

## المسار التأويلي: العقد والقانون نموذجاً

عبد المجيد الزُّرُّوقِي، المسار التأويلي: العقد والقانون نموذجاً، مقالة منشورة في كتاب: خمسون عاماً من فقه القضاء المدني. 1959 – 2009، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، (ص 733 – ص 894).

### المقدمة

#### 1. المرحلة الأولى في المسار: البحث عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة

1.1 / مادة العبارة

1.1.1 / المعنى الوضعي والمعنى العرفي

1.1.2 / المعنى الحقيقي والمعنى المجازي

1.2 / هيئة العبارة

1.2.1 / المطلق والعام

1.2.2 / الأمر والنهي

#### 2. المرحلة الثانية في المسار: البحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل

2.1 / نفس مسألة ظهور الدليل

2.1.1 / مواد الكلام

2.2 / هيئات الكلام

2.2.1 / المطلق والعام

2.2.2 / الأمر والنهي

2.2 / توابع مسألة ظهور الدليل

2.2.1 / أنواع الدليل

2.2.2 / مدى البحث عن الدليل

خاتمة

## المقدمة

1. في قصة Through the looking glass لـ Lewis CARROLL، تدخل الشخصية المعروفة عند الأطفال Alice في حوار مع Humpty Dumpty الذي استعمل عبارة "مجد" 'glory' قائلاً إنه أراد بها المعنى: "حجة دامغة" 'a nice knock-down argument'.  
- تقول Alice معترضة: لكن عبارة "مجد" لا تعني "حجة دامغة"!  
- يرد Humpty Dumpty بلهجة فيها كثير من الاحتقار: حين استعمل عبارة، فهي تعني بالضبط ما يحلو لي أن تعني لا أكثر ولا أقل.  
- تقول Alice: السؤال هو هل يمكن جعل الكلمات تقول أشياء مختلفة؟  
- يجيب Humpty Dumpty: السؤال هو من السيد، المتكلم أم الكلمة!<sup>1</sup>
2. بهذا السؤال ينتهي كلام Alice ومحاورها Humpty Dumpty. بنفس السؤال يبدأ عملنا لأنه يمثل إشكاليته<sup>2</sup>. لكن لنترك الإشكالية معلقة الآن، ولنأت بمحلّ البحث. في هذا المحلّ فعلٌ هو التّأويل، ومفعول به هو العقد والقانون.

---

<sup>1</sup> 'But 'glory' doesn't mean 'a nice knock-down argument', Alice objected. 'When I use a word,' Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean - neither more nor less.'  
'The question is,' said Alice, 'whether you can make words mean so many different things.'  
'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master — that's all.' Lewis CARROLL, Through the looking glass, 1872, Chapter VI: Humpty Dumpty.  
انظر نفس الحوار في الترجمة الفرنسية للقصة:

"- Mais: « gloire », ne signifie pas: « un bel argument sans réplique! » - Quand, moi, j'emploie un mot, déclara le Gros Coco d'un ton assez dédaigneux, il veut dire exactement ce qu'il me plaît qu'il veuille dire... ni plus ni moins. - La question est de savoir si vous pouvez obliger les mots à vouloir dire des choses différentes. - La question est de savoir qui sera le maître, un point c'est tout". Lewis CARROLL, De l'autre côté du miroir, 1872, Ch. VI: Le Gros Coco.

<sup>2</sup> قصة Lewis CARROLL (واسمه الحقيقي: Charles LUTWIDGE DODGSON) ليست فقط قصة أطفال، بل ليست فقط قصة. يقول Gilles DELEUZE:

«L'œuvre de Lewis Carroll a tout pour plaire au lecteur actuel : des livres pour enfants, de préférence pour petites filles ; des mots splendides insolites, ésothériques ; des grilles, des codes et décodage ; des dessins et photos ; un contenu psychanalytique profond, un formalisme logique et linguistique exemplaire. Et par delà le plaisir actuel quelque chose d'autre, un jeu du sens et du non-sens, un chaos-cosmos ». Gilles DELEUZE, Logique du sens, Les éditions de Minuit, Paris, 1969, p. 7.

ويضيف Jean CATTÉGNO:

« L'œuvre de Lewis Carroll fait problème : écrite d'abord pour des enfants, c'est chez les adultes qu'elle connaît à l'heure actuelle le plus grand succès ; insérée dans le courant qui, à l'époque victorienne, a transformé la littérature enfantine, c'est au milieu du xx<sup>e</sup> siècle qu'on a pris la mesure de son caractère d'avant-garde dans divers domaines des sciences humaines ». Jean CATTÉGNO, Carroll (Lewis) 1832 - 1898, Encyclopædia Universalis, 2009.

وتقول Sophie MARRET:

« Du mathématicien John Venn au philosophe Gilles Deleuze et au psychanalyste Jacques Lacan, nombreux furent ceux qui soulignèrent la modernité d'une œuvre qui recèle de fulgurantes intuitions concernant la logique, le langage, le sens ou l'inconscient ». Sophie MARRET, Alice au pays des merveilles (Lewis Carroll 1865), Encyclopædia Universalis, 2009.

انظر أيضاً: Marie-Laure Mathieu-Isorche, Le raisonnement juridique, P. U. F., Paris, 2001, p. 221 et s.  
ولقد كشف Lewis CARROLL بنفسه عن مشروعه حين قال في بداية قصة Alice's adventures in wonderland :

فأما التّأويل، فهو إرجاع لفظٍ (أو تركيب ألفاظ) إلى مقصود صاحبه<sup>3</sup>.  
أما العقد، فالمراد منه ليس فقط معناه الدقيق، أي "[...] نوع من الاتّفاق موضوعه إنشاء التزام أو نقل ملكيّة [...]"<sup>4</sup>؛ ولا فقط معناه الذي يجعله مساويا للاتّفاق<sup>5</sup>، أي للتّفاهم الذي يقوم بين "[...] شخصين أو أكثر (والذي) يهدف إلى إحداث أثر قانونيّ ما: إنشاء التزام، نقل ملكيّة [...]، نقل أو إنهاء التزام [...]"<sup>6</sup>؛ بل المراد من العقد العمل القانوني، أي "الفعل الإراديّ الهادف (في ذهن صاحبه أو أصحابه) إلى إنتاج أثر قانوني"<sup>7</sup>. وهكذا فلفظ العنوان خاصّ (العقد)، لكن المراد منه عامّ (العمل القانوني).

« Alice was beginning to get very tired of sitting by her sister on the bank, and of having nothing to do : once or twice she had peeped into the book her sister was reading, but it had no pictures or conversations in it, 'and what is the use of a book, ' thought Alice 'without pictures or conversation ?' ». **Lewis CARROLL**, Alice's adventures in wonderland, 1865, Chapter I: Down the Rabbit-Hole.

"Alice commençait à se sentir très lasse de rester assise à côté de sa sœur, sur le talus, et de n'avoir rien à faire : une fois ou deux, elle avait jeté un coup d'œil sur le livre que lisait sa sœur ; mais il ne contenait ni images ni dialogues : « Et, pensait Alice, à quoi peut bien servir un livre où il n'y a ni images ni dialogues ? ». **Lewis CARROLL**, Alice au pays des merveilles, 1865, Chapitre I: Descente dans le terrier du lapin.

<sup>3</sup> جاء في لسان العرب (مادة: أول) أنّ "التأويل المرجع والمصير" (محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، ط 1، ج 11، ص 34). وجاء عند الشّيبخ ابن عاشور: "التأويل مصدر أوله إذا أرجعه إلى الغاية المقصودة". (تفسير التّحرير والتّوير، الدار التّونسيّة للنّشر. تونس، الدار الجماهيرية للنّشر والتّوزيع والإعلان. ليبيا، ج 1، ص 16).

وعليه لم يرد من التّأويل في عنوان هذا العمل معناه الآخر، الذي جاء أيضا عند ابن منظور في لسان العرب، والذي مفاده أنّ "[...] التّأويل نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج إلى دليل لولاه ما ترك ظاهر اللفظ [...] (ج 11، ص 33). فهذا المعنى ليس المقصود من عبارة العنوان. لكنّه، أي المعنى، ليس غريبا عن هذا العمل. ففي الجزء الثّاني سنتناول صورة نقل اللفظ عن ظاهره إلى معنى آخر بدليل، أي سنتناول صورة ينطبق عليها اسم التّأويل بالمعنى الثّاني (انظر عدد 55 وما بعده).

وهكذا فالمقصود بالتّأويل في عنوان العمل المعنى الأوّل، أي الإرجاع إلى المقصود. وفي هذا المعنى، تلتقي عبارة التّأويل مع عبارة التّفسير. فالتّفسير من الفسر وهو الكشف وإزالة ما يغطّي الشّيء. وفسر أكثر من الكشف (لسان العرب، ج 5، ص 55). ومن يقول إنّ التّفسير والتّأويل مترادفان، يرى التّفسير إذن كشفا عن مقصود صاحب الكلام من كلامه. جاء في لسان العرب: "أول الكلام [...] فستره [...] التّأويل [...] والتّفسير واحد [...] (ج 5، ص 55). وجاء في المعجم العربي الحديث (لفظ: أول): "أول تأويلا [...] الكلام بتّره وقدّره وفسّره".

ويستنتج ممّا جاء للتّو أنّ عملنا يمكن أن نستعمل في عنوانه لا لفظة التّأويل بل لفظة التّفسير (بلا حظ أنّ مجلّة الالتزامات والعقود في صياغتها العربيّة عنونت الفصول 513 إلى 531 بلفظة التّفسير واستعملت داخل هذه المجموعة لفظة التّفسير: 521/529/531، كما استعملت لفظة التّأويل: 514. لكنّها لم تعنون المجموعة المتركيبة من الفصول 532 إلى 563 لا بالتّأويل ولا بالتّفسير. ويبدو أنّ السّبب يتمثّل في أنّ هذه المجموعة لا تتضمّن فقط قواعد مرتبطة بالتّفسير والتّأويل. وعلى كلّ، في هذه المجموعة، استعملت المجلّة لفظة التّأويل: 541.

وما قيل عن عبارتي تأويل وتفسير، يقال تقريبا عن عبارتي explication و interprétation :

"Interpréter [...] lat. interpretari «expliquer, traduire»". Dictionnaire étymologique du français, Les dictionnaires ROBERT, Paris, 1983.

قرّب ما جاء في المتن حول معنى التّأويل من: **Jerzy WROBLEWSKI**, L'interprétation en droit : Théorie et idéologie, A.P.D. n° 17, p. 53 ; **Pierre-André CÔTÉ**, L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes, in : Lire le droit. Langue, texte, cognition (sous la direction de Daniel BOURCIER et Pierre MACKAY), L.G.D.J., 1992, p. 136 ; **Théodore IVNAIR**, L'ambiguïté dans les contrats, D. S, 1976, chr., p. 153 et s. ; **Paul DELNOY**, Éléments de méthodologie juridique, Larcier, Bruxelles, 2<sup>e</sup> édition, 2006, p. 99 et s. ; **François MARTINEAU**, Petit traité d'argumentation judiciaire, Dalloz, Paris, 2004, p. 122 ; **Friedrich D. E. SCHLEIERMACHER**, Herméneutique, Traduction et introduction de Marianna Simon. Avant-propos de Jean Starobinski, Labor et Fides, Genève, 1987, p. 49 ; **Antoine COMPAGNON**, Qu'est-ce qu'un auteur ? Onzième leçon : L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>

« [...] Espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété... » : **Gérard**<sup>4</sup>

**CORNU** (publié sous la direction de), Vocabulaire juridique, P.U.F., Paris, 2007. V. contrat, sens 1.

Vocabulaire juridique. V. contrat, sens 2.<sup>5</sup>

La convention est un accord de volonté entre "[...] deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, transmettre ou éteindre une obligation..."

Vocabulaire juridique. V. contrat sens I. 1.

"Acte de volonté destiné à produire un effet de droit". Vocabulaire juridique. V. Acte. sens III. (juridique).<sup>7</sup>

وينبغي التّنبية إلى أنّ المقصود في عملنا ليس كلّ عمل قانوني، أي المقصود فقط بعض ما سيرد بهذا التعريف: "عملية قانونية (أصلية) تتمثّل في تمظهر للإرادة (العامة أو الخاصة)، (الواحدة أو المتعدّدة أو الجماعية) وموضوعها وأثرها هو إنشاء تبعات قانونية (إنشاء قاعدة، تغيير وضعيّة قانونية، إنشاء حق، إلخ). مثال: ترتيب بلدي ينصّ على نظام أمن، قرار بتسمية موظّف، عقد ناقل للملكية أو منشئ للالتزام [...]". Vocabulaire juridique, V. Contrat. sens I. 2.

ومن البعض الذي لا يدخل في عملنا تحت اسم العقد التّرتيب البلديّة وغيرها.

أما القانون، فالمقصود به "كلّ القواعد الصادرة عن السلطة المؤهّلة (والمنظمة للأفعال بطريقة مباشرة أو غير مباشرة)"<sup>8</sup>.

3. ونصوص تأويل العقد في القانون التونسي تتمثل في الفصل 513 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود<sup>9</sup>. أما نصوص تأويل القانون فتتمثل في الفصل 532 وما بعده من نفس المجلّة<sup>10</sup>.

4. وهكذا فمحلّ عملنا تأويل، أي إرجاع لفظ أو تركيب ألفاظ إلى ما هو مقصود منه؛ وهو تأويل للعقد، أي لكلّ ما يمكن أن تنطبق عليه أحكام الفصل 513 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود؛ كما أنّه تأويل للقانون، أي لكلّ ما يمكن أن تنطبق عليه أحكام الفصل 532 وما بعده من المجلّة ذاتها.

5. والعمل على كلام العاقد والمشرّع الوضعي يقترب من العمل على محالّ أخرى. فتمّ من يرى أنّ عمليّة فهم شرط في عمل قانوني هي كعمليّة فهم كلام المشرّع المقدّس<sup>11</sup>؛ كما أنّ هنالك من يجد فعل تأويل كلام المشرّع المقدّس كفعل تأويل كلام المشرّع الوضعي<sup>12</sup>، أو فعل تأويل كلام المشرّع الوضعي كفعل تأويل النصّ الأدبي أو الفلسفي<sup>13</sup>، أو فعل تأويل كلام المشرّع المقدّس أو الوضعي كفعل تأويل الكلام الذي يدور في الحياة اليوميّة<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> "toutes les règles émises par une autorité qualifiée [...] à la limite : ensemble du Droit positif d'un pays".  
Vocabulaire juridique, V. Loi. sens I. 5. (juridique).

بالتحديد، المراد بالقانون: كلّ قاعدة تمّ التعبير عنها بواسطة اللغة لا بوسائط أخرى. انظر حول هذه الوسائط الأخرى، وعلى وجه المثال: **Gérard CORNU**, Linguistique juridique, Montchrestien, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 31 et s. ;

و**وحيد الدين سوار**، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط 2، 1998، ص 216 وما بعدها.  
<sup>9</sup> قلنا إنّ المراد من العقد كلّ عمل قانوني، أي ما يصدر عن إرادتين فأكثر وما يصدر عن إرادة واحدة كالوصيّة والإمضاء والإيجاب والقبول والتنازل وغيره. وإنّ التنازل مثلاً قد ورد في الفصل 522 من مجلّة الالتزامات والعقود، ومن ينظر إلى أعماله التحضيرية (تتمثل في الفصل 607 من المشروع المراجع وفي حاشيته التحتية [جاءت تحت الفصل] والجانبية [جاءت بجانب الفصل] [حول التسمية "المشروع المراجع" انظر: **عبد المجيد الزروقي**، أحكام الغلط (دراسة في المنهجية التشريعية)، أطروحة دكتورا دولة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2002-2003، عدد 5] يجد أنّ من المقصود ما يصدر عن إرادة واحدة (انظر إلى الأمثلة الواردة بالحاشية الجانبية للفصل 607 من المشروع المراجع)، علماً وأنّ هذا النصّ جاء تحت عنوان هو العقد (انظر إلى العنوانين [عنوان الباب وعنوان فرعه الأول] اللذين جاء تحتها الفصل 513 وما بعده). وكلّ هذا يبرّر استعمال لفظة العقد في هذا العمل وإرادة ما هو أعمّ منه.

انظر حول هذه المسألة في الفقه الفرنسي:

**Jacques DUPICHOT**, Pour un retour aux textes: défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil, Études offertes à Jacques FLOUR, 1979, p. 179, n° 1, note 5; **Philippe SIMLER**, J.-Cl.civ. Code 1156 à 1164, Fasc. 10, n° 67 (21 juin 2001).

وانظر في القضاء الفرنسي:

C.A. Rouan, 2 Mars 1853, D.P. 54. 2.111 ; Riom, 2 Mars 1882, D.P. 83.2.15 ; Besançons, 6 juin 1882, D.P. 83, 2. 60. (Citées par : **Claude BRENNER**, acte, Rep Civ Dalloz, Oct 1999, n° 113).

<sup>10</sup> إنّ القانون بالمعنى المعطى له في المتن تهمة أو يمكن أن تهمة (بواسطة القياس) أحكام الفصل 532 وما بعده. قرّب هذا القول من:

**Ezzeddine ARFAOUI**, Les règles écrites d'interprétation de la loi. Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois, Th. de Doctorat d'État, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2000, p. 17 ; **Mohamed CHARFI**, Introduction à l'étude du droit, CERES, Tunis, 3<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 445.

<sup>11</sup> انظر إلى (زين الدين) بن نجيم (الأشباه والنظائر. وبحاشيته: الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الطباعة العامرة، 1920، I، 180) الذي جاء عنده أنّ "[...] الشافعية تقول إنّ شرط الواقف كنصّ الشارع [...]".

<sup>12</sup> **محمد أبو زهرة**، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 109؛ **السيد علي الحسيني السيستاني**، الرّافد في علم الأصول، تقرير لأبحاث آية الله العظمى السيد السيستاني بقلم السيد منير السيد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني، قم، ط 1، 1414 هـ، ص 57.

<sup>13</sup> انظر إلى: **Henri BATIFFOL**, Questions de l'interprétation juridique, A.P.D. n° 17, p. 26 et s.:  
وانظر حول العلاقة بين الهرميوطيقا الفلسفية ودراسة النصوص الأدبية: **Marie Cusson**, Herméneutique philosophique et littérature: une étude de trois concepts, A thesis submitted in conformity with the requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, French Department, University of Toronto, 1997.

<sup>14</sup> انظر **نور الدين مختار الخادمي** (تعليم علم الأصول، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 1423 هـ / 2002 م) حيث تجده وفي أماكن متعدّدة (ص 331 وما بعدها) يعطي أمثلة عن نصّ مقدّس (وأحياناً وضعي : مثلا ص 334) ويقابلها بأمثلة لكلام يطلق في الحياة اليوميّة (مثال: ص 346 - 357 - 358 - إلخ).

وأكثر ممّا جاء في المتن، ثمّ من يرى أنّ عمليّة فهم عالم النصّ (أي النصّ اللغوي) هي كعمليّة فهم نصّ العالم (أي الواقع). انظر إلى: **Umberto ECO**, Les limites de l'interprétation, traduit de l'italien par Myriem BOUZAHER, Grasset et Fasquelle, Paris, 1992, p. 369.

... نعم، ثم فروق بين هذه المحالّ لفعل التّأويل؛ نعم، ثمّ محالّ أهمّ من محالّ<sup>15</sup>؛ نعم ... كلّ هذا صحيحٌ ومسلّمٌ به، لكنّ الصّحيح أيضاً أنّ من يعمل على محلّ من هذه المحالّ - وأياً كانت الإشكاليّة التي يصدر عنها -، يجد ما يقوله يهّم - بطريقة أو بأخرى - ما يفيض عن المحلّ الذي حدّده. وكشفاً لهذه الحقيقة، وسعيّاً لجعلها لا تمرّ دون التّنبيه إليها، أتيتُ بإضافة في عنوان البحث فقيل عن العقد والقانون إنهما نموذج. 6. فإذا كان محلّ البحث - ولو على وجه التّمودج - كلام العاقد وكلام المشرّع الوضعي، فهذا الكلام قابل لأن يُردّد - ككلّ كلام- إلى قسمين: صيغة أو هيئة من جهة ومادّة من جهة أخرى<sup>16</sup>. ومثال القسم الأوّل ما جاء في الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصيّة من أنّه: "على كلّ واحد من الزّوجين أن يعامل الآخر بالمعروف [...]"، في: "على كلّ" صيغة أو هيئة تسمّى الأمر. ومثال القسم الثّاني ما جاء في الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة حين تحدّث عن "الفراش". فلهذه اللفظة معنى لغوي وضعي<sup>17</sup>، ولها إلى جانب ذلك معنى لغوي عرفي<sup>18</sup>. وهذان المعنيان يعدّان مادّة تلك اللفظة.

ويمكن البقاء مع لفظة الفرّاش والنّظر إليها من زاوية أخرى: كونها لفظة عامّة<sup>19</sup>. فمن هذه الزّاوية لم نعد أمام مادّة اللفظة بل أمام صيغتها وهيئتها.

7. والموادّ والصّيغ - جميع الموادّ والصّيغ تقريباً - قد يُتنازع فيها. يقول بعضهم: في لغة لم تُجعل صوريّة، نادراً ما يبدو نصّ واضحاً في أعين الكلّ. ففي أغلب الحالات، ينتج انطباع الوضوح المرتبط بحضور معنى واحد عن جهل أو عدم تخيّل أن ثمّ معنى آخر. هذا ما لاحظته **LOCKE** حين كتب: كم من شخص ظنّ بعد قراءة أولى أنّه فهم نصّاً، ثمّ وجد نفسه لم يفهم حين اطّلع على التّفاسير التي جعلته يرى في النّصّ ما لم يكن مرئياً لديه<sup>20</sup>. وهنا تكمن الفائدة من الاشتغال على الموادّ والصّيغ التي سنشتغل عليها.

8. لكنّنا قلنا في العنوان إنّنا سنشتغل على نموذج. وهذا يعني أن نبحت عن فائدة مرتبطة بالعقد وبالقانون. في هذا الميدان، يمكن ردّ الفائدة إلى الجدل الفنّي الموجود والذي يتمثّل على الأقلّ في أمرين أساسيين.

<sup>15</sup> لذلك، الخطأ في تأويل نصّ شعري ليس كالخطأ في تأويل نصّ قانوني. فإذا درّس أستاذ طلبته تأويلاً خاطئاً لقصيدة شعر، لن يحدث شيء؛ وإذا درّس أستاذ طلبته تأويلاً خاطئاً لنصّ قانوني، لن يحدث شيء ... على الأقلّ وقتها؛ وإذا أعطى قاضٍ تأويلاً خاطئاً لنصّ قانوني، سيحدث شيء ... (قرّب من **Martin HEIDEGGER** وهو يقارن بين الطّبيب - والطّبيب حين يشخص مرضاً يقوم بتأويل - والأستاذ الذي يدرّس تلاميذه تأويلاً مستحيلاً لقصيدة شعر. ففي الصّورة الثّانية، يقول **HEIDEGGER**، لن يحدث شيء. لكنّه يستدرك محذراً: يبدو الأمر وكأنّه لن يحدث شيء ... ذات يوم ... بعد خمسين ... بعد مائة عام ... قد يحدث شيء. **Martin HEIDEGGER**, Qu'est-ce qu'une chose ?, Gallimard, (Paris, 1971, p. 63).

<sup>16</sup> انظر هذا التّفصيل عند: الشّيخ محمّد رضا المظفر، أصول الفقه، مؤسّسة الأعلمي للطبوعات، بيروت، ط 2، 1410هـ/1990م، ج 1، ص 40.

<sup>17</sup> "الفرّاش: ما يفرش وينام عليه [...]". المعجم العربي الحديث.

<sup>18</sup> الزّواج الصّحيح، والفساد، ومن اتّصل بمطلّفته وهو يعتقد أنّه لم يحصل طلاق، إلخ. انظر: (أبو العباس أحمد عبد العليم الحرّاني) بن تيمية (و 661 هـ/ 1263 م - ت 728 هـ/ 1328 م)، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق عبد الرّحمان محمّد قاسم العاصمي النّجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية، ج 34، ص 14؛ (محمّد إسماعيل الأمير) الصنعاني (و 773 هـ/ 1372 م - ت 852 هـ/ 1448 م)، سبيل السّلام، تحقيق محمّد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1979، ج 3، ص 210: "[...] الولد للفرّاش [...] بيّنت للحرّة بإمكان الوطء في نكاح صحيح أو فاسد [...]".

<sup>19</sup> انظر حول العامّ ما سيأتي في عدد 43.

<sup>20</sup> تمّ نقل كلام **Chaïm PERELMAN** و **Lucie OLBRECHTS-TYTECA** بتصرّف. أمّا نصّ كلامهما فهو: « Il est rare que, dans un langage non formalisé, le texte apparaisse, aux yeux de tous, comme absolument clair. Le plus souvent l'impression de clarté, liée à l'univocité, résulte de l'ignorance ou d'un manque d'imagination. C'est ce que Locke a fort bien noté, quand il écrit: 'Plus d'un homme qui, à première lecture, avait cru comprendre un passage de l'Écriture ou une clause du Code en a tout à fait perdu l'intelligence, après avoir consulté des commentateurs dont les élucidations ont accru ses doutes ou leur ont donné naissance, et plongé le texte dans l'obscurité' ». **Chaïm PERELMAN** et **Lucie OLBRECHTS-TYTECA**, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, éd. de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 168.

فأما الأمر الأوّل، فيتطلّب الخوض فيه الحديث عن العبارة. والعبارة أسمى عبارة: أوّلاً، لأنّ صاحبها يُعبّرُ ممّا يقصد (وهو المعنى<sup>21</sup>) إلى الألفاظ؛ ثانياً، لأنّ مؤولها يعبر من الألفاظ إلى القصد (أي إلى المعنى). إذن بالعبارة يتمّ العبور والعبور المعاكس، وبها يُقام بالرحلة وبالرحلة المعاكسة<sup>22</sup>. وهذه الرحلة المعاكسة ثمّ من لا يربط فيها العقد بالقانون، لكنّ ثمّ من يفعل<sup>23</sup>. والذين يفعلون يقولون إنّ قواعد تأويل العقد يمكن تطبيقها على القانون<sup>24</sup>. وهذا الجدل، لو نقل إلى تونس، لتغيّرت معطياته قليلاً. أي سيقال: من جهة بعدم وجود علاقة بين الفصل 513 إلى 531، والفصل 532 إلى 562؛ ومن جهة أخرى بوجود هذه العلاقة وبانطباق النصوص الأولى (أو على الأقل بعضها) على القانون، وبانطباق الثانية (أو على الأقل بعضها) على العقد.

والرأي الأوّل، يُبقي النقاشات المتعلقة بالعقد (من قبيل الارتباط بمبدأ سلطان الإرادة<sup>25</sup>، وبالنظريّة الذاتية والموضوعية<sup>26</sup>، وغيرها) بعيدة عن النقاشات الخاصّة بالقانون (من نحو العلاقة بمدرسة الشرح على المتن<sup>27</sup>، وبالبحث العلمي الحرّ<sup>28</sup>، وبالسكون وبالديناميكية في التأويل<sup>29</sup>، وغير ذلك من المسائل التي تطرح في إطار القانون ولا تتجاوزه عادة إلى العقد).

<sup>21</sup> [...] "فأما المعنى فهو القصد يقال عنيت بهذا الكلام كذا أي قصدت وعمدت [...]". (أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (و 745 هـ / 1344 م - ت 794 هـ / 1392 م)، البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، 1391 هـ - 1971 م، ج 2، ص 146.

وفي هذا الاتجاه جاءت القاعدة (وهي مساوية للفصل 515 من مجلّة الالتزامات والعقود : انظر أعماله التحضيرية وبالتحديد الفصل 600 من الترجمة الكاملة: العبارة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والعنوان) التي حملتها المادة 3 من المجلّة العثمانية القائلة إنّ "العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". فالمقاصد هي المعاني والألفاظ هي المباني، أي أنّ الواو في الجملة عطفت الشيء على مرادفه.

<sup>22</sup> انظر إلى: (علي بن محمد بن علي) الجرجاني (و 740 هـ / 1339 م - ت 816 هـ / 1413 م)، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1405 هـ، ص 189: "عبارة النص هي النظم المعنوي المسوق له الكلام سميت عبارة لأنّ المستدلّ يعبر من النظم إلى المعنى والمتكلم من المعنى إلى النظم فكانت هي موضع العبور".

وانظر إلى **Gérard CORNU** (Linguistique juridique : préc., p. 39) حيث يتحدّث عن الكتابة وعن القراءة. فلكتابه رحلة في اتجاه القراءة أو التأويل رحلة في الاتجاه المعاكس.

لكن انظر من يأتي بتحليل أكثر دقّة: "قولفجانج هاينه مان" و "ديتر فيهفجر"، مدخل إلى علم لغة النصّ، ترجمة سعيد حسن بحيري، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 2004، ص 133 و ص 329 وما بعدها.

<sup>23</sup> انظر: **Pierre PESCATORE**, Introduction à la science du droit, Office des imprimés de l'Etat, Luxembourg, 1960, p. 351 et s.

<sup>24</sup> انظر إلى: **Jean-Louis BERGEL**, Méthodologie juridique, P.U.F., Paris, 1<sup>ère</sup> éd, 2001, p. 235 ; **Georges VEIDERKEHR**, Loi et décret, Rep civ. Dalloz, 1973, n° 180.

وانظر إلى من يكتفي بطرح السؤال: **André Jean ARNAUD**, Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique, A.P.D, n° 17, p. 164.

<sup>25</sup> انظر: **Jean CARBONNIER**, Droit civil. Les obligations, P.U.F., Paris, 21<sup>ème</sup> éd, 1998, n° 16; **Emmanuel GOUNOT**, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 171 et s.

<sup>26</sup> انظر: **محمد الزين**، النظريّة العامة للالتزامات. العقد، تونس، 1997، عدد 56 وما بعده؛ **Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Droit civil. Les obligations. Contrat, LITEC, Paris, 6<sup>ème</sup> éd, 1998, n° 189 et s.; **Jean-Luc AUBERT**, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit, ARMAND COLIN, Paris, 7<sup>ème</sup> éd, 1998, n° 124; **François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE**, Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd, 1996, n° 423; **Alfred RIEG**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 358 et s.; **Jean CARBONNIER**, Les obligations (préc.), n° 146.

<sup>27</sup> انظر: **Julien BONNECASE**, L'École de l'Exégèse en droit civil, de Boccard, Paris, 1924 ; **Nader HAKIM**, L'Autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle, L.G.D.J., Paris, 2002 ; **Léon HUSSON**, Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse, R.T.D. civ. 1976, p. 431; **Léon HUSSON**, Analyse critique de la méthode de l'exégèse, A.P.D. n° 17, p. 115; **Jean-Louis HALPÉRIN**, École de l'exégèse, Encyclopædia Universalis, 2009; **Nadhir BEN AMMOU**, Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, Th. de Doctorat d'État, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1996, p. 383 et s. ;

**محمد كمال شرف الدين**، قانون مدني. النظريّة العامة. الأشخاص. إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرّسمية للجمهورية التّونسية، ط 1، 2002، عدد 132 وما بعده؛ **Slaheddine MELLOULI**, Droit civil. Introduction à l'étude du droit, Imprimerie officielle de la République tunisienne, Tunis, 2000, n° 469 et s.; **Mohamed CHARFI**, préc, n° 421; **Hatem KOTRANE**, Introduction à l'étude du droit. Cadre juridique des relations économiques, C.E.R.P., Tunis, 1994, n° 149.

<sup>28</sup> انظر: **François GENY**, Méthode d'interprétation en droit privé et sources en droit positif, 1<sup>ère</sup> éd, 1899, L.G.D.J., Paris, 2<sup>ème</sup> éd, 1954 (nouveau tirage), T II, n° 156, 157, 185, etc.

أما الرأى الثاني، فيجعل تلك النقاشات هي نفسها تقريبا في العقد وفي القانون، وهذا يسمح بالخوض فيها في ميادين غير ميادينها التقليدية.

وأما الأمر الثاني، والذي عليه جدل فني، فيتمثل في إلزامية قواعد التأويل التي جاءت في القانون. وهنا تمّ موقفان:

موقف أول، وجد في فرنسا<sup>30</sup> وفي تونس<sup>31</sup>، ومفاده أنّ القواعد التي جاءت في القانون والتي تهّم تأويل العقد ليست ملزمة، أي أنّ هذه القواعد تدخل ضمن صنف القانون اللين Soft law. وهذا القول يتضمنّ آخرًا: ففي القواعد تمّ أدوات تأويل، وكلّ يفرز بعد إعماله معنى. فإذا كانت القواعد غير ملزمة، فاختيار أداة وترك أخرى ممكن، واعتماد معنى وترك غيره مباح. وهذا يعني أن ليس تمّ علوية لمعنى على آخر، ومن هنالك ليس تمّ نظام ولا تدرج ولا ترتيب تقاضلي ولا تراتبية (أو هرمية) بين تلك المعاني<sup>32</sup>. بعبارة واحدة: ليس تمّ مسار محدّد وملزم لعملية تأويل<sup>33</sup> العقد. فإذا كانت قواعد تأويل العقد شديدة الشبه بقواعد تأويل القانون<sup>34</sup>، أمكن نقل القول السابق إلى معاني القانون، وأمکن التأكيد أن لا علوية لواحد منها على الآخر ومن هنالك أن لا نظام ولا تدرج بينها ولا تراتبية (أو هرمية)؛ أي أن لا وجود لمسار محدّد وملزم لعملية تأويل العقد.

وانظر عرضاً موجزاً لطريقة البحث العلمي الحرّ عند: Jean-Louis BERGEL, préc., p. 249 et s.

<sup>29</sup> انظر مثلاً: Chaïm PERELMAN, L'interprétation juridique, A.P.D. n° 17, p. 31.

<sup>30</sup> انظر من يقول: « On sait que la Cour de cassation considère depuis 1807 que les dispositions des articles 1156 et suivants du Code civil sont plutôt des conseils donnés aux juges, en matière d'interprétation des contrats, que des règles rigoureuses et impératives, dont les circonstances, même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à les écarter ». Cyril GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, Revue des contrats, 2008-2, p. 217.

انظر كذلك ص 218 وما بعدها. انظر أيضاً: Théodore IVNAIR, préc., p. 154 et 156 ; Frédérique JULIENNE, L'office du juge en droit des contrats (Confrontation du droit positif aux projets de réformes internes et aux projets européens), R.R.J. 2008-4, p. 1941 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, préc., n° 425.

<sup>31</sup> انظر بالنسبة إلى بعض القواعد المتعلقة بالعقد: محمد الزين، م س، عدد 70 : تعرّض المؤلف إلى الفصلين 517 و518 ثمّ قال: "[...] إنّ استعمال المشرّع لصيغة الإيجاب في بعض هذه الأحكام لا يكسبها بالضرورة طابعا إلزاميا [...]".

وانظر بالنسبة إلى بعض القواعد المتعلقة بالقانون: Mohamed CHARFI, préc., n° 444. وتتبعي الإشارة إلى أنّ فصل (chapitre) المشروع المراجع (الذي يحتوي على نصوص تأويل العقد والقانون، أي على ما سيصير أغلبه الفصول 513 إلى 562 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسية) قد جاء بحاشيته الجانبية ما يلي:

« Ces règles de droit n'ont été insérées ici qu'afin de faire saisir la conformité des principes généraux du droit musulman avec ceux de notre législation, et de faciliter ainsi le travail de la Commission ; il y aura peut être lieu de les éliminer dans la rédaction définitive ».

وهذا الكلام للحاشية يمكن أن تستنتج منه عدّة أشياء، منها أنّ طرق التأويل في القانونين الإسلامي والفرنسي متقاربة حسب صاحب الحاشية. لكن يمكن أن يستخلص منه ما يلي: بما أنه قيل إنه قد يتخلّص من هذه القواعد فيما بعد، فإنّه لم يُرد أن تكون ملزمة. وهذه الخلاصة ممكنة. لكن تمّ أخرى. ومفادها بما أنه تمّ الإبقاء على هذه القواعد، فهذا يعني أن هنالك احتمالين. أولهما: وضعت هذه القواعد وأريد أن لا تكون ملزمة. وثانيهما: وضعت هذه القواعد وأريد أن تكون ملزمة. ووجود هذين الاحتمالين يبقي مسألة الإلزامية قابلة لأن يبحث فيها، ويبقي من تمّ ما يتبعها قابلا لأن يخاض فيه.

<sup>32</sup> انظر إلى: François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, préc., n° 425.

<sup>33</sup> انظر من يستعمل التعبير « processus d'interprétation » أو التعبير « processus interprétatif »: Jacques LEROT, Précis de linguistique générale, Les Éditions de Minuit, Paris, 1993, p. 53 ; Jacques MOESCHLER et Anne REBOUL, Dictionnaire encyclopédique de pragmatique, Seuil, Paris, p. 129.

<sup>34</sup> انظر مثلاً إلى الفصل 519 والفصل 532، وانظر إلى ما سيرد داخل هذا العمل. بل وانظر إلى المراجع المستعملة في المشروع المراجع وستجد: ابن نجيم، I، 100 في الحاشية الجانبية للفصل 604 (519 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلّق بالعقد) وابن نجيم، I، 100 في الحاشية الجانبية للفصل 617 (532 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالقانون). كما ستجد خان بهادر، 141. في الحاشية الجانبية للفصل 600 (515 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالعقد) وخان بهادر، 141 في الحاشية الجانبية للفصل 620 (535 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالقانون). إلخ.

وقد لا يحتاج إلى تقريب القانون من العقد للوصول إلى أنه يمكن وضع نفس التأكيد المتعلّق بعدم الإلزامية وذلك فيما يخصّ قواعد تأويل القانون. ففي فرنسا مثلاً وضع هذا التأكيد مباشرة فيما يخصّ القانون:

« Qu'elle que soit leur source, les règles d'interprétation n'ont qu'une valeur facultative pour l'interprète. Cette multitude désordonnée lui indique des directions contradictoires car (Les auteurs, que nous citons ici, vont citer PERELMAN [Logique juridique...n° 48, p. 95] lorsqu'il était, à son tour, en train de citer un auteur allemand

موقف ثانٍ، قيل به هو أيضاً في فرنسا<sup>35</sup> وفي تونس<sup>36</sup>، ومفاده - خلافاً للموقف الأول - كون القواعد التي جاءت في القانون والتي تهّم العقد هي قواعد ملزمة، أي تدخل ضمن صنف القانون الصلب Hard law<sup>37</sup>. وهذا القول - كسابقه - يتضمنّ آخراً: فهنا أيضاً تمّ في القواعد أدوات تأويل، وهنا أيضاً

---

STRUCK) il n'a jamais été possible de les hiérarchiser de façon telle que l'on puisse indiquer, a priori, à quelle technique d'interprétation il faut accorder la priorité quand les interprétations divergentes sont opposées les unes aux autres. Optionnelle, indicative, non contraignante, la règle d'interprétation est une directive, une recommandation, un conseil adressé à l'interprète». **Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN**, Introduction générale, DEFRENOIS, Paris, 2004, n° 403.

انظر أيضاً: **Gustavo ZAGREBELSKI**, Le droit en douceur. Il diritto mite, Traduit de l'italien par Michel LEROY, Presses Universitaires d'AIX-MARSEILLE, Economica, 2000, p. 129.

<sup>35</sup> هذا الرأْيُ يهَمُّ الفصل 1156 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة: **Louis BOYER**, Contrat et convention, Rep. civ. Dalloz, aout 1993, n° 256 : Soc. 11 juin 1942. D.C. 1943, 135, note Flour ; Civ., 1<sup>ère</sup> 20 janvier 1970, Bull. civ. I, n° 24 ; **Charles AUBRY et Charles RAU**, Cours de droit civil français, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 1871, n° 347. « Plusieurs auteurs ont plaidé en faveur de la juridicité des articles relatifs à l'interprétation [...] la cour de cassation a admis la juridicité de l'article 1156 du Code civil. Mais cette jurisprudence n'a pas fait tâche d'huile ». **Cyril GRIMALDI**, préc., p. 224.

انظر كذلك: **Frédérique JULIENNE**, préc., p. 1941. <sup>36</sup> انظر بالنسبة إلى العقد: **سامي الجريبي**, تفسير العقد، مركز النّشر الجامعي، تونس، 1999، عدد 315. وانظر القضاء الوارد عنده.

انظر بالنسبة إلى بعض قواعد تأويل القانون: **Mohamed CHARFI**, préc., n° 433 et s. انظر بالنسبة إلى عموم القواعد: **محمد كمال شرف الدين**، م س، عدد 114: " يفترض التّأويل احترام المنهجية التي سنّها المشرّع للغرض. وكلّ تأويل يبتعد عن هذه المنهجية يمثّل خطأ في التّأويل يمكن أن يستند إليه المعقّب" (على معنى الفصل 175 أولاً من م.م.ب.).

انظر أيضاً: **Nadhir BEN AMMOU**, Le pouvoir de contrôle ... (préc.), n° 845. <sup>37</sup> في علم أصول الفقه (أو علم منهجية القانون الإسلامي) يقسم القانون أو الأحكام المنظمة للسلوك البشري إلى قسمين: أحكام تنظّم السلوك البشري بصفة مباشرة (تتحدّث مباشرة عن فعل، فتوجبه أو تمنعه أو تعطي الخيار بين إتيانه وعدم إتيانه)، وتسمى أحكام تكليفية؛ وأحكام تنظّم السلوك البشري بصفة غير مباشرة (لا تتحدّث مباشرة عن فعل. مثال ذلك نصّ يقول عن عقد في صورة ما إنّه صحيح أو إنّه باطل)، وتسمى أحكام وضعيّة. ولا يوجد حكم وضعي إلا ويوجد معه حكم تكليفي يرتبط به. ولقد اقترحنا في عمل نشر سابقاً [عبد المجيد الزّروقي، الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود (دراسة تحليلية للعلاقة بين الأحكام القانونيّة)، منشور بـ: كتاب ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 1906 - 2006، مركز النّشر الجامعي، 2006، ص 59 وما بعدها] نقل هذا التقسيم إلى القوانين الوضعيّة: أولاً لأنّها تحوي قواعد تنظّم السلوك البشري بصفة مباشرة وغير مباشرة؛ ثانياً لأنّ التقسيم يحلّ عديد الصّعوبات التي تعترض من لا يميّز بين قسيمي القواعد.

زيادة على ما تقدّم، يقسم علم أصول الفقه الأحكام المنظمة مباشرة للسلوك البشري إلى خمسة أقسام: الوجوب، والمنع، والحق، والنّدب، والكراهة. وفي نفس العمل المشار إليه منذ قليل، لفتنا الانتباه إلى أنّ النّدب والكراهة في القانون الإسلامي صار لهما - منذ وقت قريب جداً - في القوانين الغربيّة ما يقابلهما. فعلاً، توصلّ التّفكير القانوني الغربي إلى أنّ القانون ليس صنفاً واحداً بل صنفان: قانون صلب Hard law، وتدخل فيه الأحكام المعروفة قبل اكتشاف التّصنيف؛ وقانون لينّ Soft law، وتدخل فيه الأحكام التي تمّ التّفكير في نسيجها واكتشف أنّه مختلف عن المعروف ومن ثمّ أنّه صنف مستقلّ.

وقواعد تأويل العقد - وهنا نصل إلى ما يهَمُّ البحث الذي نحن بصدده - تمّ من يقول إنّها غير ملزمة، ويدخلها من ثمّ ضمن صنف القانون اللينّ. لكن تمّ - كما رأينا - من يقول إنّها ملزمة، وهؤلاء يدخلونها إذن في صنف القانون الصلب.

(انظر إلى: **Catherine THIBIERGE**, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, R.T.D. civ., 2003, p. 1305 et s.) **Natalie DESCOT**, Les règles de droit civil non sanctionnées, R.R.J., 2008-3, p. 616 ;

وما قيل عن قواعد تأويل العقد، ينسحب على قواعد تأويل القانون. ملاحظة 1: يبدو من الكتابات الغربيّة أنّ من يدخل قواعد التّأويل في صنف القانون اللينّ، يعتبر أنّها تمثّل حتّى على الفعل recommandation de faire، أي تمثّل ما لو ذهينا إلى أصول الفقه لوجدناه تحت اسم النّدب.

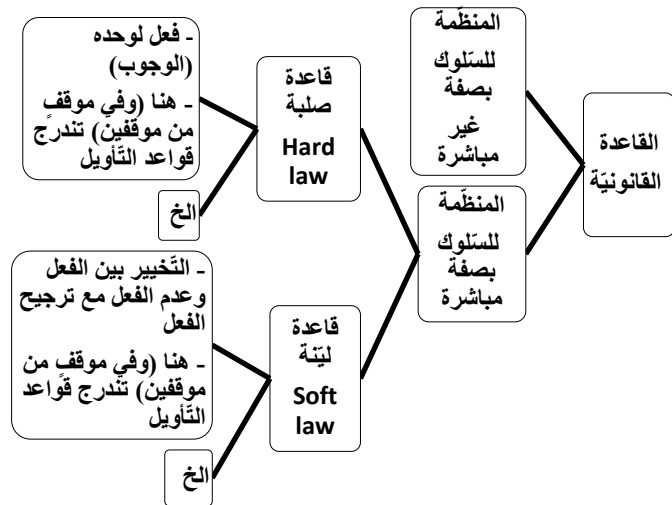
ملاحظة 2: قواعد التّأويل تتوجّه إلى القاضي. انظر تنبيهاً إلى هذا البعد لمن يتناول مسألة الإلزاميّة: **Cyril GRIMALDI**, préc., p. 219.



كلّ أداة تفرز بعد إعمالها معنى. لكن هنا القواعد ملزمة. وعلى هذا، يكون إعمال أداة وترك أخرى خاضعا لضوابط؛ ويكون اعتماد معنى والتخلي عن غيره وجوبياً. وهذا يعني أن هنالك علوية لمعنى على آخر، ومن ثمّ أن هنالك نظاماً وتدرجاً وترتيباً تفاضلياً أو تراتبية (أو هرمية) بين المعاني<sup>38</sup>. بعبارة واحدة: ثم مسار محدّد وملزم لعملية تأويل القانون.

وزيادة على ما جاء للتوّ يمكن – لنفس السبب الوارد أعلاه في إطار الموقف الأوّل - نقل القول بالإلزامية وما يتبعها من العلوية والتراتبية (أو الهرمية) من العقد إلى القانون<sup>39</sup>، أي يمكن القول بوجود مسارٍ محدّد وملزم لعملية تأويل القانون.

9. وما تقدّم من جدل فنيّ يفتح الباب لاتخاذ وجود العلوية والتراتبية والهرمية في المعاني<sup>40</sup>، أي لاتخاذ وجود مسار تأويليّ محدّد وملزم، فرضية بحث وذلك في مادّتي العقد والقانون.



<sup>38</sup> قارن مع: Charles AUBRY et Charles RAU, préc., n° 347.

وانظر إلى من اقترح تراتبية (أو هرمية): Daniel VEAUX, J.-cl. civ. code, Art 1602, Fasc. unique, 8, 1998, n° 12; Jacques BORÉ, Un centenaire: le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes, R.T.D. civ., 1972, p. 304, n° 117.

وانظر إلى:

Philippe SIMLER, J.-cl. civ. code 1156 à 1164 Fasc. (21 juin 2001), n° 36 : « un système conférant aux articles 1156 et suivants valeur de règle de droit, s'imposant aux juges du fond, serait sans doute concevable. Il impliquerait cependant [...] l'établissement d'une hiérarchie entre les divers articles du code ».

<sup>39</sup> انظر إشارة إلى التراتبية (أو الهرمية) في مادة تأويل القانون عند:

Chaïm PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Dalloz, Paris, 2<sup>ème</sup> éd, 1979, n° 48, p. 95; Mario SBRICCOLI, Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du moyen âge, A.P.D., n° 17, p. 105.

<sup>40</sup> هنالك من استعمل في مادة تأويل العقد العبارة الفرنسية: "Hiérarchie". انظر: Jacques BORÉ, Un centenaire (préc), p. 305;

Philippe SIMLER, préc, n° 36.

وهناك من استعمل هذه العبارة في مادة تأويل القانون: Chaïm PERELMAN, Logique... (préc.), p. 95; Mario SBRICCOLI, préc., p. 105.

وتترجم "Hiérarchie" ب: "التراتبية" (أو الهرمية)، إلخ.

وإن مسألة ترتيب المعاني في أصول الفقه (إلخ) تستعمل داخلها عبارة:

- الظهور

انظر مثلاً: (محمد بن إسماعيل الأمير) الصنعاني (و: 1099 هـ / 1688 م - 1182 هـ / 1762 م)، إجابة السائل شرح بغية الأمل، تحقيق حسين بن أحمد السباعي وحسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1986، ص 310؛ (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، (و: 1173 هـ / 1760 م - ت: 1250 هـ / 1834 م)، إرشاد الفحول، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ / 1992 م، ص 207-258-288-290-372- إلخ؛ (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب) النمشقي، (و: 691 هـ / 1292 م - ت 751 هـ / 1350 م)، إعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973، ج 3، ص 108؛ (علي بن عبد الكافي) السبكي، (ت 756 هـ / 1355 م)، الإبهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1404 هـ / 1984 م، ج 1، ص 215 - 216؛ (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، (و 551 هـ / 1156 م - ت 631 هـ / 1234 م)، الإحكام، تحقيق سيّد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1404 هـ / 1984 م، ج 2، ص 151-161-177- إلخ؛ (أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف) الجويني، (و 419 هـ / 1028 م - ت 478 هـ / 1085 م)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الذيب، الوفاء، المنصورة. مصر، ط 4، 1418 هـ / 1997 م، ج 1، ص 279-281؛ (عبد القادر) بن بدران النمشقي، (ت 1346 هـ / 1927 م)، المدخل، تحقيق عبد بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1401 هـ / 1981 م، ص 249؛ آية الله الخميني، مناهج الوصول إلى علم الأصول، تحقيق ونشر مؤسسة

كما أنّ ذلك الجدل يفتح المجال لأن تتخذ - كفرضية بحث تابعة للسابقة - كون التراتبية (الخ) واحدة في المادتين، أي كون المسار التأويلي لا يختلف من العقد إلى القانون.

بعبارة أخرى، يفتح الجدل المذكور باب الاشتغال على الإشكالية التالية: هل تمّ مسار تأويلي محدد وملزم في كلّ من مادة العقد والقانون؟ وإن كان الجواب بالإيجاب هل أنّ هذا المسار واحد في المادتين؟

هذا عن إشكالية البحث، وهي كما يرى تتكوّن من جزئين: جزء أساسي يتعلّق بالوجود، وجزء تابع يتعلّق بكيفية الوجود.

وإذا كانت الإشكالية تتكوّن من جزئين، ففرضية البحث ستتركّب بدورها من عنصرين: عنصر متبوع وعنصر تابع. والعنصر المتبوع سيكون: نعم تمّ مسار؛ أمّا التابع فسيكون: نعم المسار واحد.

10. هذا هو جوابنا عن الإشكالية، وهذا هو الفرض الذي سيصدر عنه عملنا. ومن ينظر في فقه قضاء محكمة التعقيب - وهنا نصل إلى ما يربط عملنا بالسياق الذي يأتي في نطاقه - يمكنه القول إنّها تتبنّى على الأقلّ العنصر المتبوع في فرضية بحثنا.

فمن جهة أولى تقول محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة وغير المجتمعة، في قراراتها المنشورة وغير المنشورة، بصفة صريحة أو ضمنية إنّ قواعداً لتأويل العقد ملزمة: قرار صادر في 24 جوان 2008<sup>41</sup>؛ قرار صادر في 26 فيفري 2008<sup>42</sup>؛ قرار صادر في 8 ديسمبر 2006<sup>43</sup>؛ قرار صادر في

---

تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، قم، ط 2، 1415 هـ، ج 1، ص 125؛ آية الله البروجردي، لمحات الأصول، إفادات البروجري بقلم الخميني، تحقيق ونشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط 1، 1379 هـ - 1421 هـ/2000 م، ص 340؛ (محمد سماعي) الجزائري، نظرية الأصل والظاهر في الفقه، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1426 هـ/2005 م، ص 26. - الأصالة

انظر مثلاً لجنة تأليف القواعد الفقهية والأصولية التابعة لمجمع فقه آل البيت، قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، مركز الطباعة والنشر لمجمع فقه أهل البيت، إيران، ط 1، 1423 هـ/2002 م، ص 246.

- وقريباً من العبارة السابقة تستعمل عبارة الأصل  
انظر مثلاً: (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 267؛ (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي) الشيرازي (ت 476 هـ/1083 م). النّبصرة، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1403 هـ/1983 م، ص 123.  
- كما تستعمل عبارة الرّجحان وما يقرب منها

انظر مثلاً: (علي بن محمد) البزدوي، (ت 382 هـ/922 م)، أصول البزدوي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، ص 66؛ (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 455؛ (محمد سماعي) الجزائري، م س، ص 27.

ومن ينظر إلى مجلّة الالتزامات والعقود، يجد لفظة "ظاهر" في الفصل 515 من مجلّة الالتزامات والعقود، ولفظة "الأصل" في الفصول 556 و558 و559 و560 و562 (هذه النصوص لا تدخل في هذا العمل، ولكنها ذات علاقة به: انظر عدد 113).

وينبغي أن يشار هنا إلى أن تمّ من يتحدّث على مستوى الظهور عن الدلالة التصديقية وعن كونها سياقية ومقامية، ويربط جميع ما سبق بالإرادة الجذبة: "سبق أن قسمنا الدلالة إلى الدلالة الألسنية وهي خطور المعنى عند خطور اللفظ وتحديثنا عن حقيقتها وأنها من باب التلازم أو من باب الهويّة (كلمة مركبة من « هو هو » معناها أنّ المحمول عين الموضوع. تقابلها في الفرنسية: Tautologie)، والدلالة التفهيمية وهي الحكم على كون المتكلم الملتفت قاصداً لتفهيم الظاهر من كلامه، والدلالة التصديقية وهي الحكم على كون المتكلم مريداً للمعنى الظاهر من كلامه إرادة جذية. فالظاهر حجّة له وعليه. وما نركّز عليه الآن من الأقسام هو القسم الثاني وهو الدلالة التفهيمية أي كون المتكلم الملتفت قاصداً لتفهيم معنى كلامه، وأما الدلالة الألسنية فقد سبق البحث عنها وعن حقيقتها ومنشئها، وأما الدلالة التصديقية فليست دلالة لفظية بل دلالة سياقية مقامية، أي ظاهر كون المتكلم في مقام البيان والتفهيم هو كونه مريداً واقعاً للمعنى الظاهر، وكلامنا الآن في الدلالة اللفظية أي الدلالة المستندة للفظ، ودلالة الكلام على كون ظاهره مراداً جذياً للمتكلم وإن اكتسبها اللفظ ولكن حقيقتها هي ظهور حال المتكلم في كون ظاهر كلامه مراداً جذياً له، فهي دلالة مقامية أولاً وبالذات ودلالة لفظية ثانياً وبالعرض". السيد علي الحسيني السيستاني، الرّافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السيّد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السيّد السيستاني، قم، 1414 هـ، ص 174 و175.

إذا عدنا ثانية إلى القانون الوضعي، وجدنا أنّ عبارة التراتبية (أو الهرمية، أو العلوية Suprématie، إلخ) مستعملة الآن في مادة تأويل العقد والقانون فحسب، بل فيما يخصّ القواعد (Hiérarchie des normes)، والأنظمة العامة (Hiérarchie des ordres publics)، والمدنيين (Hiérarchie des débiteurs) والدائنين (Hiérarchie des créanciers)، وفي التأمينات (Hiérarchie des sûretés)، وفي النسب (Hiérarchie des filiations)، وفي المحاكم (Hiérarchie des tribunaux)، وفي الميراث (Hiérarchie successorale)، وفي وسائل الإثبات (Hiérarchie des modes de preuve)، وفي الأخطاء (Hiérarchie des fautes)، وفي أنواع المسؤولية (Hiérarchie des responsabilités)، وفي الشركاء (Hiérarchie des associés)، وفي غير ذلك.

<sup>41</sup> تع، عدد 18047، صادر في 24 جوان 2008 (غير منشور): "وحيث من جهة أخرى، فإنّ اعتماد محكمة القرار المعقّب للتّرخيص الصّادر عن الطّاعن الآن للمعقّب ضدّه في إقامة إحدائات إنّما كان متعلّقه البناء بمسافة التّراجع بالطّابق العلوي الأوّل دون غيره حسبما بيّنه تقرير الاختبار

21 نوفمبر 2005<sup>44</sup>؛ قرار صادر في 25 أبريل 2005<sup>45</sup>؛ قرار صادر في 2 ديسمبر 2004<sup>46</sup>؛ قرار صادر في 4 نوفمبر 2003<sup>47</sup>؛ قرار صادر في 17 أبريل 2001<sup>48</sup>، قرار صادر في 23 جانفي 2001<sup>49</sup>؛ قرار صادر في 14 ديسمبر 1992<sup>50</sup>؛ قرار صادر في 29 مارس 1979<sup>51</sup>؛ قرار صادر في 30 جانفي 1976<sup>52</sup>.

ومن جهة ثانية تقول محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة وغير المجتمعة، في قراراتها المنشورة وغير المنشورة، بصفة صريحة أو ضمنية إنّ قواعداً لتأويل القانون ملزمة: قرار صادر في 25

ورخصة البناء الصادرة عن البلدية، وهو ما تكون معه المحكمة قد حرّفت مضمون الترخيص الصادر عن المعقّب لما فسّرتّه بغير ما اقتضته الأحكام العامة لتفسير الكتاب الواردة بها مجلّة الالتزامات والعقود وبخاصّة منها الفصل 515 من أنّ العبرة بالمقاصد وما اقتضاه الفصل 530 من أنّ العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التعامل فيه أو الالتزام به".

42 تع، عدد 15074، صادر في 26 فيفري 2008 (غير منشور): "وحيث إلى ما تقدّم فإنّ تفسير العقود مسألة موضوعية ولم تخرق محكمة القرار المنتقد قواعد القانون الضابطة لطرق ذلك التفسير الواردة بها مجلّة الالتزامات والعقود، ومن ثمّ فإنّه لا مجال لإعمال رقابة في ذلك من لدن محكمة التّعقيب، بل إنّ محكمة القرار المطعون فيه قد رأت أنّ عبارات عقدي البيع واضحة، ومن ثمّ انتهت إلى أنّ طلب تفسيرها أو تأويلها في غير طريقه لأنّ من شأن ذلك أن يؤدّي إلى تحريف مضمونها. وحيث إنّ ذلك إنّما يتفق وما اقتضاه الفصل 513 من مجلّة الالتزامات والعقود من أنّه إذا كانت عبارة الكتب واضحة فلا عبرة بالدلالة، وما اقتضاه الفصل 514 من ذات المجلّة من قصر للأحوال التي يسوغ فيها التأويل على صور ثلاث".

43 تع، عدد 3231، صادر في 8 ديسمبر 2006 (غير منشور): "حيث أنّ تأويل العقود والكتائب هي من الأمور الموضوعية الراجعة لمطلق اجتهاد قضاة الأصل بشرط التعليل السليم المؤسّس على ما له أصل ثابت بملفّ القضية واستناداً لأحكام الفصل 514 من مجلّة الالتزامات والعقود وما بعده المحدّدة لصور التأويل وضوابطها".

44 تع، عدد 2562، صادر في 21 نوفمبر 2005، ن. II، ص 115 - 117: "وحيث أنّ المحكمة ليس لها حقّ تأويل العقود إلا إذا توفّرت الأسباب الداعية له المشار إليها بالفصل 514 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. ومن المعلوم أنّ العبارة الواضحة لا تحتاج إلى تفسير، وإن وقع تفسيرها فلا يجوز الانحراف عن المعنى الواضح لأنّ الانحراف عن المعنى الواضح تحريف له وتشويه ممّا يوجب النقص".

45 تع، عدد 7645، صادر في 25 أبريل 2005، ن. II، ص 311 - 313: "كلّ مستثنى يضيق تأويله عملاً بأحكام الفصل 540 من مجلّة الالتزامات والعقود".

46 تع، عدد 4323، صادر في 2 ديسمبر 2004، ن. II، ص 313 - 315: "وحيث أنّ تأويل عقد القرض وخاصّة عبارة ضامن المذيل بها اسم الطاعن لا يمكن الأخذ بظاهر لفظها بل يتعيّن البحث عن المقصود بها من خلال فصول العقد".

47 تع، عدد 25055، صادر في 4 نوفمبر 2003، ن. II، ص 77 وما بعدها: "تكبيف العقود وتحديد طابعها القانوني يتطلّب من المحكمة التّقيّد بعبارات العقد وبمدلول معاني كلماته وبطبيعة موضوعه والسبب الذي يقوم عليه ذلك العقد حتّى تنتهي إلى تصنيفه بإدراجه بالصّنف الذي تنتمي إليه وهو التعليل الذي يتوجّب توفّره في كلّ الأحكام القضائية".

48 تع، عدد 5905، صادر في 17 أبريل 2001، ن. II، ص 59 - 63: "وهذا المنحى يتفق ومقتضيات الفصل 517 من مجلّة الالتزامات والعقود التي يعمل بها عند تفسير الكتاب بما فيها نصوص الأحكام والقائلة بأنّ فصول الكتب تؤوّل بعضها ببعض بأن يعطى لكلّ منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخّر في نسق الكتابة. وبذلك فقد أضحى هذا المطعن في غير طريقه".

49 تع، عدد 2154، صادر في 23 جانفي 2001، ن. II، ص 43 - 46: "وعلى كلّ حال (قد يؤخذ هذا التّعبير كمؤشّر على أنّنا أمام قرار مبدئي) فإنّ تفسير العقود للتعرّف على حقيقة القصد منها هو من اختصاص قضاة الأصل بشرط بيان الأسباب التي أقتعتهم بأنّ المعنى الذي أخذوا به هو المقصود".

50 تع، عدد 36479، صادر في 14 ديسمبر 1992، ن. II، ص 326 - 328: "وحيث أنّ الطرفين مختلفان حول المقصود من كلمة إزالة الحجارة. وحيث أنّ هذا الاختلاف يتطلّب من محكمة الموضوع تفسير إرادة الطرفين على أنّ تلتزم في قواعد التفسير بالقواعد القانونية الوارد بها الفصل 513 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود أنّه إذا تراوح تفسير العقد بين وجه متعدّد لزم أن يكون التفسير لما فيه مصلحة المدّين".

51 تع، عدد 1268، صادر في 29 مارس 1979، ن. I، ص 158 - 160: "كان على المحكمة أن تتحرّى وراء مقصد الجانبين بالوقوف على حالة المبيع المادّي وما طرأ على العقار من أوضاع قانونية حتّى تتبين عن روية ما إذا كان العقد بحقّ قابلاً للتفسير أمّا قد اقتضت في ردّ دفاع الطاعن على ملاحظة أنّ عقد البيع لا يقبل التأويل في كون المقصود من المبيع هو جميع الرّسم العقاري بمساحته المبيّنة والمشيّد عليها المعمل فإنّها تكون وقعت في مخالفة القانون بإهمالها سلوك طرائق التفسير التي يجح إليها كلّما حثّ بعبارات العقد ريب أو خيم شكّ على فحواه".

52 تع، عدد 12082، صادر في 30 جانفي 1976، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 417 - 436: "وحيث لا عبرة بالأوصاف القانونية التي يضيفها الخصوم على ما ينجزونه من أعمال إذ من حقّ المحكمة بل من واجبها بعد عرض تلك الأعمال عليها أن تعطّيها الوصف الذي يقتضيه القانون بدون التفتات لأقوال الخصوم".

نوفمبر 2008<sup>53</sup>؛ قرار صادر في 28 أكتوبر 2008<sup>54</sup>؛ قرار صادر في 10 ديسمبر 2007<sup>55</sup>؛ قرار صادر في 5 نوفمبر 2007<sup>56</sup>؛ قرار صادر في 4 أكتوبر 2007<sup>57</sup>؛ قرار صادر في 22 فيفري 2007<sup>58</sup>؛ قرار صادر في 3 ماي 2005<sup>59</sup>؛ قرار صادر في 10 جانفي 2005<sup>60</sup>؛ قرار صادر في 21 ديسمبر 2004<sup>61</sup>؛ قرار صادر في 8 نوفمبر 2004<sup>62</sup>؛ قرار صادر في 4 ماي 2004<sup>63</sup>؛ قرار صادر في 16 جوان 2004<sup>64</sup>؛ قرار صادر في 9 فيفري 2001<sup>65</sup>؛ قرار صادر في 29 فيفري 1996<sup>66</sup>؛

<sup>53</sup> تع، عدد 28165، صادر في 25 نوفمبر 2008 (غير منشور): "فحصر الحرمان من الضمان عند السياقة بحالة سكر في السائق المالك للسيارة دون السائق مكتتب عقد التأمين أو حافظ السيارة يعتبر تقريباً بين متساويين لا مبرر له ومخالفاً للقاعدة القانونية العامة التي تقتضي المساواة أمام القانون ومخالفاً بالتالي لأحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي تفسير القواعد القانونية طبق القواعد العامة، فحصر الاستثناء في مالك العربية دون سواه يجعل أغلب السائقين غير مسؤولين مدنياً عن سبقتهم بحالة سكر بما يؤدي إلى الإخلال بالهدف الذي أراده المشرع بالاستثناء وهو الحد من مخاطر حوادث الطريق، فيكون قضاء محكمة القرار المطعون فيه بالصورة التي عليها قرارها مخالفاً للفصلين 1 و 4 من أمر 30 جانفي 1961".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>54</sup> تع، عدد 25750، صادر في 28 أكتوبر 2008 (غير منشور): "فعبارة القانون هنا مطلقة ومن ثم فهي تجري على إطلاقها على معنى الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود فلا تجوز التفرقة حيث لم يجز القانون ذلك [...] صيغة (كما يؤخذ برأي الدائنين حول الطرح من ديونهم) إنما تفيد استناداً للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود حسب وضع اللغة وجوب العمل بذلك الرأي، فهي جملة خبرية تفيد الإنشاء، وهو ما يتأكد بمراد واضع القانون الوارد ب...".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>55</sup> تع، عدد 14290، صادر في 10 ديسمبر 2007، ن. I، ص 81 - 85: "وردت عبارتها مطلقة ويتعين قانوناً أخذها على إطلاقها".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>56</sup> تع، عدد 11281، صادر في 5 نوفمبر 2007، ن. I، ص 243 - 247: "[...] قاعدة عامة غير مقيّدة منطبقة على إطلاقها... ثم لو أن المشرع قصد غير ذلك المعنى ل...".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>57</sup> تع، عدد 14290، صادر في 4 أكتوبر 2007، ن. I، ص 47 - 49: "[...] النص الخاص يقدم على النص العام [...] تكون محكمة القرار المطعون فيه [...] قد أخطأت تطبيق القانون [...] وعرضت قضاءها للنقض".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>58</sup> تع، عدد 6457، صادر في 22 فيفري 2007 (غير منشور): "وحيث لتجاوز هذه الصعوبة الناجمة عن غموض النص ودلالته الحرفية والظاهرية يستدعي الأمر إعمال قواعد التأويل المقررة قانوناً وخاصة الفصل 532 [...] ومن ثم إنه من الضروري استجلاء مقصد المشرع للوقوف على دلالة النص [...] وحيث بالإضافة إلى ذلك وزيادة في التحري لاستجلاء مقصد المشرع تم الرجوع إلى مداوات مجلس النواب [...]".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>59</sup> تع، عدد 8325، صادر في 3 ماي 2005، ن. II، ص 245 - 247: "[...] جاء ضمن قانون خاص فهو مقدم في التطبيق على القانون العام [...] محكمة الأساس [...] أحسنت تطبيق القانون [...]".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.  
<sup>60</sup> تع، عدد 8807، صادر في 10 جانفي 2005، ن. II، ص 187 - 191: "وحيث أن تمسك المعقبة بوجوب توجيه الإعلام قبل القيام بدعوى الفسخ لا يجد له سنداً في عبارات الفصل 242 من المجلة التجارية، ويعتبر من باب تحميل النص القانوني ما لا تقتضيه عباراته خلافاً للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود وبذلك أضحى المطعان يستوجب الرد".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>61</sup> تع، عدد 3802، صادر في 21 ديسمبر 2004، ن. II، ص 385 - 389: "[...] فإنها تتميز بصيغة استثنائية ومن ثم لا يسوغ التوسع في تفسير النصوص المتعلقة بها لأن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>62</sup> تع، عدد 3781، صادر في 8 نوفمبر 2004، ن. II، ص 65 - 69: "[...] وجب أن لا يؤخذ النص على إطلاقه [...]".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>63</sup> تع، عدد 248، صادر في 4 ماي 2004، ن. II، ص 17 - 19: "[...] عبارة النص المذكور جاءت بصيغة الإطلاق وترتبط على ذلك يعتبر إقراراً حكماً كل قرار صادر لدى حاكم سواء كان متعهداً بدعوى أصلية أو دعوى استعجالية، وسواء كان مختصاً أو غير مختص، وسواء كان في نفس النزاع أو في نزاع آخر [...] وتبعاً لذلك فإن محكمة القرار [...] تكون قد أسست قضاءها على سند صحيح".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>64</sup> تع، عدد 1212، صادر في 16 جوان 2004، ن. II، ص 305 - 308: "وحيث أن محكمة الدرجة الثانية [...] لم تخرق أحكام الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود مما يتجه رد هذا المطعن".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>65</sup> تع، عدد 6194، صادر في 9 فيفري 2001، ن. II، ص 35 - 37: "[...] الحرمان من الضمان استثناء [...] وبذلك لا يمكن تفسير الفقرة الثالثة من الأمر عدد 80 لسنة 1961 بما يوسع تطبيق الحرمان من الضمان وفق الفصل 540 من المجلة المدنية الذي يوجب عدم التوسع في الاستثناءات التي أتى بها القانون [...] كما لا يجوز أخذها بطريق القياس".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>66</sup> تع، عدد 18148، صادر في 29 فيفري 1996، قرارات الدوائر المجتمعة 1995 - 1996، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 417 - 436: "[...] على أن الاستثناءات لا تكون إلا صريحة وبذلك فإن يجب تفسيره (الفصل) في حدود النص الصريح دون توسع وهو أيضاً ما يقتضيه الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود".  
إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

قرار صادر في 18 جانفي 1996<sup>67</sup>؛ قرار صادر في 24 نوفمبر 1989<sup>68</sup>؛ قرار صادر في 16 أكتوبر 1989<sup>69</sup>؛ قرار صادر في 26 فيفري 1988<sup>70</sup>؛ قرار صادر في 27 نوفمبر 1987<sup>71</sup>؛ قرار صادر في 2 ماي 1986<sup>72</sup>؛ قرار صادر في 25 نوفمبر 1983<sup>73</sup>؛ قرار صادر في 14 جانفي 1980<sup>74</sup>؛ قرار صادر في 18 فيفري 1969<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> تع، عدد 41315، صادر في 18 جانفي 1996 (ومثله القرارات عدد: 58348 و 41473 و 42294)، قرارات الدوائر المجتمعة 1995 - 1996، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 26 - 31: "[...] على أن الاستثناء من الضمان يجب أن يكون صريحاً وبذلك لا يمكن تفسير الفقرة المشار إليها بما يوسع مجال تطبيق الحرمان وهو ما يقتضيه أيضاً الفصل 540 ومجلة الالتزامات والعقود في تأويل النصوص القانونية والذي يوجب عدم التوسع في الاستثناءات التي أتى بها القانون. وحيث أنه لو كان المقصود تعميم الحرمان على كل المؤمنين (بالتفتح) سواء تولوا السيادة أو لا إذا ارتكب أحدهم حادث مرور وهو بحالة سكر لما كانت هنالك حاجة للتخصيص بعبارة (الذي يسوق سيارته بنفسه). وما دام قد حصل التخصيص فهو يدل على حصر الحرمان في نطاق أضيق مما لو بقيت كلمة (مؤمن) دون إضافة (الذي يسوق سيارته) [...] وحيث أنه تبعاً لذلك يعتبر تفسير الفقرة الثالثة من الفصل الرابع بحصر الحرمان من الضمان في المؤمن الذي يسوق بحالة سكر مطابقاً لشروط التأويل الواردة بالفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود لاعتماده على المدلول اللغوي وإرادة المشرع".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>68</sup> تع، عدد 24596، صادر في 24 نوفمبر 1989، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 602 - 616: "وحيث يتبين من عبارات هذا النص أنها جاءت واضحة الدلالة بيّنة المقصد لما حجرت على القضاة بصورة مطلقة اعتماد العقود والوثائق غير المسجلة [...] فإن محكمة القرار [...] تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>69</sup> تع، عدد 11637، صادر في 16 أكتوبر 1989، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 574 - 581: "وحيث أن عبارة (الوفاء) في النص المذكور جاءت مطلقة ليس فيها ما يقيد بالالتزامات المالية دون غيرها، لذلك فللمحكمة الموضوع أن تقضي بالفسخ إذا لم ينفذ المدين التزاماته سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن أو التزامات أخرى [...] وحيث أن محكمة الموضوع لما استخلصت من كل ما تقدم وجود ما يكفي واقعاً وقانوناً للحكم بالفسخ تكون قد طبقت الفصل 273 تطبيقاً سليماً، وتعين لذلك رد هذا المطعن".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>70</sup> تع، عدد 18726، صادر في 26 فيفري 1988، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 528 - 538: "وحيث تجدر الملاحظة أن المشرع عتبر على مقصده الحقيقي من كلمة المؤمن (بالتفتح) في تعريفه لمعناه تعريفاً واضحاً بالفصل الأول من الأمر عدد 61 المؤرخ في 30 جانفي 1961 كما يلي: أ - من عبارة المؤمن (بالتفتح): المكتب لعقد التأمين وملك العربية وكل شخص مكلف بموجب رخصة منهما بحراسة العربية أو سوقها إلخ. وحيث اقتضى الفصل 4 من الأمر المشار إليه في فقرته الثالثة أن المؤمن (بالتفتح) الذي يسوق سيارته بنفسه [...] (والذي) حكم عليه لأنه كان يسوق وهو في حالة سكر بادية للعيان يحرم من الضمان [...] وحيث أن ضمير الغائب في (سيارته) يرجع إلى المؤمن القريب لا إلى المالك البعيد [...] إذ لو قصد المشرع المالك بالذات لقال مثلاً (المالك المؤمن) أو (المؤمن المالك) استبعاداً لغيره [...] وحيث يستخلص والحالة تلك أن كلمة المؤمن الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل الرابع الأنف الذكر لا تقيد الحصر والقصر على مالك السيارة، بل تقيد كل من شملهم التعريف المبين بالفصل الأول المشار إليه وهو المؤمن بمفهومه الواسع ضرورة (أن) عبارة القانون تؤخذ على إطلاقها".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>71</sup> تع، عدد 17278، صادر في 27 نوفمبر 1987، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 488 - 495: "حيث اقتضى الفصل 26 مرافعات في فقرته الأولى أنه إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاعف لتحديد مرجع النظر ودرجة الحكم. وحيث أن عبارة النص المذكور عامة ومطلقة والمطلق يؤخذ على إطلاقه [...] وحيث أن المحكمة لما قضت بالصورة السالف بيانها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 26 المتحدث عنه، وتأسيساً على ذلك يعتبر القرار المعقب قد جانب الصواب فيما ذهب إليه الأمر الذي يعرضه للنقض".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>72</sup> تع، عدد 8198، صادر في 2 ماي 1986، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 593 - 601: "وحيث يترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه لما تولى النظر في الدعوى وقضى لفائدة القائمين بها بغرامات تطبيقاً لأحكام القانون العام والحال أن القانون الخاص المشار إليه هو الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة عليه يكون قد جاء مخالفاً للقانون".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>73</sup> تع، عدد 6216، صادر في 25 نوفمبر 1983، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 381 - 391: "وحيث يستفاد من هذه الأحكام أنها صريحة في لفظها ومعناها وعبارتها تقتضي العموم والشمول في قولها لا تمضي على الشفيع عمليات التقويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة سواء أكانت عمليات التقويت لقريب أو شريك آخر وسواء أكانت قبل القيام بالأخذ بالشفعة أو بعد. وهي من الوضوح والصراحة بحيث لا تقبل أي تأويل أو فهم مغاير".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>74</sup> تع، عدد 3482، صادر في 14 جانفي 1980، ق. ت. أفريل 1981، ص 112 - 114: "حيث أنه لا خلاف وأن الفصل 236 من القانون الجنائي الوارد بعقوبة الزنا لم يحصر كيفية خاصة لعملية وقوع الزنا ولذا فإنه يؤخذ على إطلاقه وعمومه إذ أن القاعدة العامة تقرّر أن اللفظ إذا أطلق انصرف إلى عموم أفراده ومن ثم فإن جريمة الزنا تثبت سواء كان الاتصال الجنسي بذلك أو بالإيلاج. وعليه فإن ما ذهب إليه الحكم المنتقد من تخصيصه بثبوت جريمة الزنا بالإيلاج دون ذلك فيه تحريف وخرق لأحكام الفصل 236 المذكور واستوجب للنقض".

إذن يفهم من كلام محكمة التعقيب أن قواعد التأويل ملزمة.

<sup>75</sup> تع، عدد 6396، صادر في 18 فيفري 1969، ن، ص 25 - 26: "حيث أن الفصل 281 (تجاري) نصّ على ما يأتي: (أن النيابة التي يتضمّنهما التظهير التوكيلي ينقض حكمها بوفاة الموكل أو بفقده الأهلية). وحيث أن القرار اعتبر هذا النصّ غامطاً غلطاً مطيعياً وأدخل عليه حرف (لا) النافية قبل كلمة (ينقض) وبذلك غير معنى الفقرة المذكورة رأساً على عقب واعتمد في ذلك على مقابلة هذا النصّ بترجمته الفرنسية وعلى ما

11. فإذا كانت القواعد - الواردة خاصة بالفصول 513 و514 و515 من جهة، و532 و533 من جهة أخرى - ملزمة في نظر محكمة التّعقيب، فهذا يعني أنّها ترى أنّ مجلة الالتزامات والعقود قد خطّت مساراً محدداً وملزماً للقاضي حين يؤوّل نصّ عقدٍ أو نصّ قانون. وعليه يكون الفرض الأساسي في هذا البحث متبنّى بعد من محكمة القانون. لكن ما سيضيفه هذا البحث هو إثبات الفرض مع توصيف المسار التّأويلي توصيفاً مدقّقاً أكثر. كما سيضيف - وهذا قيل بعد - فرضاً تابعاً يتمثل في أنّ المسار التّأويلي في العقد هو كالمسار التّأويلي في القانون.  
بعبارة مختلفة:

إذا استحضر محلّ هذا العمل، وهو هيئات الكلام ومواده، قيل إنّه سيتمّ إثبات وجود مسار تأويليّ محدّد وملزم لهذه الهيئات والموادّ، كما سيتمّ إثبات أنّ هذا المسار واحد في العقد والقانون<sup>76</sup>، وكلّ ذلك حسب نصوص التّأويل الواردة بمجلة الالتزامات والعقود (الفصل 513 وما بعده، والفصل 532 وما بعده).

12. وإنّ هذه الهيئات والموادّ تنقسم - بوصفها كلاماً - إلى مفرد ومركب<sup>77</sup>. والمفرد والمركب لهما قاسم مشترك: أنّ لكلّ واحد منهما معنى إيجابي<sup>78</sup> هو ما نطق به<sup>79</sup>.

لكنّ المركب - خلافاً للمفرد - يمكن أن يكون له معنى سلبي<sup>80</sup> هو ما لم ينطق به<sup>81</sup>. وسيؤخذ ما نطق به كأنموذج يبحث داخله عن المسار التّأويلي. وهو نموذج كافٍ لأنّ الكلام فيه يمسح جميع النّقاط المتعلّقة بفرضيّة البحث.

---

ورد بالقانون الفرنسي في هذا السياق. ولئن كان من الجائز الاستعانة بالترجمة الفرنسية لإيضاح بعض النّصوص وإبراز مفهومها إذا كان في النّصّ العربي شيء من القصور في التّعبير والإيضاح فإنّه من الممنوع قانوناً تغيير حكم النّصّ ذاته إذا كان صريحاً في مدلوله وإبدال معناه من الإيجاب إلى السلب سواء بالزيادة أو بالنقص. وقد جاء الأمر المؤرّخ في 27 جانفي 1883 صريحاً في أنّه إذا اختلف النّصّ العربي مع النّصّ الفرنسي فإنّ المحكمة تعمل بالنّصّ المطابق للغةها".

إذن يفهم من كلام محكمة التّعقيب أنّ قواعد التّأويل ملزمة.

<sup>76</sup> قارن مع الحموي حين يقول إنّ هنالك من يعتبر مفهوم المخالفة في نصّ الشّارع ويعتبره في شرط الواقف (الوقف عمل قانوني)، وحين يقول عن نفسه إنّه لا يعتبر المفهوم في نصّ الشّارع ويعتبره في شرط الواقف (غمز عيون البصائر. حاشية على الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الطّباعة العامرة، 1920، ج 1، ص 305).

<sup>77</sup> "التركيب اللفظي، وهو الذي عبّر عنه علماء النّحو وعلماء المنطق بقولهم «المركب ما دلّ جزؤه على جزء معناه» كغلام زيد حيث يدلّ كلّ من المضاف والمضاف إليه على جزء من المعنى بنحو تعدّد الدالّ والمدلول، ويقابله قولنا «زيد» حيث لا يدلّ جزء اللفظ هنا على جزء المعنى، ولذلك يعدّ مفرداً لا مركباً". السّيّد علي الحسيني السّيستاني، م س، ص 271 و272. "المركب هو ما أريد بجزء لفظه الدلالة على جزء معناه، وهي خمسة: مركب إسنادي كقام زيد؛ ومركب إضافي كغلام زيد؛ ومركب تعدادي كخمسة عشر؛ ومركب مزاجي كعبلبك؛ ومركب صوتي كسيبويه. والمركب التام ما يصحّ السكوت عليه أي لا يحتاج في الإفادة إلى لفظ آخر ينتظره السامع مثل احتياج المحكوم عليه إلى المحكوم به وبالعكس". (علي بن محمّد بن علي) الجرجاني (و 740 هـ/1339 م - ت 816 هـ/1413 م)، التّعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 1، 1405 هـ/1985 م، ص 269. انظر كذلك: (جلال الدين عبد الرّحمان بن أبي بكر) السّيوطي (ت 911 هـ/1505 م)، المزهر في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق فؤاد علي منصور، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، 1998، ص 37 وما بعدها.

<sup>78</sup> من قال: "البيع". فهنا نحن أمام مفرد له معنى إيجابي هو عملية قانونيّة ناقلة للملكيّة (أو شيء من هذا القبيل). ومن قال: "أبطل القاضي البيع". فهنا نحن أمام تركيب ألفاظ له معنى إيجابي هو أنّ القاضي حكم بأنّ عمليّة قانونيّة هي غير ذات أثر (أو شيء من هذا القبيل).

<sup>79</sup> المعنى الإيجابي هو معنى مذكور في الكلام نفسه، لذلك يقال إنّه منطوق به. انظر: السّيّد محمّد باقر الصّدر، دروس في علم الأصول، مركز الأبحاث والدراسات التّخصّصيّة للشّهيد الصّدر، قم، ط 1، 1421 هـ، ج 1، ص 104؛ نور الدّين مختار الخادمي، م س، ص 279.

<sup>80</sup> من قال: "البيع". فليس لكلامه معنى سلبي. لكن من قال: "أبطل القاضي البيع". قد يكون لكلامه معنى سلبي (لم يبطل القاضي الوصيّة، إلخ)، وقد لا يكون. ومن قال: "بيع المخدّرات ممنوع"، قد يكون لكلامه معنى سلبي وهو أنّ بيع غير ها ليس ممنوع.

<sup>81</sup> المعنى السّلبّي (بيع غير المخدّرات ليس ممنوعاً) لم يذكر في الكلام نفسه (الكلام هو: "بيع المخدّرات ممنوع")، لذلك يقال إنّه غير منطوق به أو إنّه مفهوم. انظر. السّيّد محمّد باقر الصّدر، م س، ج 1، ص 104؛ نور الدّين مختار الخادمي، م س، ص 379؛ وانظر: Eric AGOSTINI, L'argument a contrario, D. 1978, chr, p.149; Abdelmagid ZARROUKI, Le raisonnement a contrario, à

paraître.

13. وفرضية البحث الأساسية - كما تقدّم - أنّ التّأويل لا يتمّ كما اتّفق، بل له مسار محدّد. فالتّأويل - وهذا ينبئ به معناه الذي تعرّضنا له - إرجاع الكلام إلى مقصود المتكلّم، أي إعطاء الكلام المعنى المطابق لهذا المقصود. ولكي نستطيع أن نعطي الكلام مثل هذا المعنى، ينبغي أن نستحضر ما يلي:

أنّ العاقل، إن تكلم<sup>82</sup>، فهو يريد أن يفهم قصده من المخاطب<sup>83</sup>. ولكي يفهم ينبغي أن يستعمل الكلام في المعنى الذي سيعطيه له المخاطب. ومعلوم أنّ للكلام معنى يسمّى الظاهر، وهو الذي يُنتظر أن يذهب له المخاطب لأنّه هو الذي يتبادر إلى ذهنه من مجرد سماع الكلام<sup>84</sup>.

لكن قد يقصد المتكلّم معنى غير الذي يظهر من مجرد الكلام. ولأنّ المتكلّم يريد أن يفهم، فإنّه سينصبّ في هذه الصّورة للمخاطب دليلاً يجعله يذهب لا إلى المعنى الذي يظهر من مجرد اللفظ بل إلى المعنى الذي جعل ظاهراً بواسطة الدليل. فإذا لم يوجد هذا الدليل، فمن المشروع أن يفترض المخاطب أنّ المتكلّم قصد المعنى الذي يظهر من مجرد اللفظ.

عبارة مختلفة: أوجدت المنظومة اللغوية (العربية وغير العربية) المعنى الظاهر؛ بهذا وضعت عقداً وحددت مسبقاً محتواه<sup>85</sup>، أو إن شئنا وضعت لعبة ووضعنا لها قواعدها<sup>86</sup>. ثمّ يأتي في مرحلة موالية

<sup>82</sup> وله قصد التّواصل. انظر التّفرقة بين الكلام للكلام والكلام بقصد التّواصل:

« Il nous arrive de parler pour parler, sans intention particulière, comme simple signe de reconnaissance de la présence de l'autre. En saluant la voisine le matin, nous tenons de **menus propos** sur la météo, le chien, le jardin. Ce faisant, notre intention principale n'est pas de transmettre une information ou de parler de nos croyances ou de nos besoins ; il s'agit seulement de bavarder en signe de bon voisinage. Nous connaissons tous ces situations où nous sommes tenus de "parler pour parler" : dans la salle d'attente du médecin, à une réception, chez le coiffeur, dans le bus, etc. [...] Pourtant, quand on dépasse le cadre des situations ressenties comme appropriées, cette façon de "parler pour ne rien dire" devient vite objet d'ironie ou de dénigrement. En dehors de ces échanges à caractère social, nous ne nous engageons généralement pas dans un simple "bavardage" ou "papotage", mais dans une interaction communicative dans laquelle nous exprimons ce qui nous occupe l'esprit. Nous rendons compte de ce que nous voyons et savons, nous disons ce que nous pensons, croyons et voulons, nous faisons part de nos impressions et de nos intentions. Notre recours aux mots a pour but de faire prendre conscience aux autres de notre état mental. Ce que nous voulons transmettre et l'effet que nous voulons obtenir chez l'interlocuteur constitue notre **intention communicative**. L'informer, le persuader, l'encourager, le prier ou lui ordonner de faire quelque chose..., sont autant de types d'intentions communicatives ». **Nicole DELBECQUE** (éd), Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage (ouvrage collectif), Éd. Duculot, Bruxelles, 2002, p. 190 et 191.

<sup>83</sup> هذه هي الحال العادية، وهي التي نهمّنا. ومن يرجع إلى **GRICE**، يجد أنّ القاعدة الرابعة عنده: « Soyez clair ». انظر: **Catherine KERBRAT-ORECCHIONI**, L'implicite, Armand Colin, Paris, 1998, 2<sup>ème</sup> éd., p. 56. et s. لكن ثمّ حالات استثنائية يكون فيها غرض المتكلّم التعمية على المخاطب. انظر هذه الحالات مثلاً عند: **الشيخ محمد رضا المظفر**، المنطق، دار التّعارف للطبوعات، بيروت، 1995، ص 425 وما بعدها؛ **هادي فضل الله**، مقدمات في علم المنطق، دار الهادي، بيروت، ط 2، 1423 هـ / 2003 م، ص 382 وما بعدها؛ **John Stuart Mill** (1843), *Système de logique déductive et inductive*. Livre V : Le sophisme, Traduit de la sixième édition anglaise (1865) par Louis Peisse, Librairie philosophique de Ladrance, 1866.

<sup>84</sup> سنرى بعد قليل أنّ المعنى الذي يتبادر من مجرد اللفظ هو المعنى الموجود في المنظومة اللغوية. لكن لماذا يتبادر؟ الجواب الذي سنجدّه حين نتقدّم أكثر: لأنّه المعنى الأقرب لأن يكون مقصوداً من المتكلّم.

<sup>85</sup> انظر: **Nicole DELBECQUE** (éd), préc., p. 199 et s.

<sup>86</sup> انظر **Ludwig WITTGENSTEIN** وذلك عند **Antoine COMPAGNON** الذي قال:

" Suivant Wittgenstein, comprendre le sens d'un énoncé, c'est comme apprendre les règles d'un jeu. Pour jouer le jeu, il faut apprendre les règles. Mais il y a beaucoup de jeux (la langue), et il faut connaître les règles du jeu en question (la parole). Comment savoir quel jeu est joué ? Comment savoir quelles normes appliquer dans un cas particulier ? Telle est l'origine courante des désaccords entre interprètes d'un énoncé : ce sont des désaccords sur le jeu en question. Quelles règles, quel jeu sont en cause ? [...] Mais comment apprendre les règles d'un jeu qui n'a encore jamais été joué, et qui le sera une seule fois ? On ne peut pas apprendre les règles d'un énoncé sur la base de ce seul énoncé (comme un message qui serait son propre code), suivant cet idéal de la peinture abstraite qui a été celui de la littérature moderniste. Toutefois, le jeu n'est pas associé à un seul énoncé, mais à un type d'énoncés, avec, suivant Wittgenstein, des énoncés qui ont un « air de famille ». Pour des jeux de langage qui sont uniques, il n'y a pas de normes publiques, pas de règles partagées. Le concept de type est ici indispensable.

مستعمل اللغة أو المتكلم فيجد نفسه أمام خيارين لا ثالث لهما. الخيار الأول: أن يبرم العقد<sup>87</sup> مع المنظومة اللغوية، وأن يقبل اللعبة بقواعدها، أي أن يستعمل التعبيرات في معناها الظاهر (مثلاً 'glory' يستعملها في معنى 'glory'). الخيار الثاني: أن لا يبرم العقد وأن لا يقبل اللعبة، أي أن يوجد معجماً خاصاً به<sup>88</sup> (كما فعل Humpty Dumpty، حين استعمل 'glory' في معنى 'a nice knock-down argument'). إن عمد المتكلم إلى الخيار الأول، سيفهمه المخاطب من مجرد العبارة (من عبارة 'glory' لوحدها سيفهم المعنى 'glory'). لماذا؟ لأن المخاطب يعرف بدوره المنظومة اللغوية ويعرف مضمون العقد ويعرف اللعبة وقواعدها<sup>89</sup>. لكن، إن عمد المتكلم إلى الخيار الثاني، لن يفهمه المخاطب من مجرد العبارة (من عبارة 'glory' لوحدها لن يفهم المعنى 'a nice knock-down argument')<sup>90</sup>. السؤال الآن: هل يمكن للمتكلم – مع الحفاظ على وظيفة التواصل، أي مع تحقيق غاية أن يفهم – أن يقصد غير المعنى الظاهر من مجرد الكلام؟ الجواب: نعم. كيف؟ بأن ينصب للمخاطب دليلاً يجعله يذهب لا إلى المعنى الذي يظهر من مجرد اللفظ بل إلى المعنى المقصود منه كمتكلم والذي جعله ظاهراً بواسطة الدليل<sup>91</sup>. هنا: إن نظرنا إلى المخاطب، قلنا إنه لا يُشرع له إلا أن يفهم الكلام في المعنى الموافق للدليل. لكن ألا توجد في الواقع حالات يريد فيها المتكلم معنى غير الظاهر لكنه يسهو عن نصب الدليل؟ بلى. في هذه الحالات – وفي حالات أخرى شبيهة – يصير من المشروع للمخاطب أن يفترض أن المتكلم قصد المعنى الذي يظهر من مجرد اللفظ<sup>92</sup>.

Le type est un pont entre des occurrences (tokens), un lien entre l'unicité (le caractère privé) du sens et la sociabilité (le caractère public) de l'interprétation. Un sens a toujours des aspects uniques, mais il doit appartenir à un type pour être communiqué, pour être compris (et même pour être conçu). Le type comporte des implications, des traits (l'air de famille)". (Antoine COMPAGNON, La notion de genre : 10. Genre et interprétation, <http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>)

<sup>87</sup> لأن العقد محتواه محدد سلفاً، فسكون أمام عقد إذعان. هذا ما يقوله بعضهم حين يتحدث عن عقد ضمني وصامت يذعن فيه المتكلم لما هو موجود في المنظومة اللغوية. (éd), préc., p. 199 et s. Nicole DELBECQUE

<sup>88</sup> استعير هذا التعبير من: Antoine ARNOLD et Pierre NICOLE, La Logique ou l'art de penser (ouvrage paru en 1662 et connu sous le nom de Logique de Port-Royal). Notes et postface de Charles Jourdain, Collection Tel, Éditions Gallimard, 1992, p. 86.

<sup>89</sup> اللعبة لعبت من قبل: Antoine COMPAGNON, La notion de genre : 10. Genre et interprétation, <http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>

<sup>90</sup> لم تلعب اللعبة إلا هذه المرة: Antoine COMPAGNON, La notion de genre : 10. Genre et interprétation, <http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>

<sup>91</sup> رأينا منذ قليل من يتحدث عن عقد ضمني وصامت يذعن فيه المتكلم لما هو موجود في المنظومة اللغوية. لكن ثم إضافة مفادها أن المتكلم يمكنه أن لا يتقيد بهذا العقد: (éd), préc., p. 199 et s. Nicole DELBECQUE فإذا اتفق وأن لم يتقيد المتكلم ببند العقد، استدعى منه ذلك تشبيه المخاطب ونصب دليل له يجعله يتوصل إلى أن ثم خروج وإلى مضمون هذا الخروج، كل هذا إذا كان غرض المتكلم الإفهام. انظر حديثاً آخر عن فكرة الخروج عن المنظومة اللغوية:

« [...] il est permis à chacun de se servir de tel son qu'il lui plaît pour exprimer ses idées, pourvu qu'il en avertisse...chacun a le droit de faire un dictionnaire pour soi ». Antoine ARNOLD et Pierre NICOLE, Logique de Port-Royal (préc.), p. 86.

<sup>92</sup> ليس أمام المخاطب حل آخر. قرب هذا الأمر من مبحث حجبة الظهور في كتب أصول الإمامية المعاصرة لنا. وقرب من Antoin COMPAGNON حين يقول:

"La conception générique préliminaire que l'interprète se fait du texte est constitutive de tout ce qu'il comprend ensuite, et ceci reste le cas tant que cette conception générique n'est pas révisée [...] Mais, dans la plupart des cas, l'attente n'est pas contredite : on trouve les sens qu'on attendait. Sinon, on doit recommencer au début en faisant l'hypothèse d'un autre type de sens où l'élément dérangent aura sa place (suivant un principe de cohérence, de rassemblement du sens, qui peut-être ne va pas de soi et qui est parfois contesté aujourd'hui). Révisant notre conception générique, nous recommandons, et tout ce que nous aurons finalement compris dépendra de la nouvelle idée générique. Une interprétation n'est pas totalement dépendante de l'idée générique de départ, mais de la dernière hypothèse générique non révisée, au terme de la lecture (c'est l'idée, fondamentale, que la lecture procède à la fois vers l'avant et vers l'arrière, relisant tout ce qui a été lus jusqu'à ce point à partir du dernier élément lu) [...] Cette réflexion sur le genre comme type, sur la temporalité de la réception fondée sur le genre, n'est autre qu'un aspect du cercle herméneutique de la compréhension, telle que celle-ci est décrite



مما تقدّم بيّض أن تمّ صورتان: صورة أولى يعطي فيها المتكلم اللفظ معناه الظاهر، وصورة ثانية يعطي فيها المتكلم اللفظ غير معناه الظاهر. بعبارة Humpty Dumpty: تمّ صورة أولى، الكلمة فيها سيّد على المتكلم؛ وتمّ صورة ثانية، المتكلم فيها سيّد على الكلمة.

14. فإذا انتقلنا الآن من المتكلم إلى المؤلّ، وإذا استحضرنّا أنّ التّأويل فعلٌ يُتوسّل به إلى إعطاء الكلام معناه عند صاحبه، وإذا وضعنا أماننا ما قيل عن الخيارين، وإذا أضفنا إلى جميع ذلك أنّ الخيار الأوّل هو الغالب عند من يتكلم بغاية التّواصل<sup>93</sup> ... إذا فعلنا ما سبق، اتّضح أنّ التّأويل ينبغي أن يسير على نحوٍ معيّن. بعبارة أدقّ: للتّأويل مسارٌ، بل مسارٌ يتكوّن من مرحلتين تعقب الواحدة الأخرى<sup>94</sup>: مرحلة أولى يبحث فيها المؤلّ عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة، وهي مرحلة يصل فيها إلى القصد المفترض للمتكلم (مفترض لأنّ الغالب أن يكون المتكلم كأغلب المتكلمين). لكن لا يستطيع المؤلّ أن يقف هنا، فتمّ احتمال أن يقصد المتكلم معنى غير الظاهر من اللفظ لوحده (تمّ احتمال أن يكون المتكلم استثناءً). لذا ينبغي للمؤلّ، لكي يؤدّي وظيفته، أن يبحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل الذي نصبه المتكلم. فإن وجد الدليل، ترك القصد المفترض إلى القصد الذي ثبت. وإن لم يجد، أبقى على ما وجده في المرحلة الأولى.

هذا عن تأويل عموم الكلام. لكن سنحاول إثبات أنّ كلام العقاد وكلام الشّارع مثله مثل عموم الكلام. بل أكثر من هذا سنحاول إثبات أنّ المشرّع التونسي قد جاء بفصول في مجلّة الالتزامات والعقود تلزم القاضي بأن يؤوّل العقد والقانون على نفس النمط الذي أشرنا إليه على أنّه يهّم عموم الكلام. بعبارة أخرى، سنحاول إثبات أنّ هنالك مساراً تأويلياً للعقد والقانون يتمثّل في مرحلتين تسبق الواحدة الأخرى<sup>95</sup>: المرحلة الأولى، هي مرحلة البحث عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة (18)؛ والمرحلة الثانية، هي

---

depuis le XIXe siècle. L'herméneutique souligne l'interdépendance du tout et des parties dans la compréhension, soit sous une forme instrumentale (Schleiermacher, Dilthey), soit sous une forme fondamentale (Husserl, Heidegger). Le tout ne peut être compris qu'à travers les parties, mais les parties ne peuvent être comprises qu'à travers le tout, suivant un va-et-vient dialectique". (La notion de genre : 10. Genre et interprétation, <http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>).

<sup>93</sup> قرّب من Antoine COMPAGNON حين يقول:

"Le sens s'accumulait normalement, suivant l'attente, jusqu'à ce que des types de mots ou d'expressions inattendus se déposent. Dans ce cas, l'interprète peut réviser tout ce qu'il a compris jusque-là, et saisir un nouveau type différent de sens, ou il peut conclure qu'il n'a rien compris au sens de l'énoncé : c'était un ordre, non une question (« Vous ne trouvez-pas qu'il fait trop chaud ? » pour « Ouvrez la fenêtre » ; exemple des gaffes de Bloch dans la Recherche) [...] Qu'est-ce qu'un « type de sens » ? C'est non seulement un thème, ou un contenu, mais aussi une relation entre locuteur et interprète : un type de vocabulaire, de syntaxe, une attitude du locuteur, un type de sens implicites (ironie). Les attentes sont indispensables pour faire sens des mots s'accumulant. La notion du sens comme tout, comme totalité, fonde et aide la compréhension des détails. Ceci devient manifeste à chaque fois qu'il y a un malentendu : comment serait-il reconnu d'ailleurs si les attentes de l'interprète n'avaient pas été déçues ? La révision est forcée car l'attente a été trompée. Or ces attentes viennent d'une idée de genre : « Dans ce type d'énoncé, on attend ce type de traits ». Les attentes résultent de l'expérience passée : « Dans ce type d'énoncé, on attend ce type de traits, parce qu'on sait d'expérience que de tels traits accompagnent de tels énoncés ». (La notion de genre : 10. Genre et interprétation, <http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>).

<sup>94</sup> قارن مع Jacques MOESCHLER و Anne REBOUL (préc., p. 129) حين يتحدثان عن تصوّر زمني للمسار التأويلي يتمثّل في تتابع وتعاقب مراحل: « [...] une conception temporalisée du processus interprétatif qui consiste ainsi en une suite d'étapes ».

<sup>95</sup> فيما يخصّ القانون، قرّب ما جاء أعلاه ممّا كتب في إطار القانون الكندي: Jeanne Simard, L'interprétation législative au Canada: la théorie à l'épreuve de la pratique, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LLD.), Université de Montréal, Faculté de droit, novembre 1998, p. 39 et s.

مرحلة البحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل (2§). كما يمكن لمن لا يحب مسائل الفلسفة، أن يمر مباشرة من المقدمة إلى الجزء الثاني.

## 1. المرحلة الأولى في المسار: البحث عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة

على المؤول أن يبدأ بالبحث عن المعنى الظاهر من مجرد مادة العبارة (1.1) أو الظاهر من مجرد هيئة العبارة (2.1).

### 1.1 / مادة العبارة

من يتناول المعنى الظاهر على مستوى مادة اللفظ، ينبغي أن يتناول الحقيقة والمجاز. لكننا سنبدأ بمسألة المعنى الوضعي والمعنى العرفي كباب ندخل منه إلى المعنى الحقيقي والمجازي.

### 1.1 / المعنى الوضعي والمعنى العرفي

15. قد يكون للفظ معنى وضعي وآخر عرفي. وينبغي أن يبدأ بإعطاء أمثلة لهذا اللفظ من العقد ومن القانون. بعد ذلك ينبغي البحث عن موقف مجلة الالتزامات والعقود منه. ثم ينبغي الختم بمحصلة تهم المعنى الظاهر.

16. والمثال الأوّل هو لعقد حوى العبارة الإيطالية: "Dozzina". ففي وضع اللغة الإيطالية، تفيد هذه اللفظة: اثنا عشر؛ وفي العرف في جنوب إيطاليا: ثلاثة عشر<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> انظر هذا المثال عند: Claude WITZ, Droit privé allemand. 1 Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, partie générale. Loi sur les conditions des affaires, Litec, Paris, 1992, n° 155. وهذا المثال ينبّه إلى أن ما نعمل عليه من موادّ وهيئات ليس خاصاً بعقد (أو قانون) كتب باللغة العربية. انظر أمثلة أخرى داخل العمل: عدد 29، الخ.

- ويمكن أن نأخذ مثالا آخر انطلاقاً من (أبو محمد عبد الرحيم بن الحسين) الأسنوي (و704 هـ / 1304 م - ت 772 هـ / 1370 م، الكوكب الدرّي، دار عمّار، عمان، الأردن، 1405 هـ، ط 1، تحقيق محمد حسن عواد، ص259). فلقد جاء عنده ما يلي: "أيام الأسبوع أولها الأحد عند أهل اللغة فإنهم قالوا سمي الأحد بذلك لأنه أول أيامه وسمي الذي بعده الاثنين لأنه ثاني الأسبوع ثم الثلاثاء لأنه ثالثه وهكذا الأربعاء والخميس". ويمكن أن نفترض عقداً يقول إن التنفيذ يجب أن يتم أول أيام الأسبوع. فأول أيام الأسبوع معناها الوضعي يوم الأحد. وفي المشرق العربي، معناها يوم السبت. أما في تونس فمعناها يوم الاثنين. ويوم السبت أو يوم الاثنين معنيان عرفيان لعبارة: أول أيام الأسبوع (لا يدخل هذا المثال تحت عنوان المادة. مع ذلك أتينا به هنا لأنّ فيه مسألة المعنى الوضعي والمعنى العرفي. على كلّ، ينبغي عدم التقيّد بمقتضيات منهجية التعبير لأنها - كما يقول المختصون فيها - تدور عدماً ووجوداً مع الغاية منها).

- ولقد جاء عند نفس المؤلف وفي صفحتي 275 و 276 ما يصحّ أن يؤخذ كمثل: "اتفق النحاة على أن أصل غير هو الصفة وأن الاستثناء بها عارض بخلاف إلا فإنها بالعكس ويشترط فيها أي في غير أن يكون ما قبلها ينطبق على ما بعدها فتقول مررت برجل غير عاقل ولا يجوز أن تقول مررت برجل غير امرأة ولا رأيت طويلاً غير قصير بخلاف لا النافية فإنها بالعكس (ص276) نعم إن كانا علمين جاز العطف بلا النافية وبغير. إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة كون غير أصلها للصفة ما إذا قال له عليّ درهم غير دانق (الدّرهّم ستهّ دوانيق) فقالت النحاة إن رفع غير فعليه درهم تامّ لأنه صفة والمعنى درهم لا دانق وإن نصب فقال الفارسيّ إنّه منصوب على الحال واختاره ابن مالك ونقله عن ظاهر كلام سيبويه فعلى هذا يلزمه درهم كامل وقيل إنّه منصوب على الاستثناء وهو المشهور فيلزمه خمسة دوانق انتهى كلام النحاة. واختلف أصحابنا فأخذه بعضهم بهذه الطريقة النحوية والأكثر من كما قاله الرافعي حملوه على الاستثناء وإن أخطأ في الإعراب لأنه السابق إلى فهم أهل العرف".

- كما يمكن أن نضيف المثال التالي وحاصله وجود عبارة في بيع من نحو: "باعه بهيمة". ففي الوضع تفيد اللفظة الحيوان الذي يمشي على أربع (جاء في المعجم العربي الحديث: "البهيمة كلّ ذات أربع قوائم من دوابّ البرّ والماء ما عدا السباع والطيور". بل إن المعجم فيه معنى أوسع: "كلّ ما لا نطق له وذلك لما في صوته أو في تمييزه من الإبهام")، وفي "تونس وربما ببعض المناطق الجزائرية والليبية المجاورة للحدود التونسية" (نور الدين مختار الخادمي، م س، ص 268) يفيد اللفظ الحمار فقط (انظر نفس هذا المثال عند نفس المؤلف وفي نفس التأليف وذلك ب: ص 264 و 267. وانظر مثال لفظة اللحم والتي يقول إنّه لم يتعارف على إطلاقها على السمك: ص 266 - 267).

- وقد ينبغي أن نزيد مثالا آخر من أعلام الموقعين حيث جاء: "لفظ الدّينار (عند) طانفة اسم لثمانية دراهم وعند طانفة اسم لاثني عشر درهماً". (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب) الدمشقي (و 691 هـ / 1292 م - ت 751 هـ / 1350 م)، أعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبل، بيروت، 1973، ج 4، ص 228.

والمثال الثاني - وكذا الأمثلة التي تليه - يهّم القانون. فقد جاء في الفصل 56 و57 من مجلة الالتزامات والعقود لفظ "التّغريب". هذا اللفظ يعني في الوضع اللغوي: خداع المرء نفسه؛ وفي العرف اللغوي: خداع المرء غيره<sup>97</sup>.

والمثال الثالث هو للفظ "الباطل" التي جاءت في الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود وفي غيره. فحسب وضع اللغة، الباطل ضدّ الحق؛ وفي عرف استعمال رجال القانون اليوم<sup>98</sup> في تونس، هو "العمل القانوني (عقد - عمل إجرائي - حكم) الذي فيه عيب شكلي [...] أو خلل أصلي [...]"<sup>99</sup>.

والمثال الرابع لفظ "العقد" في الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود وفي غير ذلك من النصوص. ففي وضع اللغة، العقدُ العهد<sup>100</sup>؛ وفي عرف علم البلاغة، العقدُ نظم النثر<sup>101</sup>؛ أمّا في عرف رجال القانون، العقدُ إمّا نوعٌ داخل جنس الاتّفاق، وإمّا الاتّفاق نفسه<sup>102</sup>.

والمثال الخامس لفظ "الجنحة" الذي نجده في نصوص القانون التّونسي. ففي الوضع، هو الميل، وهو الإثم<sup>103</sup>؛ وفي اصطلاح رجال القانون المدني، هو إمّا الفعل الضّارّ العمدي وغير العمدي، وإمّا الفعل الضّارّ العمدي لوحده؛ أمّا في اصطلاح رجال القانون الجزائي، فالجنحة هي ما تعارض به الجنابة والمخالفة<sup>104</sup>.

والمثال السادس هو للفظ الفصل 15 و17 من مجلة الأحوال الشّخصيّة: المحرّمات. ففي اللغة، حرّم جعله حراماً وتنزّه عنه<sup>105</sup>. وعليه يكون تحريم الأصول، والفصول (الخ) جعلهن حراماً (الخ). أمّا في العرف، فتحريم الأمّهات (الخ) يعني منع التّزوّج بهن<sup>106</sup>.

والمثال السابع نادرٌ، ويهّم الفصل 1120 من مجلة الالتزامات والعقود. في هذا النّصّ جاءت عبارة "تصفية محلّ التّجارة"، وجاء معها هامش يضبط معناها، بل هامش يُوصّف نوع هذا المعنى ويقول إنّه اصطلاح، أي إنّه معنى عرفي<sup>107</sup>.

والمثال الثامن لفظ "الوصيّة" ولقد ورد بالفصل 171 من مجلة الأحوال الشّخصيّة وفي نصوص أخرى. وبحسب وضع اللغة، الوصيّة جميع ما يعهد به إلى الغير ليأتي به في حياة الموصي

<sup>97</sup> انظر إلى : عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 195.

<sup>98</sup> يمكن أن نضيف عرف استعمال الفقه الإسلامي الذي يفرّق بين الباطل والفاقد وغير ذلك. انظر إلى: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 293 وما بعده، وانظر في هذا المكان إلى مراجع الفقه الإسلامي التي تتعرّض إلى معنى الباطل.

<sup>99</sup> انظر إلى عبارة "nul" و "Nullité" :- "Vocabulaire juridique". ولقد أعطي هذا كمرجع لأنّه، وفي هذه النّقطة، عرف الاستعمال في تونس مصدره عرف الاستعمال في فرنسا.

<sup>100</sup> انظر إلى المعجم العربي الحديث.

<sup>101</sup> العقد هو جعل النثر شعراً أي نظم النثر، والحلّ هو جعل الشّعْر نثراً أي نثر النظم. انظر إلى: السّيّد أحمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبدیع، تحقيق وشرح محمّد التّونجي، مؤسسة المعارف، بيروت، 1420هـ/ 1999 م، ص 447.

<sup>102</sup> انظر عدد 2.

<sup>103</sup> انظر إلى عبارة "جنح" في لسان العرب "جنح [...] مال [...] والجناح بالضم: الميل إلى الإثم وقيل هو الإثم عامّة".

<sup>104</sup> انظر إلى عبارة "délit" في "Vocabulaire juridique".

<sup>105</sup> المعجم العربي الحديث.

<sup>106</sup> وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر. دمشق/ دار الفكر المعاصر. بيروت، ط 3، 1424 هـ/ 2004 م، ج 1، ص 347.

<sup>107</sup> انظر إلى الرّائد التّونسي عدد 100 المؤرّخ في 29 شوال سنة 1324 هـ/ 15 ديسمبر سنة 1906 م، ص 51 حيث ستجد ما يلي: الفصل 1120:

"الوكيل المفوض مهما أطلقته يده ليس له أن يفعل ما يأتي إلاّ بنص صريح وهو توجيه اليمين القاطعة للنزاع والإقرار لدى حاكم والمدافعة في أصل الدّعوى وقبول حكم أو الإسقاط فيه والصلح والتحكيم والإبراء من دين وتفويت عقار أو حقّ عقاري وجعل رهن عليهما وفسخ رهن لموكله على الغير ورهن منقول والتسليم في توثقة إلاّ بخلاص الدين والتبرّع وبيع محلّ تجارة بما فيه أو شراؤه والشروع في تصفيته (1) [هنا ترسل المجلة إلى هامش بحمل العدد: واحد] وعقد شركة كلّ ذلك ما لم ينصّ القانون على خلافه".

تمّ ستجد بالرّائد التّونسي عدد 100 حاشية تحت الفصل 1120 تقول: "1) تنبيه - تصفية محلّ التّجارة في الاصطلاح عبارة عن أعمال منها إخبار الغرماء واستخلاص الدّيون وبيع ما يباع عند رفع التّاجر يده من التّجارة".

أو بعد ذلك<sup>108</sup>؛ أمّا بحسب عرف الاستعمال<sup>109</sup>، فالوصيّة ما جاء في النّص نفسه، أي هي التّمليك المضاف "[...] إلى ما بعد الموت بطريق التّبَرّع سواء كان عينا أو منفعة".

والمثال التّاسع لفظ "الطلاق" في مجلّة الأحوال الشّخصيّة. ففي اللغة، الطّلاق إزالة القيد سواء عن زواج أو ملك يمين أو غيرهما؛ وفي العرف<sup>110</sup> - وهذا كرّسه الفصل 29 من المجلّة المذكورة - الطّلاق إزالة قيد الزّواج.

17. ومن ينظر إلى هذه الأمثلة يجد حديثاً عن المعنى اللغوي الوضعي (استعملت أيضا عبارات أخرى مرادفة) وعن المعنى اللغوي العرفي (استعملت أيضا عبارات أخرى مرادفة).

والمعنى اللغوي الوضعي هو المعنى الأصلي للفظ<sup>111</sup>. أمّا المعنى اللغوي العرفي فهو ما نقل إليه اللفظ وصارت دلالة هذا اللفظ على المنقول إليه أقوى من دلالاته على المنقول عنه<sup>112</sup>. وهذا القول (الدّلالة على المنقول هي أقوى) أريد به هنا: أن ينبّه إلى كون قارئ هذه الأمثلة قد لا يجدها ذات فائدة لأنّ المعنى اللغوي الوضعي لا يحضر في ذهنه في كثير من الأحيان، وكذا المعاني اللغوية العرفيّة غير القانونيّة. وفي عدم وجوده لهذه الفائدة فائدة تتعلّق بمسألة الظّهور، وهذه سيرجع إليها لاحقاً.

18. أمّا الآن فتنبغي الإشارة إلى أنّ العرف ينقسم إلى عرف عامّ (يهمّ أغلب البلاد أو كلّها) وعرف خاصّ (يهمّ بلدة، أو فئة كأصحاب مهنة أو فنّ أو علم محدّد<sup>113</sup>). ومن صور العرف العامّ ما نجده في المثال الثّاني، أمّا ما يعدّ نموذجاً للعرف الخاصّ فالمثال الأوّل.

<sup>108</sup> المعجم العربي الحديث/ لسان العرب لابن منظور مادة "وصى".

<sup>109</sup> "[...] والوصيّة عبارة عن كلّ شيء يؤمّر بفعله ويعهد به في الحياة وبعد الموت وخصّصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت". (أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج) القرطبي (ت 671 هـ/ 1273 م)، تفسير القرطبي، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، دار الشّعب، القاهرة، ط 2، 1372 هـ/ 1953 م، ج 2، ص 259.

وإنّ الفصل 171 هو نقلٌ وفي لعبارات الفصل 1125 من لائحة مجلة الأحكام الشّرعيّة، قسم أحكام المسائل العقاريّة، الكتاب الثّاني (في التّبَرّعات)، الباب الأوّل (في الوصايا)، العمود الخاصّ بالمذهب الحنفي.

<sup>110</sup> (علي بن عبّاس) البجلي (و 752 هـ/ 1351 م - ت 4803 هـ/ 1401 م)، القواعد والفوائد الأصوليّة، تحقيق محمّد حامد الفقي، مطبعة السنّة المحمديّة، القاهرة، 1375 هـ/ 1956 م، ص 122. انظر نفس المثال عند: (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسن) الأسنوي (و 704 هـ/ 1305 م - ت 772 هـ/ 1371 م)، التّمهيد، تحقيق محمّد حسن هيتو، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط 1، 1400 هـ/ 1980 م، ص 201. انظر مثالا آخر من نفس المادّة بهمّ عبارة **mariage impossible**. يقول صاحبها المثال في المتن:

«...le sens de certains termes, clair dans le langage courant, peut cesser de l'être dans le langage juridique».

ثمّ يرسلنا إلى الإحالة حيث يقولان: "Qu'est-ce, par exemple, exactement qu'un "mariage impossible", au sens de l'article 333 du code civil, qui permet, en l'absence de mariage, de légitimer un enfant par décision de justice? Le sens courant n'est pas douteux: les pères et mères n'ont pu se marier. Mais, juridiquement, il n'est pas exclu qu'il y ait aussi mariage impossible dans des cas où les parents n'ont pas voulu se marier". Alex WEILL et

François TERRÉ, Introduction générale, Dalloz, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1979, p. 182, note n° 2.

<sup>111</sup> انظر إلى: (جلال الدّين عبد الرّحمان بن أبي بكر) السيوطي، م س، ص 48؛ (أبو الفتح عثمان) بن جنّي (و 322 هـ/ 934 م - ت 392 هـ/ 1002 م) (الخصائص، تحقيق محمّد علي النّجّار، عالم الكتاب، بيروت، ج 1، ص 40 وما بعدها).

وانظر حول حقيقة الوضع: السيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 162 وما بعدها.

وانظر حول التأويل اللغوي الوضعي: Brigitte BELLOIR-CAUX, préc., p. 210 et s.; Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 210 et s.;

Introduction au droit civil. Les règles du jeu, Chiron, Paris, 2003, p. 90.

<sup>112</sup> (محمّد بن عمر بن الحسن) الرّازي (و 544 هـ/ 1149 م - ت 606 هـ/ 1209 م)، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر فيّاض العلواني، جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلاميّة، الرياض، ط 1، 1400 هـ/ 1980 م، ج 1، ص 313.

وانظر إلى من يتحدّث [Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 204 et s.] عن تقدّم المعنى الفني، أي المعنى العرفي عند مؤلّفين فرنسيّين هم Charles AUBRY و Charles RAU من جهة و François GENY من جهة أخرى.

<sup>113</sup> هذا هو الذي أسمى في حاشية الفصل 1120 من مجلّة الالتزامات والعقود الاصطلاح (انظر عدد 16). ولقد أسمى بنفس الاسم في الفصل 519 من مجلّة الالتزامات والعقود. ويقول "كورنو" إنّ الفنيّة (La technicité) مرادها مادة القانون.. Gérard CORNU, préc., p. 25.

انظر إلى تقسيم العرف إلى عامّ وخاصّ: وهبة الرّحيلي، م س، ج 2، ص 834؛ محمّد نور الدّين الخادمي، م س، ص 268؛ (أحمد بن عبد الحلّيم) بن تيمية، المسودة، تحقيق محمّد محي الدّين عبد الحميد، المدني، القاهرة، ص 112.

وانظر إلى "كورنو" الذي يقول إنّ اللغة القانونيّة ليست لغة بل هي استعمال خاصّ للغة الطّبيعيّة: Gérard CORNU, préc., p. 23. كما يقول إنّ لغة الاختصاص (لغة القانون) هي لغة مجموعة: أي لغة مهنيّة (يستعملها أصحاب المهن القانونيّة)، وثقافية (هي لأصحاب الثقافة القانونيّة والذين قد لا يمارسون مهناً قانونيّة)، واجتماعيّة (هي ليست فقط للتّعامل داخل المجموعة)، ثمّ هي - وزيادة على كونها لغة مجموعة - هي

19. فإذا وصلنا مع استقراء الأمثلة، لكن من زاوية أخرى، وجدنا:

- أنّ المعنى اللغوي الوضعي قد يكون بعيداً عن اللغوي العرفي: الأمثلة 1 و2 و3 و4 و5 و7.

- وأنّ المعنى اللغوي العرفي قد يكون جزءاً من اللغوي الوضعي: المثال 4 و8 و9. بعبارة أخرى: يقال إنّ هنالك معنى عرفياً متى اختلف ما يُعثر عليه عن المعنى الوضعي اختلافاً أيّاً كان نوعه: في مثال الوصيّة (الخ) نجد العرف قد ضيق من معنى اللفظة.

- وأنه قد تكون للفتحة - زيادة على المعنى اللغوي الوضعي - عدّة معاني عرفيّة: بعضها قانوني وبعضها غير قانوني (المثال 6)؛ وبعضها من اختصاص قانوني وبعضها من اختصاص قانوني آخر (المثال 5)؛ بل وداخل نفس الاختصاص قد نجد عدّة معاني عرفيّة (المثال 4 و5).

- وأنّ المعنى اللغوي الوضعي قد يكون غير ممكن، ومن هنالك يصبح المعنى اللغوي العرفي واجب الوجود<sup>114</sup>.

- وأنه قد يوجد معنى لغوي وضعي ومعنى لغوي عرفي، ويطلب المشرّع الأخذ بالعرفي (المثال 7 و8)<sup>115</sup>.

ومن ينظر إلى النّقاط الثلاث الأولى، سيرى أنّنا أمام صور تستوجب الاختيار بين اللغوي الوضعي واللغوي العرفي؛ أو داخل العرفي بين أحد المعاني الممكنة.

ومن ينظر إلى النّقطتين الأخيرتين سيجد أنّ المشرّع قد قال بعلويّة المعنى اللغوي العرفي على اللغوي الوضعي، أي بوجود ترتيب تفضلي أي تراتبيّة (أو هرميّة) تهّم المعنيين.

بل، أحياناً، قد يجد القارئ نفسه يفعل هذا. فأمام الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود (المثال 4)، سيسقط رجل القانون المعنى اللغوي الوضعي، بل ومعه أيضاً المعنى في عرف استعمال أهل البلاغة ليبقي المعنى العرفي القانوني<sup>116</sup>. وأمام الفصل 1 من مجلّة الالتزامات والعقود<sup>117</sup> سيسقط المعنى اللغوي الوضعي (الميل...)، وداخل العرفي سيسقط الجزائي (ما يعارض به الجنائية...) ويترك المدني، ثم داخل العرفي المدني (قد) يسقط المعنى الواسع (العمد وغير العمد) ويبقي المعنى الضيق (العمد).

20. لكن ما سبب كون القارئ يجد نفسه مجذوباً إلى المعنى اللغوي العرفي وتاركاً للمعنى اللغوي الوضعي<sup>118</sup>؟ ثم هل تمّ في نصوص تأويل العقد والقانون ما يوجب عليه ذلك؟

فإذا بدئ بالسؤال الأوّل، قيل إنّ المتكلّم يستعمل لغة واحدة<sup>119</sup>. فإذا اتّفق أن كان لها معنى وضعي وآخر عرفي، كان المعنى العرفي أقرب لأن يكون هو الذي قُصد<sup>120</sup>. وفعلاً إذا كان المتكلّم

لغة فنيّة. والفنيّة (La technicité) مردها ما تشير إليه اللفظة في الواقع المادّي والمعنوي (مثلاً لفظ المنقول يشير ضمن ما يشير إليه إلى سيارّة وهذا واقع مادّي. ولفظ الغلط يشير إلى عدم العلم وهذا أمر معنوي)، أي مردها ما يسمّى في اصطلاح الألسنيّة مرجع الدلالة (réfèrent).

Gérard CORNU, préc., p. 25 et s.

<sup>114</sup> انظر إلى المثال 6: فالتحريم لا يمكن أن يهّم الأصول (الخ) لأنّه لا ينصبّ على الأعيان بل يهّم فعلاً يؤتى به حيال الأصول. وقد حدّد العرف الفعل بكونه الزّواج. انظر: وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 347.

<sup>115</sup> في المثال 7 طلب المشرّع الأخذ بالعرفي حين وضع حاشية يفسّر بواسطتها ما جاء في النّص. وفي المثال 8 طلب اعتماد العرفي بوضعه للتعريف الذي هو المعنى العرفي للوصيّة.

<sup>116</sup> وإن كان سيبقى أمام معنيين قانونيين (العقد = الاتّفاق؛ أو العقد > الاتّفاق)، ممّا يستوجب بقاء مشكل اختيار من نوع آخر.

<sup>117</sup> انظره في إطار المثال 5.

<sup>118</sup> سيكتفى هنا بالصّورة الأبسط: اللغوي الوضعي واللغوي العرفي. ثم داخل العرفي سيكتفى بالصّورة التي لا يتدخّل فيها دليل خارج اللفظ نفسه لأنّ هذا هو العنوان الذي يُتحدّث الآن في إطاره.

<sup>119</sup> انظر إلى ما قيل سابقاً من أنّ اللغة القانونيّة (وينبغي أن نضيف: والطبيّة والفلسفيّة وغير ذلك) ليست لغة بل هي استعمال خاصّ للغة الطبيعيّة.

ليس من أهل اللغة ولا بصدد الحديث عن اختصاصه (وكونه ليس من أهل اللغة ... هي الحالة الغالبة، وهي الحالة التي تهّم عملنا الذي هو لكلام العاقد ولكلام المشرّع)، فالعرف أقرب إليه من الوضع<sup>121</sup>. فإذا عبّر من قصده أي من المعنى إلى اللفظ، فالراجح أنّه عبّر ممّا هو أقرب لأن يقصده، أي من المعنى العرفي إلى اللفظ. لذلك فإنّ المؤول – وهو الذي يقوم بالرحلة المعاكسة<sup>122</sup> - سيعبر من اللفظ إلى ما يرجّح أن يكون هو المقصود: أي إلى المعنى العرفي<sup>123</sup>. فتمّ إذن ترتيب تفضلي وتمّ ترابعية (أو هرمية)، والاحتمال الراجح أنّ صاحب الدرجة الأولى وصاحب العلوية هو المعنى العرفي. ونفس الكلام يصحّ في حقّ العرف العامّ والعرف الخاصّ: فالعرف الخاصّ له العلوية، لأنّه الأقرب لأن

<sup>120</sup> تعرّضنا سابقاً إلى من تحدّث عن عقد ضمني وصامت يدّعي فيه المتكلم لما هو موجود في المنظومة اللغوية. لكن قلنا إنّ المتكلم يمكنه أن لا يتقيّد بهذا العقد.

بعبارة يمكن، انطلاقاً ممّا جاء في المتن، أن تكون أكثر تفصيلاً:

بين المتكلم والمنظومة اللغوية الوضعية عقْد. لكن لو وُجد لعبارة المتكلم معنى عرفي ندرّك أنّ العقد هو مع المنظومة العرفية (طبعاً قلنا بعد إنّ لغة العرف ليست لغة. وعلى هذا ينبغي أن يفهم ما نحن بصدده الآن على ضوء ما قيل سابقاً). وإنّا سنجد أنفسنا لاحقاً أمام متكلم يريد معنى غير وضعي وغير عرفي (الفقرة الثانية من هذا البحث). وهذا يعني أنّ المتكلم خرج في هذه الصّورة عن بنود العقد. وهذا الخروج يستدعي منه – لكي يفهمه المخاطب - أن ينبهه عليه بأن ينصّب له علامات يتوصّل بها هذا المخاطب إلى وجود ذلك الخروج وإلى محتواه.

<sup>121</sup> يقول محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (بن عابدين) في كتابه الموسوم بـ: "ردّ المحتار على الدرّ المختار"، والمعروف بـ: "حاشية ابن عابدين" (دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421 هـ - 2000 م، ج 3، ص 743): "المتكلم إنّما يتكلم بالكلام العرفي أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما أنّ العربيّ حال كونه بين أهل اللغة إنّما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنّه المراد بها [...] لا شكّ أنّ المتكلم لا يتكلم إلاّ بالعرف الذي به التّخاطب سواء كان عرف اللّغة إن كان من أهلها، أو غيرها إن كان من غيرهم".

<sup>122</sup> انظر حول العبور من القصد أي من المعنى إلى اللفظ وإلى العبور المعاكس: عدد 8.

<sup>123</sup> انظر:

(عبد الحميد) الشرواني، حواشي الشرواني، دار الفكر، بيروت، ج 4، ص 278؛ و ج 7، ص 45: "[...] العرف [...] يقمّ على اللغة لأنّه أقطع للزّراع وأقرب إلى إرادته من اللغة [...]".

(أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف) الجويني، م س، ج 1، ص 297: "[...] قالوا النّاس مخاطبون على أفهامهم قلنا فليفهموا من اللفظ مقتضاه لا ما تواضعوا عليه [...]".

(تقي الدين أبي الفتح) بن دقيق العيد (ت 702 هـ / 1303 م) شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2، ص 200: "[...] وإذا غلب العرف بذلك نزل اللفظ عليه لأنّ الغالب أنّ الإطلاق في الألفاظ على حسب ما يخطر في البال من المعاني والمدلولات وما غلب استعمال اللفظ عليه فخطوره تمّ الإطلاق أقرب فينزل اللفظ عليه [...]".

وانظر: نفس المرجع، ج 3، ص 36: "واللفظة إذا نقلها أهل العرف إلى معنى كان حملها عليه أولى [...]".

(محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، 1973، ج 4، ص 252: "[...] وإذا غلب العرف نزل اللفظ عليه لأنّه لما غلب استعمال اللفظ فيه كان خطوره تمّ الإطلاق أغلب [...]".

(أبو بكر محمد بن أبي سهل) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406 هـ / 1986 م، ج 30، ص 236.

(علاء الدين) الكاساني (ت: 587 هـ / 1191 م)، بدائع الصناعات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 2، 1982، ج 3، ص 35.

(محمد عرفة) الدسوقي، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ج 2، ص 145.

(أبو الحسن علي) بن سليمان المرادوي (و 817 هـ / 1414 م - ت 885 هـ / 1408 م)، الإنصاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، ج 7، ص 255.

قارن مع:

Chaim PERELMAN, préc, n°48, p. 95 : « De même, parce qu'une communauté, régie par des règles de droit est, en même temps, une communauté linguistique, on supposera que les termes utilisés dans les textes légaux doivent être compris dans un sens communément accepté, à moins que des raisons spéciales ne justifient qu'on s'en écarte... ».

François GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, L.G.D.J., Paris, 1919, T. 1, n° 14, p. 31 : « Et, l'on dit que l'interprétation reste essentiellement grammaticale ou littérale, parce qu'en effet l'on ne suppose pas que le législateur, pour exprimer sa pensée, s'écarte des règles normales et usuelles de la langue. Il convient seulement, en cas d'équivoque, de prendre les expressions, qu'il emploie, dans l'acception technique, adéquate au but juridique de la disposition, plutôt que dans une acception vulgaire, qui trahirait ses intentions ».

وينبغي أن يزداد للمتن ما يلي: إنّ العرفي له العلوية فقط حين يُرجّح أنّ المتكلم أرادته وهي الحالة الغالبة، لكن وكاستثناء من الاستثناءات يمكن أن لا ينظر لنوع من العرفي ويتمّ النّظر فقط إلى اللغوي وذلك حين يرجّح المؤول أنّه هو الذي أريد. ومثال ذلك لفظ البهيمية. فله في الوضع معنى وله في العرف الخاصّ آخر (انظر عدد 16). ومن يؤول هذا اللفظ في الآية الأولى من سورة المائدة قد لا يدور أصلاً بذهنه المعنى العرفي. انظر عدد 59: الاحتمال الثالث.

يُقصد<sup>124</sup> . بعبارة أخرى: إن كان للفظ معنى وضعي ومعنى عرفي، فالمعنى الثاني هو الظاهر؛ وإن كان للفظ معنى عرفي عام ومعنى عرفي خاص، فالمعنى الثاني هو الظاهر<sup>125</sup> .

21. وهذا التفسير - أيًا كان مقدار وجاهته - يحتاج، في إطار هذا العمل، أن لا تعارضه نصوص تأويل العقد والقانون في مجلة الالتزامات والعقود. ويمكن القول من الآن إن التفسير يجد في النصوص أفضل من عدم المعارضة، أي يجد التأييد:

22. ففي العقد، ثم الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود. وهذا الفصل نقلٌ حرفيٌ للفصل 604 من المشروع المراجع<sup>126</sup> . ويمكن القول إن الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود قصد منه ما يلي:

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي وعلى المعنى العرفي<sup>127</sup> .

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى آخر. وتحمل العبارات على المعنى العرفي إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى آخر<sup>128</sup> .

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي وعلى المعنى العرفي العام وعلى المعنى العرفي الخاص (الاصطلاح)<sup>129</sup> .

<sup>124</sup> (عبد الحميد الشرواني، م س، ج 7، ص 45: "[...] العرف الخاص يقدّم على العام والعام يقدّم على اللغة لأنه أقطع للنزاع وأقرب إلى إرادته من اللغة".

<sup>125</sup> افترضنا منذ قليل عقدا يقول إن التنفيذ يجب أن يتم أول أيام الأسبوع. فأول أيام الأسبوع معناها الوضعي يوم الأحد. وفي المشرق العربي، معناها يوم السبت. أما في تونس فمعناها يوم الاثنين. ويوم السبت أو يوم الاثنين معنيان عرفيان لعبارة: أول أيام الأسبوع.

ويمكن أن نزيد الآن، بالنسبة إلى متكلم من تونس، أن يوم السبت معنى عرفي عام لعبارة "أول أيام الأسبوع" (هو عام لأنه موجود في أغلب البلاد العربية)، ويوم الاثنين معنى عرفي خاص لنفس العبارة (هو خاص لأنه موجود في قليل من البلاد العربية). وهكذا يكون لعبارة "أول أيام الأسبوع" ثلاثة معاني: معنى وضعي، ومعنى عرفي عام، ومعنى عرفي خاص. والعرفي الخاص أقرب لأن يقصد من متكلم تونسي (يُخاطب تونسياً) انظر حول كون المتكلم، حين يصوغ الخطاب، يأخذ بعين الاعتبار المخاطب: محمد الشاوش، أصول تحليل الخطاب في النظرية النحوية العربية. تأسيس "نحو النص"، جامعة منوبة. كلية الآداب- منوبة، المؤسسة العربية للتوزيع، تونس، ط 1، 2001، ص 167. انظر أيضاً الفصل الذي عقده [ص 897 وما بعدها] لخطبة الخطاب، وخاصة حين يقول [ص 905 و 906]: "بإمكانك أن تستنتج مما تقدم الخصائص التالية لعملية الخطاب: - هي عملية ديناميكية، - دور المتكلم فيها دور ديناميكي حركي وليس دوراً سكوتياً، فهو دور يقوم على إقامة الخطط واختيار المناسب منها اعتماداً على ما يقوم به من حسابات وما يفترضه من فرضيات، - دور المخاطب ليس دوراً محايداً ينحصر في التقبل كالإناء يتسع لكل ما يُصب فيه، إنما هو دور فعال بما له من تأثير في توجيه الكلام صياغة وقصداً). لذلك تعدّ العبارة ظاهرة في هذا المعنى.

<sup>126</sup> نص المشروع المراجع من لجنة تدوين القوانين التونسية [انظر حول المشروع واللجنة: عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 5 والمراجع الواردة به] في فصله 604 على ما يلي:

«Les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et (c'est nous qui soulignons) leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière. Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est censé l'avoir employé» .

ونصت الترجمة الناقصة للمشروع المراجع (انظر حول الترجمة الناقصة ولكن أيضاً حول الكاملة: عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 5) الخاصة بالفصل 604 على ما يلي:

"عبارة العقد تفسر بما لها من المعنى حقيقة و(التسطير من عندنا) بما دلّت عليه في عرف المحلّ إلا إذا ثبت أنّه لم يقع التعبير بها في العقد إلا لتكون دالة على معنى آخر. والعبارة الدالة على معنى عرفي يجب حملها عليه".

ونصت الترجمة الكاملة لنفس الفصل على أنه:

"تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما (إذن تمّ خطأ في الترجمة أو في الطبع لأنه من المفروض أن نجد: "وحسبما") هو معتاد بمحلّ تحرير الكتب إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص. وإذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح لمعنى خاص حملت عليه".

ولقد نقل الفصل 604 من المشروع المراجع في نصّه الذي وضعته اللجنة وصار هو الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسية (إذن لم يُرد في مجلة الالتزامات والعقود أدنى تغيير، إذ لو أريد لجاءت صياغة 519 مختلفة).

<sup>127</sup> انظر الحجّة على هذا القول بالإحالة السابقة.

<sup>128</sup> انظر الحجّة على هذا القول ب: عدد 69 وما بعده وخاصة عدد 73 وما بعده.

<sup>129</sup> إن الحجّة على هذا تتمثل فيما يلي: بدأ النص ب: تحمل العبارات على ما هو معتاد. وهذا عام (انظر حول هذا النوع من العام: عدد 43) ويشمل المعتاد العام أو العرف العام، والمعتاد الخاص أو العرف الخاص. لكن آخر النص يقول: تحمل العبارات على المعنى العرفي الخاص.

ويتبع هذا القول ما يلي: تحمل العبارات على المعنى العرفي الخاصّ إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى آخر<sup>130</sup>.

23. كما يمكن القول، ولكن هذه المرّة انطلاقاً من الفصل 604 من المشروع المُراجع، إنّ النّصّ ينقسم إلى قسمين بحسب معيار المراجع الواردة في الحاشية الجانبية (وذلك بعد أن يقبل الفهم الوارد أعلاه).

قسم أوّل له مراجعه الخاصّة به، وهو:

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي، وعلى المعنى العرفي العامّ، وعلى المعنى العرفي الخاصّ.

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي إلا إذا ثبت أنّه أريد منها معنى آخر.

- تحمل العبارات على المعنى العرفي العامّ إلا إذا ثبت أنّه أريد منها معنى آخر.

وقسم ثان له بدوره مراجع خاصّة به:

- تحمل العبارات على المعنى العرفي الخاصّ إلا إذا ثبت أنّه أريد منها معنى آخر.

فإذا بدئ بمراجع القسم الأوّل، وجد فيها ما يلي:

أولاً: "[...] إنّما اختلف العلماء في العرف واللغة هل يقمّ العرف على اللغة والصّحيح تقديمه [...]"

ثانياً: "[...] كلّ من له عرف يحمل كلامه على عرفه [...]"

ثالثاً: "[...] إذا جاءك رجل من غير إقليمك [...] فلا تجبه على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه [...]"

رابعاً: "(المعنى) صار عرفاً منقولاً متبادراً للذهن من غير قرينة حمل [...] (اللفظ) عليه. وإن لم يكن الأمر كذلك اعتبرت نيّته (المتكلّم) [...]"

خامساً: "الحقيقة تترك بدلالة العادة". ولقد جاء مع هذه الجملة شرح وأمثلة. فأما الشرح فحاصله أنّ "[...] المعنى الحقيقي للفظ هو كلباس الشّخص لباسه المملوك له. والمعنى المجازي كاللباس المستعار. فاستعمال اللفظ بمعناه الحقيقي لا يحتاج إلى قرينة ودليل [...] (لكن) العرف والعادة (إن وُجد، كانا بمثابة) القرينة المانعة من إرادة معناه الحقيقي [...]". وأما الأمثلة، فمنها أنّ لفظ الفقيه حقيقة أصليّة في المجتهد وحقيقة عرفيّة في المجتهد والمقلّد. فلو أوصى شخص بماله للفقهاء فإنّ "حقيقة كلامه العرفيّة تترك به (ل) الحقيقة الأصليّة".

وعلى هذا – إذا أريد أن لا يكون آخر النّصّ تكراراً – فيجب القول إنّه صرف بداية الفصل من العموم (العرف العامّ والخاصّ معا) إلى الخصوص (العرف العامّ لوحده).

(ملاحظة: النّصّ قال معتاد، أي عادة، ونحن قلنا عرف لأننا نسرى أنّ مراجع النّصّ (مثلاً: ابن فرحون، II، 69) تستعمل اللفظين كمترادفين).<sup>130</sup> سيثبت أنّ بداية النّصّ قالت:

تحمل العبارات على المعنى العرفي (العامّ: هذا ثبت في الإحالة السّابقة) إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى آخر. فإذا كان آخر النّصّ هو: تحمل العبارات على المعنى العرفي الخاصّ، وليس ثمّ فيما يخصّه الاستثناء (إلا إذا ثبت قصد تخصيصه بمعنى آخر)، فإنّ السّبب الذي من أجله وجد الاستثناء في بداية النّصّ (مع المعنى الحقيقي والمعنى العرفي العامّ) (انظر هذا السّبب ب: (ب) من § 1) متوفّر كذلك في آخره (مع المعنى العرفي الخاصّ)، وبإعمال قاعدة الفصل 536 من مجلّة الالتزامات والعقود يمكن الوصول إلى ما جاء في المتن. انظر إثباتاً آخر ولكنه هذه المرّة مباشر، حين سيتعرّض لمراجع ما سيّسمى بالقسم الثّاني من الفصل 519.



سادسا: "الأصل في الكلام الحقيقة". ومثالها النكاح وهو حقيقة في العلاقة الجنسية مجاز في الزواج. فإذا مُنِع الزَّوْجُ بمن نكحها الأب، حُمِلَ لفظ النكاح على الحقيقة وشمل زوجة الأب وغيرها. وإذا أوصى لولده (هو حقيقة في ولد الصَّلب، مجاز في ولد الولد) مضت الوصية لابنه، فإن لم يكن له ابن مضت لابن ابنه.

سابعا: "مثال من أوصى لمولاه (المولى هو الذي حرَّر عبداً، والمولى هو الذي حرَّره سيِّدٌ)، وكان قد حرَّره سيِّدٌ، وهو قد حرَّر عبداً، تبطل الوصية (لأنه أوصى لواحدٍ واللفظ حقيقة في اثنين). أمَّا لو أوصى لمولاه، وكان حرَّره سيِّدٌ، وهذا كان قد حرَّره غيره، فالوصية تمضي للمولى (لأنَّ هذا معنى حقيقي) ولا تمضي لمولى المولى<sup>131</sup>.

فإذا تمَّ المرور إلى مراجع القسم الثاني، وجد فيها ما يأتي:

أولاً: مثلاً مفاده أن الأصل ينطبق إلا إذا وجد عرف خاص يخالفه فعندها يتمَّ إعمال هذا العرف.

ثانياً: "وينبغي أن تعلم أن معنى العادة في اللفظ أن يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه. فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الرَّاجح في الأغلب، وهو معنى القول (...). إنَّ العرف يُقدِّم على اللغة عند التعارض"<sup>132</sup>.

24. ومن يقرأ هذه المراجع للفصل 519 - وهي أعمال تحضيرية له - يتأكد لديه المعنى المستخرج من مجرد عبارات ذلك النص<sup>133</sup>.

فلقد وجدنا كمعنى للقسم الأول ما يلي<sup>134</sup>:

تحمل العبارات على المعنى الحقيقي، وعلى المعنى العرفي العام، وعلى المعنى العرفي الخاص<sup>135</sup>.

ومن المراجع نفهم ما يلي (سيكتفى بما يهمُّ هذه النقطة):

- تحمل العبارات على المعنى الحقيقي، إذا لم يوجد معنى عرفي عام أو خاص.

<sup>131</sup> أشارت الحاشية الجانبية إلى المالكية أولاً:

و بدأت ب: البتاني، VIII، 143 و هنا لم نجد شيئاً مهماً.

ثمَّ مرَّت إلى ابن فرحون، II، 71 الذي جاء عنده المقتطف الوارد في المتن باسم "أولاً".

ثمَّ إلى ابن فرحون، II، 73 و هنا لم نجد شيئاً مهماً.

ثمَّ إلى ابن فرحون، II، 67 و منه أخذ المقتطف المسمَّى "ثانياً".

ثمَّ إلى ابن فرحون، II، 68 و منه أخذ المقتطف المسمَّى "ثالثاً" و "رابعاً".

وأشارت الحاشية بعد ذلك إلى الأحناف:

فبدأت بالمجلة العثمانية: المادة 40 وهي تمثل المقتطف المسمَّى "خامساً". و لقد أوردنا في هذه المادة شرحاً [علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة

الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1411 هـ / 1991 م، ج 1، ص 48] ومثلاً [سليم رستم باز، شرح المجلة،

دار العلم للجميع، بيروت، ط 3، 1418 هـ-1998 م، ص 31].

ثمَّ مرَّت ل: ابن نجيم، I، 100 و منه أخذ سادساً.

ثمَّ ابن نجيم، I، 169 و منه أخذ سابعاً.

ثمَّ ابن نجيم، I، 180. و هنا تمَّ حديث عمَّا يقابل الفصل 517 و محتواه "[...] شرط الواقف كنصَّ الشارع فإنَّه يقتضي العمل بالتأخير [...]".

الخ.

<sup>132</sup> أشارت الحاشية إلى:

ابن فرحون، II، 68 وفيه نجد المثال التالي: تنازع بين زوجين حول تسلُّم المرأة للمهر بعد الدخول وليس هنالك حجة لأحدهما. فالأصل عدم

القبض. لكن لو كان العرف في بلدة ما أن الدخول لا يتمَّ إلا بعد قبض المرأة جميع مهرها. فهنا يقال بالقبض أي يقال بالعرف الخاص ويترك الأصل.

ومن هذا المثال أخذ أولاً.

ابن فرحون، II، 69 و منه أخذ ثانياً.

الخ.

<sup>133</sup> بالنسبة إلى القسم الثاني، سنحتاجه في عدد 57 وما بعده.

<sup>134</sup> انظر عدد 23.

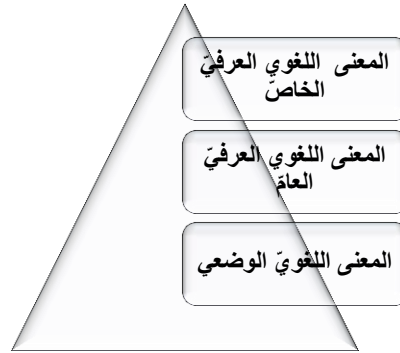
<sup>135</sup> بقية ما وجدناه يدخل في عدد 57 وما بعده.

- فإذا كان للعبارة معنى وضعي حقيقي وآخر عرفي، قُدّم العرفي.

- وإذا كان للعبارة معنى وضعي ومعنى عرفي عام ومعنى عرفي خاص، قُدّم العرفي الخاص.

كما نفهم من المراجع أيضا أنّ المعنى الوضعي هو حقيقة أو أصل، أمّا المعنى العرفي فمجاز. لكننا نفهم أيضا أنّ المعنى العرفي يسمّى كذلك بالحقيقة.

وعلى هذا يكون الفصل 519 قد قال بعلوية العرفي الخاصّ على العرفي العامّ وعلى الوضعي اللغوي، وبعلوية العرفي على الوضعي اللغوي<sup>136</sup>، أي يكون النصّ قد قال بتراتبية (أو هرمية) المعاني من العرفي الخاصّ إلى العرفي العامّ إلى الوضعي. بعبارة أخرى: إن كان للفظ معنى وضعي ومعنى عرفي، كان المعنى العرفي هو الظاهر. إن كان للفظ معنى وضعي ومعنى عرفي عامّ ومعنى عرفي خاصّ، كان المعنى العرفي العامّ ظاهراً، وكان المعنى العرفي الخاصّ ظاهراً بدوره. لكنّ المعنى العرفي الخاصّ أظهر، والأظهر يسبق الظاهر.



25. فإذا مررنا الآن من تأويل العقد إلى الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود - وهو نصّ يهمّ تأويل القانون -، وجدناه يقول ما يلي: "نصّ القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون".

ومن ينظر إلى هذا الفصل يجد أن تمّ عطف بين: المعنى اللغوي الوضعي، والمعنى اللغوي العرفي، والمعنى المراد من المشرّع. وهذا العطف تمّ بواسطة "الواو". وهذه الأداة لا تفيد بحسب معناها الحقيقي أو معناها الأصلي الترتيب<sup>137</sup>.

فإذا ذهبنا إلى الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود، وجدنا الفصل 617 من الصياغة الأصلية للمشروع المراجع. ويمكن عدّ مراجع هذا الفصل مراجع لنصّ مجلة الالتزامات والعقود، لأنّ هذا نقل حرفي لذلك<sup>138</sup>. وعليه يمكن الاستئارة بهذه المراجع من أجل كشف المقصود من الفصل 532. وما نجده في هذه المراجع - ويستطيع أن يسهم في الإنارة - هو ابن نجيم من جهة، وخان بهادر من جهة أخرى:

<sup>136</sup> قارن مع: (عبد الحميد الشرواني، م س، ج 7، ص 45: "العرف الخاصّ يقدم على العامّ والعامّ يقدم على اللغة". وانظر (سلميان بن عمر بن محمد) البجيرمي، حاشية البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ج 3، ص 278: "[...] فيحمل اللفظ على معناه اللغوي ثمّ العرف العامّ ثمّ العرف الخاصّ [...]". لكن انظر: ج 4، ص 326: "[...] العرف العامّ مقدّم على الخاصّ [...]".

<sup>137</sup> انظر عدد 29. ملاحظة: بالإمكان وبعد الانتهاء من نقطة الحقيقة والمجاز، ثمّ بعد الانتهاء من صورة وجود الدليل المعارض للمعنى الحقيقي، العودة إلى هذه النقطة وصياغة الحديث عنها بطريقة مختلفة (انظر عدد 79).

<sup>138</sup> نُقلت الصياغة الأصلية للفصل 617 من المشروع المراجع، وصارت هي الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسية. ونُقلت الترجمة الكاملة للمشروع المراجع في فصلها 617، وصارت هي الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها العربية.

فأما ابن نُجَيْم، فقد أشير إلى الجزء الأوّل من كتابه، وتحديدًا إلى الصّفحة 100. وهو نفس الجزء والصّفحة التي وجدناها في إطار الفصل 519 من مجلّة الالتزامات والعقود. وعلى هذا تَمَّ علاقة وثيقة بين هذا الفصل 519 والفصل 532 الذي نحن بصدده حاليًا. ففي النّصين تَمَّ حديث عن ثلاث أنواع من المعاني: المعنى الوضعي<sup>139</sup>، والمعنى العرفي<sup>140</sup>، والمعنى المراد<sup>141</sup>. وفي النّصين تَمَّ نفس المرجع. والمرجع يقول كما أسلفنا إنّ "الأصل في الكلام الحقيقة"<sup>142</sup>. وإنّ المعنى الوضعي حقيقة، والمعنى العرفي حقيقة، أما المعنى المراد فيمكن أن يسمّى أحيانًا حقيقة. ومن يصل إلى هنا، يستطيع أن يحدّد لأية حقيقة تكون العلويّة ومن أيّها تبدأ التّراتبيّة. لكنّ هذا يحتاج حديثًا مسبقًا عن المجاز، وهو ما لن يُؤتَى به إلّا في وقت لاحق<sup>143</sup>.

فإذا تَمَّ المرور إلى خان بهادر<sup>144</sup>، وُجد عنده أنّه يؤخذ باللغة أو العرف. فإذا أعطيت اللفظة معنى آخر، وجب إثبات أنّه قصد بها هذا المعنى الآخر<sup>145</sup>.

139

الفصل 532	الفصل 519
" نصّ القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة [...] "	" تحمل العبارات على حقيقة معناها [...] "

140

الفصل 532	الفصل 519
" [...] وعرف الاستعمال [...] "	" [...] وحسبما هو معتاد [...] وإذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح [...] "

يلاحظ أنّ الفصل 519 تحدّث عن نوعي العرف بالتّفصيل (معتاد / الاصطلاح)، أما الفصل 515 فلم يفصّل.

141

الفصل 532	الفصل 519
" [...] ومراد واضع القانون [...] "	" [...] إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاصّ [...] "

<sup>142</sup> انظر عدد 23. النّقطة المسماة: سادسا.

<sup>143</sup> انظر عد 28 وما بعده، وعدد 59 وما بعده.

<sup>144</sup> لم نعرّ على طبعة لكتاب خان بهادر التي من الممكن أن يكون قد استعملها SANTILLANA حين وضع الحاشية الجانبية للفصل 617 (ملاحظة: خان بهادر كان معاصرا لـ: SANTILLANA. انظر إلى: محمّد بن إبراهيم بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1965/1875)، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2004، ص 219).

لكن عثرنا على الطبعة التّالية: صديق حسن خان (و 1248 هـ/ 1832 م - ت 1307 هـ/ 1899 م) (اسمه الكامل: محمّد صديق حسن خان بهادر. انظر كتاب حركة التقنين الوارد للتو وذلك بنفس الصّفحة). مختصر حصول المأمول من علم الأصول، تعليق مقتدى حسن الأزهرى، دار الصّحوة للنّشر والتوزيع بالقاهرة، ط 1، 1406 هـ / 1985 م. ولقد حاولنا أن نبحت بحسب موادّ الكتاب (بما أنّنا لا نستطيع أن نفعل ذلك بحسب الصّفحات) عمّا يمكن أن يكون قد أرسلنا إليه SANTILLANA. وبما أنّ كتاب بهادر هو مختصر لكتاب: (محمّد بن علي بن محمّد) الشّوكاني (و 1173 هـ/ 1760 م - ت 1250 هـ/ 1834 م)، إرشاد الفحول، دار الفكر، بيروت، ط1، 1412 هـ / 1992 م] فقد استعنا أيضا بهذا الكتاب. لكنّ رأيي في النهاية أن يكتفى باللجوء إلى SANTILLANA نفسه. ف: SANTILLANA قد أورد ما جاء عند خان بهادر في ص 141. ولقد تَمَّ هذا مع ما يمثّل أعمالا تحضيرية للفصل 515 من مجلّة الالتزامات والعقود.

فهنا جاء ما يلي: 1°- il faut que l'interprétation soit conforme aux règles de la grammaire et de la langue ou à l'usage. 2°- lorsque le mot n'est pas usité dans un certain sens, il faut qu'il soit

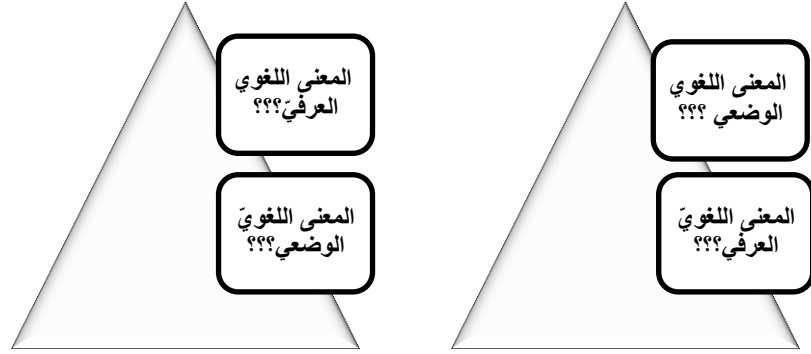
démontré que c'est dans ce sens qu'on a voulu l'employer ... ».

<sup>145</sup> إنّنا نجد في كتاب بهادر الذي عثرنا عليه وب: ص 123 : الحقيقة مقدّمة على المجاز. فإذا تَمَّ الدّهاب إلى الكتاب الذي لخصه بهادر وجدنا ما يلي : "النّوع الخامس: أنّها تقدّم الحقيقة على المجاز (هذا نقله بهادر) لتبادرنا إلى الدّهن (هذا لم ينقله بهادر) هذا إذا لم يغلب المجاز (هذا نقله بهادر) [...] النوع السابع (هذا لم ينقله بهادر لأنّه وقف عند النوع الخامس): أنّه يقدّم ما كان حقيقة شرعية أو عرفية على ما كان حقيقة لغوية [...]". وعلى هذا، قد تكون عثرنا عند الشّوكاني على ما نقله SANTILLANA عن بهادر.

ويمكننا القول بناءً على هذين المرجعين إنّ الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود قال بعلوئية الحقيقة وبتراتبية (أو هرمية) للمعاني نجد في قمّتها المعنى الحقيقي، أي قال: المعنى الحقيقي هو الظاهر.

لكننا نعلم ممّا سبق<sup>146</sup> أنّ المعنى الوضعي يسمّى حقيقة، وكذلك المعنى العرفي:

فإذا كان الفصل 532 لعلوئية الحقيقة، وإذا كان المعنى الوضعي حقيقة والعرفي كذلك، وإذا اجتمع للفظ المعنيين، لم نستطع أن نقول بعلوئية واحد على الآخر لأنّ كليهما حقيقة.



26. يخلص ممّا تقدّم أنّه تمّ - في مادّة تأويل العقد والقانون - علوئية وتراتبية (أو هرمية) للمعاني. والعلوئية هي للمعنى الذي يترجّح من مجرد اللفظ أنّه مقصود من المتكلّم. واستخراج هذا المعنى، هو المرحلة الأولى في مسار عملية التّأويل.

والعلوئية والتّراتبية، التي تناولنا، واضحة الملامح في مادّة العقد؛ لكنّها ليست كذلك في مادّة القانون؛ فهنا كلّ ما نعرفه: أنّه يمكن فهم الفصل 532 - انطلاقاً من أعماله التّحضيرية - على أنّه قال بعلوئية الحقيقي. لكننا لا نعرف الملامح المفصّلة لهذه العلوئية: هل هي للحقيقي الوضعي أم للحقيقي العرفي؟

لتوضيح هذه النّقطة، نحتاج تناول مسألة الحقيقة والمجاز.

### 1.1 /2 المعنى الحقيقي والمعنى المجازي

27. سنبدأ هنا بأمثلة، ثمّ نمرّ إلى تعريف الحقيقة والمجاز، ثمّ إلى مسألة العلوئية والظهور من وجهة نظرية ومن وجهة فصول تأويل العقد والقانون، ونختم كلّ هذا بخلاصة.

28. والأمثلة يمكن، هنا أيضاً، أن تعطى من العقد ومن القانون:

ففي العقد، هنالك مثال سبق معنا<sup>147</sup>، ويهمّ الذي أوصى<sup>148</sup> لابنه. فلفظ الابن له معنى حقيقي: ابن الصّلب أو الابن المباشر؛ ومعنى مجازي: ابن الابن<sup>149</sup>. فإذا توقّى الموصي وترك ابنا وابن ابن مثلاً، طرح السّؤال عن المعنى الواجب إعطاؤه للفظ الابن: أهو المعنى الحقيقي أم المعنى المجازي؟

<sup>146</sup> انظر عدد 24.

<sup>147</sup> انظر عدد 23.

<sup>148</sup> الوصية ليست عقداً، لكننا قلنا إنّنا - في هذا العمل - نستعمل لفظ العقد ونريد ما يزيد عليه. انظر عدد 2.

<sup>149</sup> (جلال الدّين عبد الرّحمان بن أبي بكر) السّيوطي، م س، ص 88: حيث مثال لفظ الأب، والذي له معنى حقيقي هو الأب المباشر ومعنى مجازي هو الجدّ.

انظر أيضاً: وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1424 هـ، 2004 م، ج 1، ص 294 و ص 304. وإنّه يمكن التصرّف على الأقلّ في جزء من الكلام الآتي للأسنوي للخروج بأمثلة أخرى:

29. أمّا في القانون، فهناك:

مثالٌ أوّلٌ يهّم "الواو"، فهذه جاءت في نصوص كثيرة، ومنها نصّان مركزيّان في هذا العمل هما: الفصل 532<sup>150</sup> والفصل 519<sup>151</sup>. والواو في معناها الحقيقي لا تفيد الترتيب، لكن لها معنى مجازي هو الترتيب<sup>152</sup>.

مثالٌ ثانٍ يهّم "أو"، فهذا الحرف جاء مثلا في الفصل 45 و46 و545 من مجلّة الالتزامات والعقود. و"أصل وضعها أن تكون لأحد الشئيين أين كانت وكيف تصرفت"<sup>153</sup>. "وذهب قطرب إلى أنّ «أو» قد تكون بمعنى الواو"<sup>154</sup>.

"المضارع فيه خمسة مذاهب: أحدها أنّه حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال؛ والثاني عكسه؛ والثالث أنّه في الحال حقيقة ولا يستعمل في الاستقبال أصلا لا حقيقة ولا مجازا؛ والرابع عكسه؛ والخامس قال في الارتشاف وهو المشهور وظاهر كلام سيبويه أنّه مشترك بينهما. إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة ما إذا قال لزوجته طلقني نفسك فقالت أطلق فلا يقع في الحال شيء لأنّ أطلق للاستقبال. فإن قالت أردت الإنشاء وقع حالا. كذا نقله الرافعي عن البوشنجي. زاد في الروضة فقال هو كما قال. ولا يخالفه قول النحاة أنّ الحال أولى به إذا تجرّد لأنّه ليس صريحا في الحال وعارضه أصل بقاء النكاح هذا كلامه [...] (ص 303) [...]

الزواج إذا قال المدعى عليه أنا أفرّ بما يدعيه وقياس ما سبق أن يقال إن قلنا أنّ المضارع حقيقة في الحال فقط كان إقرارا وإن قلنا في المستقبل فقط فلا لأنّه وعد فإن قلنا أنّه مشترك وحملنا المشترك على جميع معانيه إذا لم تقم قرينة كان أيضا إقرارا وإن قلنا لا يحمل فإن جوزنا الاستعمال سئل عن المراد وعمل به فإن تعذر فلا شيء عليه عملا بالأصل إذا علمت ذلك كله فقد حكى الرافعي في المسألة وجهين واقتضى كلامه أنّ الأكثرين على أنّه ليس بإقرار وهو موافق للصحيح وهو كونه مشتركاً [...]

الخامس إذا أوصى بما تحمله هذه الشجرة أو الجارية فإنّه يعطي الحمل الحادث دون الموجود كما جزم ابن الرفعة في الكفاية نقلا عن الماوردي فحملوه هنا على الاستقبال خاصة.

السادس إذا قال الكافر أشهد أن لا إله إلا الله إلى آخره فإنّه يكون مسلما بالاتفاق حملا له على الحال". (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي [أو 704 هـ / 1304 م - ت 772 هـ / 1370 م]، الكوكب الدرّي، تحقيق محمد حسن عوّاد، دار عمّار، عمّان، الأردن، 1405 هـ، ط1، ص 301: انظر إلى عدد 25.

<sup>151</sup> بالنسبة إلى هذا النصّ، ولكي نتحدّث عن الواو فيه، يجب أوّلا أن نعيدها إليه لأنّها سقطت منه. انظر حول هذا ما ورد سابقا في عدد 22.

<sup>152</sup> (صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيلكدي بن عبد الله) العلاني التمشقي (و 694 هـ / 1295 م - ت 761 هـ / 1360 م)، الفصول المفيدة في الواو المزجدة، تحقيق حسن موسى الشاعر، دار البشير، عمّان، ط1، ص 81 و82.

يتبنّى المؤلف الموقف الذي مفاده أنّ الواو معناها الحقيقي الوضعي ليس الترتيب. ويقول في ص 81 إنّ حتّى لو كنّا أمام احتمالين: أوّلهما أنّ الواو مشتركة بين المعنيين و"ثانيهما" أنّها حقيقة في عدم الترتيب مجازا أو مشتركة، يرجح المجاز على المشترك، لأنّه أكثر شيوعا من المشترك وأغلب منه بالاستقراء، ولأنّ الاشتراك بخلّ بالتفاهم لولا القرينة، فلا يدلّ على المراد بخلاف المجاز، ولأنّ قرينة المشترك قد تخفى، فيتعسّر فهم المعنى المراد. أمّا المجاز فيفهم المراد منه بالقرينة إن وجدت، فإن لم توجد صرف المعنى إلى الحقيقة. ففي الأخذ بالمجاز إعمال للفظ دائما [...]". وهبة الرّحيلي، م س، ص 203.

انظر حول معنى اللفظ المشترك. عدد 59.

وانظر حول الواو (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي. م س، ص 332: "ذهب بعض البصريّين وجماعة من الكوفيّين إلى أن واو العطف تفيد الترتيب ونقله صاحب التّمتّة في كتاب الطّلاق عن بعض أصحابنا وبالغ الماوردي في الوضوء من الحاوي فنقله عن الأخفش وجمهور أصحابنا واختاره الشيخ أبو اسحق في التّبصرة والثّاني وهو المعروف عن البصريّين أنّها لا تدلّ على ترتيب ولا على معية قال في التّسهيل لكن احتمال تأخير المعطوف كثير وتقدمه قليل والمعية احتمال راجح وما ذكره مخالف لكلام سيبويه وغيره فإن سيبويه قال وذلك قولك مررت برجل وحمّان كأنك قلت مررت بهما وليس في هذا دليل على أنّه بدأ بشيء قبل شيء ولا بشيء مع شيء هذا كلامه (ص 333) واعلم أنّ القول الثّالث يعبر عنه بأنّها لمطلق الجمع ولا يصحّ التعبير بالجمع المطلق لأنّ المطلق هو الذي لم يقيد بشيء فيدخل فيه صورة واحدة وهي قولنا مثلا قام زيد وعمرو ولا يدخل فيه المقيد بالمعية ولا بالتّقديم ولا بالتّأخير لخروجها بالتّقديم عن الإطلاق وأمّا مطلق الجمع فمعناه أيّ جمع كان وحينئذ فيدخل فيه الأربعة المذكورة وهذا فرق لطيف غريب أضيف لم أر من نبه عليه". انظر أيضا حول الواو: فاطمة الخمياني، حروف المعاني بين المنطقة والنّحاة من القرن الثّالث إلى القرن التّاسع للهجرة، منشورات كليّة الآداب والعلوم الإنسانيّة بالرباط، 1427 هـ / 2006 م، ص 173 وما بعدها.

<sup>153</sup> (أبو الفتح عثمان) بن جنّي، م س، ج 2، ص 457. وجاء عند محمد الشّاوش: «حدّث المبرّد عن معاني "أو" أو الثّلاثة: الشّكّ والإباحة والتّخيير: ومنها "أو" وهي لأحد الأمرين عند شكّ المتكلّم أو قصده أحدهما وذلك قولك "أتيت زيدا أو عمرا"... هذا إذا شكّ. فأما إذا قصد فقوله "كل السمك أو اشرب اللبن" أي "لا تجمع بينهما واختر أيّهما شئت"... وقد يكون لها موضع آخر ومعناه الإباحة وذلك قولك "جالس الحسن أو ابن سيرين".» محمد الشّاوش، م س، ج 2، ص 918.

انظر أيضا ما جاء في قرار لمحكمة التّعقيب (تع، عدد 54585، صادر في 25 مارس 1997، ن. II، ص 270): "حيث اقتضى الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة أنّ النسب يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثّقة فأكثر. وحيث يؤخذ من هذا النصّ القانوني أنّه ثمة ثلاثة أسباب لإثبات النسب وهي وسائل جاءت معطوفة بأو التي تفيد لغة التّشويح دون جمع بالفراش وقصد بالوسيلتين الثّانية والثّالثة توسيع نطاق إثبات النسب عند فقدان عقد الزواج الصحيح أو الفاسد ما لم يثبت أو يصرّح أحد الطرفين بأنّ الولد من زنا فلا نسب عندئذ أخذاً بالقاعدة القائلة بأنّ نعمة النسب لا تأتي عن طريق محرم".

وانظر: تع، عدد 14172، صادر في 31 جانفي 1985، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 496: "تعبير المشرّع بالطرد أو الإيقاف عن العمل يحمل على معنى تغيّرها وعلى (أنّ) الإيقاف الوقتي عن العمل ليس طردا نهائيا".

<sup>154</sup> (أبو الفتح عثمان) بن جنّي، م س، ج 2، ص 460.

مثالاً ثالثاً يهيم لفظ النكاح، وقد جاء في الفصل 391 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>155</sup>، وفي الفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية. فهذا اللفظ له معنى حقيقي: العلاقة الجنسية؛ ومعنى مجازي: الزواج<sup>156</sup>.

مثالاً رابعاً يهيم "إذا" و"إن" و"لو":

"فـ"إذا" [...] تستعمل بحسب أصلها في كل ما يقطع المتكلم بوقوعه في المستقبل؛ ومن أجل هذا لا تستعمل «إذا» إلا في الأحوال الكثيرة الوقوع، ويتلوها الماضي لدلالته على الوقوع والحصول قطعاً<sup>157</sup>. لكن قد يُخرج بها عن أصلها فتستعمل "في الشرط المشكوك في ثبوته أو نفيه"<sup>158</sup>.

أمّا "إن"، فالأصل فيها [...] عدم جزم وقطع المتكلم بوقوع الشرط في المستقبل [...] ومن ثمّ كثر أن تستعمل [...] في الأحوال التي يندر وقوعها. ووجب أن يتلوها لفظ المضارع لاحتمال الشك في وقوعه<sup>159</sup>. "وقد يخرج الكلام على خلافه (أي الأصل)، فتعمل «إن» في الشرط المقطوع بثبوته أو نفيه"<sup>160</sup>.

و"لو"، أصلها للشرط في الماضي مع الجزم والقطع بانتفائه فيلزم انتفاء الجزاء. على أن الجزاء كان يمكن أن يقع، لو وجد الشرط<sup>161</sup>. "وقد يخرج الكلام على خلافه (أي الأصل)، فتستعمل «لو» في المضارع"<sup>162</sup>.

ونجد "إذا"<sup>163</sup> و"إن"<sup>164</sup> و"لو"<sup>165</sup> في نصوص قانونية عديدة. لكننا نجدها أيضاً في العقود. هذه الملاحظة تنطبق أيضاً على بقية العبارات الواردة تحت اسم: أمثلة من القانون؛ كما تنطبق على الكلمة الواردة تحت اسم: مثال من العقد. وفعلاً يمكن العثور على لفظ "الابن" في القانون (الفصل 46 وغيره من مجلة الأحوال الشخصية).

30. وعلى هذا تستعمل في العقد وفي القانون معاني حقيقية ومجازية.

والحقيقة اللغوية هي اللفظ المستعمل فيما وضع له<sup>166</sup>. أمّا "المجاز اللغوي، فاللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة [...] والعلاقة بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي قد تكون المشابهة وقد تكون

<sup>155</sup> جاء القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005، واستبدل لفظ النكاح بلفظ الزواج. وينبغي أن يشار هنا إلى أن الفصل 2 من القانون قال إنه لا تغيير للمضمون. وهذا يعني أن الاستبدال شكلي فحسب.

<sup>156</sup> وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 302. هنا أيضاً تم احتمالان: إما الاشتراك وإما الحقيقة والمجاز.

<sup>157</sup> السيد أحمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، تحقيق وشرح محمد التونسي، مؤسسة المعارف، بيروت، ط 1، 1420 هـ/1999 م، ص 178.

<sup>158</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 180.

<sup>159</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 178.

<sup>160</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 179.

<sup>161</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 179.

<sup>162</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 181.

<sup>163</sup> انظر إلى:

فصول من مجلة الالتزامات والعقود : 6-8-11-13-21-22-23-24-27-29-35-38-44-46-48-49-51-52-56-57-58-60-61-64- إلخ.  
فصول من مجلة الأحوال الشخصية: 11-13-17-21-25-26-27-28-32-32-مكرر-33-39-40-41-44-46-48-49-53-55-56- إلخ.

<sup>164</sup> انظر إلى:

فصول من مجلة الالتزامات والعقود : 21-32-37-80-88-95-124-130-140-241-520-576- إلخ.

فصول من مجلة الأحوال الشخصية : 6-23-25-26-59- إلخ.

<sup>165</sup> انظر إلى:

فصول من مجلة الالتزامات والعقود : 78-80-117- إلخ.

فصول من مجلة الأحوال الشخصية : 107-110- إلخ.

<sup>166</sup> اللغة وضعت لفظ الابن لمن ينجبه الشخص من صلبه، وهكذا مع بقية الأمثلة.

غيرها [...]»<sup>167</sup>. وهكذا فإنّ المجاز هو نقلٌ للفظ من معناه الأصلي إلى معنى آخر. لكنّ المختصين يقولون إنّ المنقول إليه ليس أولى بالدلالة من المنقول منه<sup>168</sup>.

من هذا التعريف يُستنتج أنّ المعنى الحقيقي الذي يُتحدّث عنه الآن هو نفسه المعنى الوضعي الذي تمّ تناوله سابقاً (تمّ تناوله كمعنى يقابل المعنى العرفي).

من نفس التعريف يُستنتج أيضاً أنّ المجاز نقلٌ للفظ من معناه الأصلي إلى معنى آخر. لكن قيل منذ قليل نفس الشيء عن المعنى العرفي. فما الفرق بين المعنى العرفي المتحدّث عنه سابقاً والمعنى المجازي المتناول الآن؟ الفرق أنّ المجاز منقول إليه ليس أولى بالدلالة من المنقول منه. بعبارة أخرى المعنى الحقيقي ظاهر على المعنى المجازي.

فإذا أريد تفسير هذا القول - باستعمال أحد الأمثلة السابقة - قيل عن لفظ الابن إنّ نقل من معنى الابن المباشر إلى معنى الابن غير المباشر. لكنّ اللفظ بقي أقوى في الدلالة على معنى الابن المباشر منه

<sup>167</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، البلاغة الواضحة. البيان والمعاني والبيدع، مكتبة الأدب، مصر، ط 1، 1423 هـ/2002 م، ص 69 - (أبو الفتح عثمان) بن جنّي، م س، ج 2، ص 442: "الحقيقة ما أقرّ في الاستعمال على أصل وضعه في اللغة والمجاز ما كان بضدّ ذلك [...]". وانظر: (أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمان بن محمّد الجرجاني (ت 471 هـ/1079 م)، دلائل الإعجاز، تحقيق محمّد التّونجي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1995، ص 66 وما بعدها؛ (جلال الدين أبو عبد الله محمّد بن سعد الدين بن عمر) القزويني، الإيضاح في علوم البلاغة، دار إحياء العلوم، بيروت، ط 4، 1998، ص 250 وما بعدها؛ (تقي الدين أبي بكر علي بن عبد الله الحموي) الأزراري (و 768 هـ/1367 م - ت 837 هـ/1434 م)، خزائن الأدب، تحقيق عصام شعيطو، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ط 1، 1987، ج 2، ص 440 وما بعدها؛ (جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر) السيوطي، م س، ص 288.

انظر أيضاً إلى: Umberto ECO, préc., p. 128: "On a un métaphore lorsque l'on substitue un métaphorisant à un métaphorisé sur la base d'un ou de plusieurs traits sémantiques communs à deux termes linguistiques".

A. Baron, De la rhétorique ou de la composition oratoire et littéraire, Lib. Polytechnique d'Aug. Dec., Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd, 1853, p. 305: "[...] le trope consiste à transporter un mot ou une phrase de son sens propre dans un autre... le trope par excellence et dans lequel rentrent tous les autres, c'est la métaphore. Il y a métaphore... toutes les fois que, en vertu d'une comparaison mentale, on emploie le signe d'une idée pour exprimer une autre idée, semblable ou analogue à certains égards".

Christine Horne, Théories contemporaines de la métaphore vive en linguistique française, Thèse écrite sous la direction du Professeur Rostislav Kocourek, du Département de français, et présentée devant la Faculté des études supérieures comme exigence partielle pour l'obtention du grade de Ph.D. de l'université Dalhousie, October 1996, p. 22 et s.

وينبغي التنبية إلى أنّ ما ورد في المتن اتجاه من اتجاهين. ولتبيين هذا سنأتي بهذا المقطف: "ويُتضح المطلب باستعراض المسالك في الحقيقة والمجاز وهي ترجع لاتجاهين، فالأوّل هو الفائل لا مجاز في الكلمة وإنما المجاز في الحمل، والثاني هو الفائل بالمجاز في الكلمة. أما الاتجاه الأوّل فله صياغات ثلاث سيأتي التّعرّض لها في بحث الحقيقة والمجاز، ونشير إليها هنا بصورة موجزة، وهي كما يلي: الأولى: ما هو منقول عن السكاكي أنّ التّصرّف في أمر عقلي لا لفظي، وذلك لأنّه إذا قيل زيد أسد على نحو المجاز المرسل أو رأيت أسداً يرمي على نحو الاستعارة فليس التّجوّز والتّصرّف هنا في لفظ الأسد بأن يراد به الرّجل الشّجاع والألم يكن فرق بين قولنا زيد أسد وقولنا زيد شجاع والفرق الوجداني لا ريب فيه، بل التّصرف في أمر عقلي، وذلك باعتبار زيد فرداً من أفراد الأسد ادّعاءً مع استعمال لفظ الأسد في نفس مفهومه، فالتّجوّز بحمل لفظ الأسد بما له من المعنى على زيد. الثانية: ما طرحه الأستاذ السيّد الخوني (فده) بأنّ المجاز عبارة عن عدم تطابق المراد الاستعمالي مع المراد الجدي، ففي قولنا زيد أسد يراد بلفظ الأسد الحيوان المفترس على صعيد الدلالة الاستعماليّة والرّجل الشّجاع على صعيد الدلالة التّصديقيّة. الثالثة: ما هو المختار عندنا من أنّ المجاز عبارة عن إعطاء حدّ شيء لشيء آخر بدافع نقل التأثير الإحساسي من المشبه به للمشبه، وبيان ذلك: أنّنا لو قلنا رأيت أسداً يرمي فليس المراد بلفظ الأسد الرّجل الشّجاع، لأنّ حلول الشّجاع محلّ الأسد في الجملة مستهجن في الذوق العرفي، فإنّنا لو قلنا زيد شجاع بل أسد أو ليس زيد شجاعاً فقط بل هو أسد لعدّ ذلك إضراباً وترقياً مستلطفاً مع أنّه لو كان المراد بلفظ الأسد الرّجل الشّجاع لكان هذا الإضراب مستهجناً. فالتّجوّز الحقيقي حينئذٍ في إعطاء حدّ الحيوان المفترس وهو الأسد لزيد الإنسان بدافع نقل التأثير الإحساسي لشخصيّة الأسد في النفوس المولّد للهيبة والخوف إلى زيد الشّجاع [...] الاتجاه الثاني: أنّ المجاز في الكلمة، وهو - كما عبّر عنه في علم البيان - استعمال اللفظ في غير ما وضع له مع القرينة في مقام التّخاطب". السيّد علي الحسيني السّيسستاني، م س، ص 203 وما بعدها.

قرب المختار عند السيّد علي الحسيني السّيسستاني ممّا يلي: "[...] l'analogie [...] (est) une similitude de structures dont la formule générale serait : A est à B ce que C est à D [...] Nous proposons d'appeler thème l'ensemble des termes A et B [...] et d'appeler phore l'ensemble des termes C et D [...] Normalement, le phore est mieux connu que le thème". Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, préc., p. 500 et 501.

<sup>168</sup> انظر مثلاً إلى: (محمّد بن عمر بن الحسين) الرّازي، م س، ج 1، ص 313 و 314.

على الابن غير المباشر. وهذه القوة تعني بالضبط ما نعمل عليه وهو العلوية والظهور. فالمعنى الحقيقي أقوى: بمعنى أن له العلوية، وبمعنى أن موقعه في أعلى الترتيب، أي هو الظاهر<sup>169</sup>.

31. هذا التأكيد – على أن المعنى الحقيقي معنى ظاهر – نجده في نصوص مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بتأويل العقد، وفي نصوصها المتعلقة بتأويل القانون:

ففي النصوص الأولى نعرثر على ما يأتي:

- الفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود: هذا النص نقلٌ حرفيٌّ للفصل 598 من المشروع المُراجع<sup>170</sup>. ومن المراجع المشار إليها بالحاشية الجانبية للفصل 598، المادة 12 من المجلة العثمانية التي تقول: "الأصل في الكلام الحقيقة". ولقد جاء في شرح لها مثال الابن<sup>171</sup> الذي استعمل سابقاً<sup>172</sup>.

- الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود: هذا النص نقلٌ للفصل 600 من المشروع المُراجع. نعم تمَّ اختلاف بين النصين<sup>173</sup>. لكن ما نحن بصددّه بهم ما نُقل من الفصل 600 إلى الفصل 515. لذا يمكن عدّ مراجع الفصل 600 في هذا المستوى مراجعاً للفصل 515. من هذه المراجع المادة 2 من المجلة العثمانية التي تقول: "(حكم) الأمور بمقاصدها". وفي شرح هذه المادة جاء حديث عن ألفاظ تعطي معاني ولا تحتاج إلى نية. ومن ينظر إلى هذه المعاني يجد أنّها المتحدّث عنها هنا، أي المعاني الحقيقية<sup>174</sup>.

- الفصل 518 من مجلة الالتزامات والعقود: هذا النص نقلٌ حرفيٌّ للفصل 603 من المشروع المُراجع<sup>175</sup>. ومن المراجع المستعملة مع الفصل 603 – والتي لأجل هذا النقل الحرفي تعدّ مراجع وأعمالاً تحضيرية للفصل 518 من مجلة الالتزامات والعقود – من المراجع المستعملة إذن، المادة 60 من المجلة العثمانية التي تقول: "إعمال الكلام أولى من إهماله". ولقد جاء في شرح هذه المادة: "[...] بما أنّ الأصل في الكلام الحقيقة، فما لم يتعدّر حمل الكلام على الحقيقة لا يحمل على المجازي لأنّ هذا خُلفُ

<sup>169</sup> - "[...] المجاز على خلاف الأصل وإنما يصار إليه بقريظة صارفة عن الأصل. والأصل عدم القرائن [...]": (أبو البقاء) العكبري، مسائل خلافية في النحو، تحقيق محمد خير الحلواني، دار الشرق العربي، بيروت، ط 1، 1992، ص 41.  
- "[...] والفرض أنّ الأصل الحقيقة والمجاز خلاف الأصل. فإذا دار اللفظ بين احتمال المجاز واحتمال الحقيقة فاحتمال الحقيقة أرجح [...]": (جلال) الذين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، م س، ص 287.  
- "[...] الأصل عدم المجاز إلا أن يقوم عليه دليل [...]": (صلاح) الذين أبو سعيد خليل بن كيلندي بن عبد الله العلاني الدمشقي، م س، ص 87.  
<sup>170</sup> عبارات الفصل 598 من المشروع المُراجع هي التالية:

"Lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur". وترجم النص في "الترجمة الكاملة" بما يأتي: "إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالذلالة".

ومن ينظر إلى مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسية يجد فصلها 513 مساوياً للنص الفرنسي الوارد أعلاه. ومن ينظر إليها في صياغتها العربية يجد فصلها المذكور مساوياً للنص العربي الذي جاء أعلاه.

<sup>171</sup> "الحقيقة نقيض المجاز وهي استعمال اللفظ بالمعنى الذي وضع له كالأسد للحيوان المقترس [...] والمجاز يطلق على اللفظ المستعمل لغير ما وضع له [...] فالأصل في الكلام الحقيقة أي لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي فلو وقّف على ولده [...] لا يدخل ولد ولده إن كان له ولد من صلبه [...]". سليم رستم باز، م س، ص 20 و 21. انظر أيضاً: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ط 1، 1422 هـ، ج 1، ص 134 و 135.  
<sup>172</sup> انظر عدد 29 و 30.

<sup>173</sup> ملاحظة أولى: نص الفصل 600 من المشروع المُراجع في صياغته الأصلية على ما يلي:

« Lorsque il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes, et à la qualification qui a été donnée à l'acte ».

وإنّ هذا البحث سيفضي إلى القول إنّ الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود يفيد أنّ المعنى الحقيقي يُترك لفائدة المعنى الذي ثبت أنّه قصد. وعليه يكون الفصل 600 قد أتى بنفس المعنى (لأنّ الفصل 515 نقلٌ حرفيٌّ في هذا الجانب للفصل 600). لكنّ الفصل 600 – خلافاً للفصل 515 – كرز نفس المعنى وذلك فيما يخصّ تأويل جزء من العقد هو التكييف المعطى له. ولعلّ خيار الفصل 600 أفضل، لأنّه يُظهر بوضوح السباج القانوني لمادة تكييف العقد.

ملاحظة ثانية: لقد أحدثت على المشروع المُراجع تغييرات قبل أن يصبح مجلة الالتزامات والعقود. ومن ينظر إلى هذا التغيير وغيره لا يجد له علاقة بالفقه الإسلامي ومن تمّ بلجنة توجيه النظر الشرعي [انظر إلى تغييرات من هذا القبيل: عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط ... (م س)].

<sup>174</sup> انظر إلى: علي حيدر، م س، ص 19 و 20.

<sup>175</sup> في نصّه الذي ورد في الصياغة الأصلية، وفي نصّه الذي ورد في الترجمة الكاملة.



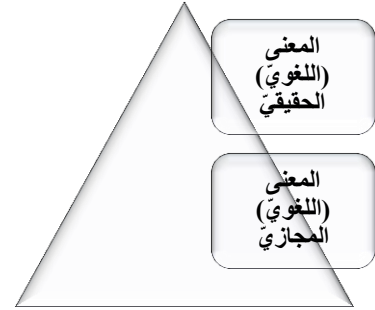
لذلك والخلف لا يزاحم الأصل. على أنه سواء حمل الكلام على المعنى الحقيقي أم حمل على المعنى المجازي له فهو إعمال للكلام<sup>176</sup>.

- الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود: تعرّضنا له سابقاً، ووجدناه يقول إنّ العبارات تحمل على المعنى الحقيقي<sup>177</sup>، كما وجدنا ضمن مراجعه مثال الوصيّة للابن، ووجدنا أنّ لفظة الابن لها معنى حقيقيّ وآخر مجازيّ، ووجدنا أنّ المعنى الحقيقيّ له العلويّة وهو الظاهر لو كان للموصي ابن مباشر<sup>178</sup>.

32. يخلص ممّا سبق أنّ مراجع الفصول 513 و515 و518 من مجلة الالتزامات والعقود تقول بعلويّة الحقيقيّ على المجازيّ، أي بظهور الأوّل على الثّاني. لكنّ عبارات هذه النّصوص لا تحمل بوضوح هذا المعنى.

أمّا الفصل 519، فهو يقول بحمل اللفظ على المعنى الحقيقيّ. فالحقيقيّ إذن يؤخذ به، أي له العلويّة. لكن على ماذا؟ لم يجب النصّ على هذا السؤال، لكنّ مراجعه فعلت. وعلى هذا يمكن القول إنّ هذا النصّ الذي يهّم مادّة تأويل العقد قال بعلويّة المعنى الحقيقيّ على المعنى المجازيّ وبتراتبيّة (أو هرميّة) يحتلّ قمتها المعنى الأوّل.

33. هذا التّحليل للفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود يمكن سحبه على الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود. فالفصل 532 قال أيضاً يُحمل اللفظ على معناه الوضعي؛ ومراجعته - ومنها ما هو أيضاً مراجع للفصل 519<sup>179</sup> - قالت بتقدّم المعنى الحقيقيّ على المجازي. وعلى هذا يكون المعنى الوضعي الذي يُحمل عليه اللفظ أي الذي يتقدّم هو الحقيقة اللغويّة، ويكون المتقدّم عليه هو المجاز اللغوي. وهكذا، في مادّة تأويل القانون أيضاً تمّ علويّة، أي تمّ تراتبيّة (أو هرميّة) يحتلّ قمتها المعنى الحقيقيّ.



34. ممّا تقدّم يتوضّح لدينا أنّه:

- في مادّة تأويل العقد تمّ علويّة وتراتبيّة (أو هرميّة) من الأعلى إلى الأسفل هي الثّالية: المعنى العرفي الخاصّ، وتحتّه المعنى العرفي العامّ (كلاهما يسمى حقيقة عرفيّة<sup>180</sup>، لكنّ الأولى خاصّة والثّانية عامّة)، وتحتّه المعنى اللغوي الحقيقيّ، وتحتّه المعنى اللغوي المجازي. والعلويّة أو الظهور، كما يُرى، هي للمعنى الذي يترجّح من مجرد اللفظ أنّه مقصود من المتكلّم. واستخراج هذا المعنى هو المرحلة الأولى في مسار عمليّة تأويل العقد.

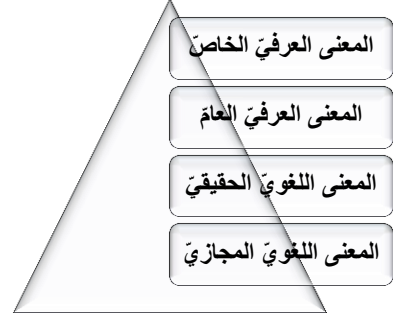
<sup>176</sup> علي حيدر، م س، ص 59.

<sup>177</sup> عدد 22.

<sup>178</sup> عدد 23.

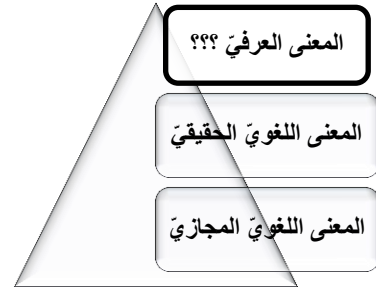
<sup>179</sup> انظر عدد 23، ونقصد هنا ابن نجيم (I، 100) حين تحدّث عن تقدّم الحقيقيّ على المجازي.

<sup>180</sup> انظر مثلاً: (محمّد بن عمر بن الحسيني الرّازي، م س، ج 1، ص 410 - (عبد القادر) بن بدران الدمشقي، م س، ص 174؛ البعلي، م س، ص 123؛ (أبو المظفر منصور بن محمّد بن عبد الجبار) السّمعاني (ت 489 هـ/ 1096 م)، قواطع الأدلّة في الأصول، تحقيق محمّد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، 1997، ص 271 - (محمّد بن محمّد بن حسن بن علي) بن سليمان (و 825 هـ/ 1422 م - ت 879 هـ/ 1474 م)، كتاب التّقرير والنّحبير، تحقيق مكتب الدّراسات والبحوث، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1996، ج 2، ص 3.



- في مادّة تأويل القانون تمّ علويّة وتراتبية (أو هرمية) من الأسفل إلى الأعلى هي التّالية: المعنى اللغوي المجازي، وفوقه المعنى اللغوي الحقيقي. والعلويّة أو الظّهور، كما يُرى، هي للمعنى الذي يترجّح من مجرد اللفظ أنّه مقصود من المتكلّم. واستخراج هذا المعنى هو المرحلة الأولى في مسار عمليّة تأويل القانون.

لكن في هذه المادّة - مادّة القانون - لا نعرف إلى الآن: هل أنّ المعنى العرفي الحقيقي يأتي في الدّرجة الموالية صعوداً أم لا؟



وهكذا بقي لدينا سؤال عالق. ومثل هذه النّتيجة مخيّبة: فقد قيل إنّ التّوضيح سيأتي مع الخوض في الحقيقة والمجاز<sup>181</sup>، أي قيل إنّ الأسئلة ستختفي. رغم هذه الخيبة، ينبغي ملاحظة أنّنا على الأقلّ تقدّمنا خطوة. والخطوة الموالية، أي إكمال التّوضيح، ستأتي عند تناول المرحلة الثّانية من المسار التّأويلي.

لكن، قبل خطو هذه الخطوة، ينبغي إنهاء الحديث بالتّعرض إلى الظّهور في إطار هيئات الكلام بعد أن تمّ للتوّ إتمام الخوض فيه في إطار الموادّ.

## 1. 2/ هيئة العبارة

35. إنّ أهمّ هيئات العبارة: المطلق والعامّ من جهة، والأمر والنّهي من جهة أخرى. وإنّ الأولتين قريبتان من بعضهما، وكذا الثّانيتين.

## 1. 2. 1/ المطلق والعامّ

<sup>181</sup> انظر عدد 27.

36. فإذا بدئ بالمطلق، حَسُنَ الانطلاق من تعريف له، ثمّ المرور إلى أمثلة عنه، ثمّ الانتهاء إلى حكمه وإلى مسألة العلوية والظهور.

والمطلق "هو اللفظ الخاصّ الذي يدلّ على فرد شائع أو أفراد على سبيل الشّيوخ ولم يتقيّد بصفة من الصّفات مثل رجل ورجال وكتب وكتب وطائر وطيور وطالب وطّلاب، فإنّها تدلّ على فرد شائع في جنسه أو أفراد غير معيّنة دون ملاحظة العموم أو الاستغراق، وإنّما المقصود هو الماهية أو الحقيقة بحسب حضورها في الدّهن بقطع النّظر عن تقييدها بصفة من الصّفات. فيكون المطلق مساوياً للنّكرة ما لم يدخلها عموم"<sup>182</sup>.

37. ومن أمثلة المطلق (وهنا سيكتفى بأمثلة من القانون وهي تغني عن أمثلة من العقد):

<sup>182</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 208.  
انظر أيضاً: "وأما المطلق فهو الدّال على شيء معيّن باعتبار حقيقة شاملة لجنسه وهو النّكرة في سياق الإثبات [...]". (أبو عبد الله محمّد بن أبي الفتح البجلي الحنبلي، المطلع، تحقيق محمّد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، ص 394.  
وانظر: "[...] المطلق الدّال على الماهية بلا قيد [...]". (محمّد عبد الرّؤوف المنأوي (و 952 هـ/1554 م - ت 1031 هـ/1622 م)، التّعريف، تحقيق محمّد رضوان الذّابية، دار الفكر المعاصر - دار الفكر. بيروت - دمشق، ط 1، 1410 هـ/1990 م، ص 663.  
وانظر: "[...] المطلق ما دلّ على الماهية بلا قيد [...]". (أبو يحيى زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاري (و 824 هـ/1421 م - ت 926 هـ/1520 م)، الحدود الأنيفة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 1، 1411 هـ/1991 م، ص 78.  
وانظر: "[...] 2 - الاعتبار القياسي: وهو الاعتبار المتقوم بالمقارنة والمقايسة بين ماهيتين المسمّى عند الفلاسفة بباب اعتبارات الماهية [...] ويسمّى عند علماء الأصول بباب المطلق والمقيّد، وتحليله بثلاث نظريّات: أ - ما طرحه الحكماء ومشهور الأصوليين من أنّ الماهية كالتّربية إذا قيست إلى ماهية أخرى كالإيمان فإنّما أن تلاحظا متقارنتين وهو المعبر عنه بشرط شيء، وإنّما أن تلاحظا متنافرتين وهو المعبر عنه بشرط لا، وإنّما أن لا تلاحظا لا بلحاظ التقارن ولا بلحاظ التّفافر وهو المعبر عنه لا بشرط، وهو الإطلاق عند الأصوليين مقابل التّقييد بأحد نوعيه البشروط شيء والبشروط لا.

ب - ما ذهبنا إليه من أنّ الدّهن عند مقايسة ماهية إلى ماهية أخرى إنّما أن يقوم بخلق حالة من الالتحام والارتباط بين الماهيتين وهو التّقييد المعبر عنه بشرط شيء، وإنّما أن يقوم بالربط بين إحداهما وعدم الأخرى وهو التّقييد المعبر عنه بشرط لا، وإنّما أن لا يقوم الدّهن بخلق أي لون من ألوان الارتباط بين الماهيتين الملاحظتين، وهذا هو الإطلاق الذي هو في واقعه أمر عديم راجع لعدم الرّبط بين الماهيتين في المورد القابل للتّقييد. ويقابله التّقييد الذي هو في نظرنا نوع من العمل النّفسي بخلق حالة من الالتحام والاندماج بين الماهيتين، لا مجرد لهما مقترنين تصوّراً ولحاظاً كما طرحه الرّأي المشهور سابقاً.  
ج - ما ذهب له الأستاذ السيّد الخوئي (قده) من أنّ التّقييد عبارة عن لحاظ الماهية متخصّصة بالماهية الأخرى وجوداً كالتّربية المؤمنة أو عدماً كالتّربية الغير عربية، والإطلاق عبارة عن لحاظ الماهية مرسلّة رافضة للقيود والتّخصيص. فالتّقييد والإطلاق بنظره لحاظان وجوديان يتقابلان تقابل الصّدّين، بخلاف النّظريّتين السابقتين القائلتين بأنّهما وجودي وعدمي يتقابلان تقابل الملكة والعدم لا تقابل الصّدّين". السيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 276 و 277. انظره أيضاً في ص 327 وما بعدها: "إنّ التّوصيف على نوعين: 1 - تقييدي. 2 - إخباري. فإنّ الموصوف إنّما أن يكون كلياً أو جزئياً، فإن كان الموصوف كلياً وكان الوصف أخصّ منه مطلقاً أو من وجه فمرجع التّوصيف حينئذٍ للتّقييد، وتضيق دائرة الموصوف بحيث يعدّ المؤلف من المقيّد والقيد مفهوماً واحداً، وماهية خاصّة مغايرة لماهية المقيّد وحده وماهية القيد وحده. نعم لو كان الوصف مساوياً للموصوف الكلي فلا يتصوّر التّقييد والتّضيق حينئذٍ، بل يكون هذا الوصف إخباراً توضيحياً لا قيدياً احترازياً. وإن كان الموصوف جزئياً فلا يتصوّر فيه التّقييد والتّضيق لعدم سعته وتعدّد حصصه، بل يرجع وصفه للإخبار بأنّه واجد للوصف الكذائي. فإن قلت: يصحّ تقييد الجزئي بلحاظ حاله لا بلحاظ ذاته، فإنّ حاله مطلق ذو حصص متعدّدة فيصحّ تقييده بلحاظه. قلت: هذا خارج عن محلّ الكلام، فإنّ مورد كلامنا في تقييد الجزئي وعدم تقييده، وأما حال الجزئي فهو كلي طبيعي يتصوّر فيه التّقييد والتّضيق، إلا أنّ تقييده لا يعدّ تقييداً للجزئي. وما ذكرناه من الفرق بين عنوان التّوصيف التّقييدي والتّوصيف الإخباري هو المطابق للارتكاز العرفي المعولّ عليه عند الفقهاء، ولذلك ذكر الفقهاء بأنّ البائع لو قال: (بعتك الحنطة العراقية) ثمّ دفع للمشتري حنطة أخرى فالبيع صحيح، وعلى البائع دفع المصدق الحقيقي للمبيع، فإنّ المبيع - بعد التّوصيف التّقييدي - له حصّة خاصّة لا تنطبق على ما دفع للمشتري، فعلى البائع تسليم مصداقها الواقعي. وأما لو قال البائع: (بعتك هذه الحنطة العراقية) فمرجع الوصف حينئذٍ للإخبار والالتزام الضمّني بأنّها عراقية، لا للتّقييد لعدم كون الموصوف كلياً قابلاً للتّقييد، فالوصف في الحقيقة التزام آخر في ضمن الالتزام بأصل البيع، ومع تخلف الوصف لا يكون البيع باطلاً لبقاء الالتزام الأوّل بأصل البيع، ولكن يكون للمشتري خيار تخلف الوصف الرّاجع لتخلف الشرط الضمّني، وهو الالتزام بواجبة المبيع للوصف الكذائي، فهذا التّصنيف هو المطابق للارتكاز العرفي".  
انظر حول المطلق في القانون التونسي:

محمّد كمال شرف الدين، م س، عدد 142؛ محمّد الشّرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، تونس، 1993، عدد 760؛

Slaheddine MELLOULI, préc., n° 481; Mohamed CHARFI, préc., n° 439; Hatem KOTRANE, préc., n° 145; Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 225 et s.

ثمّ انظر في فرنسا حول القاعدة: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus

Jean CARBONNIER, Droit civil. Introduction, P.U.F., Paris, 26<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 157; B. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, préc., n° 321; Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX et Muriel FABRE-MAGNAN, Introduction générale, L.G.D.J., Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1995, n° 471.

الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود، حين يقول: "[...] بعوض أو في تبرّع [...]". فلفظة "عوض" أو "تبرّع" تدلّ على فردٍ شائعٍ في جنسها لم يتقيّد بوصفٍ مثل: عوض ماديّ/ عوض معنوي، الخ.

الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية، حين يقول: "[...] ويشترط لصحة الزواج [...] تسمية مهر للزوجة". فلفظ "مهر" مطلق ولم يتقيّد بوصف هو الكمّ، أي لم يتقيّد بمقدار لا قليل ولا كثير.

الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية، حين يقول إنّ من موانع الزواج "[...] تعلق حقّ الغير ب [...] عدّة". ف: "عدّة" مطلقة ولم تُقيّد بأن قيل عدّة طلاق أو عدّة وفاة.

الفصل 182 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا تصحّ الوصية بالمنافع إلا لطبقة [...]". فهنا يتعلّق الأمر بأيّ طبقة كانت.

38. يلاحظ في كلّ هذه الأمثلة أنّها لمطلق لم يقيّد. ومعلوم أنّ المطلق يقيّد بالشّروط، وبالوصف، وبغير ذلك<sup>183</sup>.

كما يلاحظ في كلّ هذه الأمثلة أنّها لمطلق هو لفظ. لكنّ المطلق قد يكون تركيب ألفاظ أي جملة<sup>184</sup>. ونجد محكمة تونسية تصف الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية برمّته بكونه مطلقاً<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 172. <sup>184</sup> الشّيخ محمّد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 151 و 152. ويضرب مثالين: "[...] إطلاق صيغة افعال التي تقتضي استفادة الوجوب العيني والتعيني والنفسي. فإنّ الإطلاق فيها إنّما هو من نوع إطلاق الجملة. ومثله إطلاق الجملة الشرطية في استفادة الانحصار في الشرط". انظر حول إطلاق الجملة الشرطية واستفادة الانحصار منها: et 41 n° **Abdelmagid ZARROUKI**, Le raisonnement a contrario (préc.), n° 46.

ويقول السيّد أحمد الهاشمي (م س، ص 171): "إذا اقتصر في الجملة على ذكر جزءها المسند إليه والمسند فالحكم مطلق وذلك حين لا يتعلّق الغرض بتقييد الحكم بوجه من الوجوه ليذهب السامع فيه كلّ مذهب. وإذا زيد عليهما شيء ممّا يتعلّق بهما أو بأحدهما فالحكم مقيد [...] " (الحاشية: فالإطلاق أن يقتصر في الجملة على ذكر المسند والمسند إليه حيث لا غرض يدعو إلى حصر الحكم ضمن نطاق معين بوجه من الوجوه نحو: الوطن عزيز. والتقييد أن يزداد على المسند والمسند إليه شيء يتعلّق بهما أو بأحدهما ممّا لو أغفل لفاتت الفائدة المقصودة أو كان الحكم كاذباً نحو: الولد التّجيب يسرّ أهله").

<sup>185</sup> المحكمة الابتدائية بقفصة، مدني، عدد 46492، صادر في 23 مارس 1998، ق. ت، جوان 1998، ص 181. انظر قرارات تعقيبية تحدّثت عن الإطلاق:

في تأويل العقد:

تع، عدد 18047، صادر في 24 جوان 2008 (غير منشور): "وحيث من جهة أخرى، فإنّ اعتماد محكمة القرار المعقّب للتّرخيص الصّادر عن الطّاعن الآن للمعقّب ضده في إقامة إحداثات إنّما كان متعلّقه البناء بمسافة التّراجع بالطّابق العلوي الأوّل دون غيره حسبما بيّنه تقرير الاختبار ورخصة البناء الصّادرة عن البلديّة، وهو ما تكون معه المحكمة قد حرّفت مضمون التّرخيص الصّادر عن المعقّب لما فسّرتّه بغير ما اقتضته الأحكام العامّة لتفسير الكتاب الواردة بها مجلة الالتزامات والعقود وبخاصّة منها الفصل 515 من أنّ العبارة بالمقاصد وما اقتضاه الفصل 530 من أنّ العبارة وإن أُطلقت لا تحمل إلاّ على ما قصد التّعامل فيه أو الالتزام به".

في تأويل القانون:

تع، عدد 28165، صادر في 25 نوفمبر 2008 (غير منشور): "فحصر الحرمان من الضّمان عند السّيّاقة بحالة سكر في السائق المالك للسيّارة دون السائق مكتنّب عقد التّأمين أو حافظ السيّارة يعتبر تقييداً بين متساويين لا مبرر له ومخالفاً للقاعدة القانونيّة العامّة التي تقتضي المساواة أمام القانون ومخالفاً بالتّالي لأحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي تفسير القواعد القانونيّة طبق القواعد العامّة، فحصر الاستثناء في مالك العربيّة دون سواه يجعل أغلب السائقين غير مسؤولين مدنيّاً عن سياتهم بحالة سكر بما يؤدي إلى الإخلال بالهدف الذي أراده المشرّع بالاستثناء وهو الحدّ من مخاطر حوادث الطّريق، فيكون قضاء محكمة القرار المطعون فيه بالصّورة التي عليها قرارها مخالفاً للفصلين 1 و 4 من أمر 30 جانفي 1961".

تع، عدد 14290، صادر في 10 ديسمبر 2007، ن. I، ص 81 - 85: "وردت عبارتها مطلقة ويتعيّن قانوناً أخذها على إطلاقها".

تع، عدد 11281، صادر في 5 نوفمبر 2007، ن. I، ص 243 - 247: "[...] قاعدة عامّة غير مقيدة منطبقة على إطلاقها... ثمّ لو أنّ المشرّع قصد غير ذلك المعنى لـ...".

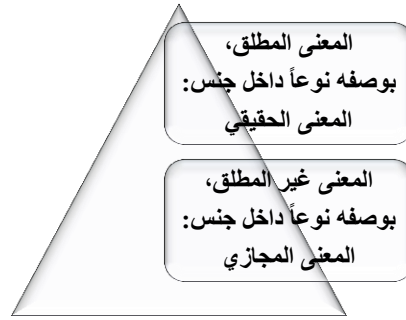
تع، عدد 00265، صادر في 29 نوفمبر 2007 (غير منشور): "وحيث أنّ المشرّع لم يعرف الغلط الواضح وجاءت عبارات الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة مطلقة وتؤخذ بذلك على إطلاقها عملاً بأحكام الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود".

تع، عدد 3781، صادر في 8 نوفمبر 2004، ن. II، ص 65 - 69: "[...] وجب أن لا يؤخذ النّص على إطلاقه [...]".

تع، عدد 248، صادر في 4 ماي 2004، ن. II، ص 17 - 19: "[...] عبارة النّص المذكور جاءت بصيغة الإطلاق وترتّبها على ذلك يعتبر إقراراً حكماً كلّ إقرار صادر لدى حاكم سواء كان متعهّداً بدعوى أصلية أو بدعوى استعجاليّة، وسواء كان مختصّاً أو غير مختصّ، وسواء كان في نفس النزاع أو في نزاع آخر [...] وتبعاً لذلك فإنّ محكمة القرار [...] تكون قد أسست قضاءها على سند صحيح".

39. وحكم المطلق عند البعض أنه يفيد الإطلاق بحسب وضع اللغة<sup>186</sup>، أي أنّ الإطلاق معنى حقيقيّ والتقييد معنى مجازيّ.

إذا تمّ تبيّن هذا الرأى، أمكن استعمال النتائج المتوصل إليها في التحاليل السابقة: أي أمكن القول إنّه – وحسب نصوص تأويل العقد<sup>187</sup> والقانون<sup>188</sup> – الحقيقة هي التي يحمل عليها اللفظ. والحقيقة هنا هي الإطلاق. فاللفظ المطلق إذن يحمل على الإطلاق. وهذا يعني أنّ المعنى المتمثل في الإطلاق له العلوية والظهور، ويعني أن تمّ ترتيب يأتي في قمته ذلك المعنى.



تع، عدد 24596، صادر في 24 نوفمبر 1989، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 602 - 616: "وحيث يتبين من عبارات هذا النص أنها جاءت واضحة الدلالة بيّنة المقصد لما حجرت على القضاة بصورة مطلقة اعتماد العقود والوثائق غير المسجلة [...] فإن محكمة القرار [...] تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

تع، عدد 11637، صادر في 16 أكتوبر 1989، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 574 - 581: "وحيث أنّ عبارة (الوفاء) في النص المذكور جاءت مطلقة ليس فيها ما يقيدّها بالالتزامات المالية دون غيرها، لذلك فلمحكمة الموضوع أن تقضي بالفسخ إذا لم ينفذ المدين التزاماته سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن أو التزامات أخرى [...] وحيث أنّ محكمة الموضوع لما استخلصت من كلّ ما تقدّم وجود ما يكفي واقعاً وقانوناً للحكم بالفسخ تكون قد طبقت الفصل 273 تطبيقاً سليماً، وتعيّن لذلك ردّ هذا المطعن".

تع، عدد 18726، صادر في 26 فيفري 1988، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 528 - 538: "وحيث تجدر الملاحظة أنّ المشرّع عبّر على مقصده الحقيقي من كلمة المؤمن (بالفتح) في تعريفه لمعناه تعريفاً واضحاً بالفصل الأول من الأمر عدد 61 المؤرخ في 30 جانفي 1961 كما يلي: أ – من عبارة المؤمن (بالفتح): المكتتب لعقد التأمين ومالك العربة وكلّ شخص مكلف بموجب رخصة منهما بحراسة العربة أو سوقها إلخ. وحيث اقتضى الفصل 4 من الأمر المشار إليه في فقرته الثالثة أنّ المؤمن (بالفتح) الذي يسوق سيارته بنفسه [...] (والذي) حكم عليه لأنّه كان يسوق وهو في حالة سكر بادية للعيان يحرم من الضمان [...] وحيث أنّ ضمير الغائب في (سيارته) يرجع إلى المؤمن القريب لا إلى المالك البعيد [...] إذ لو قصد المشرّع المالك بالذات لقال مثلاً (المالك المؤمن) أو (المؤمن المالك) استبعاداً لغيره [...] وحيث يستخلص والحالة تلك أنّ كلمة المؤمن الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل الرابع الأنف الذكر لا تفيد الحصر والقصر على مالك السيارة، بل تفيد كلّ من شملهم التعريف المبين بالفصل الأول المشار إليه وهو المؤمن بمفهومه الواسع ضرورة (أنّ) عبارة القانون تؤخذ على إطلاقها".

تع، عدد 17278، صادر في 27 نوفمبر 1987، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 488 - 495: "حيث اقتضى الفصل 26 مرافعات في فقرته الأولى أنّه إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإنّ تلك الفروع تضاف لتحديد مرجع النظر ودرجة الحكم. وحيث أنّ عبارة النص المذكور عامّة ومطلقة والمطلق يؤخذ على إطلاقه [...] وحيث أنّ المحكمة لما قضت بالصورة السالف بيانها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 26 المتحدّث عنه، وتأسيساً على ذلك يعتبر القرار المعقّب قد جانب الصواب فيما ذهب إليه الأمر الذي يعرّضه للنقض".

تع، عدد 3482، صادر في 14 جانفي 1980، ق. ت. أبريل 1981، ص 112 - 114: "حيث أنّه لا خلاف وأنّ الفصل 236 من القانون الجنائي الوارد بعقوبة الزنا لم يحصر كيفية خاصّة لعملية وقوع الزنا ولذا فإنّه يؤخذ على إطلاقه وعمومه إذ أنّ القاعدة العامة تقرّر أنّ اللفظ إذا أطلق انصرف إلى عموم أفرادها ومن ثمّ فإنّ جريمة الزنا تثبت سواء كان الاتصال الجنسي بالذات أو بالإبلاج. وعليه فإنّ ما ذهب إليه الحكم المنتقد من تخصيصه ثبوت جريمة الزنا بالإبلاج دون ذلك فيه تحريف وخرق لأحكام الفصل 236 المذكور واستوجب النقض".

<sup>186</sup> لكن انظر موقفاً آخر [ الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 152]: "لا شكّ في أنّ الإطلاق في الأعلام بالنسبة إلى الأحوال [...] ليس بالوضع، بل إنّما يستفاد من مقدمات الحكمة. وكذلك إطلاق الجمل وما شابهها – أيضاً – ليس بالوضع بل بمقدمات الحكمة. وهذا لا خلاف فيه. وإنّما الذي وقع فيه البحث هو أنّ الإطلاق في أسماء الأجناس وما شابهها هل هو بالوضع أو بمقدمات الحكمة؟ أي أنّ أسماء الأجناس هل هي موضوعة لمعانيها بما هي شائعة ومرسلة على وجه يكون الإرسال أي الإطلاق مأخوذاً في المعنى الموضوع له اللفظ – كما نسب إلى المشهور من القدماء قبل سلطان العلماء – أو أنّها موضوعة لنفس المعاني بما هي والإطلاق يستفاد من دالّ آخر، وهو نفس تجرّد اللفظ من القيد إذا كانت مقدمات الحكمة متوقّرة فيه؟ وهذا القول الثاني أوّل ما صرح به فيما نعلم سلطان العلماء في حاشيته على معالم الأصول، وتبعه جميع من تأخّر عنه إلى يومنا هذا. وعلى القول الأول يكون استعمال اللفظ في المقيّد مجازاً وعلى القول الثاني يكون حقيقة. والحقّ ما ذهب إليه سلطان العلماء [...]".

<sup>187</sup> انظر عدد 22 وما بعده، وعدد 30 وما بعده.

<sup>188</sup> انظر عدد 33.

40. لكن هنالك رأي مفاده أنّ استعمال اللفظ في المقيد هو أيضا حقيقة<sup>189</sup>. على هذا الرأي لا يمكن استعمال النتائج المتوصل إليها من جهة في إطار الفصل 519 خاصة (مادة تأويل العقد)، ومن جهة أخرى في إطار الفصل 532 (مادة تأويل القانون). بل الواجب عندها الذهاب: بالنسبة إلى مادة العقد إلى الفصل 530، وبالنسبة إلى مادة القانون إلى الفصل 533.

والنص الأول يقول: "العبرة، وإن أطلقت، لا تحمل إلا على ما قصد التعاقد فيه والالتزام به". هذا النص، وإن تحدّث عن اللفظ المطلق، إلا أنه لم يقل إنّ هذا اللفظ يحمل على الإطلاق. رغم ذلك قد يمكن نسبة مثل هذا الكلام إليه. فلقد أحالت أعماله التحضيرية على مراجع تقول بهذا. فعلاً، فإنّ الفصل 530 من مجلة الالتزامات والعقود نقلَ حرفيًّا للفصل 615 من المشروع المُراجع<sup>190</sup>. وفي الحاشية الجانبية لهذا النص<sup>191</sup>، وضعت المادة 64 من المجلة العثمانية التي تقول: "المطلق يجري على إطلاقه [...]"<sup>192</sup>. فإذا قُبِلَ هذا الفهم للفصل 530، فبَلْ كونه يقول بعلوية للإطلاق وبترتيب يأتي في قمته هذا المعنى، وذلك في مادة العقد.

أمّا في مادة القانون، فالفصل 533 يقول: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها". وعليه ثمّ هنا أيضا، أي في مادة تأويل القانون، تلك العلوية وتلك التراتبية اللتان سبقتا مع مادة العقد.



41. وهكذا فإنّه، متى وقع تبني هذا الرأي الثاني، يكون الفصل 530 من مجلة الالتزامات والعقود قد جاء بما لم يجئ في الفصل 519 من نفس المجلة، ويكون الفصل 533 قد أتى بما لم يأت في الفصل 532.

لكن لو وقع تبني الرأي الأول، يكون الفصل 530 مجرد تفصيل لـ: 519، ويكون 533 مجرد تفرّيع من تفرّيعات 532.

<sup>189</sup> انظر حول هذا الرأي: الشيخ جعفر السبحاني، الوسيط في أصول الفقه، مؤسسة الإمام الصادق، ط 1، 1422 هـ، قم، ج 1، ص 152؛ انظر أيضا: السيد محمد باقر الصدر، م س، الحلقة الثانية، ج 1، ص 240.

<sup>190</sup> نقلت الصياغة الفرنسية لمجلة الالتزامات والعقود نقلا تاما الفصل 615 من المشروع المُراجع في صياغته الأصلية. ونقلت الصياغة العربية لمجلة الالتزامات والعقود نقلا تاما الفصل 615 من المشروع المُراجع في ترجمته الكاملة.

<sup>191</sup> طبعا هي حاشية الصياغة الأصلية للمشروع لأنّ الصياغة المترجمة - سواء منها الكامل والناقص - ليس لها حواش.

<sup>192</sup> تقول المادة ما يلي: "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصّا أو دلالة". وجاء في شرحها: "إنّ هذه القاعدة ذكرت في المجامع على الصورة الآتية «المطلق يجري على إطلاقه كما أنّ المقيد يجري على تقييده»". كما جاء في الشرح أنّ تقييد المطلق قد يكون بالنصّ وقد يكون بالدلالة. ومثال التقييد بالدلالة "الوكالة المطلقة بشراء شيء فإنها وإن لم يوجد بها قيد للثمن فالدلالة توجب على الوكيل الشراء بالقيمة المثلية وإلا فمع الغبن اليسير ولا يحقّ للوكيل أن يشترى ذلك الشيء بثمن يكون به عين فاحش على الموكل". علي حيدر، م س، ص 62 بالنسبة إلى المقتطف الأول وص 63 بالنسبة إلى المقتطف الثاني.

ومن ينظر إلى محكمة التعقيب، يجدها استعملت الفصل 532 (لا الفصل 533) حين رأت أنّ المطلق يجري على إطلاقه<sup>193</sup>.

لكن اتفق لمحكمة التعقيب أيضا أن استعملت الفصل 533<sup>194</sup>.

فهل هي من أصحاب الرأي الأوّل، أم الثاني؟ لا يمكن تقديم جواب هنا. كما لا يمكن تقديم جواب في إطار هيئة العام.

42. وهيئة العام، سنتعرض إلى أمثلتها، ومن الأمثلة سنصبح قادرين على تعريف العام والتفرقة بينه وبين المطلق، ثم إنّ كلّ هذا سيمكّن من حوض مسألة العلوية والتراتبية والظهور.

43. فإذا بدأنا بأمثلة صيغ العام (هنا أيضا وعلى غرار المطلق سيكتفي بأمثلة من القانون وهي تعني عن الأمثلة من العقد)، قلنا إنّ أهمّها:

- أوّلًا ألفاظ الجموع، مثل "كلّ" و"جميع" وما في معناهما<sup>195</sup>. ونجد "كلّ" في نصوص عديدة، منها الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقول: "كلّ دعوى ناشئة عن تعبير الدّمة لا تسمع بعد مضيّ خمس عشرة سنة [...]"<sup>196</sup>؛ وكذلك الشّأن بالنسبة إلى "جميع"، التي نجدها في الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود القائل: "يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتجّ ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدّعى"؛ كما نجدها في غيره<sup>197</sup>.

- ثانيًا الجمع، وفيه قسمان<sup>198</sup>:

الجمع المعرّف بـ: "ال" المفيدة للاستغراق. ومثال هذا الجمع لفظ "الحيوانات" في الفصل 95 من مجلة الالتزامات والعقود، ولفظ "الأشياء" في الفصل 96 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>199</sup>، ولفظ "المحرّمات" في الفصل 15 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>200</sup>.

<sup>193</sup> تع، مدني، عدد 1130 صادر في 31 أكتوبر 2002، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2001/2002، ص 369 وما بعدها. ولقد جاء بـ: ص 376 ما يلي: "حيث اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل الثاني من القانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 أنه: «تنطبق أحكام هذا القانون أيضا مع مراعاة مدة الاستغلال المنصوص عليها بالفصل السابق على [...] 3- عقود تسويق المحلات أو العقارات التي بها مؤسسات تعليم خاص [...]». وحيث ينبغي أن لا يغيب عن الفكر في فهم هذا الفصل وتحديد نطاقه ما تضمنه الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود من أنّ «نصّ القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون». وحيث أنّ استعمال كلمة «مؤسسات تعليم خاص» بصيغة النكرة يجعل معناها يعمّ جميع أفراد الجنس دون تحديد نوع معيّن منه بتخصيص ضرورة أنه في غياب هذا التخصيص يبقى الحكم شائعا بين جميع أفراد الجنس باعتبار أنّ المطلق على إطلاقه حتّى يقيد بالعام على عمومه حتّى يخصّص والمجمل على إجماله حتّى يفصل".  
<sup>194</sup> انظر قرارا تعلق بنفس العبارة: "مؤسسات تعليم خاص [...]» واستعمل الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود: تع، مدني، 4196، صادر في 26 جانفي 2001، ن، II، ص 133.

<sup>195</sup> مثل معشر، ومعاشر، وعامة، وكافة، وقاطية، إلخ. انظر: خان بهادر، م س، ص 78؛ (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ج 1، ص 205؛ وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 235؛ (أحمد بن عبد الحليم) بن تيمية، م س، ص 91.

<sup>196</sup> انظر إلى "كلّ": في فصول مجلة الالتزامات والعقود: 6-12-7-15-68-82-93-94-117-118-119-176-220-243-283-336-397-415-430-477-485-558-561-567-638.

وفي فصول مجلة الأحوال الشخصية: 1-12-15-18-53 مكرّر-81-119-122.

<sup>197</sup> انظر إلى "جميع":

في فصول مجلة الالتزامات والعقود: 11-148-150-164-176-183-327-520-534-542-599-603-1185.

في فصول مجلة الأحوال الشخصية: 32-75-160-213.

<sup>198</sup> وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 245 وما بعدها؛ الشّيخ محمد رضا المظفر، م س، ص 126؛ (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 208؛ (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 219-219 (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي (و 450 هـ/ 1058 م- ت 505 هـ/ 1111 م)، المستصفي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1413 هـ/ 1992 م، ص 255.

<sup>199</sup> انظر حول هذه اللفظة: Nadhir BEN AMMOU, L'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, R.T.D. 1997, p. 31-33.

الجمع المعرّف بالإضافة، ومثاله: "فصوله" الواردة بالفصل 15 من مجلة الأحوال الشخصية، و"فصولهن" الواردة بالفصل 16 من مجلة الأحوال الشخصية.

- ثالثاً المفرد، وفيه قسمان<sup>201</sup>:

المفرد المعرّف بـ:"ال" الاستغراقية. ومثاله لفظ "البيع" في الفصل 564 من مجلة الالتزامات والعقود والذي يعمّ كلّ بيع، ولفظ "القاتل" في الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية والذي يعمّ كلّ قاتل، ولفظ "التغريب" في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود والذي يعمّ كلّ تغريب<sup>202</sup>.

المفرد المعرّف بالإضافة<sup>203</sup>، ومثاله الفصل 20 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يقول: "يجبّ التّزوج بزوجة الغير أو معتدته [...]". فالتّحجير يعمّ كلّ معتدّة من الغير<sup>204</sup>.

- رابعاً النكرة في سياق:

نفي، ومثالها الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية: " لا وصية لوارث [...]"، فهذا الكلام يعمّ كلّ وصية (رأينا هذا النّص كمثل للمطلق، وذلك بالنّسبة إلى عبارته: وارث)<sup>205</sup>.

نهي، ومثالها الفصل 10 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا يشترط في وكيل الزواج [...] شرط [...]"، فهذا يعمّ جميع الشّروط لأنّ كلمة شرط نكرة جاءت في سياق نهي (لا)<sup>206</sup>.

شرط، ومثالها الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية: "[...] وعلى الزّوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال". فـ: "مال" نكرة في سياق شرط فيعمّ جميع أنواع المال<sup>207</sup>.

- خامساً الأسماء الموصولة، مثل "ما" (وصورتها الفصل 336 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "[...] ويجب حينئذ على كلّ منهما أن يردّ لصاحبه ما قبضه منه [...]")، أي عموم المقبوض<sup>208</sup>، ومثل

وانظر: تع، مدني (الدوائر المجتمعة)، عدد 28564 صادر في 16 مارس 1995، المجلة القانونية التونسية 1996، ص 299؛ تع، مدني (الدوائر المجتمعة)، عدد 42389 صادر في 16 مارس 1995، المجلة القانونية التونسية 1996، ص 309.

<sup>200</sup> قد يأتي دليل يثبت أنّ الألف واللام ليست للاستغراق بل للعهد. ومن الأمثلة التي تضرب هنا الآية الكريمة: ( الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ ) (آل عمران. الآية 173). فإنّ المراد بكلمة النَّاس الأولى نعيم بن مسعود والمراد بالثانية أبو سفيان وجماعته. "وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 246.

<sup>201</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 247؛ (أبو الحسن علي بن محمّد) الأمدي، م س، ج 2، ص 219؛ (أبو حامد محمّد بن محمّد) الغزالي، م س، ص 225.

<sup>202</sup> عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 195 وما بعده. لكن "ال" العهديّة لا تفيد العموم: (كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا (15) فَعَصَى فِرْعَوْنَ الرَّسُولَ) (المزمل. 15 و 16). وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 247.

<sup>203</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 247.

<sup>204</sup> انظر أيضا الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله [...]". فـ: "مال" مفرد معرّف بالإضافة، إذ أضفنا إليه الضمير المتصل المفرد المذكّر الغائب "ه". ولذلك، فإنّ "مال" تستغرق جميع أنواع المال.

<sup>205</sup> انظر حول النكرة في سياق نفي (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي (و 704 هـ / 1304 م - ت 772 هـ / 1370 م)، الكوكب الدّري، دار عمّار، عمّان. الأردن، 1405 هـ، ط1، تحقيق محمد حسن عوّاد، ص 288: "النكرة في سياق النفي تعمّ سواء باشرها النافي نحو ما أحد قائما أو باشرها عاملها نحو ما قام أحد وسواء كان النافي ما أو لم أو لن أو ليس ثمّ إن كانت النكرة صادقة على القليل والكثير كشيء أو ملازمة للنفي نحو أحد أو داخلا عليها من نحو ما جاءني من رجل أو واقعة بعد لا العاملة عمل إن وهي لا التي لنفي الجنس فواضح كونها للعموم وما عدا ذلك نحو لا رجل قائما بنصب الخبر وما في الدار رجل فالصّحيح أنّها للعموم أيضا ونقله شيخنا أبو حيّان في الارتشاف في الكلام على حروف الجرّ عن سيبويه لكنّها ظاهرة في العموم لا نصّ".

انظر أيضا: البعلبي، م س، ص 234؛ ابن سليمان، م س، ص 248.

<sup>206</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 247؛ (محمّد بن علي بن محمّد) الشّوكاني، م س، ص 213.

<sup>207</sup> انظر أيضا الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية حيث يقول: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال. وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون". فـ: "مال" تعمّ جميع أنواع المال و"مسكن" تستغرق جميع أنواع المسكن من شقّة وغيرها.

<sup>208</sup> انظر كذلك الفصل 114 من مجلة الالتزامات والعقود: "مثل ما كان على السلف [...] وانظر أيضا آخر الفقرة الثالثة من الفصل 196 من مجلة الالتزامات والعقود: "[...] ما على مورثهم".



"مَنْ" (وصورتها الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية حين يقول: "[...] يُزاد إذا كان مستحقّ الحضانة ذكراً أن يكون عنده مَنْ يحضن من النساء [...]")، فهذا يعمّ الزوجة والأم والأخت وغير ذلك)، ومثل "الذين" (وصورتها الفصل 1297 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "لا يسوغ عزل المديرين الذين وقع تعيينهم [...]")، فهنا يعمّ النهي جميع من وقع تعيينه منهم<sup>209</sup>)، ومثل اللاتي واللاتي<sup>210</sup>.

- سادساً أسماء الشرط<sup>211</sup>، مثل "مَنْ" (وصورتها الفصل 550 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "مَنْ أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"). فهنا يستغرق الأمر جميع الذين يمكنهم الأكثر<sup>212</sup>)، ومثل "ما" (من صورها الفصل 521 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "ما كان غرضه التبرّع يتسامح في تفسيره [...]")، فيشمل التسامح عموم ما كان غرضه التبرّع من وصايا وهبات واشترطات لمصلحة الغير<sup>213</sup>.

- الخ<sup>214</sup>.

44. انطلاقاً من الأمثلة، يمكن القول إنّ العامّ هو الصيغة التي تفيد العموم الاستغراقي<sup>215</sup> أو الشمولي<sup>216</sup>.

<sup>209</sup> انظر "الذين" في الفصل 1331 من مجلة الالتزامات والعقود وغيره.

<sup>210</sup> انظر: وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 247.

<sup>211</sup> انظر: وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 248؛ (محمد بن علي بن محمد الشوكاني، م س، ص 204؛ (أبو الحسن علي بن محمد الأمدي، م س، ج 4، ص 265؛ (أبو محمد عبد الله بن أحمد) بن قدامة المقدسي (و 541 هـ / 1146 م - ت 620 هـ / 1223 م)، روضة الناظر، تحقيق عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط 2، 1399 هـ / 1979 م، ص 179.

<sup>212</sup> انظر إلى "من":

في فصول لمجلة الالتزامات والعقود: 14-33-34-65-71-72-73-74-80-81-82-83-87-88-103-213-335-475-488-523-544-547-549...

وفي فصول لمجلة الأحوال الشخصية: 49-63-77-120-188-191.

حول دلالة "من" على العموم والاستغراق انظر: (أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، م س، ج 1، ص 245.

<sup>213</sup> بهذا المثال وبسابقه تكون نصوص تأويل العقد والقانون منطبقة لا على غيرها فقط بل على نفسها أيضاً.

انظر إلى "ما":

في فصول لمجلة الالتزامات والعقود 16-24-182-242-526-527-536-537-540-548-571-572-ف 2-609-625...

وفي فصول لمجلة الأحوال الشخصية: 12...

<sup>214</sup> انظر قرارات تعقيبية تحدّثت عن العامّ:

تع، عدد 14290، صادر في 4 أكتوبر 2007، ن. I، ص 47 - 49: "[...] النّصّ العامّ يقدّم على النّصّ الخاصّ [...] تكون محكمة القرار المطعون فيه [...] قد أخطأت تطبيق القانون [...] وعرضت قضاءها للنقضّ".

تع، عدد 8325، صادر في 3 ماي 2005، ن. II، ص 245 - 247: "[...] جاء ضمن قانون خاصّ فهو مقدّم في التطبيق على القانون العامّ [...] محكمة الأساس [...] أحسنت تطبيق القانون [...]".

تع، مدني، عدد 1130 صادر في 31 أكتوبر 2002، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2001/2002، ص 369 وما بعدها. ولقد جاء بـ: ص 376 ما يلي: "حيث اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل الثاني من القانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 أنه: «تتطبق أحكام هذا القانون أيضاً مع مراعاة مدة الاستغلال المنصوص عليها بالفصل السابق على [...] 3- عقود تسويق المحلات أو العقارات التي بها مؤسسات تعليم خاصّ [...]». وحيث ينبغي أن لا يغيب عن الفكر في فهم هذا الفصل وتحديد نطاقه ما تضمّنه الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود من أن «نصّ القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون». وحيث أنّ استعمال كلمة «مؤسسات تعليم خاصّ» بصيغة النكرة يجعل معناها يعمّ جميع أفراد الجنس دون تحديد نوع معين منه بتخصيص ضرورة أنه في غياب هذا التخصيص يبقى الحكم شائعاً بين جميع أفراد الجنس باعتبار أنّ المطلق على إطلاقه حتى يقيّد والعامّ على عمومته حتى يخصّص والمجمل على إجماله حتى يفصل".

تع، عدد 17278، صادر في 27 نوفمبر 1987، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 488 - 495: "حيث اقتضى الفصل 26 مرافعات في فقرته الأولى أنه إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإنّ تلك الفروع تضاف لتحديد مرجع النّظر ودرجة الحكم. وحيث أنّ عبارة النّصّ المذكور عامة ومطلقة والمطلق يؤخذ على إطلاقه [...] وحيث أنّ المحكمة لما قضت بالصورة السالف بيانها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 26 المتحدّث عنه، وتأسيساً على ذلك يعتبر القرار المعقّب قد جانب الصواب فيما ذهب إليه الأمر الذي يعرضه للنقض".

تع، عدد 6216، صادر في 25 نوفمبر 1983، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 381 - 391: "وحيث يستفاد من هذه الأحكام أنّها صريحة في لفظها ومعناها وعبارتها تقتضي العموم والشمول في قولها لا تمضي على الشفيع عمليات التّفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفيع سواء أكانت عمليات التّفويت لقریب أو شريك آخر وسواء أكانت قبل القيام بالأخذ بالشفيع أو بعد. وهي من الوضوح والصراحة بحيث لا تقبل أيّ تأويل أو فهم مغاير".

<sup>215</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 124.

والعامّ مثل المطلق يفيد العموم. لكنّ المطلق هيئته سلبية، أمّا العامّ فيدلّ على العموم بواسطة أداة من أدوات العموم، أي أنّ هيئته إيجابية<sup>217</sup>. لذا تختلف هيئة المطلق عن هيئة العامّ.

لكنّ محكمة التعقيب لا تفرّق بين المطلق والعامّ في العديد من القرارات<sup>218</sup>. وقد لا يُرى في هذا بأس، أي قد يُقال: نعم صورة المطلق مختلفة عن صورة العامّ، لكن في المحصلة كلاهما يفيد العموم.

هذا الكلام غير دقيق: نعم المطلق يفيد العموم ... نعم والعامّ مثله يفيد العموم ... نعم هذا صحيح، لكنّ الصّحيح أيضاً أنّ عموم المطلق ليس كعموم العامّ: عموم المطلق بدليّ وعموم العامّ مختلف ... عموم العامّ استغراقي.

ما معنى هذا الكلام؟

أولاً ما معنى أنّ عموم المطلق بدليّ؟

معناه أنّ عموم المطلق (لنأخذ مثلاً لنصّ وصيّة: "أنا فلان، أوصي بثلث مالي لـ"عاملٍ" - لدينا شخص يُتوقّى ولديه ثلاثة عمال: «أ» و «ب» و «ج») يُحكم به على فرد شائع من أفرادها (إذن الوصيّة لعاملٍ تهمّ على الشّيوخ «أ» و «ب» و «ج»). ولا يتناول أكثر من واحد دفعة واحدة (لا يتناول «أ» و «ب» و «ج» دفعة واحدة)، بل يتناول الأفراد (إذن هو عموم) على سبيل البديل (إذن هو بدليّ)<sup>219</sup>.

بعبارة أخرى: يستوعب عموم كلمة "عاملٍ" كلّ أفراد الكلمة (هنا: «أ» و «ب» و «ج»). وتطبيقات كلمة عامل على أفرادها هي تطبيقات تبادليّة. أي أنّ الحكم (أوصي) واحد، ويكتفى في امتثاله بأيّ فرد من الأفراد (لو أعطينا الثلث لـ: «أ»، نكون قد امتثلنا لحكم الوصيّة)<sup>220</sup>. ويعني ما سبق أنّ موضوع الإطلاق الطّبيعة والماهية (ماهية العامل)، والماهية ليس فيها كثرة. ويثبت الحكم (الإيصاء) لما هو خارجي (العامل «أ» - العامل «ب» - الخ) لأجل تحقّق الماهية فيه («أ» تحقّق فيه كونه عاملاً، الخ). وما تتحقّق

<sup>216</sup> (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 200. (عبد القادر) بن بدران الدمشقي، م س، ص 244. محمد أوغانم، رسالة في الاستدلال وتمييز المدلول من الدال، مطابع الشويخ، تطوان، 2005، ص 226 وما بعدها.

<sup>217</sup> "التدليل على العموم يتم بإحدى طريقتين: الأولى سلبية وهي الإطلاق، أي ذكر الكلمة بدون قيد. والثانية إيجابية وهي استعمال أداة للعموم نحو «كلّ» و«جميع» و«كافة» وما إليها من ألفاظ". السيّد محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة للأصول، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1989، ص 143.

<sup>218</sup> انظر:

تع، عدد 901، صادر في 5 أكتوبر 2005، ن. II، ص 213 - 215: "وحيث أنّ معاني الفصل 44 أعلاه واضحة كلّ الوضوح ولا تحتّم التأويل ذلك أنّ عبارة «كلّ تعدّد» تفيد المطلق".

تع، عدد 11637، صادر في 16 أكتوبر 1989، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 574 - 581: "وحيث أنّ عبارة (الوفاء) في النصّ المذكور جاءت مطلقة ليس فيها ما يقيدّها بالالتزامات الماليّة دون غيرها، لذلك فلمحكمة الموضوع أن تقضي بالفسخ إذا لم ينفذ المدين التزاماته سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن أو التزامات أخرى [...] وحيث أنّ محكمة الموضوع لما قضت بالصّورة السالف بيانها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 26 المتحدّث عنه، وتأسيساً على ذلك يعتبر القرار المعقّب قد ردّ هذا المطعن".

تع، عدد 17278، صادر في 27 نوفمبر 1987، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 488 - 495: "حيث اقتضى الفصل 26 مرافعات في فقرته الأولى أنّه إذا كانت الدّعوى شاملة لعدّة فروع ناشئة عن سبب واحد فإنّ تلك الفروع تضاف لتحديد مرجع النظر ودرجة الحكم. وحيث أنّ عبارة النصّ المذكور عامّة ومطلقة والمطلق يؤخذ على إطلاقه [...] وحيث أنّ المحكمة لما قضت بالصّورة السالف بيانها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 26 المتحدّث عنه، وتأسيساً على ذلك يعتبر القرار المعقّب قد جانب الصواب فيما ذهب إليه الأمر الذي يعرضه للنقض".

انظر من لاحظ عدم تمييز محكمة التعقيب بين "العموم والإطلاق": أحمد بن طالب، مجلّة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة، منشور في: كتاب مانويّة مجلّة الالتزامات والعقود 1906 - 2006، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 282.

<sup>219</sup> انظر: (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 200. (عبد القادر) بن بدران الدمشقي، م س، ص 244 و 316.

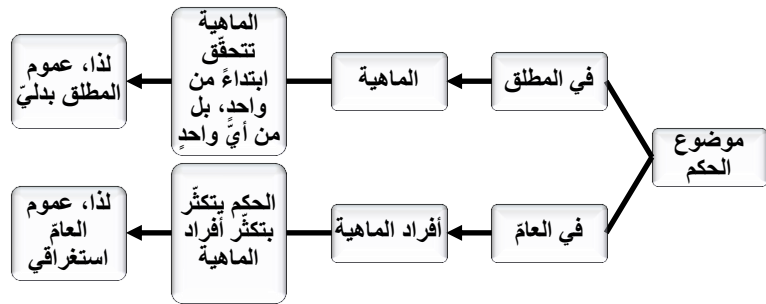
<sup>220</sup> انظر: السيّد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، ج 2، ص 116 و 117.

الماهية الواحدة (ماهية العامل) فيه قد يكون أكثر من واحد (في مثالنا ثلاثة: «أ» و «ب» و «ج»). لكن تلك الماهية الواحدة تتحقق ابتداءً من واحد، بل ومن أيّ واحد. وهذا معنى كون الإطلاق بدلياً<sup>221</sup>.

هذا عن عموم المطلق وكونه بدلياً، أمّا عموم العامّ فمختلف لأنّه كما قلنا استغراقي. ما معنى هذا؟

معناه أنّ عموم العامّ (سنبقى مع مثال وصيّة: "أنا فلان، أوصي بثلاث مالي لـ: "جميع العملة" - لدينا شخص يتوفى ولديه ثلاثة عمال: «أ» و «ب» و «ج») يحكم فيه على كلّ فرد (إذن الوصيّة تهمّ «أ» لوحده، و «ب» لوحده، و «ج» لوحده) ويتناول الأفراد دفعة واحدة ( الوصيّة هي لـ: «أ» و «ب» و «ج» دفعة واحدة)، فهو إذن عموم (يتناول الأفراد) على سبيل الاستغراق والشمول (كلّ - دفعة واحدة).

بعبارة أخرى: يستوعب عموم عبارة "جميع العملة" كلّ أفراد الكلمة. وتطبيقات الكلمة على أفرادها ليست تطبيقات تبادلية. أي أنّ الحكم (أوصي) ليس واحداً بل يتكثّر (هو هنا: 1- أوصي، 2- أوصي، 3- أوصي) بتكثّر الأفراد (نحن أمام ثلاثة: 1- «أ»، 2- «ب»، 3- «ج»). فلو أعطينا الثلث لـ: «أ» فقط، نكون قد نفذنا الحكم 1 وخرقنا الحكمين 2 و3. ويعني ما سبق أنّ موضوع الحكم في العامّ أفراد الماهية (هنا: «أ» العامل - و«ب» العامل- ...) لا نفسها (ماهية العامل). وأفراد الماهية في مثالنا ثلاثة («أ» و «ب» و «ج»). لذلك فإنّ موضوع الحكم ثلاثة، أي أنّه يشمل «أ» و «ب» و «ج»، ويستغرقهم<sup>222</sup>.



<sup>221</sup> انظر إلى: السيّد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، ج 2، ص 100 وما بعدها. وانظر إلى: قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، إعداد لجنة تأليف القواعد الفقهيّة والأصوليّة التابعة لمجمع فقه أهل البيت، مركز الطباعة والنشر للمجمع العالمي لأهل البيت، إيران، ط 1، 1423 هـ/2002 م، ص 231 وما بعدها.

<sup>222</sup> ينبغي أن تساق هنا الملاحظات التالية:  
لم نعمل في المتن إلّا أن نقلنا - وبطريقة هي غالباً حرفيّة - المراجع الواردة بالحواشي السابقة. ويمكن النّظر إلى هذه المسألة أيضاً عند: جعفر السّبّحاني، الوسيط في أصول الفقه، مؤسسة الإمام الصادق، قم، ط 1، 1422 هـ. ق/ 1380 هـ. ش/ 2001 م، ج 1، ص 193 و194.  
أنّ هنالك صوراً يضعها البعض في العامّ (مثال: اسم الجنس كلفظ البيع عند وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 247) ويضعها آخرون في المطلق (مثال البيع في كتاب قواعد أصول الفقه [م س، ص 231] وعند جعفر السّبّحاني [م س، ج 1، ص 194]. قرّب هذا من Ezzeddine [ARFAOUI, p.225 et s.] الذي يتحدّث عن قاعدة الفصل 533 من مجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ يورد من يتحدّث [VONGLIS] عن الجنس وعمّا داخله من أنواع). ونجد عند السيّد محمد باقر الصدر ما يفسّر الاختلاف في اسم الجنس وحديث البعض عن عامّ وحديث آخريّن عن مطلق (م س: دروس في علم الأصول، ج 2، ص 116). فهناك من المطلق ما يعدّ شمولياً. والعامّ كما نعلم شمولي. لكنّ الفرق أنّ شموليّة المطلق ليست مدلولة للكلام، أما شموليّة العامّ وتكثّر الأفراد فيه فملحوظ في نفس مدلول الكلام.  
واختلف أيضاً في الجمع المعرّف باللام، فالبعض يرى أنّ هذه الصّيغة من صيغ العموم مثل كلمة "كلّ"، والبعض الآخر يراها تفيد الإطلاق. السيّد محمد باقر الصدر، م س: المعالم الجديدة للأصول، ص 144.  
أنّ هنالك - وزيادة على العموم البدلي والاستغراقي - عموماً مجموعياً: "وهو أن يكون الحكم ثابتاً للمجموع بما هو مجموع فيكون المجموع موضوعاً واحداً": الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 125. مثال:  
جميع العلماء: عموم استغراقي وشمولي.  
أحد العلماء: عموم بدلي.

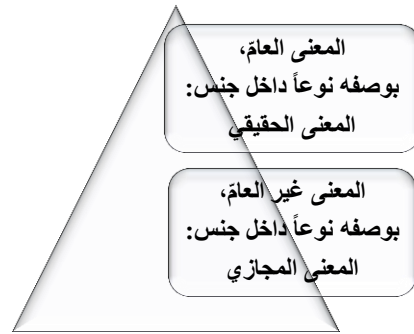
مجموع العلماء: عموم مجموعي.  
انظر هذا المثال عند السيّد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (م س)، ج 2، ص 117 حيث يقول في هذه الصّفحة وفي سابقتها: "ثمّ إنّ العموم ينقسم إلى: الاستغراقي، والبدلي، والمجموعي، لأنّ الاستيعاب لكلّ أفراد المفهوم يعني مجموع تطبيقاته على أفرادها، وهذه التطبيقات: تارة تلحظ عرضيّة، وأخرى تبادليّة، فالثاني هو البدلي، والأوّل إن لوحظت فيه عناية وحدة تلك التطبيقات فهو المجموعي، وإلّا فهو عموم استغراقي".

45. إذن ينبغي التمييز بين المطلق والعام، لا فقط لأن صورة المطلق ليست كصورة العام، بل أيضاً لأن عموم المطلق ليس كعموم العام.

واختلاف المطلق والعام لا يعني أن ليس ثم نقاطاً يشتركان فيها: فالمطلق يقيد بالشرط وبالوصف وبغيرهما<sup>223</sup>، ونفس هذه الأمور يخصص بها العام<sup>224</sup>.

46. هذا القاسم ليس الوحيد الذي يشترك فيه المطلق والعام. فالعام - كالمطلق<sup>225</sup> - قيل فيه إنه يفيد العموم على وجه الحقيقة<sup>226</sup>.

بناءً على هذا يمكن القول: بما أن الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود (بالنسبة إلى العقد) والفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود (بالنسبة إلى القانون) ... بما أن هذين الفصلين معناهما هو: يحمل اللفظ على المعنى الحقيقي<sup>227</sup>، وبما أن الحقيقة في العام هي العموم، يمكن الخروج بهذه النتيجة: إن المعنى العام ظاهر على المعنى غير العام.



هذا الرأي - في جزئه المتعلق بالقانون - تتبناه الدوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب. وفعلاً، فإن هذه الدوائر تستعمل الفصل 532 للقول إن العام يحمل على العموم<sup>228</sup>. وينبغي للوصول إلى نفس القول في إطار العقد استعمال الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود.

47. على هذا يمكن القول بالنسبة إلى المطلق والعام:

- إن الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود يقول بظهور الإطلاق وبظهور العموم في العقد، وإن الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود يقول بظهور الإطلاق وبظهور العموم في القانون.

<sup>223</sup> انظر عدد 37.

<sup>224</sup> "تخصيص العام بالصفة وهي لا تخلو إما أن تكون مذكورة عقب جملة واحدة أو جمل فإن كان الأول [...] كانت الصفة مخرجة لبعض ما كان داخلاً تحت اللفظ لولا الصفة وإن كان الثاني [...] فالكلام في عود الصفة إلى ما يليها أو إلى الجميع كالكلام في الاستثناء". (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 336. قارن مع عدد 65، انظر أيضاً: (محمد بن عمر بن الحسن) الرّازي، م س، ج 3، ص 99 وما بعدها (الغاية والصفة).

ويتحدث عن تخصيص العام بالصفة، وهذا يتبع عدد 55 وما بعده من هذا العمل (الدمشقي، م س، ج 3، ص 64). كما يتحدث عن تخصيص العام بالعرف، وهذا يتبع عدد 15 وما بعده من هذا العمل (الدمشقي، م س، ج 3، ص 350؛ ابن سليمان، م س، ص 350). كما يتحدث عن تخصيص العام وتقييد المطلق بالقياس (الدمشقي، م س، ج 2، ص 160)، وأيضاً بالمفهوم ((محمد بن عمر بن الحسن) الرّازي، م س، ج 3، ص 160).

الخ.  
<sup>225</sup> انظر عدد 39.

<sup>226</sup> (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 201؛ وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 245 و249؛ (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 220؛ (أبو محمد عبد الله بن أحمد) بن قدامة المقدسي، م س، ص 226؛ السيد محمد باقر الصدر، م س، ج 1، ص 102؛ (علي بن عبد الكافي) السبكي (ت: 756 هـ/1355 م) الإبهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1404 هـ/1984 م، ج 2، ص 92 وما بعدها.

<sup>227</sup> انظر عدد 22 وما بعده وعدد 30 وما بعده بالنسبة إلى العقد، وانظر عدد 33 وما بعده بالنسبة إلى القانون.

<sup>228</sup> تع، عدد 1130، صادر في 31 أكتوبر 2002، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب 2002/2001، ص 369 وما بعدها.

- إن محكمة التعقيب تستند إلى الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود للقول بظهور الإطلاق و بظهور العموم في القانون.

- إن الاتساق يقتضي من محكمة التعقيب أن تستند - لو طرحت عليها المسألة - إلى الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود للقول بظهور الإطلاق. زيادة على هذا ينبغي استعمال نفس النص للقول بظهور العموم في مادة العقد.

كما يمكن القول إن هنالك أساسا آخر يمكن أن يستعمل للقول بظهور الإطلاق: من جهة الفصل 530 من مجلة الالتزامات والعقود بالنسبة إلى مادة العقد (هذا، إن قبلت القراءة التي سبقت)، ومن جهة أخرى الفصل 533 بالنسبة إلى مادة القانون. أما بالنسبة إلى ظهور العام، فلا وجود لنصوص أخرى غير 519 و532.

48. ويبدو أن بعض ما تُوصّل إليه للتوّ مع هيئة المطلق والعام قابل لأن يسحب على هيئة الأمر والنهي.

## 1. 2. / الأمر والنهي

49. فإذا بدئ بالأمر، بدئ بالتعرّف عليه، فإذا فعل ذلك أمكن الحديث داخله عن مسألة التراتبية والظهور.

والأمر هو "طلب الفعل على وجه الاستعلاء"<sup>229</sup>، أي أنّ "[...] المخاطب (بالكسر) يتميّز بوضعية علوية على المخاطب (بالفتح)"<sup>230</sup>.  
وصيغة الأمر أو هيئته تتمثّل في أربعة أشياء<sup>231</sup>:  
أولاً: فعل الأمر (افعل).

ثانياً: المضارع المجزوم بلام الأمر (ليفعل).

ثالثاً: اسم فعل الأمر، مثل: "على"، "عليه"، "عليهم"، "عليكم". واسم الفعل الأول جاء بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية: "على كلّ واحد من الزّوجين [...] وعلى الزوج [...] وعلى الزّوجة [...]"<sup>232</sup>؛  
أما اسم الفعل الثاني فجاء بالفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود: "[...] فعليه جبر الضّرر"<sup>233</sup>؛ واسم الفعل الثالث جاء بالفصل 108 من مجلة الالتزامات والعقود: "[...] فعليهم ضمانه [...]"<sup>234</sup>.  
رابعاً: المصدر النائب عن فعل الأمر<sup>235</sup>.

<sup>229</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 175. انظر أيضا: (جلال الدين أبو عبد الله محمد بن سعد الدين بن عمر) القزويني، م س، ص 143؛ الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 45؛ وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 218؛ (محمد عميم الإحسان المجددي) البركتي، قواعد الفقه، الصدف بيلشرز، كراتشي، ط1، 1407 هـ/ 1986 م، ص 191.

انظر أيضا حول الأمر: 33. n° 3<sup>ème</sup> éd. 1999, Dalloz, Paris, **Jean-Louis BERGEL**, Théorie générale de droit, p. 230. "L'émetteur est caractérisé par une position de supériorité sur le destinataire". **Umberto ECO**, préc., p.

301.

Nicole DELBECQUE (éd), préc., p. 199.

<sup>231</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 86.

وتنبغي الملاحظة أننا في عنوان بهم الهيئة، لكننا سنخرج قليلا عن العنوان - مع الأمر الآن، وبعد قليل مع النهي - لنتناول المادة أيضا.  
<sup>232</sup> انظر مثال الفصل 676 من مجلة الالتزامات والعقود عند: محمد كمال شرف الدين، م س، عدد 8. انظر أيضا الفصل 1315 من مجلة الالتزامات والعقود وغيره.

<sup>233</sup> انظر أيضا الفصل 65 و71 و72 و80... من مجلة الالتزامات والعقود.

<sup>234</sup> انظر أيضا الفصل 1315 و1320 من مجلة الالتزامات والعقود وغيرهما.

<sup>235</sup> سعياً في سبيل الخير: السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 87.

50. والملاحظ أننا استطعنا أن نجد ويبسر أمثلة من اسم فعل الأمر، أما فعل الأمر والمضارع المجزوم بلام الأمر والمصدر النائب عن فعل الأمر فصور ذات استعمال نادر أو منعدم في التقنيات المعاصرة. فإذا تركنا صيغة الأمر، أي إذا تركنا الشكل الإنشائي وغير الخبري، وجدنا المشرع - حين يقصد أن يوجب - "يتكلم [...] غالباً كما لو كان يخبر [...] فالشكل الخبري وغير الإنشائي ليس أمراً عارضاً [...] بل هو مظهر لحال قانون وصل إلى مرحلة معينة من تطوره"<sup>236</sup>. ولتدقيق هذه النقطة ينبغي القول إن الكلام ينقسم إلى خبر<sup>237</sup> وإنشاء<sup>238</sup>، والإنشاء إلى طلب<sup>239</sup> وغير طلب<sup>240</sup>. والجملة الخبرية قد يُقصد منها الطلب<sup>241</sup>. فحين يقول الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية

"Le législateur parle le plus souvent, comme s'il constatait [...] la forme énonciative [...] et non prescriptive,<sup>236</sup> n'est pas [...] un accident [...] c'est la manifestation de l'état d'un droit arrivé à un certain moment de son évolution". Georges KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique. Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique, L.G.D.J., Paris, 1965, p.55. وبحيلنا المؤلف على كتاب آخر فصل في هذه المسألة هو لـ:

Jean RAY, Essai sur la structure logique du code civil français, lib. Felix Alcan, Paris, 1926, p. 45. وحين نرجع إلى هذا الكتاب نجد به: ص 47 يعطي أمثلة منها الفصل 146 من المجلة المدنية الفرنسية:

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

وإننا سنأتي الآن بكلام للشيخ محمد متولي الشعراوي (تفسير الشعراوي، مصدر الكتاب: موقع "مكتبة مشكاة الإسلامية") وللشيخ محمد الطاهر بن عاشور (م. س، ج 2، ص 388 و 389). وإن هذا الكلام هم الآية الكريمة: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} ولقد قال الشيخ الشعراوي: "ولنا أن نلاحظ أن الحكم لم يرد بصيغة الأمر ولكن جاء في صيغة الخبر، فقال: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}، وحين يريد الحق سبحانه وتعالى حكماً لازماً لا يأتي له بصيغة الأمر الإنشائي، ولكن يأتي له بصيغة الخبر، هذا أكد وأوثق للأمر. كيف؟ معنى ذلك أن الحق سبحانه وتعالى حين يأمر فالأمر يصادف من المؤمنين به امتثالاً، ويُطبق الامتثال في كل الجزئيات حتى لا تشذ عنه حالة من الحالات فصار واقعاً يحكى وليس تكليفاً يُطلب، وما دام قد أصبح الأمر واقعاً يحكى فكانت المسألة أصبحت تاريخاً يروى هو: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}. ويجوز أن نأخذ الآية على معنى آخر هو أن الله قد قال: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ} فيكون كلاماً خبرياً. ولنا إن الكلام الخبري يحتمل الصدق والكذب، إن الله قد قال ذلك فمن أراد أن يصدق كلام الله فليصدق الحكم، ومن أراد أن يبارز الله بالكذب ولا يصدق فلا ينفذ الحكم، ويرى في نفسه أية عدم التصديق وهي الخسران المبين، أليس ذلك أكثر إلزاماً من غيره؟".

أما الشيخ ابن عاشور فقال: "وجملة «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ» خبرية مراد بها الأمر، فالخبر مستعمل في الإنشاء وهو مجاز فيجوز جعله مجازاً مرسلًا مركباً، باستعمال الخبر في لازم معناه، وهو التقرر والحصول. وهو الوجه الذي اختاره التفتازاني في قوله تعالى (أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ أَفَأَنْتَ تُنْفَذُ مَنْ فِي النَّارِ) بأن يكون الخبر مستعملاً في المعنى المركب الإنشائي، بعلاقة اللزوم بين الأمر، ومثلاً كما هنا، وبين الامتثال، حتى يقدر المأمور فاعلاً فيخبر عنه ويجوز جعله مجازاً تمثيلاً، كما اختاره الزمخشري في هذه الآية إذ قال: «فكأنهن امتثلن الأمر بالترتبص فهو يخبر عنه موجوداً ونحوه قولهم في الدعاء: رحمه الله ثقة بالاستجابة» قال التفتازاني: فهو تشبيه ما هو مطلوب الوقوع بما هو محقق الوقوع في الماضي كما في قول الناس: رحمه الله، أو في المستقبل، أو الحال، كما في هذه الآية." (انتهى كلام الشيخين الشعراوي وابن عاشور. انظر أيضاً: خالد ميلاد، الإنشاء في العربية بين التركيب والدلالة. دراسة نحوية تداولية، جامعة منوبة. كلية الآداب - منوبة / المؤسسة العربية للتوزيع، تونس، 1421 هـ / 2001 م، ص 446 وما بعدها، وخاصة ص 467: "وذكر أن استخدام الخبر مكان الأمر هو أبلغ من صريح الأمر والنهي، لأنه كآته سورع إلى الامتثال والانتهاء، فهو يخبر عنه". انظر أيضاً: عبد الله صولة، الحجاج في القرآن من خلال أهم خصائصه الأسلوبية، جامعة منوبة. منشورات كلية الآداب بمنوبة، تونس 2001، ص 496 و 497). وإنه يمكن، بشيء من التصرف، نقل هذه الفكرة وسحبها على القوانين الوضعية حين ترد أحكامها في صيغة الخبر. وهذا يرجع إلى كلام KALINOWSKI وكلام RAY.

انظر أيضاً حول مسائل صياغة القانون: السيد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 48 وما بعدها: "الرابع: عناصر القانون وأسلوب جعله: عناصر القانون أربعة: [...] 4 - الصياغة وهي صب القانون بأسلوب مؤثر في قيادة إرادة الفرد أو المجتمع نحو فعل متعلق الأمر، وهل يراعى في هذه الصياغة نوع الملاك، فإذا كان الملاك مثلاً مفسدة فالمناسب كون الصياغة زجرية وإذا كان الملاك مصلحة فالمناسب كون الصياغة بعثية، أم يراعى فيها المستوى النفسي للمكلفين فيختار الصياغة المؤثرة سواء تناسبت مع نوع الملاك أم لا؟ والجواب عن ذلك يأتي في بحث الضد. وأما أسلوب جعله فإن الأساليب المستخدمة في صياغة الاعتبار الأدبي كالمجاز المرسل والاستعارة والكتابة ونحوها مذكورة بالتفصيل في كتب علم البيان، وأما أساليب صياغة الاعتبار القانوني فهي على نوعين: أ - أسلوب القضايا الحقيقية الرجعة لقضية شرطية مقدمها وجود الموضوع خارجاً وتاليها ثبوت المحمول له، كقولنا كل مستطيع يجب عليه الحج، الشامل للفرد الموجود بالفعل للواجد للشرائط وغير الواجد لها وللشروط المقدر الوجود. ب - أسلوب القضايا الخارجية الرجعة لتوجيه خطاب تكليفي أو وضعي للأفراد الموجودين بالفعل للواجد للشرائط فقط، فالأسلوبان يفترقان من حيث المفهوم والمصحح والأثر، أما افتراقهما مفهوماً فإن مفهوم الجعل الحقيقي متقوم بالموضوع الفرضي ومفهوم الجعل الخارجي متقوم بالموضوع الفعلي، وأما افتراقهما في المصحح فالمصحح للجعل القانوني الكلي هو الداعوية والزجرية بالإمكان بينما المصحح للخطاب الخارجي هو الداعوية والزجرية بالفعل، وأما افتراقهما في الأثر فإن أثر الخطابات الحقيقية هو الشمول للأفراد المقدر الوجود باعتبار مرور الحكم بمراحل كمرحلة الإنشاء والفعلية والتنجز، بينما أثر الخطاب الخارجي هو انطواء مرحلة الجعل في مرحلة الفعلية ومرحلة الفعلية في مرحلة التنجز وعدم الشمول إلا للأفراد الفعلية".

انظر أيضاً حول الخبر في معنى الإنشاء: Jean-Claude ANSCOMBRE et Oswald DUCROT, L'argumentation dans la langue, Margada, 3<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 169 et s. ; Catherine KERBRAT-ORECCHIONI, préc., p. 291-294.

<sup>237</sup> "الخبر: ما يصح أن يقال لقائله إنه صادق فيه أو كاذب، فإن كان الكلام مطابقاً للواقع كان قائله صادقاً، وإن كان غير مطابق له كان قائله كاذباً." علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 138. انظر أيضاً: (أبو محمد عبد الرحيم بن الحسين) الأسنوي (و 704 هـ / 1304 م - ت 772 هـ / 1370 م)، التمهيد، تحقيق محمد حسن هيتو، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1400 هـ، ط 1، ص 443: "الخبر هو الكلام الذي يحتمل التصديق والتكذيب كقولنا قام زيد ولم يقم بخلاف قولنا زيد أضربه [...] (ص 444) [...] الجمهور على أن الخبر إما صدق أو كذب؛ فالصدق هو المطابق

"[...] يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة. ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة [...]"، حين يقول ذلك فإنه لا يريد أن يخبرنا عن واقع مفاده أنّ الأزواج يقومون بالواجبات الزوجية ويتعاونون على تسيير شؤون الأسرة، بل إنّ النصّ يريد أمر الأزواج بأن يقوموا بالواجبات الزوجية وبأن يتعاونوا على تسيير شؤون الأسرة<sup>242</sup>.

للواقع، والكذب غير المطابق. وجعل الجاحظ بينهما واسطة فقال الصدق هو المطابق مع اعتقاد كونه مطابقاً، والكذب هو الذي لا يكون مطابقاً مع اعتقاد عدم المطابقة. فأما الذي ليس معه اعتقاد فإنه لا يوصف بصدق ولا كذب مطابق كان أو غير مطابق".

<sup>238</sup> "والإنشاء: ما لا يصحّ أن يقال لقائله إنه صادق فيه أو كاذب". (أبو محمد عبد الرحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 443. انظر أيضاً: محمد الشناوش، م س، ج 2، ص 877.

<sup>239</sup> "فالطلب: ما يستدعي مطلوباً غير حاصل وقت الطلب، ويكون بالأمر والنهي والاستفهام والتمني والنداء". علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 167. انظر أيضاً: حفيفة ارسلان شابسوغ، الجملة الخبرية والجملة الطلبية تركيباً ودلالة، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص 209 وما بعدها.

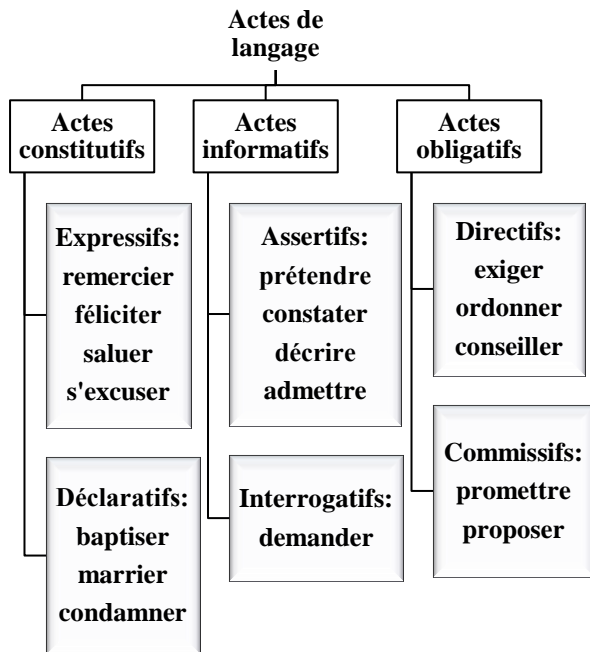
<sup>240</sup> "وغير الطلب: ما لا يستدعي مطلوباً، وله صيغ، منها التعجب، والمدح، والدّم، والقسم، وأفعال الرجاء، وكذلك صيغ العقود". علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 167.

<sup>241</sup> وهبة الزحيلي، م س، ص 219. انظر أيضاً: علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 145؛ عبد الله صولة، م س، ص 496 و497؛ يحيى رمضان، القراءة في الخطاب الأصولي. الاستراتيجية والإجراء، جدارا للكتاب العالمي/ عالم الكتب الحديث، الأردن، 2007، ص 292؛

René CAPITANT, Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique, Lib. Dalloz, Paris, 1928, p. 80 et s. انظر حول كل هذه المسألة وفي غير اللغة العربية (زيادة على KALINOWSKI و RAY الذين سبقا):

Nicole DELBECQUE (éd), Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage (ouvrage collectif), Éd Duculot, Bruxelles, 2002 : (p. 124 et s.) « À toute phrase correspond une fonction communicative. En énonçant une phrase nous posons donc un acte, appelé acte de langage. En fonction de notre intention communicative, nous pouvons soit vouloir affirmer quelque chose, c'est-à-dire donner une "information"– ou la demander si nous n'en disposons pas–, soit demander ou ordonner que quelqu'un fasse quelque chose, soit enfin poser un acte rituel comme saluer ou célébrer un mariage. Ces fonctions communicatives de base correspondent aux trois modes, du moins partiellement (mode déclaratif, interrogatif et impératif) [...] (p. 198)

Types et sous types d'actes de langage :



(Toutefois) l'intention communicative n'est pas directement liée à un mode particulier. Pour les (p. 214 et s.) actes de langage obligatifs, il n'est pas rare que l'on se tourne vers un mode d'expression autre que le mode impératif. Un énoncé déclaratif, comme *tu as laissé la porte ouverte*, passe facilement pour un ordre implicite. Les combinaisons possibles sont réunies dans le tableau [...]: le pointillé marque une relation moins prototypique que celles qui sont indiquées en traits continus [...] Les types de phrase dans les actes de langage :

هذا المثال يعني عن غيره. لكن سنزيد مثالين يصلحان لنا لاحقاً:

أولهما الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود: "تحمل العبارات على حقيقة معناها وحسب ما هو معتاد [...]". فهنا النص لا يريد أن يخبر القاضي عن واقع مفاده أنّ عبارات العقد تُمنّ من يعطيها المعنى الحقيقي والمعنى العرفي، بل إنّ النص يريد أمر القاضي بأن يعطي عبارات العقد المعنى الحقيقي...<sup>243</sup>.  
ثانيهما الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود: "نصّ القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة [...]". فهذا النصّ أيضاً لا يقصد إعطاء القاضي معلومة مفادها أنّ نصّ القانون لا

Types de phrase	Actes de langage
Phrase déclarative	Acte constitutif
Phrase interrogative	Acte informatif
Phrase impérative	Acte obligatoire

Ce tableau se lit dans les deux sens. En partant des types de phrase, on voit que la phrase déclarative peut exprimer toute sorte d'acte de langage, que la phrase interrogative exprime soit un acte informatif soit un acte obligatoire et que la phrase impérative exprime toujours un acte obligatoire. Inversement, en prenant comme point de départ les actes de langage, on s'aperçoit que les actes constitutifs s'expriment (presque toujours) au moyen de phrases déclaratives, alors que les actes informatifs s'expriment également à l'aide de phrases interrogatives. Les actes obligatifs, finalement, – et en particulier les actes directifs, – s'expriment tant par des phrases déclaratives et interrogatives que par des phrases impératives. Or, comme nous l'avons vu – et nous y reviendrons encore plus loin –, le choix du type de phrase est marqué stylistiquement et entraîne des différences de fonctionnement considérables ».

انظر التفرقة بين Énoncés performatifs (إنشائي) و Énoncés constatifs (وصفي)؛ وانظر أيضاً التفرقة التي جاء بها **J. L. AUSTIN** بين ثلاثة أنواع من الأفعال اللغوية: "1. الفعل القولي (locutionary act – acte locutoire)، وهو فعل التلفظ بجملة تفيد معنى انطلاقاً من معاني ألفاظها. إنه، بعبارة أخرى، فعلٌ لقول شيء ما. (الفعل هنا قولٌ). 2. الفعل الإنجازي (illocutionary act – acte illocutoire)، وهو فعل أمر أو استفهام أو طلب أو تعجب أو نداء... إلخ. إنه فعلٌ يُنجز عندما نقول شيئاً ما، وهذا الفعل لا يكون متحققاً سطحياً في الجملة. (الفعل هنا إنجاز). 3. فعل جعل الإنجاز (perlocutionary act – acte perlocutoire)، وهو فعل إقناع شخص بشيء، أو إزعاج شخص، أو حمل شخص ما على كلامنا. إنه فعلٌ يُنجز بقول ما. (الفعل هنا إنجاز وأثر). ويجمل أوستين هذه التعاريف كالآتي: 1. القول: قال لي «اضرب زيداً»، أي أنه تلفظ بتلك الجملة التي تعني إيقاع الضرب. 2. الإنجاز: أنجز المتلفظ أمراً، فقد أمرني بضرب زيد حين تلفظ بالجملة أعلاه. 3. جعل الإنجاز: أقتعني بضرب زيد (عن طريق قوله «إذا ضربته فإنه كذا وكذا»). **عبد المجيد جحفة**، مدخل إلى الدلالة الحديثة، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، ط 1، 2000، ص 30.  
انظر أيضاً:

**J. L. AUSTIN**, How to do things with words, Harvard University Press, 1962; trad. Fr. de G. Lane, Quand dire, c'est faire, Éd. Du Seuil, Paris, 1970; **Christian GODIN**, Dictionnaire de philosophie, Fayard / Éditions du temps, 2004, sous les mots : «Locutionnaire», «Illocutoire» et «Perlocutoire» ; **J. R. SEARL**, Les actes de langage, trad. Fr. de H. PAUCHARD, Hermann, Paris, 1972; **Paul RICŒUR**, Soi-même comme un autre, Éd. Du Seuil, Paris, 1990, p. 55 et s. ; **François RECANATI**, Les énoncés performatifs, Les Éditions de Minuit, Paris, 1981; **Jacques LEROT**, préc., p. 37 et ss. ;

أن روبول و **جياك موشلار**، التداولية اليوم. ترجمة سيف الدين دغفوس ومحمد الشيباني، دار الطليعة للطباعة والنشر، لبنان، 2003، ص 28 وما بعدها؛ **خالد ميلاد**، الإنشاء في العربية بين التركيب والدلالة. دراسة نحوية تداولية، جامعة منوبة. كلية الآداب بمنوبة / المؤسسة العربية للترجمة. تونس، ط 1، 1421 هـ/ 2001 م؛ **شكري المبخوت**، نظرية الأعمال اللغوية، مسكيلاني للنشر، تونس، ط 1، 2008.  
<sup>243</sup> هذا القول يصحّ أيضاً في حقّ الفصول: 515 - 516 - 517 - إلخ.



يقبل إلا المعنى الوضعي ...، بل إن النص يطلب ويأمر القاضي بأن يعطي القانون المعنى الوضعي  
244  
...

كلّ هذه الأمثلة هي من القانون، لكن يمكن لنفس الهيئة أن ترد في العقد. لذا فإن ضرب الأمثلة السابقة  
يعني عن ضرب أمثلة في العقد.

51. والأمر، أيّاً كان الشكل الذي يرد فيه، له معنى حقيقي هو الوجوب<sup>245</sup> أو "طلب حصول الفعل  
من المخاطب على وجه الاستعلاء مع الإلزام"<sup>246</sup>، لكنّه قد يخرج عن هذا المعنى إلى "النّدب والإباحة  
والإرشاد والتّأديب والإنذار [...]"<sup>247</sup> وغير ذلك<sup>248</sup>.

ينجرّ عن هذا:

أنّه، وفي مادّة العقد، ولأنّ الفصل 519 من مجلّة الالتزامات والعقود يقول بعلويّة الحقيقي، فإنّه يقول  
بنفس المناسبة إنّه وفي الأمر هنالك علويّة للوجوب على النّدب وغيره، أي إنّه يقول هنالك تراتبيّة لمعاني  
هيئة الأمر وأنّ أعلى درجة هي للمعنى المتمثّل في الوجوب. بعبارة واحدة: الأمر ظاهر في الوجوب.  
أنّه، وفي مادّة القانون، ولأنّ الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود يقول بعلويّة الحقيقي، فإنّه يقول  
بنفس المناسبة إنّه وفي الأمر هنالك علويّة للوجوب على غيره، أي إنّه يقول هنالك تراتبيّة (أو هرميّة)  
لمعاني هيئة الأمر وأنّ أعلى درجة هي للمعنى المتمثّل في الوجوب. بعبارة واحدة: الأمر ظاهر في  
الوجوب.

244 هذا القول يصحّ أيضاً في حقّ الفصل 533 و534 (الخ). فجملة الفصل 533 شرطية، وجواب الشرط (جرت) خبر، فتكون الجملة خبريّة:  
" [...] المقصود [...] من الجملة الشرطيّة هو الجواب. فإذا قلت: إن اجتهد فريد كفايته، كنت مخبراً بأنك ستكافئه، ولكن في حال حصول الاجتهاد لا  
في عموم الأحوال. ويتفرّع على هذا أنّها تعدّ خبريّة أو إنشائيّة باعتبار جوابها [...]". السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 179.

ويمكن ختم الأمثلة، بصورة الفصل 36 جديد من قانون الإنقاذ. فلقد رأيت محكمة التعقيب أنّ: "صيغة (كما يؤخذ برأي الدائنين حول الطرح من  
ديونهم) إنما تفيد استناداً للفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود حسب وضع اللغة وجوب العمل بذلك الرأى، فهي جملة خبريّة تفيد الإنشاء، وهو  
ما يتأكد بمراد واضع القانون الوارد ب...". تع، عدد 25750، صادر في 28 أكتوبر 2008 (غير منشور).

245 وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 221. انظر أيضاً: (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 266: "الأمر سواء كان بلفظ  
افعل كانزل واسكت، أو اسم الفعل كزال وحده، والمضارع المقرون باللام كقوله تعالى ﴿وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ﴾ فيه مذاهب أصحّها عند الجمهور  
كالأمدي والإمام فخر الذين وأتباعهما أنّه للوجوب إذا لم تقم قرينة تدلّ على خلافه".

246 السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 86؛ (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي) الشّيرازي (ت 476 هـ / 1083 م)، اللمع في  
أصول الفقه، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، 1405 هـ / 1985 م، ص 13 - (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي) الشّيرازي،  
النّصرة، تحقيق محمّد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1403 هـ / 1983 م، ص 26 وما بعدها - (أبو حامد محمّد بن محمّد الغزالي) (و 450  
هـ / 1058 م - ت 505 هـ / 1111 م) المنحول، تحقيق محمّد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1400 هـ / 1980 م، ص 107 - (أبو حامد  
محمّد بن محمّد الغزالي، المستصفي) (م س)، ص 205 وما بعدها.

وعرّف النّحاة الأمر "بكونه «كلاماً تامّاً دالّاً على طلب الفعل على سبيل الاستعلاء وضعاً»، وحلّل الثّهانوي هذا الحدّ إلى ما يبيّن جنس الأمر  
ويكتشف عنه وذكر من الاحترازات ما يضمن له شرط المنع:  
- فالكلام جنس والثّم صفة كاشفة،

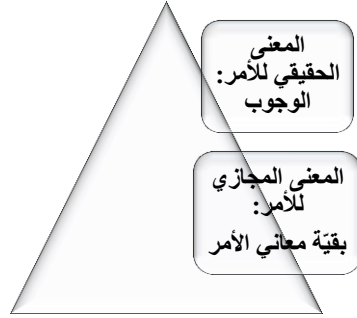
- وقوله «دلّ على طلب الفعل» احتراز عمّا لا يدلّ على الطلب أصلاً وعمّا يدلّ عليه لكن لا يدلّ على طلب الفعل بل على طلب الكفّ كالنّهي،

- وقوله «على سبيل الاستعلاء» احتراز عن الدّعاء والالتماس،

- وقوله «وضعاً» احتراز عن نحو «أطلب منك الفعل» فإنّه ليس بأمر، إذ لم توضع صيغة «أطلب» أي صيغة المضارع المتكلم للطلب، فإنّ المراد  
بالوضع الوضع النّوعي لا الشّخصي". محمّد الشّاوش، م س، ج 2، ص 881 و882.

247 وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 220. انظر عدد 91.

248 انظر إلى أقوال أخرى حول الظهور في الوجوب: الشّيخ محمّد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 59.



وكتنتيجة مباشرة لهذا الكلام للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود، يكون الأمر الوارد بالفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>249</sup> للوجوب، أي يكون هذا النصّ - وغيره من نصوص تفسير العقد - وجوبياً حيال القاضي، أي ملزماً له (طبعاً - وهذا يتبع الفقرة الثانية من هذا البحث - تكون النصوص مفيدة للوجوب إلا إذا وجد دليل يصرّفها عن هذا المعنى<sup>250</sup>).  
52. هذه النتيجة نجدها أيضاً حين نتناول هيئة النهي.

في هيئة النهي ينبغي - على غرار هيئة الأمر - أن نبدأ بالتعرّف عليها. فإذا حصل هذا التعرّف، أمكن المرور إلى مسألة الظهور.

"النهي: طلب الكفّ عن الفعل على وجه الاستعلاء"<sup>251</sup>.

و"النهي صيغة واحدة: هي المضارع مع «لا» الناهية"<sup>252</sup> (لا تفعل). والقوانين تزجر عن الفعل وتردعه عنه عادة لا بصيغة النهي بل بصيغ أخرى<sup>253</sup> كلفظ التّحريم<sup>254</sup> ومشتقاته وما يرادفه، أو نفي الإباحة<sup>255</sup>، الخ. مثال ذلك:

الفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية: "يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب".

الفصل 15 من مجلة الأحوال الشخصية: "المحرّمات بالقربابة [...]"، والفصل 16 من مجلة الأحوال الشخصية: "المحرّمات بالمصاهرة [...]".

الفصل 19 من مجلة الأحوال الشخصية: "يحجّر على الرّجل أن يتزوّج مطلقته ثلاثاً"<sup>256</sup>.

<sup>249</sup> انظر عدد 47.

<sup>250</sup> سنعود إلى هذه النقطة لاحقاً (عدد 114).

<sup>251</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 183 - السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 92 - وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 232 و233. ويقول أحدهم (الشيخ محمّد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 258) إنّ المعنى المطابق للنهي الزجر والرّدع عمّا تعلق به ومعناه اللازم طلب التّرك.

انظر أيضاً حول النهي: Jean-Louis BERGEL, Théorie générale de droit (préc), n° 33.

تمّ انظر إلى السيّد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 48 و49): "عناصر القانون أربعة: 1 - الملاك وهو المصلحة أو المفسدة الموجودة في المتعلّق. 2 - المصحّح: حيث أنّ الحكم نوع من الاعتبار، والاعتبار لا يكون ذا فاعليّة وتأثير في المجتمع العقلائي حتّى يكون له مصحّح، والمصحّح للاعتبار القانوني هو صدق عنوان الداعي للخير والرّاجع عن الشرّ عليه، وهذا المصحّح هو ملاك الحكم نفسه التابع للملاك الموجود في متعلّقه وهو المصلحة والمفسدة. 3 - الإرادة وهي التّصميم والعزم على تأسيس القانون. 4 - الصّياغة وهي صلب القانون بأسلوب مؤثّر في قيادة إرادة الفرد أو المجتمع نحو فعل متعلّق بالأمر، وهل يراعى في هذه الصّياغة نوع الملاك، فإذا كان الملاك مثلاً مفسدة فالمناسب كون الصّياغة زجرية وإذا كان الملاك مصلحة فالمناسب كون الصّياغة بعثية، أم يراعى فيها المستوى النفسي للمكلّفين فيختار الصّياغة المؤثّرة سواءً تناسبت مع نوع الملاك أم لا؟". انظره أيضاً في ص 43: "العينية الاعتبارية بين الوجوب والحرمة هنا، والمقصود بذلك ليس العينية المفهومية فأبّه من الواضح الفرق مفهوماً بين قول المولى « صلّ » وقوله « لا تترك الصّلاة »، بل المقصود أنّ المجعول الاعتباري واحد والفارق في الصّياغة الإثباتية المبرزة فالمجعول هو الإلزام مع الوعيد، إلا أنّ هناك عبارتين مبرزتين لهذا الاعتبار إمّا على نحو الأصالة أو أنّ إحداهما هي التعبير الأصلي والأخرى اعتبار أدبي حالك عنه".

<sup>252</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 183؛ السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 92.

<sup>253</sup> الشيخ محمّد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 89. ملاحظة: في الحقيقة، هنا غادرنا هيئة العبارة إلى مادّتها.

<sup>254</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 233.

<sup>255</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 233. ويضيف وهبة الزّحيلي (م س، ج 1، ص 233) الأمر الذال على التّرك (اترك - اجتنب - ابتعد - كفّ - إلخ)، لكنّ الشيخ محمّد رضا المظفر (م س، ج 1، ص 89 و90) يقول إنّ اتّرك ونحوها من صيغ الأمر وإنّ لا تترك ونحوها هي التي من صيغ النهي.

<sup>256</sup> انظر مثال الفصل 19 من مجلة الأحوال الشخصية عند: محمّد كمال شرف الدّين، م س، عدد 8. انظر أيضاً الفصل 20 من مجلة الأحوال الشخصية (يحجّر)، إلخ.

الفصل 552 من مجلة الالتزامات والعقود: "لا يجوز للمفلس أن يتبرّع" (هذا مثال لنفي الإباحة)<sup>257</sup>. أكثر مما سبق، يمكن نظرياً للقانون أن لا يزجر عن الفعل في شكل إنشائي كالذي تناولناه إلى حد الآن، بل في شكل الخبر. مثال ذلك الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية القائل: "لا وصية لوارث [...]"<sup>258</sup>. فالنص لا يقصد إخبارنا بواقعة مفادها أن ليس ثم من يوصي لورثته، بل هو يقصد الزجر عن الإيضاء للورثة<sup>259</sup>.

53. فإذا اهتمنا فقط بصيغة النهي، قلنا إن معناها الحقيقي المنع<sup>260</sup> أو "طلب الكفّ عن الشيء على وجه الاستعلاء مع الإلزام"<sup>261</sup>. وقد تخرج عن معناها "الحقيقي إلى معان أخرى كالّدعاء والالتماس والنمّي والإرشاد والتوبيخ والتّينيس والتّهديد والتّحقير"<sup>262</sup> والكرهية<sup>263</sup>، وهي كلّها معان مجازية<sup>264</sup>. وينجرّ عن هذا:

أنّه، وفي مادّة العقد، ولأنّ الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود يقول بعلوية الحقيقي، فإنّه يقول بنفس المناسبة إنّه وفي النهي هنالك علوية للمنعم على غيره، أي إنّه يقول هنالك تراتبية (أو هرمية) لمعاني هيئة النهي وإنّ أعلى درجة هي للمعنى المتمثّل في المنع. بعبارة واحدة: النهي ظاهر في المنع. أنّه، وفي مادّة القانون، ولأنّ الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود يقول بعلوية الحقيقي، فإنّه يقول بنفس المناسبة إنّه وفي النهي هنالك علوية للمنعم على غيره، أي إنّه يقول هنالك تراتبية (أو هرمية) لمعاني هيئة النهي وأنّ أعلى درجة هي للمعنى المتمثّل في المنع. بعبارة واحدة: النهي ظاهر في المنع.



54. والمحصلة من كلّ ما سبق:

<sup>257</sup> انظر من مجلة الالتزامات والعقود الفصول: 62 - 146 - 244 - 249 - 254 - 302 - 372 - 378 - 386 - 426 - 567 - 732 - 773 - 797 -

وداخل نفي الإباحة، يمكن أن نضع نفي الصّحة (أو الانعقاد). وهنا نجد أمثلة متعدّدة منها الفصول الآتية وهي من مجلة الالتزامات والعقود: 120 - 230 - 232 - (230 و 232 من جهة وهما لنفي الصّحة و 249 من جهة أخرى وهو مثلهما لكن استعملت فيه عبارة تفيد نفي الإباحة) - 373 - 376 - الخ.

<sup>258</sup> انظر أمثلة أخرى في مجلة الالتزامات والعقود: الفصل 254 - 285 - 286 - 288 - 1114.

<sup>259</sup> من أمثلة الزجر الوارد في صيغة خبر التي جاءت في كتب التفسير: "فمن ذلك ما صرح الله بالنهي عنه في كتابه في قوله {فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ} [البقرة: 197] والصيغة في قوله {فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ} [البقرة: 197] صيغة خبر أريد بها الإنشاء: أي فلا يرفث ولا يفسق، ولا يجادل، وقد تقرر في فن المعاني أن الصيغة قد تكون خبرية، والمراد بها الإنشاء لأسباب منها التفاضل كقولك: رحم الله زيداً، فالصيغة خبرية، والمراد بها إنشاء الدعاء له بالرحمة، ومنها إظهار تأكيد الإتيان بالفعل، والإزام ذلك كقوله تعالى: {هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ} [الصف: 10-11] الآية: أي آمنوا بالله بدليل جزم الفعل في قوله {تُعْفِرُ لَكُمْ مِنْ ذُنُوبِكُمْ} [الأحقاف: 31 و نوح: 4] الآية فهو مجزوم بالطلب المراد بالخبر في قوله {تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ} [الصف: 11] أي آمنوا بالله، يغفر لكم ذنوبكم كقوله {قَاتِلُوهُمْ يُعَذِّبُهُمُ اللَّهُ} [التوبة: 14] الآية {تَعَالَوْا أَتْلُ} [الأنعام: 151] الآية، ونحو ذلك، فالمسوغ لكون الصيغة في الآية خبرية، هو إظهار التأكيد، واللزوم في الإتيان بالإيمان فببر عنه بصيغة الخبر، لإظهار أنه يتأكد ويلزم أن يكون كالواقف بالفعل المخبر عن وقوعه، وكقوله تعالى وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق (27). "أضواء البيان - (ج 5 / ص 48) عن الموقع الإلكتروني: المكتبة الشاملة.

<sup>260</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 183؛ الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 89؛ ابن سليمان، م س، ص 402؛ (علي بن عبد الكافي) السبكي، م س، ج 2، ص 67. ولكن هنالك قلة ليست من هذا الرأي، انظرها مثلاً عند: وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 234.

<sup>261</sup> السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 92.

<sup>262</sup> علي الجارم ومصطفى أمين، م س، ص 183 - انظر عدد 93.

<sup>263</sup> وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 233.

<sup>264</sup> (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 192.

- أنه وفي مادّة تأويل العقد والقانون (وحسب أحكام مجلّة الالتزامات والعقود وخاصة منها الفصلان 519 و532): هنالك علويّة وتراتبية (أو هرميّة) من الأعلى إلى الأسفل هي التّالية: المعنى اللغوي الحقيقي وتحتّه المعنى اللغوي المجازي، أي أنّ المعنى الظّاهر هو الحقيقي. وتنطبق هذه النتيجة على مادّة الكلام.

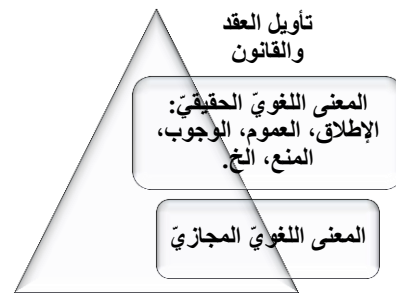
كما تنطبق على هيئاته، فتكون العلويّة وقمة الدّرجات في:  
اللفظ المطلق للإطلاق؛

اللفظ العامّ للعموم؛

الأمر للوجوب؛

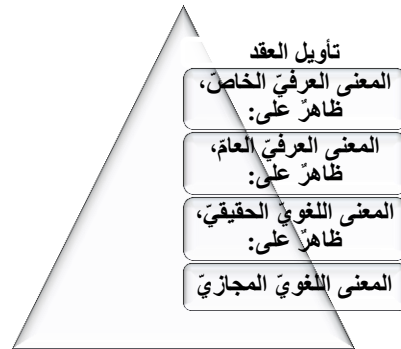
النّهي للمنع.

بعبارة أخرى: المطلق ظاهر في الإطلاق، والعامّ في العموم، والأمر في الوجوب، والنّهي في المنع.



- أنّه:

وفي مادّة تأويل العقد، هنالك علويّة وتراتبية (أو هرميّة) من الأعلى إلى الأسفل هي الآتية: المعنى العرفي الخاصّ، وتحتّه المعنى العرفي العامّ، وتحتّه المعنى اللغوي الحقيقي، وتحتّه المعنى اللغوي المجازي. بعبارة مختلفة: المعنى اللغوي الحقيقي ظاهر (على المجاز اللغوي)، والمعنى العرفي العامّ ظاهر (على المعنى اللغوي الحقيقي)، والمعنى العرفي الخاصّ ظاهر (على المعنى العرفي العامّ).



وفي مادّة تأويل القانون، هنالك علويّة وتراتبية (أو هرميّة) من الأعلى إلى الأسفل هي الآتية: المعنى اللغوي المجازي، وفوقه المعنى اللغوي الحقيقي. لكننا لا نعرف هل أنّ المعنى العرفي الحقيقي يأتي في الدّرجة الموالية صعوداً أم لا. بعبارة مختلفة: المعنى اللغوي الحقيقي ظاهر (على المعنى اللغوي المجازي)، لكننا لا نعرف شيئاً عن ظهور أو عدم ظهور المعنى العرفي الحقيقي.



فإذا اكتفينا - على الأقل الآن - بما استطعنا أن نعرفه، قلنا: من زاوية نظرية: إن كان التأويل هو إعطاء الكلام المعنى المقصود من صاحبه، فعلى المؤول أن يأخذ بالمعنى الظاهر لأنه الأقرب لأن يكون المقصود من المتكلم. من زاوية موقف مجلة الالتزامات والعقود، على مؤول العقد والقانون أن يعطيها معناها الظاهر. والزويتان - كما نرى - تبع لكلام Alice. ألم نجدتها تقول إن على المتكلم استعمال 'glory' في معنى 'glory'، أي في المعنى الظاهر؟ ألا يتبع هذا - وهو ما وجدناه من زاوية نظرية ووجدناه موقفاً للمشروع - قولاً إن المؤول (وهو ترجمان قصد المتكلم) لا يمكنه إجبار الكلمات على أن تقول غير معانيها، أي قولاً إن الكلمة سيّد على المؤول؟

في المقابل، نحن نعلم من الواقع (لا فقط من قصة Lewis CARROLL) أن المتكلم يعطي أحياناً كلامه معنى غير المعنى الظاهر من مجرد اللفظ (في الواقع: هنالك أشخاص مثل Humpty Dumpty، الذي استعمل 'glory' بمعنى 'a nice knock-down argument'). مثل هذا المتكلم، ولكي يفهم، ينصب على مراده دليلاً. لأجل إمكان هذه الصورة في الواقع، ينبغي على المؤول - ليؤدي وظيفته كما تتبئ بها عبارة التأويل - عدم الوقوف عند مرحلة البحث عن المعنى الظاهر من مجرد اللفظ، بل ينبغي أن يمر إلى مرحلة ثانية هي مرحلة البحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل.

## 2. المرحلة الثانية في المسار: البحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل

55. ينبغي أن ينظر هنا في نفس ظهور الدليل. فإذا فعل، انكشف كون هذا الظهور له توابع. لذلك سنرى نفس مسألة ظهور الدليل (أ) ثم توابعها (ب).

### 2. 1 / نفس مسألة ظهور الدليل

56. إن الحديث عن ظهور الدليل في إطار موادّ الكلام، يسهل عملية التّطرق إليه في إطار هيئات الكلام.

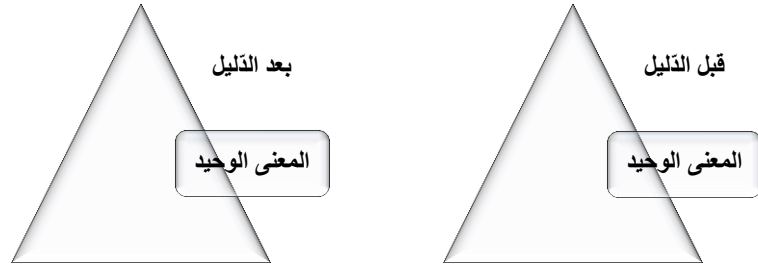
### 2. 1. 1 / موادّ الكلام

57. يقتضي الوضوح تناول هذه المسألة من وجهة نظريّة، ثمّ تناولها من وجهة نصوص القانون المتعلقة بالتأويل.

58. من الوجهة النظرية. فإذا بدئ بما هو نظري، استدعى الأمر التّطرق إلى الفرضيات الممكنة وهي ثلاث:

59. الفرضية الأولى: تتمثل في أنّه قد يوجد دليل على المعنى اللغوي الحقيقي. وهنا تمّ احتمالات ثلاث:

- أن تكون العبارة لها هذا المعنى لوحده، فهنا نكون قد أعطيناها بعد هذا المعنى لأنّه الظاهر من مجرد العبارة. لكن، وبوجود الدليل، يتأكد الاتجاه الذي سرنا فيه (مثال ذلك الفصل 56 م. ا. ع. في صياغته الفرنسيّة. فعبارة réticence تفيد في الوضع الكتمان. وحين نبحت في الأعمال التحضيرية نجد دليلاً على أنّ المراد هو هذا المعنى<sup>265</sup>).



- أن تكون العبارة لها هذا المعنى اللغوي الحقيقي ومعها معنى لغوي حقيقي آخر أو معه أكثر. فهنا نكون أمام ما يسمّى بالمشترك<sup>266</sup>. فإذا وجد دليل على أحد المعاني، سبق غيره، أي صارت له العلوية بعد أن كان وإياهم على نفس الخط<sup>267</sup>.

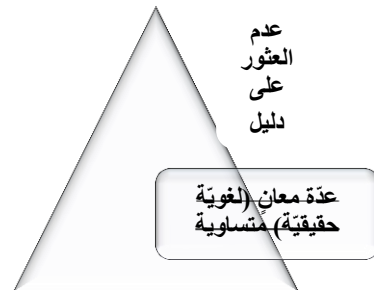
<sup>265</sup> انظر: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 208.  
<sup>266</sup> "المشترك ما وضع لمعنى كثير بوضع كثير": (محمد عبد الرّؤوف) المناوي، (و 952 هـ / 1545 م - ت 1031 هـ / 1622 م)، التعريف، تحقيق محمد رضوان الذّابية، دار الفكر المعاصر - دار الفكر، بيروت - دمشق، ط 1، 1410 هـ / 1990 م، ص 657.  
"المشترك اللفظي ما وضع لمعنيين كالقرء للطهر والحيض": (أبو يحيى زكريّا بن محمد بن زكريّا) الأنصاري (و 824 هـ / 1421 م - ت 926 هـ / 1520 م)، الحدود الأنيفة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 1، 1411 هـ / 1991 م، ص 80.  
"المشترك ما وضع لمعنى كثير بوضع كثير كالعين (هي لأداة الإبصار - لنبع الماء - لقرص الشّمس - للنفس أو الذات أو الماهية - الخ) [...] ومعنى الكثرة ما يقابل الفلّة فيدخل فيه المشترك بين المعنيين فقط كالقرء [...] ويكون مشتركاً بالنسبة إلى الجميع ومجماً بالنسبة إلى كلّ واحد. والاشترك بين الشّبين، إن كان بالنوع يسمّى مماثلة كاشترك زيد وعمرو في الإنسانيّة، وإن كان بالجنس يسمّى مجانسة كاشترك إنسان وقرس في الحيوانيّة [...] وإن كان في الكيف يسمّى مشابهة [...] وإن كان بالشكل يسمّى مشاكلة كاشترك الأرض والهواء في الكريّة [...] وإن كان بالأطرف يسمّى مطابقة [...]": (علي بن محمد بن علي) الجرجاني (و 740 هـ / 1339 م - ت 816 هـ / 1413 م)، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1405 هـ / 1985 م، ص 274 و 275.  
وانظر حول استعمال اللفظ في عدة معاني: السيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 185 وما بعدها؛ محمد محمد يونس علي، المعنى وظلال المعنى: أنظمة الدلالة في العربيّة، دار المدار الإسلامي، 2007، ص 378 وما بعدها (انظر ص 390 و 391 فيما يخصّ العلاقة بين المشترك والمجاز)؛ صابر الحباشة، في المعنى. مباحث دلالية معرفيّة، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط 1، 2008 (ص 9 - 32: مدخل إلى قراءة المشترك في اللغة العربيّة، ص 33 - 60: المشترك والمناطق النشطة: تحليل جملة «شرع في قراءة كتاب» لجورج كلايبر، ص 173 - 224: المشترك في القرآن)؛

John Stuart MILL, Système de logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique, Traduit de la sixième édition anglaise, 1865, par Louis Peisse, Librairie philosophique de Ladrance, 1866, Livre I : Des noms et des propositions, Ch. I, § 8 ; Patrick CHARAUDEAU, Grammaire du sens et de l'expression, Hachette, Paris, 1992, p. 63.  
انظر أيضاً: سامي الجربي، م س، ص 130.

**Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK**, Les obligations, DEFRÉNOIS, Paris, 2004, n° 772; **Ezzeddine ARFAOUI**, préc., p. 126 et s.; **Gérard CORNU**, Linguistique juridique, Montchrestien, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, 2000, p. 95 et s.

وانظر إلى من يقول إن تعدد المعاني ظاهرة طبيعية وضرورية لعدة أسباب منها أن لغة لا تتعدّد معاني ألفاظها هي لغة تحتاج إلى عدد لا متناهي من الألفاظ: **Paul RICCEUR**, La métaphore vive, Éd. du Seuil, Paris, 1975, p. 148. مثال "مشارك" جاء في مجلة الأحوال الشخصية: الفصلان 34 و35 ( يهتمان العدة) والفصل 71 ( يهّم أقلّ مدّة الحمل). فهذه النصوص استعملت لفظ الشهر، والشهر قد يكون قمرياً وقد يكون شمسياً (ينبغي أن نقدر هذين المعنيين متساويين وإلا لما استقام المثال). وعلى هذا فلفظ السنة والشهر في القوانين التونسية غالباً ما يقصد بهما السنة الشمسية والشهر الشمسي (أحياناً نجد دليلاً مباشراً: الفصل 257 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية: سنة مسيحية - الفصل 1393 من مجلة الالتزامات والعقود: شهر أكتوبر الغريغوري/ انظر أيضاً في مادة الأجل في الالتزامات الفصل 141 من مجلة الالتزامات والعقود حيث حدّد كمّ الشهر، إلخ دون الاهتمام بكونه شمسياً أو قمرياً). لكن قد يقصد بهما غير ما سبق. وعلى كلّ إذا لم يوجد الدليل على القصد، تبقى المعاني متساوية. لذلك لم نتعرّض إلى هذه النقطة في الفقرة الأولى من هذا البحث. والحلّ - حين لا يوجد الدليل - يختلف من العقد إلى القانون:

في العقد، إذا بقيت المساواة - ونظراً لكوننا بحثنا فلم نجد الدليل - يهمل اللفظ تطبيقاً للفصل 531 من مجلة الالتزامات والعقود (مثال قديم اعترضنا سابقاً في إطار الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود [انظر عدد 23]: أوصى لمولاه وتوفّي عن معتق (بالكسر) ومعتق (بالتفتح). فلفظ المولى مشترك (له معنيان: المعتق والمعتق). وإذا لم يوجد دليل على أنّ الموصي أراد معتقه (بالكسر) أو معتقه (بالتفتح) بطلت الوصية). أمّا في القانون، فينبغي على القاضي إعمال الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود بأن يترك المشترك جانباً ويبحث عن الحلّ بواسطة القياس على نصّ آخر، فإن بقي شكّ عمد إلى قواعد القانون العمومية.



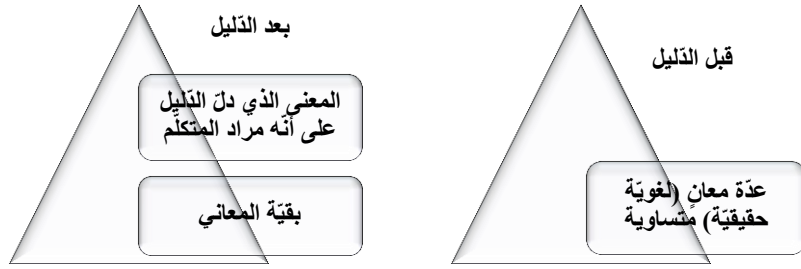
ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة " قواعد القانون العمومية " بعبارة "القواعد العامة للقانون". ومعلوم أنّ قانون 2005 جاء بتغييرات شكلية إذ أنّ فصله الثاني قال إنّ مضمون المجلة لم يتّج. وإنّ "صدور قانون 2005 يعني أنّ مهمّة من سيعمل على مجلة الالتزامات والعقود ستتعدّد: لأنّ العبارات استبدلت فينبغي أن يأتي بالنصّ الجديد. لكن ولأنّ المعنى لم يتّج فينبغي أن يظلّ يعمل (التأويل) على النصّ القديم!!! بعبارة أخرى على هذا العامل أن يعمل وفي يديه نصّ ما قبل 2005 ونصّ ما بعد 2005: لو اكتفى بنصّ ما قبل 2005 سوف لن يأتي بالتغيير الشكلي. ولو اكتفى بنصّ ما بعد 2005، فإنّ الخشية أن يأتي بتأويل غير مقبول: ومثال ذلك الصورة (سكتفي بالأبسط) التي لا يعتر فيها على نيّة المشرّع من عبارة استبدلت بأخرى. فإذا اتفق وأن كان للعبارة القديمة معنى وضعي وللعبارة الجديدة معنى وضعي مغاير. فالإكتفاء بالجديد يؤدّي إلى إعطاء معنى للقانون يخالف هذا القانون. فإذا انتبهنا إلى ما سبق تساءلنا: ألن نجد المؤلّين وبمرور الوقت يعملون فقط على الجديد؟ (من سيجمل نسختين من المجلة وكلّ نسخة في صياغتين عربيّة وفرنسيّة؟) وعندها ألن يأتي بتأويل تتغير من القانون؟ باختصار أليس التّقيح الشكلي لا يبقى في بعض الحالات وبمرور الزمن تنقيحاً شكلياً؟": **عبد المجيد الزّروقي**، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 5. على كلّ انظر حول الفصل 535: واحدة من إحالات عدد 208.

انظر أيضاً: **محمد العربي هاشم**، دروس في القانون المدني للسنة الأولى (درس مرقون)، كتيبة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1988، ص 23; **محمد كمال شرف الدين**، م س، عدد 144 وما بعده.

**Monia KARI**, Note à propos d'un texte ambigu: l'art 535 C.O.C, R.T.D., 1992, p.203; **Ezzeddine ARFAOUI**, préc., p. 343 et s.; **Raja SAKRANI**, Sources doctrinales du code des obligations et des contrats. Étude sur la théorie générale des obligations, Th. de Doctorat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Tunis, n°s 482 et s.

وعليّنا أن نلاحظ أنّ ما قلناه عن الاحتمال الأوّل والثاني، يصحّ لو كنّا أمام عبارة لها معنى عرفي فقط (ليس معه معنى وضعي أو مجازي لغوي). انظر حول هذا النوع من العبارات في اللغة الفرنسيّة (قال إنّ اكتشاف حوالي 250 وقال إنّ يفترض أنّها لا تتجاوز 400) والتي من أمثلتها:

**Gérard CORNU**, préc., p. 68 et s. الخ. - Pétitoire



- أن تكون العبارة لها معنى لغوي حقيقي ومعنى عرفي. والحقيقة إذا قلّ استعمالها صارت مجازاً عرفياً، والمجاز إذا كثّر استعماله صار حقيقة عرفية<sup>268</sup>. وعلى هذا نحن أمام مجازين وأمام حقيقتين. لكن من زاوية كثرة الاستعمال نحن أمام حقيقة عرفية ومجاز عرفي. والحقيقة لها العلوية حين لا يوجد الدليل المعارض<sup>269</sup>. أمّا إذا وجد الدليل على المجاز العرفي، تنقلب العلوية وتتغيّر التراتبية (أو الهرمية) فتصير قمتها لما عليه الدليل، أي للمجاز العرفي وللحقيقة اللغوية.



ويمكن أن يعطى هنا مثال عبارة الوصية. فلها معنى حقيقي لغوي هو: "عهد إليه"<sup>270</sup>، ومعنى عرفي هو التملك المضاف إلى ما بعد الموت<sup>271</sup>. ومن زاوية كثرة الاستعمال في الوسط القانوني فهذا المعنى (التملك...) هو حقيقة عرفية، أمّا ذلك (عهد إليه) فمجاز عرفي. والحقيقة لها العلوية حين لا يوجد دليل معارض. لكن حين يوجد الدليل على المجاز تصير له العلوية. وعلى هذا - وبدليل من الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية - لا تعطى عبارة "وصية" التي جاءت به معناها الحقيقي العرفي. بل تعطى معناها المجازي العرفي. فالمجاز له العلوية هنا لأنّ عليه دليلاً.

<sup>268</sup> (محمد بن عمر بن الحسين) الرازي، م س، ج 1، ص 479. انظر أيضاً: (علي بن عبد الكافي) السبكي (ت 756 هـ / 1355 م)، الإبهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1404 هـ / 1984 م، ج 1، ص 316. ويعطى السبكي مثلاً هو التالي (سنغيّره قليلاً): أقرّ شخص بأنّه مدين لآخر بملايين. فملايين جمع كثرة وأقله أحد عشر حسب النحاة (حقيقة لغوية). لكن لنفرض أنّه اشتهر أنّ ملايين ثلاثة، فثلاثة حقيقة عرفية (ج 2، ص 89)؛ انظر أيضاً: (أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله) الزركشي (و 745 هـ / 1344 م - ت 794 هـ / 1392 م)، المنثور، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1405 هـ / 1985 م، ج 3، ص 122؛ (أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي) البعلبي (و 645 هـ / 1247 م - ت 709 هـ / 1309 م)، المطلع، تحقيق محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401 هـ / 1981 م، ص 391؛ (محمد عبد الرؤوف) المناوي، م س، ص 680؛ (علي بن محمد بن علي) الجرجاني، م س، ص 302؛ (عبد القادر) بن بدران الدمشقي، م س، ص 174 وما بعدها؛ (محمد بن عمر بن الحسين) الرازي، م س، ج 1، ص 409 وما بعدها.

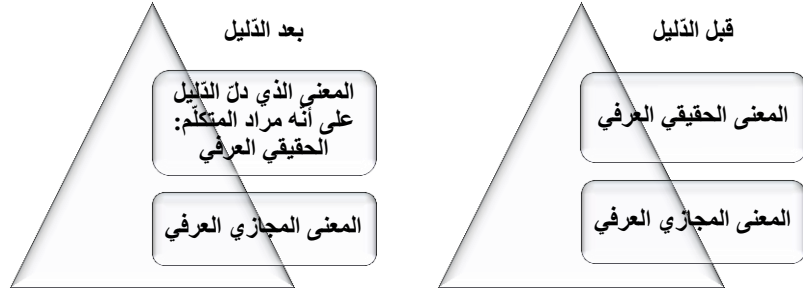
<sup>269</sup> انظر عدد 30 وما بعده.

<sup>270</sup> انظر لسان العرب لابن منظور: "وصى [...] عهد إليه". انظر مادة وصى.

<sup>271</sup> انظر عدد 16.



60. الفرضية الثانية: تتمثل في أنه قد يوجد دليل على المعنى العرفي أو الحقيقة العرفية. فقبل الدليل ولكثرة الاستعمال غلبت تلك الحقيقة المجاز العرفي أو الحقيقة اللغوية، وبالدليل تتأكد تلك الغلبة وتتأكد تلك العلوية.



ويمكن أن يؤخذ هنا مثال جاء في الجزء الأول لتحصل المقابلة ويحصل بها مزيد الوضوح<sup>272</sup>. فلفظ التّخريب، في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود، له معنى حقيقي عرفي خداع المرء غيره، ومعنى مجازي عرفي خداع المرء نفسه. فقبل الدليل، ولكثرة الاستعمال، للحقيقة العرفية علوية على المجاز العرفي. وبالدليل<sup>273</sup> تتأكد تلك العلوية.

61. الفرضية الثالثة – هي الأهم، لأنها تفسّر أكثر من غيرها سبب تكوّن المسار التّأويلي من مرحلة ثانية – وتتمثل في أن يوجد دليل على غير الحقيقة اللغوية لكنه ليس على الحقيقة العرفية. هنا تمّ صورتان:

62. الصّورة الأولى: أن يصير هذا المعنى مشتهدا متبادرا للذهن عند سماع العبارة، فهنا نكون أمام ما يمكن تسميته بعرف القانون، وهو مختلف عن عرف رجال القانون<sup>274</sup>. فعرف القانون حقيقة قانونية، وعرف رجال القانون حقيقة عرفية خاصة. والحقيقة القانونية أقرب لأن تكون مقصودة من القانون من الحقيقة العرفية أو الوضعية. لذا تمّ علوية وتراتبية (أو هرمية) تنحدر من الحقيقة القانونية إلى الحقيقة العرفية، ومن الحقيقة العرفية إلى الحقيقة الوضعية<sup>275</sup>، ومن الحقيقة الوضعية إلى المجاز اللغوي<sup>276</sup> الذي ليس بحقيقة عرفية أو قانونية.

بعبارة أخرى:

هنالك المجاز اللغوي، وفوقه الحقيقة اللغوية، وفوقها مجاز لغوي آخر هو الحقيقة العرفية، وفوق كلّ ذلك مجاز لغوي ثالث هو الحقيقة القانونية.

<sup>272</sup> انظر عدد 16.

<sup>273</sup> مثلا جملة الفصل 56: "[...] حملت الطرف الآخر [...]".

<sup>274</sup> قرّب من الأصول الإمامية حيث يتحدّث عن عرف الشرع (الشارع) وعن عرف المتشرّعة (المسلمون - أهل مذهب معين): الشّيخ محمّد رضا المظفر، م س، ج 2، ص 151 وما بعدها.

<sup>275</sup> انظر إلى: (محمّد بن علي بن محمّد) الشّوكاني، م س، ص 464؛ (علي بن عباس الحنبلي) البعلي (و 752 هـ / 1351 م - ت 803 هـ / 1401 م)، القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق محمّد حامد الفقي، مطبعة السنّة المحمّدية، 1375 هـ / 1956 م، ص 123؛ (علي بن عبد الكافي) السبكي، م س، ج 1، ص 316؛ (أبو المظفر منصور بن محمّد بن عبد الجبّار) السمعاني (ت 489 هـ / 1484 م)، قواطع الأدلّة في الأصول، تحقيق محمّد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، 1997 م، ص 271؛ (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسن) الأسنوي (و 704 هـ / 1305 م - ت 772 هـ / 1372 م)، التمهيد، تحقيق محمّد حسن هيتو، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط 1، 1400 هـ / 1980 م، ص 202.

<sup>276</sup> انظر: (محمّد بن عمر بن الحسن) الرّازي، م س، ج 1، ص 577.

وهناك (وهذا القول مساو لسابقه) الحقيقة العرفية، وتحتها مباشرة مجاز عرفي أول (الحقيقة اللغوية)، وهذا تحته مجاز عرفي ثان (المجاز اللغوي). ثم إنه وفوق الحقيقة العرفية مجاز عرفي ثالث (الحقيقة القانونية).

ثم هنالك (وهذا القول مساو لكل واحد من الاثنين السابقين) الحقيقة القانونية، وتحتها مجاز قانوني أول (الحقيقة العرفية)، وهذا تحته مجاز قانوني ثان (الحقيقة اللغوية)، وهذا تحته مجاز قانوني ثالث (المجاز اللغوي).

حقيقة قانونية	= مجاز عرفي (ثالث)	= مجاز لغوي (ثالث)
مجاز قانوني (أول)	= حقيقة عرفية	= مجاز لغوي (ثان)
مجاز قانوني (ثان)	= مجاز عرفي (أول)	= حقيقة لغوية
مجاز قانوني (ثالث)	= مجاز عرفي (ثان)	= مجاز لغوي (أول)

ويمكن أن نعطي أمثلة على ما سبق من القانون الإسلامي ومن القانون التونسي:

فمن القانون الإسلامي هنالك لفظ الصلاة ومعناها اللغوي الدعاء، لكن المشرع الإسلامي نقل ذلك اللفظ إلى معنى آخر هو العبادة المخصوصة المشتملة على أقوال وأفعال مخصوصة. وهذا المعنى اشتهر، فصار حقيقة - تسمى بالشرعية<sup>277</sup> - هي التي تتبادر لذهن سامع اللفظ لغلبة الاستعمال وخمول ذكر المعنى الحقيقي اللغوي<sup>278</sup>.

ومن القانون التونسي يمكن أن يؤخذ مثالان:

<sup>277</sup> ومن هذا الاسم استعير في هذا العمل وصف المعنى (الذي لم يكن يعطى لغة للفظ، والذي جعله المشرع الوضعي معنى لذلك اللفظ) بالحقيقة (لأنه اشتهر وغلب الوضع اللغوي) القانونية (لأن صاحب هذا المعنى الجديد للفظ هو القانون). قرّب من: (جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، م س، ص 235).

<sup>278</sup> ويعطى هنا أيضاً مثال الصوم (لغة: عموم الإمساك عن الطعام والكلام وغيرهما، وفي أي وقت؛ وشرعا إمساك مخصوص)، والحجّ (في الوضع القصد؛ وفي الشرع مناسك معينة)، والزكاة (في الوضع النماء؛ وفي الشرع إخراج مال محدود على وجه مخصوص [...])، والمسلم ("إنما عرفت (العرب) منه إسلام الشيء؛ ثم جاء في الشرع من أوصافه ما جاء")، إلخ.

انظر: (جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، م س، ص 235)؛ (جلال الدين أبو عبد الله محمد بن سعد الدين بن عمر القرظيني، م س، ص 402)؛ (أبو الحسين محمد بن علي بن الطيّب البصري (ت. 436 هـ / 1045 م)، المعتمد، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1403 هـ / 1983 م، ج 1، ص 20 وما بعدها)؛ (أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، م س، ص 271 - ابن سليمان، م س، ج 2، ص 3).

انظر أيضاً السيد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 39): "[...] كلمة الميتة أساساً تعني ما مات حتف أنفه ثم أطلقت على نحو الاعتبار الأدبي القائم على علاقة التشابه على الحيوان المذبوح على غير الطريقة القانونية، وبمرور الوقت وكثرة الاستعمال والتطبيق اكتسبت هذه الكلمة اعتباراً قانونياً وهو أنّ الميتة تعني المذبوح على غير الطريق القانوني من دون نظر لمعناها اللغوي. ومثلها لفظ الدينار مثلاً فهو في الأصل يعني متقالاً من الذهب تقاس به قيمة الأشياء كقولنا هذه الأرض تساوي مائة دينار، ثم صار يطلق على نحو الاعتبار الأدبي على الأوراق النقدية من أجل أن يتعامل معها المجتمع معاملة الدينار الأصلي في كونه وسيطاً في تبادل السلع ومقياساً لتحديد قيمة الأشياء، وبمرور الوقت وكثرة الاستعمال تحوّل هذا الاعتبار الأدبي للاعتبار القانوني فأصبح الدينار يعني نفس الورقة النقدية التي هي مقياس القيم وواسطة التبادل".

انظر كذلك كلمة الفاسق عند: عبد الهادي الفضلي، أصول الحديث، مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، بيروت - لبنان، ط 3، 1421 هـ، ص 111 و112: "هذه الكلمة لم تستعمل وصفا للإنسان في لغة العرب قبل نزول القرآن الكريم، فقد نقل الراغب الأصفهاني في (المفردات: مادة فسق) عن ابن الأعرابي اللغوي الثقة أنه قال: (لم يسمع الفاسق في وصف الإنسان في كلام العرب، وإنما قالوا فسقت الرطبة عن قشرها). وجاء في (معجم ألفاظ القرآن الكريم: مادة فسق): (من الحسين: فسقت الرطبة من قشرها، إذا خرجت. وفسق فلان في الدنيا فسقا، اتسع فيها ولم يضيّقها على نفسه. وفسق فلان ماله، إذا أهلكه وأنفقه. ومنه يمكن إخراج معنى المادة الذي أكسبه إيّاها الإسلام، فقد نقل أنه لم يسمع قط في كلام الجاهلية في شعر ولا كلام (نثر)، فاسق. وجاء الشرع بأنّ الفسق الإفحاش في الخروج عن طاعة الله. وعدت الكلمة من الألفاظ الإسلامية التي نقلت عن موضعها إلى موضع آخر، بزيادات زيدت وشرائع شرعت وشرائط شرطت، وهو مثل من التطور اللغوي لدلالة الكلمات. وبهذا المعنى الإسلامي للفسق استعمل في القرآن مقابلاً للإيمان، كفرًا (وَمَا يَكْفُرُ بِهَا إِلَّا الْفَاسِقُونَ) [البقرة/99]، ونفاقًا (إِنَّ الْمُنَافِقِينَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [التوبة/67]، وضلالاً (فَمَنْهُمْ مُّهْتَدٍ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ) [الحديد/26]، وعلى أنواع من العصيان، وبهذا كان الفسق أعمّ من الكفر".

مثالاً أوّل، يُستخرج بعد قراءة الفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود القائل: "إذا صرّح القانون بالتهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا يبني عليه شيء". فهذا النصّ تصير فصول القانون التي جاء فيها نهي<sup>279</sup> تعني وتقتضي البطلان. وهذا المعنى ليس لغويًا. بل هو معنى حقيقي قانوني<sup>280</sup>.

مثال ثانٍ يؤخذ من الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود وبالتحديد من جملته: "[...] حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ بها [...]". فهنا المعنى المراد من المشرّع هو: تعزيز أحدث غلطا، والغلط كان في أمور معيّنة لا في أمور أخرى<sup>281</sup>. وهو معنى ليس باللغوي الحقيقي، ثمّ هو - إن قبل القول إنّ اشتهر - معنى حقيقي؛ أمّا إذا قبل أنّ مصدره القانون، فيكون معنى حقيقي قانوني<sup>282</sup>.

وإنّ هذه الصّورة الأولى من الفرضية الثانية تهمّ علوية معنى قال به المشرّع<sup>283</sup>. فإذا قيل إنّ هذا المعنى اشتهر وغلّب، أي إذا قيل إنّ حقيقي، خرج الأمر عن العنوان الذي نحن بصدده ودخل في سابقه. لكن، لأنّ إسناد هذا الحلّ إلى أحكام مجلة الالتزامات والعقود لا يمكن أن يتمّ إلاّ مع الصّورة الثانية من الفرضية الثالثة التي سيؤتى بها بعد قليل ... إذن لأنّ الإسناد لا يمكن أن يتمّ إلاّ الآن، جيء بصورة الحقيقة القانونية في هذا المكان. والحاصل أنّ هنالك تراتبية (أو هرمية) للمعاني هي التالية: الحقيقة القانونية، وتحتها الحقيقة العرفية، وتحتها الحقيقة اللغوية، وتحت كلّ ما سبق المجاز اللغوي (الذي ليس بالحقيقة القانونية ولا العرفية).

<sup>279</sup> أو جاء فيها "أمر" لأنه يمكن القول إنّ التهي عن شيء أمر بضده، والأمر بشيء نهي عن ضده: انظر (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 181 وما بعدها؛ (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي) الشيرازي، م س، ص 31 و 55 و 89 وما بعدها؛ (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 59 وما بعدها؛ (محمد بن عمر بن الحسن) الرازي، م س، ج 2، ص 334 وما بعدها؛ (علي بن عبد الكافي) السبكي، م س، ج 1، ص 120 وما بعدها؛ (أبو محمد عبد الله بن أحمد) بن قدامة المقدسي، م س، ص 200 وما بعدها؛ (إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي) اللخمي (ت 790 هـ / 1388 م) الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج 1، ص 145 وما بعدها؛ (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 94 وما بعدها؛ الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 257 وما بعدها.

<sup>280</sup> هو حقيقي لأنّه المتبادر أو على الأقلّ المراد أن يكون متبادرا لقارئ نصوص التهي، ثمّ إنّ هذا المعنى قانوني لأنّ صاحبه هو القانون (استوحي هذا المثال من: (خليل بن ميكلدي) العلاتي (و 694 هـ / 1295 م - ت 761 هـ / 1360 م)، تحقيق المراد، تحقيق إبراهيم محمد السلفيتي، دار الكتب الثقافية، الكويت، ص 152. ولقد أوردته في إطار الحقيقة الشرعية. ونحن نقلناه إلى الحقيقة القانونية. وعلى كلّ البك ما قال: "أنا نسلم لا يدلّ النهي على الفساد بحسب وضع اللغة. لكن ما المانع أن يدلّ عليه دلالة لفظية بحسب وضع الشرح"). انظر أيضا: الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 303؛ (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 292 وما بعدها. وانظر حول الفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود: عبد المجيد الرّزوقي، الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود (دراسة تحليلية للعلاقة بين الأحكام القانونية)، منشور ب: كتاب ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 1906 - 2006، مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص 118 وما بعدها.

<sup>281</sup> عبد المجيد الرّزوقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 227 وما بعده. ملاحظة: صدر القانون صدر القانون عدد 87 المؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "الجانب الآخر" بعبارة "الطرف الآخر".

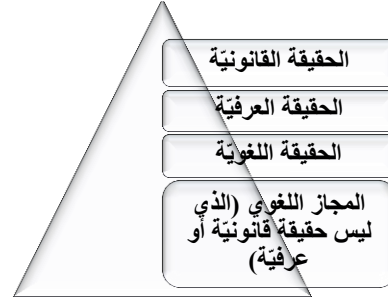
<sup>282</sup> في الواقع الجملة في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود هي ترجمة لجملة توجد في الفضاء القانوني الفرنسي. وفي هذا الفضاء، الجملة لها المعنى المذكور في المتن. وعلى هذا هو حقيقة عرفية. لكن قد يقبل القول إنّ معنى الجملة العربية مصدره القانون. وعلى كلّ فالمثال هنا وفي غيره من الأماكن ليس مرادا لذاته، فإذا كان فيه نقص فليقدّر القارئ انتفاءه.

وقد يمكن أن نضيف مثالين من الفصل 1 من مجلة الالتزامات والعقود: أولهما لعبارة "تعمير الذمة". فهذه تفيد في الوضع جعل العهد والأمان والصّمان أهلا (انظر لفظتي "عمر" و"ذمة" بالمعجم العربي الحديث). وليس للعبارة معنى عرفي. فإذا بحثنا في الأعمال التحضيرية وجدنا أنّه أريد منها الالتزام. وهذا المعنى قد يمكن القول - لو توفّر فيه شرط الشهرة - إنه قانوني (كلّ هذا ما لم ننظر إلى الأصل الذي أخذت منه كلمة الذمة). وثاني الأمثلة عبارة شبه العقد. فهذه لها معنى وضعي. فإذا تمّ المرور إلى العرف وسلمّ أنّها تفيد فيه دفع ما لا يلزم والتصرّف الفضولي (ينبغي البحث في العرف في وقت وضع المجلة. وهنا سيفترض أنّه مثل عرف اليوم والذي مفاده أنّ شبه العقد هو دفع ما لا يلزم والتصرّف الفضولي: على كلّ انظر عبارة "quasi-contrat" في "Vocabulaire juridique"). ثمّ تمّ المرور بعد ذلك إلى الترجمة الكاملة للمشروع المراجع والتي نجد فيها الفصل 2 الذي وحين تحدّث عن شبه العقد أرسلنا إلى حاشية تفسره (هذه الحاشية تقول ما يلي: "تنبيه: ما يشبه العقد عبارة عن الدّين الذي يحدث في ذمة الإنسان باستهلاك مال غيره أو بانتفاعه بما لشخص آخر بدون سبب قانوني"). إذا تمّ جميع ما سبق، اتّضح أنّ المعنى الذي انتهينا إليه أوسع من الذي افترض أعلاه أنّه المعنى العرفي في وقت وضع المجلة (ملاحظة: ثمّ ما يؤيدّ المعنى الواسع في الفصل 71 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود). وهذا المعنى الواسع يمكن القول عنه إنه قانوني.

وينبغي أن ننبه هنا إلى أنّ الألفاظ الإسلامية كـ"الصلاة" و"الصوم" و"مسلم" هي حقيقة شرعية. فإذا جاءت في نصوص القانون التونسي الحالي في المعنى الذي وضع لها في الإسلام، لا تسمّى حقيقة قانونية، بل تعدّ حقيقة عرفية. انظر لفظ الصلاة ولفظ الصوم في الفصل 834 من مجلة الالتزامات والعقود. وانظر لفظ مسلم في فصول مجلة الالتزامات والعقود: 4 - 210 (ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرّخ في 15 أوت 2005 وسقطت من الفصل 210 في صياغته العربية الجملة التي تعيننا في المثال وهي: "وهذا الحكم الأخير لا يجري بين المسلمين"). ومعلوم أنّ قانون 2005 جاء بتغييرات شكلية إذ أنّ فصله الثاني قال إنّ مضمون المجلة لم يتنقح - 369 - 575 - 584 - 720 - 834 - 1023 - 1253 - 1255 - 1463.

<sup>283</sup> انظر إلى القول بعلوية المعنى الذي يقول به المشرّع: Gérard CORNU, préc., p. 110.

## تأويل القانون



بعبارة مختلفة: الحقيقة اللغوية ظاهرة من مجرد العبارة، والعرفية أظهر منها، والقانونية أظهر من العرفية. والظاهر يبرّح أنه المقصود، لذلك هو الذي يعطيه المؤل. وهكذا الأظهر فالأظهر.

ويلاحظ هنا أنه لم يُتحدّث عن العقد وعن حقيقة عقدية لأنها لا يمكن أن توجد. فهنا - إن لم تكن أمام الحقيقة اللغوية - سنكون دوماً أمام مجازين لغويين: المجاز اللغوي الأوّل هو الذي اشتهر وصار حقيقة عرفية؛ والمجاز الثاني هو المجاز اللغوي المختلف عن السابق، وهذا لا يمكن أن يشتهر ويصير حقيقة عقدية. بل إنّ هذا المجاز سيظلّ دائماً من النوع الذي يحتاج للقول به إلى دليل. وهذه هي الصورة الثانية من الفرضية الثالثة.

63. الصورة الثانية: سنتناول أمثلتها لكي تتّضح؛ من بعد ذلك سنحاول البحث في مسألة الظهور؛ فإذا فعل ما سبق، أمكن الانتقال من الوجهة النظرية التي نحن بصدها إلى وجهة القانون التونسي، ونقصد حكم نصوص تأويل العقد والقانون في ذلك الظهور<sup>284</sup>.

64. فإذا بدئ بالأمتلة بدئ بالعقد:

مثال أول: يهّم عقد كراء أصل تجاري اشترط فيه المكثري أن يُمتّع بعده بالعقد وارثه. لكنّ المشترط ثوّقيّ عن موصى له لا عن وارث. فاللفظ المستعمل في العمل القانوني حقيقة لغوية في الوارث. لكنّ صاحب اللفظ قصد معنى آخر هو الموصى له<sup>285</sup>.

مثال ثان: يهّم عقد بيع أطنان من منتج يوجد على ظهر سفينة. ولقد أُسمي المنتج "Haakjöringsköd"، وهي كلمة "نورويجية"، وهي حقيقة لغوية في "القرش" (Requin)، لكنّ الأطراف قصدوا معنى آخر هو "الحوت" (Baleine)<sup>286</sup>.

مثال ثالث: (أ) أوصى بـ"مكتبته" (Bibliothèque) لـ(ب). فهذه العبارة حقيقة لغوية في المجموعة من الكتب. لكن (أ) "اعتاد أن يقصد بها مجموعته المتكوّنة من قوارير خمر"<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> انظر هذه الصورة الثانية متناولة خارج اختصاص القانون، وتحديدًا عند **Antoine COMPAGNON** حين يقول:

"Quand quelqu'un écrit, il a l'intention d'exprimer quelque chose, il veut dire quelque chose par les mots qu'il écrit. Mais la relation entre une suite de mots écrits et ce que l'auteur voulait dire par cette suite de mots n'a rien d'assuré, entre le sens d'une œuvre et ce que l'auteur voulait exprimer à travers elle. Bien que la coïncidence soit possible (il n'est pas interdit qu'un auteur réalise parfois strictement ce qu'il voulait), il n'y a pas d'équation nécessaire entre le sens d'une œuvre et l'intention de l'auteur". Qu'est-ce qu'un auteur ? 11. L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>.

<sup>285</sup> انظر هذا المثال عند **Charles DEMOLOMBE**, préc., T. 25, n° 5.

<sup>286</sup> انظر هذا المثال الذي نظر فيه القضاء وذلك عند: **Claude WITZ**, Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs. B.G.B, partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires, L.I.T.E.C., Paris, 1992, n° 105.

مثال رابع: رجل تزوّج بامرأة وكتب في العقد أنّه يريدّها بكراً. فـ: "بكر" حقيقة لغويّة في "التي لم يقربها رجل"<sup>288</sup>. لكنّ صاحب اللفظ قد يقصد معنى آخر: مثلاً من لم يقربها زوج<sup>289</sup>.

مثال خامس: (أ) كتب أنّه باع ألف (مائدة) لـ(ب). فمائدة حقيقة لغويّة في ما عليه طعام<sup>290</sup>. لكن البائع والمشتري لم يقصدا أن يكون مع المبيع شيء آخر لا طعام ولا غير طعام.

مثال سادس: (أ) شخص رقيق، وقرّر أن يوصي لـ(ب)، فكتب: "Je souhaite..." (أتمنّى). فـ: "Je souhaite" لها حقيقة لغويّة، لكن المقصود مغاير وهو: أوصيت<sup>291</sup>. وقريب من هذا المثال صورة من يستعمل المضارع: أبيع، وهو يقصد بعت<sup>292</sup>.

مثال سابع: (أ) باع أرضاً لـ (ب) مساحتها 180 من وحدة قيس معيّنة (لنقل هنا: هكتار). فـ: 180 حقيقة لغويّة في 180. لكنّ المتعاقدين قصدا معنى آخر هو 80<sup>293</sup>.

<sup>287</sup> " (II) désignait habituellement par ce terme (Bibliothèque) sa cave à vin". **Claude WITZ**, préc., n° 104.

<sup>288</sup> لسان العرب لابن منظور. مادة بكر.

<sup>289</sup> قارن مع القضية التي نظرت فيها المحكمة الابتدائية بقرمبالية. عدد 8487، صادر في 30 ديسمبر 1968، ق ت، 1969، عدد 6 و7، ص 164.

بل إنّ هذه العبارة قد لا يقصد منها شيء فتكون مجرد صيغة معهودة توضع بصفة آلية في عقود الزّواج: " تزوّج البكر المصونة والذرة المكنونة ". فكما لم يقصد أن يجد زوجته ذرة حقاً ولا أن يجدها مكنونة فعلاً، يمكن القول إنّه لم يقصد (على الأقلّ لو لم ننظر إلا في العبارة) أن تكون بكراً [أخذ مثال الذرة ... من عند: سامي الجربي، م س، عدد 155]. انظر حول عموم الصّينغ المعهودة: سامي الجربي، م س، عدد 147 وما بعده؛ **LE COMTE**, La clause de style, R.T.D. civ., 1935, p. 305.

<sup>290</sup> أمّا ما ليس عليه طعام ففي اللغة هو الخوان. ويمكن أن يضاف هنا مثال الكأس، ففي اللغة هو ما فيه شراب أمّا ما ليس فيه شراب فهو زجاجة. انظر: (أبو الفرج جمال الدين بن علي بن محمد بن جعفر) الجوزي (و 508 هـ / 1114 م - ت 597 هـ / 1201 م)، المدهش، تحقيق مراد قباني، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 2، 1985، ص 48.

<sup>291</sup> « Le testateur peut être décidé et courtois et lorsqu'il écrit "Je souhaite", il se peut qu'en réalité il veuille ». **Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS**, Droit civil. Les successions. Les libéralités, CUIJAS, Paris, 4<sup>ème</sup> édition, 1988, n° 520.

انظر إلى: **Jean HERAIL**, Legs, Rep. Civ. Dalloz, Sept, 2002, n° 15.

حيث يوجد المقطف الوارد أعلاه كما توجد أمثلة مساوية للتي في المتن ومنها:

Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 2 Av 1979: "Je désire qu'après le décès de mon mari cet immeuble soit la propriété de mon neveu".

C. A., Paris, 22 sept 1986, D, 1987, 150, Note **I. NAJJAR**: "J'aurais souhaité avoir le temps de changer mon contrat de mariage afin que ma femme bénéficie de plein droit de mes biens à part égales avec mes enfants, Me [...], notaire, voudra bien l'y aider, s'il lui plait. Je l'en remercie".

انظر أيضاً من يقول (Nicole DELBECQUE (éd), préc., p. 209) في إطار عموم اللغة:

«Si dans les actes de langage informatifs la maxime de pertinence occupe une position centrale (Soyez pertinent), toute interaction humaine repose également sur un autre principe fondamental, à savoir celui de la politesse. Même si ce principe se réalise de façons très différentes selon les cultures [...], il est omniprésent. Bien qu'actif aussi dans les actes de langage constitutifs et informatifs, c'est néanmoins dans les actes de langage obligatifs qu'il est appelé à jouer le plus grand rôle. La politesse est, en effet, directement liée au tact du locuteur et au respect, - ou au manque de respect, - qui sont en jeu quand il s'agit d'obtenir que quelqu'un fasse quelque chose ou de s'engager soi-même à faire quelque chose. Ainsi, il n'est que peu de contextes conversationnels où des ordres laconiques (La porte !) [...] ou sous forme de réprimande (Je t'ai dit d'aller fermer la porte !) [...] ne seraient pas qualifiés d'impolis [...]. Pour que (La porte !) [...] puisse paraître approprié, il faut imaginer une situation où quelqu'un, qui ne serait pas encore trop éloigné pour revenir sur ses pas, aurait oublié de fermer la porte. Le genre de remontrance illustré par (Je t'ai dit d'aller fermer la porte !) [...] ne peut s'adresser qu'à un enfant en bas âge qui aurait refusé d'obéir à un ordre préalable ».

<sup>292</sup> انظر علي حيدر، م س، تحت المادة 2. انظر أيضاً: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط 2، 1998، ص 342 وما بعدها.

<sup>293</sup> سيرد ذكر القضية المتعلّقة بهذا المثال في عدد 69.

ويمكن أن نضيف هنا مثالين يقربان من ذلك الوارد في المتن:

— واحد أخذناه من: **Jean HERAIL**, préc., n° 49، وحاصله امرأة أوصت لمؤسّسة خيرية اسمها "Œuvres du Maréchal Pétain" وقع فيما بعد حلّها. وهنا وُضعت البلدية موضع الموصى له. وقد بُرّر الحلّ بكونه يتماشى وقصد المتوفّاة. فهذه أرادت إنشاء ملجأ للأيتام ومدرسة

65. وهذه الأمثلة في العقد ثم ما يشبهها في القانون. وفي القانون سنأخذ بالأساس صوراً جاءت في الفقرة الأولى من هذا البحث، لكي يحصل التّقابل، ويحصل من خلاله مزيد الوضوح<sup>294</sup>:

- مثال أوّل: يهّم حرف "الواو" في الفصلين 519 و532 من مجلّة الالتزامات والعقود. فالفصل 519 يقول: "تحمل العبارات على حقيقة معناها وحسب ما هو معتاد [...]"<sup>295</sup>، أمّا الفصل 532 فيقضي أنّ: "نصّ القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرّف الاستعمال [...]"<sup>296</sup>. ف"الواو" حقيقة لغويّة في عدم التّرتيب<sup>297</sup>. لكن، بما أنّه ثبت لدينا أنّ المشرّع أراد في الفصلين 519 و532 أن تكون العلوّية للعرفي على الوضعي<sup>298</sup>، فإنّه يكون قد ثبت لدينا بنفس المناسبة أنّ "الواو" في النّصين قد قصد منها صاحبها التّرتيب.

- مثال ثان: يهّم "أو"، وقد جاءت في الفصل 545 من مجلّة الالتزامات والعقود مثلاً. فـ: "أو" حقيقة لغويّة في كونها لأحد الشّيئين<sup>299</sup>، لكنّ المشرّع قصد بها في الفصل 545 معنى "الواو"<sup>300</sup>.

فلاحية، فقصدتها ليس شخص الموصى له، بل قدرته على تنفيذ هذين المشروعين: Cass. Civ., 8 Janvier 1957, D.1957, 265; R.T.D. civ., 1957, p.374, Obs. R. SAVATIER.

— وثان أخذناه من (علي بن عبد الكافي) السبكي (م س، ج 2، ص 89): (أ) أقرّ بأنّه مدين لـ(ب) بملايين. والحقيقة اللغويّة هي كوننا أمام جمع كثرة وأقلّه باتّفاق النّحاة أحد عشر. لكن (أ) قصد أنّه مدين بثلاثة ملايين فقط.

كما يمكن أن نضيف مثلاً آخر انطلاقاً من (أبو محمّد عبد الرحيم بن الحسين) الأسنوي (و 704 هـ/ 1304 م – ت 772 هـ/ 1370 م)، الكوكب الدري، تحقيق محمد حسن عوّاد، دار عمّار، عمّان- الأردن، 1405 هـ، ط 1، ص 271. فلقد جاء عنده: "غرّة الشّهر تطلق إلى انقضاء ثلاثة أيّام من أوّله بخلاف المفتتح فإنّه إلى انقضاء اليوم الأوّل". وهنا يمكن أن يفرض أنّ العاقدين قالوا إنّ الأجل غرّة الشّهر وهما يقصدان اليوم الأوّل واليوم الأوّل فقط (لكي يسلم لنا هذا المثال، ينبغي أن لا يكون هنالك عرف مفاده أنّ غرّة الشّهر أوّل. لكن ما يبدو أنّ هذا العرف موجود. على كلّ، انظر نصوصاً في مجلّة الالتزامات والعقود تعرّضت إلى عبارة "غرّة": الفصل 142 والفصل 815 والفصل 1441)

ويمكن استغلال الكلام الثّالثي للأسنوي للخروج بأمثلة أخرى: " (ص 299) النّيف يكون بغير تاء للمذكّر والمؤنث. ولا يستعمل إلاّ معطوفاً على العقود. فإن كان بعد العشرة، فهو لما دونها؛ وإن كان بعد المائة، فهو للعشرة فما دونها؛ وإن كان بعد الألف، فهو للعشرة فأكثر. إذا علمت ذلك، فيتفرّع عليه الأقراب وغيرها من الأبواب. مسألة: زهاء بزاي معجمة مضمومة وهاء مخففة وهمزة ممدودة. معناه المقدار. فإذا قال أوصيت له أو له عليّ زهاء ألف، فمعناه مقدار ألف كذا. قاله النّحاة والجوهري وغيره من أهل اللغة. لكن جزم الرّافعي في كتاب الوصيّة بأنّ معناه أكثر الشّيء حتّى يستحقّ في مثالنا خمسمائة وحبّة. واستشكله النّووي هناك بيّناً التّفسير بهذا يخالف مدلول اللفظ والأمر كما قاله من الإشكال (ص 300). مسألة في البضع: تقول له عندي بضعة عشر رجلاً وبضع عشرة امرأة أي بإثبات التّاء في البضع مع المذكّر وحذفها مع المؤنث وكذلك الحكم إذا عطفت عليه أيضاً تقول بضعة وعشرون رجلاً وبضع وعشرون امرأة وهكذا تقول إلى التسعين. والبضع بكسر الباء. وهو يصدق من الواحد إلى التسعة، وقيل من الثلاثة. فإن استعمل دون عقد فقال الفراء لا يجوز. وقال غيره يجوز لقوله تعالى ﴿فِي بَضْعِ سِنِينَ﴾ إلاّ أنّه لا يصدق إلاّ على الثلاثة فصاعداً".

على كلّ، انظر حول تأويل "نحو" و"زهاء" وغيرهما الفصل 526 من مجلّة الالتزامات والعقود.<sup>294</sup> انظر هنا، وفي نفس الوقت انظر إلى عدد 29 في جزئه المتعلّق بالقانون.

<sup>295</sup> انظر إلى عدد 22 حيث ثبت لنا وجود الواو في هذا النّص.

<sup>296</sup> يواصل النّص ويقول: "[...] ومراد واضع القانون"، وهذه الواو يصدق في حقّها ما سنقوله في المتن عن سابقها. لكن الذي سنقوله عن الواو الأوّل سنستخرجه من أمور ثبتت لنا بعد (انظر عدد 24 و25). أمّا ما يتعلّق بالواو الثّانية فلا يستخرج إلاّ من أمور ستأتي لاحقاً (انظر عدد 78 وما بعده).

<sup>297</sup> انظر عدد 29. وانظر (صلاح الذين أبو سعيد خليل بن كيلدي بن عبد الله) العلاني الدمشقي (و 694 هـ/ 1295 م – 761 هـ/ 1360 م) الفصول المفيدة في الواو المزيد، تحقيق حسن موسى الشّاعر، دار البشير، عمّان، ط 1، 1990 م، ص 67 و68: "[...] تدلّ على مطلق الجمع من غير إشعار بخصوصيّة المعية أو التّرتيب. ومعنى ذلك أنّها تدلّ على التّشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم الذي أسند إليهما من غير أن يدلّ على أنّهما معا بالزمان أو أنّ أحدهما قبل الآخر. ولا ينافي هذا احتمال أن يكون ذلك وقع منهما معا أو مرتباً على حسب ما ذكرنا به أو على عكسه، ولا يفهم شيء من ذلك من مجرد الواو العاطفة. وهذا قول الجمهور من أنمة العربيّة والأصول والفقه. ونصّ عليه سيبويه في بضعة عشر موضعاً في كتابه [...]". وانظر ص 73 وما بعدها، وخاصّة ص 97 وما بعدها حيث تجد مسائل فقهية تتخرّج على أنّ الواو للجمع المطلق أو للتّرتيب.

<sup>298</sup> انظر عدد 26.

<sup>299</sup> "الأصل في «أو» أن تكون لأحد الشّيئين": (أبو البركات عبد الرّحمان بن محمّد بن أبي سعيد) الأنباري (و 513 هـ/ 1119 م – ت 577 هـ/ 1181 م): (الإنصاف في مسائل الخلاف، دار الفكر، دمشق، ج 2، ص 480. - «أو» إنّما أصل وضعها أن تكون لأحد الشّيئين أين كانت وكيف تصرّفت؛ (أبو الفتح عثمان) بن جنّي، م س، ص 457؛ انظر أيضاً: العلاني، م س، ص 480.

<sup>300</sup> انظر: عبد المجيد الرّزوقي، أحكام الغلط... (م س)، عدد 134 وما بعده.

ثمّ انظر إلى (صلاح الذين أبو سعيد خليل بن كيلدي بن عبد الله) العلاني الدمشقي، م س، ص 480 حيث ستجد أنّ الأصل في "أو" أن تكون لأحد الشّيئين، لكنّها قد تستعمل بمعنى الواو: (وَلَا تُطْعَمُ مِنْهُمْ أَيْمَانًا أَوْ كُفُورًا) (الإنسان. آية 24). انظر أيضاً محمّد محمّد يونس علي (المعنى وظلال المعنى. أنظمة الدلالة في العربيّة، دار المدار الإسلامي، ط 2، 2007، ص 150)، حين يقول: "وتجلّي أهميّة التّفريق بين المستوى التّخاطبي والمستوى اللغوي المحض في نحو قولهم: (تزوّج هذا أو أختها) و(جالس الحسن أو ابن سيرين). وقد ذهب بعض النّحاة إلى أنّ (أو) في المثال الأوّل للتّخيير، وفي المثال الثّاني للإباحة. والفرق بينهما أنّ التّخيير لا يجوز فيه الجمع بين الشّيئين (المعطوف والمعطوف عليه) والإباحة تجيز الجمع بينهما. والحقّ أنّ (أو) لا تفيد إلاّ التّخيير فقط في معناه العامّ الذي يبيح الاحتمالين (الجمع وعدم الجمع). أمّا منع الجمع بين المعطوف

- مثال ثالث: يهّم عبارة "النّكاح" في الفصل 391 من مجلّة الالتزامات والعقود<sup>301</sup> والفصل 17 من مجلّة الأحوال الشخصيّة. فـ: "النّكاح" حقيقة لغويّة في العلاقة الجنسيّة، لكنّ المشرّع قصد به في الفصل 391<sup>302</sup> وفي الفصل 17<sup>303</sup> الزّواج<sup>304</sup>.

- مثال رابع: يهّم "إذا"<sup>305</sup> الواردة في الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود مثلاً. فـ: "إذا" حقيقة لغويّة في المعنى الذي ذكر سابقاً، أي في قطع المتكلّم بوقوع الشرط في المستقبل [...] <sup>306</sup>. لكنّ الشرط في الفصل 56 (إتيان المتعاقد بالتّغريير) قد يوجد أحياناً وقد لا يوجد. وعلى هذا يكون المشرّع قد قصد معنى غير حقيقي، لأنّه استعمل "إذا" لشرط مشكوك في وجوده.

- مثال خامس: يهّم مرّة أخرى "إذا"، لكنّه الآن لتلك الواردة بالفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود. فـ: "إذا" حقيقة لغويّة في الشرط<sup>307</sup>، لكنّ المشرّع قصد منها معنى آخر وجردّها من الشرطيّة وجعلها للتفسير<sup>308</sup>.

- مثال سادس: يهّم لفظ الكنايات في الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود. فـ: الكناية حقيقة لغويّة في التكلّم بما يُستدلّ به عليه أو التكلّم بشيء وإرادة غيره<sup>309</sup>، لكنّ المشرّع قصد بالكناية معنى مختلفاً تماماً هو الكتمان<sup>310</sup>.

- مثال سابع: يهّم الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود حين قال: "كلّ دعوى [...] لا تسمع بعد مضيّ خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد". فـ: "استثنى" فعل ماضٍ. وعليه يكون كلام المشرّع حقيقة لغويّة فيما يلي: استثناءات في حكم الماضي بالنسبة إلى الفصل 402، أي سابقة له. لكنّ المشرّع قصد في هذا النّص: استثناءات في حكم المستقبل بالنسبة إلى الفصل 402، أي آتية بعده<sup>311</sup>.

---

والمعطوف عليه، كما في منع الجمع في الزّواج بين هند وأختها وهو ما ترتّب عليه اعتبار (أو) فيه للتّخيير، فذلك أمر خارج عن مقتضيات اللغة، أي أنّه من مقتضيات السّياق الثقافي، وهو كون الإسلام يمنع الجمع في المثال الأول، ويبجحه في المثال الثاني. ولذا لو كانت عقيدة المتحدّثين تسمح بالزّواج من الأختين معا لصارت (أو) حينئذٍ للإباحة. ولم يغفل بعض النّحاة عن التّمييز بين اعتبارات اللغة والاعتبارات التّخاطبيّة. فهذا ابن هشام، على سبيل المثال، يقول: «التّحقيق أنّ (أو) موضوعة لأحد الشّئين أو الأشياء، وهو الذي يقوله المتقدّمون. وقد تخرج إلى معنى (بل) أو إلى معنى (الواو). وأما بقية المعاني فمستفادة من غيره».

<sup>301</sup> جاء القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل لفظ النّكاح بلفظ الزّواج. وينبغي أن يشار هنا إلى أنّ الفصل 2 من القانون قال إنّّه لا تغيير للمضمون. وهذا يعني أنّ الاستبدال شكلي فحسب.

<sup>302</sup> دليل هذا القصد عبارات النّص التي جاءت مع لفظة النّكاح.

<sup>303</sup> دليل هذا القصد عبارات النّص التي جاءت مع لفظة النّكاح.

<sup>304</sup> هنالك موقفان: واحد يقول إنّ لفظ النّكاح حقيقة في العلاقة الجنسيّة مجاز في الزّواج (وهو الذي عملنا على أساسه في المثال الثالث)، أي أنّ اللفظ وضع في المعنى الأوّل ثمّ نقل إلى المعنى الثاني. وموقف آخر يقول إنّ اللفظ وضع في المعنيين (إذن هو لفظ مشترك). انظر حول المشترك: عدد 59). والموقف الأوّل أفضل من الثاني. لأننا لو قلنا إنّنا أمام مشترك واتفق أنّ لم نجد دليلاً على أحد معاني ذلك المشترك، اضطررنا عندها إلى إهمال اللفظ (انظر ما رأيناه سابقاً حول حكم المشترك: عدد 59). لكن لو تبنينا الموقف الأوّل واتفق أنّ لم نجد الدليل على أحد المعاني، أعطينا اللفظ المعنى الحقيقي. وفي هذا إعمال له (انظر حول الإعمال والإهمال في مادّة تأويل العقد الفصلين 518 و531 من مجلّة الالتزامات والعقود). ولذلك يقال: المجاز أولى من الاشتراك. انظر: وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 302؛ وانظر عدد 29).

<sup>305</sup> اكتفي بـ: "إذا"، ولكن بالإمكان أخذ أمثلة عن بقية حروف الشرط الواردة بالنّصوص المشار إليها في إحالة من إحالات عدد 29، أو في غيرها من النّصوص.

<sup>306</sup> انظر عدد 29.

<sup>307</sup> انظر إلى المعجم العربي الحديث حيث لم يذكر لـ: "إذا" إلا معنيين: "أداة شرط [...] حرف مفاجأة لا تحتاج إلى جواب ولا تقع في الابتداء، وتخصّص بالجملة الإسميّة ومعناها الحال «سرنا فإذا يوسف أمامنا»".

<sup>308</sup> انظر: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 220.

<sup>309</sup> هذا ما جاء في المعجم العربي الحديث. وكتفسير سريع يمكن أن نورد أحد أمثلة الكناية وهو: "فلان كثير الرّماذ" كناية عن كرمه؛ "فلانة نؤوم الضّحى" كناية عن ترفّحها وتنعمها. فهنا من كان كريماً، يطعم كثيراً، ومن يطعم كثيراً يطهو كثيراً ويوقد لذلك النّار، فيتبع ذلك أن يكون كثير الرّماذ. وكذلك من كانت مرقّفة، ونمّ من يكفيها قضاء شؤونها، فترفّحها يتبعه أن لا تستيقظ باكراً. فالكناية إذن أن تأتي بالتّابع (كثرة الرّماذ...) وأنت تريد المتبوع (الكرم...). انظر: (أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرّحمان بن محمّد) الجرجاني، دلائل الإعجاز (م س)، ص 66.

<sup>310</sup> انظر: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 207 وما بعده.

<sup>311</sup> انظر: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 395.

- مثال ثامن: يهّم الفصل 281 القديم من المجلّة التجاريّة. فققرته الثالّثة كانت تقول<sup>312</sup> إنّ النّباية التي يتضمّنّها التّظهير التّوكيليّ ينقضي حكمها بوفاة الموكل... ولهذا الكلام معنى حقيقي هو الانقضاء<sup>313</sup>، لكنّ المشرّع قصد به عدم الانقضاء<sup>314</sup>.

- وغير ذلك من الأمثلة<sup>315</sup>.

<sup>312</sup> انظر هذا المثال عند: **Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 135 et s.**  
<sup>313</sup> هذا المعنى هو الذي قالت به محكمة التّعقيب في قرار سبق أن ذكر في مقدّمة هذا البحث: تع، عدد 6396، صادر في 18 فيفري 1969، ن، ص 25 - 26.  
<sup>314</sup> هذا المعنى هو الذي قالت به محكمة الاستئناف بتونس، وهي محكمة القرار المطعون فيه (عدد 27717 صادر في 17 جانفي 1968، ق ت، 1969، ص 375. أخذ من عند: **Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 135.** ولقد أورد هذا مرجعا فقهيًا تناول هذه النقطة وهو: **Youssef KNANI, Droit commercial. Les effets de commerce, le chèque, le virement et la carte de paiement, C.P.U., (Tunis, 2<sup>ème</sup> éd. 1999, n° 136, p. 155.**

<sup>315</sup> ينبغي أن نشير إلى مسألة مجيء شيء (وصف - شرط - استثناء) بعد متعاطفين (انظر عدد 45):  
 ففي صورة الوصف والشرط، تمّ الفصل 520 من مجلّة الالتزامات والعقود (يهّم مادّة العقد). وهذا قال إنّ الوصف والشرط بعد متعاطفين يعود كلّ منهما على المعطوف والمعطوف عليه. فإذا قلنا إنّ حقيقة الواو لمطلق الجمع كان ما جاء في هذين النّصين تجوزًا عن الحقيقة (قرّب من: **الدمشقي، م س، ص 104 وما بعدها**). وإنّ مادّة الفصل 520 قد جيء بها - حسب الأعمال التّحضيرية للنّص - من بعض الفقه الإسلامي. لكنّه قيل أيضًا في هذه الأعمال إنّ هنالك في الفقه الإسلامي من يرجع الوصف إلى الأخير فقط.  
 وحين نعود إلى **POTHIER** نجد أنّ كلّ ما يأتي في نهاية الجملة يعود عليها كلّها:

"Douzième règle: ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte ordinairement à toute la phrase, et non pas seulement à ce qui précède immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phrase convienne en genre et en nombre à toute la phrase. Par exemple, si, dans le contrat de vente d'une métairie, il est dit qu'elle est vendue avec tout ce qui s'y trouve de blés, menus grains, fruits et vins, qui y ont été récoltés cette année, ces termes, qui y ont été récoltés cette année, se rapportent à toute la phrase et non pas seulement aux vins [...] Il en est autrement, s'il était dit, et le vin qui y a été recueilli cette année; ces termes, qui y a été recueilli cette année, qui sont au singulier, ne se rapportent qu'au vin, et non pas au reste de la phrase, n'étant pas concordant en nombre".

**POTHIER, Traité des obligations, Librairie de l'œuvre Saint-Paul, Paris, 1883, n° 102.**

أما صورة الاستثناء فنسئرب لها مثالين من القانون ثمّ نورد قولاً حولها:  
 المثال الأوّل هو الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشخصية الذي قال: "لا وصيّة لوارث (جملة أولى) ولا في ما زاد على الثلث (جملة ثانية) إلاّ بإجازة الورثة (الاستثناء) [...]"

المثال الثاني هو الفصل 240 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي قال: "[...] ولا ينجزّ منه (الضمير يعود على العقد) ضرر (جملة أولى) ولا نفع (جملة ثانية) إلاّ في الصّور التي نصّ عليها القانون (الاستثناء)".

القول هو **السّيّد محمود الهاشمي** ومفاده: "إذا تعقّب الاستثناء جملاً متعدّدة فهل يرجع للأخيرة بالخصوص أو للجميع مع فرض عدم قرينة خاصة على تعيين أحد الاحتمالين؟ المعروف بين المحقّقين هو التفصيل بين ما إذا تعدّدت الجمل موضوعاً ومحمولاً كما إذا قال (أكرم العلماء وأكرم الشيوخ وأكرم الهاشميين إلاّ الفساق)، وبين ما إذا لم يكن كذلك بأن تعدّد المحمول فقط كما إذا قال (أكرم العلماء والشيوخ إلاّ الفساق) أو تعدّد الموضوع فقط كما إذا قال (أكرم العلماء والشيوخ والهاشميين إلاّ الفساق). ففي المثال الأوّل يرجع إلى الأخيرة فقط إن لم تقرض عناية تقتضي العكس (بعبارة هذا العمل المتعلّق بالتراتبية في مادّة التّأويل: إن لم يوجد دليل معارض). وحكموا في الأخيرين بالرّجوع إلى الجميع ولو باعتبار الإجمال واحتمال قرينية المتصل. وهذه النتائج بالإمكان تخرجها فنيًا [...]". **السّيّد محمود الهاشمي**، بحث في علم الأصول، ج 3، ص 181.  
 انظر **الشيخ محمّد رضا المظفر** في كتاب "المنطق" [دار التّعريف للطبوعات، بيروت، 1995، م، ص 64] حيث تجده يورد كلاماً للنّحاة مفاده أنّ الفعل لا يُخبر عنه.

فإذا تركنا النّحاة، وجدنا من يقسم القضية إلى: 1- قضية إسنادية Proposition attributive ومثالها سقراط فان / 2- قضية فعلية proposition verbale ومثالها سقراط يتجوّل / إلخ.

**Marie-Louise ROURE, Éléments de logique contemporaine, P.U.F., Paris, 1967, p. 79.**

والفعل عند صاحبة هذا التقسيم هو المحمول (الخبر).  
 ومن يتتبع أمثلة **السّيّد محمود الهاشمي** الواردة أعلاه يجد الفعل هو المحمول. قال: "تعدّد المحمول فقط كما إذا قال (أكرم العلماء وقُدّمهم إلاّ الفساق)"، وهنا تعدّد الفعل: أكرم / قُدّم. ثمّ قال: "تعدّد الموضوع فقط كما إذا قال (أكرم العلماء والشيوخ والهاشميين إلاّ الفساق)". وهنا لم يتعدّد الفعل: "أكرم".

باختصار: الفعل يكون محمولاً ولا يمكن أن يكون موضوعاً. ويفسر الشيخ **محمّد إسحاق الفيّاض** (المباحث الأصولية، مكتب آية الله العظمى الشيخ محمّد إسحاق الفيّاض، ط 1، ج 2، ص 277 وما بعدها) هاتين القضيتين قائلاً: "الفعل لا يقع محمولاً عليه ويقع محمولاً به:

أما عدم وقوعه محمولاً عليه، فالأنّ الفعل وإن كان متكوّنًا من المادّة التي هي معنى إسمي والهيئة التي هي معنى حرفي، إلاّ أنّ الملحوظ والمنظور فيه إنّما هو المعنى الحرفي، أي مدلول الهيئة الذي هو ملاك فعلية الفعل، دون مدلول المادّة المشتركة، فإنّه معنى إسمي وليس دخيلاً في فعلية الفعل، لأنّها متوقّمة بهيئته الطارئة على المادّة التي هي بمثابة الصّورة التّوعية له، ولهذا يكون امتياز كلّ فعل عن آخر إنّما هو بهيئته، فمن هذه الجهة لا يقع الفعل محمولاً عليه. فالنتيجة أنّ الفعل وإن كان مركّباً من المعنى الإسمي الذي هو مدلول المادّة والمعنى الحرفي الذي هو مدلول الهيئة، إلاّ أنّ الدّخيل في فعلية إنّما هو مدلول الهيئة، وهو النسبة بين المادّة والفاعل، فاحتياج الفعل إلى المادّة كاحتياج الصّورة إلى الهيولي، باعتبار أنّ فعلية الفعل إنّما هو بصورته التّوعية القائمة بالمادّة لا بمادته، ومن الواضح أنّ تلك النسبة لا تصلح أن تقع موضوعاً للحكم في القضية.

وأما وقوعه محمولاً به كما في مثل (زيد قام) فإنّما هو من أجل أنّ المتفاهم العرفي من الفعل الواقع خبراً للمبتدأ في الجملة الإسمية هو الذات المتلبّسة بالمبدأ، ولهذا ترجع الجملة المذكورة إلى جملة (زيد قائم)، وعليه فوقعه محمولاً إنّما هو بهذا اللّحاظ لا بلحاظ مدلوله في نفسه وهو



66. ففي كلّ هذه الصّور الخاصّة بالعقد وبالقانون، ثمّ معنى حقيقي لم يقصد، وثمّ معنى آخر هو الذي قصد. أي أنّ الألفاظ نقلت من معناها الأصلي إلى معنى جديد.

النسبة، وبذلك تمتاز الجملة الفعلية كقولك (قام زيد) عن الجملة الاسمية المشتملة على الفعل كقولك (زيد قام)، لأنّ الفعل في الجملة الاسمية مشتمل على الذات بلحاظ الضمير فيه، ولهذا كان المتفاهم منه الذات المتلبّسة بالمبدأ، بينما الفعل في الجملة الفعلية مشتمل على المادّة والهيئة فحسب دون الذات، نعم إنّها تدلّ عليها بالالتزام كما تقدّم، فإنّ وقوعه محكوماً به فإنّما هو بلحاظ اشتماله على الذات". وفي البلاغة يُقال إنّ لكلّ جملة ركنين: مسند إليه (مخبر عنه، الخ) ومسند (مخبر به)، والإسناد انضمام كلمة (المسند) إلى أخرى (المسند إليه) على وجه يفيد الحكم بأحدهما على الآخر ثبوتاً أو نفيًا. ومواضع المسند إليه ستّة: الفاعل، للفعل التامّ وشبيهه / أسماء النواسخ، كان وأخواتها، وإنّ وأخواتها / المبتدأ الذي له خبر / المفعول الأول، لظنّ وأخواتها / المفعول الثاني لأرى وأخواتها / نائب الفاعل. أمّا مواضع المسند فتثمانية: خبر المبتدأ / الفعل التامّ / اسم الفعل / المبتدأ الوصف المستعني عن الخبر بمرقوعه / أخبار النواسخ: كان ونظائرها، وإنّ ونظائرها / المفعول الثاني لظنّ وأخواتها / المفعول الثالث لأرى وأخواتها / المصدر النائب عن فعل الأمر. السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 58 وما بعدها. انظر أيضا المبرّد: "فالفاعل والفعل بمنزلة الابتداء والخبر، إذا قلت: «قام زيد»، فهو بمنزلة قولك: «القائم زيد»". (أبو العباس محمد المبرّد، المقتضب، تحقيق محمد عبد الخالق عزيمة، عالم الكتب، بيروت، I، 8. عن: خالد ميلاد، الإنشاء في العربية بين التركيب والدلالة، كنيّة الآداب بمؤبّة - المؤسسة العربية للتوزيع، 1421 هـ/2002 م، ص 53. انظر نفس هذا الكتاب وذلك ب: ص 64: "وإذا كان الخبر في الأصل معنى بلاغياً للمبتدأ والخبر، فإنّه ينسحب أيضا على الفعل والفاعل في الجملة الفعلية، إذ لاحظنا أنّها لا تختلف في المستوى المجرد عن الاسمية في شيء فالأسماء فيها محدث عنها والأمثلة (الأفعال) دليل على ما مضى وما لم يمض من المحدث به عن الأسماء [...] والمحدث به هو الفعل، والمحدث عنه هو الفاعل، و«الفاعل قد أسند إليه غيره كما أنّ المبتدأ كذلك، إلا أنّ خبر المبتدأ بعده وخبر الفاعل قبله، وفيما عدا ذلك هما فيه سواء» [...] والفعل مسندٌ، وهو خبر الفاعل".

انظر فيما يخصّ اللغة الفرنسية إلى هذا المقتطف:

« Lorsque l'on découpe une phrase en deux parties : groupe **sujet** (ce dont on parle) et **prédicat** (ce que l'on en dit) [...], le verbe appartient au prédicat :

Le jardinier du châteaux **soignait** ses roses avec amour »

(le groupe) sujet (le verbe fait partie du groupe) prédicat

**BESCHERELLE**, Grammaire, Hatier, Paris, 1990, p. 283 et 287.

فإذا تمّت العودة إلى صورة الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشخصية، أمكن تحليلها كما يلي: لا يوصى (المحمول) للوارث (الموضوع 1)، ولا فيما زاد على الثلث (الموضوع 2).

أمّا مثال الفصل 240 من مجلّة الالتزامات والعقود، فيمكن القول في شأنه: لا ينجز (المحمول) ضرر (الموضوع 1)، ولا نفع (الموضوع 2). وعلى هذا فيغيب الدليل المعارض يكون الاستثناء عائداً على الجميع:

لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة + لا وصية في ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة.

لا ينجز من العقد ضرر للغير إلا في الصّور التي نصّ عليها القانون + لا ينجز من العقد نفع للغير إلا في الصّور التي نصّ عليها القانون.

لكن قد يمكن القول بحلّ آخر: قياس الاستثناء على الوصف والشّروط في الفصل 520 من مجلّة الالتزامات والعقود وإرجاع الاستثناء في الفروض الثلاثة إلى الجميع (هذا في العقد، أمّا في القانون: فإنّما أن نكون من القائلين بأنّ نصوص العقد تنطبق على القانون كما ورد في مقدّمة هذا العمل، أو نقيس القانون على الحلّ المستخرج في العقد). وعلى كلّ، سبق أن أوردنا هامشاً في عدد 45 به مقتطف يقول: "الكلام في عود الصّفّة إلى ما يليها أو إلى الجميع كالكلام في الاستثناء". (أبو الحسن علي بن محمّد الأمدي، م س، ج 2، ص 336.

انظر تفاصيل أكثر عن " الجمل المعطوفة على بعضها بالواو إذا تعقيها استثناء": (أبو الحسن علي بن محمّد الأمدي، م س، ج 2، ص 321 وما بعدها؛ (شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرّحمان) القرافي، الاستغناء في الاستثناء، تحقيق محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، 1406 هـ / 1986 م، ص 560 وما بعدها.

وينبغي، زيادة على ما تقدّم، أن نضيف هذا المقتطف من السيّد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 83): "لو قال لرجل «ادخل الدار فإنك صديقي»، فالمفهوم عرفاً من هذا الكلام أنّ الصداقة واسطة في العروض، أي أنّ الحكم وهو جواز الدخول مترتب على عنوان الصديق أوّلاً وبالذات وإنّما يتوجّه للمخاطب باعتبار انطباق موضوع الحكم عليه، فلو علم المخاطب بأنّه ليس بصديق لصاحب الدار فلا يجوز له الدخول، لأنّ موضوع الحكم هو عنوان الصديق إلا أنّ صاحب الدار أخطأ في التّطبيق وليس موضوع الحكم هو المخاطب حتّى يجوز له الدخول على كلّ حال. ولو قال له «ادخل الدار لأنك صديقي»، فالمفهوم عرفاً من ذلك أنّ الصداقة واسطة في الثبوت، أي أنّ موضوع الحكم بجواز الدخول هو ذات المخاطب لا عنوان الصديق وإنّما الصداقة من دواعي الإذن بالدخول، فهنا حتّى مع علم المخاطب بعدم كونه صديقاً يجوز له الدخول ما دام هو الموضوع للحكم بالجواز". ففي المثال الأوّل كما نرى ثمّ معنى للتعبير لكن المتكلم أراد معنى آخر. وإنّه ليتمكن أن نأخذ المثال الثاني ونضيف إليه كون المتكلم قصد معنى آخر هو أنّ موضوع الحكم بجواز الدخول هو عنوان الصديق لا ذات المخاطب. ويمكن أن يُزاد المقتطف التالي (م س، ص 84): "ما ذكره المحقّق النائيني (قده) في باب مفهوم الموافقة من أنّ المولى لو قال: «لا تشرب الخمر فإنّه مسكر» فظاهر الجملة أنّ الإسكار واسطة في العروض وحيثيّة تقيديّة، فالموضوع للحرمة حقيقة هو المسكر لا عنوان الخمر وإنّما يتّصف الخمر بالحرمة ثانياً وبالعروض باعتبار انطباق الموضوع عليه، وحيثيّة فيستفاد من التعليل المذكور عموم مفهوم الموافقة لكلّ مسكر ما دام الموضوع للحرمة هو عنوان المسكر. وأمّا لو قال المولى: «لا تشرب الخمر لأنّه مسكر أو لإسكارها» فالمفهوم من ذلك عرفاً أنّ الإسكار واسطة في الثبوت وحيثيّة تعليلية فقط، وأنّ الموضوع للحرمة واقعاً هو الخمر وإنّما من دواعي جعل الحرمة له إسكاره لا أنّ موضوع الحكم هو عنوان المسكر، والمستفاد حينئذٍ عدم سعة مفهوم الموافقة لغير الخمر من المسكرات، وغير ذلك من الثمرات". ولجعل زيادة المقتطف تخدم ما نحن بصددّه علينا أن نفترض في المثال الأوّل والثاني أنّ مقصود المولى مختلف.

والمنقول إليه ليس أقوى في الدلالة من المنقول عنه. إذ لو كان الأمر كذلك، لكان المنقول إليه حقيقة عرفية إن كان الناقل هو العرف (هذا يهّم مادّة العقد والقانون) أو حقيقة قانونية إن كان الناقل هو القانون (هذا يهّم القانون فقط، لأنّ نقل العقّدين لا يجعل المنقول إليه أقوى في الدلالة من المنقول عنه)<sup>316</sup>.

وعلى هذا نحن هنا أمام منقول إليه ليس أقوى، أي - بعبارة هذا العمل - ليس له الظهور. لذلك يحتاج هذا المنقول إليه إلى دليل لكي يصعد ويأخذ مكان المنقول عنه في القمّة<sup>317</sup>.

بعبارة أخرى: إذا أخذنا تعريف المجاز<sup>318</sup> على أنّه "اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما كتسمية الشّجاع أسداً [...] (وإنّ) قوله لمناسبة بينهما احتراز به عمّا استعمل في غير ما وضع له لا لمناسبة فإنّ ذلك لا يسمّى مجازاً بل كان مرتجلاً أو خطأ"<sup>319</sup>،... إذا أخذنا هذا التعريف واستحضرنا الأمثلة الواردة أعلاه، أمكن القول إنّها إمّا مجاز، أو خطأ، الخ. وفي كلّ الصّور، نحن أمام خروج عن الحقيقة ثبت بدليل أنّه قُصِد.

67. من وجهة نصوص القانون المتعلّقة بالتأويل. وإنّ تحاليلاً سبقت في هذا البحث وأفضت - إعمالاً لنصوص تأويل العقد<sup>320</sup> والقانون<sup>321</sup> - إلى القول إنّ الحقيقة ظاهرة على المجاز اللغوي. لكنّ تلك التحاليل همّت المرحلة التأويلية التي يُنظر فيها إلى العبارة فحسب. فإذا عُثِر بعد ذلك على دليل لفائدة ما أسمى أعلاه مجازاً أو خطأً أو مرتجلاً، فهل تقول نصوص تأويل العقد والقانون بانقلاب العلوية والظهور وبصيرورته لفائدة الدليل، أي لفائدة المعنى الذي استعمله العقّاد أو المشرّع، والذي هو مجاز اعتمده، أو خطأ وقع فيه، الخ؟

68. للإجابة سنبدأ بنصوص العقد:

69. الفصل 513: سنأخذ من مراجعته<sup>322</sup> المادّة 12 من المجلّة العثمانية من جهة، و LAURENT و DEMOLOMBE من جهة أخرى:

فأمّا المادّة 12 فقالت إنّ العلوية للمعنى الحقيقي. لكن جاء في شرحها أنّ هذا الكلام يهّم الحالة التي لم يوجد فيها دليل. فإذا وجد الدليل على أنّه أريد من اللفظ المعنى المجازي، تغيّر الظهور وصار لفائدة الدليل، أي صارت العلوية للمعنى المجازي<sup>323</sup>.

<sup>316</sup> انظر عدد 62.

<sup>317</sup> انظر مثلاً: (جلال الدّين عبد الرّحمان بن أبي بكر) السيوطي، م س، ص 282.

<sup>318</sup> انظره مع هذا التعريف للحقيقة: "اسم أريد به ما وضع له". (علي بن محمّد بن علي) الجرجاني، التّعريفات، م س، ص 121.

<sup>319</sup> (علي بن محمّد بن علي) الجرجاني، التّعريفات، م س، ص 257 و 258.

انظر أيضاً: الأنصاري، الحدود الأنيقية (م س)، ص 78؛ محمّد عبد الرّؤوف المناوي، التّوقيف على مهمّات التّعريف (و 952 هـ / 1545 م - ت 1031 هـ / 1622 م)، تحقيق محمد رضوان الدّاية، دار الفكر المعاصر - دار الفكر، بيروت - دمشق، ط 1، 1410 هـ / 1990 م، ص 637؛ وانظر عدد 30 من هذا العمل.

انظر كذلك (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي [م س، ص 185]، حين يقول: "الحقيقة هو اللفظ المستعمل فيما وضع له والمجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لمناسبة بينهما وتسمّى العلاقة ويتقرّع على هذا التّقسيم ما إذا أراد باللفظ ما ليس حقيقة فيه ولا مجازاً كما إذا حلف مثلاً على الأكل وأراد به المشي فإنّ ذلك يكون لغواً".

<sup>320</sup> انظر عدد 31 حيث تم استخراج هذا القول من الفصول 513 و 515 و 518 وخاصة من 519.

<sup>321</sup> انظر عدد 33 حيث تم استخراج هذا القول من الفصل 532.

<sup>322</sup> انظر عدد 31 لتجد ما يبرز هذا القول في إطار الفصل 513 والفصول التي تليه.

<sup>323</sup> سليم رستم باز، م س، ص 20-21. في الحقيقة قال الفصل 513: "إذا كانت العبارة صريحة فلا عبرة بالدلالة". والصّريح في الوضع "الواضح"، أمّا الدلالة فهي "كون الشّيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر" (المعجم العربي الحديث. و"جاء في كتاب (التّعريفات) للجرجاني، ونصّه: "الدلالة: هي كون الشّيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. والشّيء الأوّل هو الدّال والثّاني هو المدلول". والجرجاني بتعريفه هذا يريد أن يقول: الدلالة هي العلاقة القائمة بين الدّال والمدلول بحيث لو علمنا بالدّال علمنا بالمدلول": الشّيخ الدكتور عبد الهادي الفضلي، دروس في أصول فقه الإمامية، مؤسسة أمّ القرى للتحقيق، ط 1، 3 رجب 1420 هـ، ص 416). ومن يذهب إلى الصياغة الفرنسية ويعمل

اللغة يجد أنّه قد قيل إذا كانت العبارة واضحة ( « Formel...dont la précision et la netteté excluent toute méprise, toute » PETIT ROBERT 1 (équivoque. V. clair, explicite... ) فلا يبحث عن نية صاحبها.

لكن متى تكون العبارة واضحة ؟ حين تكون دقيقة. ومتى تكون دقيقة ؟ حين لا يحتمل أن نخطأ في معناها. ومتى...؟ وهكذا فإن من يطرح ذلك السؤال يجد نفسه وبعد خطوات قليلة يقول: غامضة هي العبارة الواضحة.

لذلك ذهبنا في المتن مباشرة إلى الأعمال التحضيرية. ولقد بدأنا بالمادة 12. لكن الفصل 513 أشار أيضا إلى المادتين 13 و 14 من المجلة العثمانية. فأما المادة 13 فقالت: «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح». وهي تقريبا نفس عبارات الفصل 513. ومن يرجع إلى شارحي المادة 13 (علي حيدر، رستم باز، وخاصة أحمد الزرقا: الأولان ذكرا سابقا أما الثالث فهو: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا في كتابه: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 6، 1422 هـ/ 2001 م) وإلى الأمثلة التي يعطونها، يخرج بمحصلة مفادها أنّ الوضعي مقدم. وأما المادة 14 فقالت: «لا مساع للاجتهاد في مورد النص». والنص حسب الشارحين القرآن والسنة. وإن نص القرآن والسنة قد يكون ظاهرا أو نصا أو مفسرا أو محكما (بعد الرحلة الطويلة التي سنقوم بها سيوضح لنا ما الواضح).

والظاهر حسب «التعريفات» للرجاني (م س، عدد 926) «اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملا للتأويل والتخصيص [...] كقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ). [البقرة / 275] (إذن لفظ له معنى وضعي / عرفي، لفظ عام، إلخ ← يمكن أن يعطى غير المعنى الوضعي، إلخ). بعبارة أخرى: «الظاهر (ويقاله الخفي) [...] هو اللفظ الذي يدل على معناه بصيغته من غير توقّف على قرينة خارجية تبيّنه، مع احتمال التخصيص والتأويل وقبول النسخ [...] وحكم الظاهر العمل بما دلّ عليه من الأحكام حتّى يقوم دليل صحيح على تخصيصه، أو تأويله، أو نسخه». خالد عبد الرحمن العك، أصول التفسير وقواعده، دار التفاسير، بيروت، ط 4، 1424 هـ/ 2003 م، ص 327 و 328.

أما النص، ودائما حسب «التعريفات» (م س، عدد 1546)، فهو «ما ازداد وضوحا على الظاهر لمعنى في المتكلم وهو سوق الكلام لأجل ذلك المعنى. فإذا قيل أحسنوا فلان الذي يفرح بفرحي ويغتمّ بغمّي كان نصّا في محبته». وعليه «لم يكن النصّ كلاما أكثر ظهورا من الظاهر إلا بقرينة نطقية تنضمّ إليه سيقا تبيّن أنّه المعنى المقصود من المتكلم. فقول الله سبحانه وتعالى: (فَاتَّخِذُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) [النساء / 3] نصّ زاد وضوحا على قوله تعالى: (فَاتَّخِذُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) [النساء / 3] لأنّه سبق الكلام للعدد وفُصِدَ به. كما أنّ معنى التفرقة بين البيع والزبا لم يفهم من ظاهر الكلام في قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزَّوْجَ) [البقرة / 275] بل (فهمت) بسباق الكلام وهو قوله تعالى: (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الزَّوْجِ) [البقرة / 275] فغرف أنّ المقصود إثبات التفرقة ونفي المماثلة بين البيع والزبا ومن ثمّ أصبح تقدير الكلام وأحلّ الله البيع وحرم الزبا فأتى بتماتلان. ولم يُعرف هذا المعنى بدون تلك القرينة كما لو أنّه قيل مثلا أحلّ الله البيع وحرم الزبا ولم يسبقه شيء مما ذكر». يحيى رمضان، القراءة في الخطاب الأصولي. الاستراتيجية والإجراء، جدارا للكتاب العالمي/ عالم الكتب الحديث، الأردن، 2007، ص 380.

بعبارة مختصرة: «النصّ (ويقاله المشكل) [...] هو اللفظ الذي يدلّ على الحكم الذي سيق لأجله الكلام دلالة واضحة، تحتمل التخصيص والتأويل احتمالا أضعف من احتمال الظاهر، مع قبول النسخ في عهد النبوة [...] وحكم النصّ هو وجوب العمل بما دلّ عليه، حتّى يقوم دليل التخصيص أو التأويل أو النسخ في عهد النبوة، علما بأن الاحتمال في النصّ أبعد منه في الظاهر، لما زاد عليه من الوضوح بتلك القرينة». خالد عبد الرحمن العك، م س، ص 329 و ص 331.

وجاء عند أحدهم: «النصّ ما لا يحتمل له سوى معنى واحدا». (السيد علي تقى الحيدري، أصول الاستنباط، لجنة إدارة الحوزة العلمية، قم، 1462 هـ ق، ص 173).

ملاحظة: إذا نظرنا إلى معنى النصّ الوارد في «التعريفات» وعند خالد عبد الرحمن العك، وإذا نظرنا بعد ذلك إلى ما سيجي بعد قليل كمعنى للمفسر، قلنا إنّ الأفضل (لأنّه الأيسر) أن نسمي ما جاء في «التعريفات» وعند خالد عبد الرحمن العك مفسرا لا نصّا. ويتبع هذا أن نحصر النصّ في المعنى الذي جاء عند السيد علي تقى الحيدري (هذا ما سنتبناه على مستوى ما سيأتي).

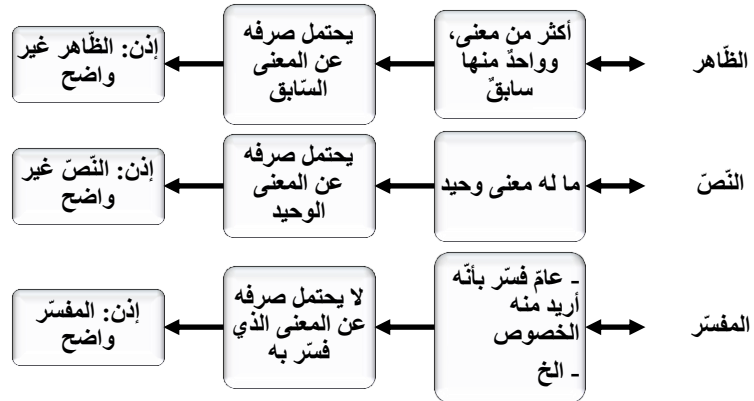
ومع الظاهر، بل ومع النص وهو الذي له معنى وحيدا، لم نصل بعد إلى الواضح. فكلهما يحتمل التأويل، إلخ. أي يسوغ فيهما الاجتهاد. أي لا تعنيهما المادة 14.

فإذا تمّ المرور إلى المفسر (التعريفات: م س، عدد 1436) قيل هو «ما ازداد وضوحا على النصّ على وجه لا يبقى فيه احتمال التخصيص إن كان عاما والتأويل إن كان خاصا [...] (فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ) (الحجر. 30) ». ← الملائكة عام ← إذن يحتمل التخصيص ← بقوله كلهم انقطع هذا الاحتمال ← لكن الملائكة كلهم يحتمل التأويل والحمل على التفرق ← بقوله أجمعون انقطع هذا الاحتمال فصار مفسرا. بعبارة أخرى: «المفسر (ويقاله المجل) [...] هو اللفظ الذي يدلّ على الحكم دلالة واضحة لا يبقى معها احتمال للتأويل أو التخصيص، ولكنه ممّا يقبل النسخ في عهد النبوة [...] وحكم المفسر وجوب العمل بما دلّ عليه قطعاً، حتّى يقوم الدليل على نسخه، فالمفسر لا مجال لأن يُصرف عن ظاهره ويُراد منه معنى آخر، إذ لا يقبل التأويل ولا التخصيص، وإنما يقبل النسخ، وما لم يقم الدليل على النسخ فوجوب العمل بالمفسر قائم». خالد عبد الرحمن العك، م س، ص 332 و ص 334.

وأما المحكم، ودائما حسب «التعريفات» (م س، عدد 1304)، فهو «ما أحكم المراد منه عن التبدّل والتغيير أي التخصيص والتأويل والنسخ (مثال: النصوص الدالة على ذات الله أو صفاته والتي لا تحتمل النسخ ← إذن المحكم لا يهّم نصوصا ذات طابع وضعي). بعبارة أكثر تفصيلا: «المحكم ويقال له المشابه [...] هو اللفظ الذي دلّ معناه دلالة واضحة قطعياً لا تحتمل تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا، وذلك إذا انقضى عهد النبوة ولم يتطرق إليه النسخ [...] والمحكم أنواع: منه ما يكون في أصول الدين، كالإيمان بالله تعالى ووحدهيته [...] ومنه ما يكون في الفضائل والأخلاق والصفات الكريمة، كالعدل والصدق [...] والوفاء بالعهد [...] ومنه ما يكون في الأحكام، كأن يكون ملول الحكم حكما جزئياً، ولكن جاء التصريح بتأييده ودوامه، وذلك كما في قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنكِحُوا أَرْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا) [الأحزاب / 53]، وقوله في قاذفي المحصنات وعدم قبول شهادتهم: (وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا) [التور / 4] [...] وحكم المحكم هو وجوب العمل به قطعاً، مع وجوب الاعتقاد بموجبه بدون احتمال. فلا يحتمل صرفه عن ظاهره إلى معنى آخر، كما أنّه لا يحتمل النسخ». خالد عبد الرحمن العك، م س، ص 335 و 336 و 337.

والمفسر والمحكم لا يسوغ فيهما الاجتهاد ( هنا وصلنا إلى الواضح).

فإذا تركنا المحكم – لكونه لا يهّم إلا نصّاً لا يقبل النسخ –، أمكن اختزال ما سبق في الرّسم التّالي:



فإذا إذا أخذنا من أحدهم (الشيخ الدكتور عبد الهادي الفضلي، دروس ... (م س)، ص 319 وما بعدها). ما يلي:

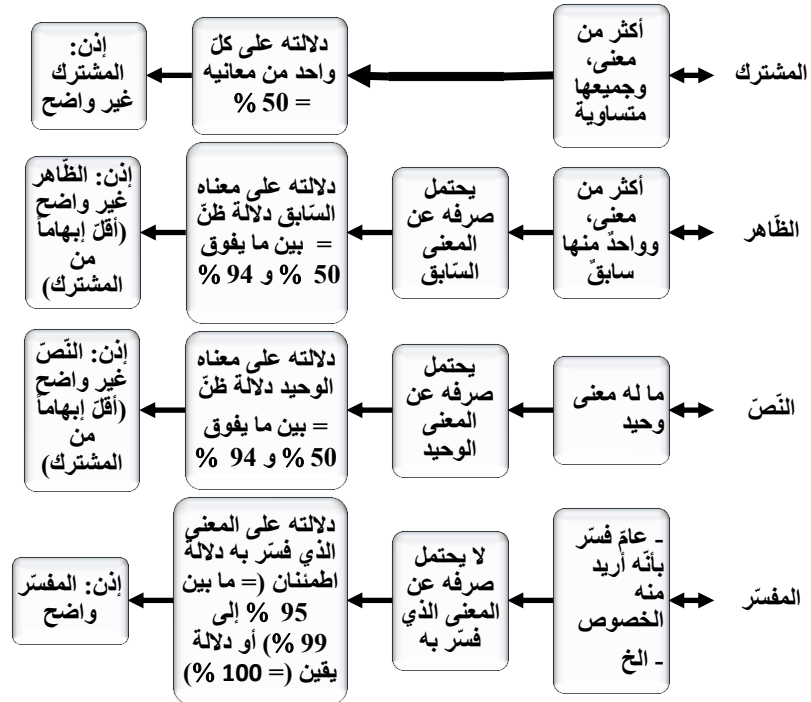
اليقين، إذا قيس بالنسبة المئوية، يساوي 100 %؛

والاطمئنان درجته تساوي ما بين 95 % إلى 99 %؛

والظنّ درجته بين ما يفوق 50 % و 94 %؛

والشكّ درجته تساوي 50 %، وهي حالة يتوقف فيها الذهن ولا يستطيع أن يربح بين أطراف الاحتمال.

... إذا أخذنا ما سبق، وعدنا إلى الظاهر والنص والمفسر، وأضفنا المشترك (انظره في عدد 59)، أعطى ذلك تعبير تدرّج من عدم الوضوح إلى الوضوح:



ولعلّ ما يمكن الخروج به ممّا سبق أنّ:

الفصل 513 بإشارته إلى المادّة 13 قد يكون أشار إلى ما يلي: المعنى الوضعي مقدّم.

وبإشارته إلى المادّة 12 قد يكون أشار إلى ما يلي: حين لا يوجد مرجح، فالحقيقة مقدّمة على المجاز (كلاهما لغوي). أمّا حين يوجد مرجح متمثّل في

معنى عرفي أو معنى آخر، فالمعنى الوضعي متقدّم عليه.

وبإشارته إلى المادّة 14 قد يكون أشار إلى ما يلي:

على مستوى الظاهر: المعنى الوضعي قد يقمّ عليه (وكذا العرفي، وعموم العام، إلخ).

على مستوى النص: ما له معنى وحيد قد يقمّ عليه.

على مستوى المفسر: العام الذي خصّص (إلخ)، خصوصه لا يقمّ عليه.

(ترك المحكم لأنّه لا يهّم نصّاً وضعياً).

وعلى هذا تمّ معان لا يقمّ عليها (المفسر. وينبغي أن نضيف: المعنى الحقيقي حين لا يوجد دليل على خلافه) [هذا هو الواضح]، أمّا بقية المعاني

فيقّم عليها [هذا هو غير الواضح].



المراجع إلا متى كان ثم ما يدعمه في عبارات النص. وهذا الاعتراض وجيه. لكنه سيزول حين نمر إلى بقية التصوص:

70. الفصل 515: "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب".

ولغة:

العبرة، "الأصل الذي ترد إليه النظائر"<sup>328</sup>؛

والتعبير، "الإعراب عما في النفس بالكلام أو الحركات أو قسامات الوجه"<sup>329</sup>؛

والمقاصد، "الوجهة"<sup>330</sup>؛

والظاهر، "خلاف الباطن"<sup>331</sup>.

وعليه، يكون الفصل 515 قد قال: الأصل في الكلام الوجهة لا خلاف الباطن....

ويمكن أن نتقدم أكثر إن نحن اعتنينا بعبارة "ظاهر اللفظ". هذه العبارة يتوصل إلى معناها بطريقة غير مباشرة، فهي تستعمل في تعريف التأويل فيقال: "[...] التأويل نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج إلى دليل لولاه ما ترك ظاهر اللفظ"<sup>332</sup>. بعبارة أخرى: ظاهر اللفظ، معناه الوضعي الأصلي؛ والتأويل، أن نذهب إلى معنى آخر حين نجد دليلاً. باختصار: ظاهر اللفظ، معناه الحقيقي<sup>333</sup>.

هكذا يكون الفصل 515 قد قال: الأصل في الكلام ما أتجه إليه لا معناه الحقيقي.

والصياغة الفرنسية للفصل 515 لا تقول شيئاً مغايراً. فهي تدعو إلى الأخذ بنية الأطراف وعدم التوقف عند المعنى الحقيقي<sup>334</sup>.

71. لكن هل تؤيد الأعمال التحضيرية للفصل 515 هذا الفهم المتوصل إليه<sup>335</sup>؟

إن الناظر في هذه الأعمال يجد:

أولاً: مقتطفاً من فقيه مفاده أن ما تيقنا من أنه نية للأطراف له العلوية، وأن ما يمثل خطأ من قبلهم معلو عليه<sup>336</sup>.

<sup>328</sup> المعجم العربي الحديث.

<sup>329</sup> المعجم العربي الحديث.

<sup>330</sup> المعجم العربي الحديث.

<sup>331</sup> لسان العرب لابن منظور. مادة: ظهر.

<sup>332</sup> لسان العرب لابن منظور. مادة: أول.

انظر أيضاً: المناوي، التعريف (م س)، ص 193.

ملاحظة: لم نستعمل في عنوان هذا العمل لفظ التأويل بهذا المعنى. انظر عدد 2.

<sup>333</sup> (أبو بكر أحمد بن علي الرازي) الجصاص (و 305 هـ / 917 م - ت 370 هـ / 981 م)، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ / 1985 م، ج 5، ص 298.

<sup>334</sup> استعمل النص عبارة: "sens littéral". وفي المعجم هو المعنى الذي يعارض به المعنى المجازي (انظر معجم: Petit Robert 1. لفظة littéral)، أي هو المعنى الحقيقي.

<sup>335</sup> بعد قراءة عدد 78 الخاص بالفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود وبعد قراءة عدد 110 الخاص بنقطة إلى متى يبحث عن دليل، سينتبه أننا أعملنا الفصل 532 في عملية فهم الفصل 515، وأننا فعلنا ما ينبغي فعله حين لم نتوقف وواصلنا البحث في الأعمال التحضيرية (هنالك دائماً احتمال خروج صاحب اللفظ عن المعنى الحقيقي إما تجوزاً، وإما خطأ، إلخ) (خطأ! هذا ينبه إلى أننا حين نقول الأصل الحقيقية نحن نقول الأصل عدم الخطأ وعدم المجاز... إذن علوية الحقيقة هي علوية عدم الخطأ، وعدم المجاز، إلخ). على كل انظر عدد 31 لتجد ما يبرر عدنا لما سنورده أعمالاً تحضيرية للفصل 515.

ثانياً: مقتطفاً من فقيه آخر يقول - سنذهب مباشرة إلى ما قاله ولن نمرّ بالترجمة<sup>337</sup> وسنأتي بكلّ كلامه لكي يكون واضحاً -: "الاعتبار للمعنى (المعنى هو ما قصد: سيتبين هذا من بقية الكلام) لا للألفاظ (لا لظاهرها أو لمعناها الحقيقي: سيتبين هذا أيضاً من بقية الكلام). صرّحوا به في مواضع، منها: الكفالة، فهي بشرط براءة الأصيل حوالة، وهي بشرط عدم براءته كفالة [...]".

ثالثاً: مقتطفاً من فقيه ثالث يقول: "العبرة في العقود للمعاني". وترجمت بأنّ "نية الأطراف هي التي تحدّد طبيعة العقد"<sup>338</sup>. وهي ترجمة مبررة لو نظر إلى الأمثلة.

رابعاً: مقتطفاً، يجب أن يتوقّف عنده، وهو لـ "خان بهادر"<sup>339</sup>. ولقد ورد على النحو التالي: "1° يجب أن يكون التأويل متلائماً مع قواعد النحو واللغة أو مع العرف. 2° إذا لم تكن الكلمة مستعملة في معنى ما، فيجب إثبات أنه أريد استعمالها في هذا المعنى [...]"<sup>340</sup>. وسبب وجوب التوقف أنّ هذا الكلام لـ: "بهادر" هو مرجع للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود الذي قال بالمعنى الوضعي الحقيقي وبالمعنى العرفي ثمّ بمعنى مراد. وإنّ ملامح الفصل 532 هي نفسها ملامح كلام "بهادر". وعلى هذا يمكن القول إنّ الفصل 515 - حين قدّم قصد الأطراف على ظاهر اللفظ - جعل المتقدم عليه الظاهر المتمثل في الحقيقة اللغوية والظاهر المتمثل في الحقيقة العرفية. وإنّ هذا الفهم يؤدي إلى النتيجة الآتية: لا فقط 515 في مادّة العقد مساو لـ 532 في مادّة القانون، بل كلاهما مساو لـ 519.

خامساً: المادّة 2 من المجلة العثمانية القائلة إنّ "الأمر بمقاصدها [...]". في شرح هذه المادّة جاء كلام يمكن أن يسهم في فهم الفصل 513 و515 حين يُقرّباً من بعضهما. مفاد هذا الكلام أنّ صيغة الماضي "بعث" ينعقد بها البيع دون وجود دليل على أنّ البائع نوى منها الحال. أمّا صيغة المضارع فتحتاج إلى دليل. فإذا كان الدليل لفائدة الحال انعقد البيع وإن كان الدليل لفائدة الاستقبال لم ينعقد<sup>341</sup>.

سادساً: المادّة 3 من المجلة العثمانية التي تقول إنّ "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. ولذا يجري حكم الرهن (أي يُعدّ العقد عقد رهن) في البيع بالوفاء (أي عقد أسمى بيعاً، ولم يُقصد منه التملك، بل سلّم الشيء لمن أسمى مشترياً كتأمين مقابل المال الذي أعطاه لمن أسمى بائعاً)".

سابعاً: المادّة 61 من المجلة العثمانية التي تقول إنّ "إذا تعدّرت الحقيقة، يُصار إلى المجاز". فهنا ثمّ دليل لفائدة المعنى المجازي، ويتمثّل في تعدّر تحقق المعنى الحقيقي.

ثامناً: إشارة إلى DEMOLOMBE في مكان ذكر فيه مثال عقد كراء أصل تجاري اشترط فيه المكثري تمتيع وارثه من بعده بالعقد. لكنّه توفّي عن موصي له لا عن وارث. فهنا، يقول الفقيه الفرنسي، لو أعطينا كلمة وارث معناها اللغوي، لم نمكّن الموصي له من حقّ الكراء، لكن لو اتّبعتنا نية الأطراف، لمكّنّا من ذلك. ويواصل DEMOLOMBE قائلاً إنّ هذا هو موقف فقيه آخر: PAPINIEN<sup>342</sup>. وهكذا يكون DEMOLOMBE قد قال بعلوية وبظهور الدليل (الدليل: تعدّر الحقيقة لأنّه ليس ثمّ وارث) على الحقيقة اللغوية.

<sup>336</sup> "L'inexactitude des expressions employées n'a aucune importance, si la commune volonté des contractants est certaine". TASOULI, II, 207.

<sup>337</sup> الترجمة هي: "Ce qui est essentiel, c'est le sens et non l'expression". IBN NADJIM, I, 321.

<sup>338</sup> "l'intention des contractants est celle qui détermine la nature des conventions."

<sup>339</sup> وضعت علامة Cf. قبل المقتطف، ويجب أن يفهم منها أنّ الكلام ليس عن العقد، ولكن يمكن أن يقرّب منه العقد.

<sup>340</sup> انظر هذا المقتطف في نصّه الأصلي بـ: عدد 25.

<sup>341</sup> علي حيدر، م س، ج 1، ص 20. انظر أمثلة أخرى للمضارع بإحالة من إحالات عدد 29.

<sup>342</sup> Charles DEMOLOMBE, préc., XXV, 5.

وهذا الكلام لـ: **DEMOLOMBE** جاء في إطار مراجع الفصل 515.

لكننا وجدنا **DEMOLOMBE** - في إطار مراجع الفصل 513 - يقول بعلوية الحقيقة وعدم الالتفات للنية.

وإنّ كلام **DEMOLOMBE** ليس فيه تناقضاً، تماماً كما أنّ قول الفصل 513 الذي مفاده أن لا يبحث عن النية ليس مناقضاً لكلام الفصل 515 الذي يقول بعلوية المقاصد، أي بعلوية النية. فالمقصود من كلام **DEMOLOMBE** في عدد 4، والمقصود من الفصل 513 هو التالي:

الحقيقة لها العلوية حين لا يوجد دليل معارض، أي حين لا يثبت أنّ صاحب اللفظ قصد معنى آخر.

والمقصود من كلام **DEMOLOMBE** في عدد 5 والمقصود من الفصل 515 هو التالي:

ما قام عليه الدليل، أي ما ثبت أنّ صاحب اللفظ قد قصده، له العلوية على الحقيقة اللغوية (وعلى الحقيقة العرفية لو استحضرنا ما ورد أعلاه مع "رابعاً").

ثامناً: إشارة إلى **AUBRY** و **RAU** في مكان تحدّثا فيه عن لفظ واضح، أي عن لفظ له معنى حقيقي، لكن أصحابه قصدوا به معنى آخر. قال الفقيهان: "الفصل 1156 (من المجلة المدنية الفرنسية، وهو مساو على مستوى ما نحن بصده للفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود): قيل هنا إنّ التأويل غير مسموح به وإنّ القاضي يُفرض في السلطة لو ابتعد عن المعنى الحقيقي. لكنّ هذا الرأى - المخالف للنص المذكور آنفا (يقصدان الفصل 1156 من المجلة المدنية الفرنسية). ينبغي تركه [...]"<sup>343</sup>. ويشير **RAU** و **AUBRY** إلى من يقولون بقولهما هذا ومنهم **DEMOLOMBE** في عدد 5 الذي تمّ التّعرّض له في إطار الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>344</sup>.

72. والمحصّلة ممّا سبق:

- أنّ معنى الفصل 515 المستخلص من ألفاظه لوحدها هو: العلوية للمعنى المراد من المتعاقدين على الحقيقة اللغوية.

- أنّ معنى الفصل 515 المستخلص من أعماله التّحضيرية: العلوية للمعنى المراد من المتعاقدين على الحقيقة اللغوية وعلى الحقيقة العرفية.

- أنّ معنى الفصل 515 (لو أردنا أن ننظر إليه مستحضرين الفصل 513) هو: حين يوجد دليل، فالعلوية للمعنى الذي قام عليه هذا الدليل، وهي علوية على الحقيقة اللغوية والعرفية (وما قام عليه الدليل قد يكون مجازاً، وقد يكون خطأ، الخ)<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> "Art 1156. on a voulu soutenir que, dans cette hypothèse, l'interprétation n'est pas permise, et que le juge commettrait un excès de pouvoir, s'il s'écartait du sens littéral des termes. Mais cette opinion, contraire à la disposition formelle de l'article précité, doit être rejetée [...]": **Charles AUBRY et Charles RAU**, Cours de droit civil français, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 4<sup>ème</sup> édition, 1871, Tome 4, § 347, note.

<sup>344</sup> أشير أيضاً إلى: **Colmet de SANTERRE**, V, 74; Colmar, 27 Fev 1865, S. 1865, 2, 337; Req, rej, 22 Nov 1865, S., 1866, 2, 23.

<sup>345</sup> انظر فهما مخالفاً للفصل 515 عند **سامي الجريبي** (م س، عدد 90 وما بعده). لكن انظره أيضاً في الإحالة رقم 265 حيث يورد من يتبنون رأياً يساوي الذي أوردناه في المتن وهم: **العجمي بالحاج حمودة**، و**محمد الزّين**، و**محمد العربي هاشم**، و**محمد بقّيف**، و**نذير بن عمّو**، و**منصف بن سالم**.



- أن معنى الفصل 513 هو: حين لا يوجد دليل معارض، فالعلوية للحقيقة اللغوية (سيأتي 519) وسنستطيع أن نضيف عندها أن العلوية للحقيقة العرفية)، أي العلوية لعدم المجاز، وعدم الخطأ، الخ.

73. الفصل 519: سنحاول استخراج معنى النص من عباراته، ثم سننظر إن كنا سنجد في الأعمال التحضيرية ما يعارض المستخرج<sup>346</sup>:

- يقول النص في جزئه الأول<sup>347</sup>: تحمل العبارات على المعنى الوضعي الحقيقي وتحمل على المعنى العرفي العام "[...] إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص". فالاستثناء هنا جاء بعد جملتين (تحمل... الحقيقي) (تحمل... العرفي...); وإتينا لم ننظر بعد إلى دليل على قصد المشرع من النص (لم نر بعد الأعمال التحضيرية مثلا); فإذا زيد على ما سبق ما يلي:

المحمول في الجملة الأولى (تحمل...) والمحمول في الجملة الثانية (تحمل...),

الموضوع في الجملة الأولى (حقيقة معناها) والموضوع في الجملة الثانية (حسبما هو معتاد...)<sup>348</sup>,

... إذا زيد هذا، يكون الاستثناء في الفصل 519 قد جاء في إطار صورة تعدد الموضوع والمحمول، فيعود ذلك الاستثناء إلى الجملة الأخيرة فقط<sup>349</sup>، أي يكون النص قد قال:

- تحمل العبارات على حقيقة معناها.

- تحمل العبارات على ما هو معتاد ... إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص<sup>350</sup>.

والجزء الثاني من النص (وإذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح...), لم يرد في الجملة التي تحمل الاستثناء الذي نحن بصدده. مع ذلك يمكن القول بهذا الاستثناء وذلك استنادا إلى حجتين: أولاهما قياس هذه الصورة وهي للعرف الخاص على صورة الجزء الأول وهي للعرف العام. وثانيتهما، وهي الأقوى، أن الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود كما سلف<sup>351</sup> قال بأن ما عليه دليل يُقدّم على الظاهر، والظاهر هو المعنى الحقيقي، ومن المعنى الحقيقي المعنى العرفي الخاص (بالإضافة إلى المعنى اللغوي الحقيقي والمعنى العرفي العام)<sup>352</sup>.

- وإن هذه الحجة لتسمح بالعودة إلى جملة 519 الأولى ("تحمل العبارات على حقيقة معناها"), للقول إنها تعني: "تحمل العبارات على حقيقة معناها إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص".

<sup>346</sup> أي وباللغة التي سيصير بإمكاننا استعمالها حين ننتهي من عدد 78... ومن عدد 110: نعطي النص معناه اللغوي الحقيقي، ثم بعد ذلك نبحت، ما أمكن، ألم ينقل المشرع الفصل 519 إلى معنى آخر.

<sup>347</sup> انظر الحجة على أن النص قال ما جاء في المتن وذلك في عدد 22.

<sup>348</sup> القضية هي "قول يصح أن يقال لقائله إنه صادق أو كاذب". (علي بن محمد بن علي) الجرجاني، التعريفات (م س)، ص 266 (انظر عدد 49 حول الجملة الخبرية). وتتركب القضية من موضوع ومن محمول. انظر: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، معيار العلم في المنطق، شرح أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1401 هـ / 1990 م، ص 81 وما بعدها. والمثال الذي يعطى هو لجملة اسمية من نحو: الحديد (موضوع) معدن (محمول). لكن يمكن إعطاء مثال جملة فعلية: جاء (محمول) محمد (موضوع): انظر إحالة من إحالات عدد 65 تعرضنا فيها إلى أن الفعل محمول.

<sup>349</sup> انظر إحالة من إحالات عدد 65 تعرضنا فيها إلى السؤال: هل يعود الاستثناء إلى الجملة الأخيرة فحسب؟

<sup>350</sup> إذا قلنا بانطباق نصوص تأويل العقد على القانون (أو إذا قلنا بعدم انطباقها لكن عمدنا بعد ذلك إلى قياس القانون على العقد) ثم قسنا بعد ذلك الاستثناء على الوصف والشرط (أي قسنا على الفصل 520 من مجلة الالتزامات والعقود)، أعطى ذلك عودة الاستثناء في الفصل 519 على الجميع.

<sup>351</sup> انظر عدد 60 وما بعده.

<sup>352</sup> انظر عدد 59.

74. بعبارة أخرى يمكن القول عن الفصل 519 إنه مجرد تفصيل للفصل 515. لكن، ومن زاوية أخرى، لا يمكن أن يُقرأ الفصل 515 إلا باستحضار الفصل 519:

فهذا النص قال: تحمل العبارات على الحقيقة اللغوية، وتحمل على الحقيقة العرفية العامة (الجزء الأول من النص)، وتحمل على الحقيقة العرفية الخاصة (الجزء الثاني)، أي قال (لو أردنا الإجمال وعدم التفصيل) تحمل العبارات على الحقيقة، والحقيقة هي الظاهر كما تقدّم<sup>353</sup>.

أمّا الفصل 515 فقال تحمل العبارات (العبرة في التعبير) على المقصود منها لا على ظاهرها، أي لا على المعنى الحقيقي.

واستحضار النصين معا يؤدي إلى القول إنهما قالوا:

إذا لم يوجد دليل معارض، تعطى العبارات معناها الظاهر.

وإذا وجد دليل على خلاف الظاهر، تعطى العبارات المعنى الموافق للدليل.

75. وينبغي أن نأتي هنا بالمعنى المتوصل إليه فيما يخصّ الفصل 513، ونضيفه إلى ما ورد للتوّ. لكن، قبل ذلك، سنحاول البحث في الأعمال التحضيرية للفصل 519. في هذا الإطار يمكن أن نشير إلى مرجع جاء مع الجزء الأول للنص وتكرّر ذكره مع الجزء الثاني. ففي هذا المرجع قيل:

"إذا لم تكن له نية فأي شيء جرت به عادة [...] الوقت [...] واشتهر ذلك عند الناس بحيث صار عرفاً منقولاً متبادراً للذهن من غير قرينة حمل [...] عليه وإن لم يكن الأمر كذلك اعتبرت نيته"<sup>354</sup>.

هذا المرجع للفصل 519 يؤيد المعنى الذي استخرج للنص من مجرد لفظه.

76. فإذا جمعت الآن الفصول 513 و515 و519، وأعطيت المعنى المستخرج منها ومن أعمالها التحضيرية قيل:

- 513: إعطاء المعنى الحقيقي، لا يحتاج إلى أن يُعثر على نية تؤيده.

- 515 و519:

إذا لم توجد نية مخالفة (أي إذا لم يوجد دليل أو عبارة تحمل تلك النية، لأن النية أمر باطني ويحتاج إلى عبارة أو دليل يظهره إلى العالم الخارجي)، يُعطى اللفظ المعنى الحقيقي.

إذا وجدت نية مخالفة، يُترك المعنى الحقيقي، ويُعطى اللفظ المعنى الموافق للنية.

77. على هذا تكون نصوص تأويل العقد قد قالت:

- إذا لم يوجد دليل على أنه أريد معنى آخر، فالعلوية للمعنى الحقيقي. باختصار: الظهور هنا للمعنى المستخرج من مجرد اللفظ.

<sup>353</sup> انظر عدد 70.

<sup>354</sup> ابن فرحون، II، 68.

- وإذا وجد دليل على أنه أريد معنى آخر (وهذا المعنى الآخر قد يكون مجازاً، وقد يكون خطأ، الخ.)، تنقلب العلووية، وتكون القمة لهذا المعنى الآخر، أي تكون للمجاز، أو للخطأ، إلخ. باختصار: الظهور هنا للمعنى الموافق للدليل، أي الظهور للدليل.

78. وإن نصاً في تأويل القانون، هو الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود، ليفيد نفس ما أفادته للتو نصوص تأويل العقد.

جاء في الفصل 532 أن القانون يُعطي المعنى اللغوي الحقيقي والمعنى العرفي الحقيقي والمعنى المراد من المشرع. ولقد رأينا أن المعنى الحقيقي للواو ليس الترتيب<sup>355</sup>. على هذا ليس هنالك علوية داخل هذه المعاني الثلاثة. لكن رأينا من مراجع النص أنه يقول بعلوية الحقيقة<sup>356</sup>. ورأينا من نفس المراجع، وبالتحديد من "خان بهادر"، أن المعنى الذي ليس بحقيقة له العلووية لو ثبت أنه أريد<sup>357</sup>. وهكذا يكون النص قد قال بعلوية الحقيقة إذا لم يوجد دليل معارض، ويكون قد قال بانقلاب العلووية وصيرورتها لمعنى آخر لو قام عليه الدليل. هذا المعنى الآخر قد يصبح مشتهداً ومتبادراً إلى الذهن وعندها يكون حقيقة قانونية (عندها لا يحتاج إلى دليل، أو إن شئنا الدليل عليه هو الدليل الأول الذي حصل به النقل من الحقيقة اللغوية أو العرفية). لكن قد لا يشتهد ويكون عندها إما مجازاً، أو خطأ، إلخ.

ويمكن أن يضاف على ما سبق أن مرجعي الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>358</sup> هما أيضاً مرجعان للفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>359</sup> وللـفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>360</sup>. وعلى هذا يمكن القول إن النص الأول كالمواليين يقدم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية.

79. ما سبق يمكن من القول عن الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود إنه قال:

- إذا لم يوجد دليل على أنه أريد معنى آخر، فالعلوية للمعنى الحقيقي:

\* وهنا تتقدم الحقيقة القانونية على الحقيقة العرفية واللغوية.

\* وتتقدم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية.

- إذا وجد دليل على أنه أريد معنى آخر (هذا المعنى الآخر قد يكون مجازاً، وقد يكون خطأ، إلخ.)، انقلبت العلووية<sup>361</sup>، وأصبحت القمة مكاناً يجلس عليه هذا المعنى الآخر<sup>362</sup>.

<sup>355</sup> انظر عدد 25.

<sup>356</sup> انظر عدد 25.

<sup>357</sup> انظر عدد 25.

<sup>358</sup> خان بهادر، ص 141، وابن نجيم، I، 100.

<sup>359</sup> ابن نجيم، I، 100.

<sup>360</sup> خان بهادر، ص 100.

<sup>361</sup> قارن مع هذه النصوص الفقهية:

"قال في القوانين ينظر في النذر إلى النية ثم إلى العرف ثم إلى مقتضى اللفظ لغة". (أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي (و 902 هـ/

1497 م - ت 954 هـ/ 1547 م) مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1398 هـ، ج 3، ص 318.

"[...] ينظر في النذر إلى النية ثم العرف ثم مقتضى اللفظ لغة [...]". (محمد بن أحمد) بن جزي الكلبى الغرناطي (و 693 هـ/ 1294 م - ت 741

هـ/ 1340 م) القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت، ص 114.

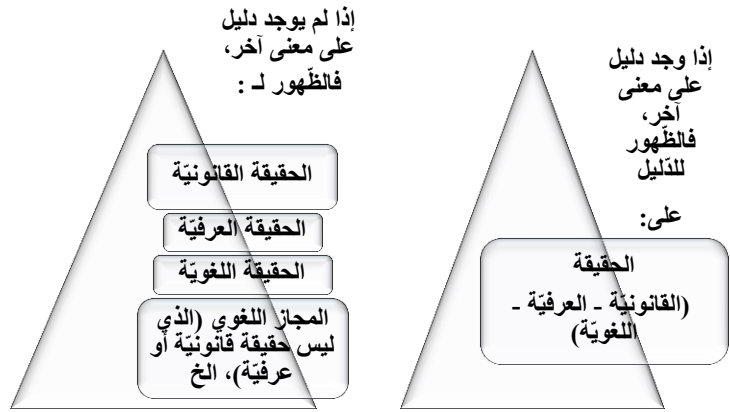
"[...] وأما مالك، فإن المشهور من مذهبه أن المعبر عنده في الأيمان التي لا يقضى على حالها هو النية. فإن عدت، فقرينة الحال (هذه أيضاً نية:

الزيادة مناً). فإن عدت، فعرف اللفظ. فإن عدم، فدلالة اللغة [...]". (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد) بن رشد القرطبي (ت 595 هـ/ 1199 م)

بداية المجتهد، دار الفكر، بيروت، ص 304.

ومن بقرأ هذه النصوص يجدها شديدة الشبه بالفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود. لكن هذا النص يهّم القانون وتلك النصوص تهّم النذور

والأيمان. لذا سنضيف نصوصاً فقهية تهّم الشرع لكي يُتَبَيَّنَ شبهها - هي أيضاً - مع ما وضعه الفصل 532:



"[...] اللفظ الواحد إذا كان له عرف في اللغة وثبت له عرف في الشرع فعند إطلاق الشرع ينصرف إلى عرف الشرع الذي ثبت له ولا يحمل على الحقيقة اللغوية إلا بدليل وتصير الحقيقة اللغوية كالمجاز لأن الشرع وعرفه مقدم في مقصود خطاب الله تعالى كما أنّ الحقيقة اللغوية مقدمة على المجاز في مقصود المتكلم. وهكذا كل لفظ له حقيقة في اللغة وثبت له عرف غالب في الاستعمال كلفظ الفقيه والمتكلم ولفظ الذابة ينصرف إلى عرف الاستعمال وتصير الحقيقة اللغوية كالمجاز بالنسبة إليه ويخرج عن حدّ الإجمال فإنّ الجمل هو اللفظ الذي لا تعين لأحد معنيه فصاعدا لا يوضع اللغة ولا بعرف الاستعمال ولا بعرف الشرع". (أبو المناقب محمود بن أحمد الزنجاني (ت 656 هـ/ 1258 م) تخرّج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1398 هـ/ 1998 م، ص 123.

"فقالوا المجاز له أقسام:  
أحدها أن يكون مرجوحا لا يفهم إلا بقرينة كالأسد للشجاع فلا إشكال في تقديم الحقيقة وهذا واضح.  
الثاني أن يغلب استعماله حتى يساوي الحقيقة فقد اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على تقديم الحقيقة فلا خلاف أيضا [...] وجعل ابن التلمساني في شرح المعالم هذه الصورة محلّ نزاع قال لأنه إجمال عارض فلا يتعين إلا بقرينة [...] الثالث أن يكون راجحا والحقيقة مُماته لا تتراد في العرف (فيقدم) المجاز لأنه إما حقيقة شرعية كالصلاة أو عرفية كالذابة ولا خلاف في تقديمها على الحقيقة اللغوية [...]". (البعلي، م س، ص 123.

"[...] يجب أن تعلم أنّ المجاز قد يكون لصرف اللفظ عن الحقيقة الوضعية وعن العرفية والشرعية إلى غيرها كما كانت الحقيقة منقسمة إلى وضعية وعرفية وشرعية [...]". (أبو الحسن علي بن محمد الأمدي، م س، ج 1، ص 53.  
" [...] اعلم أن الأسماء على أربعة أضرب: وضعية وعرفية وشرعية ومجاز مطلق: فأما الوضعية فهي الثابتة بالوضع [...] والعرفي ما خصّ عرفا ببعض مسمياته التي وضع لها في أصل اللغة [...] والشرعية ما نقله الشرع [...] وأما المجاز المطلق فهو اللفظ المستعمل (لا) في موضوع أول مع وجه يصحّ. فاللفظ المستعمل جنس يعمّ الحقيقة والمجاز (لا) في موضوع أول فصل مخرج الحقيقة وذلك كاستعمال لفظ الأسد في الرجل الشجاع [...] (فالأسد) موضوعه الأول هو السبع. وقلنا على وجه يصحّ نريد به شرط المجاز وهو أنه لا بدّ له من علاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي [...] واعلم أنّ المجاز علاقات كثيرة و [...] استيفاء الكلام عليها محلّه علم البيان [...]". (عبد القادر بن بردان الدمشقي (ت 1346 هـ/ 1945 م)، المدخل، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1401 هـ/ 1981 م، ص 174 و 175.  
" [...] وقد عرفت أنه يجب حمل اللفظ على الحقيقة وعرفت أنّ الحقيقة ضربان أصلية وهي اللغوية وطارئة وهي العرفية والشرعية [...] فالحاصل أنّ الخطاب يجب حمله على المعنى الشرعي ثمّ العرفي ثمّ المعنى اللغوي الحقيقي ثمّ المجاز [...]". (محمد بن عمر بن الحسيني الرّازي، م س، ج 1، ص 576 و 577.

قارن مع من يورد مواقف تختلف من الأيمان إلى الشرع:  
"وقالوا في كتاب الأيمان إنّها تبنى أولا على اللغة ثمّ على العرف وهذا كلّ مخالف لكلام الأصوليين أنّه يقدم العرف الشرعي ثمّ العرفي ثمّ اللغوي والجواب أنّ كلام الأصوليين إنّما هو في الحقائق والأدلة التي تستنبط منها الأحكام [...] ويقدم العرفي [...] لأنّ العرف طارئ على اللغة فهو كالنسخ [...]". (أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المنثور، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1405 هـ/ 1985 م، ج 2، ص 391.  
"إذا تردّد اللفظ الصادر من الشارع بين أمور فيحمل أولا على المعنى الشرعي [...] فإن تعذّر حمل على الحقيقة العرفية الموجودة [...] لأنّ التكلّم بالمعتاد عرفا أغلب من المراد عند أهل اللغة فإنّ تعذّر حمل على الحقيقة اللغوية [...] فإن تعذّر كلّ ذلك فيحمل على المعنى المجازي صوتا للفظ عن الإهمال [...] يصرف اللفظ إلى المجاز عند قيام القرينة وكذلك عند تعذّر الحقائق الثلاث صوتا للفظ عن الإهمال ويعبر عن ذلك بأنّ إعمال اللفظ أولى من إعماله". (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين الأسنوي، م س، ص 228 و 229 و 230 و 236.

<sup>362</sup> ينجرّ عن هذا أنّ الحلّ في الأمثلة الواردة بعدد 65 سيكون هو التالي:  
المثال الأول: حرف "الواو" في الفصليين 519 و 532 سيقال إنه "للترتيب" (علوية ما عليه الدليل على الحقيقة اللغوية).  
المثال الثاني: حرف "أو" في الفصل 545 سيفهم على أنه يفيد معنى "الواو".  
المثال الثالث: لفظ "النكاح" في الفصل 391 من مجلة الالتزامات والعقود وفي الفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية سيعطى معنى "الزواج". (ملاحظة بالنسبة إلى الفصل 391: جاء القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل لفظ النكاح بلفظ الزواج. وينبغي أن يشار هنا إلى أنّ الفصل 2 من القانون قال إنه لا تغيير للمضمون. وهذا يعني أن الاستبدال شكلي فحسب).  
المثال الرابع: حرف "إذا" في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود سيفهم على أنه لشرط مشكوك في وجوده أو في عدم وجوده.  
المثال الخامس: حرف "إذا" في الفصل 57 من مجلة الالتزامات والعقود سيفهم على أنه ليس للشرط بل للتفسير.  
المثال السادس: لفظ "الكتابات" في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود سيعطى معنى "الكتمان".  
المثال السابع: عبارة "عدا ما استنتى بعد" في الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود ستعطى معنى "عدا ما سيستنتى بعد هذا".  
المثال الثامن: عبارة "ينقض حكمها" في الفصل 281 من مجلة التجارية، ستعطى معنى "لا ينقض حكمها".

ويبدو أنّ محكمة التّعقيب تسير في هذا الاتجاه، فهي تقول: "وحيث لتجاوز هذه الصّعوبة النّاجمة عن غموض النّصّ ودلالته الحرفيّة والظّاهريّة يستدعي الأمر إعمال قواعد التّأويل المقرّرة قانوناً وخاصّة الفصل 532 [...] ومن ثمّ إنّ من الضّروريّ استجلاء مقصد المشرّع للوقوف على دلالة النّصّ"<sup>363</sup>.

80. كما أنّ ما سبق يمكّن من القول عن فصول تأويل العقد:

الفصل 513: إعطاء المعنى الحقيقي لا يحتاج إلى أن يعثر على نية تؤيّده.

الفصلان 515 و519:

إذا لم يوجد دليل على أنّه أريد معنى آخر، فالعلويّة للمعنى الحقيقي (إذن للمعنى الحقيقي علويّة إذا لم يوجد ما يعارضه). وهنا ليس تمّ حقيقة "عقدية"، بل تمّ فقط حقيقة لغويّة وحقيقة عرفيّة. ولهذه الحقيقة العرفيّة العلويّة.

إذا وجد دليل على أنّه أريد معنى آخر، انقلبت العلويّة وصارت لهذا المعنى الآخر<sup>364</sup>.



ويبدو أنّ محكمة التّعقيب تسير في هذا الاتجاه، فهي تقول: "تأويل عقد [...] وخاصة عبارة [...] لا يمكن الأخذ [...] بظاهرها) [...] بل يتعيّن البحث عن المقصود بها"<sup>365</sup>.

على هذا تمّ علويّة وتمّ تراتبيّة (أو هرميّة) في المعاني وذلك فيما يتعلّق بموادّ كلام العاقد وكلام المشرّع. ثمّ إنّ هذه التّراتبيّة واحدة (باستثناء مسألة انعدام الحقيقة العقدية) لا تختلف من نصوص تأويل العقد إلى نصوص تأويل القانون.

<sup>363</sup> تع، عدد 6457، صادر في 22 فيفري 2007 (غير منشور).

<sup>364</sup> ينجرّ عن هذا أنّ الحلّ في الأمثلة الواردة بعدد 64 سيكون هو التالي:

المثال الأوّل: لفظ "الوارث" سيعطى معنى "الموصى له" (علويّة ما عليه الدليل على الحقيقة اللغوية).

المثال الثّاني: اللفظة النورويجيّة ستعطى معنى "الحوت".

المثال الثّالث: لفظة "مكتبته" ستعطى معنى "مجموعة قوارير خمر".

المثال الرّابع: لفظة "بكر" ستعطى معنى "من لم تنزوّج من قبل".

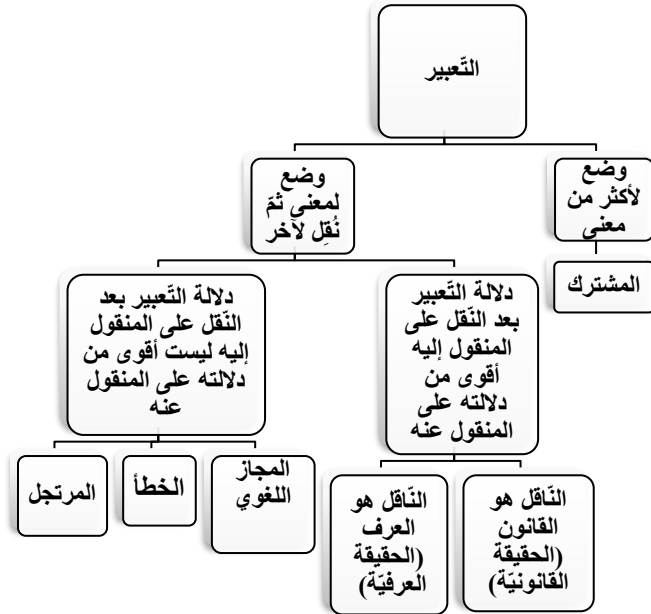
المثال الخامس: لفظة "المائدة" ستعطى معنى "الخوان".

المثال السّادس: لفظة "أتمنى" ستعطى معنى "أوصيت".

المثال السّابع: عبارة "180" ستعطى معنى "80".

<sup>365</sup> تع، عدد 4323، صادر في 2 ديسمبر 2004، ن. II، ص 313 – 315. انظر أيضاً: تع، عدد 1268، صادر في 29 مارس 1979، ن. I، ص 158 – 160: "كان على المحكمة أن تتحرّى وراء مقصد الجانبين بالوقوف على حالة المبيع الماديّة وما طرأ على العقار من أوضاع قانونيّة حتّى تبيّن عن رويّة ما إذا كان العقد بحقّ قابلاً للتفسير أما قد اقتصر في ردّ دفاع الطّاعن على ملاحظة أنّ عقد البيع لا يقبل التّأويل في كون المقصود من المبيع هو جميع الرّسم العقاريّ بمساحته المبيّنة والمشيّد عليها المعمل فإنّها تكون قد وقعت في مخالفة القانون بإهمالها سلوك طرائق التفسير التي يجنب إليها كلّما حفّ بعبارات العقد ريب أو خيم شكّ على فحواه".

81. بعد كلّ الذي سبق، يمكن الإتيان بالرّسم<sup>366</sup> التّالي:



كما يمكن (إمّا من زاوية نظريّة، لو فهمنا التّأويل على أنّه إرجاع تعبير إلى قصد صاحبه؛ وإمّا من زاوية أعمال نصوص تأويل العقد والقانون) القول: ينبغي للمؤوّل أن يبدأ بإعطاء التّعبير معناه الحقيقي اللغوي لأنّه الأصل وغيره طارئ. فإذا وجد في اللغة عدّة معانٍ مختلفة، بحث عن قصد صاحب اللفظ. وإذا وجد في اللغة معنى واحداً:

بحث هل حصل نقل إلى معنى صار هو المتبادر إلى الذّهن، فإذا وجد أعطى التّعبير ذلك المعنى (عرفي - قانوني). بعبارة أخرى لا يعرف المؤوّل أنّ معنى ما هو عرفي إلاّ متى عرف أنّه ليس الوضعي، فعليه إذن أن يعرف أوّلاً المعنى الوضعي. ولا يعرف المؤوّل أنّ معنى ما هو قانوني إلاّ متى عرف أنّه ليس الوضعي أو العرفي، فعليه إذن أن يعرف أوّلاً المعنى الوضعي والعرفي.

ثمّ على المؤوّل أن يبحث (سواء وجد شيئاً في المرحلة السّابقة أم لم يجد) لعلّ صاحب اللفظ أراد غير المعنى الحقيقي اللغوي (هذا لو لم يجد شيئاً في المرحلة السّابقة) أو غير المعنى العرفي أو القانوني (لو وجد شيئاً في المرحلة السّابقة)، فإذا عثر على هذا المعنى المغاير (قد يكون مجازاً لغوياً، وقد يكون خطأ، إلخ)، وجب عليه الأخذ به.

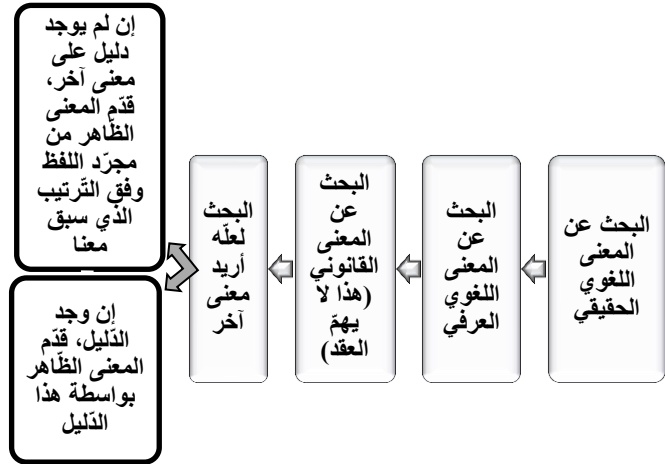
لكن قد يعثر المؤوّل على دليل يفيد أنّه أريد معنى (وربّما أكثر في حالات معيّنة) من المعاني الظّاهرة من مجرد التّعبير. هنا سيأخذ بهذا المعنى لا لأنّه ظاهر من مجرد التّعبير، بل لأنّه ظاهر بواسطة الدليل. وهكذا، وإذا أريد الإجمال، قيل: ينبغي على المؤوّل البدء بالبحث عن المعنى الظّاهر من مجرد العبارة، ثمّ ينبغي المرور والبحث لعلّه ثمّ معنى ظاهر بواسطة الدليل<sup>367</sup>.

<sup>366</sup> قارن ما سيجبي في الرّسم مع: (محمّد بن عمر بن الحسين) الرّازي، م س، ج 1، ص 313 وما بعدها.  
<sup>367</sup> هنالك قضيتان: القضيّة الأولى، صاحب العقد أو القانون هو في مقام تخاطب وتواصل ومن هنالك فهو يريد أن يفهم. القضيّة الثّانية، وظيفة المؤوّل أن يصل إلى المعنى المقصود من العاقد أو من المشرّع.

انطلاقاً من هاتين القضيتين ينبغي القول:

فيما يخصّ إعطاء التّعبير المعنى الوضعي: من تكلم بلغة مريداً أن يفهم، فالرّاجح والغالب أنّه قصد المعنى الوضعي لأنّه ما يفهم من الكلام.

أما إذا أريد التفصيل، فينبغي القول إن على المؤول القيام بما يأتي:



وهكذا فإنّ عملية التأويل (من زاوية نظريّة، أو من زاوية نصوص مجلّة الالتزامات والعقود) عملية زمنيّة، أي هي تتمثّل في تتابع وتعاقب مراحل<sup>368</sup>. بتعبير مختصر: للتأويل مسار محدّد وملزم؛ وهذا المسار لا يختلف من العقد إلى القانون، بل لا يختلف فيما يخصّ أنواعاً أخرى من النصوص إذا كان الهدف إرجاع هذه النصوص إلى المعنى المقصود من أصحابها. وما سبق تمّ الوصول إليه في إطار مواد الكلام، وما سبق فيه بعد ما سيُقال عن هيئات الكلام.

## 2. 2. 1 / هيئات الكلام

82. سنبدأ بالمطلق والعامّ، ثمّ نمرّ إلى الأمر والنهي.

### 2. 2. 1. 1 / المطلق والعام

83. هنا سنشرع بالحديث عن المطلق، وبالتحديد عن أمثلة داخله قبل أن ننتقل إلى مسألة تحديد المعنى الظاهر بواسطة الدليل وحكم مجلّة الالتزامات والعقود فيها:

84. وفي الأمثلة سنبدأ بالقانون:

المثال الأوّل، الفصل 38 من مجلّة الالتزامات والعقود حين يقول: "يسوغ اشتراط شرط [...]". ف: "شرط" مطلقة، لكن المراد من المطلق ليس الإطلاق. وفعلا جاء في النصّ تقييد فقال: "تعود منفعته". على هذا، فالمراد شرط نافع<sup>369</sup>.

فيما يخصّ إعطاء المعنى العرفي: من تكلم بلغة مريدا أن يفهم واتفق أن كان لكلامه معنى وضعي وآخر عرفي، فالرّاجح أنّه قصد المعنى العرفي لأنّه ما يفهم من الكلام.

وهكذا فإنّ إعطاء المعنى الوضعي أو العرفي هو أخذ بإرادة افتراضها ولم تثبت عندنا بعد. فإذا ثبتت الإرادة تركنا الافتراض. وإذا لم تثبت لم يبق لدينا إلاّ المفترض لناخذ به.

وهكذا: في المرحلة الأولى، لدينا إرادة مفترضة ولدينا احتمال راجح. أمّا في المرحلة الثانية، فليدنا إرادة ثابتة أو لدينا الإرادة المفترضة التي وصلنا إليها في المرحلة الأولى، لكن الآن ثبت أن لا وجود لما يعارض الافتراض.

<sup>368</sup> Jacques MOESCHLER et Anne REBOUL, préc., p. 129.

<sup>369</sup> انظر إلى مشكل هذا التخصيص وكيف تعامل معه القضاء الفرنسي: Gérard LEGIER, J.-cl. Civ., art. 1121 et 1122, fasc. unique, 11. 1995. n<sup>os</sup> 69 et s.; Sabine VACARTE, Vers une nouvelle acception de la stipulation pour autrui, Droit et patrimoine, n<sup>o</sup> 117 du 01/07/2003, p. 44.

المثال الثاني، الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته [...]". ف: "شرط تعود منفعته" مطلقة، لكن المراد ليس الإطلاق. وفعلا جاء في النص تقييد فقال: "إذا كان ذلك في ضمن عقد". فالوعاء الذي يحوي الشرط النافع قيّد، فقيل إنه عقد.

المثال الثالث، الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يسوغ اشتراط شرط [...] إذا كان ذلك ضمن عقد [...]". ف: "عقد" مطلقة، لكن المراد ليس الإطلاق. فلقد جاء في النص تقييد، فقال "بعوض أو في تبرّع"<sup>370</sup>.

المثال الرابع، الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يسوغ اشتراط شرط [...] بعوض". ف: "عوض" مطلقة وتشمل العوض المادي والمعنوي. لكن من يبحث، يجد أن المقصود لا يمكن أن يكون العوض المعنوي<sup>371</sup>. على هذا تمّ تقييد أريد من صاحب النص، أي هو قصد: بعوض مادي<sup>372</sup>.

المثال الخامس، الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية: "[...] ويشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين [...]". ف: "شاهدين" مطلقة لكن المراد ليس الإطلاق. وفعلا جاء في النص تقييد فقال: "من أهل الثقة".

المثال السادس، الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا يثبت الزواج إلا بحجة [...]". ف: "حجة" مطلقة، لكن أريد التقييد. لذلك أضيف وصف، وقيل: "رسمية".

85. بعد القانون نمر إلى العقد. ومن العقد، سنأخذ مثلا نظرت فيه محكمة التعقيب، وحاصله أن رجلا كتب على نفسه أنه مسؤول عن تلف ما أدخلته زوجته إلى بيته من أدباش. لكن قصد الرجل - كما رأته المحكمة - ليس مطلق الأدباش، بل فقط بعضها<sup>373</sup>.

86. فإذا مررنا إلى التراتبية والظهور، قلنا إن المطلق له معنى حقيقي هو الإطلاق<sup>374</sup>. لكن الحقيقة كما رأينا تترك إذا ما جاء دليل يخالفها<sup>375</sup>. وعلى هذا يمكن القول، استنادا إلى فصول تأويل العقد والقانون التي عملنا عليها، إن كلّ الصور التي وردت أعلاه تعطى المعنى المتمثل في التقييد. هذا الحلّ قاله في مادة العقد الفصل 530 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التّعاقّد أو الالتزام به"<sup>376</sup>.

<sup>370</sup> يمكن أن لا يُقبل هذا المثال بأن يُقال: نعم "عقد" وصف و"بعوض" قيد، لكن "تبرّع" ليست قيّد لـ"عقد" بل هي ما يقابل العقد بعوض (لأنّ النصّ عطف العقد على التبرّع بحرف أو). مع ذلك، سنبقي المثال لأنّ الأمثلة في هذا العمل ليست مقصودة في ذاتها.

<sup>371</sup> هذا القول أتى به في إطار المجلة المدنية الفرنسية (Gérard LEGIER, préc., n<sup>os</sup> 78 et s.)، وهو قول قابل لأن ينقل إلى الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود.

<sup>372</sup> انظر: Gérard LEGIER, préc., n<sup>o</sup> 76، حيث تجد مسألة أخرى هي كون العوض المادي قد يكون متأكد الوجود وقد يكون محتمل الوجود.

<sup>373</sup> كتب على نفسه أنها جاءت بـ"مصوغ وفراش وماعون حمام وسرفيس قهوة وأحذية وفاشكات وروانح وشكارة طفل وثياب جديدة وقديمة [...] ومواد تجميل".

وقالت المحكمة: "[...] أما تنصيصه على أنه مسؤول بالتفريط فيه فذلك هو ما كان يجب تحديده المقصود منه إذ أنّ الملبوس مثلا لا يتصور بقاؤه بدون استعمال وكذلك الروانح وأدوات الزينة لا يتصور بقاؤها بدون استهلاك. وفي مثل هذه الحال لا يتصور بقاء الزوج مسؤولا بها ومطالبته بقيمتها بعد مدة طويلة من الزواج [...]".

تعقيبي، مدني، عدد 2916 صادر في 24 مارس 1964، ق ت، 1964، عدد 7، ص 21.

<sup>374</sup> انظر عدد 46.

<sup>375</sup> انظر عدد 79 وما بعده.

<sup>376</sup> انظر إلى المثال الذي أعطاه POTHIER ويتعلّق بصلح بين شخصين. فهذا الصلح لا يشمل الحقوق التي لطرف على آخر والتي لم يعلم بها حين أبرم الصلح (POTHIER, préc., n<sup>o</sup> 98).



أما في مادة القانون فالفصل 532 يُقدّم الحقيقة اللغوية حين لا يوجد دليل معارض<sup>377</sup>. والفصل 533 يُجري المطلق على إطلاقه، أي يُجري المطلق على معناه الحقيقي اللغوي. وعلى هذا فالفصل 533 تفصيل للفصل 532. ثم إن هذا الفصل 532، وحين يقوم دليل على غير الحقيقي، يُقدّم ما قام عليه الدليل، وهنا سيُجري المطلق على غير إطلاقه<sup>378</sup>.

ويبدو أنّ الدوائر المجتمعة تتبنّى هذا التحليل إذ تقول إنّ "[...] المطلق على إطلاقه حتى يقيد [...]]"، وتستعمل - لتأسيس هذا الكلام - الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>379</sup>.

وعلى هذا فعلاوية الإطلاق لا تحتاج دليلا يؤيدها. أمّا عدم علويته فيحتاج إلى الدليل.

87. نفس القول يصحّ في حقّ العام. لكن لنبدأ بالأمثلة:

المثال الأوّل، الفصل 103 من مجلة الحقوق العينية: "الشفعة حلول الشريك محلّ المشتري [...]". ف: "المشتري" لفظ عام. لكن المراد منه ليس العموم. وفعلا جاء الفصل 107 من مجلة الحقوق العينية بتخصيص لهذا اللفظ حين قال: "لا شفعة للشريك على شريكه". وعلى هذا فلفظة "المشتري" في الفصل 103 حُصرت في "المشتري الأجنبي".

المثال الثاني، الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يجوز لمن طولب [...]". فعبارة "من طولب" عامّة تستغرق الذين طولبوا أمام المحكمة والذين طولبوا خارجها. لكن، من يعود إلى الأعمال التحضيرية، يجد أنّ المقصود من ذلك العامّ خاصّ: "من طولب أمام المحكمة"<sup>380</sup>.

المثال الثالث، الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يجوز لمن طولب بالوفاء [...]". ف: "الوفاء" عامّة، تشمل الوفاء الجزئي والوفاء الكلي.

المثال الرابع، الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد [...]". ف: "العقد" لفظة عامّة من وجه أوّل (ملزم لجانبين + ملزم لجانب واحد) ومن وجه ثان (ما يساوي الاتفاق + ما هو أضيّق من الاتفاق)<sup>381</sup>.

وإنّ المثال الثاني والثالث والرابع يهّم الدّفع بالبطلان<sup>382</sup>. وفي المثال الثاني ورد دليل على تخصيص العام. أمّا في المثال الثالث والرابع فليس ثمّ دليل مؤيد أو معارض للعموم.

<sup>377</sup> انظر عدد 79.

<sup>378</sup> يمكن أن ندعم هذا الكلام بالأعمال التحضيرية للفصل 533. فلقد أشير فيها للحموي. II، 91 عدد 2 حيث قال إنّ المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد ما يخصّصه.

<sup>379</sup> تعقيبي، مدني، الدوائر المجتمعة، عدد 1130 صادر في 31 أكتوبر 2002، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2001-2002، ص 369 وما بعدها (ذكر سابقا بعدد 41).

ثمّ إنّنا رأينا أعلاه أمثلة لمطلق (مثال الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية: شاهدين) قيد (من أهل الثقة). وإنّ "شاهدين من أهل الثقة" يسمّى مقيدا. و"المقيد": لفظ خاصّ يدلّ على فرد شائع مقيد بصفة من الصفات " (وهبة الرّحيلي، م س، ج 1، ص 209). ويقال إنّ حكم المقيد أنّه "يعمل به على تقييده ما لم يدلّ دليل على إلغاء القيد" (نفس المرجع والمكان). ويمكن تععيد هذا الحلّ فنيا على علوية الحقيقة اللغوية. ثمّ إنّ المقيد (مثلا شاهدين من أهل الثقة) قد يرد دليل على أنّه قصد به غير المعنى الحقيقي...

<sup>380</sup> جاء، في الصياغة الأصلية للمشروع المراجع، الفصل 382 الذي يقول:

" [...] L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné "

و: "assigné" لها معنى حقيقي عرفي هو دعوة الخصم للحضور أمام المحكمة (Vocabulaire juridique, mot: assignation). ولقد ترجم هذا النصّ وصار في "الترجمة الكاملة": "يجوز لمن طولب [...]".

وإنّ الصياغة الأصلية قد نقلت بحذافيرها وصارت هي الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغته الفرنسية. و"الترجمة الكاملة" صارت هي الفصل 335 في صياغته العربية. وعلى هذا يمكن القول - لعدم وجود تغيير - إنه تمّ البقاء مع نفس المعنى وإنّ "من طولب" أريد بها من طولب أمام المحكمة.

<sup>381</sup> انظر عدد 2.

المثال الخامس، الفصل 96 من مجلة الالتزامات والعقود حين قال: "على كلّ إنسان ضمان الضّرر النَّاشئ ممّا هو في حفظه إذا تبين أنّ سبب الضّرر من نفس تلك الأشياء [...]". ف: "الأشياء" لفظة عامّة، تشمل ما يتحرّك وما لا يتحرّك بيد الإنسان. ولقد فهمت الدّوائر المجتمعة<sup>383</sup> وفهم جزء من الفقه<sup>384</sup> النّصّ على أنّه يفيد العموم. لكن هنالك قرارات اعتبرت فيها محكمة التّعقيب أنّ النّصّ يفيد الخصوص (ما لا يتحرّك بيد الإنسان)<sup>385</sup>. وإذا كان القول بالعموم يحتاج إلى غياب دليل معارض، فإنّ القول بالخصوص يحتاج إلى دليل مؤيد.

المثال السّادس، الفصل 331 من مجلة الالتزامات والعقود حين يقول: "المدة المذكورة لا تحسب في [...] التّغيير إلّا من وقت الاطّلاع عليه [...]". ف: "التّغيير" لفظ عامّ يشمل التّغيير الذي أحدث غلطا في الشّيء، أو في الشّخص، أو في القيمة، إلخ. لكن الفقرة الثّانية من الفصل 331 قالت: "أمّا ما يخصّ [...] المغبون الرّشيد (أي التّغيير الذي أحدث غلطا محلّه القيمة، وبالتّديق التّغيير الذي أحدث غلطا، والغلط أحدث غبنا يتجاوز التّلت<sup>386</sup>) فمن يوم حوز الشّيء المتعاقد عليه". هذه الفقرة تمثّل دليلا مخصّصا لعموم لفظة التّغيير الواردة في بداية النّصّ.

88. وإنّ ما سبق أمثلة تهّم القانون، وإنّ ما سبق يغني عن ضرب أمثلة في إطار العقد.

وفي بعض ما سبق صور لعامّ. لكنّ صاحب العامّ أراد منه الخصوص.

فإذا ذهبنا إلى الفصول 513 و515 و519، قلنا بلعويّة الحقيقة اللغويّة وقلنا بأنّ هذه العلويّة لا تحتاج إلى دليل يؤيدها. لكنّ هذه العلويّة تضحلّ وتصبح القمّة للمعنى المخالف الذي قام عليه الدّليل<sup>387</sup>.

نفس هذا الكلام يمكن الإتيان به في إطار الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>388</sup>.

وعلى هذا يمكن القول، في مادّة العقد والقانون، إنّه وفي هيئة العامّ العلويّة والظّهور للعموم لأنّ العموم حقيقة لغويّة. لكن لو قام دليل على الخصوص، تصبح العلويّة والظّهور لهذا الخصوص.

بتعبير مختلف، ينبغي للمؤل أن يبدأ بإعطاء التّعبير معناه الحقيقي اللغوي لأنّه الأصل وغيره طارئ. والمعنى الحقيقي هنا: الإطلاق بالنّسبة للتّعبير المطلق، والعموم بالنّسبة للتّعبير العامّ. ثمّ عليه أن يبحث لعلّ صاحب اللفظ أراد غير المعنى الحقيقي اللغوي، أي لعلّه أراد من المطلق مقيّدًا ومن العامّ خاصًّا. فإذا لم يجد دليلاً على التّقييد أو التّخصيص، أعطى المعنى الظّاهر من مجرد اللفظ، أي الإطلاق أو العموم. أمّا إذا وجد دليلاً على التّقييد أو التّخصيص، فينبغي عندها أن يعطي المعنى الظّاهر بواسطة الدّليل. ونفس الشّيء ينطبق لو وجد دليلاً على الإطلاق أو العموم. هنا سيأخذ بالإطلاق أو

<sup>382</sup> انظر حول الدّفع بالبطلان: **Jean-Luc** : *Michel STORCK*, L'exception de nullité en droit privé, D.1987, Chron, 67; **AUBERT**, Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité, in: *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> s.*, L.G.D.J., 2001, p. 19.

انظر أيضاً معطيات تاريخيّة تتعلّق بالدّفع بالبطلان ومن هنالك بالفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود: **عبد المجيد الزّروقي**، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 395 و 396.

<sup>383</sup> انظرها في عدد 43: تعقيبي، مدني، عدد 28564 صادر في 16 مارس 1995؛ تعقيبي، مدني، عدد 42389 صادر في 16 مارس 1995.

<sup>384</sup> انظره في عدد 43: (préc), p. 31-33. **Nadhir BEN AMMOU**, L'évolution récente ...

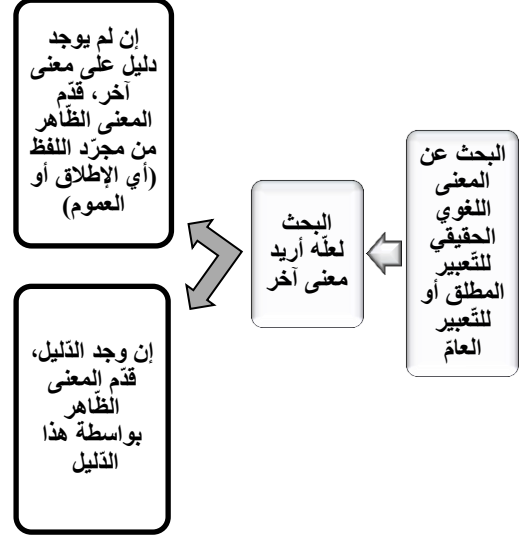
<sup>385</sup> انظرها عند صاحب المقال الفقهي الوارد بعدد 43 وذلك في الصفحة 32 من عمله: تعقيبي، مدني، عدد 5345 صادر في 3 مارس 1982، ن، II، ص 279 (المجلة القانونيّة التّونسيّة، 1986، ج 2، ص31، تعليق علي الجلولي؛ تعقيبي، مدني، عدد 12890 صادر في 29 ديسمبر 1985، ن، ج 2، ص 352، إلخ).

<sup>386</sup> انظر: **عبد المجيد الزّروقي**، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 258 وما بعده.

<sup>387</sup> انظر عدد 80.

<sup>388</sup> انظر عدد 79.

بالعموم لا لأجل ظهورهما من مجرد اللفظ، بل لأجل ظهورهما بواسطة الدليل. إذن، ينبغي البدء بالبحث عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة، ثم ينبغي المرور والبحث لعله ثم معنى ظاهر بواسطة الدليل.



هكذا، لمرة أخرى، نجد أن للتأويل مساراً محدداً وملزماً؛ ونجد هذا المسار لا يختلف من العقد إلى القانون. ومن ينظر إلى التقييد الفني لعلوية وظهور ما عليه دليل في إطار هيئة العام (ومن قبله في إطار هيئة المطلق)، يجده نفسه الذي يُقعد عليه الظهور في إطار هيئتي الأمر والنهي.

## 2. 2. 1. 2 / الأمر والنهي

89. " قبل ندوة صحفية قال **REAGAN** [...] : « بعد قليل، سأعطي الأمر بقصف روسيا ». هذا الكلام، إن كان يعني شيئاً، فهو يعني أن صاحبه، وبعد وقت قصير [...]، سيعطي أمراً بإطلاق صواريخ ذات رؤوس نووية على أراضي الاتحاد السوفياتي. وحين ألح الصحفيون، قال **REAGAN** إنه كان يمزح" <sup>389</sup>.

فهنا نحن أمام أمر أو مشروع أمر، لكن صاحبه لم يقصد به الوجوب.

90. فإذا ترك **REAGAN**، قيل إن الأمر حقيقة لغوية في "طلب حصول الفعل من المخاطب على وجه الاستعلاء، مع الإلزام" <sup>390</sup>. على هذا فإنه - تطبيقاً للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود - يجب القول بأن كل أمر في القانون معناه الوجوب. هذا الكلام يحتاج للقول به أن لا يكون هنالك دليل يعارضه.

91. لكننا رأينا أن الأمر قد يخرج بدليل إلى غير الإيجاب. وفعلاً قد يريد مُصدر الأمر من الأمر الندب <sup>391</sup> (أو الإرشاد <sup>392</sup>) أو الإباحة <sup>393</sup> (للأمر معاني أخرى لا تهتمنا هنا: التأديب <sup>394</sup>، أو الإنذار <sup>395</sup>، أو

<sup>389</sup> Umberto ECO, préc, p. 33.

<sup>390</sup> السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 86. وانظر عدد 51.

<sup>391</sup> مثاله من القرآن الكريم: (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا) (النور. 33). أخذ هذا المثال من وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220. ودليل الندب أن المالك حرّ في التصرف فيما يملك.

<sup>392</sup> انظر حول إفادة الأمر الإرشاد: (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدى، م س، ج 2، ص 160: "[...] الندب لمصلحة أخروية والإرشاد لمصلحة دنيوية".

الدَّعَاء<sup>396</sup>، وغير ذلك<sup>397</sup>). وحين يخرج القانون عن طلب الفعل مع الإلزام إلى النَّدْب والحث على الفعل، يُحَدَّث - كما قلنا سابقاً، في القوانين المعاصرة، منذ ثمانينات القرن العشرين - عن "قانون لين" (Soft droit souple/ law<sup>398</sup>). ومن الأمثلة التي تضرب في فرنسا "[...] قواعد تأويل العقد التي تحويها المجلة المدنية، فهي مجرد دليل وُضِع للقاضي و(مخالفتها) لا تقبل التّعقيب من أجل خرق القانون

مثاله "الأمر القرآني بالاستشهاد على البيع وكتابة الدين في قوله تعالى: (وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (البقرة. 282)، وقوله في آية الدين: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) (البقرة. 282). والقرينة التي صرفت هذا الأمر إلى الإرشاد تنتم إلى الآية نفسها وهي قوله تعالى: (فَإِنْ مِنْكُمْ بَعْضٌ قَلِيلٌ أَلْيَوْمَ الَّذِي أُوتِئْتُمْ بِآيَاتِهِ) (البقرة. 283). فإته يدل على أن للدائن أن يثق بمدينه من غير كتابة الدين عليه". وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220.

بعبارة أخرى هنالك أمر. والأمر حقيقة لغوية في الوجوب. لكن الحقيقة تترك إذا قام دليل على ما يخالفها. فالعلوية لما قام عليه الدليل، وما قام عليه الدليل ليس الوجوب.

لكن ثم من يقول إن النص القرآني يفيد الوجوب وأن الفقهاء حين لم يوجبوا الكتب خالفوا القرآن، وكل ذلك من أجل التأسيس لقول مفاده أنه متى وجد الفقهاء المسلمون أن القرآن لا يتلاءم مع واقعهم، تركوه جانباً:

"Lorsqu'ils se sont trouvés en présence d'une règle coranique qui leur a semblé inadaptée à la réalité sociale, ils ont eu recours à différentes méthodes... Ainsi quand la règle coranique était trop en avance sur son temps, ils l'ont ignorée ou bien ils ont créé des moyens de la tourner. Ainsi, par exemple, le Coran pose clairement

(هنا يضع حاشية يرسل فيها إلى الآية الكريمة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ))

la nécessité de la preuve par écrit en matière d'obligation contractuelle. Mais cette règle... était difficile à appliquer dans une société paysanne en général illettrée. Alors les fuqahas ont tout simplement ignoré le caractère obligatoire de cette règle [...]" **Mohamed CHARFI**, préc., n<sup>os</sup> 105 et 106.

وعلى هذا فنحن أمام موقفين (موقف "الزحيلي"، إلخ الذي يقول إن الآية الكريمة للإرشاد وموقف "الشرفي" الذي يقول إنها للوجوب). والموقفان ليسا جديدين. فمن يعود إلى الطبري مثلاً (محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي [أبو جعفر الطبري: 224 - 310 هـ]، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1420 هـ - 2000 م، ج 6، ص 47)، يجده يقول: "واختلف أهل العلم في اكتتاب الكتاب بذلك على من هو عليه، هل هو واجب أو هو نذبة".

ويبدو أن القائلين بالوجوب قد نظروا إلى الآية 282 وإلى الأمر (اكتُوبوه) ورأوا أن لا دليل يصرفه عن معناه الظاهر المتمثل في الوجوب. كما يبدو أن القائلين بالنذبة قد نظروا زيادة على ما سبق إلى الآية 283 (فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته) ورأوا فيها ترخيصاً، أي من شاء أن يأتين يمكنه ذلك (الطبري، م س، ج 6، ص 48). وعلى ذلك فأمر الآية 282 ثم دليل على معناه وهو ما جاء في الآية 283 من ترخيص في عدم الكتابة، ويتمثل المعنى في الاستحباب (هنالك من اعتبر "الرخصة حاصلة فحسب حيث لا سبيل إلى الكتاب أو إلى الكاتب" [ألفه يوسف، تعدد المعنى في القرآن. بحث في أسس تعدد المعنى في اللغة من خلال تفسير القرآن، كلية الآداب مؤبوة - دار سحر، تونس، 2003، ص 181]. وهؤلاء، كما نرى، الحكم الأولي عندهم هو الوجوب).

انطلاقاً مما تقدم، يلاحظ أن محمد الشرفي قد انطلق من مقمته هي: القرآن قال بالوجوب + الفقهاء لم يطبقوه. والنتيجة المباشرة للمقمة أن الفقهاء الأوائل كلماً وجدوا نصاً غير ملائم لوقتهم تركوه (أما النتيجة غير المباشرة فهي: أولاً، أن القرآن يمكن أن لا يلائم وقتنا الحاضر. ثانياً، إن ترك الأوائل جانباً القرآن، فمن باب أولى أن نتركه نحن المتأخرون).

وهذه النتيجة المباشرة - ككل نتيجة - تصح إن صححت مقمته.

وبيّن أن الذين لم يطبقوا الآية في معنى الوجوب هم الفقهاء الذين قالوا بأن الآية للنذبة والاستحباب. وعلى هذا، فمحمد الشرفي انطلق من مقمته خاطئة، ثم بنى على هذا الخطأ نتائج. ويمكن، زيادة على ما تقدم، وصف هذه النتائج بالمتفاهة إذ القائلين بالنذبة - والذين لم يعترض لهم محمد الشرفي - ليسوا القلة بل هم جمهور الفقهاء ("والجمهور على أنه استحباب" (ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي، تفسير البيضاوي، دار الفكر - بيروت، ج 1، ص 578؛ انظر أيضاً: ألفه يوسف، م س، ص 181).

<sup>393</sup> «Ainsi, le verset "Mangez et buvez" (Coran. S. 2/ V. 187) [...] exprime la permission». **Abdelwahab KHALLAF**, Les fondements du droit musulman, traduit de l'arabe par Claude Dabbak, Asmaa Godin et Mehrezia Labidi Maïza, Préfacé par Abdel-Majid Turki, Éd. Al Qalam, Paris, 1997, p. 298.

(عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (و 419 هـ/ 1028 م - ت 478 هـ/ 1085 م)، الورقات، تحقيق عبد اللطيف محمد العبد، ص 15؛ (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 160.

<sup>394</sup> «كقوله ﷺ لعمر بن أبي سلمة: "يا غلام، سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك"». وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220.

ويقول الأمدي إن التاديب داخل في النذبة ((أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 160).

<sup>395</sup> مثل قوله: (قُلْ تَمَتَّعُوا فَإِن مَصِيرَكُمْ إِلَى النَّارِ) (إبراهيم. الآية 30). وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220. انظر أيضاً: (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 2، ص 160.

<sup>396</sup> "كقوله تعالى: (رَبَّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ)" (الأعراف. الآية 89). وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220. وكالآية 6 من سورة الفاتحة: (هُدًى صِرَاطَ الْمُسْتَقِيمِ).

<sup>397</sup> "والخلاصة: أن الإمام السبكي ذكر في جمع الجوامع سنة وعشرين معنى للأمر، وتابعه في تعدادها ابن بدران الحنلي، واكتفى صدر الشريعة ابن مسعود الحنفي بذكر سنة عشر معنى وهي ما يأتي: الوجوب، والنذبة، والإباحة، والتهديد، والإرشاد، والتأديب، والإنذار، والامتنان، والإكرام، والامتنان، والتكوير، والتعجيز، والإهانة، والتسوية، والدعاء، والتمني، والاحتقار، والخبر، والاعتبار، والتعجب، والتكذيب، والمشورة، وإرادة الامتنان، والإذن، والإنعام، والتفويض". وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 220 و 221.

انظر أيضاً: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفي (م س، ص 205. حيث أشار إلى " 15 وجهاً في إطلاق صيغة الأمر"؛ يحيى رمضان، القراءة في الخطاب الأصولي. الاستراتيجية والإجراء، جدارا للكتاب العالمي/ عالم الكتب الحديث، الأردن، 2007، ص 285، الإحالة 1؛ انظر كذلك ص 144 حيث تجد ربطاً مع نظرية أفعال الكلام.

<sup>398</sup> انظر عدد 8. قرّب من: عبد الله صولة، م س، ص 164 وما بعدها و 372 وما بعدها

[...]»<sup>399</sup>. وما ينبغي الاحتفاظ به مما جاء الآن أن الأمر، إذا أريد إعطاؤه معنى غير الوجوب، احتاج ذلك إلى دليل.

92. هذا القول يهّم الأمر الوارد لا بالقانون فحسب، بل الأمر الوارد بالعقد أيضا. فعلى أساس الفصول 513 و515 و519، ينبغي القول إنّ العلوية للمعنى الحقيقي حين لا يوجد دليل معارض، أي ينبغي القول هنا إنّ العلوية بين معاني الأمر الممكنة هي للمعنى المتمثل في الوجوب. لكنّ الوجوب - ككلّ معنى حقيقي حسب الفصول 513 و515 و519 - يترك قمة الهرم لواحد من المعاني المتبقية، لو وجد دليل على هذا المعنى.

93. هذا الكلام هو نفسه الذي ينبغي أن يقال في إطار هيئة النهي. فالنهي له معنى حقيقي وهو "طلب الكفّ عن الشيء على وجه الاستعلاء مع الإلزام"<sup>400</sup>.

لكنّ النهي قد يخرج عن المنع إلى معانٍ أخرى: وفعلًا قد يريد النّاهي من نهيه الكراهة والحثّ على عدم الفعل *recommandation de ne pas faire*<sup>401</sup> (إلى جانب معاني أخرى: قد يريد الدّعاء<sup>402</sup>، وقد يريد الالتماس<sup>403</sup>، وقد يريد الإرشاد<sup>404</sup>، وقد يريد الدّوام<sup>405</sup>، وقد يريد بيان العقاب<sup>406</sup>، وقد يريد التّيسير<sup>407</sup>، وقد يريد التّمني<sup>408</sup>، وقد يريد التّهديد<sup>409</sup>، وقد يريد التّوبيخ<sup>410</sup>، وقد يريد الإلتئاس<sup>411</sup>، وقد يريد التّحقير<sup>412</sup>).

94. فإذا أريد إعطاء النهي معنى من هذه المعاني، أو أريد إعطاؤه غيرها، احتاج ذلك إلى دليل. وقد يكون الدليل متمثلاً في استحالة إعطاء النهي معناه الحقيقي وهو المنع.

ويمكن أن يُضرب مثالان يتضمّنان دليلاً على أنّه لا يمكن أن يراد من النّصّ المنع<sup>413</sup>:

مثال أوّل يهّم الفصل 832 من مجلّة الالتزامات والعقود<sup>414</sup> الذي يقول: "ليس لأحد أن يؤجّر خدماته من غيره إلاّ لمدة معلومة [...]". فهذا الكلام، ومثله الموجود في الفصل 1780 من المجلّة المدنيّة

Catherine THIBIERGE, préc., p. 616<sup>399</sup>

400 السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 92.

401 "نحو لا تلتقت وأنت في الصلّة": السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93. انظر: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 204.

402 "نحو قوله تعالى: (رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا) (البقرة: 286): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93. انظر: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 204.

403 "كقولك لمن يساويك: أيها الأخ لا تتوان": السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

404 "قوله تعالى (لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ) (المائدة: 101): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

405 "قوله تعالى: (وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ)" (إبراهيم: 42): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

406 "نحو قوله تعالى: (وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أحيَاءٌ) (آل عمران: 169): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93؛ انظر: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 204.

407 "نحو قوله تعالى: (لَا تَعْتَدُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ) (التوبة: 66): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93؛ انظر: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 204.

408 "قوله «يا ليل ظل يا نوم زل يا صبح قف لا تطع»: السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

409 "كقولك لخدمك: «لا تطع أمري»": السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

أو كقول أستاذ ساءه كسل طلبته: "لا تعملوا ولا تجتهدوا"، أو قوله شيئاً من هذا القبيل.

410 "نحو: لا تنه عن خلق وتأتي مثله": السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

411 "نحو قوله تعالى: (لَا تَحْزَنْ إِنْ اللَّهُ مَعْنَا) (التوبة: 40): السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93.

412 "قوله: دع المكارم لا ترحل لبغيتها واقعد فإنك أنت الطاعم الكاسي". "يريد: حسبك أن تأكل وتشرب": السيّد أحمد الهاشمي، م س، ص 93، والإحالة رقم 1. قارن ما سبق مع: (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 205 حيث تحدّث عن "7 أوجه في صيغة النهي".

413 المثالان ليسا لهيئة النهي، بل فقط لنصّين معناهما الحقيقي المنع.

414 بيّنها إلى هذا المثال فقيه فرنسي حين تحدّث عن الفصل 1780 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة الذي يقول:

"On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée"

والفقيه الفرنسي هو: Henri BATIFFOL, Questions de l'interprétation juridique, A.P.D., n° 17, p. 18.

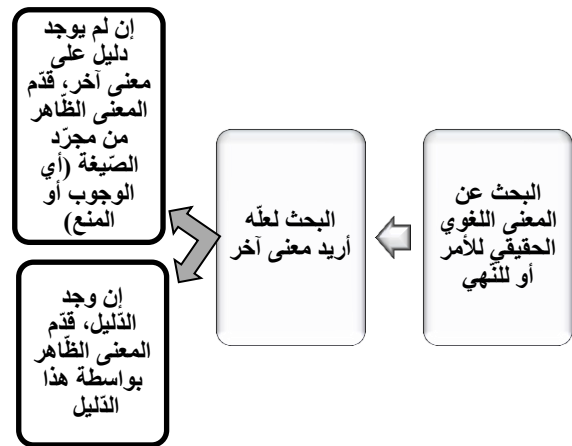
الفرنسيّة، له معنى حقيقي لغوي هو منع عقود الشغل لمدة غير محدّدة. لكنّ أحدهم يقول - متحدّثاً عن النّصّ الفرنسي - إنّ عقود الشغل لمدة غير محدّدة كثيرة العدد في الواقع، وهي مصدر عيش كمّ هامّ من النّاس. لأجل هذا فهم النّصّ على أنّه أريد منه عدم منع هذه العقود<sup>415</sup>. وهكذا عدّ مقتضى الحياة العمليّة دليلاً يستحيل بموجبه أن يريد صاحب النّصّ المعنى الحقيقي وهو المنع، أي عدّ ذلك المقتضى دليلاً على أنّه أريد من النّهي معنى آخر غير معناه الحقيقي.

مثال ثان يهّمّ أمراً فرنسيّاً صدر في 11 نوفمبر 1917. فهذا الأمر منع المسافرين من الصّعود أو النّزول "حين يكون القطار متوقّفاً تماماً"<sup>416</sup>. ولهذا الكلام معنى حقيقي لغوي، لكنّه مستحيل الإعمال. وهذه الاستحالة عدّت دليلاً على أنّ صاحب النّصّ أراد - لا المعنى الحقيقي المتمثّل في المنع - بل معنى آخر هو عدم المنع وبالتحديد الإباحة.

95. وإنّ حلّ هذه الصّورة - وجميع ما سبقها: سواء طرح الأمر في العقد أو في القانون - لهو نفسه. فمن الفصول 513 و515 و519 و532 نقول بعلويّة الحقيقة اللغويّة وظهورها حين لا يوجد دليل معارض. وتقلب العلويّة وتصير لواحد من المعاني الممكنة وذلك حين يوجد الدليل.

بتعبير مختلف - يهّمّ ما جاء للتوّ أي النّهي، ويهّمّ ما سبقه أي الأمر - ينبغي للمؤلّل أن يبدأ بإعطاء التّعبير معناه الحقيقي اللغوي لأنّه الأصل وغيره طارئ. والمعنى الحقيقي هنا: الوجوب بالنّسبة إلى الأمر، والمنع بالنّسبة إلى النّهي.

ثمّ عليه أن يبحث لعلّ صاحب اللفظ أراد غير المعنى الحقيقي اللغوي، أي لعلّه أراد من الأمر معنى آخر غير الوجوب ومن النّهي معنى آخر غير المنع. فإذا لم يجد دليلاً على المعنى الآخر، أعطى المعنى الظاهر من مجرد اللفظ، أي الوجوب أو المنع. أمّا إذا وجد دليلاً على المعنى الآخر، فينبغي عندها أن يعطي المعنى الظاهر بواسطة الدليل. ونفس الشّيء ينطبق لو وجد دليلاً على الوجوب أو المنع. هنا سيأخذ بالوجوب أو بالمنع لا لأجل ظهورهما من مجرد الصّيغة، بل لأجل ظهورهما بواسطة الدليل.



Henri BATIFFOL, préc., p. 18. <sup>415</sup>

"... Lorsque le train est complètement arrêté" <sup>416</sup>

انظر هذا المثال بـ: Louis BACH, Jurisprudence, Rep. Civ. Dalloz, Aout 2000, n° 107; Bruno PY, Amnistie, Rep. Pén. et pro Pén. Dalloz, octobre 2003, n° 24; Henri BATIFFOL, préc, p. 16 et s.; Jean-Louis BERGEL, Méthodologie juridique, P.U.F., Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 2001, p. 310 - 311.

وهكذا، لمرّة أخرى، نجد أن للتأويل مساراً محدّداً وملزماً؛ ونجد هذا المسار لا يختلف من العقد إلى القانون. إذن، ينبغي البدء بالبحث عن المعنى الظاهر من مجرد العبارة، ثمّ ينبغي المرور والبحث لعلّه تمّ معنى ظاهر بواسطة الدليل.

96. هذا عن مسألة ظهور الدليل في ذاتها، لكن لهذه المسألة توابع ينبغي الإلمام بها لكي تكون الصورة كاملة.

## 2.2 / توابع مسألة ظهور الدليل

97. تتمثل التوابع في: أنواع الدليل، ومدى البحث عن الدليل.

### 2.2 / 1 أنواع الدليل

98. تمّ تقسيمان لأنواع الدليل. ويوجد بين التقسيمين تقاطع.

فأمّا التقسيم الأوّل، فيُرجع الدليل إلى متّصل ومنفصل<sup>417</sup>:

والمتّصل هو ما يكون جزءاً من النصّ<sup>418</sup>. ويمكن أن تعطى منه أمثلة الاستثناء المتّصل، والشّروط، والصفة، والغاية<sup>419</sup>.

مثال الاستثناء: يمكن أخذه من الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشخصيّة<sup>420</sup>، الذي قال: "لا وصيّة لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلاّ بإجازة الورثة [...]" فالوصيّة للوارث (أو فيما زاد على الثلث لغير الوارث) مطلقة<sup>421</sup>، لكنّها قيّدت باستثناء هو الوصيّة للوارث التي يجيزها بقية الورثة (بالنسبة إلى غير الوارث قيّدت بالوصيّة لغير الوارث التي يجيزها الورثة).

<sup>417</sup> قرّب من Antoine COMPAGNON حين يقول:

"« Comment savez-vous que cette phrase veut dire ceci plutôt que cela ? - À cause du contexte. » La situation qui consiste à redresser un contresens dans une classe est des plus ordinaires, et l'appel au contexte est la méthode habituelle pour résoudre de tels conflits d'interprétation : ce passage ne peut pas vouloir dire cela à cause du contexte. Le professeur a traditionnellement pour rôle de donner le contexte (on l'accuse aujourd'hui de garder des cartes dans sa manche, de les produire comme des arguments d'autorité ; la lecture méthodique entend limiter cet usage jugé abusif du contexte). Or le contexte est constitué de tout un ensemble de facteurs, depuis les mots voisins jusqu'au milieu historique dans son ensemble en passant par les traditions et conventions sur lesquelles le locuteur s'appuie, ses usages linguistiques et culturels, etc. Le contexte désigne à la fois les faits qui accompagnent le sens du texte et les constructions qui font partie du sens du texte. Les mots voisins sont des faits, des données, mais leur sens est une construction que nous assimilons à une donnée, parce qu'elle nous semble moins problématique que la crux, le passage litigieux. La situation historique est une donnée, mais l'attitude du locuteur par rapport à l'énoncé est une construction [...] Le contexte est donc un mot très ambigu : il désigne à la fois les données du milieu permettant de concevoir la notion juste du tout d'un texte, et cette notion construite du tout d'un texte permettant de déterminer le sens d'une partie de ce texte. Mais les données de la situation ne déterminent pas directement le sens ; elles suggèrent un type plus probable de sens ; et c'est ce type plus probable de sens qui détermine le sens de la partie que nous défendons en invoquant le contexte. Autrement dit, l'essentiel du contexte est le genre, le genre intrinsèque du discours (le type probable du sens). Le reste du contexte est constitué d'indices du genre intrinsèque mais ne peut pas déterminer les sens partiels". (La notion de genre : 11. Genre et réception <http://www.fabula.org/compagnon/genre11.php>).

<sup>418</sup> قارن مع: وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 262.

<sup>419</sup> يقول أحدهم إنّ أهمّ أنواع التخصيص هي هذه الأربعة: وهبة الزحيلي، م س، ج 1، ص 262، عدد 37 وعدد 45.

انظر حول عموم صور التخصيص وأمثلة له من القانون الإسلامي ومن القانون الفرنسي: Abdelmagid ZARROUKI, Le raisonnement a contrario (préc.), n° 10 et s.

<sup>420</sup> انظر هذا النصّ بعدد 43.

<sup>421</sup> انظر عدد 43.

مثال الشرط: يمكن الإتيان به من الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود، الذي يقول: "[...] وكذلك حكم التّغريب الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به". فتغريب الغير مطلق، لكنّه قيّد بالتّغريب الذي يعلمه المنتفع<sup>422</sup>.

مثال الوصف: يمكن المجيء به من الفقرة الثّانية من الفصل 46 من مجلة الأحوال الشّخصيّة، التي تقول: "كما يستمرّ الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النّظر عن سنّهم". فلفظ الأبناء عام<sup>423</sup> لكنّه خصّص بوصف أوّل: المعوقين، وبوصف ثان: العاجزين عن الكسب.

مثال الغاية: يمكن استقواؤه من الفقرة الأولى من الفصل 46 من مجلة الأحوال الشّخصيّة، التي تقول: "يستمرّ الإنفاق على الأبناء حتّى بلوغ سنّ الرّشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلّمهم [...]". فهنا حُصر الإنفاق في الأبناء الذين لم يبلغوا سنّ الرّشد والذين لم ينهوا تعلّمهم<sup>424</sup>.

في كلّ هذه النّصوص عامّ أو مطلق. والحقيقة اللغويّة للعامّ هي العموم وللمطلق الإطلاق. لكنّ إعطاء المعنى المتمثّل في العموم أو في الإطلاق رهين عدم وجود دليل على أنّ مقصود المتكلّم معنى آخر. وفي الصّور التي رأينا، الدليل موجود، بل هو بيّن الوجود لأنّه متّصل باللفظ العامّ أو المطلق.

إذا تمّ المرور إلى العقد، أمكن إعطاء مثال نظرت فيه محكمة التّعقيب. وحاصله عقد بيع أرض وقع التّنصيب على أنّها تابعة للقطعة "عدد 748 س". ولهذا التّنصيب حقيقة لغويّة. لكن، وفي العقد نفسه، وجد وصف للمبيع ينطبق على قطعة أخرى. ولقد عدّت المحكمة كلام العقد المتمثّل في الوصف دليلاً على أنّه لم يُرد من التّنصيب "748 س" حقيقة اللغويّة<sup>425</sup>. وهذا الدليل كما يُرى متّصل<sup>426</sup>.

99. لكن الدليل قد يكون منفصلاً، أي قد "[...] لا يكون جزءاً من النّص [...] الذي ورد به اللفظ [...]"]<sup>427</sup>.

والدليل المنفصل قد يكون نصّاً<sup>428</sup>. ومثاله الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود، الذي رأينا<sup>429</sup> أنّه أريد منه أن يقول: كلّ دعوى ناشئة عن تعميم الذّمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة إلاّ ما سيُستثنى بعد هذا. فالاستثناء قيل هنا إنّهُ سيكون منفصلاً وإنّه سيكون لاحقاً. وأمثلة هذا الاستثناء المنفصل والقادم: الفصل 403 وغيره. ويمكن أن يضاف هنا مثال دليل منفصل، لكن لم يعلن عنه كما الحال مع الصّورة

<sup>422</sup> انظر حول تاريخ هذه النّقطة من مجلة الالتزامات والعقود: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط ... (م س)، عدد 216.

<sup>423</sup> انظر عدد 43.

<sup>424</sup> من لم ينه تعلّمه تجب نفقته إلى سنّ الخامسة والعشرين حسب النّص. أمّا البنات ف: "[...] تبقى [...] مستحقّة للنّفقة إذا لم يتوفّر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها [...]"].

<sup>425</sup> تع، عدد 11251، صادر في 22 أبريل 1985، ن. 1، ص 178.

<sup>426</sup> تحدّث الفصل 517 من مجلة الالتزامات والعقود عن الدليل المتّصل. وهو فصل جاء بقاعدة تأويل – وهذا ينبغي التنبية إليه – لا تهّم اللفظ المفرد، ولا الجملة، بل النّص. يقول الفصل 517: "فصول الكتب تؤوّل ببعضها بأن يُعطى لكلّ منها المعنى الذي تقتضيه جملة الكتب (هذا تأويل للجزء بواسطة الكلّ. فإذا أضفنا تأويل الكلّ بواسطة الجزء، كنّا أمام الدائرة الهرمينوطيقية (Le cercle hermeneutique) وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخّر في نسق الكتابة".

وتنبغي الإشارة هنا على أنّه متى عثر على القصد أعمل القصد (لذلك فإنّ قاعدة الفصل 515 هي الأساسيّة). أمّا حين لا يعثر على القصد، فعندها نأخذ بالمعنى الظاهر الذي مرّ معنا في الفقرة الأولى (إذن الأخذ بهذا المعنى احتياطي). إلى جانب هذا – وهنا نصل إلى الإشارة – تمّ فصول قدّمت حلولاً تأويليّة: الفصل 517، الفصل 518، الفصل 520، 521، 522، 523، 524، 525، 526، 527، 528، 529. ومن ينظر إلى الأعمال التّحضيريّة للفصل 515 يجد أنّ من المراجع المعتمدة: § 347، Charles AUBRY et Charles RAU. في هذا المكان نجد الفقيهين يتحدّثان عن الفصل 1156. تمّ يوردان الفصول 1161 و1163 و1158 و1159 و1157 كنصوص ينبغي اتّباعها عند استخراج القصد الذي طلبه الفصل 1156. فإذا لم تكف كلّ تلك الوسائل، تمّ التّأويل لفائدة المدّين تطبيقاً للفصل 1162.

<sup>427</sup> وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 255.

<sup>428</sup> نفس المرجع السابق ونفس المكان. انظر أيضاً: Abd al-Wahhab KHALLAF, préc., p. 243.

<sup>429</sup> انظر عدد 65.



السابقة. فالفصل 103 من مجلة الحقوق العينية مكن من الشفعة على المشتري ولم يقل إن له استثناءات. ثم جاء الفصل 107 بتخصيص فقال إنّه لا شفعة على المشتري إن كان شريكاً<sup>430</sup>.

كما أنّ الدليل المنفصل قد يتمثل في روح القانون ومبادئه العامة<sup>431</sup> وما يمكن إدراجه مع هذين العنوانين كأهداف القانون وكالمعقول<sup>432</sup> والحسّ<sup>433</sup> والعقل<sup>434</sup> وغير ذلك مما يدخل تحت نفس المظلة.

وإنّ هذه الأمور - وما سبقها أي النصّ - تهّم العقد أيضاً. فهنا أيضاً يمكن التحدّث عن روح وأهداف، كما يمكن التحدّث عن معقول وعقل<sup>435</sup>. ومن فصول تأويل العقد التي تعرّضت لما جاء للتوّ، يمكن ذكر الفصلين 517 و518 من مجلة الالتزامات والعقود.

100. فإذا أريد إعطاء أمثلة من العقد، أعطي:

<sup>430</sup> انظر عدد 87.

<sup>431</sup> انظر: Neil MACCORMICK, Raisonement juridique et théorie du droit, P.U.F., Paris, 1996, p. 181 et s.

وَقَرَّبَ من: Abd al-Wahhab KHALLAF, préc., p. 243.

<sup>432</sup> "Chaque fois que le sens clair d'un texte contredit la finalité de l'institution qu'il est censé servir, ou heurte l'équité, ou conduit à des conséquences (fin de la page 30) socialement inadmissibles, on s'efforcera de l'interpréter; le texte cessera d'être clair, car selon la valeur privilégiée, l'équité ou le bien commun, telle ou telle interprétation l'emportera en définitive (p. 31) [...] (fin de la page 37). C'est dans cet esprit que les techniques d'interprétation, justifiées par le retour à la logique juridique, qui n'est pas une logique formelle, mais une logique du **raisonnable**, lui seront d'un secours essentiel dans la mesure où elles lui permettent de conceptualiser, par une argumentation appropriée, ce que lui dicte son sens de l'équité et son sens du droit".

Chaïm PERELMAN, L'interprétation juridique, A.P.D., n° 17.

<sup>433</sup> مثال ذلك الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية القائل: "ملكّية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها [...]". فمعلوم بالحسّ والمشاهدة أنّ الفوق الذي يمكن أن يملكه الإنسان محدود وكذلك التّحت.

انظر الأمثلة الواردة عند: وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 256.

حول مبدأ واستثناءات شمول ملكّية الأرض للعلوّ والعمق، انظر: محمّد كمال شرف الدين، قانون الأموال، درس مرقون، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2002/2003، عدد 116 وما بعدها.

<sup>434</sup> "كالنصوص العامة الواردة بتكاليف شرعيّة من غير تخصيص، فإنّها تختصّ بمن هو أهل للتكليف غير الصّبيّ والمجنون مثلاً". وهبة الزّحيلي، م س، ج 1، ص 256. قَرَّبَ ما سبق من: ( أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 380: "اعلم أنّ تخصيص العامّ ونحوه كتقبيد المطلق قد يكون باللفظ وقد يكون بغيره. فغير اللفظ ثلاثة أشياء وهي: النّيّة، والعرف الشرعي، والعرف الاستعمالي ويعبّر عنه بالقرينة. وهذه الثلاثة قد ذكرها أيضاً الرّافعي في آخر كتاب الأيمان. ومثل التّخصيص بالنّيّة بقوله والله لا أكلم أحداً ونوى زيدا/ والعرف الاستعمالي بقوله لا أكل الزّؤوس، فإنّ العرف يخرج رؤوس العصافير ونحوها. ومثل العرف الشرعي بقوله لا أصلي، فإنّه محمول على الصّلاة الشرعيّة خاصّة".

انظر أيضاً من يقول:

"Un autre axiome célèbre de l'herméneutique des Lumières est celui de l'équité herméneutique due à l'auteur. Il trouve son expression la plus élaborée dans le Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst (1757) de Georg Friedrich Meier (1718-1777). L'équité herméneutique impose à l'interprète d'attribuer aux signes et à leurs inventeurs, qu'il s'agisse de Dieu ou de l'auteur humain, une perfection absolue, jusqu'à preuve du contraire. Même si, chez Meier, le postulat de l'équité se trouve fondé par en haut dans l'idée leibnizienne de la perfection divine, ses réflexions annoncent aussi bien le principe of charity dont parlent W. V. O. Quine et D. Davidson, que ce que H. G. Gadamer appelle « anticipation de la perfection » d'un texte". Jean GREISCH, Herméneutique, Encyclopædia Universalis 2009. V. aussi : Fosca MARIANI ZINI, L'équité du grammairien humaniste, Revue de Métaphysique et de Morale, 2001/1 - n° 29 : " Pour G.F. Meier la *hermeneutische Billigkeit*, l'*aequitas hermeneutica*, est un critère devant orienter toute saisie du discours d'autrui. De même que pour l'interprétation des signes naturels, c'est-à-dire des choses créées par Dieu, il faut faire l'hypothèse, en vertu du principe de raison suffisante et surtout du principe du meilleur, de la plus grande perfection possible ; de même, il faut prêter aux discours écrits et oraux la plus grande cohérence, s'agissant des signes institués expressément par les hommes pour se communiquer d'une manière intelligible leurs pensées. Chez Meier le postulat que la raison est partagée universellement conduit à la règle de l'équité se traduisant essentiellement par la *reconnaissance anticipée du caractère sensé énoncés d'autrui*. L'interprétation équitable réside toute dans cette anticipation et implique deux présupposés majeurs : autrui, quand il parle (ou écrit), sait ce qu'il dit, et n'a pas, *a priori*, d'intention trompeuse, ne ment pas systématiquement".

<sup>435</sup> انظر مثلاً: Louise POUDRIER-LEBEL, L'interprétation des contrats et la morale judiciaire, (1993) 27 R.J.T.

أولاً: مثال ورد في إطار الأعمال التحضيرية للفصل 517<sup>436</sup> ومفاده أن (أ) دائن و(ب) مدين و(ج) كفيل: فلو جاء (أ) إلى (ب) وقال له: "لا تعلق لي عليك". فهذا الكلام له معنى لنقل عرفياً مفاده أن (أ) أبرأ (ب).

لكن لو جاء (أ) إلى (ج) وطالبه؛ فقال له (ج) اذهب وطالب (ب)؛ فأجاب (أ): "لا تعلق لي على (ب)؛" فهذا الكلام معناه إبراء لـ (ب). لكنّ "[...] جعله إبراءً للأصيل مع طلب الكفيل يستلزم التناقض، إذ لو أبرأ الأصيل برئ الكفيل. وتصرف العاقل يسان عن التناقض ما أمكن<sup>437</sup>. فكأنه قال لا تعلق لي عليه لأني اخترت مطالبتك دونه. ولا يقدح فيه تمكّنه من مطالبة الأصيل أيضاً، لأنّ القضية مشروطة حاصلها: ما دمت مختاراً مطالبتك فلا تعلق لي عليه"<sup>438</sup>.

وهكذا، لكلام (أ) معنى ظاهر من مجرد التعبير، وهذا المعنى يؤخذ به لو لم يوجد دليل على أن (أ) قصد معنى مختلفاً. لكنّ هذا الدليل موجود هنا (يتمثل في العقل). لذا: سيترك المعنى الظاهر من مجرد التعبير، ويُعطى المعنى الظاهر بواسطة الدليل، أي المعنى الذي يتماشى والعقل<sup>439</sup>.

ثانياً: مثال وكالة مطلقة بشراء شيء. فالمعقول يقيد الشراء بثمان المثل أو بثمان قريب منه. ولا يمكن أن يفهم من الوكالة أن بإمكان الوكيل أن يشتري ولو بثمان مرتفع جداً<sup>440</sup>.

101. فإذا مررنا إلى القانون جننا بالأمثلة التالية:

المثال الأول، سبق معنا<sup>441</sup>، وهو للفصل 832 من مجلة الالتزامات والعقود، وللـ 1780 من المجلة المدنية الفرنسية. للنصين معنى لغوي حقيقي هو المنع. لكن تمّ من قرأ النص الفرنسي وقال بمعنى آخر. ودليل هذا المعنى الآخر يتمثل في المعقول. والمعقول هنا أن المشرع الفرنسي، وأيّ مشرع غيره، لا يريد من نصوصه نتائج اجتماعية سيئة كقطع رزق كمّ هامّ من الناس.

<sup>436</sup> انظر الفصل 602 من المشروع المراجع وانظر حاشيته حين تشير إلى الحموي، II، ص 42، عدد 6. وترجم كلامه على النحو التالي: "Aucun homme raisonnable n'est présumé se contredire."

<sup>437</sup> هذا هو المقتطف الذي ترجمه SANTILLANA.

<sup>438</sup> الحموي، II، ص 42، عدد 6.

<sup>439</sup> انظر إلى قاعدة وجوب صون كلام العاقل عن التناقض: Chaïm PERELMAN, *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, Belgique, p. 806. حيث أتى بتطبيق معروف لتلك القاعدة على نص لـ: "هيراقليط" جاء فيه: "ندخل ولا ندخل النهر مرتين". ف: "ندخل النهر مرتين" فهمت على أنها تعني ضعفه، لكي لا تتناقض مع: "لا ندخل النهر مرتين" التي فسرت على أنها تعني مياهه الجارية. وينبغي هنا أن نشير إلى أن المؤلف تحدّث في مكان سابق (ص 765) عن الحالة التي تكون فيها أمام متناقضين ولا نستطيع إقصاء أحدهما لأنّ كليهما ممكن داخل النصّ المؤل. ويقول إن معيار الإقصاء عندها يكون أيهما أصلح (قرب هذا القول من الفصول: 541 و556 و557 من مجلة الالتزامات والعقود). انظر حول تناقض نصوص القانون: عبد المجيد الزوّقي، *الحجة العقلية... (م س)*، عدد 16 وما بعدها. وانظر حول عموم التناقض، وذلك في الفضاء الفكري الغربي.

Chaïm PERELMAN, préc., p. 565 - 619 et s - 755 et s - 806; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 5<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 166 et s.; Jacques DERRIDA, *L'écriture et la différence*, éd Seuil, Paris, 1967, p. 229 et s.; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Quadriga, P.U.F., Paris, 1994, p. 136; Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Traduit par Myriam BOUZAHER, Société des Éd. Grasset et Fasquelle, Paris, 1992, p. 51 et s; Encyclopédie philosophique universelle, Les Notions philosophiques, P.U.F., Paris, 1990: sous le terme : contradiction. تمّ قرب كلّ هذا من الفصلين 531 و535 حين وقع تناولهما في إحالة من إحالات عدد 59، ومن الفصل 535 حين وقع تناوله في إحالة من إحالات عدد 108.

<sup>440</sup> تمّ استقاء هذا المثال من مقتطف سبق أن أوردناه. يقول المقتطف: "الوكالة المطلقة بشراء شيء فإنها وإن لم يوجد بها قيد للثمن فالذلافة توجب على الوكيل الشراء بالقيمة المتألية وإلا فمع الغبن اليسير ولا يحقّ للوكيل أن يشتري ذلك الشيء بثمان يكون به غبن فاحش على الموكل". علي حيدر، م س، ص 63.

<sup>441</sup> انظر عدد 94.

المثال الثاني، سبق معنا بدوره<sup>442</sup>، وهو لأمر 11 نوفمبر 1917. هنا لكلام المشرع الفرنسي معنى حقيقي لغوي، لكن من غير معقول أن يكون المقصود. وهكذا فالمعقول يعدّ الدليل الذي يظهر به معنى آخر على المعنى الحقيقي اللغوي<sup>443</sup>.

المثال الثالث، هو للفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود. هذا النصّ أورد عبارة الوفاء عامّة، تشمل الكلّي والجزئي<sup>444</sup>. لكنّ قبول الدّفع في صورة طلب التّنفيد الجزئي من شأنه أن يؤدي أحياناً (صورة قرض رُدّ جزؤه وبقي جزء هو المطالب به) إلى نتائج مجافية للعدل. لأجل هذا السّبب، يمكن – لمن يرى أنّ قصد المشرع هو الإنصاف – أن يخرج الصّورة الواردة للتّو من الفصل 335. بعبارة مختصرة، يمكنه تخصيص عبارة الوفاء بواسطة المعقول. والمعقول هنا أنّ المشرع لا يريد من نصوصه نتائج تمثّل ظلماً فجاً<sup>445</sup>.

102. وإنّ مسألة المعقول لها علاقة بعلامات المجاز اللغوي<sup>446</sup>، أي أنّ المعقول هو العلامة أو القرينة<sup>447</sup> أو الدليل الذي يجعل العلويّة والظهور للمجاز اللغوي<sup>448</sup> ولغيره.

<sup>442</sup> انظر عدد 94.

<sup>443</sup> Cf. T. Civ. Seine, 24 Avril 1952, JCP, 1952, II, 7108: "Attendu que toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscure ni ambigu et doit par conséquent être tenu pour certain; qu'il n'y aurait exception que si l'application du texte aboutissait à une **absurdité**" (cité par **Louis BACH**, jurisprudence, Rep. Civ. Dalloz, Août 2000, n° 106.)

انظر أيضاً الدوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب، وهي تقول: "إنّ مجلة الحقوق العينية لم تلغ صراحة أو ضمناً الحقوق المكتسبة قبل نفاذها ولا يمكن أن تتجه نيّة المشرع إلى ذلك لما فيه من خرق لقاعدة عامّة مسلم بها في كلّ التّشريع مفاهاً أنّ كلّ الحقوق المكتسبة في ظلّ قانون سابق تبقى على نفاذها". تع، عدد 12082، صادر في 7 جانفي 1992، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 437.

<sup>444</sup> انظر عدد 87.

<sup>445</sup> في فرنسا، اقترح عدم قبول الدّفع في هذه الصّورة: **François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE**, préc. (8<sup>ème</sup> éd.), n° 417.

وإضافة إلى ما جاء في المتن، يمكن تقديم أمثلة أخرى:

- مثال الفصل 426 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقول: "لا يسوغ إثبات الالتزام [...] إذا كان مآله إثبات وجود التزام غير مباح [...]". في شأن هذا النصّ، يقول أحدهم: لكي يبطل التزاماً غير مباح، ينبغي أولاً إثبات وجوده. فإذا كان هذا الإثبات ممنوعاً، لن يبطل أبداً مثل هذا الالتزام. لذا ينبغي فهم الفصل 426 على أنّه منع إثبات التزام غير مباح إذا كانت الغاية المطالبة بتنفيذه. **Malek BADRI**, Le code des obligations et des contrats et la maxime « Nemo auditur... », Mém, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2003 - 2004, p. 61 et s.

ويمكن القول، إنّ صاحب هذا الكلام قد أعطى النصّ المعنى الذي يجعله معقولاً، أي أنّه رأى أن من المعقول أن يريد المشرع معنى معيّنًا ولا يريد خلافه.

لكن تتبني الإشارة إلى أنّه يجب، لكي يستقيم الفصل 426 كمثال في عملنا، أن نكون قد بحثنا في أعماله التّحضيرية فلم نجد شيئاً ينبئ بأنّه أريد منه المعنى الذي وصفناه منذ قليل على أنّه المعقول (تتمثّل هذه الأعمال التّحضيرية بالأساس في الفصل 447 من المشروع المُراجَع وفي المراجع الواردة في حاشيته).

- مثال الفصل 57 و60 من مجلة الالتزامات والعقود. فالمعقول يفرض فهم الفصل 57 على أنّه لتغيير أحدث غلطاً أحدث غلطاً يساوي أو يقلّ عن التّلت. كما يفرض المعقول فهم الفصل 60 على أنّه لتغيير أحدث غلطاً أحدث غلطاً يساوي أو يقلّ عن التّلت. انظر حول هذا الفهم للفصلين: **عبد المجيد الزّروقي**، أحكام الغلط (م س)، عدد 257 وما بعده.

- مثال الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود. من يبحث في أعماله التّحضيرية، يمكنه القول إنّ حصر إجازة اشتراط منفعة للغير في صورتين: أولاً، إن وجد الاشتراط ضمن عقد بعوض لفائدة كلّ واحد من المتعاقدين؛ ثانياً، إن وجد الاشتراط ضمن تبرّع. ومن ينظر إلى عقد التّأمين على الحياة، يجد حاصله اشتراط منفعة للغير، لكن ضمن عقد لا يدخل لا في الصّورة الأولى ولا في الصّورة الثانية التي أجاز فيها الاشتراط. لذا فإنّ الاشتراط في عقد التّأمين على الحياة مخالف للفصل 38. ويترتّب عن ذلك أنّ هذا الاشتراط باطل على معنى الفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود. فإذا قيل إنّ الحياة العمليّة بحاجة إلى عقود التّأمين على الحياة، عندها يكون المعنى المتوصّل إليه غير معقول (من غير المعقول أن يقصد مشرع القول ببطلان عقد تحتاجه الحياة العمليّة)، وعندها قد يقول المؤرّل إنّ المشرع أراد في الفصل 38 ضمن ما أراد عقود التّأمين على الحياة. كلّ ما سبق، يصحّ بين تاريخ دخول مجلة الالتزامات والعقود حيّز التّنفيد وتاريخ دخول أمر 16 ماي 1931 المتعلّق بعقد التّأمين حيّز التّطبيق. في هذا الأمر أبيع عقد التّأمين على الحياة. لذا لم تعدّ ثمّ حاجة، من أجل هذه الإباحة، إلى فهم الفصل 38 الفهم الوارد أعلاه (الآن، لم يعدّ أمر 16 ماي 1931 منطبقاً، وقد عوّض بمجلة التّأمين الصّادرة في 9 مارس 1992: على المستوى الذي يهّمنا، ما قيل عن أمر 1931 يُقال أيضاً عن المجلة).

<sup>446</sup> قيل سابقاً إنّ الحقيقة العرفيّة، إلخ مجاز لغوي. لذلك يقال إنّ من علامات المجاز اللغوي العرف. أو بعبارتهم المستعملة غالباً: تتعدّد الحقيقة (اللغوية) عرفاً. انظر **وهبة الزّحيلي** (م س، ج 1، ص 297) حين يتحدّث عن التعدّد العرفي وكذلك الشّرعي، إلخ.

103. ويمكن أن يضاف، كدليل منفصل، الأعمال التحضيرية بالنسبة إلى القانون<sup>449</sup>، وما سبق الإبرام وغيره من وقائع بالنسبة إلى العقد<sup>450</sup>.

وفعلا نحن هنا أمام لفظ (أو تركيب ألفاظ). ولهذا اللفظ معنى حقيقي. وقد يكون العاقد أو المشرع لم يقصد هذا المعنى. وقصده أو نيته أو إرادته أمر باطني. والأمر الباطني يخفى ولا يعرف إلا بعبارة عنه، أي بدليل.

فإذا تعلق الأمر بالعقد، أمكن القول إن الدليل (الذي يحمل ما مفاده أن العاقد أراد معنى غير المعنى الحقيقي)<sup>451</sup> قد يتمثل في وضع الأطراف، أو في مهنتهم، أو في علاقاتهم السابقة، أو في الأسباب التي دعتهم للتعاقد، وفي غير ذلك من الأمور<sup>452</sup>.

<sup>447</sup> "القرينة: هي الأمر الذي يجعله المتكلم دليلا على أنه أراد باللفظ غير ما وضع له. فهي تصرف الذهن عن المعنى الوضعي، إلى المعنى المجازي [...] والقرينة إما لفظية وإما حالية. فاللفظية هي التي يلفظ بها في التركيب. والحالية هي التي تفهم من حال المتكلم". السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 318، الإحالة رقم 1.

وعلى هذا فإن ما أسميناه دليلا معارضا في المتن هو المسمى هنا بالقرينة. وينبغي أن يضاف هنا أن القرينة في المجاز ممانعة من إرادة المعنى الوضعي (لذلك يعرف المجاز: "هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي. السيد أحمد الهاشمي، م س، ص 318).

مثال: فلان أسد. فأسد مجاز وهناك قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي (في المتن نقول: دليل معارض للمعنى الحقيقي، إلخ) وهي المعقول، فيمتنع أن يكون الإنسان هو الحيوان المفترس الذي له أربع (إلخ) والمسمى بالأسد. أما في الكناية (انظر عدد 65) فالقرينة غير مانعة من إرادة المعنى الحقيقي. مثال: فلان كثير الرماد، وهناك قرينة على أن المراد: فلان كريم. فهذه القرينة لا تمنع من إرادة المعنى الحقيقي (كثرة الرماد).

<sup>448</sup> انظر (جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر) السيوطي (م س، ص 288 وما بعدها) الذي يقول: "ومن علامات المجاز إطلاق اللفظ على ما يستحيل تعلقه به [...] (ومن العلامات أيضا) أن الحقيقة يقاس عليها والمجاز لا يقاس عليه [...] (و) الحقيقة يشقّ منها التبعوت [...] والمجاز لا [...] (و) الحقيقة والمجاز يفترقان في الجمع".

وانظر: (علي بن عبد الكافي) السبكي، م س، ج 1، ص 321: "[...] وعلامة المجاز الإطلاق على المستحيل [...]". انظر حول عموم علامات المجاز: السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (م س)، ج 1، ص 222 وما بعدها؛ (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 54؛ (أبو الحسن علي بن محمد) الأمدي، م س، ج 1، ص 56 وما بعدها؛ (محمد بن عمر بن الحسين) الرازي، م س، ج 1، ص 480 وما بعدها.

انظر حول مسألة الاستحالة: Umberto ECO, préc, p. 153 et s.

"Beardsley (1958), Hesse (1966), Levin (1977), Searl (1980) et d'autres partent de l'hypothèse qu'un sens littéral est identifiable quand ils suggèrent que, pour interpréter métaphoriquement un énoncé, le destinataire doit reconnaître son absurdité: s'il était entendu au sens littéral, on aurait un cas d'anomalie sémantique (la rose s'évanouit), une auto contradiction (la bête humaine) ou une violation de la norme pragmatique de la qualité, et donc une assertion fausse (cet homme est une bête)".

<sup>449</sup> انظر إلى: Henri CAPITANT, Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, in: Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Éd Toplos Verlag AG (Liechtenstein) et lib Edouard DUCHEMIN (Paris), 1977, T. II, p. 204; Jean CARBONNIER, Introduction (préc.), n°s 154 et s.; Ezzeddine ARFAOUI, préc, p. 240 et s.; Hatem KOTRANE, préc, n°150; Slaheddine MELLOULI, préc, n°473; Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, Introduction... (préc.), n°410.

<sup>450</sup> انظر إلى: سامي الجريبي، م س، ص 99 وما بعدها؛ محمد الزين، م س، ص 70؛

Claude WITZ, préc., n° 195; Alfred RIEG, Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>ème</sup> s, A.P.D. n° XIII, p. 37.

<sup>451</sup> هذا الكلام يمكن أن يهّم أيضا الدليل الذي يحمل ما مفاده أن العاقد أراد المعنى الحقيقي.

<sup>452</sup> نجد هذا الكلام عند: Charles DEMOLOMBE, préc, XXV, n°4.

وهو مرجع مستعمل في الأعمال التحضيرية للفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود.

انظر أيضا: Alfred RIEG, préc., A.P.D., n° 13, p. 37; Claude WITZ, préc., n° 195; François LAURENT, préc, XVI, n° 503.

انظر كذلك: تع، عدد 1268، صادر في 29 مارس 1979، ن. I، ص 158.

وينبغي أن تضاف هنا ملاحظتان:

أولاهما أن DEMOLOMBE استعمل في عدد 4 في إطار الأعمال التحضيرية للفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود، واستعمل منه عدد 5 في إطار الأعمال التحضيرية للفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود، وحاصل كلام DEMOLOMBE في هذين المكانين أن:

اللفظ - حين لا يوجد دليل معارض - يؤخذ بمعناه الحقيقي لأنّ هذا المعنى هو المقصود.

اللفظ - حين يوجد دليل معارض - يؤخذ بما عليه الدليل المعارض لأنّ هذا هو المقصود. (نفس هذا الكلام يمكن الخروج به من عند: François LAURENT, préc, XVI, n° 502).

أما إذا تعلّق الأمر بالقانون، فالدليل المنفصل المتمثّل في الأعمال التحضيرية حاصله عرض البواعث، والتقارير، والنقاشات البرلمانية<sup>453</sup>، إلخ<sup>454</sup>.

ويمكن أن يؤخذ - كمثال في إطار القانون - صورة سبق التّعرض إليها، وهي للفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود. فلقد قيل عن هذه الصّورة إنّها لدليل منفصل. والمتنبّت سيجد أنّ هذا الدّليل المنفصل مأتيّ به من الأعمال التحضيرية<sup>455</sup>.

ومن العقد يمكن أن يعطى مثال بيع ينصّ على أنّ المبيع بقرة. فهنا نحن أمام مطلق. لكنّ المراد بقرة حلوب. والدّليل على المراد دليلٌ منفصل يتمثّل في مهنة المشتري<sup>456</sup>.

104. والدّليل - منفصله ومتّصله - يدخل ضمن تقسيم ثان. في هذا التقسيم الثّاني يفصل بين الدّليل الذي لا ينتج عن تخمين أو افتراض، والدّليل الذي ينتج عنهما<sup>457</sup>.

ولتبيّن هذا الفصل، تنبغي إعادة الإشارة إلى أنّ اللفظ له معنى حقيقي. فإذا كان صاحبه (العاقِد أو المشرّع) قد أراد منه معنى آخر، فهذه الإرادة - لكونها من الباطن - تحتاج إلى عبارة عنها وإلى دليل عليها.

وهنا سنكون أمام صورتين:

إمّا أنّه لدينا لفظ له معنى حقيقي هو (أ). ومع هذا اللفظ أو بصفة منفصلة عنه (الأعمال التحضيرية، إلخ) نجد أنّه قُصِدَ منه المعنى (ب).

وإمّا أنه لدينا لفظ له معنى حقيقي هو (أ). فإذا عرفنا الهدف الذي يريد أن يصل إليه صاحب اللفظ، أو إذا نظرنا لكونه عاقلًا<sup>458</sup> أو لغير ذلك من الأمور، قلنا: من يريد هذا الهدف، أو من هو عاقل (إلخ)، لا بدّ أنّه يقصد المعنى (ب).

في الصّورة الأولى، حين نقول إنّ هنالك دليلاً على المعنى (ب)، لا نكون قد قمنا بتخمين ولا نكون قد افترضنا شيئاً.

أما في الصّورة الثّانية، فنعم.

---

ثانيتها أنّه، وحسب LAURENT (ج 16، عدد 503)، تمّ حدّ للبحث عن الدّليل خارج العمل القانوني. وهذا الحدّ (وسنعتي أمثلة LAURENT ولكن سنجعلها من مجلة الالتزامات والعقود) يتمثّل في: قاعدة الفصل 474 ف 1 من مجلة الالتزامات والعقود: "لا تقبل بيّنة الشّهود فيما بين المتعاقدين لمعارضة ما تضمّنه الكتب أو لإثبات ما ليس به [...]".

لكن لهذه القاعدة استثناءات ترجعنا إلى الأخذ بالدّليل المنفصل، وهذه الاستثناءات نجدها بالفقرة 2 من نفس الفصل، ونجدها بالفصلين 477 و478 من مجلة الالتزامات والعقود.

قاعدة الفصل 548 من مجلة الالتزامات والعقود: "ما يصدر من شخص لا يكون حجة له".  
453 انظر محكمة التعقيب وهي تعود إلى الأعمال التحضيرية متمثلة في النقاشات البرلمانية: تع، عدد 6457، صادر في 22 فيفري 2007 (غير منشور): "وحيث لتجاوز هذه الصّعوبة الناجمة عن غموض النّص ودلالته الحرفية والظاهرية يستدعي الأمر إعمال قواعد التّأويل المقرّرة قانوناً وخاصّة الفصل 532 [...] ومن ثمّ إنّ من الضروري استجلاء مقصد المشرّع للوقوف على دلالة النّص [...] وحيث بالإضافة إلى ذلك وزيادة في التّحرّي لاستجلاء مقصد المشرّع تمّ الرجوع إلى مداولات مجلس النّواب [...]".

454 انظر إلى: Jean CARBONNIER, Introduction (préc.), n° 154.

وانظر كذلك إلى: Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 240 et s.

455 انظر عدد 65 وعدد 99.

456 انظر هذا المثال عند: علي حيدر، م س، ج 1، ص 307.

457 انظر " : Jean CARBONNIER, Introduction (préc.), n° 154

458 انظر إلى عدد 101 وما بعده.

105. فإذا اعتنى بالصورة الثانية ورُكِّز داخلها على القانون (سبب التركيز أنّ المسألة هي أهمّ في القانون؛ لكنّ الذي سيقال يمكن سحب جزئه الأكبر على العقد)، وُجد أنّ البعض يتحدّث داخلها عن التّأويل الدّيناميكي<sup>459</sup> وعن الإيديولوجيا التّأويلية الدّيناميكية المتمثّلة في مجموعة من القيم الأساسيّة: قيم القانون الطّبيعي، وقيم الأخلاق، وقيم الإنصاف وقيم العدل<sup>460</sup> وغير ذلك<sup>461</sup>.

106. وإنّ هذه القيم تمثّل دليلاً تخمينياً:

فإذا تعلّق الأمر بموادّ الكلام، ومثال ذلك أن نكون أمام لفظ له المعنى الحقيقي (أ)، وإذا اتّفق أن كان هذا المعنى مخالفاً للإنصاف أو العدل أو الأخلاق أو القانون الطّبيعي (إلخ)،... إذا تعلّق الأمر بما سبق وإذا اتّفق ما تقدّم، فإنّ المؤلّ يعدّ الإنصاف (إلخ) دليلاً على أنّه قُصد من اللفظ لا المعنى (أ) بل المعنى الموافق للإنصاف (إلخ).

ونفس القول يصحّ لو كنّا أمام هيئات الكلام<sup>462</sup>.

ويمكن أن يضرب مثال لقانون إنجليزي كان ساري المفعول في بداية القرن التاسع عشر، وكان ينصّ على عقوبة الإعدام فيما يخصّ جرائم عدّت خطيرة. من هذه الجرائم سرقة 40 "شيلينغ" (shilling) فما فوق. "[...] وطوال سنوات قدرّ القضاة كلّ سرقة، أيّاً كانت، بأنّها سرقة لـ: 39 «شيلينغ» لكي لا يعاقبوا بالإعدام. إلى أن جاء يوم قدرّوا فيه - وذلك في قضية بتاريخ 1808 - بـ: 39 «شيلينغ» سرقة 10 «ليرات استرلينية» (livres sterlings)، أي 200 «شيلينغ»<sup>463</sup>.

<sup>459</sup> أما الصّورة الأولى فيتحدّث داخلها عن تأويل سكوني. انظر مثلاً: Chaïm PERELMAN, Logique juridique, préc, p. 59;

Chaïm PERELMAN, art. préc, p. 31.

وهناك من يستعمل بدل التّأويل السكوني *interprétation statique* التّأويل التّصريحي *interprétation déclarative*؛ وبدل التّأويل الدّيناميكي *interprétation dynamique* التّأويل الإنشائي *interprétation constitutive*

انظر مثلاً: Yann PACLOT, Recherche sur l'interprétation juridique, Th. de Doctorat, Paris II, 1988.

وقارن مع: سامي الجري، م س، عدد 24 وما بعده.

<sup>460</sup> قُرب اعتماد الإنصاف والعدل ممّا يُسمّى في علم أصول الفقه بالاستحسان. انظر: حَصادي ذويب، جدل الأصول والواقع (أصل هذا العمل أطروحة دكتورا دولة نوقشت في كليّة الآداب بمئونة يوم 13 جوان 2007، تحت العنوان: أصول الفقه وصلتها بالواقع التّاريخي)، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط 1، 2009، ص 479 حيث يتحدّث عن الاستحسان كأداة تأويل، وص 481 حيث يقول: يرى البعض الاستحسان "قريباً من مفهوم العدل في القانون الغربي"، ويحيل على: Abdul Hannan Shah, Usul al fikh, p. 25 et 26.

<sup>461</sup> انظر إلى: Jerzy WROBLEWSKI, L'interprétation en droit: théorie et idéologie, A.P.D., n° 17, p. 63 et s. (notamment p. 66.)

وانظره في ص 67 حيث يتحدّث عن إعطاء العبارة المعنى اللغوي أو إعطائها المعنى الذي لا يوجد تناقضاً في القانون (العقل)، حيث يتحدّث عن كلّ هذا بوصفه تأويلاً لا يتبع مسألة القيم والتّقييم:

"Parmi les directives interprétatives on trouve un groupe qui ne se réfère pas aux évaluations. Ce sont les directives qui n'impliquent d'évaluations ni comme conditions de leur application ni dans leur contenu indiquant comment on doit déterminer le sens de la norme. Ces directives sont fondées sur certaines propriétés du langage et du système juridique. Par exemple: «on doit déterminer le sens des expressions complexes selon les règles syntaxiques du langage donné»; on doit déterminer le sens de telle façon que la norme n'entre en contradiction avec aucune norme du système en vigueur".

<sup>462</sup> انظر مثلاً: Chaïm PERELMAN, art. préc., p. 30 et s.; Mario SBRICCOLI, Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du moyen âge, A.P.D., n° 17, p. 105 et s.; Jerzy WROBLEWSKI, art. préc., p. 61; Léon HUSSON, Analyse critique de la méthode de l'exégèse, A.P.D., n° 17, p. 119; K. STOYANOVITCH, L'interprétation du droit dans les pays socialistes, A.P.D., n° 17, p. 153; Chaïm PERELMAN, Logique juridique... (préc.), n° 92.

ويمكن القول: إنّ النّية تعرف بعبارة. والعبارة عن النّية تتمثّل في اللفظ الذي نكون بصدد تأويله وتتمثّل في غير ذلك اللفظ (لفظ معه، منفصل عنه، ما ليس لفظاً...). فمن اللفظ الذي نحن بصدد تأويله ومنه لوحده نعطي المعنى الموجود في النظام اللغوي العامّ (المعنى اللغوي الوضعي والمعنى اللغوي العرفي)، أي نعطي ما نفترض أنّه أريد. ومن غير ذلك اللفظ نخرج ما أريد من اللفظ الذي نحن بصدد تأويله (هنا أيضاً قد نكون أمام افتراض). وما نخرجه قد يوافق المعنى الوضعي...، أي الافتراض وقد لا يوافقه (أي ربّما افتراض يوافق أو لا يوافق افتراضاً آخر).

<sup>463</sup> G. GOTTLIEB, The logic of choice, Allen and Unwin, London, 1968, p. 44, cité par Chaïm PERELMAN, Logique juridique... (préc.), n° 36, p. 63.

ويمكن تحليل هذه الصورة على أنها للفظ له معنى حقيقي. لكن صاحب النص (رؤي) أو افتراض عن خطأ أو عن صواب أنه) لم يرد ذلك المعنى. والدليل هو حال الالفاظ المتمثل في كونه يبحث عن العدل والإنصاف والمعقول (إلخ). وإن هذا المثال لأقصى. والأقصى يغني عن الإتيان بالأدنى<sup>464</sup>.

107. لكن - وخلافا للصورة السابقة حيث يتحدث الدليل استحداثا من قبل المؤول لكي يترك المعنى الحقيقي - ثم صور يلغي المؤول فيها هذا الدليل.

وهنا أيضا سنأتي بأمثلة<sup>465</sup> قصوى لكي تغني عن الدنيا:

والمثال الأول يهّم خلافا حصل بين حكماء لبني إسرائيل. وخالصة هذا الخلاف هو: هل أن الله يعدّ شيئاً معيناً في ظروف معينة ظاهراً أو نجساً؟ فذهب أحدهم إلى الرأي الأول، وذهب الباقيون إلى الرأي الثاني. وجاء صوت من السماء يقول إن الرأي الأول هو المطابق للقانون. لكن الأغلبية بقيت على موقفها<sup>466</sup>. فهنا نحن أمام معنى؛ وصاحب النص قال إنه أراد هذا المعنى؛ مع ذلك لم يؤخذ بقوله. بعبارة أخرى - وإذا غيرنا من المثال قليلا لكي يتطابق مع ما نحن بصدده - جاء القانون أو العقد بلفظ. لهذا اللفظ معنى حقيقي. وتمّ دليل على أنه أريد هذا المعنى. لكن المؤول يبعد كل ذلك. وقد يستند في موقفه إلى دليل تخميني كالعدل والإنصاف ومقتضيات الحياة العملية وغير ذلك. فإذا فعل يكون قد ألغى دليلا، لكن من أجل أعمال دليل آخر. وقد يكون الدليل الأول هو الذي يوافق حقاً نية صاحب اللفظ زيادة على موافقته للفظ نفسه، لكن رغم ذلك يقول المؤول - وبهذا لا يخرج عن دائرة التأويل<sup>467</sup> - إن هناك دليلا آخر<sup>468</sup>.

<sup>464</sup> من الأمثلة الدنيا، يمكن أن نأخذ صورة عبارة وردت في القانون التونسي واختلفت قرارات المحاكم حولها. - فجاءت قرارات تعقيبية لتقول مرة:

تج، عدد 28165، صادر في 25 نوفمبر 2008 (غير منشور): "فحصر الحرمان من الضمان عند السياقة بحالة سكر في السائق المالك للسيارة دون السائق مكتتب عقد التأمين أو حافظ السيارة يعتبر تفرقة بين متساويين لا مبرر له ومخالفا للقاعدة القانونية العامة التي تقتضي المساواة أمام القانون ومخالفاً بالتالي لأحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي تفسير القواعد القانونية طبق القواعد العامة، فحصر الاستثناء في مالك العربية دون سواه يجعل أغلب السائقين غير مسؤولين مدنياً عن سياقتهم بحالة سكر بما يؤدي إلى الإخلال بالهدف الذي أراده المشرع بالاستثناء وهو الحد من مخاطر حوادث الطريق، فيكون قضاء محكمة القرار المطعون فيه بالصورة التي عليها قرارها مخالفاً للفصلين 1 و 4 من أمر 30 جانفي 1961".

تج، عدد 18726، صادر في 26 فيفري 1988، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 528 - 538: "وحيث تجدر الملاحظة أن المشرع عير على مقصده الحقيقي من كلمة المؤمنم (بالفتح) في تعريفه لمعناه تعريفاً واضحاً بالفصل الأول من الأمر عدد 61 المؤرخ في 30 جانفي 1961 كما يلي: أ - من عبارة المؤمنم (بالفتح): المكتتب لعقد التأمين ومالك العربية وكل شخص مكلف بموجب رخصة منهما بحراسة العربية أو سوقها إلخ. وحيث اقتضى الفصل 4 من الأمر المشار إليه في فقرته الثالثة أن المؤمنم (بالفتح) الذي يسوق سيارته بنفسه [...] (والذي) حكم عليه لأنه كان يسوق وهو في حالة سكر بادية للعيان يحرم من الضمان [...] وحيث أن ضمير الغائب في (سيارته) يرجع إلى المؤمنم القريب لا إلى المالك البعيد [...] إذ لو قصد المشرع المالك بالذات لقال مثلاً (المالك المؤمنم) أو (المؤمنم المالك) استبعاداً لغيره [...] وحيث يستخلص والحالة تلك أن كلمة المؤمنم الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل الرابع الأنف الذكر لا تفيد الحصر والقصر على مالك السيارة، بل تفيد كل من شملهم التعريف المبين بالفصل الأول المشار إليه وهو المؤمنم بمفهومه الواسع ضرورة (أن) عبارة القانون تؤخذ على إطلاقها".

- ولتقول مرة أخرى:

تج، عدد 41315، صادر في 18 جانفي 1996 (ومثله القرارات عدد: 58348 و 41473 و 42294)، قرارات الدوائر المجتمعة 1995 - 1996، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 26 - 31: "[...] على أن الاستثناء من الضمان يجب أن يكون صريحاً وبذلك لا يمكن تفسير الفقرة المشار إليها بما يوسع مجال تطبيق الحرمان وهو ما يقتضيه أيضاً الفصل 540 ومجلة الالتزامات والعقود في تأويل النصوص القانونية والذي يوجب عدم التوسع في الاستثناءات التي أتى بها القانون. وحيث أنه لو كان المقصود تعميم الحرمان على كل المؤمنم (بالفتح) سواء تولوا السياقة أو لا إذا ارتكب أحدهم حادث مرور وهو بحالة سكر لما كانت هناك حاجة للتخصيص بعبارة (الذي يسوق سيارته بنفسه). وما دام قد حصل التخصيص فهو يدل على حصر الحرمان في نطاق أضيق مما لو بقيت كلمة (مؤمنم) دون إضافة (الذي يسوق سيارته) [...] وحيث أنه تبعاً لذلك يعتبر تفسير الفقرة الثالثة من الفصل الرابع بحصر الحرمان من الضمان في المؤمنم الذي يسوق بحالة سكر مطابقاً لشروط التأويل الواردة بالفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود لاعتماده على الملول اللغوي وإرادة المشرع".

<sup>465</sup> وإن لم يكن أولها من القانون الوضعي، وإن لم يكن ثانيها متعلقاً بالقانون بل بالإقرار في المادة الجزائية.

<sup>466</sup> انظر: Chaïm PERELMAN, art. préc., p. 34 - 35.

<sup>467</sup> « [...] il faut quelle (l'interprétation) n'est pas la prétention d'avoir inventé ; sinon elle ne serait plus interprétation [...] ». DEMOLOMBE, cité par Léon HUSSON, Analyse... (préc.), p. 119.

<sup>468</sup> في المثال الذي ذكر أعلاه استندت الأغلبية إلى نص من التوراة مفاده أن القانون تغيره الأغلبية. ويعلق "حاييم بيرلمان" على هذه الواقعة قائلاً بأنها جديّة معبرة، فلقد أبعد المؤولون صاحب النص عن نقاشاتهم، وإن كان صاحب النص هو الله: Chaïm PERELMAN, art. préc., p. 34 - 35.

فهنا يلغي المؤول الدليل الذي يوافق حقاً إرادة صاحب النص دليل لا يوافق تلك الإرادة، أي دليل ليس بدليل حقيقي على الإرادة<sup>469</sup> (قد يُقال هنا غير الذي ورد للتو ... قد يُقال: لقد خرجنا هنا من دائرة تأويل النص ودخلنا دائرة استخدام النص).

فإذا مررنا للمثال الثاني، وجدناه يهّم من أقرّ بأنه "أخذ" مال غيره. فعلى أساس هذا الإقرار أُخِذَ لِيُقَطَعَ. لكنّ أبا يوسف صاحب أبي حنيفة اعترض. وكانت حجّته أنّ الإقرار مطلق إذ "الأخذ" يشمل الغصب<sup>470</sup> والسّرقة، والحدّ لا يقام بعبارة تحتمل أكثر من معنى. وعلى هذا عدّ الرّجل مجرد غاصب. لكنّ هذا الرّجل قال بعد ذلك: "سرقته". وهكذا يكون قد أعطى المقصود من قوله الأوّل: "أخذت". وعليه صرنا أمام لفظ وأمام دليل على المقصود منه. ولم يسع أبو يوسف إلّا أن يأخذ بالدليل. لكنّه قال إنّ الإقرار بالسّرقة من شأنه أن يزيل الضّمان التّاجم عن اعتبار الرّجل غاصباً. والإقرار باطل إن كان هذا هو شأنه<sup>471</sup>. وهكذا لم يقرّ المؤول بالدليل إلّا لبيطله، ويعود من هنالك إلى المعنى الذي قرّر مسبقاً أن يأخذ به.

108. وأياً كانت الدّوافع، فإنّ هذا المثال وسابقه يفيد بأنّ النصّ (العقدي، وخاصّة القانوني) له معنى حقيقي. والمؤول، إن أراد الأخذ بهذا المعنى، أسقط كلّ دليل يصبّ في اتجاه كون قصد صاحب النصّ معارضاً للمعنى الحقيقي. وتختلف المواقف من فعل المؤول بحسب القوّة الفنّيّة لذلك الفعل أو بحسب مشروعيتّه أو بحسب الأمرين معاً<sup>472</sup>. أمّا إذا أراد المؤول عدم الأخذ بذلك المعنى فإنّه يستحدث الدليل استحداثاً. وهنا يحدثنا أحدهم - فيما يخصّ القانون - عن عدّة طرق منها "[...] إمكانيّة اللعب على سبب القانون الذي هو وعاء بلا قاع ويستطيع رجل القانون أن يضع فيه ما يشاء بشرط تأسيس اختياره على برهنة ما. ومنها أيضاً إمكانيّة تقويم القاعدة [...] بالقول إنّ التقويم يسير في اتجاه إرادة المشرّع، أو إنّ المشرّع كان سيبتنّى بلا شكّ موقف المؤول لو وُضع أمام نفس المسألة [...]"<sup>473</sup>.

<sup>469</sup> انظر: Chaïm PERELMAN, art. préc., p. 31 ; Léon HUSSON, Analyse... (art. préc.), p. 119. <sup>470</sup> "الغصب [...] في الشرع أخذ مال منقوّم محترم بلا إذن مالكه بلا خفية. فالغصب لا يتحقّق في الميئة، لأنها ليست بمال؛ وكذا في الحرّ ولا في خمر المسلم، لأنها ليست بمنقوّمه؛ ولا في مال الحرّي، لأنه ليس بمحترم. وقوله بلا إذن مالكه، احترازٌ عن الوديعة. وقوله بلا خفية، ليخرج السّرقة". (علي بن محمّد بن علي) الجرجاني، التّعريفات (م س) ص 208. <sup>471</sup> انظر هذا المثال عند وحيد الدّين سوار، م س، ص 348. <sup>472</sup> François GÉNY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (préc.), Vol. 2, p. 287 - 289 ; Chaïm PERELMAN, Logique juridique... (préc.), p. 71 et s. Mario SBRICCOLI, préc., p. 107. <sup>473</sup> انظر أيضاً: ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Trad J. TRICOT, Lib. ph. J. VRIN, Paris, 1990, Livre V, ch. 14, 1137 b.

وفي كلّ هذه الصّور يبدأ المؤول بعدّ النصّ الذي هو بصده مصدر ريب. فالرّيب قد يرجع - حسب أحدهم - إلى:

- (1) الغموض اللغوي.
  - (2) غياب تحديد دقيق للشّيء المعين بواسطة القاعدة.
  - (3) تناقض بين القاعدة في معناها الآني وقواعد أخرى.
  - (4) تباعد بين المعنى الآني للقاعدة والهدف الذي تخدمه.
  - (5) حكم سلبي على القاعدة من وجهة نظر الأخلاق، والعدل، والإنصاف، إلخ.
- انظر إلى: Jerzy WROBLEWSKI, préc., p. 61. وإنّ ما يهّمنا هنا ما جاء تحت العدد 4 و5.

ويقول أحدهم إنّ قواعد تأويل القانون التي كانت ستضعها المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، والتي تعادل منهج "جيني" (GÉNY) (منهج البحث العلمي الحرّ)، تمكّن القاضي، حين يكون النصّ غير دقيق (في الفصل 535 من مجلّة الالتزامات والعقود، نجد عبارة غير صريح)، تمكّنه من أن يرجع إلى الإنصاف، وإلى القانون الطبيعي، إلخ (هل أريد من الفصل 535 من مجلّة الالتزامات والعقود ما تركته المجلّة المدنيّة الفرنسيّة؟) ولا تمكّنه من ذلك حين يكون دقيقاً.

Léon HUSSON, Analyse... (préc.), p. 133. ونحن يتحدّث أحدهم عن المؤول الذي يسارع لاستنتاج كون القاعدة لكنّ غير الدقيق وغير الصريح قد يتسع ليشمل حتى 4 و5 الواردين أعلاه. وهذا يتحدّث أحدهم عن المؤول الذي يسارع لاستنتاج كون القاعدة غامضة (هي في الحقيقة لا تعادل المثال الذي تصوّره المؤول في البدء ولا تساوي الحلّ الذي كان يريد إعطاه) أي عن المؤول الذي يهرول نحو "خيار الغموض" (وخيار الفراغ لأنه وفي موقّف: الفراغ هو غموض [ربّما يمكن فهم الفصل 535 من مجلّة الالتزامات والعقود على أنّه قال بالعكس أي قال بأنّ الغموض فراغ])

Mario SBRICCOLI, préc., p. 105 et s. ملاحظة: الموقف القائل إنّ الفراغ هو غموض lex dubia lex nulla هو موقف نجده مثلاً في القانون الكنسي: انظر: Chaïm PERELMAN, Logique juridique... (préc.), p. 46



109. وهكذا فإنَّ التَّأويل (تأويل العقد وخاصةً تأويل القانون)، حين يصل إلى المعنى الظاهر بواسطة الدليل، يصبح مسألة ليست بالفنّية الصّرفة<sup>474</sup>.

بعبارة أخرى تُعدّ مسألة المسار التَّأويلي مسألة فنّية أو تكاد قبل أن نتكلّم في الدليل. وقول: "تكاد" مردّه إلى أنّ المعنى الحقيقي وخاصةً اللغوي منه قد يكون أمرا خلافيًا<sup>475</sup>. فإذا تمّ الخوض في الدليل، وبالأساس في التّخميني منه، أصبحت المسألة غير فنّية أو تكاد. وقول: "تكاد" هنا، مردّه أنّه - ومهما كان نوع الدليل الذي اعتمده المؤلّ - فهو يظلّ دليلا، أي عنصرا فنّيا من عناصر المسار التَّأويلي. وإنّ نقطة "الفنّية" هذه لتطرح بنفس المحتوى تقريبا مع المسألة المتبقية من توابع الدليل.

## 2. 2. 2 / مدى البحث عن الدليل

110. إنّ هذه المسألة تهّم بالأساس القانون. وفعلا إذا كان الدليل المعارض الذي تكون له العلوية يمكن أن يكون منفصلا<sup>476</sup>، فالواجب أن يتوفّر في المؤلّ شرط. ويتمثل الشرط في أن يكون هذا المؤلّ من أهل المعرفة بالقانون، أي من الذين يعرفون الأماكن المحتملة التي يوجد فيها الدليل<sup>477</sup>.

إذا كنّا أمام نصّ عامّ مثلا، فهذا قد يراد منه العموم وقد يراد منه الخصوص. والدليل على المراد (خاصة على الخصوص) قد يكون مستقلا عن النصّ العامّ. والبحث عنه يتطلّب معارف خاصة لا تتوفّر في كلّ النّاس. فلا بدّ إذن من وجود القدرة على استقصاء هذا الدليل "[...] كالذي يقدر على التّردّد في بيته لطلب متاع إذا فتّش وبالغ أمكنه أن يقطع بنفي المتاع أو يدّعي غلبة الظنّ. أمّا الأعمى الذي لا يعرف البيت ولا يبصر ما فيه فليس له أن يدّعي نفي المتاع من البيت"<sup>478</sup>.

وينجرّ عن هذا أنّ ظهور المعنى الحقيقي لا يقال به إلاّ بعد "الفحص واليأس"<sup>479</sup> عن وجود الدليل المعارض.

أمّا مقدار الفحص والبحث عن الدليل، فقد اختلف حوله من تعرّض للمسألة في إطار القانون الإسلامي: فنّم من قال إلى حين القطع، ونّم من قال إلى حين حصول ظنّ غالب يطمئن به المؤلّ إلى

<sup>474</sup> لأجل ذلك يحتاج فعل التَّأويل كثيرا من الأمانة والنّزاهة العلميّة والأخلاقيّة. يقول أحدهم:

« En réalité, c'est chaque fois un jugement de valeur qui se cache sous les procédés d'interprétation. D'un point de vue logique, tous ces procédés ne sont que des approximations. Ceci est particulièrement clair dans le procédé d'analogie fondé non sur l'identité, mais seulement sur la similitude des situations ; ce même état des choses apparait encore dans le fait qu'on peut retourner facilement l'argument d'analogie en un argument a contrario et vice-versa [...] Beaucoup dépendra donc des conceptions morales, sociales et économiques du juge. Il se fait ainsi que l'interprétation exige, en plus de l'intelligence, une grande honnêteté intellectuelle et morale, sinon elle verse dans l'abus des procédés d'interprétation ». **Pierre PESCATORE**, préc., p. 354 et 355.

<sup>475</sup> الخلاف في المعنى الحقيقي اللغوي هو في ذاته خلاف فنّي: لكنّ اختيار أحد المواقف المتخالفة قد لا يكون مردّه أمورا فنّية.

انظر حول اختلافات في المعنى الحقيقي اللغوي: الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 58 وما بعدها - ص 99 وما بعدها - إلخ. <sup>476</sup> قارن مع الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 139.

<sup>477</sup> قَرَّب من: **Marcel AUDIBERT**, Essai sur le juriste, Librairies techniques, Paris, p. 12 et s.

<sup>478</sup> (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى (م س)، ج 1، ص 221؛ انظر أيضا إلى: الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 2، ص 138-139.

<sup>479</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 140.

انظر أيضا: مجمع فقه أهل البيت، قواعد... (م س)، ص 247: قاعدة "عدم جواز التمسك بالعامّ قبل الفحص عن المخصّص. الألفاظ الأخرى للقاعدة عدم الأخذ بأصالة العموم إلاّ بعد الفحص التامّ عن المخصّص واليأس عن الظنّ به [...]"; (محمد بن علي بن محمد) الشوكاني، م س، ص 240؛ خان بهادر، م س، ص 81؛ محمد نور الدين الخادمي، م س، ص 354؛ (أبو حامد محمد بن محمد) الغزالي، المستصفى (م س)، ص 358.

كون الدليل المعارض غير موجود. وهذا الرأي هو الغالب<sup>480</sup>، بل يمكن القول إنه الوحيد الممكن لأنّ اليقين متعدّد هنا.

وإنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد سكتت عن هذه النقطة. لكننا رأيناها تقول بظهور ما قام عليه الدليل<sup>481</sup>. وهذا القول يتضمّن كون المجلّة قد طلبت من المؤل أن يبحث عن هذا الدليل. وإذا كان هذا البحث يؤدّي فقط إلى ظنّ بانعدام الدليل ولا يمكن أن يؤدّي إلى اليقين بهذا الانعدام لكون ذلك محالاً أو على الأقلّ عسير، فتكون المجلّة - بطلبها من المؤل البحث عن الدليل المعارض - قد قالت بهذا البحث إلى حين يغلب على ظنّ المؤل أن ذلك الدليل المعارض غير موجود<sup>482</sup>.

وهنا نعود إلى ما وجدناه سابقاً من كون الدليل المعارض للمعنى الحقيقي قد لا يكون يقينياً. لكننا هنا أمام وجه مخالف لغياب اليقين.

ولقد أشير قبل هذا<sup>483</sup> إلى أنّ تحديد المعنى الحقيقي قد لا يكون بدوره يقينياً. وعليه يكون ثمّ قاسم مشترك بين نقطة ظهور المعنى من مجرد التعبير، ونقطة ظهور المعنى بواسطة الدليل.

هاتان النقطتان مثلتا جزئي هذا العمل. لذا فالانتهاء منهما يفتح الباب للخاتمة.

## خاتمة

111. من جميع ما تقدّم، يتبيّن أنّ هنالك مساراً تأويلياً محدداً وملزماً. كما يتبيّن أنّ هذا المسار واحد سواء كان النصّ المؤل نصّ عقد أو نصّ قانون (إلخ).

إذن من السيّد: الكلمة كما تقول Alice، أم المتكلّم كما يقول Humpty Dumpty؟

الجواب: في المرحلة الأولى من المسار التأويلي، القول ما قالت Alice؛ أمّا في المرحلة الثانية، فالقول ما قال Humpty Dumpty.

بعبارة مختلفة: ثمّ احتمال أنّ من يتكلّم يريد معنى الكلام الحقيقي. وثمّ إلى جانب هذا الاحتمال احتمال آخر. والاحتمال الأوّل راجح<sup>484</sup> والثاني مرجوح. فإذا وجد دليل من خارج الكلمة على معناها، تركنا جميع الاحتمالات. أمّا إذا لم نجد، رجعت الاحتمالات ثانية أمامنا، وما ينبغي - بحسب معنى التأويل - الأخذ بالاحتمال الرّاجح. هذا إذن ما يفسّر وجود المسار ويفسّر مراحلها.

<sup>480</sup> الشّيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 140 - خان بهادر، م س، ص 81. انظر أيضاً: (أبو محمد عبد الرّحيم بن الحسين) الأسنوي، م س، ص 364: "ذكر الغزالي والأمدي وابن الحاجب وغيرهم أنّه لا يجوز التمسك بالعامّ قبل البحث عن المخصّص بالإجماع ثمّ اختلفوا فقيل يجب البحث إلى أن يغلب على الظنّ عدم المخصّص ونقله الأمدي عن الأكثرين".

ويمكن أن يضاف هنا أنّ العلوية يتحدّث عنها في إطار المعاني التي توجد في وقت صدور النصّ لا بعد ذلك. قرّب من: السيّد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (م س)، الحلقة الثالثة، ص 206 وما بعدها.

<sup>481</sup> انظر عدد 78 وما بعده.

<sup>482</sup> يتحدّث في هذه السنوات الأخيرة عن كثرة القوانين (انظر مثلاً: Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, P.U.F., (Paris, 2001, p. 19)، وهذا يعسر عمليّة البحث عن الدليل المعارض للمعنى الحقيقي، أي يعسر المرحلة الثانية من المسار التأويلي. لكن في السنوات الأخيرة أيضاً، حصل تطوّر كبير في مادة الإعلامية وما يرتبط بها، وهذا من شأنه أن يبسر على الأقلّ بعض ما عسره التضمّن في القوانين. انظر: Pierre LE LOARER, *L'univers des textes juridiques et leur accès informatisé*, in : Lire le droit. Langue, texte, cognition (sous la direction de Daniel BOURCIER et Pierre MACKAY), L.G.D.J., 1992, p. 343 et

<sup>483</sup> انظر عدد 109.

<sup>484</sup> لأجل ذلك قال الجاحظ - موجّها حديثه للمتكلّم -: "أحسّ الكلام ما كان [...] معناه في ظاهر لفظه" (الجاحظ، البيان والتبيين، تحقيق: فوزي عطوي، دار صعب، بيروت، ج 1، ص 59).

وهكذا فإننا نبدأ المسار بوضع فرض حول معنى الكلام (الفرض يتمثل في المعنى الظاهر الذي تناولناه في الفقرة الأولى). ثم نبحث عن الدليل. فإذا لم نجد، أبقينا الفرض. أما إذا وجدنا، تركنا الفرض. إذن نحن نفهم (المرحلة الأولى في المسار). وإذا لم يوجد دليل (في المرحلة الثانية) يؤدي إلى فهم جديد، ندرك أننا قد فهمنا. أما إذا وجد دليل، فنفهم أننا لم نفهم ونراجع من ثم فهمنا. فالفهم الأول يبقى طالما لم يُراجع.

وأكثر مما سبق:

إذا لم نجد دليلاً، قلنا إننا نبقى الفرض وقلنا إننا ندرك عندها أننا فهمنا. لكن، قد نرى لاحقاً ما لم نره الآن، أي قد نجد دليلاً. فإذا كان معارضاً للفرض الذي أبقيناه، راجعنا هذا الفرض، أي أدركنا أننا لم نفهم حين فهمنا.

إذا وجدنا دليلاً، قلنا إننا نترك الفرض وقلنا إننا ندرك عندها أننا لم نفهم. لكن، قد نجد لاحقاً دليلاً مختلفاً. وهذا الدليل المختلف قد يُرجعنا إلى الفرض الأول. بل يمكن أن يفضي الدليل المختلف إلى فهم ثالثٍ ...

وعليه، فإننا نفترض أن معنى ما هو المقصود من المتكلم. بعد ذلك قد نراجع الافتراض. بل قد نراجع المراجعة ... بل قد نراجع مراجعة المراجعة.

إذن هل يتوقف التأويل؟ نعم يتوقف، لكن قد يعود إلى المسير.

هل يستطيع المؤول إعطاء تأويل؟ نعم يستطيع، لكن عليه أن يُدرك أن ما يعطيه يقبل المراجعة.

باختصار ما التأويل؟ الجواب: التأويل ليس تقديم طرح، بل تقديم آخر فرض؛ التأويل ليس تقديم فهم، بل تقديم فهم لم يُراجع.

... التأويل تقديم آخر فرض ... التأويل ليس أكثر من ... تقديم آخر فرض<sup>485</sup>.

... حفظ لنا التراث الواقعة التالية: حضر بعضهم الرّازي وقد بكى يوماً، فسأله عن بكائه. قال الرّازي: "مسألة اعتقدتها منذ ثلاثين سنة تبين لي في الساعة بدليل لاح لي أن الأمر على خلاف ما كان عندي، فبكيته، ولعلّ الذي لاح أيضاً يكون مثل الأول"<sup>486</sup>.

... إذن، قد تحصل المراجعة بعد ثلاثين سنة ... لكن، حتى هذه المراجعة قابلة بدورها للمراجعة.

... للرّازي إذن أن يبكي ...

مما تقدّم نتبين أن المسار التأويلي يتمثل في حركة إلى الأمام وإلى الخلف. وفي كلّ الأحوال هو يتوقف عند آخر فهم لم يُراجع<sup>487</sup>. ورغم التعقيد، يمكن دوماً أن نميّز داخل المسار بين مرحلتين: مرحلة البحث عن المعنى الظاهر من مجرد التعبير، ومرحلة البحث عن المعنى الظاهر بواسطة الدليل.

<sup>485</sup> وينبغي أن لا يكون أقل من ذلك.

<sup>486</sup> وردت الواقعة في رسالة بعث بها ابن عربي إلى الرّازي ... تقول الرسالة: "أخبرني من أتق به [...] أنه رآك وقد بكيت يوماً. فسألك هو ومن حضر عن بكائك. قلت: مسألة اعتقدتها منذ ثلاثين سنة تبين لي في الساعة بدليل لاح لي أن الأمر على خلاف ما كان عندي، فبكيته، وقلت: ولعلّ الذي لاح أيضاً يكون مثل الأول". رسائل ابن عربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 3 و 4.

<sup>487</sup> قرّب من: Antoine COMPAGNON, La notion de genre : 10. Genre et interprétation,

<http://www.fabula.org/compagnon/genre10.php>

112. والمسار ومراحله مثلاً فرضية بحث انطلقنا منها. ويمكن القول الآن إن هذه الفرضية ثبتت، أي يمكن القول إن "الفرض Hypothèse صار طرحاً Thèse" ("ثبتت" ... "صار الفرض طرحاً"): هكذا تتحدث الخاتمة. لكن بعد الذي رأينا، على الخاتمة، كل خاتمة، أن تفهم أن أقصى ما يسعها قوله: "صار الفرض آخر فرض لم يُراجع".

وثبوت فرضية (وتحديداً ثبت أنها آخر ما لم يُراجع)، يفتح الباب لاستخلاص النتائج. وأهم النتائج

هي:

### ◀ النتيجة الأولى

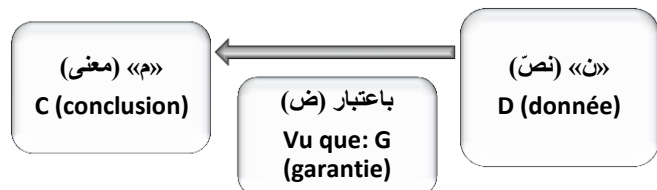
إذا استحضرنّا أنّ التّأويل انطلاق من نقطة (هي في هذا العمل نصّ، وتحديدًا نصّ عقدٍ أو نصّ قانون: «ن») ووصول إلى نقطة أخرى (المعنى المراد من المتكلم: «م»)، تكون أول نتيجة لثبوت فرضية البحث أن «م» أمر يمكن توقعه مسبقاً *prévisible*. فالمرور من «ن» إلى «م» لا يتم بطريقة تحكّمية، بل يخضع لضوابط<sup>488</sup>. هذه الضوابط تجعل من العمل التّأويلي عملاً مرتّباً ترتيباً زمنياً. أثناء هذا العمل نقطع مراحل معروفة مسبقاً. وبالانتهاء من كلّ مرحلة، إمّا أن نجد «م» (أو أكثر) وإمّا أن لا نجد شيئاً. هذا يؤدّي – حين ننتهي من جميع المراحل – إلى أن تكون النتيجة في الحالات الغالبة حضور مجموعة من المعاني: «1م»، «2م»، ...، «م». فإذا كان «ن» لا يقبل إلا معنى واحداً، وجب عندها الاختيار بين: «1م»، «2م»، ...، «م». هذا الاختيار لن يكون تحكّميًا، لأنّ المعاني بعضها ظاهر وبعضها لا، وداخل الظاهر بعض المعاني أظهر من البعض الآخر. كلّ هذا يجعل «م»، كما قلنا، أمراً غير مفاجئ بل متوقّعا، ويجعل العمل التّأويلي عملاً لا يقوّض الاستقرار القانوني *sécurité juridique*<sup>489</sup>. لكنّ هذا الكلام ليس مطلقاً، وهنا نصل إلى النتيجة الثانية.

### ◀ النتيجة الثانية

إذا لم يوجد الدليل المعارض للمعنى الحقيقي، فعملية التّأويل ليست بالضرورة يقينية. وفعلاً قد يكون تحديد المعنى – حتّى الحقيقي – مسألة خلافية<sup>490</sup>.

إذا وجد الدليل المعارض للمعنى الحقيقي، فقد يختلف فيه: فيعتدّ به البعض ولا يعتدّ به آخرون ويعتبرونه في عداد ما ليس موجوداً. ثمّ إنّ الأدلة المعارضة قد تتعدّد ويكون كلّ واحد منها مفضياً إلى

<sup>488</sup> إذن لدينا نقطة انطلاق هي النصّ (أو لدينا معطى)، ونقطة وصول هي المعنى (أو نتيجة). لكنّ الوصول يتم وفق ضوابط. وفي علم الحجاج تسمّى هذه الضوابط بقانون العبور *Loi de passage* وتسمّى الضمان (ض) *Garantie* (انظر: عبد الله صولة، م س، ص 329). وهذا يعطي الرّسم التالي:



<sup>489</sup> انظر: Frédéric POLLAUD-DULIAN, A propos de la sécurité juridique, R.T.D. civ., 2001, p. 487 ; Petr MUZNY, La prévisibilité normative, R.R.J., 2006-1, p. 31 ; Jean CARBONNIER, Avant-propos, dans : La loi civile, Actes du Colloque de Mai 1987, Cahiers de philosophie politique et juridique, 1987, n° 12, p. 11 et 12 ; Denis MAZEAUD, Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Deferénois 1998, 36874.

<sup>490</sup> إذا بحثنا عن الدليل المعارض للمعنى الحقيقي، ووفينا البحث حقّه، ولم نجد هذا الدليل، فهذا لا يعني أنّ ذلك الدليل غير موجود. فعدم العلم ليس علماً بالعدم. في هذه الصّورة، كما قلنا، سنعطي التّعبير معناه الحقيقي. هذا التّأويل لا يطابق على وجه اليقين مراد المتكلم. وهذا ينبّه إلى حدود القول بأنّ التّأويل إرجاع إلى المقصود. في المقابل، لا مساس على هذا المستوى بالاستقرار القانوني.

معنى<sup>491</sup>. وكلّ هذا ينبّه إلى أنّ عمليّة التّأويل ليست يقينيّة بل هي ظنيّة (ظنيّة نعم ... لكنّها ليست تحكّميّة)<sup>492</sup>.

### ◀ النتيجة الثالثة

◆ إذا لم يوجد الدّليل المعارض للمعنى الحقيقي، فيمكن القول عن عمليّة التّأويل إنّها موضوعيّة<sup>493</sup>. فعلاً، لا يُعطى اللفظ في هذه الصّورة المعنى الموافق لنية صاحبه، بل يُعطى اللفظ معناه الموجود في المنظومة اللغويّة. فإنّ تعدّد المعنى، قدّم المتقدّم في السّلم. هذا قولٌ وهو من زاوية نظرٍ محدّدة. في المقابل، ومن زاوية أخرى، يمكن القول إنّ، إن أُعطي هنا معنى، فذلك لأنّه افتراض كونه الأقرب لأن يُراد من العاقد أو من المشرّع. فالتّأويل يستند إلى نية (إذن ليس موضوعياً صرفاً) مفترضة<sup>494</sup> (إذن ليس ذاتياً صرفاً) [التّأويل هنا هو: 1/2 موضوعي، أو هو 1/2 ذاتي]<sup>495</sup>.

◆ إذا وجد الدّليل المعارض:

<sup>491</sup> قرّب من **Antoine COMPAGNON** حين يقول:

« La plupart des conflits d'interprétation ont l'air de porter sur l'intention d'auteur, notion qui leur donne une allure dramatique ». Qu'est-ce qu'un auteur ? 11. L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>.

<sup>492</sup> قارن مع **Jean GREISCH** حين يقول: « D'après Christian Wolff, la vérité herméneutique relève du vraisemblable et non de la certitude apodictique. Il n'existe pas d'interprétation absolument vraie d'un texte ; il n'y a que des interprétations plus ou moins vraisemblables, ce qui revient à dire qu'il y en a plusieurs. Exiger d'un interprète une démonstration apodictique de la vérité de son interprétation est une absurdité ». **Jean GREISCH**, Herméneutique, Encyclopædia Universalis, 2009. وانظر **Antoine COMPAGNON** :

« Une interprétation est une hypothèse dont nous mettons à l'épreuve la capacité de rendre compte d'un maximum d'éléments du texte ». Qu'est-ce qu'un auteur ? 11. L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>.

<sup>493</sup> في فرنسا وألمانيا (انظر: **Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD**, Les obligations, Sirey, Paris, 1962, p. 198 et **Alfred RIEG**, Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>ème</sup> s, A.P.D. n° XIII, p. 37. 199) يُحدّث عن نظريتين: نظريّة ذاتيّة (Théorie subjective – Willenstheorie)، ونظريّة موضوعيّة (Théorie objective - Erklärungstheorie)، وتعرّض النظريّة الذاتيّة على أنّها تقدّم النية على التّعبير أو الإرادة الباطنيّة على الإرادة الظاهرة. أمّا النظريّة الموضوعيّة فتعرض على أنّها تقدّم التّعبير على النية أو الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنيّة. وهو عرضٌ سطحيّ، فالنية يُتوصّل إليها من خلال تعبير، وعليه تتمخّض النظريّة الأولى تقدماً لتعبير على تعبير وكذا النظريّة الثانية. والذي يبدو أنّه ينبغي القول إنّ النظريّة الذاتيّة تقدّم ما ثبت (بواسطة تعبير) أنّه قُصد على المعنى اللغوي، أي تقدّم تعبيراً يوافق القصد على تعبير لا يوافق القصد. أمّا النظريّة الموضوعيّة، فينبغي القول إنّها تنطلق من ملاحظة أنّ التّعبير موجّه إلى شخص لتقضي بأن يبغي إعطاءه معناه عند المتلقّي النموذجي *l'homme honnête et éclairé*، وذلك حتّى إن دلّ الدّليل على أنّ المتكلّم أراد بالتّعبير معنى آخر.

<sup>494</sup> في معنى يلتقي مع ما جاء في المتن، وفيما يخصّ تأويل النّص الأدبي، نجد عند **Antoine COMPAGNON** ما يلي: « [...] L'œuvre ne permet jamais de remonter au vrai auteur. Mais à un auteur fictif » (Valéry, t. II, p. 1194). Voilà encore une formulation lumineuse. Contre les partisans de la détermination du sens de l'œuvre par l'intention de l'auteur, Valéry postule une intention d'auteur relativement indéterminée, ce qui le conduit à distinguer auteur réel ou empirique (biographique, historique), et « auteur fictif », ou « auteur implicite », comme on dira après les New Critics, ou « auteur modèle », comme dira Umberto Eco. L'œuvre est indépendante de l'auteur empirique, mais elle met en œuvre un rôle d'auteur". Qu'est-ce qu'un auteur ? 12. L'auteur et le droit au respect, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur12.php>.

<sup>495</sup> انظر ربطاً بين المعنى الحقيقي ونية المتكلّم في غير الميدان الذي نحن بصده وذلك عند **Antoine COMPAGNON** : « Il existe donc bien une alternative de l'auteur et de l'allégorie. Les auctores humains utilisent des mots qui signifient ; l'auteur divin utilise des choses qui signifient. Le sens littéral, lié à la signification des mots, est identifié à l'expression de l'intention de l'auteur humain. L'exégèse littérale du Moyen Âge tardif est de plus en plus attentive à l'intention auctoris. Thomas s'y réfère souvent: " Cette proposition, dit-il, est littérale et conforme à l'intention de l'apôtre"». Qu'est-ce qu'un auteur ? 5. L'auteur médiéval, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur5.php>

- فيمكن نظرياً أن لا يؤخذ به. وهنا نكون أمام موضوعية محضة أو أمام ظاهريّة<sup>496</sup>. لكننا هنا سنعطي اللفظ أحد معانيه الحقيقيّة، بل سنجعل لأحدها العلويّة. فإذا لم ننس أن سبب إعطاء العلويّة لهذا الواحد يتمثل في افتراض قام على أساس أنّه الأقرب لأن يكون مراداً من اللفظ ... إذا لم ننس، أمكن – ومن هذه الزاوية فقط – وصف طريقة التّأويل بوصف غير وصف الموضوعية المحضة وغير وصف الظّاهريّة الصّرفة [هي 1/2 موضوعيّة، أو 1/2 ذاتيّة].

- كما يمكن نظرياً الأخذ به (وهذا هو موقف مجلّة الالتزامات والعقود). وهنا يمكن وصف طريقة التّأويل بالذاتية. إلا أنه – حين يستحضر كون الدليل المعارض للمعنى الحقيقي قد يتمثل في الإنصاف، والعدل، إلخ – ... حين يستحضر هذا، قد يقال إنّ طريقة التّأويل ليست كما جاء للتو ذاتية<sup>497</sup>.

<sup>496</sup> انظر نفس هذا الموقف خارج اختصاص القانون، وتحديدًا عند **Antoine COMPAGNON** حين يقول:

« L'anti-intentionnalisme des structuralistes et des poststructuralistes a été plus radical, car, suivant Saussure, il reposait sur l'idée de l'autosuffisance de la langue. Il ne s'agissait plus seulement de se garder des excès de l'intentionnalisme, car la signification n'est nullement déterminée par les intentions, mais par le système de la langue. Aussi l'exclusion de l'auteur devenait-elle le point de départ de l'interprétation. À la limite, le texte lui-même était identifié à une langue, et non à une parole ou à un discours ; il était tenu pour un énoncé, et non pour une énonciation. Comme langue, le texte n'était plus la parole de quelqu'un ». Qu'est-ce qu'un auteur ? 11.

L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>.

<sup>497</sup> ينبغي تقريب النتيجة الثالثة من نظريات موجودة خارج اختصاص القانون بعضها يقول بموت المؤلف وبعضها يعودته إلى الحياة، بعضها يقول

بالأقصد وبعضها بالقصد، بعضها صوري (إن نظرنا إلى الروس: Les formalistes russes) أو نقدي جديد (إن نظرنا إلى الأمريكان: Les New Critics américains) أو بنيوي (إن نظرنا إلى الفرنسيين: Les structuralistes français) وبعضها فيلولوجي أو وضعي، إلخ. انظر

حول هذه النظريات: **Antoine COMPAGNON**, Qu'est-ce qu'un auteur ? 11. L'illusion de l'intention, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur11.php>

يقول المؤلف:

"L'auteur est une catégorie herméneutique, une référence pour l'interprétation, ou une norme du sens littéraire. La question de la place herméneutique de l'auteur a été introduite dans les premières leçons, notamment la deuxième. Il s'agit de revenir maintenant à la querelle sur l'intention d'auteur, sur le rôle de cette intention dans la détermination du sens du texte. Je survolerai ce débat, qui est traité plus en détail dans le chapitre « L'auteur » du Démon de la théorie, auquel je vous renvoie. La querelle de l'intention a été particulièrement vive durant la grande époque de la Nouvelle Critique, lors de la controverse entre Roland Barthes et Raymond Picard sur se sont – intentionnaliste et anti-intentionnaliste – Racine. Deux thèses polémiques extrêmes sur l'interprétation alors opposées : (1) Il faut et il suffit de chercher dans le texte ce que l'auteur a voulu dire, son « intention claire et lucide », comme disait Picard ; c'est le seul critère de la validité de l'interprétation. (2) On ne trouve jamais dans le texte que ce qu'il (nous) dit, indépendamment des intentions de son auteur ; il n'y a pas de critère de la validité de l'interprétation. De fait, même les partisans les plus durs de la mort de l'auteur maintiennent dans le texte littéraire une certaine présomption d'intentionnalité (au minimum, la cohérence d'une œuvre ou simplement d'un texte). Dans Le Démon de la théorie, je montrais que Barthes lui-même, là où il est le plus radical comme dans S/Z, pratique quand même à l'occasion la « méthode des passages parallèles », procédé essentiel des études et de la recherche littéraires. Lorsqu'un passage d'un texte nous pose problème par sa difficulté, son obscurité ou son ambiguïté, nous cherchons un passage parallèle, dans le même texte ou dans un autre texte, afin d'éclairer le sens du passage litigieux. Or on tend à préférer, pour éclairer un passage obscur d'un texte, un autre passage du même auteur à un passage d'un autre auteur. Cela témoigne, chez les plus sceptiques, de la persistance d'une certaine foi en l'intention d'auteur. Ils ne traitent pas le texte comme s'il était le produit du hasard (un singe tapant à la machine, une pierre érodée par l'eau, un ordinateur). Ils ne confondent pas en pratique la notion d'intention d'auteur comme critère de l'interprétation avec les excès de la critique biographique. On peut du coup faire valoir que l'alternative de l'objectivisme du sens et du subjectivisme de l'interprétation, ou du déterminisme et du relativisme, est un piège, car l'intention est le seul critère concevable de la validité de l'interprétation, mais elle ne s'identifie pas à la préméditation « claire et lucide ». L'alternative de l'intentionnalisme et de l'anti-intentionnalisme peut alors être réécrite comme ceci : (1') On peut chercher dans le texte ce qu'il dit en référence à son propre contexte d'origine (linguistique, historique, culturel). (2') On peut chercher dans le texte ce qu'il dit en référence au contexte contemporain du lecteur. Les deux thèses ne sont plus exclusives mais complémentaires ; elles nous ramènent au cercle herméneutique liant précompréhension et compréhension, et postulent que, si l'autre ne peut être intégralement pénétré, il peut du moins être un tant soit peu compris".

## ◀ النتيجة الرابعة

تتعلق بصورة الاختلاف بين النصّ العربي والنصّ الفرنسي:

- إذا وجد دليل على مراد المشرّع: هنا لا يُطرح مشكل الاختلاف، لأنه سيؤخذ - تطبيقاً للفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود - بما يساوي ذلك الدليل. مثال ذلك: النصّ العربي (ن<sub>1</sub>) له المعنى الحقيقي «م<sub>1</sub>»، والنصّ الفرنسي (ن<sub>2</sub>) له المعنى الحقيقي «م<sub>2</sub>». هنا: إذا دلّ الدليل (من خارج النصّين طبعاً) على أنّ مراد المشرّع «م<sub>1</sub>»، أخذنا بالمعنى «م<sub>1</sub>» لا لأنّه معنى النصّ العربي بل لثبوت أنّه المراد؛ وإذا دلّ الدليل (من خارج النصّين طبعاً) على أنّ مراد المشرّع «م<sub>2</sub>»، أخذنا بالمعنى «م<sub>2</sub>» لا لأنّه معنى النصّ الفرنسي بل لثبوت أنّه المراد<sup>498</sup>؛ أمّا إذا دلّ الدليل على أنّ مراد المشرّع «م<sub>3</sub>»، أخذنا بالمعنى «م<sub>3</sub>» لثبوت أنّه المراد.

- إذا لم يوجد دليل على مراد المشرّع: هنا فقط يُطرح مشكل الاختلاف بين النصّ العربي والفرنسي (المشكل بالتحديد، تعارض بين معنيين حقيقيين: معنى النصّ العربي الذي هو «م<sub>1</sub>» ومعنى النصّ الفرنسي الذي هو «م<sub>2</sub>»). وهنا فقط نحتاج إلى حلّ ليس موجوداً في نصوص التّأويل الواردة في مجلة الالتزامات والعقود (في هذه المجلة، نجد كما رأينا حلولاً لتعارض معاني حقيقية داخل لغة واحدة: مثلاً تعارض المعنى اللغوي الحقيقي للفظ بالعربية مع المعنى العرفي الحقيقي لنفس اللفظ وبفس اللغة). والحلّ يتمثل فيما جاءت به الأحكام التّالية والتي أخذ البعض منها مكان البعض:

\* الفصل 2 من الأمر العليّ الصّادر في ربيع الأوّل 1300 هـ (27 جانفي 1883 م)<sup>499</sup>:

« Afin d'éviter toute controverse d'interprétation, le texte arabe servira aux tribunaux tunisiens, le texte français aux juridictions européennes »

\* الفصل 5، ف.1 من الاتّفاقية التّونسية الفرنسية لـ 3 جوان 1955، الذي يقول بأنّ النصّ المعتمد في صورة الاختلاف هو النصّ العربي.

\* الفصل 2 من الأمر العليّ المؤرّخ في 20 محرّم 1375 هـ (8 سبتمبر 1955 م): "النصّ المعتمد عليه في صورة حدوث نزاع هو النصّ العربي".

\* الفصل 1 من القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرّخ في 5 جويلية 1993<sup>500</sup>، الذي يقول: "يكون نشر القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات باللغة العربية. ويتمّ كذلك نشرها بلغة أخرى على سبيل الإعلام فحسب [...]"<sup>501</sup>.

<sup>498</sup> مثال ذلك، صورة الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود حين عدّ حالات البطلان النسبي.

فالصياغة العربية قالت: "يجوز القيام بالفسخ في الصّور المبينة بالفصول 8 و43 و58 و61 من هذا القانون. ويسقط..."

والصياغة الفرنسية قالت: « L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit... ».

حين ننظر، نجد في الصياغة الفرنسية ما لا نجده في الصياغة العربية: أوّل الفصل 60، وثانياً حالات أخرى حدّدها القانون. لكن من يبحث، يمكنه القول إنّ مراد المشرّع في الفصل 330 الإشارة إلى الفصل 60 وإلى أنّ هنالك حالات أخرى (انظر حول هذه الإرادة للمشرّع: عبد المجيد الرّزوقي، أحكام الغلط (م س)، عدد 320). لذا، تطبيقاً للفصل 532، ينبغي أن تعطى الصياغة العربية معنى مفاده تضمّنها للفصل 60 وللحالات الأخرى. إذن: لن تصل التّوبة إلى إعمال القاعدة التي تقول ما النصّ الواجب اعتماده في صورة الاختلاف بين الصياغة العربية والصياغة الفرنسية (لسبب بسيط: بعد أن نصل إلى المراد من الصياغة العربية، لن نجد ما يختلف مع الصياغة الفرنسية).

<sup>499</sup> ملاحظة: لم نعثر إلا على النسخة الفرنسية من: 1. Journal officiel tunisien, Jeudi 8 fev 1883, p. 931.

<sup>500</sup> الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية، عدد 50، المؤرّخ في 6 جويلية 1993، ص 931.

<sup>501</sup> في فقه قضاء محكمة التعقيب نجد القرار التّالي: تع، عدد 6396، صادر في 18 فيفري 1969، ن، ص 25 - 26: "حيث أنّ الفصل 281 (تجاري) نصّ على ما يأتي: (أنّ النيابة التي يتضمّنها التّظهير التوكليي ينقض حكمها بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية). وحيث أنّ القرار اعتبر هذا النصّ غلطاً مطبعياً وأدخل عليه حرف (لا) النافية قبل كلمة (ينقض) وبذلك غير معنى الفقرة المذكورة رأساً على عقب واعتمد في ذلك على مقابلة هذا النصّ بترجمته الفرنسية وعلى ما ورد بالقانون الفرنسي في هذا السّياق. ولئن كان من الجائز الاستعانة بالترجمة الفرنسية لإيضاح بعض النصوص وإبراز مفهومها إذا كان في النصّ العربي شيء من القصور في التّعبير والإيضاح فإنّه من الممنوع قانوناً تغيير حكم النصّ ذاته إذا كان صريحاً في مدلوله وإبدال معناه من الإيجاب إلى السلب سواء بالزيادة أو بالنقص. وقد جاء الأمر المؤرّخ في 27 جانفي 1883 صريحاً في أنّه إذا اختلف النصّ العربي مع النصّ الفرنسي فإنّ المحكمة تعمل بالنصّ المطابق للغةها".

## ◀ النتيجة الخامسة

تتمثل في تعريف مخالفة القانون<sup>502</sup> وتعريف تحريف العقد<sup>503</sup> على نحو واحد هو:

- حين لا يوجد دليل معارض للحقيقة:

بالنسبة إلى موادّ الكلام:

لفظ له معنى حقيقي لغوي ومعنى مجازي لغوي: إعطاؤه المعنى الثاني؛

لفظ له معنى حقيقي عرفي ومعنى حقيقي وضعي: إعطاؤه المعنى الثاني؛

إلخ.

بالنسبة إلى هيئات الكلام:

لفظ عامّ: إعطاؤه المعنى المتمثل في الخصوص؛

أمرٌ: إعطاؤه معنى يتمثل في غير الوجوب؛

إلخ.

- حين يوجد دليل معارض للحقيقة: إعطاء معنى مخالف للدليل.

وعلى هذا فإنّ مخالفة القانون وتحريف العقد<sup>504</sup> يتمثلان في عدم احترام العلوية وفي عدم احترام تراتبية أو هرمية أو ظهور المعاني: أي أنّ المخالفة والتّحريف هما حمل كلام العاقد أو حمل كلام المشرّع

---

فإذا نظرنا إلى الحلّ الوارد في المتن، قلنا إنّه كان ينبغي في قرار محكمة التّعقيب أن يُبحث: فإذا كان تمّ دليل على أنّ المشرّع قصد بـ: "ينقضي" معنى "لا ينقضي"، أخذ بقصد المشرّع تطبيقاً للفصل 532. وإذا لم يوجد هذا الدليل، عندها فقط ينبغي تقديم النصّ العربي تطبيقاً للفصل 5، ف. 1 من الاتفاقية التونسية الفرنسية لـ 3 جوان 1955، وتطبيقاً للفصل 2 من الأمر العليّ المؤرّخ في 20 محرّم 1375 هـ (8 سبتمبر 1955 م)، لا لأمر 27 جانفي 1883. انظر حول مسألة اختلاف النصّ العربي والفرنسي:

محمد كمال شرف الدين، م س، عدد 151؛ محمد الشرفي وعلي المزغني، م س، عدد 568.

Slaheddine MELLOULI, préc., n° 490; Mohamed CHARFI, préc., n° 278; Ezzeddine ARFAOUI, préc., p. 217 et ss.; Didier LAMÈTHE et Olivier MORÉTEAU, L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue, R.I.D.C. 2-2006, p. 327.

وإنّ ما سبق يهّم القانون. ولكنّ مشكل وجود عدّة لغات يمكن أن يطرح في إطار العقد. فإذا وجد الدليل أخذ بما يوافق الدليل (تطبيقاً للفصلين 515 و 519 للذين مرّا معنا). أمّا إذا لم يوجد، فيبدو أنّه ينبغي الأخذ باللغة التي كتب بها العقد في الأصل. انظر حول مسألة تعدّد اللغات في مادة العقد: سامي الجري، م س، عدد 135 وما بعده.

<sup>502</sup> نصّ الفصل 175 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية على أنّه "يمكن الطعن بالتّعقيب في الأحكام النهائية الدرجة: أولاً: إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله [...]". ولقد قيل: "مخالفة القانون: [...] خرق قاعدة قانونية واضحة [...] (بتغيير) شروط تطبيقها [...] (أو باستنتاج حلّ) غير الحلّ الذي تضمّنته [...] الخطأ في تطبيق القانون [...] (عدم التوفّق) في اختيار القاعدة المناسبة للوقائع [...] الخطأ في تأويل القانون [...] (الإخلال) بقواعد تفسير وتأويل الأحكام القانونية الغامضة أو الناقصة" (محمد كمال شرف الدين، م س، عدد 114). وإنّ مخالفة القانون المتحدّث عنها في المتن تشمل مخالفة القانون والخطأ في تأويل القانون الواردين في الإحالة.

<sup>503</sup> انظر إلى: Jacques BORÉ, Un centenaire: le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes, R.T.D. civ., 1972, p. 249; MARRAUD, La notion de dénaturación en droit civil français, Th. de Doctorat d'État, Nancy, 1972; Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, Introduction générale, DEFRENOIS, Paris, 2004, n° 481 et s. ; Nadhir BEN AMMOU, préc., n° 399; سامي الجري، م س، ص 307 وما بعدها.

وانظر إلى: تع. مدني، عدد 45123 صادر في 25 مارس 1997، ن، II، ص 53؛ تع. مدني، عدد 59588 صادر في 12 جانفي 1999، ن، II، ص 34؛ تع. مدني، عدد 2940 صادر في 11 ديسمبر 2000، ن، II، ص 106؛ تع. مدني، عدد 2154 صادر في 23 جانفي 2001، ن، II، ص 43.

<sup>504</sup> في الحقيقة ليس هنالك أمران: مخالفة القانون وتحريف العقد. فمن يحرف العقد يخالف القانون (بخالف الفصل 513 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود).



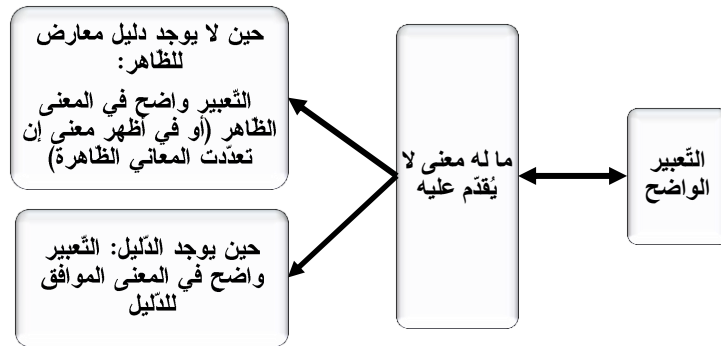
على غير المراد منه (المراد المفترض حين لا يوجد دليل معارض للحقيقة، والمراد الذي عليه الدليل لو وُجد).

ويمكن إعادة ما جاء للتوّ ثانية بربطه بمفهوم الوضوح، والقول:

مفهوم العقد الواضح = مفهوم القانون الواضح؛

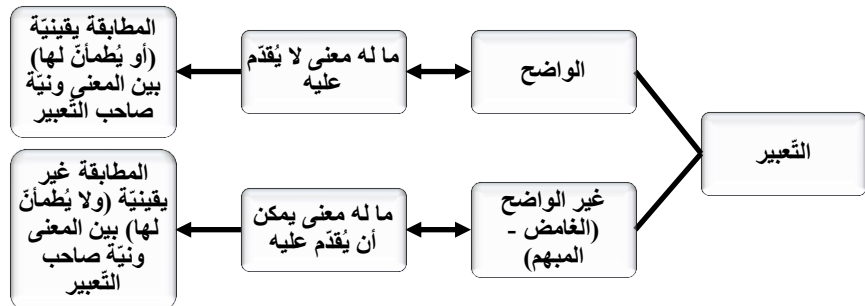
والواضح، ما له معنى لا يُقدّم عليه. لماذا لا يُقدّم عليه؟ سبق أن أجبنا: لأنّ مطابقة المعنى الواضح لنية المتكلّم مطابقة يقينيّة أو على الأقلّ مطابقة يُطمأن لها<sup>505</sup>. مثال ذلك عامّ بُحث عن دليل على القصد منه فلم يُعثر على شيء. هنا يُعطى العامّ معنى العموم لا معنى آخر. لماذا؟ لأنّ كون العموم هو ما قصده المتكلّم متيقّن منه أو هو ممّا يُطمأنّ له.

فإذا أريد مسح جميع صور الواضح، أتى بالرّسم التّالي:



فإذا كان مفهوم العقد الواضح = مفهوم القانون الواضح<sup>506</sup>،

<sup>505</sup> تقدّم معنا الرّسم التّالي:



<sup>506</sup> ينبغي أن نزيد، على تعريف الواضح والغامض الوارد أعلاه، تفرقة داخل الغامض (ومن ثمّ داخل الواضح) بين: الغموض النّحوي (تركيب الكلام) والغموض المعجمي والغموض التّداولي. انظر من يأتي بهذه التّفرة، ويقول إنّ المطلوب في هذه الحالات تحصيل التّأويل "الحسن"، أي تحصيل المعنى الذي أراد صاحب التّنصيص إيصاله:

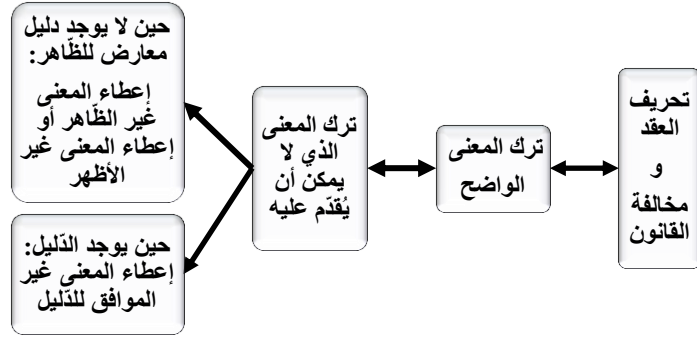
"[...] les ambiguïtés syntaxiques... (ex) La belle ferme le voile... le sujet peut être la belle, le verbe ferme, le complément d'objet le voile ou bien, respectivement, la belle ferme, voile, le [...] (Les) ambiguïté(s) lexicale(s) au sens sémantique [...] (ex) Le loup est gris [...] le loup peut renvoyer au masque de carnaval ou à l'animal carnassier [...]"

Les ambiguïtés pragmatiques [...] bon nombre d'énoncés peuvent avoir des forces illocutionnaires diverses : [...] Je viendrai demain [...] ce [...] cas peut être une prédiction aussi bien qu'une promesse...

La dérivation des implications, quant à elle pose le problème du contexte ; considérons l'exemple suivant [...] A : Veux-tu du café ? B : Le café m'empêche de dormir. La réponse de B peut signifier, si B veut aller se coucher, que B ne veut pas de café. Si, en revanche, B a un travail urgent à terminer et doit travailler une partie de la nuit, elle peut signifier que B veut du café.

انجرّ عن ذلك أنّ مفهوم تحريف العقد = مفهوم مخالفة القانون؛

فكلاهما يعني إعطاء تعبير واضح غير معناه الواضح<sup>507</sup>:



والتحريف تحريف، لأنّ إعطاء المعنى الآخر مُجانبةً وميلٌ وعدولٌ عمّا هو يقيناً قصدٌ للمتكلّم، أو على الأقلّ مُجانبةً وميلٌ وعدولٌ عمّا يُطمأنّ على أنّه قصد المتكلّم.

ومحكمة التّعقيب شُرطيّ التّحريف؛ وهي أيضاً شُرطيّ مخالفة القانون<sup>508</sup> (بعبارة واحدة: محكمة التّعقيب شُرطيّ التّأويل<sup>509</sup>. ومن زاوية معيّنة وفي مادّة مخالفة القانون، يمكن أن نزيد بالقول: الفقه شُرطة

Considérons enfin l'exemple [...] pour ce qui est des termes vagues : [...] Jean est chauve [...] (ce cas) peut représenter aussi bien le fait que Jean n'a plus un seul cheveu que le fait que Jean n'a plus beaucoup de cheveux. On remarquera cependant un fait commun aux « ambiguïtés pragmatiques » et aux ambiguïtés syntaxiques ou sémantiques [...] dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de récupérer la « bonne » interprétation, celle que le locuteur de l'énoncé avait l'intention de communiquer. C'est en cela aussi qu'il s'agit d'un problème pragmatique ". Jacques MOESCHLER et Anne REBOUL, préc., p. 131 - 133. انظر أيضاً:

« AMPHIBOLIE...Double sens d'une locution ou d'une phrase. Voir AMBIGUÏTÉ. Nous proposons d'employer de préférence ambiguïté pour les mots ou les termes, amphibolie pour les phrases ou les propositions, et équivoque dans le sens général ». André LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., Paris, 1993.

انظر في مادة العقد: Théodore IVNAIR, préc., p. 153 et s.

ويبغني ختم هذا الحديث عن الوضوح والغموض بهذا المقتطف الذي يتناول المسألة من زاوية استعمال اللغة: "والإبهام ظاهرة تُتصوّر وضماً ولا تُتصوّر إجراءً في الكلام المتحقّق، فالأصل العامّ المتحكّم في المبهمات هو شرط رفع الإبهام عنها عند استعمالها، يكون ذلك بحسب المخطوّر [...] أي بحسب الحاصل في خاطر بالمقام ومقتضى الحال (ص 1059) [...] المتكلّم يوجد تجاه ضريبين من المفردات بعضها بيّنٌ غير مبهم وبعضها مبهم، وهو لا يستعمل من الثانية إلا بعد أن يكون قد وفرّ فيها شرط ما ينقلها من الإبهام إلى الوضوح والبيان، وبالتالي فإنّها بالاستعمال تصبح منزلتها منزلة الوحدات غير المبهمة. ويبين هذا الأصل أنّ تصنيف الوحدات اللغويّة إلى مبهمّة وغير مبهمّة لا يمكن أن يصحّ ويستقيم إلا من وجهة نظر تصنيفها خارج نطاق الاستعمال [...] المفردات مطلقاً: بعضها مبهمٌ وبعضها غير مبهم ويجري ذلك في مستوى معناها الوضعي الإفرادي، أمّا في الاستعمال فجميعها غير مبهمّة ويجري ذلك في مستوى معناها الاستعمالي التركيبي، أو قلّ إنّ المبهمة لا تُستعمل إلا متى توفّر ما ينقلها من وضع المبهمة إلى وضع غير المبهمة، فلا يُعقل أن تُستعمل المفردة مبهمّة لما في ذلك من مناقضة الغرض من الكلام الذي هو البيان والوضوح (ص 1218)". محمد الشّاوش، م س، ص 1059 وص 1218.

<sup>507</sup> نجد محكمة التّعقيب تربط التّحريف بالوضوح في القرارات التّالية:

تع، عدد 2562، صادر في 21 نوفمبر 2005، ن. II، ص 115 - 117: "وحيث أنّ المحكمة ليس لها حقّ تأويل العقود إلا إذا توفّرت الأسباب الداعية له المشار إليها بالفصل 514 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. ومن المعلوم أنّ العبارة الواضحة لا تحتاج إلى تفسير، وإن وقع تفسيرها فلا يجوز الانحراف عن المعنى الواضح لأنّ الانحراف عن المعنى الواضح تحريف له وتشويه ممّا يوجب النّقض".

تع، عدد 15074، صادر في 26 فيفري 2008 (غير منشور): "وحيث إلى ما تقدّم فإنّ تفسير العقود مسألة موضوعيّة ولم تخرق محكمة القرار المنتقد قواعد القانون الضابطة لطرق ذلك التفسير الواردة بها مجلّة الالتزامات والعقود، ومن ثمّ فإنّه لا مجال لإعمال رقابة في ذلك من لدن محكمة التّعقيب، بل إنّ محكمة القرار المطعون فيه قد رأت أنّ عبارات عقدي البيع واضحة، ومن ثمّ انتهت إلى أنّ طلب تفسيرها أو تأويلها في غير طريقه لأنّ من شأن ذلك أن يؤدي إلى تحريف مضمونها".

تع، عدد 18047، صادر في 24 جوان 2008 (غير منشور): "وحيث من جهة أخرى، فإنّ اعتماد محكمة القرار المعقّب للتّرخيص الصّادر عن الطّاعن الآن للمعقّب ضده في إقامة إحدائات إنّما كان متعلّقه البناء بمسافة التّراجع بالطّابق العلوي الأوّل دون غيره حسبما بيّنه تقرير الاختبار ورخصة البناء الصّادرة عن البلديّة، وهو ما تكون معه المحكمة قد حرّفت مضمون التّرخيص الصّادر عن المعقّب لمّا فسّرتّه بغير ما اقتضته الأحكام العامّة لتفسير الكتاب الواردة بها مجلّة الالتزامات والعقود وبخاصّة منها الفصل 515 من أنّ العبرة بالمقاصد وما اقتضاه الفصل 530 من أنّ العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التّعامل فيه أو الالتزام به".

الشُرطة<sup>510</sup>). فإذا كان التّحريف والمخالفة سُوءاً، وإذا كان عدم التّحريف وعدم المخالفة ظنّاً، فإنّ التّأويل مسألة تدور بين سوءين (... طبعاً، بعض السّوء أهون من بعض). لعلّ هذا ما دفع أحدهم<sup>511</sup> إلى القول: يصعب – أمام تأويل ما – الحكم بأنّه جيّد (حين يحترم الظّهور، تبقى مسألة الظّن)، الأسهل ملاحظة كونه سيّئاً (يكفي اكتشاف أنّه لم يحترم الظّهور. وهذا، إن لم يكن سهلاً، فهو أسهل).

113. هذا عن النّتائج. فإذا عدنا إلى ما ثبت في هذا البحث (بالّتحديد: إذا عدنا إلى "آخر ما ثبت ولم يُراجَع")، قلنا إنّ حاصله كون الظّهور هو الحَكَم في مادّة التّأويل.

ولقد عملنا على الظّهور في الجانب الإيجابي من موادّ الكلام وهيئاته. لكنّ الظّهور يفيض عن هذا النّطاق.

فيمكن الخوض فيه على مستوى الجانب السّلبي من الجُمَل وتحديدًا على مستوى التّأويل العكسي أو المفهوم بالمخالفة<sup>512</sup>.

كما يمكن الخوض فيه في أطر أخرى: فإذا تعاملت مع شخص ينبغي أن أعدّه جاداً<sup>513</sup>، وعاقلاً، وحسن النّيّة، إلخ<sup>514</sup>. في هذه الوضعيّات – وفي غيرها – تمّ احتمال ممكن عقلاً: أن يكون من أتعمل معه هازلاً، أو مجنوناً، أو سيّء النّيّة، أو خاطئاً، أو غافلاً، إلخ. لكنّ الحياة العمليّة بُنيت على نحوٍ لا يُلتفت فيه إلى هذا

<sup>508</sup> قلنا منذ قليل: "في الحقيقة ليس هنالك أمران: مخالفة القانون وتحريف العقد. فمن بحرّف العقد يخالف القانون". وقبل ذلك أوردنا الفصل 175 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي يقول: "يمكن الطّعن بالتّعقيب في الأحكام النّهائيّة الدّرجة: أوّلاً: إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله [...]".

<sup>509</sup> تمّ تأويل له شُرطة، وتمّ تأويل لا شرطيّ يراقبه، أو على الأقلّ يبدو أن لا شرطيّ يراقبه. انظر **Antoine COMPAGNON** حين يقول: "il n'y a pas de police de l'analyse littéraire ; on ne poursuit pas les abus de la critique, ce qui serait pourtant concevable, au nom du droit moral des auteurs, qui est perpétuel. Il n'en importe pas moins de savoir ce qu'on fait lorsqu'on lit un texte suivant un modèle inconnu du vivant de l'auteur. On est alors sous le contrôle notamment de l'université, qui valide ou invalide les interprétations à un moment donné, et qui invalide peut-être aujourd'hui ce qu'elle validera demain, ou même ce qu'elle recommandera et exigera : pensez à ce qu'on demande de vous à présent dans les concours, par contraste avec ce qu'on demandait aux membres de vos jurys quand ils passaient les mêmes concours". Qu'est-ce qu'un auteur ? 12. L'auteur et le droit au respect, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur12.php>.

<sup>510</sup> تقول المحاكم معنى القانون على نحو ملزم للمتقاضين أمامها. ومن وظائف الفقه أن يقول هو أيضاً معنى القانون. لكنّ قول الفقه غير ملزم لأحد. ومحكمة التّعقيب شرطيّ على المحاكم فيما يخصّ إعطاء المعنى. وهي شرطيّ بمقتضى الفصل 175 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. ويمكن القول إنّ الفقه شرطيّ على محكمة التّعقيب. لكنّ الفقه شرطيّ لا بمقتضى سلطة القانون بل بمقتضى السّلطة المعنويّة التي يستمدّها من المؤسسة الجامعيّة.

<sup>511</sup> **Umberto ECO**, préc., p. 130 et 384.

<sup>512</sup> انظر: **Abdelmagid ZARROUKI**, Le raisonnement a contrario (préc.).

<sup>513</sup> قرّب من **Dominique MAINGUENEAU** حين يقول:

"(Le principe de coopération) pour construire une interprétation, le destinataire doit faire l'hypothèse que le producteur de l'énoncé respecte certaines « règles du jeu » : par exemple que l'énoncé est « sérieux », qu'il a été produit avec l'intention de communiquer quelque chose qui concerne ceux à qui il est adressé. Ce caractère de sérieux n'est pas dans l'énoncé, bien évidemment, mais c'est une condition de sa bonne interprétation : jusqu'à preuve du contraire, si je trouve un écriteau avec une interdiction de fumer dans une salle d'attente, je vais présumer que cet écriteau est sérieux. Je ne peux pas retracer l'histoire de cet écriteau pour le vérifier : le seul fait d'entrer dans un processus de communication verbale implique que l'on respecte les règles du jeu. Cela ne se fait pas par un contrat explicite, mais par un accord tacite, consubstantiel à l'activité verbale. On a affaire à un savoir mutuellement connu ; chacun postule que son partenaire se conforme à ces règles et s'attend à ce que l'autre s'y conforme [...] Cette problématique a été introduite dans les années 1960 par un philosophe du langage, l'Américain Paul Grice, sous le nom de « maximes conversationnelles », qu'en France on préfère appeler **Lois du discours**". **Dominique MAINGUENEAU**, Analyser les textes de communication, Armand Colin, Paris, 2005, p. 17 et 18.

<sup>514</sup> وإذا اشتريت لحماً من سوق تونسيّة، ينبغي أن أعدّه مذبوخاً على الطّريقة الإسلاميّة. انظر مثل هذا المثال في كتاب جماعي التّأليف: أصول الفقه على مذهب الإماميّة، م س، ص 342. انظر أيضاً: **محمد الفاضل التّنكراني**، الفواعد الفقهيّة، تحقيق ونشر مركز فقه الأئمّة الأطهار، قم، ط 2، 1425هـ، ج 1، ص 507 وما بعدها.

الاحتمال. فالظهور والعلوية إذن للجِدِّ، وللعقل، ولحسن النِّيَّة، ولعدم الخطأ، إلخ. لكن إذا وجد دليل معارض لما سبق، انقلب الظهور وصار لما عليه ذلك الدليل<sup>515</sup>.

---

<sup>515</sup> انظر إلى: الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 1، ص 27، وج 2، ص 134 و ص 151 وما بعدها؛ السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (م س)، ج 1، ص 302. وقرب ذلك مما عند GRICE من وجوب حسن الظن بمنشئ الخطاب. محمد الشاوش، م س، ج 1، ص 171 وما بعدها. انظر أيضا: ج 2، ص 921 وما بعدها، حيث تجد عرضا للمسألة عند اللغويين الغربيين والمسلمين.