جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
فـــاس

# مجلة القانون والاقتصاد

## دراسات وأبحاث


- دور الميتودولوجية القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الإصطلاحية في القانون المغربي للإلتزامات والعقود
  **محمد شيلح**
- الأسرة المغربية وتحديات العولمة
  **محمد ناصر متيوي مشكوري**
- أثر الموت على مصير العقود غير اللازمة من خلال بعض النماذج العقدية في الفقه الإسلامي
  **عمرو لمزرع**
- مدى تأثير المصلحة الخاصة والمصلحة العامة على تنمية واستثمار العقار المشاع
  **محمد بخيف**


## لغة وتواصل


- أنظمة التواصل اللساني وغير اللساني
  **المصطفى العمراني**
- تعريفات : ما هو التواصل ؟
  **عبدالعالي مريني**
- الترجمة وعملية التواصل : من التلقي إلى التبليغ
  **عبدا لعزيز السراج**


## تعاليق على أحكام


- التوجه الحديث لقضاء المحاكم الإدارية بخصوص مدلول القرارات الإدارية سلطة الأشخاص المعنوية الخاصة في إصدار القرارات الإدارية
  **محمد الأعرج**
- الاختصاص القضائي للبث في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات
  **محمد الأعرج**


## أحكام قضائية في المادة الإدارية

## تقارير وأنشطة

عدد مزدوج 21-22
يناير 2006

50درهم

# دور الميتودولوجية القانونية
# في تحسين اللغة القانونية
# من خلال بعض النماذج الاصطلاحية
# في القانون المغربي للالتزامات والعقود

**محمد شيلح**

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق – فاس

**ـ فـرش :**

1 ـ القانون هو تلك الروح الضابطة للسلوك والتي إذا نفذت إلى مُجَمَّعٍ بشري فنفخت فيه بِتَائها تَغَيَّرَ بناؤُه وصار مجتمعا. والتّاءُ من الحروف الأبجدية. ولقد قُدِّرَ لتلك الروح ألا تسكن إلا في بيت هذه الأبجدية التي يمكن وصفها، بالنظر إلى موضوعها وعلى غرارها ما فعله إيهرينك الألماني[1]، بالأبجدية القانونية. وهي التي شاعت تسميتها أيضا باللغة القانونية.

والملاحظ أن اللغة القانونية غالبا ما تتسم بالنقصان الراجع في بعض جوانبه إلى سوء اختيار ما تتشكل به من المفردات البسيطة أو المركبة وبالتالي إلى سوء استعمالها. ورغبة في سد هذا النقصان بتحسين اللغة القانونية، ظهرت جملة من الأبحاث[2] الرامية في آخر المطاف إلى جعل هذه اللغة القانونية مفهومة على نَحْوٍ بَيِّنٍ بالأساس من طرف جمهور الناس المخاطبين بها مباشرة[3] دون استثناء من

(1) Jhering (R. Von) : L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement : Traduit sur la 3ème édition avec l'autorisation de l'auteur par Meulenaere (O. de), Tome 3, Paris, 1877, paragraphe 44 p.p. de 26 à 43.

(2) انظر في هذا الصدد على سبيل المثال :

Becquart (Joseph) : Les mots à sens multiples en Droit Civil Français - Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, Les Presses Universitaires de France, Paris, 1928.

(3) انظر مثلا :

Sourioux (J.L.) et Lerat (P.) : Le langage du droit, les Presses Universitaires France, Le juriste, section dirigée par Carbonnier (J.) Paris, 1975, p.p. 126 et s.

يتوسط بينهم وبينها من رجال القانون. فهل يمكن للميتودولوجية القانونية أن يكون لها نصيب في هذا التهذيب ؟ قبل الجواب عن هذا السؤال من خلال استعراض بعض النماذج الاصطلاحية المعتمدة في ق.ل.ع.م.، نرى أن نقدم في المقام الأول لمحة توضيحية عن كل من الميتودولوجية واللغة القانونيتين. وعليه فإن موضوعنا سيتبلور في محورين هما :

- **المحور الأول** : لمحة توضيحية عن الميتودولوجية واللغة القانونيتين.
- **المحور الثاني** : في بعض النماذج الاصطلاحية المعتمدة في ق.ل.ع.م. والقابلة للتهذيب بالميتودولوجية القانونية.

## المحور الأول : لمحة توضيحية عن الميتودولوجية واللغة القانونيتين :

### - أولا : لمحة توضيحية عن الميتودولوجية القانونية :

2 - يتمثل الموضوع الأساسي للميتودولوجية القانونية في تطبيق القانون على الواقع[4]. وواقع التصرفات التي يهتم بها ق.ل.ع.م. فيه الساكن وفيه المتحرك. الواقع الساكن يكمن في قيام التصرفات القولية أو الفعلية وكذا فيما يرتبط بهذه التصرفات من الظروف المفضية إليها أو المحاينة أو اللاحقة لها. والواقع المتحرك يتجلى في النزاع الذي يعرض على القضاء مبدئيا في شأن هذه التصرفات. ومثل هذا الواقع المتحرك هو الذي يتوقعه ق.ل.ع.م. في سكون أو من المفروض أن يتوقعه كفرضيات للحلول التي يقررها للحكم بها. والحكم بهذه الحلول منوط من حيث المبدأ بالقاضي الذي لا يجادل أحد في كون مهمته الأساسية إنما ترتد إلى تطبيق القانون. غير أن هذا التطبيق يستوجب فهم القانون من جهة ومن جهة أخرى فهم الواقع من خلال استيعاب الجانب المتحرك فيه

(4) انظر في هذا الصدد على سبيل المثال :

- Marnierre (Edmond Sallé de la) : Eléments de méthodologie juridique, ed. Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, 1976, p. 15, Voir aussi la préface p.v.
- Bergel (Jean-Louis) : "Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique" in Revue de la recherche juridique - Droit prospectif-publiée par la Faculté de droit et de sciencepolitique d'Aix-Marseille N° xv-43. 1990-4, Cahiers de Méthodologie juridique n° 5, p. 716.



وضبط ما يكفي من القدر الذي يمكن الاستعانة به من الواقع الساكن لتمام الفهم. ويلعب مساعدو القضاء وعلى رأسهم المحامي، في هذا الاستيعاب المنضبط دور المُيَسِّر بل والموجِّه أحيانا حتى لا نقول غالبا[5]. ومتى استقر فهم الواقع عمد القاضي إلى تكييفه بالوصف الذي يجعله جديراً بحل من الحلول المتوقعة أو من المفروض أن تتوقع في ق.ل.ع.م.. والمبدأ في هذا الوصف القانوني أن يخضع لمراقبة محكمة القانون. وهذه الأخيرة في مراقبتها للتطبيق السليم للقانون إنما تصدر عن تصور مرجعي لكيفية الفهم الذي يأتي معه التطبيق سليما. وما تقرره محكمة القانون في ضوء هذا التصور المرجعي للفهم عند مراقبة التطبيق السليم لق.ل.ع.م. هو الذي يشكل النظام القاعدي العام للتصرفات المنظمة في هذا القانون. وهذا النظام القاعدي العام، المتسم بالحركة مقارنة مع نصوص ق.ل.ع.م. المتسمة في ذاتها بالسكون، هو المعتبر قانونا حقيقيا في نظر الاتجاه الدوغماتي الغالب في هيمنته على رجل القانون المغربي سواء أكان يحترف مهنة التشريع أو القضاء أو التعليم حتى لا نقول الفقه أو المحاماة أو التوثيق الدخيل وبالتالي العصري أو التوثيق الأصيل الأثيل وبالتالي التقليدي.

3 - وبعد ؛ فإن ما رُسِم قَبْلَه يُمثل لوحةً عمليةً لتطبيق القانون على الواقع. ومثل هذه اللوحة وإن حُفِرَتْ في ذهن أي رجل من رجال القانون وخاصة العمليين منهم كالقاضي أو المحامي أو الموثق، إلا أنهم غالبا مَا لاَ يدركونها من زاوية الربط بين مفاهيم التطبيق والقانون والواقع. وبما أن تطبيق القانون على الواقع هو الموضوع الأساسي الذي تُعرف به الميتودولوجية القانونية كما مر بنا، فإن وظيفة هذه الميتودولوجية إنما تكمن في إنارة مسار تطبيق القانون على الواقع كعمل ذهني. وإنارة مسار هذا العمل الذهني إنما تكمن في تبيان الكيفية التي يحصل بها هذا العمل الذهني في جوانب ثلاثة هي :

(5) ومن هنا نعتقد أن التقويم الذهني للقاضي يتوقف في جانب كبير منه على التقويم الذهني للمحامي المتوقف بدوره على التقويم الذهني للفقيه المغربي الذي لن يحصل دون إصلاح حقيقي (جوهري) للتعليم القانوني بعيد عما يروج الآن مما أسموه بالإصلاح وما هو بإصلاح.

- جانب الواقع الذي يستوجب تطبيق القانون من حيث مبدعو هذا الواقع وما يستخدم من وسائل الإبداع المعبر عنها في ضوء ق.ل.ع.م. بالتصرفات القولية (الملزمة لجانبين أو لجانب واحد) أو الفعلية (ما يسمى بأشباه العقود والجرائم وأشباه الجرائم).

- جانب القانون المطبّق على الواقع من حيث صائغه (المشرع)، وما يصدر عنه هذا الصائغ من تصور مرجعي (الأسباب والمقاصد الفعلية للتشريع وليس النظر إلى التشريع كجوهر قانوني ذي جذور تاريخية ومقاصد مثالية أو إيديولوجية ينبغي أن تتوخى باعتبار أن هذا النظر إنما هو من اهتمامات فلسفة القانون)، وكذا ما يستخدمه الصائغ (المشرع) من الأدوات الفنية (التقنية) وعلى رأسها اللغة في الصياغة.

- جانب المطَبِّق للقانون على الواقع من حيث صيغة ما يُطَبِّقُ به القانون من الحكم أو القرار القضائي وما يستخدم فيه من أدوات الفهم والإقناع.

4 - وهكذا فإن تأمل هذه الجوانب المعتبرة موضوعا أساسيا للميتودولوجية القانونية يسمح بتحديدها في ذلك "العلم" الذي يهتم بدراسة ما يستخدمه رجل القانون في عمله الذهني من الأساليب والطرق الرامية إلى حل المشاكل القانونية بالبحث (الواقع) والخلق (القانون) والتطبيق (الحكم أو القرار القضائي)[6]. إن الأمر بعبارة أخرى يتعلق في هذه الميتودولوجية بتحديد المبادئ والقواعد التي يَخضع لها العمل الذهني لرجل القانونِ والذي يقتضيه البحث عن خلق وتطبيق مجموعة من المعارف القانونية[7]. وهذا الأمر لا يتم إلا بدراسة المفاهيم من حيث ضبط معانيها وتدقيق هذه المعاني والاستدلالات القانونية ومناهج التنسيق بين القواعد القانونية وتأويلها دون إغفال التكييف القانوني للواقع والأدوات الفنية المستخدمة في صياغة القانون وعلى رأسها اللغة[8]. ولقد ذهب كوطي (Côté) في هذا الصدد إلى أن الميتودولوجية القانونية هي ذلك الفرع من علم القانون المهتم

(6) انظر فيما يُسايرُهُ هذا التحديد : بيرْجيل : مقاله المشار إليه في الهامش 4 قبله، ص. 711.
(7) مَارْنيير (إيدموند سالي دي لا) : المرجع المشار إليه في الهامش 4 قبله، ص. 8 وما بعدها.
(8) بيرجيل : مقاله المشار إليه في السابق، ص. 718.



بدراسة مجموع العمليات الذهنية لرجل القانون المتصلة على الخصوص بكيفية طرح المشاكل وكيفية جمع المعلومات وكيفية تهييئ الحلول القانونية لهذه المشاكل في ضوء ما وقع جمعه من المعلومات وكيفية صياغة هذه الحلول إلى جانب كيفية تأويل وتطبيق النصوص القضائية أو التشريعية[9]. وبهذا التحديد فإن الميتودولوجية القانونية في تقديرنا ترتد في آخر المطاف إلى ضبط كيفية الفهم والإفهام لتوجيهه في ضوء المبادئ والقواعد التي يَخضع لها العمل الذهني لرجل القانون.

5 - ولا شك أن الميتودولوجية القانونية بهذا التحديد إنما ترمي إلى توجيه الفكر القانوني نحو دحض الحضارة غير القانونية بلفظ الارتجال ورفض اللامعقول في التعامل مع القانون والعمل به[10]. وكثيرا ما نتلمس مثل هذه المثالب التي تناهضها الميتودولوجية القانونية في رجل القانون المغربي : فالغالب في هذا الرجل الخاص بِتَمَيُّزِهِ عن العامة وإن كان منهم أنه عندما يريد أن يعقلن تعامله مع القانون أو عمله به تراه لا يركن في الغالب إلا إلى حسه المجرد. وإذا كان الحس المجرد عقلا فهو عقل قاصر قد يفضي إلى الارتجال. وعندما يستكين إلى ما يشعر به من الإنصاف في ضميره عند تعامله مع القانون أو عمله به تراه يتصرف في الغالب كمقدم الصدقة المعطاة لوجه الله أحيانا أو كمقدم الهبة المعطاة لوجه العباد غالبا. وإذا كانت الصدقة أو الهبة حلالا فعلى أساس ما يعقله القانون من أسبابها وإلا كانت لا معقولا. وهذه الأسباب المعتبرة من مظاهر الحضارة القانونية[11] تقرأ في اللغة القانونية فما المقصود بها ؟.

(9) Côté (Pierre-André) : "La méthodologie juridique au Canada" : in Revue de la recherche juridique - Droit prospectif - publiée par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. N° xv-43-90-4, Cahiers de Méthodologie juridique, N° 5, p. 725.
(10) بيرجيل : مقاله المشار إليه في السابق، ص. 711.
(11) لا يتصف مجتمع ما بالحضارة القانونية إلا إذا طبعته السيادة الواعية للقانون على واضعه (المشرع) وموضوعه (المخاطبون بالقانون) من جهة وعلى مطبقه (القضاء) ومنفذ صيغته التطبيقية (الإدارة) من جهة ثانية. فإذا ما خرج عنصر من هذه العناصر عن هيمنة السيادة الواعية للقانون دخل المجتمع عهد الحضارة غير القانونية وبالتالي ما جاز للدولة أن توصف بدولة القانون المكرس للحقوق وللالتزامات.

**- ثانيا : لمحة توضيحية عن اللغة القانونية :**

6- اللغة على العموم ليست مجرد أداة للتواصل بين الناس، إنها أيضا وبالأساس ذلك السلوك الذي يلجأ إليه الإنسان لإثبات حضوره كموجود في طبيعته التاريخية (الزمان) والجغرافية (المكان). ومن هنا تستحق هذه اللغة وصف اللغة الطبيعية (العادية للإنسان في تواصله مع غيره من الناس).

ومثل هذا السلوك يتكيف مع الميدان الذي يحضر فيه على نحو يجعل السلوك مطبوعا بهذا الميدان : فإذا كان هذا الميدان علما أصبحت اللغة علمية. وإذا كان هذا العلم قانونا أصبحت اللغة قانونية.

ولقد أثارت العلاقة بين اللغة كشكل سلوكي والقانون كمضمون لا مأوى له إلا هذا الشكل السلوكي منذ القديم جَدَلاً تنامى مع تطور أدوات البحث العلمي. وإذا كان التعرض لهذا الجدل ولو في الوقت الراهن لا يليق له المقام هنا[12] إلى جانب كون مؤهلاتنا الجاهلة بكثير مما يتصل بعلوم ما أسميناه باللغة الطبيعية واللسانيات على رأسها لاتسعفنا بما يرضينا ؛ لذلك حسبنا أن ننظر إلى اللغة القانونية من زاوية ما يمكن أن تتميز به عن اللغة الطبيعية ونقول :

7 - إن تغليب قيد القانون على اللغة المقيدة به يسمح بالذهاب إلى أن اللغة القانونية مستقلة تماما عن اللغة الطبيعية (العادية). ومثل هذا التصور هو الذي يفضي حتى في إطار اللغة القانونية ذاتها إلى التمييز بين اللغة التشريعية واللغة القضائية واللغة الفقهية واللغة التوثيقية[13]، أو على الأقل إلى التمييز بين لغة القانون

(12) انظر في هذا الصدد وعلى سبيل المثال :

- Haba (Enrique Pedro) : "Etudes en Allemand sur les rapports entre droit et langue" : in Revue (la) : Archives de philosophie du droit, Tome 19 : Le langage du droit, Sirey, Paris, pp. de 257 à 289.
- Dufour (Alfred) : "Droit et langage dans l'Ecole historique du droit" : in même revue et numéro cités ci-dessus, pp. de 151 à 180.

(13) انظر هذا التمييز في اللغة القانونية ذاتها : أطروحة بيكار المشار إليها في الهامش 2 قبله، ص. 21، مع التنبيه إلى أن بيكار ينتقد هذا التمييز الذي يأخذ به فرانسوا جيني.



المنحصرة في تلك التي يصاغ بها القانون واللغة القانونية المستعملة في المهن القانونية (القضاء، الفقه، التوثيق، إلخ...)[14].

غير أن ما مر بنا في تحديد اللغة يسمح لنا بمسايرة من يذهبون إلى أن اللغة القانونية لا تتمثل إلا في الاستعمال الخاص بالقانون للغة الطبيعية (العادية)[15]. وخصوصية اللغة التي يصاغ بها التشريع أو تؤلف بها النصوص الفقهية أو القضائية أو التعاقدية لا تعود إلى مبنى هذه اللغة وإنما إلى معناها المتمثل في المعنى القانوني[16]. وهذا معناه أنه لا توجد لغة قانونية مستقلة بذاتها : إنها توجد ضمن اللغة العادية كجماع من المفردات والجمل ذات المعاني القانونية المعتبرة مجازاً أو كناية في اللغة الطبيعية (العادية). والنظر إلى هذه المعاني كمجاز أو كناية هو الذي يجعل المفردات والجمل الدالة عليها جديرة بوصفها بالمصطلحات القانونية التي يتكون منها الخطاب القانوني بغض النظر عما إذا كان هذا الخطاب تشريعيا أو قضائيا أو فقهيا أو توثيقيا.

8- وتعد المصطلحات التي تتبلور بها اللغة القانونية من أهم الأدوات الفنية التي تستخدمها الصياغة القانونية لأجل إيصال المقتضيات القانونية إلى أفراد مجتمع القانون المكتوب وجعلها ناجعة بينهم. ولقد مر بنا أن هذه الأدوات الفنية تدخل

(14) انظر في هذا التمييز بين لغة القانون واللغة القانونية :

- Ziembinski (Zygmunt) : "Le langage du droit et le langage juridique - Les critères de leur discernement" in Revue (la) : Archives de philosophie du droit, tome 19, p.p. 25 à 31.

(15) انظر في مجلة أرشيف فلسفة القانون، ج. 19 ، المشار إليها قبله وعلى سبيل المثال :

- Mounin (George) : "La linguistique comme auxiliaire dans les disciplines juridiques" p. 11.
- Vissert Hooft (H. Ph.) : "La philosophie du langage ordinaire et le droit", p. 22.

- انظر أيضا : محمد شيلح : تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي : أطروحة دكتوراه الدولة من كلية الحقوق بالرباط، 1995-1996 ، المجلد الأول. ص. 358 الهامش 18.

(16) يذهب بيكار في مرجعه المشار إليه قبله، ص 22، إلى أن اختلاف استعمال اللغة القانونية باختلاف المشرع عن القاضي والقاضي عن الفقيه والفقيه عن الموثق لا يعود إلى المعنى القانوني للغة وإنما إلى الطرق التي تبنى بها هذه اللغة من قبل المُشرع أو القاضي أو الفقيه أو المؤلف. ونعتقد أن ما يختلف في هذا البناء هو الجانب الكمي أما البنية المنطقية فتكاد تكون واحدة في كل من النص التشريعي أو القضائي أو الفقهي - بما في ذلك المحامي - أو التوثيقي.

ضمن اهتمامات الميتودولوجية القانونية التي تتناولها كمصطلحات في ذاتها (مفردات وجمل قانونية) أو كنسيج للخطاب القانوني (التشريعي أو القضائي أو الفقهي أو التوثيقي).

والملاحظ أن المصطلحات التي استخدمت كأداة فنية في صياغة القانون المغربي للالتزامات والعقود إنما هي مصطلحات القانون (المدني) الفرنسي. وهذه المصطلحات بشهادة المهتمين بها في فرنسا[17] يعم أغلبها التردد في المعاني المخل بالدقة. ولقد زاد تضخم وعاء عدم الدقة استفحالا عند ترجمة ق.ل.ع.م. ومع ذلك قطنا الوقوف في استعراض بعض النماذج الاصطلاحية التي يفضي تطبيق الميتودولوجية القانونية إلى تهذيبها بتدقيقها عند ما لا تتسبب الترجمة في توسيع عدم دقته.

## المحور الثاني : في بعض النماذج الاصطلاحية المعتمدة في القانون المغربي للالتزامات والعقود والقابلة للتهذيب بالميتودولوجية القانونية

9 - يتضمن ق.ل.ع.م. عدداً وافراً من المصطلحات المتسمة بالتردد في المعاني المخل بالدقة[18]. وإذا كان رفع التردد من مهام الفقه بالدرجة الأولى، فإن الفقه المغربي غالبا ما يتسم عمله بالقصور في هذا الصدد. وحسبنا للوقوف على هذا العمل أن نقتصر على استعراض مصطلح الالتزام كنموذج من المفردات القانونية البسيطة (أولا) وما ترجم في إطار الفصل 36 من ق.ل.ع.م. بالالتزام عن الغير شرط إقراره إياه كنموذج من المفردات القانونية المركبة (ثانيا).

(17) انظر على سبيل المثال : بيكار : المرجع السابق، ص. 27.

(18) انظر على سبيل المثال في بعض هذه المصطلحات : – بيكار : المرجع السابق، من ص. 49 إلى 143. - سُورْيُووَلُورَا : مرجعهما المشار إليه في الهامش 3 قبله، من ص. 92 إلى 96. - محمد شيلح : تأويل العقود في ق.ل.ع.م.، مرجع سابق، المجلد الأول : ص 361 و362 بهوامشهما، المجلد الثاني : ص. 739 وما بعدها، ص. 799 وما بعدها، ص. 802 وما بعدها.



### أولا : "الالتزام" كنموذج من المفردات القانونية البسيطة[19]

10 - لقد كان مصطلح الالتزام (Obligation) في فرنسا عند نقله إلى ما أصبح يسمى بق.ل.ع، المغربي محتملا لمعاني متعددة[20]. غير أن غلبة التوجيهات التربوية للمدرسة المتونية[21] على داوودسانتييانا (D.SANTILLANA)[22] وقد تلقفها خلال تعلمه الحقوقي بإيطاليا[23]، جعلت هذا الأخير يقتصر على اعتماد مصطلح الالتزام في مشروعه التمهيدي المنقول عبر المجلة التونسية للالتزامات والعقود إلى القانون المغربي للالتزامات والعقود من غير مراعاة لأوجه استعماله. ولذلك نجد مصطلح التزام يتردد إلى جانب معانيه الأخرى بين معنى المصدر (السبب) والأثر (المسبب، النتيجة) في كثير من نصوص ق.ل.ع.م[24].

(19) الالتزام هو الموضوع الذي تدور حوله كافة الأحكام المسطرة في ق.ل.ع.م. وهذه الأهمية تقتضي التعرف على هذا الموضوع من حيث معانيه وطبيعته قبل التعرف على أحكامه ومنها ما يتصل بالالتزام عن الغير شرط إقراره إياه والذي سندرسه فيما بعد كنموذج عن المفردات القانونية المركبة.

(20) انظر في هذه المعاني المتعددة : بيكار : المرجع السابق، رقم 84 من ص 117 إلى 119 ورقم 49 ص. 83 و84.

(21) انظر في هذه التوجيهات التربوية وخلفياتها : محمد شيلح : المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 309 وما بعدها.

(22) يعد سانتييانا الواضع الحقيقي للمشروع التمهيدي لق.ل.ع.م. : انظر في هذا الصدد : أحمد ادريوش : أصول قانون االالتزامات والعقود - بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، دكتوراه الدولة في الحقوق من كلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1991-1992، محمد شيلح : "أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه : محاولة قراءة في ق.ل.ع.م. من خلال سيرته" : مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، عدد 5، السنة 1989، من ص. 51 إلى 89.

(23) انظر أطروحة أحمد ادريوش المشار إليها قبله، ص. 36 وما بعدها.

(24) منها على سبيل المثال : الفصول : 2 - 6 - 36 - 45 - 47 - 49 - 228 - 229 - 230 - 306 - 307 - 308 - 309 - 310 - 319 - 320 - 335 - 337 - 339 - 340 - 347 - 356 - 393 - 403 - 470 - 473.

11 - وعلى الرغم من أن هذه النصوص غالبا ما يُستعمل فيها مصطلح الالتزام بمعنى مصدره المتمثل في العقد[25]، فإن الفقه المغربي[26] يفهم هذا المصطلح بمعنى الأثر، النتيجة، المسبب وليس بمعنى المصدر، الوسيلة، السبب[27].

غير أن اقتصار الفقه المغربي في الغالب على التقيد بالنقل غير الواعي دون العقل الذي توصي به حتى المدرسة المتونية[28] ؛ جعله يقف في تحديد معنى الالتزام في ذاته (من حيث طبيعته) عند تعريف الالتزام بالرابطة أو العلاقة القانونية[29] من غير تقديم أي ضبط للمقصود بهذه الرابطة (أو العلاقة) في حد ذاتها، الأمر الذي يبقى معه تعريف الالتزام ضربا من تعريف المجهول بالمجهول. ومثل هذا التعريف غير الواعي بالمطلوب منه وبالمطلوب فيه هو الذي يفضي إلى اعتناق أفكار لا تتصل بالنسق الذي ينتمي إليه التعريف كَأَنْ تُنْتَقَدَ خاصية الرابطة (العلاقة) الشخصية المنجرة عن تعريف الالتزام في ضَوء التصور المرجعي لمنهج

(25) يعود هذا الخلط بين المصدر والأثر إلى النظرة الواقعية للقانون الروماني. ومثل هذه النظرة الواقعية هي المهيمنة على الفقه الإسلامي : ولذلك نجد، على سبيل المثال، المادة 103 من مجلة الأحكام العثمانية تعرف العقد بأنه التزام، كما نجد الخطاب يعرف الالتزام بما يفيد العقد : انظر محمد بن محمد الحطاب : تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، ط. 1، 1984 ص. 68.

(26) - يلاحظ أن القضاء المغربي غالبا ما يقتصر في عمله على ترديد نفس اللغة التي صيغت بها الترجمة المتداولة لق.ل.ع.م. ولذلك فإن ما يلاحظ على لغة ق.ل.ع.م. ينطبق أيضا وبالتبعية على الغالب في لغة العمل القضائي المتصل بتطبيق ق.ل.ع.م.

(27) نجد الالتزام بمعنى الأثر (النتيجة) مكرسا على سبيل المثال في الفصلين 1 و14 من ق.ل.ع.م.

(28) إذا كان الغالب في الفقه المغربي أنه متوني، فليس معنى هذا أن كل فقيه مغربي متوني إلا وهو على بينة تامة بالمنهج المتوني المعتمد في التعامل مع النصوص القانونية ؛ إذ إن العقل في ظل هذا المنهج يحتل مكانة رائدة. غير أن هذا العقل ينظر إلى المجتمع كمفاهيم منطقية مجردة جاهزة في اللغة ذاتها وليس كواقع يقتضي تلمسه الوقوف على دواعيه ومراميه.

(29) لقد سبق للمشروع التمهيدي لسانتيانا أن عرف الالتزام في الفصل الأول منه بأنه، حسب ترجمتنا، "رابطة قانونية بمقتضاها يجبر شخص إزاء شخص آخر على إعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل شيء ما وفقا للشروط المحددة قانونا".



التحليل المتوني الصوري بآراء لا تنجر إلا عن تعريف الالتزام في ضوء التصور المرجعي لمنهج التحليل المتوني المادي[30].

12 - والملاحظ أن هذين المنهجين المتونيين (الصوري والمادي)[31] ينطلقان معا، في تحديد طبيعة الالتزام، من لفظة «Obligatio» المستعملة في القانون الروماني (البيزنطي) استعمالا مجازيا[32] يفيد ذلك الضغط الذي يحس به المدين بسبب تقييد نفسه بقول أو فعل : وهذا هو الرابطة القانونية (un lien de droit) التي عرف بها يوستينيان الالتزام[33]. وهذه الرابطة في ضوء منهج التحليل المتوني الصوري، ثقة (أو ائتمان : Crédit). والثقة إحساس بالأمان والاطمئنان إلى حصول ما تعلقت به من الأمر في المستقبل. ولذلك فعندما يحصل هذا الأمر في الحال، لا نكون مبدئيا في حاجة إلى مثل هذا الإحساس المبلور لمعنى الثقة وبالتالي لا نكون أمام مصطلح الالتزام[34].

والثقة بهذا المعنى لا يمكن أن تتصور إلا فيما بين الأشخاص. ومن هنا يكون من المنطقي أن تتصف هذه الثقة المعبر عنها بالرابطة بالطابع الشخصي وليس

(30) يشكل هذا السلوك في البحث القانوني مظهرا من مظاهر الاضطراب المنهجي. ومن أمثلة هذا الاضطراب وفي هذا الصدد أيضا ما هو شائع في أغلب الدراسات المهتمة بق.ل.ع.م. المغربي أو التونسي من أن حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير وما يسمى بالوعد الملزم لجانب واحد مظان للمذهب المادي الألماني للالتزام. والحال أن هذا المذهب كنسق لم يظهر، في تقديرنا إلا في النصف الثاني من القرن 19، في حين أن هذه المظان قد كرسها حتى القانون الروماني الذي لم يتمكن من التخلص من النزعة الشخصية في الالتزام : راجع في ترديد هذا التصور الشائع وعلى سبيل المثال : - عبد القادر العرعاري : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي : ج. 1 : مصادر الالتزامات، الكتاب الأول : نظرية العقد، مطبعة فضالة - المحمدية، 1995 ص. 12 وما بعدها - محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات : 1 - العقد - تونس، 1993، رقم 13 . ص. 24.

(31) الغالب في المنهج المتوني الصوري أن يُنسب إلى فرنسا كما أن الغالب في المنهج المتوني المادي أن ينسب إلى ألمانيا.

(32) هذا الاستعمال المجازي لا يبتعد كثيرا عن المعنى اللغوي الحقيقي للفظة «Obligatio» والذي يفيد - إذا صح ما ننقل معناه إلى العربية ب - الالتجام.

(33) انظر في هذا التعريف على سبيل المثال :

- Gomaa (Nooman M. K.) : Théorie des sources de l'obligation, L.G.D.J. Paris, 1968, N° 279, p. 248.

(34) وهكذا إذا وقع عقد البيع على منقول معين بذاته مثلا فإن هذا البيع لا يولد الالتزام وإنما الحق العيني من حيث المبدأ.

المادي فتسمى لذلك بالرابطة (أو بالعلاقة) الشخصية. وهي أيضا رابطة قانونية بمعنى ثقة قانونية لأن القانون يتدخل لحماية هذه الثقة بالإجبار على تنفيذ ما تعلقت به. وعليه فإن الالتزام مصطلح لا يطلق في ضوء منهج التحليل المتوني الصوري إلا على هذه الثقة القانونية[35].

13- وبما أن منهج التحليل المتوني الصوري هو المهيمن، عن وعي أو غير وعي، في المغرب على دراسة ق.ل.ع.م.، لأنه المهيمن في الغالب عن وعي أو غير وعي أيضا، في فرنسا على دراسة القانون المدني ؛ لذلك نستطيع أن نذهب إلى كون المعنى الطبيعي لمصطلح الالتزام في ق.ل.ع.م. إنما يتمثل في تلك الثقة القانونية المتولدة عن التصرف القولي أو الفعْلي الذي جعله ق.ل.ع.م. مصدراً لها. والثقة القانونية كأثر يترتب على مصدرها هي المقصودة أيضا بالالتزام المدني. ووصف المدني المضاف إلى هذا المصطلح في تركيبه يحتمل بدوره معاني متعددة[36] على غرار كثير من المفردات القانونية المركبة كالالتزام عن الغير شرط إقراره إياه.

**ثانيا : "الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه" كنموذج من المفردات القانونية المركبة :**

14 - "الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه" مصطلح تكرسه الترجمة المتداولة للفصل 36 من ق.ل.ع.م[37].

(35) أما منهج التحليل المتوني المادي فلا ينظر إلى الالتزام إلا من خلال ما يتكون به من مادتي الشولد (La schuld) والهافتونك (La haftung) : انظر في النظرة الصورية الفرنسية أو المادية الألمانية وعلى سبيل المثال : - جمعة (نعمان محمد كمال) : أطروحته المشار إليها في الهامش 33 قبله من ص. 245 إلى 254. - محمد شيلح : أطروحته المشار إليها في السابق، المجلد الثاني، رقم 646، ص. 796 ما بعدها.

(36) انظر في تعدد معاني "المدني" : بيكار : المرجع السابق، رقم 43، من ص. 77 إلى 79.

(37) يجد هذا الفصل أصله الحقيقي في الفصل 44 من المشروع التمهيدي لسانتيانا ونصه الفرنسي الأصلي كالتالي :

- On peut stipuler pour un tiers sous réserve de ratification. Dans ce cas, l'autre partie peut demander que le tiers, au nom duquel on a contracté, déclare s'il entend ratifier la convention. Elle n'est plus tenue, si la ratification n'est pas donné dans un délai raisonnable, et au plus tard quinze jours après la notification de la convention".



وحسب أستاذنا مأمون الكزبري[38]، فإن هذا المصطلح يقصد به "أن يبرم شخص التزاما باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الالتزام الذي أبرم باسمه"[39]. وهذا المصطلح في نظره يختلف عن مصطلح التعهد عن الغير والذي يراد به "إبرام شخص عقدا باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلة تحمل المسؤولية تجاه المتعاقد الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم"[40]. ويترتب على اختلاف تعريف الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه عن تعريف التعهد عن الغير أن يتميز هذا المصطلح الذي لم ينظمه ق.ل.ع.م[41] عن المصطلح المنظم في الفصل 36 من ق.ل.ع.م. في كون المتعهد في التعهد عن الغير إنما يتعاقد باسمه هو لا باسم الغير. أما الملتزم في الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه فإنه لا يتعاقد باسمه هو وإنما باسم الغير. وفي كون العمل الذي يتعهد به المتعهد في التعهد عن الغَيْرِ إنما يتمثل في حمل الغير على قبول التعهد. "أما الملتزم عن الغير شرط إقراره الالتزام فهو يتعاقد على شرط إقرار الغير العقد ولا يلتزم بشيء"[42]. وفي كون المتعهد في التعهد عن الغير تقوم مسؤوليته في حالة رفض الغير الالتزام. أما الملتزم عن الغير شرط إقراره إياه فإنه لا يتحمل أية مسؤولية في حالة رفض الغير الالتزام[43].

15 - والواقع فإن هذا الموقف لا يتلاءم وما يمكن أن يفهم به الفصل 36 من ق.ل.ع.م. في ضوء نظرة ميتودولوجية.

(38) نرى أن نقتصر على موقف أستاذنا مأمون الكزبري من هذا المصطلح ليس إلا نظرا لكون كل ما كتب بعده باللغة العربية أساسا في شأن الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه لا يعد إلا ترديدا لموقفه.

(39) مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1 : مصادر الالتزامات، دار القلم، بيروت، ط. 2، 1972، ص. 265.

(40) مأمون الكزبري : المرجع السابق، ج. 1، ص. 268.

(41) مأمون الكزبري : المرجع السابق، ج. 1، ص. 269 و270.

(42) مأمون الكزبري : المرجع السابق، ج. 1، ص. 270.

(43) مأمون الكزبري : المرجع السابق، ج. 1، ص. 271.
وانظر فيما أغفلناه من أوجه الاختلاف الأخرى التي أوردها أستاذنا مأمون الكزبري بين الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه والتعهد عن الغير : نفس المرجع قبله، ج. 1، ص. 270 و271.

وتعود عدم الملاءمة هذه إلى كون موقف أستاذنا مأمون الكزبري قد صدر كعمل ذهني عن جملة من المعطيات المصاحبة للنقل غير الواعي منها :

- التسليم بوضوح المصطلح المستخدم في الفصل 36 من ق.ل.ع.م.

- التسليم بوضوح مصطلح ما ترجم بالتعهد عن الغير غير المكرس في الفصل 36 من ق.ل.ع.م. حسب تقدير صاحب الموقف الذي ساد بعده.

- الاقتصار في فهم الفصل 36 من ق.ل.ع.م. على ذات النص دون ربطه بِمَا يتبلور به عمليا في النصوص الأخرى من ق.ل.ع.م.

16 - وعليه إذَا ما أخذنا هذه المعطيات بعين النظر، قلنا إن الفصل 36 المذكور يشكل أساسا نظريا لِمَا يتداول من مصطلح "الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه" أو مصطلح "التعهد عن الغير".

ويجد هذا الأساس النظري تجسيده الحي في الفصل 928 من ق.ل.ع.م[44].

وبما أن هذين المصطلحين غير دقيقين نظرا للإبهام الذي يحيط بهما، لذلك نرى، ورفعا لهذا الإبهام، أن نقول إن ما ينظمه الفصل 36 ق.ل.ع.م والذي لا

(44) ينص الفصل 928 من ق.ل.ع.م.، حسب ترجمته المتداولة، على أنه : "إذا تصرف الوكيل بلا وكالة، أو تجاوز حدود وكالته وتعذر لذلك تنفيذ العقد الذي أبرمه، التزم بالتعويضات لمن تعاقد معه.
ولكن الوكيل لا يتحمل بأي ضمان :
أ - إذا علم من تعاقد معه بمضمون وكالته علما كافيا.
ب - إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بمضمون وكالته.
وكل ذلك، ما لم يلتزم الوكيل بأن يجعل الموكل يقوم بتنفيذ العقد :
(Le tout à moins qu'il ne se soit porté fort de l'exécution du contrat)"
والملاحظ أن هذا النص، يعد مثالا من ألأمثلة الكثيرة في ق.ل.ع.م. على عدم الدقة في استعمال اللغة القانونية ؛ ذلك أن من يتصرف بلا وكالة لا يمكن أن يوصف بالوكيل وإنما بالفضولي. وكذلك الحال عندما يتجاوز الوكيل حدود الصلاحيات الممنوحة له، إذ يصير في حدود هذا التجاوز فضوليا. وهذا المصطلح الدقيق هو الذي ينبغي أن يفهم به مصطلح الوكيل المستخدم عن غير دقة في الفصل 928 من ق.ل.ع.م.



يستقيم فهمه إلا في ضوء الفصل 928 من نفس القانون، إنما يتمثل فيما نعبر عنه بالتعاقد لحمل الغير على القيام بعمل. وهذا التعاقد ينضبط في أحكامه، المباشرة بالفصول من 36 إلى 38 و928 دون إغفال 927 من ق.ل.ع.م.

## خاتمة :

17 - وهكذا فإن ما ضُرب من أمثلة في المحور الثاني على المصطلحات التي تستخدم عند معالجة ق.ل.ع.م عن غير دقة إمَّا في معناها أو في صيغتها إنما يرمي إلى التنبيه إلى ضرورة تحسين اللغة القانونية عن طريق البحث عن فهمها السليم لأن هذا الفهم هو الذي يسمح بجعل الإفهام بها مُقْنِعاً. ولقد مر بنا أن عملية الفهم والإفهام الواعيين إليها يرتد في آخر المطاف الموضوع الذي تهتم به الميتودولوجية القانونية.

ولهذا نستطيع عن اقتناع أن نختم هذه التأملات بأنه لو قُدِّر لنا أن نختار، فيما ينبغي أن يقتصر على تلقينه لطلبتنا خلال كل سنوات الإجازة، بَيْنَ الشرح غير الواعي لجُمَّاع من القوانين الجاري بها العمل وبين مادة وحيدة نسيمها بمادة الميتودولوجية القانونية ؛ لاخترنا هذه الميتودولجية القانونية وحدها لتدرس كمادة ينضبط بها الفهم والإفهام للغة القانون ويتقوم بها التفكير القانوني : فالأخذ بهذه المادة كإطار لأدوات البحث العلمي في الميدان الحقوقي هو الذي يجعل المهتم بهذا الميدان في دراسته و/أو ممارسته جديرا بحمل صفة رجل القانون بغض النظر عما إذا كان متعلما (أستاذاً أو طالباً) أو موثقا أو قاضيا أو محاميا...