الفاسخ يفترض دائما في العقود التبادلية و ذلك في حالة ما اذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه». وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه. والذرف الذي لم ينفذ لمصلحته الالتزام يكون مخيرا بين اجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ العقد اذا كان ممكنا وبين طلب فسخ العقد مع التعويضات.

والفسخ ينبغي المطالبة به أمام القضاء و يجوز امهال المدين حسب الظروف.

(34) ج. ف. بيبير: المرجع السابق ص 193.



و محمد هذه الاستفادة بمثابة اثرء بلا سبب على حساب المتعائد الآخر (35) .
و اذا كان أساس الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ يقوم على فكرة السبب
سواء في الاتجاه الشخصي أو الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة فان نفس
الأساس يمكن أن تقوم عليه قاعدة الدفع بعدم التنفيذ و نظرية الفسخ في ق.ل.ع.م.
مع التأكيد على أن هذا الأساس المبني على فكرة السبب يجد تكريسه بالنسبة الى
ق.ل.ع.م. في الفصل 234 الذي ينس على أنه "لا يجوز لأحد أن يياشر الدعوى
الناجمة عن الالتزام إلا اذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به
من جانبه حسب الاتفاق أو القانون و العرف."

(35) ج.ف. بيبيو: المرجع السابق ص 194. - و يلاحظ أن كلا من الاتجاه الشخصي
(كهيتمان) والاتجاه الموضوعي (موري) تعترضيه نواقص في الأفكار المتشبه بها عند تبرير
الأساس الذي يقوم كل من الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ. و رأينا أن بعض الطرف عن
اثرهما لأنها لا تليق بمقام بحثنا هذا الذي اقتصرنا فيه على وصف ما يسير عليه
الاتجاه الشخصي والموضوعي ليس إلا... راجع الانتقادات الموجهة لكلا الاتجاهين في:
تيب و فيل: المرجع السابق من ص 532 الى 534 وكذلك ج.ف. بيبيو: المرجع السابق
من ص 191 الى 194.

§§ - الفصل الثاني - §§

سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقد إزاء القاضي

227 - عندما يبرم العقد على وجه صحيح فان نظرية سلطان الارادة ترفعه الى مضاف القانون وتجعله يكتسب قوة ملزمة إزاء عاتديه . ويترتب على القوة الملزمة التي يتمتع بها العقد أن يقوم المتعاقدان بتنفيذ التزامهما . و اذا ما أخل أحدهما بهذا الالتزام، جاز للطرف الآخر أن يلجأ الى القضاء قصد الحصول على التنفيذ . إلا أنه لما كانت نظرية سلطان الارادة لا تعطي القوة الملزمة للعقد إلا فيما أراد المتعاقدان الالتزام به عند تكوين العقد فان القاضي خضوعاً منه بدوره للقوة الملزمة للعقد نفسه لا يستطيع أن يأمر بالتنفيذ أو أن يقوم بتطبيق قانون العقد إلا اذا عمد الى تحديد موضوع التعاقد ^{بمبدأ هذين الالتزامات المتعاقدين . والقضاء في تحديد الموضوع الفصلي} يقوم بتأويل العقد من أجل إلزام المتعاقدين به .

يتبين مما سبق أن القوة الملزمة للعقد ترغم القاضي على التدخل في العقد من أجل تأويله عندما يكون في حاجة الى ذلك . ومن هنا يمكن القول بأن دور القاضي في تأويل العقد هو دور ايجابي يجسد التكريس الحي لنظرية سلطان الارادة (1) . و اذا كانت نظرية سلطان الارادة تفسح المجال للقاضي للتدخل في العقد من أجل تأويله عندما تستدعي ذلك ضرورة البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، فانها بالمقابل تقف بالمرصاد في وجه أي تدخل للقاضي في العقد من أجل تعديله - عندما تكون النية المشتركة للمتعاقدين واضحة أو بعدما يقوم بالكشف عن غموض النية المشتركة - وذلك بدعوى أن بعض شروط العقد لا تتفق مع ما تقضي به مبادئ العدالة أو أن الالتزامات التي ترتبت عن العقد عند تكوينه لم تعد تساير ما استجد من الظروف الاقتصادية و الاجتماعية عند تنفيذه . ومعنى هذا أن القوة الملزمة للعقد تمنع للقاضي دوراً سلبياً في تعديله . وحتى نبرز الدور الايجابي والسلبى الذي تمنحه نوة العقد الملزمة للقاضي . ^{فوق} أن نقسم هذا الفصل الى فرعين نعالج في الأول منهما دور القاضي في تأويل العقود بينما الفرع الثاني فسيخصص للبحث في دور القاضي في تعديل العقود :

- الفرع الأول : نظرية سلطان الارادة ودور القاضي في تأويل العقود

- الفرع الثاني : نظرية سلطان الارادة و دور القاضي في تعديل العقود

(1) أنظر في هذا المعنى : سمير عبد السيد تناغوا : في الالتزام القضائي ، باريس

== البـيـع الأول ==

نظرية سلطان الإرادة و دور القاضي في تأويل العقود

228 - لقد أسست نظرية سلطان الإرادة مجموع التنظيم الذي خصت به ميدان تأويل العقود على المسلمة التي تقضي بأنه " لا يلزم أحد بتغيير إرادته " (1) .
و لعل هذه المسلمة هي التي تبرر أيضا في نظرية سلطان الإرادة كون القاضي عندما يقوم بتطبيق العقد باعتباره قانون عاقيه يعتمد أولا إلى تحديد محتوى الالتزامات الناتجة عن هذا العقد . ومن هنا يمكن تعريف تأويل العقد في ضوء نظرية سلطان الإرادة بأنه تحديد آثاره .

و اذا نظرنا إلى دور القاضي في تأويل العقد من زاوية تحديد آثاره أمكن القول بأن دور القاضي وفقا لنظرية سلطان الإرادة ينتصر في ميدان التأويل على البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين باعتبار أن هذه الإرادة هي مصدر الالتزامات التي تشكل آثار العقد . غير أنه اذا أردنا أن نحدد بوضوح الدور الذي يلعبه القاضي في ميدان التأويل في ضوء ق.ل.ع.م . وجب علينا أن نتعرف أولا على المنهج أو الطريقة التي يلزم القاضي باتباعها وفقا لق.ل.ع.م . لأن هذا المنهج هو الذي يتحدد على ضوءه مدى ايجابية دور القاضي في التأويل . و عليه فسنبحث علاقة نظرية سلطان الإرادة بدور القاضي في تأويل العقود في مبحثين كما يلي :

- المبحث الأول : تأثير طريقة التأويل المتبعة في مدى فعالية دور القاضي .

- المبحث الثاني : تحديد دور القاضي في تأويل العقد في ضوء قواعد التأويل المنصوص عليها في ق.ل.ع.م .

(1) ع. تونو : المرجع السابق ص 179 .

٧ - المبحث الأول - ٧

تأثير طريقة التأويل الفقهية في مدى فعالية دور القاضي

229 - من المسلم به كما مر بنا أن دور القاضي في ميدان تأويل العقود يقتصر وفقاً لنظرية سلطان الإرادة على البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ألا أن تحديد نطاق أومدى الدور الذي يضطلع به القاضي في البحث عن الإرادة المشتركة يختلف اتساعاً وضيقاً باختلاف طريقة التأويل التي يسلكها الاتجاه الشخصي عن تلك التي يتبعها أصحاب الاتجاه الموضوعي. وعليه فبعد إبراز معالم هاتين الدائرتين (المطلب الأول) سيكون علينا أن نقوم بتحديد موقف ت.د.ع.م. منهما (المطلب الثاني).

\$ - المطلب الأول - \$

طرق التأويل المعتمدة في كل من الاتجاهين الشخصي والموضوعي
للنظرية سلطان الإرادة

230 - أولاً : طريقة التأويل المعتمدة في الاتجاه الشخصي : ان الاتجاه الشخصي يذلل في تحديد طريقة التأويل التي ينبغي أن يتقيد بها القاضي من الفكرة التي مفادها أنه " ما دامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام و تحدد مداه، فيجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. وهذه الإرادة التي جالت في خاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلاً عليها ولا يعتبر إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. فإذا قام دليل من جملة أخرى على أن هذا المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية فلا يعبأ بالمعارض بل يجري حكم الإرادة الحقيقية. وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية عن طريق اليقين والجنم، فما على القاضي إلا أن يتعرف عن طريق الظن والتخمين أي عن طريق الافتراء. فالإرادة الحقيقية أولاً وآلاً فالإرادة المفترضة" (2). بمعنى أن القاضي عند تأويله للعقد ينبغي أن يبحث عن مصدره مهما كانت طبيعة هذا العقد أو نوعية النزاعات التي تثار بمصدده. ولما كان العقد ليس له مصدراً آخر غير الإرادة، فإن التأويل ينبغي أن ينصب على البحث عنها ولكن ليس فيها الأشكال والرموز المعبر بها عنها بل في جوهرها الذي وحده يستلزم أن ينير الطريق للقاضي في تحديده لآثار العقد. غير أن القاضي قد يعجز عن الوصول إلى التعرف على هذه الإرادة الحقيقية التي تعتبر

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد ص 168 و 169.

" قاعدة القواعد " في ميدان التأويل كما يقول الفقيه دمولومب (3) ، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يفسر العقد بالبحث عن الارادة المفترضة وذلك عن طريق الركون الى كل من حسن النية أو القانون أو العرف أو العدالة ليس على أساس أن هذه الأفكار تشكل في ميدان التأويل مصادر قانونية أخرى تناف الى مصدر الارادة ، وإنما على أساس ما يفترض فيها من التعلق عن تفسير العقد بارادة المتعاقدين ، إذ أن حسن النية في نظر أصحاب الاتجاه الشخصي لا يكون له وجود إلا اذا كان القصد منه موا احترام النية الأولية التي سادت عند تكوين العقد . كما أن القانون أو العرف أو العدالة لا يكون له معنى خارج انصرافه الى تحقيق ما اتجعت اليه الارادة الضمنية للمتعاقدين (4) : " فالقانون ، كما يقول الفقيه لوران (Laurent) لا يقوم إلا بتوقع ما أراد المتعاقدون " بدليل أن القواعد القانونية هي قواعد مفسرة يمكن لارادة الأطراف مخالفتها . فان لم تفعل ، فهذا معناه أننا قبلت ما توقعه القانون لمصلحتها (5) . وما قيل عن القانون ينطبق أيضا على العرف إذ أن " قوته ، كما يقول كل من ليون كاين ورونو (Lyon Caen et Renault) ، تجد أساسها في الارادة المفترضة للأطراف " (6) . أما فيما يرجع الى العدالة فان الاتجاه الشخصي يرى وجوب النظر اليها بحذر . وإذا كان القانون المدني الفرنسي قد أشار اليها ، فإنه لم يفعل ذلك إلا قصد تفادي قطع الصلة بتقاليد الماضي بصفة مكشوفة . غير أنه بالمقابل لم يجعل منها مصدرا مستقلا — كما كان الشأن في السابق حيث كان القاضي يسترشد بها في ميدان التفسير على أساس أنها تشكل مصدرا مستقلا — وذلك حتى يتمكن من تجنب ردود الفعل التي كان يثيرها تدخل القاضي في تفسير العقد على نهج العدالة والتي تجسمها العبارة المأثورة : " اللهم احفظنا من عدالة المحاكم " (Dieu nous garde de l'équité des parlements) . وعلى كل فان العدالة في الواقع تركز كالعرب على قرينة الارادة ، ولا يكون للقاضي الحق في اثارتها عند قيامه بتأويل العقد إلا في الحدود التي ترشده الى أن الارادة الضمنية للأطراف قد انصرفت اليها (7) .

(3) عن ع. كونو : المرجع السابق ص 172 .

(4) كونو : المرجع السابق ص 173 .

(5) أحمد ماعر : المرجع السابق ص 238 .

(6) القانون التجاري : الطبعة 8 ص 12 عن كونو : المرجع السابق ص 174 .

(7) ع. كونو : المرجع السابق ص 175 .

231 — لا شك أن الاتجاه الشخصي انطلق في اختياره للطريقة الواجب اتباعها في تأويل العقود من النصوص التي خص بها المشرع المرسي ميدان التأويل وبالدرجة الأولى الفصل 1156 الذي يوجب على القاضي القيام بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . وعليه فإن القاضي باتباعه لطريقة الاتجاه الشخصي يضطلع بدور جد ايجابي في ميدان التأويل إذ أنه يستطيع أن يقف عند حدود المعنى الواضح من العبارات الصريحة لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين . ولكن المعنى الواضح للعبارات ليس من شأنه أن يصد عنه البحث عن الإرادة الباطنة في العقد باعتبارها إرادة حقيقية . ألا أن الدور الايجابي للقاضي وفقا لطريقة الاتجاه الشخصي يقف عند حد البحث عن هذه الإرادة الحقيقية و لا يمكن أن يتجاوزها اذا ما تبين له أن هذه الإرادة لا تنسجم مع ما يقضي به المفهوم الموضوعي للقانون أو العرف أو العدالة .

232 — وإذا كان الاتجاه الشخصي يلزم القاضي في ميدان التأويل بالتفيد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، فإن هذه الإرادة الحقيقية تختلف باختلاف الأفراد والظروف وطبيعة الالتزامات لذلك تمنح للقاضي قصد تعزيز دوره الايجابي سلطة تقديرية واسعة في تقصي حقيقة الإرادة المشتركة باعتبار أن البحث عن الإرادة الباطنة يشكل مسألة وقائع يكون لقاضي الموضوع الرأي الأعلى فيما دون التعرض لمراقبة محكمة النقض (8) . و القاضي في تقصيه لهذه الإرادة المشتركة كمسألة موضوعية يستطيع الاستئناس بالقواعد التي خص بها القانون المدني ميدان التأويل ألا أنه لا يكون مجبرا على اتباع هذه القواعد لأنها ليست آمرة وبالتالي يستطيع مخالفتها صراحة اذا رأى أن اتباعها لا يؤدي به الى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين (9) .

233 — ثانياً : طريقة التأويل المعتمدة في الاتجاه الموضوعي : أما الاتجاه الموضوعي فيرى أن الإرادة التي تنتج أثرها القانوني هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي لا في مكنمها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهر اجتماعي إلا عند الافصاح عنها واتخاذها مظهرا خارجيا .

و عليه لما كان المظهر الخارجي للإرادة هو العنصر الأصلي الذي ينتج الأثر القانوني ، فإن الاتجاه الموضوعي يتيح في ميدان التأويل طريقة مفادها ان القاضي ان يقوم بتفسير عبارات العقد يتوجب عليه الوقوف عند مظهرها الخارجي حتى

(8) أحمد ماهر : المرجع السابق : ص 239 .

(9) ع.أ السنهوري : نظرية العقد : ص 927 .

يكون للتأويل طابع اجتماعي لا نفسي وهو في ذلك يستلبي الاستعانة حتى بالعرف الجاني والعادات المتبعة وبذلك يتوافر الثبات والاستقرار اللازمين للمعاملات القانونية .

و يترتب عن اتباع هذه الطريقة في التأويل أن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لأنه لا يقوم بتفسير الارادة الباطنة للمتعاقدين وإنما بتفسير نص العقد في مظهره الخارجي فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . ومن هنا تكون مسألة التأويل في مفهوم الاتجاه الموضوعي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (10) .

234 - وإذا ما أردنا أن نوضح الدور الذي يضطلع به القاضي في ميدان التأويل عندما يتقيد بالطريقة التي افترح الاتجاه الموضوعي سلوكها، سيثبت لنا أن نطاق ايجابية هذا الدور ضيق بالمقارنة مع ما تسمح به طريقة الاتجه الشخصي وذلك عندما ينصب البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، إذ أن الناهي عليه ألا يقتصر في استخلاص هذه الارادة إلا بما وقع التعبير به عننا وكل خروج عن هذا التعبير الخارجي يعد احلالا لارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين . غير أنه خلافا للاتجاه الشخصي فإن اتباع طريقة الاتجاه الموضوعي يجعل القاضي يسترجع ما فقده من الايجابية في البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين عندما يحتمل المظهر الخارجي للعبارة معاني مختلفة ومتعددة . ففي هذه الحالة يكون له الحق في الاستعانة بحسن النية والقانون والعرف والعدالة وفقا للمفهوم الذي يؤدي الى تحقيق المنفعة الاجتماعية .

و بعبارة أخرى فإن الدور الذي يلعبه القاضي المتبع لطريقة الاتجاه الموضوعي في التأويل يتمثل في كون أنه لما كانت السيرة بالارادة الخارجية المعبر عنها في نص العقد فانه عندما يعرض نزاع تعاقدى على القاضي يتوجب عليه قراءة نصوص العقد ، فإذا تبين له أن هذه النصوص واضحة كان عليه أن يحل النزاع في ضوء هذه النصوص دون اللجوء الى تأويلها ، وألا تعرض حكمه للنقص ، لأن العبارات التي يكون معناها الحرفي واضحة لا تكون قابلة للتفسير (11) . أما إذا تبين له أن هذه النصوص غامضة أو يثور الشك حول معناها ، ففي هذه الحالة يستطيع اللجوء الى التفسير مع الأخذ بعين الاعتبار كل من السبدأ الذي يقضي بأن العقد ينبغي تفسيره وفقا

(10) ع.أ. السنهوري : نظرية العقد : ص 169 و 170 و 171 و 177 .
(11) (12) ايريك كوزان : تفسير العقود في القانون البلجيكي : مقال ساهم به مؤلفه في ندوة حول التفسير في القانون تحت اشراف ميشيل فان دي كاركوف : منشورات الكليات الجامعية : سان لويس ، بروكسيل : 1978 ص 287 و 285 و 291 .

وحما فجدرا لا شارة إليه ^٤ من الأستاذ ^٥ أحد ما هو إذا كان
 قد بقي ^٦ حيناً في اتباعه لطريقة الاتجاه الشخصي
 وذلك عندما تكون عبارات العقد و ظروف التفاوض من شأنها
^٤ أن تسمع بتلخيص الإرادة الحقيقية للأطراف ، فإنه بالمقابل
 المحرف عن طريقة الاتجاه الشخصي ليتبنى طريقة
 الاتجاه الموضوعي وذلك عندما تكون عبارات العقد غامضة
^٥ أو فضفاضة ^٦ أو يثور السك حول معناها ؛ ما ذ في هذه
 الحالة يقترح إحد قلاع عن الجري وراء البحث عن إرادة لا
 يمكن العثور عليها وإلا تقتصر على البحث عن المعنى
 المؤلف ^٧ ، وإلا عتيادي العبارة من ^٨ أجل ما عماله
 بصفة موضوعية . غير ^٩ أن العبارة قد تشمل معاني
 ما لوفة ^{١٠} واعتيادية متعددة ، فمنا يستطيع القاضي
 أعمال المعنى المؤلف أو إحد عتيادي الذي يوافق
 ما تقضي به العدالة ^{١١} والعصمة العامة . (16)

(16) ^١ نظرا لها مش في ص 239 من هذه الرسالة .

[illegible]

.473 إلى 461 من المجلد في السطور الأولى مسألة ج.ج.ع - طبع على ورق
الخطوط

١٩٥٢

Handwritten musical notation on two staves, likely a vocal melody. The notation is in a historical style, possibly from a manuscript. The first staff begins with a clef and a key signature of one flat. The second staff continues the melody with various note values and rests.

— ॥ ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥ —

1'expression
(Dereun) وهو قوله المصوحه المأخوذة من قوله في
و يرى الأستاذ أحمد ماهر تائيداً لما جاء في

التفسير إلى فكرة العدالة أو المصلحة الاجتماعية (13) .

[illegible]

461 يمنع القاضي من البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وذلك عندما تكون ألفاظ العقد صريحة . وهذا معناه أنه إذا ثار نزاع حول مدلول العقد الذي تكون عباراته واضحة فإن القاضي يكون عليه أن يمتنع عن تفصي حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين ويقتصر فقط على استعمال دوره السلبي المتمثل في تطبيق نصوص العقد كما لو كان يطبق نصوص القانون .

و كذلك يبدو من خلال مقتضيات الفصل 466 أنه حتى لا تترك للقاضي سلسلة تقديرية واسعة في تحديد مدلول الألفاظ الصريحة أو العبارات الواضحة ، فإنه يلزم بعدم وضوح العبارات على ضوء المعنى الحقيقي والمدلول المعتاد للألفاظ المستعملة في مكان إبرام العقد . لذلك فحتى عندما تكون العبارات غامضة حسب المفهوم الذي يعطى لها في دائرة مقر المحكمة التي يعرض أمامها النزاع التعاقدية ، فإن القاضي لا يستطيع البحث عن قصد المتعاقدين طالما أن عبارات العقد واضحة في مكان إبرامه . كما يظهر من نص الفصل 463 القاضي بأنه " تعتبر مغايرة لشروط العقد ، الشروط الدارية بما العمل في مكان إبرامه . والشروط التي تقتضيها طبيعته " ، وأن القاضي لا يستأجر البحث عن قصد المتعاقدين عندما تكون عبارات العقد واضحة حتى ولو كانت هذه العبارات لا تغطي كل الشروط التي كان ينبغي على المتعاقدين إدراجها في العقد طالما أن القاضي في هذه الحالة بدلا من اللجوء إلى البحث عما انصرفت إليه النية المشتركة يقوم بتكملة ما وقع السكوت عنه وفقا لما يجري به العمل من الشروط في مكان إبرام العقد أو وفقا لما تقتضيه طبيعة العقد من الشروط .

237 - أن إثارة هذه الملاحظة الأولية تؤدي بنا إلى التساؤل عما إذا كان ق.ل.ع.م. بتقريره في الفصل 461 لمبدأ منع القاضي من البحث عن قصد المتعاقدين عند وضوح عبارات العقد والموازر بك من الفصلين 463 و 466 ، قد آثر تبني طريقة الاتجاه الموضوعي في التأويل أم أن موقفه من التمسك بالعبارات الصريحة والواضحة لا يعدو أن يكون مجرد قرينة بسيطة سرعان ما تتبدد عندما لا تدل القاضي إلى حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين وبالتالي يكون ق.ل.ع.م. قد زكى في الواقع الاتجاه الشخصي في تبنيه لطريقته في التأويل ؟

يرى الأستاذ ج . كوتيرييه أن ق.ل.ع.م. قد خصص مكانا في القواعد القانونية المنظمة للتأويل يتسع لكل من طريقتي الاتجاه الموضوعي والاتجاه الشخصي :

فطريقة الاتجاه الموضوعي تجد تطبيقها في الفصل 461 الذي بهوجه يقع الرجوع الى الارادة الظاهرة عندما تكون عبارات العقد صريحة وواضحة . وينتج عن هذا أنه خلافا للقانون المدني الفرنسي فان القانون المصري لا يرجع الارادة الحقيقية للأطراف على المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة . وبالمقابل فان طريقة الاتجاه الشخصي نجد تكريسها في الفصل 462 الذي بمقتضاه يقع الرجوع الى النية المشتركة للمتعاقدين بمفهومها الباطني وذلك عندما تكون عبارات العقد غامضة (17) .

و اذا كنا لا نختلف مع الأستاذ ج . كوتيرييه في الشق الثاني من رأيه الذي يذهب فيه الى أن ق.م.ع. تبني طريقة التأويل التي نادى بها الاتجاه الشخصي وذلك في حالة غموض عبارات العقد ، فاننا بالمقابل لا نتفق معه في الشق الأول من رأيه المتعلق بموقف ق.م.ع.م. من حالة وضوح عبارات العقد و صراحتها . وذلك أنه اذا كان نص الفصل 461 قد يحمل على الاعتقاد بأنه يمثل تكريسا للاتجاه الموضوعي الذي لا يعترف إلا بالارادة الظاهرة ، فان الفهم الواقعي لهذا النص على ضوء مجموع النصوص التي عالج فيها المشرع المصري مسألة التأويل لا يمكن الذهاب معه إلا الى كون المشرع المصري ان نص على الفصل 461 فانظ أراد أن يفتقر الارادة الظاهرة هي ذاتها الارادة الباطنة ولذلك اذا تبين للقاضي أن هناك تعارضا بين هاتين الارادتين تخلى عن عبارات العقد ولو كانت واضحة ليرجع الى الأصل و المبدأ الثابت في ميدان التأويل المتمثل في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . والجدير بالذكر أن الأستاذ هشام فرعون يرى في هذا الصدد أن "... الفصل المذكور (أي الفصل 461) عندما ينص على أنه اذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها فانما أراد أن يشير الى أن ألفاظ الانسان العاقل والواعي تعكس بصدق وأمانة ما يريد . وبالتالي فان الارادة الكامنة هي الارادة الظاهرة . أما اذا قلنا الدليل على وجود تعارض بين الارادتين فان العبرة تكون بالارادة الكامنة ..." (18) .

238 - ورب معترض يقول اذا كان الفصل 461 لا يكرس طريقة الاتجاه الموضوعي فلماذا لم يتجه المشرع المغربي مباشرة الى التنصيص على القاعدة الجوهرية المتمثلة في احترام ما أرادته المتعاقدان حقيقة - والتي بنى عليها الاتجاه الشخصي طريقته - وذلك في مستهل قواعد التأويل كما فعل القانون المدني الفرنسي ؟

(17) ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 100 .

(18) هشام فرعون : النظرية العامة في الالتزام في التشريع المصري : الجزء الأول : الطبعة الثالثة فاس 1981 ص 218 .

نرى في الواقع أن ورود القاعدة المنسوبة عليهما في الفصل 461 في مستهل قواعد التأويل يمكن أن نجد له ما يبرره سواء على المستوى التاريخي أو على المستوى المنهجي و العملي .

239 - **القرار على المستوى التاريخي** : مما لا شك فيه أن المشرع المنبري تكريسا منه لنظرية سلطان الارادة جعل من العقد قانونا بين عاقيه (الفصل 230) لذلك ربما عندما أراد أن يضع قواعد التأويل التي يستطيع القاضي الاسترشاد بها كان عليه أن يفكر بمنطق تفسير القانون الذي أوجدته مدرسة الشرح على المتون باعتبار أن هذا المنطق هو الذي كتب له النجاح خلال القرن 19 و بداية القرن 20 .
و مدرسة الشرح على المتون كانت تتبع ³ميدان تفسير القانون طريقة التفسير اللغوي أو اللفظي على أساس أن المشرع يحسن استخدام اللغة كما أنه يحسن استخدام الألفاظ في معانيها الصحيحة . وينتج عن هذا أن القاعدة القانونية يفترض فيمعا الوضع لذلك يمنع على القاضي هبدئا اللجوء الى التفسير لأنه كما يقال "الوضع يعقل التفسير" (*Interpretatio cessat in claris*) (19) .

غير أن الوضع لا يعتد به في حد ذاته إلا بالقدر الذي يساهم به في الكشف عن ارادة المشرع . لذلك فعندما لا يتناسب وضوح نص القاعدة القانونية مع ارادة المشرع فإنه يجوز للقاضي أن يعتمد الى التفسير .

فتطبيق هذا النوع من المنطق على تفسير العقود يمكن أن يؤدي بنا الى القول ان المتعاقدين ، المنظور اليهم من زاوية المشرع في العقد ، يفترض فيهم أنهم يحسنون استخدام العبارات التي تترجم ارادتهم الحقيقية ، كما يفترض فيهم أنهم عندما يستخدمون لفظا معينا فانما يستخدمونه في معناه الصحيح . لذلك فأمام هذا الوضع الذي يكشف بوضوح عن قصد المتعاقدين فان القاضي يكون عليه أن يمتنع عن التفسير (الفصل 461) .

و الذي أدى بنا الى التلويح الى مثل هذه المقارنة هو أن جل المبادئ التي تهيمن في مدرسة الشرح على المتون على تفسير القانون وجدت تكريسا في

(19) شارل پيريلمان : مناهج القانون : المنطق القانوني ، الطبعة الثانية دالوز

1979 فقرة 25 س 36 .

القواعد التي أوردها المشرع المغربي لتنظيم مسألة تأويل العقود (20) لا بل الأكثر من هذا أن الحالات التي يسمح فيها ق.ل.ع.م. للقاضي باللجوء الى التأويل (الفصل 462) هي نفس الحالات التي يسوغ فيها تفسير نص القانون في نظر مدرسة الشرح على المتون أو علم القانون التقليدي بصفة عامة (21).

و تجدر الإشارة الى أنه بالرغم من عدم وجود نص مماثل للفصل 461 من ق.ل.ع.م. في القانون المدني الفرنسي، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي - تأثرا منه بمنطق مدرسة الشرح على المتون في تفسير القانون و استنادا الى الفصل 1134 الذي يعتبر العقد شريعة المتعاقدين - قد كرس مبدأ منع القاضي من البحث عن قصد المتعاقدين عند وضوح العبارات منذ منتصف القرن 19. وهكذا نجد أن السدي العام ديبان (Dupin) نادى سنة 1858 بحق محكمة النقض في أن تسهر على حماية شروط العقد وذلك بمنع قاضي الموضوع من تشويهها وتحريفها عندما تتصف بما فيه الكفاية من الوضوح (22) وبعد تردد وجد هذا النداء آذانا صاغية عند محكمة النقض في القرار المبدئي الذي أصدرته هذه الأخيرة في 15 أبريل 1872 - والذي يعتبر من القرارات الأولى التي كرست مبدأ منع القاضي من البحث عن قصد المتعاقدين عند وضوح عبارات العقد - وقد جاء فيه أنه : " لا يجوز للقضاة عندما تكون عبارات الاتفاق واضحة وصريحة ، أن يقوموا بتحريف الالتزامات الناتجة عنه وتعديل الشروط التي يتضمنها " (23).

- (20) من المبادئ المهيمنة على تفسير القانون وفقا لطريقة مدرسة الشرح على المتون أن النصوص يفسر بعضها بعضا، وأن النص الخاص يقيد النص العام، والنص اللاحق يلغي النص السابق. "وعندما يكون النص غامضا فإنه ينبغي الالتجاء الى التفسير المنطقي في البحث عن روح التشريع وعدم التقيد بالألفاظ. وعندما يكون اللفظ ساكنا أو مغلقا فيجب التوصل بوسائل أخرى الى الإرادة التي أوجت بهذا اللفظ حتى يمكن عن طريق هذه الإرادة اصلاح اللفظ أو تكملته أو تقييده أو بسط نطاقه أي يجب البحث بأي ثمن عن قصد المشرع الحقيقي. وإذا لم يكن هناك سبيل الى التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع فيجب البحث عن الإرادة المفترضة عن طريق الالتجاء الى اعتبارات العدالة والمصلحة العامة التي تكون قد وجهت هذه الإرادة الى اصدار هذا التشريع." : سمير عبد السيد تنافو : النظرية العامة للقانون ص 751
- (21) أنظر في التماثل بين حالات تفسير نص قانوني وحالات تأويل نص عقدي في النظرية التقليدية للقانون : هانس كلسن : النظرية الخالصة للقانون : الترجمة الفرنسية للطبعة الأصلية الثانية من طرف شارل ايسنمان ، دالوز 1962 ص 456 .
- (22) أحمد ماهر : المرجع السابق ص 241 .
- (23) هنري كابيتان ، اليكس غيل ، فرانسوا تيبى : القرارات الكبرى للاجتهاد القضائي المدني : الطبعة 7 ، دالوز 1976 ص 347 .

و يمكن أن نستخلص من هذا التبرير الذي قمنا به على المستوى التاريخي أن المشرع المغربي عندما تبني مقتضيات الفصل 461 فإنه لم يهدف بذلك إلى تركيز الاتجاه الموضوعي بقدر ما هدف من جهة إلى إسقاط منطق تفسير القانون على العقد المنظور إليه كقانون وفقا لما نادت به مدرسة الشرح على المتن، هذا المنطق الذي يكرس في العمق الاتجاه الشخصي في التفسير ومن جهة أخرى هدف إلى تبني ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلق مبادئ جديدة في ميدان التفسير تمكنت بفضلها محكمة النقض من التدخل لمراقبة دور القاضي الموضوع في التفسير .

240 - **التبرير على المستوى المنهجي والمهني** : إذا كان المشرع الفرنسي قد تناول مسألة التأويل بالتنظيم في الباب المتعلق بآثار الالتزامات الفرع الخامس منه - لذلك بقي عالقا بمنطق الاتجاه الشخصي حتى في صياغته لقواعد التأويل فإن المشرع المغربي بالمقابل - وربما تأثرا منه أكثر بالمنطق الذي تولد عن شرح القانون المدني الفرنسي في التأويل بصفة عامة - قد آثر معالجة قواعد التأويل في القسم السابع المتعلق بإثبات الالتزامات وإثبات البراءة منعا . فربما كانت للمنهجية المتبعة في تحليل القسم السابع تأثيرا على صياغة القواعد المخصصة للتأويل وإظهار الفصل 461 بالمظهر الذي يوحى بأن ق.د.ع.م . قد كرس طريقة الاتجاه الموضوعي في التأويل . فالمشرع المغربي بعد ما قسم القسم السابع إلى بابين عنوان أولهما "بأحكام عامة" و ثانيهما "بالتأويل والاتفاقات وبعض القواعد القانونية العامة" عمد إلى الاسهاب في تنظيم وسيلة الإثبات الكتابية (وهذا ما لا نلاحظه في تنظيم وسائل الإثبات الأخرى من اقرار وشهادة وقرائن ويمين) . لذلك فربما تفصيل المشرع المغربي لوسيلة الإثبات الكتابية باعتبارها الوسيلة الأولى والعادية المسيرة للعصر بالاعانة إلى أن من شأن هذه الوسيلة وحدها أن تكون قابلة لأن تشبه بنص قانوني، هو الذي حمل المشرع المغربي إلى صياغة قواعد التأويل وبالخصوص القاعدة المنصوص عليها في الفصل 461 على ضوء ما يقتضيه تنظيم وسيلة الإثبات الكتابية . ولا أدل على ما نذهب إليه من أن الفاء نظرة عابرة على النصوص المتعلقة بالتأويل تجعلنا نتأكد من العقد الذي أراد المشرع أن ينظم قواعد تأويله : انه العقد المحرر كتابية .

و عليه فإذا كان وضوح عبارات العقد أو صراحتها يقيد القاضي و يعدم دوره في التأويل وذلك بمنعه من البحث عن قصد المتعاقدين، فإن هذا القيد أو المنع لا يرجع إلى تبني طريقة الاتجاه الموضوعي بقدر ما يرجع إلى التأثير بنظام وسيلة الإثبات الكتابية . لذلك يمكن الذهاب إلى أن المشرع المغربي عندما صاغ

القاعدة المنصوص عليها في الفصل 461 من ق.ل.ع. ربما كان قد انطلق من الاعتبار العملي الذي مفاده أنه عندما يعرض محرر كتابي من أجل اثبات العقد أمام القاضي فإن هذا الأخير يتقيد بقراءة هذا المحرر قصد تحديد مضمون العقد . غير أن القاضي إذا ما لاحظ عند قراءته للمحرر أن الألفاظ المستعملة فيه صريحة وواضحة افترض أنها تعبر عن القصد الحقيقي للمتعاقدين . وأمام هذا الوضع سيكون من العبث البحث عما إذا كانت لهذه الألفاظ معاني أخرى من شأن الأخذ بها أن يحقق العدالة أو التكافؤ المتوخى من العقد . إلا أنه لما كان أمر دلالة وضوح الألفاظ على قصد المتعاقدين لا يعدو أن يكون مجرد افتراض أو قرينة بسيطة ه فإن القاضي يستطيع مخالفة القاعدة المنصوص عليها في الفصل 461 ويعمد إلى البحث عن قصد المتعاقدين بالرغم من وضوح الألفاظ ان هو لاحظ بأن هذه الأخيرة لا تكشف في الواقع عن القصد الحقيقي ولا يتقيد في هذه الحالة إلا بتبيير المخالفة .

- المبحث الثاني -

تحديد دور القاضي في تأويل العقد في ضوء
قواعد التأويل المنصوص عليها في ق.د.ع.م :

241 - يتبين من خلال قراءة القواعد القانونية المتعلقة بالتأويل و الرجوع الى الاجتهادات القضائية التي كرس تطبيق هذه القواعد ، أن القاضي قد يجد نفسه عندما يعرض عليه نزاع تعاقدى أمام حالتين : فاما أن يشير المتنازعون أطراف العقد أو أحدهم مشاكل تتعلق بمدلول العقد الذي تكون عباراته صريحة أو واضحة وخالية من كل لبس ، واما أن تكون النية المشتركة للمتعاقدين غامضة بسبب عدم وضوح عبارات العقد أو تناقضها أو حصول الشك في مدلولها . لذلك نرى أن نقوم بتحديد دور القاضي في التأويل انطلاقا من التمييز بين الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة أو صريحة (المطلب الأول) و الحالة التي يكون فيها العقد غامضا (المطلب الثاني) .

§ - المطلب الأول - §

دور القاضي في تأويل العقد الواضحة أو الصريحة عباراته

242 - ينص الفصل 461 من ق.د.ع.م . على أنه : " اذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها . " و هذا معناه أنه اذا كانت عبارات العقد واضحة في دلالتها ما كانت في حاجة الى تفسير وبالتالي ما جاز للقاضي الا أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه (24) . وبعبارة أخرى اذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذي اختاره مظهرا لارادتهما فلا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الارادة الواضحة الى ارادة أخرى يفرض أنها الارادة الحقيقية للمتعاقدين (25) و الا اعتبر خروجه عن المعنى الواضح من التعبير الذي اختاره المتعاقدون من جهة تحريفا للمعنى المفسوم من العبارة وبالتالي انحرافا عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، ومن جهة أخرى طعنا في المبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين (26) ، وهذا ما يجعل حكم القاضي عرضة للنقض بسبب خرقه لنص جوهري في القانون أي كما يقول أستاذنا موسى عبود بسبب التحريف (27) .

(24) مولاى ادریس العلوی العبدلای : نظرية الالتزامات في القانون المصري ص 81 و 82

(25) ع.أ. السنهوري : نظرية العقد : ص 934 .

(26) مامون الكزبري : المرجع السابق : الجزء الأول ص 236 .

(27) موسى عبود : تعليقه على حكم المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - عدد 96

المؤرخ في 13 فبراير 1962 : مجلة القضاء و القانون العدد 48-49 ص 380 .

243. — وتطبيقا للدور السلبي الذي يلعبه القاضي في النزاعات التعاقدية التي ينطبق عليها نص الفصل 461 من ق.د.ع.م. انطلاقا من المعنى الذي اعطيناه اعلاه لهذا النص ذهب المجلس الأعلى في قرار له صدر بتاريخ 13 فبراير 1962 الى أن "نضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها متى كانت شروطها وانححة و بينة . وعليه اذا كان في العقد المبرم بين المالك والمكثي فترة تنص صراحة على أن المالك لا يتحمل إلا "ضريبة المباني الواجبة على الملاكين" ينتج عن ذلك أن المكثي يكون ملزما بتحمل ضريبة الأزيال" (28) . وعليه وكما جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 14 مارس 1966 فان " تحريف المحكمة للاتفاق الصادر من الطرفين عما تعاقدوا عليه وسلامه موجب لنقض حكمها" (29) وذلك — كما ورد أيضا في قرار آخر للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 17 ديسمبر 1968 — لأن "تحريف المعنى المفهوم من نص الوثيقة المدلى بها كحجة واعتماد المحكمة على ذلك التحريف يجعل حكمها غير مرتكز على أساس" (30)

و اذا كان وضوح عبارات العقد أو صراحتها يجعل القاضي يقف موقفا سلبيا من التدخل في التأويل قصد الكشف عن قصد المتعاقدين فليس هذا معناه أن المتصود بوضوح العبارات أن تكون هذه الأخيرة واضحة في حد ذاتها بل "يلزم" كما يقول أستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي، أن تكون كذلك بالنسبة الى دلالتها على ما قصدته الارادة المشتركة منها" (31) :

244 — فقد تكون عبارات العقد صريحة وواضحة في حد ذاتها ومع ذلك يتعذر التوفيق بينها وبين الغرض المقصود من العقد كما لو أن عقدا سمي صراحة عن طريق الألفاظ الواضحة المستعملة فيه بعقد التسيير الحر لمحطة توزيع الوقود و المسماة "مركز المحطة" ومع ذلك يتبين للقاضي أنه يتعذر التوفيق بين هذه الألفاظ الواضحة الصريحة و الغرض الحقيقي المتوخى من العقد والمتمثل مثلا في كراء لأماكن تجارية . ففي هذه الحالة يجوز للقاضي اللجوء الى التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من صراحة الألفاظ ووضوحها وبذلك يسترجع القاضي دوره الايجابي في التأويل الذي يبدو أن ظاهر نص الفصل 461 يسلبه منه . ولقد صدر في هذا الصدد قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 7 يناير 1976 جاء في احدى حشياته ما يلي : "... لكن

(28) مجلة القضاء والقانون : العدد 48 — 49 ص 379 .

(29) مجلة رابطة القضاء العدد 2 و 3، 1966 ع 78 وما بعدها .

(30) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 10 ع 58 وما بعدها .

(31) المرجع السابق ع 82 .

حيث انه حسب الفقرة الأولى من النصل 462 من ق.د.ع. فان صراحة ألفاظ العقد لا تحول دون تأويله اذا تعذر التوفيق بينها وبين الغرض المقصود من العقد، وان المحكمة المخولة لها سلطة تقدير الحجج والوقائع قد اعتبرت - استنادا على وثائق الملف - أن عقد 28 أبريل 1959 هو أول عقد يتعلق بالمحطة المتنازع بشأنها وبأنه عند تحرير العقد المذكور لم يكن بالمحطة لاعمال ولا زبناء ولا نشاط تجاري ولا بضاعة، مستخلصة من ذلك أن الطرفين مرتبطان في الواقع بعقد كراء محل تجاري لا بعقد تسيير حر لأصل تجاري... (32).

و من خلال ما جاء في القرار الوارد أعلاه يتبين أن صراحة العبارات لا تقف سدا منيعا في وجه الدور الايجابي الذي يستطيع القاضي أن يلعبه في تأويل العقد طالما أن العبرة في منع القاضي من البحث عن قصد المتعاقدين ليست بوضوح العبارات في حد ذاتها بل بما تكشف عنه هذه العبارات من الغرض الذي قصده الارادة المشتركة للمتعاقدين . وكما جاء في قرار للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 20 أبريل 1966 فلأن المحكمة الموضوع الحق في أن لا تعتبر في العقود الا معناها لا مبناها، وان محكمة الاستئناف بفاس حينما قررت أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة لم تزد أن صحت الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد الذي استعمله المتداعيان في العقد والذي يؤدي في الواقع معنى الكراء لا معنى الشركة، فالمحكمة اذن لم يصدر منها أي تحريف للعقد المذكور الأمر الذي يجعل الوجه الأول غير مرتكز على أساس. (33)

245 - كما أن العبارة قد تكون صريحة أو واضحة في حد ذاتها ومع ذلك قد تتعارض مع عبارة أخرى صريحة أو واضحة في نفس العقد مما يصعب معه التعرف على العبارة التي اقتضت الارادة المشتركة للمتعاقدين على الانصراف الى توخي ما تبلوره هذه العبارة الشيء الذي يؤدي الى اعتبار قصد المتعاقدين غامضا في الواقع . مثال ذلك أن يقع النص في احدى عبارات العقد على أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو 1.500 درهما ثم يجيء في عبارة أخرى أن الثمن هو 2.000 درهما . فالعبارتان السابقتان صريحتان وواضحتان تماما لو نظرنا الى كل منهما على حده . ولكنه عند مقارنة احدهما بالآخر يظهر الغموض في حقيقة العبارة التي تكشف عن القصد الحقيقي

(32) مجلة المعيار: العدد الأول 1978 ورد القرار في الصفحات من 50 إلى 55.

أما الحيثية المستشهد بها فقد وردت في ص 47 .

(33) مجلة القضاء والقانون العدد 85 - 87 ص 289 .



للمتعاقدين . لذلك قبالرغم من صراحة ووضوح العبارتين في حد ذاتهما، فإن القاضي يكون عليه أن يلجأ الى تفسيرهما قصد الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين .
و لقد توقع المشرع المغربي هذه الفرضيات فأوجد لها حلولا انطلاقا من التمييز بين فرضيتين أو حالتين كما يقول أستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي (34) :

(*) **الفرضية الأولى** : اذا ذكر المبلغ أو المقدار تارة بالحروف وأخرى

بالارقام وجب على القاضي مبدئيا أن يحسم الأمر بتفسير قصد المتعاقدين على أنه اتجه الى المبلغ أو المقدار المكتوب بالحروف إلا أن هذه القرينة بسيطة لذلك يستطيع أن يفسر قصد المتعاقدين على أنه انصرف الى ما كتب بالارقام اذا ما تبين له ذلك بوضوح بعد قيام من يدعي خلاف القرينة بإثبات عكسها (الفصل 399 وما بعده من ق.ل.ع.م.) .
بالطرق الاثباتية المسموح بها في النزاع (الفصل 404 من ق.ل.ع.م.) .

والحل الذي كرسه المشرع المغربي لهذه الفرضية الأولى وقع النص عليه في الفصل 471 اذ يقضي بأنه "اذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالارقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط ."

(*) **الفرضية الثانية** : اذا ذكر المبلغ أو المقدار أكثر من مرة بالحروف

فقط أو بالارقام فقط (35) كان على القاضي من الناحية المبدئية أن يفسر قصد المتعاقدين على أنه اتجه الى المبلغ أو المقدار الأقل . وفي هذه الفرضية أيضا لما كانت القرينة التي وضعها المشرع لتسهيل مأمورية القاضي في التفسير تعد قرينة بسيطة كما هو الحال في الفرضية الأولى، فإن القاضي يستطيع أن يفسر نية المتعاقدين على أنها انصرفت الى غير المبلغ أو المقدار الأقل، وذلك اذا ما تبين له ذلك بوضوح .
وفي هذا ينص الفصل 472 من ق.ل.ع.م. على أنه : " اذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات، وجب الاعتداد ، عند الاختلاف، بالمبلغ أو المقدار الأقل ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط ."

و مما تجدر الاشارة اليه أن الحل الذي قرره الفصل 472 لهذه الفرضية الثانية يحملنا على الذهاب الى أن المشرع المغربي نظر الى كتابة المبلغ أو المقدار مرات متعددة بصراحة ووضوح ولكن بصورة متناقضة بمنظار العبارة الواحدة التي يثور الشك حول المدلول الحقيقي الذي قصدته الارادة المشتركة للمتعاقدين منها بسبب

(34) المرجع السابق ص 82 .

(35) ان نص الفصل 472 لم يعالج صراحة حالة ذكر المبلغ أو المقدار أكثر من مرة بالارقام فقط . ولكننا ارتأينا أن ندخلها ضمن الفرضية الثانية قياسا على الحالة المشار اليها صراحة في النص .

ما..تحتمله من معاني متعددة يصعب معها ترجيح أحدهما عن الآخره لذلك كان من المنطقي أن يقرر الحل المتمثل في تفسير ارادة المتعاقدين على أنها ملزمة بالمبلغ أو المقدار الأقل وذلك حتى يساير القاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . ولا أدل على ما نذهب اليه تأييدا لأستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلاوي (36) من أن واضعي ق.ل.ع.م. أنفسهم قد اعتبروا بأن الفصل 472 له علاقة وطيدة في التطبيق بالفصل 473 الذي يكرس قاعدة تفسير الشك بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم (37) .

246 — — و بالاغافة الى ما سبق فان العبارة قد تكون صريحة وواضحة وتؤدي الى تكريس قصد المتعاقدين ولكن ليس حسب المفهوم الذي يعطى لها في مكان ابرام العقد وانما في مكان تنفيذه . فالقاضي عندما يقف في هذه الحالة عند حدود المعنى الحرفي للعبارة الواضحة فانه يعتمد في الحقيقة الى تفسير الارادة المشتركة للمتعاقدين وذلك لأن الفصل 466 يقضي بأنه : " يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان ابرام العقد ... " غير أنه في هذه الحالة يكون على القاضي أن يبرر موقفه من البحث عن قصد المتعاقدين وذلك بالبرهنة على أن المعنى الحقيقي والمدلول المعتاد للعبارة في مكان ابرام العقد لا يتأتى التوفيق بينهما وبين المرز المتوخى من العقد ، وأنه تبين له بوضوح بعد اثبات خلاف القرينة المنصوص عليها في الفصل 466 أن هذه الألفاظ وقع استعمالها في معنى خاص .

247 — — وكذلك فعبارات العقد قد تكون صريحة أو واضحة ومع ذلك يستطيع القاضي نظرا للدور الايجابي الذي يضطلع به في التأويل بالرغم من صراحة أو وضوح اللفظ في حد ذاته ليس فقط ألا يفسر هذا اللفظ تفسيراً حرفياً بل أن يبعد هذا اللفظ اذا ما تبين له انطلاقاً من المستندات التي يعتمد عليها في تكوين قناعته أنه لا يتلاءم مع القصد الحقيقي للمتعاقدين ، كما لو لاحظ بأن هذا اللفظ أضيف الى العقد بصفة تعسفية ودون موافقة أحد أطراف العقد . الا أنه في هذه الحالة يكون على القاضي حتى لا يتعرض حكمه للتقش بسبب التحريف أن يعتمد من جهة الى ذكر الأسباب التي دفعت به الى ابعاد اللفظ الصريح أو الواضح من العقد ومن جهة أخرى الى الإشارة

(36) المرجع السابق عن 82 .

(37) المدونات و القوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب
الجزء الأول : التنظيم القضائي بباريس 1914 ص 446 الدامش المتعلق بالفصل
472 من ق.ل.ع.م .

الى المستندات التي اعتمدها في تكوين قناعته بأن هذا اللفظ أدرج مثلا بصفة
تعسفية. و لقد صدر في هذا الصدد قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 20 ماي 1977
جاء فيه أنه : " اذا أبعدت المحكمة شرطا من شروط العقد وجب عليهما أن تبين
الأسباب و المستندات التي اعتمدتها لتكوين اقتناعها والا كان قرارها غير معلل"
و عليه "حيث ان العقد المبرم بتاريخ 16 يناير 1964 يتضمن شرطا واقفا و هو أن
العمولة تؤدى للسمسار يوم امضاء رسم البيع، وحيث ان محكمة الاستئناف أبعدت تطبيق
هذا الشرط لعله أنه أضيف الى العقد تعسفيا ودون موافقة السمسار دون أن تبين
الأسباب و المستندات التي اعتمدتها لتكوين اقتناعها هذا الأمر الذي يجعل قرارها
غير معلل تعليلا كافيا . " (38)

و هكذا يتبين من كل ما سبق أنه لما كانت العبرة بوضوح قصد المتعاقدين
الذي يكشف عنه وضوح معنى العبارة فإن القاضي يعتمد الى تفسير العقد بالبحث عن
القصد الحقيقي للمتعاقدين فعلا أو حكما بالرغم من وضوح العبارات في حد ذاتها
دون أن يتعرض حكمه للنقص وذلك عندما يثار أثناء النظر في النزاع ما يبرر الخروج
و الانحراف عن صراحة الألفاظ المستعملة و يقوم بإبراز هذه المبررات في حيثيات حكمه.

(38) مجلة قضاء المجلس الأعلى : العدد 25 - مايو 1980 ص 120 وما بعدها .

\$ - المطلب الثاني - \$

دور القاضي في تأويل العقد الخاصة عباراته (39)

248 - يقصد بالعبارات العامة تلك العبارات التي لا يسمع معناها الحرفي بالتعرف على ارادة المتعاقدين المشتركة . وعليه فاذا كانت العبارات الخاصة بهذا المفهوم، فان القوة الملزمة للعقد نفسها كما تفرغ على القاضي تطبيق العقد باعتباره قانون عاقدية، توجب عليه أيضا اللجوء الى التأويل بالبحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل . وبعبارة أخرى فان غموض عبارات العقد هو الاطار الذي لا تبخل نظرية سلطان الارادة عن الترخيص فيه للقاضي بالاضطلاع بدوره الأكثر ايجابية في ميدان التأويل .

و لقد رأى المشرع المغربي أن يوضح الحالات التي يسمح فيها بتأويل العقد لغموض عباراته في الفصل 462 من ت.م.ع. الذي ينص على أنه : " يكون التأويل في الحالات الآتية : -

" - اذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض

الواضح الذي قصد عليه تحرير العقد " : كما لو أطلن المتعاقدان على نفسيهما صفة المودع والوديع في العقد في حين تكون نيتهما قد انصرفت الى ابرام عقد قرربينهما و ليس عقد ودیعة . فتنا لا يتأتى التوفيق بين العبارات المستعملة في العقد وبين قصد المتعاقدين لذلك فان القاضي يؤول العقد بالتحري من الألفاظ المستعملة ليقرر العمل بالنية المشتركة الحقيقية .

" - اذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبيها " : كأن يقع النص في العقد على أن أحد المتعاقدين تخلى عن مال له و سلمه للمتعاقد الآخر دون بيان ما اذا كان المنصود من التخلي هو اعادة أو هبة .

" - اذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تشير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود " : كأن يرد في احدى فقرات العقد أن أحد الأطراف قد ومب عقارا لآخر في حين يرد في احدى الفقرات الأخرى من نفس العقد أن الطرف الآخر التزم لقاء ثمن العقار المذكور بأن يدفع ايرادا عمريا لشخص عينه مالك العقار . ففي هذه الحالة يثور الشك حول معرفة ما اذا كنا أمام هبة بعوض أم أمام بيع عادي .

(39) ونع الاعتماد أساسا في هذا المطلب على المراجع التالية : المرجع المذكور لأستاذنا مولاي ادريس العلوي العبدلأوي - المرجع المذكور : ج 1 لأستاذنا مأمون الكزبي . - المرجع المذكور لأستاذنا هشام فرعون . - نظرية العقد ونظرية الالتزام بوجه عام : مصادر الالتزام للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري .

و الجدير بالذكر أن هذه الحالات المنصوص عليها في الفصل 462 لم ترد على سبيل الحصر لذلك تبقى عبارات العقد غامضة وبالتالي تستوجب التأويل كلما كانت ناصرة عن بلورة الإرادة المشتركة للمتعاقدين بوضوح .

249 — — وعندما يلجأ القاضي الى التأويل من أجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يسترشد بمجموعة من المبادئ التي كرسها ق.ل.ع. تسميها لمعتمته بعضها يفسر بعبارات الرجوع الى العقد ذاته يمكن أن نطلق عليها مبادئ التفسير أو التأويل المرتبطة بالعقد من الداخل والبعض الآخر يفسر بعبارات العقد وعي خارجة عنه يمكن أن نطلق عليها مبادئ التأويل المرتبطة بالعقد من الخارج .

— أولا : مبادئ التأويل المرتبطة بالعقد من الداخل : من هذه المبادئ ما يلي :

250 — تفسير العقد يتم بحسب طبيعة التعامل : أي بحسب طبيعة العقد ومضمونه : فإذا ثار نزاع حول ما اذا كان العقد الذي أبرمه دائن مع مدين، كانت شخصيته محل اعتبار خاص في التعاقد، سينصرف أثره الى الخلف العام للدائن، فإن القاضي يستلجج الرجوع الى تأويل العقد بحسب طبيعته قصد حسم النزاع بتقرير عدم انصراف أثر هذا العقد الى الخلف العام لأن طبيعة التعامل في مثلنا هذا تأبى ذلك . وكذلك اذا ثار نزاع حول ما اذا كان مشتري شقة أو طينة في بناء مؤلف من عدة طبقات يحق له التصرف في حصته من الأجزاء المشتركة في البناء كالأفنية والجدران والأساسات و الصاعد والسلالم والممرات والدواليب وذلك بسبب عدم التنصيص عليها عراحة في العقد، فإن القاضي يستلجج أيضا الرجوع الى تأويل العقد بحسب طبيعته قصد حسم النزاع بتقريره لا مكانية تصرف المشتري في هذه الأجزاء لأن هذه الأخيرة تعتبر من الشروط التي تقتضيها طبيعة العقد في مثلنا . وفي هذا ينص الفصل 463 من ق.ل.ع. على أنه "تعتبر مضافة لشروط العقد . . . الشروط التي تقتضيها طبيعته." و تجدر الإشارة الى أن هذا المبدأ المعمول به في ميدان التأويل يعتبر تكريسا لما هو منصوص عليه في الفصل 231 من ق.ل.ع.م.

251 — — عبارات العقد يفسر بعضها بعضا : فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات الأخرى بل يجب تأويلها باعتبارها جزءا من كل هو العقد (40) . فإذا كانت إحدى العبارات في العقد مبهمة وجاءت عبارة لاحقة في موضع آخر لتوضحها، فإنه ينبغي تأويل العبارة المبهمة على أن المقصود بها هو ما جاء في العبارة اللاحقة الواضحة . خاصة وأنه من المبادئ العامة أن العام يقيد الخاص مع لفت النظر (40) ع.أ. السنهوري : نظرية العقد : ص 942 و 943، مصادر الالتزام : ص 681 .

الى وجوب التقيد بما ذهب اليه المجلس الأعلى في قراره صدر بتاريخ 19 مارس 1962 جاء فيه أنه " من القواعد الأصولية أنه اذا ورد في النص لفظ عام ولم يقد دليل على تخصيصه وجب عمله على عمومه . ولا يخص عام إلا بدليل . " (41)
و اذا قام التناقض بين عبارات العقد اجتمع الثاني في استوفين بينها على ألا يعطى لها مدلولاً يخالف المدلول الذي يظفر من مجموع العقد (الفصل 464/1 من ق.ل.ع.م.). غير أنه عندما يصل التناقض الى درجة يستعصي معها التوفيق يكون على القاضي كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من الفصل 464 من ق.ل.ع.م. أن يأخذ بآخر العبارات رتبة في العقد . ويلاحظ أن الحل الذي أعطاه المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 464 يعتبر تلميحاً لقاعدة اعمال الكلام غير من اعماله " إلا أنه في هذه الحالة تعتبر هذه القاعدة من عمل المشرع وليس من عمل القاضي .

252 - اذا احتملت العبارة معنيين وكان أحد هذين المعنيين هو الذي ينتج أثراً قانونياً حملت العبارة على هذا المعنى : (الفصل 465 من ق.ل.ع.م.). فمثلاً اذا وقع النص في عقد الايجار على أنه مؤبد وحملت هذه العبارة على معناها الظاهر كان عقد الايجار باطلاً لضرورة توقيت المدة . إلا أنه من الجائز تصحيح العقد على اعتبار أن المتعاقدين أرادا به بيعاً بثمن هو ايراد عمر . ففي مثالنا هذا يكون على القاضي أن يتقصى نية المتعاقدين . فاذا وجد أن عبارتهما تحتل هذا المعنى الأخير (بيع مقابل ايراد عمري) فسر العقد بهذا المعنى لا بمعنى الايجار لأن معنى البيع هو الذي يجعل العقد ينتج أثراً قانونياً .

و الجدير بالذكر أن هذا المبدأ وان كانت الشريعة الإسلامية تعرفه فان المشرع المغربي استمده في نظرنا من الفصل 1157 من القانون المدني الفرنسي المجسد لنظرية سلطان الارادة التي لا تقدر ارادة الفرد في الحقيقة إلا بقدر ما تسام به هذه الارادة في تداول الخيارات والأموال أي في تحقيق الرأسمال للغرض المتوخى منه ألا وهو الربح أو فائز التهمة .

253 - تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم : يجد هذا المبدأ تكريسه في الفصل 469 الذي ينص على أنه "عندما تذكر في العقد حالة تطبق الالتزام فينبغي ألا يفهم من ذلك أنه قصد تحديد مجاله بما دون غيرهما من بقية الحالات التي لم تذكر ."

فاذا باع شخص أرضاً زراعية وكان من توابعها مواشي خصت بالذكر صراحة في عقد البيع فليس هذا معناه أن حالة تطبيق الالتزام تنحصر في المواشي المخصصة بالذكر فقط ، بل إن تطبيق الالتزام يمتد الى ما يوجد في الارض الزراعية من مباني وأشجار كما يمتد أيضا الى ما يوجد في هذه الارض من الزرع الذي لما ينبت الثمار التي لما تنعقد كما يقضي بذلك الفصل 517 من ق.ل.ع.م .

- ثانيا : مبادئ التفسير المرتبطة بالعقد من الخارج :

254 - تفسير العقد يتم طبقا لما يقتضيه العرف أو العادات الجارية بما العمل :

اذا كانت عبارات العقد مبذمة بسبب عدم تحديد محل الالتزام تحديدا دقيقا كأن يذكر في العقد مثلا أن المبلغ أو الوزن أو المقدار جاء على وجه التريب أو بما يؤدي الى هذا المعنى ، فإن القاضي في مثل هذه الحالة يستعدي بما يجري به العمل من الأعراف والعادات خاصة عندما يتعلق العقد المتنازع فيه بالميدان التجاري . وبعدها المعنى جاء النص في الفصل 470 من ق.ل.ع.م .

و اذا ثار نزاع حول ما اذا كان بيع الأرض يشمل حتى مياه السقي بالرغم

من عدم التنصيص صراحة على ذلك في العقد ، فإن القاضي يستطيع الاسترشاد أيضا بالعرف الجاري به العمل في المناطق التي توجد فيها تلك الأرض للتأكد مما اذا كان يعتبر مياه سقي الارض الزراعية تابعة للأرض أولا . فان لاحظ بأن العرف يسمح بذلك فسر العقد على أنه يشمل أيضا مياه السقي .

و يلاحظ أن هذا المبدأ كما هو الشأن بالنسبة الى السبدأ المنصوص عليه

في الفصل 463 يعتبر أيضا تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها في الفصل 231 من ق.ل.ع.م

255 - تفسير العقد يتم طبقا لما تقتضيه الشروط المألوفة في مكان إبرام العقد :

ان بعض الشروط تعتبر مضافة للعقد حتى ولو لم تدرج صراحة فيه . واذا

كانت هذه القاعدة قريبة من القاعدة السابقة ، الا أن قاعدة الشروط المألوفة تعتبر أكثر تحديدا من العرف . فهناك من العقود ما أصبح مألوفاً ان تشتمل على عبارات معينة حتى

صار تكرار هذه العبارات لا فائدة منه وأصبح لكل متعاقد الحق في مطالبة الآخر

بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر . مثال ما جرت به العادة في المقاعي

والفنادق والمطاعم من اضافة نسبة مئوية الى حساب العميل تمنح للخدم على سبيل

الكراميات والحلوان . فعندما يضاف الى العقد حتى ولو لم يقع عليه النص فيه .

وعندما ما يعنيه الفصل 463 عندما يقضي بأنه : " تعتبر مضافة لشروط العقد الجارية

بما العمل في مكان إبرامه " .

256 - مما سبق يتضح أن الناظر عندما يكون أمام عقد غامض فله أن يلجأ إلى الاسترشاد بمجموعة من المبادئ التي وضعها المشرع من أجل تسهيل مأموريته في تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين الحقيقية أو المفترضة. إلا أن الناظر عندما يطبق هذه المبادئ التأويلية يكون أمام أمرين، إما أن يصل إلى الكشف عما كان يعتور العقد من غموض وفي هذه الحالة يقوم على نحو ما تم الكشف عنه بتحديد النية المشتركة وذلك كما مر بنا، وإما أن يتعذر عليه القيام بهذا الكشف لما تحتمله عبارات العقد الغامضة من أوجه عديدة في التأويل يصعب معها ترجيح وجه على آخر بالرغم من الاستعداد بمبادئ التأويل السابقة، وفي هذا الوضع نكون أمام حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين. ولقد وجد المشرع المصري أن يتوقع هذه الفرضية التي قد تعترض صحة القاضي في التأويل فأعطى لها حلاً يتمثل فيما يقضي به الفصل 473 من ق.د.ع.م. : "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للمتضمن" (42)

وأعمالاً لهذه القاعدة فإن القاضي يؤول العقد المبرم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم. أما في العقود الملزمة للجانبين، فإنه يؤول العقد لمصلحة أي من المتعاقدين ^{يكون} 7 مديناً في الالتزام الذي يؤوله. فيكون التأويل تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر. والجدير بالذكر أن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 473 تجد تبريراً فيما مفاده أن الأصل براءة الذمة وأن الالتزام لا يقوم إلا إذا وقعت إرادته بوضوح. لذلك فعندما تكون هناك عبارات يثور الشك حول مدى دلالتها على تحمل المدين بالالتزام معين أو باتباعه طريقة معينة في تنفيذه، فإن هذه العبارات المشكوك في دلالتها تؤول لمصلحة المدين.

257 - غير أنه قد يحصل الشك في العبارات المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها كما لو أن شخصاً دعم آخر بسيارته وثبت بالتالي للمضروب حق التعويض ثم اتفق هذا الأخير مع محدث الضرر على إعفائه من المسؤولية أو على تخفيف عبء تلك المسؤولية عنه وثار بعد ذلك شك في تأويل هذا العقد فلمصلحة من يؤول هذا الشك؟ وكذلك لو أن عقد البيع أو الإيجار تضمن شرطاً من شأنه أن يعفي البائع أو المؤجر من ضمان العجز في الشيء المباع أو المؤجر أو من ضمان استحقاقه أو من ضمان العيوب الخفية فيه ثم اعتري عقد البيع أو الإيجار شك في حقيقة مدلول العبارات المتعلقة بهذا الإعفاء فلمصلحة من يؤول الشك هنا أيضاً؟

الحقيقة أنه في مثل هذه الحالات لا يمكن تأويل الشك لمصلحة المدين الذي هو في الأمثلة السابقة محدث الضرر والبائع والمؤجر والآ خر جرت قاعدة تفسير الشك

(42) هذا الفصل موافق للفصل 1162 من القانون المدني الفرنسي.

لمصلحة المدين عن الهدف المتوخى من وراء تكريسها . لذلك فان الشك في أمثلتنا السابقة لا يؤول لمصلحة المدين بل لمصلحة الدائن تأسيسا على أن الدائن هنا يتنازل عن حقه و التنازل عن الحق لا يفترغ ولا يتوسع في تأويل ما يؤدي اليه .
و لقد رأى المشرع أن يكرس قاعدة تأويل الشك لمصلحة الدائن أي لمصلحة صاحب الحق المتنازل عنه في الفصل 467 الذي يقضي بأن : " التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيقه ولا يكون له إلا المدى الذي يظعر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه .

ولا يسوع التوسع فيه عن طريق التأويل . والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها . " .

و اعمالا لهذه القاعدة ذهب المجلس الأعلى في قرار له صدر بتاريخ 15 يناير 1969 الى أن " التنازل عن الحق بناء على الفصل 467 من ق.د.ع. يجب أن يكون له مفهوم ضيق وأن العقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها . ولذلك بما أن التحفظ الذي كان أبداه البنك على هامش ... النسخة التي سلمها الى "ك" في رسالته المؤرخة في 27 / 12 يثور الشك حول مدلوله فلا يمكن اعتباره مقبولا من طرف "ك" (43) . كما أن المجلس الأعلى ذهب في قرار آخر له صدر بتاريخ 12 أبريل 1969 الى أنه : " من حق قضاة الواقع تقدير ما اذا 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 مدلول عاما " وعليه فانه بتأويل الألفاظ غير الواضحة بصفة كافية لهذا التصريح وبالتثبت من أن هذه الحجة على التنازل العام المدعى بنا من شركة التأمين لم يتم الادلاء بها فان محكمة الاستئناف أعطت حكمتها أساسا قانونيل. " (44)

و من تطبيقات القاعدة المنصوص عليها في الفصل 467 ما وقع النص عليه في الفصل 468^{من} أنه : " اذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد ، دعويان ، فان اختيار أحدهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الاخرى . " كما لو أن سائق شاحنة أصاب شخصا من المارة بجروح فاقصر المتضرر على رفع الدعوى الجنائية غده دون الدعوى المدنية ففي هذه الحالة لا يعني اختيار المتضرر لرفع الدعوى الجنائية غده محدث الضرر أنه قد تنازل عن رفع الدعوى المدنية لمطالبته بالتعويض . وكذلك فان امتناع المدين عن تنفيذ العقد الملزم للجانبين يسمح للدائن بطلب فسخ العقد أو اجبار المدين على تنفيذه لذلك فاذا ما لجأ الدائن الى اختيار دعوى الفسخ فان اختياره هذا لا يمكن أن يحمل على أنه تنازل عن رفع دعوى التنفيذ .

== المصير القاضي ==

نظرية سلطان الإرادة ودور القاضي في تعديل العقود

258 - يقول الفقيه ريبير في معرض دراسته لتدخل القاضي في تنفيذ العقد بأنه ليس هناك ما هو أخطر في نظرية العقد من طرح السؤال الآتي : هل يستلزم القاضي أن يتدخل في تنفيذ العقد قصد منع أو تعديل أو تأخير تنفيذ الالتزام ؟ (1) ، و انسجاما مع ما يتطلبه منا بحث علاقة نظرية سلطان الإرادة بدور القاضي في تعديل العقود نرى أن نعيد صياغة هذا السؤال حتى يساير خططنا على الشكل الآتي : ما هو موقف نظرية سلطان الإرادة من إمكانية قيام القاضي بتعديل العقد ؟ ان نظرية سلطان الإرادة لا تخول الحق للقاضي في تعديل العقود (2) . ذلك لأن القوة الملزمة للعقد تفرض عليه ، كما يقول الفقيه كاستون موران ، أن يمنع عن تصحيح شروط العقد باعتبار أن مهمته لم يكلف بها إلا قصد السهر على تنفيذ العقد (3) .

و يمكن أن نجد تبرير نظرية سلطان الإرادة لموقفها من الدور السلبي الذي ينبغي أن يلعبه القاضي في تعديل العقود ، في الافتراض الذي أتى به الأستاذ عيمانويل تونو ، والذي مفاده أنه إذا ما اعتدنا أن كل عمل إرادي له في حد ذاته قيمة قانونية وأن العقد نظرا لكونه من عمل الإرادة يستوجب الحماية القانونية ، فإنه ينبغي أن نستنتج من كل هذا أن المشرع عليه أن يتبع سياسة الامتناع عن التدخل في مجال تنظيم المعاملات الإنسانية وأن يترك أمرها لمحض الإرادات المستقلة كما أن القاضي لا ينبغي عليه أن يكون إلا مجرد كاتب للضبط يسجل الاتفاقات ويجعلها قابلة للتنفيذ (4) ، وإذن السماح له بممارسة نشاطه أو دور إيجابي في التعديل من شأنه

- (1) ج . ريبير ، القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ، الطبعة الرابعة ، المحية المجلد 1 ، للنانون والاجتماع القضائي ، باريس 1949 فترة 75 من 130 و 131 .
- (2) نعمان جمعة : نظرية مصادر الالتزام ، باريس 1968 فترة 256 من 272 ، ج 2 ، الفقه
- (3) كاستون موران : القانون والعقد : أقول سيادتهما ، باريس 1927 من 5 ، ج 1 ، الفقه
- (4) النظرية التعاقدية لمدونة نابليون : أرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني ، السنة 10 العدد 1 - 4 : ص 9 . - أنظر في هذا المعنى أيضا : تيري غيل : المرجع السابق من 56
- 386 . - بوريس ستارك : المرجع السابق من 564 . - مارسيل فالين : المرجع السابق من 170 . - ج . ب . ديلماس سانت هيلير : ملاءمة العقد مع الظروف الاقتصادية ، مقال شارك به في : دراسات في القانون الخاص حول الميل نحو استقرار الرابطة التعاقدية ، باريس ، المكتبة العامة للقانون والاجتماع القضائي ، 1960 من 189 . - ج 2 ، من 131
- (4) ع . تونو . المرجع السابق من 122 .

أن يؤدي به الى التحكم واسقاط افكاره الشخصية على السند (5) وبسبارة أخرى من شأنه أن يجعل ارادته تحل محل ارادة المتعاقدين في العقد في الوقت الذي كان ينبغي فيه أن يلتزم الحياد -

الآ أنه بالرغم من موقف نظرية سلطان الارادة من دور القاضي في تعديل العقود وبالرغم من أن بعض الفقهاء كما يقول الاستاذ ريسير يابون حتى التفكير في امكانية طرح السؤال المتعلق بتعديل العقود (6) فإن القانون يرخس للقاضي في بعض الحالات بعدم احترام صلاية الشروط التعاقدية. ففي هذه الحالات نجد القاضي يضطلع بدور ايجابي مباشر في تعديل العقود .

غير أنه قبل معالجة الحالات التي يضطلع فيها القاضي بدور مباشر في تعديل العقود نرى أن نتأرق في البداية الى بعض الحالات التي يتمتع فيها القاضي بدور ايجابي في التعديل بصفة غير مباشرة وان كانت هذه الحالات تبدو من قبيل المسائل التي لا يتدخل فيها القاضي إلا على سبيل التأويل كما تذهب الى ذلك نظرية سلطان الارادة ذاتها .

و عليه فإننا سنقسم هذا الفرع الى مبحثين نعالج الدور الايجابي غير المباشر للقاضي في تعديل العقود في أولهما . أما في ثانيهما فسنتعرض بالمقابل للدور الايجابي المباشر للقاضي في تعديل العقود .

≠ - المبحث الأول - ≠

نظرية سلطان الارادة و الدور الايجابي غير المباشر للقاضي في تعديل العقود

259 - اذا كان ترخيص القانون للقاضي بتعديل العقود في بعض الحالات يشكل خرقاً للمبدأ القاضي بوجوب وتوف القاضي موقف الحياد من العقد، وكان هذا الخرق باعتباره استثناء لا يمثل في الواقع، كما يقول الاستاذ كاستون موران إلا تأكيداً للقاعدة القاضية بوجوب امتناع القاضي عن اضافة أو انقاص أي شيء من العقد (7) فإن الحقيقة أو على الأقل النظرة المتبصرة تدلنا الى أن القاضي يقوم - حتى في الحالات العادية والمبدئية التي لا يسمح فيها القانون بالتدخل في العقد من أجل تعديله - باضافة شروط الى

(5) ع. جونغو : المرجع السابق ص 216 .

(6) ريسير : القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية فقرة 75 ص 131 .

(7) كاستون موران : القانون و العقد : أهول سيادتهما ص 56 .

العقد أو الانقاس منها . لا بل الأكثر من هذا، فإنه يقوم حتى بتغيير العقد في طبيعته، ولا يكون عليه في كل هذا إلا أن يتستر وراء ما يسمى بالارادة المشتركة للمتعاقدين حتى ولو كانت هذه الارادة المشتركة ليست حقيقية بل مفترضة أو محتملة . وإذا كانت نظرية سلطان الارادة لا ترى في تدخل القاضي عند تنفيذ العقد في هذه الحالات الأخيرة إلا مجرد تكريس للدور الذي يضطلع به في ميدان التأويل فإننا مع ذلك لا نرى في هذا التدخل إلا ضرباً من ضروب تدخل القضاء في تعديل العقود، وإن كان هذا التدخل يتم بصفة غير مباشرة عن طريق الركون الى استعمال وسيلة التأويل .

و من أبرز الحالات التي يقوم فيها القاضي بأداء مهمته في تعديل العقد اما عن غير وعي أو عن وعي ولكن تحت غطاء التأويل نذكر حالة تكملة العقد عند سكوت ارادة المتعاقدين عن تنظيم بعض الشروط (المطلب الاول) وحالة انقاص العقد أو تحول العقد عند بطلان أو ابطال هذا الأخير (المطلب الثاني) .

\$ - المطلب الاول - \$

حالة تكملة العقد

260 - ترى نظرية سلطان الارادة أن ارادة المتعاقدين باعتبارها مصدر قانونهما، عندما تنظم شروط العقد فإنما تفكر في كل شيء ولا تنسى أن تتوقع كل جزئية من شأن العقد أن يفرزها في المستقبل . إلا أن الواقع يبرهن على عكس ذلك . ولا أدل على هذا من أن المشرع وإن كان قد تشبع بروح نظرية سلطان الارادة، فإنه قد تلمس بنفسه هذا الواقع فنام بأعلاء الحلول التي ينبغي أن يسترشد بها القاضي في حالة العقد الذي يكون ناقصاً في بعض شروطه : (الفصل 463 من ق.د.ع.م .) .
و هما حاولت نظرية سلطان الارادة تبرير انفاة بعض الشروط الى العقد بالرجوع الى ارادة المتعاقدين واحترام هذه الأخيرة وذلك قصد الوقوف ولو ظاهرياً في وجه كل محاولة لتدخل القاضي في العقد من أجل تعديله، فإن احترام الارادة بدوره كما يقول الأستاذ عيمانويل كوتنو يجب أن يتوقف حيث تتوقف الارادة نفسها (8) . فإذا كان يجوز للقاضي أن يلجأ الى التأويل بالبحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين عندما يقع التعبير عن هذه الارادة ولكن بألفاظ مبهمّة أو غامضة، فإن عدم التنصيص على بعض الشروط في العقد لا يمكن الذهاب معه الى أن ارادة المتعاقدين قد

(8) ع. كوتنو : المرجع السابق ص 206 .

توقعته ولكن بصفة غامضة لذلك يكون على القاضي أن يعتمد الى الكشف عن الغموض الذي يمتنعون بهذا التوقع بالبحث أيضا عن الارادة المشتركة للمتعاقدين لذلك لأن الارادة في حالتنا هذه لا تكون غامضة فيما لم يقع النص عليه من الشروط في العقد بل منعدمة. " وعندما تكون الارادة الحقيقية للمتعاقدين منعدمة، كما يقول الاستاذ سمير عبد السيد تناغو، فإنه لا يكون ناك مجال للحديث عن التأويل. " (9) بالمفهوم الذي يعطى لهذا الأخير من طرف نظرية سلطان الارادة .

261 - و يمكن القول ان نحن أمعنا النظر في عمق الدور الذي يلعبه القاضي في حالة العقد الناقص (10) بأنه يقوم في الحقيقة بتعديل العقد عن طريق تكملة بالشروط التي تقتضيها اما التواعد المكمل أو الاعراف والعادات أو العدالة أو حسن النية لا بمعنى أن القاضي عندما يعرض عليه نزاع تعاقدى يكون السبب فيه سكوت ارادة المتعاقدين عن حسمه مسبقا بادراج الشروط المتعلنة به صراحة في العقد، فإنه لا يقوم بتأويل العقد على نحو ما تقتضيه هذه الارادة بقدر ما يعتمد الى تعديل العقد عن طريق التنفيذ باعمال الناعدة الآمرة المنصوص عليها في الفصل 463 : " تعتبر مضافة لشروط العقد ، الشروط الجارية بها العمل في مكان ابرامه و الشروط التي تقتضيها طبيعته. " وعندما يقوم القاضي بتعديل العقد عن طريق تكملة أو إضافة الشروط التي كانت تنقصه على نحو ما يقضي به الفصل 463 من ت.ج.ع.م، فإنه يجد نفسه مضارا الى التقيد في الحقيقة بالفصل 231 الذي لا يشكل الفصل 463 إلا تطبيقا من تطبيقاته . وينص الفصل 231 على أن : " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. و هو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يتررها القانون أو العرف أو الانصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته. " و عليه فتكملة العقد على نحو ما يقضي به الفصل 231 لا يمكن اعتبارها في نظرنا إلا غريبا من ضروب التعديل الذي يباشر فيه القاضي دوره الايجابي طالما

(9) سمير عبد السيد تناغو : في الالتزام القضائي، فقرة 60 ص 131 .
(10) يكون العقد ناقصا (Contrat incomplet) عندما تشوبه ثغرات حول نقطة معينة تؤدي الى تيام النزاع حول هذه النقطة : فأطراف العقد لا يحسمون المسألة المثار بصدها النزاع أما لأنهم لم يتوقعوها أو لأنه ليس من العادة تحديده مثل هذه المسألة صراحة في العقد. وفي بعض الأحيان تكون النقطة المتنازع فيها قد وقع توقعها ولكن خوف كل طرف في العقد من تأخير ابرام هذا الأخير أو من عدم انعقاده أصلا يحول دون ادراجها صراحة في العقد . كما أن نقصان العقد قد ~~يعتبر~~ عن استحالة توقع عواقب الظروف الجديدة راجع : تيبو ونيل : المرجع السابق فقرة 368 ص 392 وكذلك جيار فارجات : المرجع السابق ص 130 وما بعدها .

أن تكملة العقد لا يمكن اسنادها الى الارادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين ما دام أن هذه الارادة منعدمة كما لا يمكن جعل أساسها في الارادة المشتركة المفترضة للمتعاقدين ما دام أن هناك تعارفا بينا بين مصالح هؤلاء المتعاقدين .

و مما تجدر الاشارة اليه أن الدور الايجابي للقاضي في تعديل العقود يظهر بجملة وبالدرجة الأولى عندما لا يجد في ~~القوة~~ **المكلمة** ما يسد به نقصان العقد فيلجأ الى الاستعانة بحسن النية و العدالة . ففي هذه الحالة بالرغم مما يقال عن القاضي من أنه يعد مجرد خادم لارادة الأطراف فإنه لا يقوم بخدمة هذه الارادة لسكوتهما أو على الأصح لغايتها وانعدامها بل ينفذ دوره كما يرى الفقه ذو النزعة الاجتماعية (11) كوزير للعدالة ان " في المواد المدنية كما جاء في مشروع القانون المدني الفرنسي للسنة الثامنة (الفصل 11 من القسم الخامس من

الكتاب التمهيدي) فإن القاضي عند عدم وجود قانون محدد يعتبر وزيرا للعدالة (12) .
و مهمة القاضي كوزير للعدل لا تتألب منه الاجابة عن السؤال : " ماذا

لواءه المتعاقدون ؟ " كما يفعل عندما يؤول العقد الذي تكون الارادة فيه موجودة و لكن بصفة غامضة ، وانما تدفعه الى أن يقارن بين المصالح ~~المتعارفة~~ **المعارضة** المعروضة عليه قصد تحقيق التكافؤ بينهما ~~المتعارف~~ **المتعارف** من أهميتها الفردية ووفقا لغاياتها الاجتماعية (13) .

262 - واذا كان القضاء غالبا ما يعتمد على النية المشتركة للمتعاقدين لسد النقص الحاصل في العقد اما استنادا الى ما يسمى بالعناصر المحددة للرضاء أو النية المفترضة أو المحتملة للمتعاقدين ، فذلك يرجع في نظرنا الى الرغبة في ابداء احترامه للقاعدة الأساسية في نظرية سلطان الارادة التي تمنع القاضي من تعديل العقود . غير أن التحليل العميق لأسلوب تدعى القضاء في العقد من أجل تكملة لا يمكن أن يؤدي بنا الا الى القول بأن هذا الأسلوب يعد بمثابة غطاء يخفي القضاء وراءه دوره الايجابي في التعديل . فالقاضي عندما يضيف الى العقد شرطا معينا فإنه يضيفه بارادته التي توجهها مبادئ حسن النية و العدالة و ليس بارادة المتعاقدين . وعندما يجعل من الشرط المضاف عملا من أعمال النية المفترضة أو المحتملة للمتعاقدين ، فانما ينسب الى هذه النية في الحقيقة ما خلقه بنفسه .

(11) تبيي - فيل : المرجع السابق ص 393 . - أليكس فيل : المدخل العام ، الطبعة الثالثة ، دالوز 1973 فقرة 175 ع 163 .
(12) ع . كوني : المرجع السابق ع 210 .
(13) ع . كوني : المرجع السابق ص 211 .

263 - ونحن عندما نقول بأن القاضي عند تكليفه للعقد الناقص يقوم في الواقع بتعديل العقد، فليس هذا معناه أننا نسلم بكون هذا الدور الإيجابي يشكل طمعة لنظرية سلطان الإرادة بل نريد فقط أن نقرر واقعاً موجوداً ترضاه في العمق حتى نظرية سلطان الإرادة ولكن تحت ستارها يسمى بالحدث عن الإرادة ولو كانت محتملة وإذا ما قلنا بأن القاضي يعتبر وزيراً للعدالة فإن هذه العدالة لا يمكن أن تدفع إلا على ضوء النسق القانوني المهيمن على مجتمع ما . لذلك فعندما يكون هذا النسق القانوني متمحوراً حول قلب نظرية سلطان الإرادة، و يقوم القاضي بأداء منته في تعديل العقد وفقاً لما تقتضي به العدالة فإننا نقوم في الحقيقة بتكريس ما تقتضي به نظرية سلطان الإرادة . ومن هنا نرى بأن القاضي حتى عندما يقوم بخرق الحجر الذي توقعه عليه نظرية سلطان الإرادة في ميدان تعديل العقد، فإن هذا الخرق لا يمكن اعتباره في آخر المطاف إلا تأكيداً للنظرية وتعزيراً لها . وعليه يمكن القول بأن القاضي في حالتنا هذه بالرغم من أنه يقوم بتعديل العقد فإنه يعد مساعداً لنظرية سلطان الإرادة إن لم يكن وسيلة من وسائل فرض هيمنتها وليس عدواً أو على الأقل خصماً أو مقيداً لها .

§ - المطلب الثاني - §

حالة انتقاص العقد أو تحوله

264 - أولاً : حالة انتقاص العقد : من الآثار التي ترتبها نظرية سلطان الإرادة على القوة الملزمة للعقد، عدم قابلية العقد للتجزئة : فالعقد إما أن يكون صحيحاً في مجمله أو يبطل في مجمله ولو كان السبب في البطلان أو القابلية للإبطال لا يرجع في الواقع إلا إلى شرط أو جزء في العقد . وفي هذا الصدد يرى الأستاذ فيليب مالوي بأن الذي يصبح طابع عدم القابلية للتجزئة على العقد ليس هو شكله المادي ولا حتى طبيعته بل إرادة الأطراف وحدها . لذلك فإن القاضي لا يستطيع أن يعدل في المضمون الجوهرية للعقد . وإذا كان يملك سلطة البحث عن عدم قابلية العقد للتجزئة فإن هذا البحث يتم خارج التعبير عن إرادة الأطراف ودخل الإرادة الباطنة (14) . وهذا معناه أن القاضي عندما يتقصى حقيقة عدم التجزئة في العقد بين ثنايا الإرادة الباطنة للمتعاقدين ثم يتبين له أن هذه الإرادة لم تنصرف إلى اعتبار العقد ككل لا يتجزأ، فإنه يستطيع أن ينقص من العقد الشرط أو الجزء الباطل ولكن هذا ليس بمقتضى ما يملكه من القدرة على تعديل العقد وإنما احتراماً لإرادة المتعاقدين نفسها .

و على هذا **الذهب** سار أيضا الأستاذ سمير عبد السيد تناغو ان في تمييزه بين مراجعة العقد و انتقاسه يرى بأن "الانتقاس يستند الى النية الحقيقية للمتعاقدين . أما المراجعة فهي موجبة بصفة علنية ضد ارادة المتعاقدين " و يشيף الأستاذ تناغو قائلا بأن "الناضي لا يملك أن يعلن البطلان الجزئي (أي الانتقاس للعقد دون أخذه بعين الاعتبار ارادة المتعاقدين". (15)

265 - و لكن ، هل أن انتقاس العقد يجد أساسه دائما في النية الحقيقية للمتعاقدين (الارادة الباطنة) أم أنه في الواقع غالبا ما يرجع الى الدور الايجابي الذي يضطلع به القاضي في ميدان تعديل العقود ؟
لنشر في البداية الى الاطار القانوني الذي تجد فيه حالة انتقاس العقد تكريسا في ت.د.ع.م . : ان هذا الاطار هو الفصل 308 الذي ينص على أن "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه الا اذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره متميزا عن العقد الأصلي ."

ان نص الفصل 308 يستوجب ابداء الملاحظة التي مفادها أن المشرع المغربي تكريسا منه لنظرية سلطان الإرادة اعتبر من الناحية المبدئية أنه لما كان العقد لا يقبل التجزئة ، فان بطلان جزء فيه يترتب عنه بطلان العقد بكامله . **فغير أنه** لما كانت نظرية سلطان الإرادة تمتق بالمقابل كل ما من شأنه أن يعرقل نشاط العقد في انتاج الآثار المتوخاة منه ، فان المشرع المغربي سلم بإمكانية بقاء العقد صحيحا على أن ينقص منه الشرط أو الجزء الباطل .

و بعد ، اظنا ما رجعنا الى السؤال الذي طرحناه سابقا قصد الاجابة عنه نقول بأن المشرع المغربي قد أوجد تطبيقات متعددة للمبدأ العام لانتقاس العقد المنصوص عليه في الفصل 308 من بينهما على سبيل المثال (16) ما وقع تقريره في الفصل 1035 من أنه : " . . . و يبطل الشرط الذي من شأنه اعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر ، و لكن لا يترتب عليه بطلان العقد (أي عقد الشركة) " .

(14) فيليب مالوري : النظام العام و العقد : فقرة 393 من 251 .

(15) سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق من 133 .

(16) و من الحالات التي يمكن ايرادها أيضا كأمثلة على انتقاس العقد نذكر ما وقع النص عليه في كل من الفصول : 851 و 860 من ت.د.ع.م .

وما جاء في الفصل 1226 انه يقضي بأن "كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن عند عدم الوفاء له بدينه غي أن يتمسك بالمرهون أو أن يتصرف فيه بدون اتباع الاجراءات التي يقضي بها القانون ، يكون باطلا ولو جاء بعد العقد (أي عقد الرهن الحيازي)".

فعندما يقوم القاضي بانقاس العقد في مثل هذه الحالات ألا يقوم في الحقيقة بتعديل العقد وفقا للدور الايجابي المخول له ؟ ان الادعاء يكون تجزئة العقد أي انتقاصه في مثل حالاتنا هذه ترجع الى الارادة البائدة للمتعاقدين وحدها كما يذهب الى ذلك الأستاذ فيليب مالوي (17) . لا نرى فيه إلا ضربا من الضلوفي تقديس الارادة ولو كانت غير موجودة أصلا وعداء غير مشروع ولا معقول لما يمكن أن يلعبه القاضي دور في تعديل العقود . ورب معترض يقول بأن الانتقاص الذي نتحدث عنه في هذا الصدد حتى ولو سلمنا بأنه يتم عن طريق التعديل فان هذا التعديل يجد تأويله في النصوص الصريحة للقانون و ليس في العمل المخبر للقاضي . إلا أن هذا الاعتراض سرعان ما سيتبدد اذا ما سلمنا بأن نظرية سلطان الارادة نفسها ما كنا لنتحدث عنها كواقع قانوني يهيمن على معاملات الأفراد في المجتمع لو لم يكرسها القانون ويصبغ عليها طابع المشروعية .

و حتى في غيبة النصوص التي تسمح بالانتقاص صراحة فإن القاضي قد يرى بأن شرطا ما في العقد مخالف للقواعد الآمرة أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة ومع ذلك يعمد الى الاقتصار على ابعاد الشرط دون الحكم ببطلان العقد بمجموعه . واذا كان القضاء يأخذ في هذا الشأن بمعيار الارادة المشتركة للمتعاقدين فيقرر الانتقاص على أساس أن الشرط أو الجزء الباطل الذي أدرجته الارادة في العقد لم يكن هو الدافع الأساسي الى التعاقد فلأنه تعود ، اخلاصا منه لنظرية سلطان الارادة و لوظاهريا ، نسب كل ما يقوم به من عمل تعديلي في ميدان العقود لارادة المتعاقدين . أضف الى هذا أنه اذا حصرنا أساس الانتقاص في ارادة المتعاقدين البائدة دون الدور الايجابي الذي يلعبه القاضي في ميدان تعديل العقود فإننا الذي يمنع القاضي من احلال ارادته محل ارادة المتعاقدين خاصة وأن هذه الأخيرة من المسائل الواقعية التي يتمتع فيها بسلطة تقديرية واسعة . هذا من جهة ومن جهة أخرى وكما يقول الأستاذ تناغو قد يحصل ألا يهتم القاضي كثيرا بالبحث عن ارادة المتعاقدين فاذا ما قرر انتقاص العقد فانه يكون قد عدله بالفعل (18) .

(17) المرجع السابق ص 251 .

(18) المرجع السابق ص 134 .

و خلاصة لكل ما سبق يمكن القول بأن حالة انتقاس العقد تشكل مظهرا من مظاهر الدور الذي يلعبه القاضي في تعديل العقد . غير أن هذا الدور قد يفقده عندما لا يكون العقد قابلا للتجزئة اما ينص في القانون أو بشرط صحيح في العقد نفسه ان في هذه الحالة يكون عليه أن يحكم ببطلان العقد في مجموعه الا أنه لا يلبث أن يسترجعه بتقرير تحول العقد اذا ما بدا له أن في العقد الباطل من الشروط ما يصح به عقد آخر .

266 — ثانيا : حالة تحول العقد : اذا لم يكن العقد قابلا للانتقاس فان القاضي يحكم ببطلانه . و لكن نظرية سلطان الارادة تتدخل كي تسمح بإمكانية تحويله الى عقد آخر صحيح ، ان كما يقول الأستاذ عيمانويل تونو ليس من المصلحة في شيء أن تذهب جهود المتعاقدين سدى . لذلك فيفضل التحول يظل العقد قائما ولر في الشكل الآخر الذي يسمح لارادة الأطراف بالحصول على الآثار المتوخاة من ابرامه (19) .

و اذا كان يظهر أن تحول العقد يعمل به خارج نطاق الارادة الصريحة للمتعاقدين ما دام هؤلاء كانوا يعتقدون ابرام عقد آخر غير العقد الذي أصبح نافذ المفعول فيما بينهم ، فان هذا لا ينقص من قيمة كونه يجسد التكريس الحي للارادة الدائمة التي تجعلها نظرية سلطان الارادة أساسا لتحول العقد عندما لا يسمح للارادة بانتاج آثارها بواسطة العقد الأصلي .

و نحن لا نعارض انبثاق فكرة تحول العقد من نظرية سلطان الارادة باعتبار أن هذه الفكرة لا يمكن تصورها الا في الأنظمة القانونية التي تمكن الارادة الفردية من الاغتيال بدور رئيسي في انشاء التصرفات ، وانما نعارض الطريقة التي ينسب بها لأعمال فكرة تحول العقد الى ارادة المتعاقدين وحدهما .
فبعض الفقه يرى بأن "القاضي عندما يحكم بتحول عقد باطل الى عقد آخر صحيح فانما يفسر بذلك نية المتعاقدين" (20) "لأن العقد الصحيح الذي يتحول اليه العقد الباطل عقده انصرفت اليه ارادة المتعاقدين المحتملة . وكثير من العقود يقوم على الارادة المحتملة لا على الارادة الواقعة . والقاضي في ذلك انما يستعين بسلطته في تفسير العقود ، وهي سلطة واسعة يكفي بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف في هذا التكييف عن الناية العملية التي قصد

(19) المرجع السابق : الهامش رقم 2 من ص 203 و الممتد الى ص 204 .

(20) ع.أ. السندوني : نظرية العقد ص 636 .

اليهما المتعاقدان . وهو بهذا التفسير أحل الخاية العملية المقصودة محل الإرادة
القانونية المعلنة متوخيا في ذلك التمشي مع نية المتعاقدين " (21) .

267 - لننظر الى مدى صحة هذا الرأي على ضوء ما يقضي به ق.د.ع.م . في نطاق
تحول العقد . ان فكرة تحول العقد وفقا للفصل 309 تجري على الوجه الآتي :
" اذا بطل الالتزام باعتباره وكان به من الشروط ما يضح به التزام آخر جرت
عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الآخر " .

ان الشروط الواجب توافرها ، انطلاقا من التأويل المنطقي لنص الفصل 309 ،
من أجل أعمال فكرة تحول العقد لا يمكن في نظرنا أن تتجاوز في الأصل شرطين
حتى وان أضيف اليهما على سبيل الاحتياط شرط انصراف الإرادة المحتملة الى
العقد الجديد . وهذان الشرطان هما :

- أن يقع العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال .
- أن يتضمن العقد الباطل نفسه من الشروط ما يجعله قابلا للتحول

على وجه صحيح .

و القاضي عندما يكون عليه أن يلتجئ الى اعمال فكرة تحول العقد ، لا يقوم
الآ بمراعاة هذين الشرطين . وهو عندما يحول العقد من حقيقته الباطلة الى واقعه
الصحيح ، فانما يقوم بتعديل العقد لا بتأويل نية المتعاقدين والآ فكيف ^{يمكن} لتوفيق على
سبيل المثال بين تأويل نية المتعاقدين وبين المتعضيات الصريحة التي تأمر القاضي
في الفصل 1035 بأن يعتبر عقد الشركة الذي بمقتضاه يمنح أحد الشركاء كل الربح
متضمنا لعقد تبرع بين من تنازل عن نصيبه في الربح والشخص المتنازل عن كل الربح
بغير النظر عما اذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك أم لا ولو كانت ^{محتملة}
أما لماذا ينسب الفقه لا بل حتى القضاء ولو ظاهريا ، فكرة تحول العقد الى
نية المتعاقدين فذلك يرجع في الواقع الى موقفهما التقليدي من الدور الذي يلعبه
القاضي في الميدان التعاقدي والمتمثل في ^{هي} منعه القيام بأي نشاط من أجل تعديل
العقد طالما أن ارادة المتعاقدين يفترض فيها التنزيه عن كل خطأ في انشاء العقد
و تحديد محتواه وطبيعته .

ولعل هذا الموقف التقليدي هو الذي أشر على بعض التشريعات الحديثة عندما
اشتطت انصراف نية المتعاقدين الى العقد الذي يحصل التحول اليه كما هو الشأن في
القانون المدني المصري (الفصل 144) الذي ^{نقح} ^{نقح} القانون المدني الألماني فيما
يتعلق بتحول التصرف (الفصل 140) .

268 - ولا نرى قصد تأكيد رأينا الذي نذهب فيه الى اعتبار تحول العقد الذي يقوم به القاضي عملا من الاعمال التي يخولها اياه دوره المنوط به في ميدان تعديل العقود الا أن نستشهد ببعض ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمعيدي للقانون المدني المصري على الوجه التالي : "... فليس يريد أمر التحويل الى مجرد تفسير لارادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلهم ويبدل لهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيه لهما . ويشترط لاعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الاصيل باطلا أو قابلا للابطال ... و يشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيه القاضي قد توافرت جميعا في العقد الاصيل الذي شابه سبب من أسباب البطلان ... ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو أنما تبيّن ما بالعقد الاصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية . فاذا كان يتولى عن العاقدین إعادة انشاء التعاقد الا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بهما أن تحد من اطلاق تقدير القاضي ... " (22)

وحتى نوضح أكثر سلطة تعديل العقد التي يمارسها القاضي بواسطة تحول العقد ، نشير الى أن تحول العقد يعتبر اصدالا خاصا لعملية تكييف العقود التي لا يجادل أحد في كون أمرها منوط بالقاضي فقط (23) و النظر الى تحول العقد على أنه تكييف له هو الذي حمل الفقيه سالي على القول بأن تخصيص نص صريح لتحول العقد يعد غير ذي فائدة أو جدوى (24) .
و عليه اذا ما سلمنا بكون القاضي عندما يقوم بالتحويل انما يمارس سلطاته في تكييف العقد ، يكون علينا أن نتساءل عن الأمر الذي يقوم القاضي بتكييف العقد على ضوءه . وبعبارة أخرى هل العقد يكيف مع ما تبنته ارادة المتعاقدين أم مع ما تقرره النصوص القانونية ؟ الحقيقة ، ان العقد يكيف في ضوء النصوص القانونية أو كما يقول الأستاذ تناغوه فان القاضي يعطي لارادة المتعاقدين تكييفها العادل وفقا لما تقضي به قواعد القانون الوضعي (25) .

(22) ع.أ. السنهوري : الوسيط : المجلد الأول : مصادر الالتزام الدامشقي رقم 1 من ص 547 .

(23) سمير عبد السيد تناغوه : المرجع السابق ص 135 .

(24) ر.سالي : في التعبير عن الارادة ، باريس 1901 ص 314 .

(25) المرجع السابق ص 135 .

و عليه ، و خلاصة لكل ما سبق ، نرى بأن قيام القاضي بتحويل العقد إنما هو تعديل له و هو عمل " يعكس " كما يقول الأستاذ هشام فرعون ، دور القاضي في استكمال بعض الثغرات التي يتركها بعض المتعاقدين في العقود " (26) ، و يبرهن في الواقع على ما " للقاضي ، كما يقول الأستاذ عيمانويل كونو ، من سلطات واسعة جداً ، تجعل منه مساعداً للمتعاقدين في تحقيق الغرض النهائي المتوخى من العقد " (27) .

و لا شك أن حقيقة الدور الذي يلعبه القاضي في تعديل العقد تحت ستار البحث عن نية المتعاقدين هو الذي حمل المشرع إلى أن يعترف له به صراحة كي ينفذه في بعض الحالات بصفة مباشرة ودون وساطة أي غطاء .

(26) هشام فرعون : النظرية العامة في الالتزام في التشريع المصري ، الطبعة الثالثة 1981 ص 153 .

(27) المرجع السابق هامش ص 204 و تتمته في ص 205 .



نظرية سلطان الإرادة و الدور الايجابي المباشر للقاضي في تعديل العقود

269 - كان الاتجاه التقليدي يرى بأن استقرار الرابطة التعاقدية الذي تكرسه القوة الملزمة للعقد لا يمكن نفيه إلا بإبعاد القاضي عن تعديل محتوى العقد بصفة مباشرة مما تسير الظروف التي أبرم فيها (28) .

الآ أن الازمات الاقتصادية و الاضطرابات الاجتماعية التي تفجرت على الخصوص عند قيام الحرب العالمية الأولى أدت بالمشرع الى أن يجعل بين يدي القاضي بنصوص صريحة وسائل فنية تمكنه من أن يلعب دورا مباشرا في تعديل العقود (المطلب الأول) . لا بل الأكثر من هذا فان نظرية سلطان الإرادة نفسها - في اتجاهها الحديث الذي استفاد من الانتقادات الموجهة للاتجاه التقليدي - أصبحت تعترف له بهذا الدور المباشر حتى يتمكن من تعديل العقد كلما طرأت ظروف اقتصادية جديدة لم يكن في وسع المتعاقدين توقعها عند إبرامه (المطلب الثاني) و عليه فحتى نتكهن من إبراز الدور المباشر الذي يضطلع به القاضي في ميدان تعديل العقود ، نرى أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين كما يلي :

- المطلب الأول : اضطلاع القاضي بدور مباشر في تعديل العقود بنس في القانون .

- المطلب الثاني : اضطلاع القاضي بدور مباشر في تعديل العقود وفقا لنظرية الظروف الطارئة .

\$ - المطلب الأول - \$

اضطلاع القاضي بدور مباشر في تعديل العقود بنس في القانون

270 - ان القواعد الأساسية التي يتحور حولها ق.ل.ع.م . سيرا على نهج الاتجاه التقليدي لنظرية سلطان الإرادة لا تخول للقاضي أي دور مباشر في تعديل العقود سواء كانت هذه الأخيرة من العقود الفورية المؤجلة أو من العقود المستمرة . إلا أن

(28) أنظر في هذا المعنى : ج . ب. ديلماس سانت هيلير : ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية : مقال شارك به في : "دراسات في القانون الخاص حول الميل نحو استقرار الرابطة التعاقدية : المكتبة العامة للقانون و الاجتهاد القضائي ، باريس 1960 ص 190 .

ظروف الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من العواقب الوخيمة على المستوى الاقتصادي دفعت بالمشرع الى تمكين القاضي من استعمال الوسيلة النية المتمثلة في نظرية الميسرة من أجل تعديل العقود . (أولا) . كما دفعت به مؤخرا - ونظرا للارتفاع المنول للأسعار الذي نتج عنه انخفاض صاخر في القوة الشرائية للنقود - الى السماح للقاضي بمراجعة وجبة كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المنني . (ثانيا) .

أولا : نظرية الميسرة كوسيلة يباشر بها القاضي دورا مباشرا في تعديل العقود

271 - ان المشرع المغربي لسنة 1913 ، مسايرة منه لمنطق نظرية سداان الارادة لم يكن يسمح للقاضي بالتدخل في العقد قصد تعديله بصفة مباشرة عن طريق استعماله لوسيلة نظرية الميسرة . ويظهر موقف المشرع المغربي هذا من نص الفصل 243 من م.ق.ج.ع. الذي جاء منتصرا على مقتضيات التالية : " اذا لم يكن هناك إلا مدين واحد لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه الا اذا تعلق الأمر بالكمبيلات . " فبمقتضى هذا النص الذي امتدى المشرع في صياغته بنظرية سداان الارادة التي تمنع قابلية العقد للتجزئة ، فإن القاضي لم يكن يستطيع تعديل العقد بالزام المدين بأداء دينه على أقساط وبالأحرى أن يعدل العقد بتمديد أجل وفاء الالتزام والنتيجة عن ذلك أن قيام الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من الاضطرابات الاقتصادية خاصة عندما قامت ألمانيا بفرغ الحصار على المغرب بواسطة النواصات خلال سنتي 1917 و 1918 كما يشير الى ذلك ليوطي نفسه (29) ، دفع بالمشرع الى تخويل القاضي وسيلة نظرية الميسرة حتى يتمكن بها من التدخل في العقد من أجل تعديله و ذلك باصدار ظهير بتاريخ 18 مارس 1917 أضيفت بموجبه فقرة ثانية الى الفصل 243 تنص على أنه : " ومع ذلك يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين ، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء وأن يوقفوا اجراءات المطالبة مع ابقاء الأشياء على حالها . "

272 - و بموجب هذه الفقرة الثانية التي سنها المشرع لدرء الأزمات الاقتصادية أو

(29) محمد خير فارس : تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب 1912 - 1939 :

دراسات في تاريخ شمال افريقيا ، 1972 ص 103 و 104 .

على الأقل للتخفيف منها (30) فإن القاضي يتمتع بدور مباشر في تعديل الحق الذي يخوله العقد للدائن في استيفاء دينه في الأجل المحدد وذلك بتعديده هذا الأجل لمصلحة المدين حسن النية الذي يوجد في ظروف اقتصادية يستحيل معها أو على الأقل يصعب معها تنفيذ التزامه في الأجل المتفق عليه في العقد. كما أن القاضي أصبح في إمكانه تعديل العقد لمصلحة المدين و مراعاة منه لنفس الظروف وذلك بإرقام الدائن على استيفاء دينه على أقساط. ومن أهم الآثار المترتبة عن تعديل العقد بوسيلة نظرة الميسرة وتوقف إجراءات المطالبة إلى حين حلول الأجل الجديد الممنوح للمدين أو امتناعه أو تأخره عن أداء قسط من أقساط الدين المجزأ بفعل تدخل القاضي في العقد .

273 - وقد يلاحظ بأن نظرة الميسرة تشكل خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد كما يؤكد ذلك كثير من الفقهاء (31) . إلا أن هذا الخروج في نظراً لا يعدو في القانون المصري أن يكون استثناء - وهذا ما يمكن استخلاصه حتى من مفهوم عبارة " ومع ذلك " (néanmoins) التي تفيد بأن ما سيأتي بعده استثناء لما سبق - بالإضافة إلى أن القاضي لا يمارس دوره المباشر في تعديل العقد بصفة معقولة وفقاً لهذا الاستثناء إلا بحذر في حدود ضيقة .

(30) لا تتفق مع رأي استاذنا مأمون الكريشي الذي يذهب إلى أن الفقرة الثانية لم يضمنها المشرع المصري إلى الفصل 243 إلا عندما رأى " أن في ذلك تحقيقاً للعدالة : المرجع السابق الجزء الثاني طبعة 2970 ص 346 نظراً للاعتبارات الواردة أعلاه حتى ولو سلمنا بأن الفصل 1244 من القانون المدني الفرنسي الذي استلهمت منه الفقرة الثانية المصرية يقوم على العدالة الطبيعية التي تسمو على القانون الوضعي كما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي على لسان كل من جوبير (Joubert) وبيجو برتيمنو (Bigot-Reameneu) : رئيس القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية الهامش رقم 1 من ص 137 ، مما جعل البعض يذهب إلى أن المشرع أوجدها ليسمح للقضاء بالتدخل في العقد من أجل تعديله وفقاً لما تقتضيه به الإنسانية المحضة : أحمد ماسر : المرجع السابق ص 184 .

(31) على سبيل المثال : مارسيل فالين : المذهب الفردي والقانون ص 184 . - ك. موران : القانون و العقد : أقول سيادتهما ص 56 و 71 وكذلك مقاله حول نقد النظرية التعاقدية لمدونة نابليون : أرشيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني : السنة 10 العدد 1 - 4 ص 9 . - جوسران : نظرة عامة عن التيارات الحالية لنظرية العقود : المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1937 ص 18 و 19 و 20 . - أحمد طاهر : المرجع السابق ص 185 .

و لعل النظر الى معلة الميسرة على أنها استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد هي التي حملت كل من بودي وبارك - وهما من أنصار الاتجاه التقليدي لنظرية سلطان الارادة - الى التشدد في الشروط الواجب توافرها في نظرية الميسرة عندما قالوا بأن " العناصر الرئيسية التي يقدر القاضي بمقتضاها حالة المدين ليتعرف عما اذا كانت هذه الحالة تستدعي نظرية الميسرة هي حسن نية المدين، و رغبته في الوفاء بدينه وأن الضيق الذي أحاط به أمر مؤقت، وأن موارده كافية في النهاية للوفاء به، وأنه يتخذ من التدابير ما ييسر له هذا الوفاء، وأنه **وفسي** فعلا ما أمكنه الوفاء به من الدين وأن الوفاء فوراً بكل الدين **يلحق** به ضرراً جسيماً، وأنه قدم للدائن الضمان الكافي للحصول على حقه، ثم ما عسى أن يوجد بين المدين و الدائن من وشائج القرابة أو الصهر أو المودة، وما عسى أن يكون للمدين عند الدائن من أياد سابقة " (32) . الا أنه اذا كان الهدف من وراء تقليص الدور المباشر للقاضي في تعديل العقد عن طريق التشدد في الشروط الواجب توافرها في نظرية الميسرة يتمثل في التخفيف مما تشكله هذه الأخيرة من قيد على نظرية سلطان الارادة في مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يرمي الى استقرار الرابطة التعاقدية، فإن هذا التخفيف لا يحقق في الواقع كما يقول الأستاذ ج . ب ديلماس سانت هيلير (33) الا استقراراً شكلياً للرابطة التعاقدية. أما الاستقرار الحقيقي فيوجد تكريسه في نظرية الميسرة التي بها يعدل للقاضي العقد من أجل ملامته مع الظروف الاقتصادية المستجدة دون أي قيد أو شرط .

274 - غير أنه بالرغم من البعد الذي أعطيناه لنظرية الميسرة و الذي يكرس في آخر المطاف نظرية سلطان الارادة أكثر مما يقيدھا طالما أننا نهدف الى الحفاظ على الاستقرار الحقيقي للرابطة التعاقدية، فإن المشرع المصري تشبعا منه بفكرة الاتجاه التقليدي ظل وفيما لفكرة وجوب حرمان القاضي من لعب أي دور مباشر في تعديل العقد أو على الأقل تقليص هذا الدور حتى في التطبيقات التي أوردنا لنظرية الميسرة . وهكذا فإن القاضي لا يستطيع أن يمنع أي أعمال للمدين بالالتزام الصرفي الناتج عن الكبيالة أو السند لأمر (الفصلان 191 و 194 من القانون التجاري المصري) الا في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 160 و 170 من القانون التجاري

(32) الجزء الثاني 1491 س 588 و 589 عن السندون : الوسيط : الجزء الثالث :
الهامش رقم 2 من س 781 .
(33) مقاله السابق س 190 .

أي " - في حالة افلاس المسحوب عليه سواء كان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل لها أو حالة توقيفه عن الوفاء ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم أو في حالة حجز بدون جدوى على أمواله ."

" - في حالة افلاس صاحب كمبيالة غير مقبولة . " (الفصل 160 من القانون التجاري) . أو " اذا تعذر تقديم الكمبيالة أو اقامة البروتستو ضمن الآجال المنصوص عليها بسبب عائق يستحيل التغلب عليه (كعدم أوامر شرعية من دولة ما) أو أي سبب آخر من الأسباب القاهرة . " (الفصل 170 من القانون التجاري) (34) .
و الملاحظ أن القوة القاهرة اذا ثابتت "تعتبر سبباً مبرراً لتمديد أجل الاستحقاق" كما يقول أستاذنا على سلمان العبيدي (35) فإن تمديد الآجال في الحالتين المنصوص عليهما في الفصل 160 لا يمكن اعتباره من قبيل نظرة الميسرة إلا من زاوية كون الوفاء في حالتين الحاليتين كان سيتم بصفة مبسرة لمصلحة الدائن في الالتزام المصرفي لولا تدخل القاضي .

275 ... مما سبق يتضح أن المشرع المغربي لا يسمح للقاضي بتحويل مهلة الميسرة رأفة بالمدين الذي يواجه صعوبات اقتصادية لا يد له فيها إلا استثناء و في حدود حقيقة . لذلك فعندما يتبين للقاضي أن المدين يوجد فعلاً في ظروف اقتصادية سيئة و لكن لا يرى ما يستدعي النظر اليه برأفة و شفقة ، لما قام به من أفعال تجعل الدائن في وضع يؤدي معه كل تأخير في تنفيذ الالتزام إلى إلحاق أضرار فادحة به ، فإنه يحرمه من نظرة الميسرة كما اذا كان المدين قد : "أشتر افلاسه أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد أو لم يعط الضمانات التي وعد بها ... أو ... أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التي تضعف الضمانات المقدمة منه " (الفصل 139 من ق.د.ع.م .) . ومع ذلك فإن القاضي عندما يستعمل سلطاته في الإهمل إنما يقوم بدور مباشر في تعديل الحقوق لا يقل أهمية عند الدور الذي يضطلع به في حالة مراجعة العقد (36) .

(34) يلاحظ أن الفصل 151 من القانون التجاري المغربي المتعلق بالكمبيالة أصلاً والسند لأمر حالة من الفصل 194 اليه ، لم يكن يسمح للقاضي مهما كانت ظروف المدين بالالتزام المصرفي بمنح أي إهمال . إلا أن المشرع المغربي خفف من موقفه الصارم إزاء تدخل القاضي في تعديل العقد بواسطة نظرة الميسرة بعدما غير القسم التاسع من الكتاب الأول من القانون التجاري بظهير 19 يناير 1939 الذي تبنى بموجبه أحكام قانون جنيف الموحد المتعلق بالكمبيالة والسند لأمر الصادر بتاريخ 7 يونيو 1930 .

(35) علي سلمان العبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي ، الطبعة الأولى 1970 ص 315 .

(36) يعتبر الأستاذ سمير تنافو نظرة الميسرة كحالة من حالات المراجعة الحثيفية للعقد طالما أن التعديل يلحق أحد أوصاف الالتزام ألا وهو الأجل : المرجع السابق ص 181 .

— ثانياً : المراجعة كوسيلة يباشر بها القاضي دوراً مباشراً في تعديل

عقود كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المنهني :

276 — أن المشرع المنهني عندما وضع مدونة الالتزامات والعقود سنة 1913 لم ينفصل عن تنظيم مسألة كراء الأهلياء بما فيها الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المنهني . إلا أنه لما كان متشبهاً أشد التشبث بالاتجاه التقليدي لنظرية سلطان الإرادة ، فإن "المبادئ العامة التي أسست عليها الفصول المتعلقة بالكراء" كما يقول الأستاذ المستشار أحمد أفزار رئيس البعثة التجارية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، بقيت هي المبادئ المبنية على حرية المتعاقدين لتحديد شروط العقد واحترام إرادتهما وعدم جواز الخروج عليها طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومن التزم بشيء لزمه " (37) . وهذا معناه أن المشرع لم يمنع للقاضي سلطة تعديل العقد عن طريق مراجعته بالرغم من أن المكبر كان له الحق في أن يفعل ما يشاء . إلا أن قيام الحرب العالمية الأولى الذي كان له وقع عميق في تنسيق

الظروف الاقتصادية والاجتماعية ولجوء الملاة الى فرض زيادات متوالية في قيمة الكراء بمحض إرادتهم دون أن يملك المكثرون إلا قبولها اضطراراً ، أدّى بالمشرع الى التدخل من أجل "وضع التوازن من جديد في ميدان الأكرية لفائدة المكثرين حتى يشعر هؤلاء بأنهم أصبحوا يأخذون قدراً كافياً من اهتمام السلطة أو أنهم لم يبقوا تحت رحمة الملاكين " (38) ، و ذلك بإصدار ظهير 5 ماي 1928 المتعلق باتخاذ أوامر و تدابير وقتية بعقود الكراء المراجعة للمساكن وما أشبهها . وبموجب هذا الظهير ، فإن القاضي أصبح يتمتع بدور مباشر في تعديل عقد كراء المساكن وما أشبهها عن طريق مراجعته ، أما بالانقضاء من الزيادة التي يضيفها المكبر على وجية الكراء الأعلى أو ارجاع وجية الكراء الى الحالة التي كانت عليها قبل أن يفرض المكبر الزيادة فيها أو التمديد في مدة العقد عندما يفرض التنبيه بالإفراج . وفي هذا ينص الفصل الثاني من ظهير 5 ماي 1928 على أنه : "المكبر لعقار أو لقسم من عقار بأثاث أو من غير أثاث معد للسكنى أو لتعاطي تجارة أو صناعة أو جرفة مستقلة سواء كانت عقدة الكراء بالقول أو بالكتابة ، يمكنه أن يطلب إما التقيص من كل مبلغ زيد في قيمة الكراء أو إسقاط الزيادة بتمامها ، أما أن يصح بعدم قبول التنبيه

(37) عقود أكرية المساكن في ظهير 1928 : محاضرة أ. أ. أ. تحت إشراف رابطة القضاة يوم 21 / 4 / 1978 نشرت بمجلة المحاكم المغربية عدد 16 — 17 ماي — جوان 1978 ص 10

(38) أحمد أفزار : المرجع السابق ص 12 .

المتعلق بافراغ المحل ولو كان التنبيه المذكور موجهها في الوقت اللزم اذا لم تثبت ظروف الحال بكونه صوابيا ، وكل شرط مخالف لذلك يعد باطلا لا يعمل به قانونا . (39) . و الذي يمكن ملاحظته على هذا النص أنه لم يسمع للقاضي بمراجعة العقد عن طريق انقضاء وجبة الكراء الأصلية .

277- واذا كان ظهير 5 ماي 1928 قد أوجده المشرع كما قيل من أجل إعادة التوازن بين المكري والمكتري ، فإن شيئا من هذا لم يتحقق في الواقع بالرغم من تدخل المشرع بظواهر متعددة بعد سنة 1928 نذكر منها على سبيل المثال ظهير 23 أبريل 1941 المتعلق بشرع ظهير 5 ماي 1928 ، و ظهير 28 ماي 1949 المتعلق بتأسيس حرية أثمان أكرية المحلات المعدة لأصحاب المهن ، و ظهير 22 يوليوز 1952 المتعلق بسن ضابط لكراء المحلات المعدة للسكنى في المدن الأهلية و الأحياء المغربية في المدن الجديدة ، و ظهير 30 يونيو 1955 المتعلق بأثمان كراء أماكن السكنى الكائنة بالمدن الجديدة .

و لقد ظلت أزمة السكن واتعمير قائمة كما أن روح المضاربات العقارية التي تهيمن على كبار الملاكين والمحتكرين أدت الى ارتفاع مهول في وحيات الثراء بلغت 300 ٪ خلال الفترة الخماسية الممتدة من 1973 الى 1977 على حد قول أستاذنا فتح الله ولعلو (40) ، الشيء الذي أدى بالبرلمان المغربي الى أن يتدخل من جديد ليوافق بتاريخ 30 أبريل 1980 على القانون رقم 79 - 6 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني التي دخل حيز التنفيذ بعدما صدر بشأن ظهير 25 ديسمبر 1980 المتضمن لأمر تنفيذه ، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 3560 .

(39) ولقد تدخل المشرع بظهير 23 أبريل 1941 ليوضح في فصل فريد أبعاد هذا الفصل الثاني على ضوء ما استجد من الظروف التي خلقتها الحرب العالمية الثانية . وينس هذا الفصل الفريد على ما يلي : " تطبقا للفصل الثاني من الظهير الشريف المؤرخ في 5 / 5 / 1928 بشأن اتخاذ أوامر و تدابير و فتية تتعلق بحقوق الأكرية الراجعة للمساكن ، فإن القاضي بالمحكمة المختصة يجب عليه أن يراعي ما للمكترين بمقدرة من التحملات العائلية و يمكنه أن يصح بعدم قبول التنبيه المتعلق بافراغ المحل ولو كان التنبيه المذكور موجهها في الوقت اللزم اذا كان يقصد به اخراج عائلة فيها على الأقل ثلاثة أولاد على قيد الحياة أو ولدان اثنان و كان الأب متوفيا . " فعلى ضوء هذا النص فإن مراجعة العقد بتعميد مدته تبقى متروكة للسلطة التنديرية للقاضي . و تطبقا لهذه الفكرة صدر قرار من المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - بتاريخ 21 فبراير 1979 جاء فيه أن " الفصل الفريد لظهير 23 / 4 / 1941 لا يلزم القضاة برفض طلب الافراغ اذا كان عدد الأولاد في الأسرة يزيد عن الثلاثة و إنما يخولهم سلطة تقديرية تمكنهم من تقدير الأعباء العائلية للمالك و المكتري و الترجيح بينهما في نطاق تلك السلطة . " : مجلة المحاماة السنة الثالثة عشرة العدد الثامن عشر ، مارس - أبريل 1981 ص 112 و ما بعدها .

(40) تدخل ائنياب البرلمان فتح الله ولعلو باسم المعارضة في احدى الجلسات التي خصصت لمناقشة مشروع الحكومة المتعلق بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكتريين . وقد نشر التدخل في جريدة المحرر بالمدينة بتاريخ 4 نوفمبر 1980 عدد 2018 ص 3 . كما نشر بالمدينة الرسمية (الطبعة الخاصة بمجالس النواب) صادرة بتاريخ 24 ذي الحجة 1400 (1984) أكتوبر 1980 الصفحة الرابعة عدد 6 ص 24 و 25 و 26 و 27 و 28 و 29 و 30 و 31 و 32 و 33 و 34 و 35 و 36 و 37 و 38 و 39 و 40 و 41 و 42 و 43 و 44 و 45 و 46 و 47 و 48 و 49 و 50 و 51 و 52 و 53 و 54 و 55 و 56 و 57 و 58 و 59 و 60 و 61 و 62 و 63 و 64 و 65 و 66 و 67 و 68 و 69 و 70 و 71 و 72 و 73 و 74 و 75 و 76 و 77 و 78 و 79 و 80 و 81 و 82 و 83 و 84 و 85 و 86 و 87 و 88 و 89 و 90 و 91 و 92 و 93 و 94 و 95 و 96 و 97 و 98 و 99 و 100 و 101 و 102 و 103 و 104 و 105 و 106 و 107 و 108 و 109 و 110 و 111 و 112 و 113 و 114 و 115 و 116 و 117 و 118 و 119 و 120 و 121 و 122 و 123 و 124 و 125 و 126 و 127 و 128 و 129 و 130 و 131 و 132 و 133 و 134 و 135 و 136 و 137 و 138 و 139 و 140 و 141 و 142 و 143 و 144 و 145 و 146 و 147 و 148 و 149 و 150 و 151 و 152 و 153 و 154 و 155 و 156 و 157 و 158 و 159 و 160 و 161 و 162 و 163 و 164 و 165 و 166 و 167 و 168 و 169 و 170 و 171 و 172 و 173 و 174 و 175 و 176 و 177 و 178 و 179 و 180 و 181 و 182 و 183 و 184 و 185 و 186 و 187 و 188 و 189 و 190 و 191 و 192 و 193 و 194 و 195 و 196 و 197 و 198 و 199 و 200 و 201 و 202 و 203 و 204 و 205 و 206 و 207 و 208 و 209 و 210 و 211 و 212 و 213 و 214 و 215 و 216 و 217 و 218 و 219 و 220 و 221 و 222 و 223 و 224 و 225 و 226 و 227 و 228 و 229 و 230 و 231 و 232 و 233 و 234 و 235 و 236 و 237 و 238 و 239 و 240 و 241 و 242 و 243 و 244 و 245 و 246 و 247 و 248 و 249 و 250 و 251 و 252 و 253 و 254 و 255 و 256 و 257 و 258 و 259 و 260 و 261 و 262 و 263 و 264 و 265 و 266 و 267 و 268 و 269 و 270 و 271 و 272 و 273 و 274 و 275 و 276 و 277 و 278 و 279 و 280 و 281 و 282 و 283 و 284 و 285 و 286 و 287 و 288 و 289 و 290 و 291 و 292 و 293 و 294 و 295 و 296 و 297 و 298 و 299 و 300 و 301 و 302 و 303 و 304 و 305 و 306 و 307 و 308 و 309 و 310 و 311 و 312 و 313 و 314 و 315 و 316 و 317 و 318 و 319 و 320 و 321 و 322 و 323 و 324 و 325 و 326 و 327 و 328 و 329 و 330 و 331 و 332 و 333 و 334 و 335 و 336 و 337 و 338 و 339 و 340 و 341 و 342 و 343 و 344 و 345 و 346 و 347 و 348 و 349 و 350 و 351 و 352 و 353 و 354 و 355 و 356 و 357 و 358 و 359 و 360 و 361 و 362 و 363 و 364 و 365 و 366 و 367 و 368 و 369 و 370 و 371 و 372 و 373 و 374 و 375 و 376 و 377 و 378 و 379 و 380 و 381 و 382 و 383 و 384 و 385 و 386 و 387 و 388 و 389 و 390 و 391 و 392 و 393 و 394 و 395 و 396 و 397 و 398 و 399 و 400 و 401 و 402 و 403 و 404 و 405 و 406 و 407 و 408 و 409 و 410 و 411 و 412 و 413 و 414 و 415 و 416 و 417 و 418 و 419 و 420 و 421 و 422 و 423 و 424 و 425 و 426 و 427 و 428 و 429 و 430 و 431 و 432 و 433 و 434 و 435 و 436 و 437 و 438 و 439 و 440 و 441 و 442 و 443 و 444 و 445 و 446 و 447 و 448 و 449 و 450 و 451 و 452 و 453 و 454 و 455 و 456 و 457 و 458 و 459 و 460 و 461 و 462 و 463 و 464 و 465 و 466 و 467 و 468 و 469 و 470 و 471 و 472 و 473 و 474 و 475 و 476 و 477 و 478 و 479 و 480 و 481 و 482 و 483 و 484 و 485 و 486 و 487 و 488 و 489 و 490 و 491 و 492 و 493 و 494 و 495 و 496 و 497 و 498 و 499 و 500 و 501 و 502 و 503 و 504 و 505 و 506 و 507 و 508 و 509 و 510 و 511 و 512 و 513 و 514 و 515 و 516 و 517 و 518 و 519 و 520 و 521 و 522 و 523 و 524 و 525 و 526 و 527 و 528 و 529 و 530 و 531 و 532 و 533 و 534 و 535 و 536 و 537 و 538 و 539 و 540 و 541 و 542 و 543 و 544 و 545 و 546 و 547 و 548 و 549 و 550 و 551 و 552 و 553 و 554 و 555 و 556 و 557 و 558 و 559 و 560 و 561 و 562 و 563 و 564 و 565 و 566 و 567 و 568 و 569 و 570 و 571 و 572 و 573 و 574 و 575 و 576 و 577 و 578 و 579 و 580 و 581 و 582 و 583 و 584 و 585 و 586 و 587 و 588 و 589 و 590 و 591 و 592 و 593 و 594 و 595 و 596 و 597 و 598 و 599 و 600 و 601 و 602 و 603 و 604 و 605 و 606 و 607 و 608 و 609 و 610 و 611 و 612 و 613 و 614 و 615 و 616 و 617 و 618 و 619 و 620 و 621 و 622 و 623 و 624 و 625 و 626 و 627 و 628 و 629 و 630 و 631 و 632 و 633 و 634 و 635 و 636 و 637 و 638 و 639 و 640 و 641 و 642 و 643 و 644 و 645 و 646 و 647 و 648 و 649 و 650 و 651 و 652 و 653 و 654 و 655 و 656 و 657 و 658 و 659 و 660 و 661 و 662 و 663 و 664 و 665 و 666 و 667 و 668 و 669 و 670 و 671 و 672 و 673 و 674 و 675 و 676 و 677 و 678 و 679 و 680 و 681 و 682 و 683 و 684 و 685 و 686 و 687 و 688 و 689 و 690 و 691 و 692 و 693 و 694 و 695 و 696 و 697 و 698 و 699 و 700 و 701 و 702 و 703 و 704 و 705 و 706 و 707 و 708 و 709 و 710 و 711 و 712 و 713 و 714 و 715 و 716 و 717 و 718 و 719 و 720 و 721 و 722 و 723 و 724 و 725 و 726 و 727 و 728 و 729 و 730 و 731 و 732 و 733 و 734 و 735 و 736 و 737 و 738 و 739 و 740 و 741 و 742 و 743 و 744 و 745 و 746 و 747 و 748 و 749 و 750 و 751 و 752 و 753 و 754 و 755 و 756 و 757 و 758 و 759 و 760 و 761 و 762 و 763 و 764 و 765 و 766 و 767 و 768 و 769 و 770 و 771 و 772 و 773 و 774 و 775 و 776 و 777 و 778 و 779 و 780 و 781 و 782 و 783 و 784 و 785 و 786 و 787 و 788 و 789 و 790 و 791 و 792 و 793 و 794 و 795 و 796 و 797 و 798 و 799 و 800 و 801 و 802 و 803 و 804 و 805 و 806 و 807 و 808 و 809 و 810 و 811 و 812 و 813 و 814 و 815 و 816 و 817 و 818 و 819 و 820 و 821 و 822 و 823 و 824 و 825 و 826 و 827 و 828 و 829 و 830 و 831 و 832 و 833 و 834 و 835 و 836 و 837 و 838 و 839 و 840 و 841 و 842 و 843 و 844 و 845 و 846 و 847 و 848 و 849 و 850 و 851 و 852 و 853 و 854 و 855 و 856 و 857 و 858 و 859 و 860 و 861 و 862 و 863 و 864 و 865 و 866 و 867 و 868 و 869 و 870 و 871 و 872 و 873 و 874 و 875 و 876 و 877 و 878 و 879 و 880 و 881 و 882 و 883 و 884 و 885 و 886 و 887 و 888 و 889 و 890 و 891 و 892 و 893 و 894 و 895 و 896 و 897 و 898 و 899 و 900 و 901 و 902 و 903 و 904 و 905 و 906 و 907 و 908 و 909 و 910 و 911 و 912 و 913 و 914 و 915 و 916 و 917 و 918 و 919 و 920 و 921 و 922 و 923 و 924 و 925 و 926 و 927 و 928 و 929 و 930 و 931 و 932 و 933 و 934 و 935 و 936 و 937 و 938 و 939 و 940 و 941 و 942 و 943 و 944 و 945 و 946 و 947 و 948 و 949 و 950 و 951 و 952 و 953 و 954 و 955 و 956 و 957 و 958 و 959 و 960 و 961 و 962 و 963 و 964 و 965 و 966 و 967 و 968 و 969 و 970 و 971 و 972 و 973 و 974 و 975 و 976 و 977 و 978 و 979 و 980 و 981 و 982 و 983 و 984 و 985 و 986 و 987 و 988 و 989 و 990 و 991 و 992 و 993 و 994 و 995 و 996 و 997 و 998 و 999 و 1000 .

و اذا كان القانون رقم 79 - 6 يهدف كما جاء في مقدمة مشروعه الى سد الثغرات التي كانت تعترض الظواهر السابقة المتعلقة بميدان الكراء كما يهدف أيضا وبالدرجة الاولى الى "اعادة التوازن بين مصالح المكرين و المكترين وحماية هؤلاء من تعسفات أولئك" ثم "تقييد القضاء بقيود موضوعية تحد من سلطات التقديرية" الى جانب "الغاء التوزيع في الاختصاص" (41) ، فان الوضع في الحقيقة لم يتغير عما كان عليه قبل صدور هذا القانون . ولا أدل على ذلك مما أثاره هذا الأخير من موجة السخط والاستياء أعقبتها المبادرة الملكية التي قضت بوجوب تخفيض رسوم الكراء في حدود الثلث لبعض فئات المكترين الذين لا تتجاوز مداخيلهم 1500 درهما وذلك في الخطاب الذي ألقاه جلالة الملك بتاريخ 20 غشت 1980 بمناسبة ذكرى ثورة الملك و الشعب . و لقد توجت المبادرة الملكية بصدر مرسوم - قانون رقم 552 - 80 - 2 . بتاريخ 8 أكتوبر 1980 و القاضي بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين ليجري العمل به بأثر رجعي ابتداء من فاتح سبتمبر 1980 .

و نحن ان نبحث في كل من القانون رقم 79 - 6 و المرسوم بمثابة قانون الصادر في 8 أكتوبر 1980 ، فاننا لا نعالجهما ، إلا من الزاوية التي يخولان فيها للقاضي دورا مباشرا في تعديل العقد عن طريق المراجعة .

I - القانون رقم 79 - 6 . المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكترين و المالكين للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني .

278 - تنس الفقرة الثانية من الفصل الثاني من هذا القانون على أن : " لكل مكتر الحق في المطالبة بمراجعة الوجبة الكرائية أمام القضاء داخل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام العقد ، اذا اعتبر أن وجبة الكراء أو الوجبة التي وقعت بها تولية الكراء لا تتناسب بشكل واضح مع المردودية المشروعة لرأس المال الذي يمثل القيمة الحالية للعقار ولرأس المال المستثمر فعليا أو لا تتناسب مع المزايا أو المنافع التي قد توفرها العقارات المكراة من حيث موضعها و ظروف تجهيزها للمكترين سواء بالنسبة لسكنائهم أو بالنسبة لمحل ممارسة مهنتهم . "

(41) أنظر نص المشروع الذي تقدمت به الحكومة الى البرلمان في جريدة المحرر الصادرة بتاريخ 7 ماي 1980 عدد 1861 ص 8 و 5 .

فبموجب هذا النص اذا لاحظ المكني أن وجية الكراء المتفق عليها في العقد و التي اضطر الى قبولها لسبب من الأسباب هي وجية غير عادلة، لممكنه طلب مراجعة العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ابرامه . وفي هذه الحالة بالرغم من موقف الاتجاه التقليدي لنظرية سلطان الارادة، فإن القاضي يستطيع التدخل في العقد لمراجعتها بانقاس وجية الكراء الى القدر الذي يتناسب مع المردودية المشروعة لرأس المال و المزايا و المنافع التي يوفرها المحل المكني للمكني .

279 - على أن القاضي اذا كان لا يستطيع، وفقا للنص المذكور، أن يعدل العقد إلا بانقاصه، فإن الفصل الخامس من نفس القانون يوسع من نطاق الدور الذي يضطلع به في ميدان تعديل العقود، واذ يسمح له بمراجعة العقد اما عن طريق الانقاس أو عن طريق الزيادة بحسب ما اذا كان طالب المراجعة هو المكني أو المكني . و يجري الفصل الخامس على الوجه الآتي : " يمكن مراجعة وجية الكراء بطلب من المكني أو المكني . وتبت المحكمة المختصة عند عدم اتفاق الأطراف . غير أنه لا تقبل دعوى مراجعة الوجية الكرائية رغم كل شرط مخالف إلا بعد مرور ثلاثة سنوات على الأقل من تاريخ ابرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية و الكل مع مراعاة مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل الثاني . " والذي يشير الانتباه في الدور الذي يضطلع به القاضي في مراجعة العقد وفقا لهذا النص، أن القاضي لا يأخذ بعين الاعتبار عند تعديله للعقد المقاييس الموضوعية المتعلقة بالمحلات المتكررة فقط و انما يراعي أيضا الظروف الاقتصادية العامة كما يقضي بذلك الفصل السادس. ولعل في هذا كله ما يوحي بأن المشرع المغربي قد أخذ في تنظييم لعقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني بنظرية الظروف الطارئة و لوبشكل مقيّد .

ثـ - المرسوم بقانون الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1980 والقاضي بالتخفيف من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض المكثرين :

280 - لقد أصبح القاضي بمقتضى هذا المرسوم بقانون يلعب دورا مباشرا في تعديل العقد بانقاص الثلث من وجية الكراء لكل مكثر يثبت أن مجموع مداخيله الشهرية الصافية لا تتجاوز 1500 درهما (الفقرة الاولى من الفصل الاول)، وذلك بجميع وسائل الاثبات القانونية (الفصل 3) .

غير أن القاضي لا يضطلع بدوره المباشر في تعديل العقد عند نشوء الخلاف بين المتعاقدين حول تخفيف الثلث من وجية الكراء إلا بعد عرضه هذا النزاع

أمام لجنة التوفيق الادارية المحلية (42) و قيام المتعاقدين برفع الحل الذي
تقترحه عليهما هذه اللجنة (الفصل 5) . ومع ذلك اذا حصل أن ثار النزاع حول
مراجعة وجية الكراء أو تحديدهما بمفهوم القانون رقم 79 - 6 المنظم للعلاقات
التعاقدية بين المكري و المكري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ،
و رفع الى المحكمة المختصة ، فان هذه الأخيرة تستطيع تعديل العقد بمراجعته مع
مراعاة تخفيض الثلث من مجموع المداخل الصافية للمكري (الفصل 6 من المرسوم
بقانون) .

والذي ينبغي الاشارة اليه في الأخير أن السماح للقاضي بتعديل
العقد اما عن طريق المراجعة أو عن طريق تخفيض الثلث من وجية الكراء لا شك
أنه أمر استدعته تسيير الظروف الاقتصادية التي أثرت بصفة سلبية على القوة
الشرائية لمداخل المواطنين . و تسيير الظروف الاقتصادية بعد إبرام العقد ان لم
يكن المشرع المغربي قد أخذ به إلا استثناء ، فان بعض القوانين المدنية الأجنبية
قد كرسته كمبدأ عام في المار ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة .

(42) ان لجنة التوفيق الادارية المحلية منظمة بمرسوم رقم 559 - 80 - 2 الصادر
بتاريخ 8 أكتوبر 1980 والمتعلق بتطبيق المرسوم - القانون القاضي بالتخفيض من
مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لنائدة بعض فئات المكثريين . كما تجدر الاشارة
الى أن القاضي المختص بالنظر في تخفيض وجية الكراء ليس هو القاضي المحكمة
الابتدائية بل هو كما يقضي بذلك الفصل 5 من المرسوم بقانون ، حاكم الجماعة
أو المقاطعة .

§ - المبدأ الثاني - §

اضطرار القاضي بدور مباشر في تعديل العقود ولذا
لنظرية الظروف الطارئة. (43)

281 - ان الاتجاه التقليدي لنظرية سلطان الارادة يمنع القاضي من القيام بأي دور مباشر في تعديل العقد على نحو تسيير الظروف الاقتصادية بدعوى أن اجراء أي تعديل على نحو هذا التغيير من شأنه أن يهدد استقرار المعاملات و الرابطة التعاقدية التي تكسبها القوة الملزمة للعقد .

و في المغرب ، اذا ما أردنا أن نلخص موقف ق.ل.ع.م. من تسيير الظروف أمكن القول بأن هذا الموقف يمثل في عدم السماح للقاضي بأن يأخذ بعين الاعتبار عنصر الزمان و الظروف قصد تعديل اتفاقات الأطراف . وهذا ما يتضح لنا جليا من مقتضيات الفصل 230 الذي يجعل من العقد قانون عقدي . كما يتضح أيضا من التعديل الذي اقترح أحد النواب من فريق الأحرار اجراءه على الفصل 230 حتى يشمل نظرية الظروف الطارئة و لكنه قبول بالرفض استنادا الى أن المشرع المغربي " قد فسخ المجال للأطراف للنس في عقودهم على امكانية تعديلها باتفاقهم ، كما أنه يتدخل في بعض الظروف أو في ميادين خاصة و يبيح مراجعة القضاء بناء على طلب أحد الأطراف ، كما أنها قد تؤدي الى اضطرابات اقتصادية خطيرة خاصة ابان الازمات أو عدم الاستقرار النقدي فزيادة على أنها تثير بعض المشاكل حين تاتيها لأنه سيكون على القاضي أن يلجأ الى معايير خاصة بكل واقعة تعرض عليه " (44) .

282 - واحتراما لروح المشرع فان الاجتهاد القضائي المغربي لا يبدو أقل عناية لتعديل العقد بسبب تسيير الظروف الاقتصادية من ق.ل.ع. ولا نرى أن نستدل على مدى تشبته بالقوة الملزمة للعقد وعدائه لنظرية الظروف الطارئة إلا بالقرار الصادر عن محكمة النقض في غرفتها المدنية بتاريخ 4 نوفمبر 1957 حيث جاء فيه ما يلي :

(43) لا نرى معالجة نظرية الظروف الطارئة إلا من زاوية الدور المباشر الذي تخوله للقاضي في تعديل العقد قصد ملاءمته مع الظروف الاقتصادية المستجدة .
(44) ارسالية الكتابة العامة للحكومة الى السيد الوزير الأول تحت عدد 00078 بتاريخ 10 أبريل 1978 بشأن الاقتراح القانوني الرامي الى تعديل الفصل 230 من ق.ل.ع. : عن الأستاذة فائزة بلعسري في مقال لها حول نظرية الظروف الطارئة و مدى امكانية تطبيقها في ظل القانون المغربي . نشر بمجلة الملحق القضائي السنة الثالثة العدد الثالث 1980 ص 97 .

"... بمقتضى الفصل 230 من ظ.ج.ع فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال خرق القوة الملزمة للعقد بدعوى أن الالتزامات الناتجة عنها قد أصبحت أكثر ارباقا لأحد الأطراف .

وعليه فالمعني الذي تعهد بالبيع مقابل الثمن المتفق عليه ، لا يستأيد أن يمتنع عن التنفيذ بحجة أن تنفيذ البيع مقابل هذا الثمن من شأنه أن يلحق به غبنا فاحشا بسبب عدم التكافؤ بين الاداءات الناتج عن التلبيات الاقتصادية التي طرأت بعد إبرام العقد . " (45)

283- و يتشبه الاجتهاد القضائي المغربي بهذا الموقف فإنه يكون قد سائر موقف الاجتهاد القضائي المدني الفرنسي الذي أبان عن رفضه لتبني نظرية الظروف الدائرة منذ صدور القرار المشهور لمحكمة النقض - الغرفة المدنية - بتاريخ 6 مارس 1876 في قضية قناة كرابون (Canal Craponne) و ظل مناصرا لموقفه اما تمسكا بالشوة الملزمة للعقد (قرار 8 غشت 1900) أو لكون الارفاق ليس هو الاستحالة (قرار 4 غشت 1915) . لا بل الأكثر من هذا ، فإن الاجتهاد القضائي لم يتراجع عن موقفه المبدئي حتى بعد حدوث التلبيات الاقتصادية التي كانت من مخلفات الحرب العالمية الاولى (القرار المشهور لمحكمة النقض - الغرفة المدنية - في قضية عقد ايجار المواشي (cheptel) الصادر بتاريخ 6 يونيو 1921) (46) .

284- و نحن اذا سلمنا بكون نظرية الظروف الدائرة تعترف للقاضي بدور مباشر في تعديل العقود عن طريق المراجعة كما يذهب الى ذلك كثير من فئها القانون (47) ، أو كنا نريد أن ندفع بالقاضي المغربي الى الأخذ بالوسيلة التي تمكنه من القيام بالدور المنوط به أو الذي ينبغي أن يناط به باعتبار أن هذا الدور يؤدي الى تكريس الاستقرار الحقيقي لا الظاهري و الشكلي للرابطة التعاقدية (48)

- (45) مجلة المحاكم المغربية (G.T.M.) : 10 نوفمبر 1957 ص 123 . أنظر أيضا في هذا المعنى المحكم المدني للمجلس الأعلى عدد 384 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1961 المنشور بمجلة الأعلى في المواد المدنية الطبعة المغربية ص 136 وما بعدها .
- (46) ألفريد ريبك : المرجع السابق ص 536 . - ج . ريبك القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ص 145 و 149 و 150 . - ألفريد ريبك : القوة الملزمة للاتفاقات : جيري كلاسور المدني : الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي ص 12 . - تيري وفيل : المرجع السابق ص 409 وما بعدها . - بوريس ستارك : المرجع السابق ص 567 وما بعدها .
- (47) حوسران : زلّة عامة حول التيارات الحالية لنظرية العقود : ص 25 .
- (48) ج . ب . ديلمان سانت هيلير : ملاءمة العقد مع الظروف الاقتصادية ص 190 .

و يتلاءم مع ما تفرمه المبادئ الأخلاقية (49) بل و يقيد حتى الميدان الاقتصادي (50) ، ووجب علينا البحث عن الاساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة ان كما يقول الفقيه ريسير " لا يمكن أن نطلب من القضاء القيام بفسخ العقد أو مراجعته لكون تنفيذ الالتزام أصبح مرهقا للمدين بسبب الحوادث الطارئة بعد إبرام العقد دون الارتكاز على نص قانوني يبرر خرق القوة الملزمة للعقد " (51) .

و في إطار البحث عن هذا الاساس القانوني نشير الى أن الفقه الفرنسي الذي انبرى لتأييد نظرية الظروف الطارئة قام بإيجاد سند لهذه الأخيرة اما في نصوص القانون المدني أو في المبادئ العامة للقانون المدني .

— أولا : استناد الاساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة الى نصوص

القانون المدني :

لقد حاول بعض الفقهاء تأسيس الدور المباشر للقاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة على مبدأ عام وقع استخلاصه من بعض نصوص القانون المدني الفرنسي التي رأوا فيها تاييها من تايينات فكرة الظروف الطارئة .

285 — فمن بين ما أثير أول الامر من النصوص تلك المتعلقة بالرجوع في الهبة اما لعدم تنفيذ الموهوب له للالتزامات أو التكاليف التي فرضتها عليه الهبة (inexécution des charges) ، أو لاجحود الموهوب له لجميل الواهب (ingratitude du donataire) ، أو لكون الواهب قد رزق ولدا أو عقبا بعد صدور الهبة (survenance d'enfants) (الفصول 953 و 955 و 960 من القانون المدني الفرنسي) .

هذه
فالفقهاء المتمسكون بهذه النصوص ذهبوا الى كون^{هذه} الأخيرة تركز على فكرة الظروف الطارئة ان من المحتمل أن الواهب لم يكن لينفذ نيته التبرعية بإبرام عقد الهبة لو أنه توقع هذه الحوادث الطارئة . ولهذا السبب سمح المشرع للواهب بالرجوع في الهبة .

الا أن محاولة تقريب الرجوع في الهبة بنظرية الظروف الطارئة لم يكتب لها النجاح لما يابح هذا التقريب من التمتع المبالغ فيه ، ان الرجوع في الهبة لعدم تنفيذ التكاليف أو الالتزامات الناتجة عن الهبة لا يعتبر إلا تطبيقا من تطبيقات

(49) ح . ريسير : القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ص 153 و 156 و 157 .

(50) ج . ب . ديلماس سانت بيلير : المرجع السابق ص 191 .

(51) ح . ريسير : المرجع السابق ص 153 .

الفسخ بسبب عدم التنقيذ في العقود التبادلية . و الرجوع في الهبة لبحود الموهوب له يفسر بفكرة المتنوية الخاصة (*peine peivée*) . أما الرجوع في الهبة لمجيء طفل بعد ابرام الهبة فلا يمكن تشبيهاه بنظرية الظروف الدائرة بالرغم من أنه بالامكان تبريره بعدم توقع الواهب عند ابرام الهبة لحدث ازد ياد الطفل وذلك لأن مجيء الطفل يعتبر سببا قانونيا يؤدي تحققه الي انفساح الهبة من تلقاء نفسها بينما مراجعة العقد للظروف الدائرة لا يتم الا بحكم القاضي و بناء على طلب أحد المتعاقدين (52) .

286 - و لقد وقع التمسك أيضا بالفصل 1889 المتعلق بعارية الاستعمال والذي يسمح للمعير بطلب استرداد الشيء المعار ولو قبل حلول أجل المتفن عليه اذا كانت له حاجة عاجلة وغير متنوعة : الا أن الأستاذين تيب و فيل يلاحظان بأن هذا الفصل كغيره من الفصول المنار اليها سابقا لا يمكن تعميمه لكونه من جهة يتعلق بعقد معين ومن جهة أخرى يجد تبريره في الطابع المجاني لهذا العقد (53) .

287 - و لقد أشير أيضا الفصل 1244 المتعلق بالسماح للقاضي بتحويل أجل الميسرة للمدين . الا أن نظارة الميسرة كما يلاحظ كل من تيب و فيل تمنح بغض النظر عما اذا كانت الوضعية العسكرية التي يعيش فيها المدين قد نتجت عن الحوادث غير المتنوعة أم لا (54) لذلك جاءت محاولة تأسيس نظرية الظروف الدائرة على الفصل 1244 مدني فرنسي بالفشل .

288 - كما حاول الفقه أيضا اثاره الفصل 1150 المتعلق بتقدير التعويض عن الضرر في ميدان المسؤولية العقدية و ذلك لجعله أساسا لمراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة : فإذا كان المدين لا يلتزم الا بأداء التعويض الذي توقعه أو كان عليه أن يتوقعه عند ابرام العقد ، فهذا معناه أن القانون المدني يأخذ بعين الاعتبار الظروف الدائرة قصد تقييد نطاق مسؤولية المدين . الا أن محاولة تأسيس نظرية الظروف الدائرة على الفصل 1150 لم يكتب لها النجاح أيضا وذلك لأن هذا الفصل لا يتعلق بموضوعه الا بتقدير حجم

(52) الفريد ريبك : القوة الملزمة للاتفاقات : جريس كلاسور المدني : الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي . 10 فقرة 31 .
(53) تيب - فيل : المرجع السابق ص 407 .
(54) تيب - فيل : المرجع السابق ص 407 .

التعويض الذي يلتزم المدين الممتنع عن التنفيذ بأدائه وبينما الأمر في نظرية الظروف الطارئة يتعلق بمعرفة ما اذا كان المدين يسأل ان شولم يتم بتنفيذ التزامه بسبب تفسير الظروف (55) .

و يلاحظ أن الفقه عندما وجد صعوبة في البحث عن النص القانوني الصريح الذي من شأنه أن تتأسس عليه نظرية الظروف الطارئة دون أن يتعرض لهذا التأسيس للنقد ، واتجه صوب المبادئ العامة للقانون .

— ثانياً : استناد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة الى المبادئ

العامة للقانون :

289 — لما كان تأثير نظرية سلطان الارادة هو الذي فرغ فكرة واصطلاح الظروف الطارئة (56) ، فان أول ما وقع التفكير فيه كأساس لنظرية الظروف الطارئة هو الانطلاق من العقد ذاته للبحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدين عن طريق التأويل (57) . بمعنى أن بعض أنصار نظرية الظروف الطارئة بعدما استرشدوا بالحلول المتناثرة التي ~~هه~~ بها القانون المدني الروماني بعض العقود و التي وقع تعميمها في القانون الكندي لتشمل جميع العقود ، أقروا الفكرة التي مفادها أن تأويلاً سليماً للنية المشتركة للمتعاقدين من شأنه أن يؤدي الى السماح بمراجعة العقد عندما تتغير الظروف الاقتصادية التي أبرم فيها . و يرى هؤلاء الفقهاء بأن المتعاقدين قد لا يجهلون كون بعض التقلبات ستأثراً بعد إبرام العقد ومع ذلك فانهم لا يستطيعون توقع تغير شامل للظروف الاقتصادية اللاحقة . إذ لو أن توقعوا مثل هذا التغير ~~شامل~~ لما أقدموا على إبرام العقد أو على الأقل لأقدموا على إبرامه و لكن وفقاً لشروط منافية . و من هنا كان من الطبيعي أن يفترض في العقد شرط ضمني هو شرط بقاء الظروف على حالها (Ribus sic stantibus) بموجبيه لا ينفذ العقد إلا اذا بقيت الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها العقد على حالها و لم تتغير تغيراً جوهرياً (58) .

(55) تيبّي — فيل : المرجع السابق ص 408 . — ألفريد ريبك : المرجع السابق فقرة 32 ص 10 .

(56) ج . ريبير : المرجع السابق : فقرة 84 ص 151 .

(57) تيبّي — فيل : المرجع السابق ص 407 . — بوريس ستارك : القانون المدني : الالتزامات طبعة 1972 ص 567 فقرة 1916 . — ج . كوتيرييه : المرجع السابق ص 106 .

(58) ج . ب. سانت هيلير : المثال السابق ص 201 . — ج . ريبير : المرجع السابق فقرة 82 ص 104 . — ألفريد ريبك : أطروحته المشار إليها في السابق ص 534 .

و هكذا يبدو أن هؤلاء الفقهاء حاولوا ايجاد أساس قانوني لنظرية الظروف الطارئة و لو بصفة غير مباشرة في الفصل 1156 من القانون المدني الفرنسي الذي يلزم القاضي عند تأويل العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وهذا معناه أن دور القاضي في تعديل العقد عن طريق مراجعته أصبح يدخل ضمن تطبيقات مبدأ القوة الملزمة للعقد و ليس بخرقه وبالتالي فهو يكرس نظرية سلطان الارادة و لا يقديسها (59) .

و اذا كان تأسيس نظرية الظروف الطارئة على الارادة المشتركة للمتعاقدين يبدو في الظاهر منفرجا و مقبولا، فانه مع ذلك لم يصمد أمام الانتقادات التي وجهت اليه من طرف خصوم النظرية الذين يرون بأنه من التعسف قبول ما مفاده أن النية المشتركة للمتعاقدين التي يتقيد القاضي باستخلاصها تتمثل في اغماقة شرط بقاء الظروف على حالها الى العقد . فمضالاح المتعاقدين غالبا ما تكون متعارضة و متناقضة في كثير من العقود بحيث اذا كان أحد المتعاقدين يخشى تغير الظروف الاقتصادية بعد ابرام العقد فان المتعاقد الآخر في نفس العقد يتعنى لو أن هذا التغير سيحصل بصفة شاملة و جوهرية حتى يتمكن من الاستفادة أكثر من الفرض المتوخى من العقد (60) . ثم ان السماح بمراجعة العقد كلما تبين أن ظروفا اقتصادية لم يقع توقعه عند ابرام العقد من شأنه أن يخلق اضطرابا عميقا في العلاقات التعاقدية و بالتالي سيتزعزع استقرار المعاملات (61)، لا بل الأكثر من هذا فان المراجعة من شأنها أن تجرد العقد في أهم دور منوط به ألا وهو حماية الدائن ما هو غير متوقع (62) .

290 - ولقد اضطرت بعض أنصار نظرية الظروف الطارئة تحت تأثير هذه الانتقادات الى البحث عن أساس آخر لنظرية فادعوا اكتشافه في العدل التعاقدية الذي يقتضي بوجوب الحفاظ على نوع معين من التكافؤ بين أدايات المتعاقدين . وفي هذا الصدد يرى هؤلاء الانصار بأن نظرية السبب التي تضمن التكافؤ بين الاداءات لا ينقضي دورها عند الانتهاء من ابرام العقد بل يمتد أيضا ليمسك على تنفيذه . لذلك فتمنى وصل التزام المدينين ← إلى حد الارفاق أصبح لا يستند الى أي سبب أو على الأقل لا يستند الى سبب كامل وبالتالي وجب تمكين القاضي من فسخ العقد

(59) الفريد ريبك : المقال السابق فقرة 33 ص 11 . - ج . ب . د . سانت ميلير : المقال

السابق ص 200 فقرة 16 و ص 201 فقرة 17 .

(60) بوريس ستارك : المرجع السابق ص 568 فقرة 1919 . - ج . ب . د . سانت ميلير : المقال

السابق ص 201 . - الفريد ريبك : أطروحته السابقة : فقرة 526 ص 534 و 535 . - تييري - فيل : المرجع السابق ص 407 . (أنظر التتمة في الصفحة الموالية) -

أو على الأقل مراجعته حتى يتشيف مع مستجد من الظروف الانتصادية (63) .
 ألا أن هذه الأطروحة تتناقض من جهة مع الهدف الذي رام إليه المشرع
 الفرنسي و المتمثل في تفضيل استقرار المعاملات عن العدل التعاقدى لذلك لم
 يجعل الضمن سبباً للإبطال إلا استثناءً ، ومن جهة أخرى فإن "نظرية السبب" لا
 تشترط وجود التعادل الاقتصادي و لاستمراره إذا وجد و إلا لكان الضمن سبباً
 في بطلان العقود . " (64) (65) .

291 — بالإضافة الى الأطروحات السابقة و التي تم تنفيذها من طرف خصوم نظرية
 الظروف الطارئة فإن البعض من أنصار النظرية رأوا إيجاد الأساس القانوني للنظرية
 في المبدأ القاضى بوجوب تنفيذ العقود بحسن نية و الذي تكرسه الفقرة الثالثة
 من الفصل 1134 من القانون المدنى الفرنسي (66) : فالدائن الذي يطالب

(61) ألفريد ريبك : المقال السابق ص 11 فقرة 34 .

(62) ج . ريبير : المرجع السابق ص 151 فقرة 4 .

(63) ألفريد ريبك : المقال السابق ص 11 فقرة 35 . — أنظر كذلك أطروحته المشار
 إليها في السابق ص 535 . — ج . ريبير : المرجع السابق فقرة 83 ص 149 . ستيري وفيل :
 المرجع السابق ص 308 .

(64) ع.أ. السنهوري : نظرية العقد فقرة 868 ص 973 . وكذلك الجزء الأول من الوسيط
 لنفس المؤلف فقرة 417 ص 709 . — أنظر في هذا المعنى أيضاً : ج . ريبير : المرجع السابق
 فقرة 85 ص 151 و 152 .

(65) دائماً في إطار البحث عن الأساس القانوني قيل بأن نظرية الظروف الطارئة ترتد الى مبدأ
 الإثراء بلا سبب أو التعسف في استعمال الحق . إلا أن خصوم النظرية يردون بأن الدائن عندما
 تتغير الظروف لا يشي بلا سبب طالما أن الإثراء يجد أساسه في العقد . كما يردون بأن الدائن
 الذي يطالب بتنفيذ العقد لا يتعسف في هذه المطالبة طالما أنه يمارس حقه بصفة مشروعة و غير
 خارجة عن الهدف المتوخى من العقد . و الجدير بالإنارة الى أن الفقيه ج . ريبير يجعل أساس
 النظرية في الإثراء غير العادل للدائن دون أن يعطي لهذا الإثراء المعنى الذي يفهم به في
 نظرية الإثراء بلا سبب ، المرجع السابق فقرة 86 ص 153 .

و بالإضافة الى ما سبق فإن بعض الفقهاء حاول تشبيه نظرية الظروف الطارئة بالقوة القاهرة
 و طالب بإعمال الفصل 1148 من القانون المدنى الفرنسي من أجل إعفاء المدين من تنفيذ التزامه
 عندما تطرأ بعد إبرام العقد ظروف اقتصادية لم يكن من السهل توقعها . ولكن خصوم النظرية يردون
 بأن التمييز بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة واضح أشد الوضح إذ بينما تجعل نظرية
 الظروف الطارئة أمام ارهاق في التنفيذ ، فإن القوة القاهرة تجعلنا أمام استحالة مطلقة في التنفيذ
 (بوريس ستارك : المرجع السابق ص 568 فقرة 1919) . ثم إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على اعتبار
 شخصي يتمثل في مراعاة المركز الشخصي للمتعاقدين بينما تقوم القوة القاهرة على اعتبار موضوعي لا
 علاقة له بشخص المتعاقدين ، يرجع الى السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً ؛
 (ألفريد ريبك : المقال السابق ص 11 فقرة 37) .

(66) يعتبر ألفريد ريبك من أكثر المناصرين لمبدأ حسن النية في التنفيذ كأساس لنظرية الظروف
 الطارئة و يتعجب في أطروحته المشار إليها في السابق من كون الفقرة الثالثة من الفصل 1134
 مدنى فرنسي لم تشرط اهتمام الفقه الفرنسي : ص 535 .

مدينه بتنفيذ العقد في الوثق الذي يصبح فيه التزام هذا الأخير مرتقا للتأثير غير المتوقع للظروف الاقتصادية التي ابرم فيها العقد لا يكون حسن النية .

الآن خصوم النظرية رأوا في هذا البعد الذي أعطي لمفهوم حسن النية نبرسا من التحريف والتسويه لمضمون الفقرة الثالثة من الفصل 1134 مدني فرنسي الذي يتمثل في الحقيقة بحسب زعمهم ، في وجوب تنفيذ العقد ونقا لما ونع الاتفاق عليه عند ابرامه و ليس وقتا لما أصبح عليه الامر بعد تحير الظروف الاقتصادية .

292 - و يلاحظ أن أنصار مبدأ حسن النية ظلوا متفكرين بموقفهم بالرغم من انتقادات الخصوم لأن هذا المبدأ في نظرم هو الذي يسمح للقاضي بمراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة في بعض الدول الأجنبية التي لم تعترف قوانينها المدنية بالنظرية صراحة كالتانون المدني الألماني (67) .

— ثالثا : ما هو الأساس الذي يمكن ^{من} التقيد اليه نظرية الظروف الطارئة في

ظل القانون المغربي ؟

293 — ونحن في المغرب ما هو الأساس القانوني الذي نرى اسناد نظرية الظروف

الطارئة اليه ؟

قبل الاجابة عن هذا السؤال نشير الى أن تنفيذ العقد بالشكل المتفق

عليه دون الأخذ بعين الاعتبار مدى ملائمة التنفيذ للتأثير الجوهري للظروف الاقتصادية

إذا كان قد أدى في فرنسا على الخصوص الى تحقيق نتائج مأساوية وجد خطيرة

خلال القرن 19 و أوائل القرن 20 لذلك تكاثرت أصوات الفقهاء من أجل السماح

للقاضي بمراجعة العقد عن طريق تكريس نظرية الظروف الطارئة ، فاننا لا نتفق حاليا

مع من يذهب الى أن " نارية الظروف الطارئة تفرغ نفسها في الوقت الحاضر

و الاخذ بها يعتبر ضرورة ملحة لمواجهة الصعوبات والأزمات التي تعترض مجتمعا

الحالي باستهوار " (68) وذلك من جهة لأن الدور الذي أصبحت تنطلق به الدولة

المترسة لنظرية سلطان الارادة في ميدان العقود يجعلها قادرة على التدخل للتخفيف

عن حلاقة النوة الملزمة لنوع معين من العقود بتكئين القاضي من تعديلها و مراجعتها

كلما لاحظت أن التمسك بالموتف الصلب للقوة الملزمة للعقد من شأنه أن يؤدي الى

(67) ألفريد ريبك : المال السابق ص 12 فقرة 38 . — وكذلك ألهروحة السابقة فقرة 533

ص 541 و ما بعدها .

(68) الأستاذة فائزة بلعسري في مقالها المنشور بمجلة الملحق الثاني : السنة الثالثة،

العدد الثالث 1980 حول نارية الظروف الطارئة ومدى امكانية تأييدها في ظل القانون

المغربي ص 101 .

اثارة و تعميق الازمات الاقتصادية و الاجتماعية التي قد تسبب في اعدار نظرية سدادان اذ الارادة التي تجدد الدولة نفسها مشروعيتها فيها .

و لا أدل على ذلك من النوانين التي صدرت مؤخرا في ميدان أثرية الأماكن المعدلة للسكنى أو للاستعمال المهني والتي خولت صراحة دورا مباشرا للقاضي في تعديل العقد عن طريق مراجعته للظروف الدائرة . ومن جهة أخرى فان الخواص أنفسهم عندما يعمدون الى ابرام عقد يمتد تنفيذه في الزمان فانهم غالبا ما يوردون شروطا صريحة تأخذ بعين الاعتبار تكيف التنفيذ مع تغير الظروف الاقتصادية و يقصدون بها الى الحفاظ على الاستقرار الحقيقي للرابطة التعاقدية .

294 - اذا ثبت هذا رجعنا الى الاجابة عن سؤالنا السابق لنقول بأن الكثير من المهتمين بالقانون المغربي يناصرون نظرية الظروف الطارئة و يتمنون أن يتدخل المشرع المغربي لاقرارها ولا أدل على ذلك من الاقتراح القانوني الذي قدم من طرف أحد النواب الى البرلمان المغربي بشأن تعديل الفصل 230 من ق.د.ع.م .
و في هذا السياق ذهب الأستاذ خالد عيد الذي يجعل مبدأ العدل المطلق أساسا للنظرية و يقترح اضافة فترة ثانية الى الفصل 230 من ق.د.ع.م .
على الشكل الآتي : " . . . (ب) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن بإمكان المتعاقدين توقعها عند ابرام العقد و بحيث يصبح تنفيذ الالتزام بسببها يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة جاز للمحكمة عهده و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرجح الى الحد المعقول أو أن تقضي بفسخ العقد ما لم يأت الدائن هذا الفسخ بعرضه تعديلا لشروط العقد يتفق مع مبدأ العدالة .
و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . " (69)

(69) خالد عبد الله عيد : تأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود : بحث مطبوع ساهم به المؤلف في ندوة " ربع قرن من القانون المغربي " التي نظمتها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط أيام 15 - 16 - 17 ماي 1981 : ص 9 . - أنظر أيضا لنفس المؤلف : أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي : نظرية العقد و تطبيقاتها على عقدي البيع والايجار : دراسة مقارنة مع الفقه القانوني الحديث : السنة الجامعية 1977 - 1978 : ص 253 الهامس رقم 28 الممتد الى ص 254 . - و يلاحظ أن اقتراح الأستاذ خالد عيد اذا كان يتفق في عمقه مع الاقتراح الذي قدمه الأستاذ ج . ربيير الذي يجعل أساس نظرية الظروف الطارئة في الاثر غير السادل الذي ينافي بمبادئ الأخلاق (المرجع السابق ص 156) فان صياغته جاءت متوافقة بين مقتضيات كل من الفصل 147 / مدني مصري أو 2 / 148 مدني سوي ومقتضيات الفصل 1467 مدني ايطالي .

295 - ونحن وان كنا لا نؤمن بالتعديلات الجزئية لق.د.ع.م. التي لا تهدف في الحقيقة خارج إعادة النظر في الأساس الدائم الذي يهيمن عليه، إلا إلى تكريس نظرية سدادان الإرادة في آخر المطاف وبالتالي إلى تعميق الهوية بين واقع النانون وواقع المجتمع، فأننا مع ذلك لا نرى ما يمنع القاضي المغربي من التدخل في العقد من أجل مراجعته للظروف الطارئة دون انتظار ترخيص المشرع له سراحة بذلك على أساس أن دور القاضي في التمديل يجد سنده في حسن النية الذي يكرس الفصل 231 من ق.د.ع.م. وجوب توافره في تنفيذ العقد .

و جعل حسن النية أساسا قانونيا ترتكز عليه نظرية الظروف الطارئة لا يتناقض مع مبدأ العدالة الذي اتخذ منه الأستاذ ن. خالد عبد الله عيد سندا للنظرية طالما أن حسن النية كما يرى ذلك الأستاذ الفريد ريبب (70) يشكل وسيلة من وسائل العدل التعاقد ، وبعبارة أخرى طالما أنه يشكل جزءا من الكل . وإذا كنا قد آثرنا تفصيل الجزء على الكل فلأن هذا الجزء قد ورد بشأنه نص صريح "و الفصل 231 من ق.د.ع.م. يستطيع القاضي المغربي - بالرغم من منهجية الشرح على الامتون التي تطفئ على تحليلاته ومواقفه - أن يجد فيه ما يسمح له بمراجعة العقد وغنا لما تقتضيه مبادئ حسن النية .

و درأ للاعتراض الذي قد نواجه به كما ووجه به الذين استندوا اليه من قبلنا في فرنسا ، نرى بأن حسن النية كان يعني وجوب تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه لأن الظروف الاقتصادية في القرن 19 و بداية القرن 20 كان يطبعها الاستقرار على الأقل في الظاهر، أما التنير فلم يكن يطرأ عليها إلا استثناء . أما في الوقت الحاضر فان التنير أصبح هو المبدأ العام والاستقرار هو الاستثناء النادر . وعليه اذا ما سلمنا بحقيقة الواقع الذي أصبحت تعرفه الظروف الاقتصادية فانه يكون من العبث التمسك بعدم تكييف حسن النية مع الوضع الذي أصبحت تعرفه الظروف الاقتصادية في الوقت الذي اضطرت فيه نظرية سدادان الإرادة نفسها إلى التكيف مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعصر حتى تضمن بقاها واستمرارها . ٧٠ .

(70) ألفريد ريبب : أطروحاته المشار إليها في السابق ر 542 .

- المبحث الثاني -
=====

296 - يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في فرنسا من أهم المسائل التي حثت بالقدح المعلن من الدراسات والبحوث سواء فيما يتعلق بميلاده وتأثيره، أو فيما يخص مدى تأثيره على العقد و التمديلات التي تثاراً عليه، أو فيما يرجع إلى انتقاده وتقييمه (1). أما في المغرب فإن مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص الداخلي وبالدرجة الأولى في ق.ل.ع.م. لم تمتد إليه يد البحث عند الدارسين للقانون المغربي إلا على سبيل الإشارة (2) أو بصفة غير عميقة في صفحات مجموعات (3).

و إذا كنا لم نحاول بحث مبدأ سلطان الإرادة في مذكرتنا هذه إلا من زاوية أسسه ومآثره في العقد، فإن هذه المحاولة قد نستخلص منها بداية اجابة - حتى وإن كانت ناقصة لما قد يشوب البحث من عيوب و ثغرات - لمجموعة من التساؤلات التي تزد على ألسنة بعض الأساتذة والفقهاء المغاربة والتي بلورتها بصفة جلية ندوة "ربع قرن من القانون المغربي" التي انعقدت بالرباط أيام 15 - 16 - 17 ماي 1981 أهمها ما يلي :

- ما هي أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي ؟
- هل يأخذ ق.ل.ع.م. بالاتجاه الموضوعي أم بالاتجاه الشخصي ؟
- مدى تمارس مدونة الأحوال الشخصية مع ق.ل.ع.م. في ميدان الأهلية وكيف يمكن تفسير هذا التمازج ؟
- مدى مساهمة ق.ل.ع.م. لواقع المغربي ؟

- دور القاضي في خلق القواعد القانونية المتأمة للعقد عن طريق تعديل العقود ؟

(1) أنظر على سبيل المثال : عيمانويل كوتو : في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، باريس 1912 - أحمد مامر : في سلطان الإرادة الفردية بالنسبة إلى التمديلات التي تثاراً على العقود، مونيليه 1913 . - ر. تيزون : مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم، باريس 1931 . - أ. بارير : تطور أزمة العقد : دراسة تركيبية ونقدية، بوردو 1937 . - ج. روييت : مساهمة في دراسة نقدية لفكرة العقد، باريس 1965 . - فيرونيك رانوي : سلطان الإرادة : ميلاد وتطور مفهوم، باريس 77-78 .

(2) أنظر على سبيل المثال : مأمون الكزبري : تثارية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1972 ص 246 .

(3) أنظر على سبيل المثال : هشام فرعون : التآدية المتأمة في الالتزام في التشريع المغربي الطبعة الثانية، فاس 1980 من ص 50 إلى 56، والطبعة الثالثة 1981 من ص 50 إلى 56

297 - فلقد مررنا عند معالجة أسس مبدأ سلطان الإرادة أن الأفكار الفلسفية التي نادى بها على وجه الخصوص كل من روسو و كانت و التي كانت ترمي إلى جعل الفرد بمثابة محور المجتمع وغايته (4) عندما تماهقت مع الأفكار الاقتصادية الفيزيوقراطية التي كانت تنادي بوجوب ترك الحرية للفرد في تحديد نشاطه الاقتصادي من أجل تشجيع روح المنافسة (5) وهي التي أدت إلى خلق المضمون القومي لمبدأ سلطان الإرادة حتى قبل ظهور إصلاحه الشائع .

و لقد أصبحت للإرادة الحرة و الواضحة بموجب هذا المبدأ "السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي ترتبها . إذ للإرادة الحرية الكاملة في أن تنشئ ما تريده من الالتزامات عند تكوين العقد ، لأن العقد هو وليد هذه الإرادة الحرة . و المتعاقدان يلتزمان بإرادتهما ، و يترتب على ذلك أن ليس من حق المشرع و لا القاضي ، أن يتدخل بين الإرادة و صاحبها إذا أراد صاحبها أن يلتزم ، فيضعها عليها من القيود و الشروط ما يؤدي إلى الانتقاص أو الحد منها" (6)

و هذا المفهوم الجديد الذي أعاد لدور الإرادة في خلق الروابط التعاقدية و تحديد آثارها هو الذي استقى منه الفقهاء المناهضون لقدسية الفرد أهم المسمات الأساسية التي يركز عليها مبدأ سلطان الإرادة و التي تتلخص في أنه لا يلزم أحد بغير إرادته ، وأن كل التزام حر يعتبر عادلاً و بالتالي فإنه لا أحد يستأج تعديل شروط أو آثار عقد إبرام على وجه صحيح دون الرضا الجماعي لكل المتعاقدين (7) .

و لما كان قانون الالتزامات و العقود التشريعي يتمحور بدوره على مبدأ سلطان الإرادة ، فإن البحث عن أسس هذا الأخير دفع بنا من جهة إلى التساؤل عن أصول قديمة . بوجه عام و من جهة أخرى إلى التساؤل عن الأصول الفقهيّة الأولى للفصل 230 الذي يحد فيه مبدأ سلطان الإرادة تجسيده الحي . إلا أن النتيجة التي توصلنا إليها في محاولة الإجابة عن التساؤل الأول بعد الأخذ بحسن الاعتبار متاعد الشريعة الاستعمارية لم تتمثل إلا في التشكيك في الأمر

(4) أنظر الفصل الأول من الباب الأول من القسم الأول .

(5) أنظر الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الأول .

(6) محمد كاظم الحائري : نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيدولوجية العربية الثورية ، منشورات وزارة الثقافة و الفنون - الجمهورية العراقية - سلسلة دراسات (137)

1978 ، ص 528 .

(7) أنظر الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأول .

الذي ذهب اليه كل من محري ق.ل.ع.م. وثلة من الفقهاء من بعدهم .
والذي مفاده أن ق.ل.ع.م. يجد أصوله في كل من القوانين المدنية الروسية
والشريعة الإسلامية، والميل الى اعتبار القانون المدني الفرنسي - مدونة نابوليون
والاجتماع القضائي الفرنسي لما قبل سنة 1912 - هو الأصل الوحيد أو على
الأقل الأصل الرئيسي لق.ل.ع.م. و ان موقفنا من هذه الأصول هو الذي حدا
بنا - انالاقا من العام الى الخاص - ، في محاولة الاجابة عن التساؤل الثاني ،
الى اعتبار الأفكار الفقهية لكل من روما وبوتيه هي وحدها الأصل الأول للأصل
230 من ق.ل.ع.م.

298 - وعندمما لحتنا لما امر سدا ان الارادة في العقد ، تبين لنا أن الرضا
هو الذي يستمد منه العقد قوته ليس فقط في مرحلة تكوينه بل أيضا في مرحلة
انتاج آثاره :

ففيما يتعلق بتكوين العقد ، مر بنا أن الرضا يشكل لحمة العقد و سدا ،
ان الرضا هو توافق الارادتين على احداث أثر قانوني . و يعد توافق الارادتين
العنصر الحاسم في عملية التعاقد باعتبار أن هذا التوافق هو العنصر الذي
يكون العقد و يخلق الثمن . لقوته الملزمة . كما أنه يشكل العنصر الوحيد الذي
يقوم القاضي بتفحصه في حالة النزاع في شأن قيام العقد وتمامه .

و من أهم خصائص الرضا الحرية و النضج ، لذلك ، جاءت نازية عيوب
الارادة لتحرس على حمايتهما وحمل العقد معييا عندما تتخلف احدى هاتين
الخاصيتين أو هما معا . و تمت نازية عيوب الرضا وليدة نازية سدا ان الارادة
التي تشكل في ناز انصار هذه النازية الأخيرة درعا واقيا ضد كل ما من شأنه
أن يمس بالحرية الفردية وسمانة متينة للمحافظات على المصالح الخاصة .

و اذا كان الرضا لا يمتد به إلا اذا كان حرا و كانت هذه الحرية
بدورها واضحة ، فان الوضع في الحرية لا يستقر إلا عند توافق كمال الادراك ،
و التمييز في الشخص ، لذلك ، لم يفلت ميدان الأهلية في ق.ل.ع.م. من قبضة
نازية سدا ان الارادة . غير أن هذه النازية لما كانت لا تهتم إلا بتداول الاموال
و تبادل الخدمات من جهة و تأمين و ضمان هذا التداول أو التبادل من
جهة أخرى ، فانها لم تهتم بدور التربية القانونية الذي تنال به القواعد المنظمة
للأهلية إلا في الجانب الذي له ارتباط وثيق بالشهرة .

و اذا ما تم تكوين العقد أصبحت له قوة ملزمة ليس فقط ازاء المتعاقدين

بل أيضا ازاء القاضي :

فالعقد يقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقيه ، لذلك ، يكون على المدين أن يوفي بما التزم به وفقا لما انصرفت اليه الارادة المشتركة للمتماقدين و ذلك في الوقت المحدد للوفاء بالالتزام و أحيانا عند انذاره من "سوف الدائن و إلا أثقلت المسؤولية العقديه كاهل المدين . و تقوم القوة الملزمة للعقد من الناحية المبدئية حاجزا في وجه امكانية قيام أحد المتماقدين بتعديل العقد أو إلغاؤه بإرادته المنفردة لأن المساس بشرعية العقد لا تحوز إلا عند قيام التوافق بين ارادتي المتماقدين على هذا التعديل أو الإلغاء .

و كذلك ، فإن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة الى القاضي ، لذلك لا يكون على هذا الأخير عندما يمرر نزاع تماقدي بين يديه إلا أن يقوم بتأبيق قانون العقد بعد عمله على تفسيره في ضوء ما انصرفت اليه النية المشتركة للمتماقدين . وليس له أن يعمد الى تعديل العقد و إلا تعرض حكمه للنقض لأن القوة الملزمة للعقد تأبى ذلك .

و لقد ساعدتنا الطريقة التي اتبعناها في إبراز ما امر سلطان الارادة في العقد - بدلا بمرحلة تكوينه و وصولا الى مرحلة انتاج آثاره - على محاولة كشف أي الاتجاهين الموضوعي و الشخصي تبناه ق.د.ع.م. في ميدان الالتزامات التي تجد مصدرها في العقد ، فتبين لنا أن الاتجاه الشخصي هو المهيمن ليس فقط على توافق الارادتين المعتبر بمثابة الممود الفقهي لمطية التعاقد و عيوب الرضا ، بل أيضا على القوة الملزمة للعقد و ما تفرغه هذه القوة من جهة على المتماقدين من الالتزام بتنفيذ العقد و عدم حواز إلغاء العقد و تحمل المسؤولية العقدية المترتبة عن الامتناع عن تنفيذ العقد بالانفاذ الى ما تقوم به هذه القوة الملزمة للعقد من جهة أخرى من توجيه لدور القاضي في تأويل العقد . أما الاتجاه الموضوعي فلا نتلمس أثره إلا استثناء و حيث يشكل نتيجة منطقية للأخذ بالاتجاه الشخصي نفسه .

و اذا كان الاتجاه الشخصي يجسد بذاتية سلطان الارادة في صورتها المألقة ، و كنا نحن قد بسطنا بذاتية الاتجاه الشخصي للعقد و ما يثار من التساؤلات حوله خاصة ما يتعلق منها بدور القاضي في تعديل العقد ، فإننا مع ذلك ، لم نقف عند هذا الحد و انما حاولنا القيام بقراءة جديدة لهذه الدائرة انالقا من مقارنتها مع واقع الأمور ، فتبين لنا أنه بالرغم من الادعاءات الواهية

لنظرية سلطان الإرادة فإن القاضي يقوم بتعديل العقد ليس فقط عندما ينطلع بدوره الإيجابي المباشر أما بموجب نص في القانون "نقطة الميسرة والمراجعة" أو وفقاً لما تقتضيه نظرية الظروف النائرة - ولو استثناء - وإنما أيضاً عندما يقوم بدوره الإيجابي غير المباشر (حالة تكلمة العقد - حالة انتقال العقد أو تحوله) . بل الأكبر من هذا فإن القاضي يساهم في خلق القواعد القانونية المنظمة للعقد حتى عندما يقوم بالتأويل وإن كان يختبئ وراء ما يسمى بالنية المشتركة للمتعاقدين مع أنه في الحقيقة يقوم بإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين .

كما أن التقيد بمعيار واقع الأمور ساعدنا في بحثنا على التوصل إلى الفكرة التي مؤداها أن المبدأ المهيمن على ق.د.ع.م. في ميدان العقد يتمثل في إعلاء الحرية للفرد في التعاقد أو الامتناع عنه . أما القيود التي يُلزم بها الالتزام بالتعاقد وتوسيع دائرة النظام العام و الأخذ بنظرية الظروف النائرة - ولو استثناء - في عقود كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني على سبيل المثال - والتي فرغتها العوامل الاقتصادية والاجتماعية المستجدة فإنها لا تربي في الحقيقة إلى إهدار أو التقليل بحدّة من فعالية نظرية سلطان الإرادة بقدر ما تروم إلى صيانة هذه الأخيرة بتكيفها وملاءمتها للتقلبات الاقتصادية وبالتالي "تمكين النظام الرأسمالي كما يقول محمد كمال كاظم العطار من المبقاء وامتصاص سخط الجماهير..." (3) .

299 - وإنطلاقاً من كل ما سبق فإن أهم نتيجة يمكن استخلاصها تتمثل في أن ق.د.ع.م. يدين بالتبعية للقانون المدني الفرنسي . وهذه التبعية هي التي تجعل من هذا القانون قانوناً لا يساير واقع المجتمع المغربي وتؤدي إلى الانحصار على توجيه الجهود القضائية والقضائية نحو العمل على تطبيقه بدلاً من العمل على إبراز معالم واقع القانون المغربي من أجل تيسيره .

و السؤال الذي يطرح نفسه في الأخير هو ما العمل لوضع حد لهذه التبعية

حتى يتمكن ق.د.ع.م. من مسايرة وملاءمة واقع المجتمع المغربي ؟
إن حل هذه الإشكاليات في نظرنا لا يكمن إلا في وضع قانون مدني مغربي جديد تراعي فيه خصوصيات الواقع الاجتماعي المغربي وطموحاته دون إغفال الجانب الذي يرتبط فيه مع خصوصيات الوطن العربي بصفة عامة والمغرب العربي بصفة خاصة

غير أن هذا العمل لا يمكن أن يتم إلا اذا سبقه تنافس جهود الفئمة
المخاربة أو المهتمين بالقانون المرسي من أجل الكشف من جهة على واقع القانون
و واقع المخربيين و من جهة أخرى من أجل تقديم الاقتراحات التي من شأنها أن
تشكل ورقة عمل يعد على ضوءها القانون المدني الجديد . و لكي يتيسر القيام بهذا
العمل ، فإننا لا نملك إلا أن نسم صوتنا الى أصوات الذين ينادون في المغرب
بإنشاء مركز للدراسات القانونية وذلك حتى تتمكن الأبحاث و الدراسات القانونية
من اكتساب بعدها العلمي من الناحيتين النظرية والتطبيقية بما يواكب التطور
العلمي ومتطلبات التطور الاقتصادي والاجتماعي في المغرب . / .



- قائمة المراجع -

(*) - أولاً : بالمعريبية :

I - المؤلفات العامة :

- مولاي ادريس العلي المبدلاني : المدخل لدراسة القانون : الجزء الأول : نظرية القانون ، الطبعة الثانية 1975 .
- نظرية الالتزامات في القانون المغربي : مطبوع أعد لطلبة السنة الأولى - دبلوم الدراسات العليا - فرع القانون الخاص السنة الجامعية 1976 - 1977 .
- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قول ع.م.م. : الجزء الأول : مصادر الالتزامات ، الطبعة الثانية 1972 .
- الجزء الثاني : أوصاف الالتزام وانتقاله و انقضاؤه ، الطبعة الأولى 1970 .
- هشام فـرعـون : النظرية العامة في الالتزام في التشريع المصري - فاس الطبعة الثانية 1980 ، والطبعة الثالثة 1981 .
- موسى غـود : دروس في القانون الاجتماعي ، الرباط طبعة 1973 .
- عبد النبي ميـكـو : المدخل لدراسة القانون طبعة 1971 .
- آمـال جـال : المدخل لدراسة القانون طبعة 1979 .
- محمد بن معجوز المزغرانسي : محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الدار البيضاء 1979 .
- عبود رشيد عبود : الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح مكتبة الرشاد ، الطبعة الأولى 1965 .
- فتح الله و لملـو : الاقتصاد السياسي : الجزء الأول : قدخل للدراسات الاقتصادية ، دار النشر المغربية 1971 .
- عبد الرزاق أحمد السندوي : الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام طبعة 1964 .
- نارية العبد : طبعة 1934 .
- مصادر التحق في الفقه الإسلامي : 6 أجزاء .
- دراسة مقارنة بالفقه المغربي ألقاها المؤلف على طلبة قسم الدراسات القانونية ، 1953 - 1954 .

- محمد حسني عباس : - العقد والارادة المنفردة ، القاهرة 1959
- سمير عبد السيد تناغو : - النظرية العامة للقانون ، سلسلة الكتب القانونية 1973 .
- زهدي يكن : - المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة : الطبعة الاولى بيروت .
- عبد الكريم زيدان : - التدخل لدراسة الشريعة الاسلامية والطبعة الخامسة منقحة ، بغداد 1976 .

II - المؤلفات الخاصة و الأطروحات والمحاضرات :

- مولاي ادريس المصاوي - نظرية الغبن بين القديم والحديث : محاضرات أقيمت على طلب السنة الاولى - دبلوم الدراسات العليا - فرع القانون الخاص ، الرباط السنة الجامعية 1976 - 1977 .
- وسائل الاثبات في التشريع المدني المغربي - أنواع العامة لوسائل الاثبات : الكتاب ، الشهادة ، القرائن ، الاقرار ، اليمين ، مطبعة فضالة المحمدية ، الدار البيضاء الاولى 1977 .
- عقود الانعاز : محاضرات أقيمت على طلب السنة الاولى - دبلوم الدراسات العليا - فرع القانون الخاص ، الرباط ، السنة الجامعية 1979 - 1980 .
- نظرية بطلان العقود وابطالها في قلمه أطروحة ، المطبعة للاثانية ، الطبعة الاولى ، الرباط 1971 .
- علي سلمان العبيدي : - الأوراق التجارية في التشريع المغربي ، مطبعة التومي ، الطبعة الاولى بالرباط 1970 .
- فيليسيان شالالي : - تاريخ الملكية ترجمة صباح كنعان ، سلسلة زمني علما .
- محمد حسين عيكل : - ج.ج. روسو : حياته ، كتبه ، الطبعة الثانية القاهرة 1956 .
- زكريا ابراهيم : - كانت أو الفلسفة النقدية ، مكتبة مصر ، الطبعة الثانية 1972 .
- كارل ماركس وفريدريك انجلز : - الايديولوجية الألمانية ترجمة فؤاد أيوب ، دار دمشق .

- كارل ماركس : — مخطوطات 1844 حول الاقتصاد السياسي و الفلسفة : تربية الياس مرقى ، منشورات وزارة الثقافة ، دمشق 1970 .
- محمد كاظم كمال الطلسار : — نحو قانون مدني عربي في ضوء الايديولوجية العربية الثورية : أطروحة منشورات وزارة الثقافة والفنون — الجمهورية العراقية — سلسلة دراسات (137) ، بغداد 1978 .
- محمد خير فارس : — تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب 1912 — 1939 ، أطروحة ، سلسلة دراسات تاريخ شمال افريقيا الحديث ، طبع 1972 .
- جـرمان عيسى : — الحماية في المغرب : محاضرات أقيمت على طلبت السنة الثانية من السلك الثاني — شعبة التاريخ و البجـرافيا — التخصص في التاريخ السنة الجامعية 1975 — 1976 .
- امحمد أحمد بن عبـود : — مركز الاجانب في مراكش : دراسة قانونية لوضعية الاجانب في المغرب قبل عهد الحماية و خلاله ، رسالة ، الطبعة الثانية ، الشـويخ " ديسـپيريس " تطوان ، 1980 .
- علال الفاسـي : — دفاع عن الشريعة : سلسلة الجهاد الأكبر رقم 1 مطبعة الرسالة ، الرباط 1966 .
- محيي الدين اسماعيل علم الدين : — الربا أو الفائدة في العلاقات القانونية : محاضرات أقيمت على طلبت السنة الاولى — دبلوم الدراسات العليا — فرع القانون الخاص ، السنة الجامعية 1974 — 1975 .
- أحمد أفـزار : — عقود أكرية المساكن في طهـير 1928 : محاضرات أقيمت تحت اشراف رابطة القراء بتاريخ 1978/4/21 نشرت بمجلة المحاكم المغربية عدد 16 — 17 : ماي — جوان 1978 .
- خـالد عبد الله عيـبد : — تأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود مغامرة شارك بها في ندوة " ربع قرن من القانون المغربي " التي نظمتها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط أيام : 15 — 16 17 ماي 1981 .

- EN FRANÇAIS

: بالفرنسية : فانيسا

I - OUVRAGES GENERAUX :

- Aguilera (Cesário rodriguez) : Manuel de Droit Marocain (Zone Espagnole)
traduit par Antoine ~~immarigeon~~ L.G.D.J.
Paris 1954.
- Aurliac (Paul) et Malfosse (J;de): - Histoire de Droit Privé : T 1 :
Les obligations, themis, paris 1961.
- Caron^lnier (Jean) : Droit Civil : - T1 : Introductions-pers-
~~onnes~~ 10 ème édition, Themis, Paris 1974.
- T2 : Les obligations :
10 ème édition, Themis, Paris 1979.
- Couturier (G.) : - Leçons de Droit Civil Marocain.
- Decrou~~se~~ (Paul) : Droit Privé : - T1: Sources du Droit :
éditions la porte, Rabat 1963.
- T2: Droit International
~~privé~~ : édition la porte, Rabat 1963.
- Denis (Henri) : - Histoire de la pensée économique: P.U.F.
5 ème édition, Paris 1977.
- Ellul (Jacques) : - Histoire des institutions: T4, 6ème
édition, ~~thémis~~, Paris 1969.
- Farjat (Gérard) : - Droit Privé de l'économie : 2 - Théorie
des obligations, thémis, Paris 1975.
- Flour (Jacques) avec le concours de Jean-Luc-Aubert : Droit ~~civil~~: ~~civil~~
- Les Obligations : Vol I : l'acte Juri-
dique, Collection U, Armand Colin
Paris 1975.
- Gaudem~~et~~ (Eugène) : - Théorie Générale des obligations
Sirey, Paris 1937.
- Heilbronner (Robert) : - Les Grands Economistes, ~~seuib~~, ~~paris~~
1971.
- Martin (Olivier) : - ~~précis~~ de l'histoire du droit Français
3 ème édition, Dalloz, Paris 1938.

- Mazeaud (H.J.) : - Leçons de Droit Civil : T2 éditions Montchretien, Paris 1956.
- Planiol : - Traité élémentaire de Droit Civil : L.G.D.J., Paris 1942
- Starck (Boris) : - Droit Civil : les obligations : Librairies techniques 1972.
- Villers (Robert) et Giffard (André) : - Droit Romain et Ancien Droit Français (Les obligations): 4ème édition, Dalloz, Paris 1976.
- Weill (Alex) : - Droit Civil : T1: Introduction Générale 3ème édition, Dalloz, Paris 1973.
- Weill (Alex) et Terré (François) : -Droit Civil: Les obligations :2ème édition, Dalloz, Paris 1975.

II - OUVRAGES SPECIAUX et THESES :

- Abboud (Moussa) : La Condition Juridique du mineur au Maroc. thèse, éditions la porte, Rabat, 1968.
- Arnaud (André-Jean) : - Les Origines Doctrinales du Code Civil Français, thèse, paris 1969.
- Essai d'analyse structurale du Code Civil Français. Règle du Jeu dans la ~~paie~~ bourgeoisie L.G.D.J., Paris 1973.
- Belkeziz (Abdelouahed) : - La possession en Droit Privé Marocain Thèse, éditions la porte, Rabat 1968.
- Beudant (Charles) : : - Le Droit Individuel et l'Etat, Paris ¹²↑
- Chabas (Jean) : - De la déclaration de la volonté, thèse. Paris 1931
- Decfoux (Paul) : - L'Autonomie de la volonté et l'ordre public en Droit Conventionnel Marocain. L.G.D.J., Paris 1952.
- El Gammal (Mostapha Med.) : - L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, thèse, L.G.D.J. Paris 196
- Gomaa (Nooman M.K.) : - Théorie des sources de l'obligation, thèse, L.G.D.J., Paris 1968.

- Gounot (Emmanuel) : - Le principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit Privé, thèse, Paris 1912.
- Guerriero (Marie-Antoinette): - L'acte juridique solennel, thèse L.G.D.J. Paris 1975.
- Hausser (Jean) : - Objectivisme et Subjectivisme dans l'acte Juridique, thèse, L.G.D.J., Paris 1971.
- Khalil (Magdi Sobhy) : - Le Dirigisme Economique et le Contrat thèse, L.G.D.J., Paris 1967.
- Maher (Ahmad) : - De l'Autonomie de la Volonté individuelle quant aux modifications des contrats, thèse, Montpellier 1913.
- Malaurie (Philippe) : : - L'ordre public et le contrat, thèse, éditions Matot-Braine, Reims 1953.
- Morin (Gaston) : - La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté, Paris 1927.
- La révolte du Droit contre le Code; Sirey Paris 1945.
- Perelman (Ch.) : - Logique Juridique : Nouvelle rhétorique: 2ème édition, Dalloz, Paris 1979.
- Pillebout (Jean François) : - Recherches sur l'~~ex~~ception d'inexécution thèse, L.G.D.J., Paris 1971.
- Ranouil (Véronique) : - L'Autonomie de la Volonté : naissance et évolution d'un Concept, mémoire de D.E.S Paris 1977-1978.
- Rieg (Alfred) : - Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil Français et Allemand thèse, L.G.D.J., Paris 1961.
- Ripert (Georges) : - La règle morale dans les obligations Civiles, 4ème édition, L.G.D.J., Paris 1949.
- Rouhette (Georges) : - Contribution à l'étude critique de la notion du contrat: 2 vol., thèse, Paris 1965.
- Rousseau (J.J.) : - Du contrat social, Collection 10/18 N°89 Paris 1975.

- Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, Collection idées/Gallimard N° 90, Paris 1975. inrp Offi

- Serna (Jean-Christian) : - Le refus de contracter, thèse LG.D.J., Paris 1967. rodo Féie
- Soussan (A. Levy) : - Essai sur la lésion dans les contrats au Maroc. *LG.D.J. - Paris 1952.* appt
- Tanegho (Samir) : - De l'obligation judiciaire, thèse, L.G.D.J. Paris 1965. imis
- TISON (R.) : - Le principe de l'Autonomie de la Volonté dans l'ancien Droit Français (étude *en* Droit interne), Thèse, Paris 1931. *6* n 1
- Villey (Michel) : - Leçons d'histoire de la philosophie du Droit, Dalloz, Paris 1962.
- Waline (Marcel) : - L'individualisme et le droit - 2ème édition, Domat-Montchretien, Paris 1949. fr

III - ARTICLES, CODES et REVUES :

- BELGUENDOZ (Abdelkrim) : - La colonisation agraire au Maroc et ses méthodes de pénétration in revue (la) Juridique politique et économique du Maroc (R.J.P.E.M.) N° 4 Juin 1978 pp. 115 - 151.
- Berge (Stéphane) : - La justice Française au Maroc : Organisation et pratique judiciaires, Paris 1917
- Bouderbala (Najib) : - Aspects de l'idéologie juridique coloniale in : R.J.P.E.M. N° 4 Juin 1978 pp 95 - 113.
- Causin (Eric) : - L'interprétation des contrats en Droit Belge in interprétation (1') en Droit - approche pluridisciplinaire publications des Facultés universitaires = Saint-Louis - Bruxelles 1978 pp 281 - 347.
- Code Civil Français : Dalloz, Paris 1972 - 1973.
- Code et Lois en Vigueur dans le protectorat Français du Maroc. Tome premier Organisation Judiciaire, imprimerie Nationale, PARIS 1914.

- David (René) : - La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par le Common-Law d'Angleterre in Mélanges offerts à H. Capitant, 1939, pp 145 - 158.
- Decroux (Paul) : - Origine et Originalités du Dahir formant codes obligations et contrats (D.O.C.): G.T.M. 25 Février 1958 N° 1225 pp 19 et S.
- Durand (Paul) : - La contrainte légale dans la formation du rapport Contractuel : R.T.D.C. 1944 pp 73 - 97.
- Gounot (Emmanuel) : - La liberté des contrats et ses justes limites. in Semaines Sociales de France, Rouen 1938 pp 1-341.
- Grands (les) arrêts de la jurisprudence Civile : par H. Capitant, A. Weill et F. Terré, 7ème édition, Dalloz, Paris 1976 347.
- Jossier (Louis) : - L'essor moderne du concept contractuel in Mélanges offerts à F. Geny T.II, 1955 pp 333 - 346.
 - Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats in R.T.D.C. 1937 pp 1 - 30
 - La publicisation du contrat in Mélanges offerts à Edouard Lambert T.III, 1938 pp 143 - 158.
- Lagrange (E. de Gaudin de) : - L'interprétation des contrats in Juris Classeur Civil : articles 1156 - 1164, fascicule 25 pp 1 - 12.
- Larcher (Emile) : - Les Codes Marocains : Annotés des dahirs et arrêts pris pour leur exécution, Alger 1914.
- Lucas (P. Louis) : - L'Autonomie de la Volonté en Droit Privé et en Droit International privé in Mélanges offerts à H. Capitant 1939 pp 469 - 489.
- Morin (Gaston) : - Les tendances actuelles des contrats et les rapports du réel et des concepts - A propos des articles de M. L. Jossier in R.T.D.C. 1937 pp 553 - 563.
 - La désagrégation de la théorie contractuelle du Code in Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique 1940 - 10ème année N° 1 - 4 pp 7 - 32.
- Portalis : - Le discours préliminaire intégral présenté au nom des rédacteurs du projet du code civil Français le 24 thermidor an 8 T.1, Paris an 9.

- . Rieg (Alfred) : - Force obligatoire des conventions in juris-classeur
Civil article 1134 fascicule 11 pp 1 - 21
- Ripert (Georges) : - L'ordre économique et la liberté contractuelle in
Mélanges offerts à F. Geny T.II 1935 pp 347 - 353.
- Saint-Hilaire(J.P.Delmas) : - L'adaptation du Contrat aux circonstances
économiques in tendance (la) à la stabilité du rapport
contractuel, L.G.D.J., Paris 1960 pp 189 - 233.
- . Savatier (René) - Destin du Code Français in revue (la) internationale
de Droit Comparé, 6ème année n° 4, 1954 pp 637 - 664
- . La Gazette des tribunaux du Maroc (G.T.M.) : - 1931 p 170
 - 1er Avril 1943 p. 60
 - 10 Novembre 1957 P. 123.
- . La revue Marocaine Droit (R.M.D.) : - 1er Mai 1961 P. 235.
- . Sirey : 1947, II, P.1.

المحتوى

الصفحة

1	المقدمة
1	- تعريف مبدأ سلطان الإرادة
3	- ظهور مصطلح سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص قبل القانون الخاص الداخلي ..
3	- ابتكار المصطلح من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص
4	- تبني فقهاء القانون الخاص الداخلي لمصطلح سلطان الإرادة
6	- أهمية الموضوع
7	- خطة البحث
	القسم الأول : أسس سلطان الإرادة و أصول قانون
9	الالتزامات و العقود الملتزمين
10	الباب الأول : أسس سلطان الإرادة
11	الفصل الأول : الأسس الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة
12	الفرع الأول : الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار جان جاك روسو
22	الفرع الثاني : الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار عيمانويل كانت
28	- تأثير كانت في المذهب الوهمي الفرنسي
30	- تأثير كانت في اللغة القانونية
32	الفصل الثاني : الأسس الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة ..
36	الفرع الأول : التيار الفيزيوقراطي
40	الفرع الثاني : بلورة الأفكار الفيزيوقراطية على مستوى التطبيق : تيغزو
44	الباب الثاني : أصول قانون الالتزامات و العقود الملتزمين ..
45	الفصل الأول : أصول قانون الالتزامات و العقود الملتزمين
46	الفرع الأول : جرد مصادر قانون الالتزامات و العقود الملتزمين
54	الفرع الثاني : مدى تأثير د.ع.م. بالقوانين المدنية الأوروبية و الشريعة الإسلامية ..
54	المبحث الأول : مدى تأثير د.ع.م. بالقوانين الأوروبية العادية
59	المبحث الثاني : مدى تأثير د.ع.م. بالشريعة الإسلامية

الفصل الثاني : الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من
ق.ل.ع.م و المسمات الأساسية التي يلزم
عليها سلطان الارادة

74

76

80

86

90

91

94

97

100

102

104

105

108

108

113

116

117

120

129

129

136 ✓

136

139

الفرع الأول : الأصول الفقهية الفرنسية للفصل 230 من ق.ل.ع.م

أولا : الفقيه دوم

ثانيا : الفقيه بوتيه

الفرع الثاني : المسمات الأساسية التي يتركز عليها سلطان الارادة (الفصل 230 من ق.ل.ع.م)

أولا : لا يلزم أحد بنفي ارادته

ثانيا : كل التزام حر يعتبر عادلا

ثالثا : لا أحد يستطيع تعديل آثار عقدهم على وجه صحيح دون الرضا

الجماعي للمتعاقدين

القسم الثاني : مظاهر سلطان الارادة في العقد

الباب الأول : مظاهر سلطان الارادة في تكوين العقد

الفصل الأول : تكوين العقد وهيمية الرضا عليه

الفرع الأول : سلطان الارادة ووجود الرضا في العقد

المبحث الأول : نظرية سلطان الارادة وتعبير كل متعاقد عن ارادته

المطلب الأول : الايجاب

المطلب الثاني : القبول

المبحث الثاني : نظرية سلطان الارادة و توافق الارادتين

المطلب الأول : اتحاد زمان ومكان اقتران التبول بالايجاب أو التعاقد

في مجلس واحد

المطلب الثاني : اختلاف زمان ومكان اقتران القبول بالايجاب أو التعاقد

بين غائبين

الفرع الثاني : سلطان الارادة و صحة الرضا في العقد

المبحث الأول : نظرية سلطان الارادة والأهلية

أولا : قواعد الأهلية المستخلصة من مدونة الأحوال الشخصية

I - أهلية الصغير

II - أهلية الجنون

140	III - أهلية السفينة
141	ثانيا : قواعد الأهلية المستخلصة من ق.ل.ع.م
141	I - التصرفات التي يبرمها القاصر بنفسه
143	II - التصرفات التي يبرمها النائب الشرعي
145	المبحث الثاني : نظرية سلطان الإرادة و عيوب الرضا
146	المطلب الأول : الاتجاهان الموضوعي والشخصي لنظرية سلطان الإرادة و عيوب الرضا في ق.ل.ع.م
147	أولاً : الغلط
150	ثانياً : التدليس
152	ثالثاً : الإكراه
153	رابعاً : الضيق
155	المطلب الثاني : مشكل الفصل 54 من ق.ل.ع.م أو حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة
157	أولاً : أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض
160	ثانياً : أسباب الإبطال المبنية على الحالات الأخرى المشابهة لحالة المرض
164	الفصل الثاني : نطاق الرضائية في العقد
165	الفرع الأول : الشكلية كقيد على حرية التعبير عن الإرادة
170	أولاً : اشتراط الكتابة الرسمية للانعقاد
172	ثانياً : اشتراط الكتابة العرفية للانعقاد
176	ثالثاً : الاتفاق على اشتراط الكتابة كشكلية انعقاد
179	الفرع الثاني : العوامل الاقتصادية والاجتماعية كقيد على الحرية التعاقدية
180	المبحث الأول : الالتزام بالتعاقد كقيد على الحرية في الإقدام على التعاقد أو الامتناع عنه
188	المبحث الثاني : النظام العام كقيد على الحرية التعاقدية
191	أولاً : النظام العام التقليدي
193	ثانياً : النظام العام الاقتصادي

199	الباب الثاني : مظاهر سلطان الارادة في آثار العقد
203	الفصل الأول : سلطان الارادة و القوة الملزمة للعقد أراء الفقهاء بين
204	الفرع الأول : التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد أو العقد شريعة المتعاقدين ...
204	المبحث الأول : سلطان الارادة و الالتزام بتنفيذ العقد
208	المبحث الثاني : سلطان الارادة و عدم جواز النأء العقد
208	أولا : عدم جواز النأء العقد بما وادة منفردة
211	ثانيا : جواز النأء العقد بتواضي الطرفين
214	الفرع الثاني : الامتناع عن تنفيذ العقد
214	المبحث الأول : سلطان الارادة و المسؤولية العقدية
221	المبحث الثاني : سلطان الارادة والقواعد الخاصة بالعقود التبادلية
222	المطلب الأول : الدفع بعدم التنفيذ و فسخ العقد
222	أولا : الدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المبرور عن الوفاء بالعقد
225	ثانيا : الفسخ بسبب عدم تنفيذ العقد
228	المطلب الثاني : الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ
229	أولا : مفهوم الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ في الاتجاه الشخصي لنظرية سلطان الارادة أو السبب عند كاسيتان
229	ثانيا : مفهوم الأساس المشترك للدفع بعدم التنفيذ والفسخ في الاتجاه الموضوعي لنظرية سلطان الارادة أو السبب عند موري
232	الفصل الثاني : سلطان الارادة والقوة الملزمة للعقد أراء القاضي
233	الفرع الأول : نظرية سلطان الارادة و دور القاضي في تأويل العقود
234	المبحث الأول : تأثير طريقة التأويل المتبعة في مدى فعالية دور القاضي ..
234	المطلب الأول : طرق التأويل المعتمدة في كل من الاتجاهين الشخصي و الموضوعي لنظرية سلطان الارادة
234	أولا : طريقة التأويل المعتمدة في الاتجاه الشخصي
236	ثانيا : طريقة التأويل المعتمدة في الاتجاه الموضوعي
238	المطلب الثاني : موقف المدعي من الاتجاهين الشخصي والموضوعي في ميدان التأويل

المبحث الثاني : تحديد دور القاضي في تأويل العقود في ضوء قواعد
التأويل المنصوص عليها في ت.د.ج.م

245

المطلب الأول : دور القاضي في تأويل العقد الواضحة أو الصريحة عباراته ...

245

المطلب الثاني : دور القاضي في تأويل العقد الغامضة عباراته ...

251

أولا : مبادئ التأويل المرتبطة بالعقد من الداخل

252

ثانيا : مبادئ التفسير المرتبطة بالعقد من الخارج

254

الفرع الثاني : نظرية سلطان الإرادة و دور القاضي في تعديل العقود ...

257

المبحث الأول : نظرية سلطان الإرادة والدور الايجابي غير المباشر
للقاضي في تعديل العقود

258

المطلب الأول : حالة تكملة العقد

259

المطلب الثاني : حالة انتهاء العقد أو تحوله

262

أولا : حالة انتقاص العقد

262

ثانيا : حالة تحول العقد

265

المبحث الثاني : نظرية سلطان الإرادة و الدور الايجابي المباشر
للقاضي في تعديل العقود

269

المطلب الأول : اضطراب القاضي بدور مباشر في تعديل العقود
بنس في القانون

269

أولا : نظرية الميسرة كوسيلة يياشربها القاضي دورا مباشرا في
تعديل العقود

270

ثانيا : المراجعة كوسيلة يياشربها القاضي دورا مباشرا في تعديل
عقود كراء الاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

274

I - القانون رقم 79 - 6 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين
المكي والمكثري للاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

276

II - المرسوم بقانون الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1980 والقاضي بالتخفيض
من مبلغ كراء الاماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض المكثرين

277

المطلب الثاني : اضطراب القاضي بدور مباشر في تعديل العقود وفقا
لنظرية الظروف الطارئة

279

أولا : استناد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة الى نصوص
القانون المدني

281

ثانيا : استناد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة الى المبادئ
العامة للتانون

283

ثالثا : ماهو الأساس الذي يمكن أن تستند اليه نظرية الظروف
الطارئة في ظل القانون المغربي

286



الصفحة

289	 القائمة
295	 قائمة المراجع
295	 — أولا : بالعربية
299	 — ثانيا : بالفرنسية
305	 فهرست

○

