

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران - السانبا




كلية الحقوق  قسم القانون الخاص

القواعد العامة للتفسير
وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي
- دراسة مقارنة -

رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي

تحت إشراف الأستاذ :

من إعداد :

مقتي بن عمار  الدكتور حبار محمد (الابن)

أعضاء لجنة المناقشة :

- * الدكتورة بولنوار مليكة : أستاذة التعليم العالي ، جامعة وهران رئيسا.
- * الدكتور حبار محمد : أستاذة التعليم العالي ، جامعة وهران مقرر.
- * الدكتور زهدور سهلي : أستاذة محاضر (أ) ، جامعة وهران مناقشا.
- * الدكتور حداد العيد : أستاذة محاضر (أ) ، جامعة البليدة مناقشا.
- * الدكتور عمرو خليل : أستاذة محاضر (أ) ، جامعة البليدة مناقشا.
- * الدكتور حميل صالح : أستاذة محاضر (أ) ، جامعة أدرار مناقشا.

السنة الجامعية : 2009/2008



إهداء

أهدي هذا العمل :
إلى أعز الناس وأسبقهم في الوجود " الوالدين الكريمين".
وإلى زوجتي العزيزة ، وبناتي الحبيبتان : فيروز و وداد
وإلى جميع أفراد عائلتي كبيرها وصغيرها .
وإلى جميع أصدقائي وزملائي في الجامعة الجزائرية
خصوصا في جامعتي وهران و تيارت .
إلى كل زملائي في مهنة المحاماة بدون استثناء .
وإلى أساتذتي الكرام الذين تعلمت منهم منذ أن وطئت
قدمي المدرسة إلى يومنا هذا.
ودون أن أنسى الإهداء الخاص إلى أستاذي المشرف .
وإلى جميع السادة الأساتذة أعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة.
إلى كل هؤلاء أهدي باكورة إنتاجي العلمي.
رسالتي للدكتوراه في القانون .

الأستاذ المحامي / مقني بن عمار

تيارت : شهر نوفمبر سنة 2008

كلمة شكر وعرقان :

إنه ليقودنا شرف الوفاء والاعتراف بجميل النبل ،
بعد أن ختمنا رسالتنا بتوفيق وفتح من الله سبحانه وتعالى ،
بعد مشوار سنوات من البحث والجد والمثابرة .
أن نتقدم بتوجيه عظيم شكرنا وخالص امتناننا إلى
أستاذنا الفاضل :

الدكتور حبار محمد (الابن)

الذي تقبل بصدر رحب ، وبلا تردد ، الإشراف على رسالتنا
ولم ييخل علينا بتقديم يد العون والمساعدة المادية والمعنوية .
وقد استفدنا كثيرا من توجيهاته النيرة ونصائحه القيمة لإتمام
هذه البحث ، سواء في جانبه الموضوعي أو الشكلي .
بل وكان حريصا أكثر منا على إنجازة في أقرب وقت
وندعو الله أن يجازيه عنا خير الجزاء .
كما نتقدم كذلك بجزيل الشكر والعرقان :
لكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في تحضير
وإنجاز وطبع هذا العمل المتواضع ولو بدعاء يسير.



* بسم الله الرحمن الرحيم *

الحمد لله رب العالمين المتصف بصفة الكمال المنعوت بنعوت الجلال الذي علم ما كان وما يكون وهو كائن في الحال والمآل ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خاتم الأنبياء وإمام المرسلين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد :

إن العدل هي الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع ، وسنتت من أجلها القوانين لإقامة مجتمع سليم ، فإن بلوغ هذه الغاية يتوقف على سلامة الوسيلة التي يتولى تحقيقها ، وإن الوسيلة في القاضي الذي يتوقف على قضاؤه "صحيح التصرفات" التي أخل بها الناس في معاملاتهم وصيانتها لكي تقوم علاقات الأفراد وارتباطهم ببعضهم ببعض على أساس قويم متين .

وقد استقر الفقه والقضاء على "مبدأ القوة الملزمة للعقد" باعتباره "قانون" واجب التطبيق من قبل أطرافه . وهذا المبدأ يستند إلى اعتبارات دينية وأخلاقية هي وجوب الوفاء بالعهد ، ومع ذلك فإن العقد قد تواجهه عقبات وإشكالات عملية أو قانونية بالنسبة لأطرافه وللغير أحيانا تحول دون تنفيذه على النحو الذي تم الاتفاق عليه ، مما قد يخلق نزاعا بشأنه يتطلب اللجوء إلى القضاء لحله . ومن هنا يبدأ دور القاضي في تصحيح وتأويل ما عجزت إرادة أطراف العقد عن التعبير عنه بشكل سليم و واضح .

والأصل أن المتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد وفي حدود ما أفصحت عنه إرادته ونيته الحقيقية حتى ولو كان أحدهما في مركز ضعيف وقت التعاقد ، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لتهديب مبدأ سلطان الإرادة وتطويعه أملا في تحقيق نوع من التوازن بين الطرفين ، لأن الحرية قد تغدر بالعدل وتخل بمبدأ المساواة وتعدم التفاوض بين الطرفين ، وحتى في حالة التكافؤ بين الإرادتين فإنه من المحتمل أن يسيء أحدهما أو كلاهما التعبير عن الإرادة المشتركة ، فعندها قد يقع القاضي في حرج هل يعتد بالألفاظ والمباني أم يرجح المقاصد والمعاني ؟ أي هل يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة أم العكس ؟ ، وما هي العوامل الموضوعية والشخصية التي عليه أن يستهدي بها للوصول إلى تحديد النية المشتركة لأطراف العقد وقت التعاقد ؟ وهل يخضع القاضي في عمله لرقابه جهة النقض ؟ ونقطة البداية في بحثنا تكون بالحديث عن الإرادة وطرق التعبير عنها ، فعندما يتعاقد طرفان في العقد ، فإنهما يستخدمان القول أو الكتابة أو الإشارة المفهومة للتعبير عن إرادتهما المشتركة ، وعلى هذا فإن العقود جميعا تستلزم وجود عنصرين أساسيين هما :

- إرادة المتعاقدين ، وهي تتأتى فيما تتطوي عليه النفس .

- الإفصاح عن تلك الإرادة ، وهو المظهر الخارجي للتعبير عنها .

وهذا العنصران لا بد لأحدهما من الآخر ، إذ أن كلا منهما يكمل الآخر ، فالنية بغير الإفصاح عنها لا تنتج أي أثر قانوني ، وليس ثمة من تعبير بغير نية . ولا بد من مطابقة الإرادة لما صدر من التعبير عنها .

والتعبير عن الإرادة يتم عن طريق اللغة التي يتواضع عليها الناس ، أو على الأقل أطراف العقد . وإذا كانت الرياضيات تملك "وسائل تعبير" لا تترك مجالاً للغموض ، فإن التعبير عن الإرادة في مجال القانون يفسح مجالاً للغموض والإبهام والشك ، حينما يحدث أن يدعي أحد طرفي العقد عدم مطابقة ما أراده لما جرى التعبير عنه ، وهذا يستدعي طرح النزاع على مفسر (قاضي) يتولى تفسير العقد ويتبين حقيقة تلك المطابقة وقت إبرام العقد ، وهو ما يعبر عنه بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، والقاضي يعد طرفاً محايداً ومتخصصاً ومع ذلك قد تكون مهمته دقيقة ومعقدة ، بما يضطره إلى الربط بين عناصر عقدية غير متجانسة ، بعضها موضوعي ، وبعضها الآخر شخصي . فتعيين مدى التعبير هو عنصر مادي محسوس ، وربطه بالإرادة أو النية . وهي عنصر نفسي غير محسوس .

والعقد إرادة قبل كل شيء . فالإرادة "السليمة" شرط من شروط صحة العقد ، وضابط يتقيد به القاضي في تفسيره للعقد ، ومن ثم يتعين التفرقة بين الأدوار التي تلعبها هذه الإرادة ، إذ لا يستطيع القاضي بتفسير العقد إلا بعد البحث في صحته ، ولن يستطيع تكييف العقد وتحديد النص القانوني المناسب للتطبيق عليه ، وبالتالي آثاره ، إلا بعد القيام بتفسيره . ومن هنا تظهر أهمية التفسير كمرحلة سابقة على التكييف ولازمة لها أحياناً ، وقد ازدادت أهمية التفسير بعد أن فرضت الشكلية نفسها في غالبية العقود وما ترتب عنها من تباين بين الإرادة الباطنة للمتعاقدين من جهة ، والتعبير المادي عنها من جهة أخرى .

ويعتبر موضوع تفسير العقد من الأهمية بمكان ، لأنه يشكل حجر الزاوية في القانون المدني ، إن لم يكن في جميع فروع القانون الأخرى ، ويرجع ذلك لكون أن آليات التفسير القانونية تعتبر خادمة للعقد ومساعدة على الوقوف والحياة في أرض الواقع ، لأنه إذا كان الهدف من التعاقد هو تنفيذ ما تم التعاقد بشأنه ، فلن يتم هذا التنفيذ إن لم يكن رفع كل المعوقات التي تعترض طريقه ، ومن بينها رفع الغموض واللبس في العبارات أو المقاصد ، والمترجمة لعنصر الرضا في العقد . ، إذا فالتفسير ضروري لإنقاذ العقد من الخروج عن الغاية التي أبرم من أجلها وحماية المتعاقدين من الإرهاق .

ودور القاضي في تقصي إرادة الأطراف المشتركة عند عملية التفسير يبرز الخدمة الحقيقية التي يقدمها لنظرية سلطان الإرادة في هذا المجال ، لأن احترام القاضي لإرادة الأطراف هو احترام للقانون الذي ساوى في القوة القانونية بين الإرادة والقانون في شأن الالتزام . ومن هنا يبرز الدور المحوري للقاضي في عملية التفسير ، وذلك بحسن استعماله للوسائل القانونية لخدمة العقد وإرادة الأطراف بشكل أساسي .

وإذا كانت القواعد العامة للتفسير تصح اعتمادها كأساس في مختلف المعاملات التعاقدية من بيع وإيجار ووكالة وكفالة وغيرها من العقود المدنية ، فإن الأمر يبدو مختلفاً في نطاق عقود الإذعان التي تتميز بخصائص معينة ، تتمثل في وجود مراكز عقدية متباينة بين طرفين أحدهما طرف قوي يتمتع باحتكار فعلي وقانوني لخدمة معينة تمكنه من إملاء شروطه ، وهي الشروط التي يسميها البعض بشروط الأسد ، وذلك في مواجهة طرف ضعيف لا حول ولا قوة له سوى الموافقة على شروط غريمه من غير مفاوضة ولا مناقشة . وهذه الوضعية "غير العادلة" تدعو المشرع إلى وجوب التدخل عن طريق قواعد تفسير خاصة ذات مرونة أكبر تستهدف في أساسها مساعدة الطرف الضعيف من أجل الوصول إلى تحقيق نوع من التوازن العقدي بين أطراف هذا العقد .

وتتنوع الاعتبارات والأسباب ، الموضوعية والشخصية ، التي تقود المشرع إلى التدخل لحماية الأطراف المستضعفة في الرابطة العقدية ، سواء اعترافا هذا الضعف من الناحية الاقتصادية أو من الناحية المعرفية أو حتى من الناحية الاجتماعية .

ونكتفي بالإشارة إلى أهم هذه الاعتبارات وأكثرها شيوعا . والفضل يعود فيها للفقهاء الذي عني ، وبمساندة غير مشروطة من القضاء ، بإبرازها وإرساء دعائمها القانونية .

ففي أغلب الأحوال ، يستند هذا التدخل إلى اعتبارات عامة تتعلق بإضفاء قدر من الأخلاق على المعاملات . كما في الحالة التي يسعى فيها الشخص إلى الحصول على الفائدة من شخص آخر عديم الخبرة أو عديم الأهلية أو ناقصها بأن يبرم معه عقدا يضر بمصالحه . وقد تكون الاعتبارات هي الرغبة في تحقيق العدل التبادلي بين أطرافها ومثالها أن يعتمد العاقد إلى التمسك بحقوقه مع فرض شرط يقرر إعفائه من المسؤولية بما يفرغ التزاماته من مضمونها .

وفي بعض الأحوال ، ترجع حماية الطرف الضعيف إلى اعتبارات خاصة تتصل ببعض القيم الإنسانية والحقوق الأساسية للفرد . فالحرص على صون الحرية والكرامة الإنسانية هو مثلا أساس قامت عليه معظم نصوص قانون العمل التي عنيت بحماية العمل ، بوصفه طرفا ضعيفا إجتماعيا في مواجهة صاحب العمل ، وهو في مركز أقوى منه واقعا وقانونيا .

والقواعد التي تحمي الطرف الضعيف قد يكون هدفها مباشر هو تحقيق غايات أخرى ، فلا يكون الأثر الحمائي أحيانا مقصودا لذاته ، وإنما يجيء عرضا أو بصفة تبعية . ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية كالإعلانات التجارية المقارنة . فهذه القواعد تستهدف في المقام الأول ، ضمان المنافسة الحرة بين التجار ، أي حماية التاجر ضد المنافسة غير المشروعة التي تتم عبر هذه الإعلانات ، ولا توفر إلا حماية ثانوية للمستهلك . وتتعدد مظاهر الحماية القانونية التي تستهدف الطرف الضعيف في العقد وتتخذ أشكالا مختلفة ، وفي مراحل مختلفة من حياة العقد ، إذ لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد فحسب ، بل تمتد إلى تنفيذه أيضا ، حيث يلجأ القانون في سبيل تحقيقها إلى وسائل متعددة .

ويميل بعض الفقهاء إلى تقسيم هذه الوسائل إلى قسمين : أحدهما يضم وسائل للحماية من طبيعة وقائية ، تتعلق أساسا بقواعد إبرام العقد . والآخر يضم وسائل علاجية ، في حالة حدوث نزاع بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد .

وتقوم الوسائل الوقائية على مبدأ أن الوقاية خير من العلاج ، وتهدف إلى تثبيت مركز ضعيف ، أي توطيد وتحصين مركزه وتلافى ما يحط منه ، وكذلك تمكين هذا الطرف من الإحاطة بالمعلومات المتعلقة بعناصر العقد مما يلزم لأن يكون رضاؤه به رضاء ناضجا ومستتبيرا . ولأجل ذلك فهي تفرض التزاما مشددا بالإعلام والنصيحة على عاتق الطرف المحترف . كما توجب إفراغ محتوى العقد في شكل مكتوب يتضمن بيانات إلزامية ينبغي الإدلاء بها ، وهو ما يعرف بالشكلية الإعلامية .

كما أن أسلوب التنظيم القانوني لبعض العقود يحتم على أحد الطرفين (المنتج أو المحترف) بأن يبرز للطرف الآخر ، قبل انعقاد العقد ، عددا من البيانات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة محل العقد كالثمن والمكونات والموصفات ، وهذا باللغة التي يفهمها المستهلك .

وقد جرى إتباع التنظيم الأمر في إطار عقود معينة أهمها عقود العمل والاستهلاك والتأمين في العديد من التشريعات ، أي من خلال تحديد حقوق وإلتزامات الطرفين بمقتضى قواعد أمره ومن النظام العام .

وأما الوسائل العلاجية فيتم اللجوء إليها حيثما لا تفلح الوقاية ، أي بهدف تصحيح أو إزالة ما تعذر تجنبه ، وأهم هذه الوسائل هو تقرير بطلان العقد الذي جرى إبرامه ، فالبطلان وفقا لهذا الرأي يوفر حماية من طبيعة علاجية للطرف الضعيف . وهو في الغالب بطلان نسبي ، بحيث لا يجوز أن يتمسك به إلا الطرف الذي قرر البطلان لمصلحته . وثمة أسلوب آخر لحماية الطرف الضعيف إزاء مضمون العقد يتمثل في استبعاد ما يعرف بالشروط التعسفية . ويتسم هذا الأسلوب بأنه أكثر عمومية وأكثر خصوصية في آن واحد . فهو أكثر عمومية ، لأنه يسرى بشأن سائر العقود ، وهو أكثر خصوصية ، لأنه يستهدف شروطا محددة ولا يشمل مضمون العقد بأكمله .

وتبعاً لذلك يمكن للقاضي ، وفقا للسلطة التقديرية التي منحه إياها المشرع ، التدخل بتعديل هذه الشروط والتخفيف منها ، أو حتى باستبعادها في أحيان أخرى في حالة ما ثبت مخالفتها للقانون أو مجافاتها الكبيرة للعدالة ولمبادئ حسن النية في العقود . مع الأخذ بعين الاعتبار معيار التعسف ليس فقط في مرحلة إنشاء العقد فحسب بل وأيضا في مرحلة تنفيذه . وإلى جانب هذه الأساليب الموضوعية توجد وسائل تشريعية إجرائية مقررّة للحماية عند النزاع ، ومنها ما يتعلق بقواعد الإثبات . ولا شك أن تحديد من تقع عليه عبء الإثبات عند النزاع يعد مسألة لها أهمية كبيرة ، ويمكن من خلالها حماية الطرف الضعيف إزاء صعوبات الإثبات التي قد تعرض له ، وذلك بإنشاء قرائن تؤدي إلى قلب عبء الإثبات ، كما هي الحال في الدعاوى العمالية ودعاوى الاستهلاك .

وزيادة على ذلك أقرت بعض التشريعات المقارنة قواعد إختصاص قضائي أكثر مرونة تراعى فيها مصالح الطرف الضعيف بالدرجة الأولى .

وفي إطار متطلبات الحماية نجد المشرعين وفروا قواعد وطرق للتفسير ، مبينين حالات استعمالها وحدودها ، إذ كثيرا ما يقتضي مضمون العقد ، بسبب غموضه أو وجود شك يحوطه سواء في العقد كله أو في بند من بنوده ، بشكل يعرقل عملية تنفيذه . فهنا يتدخل القاضي لتأويل عباراته بحثا عن النية المشتركة للعاقدين ، إعتمادا على وسائل معينة يحددها المشرع ، فصحيح أن سلطة القاضي واسعة في مجال العقود ، وبالأخص في مرحلة التفسير ، مقارنة مثلا بمرحلة التكوين ، ولكن هذه السلطة لا بد لها من ضوابط منعا للتعسف والشطط ، ومن اللازم إخضاعها لرقابة جهة النقض ضد أي تحريف في عبارات العقد أو أي تسبب معيب يورده قاضي الموضوع في حكمه أو ربما يكون هذا التسبب منعدم أصلا .

ويلاحظ أن عقود المساومة تختلف عن عقود الإذعان من عدة جوانب لكون هذه الأخيرة تتميز بوجود طرفين متباينين ، أحدهما قوي ، والآخر ضعيف قانونيا وإقتصاديا ومعرفيا ، وأن من يتولى صياغة العقد وإملاء شروطه هو الطرف الأول دون السماح للطرف الثاني بمناقشة مضمون العقد . ومن الطبيعي أن ينعكس هذا التباين على قواعد التفسير ، حيث من المفروض أن الطرف الذي انفرد بإعداده هو من يتحمل في هذه الحالة تبعات سوء صياغته لعبارات العقد أو أي غموض بشأنها أو أي شك يحوطها .

ويثور التساؤل عن قواعد التفسير في حالة تعارض شروط العقد فيما بينها ، وكان بعضها مكتوبا والآخر مطبوعا (كما في عقود التأمين) ، فلمن تكون الأفضلية : هل للشروط المحررة يدويا أم للشروط المطبوعة ؟ ، وهل تسبق الشروط العامة على الشروط الخاصة ؟

وهل يمكن التوسع في تفسير الشروط الاستثنائية التي تتضمن خروجاً عن القواعد العامة كشرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل ، وشرط سقوط الأداءات في عقود التأمين ، وشرط عدم الضمان في عقود الاستهلاك ، وشرط عدم المنافسة في عقود العمل...؟ وهي مسائل على الرغم من أهميتها إلا أن غالبية التشريعات لم تعالجها ، والقليل الذي تعرض لها كان بشكل محتشم جدا ولا يفي بالغرض .

ونتساءل أيضا في مجال علاقات العمل : هل تغلب عقود العمل على الإتفاقيات الجماعية وعلى قانون العمل نفسه رغم أن قانون العمل قد يتضمن مزايا ومنافع أفضل وأفيد للعامل ؟ وما هو التفسير الذي يمكن الأخذ به في هذا الإطار ؟ وهل نرجع إلى القواعد العامة أم هناك قواعد خاصة يمكن تطبيقها بمعزل عن القواعد العامة للتفسير ؟

وعليه فالإشكالية التي سنتولى معالجتها عبر هذا البحث تتمحور أساسا في مدى ومجال تأثير النظرية العامة لتفسير العقود والالتزامات على عقود العمل ، ونطاق سلطة القاضي وحدودها في تفسير العقود والمشارطات الفردية والجماعية للعمل .

وقد أردنا من خلال اختيار هذا الموضوع إظهار مدى أهمية التفسير في مجال العقود ، وهي أهمية لا تقل عن تفسير القانون ، ذلك أن العقد هو في الأخير قانون الطرفين ، وهناك سبب آخر دفعنا للخوض في البحث هو أننا نود استخلاص أهم تطبيقات قواعد القانون المدني على المنازعات العمالية ، فقد سبق لنا وأن بحثنا في رسالتنا للماجيستير نظرية الإثبات الاجتماعية ، ورأينا أنه توجد قواعد خاصة في الإثبات لا وجود لها في القانون المدني ، لاسيما ما يتعلق منها بعبء الإثبات ، وأردنا من خلال هذه الرسالة بحث أحكام " نظرية التفسير الاجتماعي " وإبراز إختلافاتها مع " نظرية التفسير المدني للعقود " .

والحقيقة أن نظرية التفسير (تفسير العقود) قد نشأت في أحضان الفقه المدني ، وأن قانون العمل رغم خصائصه المميزة ، واتسام قواعده بالصفة الواقعية والأمرة فإنه يعد جزء من منظومة القانون الخاص (حسب غالبية الفقهاء) ، وهو ما يدعونا للرجوع إليها في كل مرة على سبيل التوضيح لا أكثر ولا أقل ، في حين سنقتصر في هذه الرسالة على بحث مدى تطبيق القواعد العامة في التفسير المذكورة أنفا على قانون العمل والقانون الاجتماعي ككل ، ولاسيما منها على العقود الفردية والجماعية للعمل . وهي دون شك ستكون قواعد مختلفة بالنظر إلى الخصائص المتفردة التي تطبع هذه العقود وتميزها عن غيرها من العقود والاتفاقات المدنية والتجارية ، وبالنظر كذلك إلى ذاتية قواعد قانون العمل بصفة خاصة وقواعد القانون الاجتماعي بصفة عامة التي تسعى دائما إلى حماية مصالح العمال على حساب مصالح أرباب العمل .

وهو ما سيجعلنا نسكتشف قواعد خاصة متميزة يمكن تطبيقها بمعزل عن القواعد العامة للتفسير ، أو لنقل هو تطويع للقواعد العامة على النحو الذي يضمن الفعالية والانسجام والملائمة مع خصوصية عقود العمل التي تحاول من خلال نظرية التفسير حل إشكالية التكافؤ بين مراكز المتعاقدين . كما يمكن اعتبارها مظهرا من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة .

وهذه الإشكاليات ، وما يتفرع عنها من أسئلة ، سنحاول عرضها في رسالتنا مبينين فيها موقف القانون والفقهاء والقضاء منها في التشريع الجزائري والمقارن بباقي التشريعات الفرنسية والعربية .

ولا نخفي القول بأنه قد واجهتنا صعوبة جمة في التطرق لها بعضها شكلي (منهجي) وبعضها الآخر موضوعي بالنظر إلى نقص المراجع في مجال نظرية تفسير العقد مقارنة بنظرية تفسير القانون . وتزداد الصعوبة أكثر عند الخوض عن ما يسمى " نظرية التفسير العمالية " .

وأمام غياب المراجع المتخصصة ، كان علينا تبني منهج تحليلي مقارن بين التشريع الجزائري وباقي التشريعات العربية والغربية من جهة ثانية ، حيث ارتكزنا على دراسة موقف القانون والقضاء والفقهاء الجزائري من مختلف الإشكاليات التي يثيرها موضوع البحث رغم قلة ما حصلنا عليه أو بالأحرى مما نشر في المجلات والنشرية المتخصصة ، وحاولنا مقارنته بنظرائه ، خصوصا في كل من فرنسا ومصر باعتبارهما تشريعين مرجعيين (مرجع مادي وتاريخي) بالنسبة لتشريعنا الوطني.

وهذه الدراسة المقارنة اتخذت عدة جوانب ، مدنية من جهة (الأصل) ، وعمالية أو اجتماعية من جهة ثانية (تطبيق خاص) ، وإجرائية من جهة ثالثة (رقابة جهة النقض) ، وهو ما زاد من صعوبة المقارنة بين عدة فروع قانونية لكل منها سماته وتطبيقاته التي تختلف عن الآخر حتى داخل الدولة الواحدة ، فما بالنا إذا تعلق الأمر بعدة تشريعات مقارنة تتعدد وتتوغل خصوصياتها . ومن حسن حظنا أننا وفقنا في الحصول على جل التشريعات العربية والفرنسية مدنية وعمالية وإجرائية .

ولم نتوقف عند هذا الحد بل كنا ملزمين في بعض الأحيان بالبحث عن موقف الفقه الإسلامي من بعض مسائل التفسير ، واستندنا أيضا على مجلة الأحكام العدلية ، وهي قانون وضعي و شرعي لم يعد له وجود ، ومع ذلك تأثرت به العديد من التشريعات العربية كالعراق والأردن والإمارات وغيرها عندما نقلت بعض موادها حرفيا إلى تقنيناتها المدنية .

وقد قمنا بجمع المعلومات مستخلصة من عموم الدراسات ثم عمدنا إلى تركيبها في إطار عملي وعلمي محض وفق اتساع منطقي ، مستترين بأراء الفقه . ومتخذين من القواعد القانونية أساسا في استقصائها ، ومن العمل القضائي مادتها ووسيلة فهمها ، وهذا بالرجوع على عشرات القرارات القضائية ، وذلك لأن عملية الربط بين القاعدة الثابتة وتطبيقاتها العملية تظهر لنا مدى التوافق بين النص القانوني وسبل تطبيقه .

وهذه الدراسة المقارنة بقدر ما أفادتنا في البحث فهي في نفس الوقت شكلت لنا صعوبة كثرة النصوص القانونية وتنوع الاجتهادات القضائية التي لها مظهران أحدهما ايجابي والآخر سلبي .

فمظهرها الايجابي هو أنه يثري البحث ويمكن من التعرف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين القانون الجزائري ونظرائه من التشريعات العربية والغربية ، ونستطيع أن نكمل ما به من نقص في البحث .

ومظهرها السلبي هو أن قراءة النصوص جامدة قد لا تتضح ولا تفهم إلا بعد الإطلاع على الممارسات القضائية في هذه الدول مع استعراض رأي الفقه بشأنها . لذا كان علينا أيضا التفتيش عن مختلف المجلات والمؤلفات والمواقع الالكترونية التي تهتم بنشر قرارات وأحكام المحاكم من أجل جرد كل ما يتعلق منها بموضوعنا .

وقد تحصلنا فعلا على العديد من قرارات جهات النقض بالعديد من الدول ، لاسيما في فرنسا ومصر ، ووجدنا تشابها أحيانا و إختلافا في أحيان أخرى مع التشريع والقضاء الجزائريين ، وقد أشرنا إلى ذلك في مواضعه .

ولمعالجة الإشكاليات المطروحة في البحث أثرنا إتباع خطة مكونة من بابين يسبقهما فصل تمهيدي :

بحيث تناولنا في **الفصل التمهيدي** ماهية التفسير ، وأنظمتها القانونية ، وطرقه الفنية . وتطرقنا فيه على الخصوص لمعنى التفسير لغويا وإصطلاحا وطرقه اللغوية والمنطقية ومجاله ، وعلاقته ببعض المفاهيم المشابهة كالتكييف والتعديل وتحديد نطاق العقد . كما تعرضنا لأنظمة أو مذاهب تفسير العقود . وهي ترتبط بفكرة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

أما **الباب الأول** فخصصناه لعرض القواعد العامة لتفسير العقود ، وتطبيقاتها القانونية والقضائية في القانون الجزائري والمقارن ، وقسمناه إلى فصلين :

حيث تعرضنا في **الفصل الأول** للقواعد العامة لتفسير العقود مبينين مجالات تدخل القاضي لإعمال لسلطته في تفسير هذه العقود سواء في حالة وضوح العبارات أو عدم وضوحها . ومحددن العوامل الموضوعية والشخصية التي يستند عليها في تحديد إرادة الطرفين المشتركة .

في حين خصصنا **الفصل الثاني** لأهم التطبيقات القانونية والقضائية لقواعد التفسير في بعض العقود ، ومنها التفسير الموسع والتفسير الضيق ، مركزين على التطبيقات الخاصة في مجال عقود الإذعان ، وبالخصوص منها عقود التأمين والاستهلاك .

أما **الباب الثاني** : فتعرضنا فيه لتطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي ، وقسمناه بدوره إلى فصلين :

حيث تعرضنا في **الفصل الأول** إلى شرح قواعد التفسير المتعلقة بعقود العمل الفردية ، وهي تقترب إلى حد ما مع عقود الإذعان ، مبرزين أهم التطبيقات القضائية لمبدأ التفسير الأصلح للعامل ، وشروطه وآثاره .

أما **الفصل الثاني** فخصصناه لرقابة جهة النقض على عمليات تفسير العقود ، وهو في الحقيقة فصل جامع يشمل جميع العقود بما فيها عقود العمل .

وتعرضنا فيه لبيان حدود التفسير القضائي للعقود في الحالات التي يوصف فيها بأنه مسألة قانون ، وكذا في الحالات التي يختلط فيها الواقع بالقانون .

وركزنا البحث على رقابة جهات النقض على سلطة القاضي في التفسير ، وهي رقابة على نوعين رقابة على مسائل تسبب الأحكام ، ورقابة على مسائل تحريف عبارات العقود .

ونرجو أن نكون قد وفقنا في هذا البحث . وما توفيقنا إلا بالله العلي العظيم . وهو عمل لا ندعي به الكمال ، لأن بلوغ الحقيقة بأكملها من المحال ، والله وحده سبحانه الكمال .

ونردد ما قاله العميد الأصفهاني :

" لا يكتب إنسانا كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر ومن دلائل إستيلاء النقص على البشر " .

الفصل التمهيدي :

ماهية التفسير وأنظمته
وطرقه الفنية

الفصل التمهيدي : ماهية التفسير وأنظمتها وطرقه الفنية

يعد التفسير من أهم الأعمال القضائية ، وهو عمل أولي وأساسي لتطبيق أحكام القانون ، سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أم تعلق بتفسير العقود .
فدور القاضي لا يقتصر على تطبيق القانون فقط ، فغالبا ما يجد نفسه بصدد البحث على حل لمنازعة قامت بين أطراف عقد حول تنفيذ شروطه ، ومن هنا تبدأ سلطة القاضي تجاه العقد محل النزاع ، وتصبح مهمته كلما غاص في دراسة بنوده وتفحص نوايا أطرافه ، إذ كثيرا ما ينكشف له أن عبارات هذا العقد يشوبها قصور في التعبير أو غموض في تحديد إرادة الطرفين .

غير أن تفسير العقود الذي نحن بصدد دراسته يثير مشكلتين أساسيتين : المشكلة الأولى ذات طابع فني ، وتتخلص في أن هناك ألفاظا للتعبير عن أفكار ومشاريع ومشاركات عقدية ، ومن اللازم أن يكون هناك تطابق بين هذه الألفاظ والعبارات وبين الفكرة والنية التي يراد التعبير عنها في العقد من قبل أطرافه ، وهذا هو الأصل في العقود ، ولكن في كثير من الأحيان يحدث تباين بين هذه العبارات المكتوبة في محرر العقد رسميا كان أو عرفيا ، وبين ما أراده الأطراف ، وقد يشوب التعبير غموض أو لبس أو حتى شك ، بغض النظر عن المتسبب فيه ، سواء كان راجعا لأسباب موضوعية أو أسباب شخصية فردية أو مشتركة ، وإمكانية التوفيق بين العبارة أو اللفظ وبين الإرادة أو النية تبدو صعبة ؟ فما هي المعايير الفنية التي يعتمدها ، هل هي لغوية أم منطوقية ، وماذا نرجح في النهاية ؟
من هذا السؤال تبدأ المشكلة الثانية في التفسير ، وهي ذات طابع مذهبي ، ذلك أن فهم السلوكات وتفسيرها من قبل القاضي أمر تتجاذبه نظريتان هما نظرية الإرادة الظاهرة من جهة ونظرية الإرادة الباطنة من جهة ثانية .

وقد تفرق الفقه والقضاء في تحديد هذه الإرادة المعتبرة في التفسير بين مدرسة جرمانية تقدس الإرادة الظاهرة ومدرسة لاتينية تغلب الإرادة الباطنة ، وهو الانقسام الذي حدث في الفقه الإسلامي حتى داخل المذهب الواحد نفسه . وقد امتدت عدوى هذا الاختلاف إلى القوانين العربية المختلفة ، التي وإن كانت في غالبها تمتد أحكامها من القانون الفرنسي ، إلا أنه مع ذلك توجد خصوصيات في كل تشريع عربي .

وقبل استعراض هاتين المشكلتين ، الفنية والمذهبية ، وكيف عالجهما الفقه والقضاء ، فإنه حري بنا في البداية أن نعرف معنى التفسير ، وبخاصة تفسير العقد ، ونبين أهميته ومجاله وتفريقه عن تفسير القانون ، ونحدد مسألة أخرى في غاية الأهمية ، وهي التمييز بين سلطة القاضي في التفسير وسلطته في تحديد نطاق تعديل العقد وفي تكميله وفي تكييفه .

هذه المسائل وغيرها سنتناولها في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : معنى التفسير وأنظمتها في مجال العقود

المبحث الثاني: الطرق الفنية المعتمدة في تفسير العقود

المبحث الأول : **ماهية التفسير وأنظمتها في مجال العقود**

سلطة القاضي في تفسير العقد ، سلطة غير مطلقة وإنما مقيدة بضوابط قانونية تفسيرية وأحيانا بضوابط عقدية ، كما أنه من الناحية المبدئية ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه حتى ولو كان هذا النزاع سوريا ، أو كان العقد محل النزاع واضحا لا لبس فيه ، ومع ذلك فالوضوح أمر نسبي ، فقد يكون سطحيا ، غير أن التدقيق القضائي في نص العقد يظهر بأنه يحتاج إلى تفسير للوقوف على أبعاده ، وبالتالي فالقول بأن النص واضح من " باب المصادرة على المطلوب " ، بمعنى أن عملية التفسير هي وحدها التي تظهر إذا كان النص واضحا أصلا .

وفي كل الأحوال لا يمكن للقاضي ، وهو بصدد التفسير ، أن يتجرد من الملابس المادية المحيطة بالعقد أو يهمل الظروف الشخصية لأطراف هذا العقد . فالعقد إرادة قبل كل شيء ، والإرادة شرط من شروط صحة العقد ، وقيد يتقيد به القاضي في تفسيره لهذا العقد . ومن ثم تتعين التفرقة بين الأدوار التي تلعبها هذه الإرادة ، إذ لا يستطيع القاضي تفسير العقد إلا بعد البحث في صحته ، وإلا انعدمت جدوى التفسير في صورة ما إذا كان العقد باطلا ، وبالتالي غير قابل للتنفيذ . فعلي القاضي أن يبحث أولا عن الإرادة في انعقاد العقد وصحته ، حتى يتوصل إلى معرفة ما إذا كانت الإرادة صحيحة أو معيبة ، ليقوم بعدها بتحديد نطاقه وأثاره ، ويبحث كذلك عن ما إذا ما تطابقت الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة تطابقا كاملا لتكون إرادة مشتركة .

وفي حالة تفسير العقد يتعين على القاضي أن يتقيد أولا بالتعبير أو ما تسمى بالإرادة الظاهرة من غير أن يهمل نية الأطراف المشتركة أو ما يسمى الإرادة الباطنة ، وذلك من أجل تحديد معاني العقد وتوضيح ما غمض منه ، قبل الوصول إلى تطبيق حكم القانون فيه . ولما كانت الإرادة عاملا شخصيا وباطنيا قد يبرز بصورة واضحة أو غير واضحة ، ولما كانت لهذه الإرادة من أهمية في تفسير العقود وفي تقبيد القاضي بها ، خاصة في حالة الغموض ، فقد خاض الفقهاء في مفهومها وطرق البحث عنها وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين ، اتجاه يغلب الإرادة الظاهرة ويقدم الألفاظ والمباني ، واتجاه ثان على نقيضه يغلب الإرادة الباطنة ويولي أهمية للمقاصد والمعاني . في حين هناك محاولات للتقريب بين المذهبين بالخلط بين المفهوم الشخصي والمادي للعقد .

ويلاحظ أن إعتداد القاضي بالإرادة ، ظاهرة كانت أو باطنة ، لا يقتصر على تفسير العقد وحسب ، بل أيضا على تحديد نطاقه وعلى تكميله وعلى تكييفه ، بما يدعو للقول أن سلطة القاضي تجاه العقد هي مزيج من عدة عمليات : تفسير العقد ، وتحديد نطاقه ، وتعديله أو تكميله ، وتكييفه .

وسنوضح الفرق بين كل هذه المصطلحات محددتين دور القاضي فيها كل بعد أن نحدد معنى تفسير العقد ومجاله وأهميته ، وذلك عبر مطلبين نعالج فيهما ما يلي :

المطلب الأول : معنى تفسير العقد ومجاله وعلاقته ببعض المفاهيم المشابهة

المطلب الثاني : أنظمة أو مذاهب تفسير العقود

المطلب الأول :

معنى تفسير العقد ومجاله وعلاقته ببعض المفاهيم المشابهة

اختلف الفقهاء في تحديد معنى التفسير تبعاً لاختلافهم في النظرة إليه ، فمنهم من نظر إلى موضوعه فأورد تعريفه متضمناً ذلك ، ومنهم من نظر إلى هدف التفسير النهائي ، فعرفه على هذا الأساس ، ومنهم نظر إلى معناه في اللغة فعرفه وفقاً لذلك ، ومنهم من نظر إلى بعض وظائفه فأورد في تعريفه للتفسير بعض هذه الوظائف .

ويقتضي منا الأمر بيان معنى التفسير في اللغة وفي الاصطلاح ، سواء في القانون الوضعي أو حتى في الفقه الإسلامي ، لأن الموضوع يقتضي منا دراسة مقارنة ، ويعقب ذلك إيضاح مجال تفسير وأهميته القانونية للوقوف على تقدير ما إذا كان عملاً ضرورياً أم لا في مجال العقود ، وتحديد من يقوم بالتفسير ، والفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون .

وإن كان الفقهاء لم يختلفوا في تحديد مجال تفسير العقود وأهميتها مثلما اختلفوا في تحديد مجاله في إطار تفسير القانون ، إلا أن عملية التفسير القضائي قد تدق عند تمييز تفسير العقد عن تحديد نطاقه من جهة ، وعن تعديله أو تكميله من جهة ثانية ، وعن تفسيره وتكييفه من جهة ثالثة . ومسألة التفرقة وبيان كل منها سلطة القاضي فيها أسالت حبر الكثير من الفقهاء ، وبالخصوص منهم فقهاء القانون الخاص ، الأمر الذي يدعونا إلى التوقف عندها لتحديد هذه الفوارق والعلاقة بين هذه المصطلحات جميعها .

وسنعرض فيما يلي جل هذه المسائل في الفروع التالية :

الفرع الأول : معنى التفسير لغوياً واصطلاحاً وتمييزه عن بعض المصطلحات

الفرع الثاني : مجال التفسير والحاجة إليه

الفرع الثالث : العلاقة بين تفسير العقد وبعض المفاهيم المشابهة

الفرع الأول : معنى التفسير لغويا واصطلاحا وتمييزه عن بعض المصطلحات

يعد التفسير عملا من الأعمال القضائية ، وهو عملية ضرورية للقواعد القانونية تسبق تطبيقها على الحالات الواقعية . فالرابطة بين تفسير العقود وتطبيق حكم القانون فيها لا يمكن فصلها ، والبحث في ماهية تفسير العقد ، يستلزم منا بحث معنى التفسير بصفة عامة وبيان المقصود به ، وهذا يتطلب بدوره منا إبراز معناه في اللغة ، ثم معناه الاصطلاحي الفقهي . وفي تحديد المعنى اللغوي لكلمة تفسير ينبغي أن نبحث في المعاجم اللغوية لكي نستقي منها الدلالة اللغوية لهذه الكلمة التي سترافقنا طيلة هذا البحث ، ثم ننتقل إلى كتب الفقه لنقف على معناها الاصطلاحي لدى فقهاء القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الإسلامية ، ولا ضرر في أن نرجع إلى أقوال الفقه الإسلامي لنستبين رؤيته للتفسير مقارنة بالفقه القانوني الوضعي مادام أن الدراسة المقارنة تقتضي منا ذلك بل وتوجيه علينا .

أولاً- معنى التفسير لغة واصطلاحاً:

1- مدلول التفسير لغة :

يتبين من المراجع اللغوية أن التفسير كلمة مفردة وجمعها " تفسيرا " ، وهي في اللغة العربية مصدر على وزن " تفعيل " ، وفعله الثلاثي " فسر " بتشديد السين . فيقال فسر الشيء تفسيرا ، والفعل الماضي من التفسير هو الرباعي " فسر " . ويقال فسر الشيء تفسيرا ، والجذر الثلاثي للكلمة هو " الفسر " .
والتفسير معناه البيان ، فيقال فسرت الكتاب وفسرته تفسيرا (1) .
قال الإمام أحمد بن فارس عن التفسير: " الفسر " كلمة تدل على بيان الشيء وإيضاحه ، نقول: فسرت الشيء وفسرته " (2) .
وتعني لفظة التفسير لغويا : " الإبانة والتوضيح " (3) . أو هو التوضيح والإظهار وكشف المغطى (4) .
وجاء في "مختار الصحاح " : " ف. س. ر " : البيان وبابه ضرب ، والتفسير مثله ، واستفسره كذا ، أي سألته أن يفسره لي (5) .

- 1 - د/ محمد صبري السعدي : " تفسير النصوص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، سنة 1977 . مطبوعة بديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1984 ، ص 18 .
- 2 - د/ منصور كافي : " التفسير الموضوعي " ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، طبعة أولى ، سنة 2004 ، ص 9 .
نقلا عن ابن فارس : " معجم مقاييس اللغة " ، ج 4 ، ص 504 ، مراجعة : الدكتور عبد السلام هارون .
- 3 - الفيروز آبادي : " معجم القاموس المحيط " ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، طبعة 7 ، ج 2 ، سنة 2003 ، ص 110 .
وكذلك : أحمد بن محمد الصوي : " معجم المصباح المنير " ، مكتبة لبنان . ج 1 ، سنة 1990 ، ص 127 .
وينظر أيضا : " الموسوعة الفقهية " ، ط 1 ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، سنة 1995 ، ج 13 ، ص 92 .
- 4 - ينظر في معنى التفسير لغة المعاجم الآتية :
- جاء في القاموس المحيط للفيروز آبادي ، ج 2 ، ص 110 (المفسر) الإبانة وكشف المغطى والفعل فسر كضرب ونصر .
- وجاء في " المصباح المنير " : ج 2 ، ص 647 : " فسر " فسرت الشيء فسرا من باب ضرب بينته وأوضحته .
وجاء في " تاج العروس من جواهر القاموس " لمؤلفه محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، أبو الفيض ، الملقب بمرتضى : الفسر بمعنى الإبانة وكشف المغطى .
- 5 - أبي بكر السراري : " مختار الصحاح " ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة أولى ، سنة 2002 ، ص 503 .

وقيل أن التفسير مأخوذ من التفسرة ، وهو ما يستدل به الطبيب على علة المريض ، وكل شيء يعرف به الشرع هو ومعناه تفسره (1) .
 وجاء في لسان العرب لجمال الدين ابن منظور: " الفسر : هو البيان وفسر الشيء يفسره ، بالكسر ، ويفسر ، وبالضم فسر ، وفسره أبانه والتفسير مثله ، ثم قال الفسر كشف المغطى ، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل (2) .
 ولفظ التفسير في اللغة الفرنسية أصله مأخوذ من الكلمة اللاتينية " Interprétation " . ويقصد بها نفس المعنى المعروف في معاجم اللغة العربية وهو شرح الشيء وإظهاره وبيان معناه وحقيقته .
 وقد ورد مصطلح " التفسير " في القرآن الكريم بنفس المعنى المذكور ، ومنه قوله سبحانه وتعالى : " لا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا " (3) ، أي أحسن بيانا وتفصيلا وإيضاحا (4) .

2- مدلول التفسير اصطلاحاً :

لبحث المدلول الإصطلاحي لكلمة تفسير ، نستعرض أولاً موقف الفقه الإسلامي من هذه الكلمة ، وبعده موقف الفقه القانوني . والسبب الذي دفعنا لذلك هو أن التفسير في الشريعة الإسلامية وفي فقهاها يعد علماً قائماً بذاته مقارنة بالقانون الوضعي ، ولكنه ليس من العلوم التي يتكلف لها أحد ، لأنه ليس له قواعد أو ملكات ناشئة عن مزاولة القواعد كغيره من العلوم التي أمكن لها أن تشبه العلوم الفعلية .

أ- مدلول التفسير عند علماء الشريعة الإسلامية :

ارتبط مفهوم التفسير لدى الكثير من الفقهاء المسلمين بالقرآن الكريم بالدرجة الأولى ، ولكن ذلك لا يعني أن السنة النبوية ليست محلاً للتفسير .
 وقد قيل عن التفسير بأنه : بيان لكلام الله ، أو أنه المبين لألفاظ القرآن ومفوماتها (5) أو أنه الشارح للقرآن (6) .
 والحقيقة أن أكبر مجال عرفه التفسير هو القرآن الكريم ، لدرجة أنه أصبح علماً قائماً بذاته ، ولذا عرف البعض التفسير بأنه العلم الذي يبحث فيه عن كيفية النطق بألفاظ القرآن ومدلولها وأحكامها ومعانيها (7) .

- 1 - د/ يحيى رزق الصرمي : " سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، سنة 1995 ، ص 1 .
- 2 - ابن منظور : " معجم لسان العرب " ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، سنة 1988 ، ص 361 .
- 3 - سورة الفرقان ، الآية 33 .
- 4 - د/ عبد الستار فتح الله السعيد : " المدخل على التفسير الموضوعي " ، دار التوزيع والنشر الإعلامية ، طبعة 2 ، سنة 1991 ، ص 13 .
- 5 - د/ محمد حسين الذهبي : " التفسير والمفسرون " ، مكتبة وهبة القاهرة ، مصر ، طبعة 2003 ، ج 1 ، ص 12 .
- 6 - د/ محمد بن عبد العزيز الخضير : " مقدمة في التفسير الموضوعي " ، كلية المعلمين قسم الدراسات القرآنية ، السعودية . بدون سنة نشر ، ص 5 .
- 7 - د/ محمد بن محمد أبو شهية : " الأسرئليات والموضوعات في كتب التفسير " ، بحث مقدم لمعهد البحوث الإسلامية ، السنة (14) ، طبعة 4 ، ص 40 وما بعدها .

وعلم تفسير القرآن غزير جدا ، هو ما يمكن التأكد منه بالرجوع إلى كتب التفسير الكثيرة التي ألفت في هذا المجال ، وذلك بخلاف التفسير في القانون الوضعي ، وحتى كتب الفقه الإسلامي التي عرضت لمسألة التفسير انصب جل اهتمامها على تفسير النصوص الشرعية ، وبالخصوص تفسير آيات القرآن الكريم .

غير أن الراجح أن كتب التفسير تناولت التفسير باعتباره جزء من البيان (1) ، ولكن البيان أعم وأشمل من التفسير ، فبيان التفسير هو إظهار ما فيه خفاء ، وقد يكون سبب الخفاء وجود لفظ مشترك أو لفظ مجمل أو لفظ مشكل أو لفظ خفي (2) .

بينما يذهب رأي آخر إلى أن بيان التفسير هو تبيين المراد من النص تبيينا صادرا عن الشارع نفسه وقاطعا لاحتمال تأويله . وعلى ذلك لا يعد تفسير البيان الذي يصدر عن القاضي أو الفقيه ، وحتى البيان الصادر عن الشارع ، ولكنه غير قاطع الاحتمال ، فهذا لا يعد في اصطلاح الأصوليين تفسيرا ، وإنما هو مجرد تبيين وتفصيل (3) .

وعلماء الأصول يعتبرون أن التفسير من قبيل المسائل الجزئية أو القواعد الكلية أو الأماكن الناشئة من مزاولة القواعد (4) .

وقد عرف الأصوليون التفسير بأنه تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع ، أما التأويل فإنه تبيين المراد من الكلام على سبيل الظن (5) .

ويرى الدكتور محمد أديب صالح التفسير في رسالته للدكتوراه بقوله : نعني بالتفسير بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص (6) .

1 - البيان في اللغة هو الإظهار والظهور ، فهو اسم لكل ما يكشف عن معنى الكلام و يظهره .

ابن منظور: " لسان العرب " ، المرجع السابق ، ج 13 ، ص 69.

وقد استعمل البيان في القرآن بمعنى الإظهار ، كما في قوله و تعالى " هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ " .
سورة آل عمران ، الآية 138.

2 - ينظر: د/ رفاعي سيد أحمد : " تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1990 ، ص 3 وما بعدها.

وكذلك د/ مصطفى أحمد سعفان : " تفسير النصوص الجنائية في ضوء أحكام القضاء المصري " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 2002 ، ص 47 وما بعدها .

3 - الشيخ عبد الوهاب خلاف : " تفسير النصوص القانونية و تأويلها " ، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية ، العدد الأول ، سنة 1950 ، ص 54 وما بعدها.

ونفس البحث سبق نشره بمجلة القانون و الاقتصاد المصرية ، العدد الثاني ، جوان 1948 ، ص 18 ، ص 181 .

4 - د/ محمد حسين الذهبي : " نفس المرجع والموضوع أعلاه ، ص 12 .

وللمزيد حول علاقة القواعد الأصولية بالتفسير ينظر :

أ/ طاهري بلخير : " أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية ، المنطوق والمفهوم نموذجا " ، رسالة ماجستير ، قسم الشريعة والقانون ، كلية الحضارة الإنسانية والحضارة الاجتماعية ، جامعة السانبا ، وهران ، سنة 2005 .

5 - عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دون ذكر سنة المناقشة ، ص 245 وما بعدها .

ويفرق البعض بين تفسير اللفظ ، والمراد من اللفظ ، حيث أن تفسير اللفظ هو بيان معناه من جهة اللغة ،

والمراد من اللفظ هو تبيين معناه من داخل السياق الذي جاء فيه ، ومن ثم فإن معرفة تفسير ألفاظ لغويا ، بدون دلالتها الشرعية لا ينبغي أن يعتمد في تفسير القرآن .

د/ محمد بن عبد العزيز الخضير : " مقدمة في التفسير الموضوعي " ، المرجع السابق ، ص 5 .

6 - د/ محمد أديب صالح " التفسير المنصوص في الفقه الإسلامي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1964 ، مطبوعة ومنشورة بدار المكتب الإسلامي ، سنة 1993 ، ج 1 ، ص 59 .

ب- مدلول التفسير عند علماء القانون :

قبل تحديد المعنى الاصطلاحي لتفسير العقد ، نحدد المعنى الإصلاحي العام لكلمة تفسير ، ولو أن الفقه القانوني لم يستقر على تعريف التفسير بل نحى في ذلك منح ، وتعددت معه تعريفات لفظ "التفسير" ، وهو يفرق بين تفسير القانون وتفسير العقد ، ونجملها في الآتي:

فبالنسبة لتفسير القانون فعرفه البعض بأنه: " تحديد نطاق معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عمليا، واستخلاص الحلول التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة، ذلك بإيضاح غامضها وتفصيل مجملها " (1) .

وذهب البعض أن تفسير القانون هو بيان مضمون قواعده بيانا واضحا (2) .

وذهب البعض في تعريف التفسير من خلال بيان ماهيته ووظيفته ، فالتفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداهما " (3) .

وذهب البعض إلى أن التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تضمنه القاعدة القانونية ، بحيث تتضح من حدوده الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها (4) .

والملاحظ أن هذه التعريفات التي قدمناها تتعلق بتفسير النصوص الشرعية أو النصوص القانونية (5) ، ولكن الذي يهمنا في بحثنا هو تفسير العقد لا تفسير القانون ، وليس معنى هذا أن عملية التفسير وشروط المفسر وبعضها من قواعد التفسير ، وإن اختلفت في الأصل بتفسير النصوص القانونية ، لا ينطبق على النصوص العقدية .

أما بالنسبة لمعنى تفسير العقد (6) : قد تعددت تعريفاته الاصطلاحية لدى الفقه على مختلف شرائحه :

فذهب بعض الشراح إلى القول أن المقصود بتفسير العقد هو تبين وإيضاح ما غمض فيه ، وتحديد مؤدى ومعنى التعبير عن الإرادة ، ومرمى ما استخدم في ذلك التعبير من ألفاظ (7) ، أو هو تبيات ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة " (8) .

وعرفه الأستاذ حسن فرج بالقول : " يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين ، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين ، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقف على الالتزامات التي يولدها " (9) .

1 - د/ علي علي منصور: " المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي " ، دون دار نشر ، سنة 1971 ، ص 226.

2 - د/ جميل الشراوي: " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، دون سنة نشر ، ص 193.

د/ عبد الودود يحيى: " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، دون سنة نشر ص 195.

3 - د/ عبد الحي حجازي: " المدخل لدراسة العلوم القانونية " ، الكويت ، سنة 1972 ، جزء أول ، فقرة 395 ، ص 510.

4 - د/ عبد المنعم فرج الصدة: " أصول القانون " : دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، سنة 1978 ، ص 273.

5 - ويقول البعض أن التفسير سواء في نطاق العقود أو النصوص الشرعية يدور حول معنى البيان أو هو قسم من أقسام البيان الذي هو إظهار المقصود والكشف عن معنى الكلام.

بدليل قوله تعالى : " فَإِذَا قَرَأَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ ، ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيِّنَاتِهِ " ، سورة القيامة ، الآيتان 18 و 19 .

د/ فؤاد محمود معوض: " دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية وتأصيلية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1998 ، مطبوعة لدى دار الجامعة الجديدة ، مصر ، سنة 2004 ، ص 141.

6 V. -Robert (P) : « Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française » , p 57.

7- ينظر د/ حسين عامر: " القوة الملزمة للعقد " ، مطبعة مصر ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة 1949 ، ص 106 وما بعدها.

8- ينظر د/ علي فيلاي: " الالتزامات النظرية العامة للعقد " ، مطبعة الكاهنة ، سنة 1997 ، 307 ، هامش.

9- ينظر د/ توفيق حسن فرج: " النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام " ، دار النهضة العربية ، ط 3 ، ص 647.

وقال البعض أن تفسير العقد يقصد به بيان حقيقته والمقصود به من خلال عباراته أساساً (1) .

وذهب الفقه الفرنسي (جوسران) إلى أن المقصود به تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه ، مستنديين في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير (2) .

بينما ذهب البعض الآخر إلى التعلق بالأساس الذي يقوم عليه ، وهو الإرادة الحقيقية للطرفين فعرفوه بأنه استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للإتفاق ، من أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين (3) .

وقال آخرون أن تفسير العقد يعني البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين، الهدف من شروطهم وتعهداتهم... (4) . أو هو البحث عن الأفكار التي عبر عنها الطرفان بالقول أو الكتابة .

ونحن ننحاز لرأي الفقيه عبد الحكم فودة (5) الذي يرى أن التعريف السليم هو الذي يلمّ بمفهوم التفسير كعملية فنية ، دون الإقتصار على تعريف اللفظ في ذاته ، أو الغرض منه ، أو الأساس الذي يقوم عليه والهدف من ورائه ، وطرق الوصول إلى هذا الهدف ، وبذلك يأتي التعريف جامعاً مانعاً .

ولهذا يرى أنه قصد بالتفسير: تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض ، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين ، مستندا في ذلك إلى صلب العقد ، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به .

فالتفسير عملية ذهنية ذات شقين : شق مادي وآخر معنوي .

فالشق الأول : ينحصر في البحث المنصب على التعبيرات المدونة في العقد ، في صيغة شرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه ، أو حتى تقريب التصرف من تصرف آخر سابق ، أو لاحق أو معاصر لتحريره ، كما يستعين في ذلك ببعض المعايير الموضوعية ، كالعرف الجاري في المعاملات ، والثقة المتبادلة بين الطرفين ، وظروف الواقع الأخرى ، كالمكاتبات المتبادلة بينهما ، وصفة كل منهما ، وطبيعة عمله ، وما يستخلصه من أقوال الشهود وقرائن الحال .

أما الشق المعنوي : فإنه يأتي نتيجة للشق المادي سالف الذكر. وبمعنى آخر هو مجموعة الأفكار التي تستقر لدى القاضي من حصيلة بحثه المادي السابق ، فيعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين (6) .

1 - ينظر د/عبد الودود يحي : " الموجز و النظرية العامة للالتزامات " ، دار النهضة العربية ، سنة 1986 ، ص 169 .

و د/عبد المنعم البدر اوي : " النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام " ، القاهرة ، سنة 1989 ، ص 382 ، رقم 291 .

2 - Louis Josserand : « Cours de droit civil positif française » , T, II, Paris, p.125.

Barrau (R) : « L'interprétation des testaments » , thèse . Bordeaux , 1927, p 8.

Talamon (c) «: Les pouvoirs de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats » , thèse. Paris, 1926, p 40.

3- د/ محمد صبري السعدي : " تفسير النصوص " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 29 و 32.

Mazeaud (H). « Leçon de droit civil. Tom 2 » . 4ieme Ed . p 373.

Gaudin de Lagrange (E . de) : « L'interprétation des Contrats » , J.C.P, 1976, Doct, n°5, p 3.-4

و ذهب الأستاذ Gounot إلى أبعد من ذلك ، فقال أن المقصود بالتفسير، في معناه الواسع ، هو تحديد آثار التصرف القانوني.

5- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1983 ، مطبوعة لدى منشأة المعارف ، سنة 2002 ، فقرة 2 ، 16 و 17.

6- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن " ، المرجع السابق ، فقرة 2 ، ص 18.

ويرى البعض من الفقه (1) أن التفسير القضائي للعقود والتصرفات القانونية في وقتنا المعاصر هو عملية فنية تهدف إلى أبعد من مجرد أعمال الفكر والبحث في مصطلحات العقد أو الاتفاق والعبارات الواردة فيهما حتى وإن كانت العبارة واضحة ، فإن مدلولها قد يفتقر لذلك الوضوح ، مما يعني الحاجة للتفسير ، إذ يهدف الجهد الذي يبذله القاضي في هذا الخصوص ، إلى تسهيل فهم أغراض أطراف العقد ، من خلال ما تم من التقاء للإرادات ، وما تمخض أو تولد عن ذلك من التزامات على عاتق أطرافه ، كل ذلك على نحو يجعل مهمة تنفيذ العقد ، أمراً ممكناً دون خلاف ، وبالاستناد إلى أحكام ومبادئ لم يشر إليها أطراف العقد بالضرورة .

هذا وإن حرص المشرع على ربط التفسير بالبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف ، إلا أن بعض الفقه تناول موضوع التفسير القضائي للعقود في إطار البحث عن نية العاقدين بشكل أساسي، وإن بعضاً من الكتابات الحديثة في موضوع التفسير يكشف عن حقيقة توسعة هدف التفسير ، فيما يشكل " تحويراً " أو " تحولاً " في المبدأ ليكون أساس البحث عن حقيقة العقد ، مرتبطاً بالوصول إلى العدالة ، أو معتمداً على نوع من التفسير الإبداعي الذي يسع فيه القاضي للوقوف على طبيعة العقد و محتواه من خلال الاستناد إلى معايير موضوعية وشكلية في التفسير ، فكأن القاضي من خلال عملية التفسير يفرض أنواعاً من الالتزامات العقدية التي يكاد يكون من المؤكد أن الأطراف لم يفكروا فيها عند مرحلة إبرام العقد (2) .

ثانياً - التمييز بين تفسير العقد وتأويله :

يشتهر التأويل بالتفسير إلا أن لكل منهما مفهوم مستقل عن الآخر . ولقد نالت مسألة التفرقة بين التفسير والتأويل حيز الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية ، وذلك من خلال تفسيرهم لآي القرآن الكريم (3) .

1- معنى التأويل لغوياً واصطلاحاً :

أ- معنى التأويل لغة :

أ- **التأويل :** وجمعها تأويلات ، وهو مصدر على وزن " تفعيل " . وأصل الفعل في اللغة مأخوذ من الأول (بسكون الواو) وآل الشيء يؤول أولاً : إذا رجع إلى الأصل (4) . ومعناه : تفسير ما يؤول إليه الشيء ومصيره . ونقول آل الأمر إلى كذا ، أي رجع إليه . ويقال: آل الله أولاً ، ومآلاً ، أي رجع إليه .

1- د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود و التصرفات ، دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن " ، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية ، السنة 23 ، العدد الثاني ، شهر جوان ، سنة 1999 .

2 - J. Ghestin ; « Droit civil , les obligations, le contrat », L.G.D.J. 1980, p 61. n° 89 ets.

3 - وردت كلمة التأويل في القرآن الكريم ، في قوله تعالى : " وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ " . سورة آل عمران ، الآية 6.

وفي معرض تفسير لهذه الآية يقول الإمام القرطبي : أن التأويل يكون معنى التفسير ، كقوله تأويل هذه الكلمة على كذا . ويكون بمعنى ما يؤدي إليه ، واشتقاقه من آل الأمر على كذا يؤول الله ، أي صار و أولته تأويلاً أي صيرته .

الإمام القرطبي : " الجامع لأحكام القرآن " ، ج 4 ، ص 15 .

4 - ابن فارس : " مقاييس اللغة " ، ج 1 ، ص 158 .

وجاء في لسان العرب لابن منظور: آل الأمر إلى كذا أي رجع إليه ومآل الأمر مرجعه ، وأول الشيء رجعه، وإلت (بكسر الألف) عن الشيء ارتدت عنه (1) .

ب- التأويل اصطلاحيا :

التأويل في اصطلاح الأصوليين بأنه : " صرف النظر عن المعنى الظاهر إلى معنى مرجوح ، لاعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الظاهر " (2) .
ويقصد بتأويل العقد في الاصطلاح القانوني : صرف العقد عن معناه الظاهر وإرادة معنى آخر محتمل منه ، لقيام الدليل عليه (3) .

2-أنواع التأويل و محله و شروطه :

أ-أنواع التأويل : قسم الفقهاء المسلمين التأويل إلى ثلاثة أقسام (4) :

- الأول : يكون قريبا إلى الفهم ، وهذا يكفي في إثباته أدنى دليل ، فيترجح بأدنى مرجح .
- والثاني : قد يكون بعيدا ، فلا يترجح إلا بمرجح قوي ، ولا يترجح بما ليس بقوي .
- والثالث : قد يكون متعذرا لا يحتمله اللفظ فيكون مردودا لا مقبولا .

ب- متى يجوز التأويل : أجمع علماء الإسلام على أن تفسير النصوص غير قابل للتأويل ، نظرا لأن معناه الظاهر هو المتعين فهمه منه ، ودلالته عليه تأتي على سبيل القطع . أما إذا كان النص غير صريح في دلالته على معناه الظاهر ، بحيث يمكن صرفه عنه لدليل قام على ذلك، فقد اختلف الفقهاء حول جواز تأويله .

فبخلاف أهل الظاهر الذين ذهبوا إلى وجوب العمل بظواهر النصوص وعدم تأويله فكل النصوص عندهم صريحة مفسرة ، يجب العمل بحكمها الظاهر .
فإن جمهور الفقهاء ذهب إلى جواز التأويل ، طالما قام الدليل على ذلك ، وكان النص بطبيعته غير صريح الدلالة ، قابل لهذا التأويل .

والتأويل لدى الجمهور ليس قاصرا على العام فقط بتخصيصه ، بل أنه يشمل أيضا الخاص بصرفه عن معناه الحقيقي إلى معناه المجازي ، وكذلك الحال في المطلق بتقييده ، كل ذلك طالما قام الدليل على هذا التأويل (5) .

ج- شروط التأويل : الحكمة من وضع شروط للتأويل تهدف إلى حماية النصوص من العبث بها بلا مبرر، إذ التأويل مخالف للأصل . فالأصل أخذ الألفاظ بما وضعت له . ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل ، والمحتج بالأصل ، أما المحتج بخلافه فعليه إقامة الدليل الذي اقتضى هذا العدول .

1 - ابن المنظور : " لسان العرب " ، المرجع السابق ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 130 .
والتأويل معناه أيضا : تفسير ما يؤول إليه الشيء . ويقال : تأول الكلام تأويلا وتأويل ، دبره وقدره وفسره .
د/ محمد دراجي : " محاضرات في علم التفسير ومناهج المفسرين " ، منشورات دار غريببي ، سنة 2005 ، ص 10 .
2 - وينظر أيضا : " الموسوعة الفقهية الكويتية " ، المرجع السابق ، جزء 10 ، ص 135 .
د/ محمد عبد العظيم الزرقاني : " منهل العرفان في علوم القرآن " ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة 1996 ، ج 2 ، ص 7 .
3 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 192 .
4- الشوكاني : " إرشاد الفحول " ، المرجع السابق ، ص 177 .
نقلا منا عن : د/ محمد أديب صالح : " تفسير النصوص في الفقه الإسلامي " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 33 وما بعدها .
5 - الشيخ عبد الوهاب خلاف : " تفسير النصوص القانونية وتأويلها " ، مجلة المحاماة المصرية ، ص 51 .

وقد اتفق الفقهاء (1) على أن شروط التأويل ثلاثة :

الأول: أن يكون النص المؤول ليس بمفسر أو محكم ، إذ أن كل منهما قاطع في دلالاته على معناه ، وتأويله مسخ له ، وهو أمر غير جائز ، وعلى ذلك فالتأويل مقبول للظاهر وللنص .

الثاني: أن يقوم الدليل الصحيح الذي يقتضي التأويل ، وقد يكون هذا الدليل نصا آخر ، متعارضا مع النص الأول ، ولا يستقيم معناه إلا بتأويله ، أو يجيء متعارضا مع الغرض من التعاقد ، أو قد يكون من المستحيل إرادة المعنى الظاهر ، لكونه عبث ينزه عنه المتعاقدان عقلا ، وإذا لم يوجد دليل التأويل بقي العام على عمومته ، والخاص على معناه الحقيقي والمطلق على إطلاقه .

الثالث: أن يكون التأويل معنى يحتمله اللفظ لغة أو عرفا ، أما تأويله إلى معنى لا يحتمل الدلالة عليه . فهذا مسخ وتحريف للألفاظ وليس بتأويل لها ، كأن يراد بلفظ البيع الوقف مثلا ، فهذا لا يحتمله اللفظ .

3- رأي الفقهاء في التمييز بين التفسير والتأويل :

أ- رأي الفقه الإسلامي:

يختلف معنى التأويل عند فقهاء الإسلام عن معنى التفسير .

فالتأويل تبين المراد من الكلام على سبيل الظن ، بينما **التفسير** المراد منه على سبيل القطع ، فالأصل في كل نص أن له معنى متعينا فهمه منه ، وليس هناك احتمال لإهداره وإرادة معنى آخر محتمل ، فإن النص يكون مفسرا أو صريحا أو قطعي الدلالة ، و يكون استجلاء هذا المعنى الظاهر منه تفسيرا .

أما إذا كان المعنى الظاهر من النص ليس متعينا فهمه منه ، بل يترجح فقط لكونه المتبادر فهمه منه ، دون أن يمنع ذلك قابليته للصرف إلى معنى آخر ، عندئذ يكون هذا النص قابلا للتأويل . وما يمكن الوقوف عليه من معان نتيجة ذلك ، إنما يكون على سبيل الظن لا القطع (2) .

وتفيد بعض المراجع والمعاجم اللغوية التفرقة بين مصطلحي التفسير والتأويل على أساس أن تفسير معنى اللفظ هو إيضاح معناه وبيان مضمونه . أما التأويل فهو تقدير الكلام وتدبيره ، ورد أحد المحتملين إلى ما يطابق معناه (3) .

1- ينظر على الخصوص الإمام الشوكاني : " إرشاد الفحول " ، ص 177 وما بعدها .
نقلا منا عن : د/ محمد أديب صالح : " تفسير النصوص في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 37 .

2 - د/ محمد دراجي : " محاضرات في علم التفسير " ، المرجع السابق ، ص 97 وما بعدها .

3 - جاء في معجم " فاكهة البستان " ، ص 108 .

التفسير مصدر والفرق بينه وبين التأويل ، أن التفسير هو إيضاح معنى اللفظ ، والتأويل هو سوقه إلى ما يؤول إليه .
كتأويل حين قام زيد يحين قيامه .

نقلا منا عن د/ محمد صبري السعدي : " تفسير النصوص ... " ، الرسالة السابقة ، ص 18 ، هامش 4 .

وهناك أقوال كثيرة في التمييز بين المصطلحين لا يسع المقام لعرضها كلها (1) .
ويقول الدكتور أديب محمد أن الفرق بين التفسير والتأويل لغة ، هو أن التفسير هو إيضاح
المعنى ، والتأويل هو سوقه إلى ما يؤول إليه (2) .
ويرى البعض من الفقه (3) أن : تفسير العقد : هو نوع من البيان ، أي الكشف عن
الحقيقة وإظهارها . والتأويل : هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى مرجوح يحتمله
لدليل قام عليه .

ب- رأي الفقه القانوني :

نفس التفرقة التي ظهرت في الفقه الإسلامي عادت لتظهر كذلك لدى الفقه القانوني
ولكن بأقل حدة ، واخترنا منها ما قاله الفقيه مصطفى الزلمي (4) :
" يشترك التأويل والتفسير في أنّ كلا منهما عملية اجتهادية باستثناء التفسير التشريعي فإنه
تفسير له قوة المفسر في الإلزام . وكذلك يشتركان في أنّ الغرض من كل واحد منهما هو
بيان ما هو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليهما " .
ويواصل القول أنه رغم هذا الشبه فإنهما يختلفان في فروق جوهرية أهمها ما يأتي :
-التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك ، في
حين أن التفسير هو استجلاء الغموض الموجود في النص .
والتفسير قد يكون من الشارع (أو المشرع) ، ويسمى تفسيراً تشريعياً ، وقد يكون من الفقيه
ويسمى تفسيراً فقهيّاً ، وقد يكون من القاضي ، ويسمى تفسيراً قضائياً ، في حين أن التأويل
لا يتصور من الشارع (أو المشرع) إلا عند من يرى أن التخصيص والتقييد تأويل .
- القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضاً ، في غير المسائل الجنائية ، لأن ليس له
إهماله بحجة الغموض وإلا اعتبر ناكراً للعدالة ، بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة
للسلطة التقديرية للقاضي .

1 - قال أبو عبيدة وطائفة معه : " التفسير والتأويل بمعنى واحد " فهما مترادفان ، وهذا هو الشائع عند المتقدمين من العلماء .
وقال الراغب الأصفهاني : " التفسير أهم من التأويل ، وأكثر ما يستعمل التفسير في الألفاظ ، والتأويل في المعاني كتأويل الرؤيا
ويضيف، التأويل يستعمل أكثر في الكتب الإلهية، والتفسير يستعمل في غيرها ، والتفسير أكثره يستعمل في مفردات الألفاظ ،
والتأويل أكثره في الجمل .

وقال بعضهم : التفسير بما يتعلق بالرواية ، والتأويل ما يتعلق بالدراسة .
ويرى البعض ، وهو المشهور عند المتأخرين ، أن التفسير هو بيان المعاني التي تستفاد من وضع العبارة .
والتأويل هو بيان المعاني التي تستفاد بطريق الإشارة، فالنسبة بينهما التباس .
ويرى إمام المفسرين أبو جعفر الطبري ، أن التأويل يستعمل بمعنى التفسير، ولهذا يسمى تفسيره ، جامع البيان عن تأويل آية
القرآن " ، وكان عندما يفسر الآية يقول : " القول في تأويل الآية... " كما كان يقول : " اختلف أهل التأويل في هذه الآية... " .

للمزيد عن التصيل ينظر : د/ محمد حسين الذهبي ، المرجع السابق ، ص 16 وما بعدها .

وينظر كذلك : د/ محمد منصور الكافي ، المرجع السابق ، ص 14 وما بعدها .

2 - د/ محمد أديب صالح : " تفسير النصوص في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 33 .

3 - د/- يحي رزق الصرمي : " سلطة القاضي في التفسير " ، المرجع السابق ، ص 7 ، وص 40 .

4 - د/ مصطفى الزلمي : " أصول الفقه في نسجه الجديد " ، ص 412 و 413 .

نقلا منا عن د/علي أحمد صالح المهداوي : " التكييف وأثره في القانون تشريعاً وتطبيقاً " ، بحث منشور بمجلة الزرقاء الأهلية
للبحوث والدراسات ، الأردن ، العدد الثاني ، سنة 1997 ، ص 85 .

- التفسير التشريعي يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى (الحكم) المراد ، في حين أن النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنييه (الراجح والمرجوح) .

- النص المؤول يحتمل معنيين فأكثر (المعنى الراجح والمرجوح) بخلاف المفسر .

- وسائل التفسير والإيضاح تكون أقوالاً وأعمالاً ، في حين أن التأويل لا يكون إلا بالأقوال .

- الباعث الدافع للتفسير إزالة غموض النص ، أما الباعث الدافع للتأويل فهو مصلحة أو حاجة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص عن معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر .

ويرى الدكتور عبد الحكم فودة⁽¹⁾ أن التأويل وإن اعتبره فقهاء الإسلام مخالفاً للتفسير ، إلا أنه في الحقيقة تفسير للعقد ، بالمعنى الذي يفهمه فقهاء القانون الوضعي .

وبالرجوع على موقف القوانين الوضعية فنجد أن بعض التشريعات العربية استعملت مصطلح التأويل للدلالة على لفظ التفسير ، معتبرة اللفظين قرينين . وهذا هو الحال في كل من القانون الجزائري⁽²⁾ والتونسي⁽³⁾ والمغربي⁽⁴⁾ ، حيث أن هذه التشريعات المغربية لم تستعمل مصطلح التفسير في تفنيقاتها إلا نادراً مفضلة استعمال مصطلح التأويل بدله ، مع أنهما مفهومان مختلفان لغوياً واصطلاحياً كما رأينا .

فالتفسير والتأويل كلاهما يشتركان في أن النص أو البند المراد تفسيره أو تأويله غامض ، ويختلفان فيمدنا التأويل بالمعنى المرجح من النص ، ويهدينا التفسير إلى المعنى المراد منه .

ومصطلح التأويل عثرنا عليه مستعملاً كذلك في البعض من الاجتهادات القضائية العربية حتى في ظل القوانين التي لم تعرف هذا المصطلح مفضلة مصطلح "التفسير"⁽⁵⁾ .

وخلاصة ما تقدم : أن التأويل وإن اعتبره فقهاء الإسلام مخالفاً للتفسير إلا أنه في حقيقة الأمر تفسير للعقد ، بالمعنى الذي يفهمه القانون الوضعي ، فصرف نصوص العقد عن معناها الظاهر إلى معنى مقابل مختلف عن عبارات التعاقد لقيام القرائن الدالة على ذلك ، سواء من داخل العقد كالعرف الجاري في المعاملات . كل هذا في الواقع تفسير للعقد للوقوف على إرادة الطرفين لترتيب آثاره عليه .

والأخذ بظاهر النصوص أمر قائم ، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه الوضعي . طالما كانت عبارات التعاقد واضحة الدلالة على معانيها وليست هناك أي قرائن توجب ترك هذا المعنى إلى خلافه ، أي أن تركه بلا مبرر يعد مسخاً للعقد .

1- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 7 ، ص 195 .

2- ينظر : المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري .

3- ينظر: الفصلين (المادتين) 514 و 517 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

4- ينظر: الفصول (المواد) 461 و 462 و 467 و 473 من مدونة الالتزامات المدنية المغربية .

5- على سبيل المثال جاء في حكم مصري أن : " تأويل العقود حسبما توافر به القول والطرء من قضاء وفقها لا يكون إلا عند إبهام النص وغموضه ، وعوده عن بيان المعنى القانوني المقصود من التعاقد ، واحتمال لغة العقد معاني مختلفة تؤدي إلى أغراض متباينة...." .

محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 17 فبراير سنة 1937 ، مجلة المحاماة ، س 17 ، ص 1178 ، رقم 589 .

وفي نفس المعنى : محكمة النقض بتاريخ 25 مارس 1965 ، طعن رقم 0216 ، س 30 ، مكتب فنى ، رقم 16 ، ص 378 .

ثالثا- التمييز بين تفسير العقد و تفسير القانون: (1)

التفسير هو عملية اجتهادية معدة لإيجاد معنى موجود سابقا من جديد غير أن صيغته ، أي كشفه إلى العالم الخارجي ، مشوبة بالعيب ، إما لأنه مبهم أو ملتبس ، وإما لأنه عبثي . وهو أمر متصور في القانون كما هو متصور في العقد . ثم أن وظيفة التفسير هي الإعداد لحل قانوني مناسب مع الأخذ في الحسبان الحاجات والمصالح الواجب إرضاؤها . وإذا اعتبرنا أن التفسير له موضوع أساسي هو تحديد معنى نص ما مبهم أو ملتبس فلن يكون هنالك سوى فرق بسيط بين تفسير القانون (بالمعنى المادي) وبين تفسير العقد ، وإن تفسير العقد يستلزم غالبا تفسيراً للقانون (2) .

والحقيقة أن هناك عدة فروقات بين تفسير العقد ، الذي نتولى بحثه في هذه الرسالة ، وبين تفسير القانون ، ولا بد أن نعرضها فيما يلي :

- فبينما يقتصر الأثر القانوني في العقد على المتعاقدين أو على غير من له فيه مصلحة ، فإن القانون يعني كل الأفراد في جماعة منظمة أو طائفة معينة منها .
- أن القانون هو تعبير الشارع عما أراد من رسم الدائرة التي يحصل في محيطها التقاضي ، والتي يمكن للفرد في حدودها أن يتولى ما له من حق ، ومنها إبرام العقود . ولكن العقد هو الوسيلة التي يعبر الطرفان فيه عن إرادتهما المشتركة عن أمر معين محدود .

وهكذا يظهر أن تفسير العقد أكثر واقعية من تفسير القانون ، لأنه يرتكز على تحديد موجبات يضطلع بها الفريقان تبادليا .

- أن إرادة أطراف العقد هي الاعتبار الأول في نطاق التعاقد ، إذ أن القاعدة في مادة تفسير العقد هي الرجوع إلى هذه الإرادة والبحث عن نية العاقدين المشتركة في حالة غموض المستند .

ولما كانت حرية المتعاقدين واحترام إرادتها هما الدعامة الهامة في كل العقود ، فإنه يمكن القول بأن العقد إنما يعتمد إطلاقا على الإرادة ، ولا يتأتى إغفال هذه الحقيقة في تفسير العقود (3) .

أما في تفسير القانون ، فيتم البحث عن نية المشرع ، استنادا إلى الأعمال التحضيرية ، هو نهج مقبول ، لما يكون النص بحاجة إلي تفسير ، ولكن إذا كان الرجوع إلى الأعمال التحضيرية مسموح به من حيث المبدأ عندما يستدعي أحد النصوص تفسيرا ، فعلى القاضي ، على العكس تماما ، أن يتمتع عن ذلك عندما لا يكون النص الناتج عن صياغته غامضا ولا ملتبسا ، ويكون بالتالي اعتباره أكيدا (4) .

1- Y. paclot , « Recherche sur l'interprétation juridique » . thèse . Paris.1988.n° 241 . p 224.

-A,Riege . « Rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand » . thèse . Strasbourg. 1961. n° 365.

- G .Dereux , « De l'interprétation des actes juridiques privé » . thèse ، 1929. n°144.

- J. Lopez Santa Maria , les systèmes d'interprétation des contrats » .thèse. Paris.1968.

2- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1988 ، ص 46 وما بعدها .

3 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 113 ، ص 107 و 108 .

4- Cass.Civ 22 nov 1932. Dalloz. 1933 .p 2 .

- أنه لمن غير اليسير تعرف حقيقة ما أراده الشارع فيما وضع من نص ، وإن كان ذلك ليس متعذراً لتعدد الجهات التي لها صلاحية التشريع ، بينما أنه في العقد يعرف المتعاقدان ، وبذلك يسهل تعرف حقيقة ما أراده الطرفان . وإن العكس في ذلك لا ينتفي على إطلاقه .

- لما كان سريان القانون يطول به العهد ، فإن المحاكم يمكنها أن تستقر فيما تعالج من تفسير ما قد يكون من غموض في بعض نصوص القانون ، على غير الحال في العقود التي تختلف فيها الأوضاع والعبارات على مدى الظروف وطول الأيام (1) .

- ويرى بعض الفقه أنه ، وفي نطاق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا تسري قيود تفسير التشريع ، فلا يجوز إعمال قاعدة التفسير الضيق للاستثناء الذي يرد على خلاف القواعد العامة (2) .

فالقاعدة هي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند البحث في تفسير الشرط العقدي جاء استثناء من القاعدة القانونية المكملة ولا محل للتفسير الضيق بل يجب البحث عن نية المتعاقدين بحرية (3) .

- التفسير الشخصي يقتضي البحث عن الإرادة المشتركة كما هي ، فلا يجب أن ينظر للعقد على أنه استثناء انطلقاً من أن كل التزام يعتبر قيدياً على الحرية .

وهناك تفرقة أخرى هي أن رقابة جهة النقض على تفسير القانون هي دائماً من مسائل القانون ، في حين أنه لا رقابة لجهة النقض على تفسير العقد . فمحكمة النقض لا تراقب من حيث المبدأ ، تفسير الأعمال القانونية ، الذي يعود إلى السلطة السيدة لقضاء الموضوع ، وإنما تراقب تفسير القانون ، مع أن تفسير العقد قد يرتبط بمسائل قانونية . وهو ما سنراه لاحقاً في الفصل الأخير من هذه الرسالة .

- كما أن قيام القاضي بتفسير العقد يتم عادة بمناسبة نزاع معين بين أطراف الرابطة العقدية ، ولا يمكن للقاضي أن يفسر عقداً دون أن يطلب منه ذلك من أحد الخصوم أو من كليهما ، في حين أنه وفي إطار تفسير القانون يمكن للقاضي أن يقوم بوظيفته التفسير من تلقاء نفسه ولو يطلب ذلك منه .

غير أنه لا يصح قانوناً أن ترفع دعوى إلى القضاء لتفسير النصوص ، فهذا غير جائز في القانون الجزائري وسائر القوانين المشابهة ، إذ أن المصلحة هي أساس الدعوى ، في حين لا توجد مصلحة في تفسير نص دون وجود نزاع بشأنه ، ولما كان القاضي لا يعرض لتفسير النصوص إلا بمناسبة نزاع معروض عليه فإن التفسير ليس غاية كما هو الحال عند الفقهاء بل هو وسيلة فنية لتحديد القواعد التي تطبق في قضية معينة ينظرها ، ويلزم بالفصل فيها . أو بمعنى آخر لا يعتبر التفسير القضائي للقانون مجرد توضيح لمعنى غامض ، إنما هو اتجاه وخلق للحكم العملي والفعل للقانون (4) .

- 1- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد "، المرجع السابق ، فقرة 113 ، ص 108 .
- 2- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام "، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة 1995 ، فقرة 381 ، ص 285 و 286 .
- 3- د/ جاك ايستان وكريستوف جامان ، ومارك بيو : " المطول في القانون المدني . مفاعيل العقد وآثاره " ، ترجمه للعربية منصور القاضي ، نشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، سنة 2000 ، فقرة 34 ، ص 26 .
- ويشير جاك ايستان إلى حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 فيفري 1974 .
- 4- وقد أجازت محكمة النقض المصرية للقاضي أن يستأمن في تفسيره بأراء الفقهاء ، ولا حرج عليه ، معتبرة أن هذا الاستئناس من وظيفته في التفسير وعنصر من عناصر تكوين رأيه .
- نقض مدني ، جلسة 22 أبريل 1959 ، المكتب الفني ، طعن رقم 51 ، ص 331 .

وتجدر الإشارة أن التفسير القضائي يكون ملزماً فقط للطرفين في الدعوى التي تم التفسير فيها على أساس حجية الأمر المقضي به ، سواء تعلق الأمر بتفسير النصوص القانونية أو النصوص العقدية (1) .

- وهناك تفرقة أخرى ، وهي أن القانون نفسه ينص عادة على قواعد وضوابط في تفسير العقود ، غير أنه لا يوجد أي نص بشأن طرق تفسير النصوص القانونية ، والأمر هنا ينقل على كاهل القاضي بالدرجة الأولى .

وقد حاول بعض الفقه الفرنسي وضع مشروع تمهيدي يتضمن توجيهات إجبارية في تفسير القوانين ، ولكن هذه التوجيهات لم تدرج في القانون المدني (2) .

والحقيقة أن هذه القواعد التي وضعت بشأن تفسير النصوص القانونية هي مجرد قواعد توجيهية من صنع الفقه لا غير ، واعتمدها القضاء لاحقاً ، سواء ما تعلق منها بتفسير القانون الوطني أو تفسير القانون الأجنبي (3) ، بل وطبقت بعض هذه القواعد حتى في تفسير المعاهدات الدولية (4) .

وفي الأخير نرى أن المماثلة بين القانون والعقد يجب أن تتوقف هنا ، فالقانون الفرنسي مثلاً ، وإن عرف العقد في المادة 1134 من القانون المدني بأنه قانون الطرفين لم يقصد بأن يكون له نفس درجة القانون في الخصائص ، وإنما قصده أن يكون ملزماً شأنه شأن القانون . فالفارق في الطبيعة بين المعيارين يمنع أية مماثلة بين العقد والقانون .

فالقانون ، يمثل القاعدة العامة والمجردة ، وهو التعبير عن الإرادة العامة ، في حين أن العقد ليس سوى ترجمة لإرادات خاصة هي نفسها المعيار الذي أنشأه ، ولهذا فإنه و في إطار البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا تسري قيود تفسير التشريع (5) .

ولا يجوز إعمال قاعدة التفسير الضيق للاستثناء الذي يرد على خلاف القواعد العامة . فالقاعدة في تفسير العقود هي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند البحث في تفسير الشرط العقدي جاء استثناء من القاعدة القانونية مكملة ، ولا محل للتفسير الضيق بل يجب البحث عن نية المتعاقدين بحرية (6) .

1 - د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دون ذكر سنة المناقشة ، ص 292.

2 - د/ جاك ايبستان : " المطول في القانون المدني . مفاعيل العقد وآثاره : " المرجع السابق ، فقرة 34 ، ص 26.

3 - الحقيقة أن تفسير القانون الوطني يختلف نسبياً عن تفسير القانون الأجنبي ، و ترفض محكمة النقض الفرنسية في كثير من قراراتها فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي معتبرة أن تطبيق و تفسير هذا القانون يخضع لمطلق سلطة تقدير قاضي الموضوع.

Cass. Civ. 13 jan 1993 : Rev. Crit internat. privé. 1994 . tome 1 . n° 83. p 78.

ويستثنى من ذلك مسألة تحريف القانون الأجنبي التي تخضع لرقابة جهة النقض.

Cass. Civ. 1 juil 1997 : Rev. Crit internat. privé. 1998 . tome 1 . n°2. p. 292.

4 - نشير هنا بالمناسبة إلى أن هذه الفكرة أخذت بها بعض التشريعات العربية ، وأصدرت قوانين بهذا الشأن ، ومنها المشرع العماني الذي أصدر سنة 1972 قانوناً سماه " قانون التفسيرات والنصوص العامة " ، وقد تضمن هذا القانون مجموعة من القواعد والمبادئ التي يتوجب على القاضي الركون إليها عند تفسير أي نص قانوني .

5 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 381 ، ص 385 .

6- Cass. Civ . 30 fev 1974.

وتجدر الإشارة في أنه لا يوجد فرق بين تفسير العقود باعتبارها تصرفات قانونية تتم بين طرفين فأكثر كعقد البيع وعقد الإيجار وبين تفسير التصرفات الانفرادية ، أي التي تتم بإرادة واحدة كالوقف والوعد بجائزة والوصية (1) .

كما لا يوجد فرق بين تفسير العقد الرسمي وتفسير العقد العرفي ، لكن يوجد فرق بين تفسير العقد وتصحيحه (2) .

1- يرى البعض أن تفسير العقد يختلف عن تفسير الوصية ، ففي تفسير العقد يتحقق القاضي من النية المشتركة للطرفين المتعاقدين سواء كان العقد كتابيا أو شفويا ، وفي تفسير الوصية يتحقق من نية شخص واحد ، وهنا يتشابه تفسير الوصية بتفسير القانون أين يبحث القاضي عن نية المشرع.

- أ / اللورد ديبينج : " ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون و الوصايا و العقود " ، ترجمة للعربية من طرف الدكتور هنري رياض ، نشر دار الجيل ، بيروت ، سنة 1981 ، ص 55.

2- عملية التصحيح لا ترد إلا على عيوب مادية وردت في المحرر ، وهذه العيوب قد تكون نتيجة خطأ مادي أو سهو أو نتيجة تمزق أو بلل ، فيجوز اللجوء إلى القضاء لتصحيحها ، كما هو الشأن في عقود الحالة المدنية و الأحكام القضائية بمختلف أنواعها. وقد تنشأ هذه العيوب في المحرر الرسمي نتيجة العمد ، كفعل التزوير ، ويتمثل فعل التزوير في إضافة كلمات أو عبارات أو محوها أو بالتكشيط عليها ، وهذه العيوب أيضا يجوز تصحيحها بموجب حكم بعد الحكم في مسألة التزوير من عدمه .

الفرع الثاني : مجال التفسير والحاجة إليه

من خلال التعريفات الاصطلاحية المقدمة (القانونية) يظهر أن مجال تفسير العقود ، المعاصر ، لم يعد يرتبط بالبحث عن نية أطراف العقد فقط وفي كل الحالات ، وهو التوجه الذي يعتمده المشرع بشكل أساسي ، وإنما يتسع مجال البحث في صدد التفسير لينصب على مجموعة غير محددة ، من الظروف الداخلية والخارجية المرتبطة بالاتفاق الأطراف ، ووفقا لما يستلزمه العقد ذاته وما يمليه العرف وطبيعة التعامل ، وما تتمخض عنه ظروف تنفيذ العقد ، بل ويمكن الاستناد إلى قواعد العدالة ، تلك القواعد العامة ، التي لا مكان لها إلا في ضمير الجماعة ، والتي تترك مجالا واسعا للقاضي في التعرف عليها وتطبيقها .

أولا- مجال التفسير :

يرتبط تحديد المقصود من التفسير بوظائف التفسير والهدف منه ، حيث يقوم التفسير بوظيفتين تعتبران محلا أو موضوعا له .

فمن جهة أولى بالتفسير يتم تحديد الالتزامات التي يحتملها كل متعاقد و مضمون كل التزام في العقد ، فهو البحث عن المعنى الموجود في ثنايا العقد ، والذي جاءت صياغته معيبة أو غامضة يشوبها شك وابهام ، أي لم يتم التعبير عنه بوضوح ، مما يجعل من الضروري على القاضي البحث عنه توصلا لمعرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

ومن جهة أخرى فإن التفسير بهدف التوصل إلى حل قانوني مناسب وأكثر ملائمة ، وفائدة من الناحية الاجتماعية ، والذي توحى به العدالة كأثر لهذا التصرف . وهذه الوظيفة الأخيرة التي تفسر الالتزامات التي يلقيها القضاء على عاتق المتعاقدين بالرغم من أنهما لم ينصا عليها أو لم تتجه نيتهما إليها . ومثاله الالتزام بالسلامة في عقد النقل .

فتحديد مضمون العقد الذي يتم في إطار النية المشتركة للمتعاقدين بقدر ما يتم في إطار المصلحة الاجتماعية واعتبارات العدالة التي يسعى العقد لتحقيقها (1) . فلا يجب إغفال أن القاضي مستهدف من التفسير التوصل إلى الحل القانوني للنزاع ، وهو في هذا السبيل لا يقتصر على نية المتعاقدين بل ينظر إلى ما يجب أن تكون عليه الالتزامات الأطراف تحقيقها للمصلحة والعدالة ، وبالتالي يأخذ في حسابه اعتبارات خارج العقد يصعب ردها للإرادة المشتركة للمتعاقدين ، ومن هنا يظهر التفسير الموضوعي للعقد (2) .

1- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها " ، مطبوعات جامعة المنصورة ، سنة 1977 ، ص 8 .

- د/ جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، رقم 7 ، ص 07 .

2- د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود و التصرفات " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 3 .

ثانيا - الدافع والحاجة إلى للتفسير :

يتمثل الدافع إلى التفسير في البحث ما اعترى العقد من غموض ، و ليس المقصود غموض اللفظ ، بل غموض المعنى . فإذا كان المعنى واضحا فلا تفسير .

والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري ، بل الوضوح الحقيقي ، الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين ، فكم من شرط واضح في ذاته إذا أخذ به مجردا ، ورغم ذلك يكون ذا وضوح زائف ، ويرجع ذلك إلى جهل الطرفين بالصياغة القانونية السليمة ، حيث يعبران بعبارات واضحة الدلالة في معنى ليس هو المعنى المقصود .

ولكن كيف يتسنى معرفة أن هذا الشرط واضح في الظاهر غامض في الحقيقة ؟ فقد تكشف ظروف التعاقد وملايساته عن ذلك ، إذ قد يتبين منها أن نية الطرفين الحقيقية تخالف المعنى الواضح المتبادر من الشرط ، بهذا نكون بصدد غموض للإرادة الحقيقية ، إذ العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالتعبير عنها ، فما الأخير إلا مجرد الدليل عليها ، ويفترض مطابقتها لها ، حتى يقوم على العكس (1) .

ومن الواضح أن الحاجة للتفسير القضائي لا تثور إلا في حالات الخلاف بين أطراف العقد، مع أنه من الممكن أن يقوم القاضي بتفسير بنود العقد دون طلب من أطراف النزاع متى رأى محلا لذلك ، وفي كل يكون تدخل القاضي المفسر ضروريا لحسم الخلاف (2) ، من خلال تطبيق النصوص القانونية على العلاقة . وفي ذلك تنص التشريعات المقارنة صراحة على عدم الحاجة للتفسير ، عند وضوح عبارة العقد .

بيد أن الخلاف في شأن العقد ، غالبا ما يحمل في طياته خلافا حول تفسيره ، و أيا كان سبب هذا الخلاف ، فإن القاضي يلتزم بالفصل في النزاع ، ويفترض أن يكون ذلك من خلال البحث عن حقيقة العقدين ، فان لم يتوصل إليها عمد إلى التفسير بالاستناد إلى مجموعة من الأسس والمبادئ التي يحددها المشرع ، وبغض النظر عن سبب الحاجة للتفسير، فهو قد يكون في غياب التعبير عن تنظيم مسألة أو أكثر ، و في عدم الدقة أو الغلط في التعبير، بل وبسبب الخلاف ، حول شرط أو أكثر من شروط العقد .

ويفهم مما سبق أن أساس التفسير ومبتغاه فهو إرادة الطرفين ، وهذا ما يقتضيه النظام الشخصي لتفسير العقد ، فإذا كانت هي الأساس في إبرامه ، فهي أيضا الأساس في تحديد مضمونه، فلم تعد العقود شكلية، بل أصبح رائدها حسن النية ، الذي يقتضي عدم التقيد بالعبارات الواردة بالعقد ، إذا كانت لا تعبر بحق عن نية المتعاقدين .

أما عن كيفية الوصول إلى هذه الإرادة ، فيكون بالاستعانة بوسائل التفسير الداخلية ، المستندة إلى صلب العقد نفسه ، أو بالرجوع إلى الوسائل الخارجية المستندة إلى ظروف الواقع ، والمرتبطة به .

هذا ويلاحظ أن مبادئ النظام الشخصي لتفسير العقد ، والتي تعتمد أساسا على الإرادة الحقيقية ، هي مبادئ مغايرة للتعريف المستند في النظام الموضوعي ، والتي تعتمد أساسا على التعبير، دون الاعتداد بالإرادة الباطنة للمتعاقدين .

1- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 266.

2 - Cass Civ, 7 jan 1975, Dalloz . 1975, p 516 . note Ghestin.

ثالثاً - الجهات التي تتولى مهمة تفسير العقد :

التفسير قد يصدر من أكثر من جهة :

لكل من طرفي العقد حق تفسير وتأويل ما يدور بينهما في المراحل المختلفة للإيجاب والقبول ، وبالتالي يكون لهما ذلك بعد إبرام العقد .

فقد يصدر من طرفي العقد ، وذلك فيما يبرمانه من اتفاقات تفسيرية ، معاصرة أو لاحقة للعقد محل النزاع ، بغية منع أو حسم ما قد يثور أو يثار بالفعل من خلاف حول دلالة بعض تعبيراته ، ولا شك أن هذا أفضل تفسير على الإطلاق ، إذ أنه يصدر مباشرة من ذوي الشأن وبمحض إرادتهم .

ويخول حق التفسير للغير الذي له مصلحة مباشرة في العقد ، كرب العمل في عقد الفضالة وكالمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير .

وكذا الغير الذي يريد الدخول في علاقات قانونية مع أي المتعاقدين ، وكمن يريد أن يسترجع متجراً ، فإن له أن يعرض لتفسير بعض العقود التي أبرمها مالكة (1) .

وقد يصدر التفسير من أرباب المهن ، والموثقين ، ووكلاء الأعمال ، و مندوبي السجلات كالسجل التجاري ، ويتحمل المحامون أيضاً قسطاً كبيراً في عملية التفسير ، فدور المحامي هو الدفاع عن موكله والنيابة عنهم ، وهو في نفس الوقت يساعد القاضي في عملية التفسير .

ولللخبراء أيضاً ، عند قيامهم بأمورية قضائية ، حق تفسير ما يعرض عليهم من عقود إبان ذلك كما يمكن في بعض النزاعات العقدية ، خاصة في العقود الجماعية ، أن يؤول عمل التفسير إلى لجان الصلح ومكاتب المصالحة ومفتشيات العمل ولجان الوساطة والتحكيم .

والذي يهمننا من كل ذلك هو التفسير القضائي للعقود ، فردية كانت هذه العقود أو جماعية ، بحيث يبقى الرأي الأعلى في تفسير العقد للقاضي ، فيما ينشأ عنه من نزاع يطرح عليه ، فهو الخبير الأولى والأعلى في القضية التي ينظرها محكماً في ذلك ضميره والقانون وهادفاً في الأخير إلى تحقيق الحق والعدالة .

وهو ما جعل بعض الفقه (2) يذهب إلى الاعتقاد ، بأن الالتزامات والنظريات التي نشأت في أحضان القضاء استجابة لمقتضيات العدالة ، إنما كان الدافع إلى تبنيتها هو تأثير القاضي بالعدالة في تفسير العقود دون اعتبار لإرادة المتعاقدين أو حتى على حساب القانون نفسه ، كما هو الشأن في تفسير عقود النقل وعقود العمل .

1 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 114 ، ص 109 .

2 - د/ محمد علي الخطيب : " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1992 ، ص 24 .

بيد أن تفسير العقود ، فيما عدا ذلك ، ينقسم إلى قسمين رئيسيين : تفسير قضائي وآخر قانوني .

فالتفسير القضائي : هو ما يصدر عن قضاة الموضوع في مجلس القضاء، حال طرح النزاع عليهم.

وهو النوع الشائع من أنواع التفسير ، بل وهو المجال الحقيقي للتفسير ، والذي سنركز عليه في بحثنا هذا .

أما التفسير القانوني أو التشريعي : فهو الذي يصدر عن المشرع ، في صيغته نصوص قانونية ، تستند في أساسها على الإرادة الضمنية للأفراد ، إذ أنهم كانوا ، في الغالب الأعم ، سيتبعون الحل الذي أتى به الشارع ، فيما لو فرض أنهم تعرضوا للواقعة محل التنظيم التشريعي ، . فالمشرع بذلك يفسر إرادة المتعاقدين عن طريق إكمال النقص الذي اعتري عقودهم ، وعادة ما يذيل النص التشريعي بعبارة : " ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك " ⁽¹⁾.

وهذا النوع من التفسير ذو طبيعة عامة يأتي في صورة قواعد قانونية مجردة تنظم مجمل العقود أو طائفة من العقود ، ولكن لا يتعلق بعقود أو حالات بعينها ثار بشأنها نزاع بين أطرافها المتعاقدين ، وهذا بخلاف التفسير القضائي الذي يمتاز بالصبغة العملية ، وهو أكثر اعتدالا ، نظرا لمسئولية القضاة الذين يخضعون للتشريع ، فيكون تفسيرهم واقعي على حد كبير .

أما عن التفسير الفقهي وكذا التفسير الإداري ، فهما وإن كان موجودان في تفسير القانون ، إلا أنهما لا ينسجمان تماما مع تفسير العقود الذي يبقى فيه التفسير القضائي هو الحاسم والملزم للأطراف في النزاع أو الخلاف في الفهم الدائر بينهم .

1 - Bosshert (F) : « L'interprétation des contrats », thèse , Genève, 1939 . p. 193.

نقلا منا عن د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 4 ، ص 24.

الفرع الثالث : العلاقة بين تفسير العقد وبعض المفاهيم المشابهة

قد يبدو لأول وهلة أن التفسير مرحلة لا تأتي إلا بعد الانتهاء من البحث في انعقاد العقد و في صحته ، وهذه هي الفكرة التي يلقيها في روع الباحث ما درج عليه الفقهاء ، بل وحتى الشارع نفسه ، من أنهم لا يعالجون موضوع التفسير بمناسبة البحث في آثار العقد . فإذا كان العقد في حاجة إلى التفسير وجب على القاضي أن يفسره ، فإن تم هذا التفسير ، أو كانت عبارة العقد واضحة بحيث لا تحتاج إلى التفسير ، أصبح على القاضي أن يحدد نطاق العقد ، بمعنى بيان الآثار القانونية والعقدية التي تترتب عليه في ذمة كل من عاقديه ، وهذه المرحلة تأتي بعد تجديد وصف العقد ، أي بعد أن يكيف القاضي الإرادة المشتركة للعاقدين ، من أجل تحديد الأحكام القانونية التي تطبق عليه بناء على الوصف الذي خلعه القاضي عليه ، وهو ما لم يتبادر إلى ذهن أطراف العقد ، بالضرورة ، عند إبرامه . وقد ترتبط عملية تحديد مضمون العقد أو نطاقه ، بمجرد دراسة ما حواه من عبارات وألفاظ وشروطه ، دون الحاجة لتكييف العقد ذاته أو بحث طبيعته ، لذلك يتسع نطاق التطبيقات العملية المرتبطة بجهد القاضي في تحديد مضمون العقد (1) .

وسنبين فيما يلي الفرق والعلاقة بين تفسير العقد وتحديد نطاقه ، ثم بين تفسير العقد وتكميله ، وأخيرا بين تفسير العقد وتكييفه .

أولاً- العلاقة بين تفسير العقد وتحديد نطاقه (مضمونه) :

يقصد بتحديد نطاق العقد قيام القاضي ببيان الآثار القانونية والعقدية التي تترتب على هذا العقد ، فكل طرف في ذمته التزامات معينة تتحدد في العقد ، غير أن هذه الالتزامات أحيانا تكون غير واضحة مما لا يتعين تحديد بدء بكشف إرادة العاقدين ، وبأحكام القانون المنظمة للالتزامات العقدية ، وحتى باللجوء إلى معايير العدالة والعرف في بعض الأحيان . وإذا وجد القاضي في نطاق العقد ، كما يحدده اتفاق الطرفين وطبيعة الالتزام والنصوص المقررة والعرف ، نقصا أو قصورا تعين عليه تكميلته .

1- كيفية تحديد نطاق أو مضمون العقد :

إن إرادة الأطراف أحيانا تكون عاجزة عن تحديد نطاق العقد وبيان الالتزامات المترتبة عنه ، بحيث لا تكفي ألفاظ العقد وحدها بسبب غموضها أو تناقضها أو اختصارها المخل ، لذا فإن القاضي لا يقتصر في بيان آثار العقد أو نطاقه على ما اتجهت إليه إرادة العاقدين الفعلية فحسب ، بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته ولو لم تتجه إليه إرادتهما .

1 - طبقت هذه الفكرة محكمة التمييز الكويتية في خصوص نزاع مرتبط بشرط تحكيم مدرج في عقد مقالة .
تميز تجاري ، في 29 فيفري 1983 ، رقم 83/136 ، مجلة القضاء والقانون ، العدد 1 ، مارس 1987 ، ص 153 .

وهذا ما تقضي به أحكام المادة 107 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " (1) .

ويكون على القاضي إذن أن يبين هذه المستلزمات ويضيفها إلى ما اتجهت إليه إرادتهما، ويتكون من مجموع ذلك نطاق العقد (2) .

ولتحديد نطاق العقد ، يتعين على القاضي أن يدخل في حسابه عدة مستلزمات ، ومنها الطريقة التي يجب أن تراعى في تنفيذ العقد ، إذ يجب على المتعاقد أن ينفذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وبذلك تساهم طريقة التنفيذ في تحديد مضمون العقد .

فطبيعة الالتزام في عقد البيع مثلا توجب أن يشمل العقد العين المبيعة وملحقاتها ولو لم تذكر الملحقات في العقد ، فبيع السيارة يشمل إطاراتها ورخصتها وأدوات الاحتياط للطوارئ، وكذلك بيع المتجر يشمل الاسم التجاري والحق في إجارة المكان (3) .

ومن مستلزمات العقد أيضا العرف الذي يساهم في تحديد نطاق العقد بما يكون قد جرى به من فرض التزامات على أحد العاقدين أو عليهما معا في عقود معينة، وقد أصبح بمثابة شروط ضمنية أو شروط مألوفة (clause de style) جرت عليها عادة المتعاقدين بإدراجها في عقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضا ولو لم تدرج فيها (4) ، كما في تحميل المؤجر ثمن المياه المستهلكة أو التيار الكهربائي قبل تنفيذ عقد الإيجار أو اقتطاعها من بدل الإيجار .

كما يمكن للقاضي ، ومن غير التقيد بالترتيب التشريعي لهذه المستلزمات ، اللجوء إلى قواعد العدالة .

2- الفرق بين تفسير العقد وتحديد نطاقه :

يتضح مما سبق أن القاضي عندما يفرغ من تفسير العقد بما تيسر له ذلك لاستخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإنه ينتقل بعد ذلك إلى تحديد نطاق العقد . ويراد بهذا تحديد آثار العقد ببيان الالتزامات التي تترتب على العقد في ذمة كل من المتعاقدين .

والواقع أن التفسير لا يقتصر دوره على تحديد مضمون العقد ، بل يلتجأ إليه كذلك عند البحث في تكوين العقد وفي صحته . فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين حتى يتبين ما إذا كان العقد قد تم تكوينه باتفاق هاتين الإرادتين .

- 1 - وتقابلها : المادة 1135 مدني فرنسي ، والمادة 148 فقرة ثانية مدني مصري . وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الإطار بالقول أن العقد لا ينشئ حقا ولا يولد إلتزامات ما لم يرد بشأنه نص وأنه يجب تنفيذ الإلتزام كما ورد في العقد دون زيادة أو نقص إلا إذا كان كذلك من مستلزمات التنفيذ . نقض مدني ، جلسة 28 ماي 1968 ، المجموعة المدنية ، س 19 ، ص 1014 . ونقض مدني ، جلسة 16 ماي 1977 ، المجموعة المدنية ، س 28 ، ص 1214 .
- 2 - د / سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني ، الإلتزامات ، المجلد الأول " ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1987 . فقرة 255 ، ص 480 .
- 3 - الفقيه السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني " ، ج 1 ، مصادر الإلتزام ، فقرة 285 ، ص 481 . وفي بيع الثمار ، يترتب على العقد إلزام البائع بتأدية حساب للمشتري عن هذه الثمار من وقت العقد ، ويعتبر هذا الإلتزام داخلا في نطاق العقد ولو لم يتم فيه الاتفاق على ذلك بها .
- 4 - د / سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني " ، المرجع السابق ، فقرة 255 ، ص 481 .

ويستعين به كذلك لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضحت له من خلال التفسير صحيحة أو معيبة (1) .

ويستعين به أخيراً لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه ، ومن هذا يتضح أن عمل القاضي في هذه المراحل الثلاثة يقوم على التفسير (2) .

وقد درج الفقه المصري على التفرقة بين تفسير العقد و تحديد نطاقه ، بالقول : أنه بصدد تفسير العقد يقوم القاضي أساساً بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهل هناك تطابق بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

أما بصدد تحديد نطاقه فإننا نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله في الواقع ، ولكنه يعتبر من مستلزماتها ، وبالتالي اعتبر الفقه المصري أن المادتين 150 و 151 مدني هما مادتا تفسير العقد فقط ، أما المادة 148 مدني فتتعلق بتحديد نطاقه (3) .

وينتقد الفقه الفرنسي التمييز الذي يجري بين تحديد مضمون العقد وتفسيره ، وكيفية تنفيذه ، معتبراً إياه مجرد تمييز وهمي مرده الاعتقاد بأن التفسير القانوني للعقد لا يكون ممكناً إلا في حضور نص مكتوب ، إذ أن هذا يؤدي إلى أن يصبح التفسير لغوياً حرفياً ، بينما التفسير بمفهومه الفني يتضمن شرح الغامض والمبهم ، واستخلاص النية المشتركة من الألفاظ المصاغة ، وتحديد المضمون التعاقدى ، بما في ذلك إكمال ما قد يوجد بالعقد من فراغ (4) .

ويقتررب بعض القضاء المصري من هذا الرأي (5) ، ذلك أن نظرية التفسير لا تقتصر على إيضاح ما غمض من نصوص العقد فقط ، بل تتعداه إلى الوقوف على ماهية مستلزماته.

ويرى البعض (6) أن التفسير وتحديد نطاق العقد مفهومان متكاملان من الناحية العملية والواقعية ، بحيث يختلط تفسير العقد بتحديد مضمونه ، بدليل أن بعض التشريعات أوردت الأحكام المتعلقة بتحديد نطاق العقد ضمن نفس الباب المتضمن قواعد التفسير ، كما هو الحال في التشريع اللبناني (7) .

1- د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري " ، دار النهضة العربية ، بيروت ، سنة 1974 ، ص 376.

2- د/ أحمد زكي الشبتي : " تكوين العقد و تفسيره في القانون المدني المصري الجديد " ، بحث مطول باللغتين منشور بمجلة القانون و الاقتصاد ، السنة التاسعة عشرة ، ص 45 و 46.

3- وفي تحديد دور القاضي في تحديد نطاق العقد وتفسيره وتنفيذه يقول السنهوري : في تحديد نطاق العقد : يضيف القاضي إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وهنا يدور البحث حول الإرادة التي يؤخذ بها ، هل هي الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ؟

و في تفسير العقد : يبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهل هناك تطابق بين الإرادة الباطنة و الإرادة الظاهرة . أما في تنفيذ العقد : فيجعل القاضي من هذه النية المشتركة ، بعد أن يضيف إليها مستلزماتها ، هي شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

د/ عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، فقرة 402 ، ص 503 و 504.

4- Emilio (Betti) : « Cours de droit civil comparé des obligations » , Le Caire 1958, n°14, p 83 .
نقلا عن الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 402 ، ص 617 و ص 618.

5- نقض مدني ، جلسة 28 ماي سنة 1968 ، المكتب الفني ، س 19 ، رقم 151 ، ص 1014 .

6- د/ رضا المرغني ، ود / عبد المجيد عبودة ، : " ، التفسير القضائي في القانون المدني " ، معهد الإدارة العامة ، بالمملكة السعودية ، سنة 1983 ، ص 155.

7- الحقيقة أن المشرع اللبناني أدرج قواعد التفسير في المادة 370 وما بعدها ، غير أنه واستثناء أدرج قاعدة ثانية في المادة 2/221 ، وهي خاصة بتحديد نطاق العقد ، بقوله : " العقود يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ لحسن النية والإنصاف والعرف " .

وواقع أن هدف التفسير هو تحديد مضمون العقد ، أي تحديد حقوق و التزامات الطرفين ، وهذا لا ينحصر في النصوص الصريحة المدونة في العقد ، بل أيضا فيما لم يصرح به ، ولكن في وجدان المتعاقدين ، وإذا كانت الإرادة هي أساس التفسير ، فإنها لا تقتصر على الإرادة الصريحة ، بل وأيضا الإرادة الضمنية ، إذا لم يستدل على الأولى في المسألة محل النزاع . فإذا سكت الطرفان بشأن مسألة ما . فهذا السكوت يثير غموضا يحتاج إلى تفسير بالبحث عما تهدف إليه إرادتهما الضمنية . وهذه الأخيرة لا تبدأ من فراغ بل من مظاهر مادية تكشف عنها ، فالمعتاد أن المتعاقدين لا ينظمون إلا المسائل الجوهرية ، أما المسائل الفرعية فتتجه إرادتهما الضمنية إلى ترك تنظيمها إلى القانون أو العرف أو العدالة ، ويأتي دور القاضي هنا لتحديد مضمون العقد ، بالتعرف على ما تشير إليه كل من هذه المصادر الثلاثة⁽¹⁾ .

فالتفسير إذا بمفهومه الضيق ، أو التفسير بالإيضاح ، يقتصر عن نطاق النظرية ، إذ الإرادة المشتركة لا تعني الإرادة المصرح بها في العقد فقط ، بل أيضا الإرادة الضمنية ، فسواء فسر القاضي اللفظ الغامض ، أو استخلص من أقوال الشهود مضمون العقد ، ليكمل به نقصا في العقد فإن هذا وذلك تفسير للعقد ، وتحديد نطاقه ليس مستقلا عن تفسيره ، بل هذا امتداد طبيعي لذلك ، والفصل بينهما تحليل نظري لا يتفق و الواقع العمل .

ثانيا - العلاقة بين تفسير العقد وتكميله أو تعديله :

يقصد بالعقد الكامل ذلك العقد الذي يتضمن تنظيما شاملا لكافة المسائل التي لا بد من مواجهتها بين الطرفين حتى لا تكون مصدرا لمظالم لا يمكن التسامح فيها . وحتى يكون تنفيذه متفقا مع ضرورات حسن النية ، سواء كانت هذه المسائل جوهرية أو ثانوية . وبمفهوم المخالفة يكون العقد في حاجة إلى تكملة إذا إعتراه نقص في تنظيمه . وإذا كان تطبيقه بحالته لا يحقق العدالة ويتعارض مع ضرورات حسن النية المتطلبة بين طرفيه⁽²⁾ . وفي سبيل تكميل العقد فإن القاضي يقوم بهذه المهمة إستثناء ، وذلك من خلال فحص العقد في عباراته أولا ، ثم بعدها كشف النية المشتركة للمتعاقدين . وهنا قد يختلط بمفهوم التفسير .

1- سلطة القاضي في إكمال أو تعديل العقد :

قد لا يتضمن العقد في بعض الأحيان كل ما يجب أن يتضمنه لتنظيم العديد من الأمور ، إما سهوا أو عمدا من أطرافه أو من أحدهما ، إذا كانت إثارتها في مرحلة ما قبل التعاقد قد تؤخر إبرامه أو تحول دون إبرامه ، أو عن غير دراية بأهمية أمر معين ، أو لأن العمل لم يجر على مواجهتها ، لاستحالة توقع النتائج التي تترتب على ما يستجد من ظروف وعدم توقع كيفية سير الأحداث .

1- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " المرجع السابق ، فقرة 3 ، ص 19 و 20 .
2- د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 255 .

وهنا يتعين القيام بتكملته ، بإضافة بعض المسائل الثانية في العقد أو حتى تعديل بعض الالتزامات الجوهرية فيه .

ومهمة التكميل والتعديل قد تتم من أطراف العقد أنفسهم ، وهو أمر لا يهمننا في هذا البحث ، والقانون لا يمنع ذلك ، كما قد يتم التعديل والتكميل من قبل القاضي في حالة وجود نزاع بين الطرفين .

ويحمل التكميل في طبيعته حرية كبيرة للقاضي حين سعيه إلى سد النقص في العقد ، ومن دون أن يكون قصد القاضي الوصول إلى النية المشتركة للأطراف ، ولا ينصب تكميل العقد على مضمون العقد بقدر ما ينصب على آثاره ، إذ يترتب على تكميل أن يندرج آثارا ما كان لينتجها وفقا للتفسير الشخصي أو الموضوعي (1) .

ويثور التساؤل عن الموقف الذي يجب أن يتخذه القاضي ، حيث لا غموض في تفسير عبارات العقد ، وإنما هنالك بعض النواقص في نصوصه ، بحيث يتطلب الأمر إتمامها لكي يكون للعقد آثاره الصحيحة كما لو لم يرد فيه نصوص عن نتائج الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين ، وما هي إرادتهما في كيفية تنفيذ تلك الالتزامات ومداهما .

ويقر الفقه (2) بسلطة القاضي في تكملة العقد وتعديله بوسائل مختلفة منها الاستناد إلى الأحكام الواردة في القانون ، حيث يستطيع القاضي أن يسد النقص في نصوص العقود المسماة بالرجوع إلى الأحكام القانونية المتعلقة بهذه العقود ، سواء القواعد الآمرة والمكاملة منها (3) ، كأن يغفل الطرفان في عقد البيع عن تحديد ميعاد البيع أو مكانه ، أو ميعاد الوفاء أو مكانه، فيلجأ القاضي إلى الأحكام المنصوص عليها في إطار عقد البيع حتى يكمل ما لم يرد في العقد .

ويمكن للقاضي الرجوع إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا حين يكون العقد موضوع التفسير عقدا غير مسمى ، فلا يضع القانون ، عندئذ ، أحكاما خاصة به ، ولذلك يلجأ القاضي إلى سد النقص بطريقة القياس مستعينا بما يتناسب مع العقد غير المسمى المراد تفسيره من أحكام قانونية تتقارب منه وتتلاءم معه (4) .

كما يمكن للقاضي اعتماد قواعد أخرى إذا لم ينص القانون ، صراحة أو ضمنا ، على ما يمكن بواسطته سد النقص في العقود كأحكام العرف المتبعة في المعاملات . وهو ما يمسى بالعرف المكمل (5) ، والعرف في المعاملات التجارية والبحرية يتصف بقوة أكبر مقارنة ببقية المجالات ، فهو يجري مجرى القانون (6) .

1- د/ جمال فاخر النكاس : "الاتجاه الموسع للتفسير القضائي" ، المرجع السابق ، ص 20.

2- د / الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية ، أحكام العقد" ، الجزء الثاني ، مفاعيل العقد " ، بيروت ، سنة 1987 ، ص 231 وما بعدها.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 05 مارس 1988 ، المجموعة المدنية ، س 35 ، ص 617 ، رقم 116.

4- جاء في المادة 370 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أنه : " إذا وجدت نواقص في نص العقد وجب على القاضي أن يسدها أما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى وإما بالرجوع في غير هذه الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره " .

5- غالبا ما يكون الرجوع إلى العرف بناء على إحالة صادرة من نص تشريعي، فيترك المشرع للعرف وطبيعة الأشياء مهمة تحديد الملحقات محل الالتزام. و العرف المقصود هنا بمفهومه الواسع يشمل العادات و ما يجري عليه العمل .

6- ينظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 95 من القانون المدني المصري التي جاء فيها :

" ... إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون ، و العرف ، والعدالة " .

ويمكنه (أي القاضي) الاسترشاد بقواعد العدل والإنصاف حتى وإن لم يرد في القانون نص على ذلك ، مع ما تتضمنه فكرة الإنصاف من معانٍ نسبية تختلف باختلاف ظروف المتعاقدين وحسن نيتهم وظروف المحيط والوسط الاجتماعي وزمن العقد ، و ذلك بهدف الحيلولة دون أن يكون العقد مصدراً لظلم أحد المتعاقدين .

ويلاحظ أن تكملة العقد من خلال القانون أو العرف أو العدالة يكون بحسب طبيعة الالتزام ، أي أن المدين يجب أن يقوم بكل ما يعتبره قانون أو العدالة من آثار العقد . ويرى بعض الفقه (1) أن القاضي يكمل العقد بالرجوع إلى العناصر الثلاثة السابقة مجتمعة بمعنى أنه إذا وجد في القانون ما يكمل العقد فإنه يمكن بعد ذلك البحث عن تكملة أخرى في العنصرين التاليين .

ولا محل لإعمال قوانين التدرج الخاصة بمصادر القانون ، لأننا لسنا بصدد البحث عن حل لمشكلة محددة وإنما بصدد تحديد مستلزمات العقد ، والتي قد توجد موزعة في عناصر ثلاثة. فتعدد المستلزمات لا يعني تعارضها وإنما تكاملها ، بعكس مصادر القانون حيث قد يتعارض الحلول المستفادة من المصادر المختلفة .

ويبقى منهج تكملة العقد منهج موضوعي لا شخصي ، فالقاضي لا يبحث فيما كان يحتمل أن يرضيه أطراف العقد ولو أنهم قد واجهوا المسألة ، وإنما يتحدد الحل وفقاً لمصادر موضوعية مستقلة عن الإرادة المفترضة أو المحتملة للعاقدين ، ولكن ينسب ذلك كله إلى إرادة العاقدين (2) .

ويرى جانب من الفقه (3) أن دور القاضي في العقد لا يقتصر فقط على تنفيذه ، وإنما يمتد أيضاً إلى تكوينه . ومهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا عليه ، إذ أنه بهذا يساهم في صنع العقد .

والتفسير يسبق التكميل ، ذلك أن القاضي لا يستطيع تكملة العقد أو تعديله إلا بعد التأكد من عدم تنظيم إرادة المتعاقدين لمسألة من مسائل العقد المتنازع عليها .

2- اختلاف مفهوم تفسير العقد عن مفهوم تكميله (تعديله) :

يرى بعض الفقه (4) أن التفسير هو صورة من صورة من صور تعديل العقد الذي يتم خارج الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فالأصل أن تعديل العقد عن طريق التفسير يكون في إطار الإرادة المشتركة للمتعاقدين كما لو أراد العاقدان ستر عقد بيع في صورة هبة للحيلولة دون أخذ الغير بالشفعة ، وهو نوع من الصورية . وهنا يكون التفسير إعمالاً للإرادة الحقيقية وكما لو سبغ العاقدان ، عن جهل أو سهو ، وصفاً غير منطبق على العقد ، هنا يكون التفسير والتعديل رجوعاً للإرادة الحقيقية (5) .

1- د/عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 409..

2- نقض مدني ، جلسة 05 مارس 1984 ، المجموعة المدنية ، ص 35 ، ص 617.

3- د/ياسر أحمد كامل الصيرفي : " دور القاضي في تكوين العقد " ، دار النهضة العربية ، سنة 2000 ، ص 8 .

4- د/فؤاد محمود عوض : " دور القاضي في تعديل العقد " ، المرجع السابق ، ص 139.

5- الملاحظ أن الأمر يتعلق هنا بمسألة تكييف للعقد وليس تفسيره ، حيث أن التكييف يأتي في المرحلة الموالية لتفسير العقد ، وقد يكون تكييفاً اتفاقياً أو مصطنعاً من طرف المتعاقدين .

كما أن هناك صورا يتعذر فيها القول بأن التفسير والتعديل قد تم أعمالا للإرادة المشتركة الحقيقية ، كما لو فسر القاضي صيغة العقد وشروطه على ضوء العرف الجاري أو العادة ، فإنه يعدل العقد على ضوء ما يقضي به العرف ولو لم تتطابق الإرادتان عليه ، وعين الحال إذا فسر شرطا على أساس قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين .

وأیضا ینشابه التفسير مع التكمیل في كون أن القاضي لا يقوم باستكمال العقد ولا تفسيره إلا عندما يكون العقد قد تكون ونشأ بين طرفيه ، لأنه إذا لم يكن قد انعقد فلا يوجد مبرر لتدخله ، فالمتعاقدان مازالا في مرحلة التفاوض . ومن ثم يجب أن يترك لهما أمر تنظيم هذه المسائل التفصيلية المعلقة .

وتبدو مظاهر الإلتقاء بين التفسير والتكمیل أكثر وضوحا في عقود الإذعان ، حين يتدخل القاضي لتعديل العقد من خلال إعفاء الطرف المدعن أو المستضعف من بعض الشروط ، وهي التي تسمى بالشروط التعسفية ، ويمكن أن يعفيه منها ، مادام أن المشرع أعطاه هذه السلطة⁽¹⁾ .، ولكن كيف يتحرى القاضي مثل هذا الشروط وكيف يقدرها ؟ ، لا شك أن ذلك لا يكون إلا بعد تفسير العقد واستجلاء نية المتعاقدين ، ومن هنا كان الحديث عن ما يسمى **بالتفسير المكمل** (2) .

وتحت ستار هذا التفسير رفض القضاء الشرط الوارد في العقد الذي يستبعد المسؤولية في عقود نقل الأشخاص ، وذلك بافتراض التزام الناقل بضمان سلامة الركاب .

وعن طريق التفسير ألغى القضاء العديد من الشروط المجحفة في عقود الاستهلاك وعقود التأمين وعقود العمل مسترشدا في ذلك بالدرجة الأولى بمبادئ العدالة وحسن النية ، وهادفا بالأساس إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العقود ، ورغبة في تحقيق نوع من التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية ، وهي دون شك لا تتعارض مع رغبة وأهداف المشرع الواضحة في الكثير من المواد . وهي النصوص نفسها التي استمد منها القضاء في أعمال سلطته في التفسير والتعديل ، أو بتعبير آخر سلطته في التفسير التكميلي .

ومن الواضح أن هذا الاتحاد بين المفهومين في العلة ، وهي حماية الطرف الضعيف ، يفرض منطقته في نطاق عقود الإذعان في الغالب، بخلاف عقود المساومة التي لا يوجد فيها إختلال عقدي ولا احتكار قانوني ولا غلبة اقتصادية من طرف على طرف ، وهذا على الأقل من الناحية الظاهرية ، الأمر الذي يجعل دور القاضي أقل سلطة وأكثر حيادا في تفسير العقد وفي تكميله .

وإضافة لما سبق توجد نقاط تشابه أخرى بين المصطلحين ، حيث أنه وكما يملك القاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد ، فإن له نفس السلطة أيضا في تفسيره ، كما أن في كليهما أن القاضي لا يتطوع لتفسير عقد أو تعديله من تلقاء نفسه ، وإنما بناء على نزاع حول العقد رفع إليه ، وكذلك يظهر التشابه الآخر في أن القاضي في تكميل العقد قد يستند على القانون والعرف ومبادئ العدالة وطبيعة الالتزام . وهي نفسها المعتمدة في التفسير .

غير أن الغالبية من الفقه ترفض أن يكون التفسير صورة من صور تعديل العقد أو تكميله قولا بأنه نظام ینشابه معه ويختلف عنه في الآثار والنتائج المترتبة عليه ، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه كثيرا ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير ورغم أنه كثيرا ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير .

1 - ينظر على سبيل المثال : المادتين 107 و 110 من القانون المدني الجزائري .

2- Cass. Civ. 22 nov 1865. Dalloz .P. 1865. p.1. Cass. Civ. 20 avr 1887 .Dalloz . P 1887. p 1.

والحقيقة أن هناك أوجه اختلاف توجد بين التفسير والتعديل (التكميل) (1) :
فالأول ، أي التفسير ، يستند فيه القاضي إلى إرادة العاقدين ويمارسه بموجب سلطة أصلية ويهدف من ورائه إلى البحث عن النية المشتركة للعاقدين والكشف عنها التي كان التعبير عنها غير موفقا من أطراف العقد .

أما الثاني ، وهو التكميل ، فهو سد لنقص وردفيه بسبب نقص في تنظيم العقد ، وهو لا يهدف إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين . وهو يتم خارج إرادة العاقدين ورغمهما ، ويمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية مقررة قانونا ومعتمدة على أحكام تكميلية هادفا إلى تحقيق التوازن بين الأداء في العقد .

وكذلك فإن الحل الذي يتوصل إليه القاضي عن طريق التفسير يكون كامنا في العقد ولكن يكتتفه الغموض و يقوم القاضي بالكشف عنه باللجوء إلى قواعد التفسير . ولهذا فإن الحق أو الالتزام الذي يتوصل إلى وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة أو شرط في العقد .

أما تكملة العقد فهي إضافة لأحكام لا يمكن ردها إلى نصوص العقد و لا تنتج من النصوص بطريقة منطبقة أو ضرورية بل تضاف استنادا إلى مصادر ووسائل خارجية عن العقد ذاته (2) .

والأصل هو أن القاضي ليس من وظيفته إنشاء العقود أو تكميلها ، وإنما تفسيرها بغية انفاذ حكمها في المتعاقدين ، ولهذا اعتبر البعض أن عمل القاضي في تكميل العقد في الواقع هو مجرد توسع في سلطته في التفسير ، وإن أدى ذلك إلى استكمال ما نقص من إرادة المتعاقدين . والذي يؤكد أننا مازلنا في نطاق التفسير هو أنه لو إتضح أن إرادة الطرفين لم تقصد إلى إبرام العقد إلا إذا تم الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية لامتنع القاضي عن تطبيق النص (المادة 95 مدني مصري) ولقضى بعدم انعقاد العقد (3) .

ويفرق بعض الفقه المصري بين التفسير والتكميل بالقول أن قواعد تكملة العقد لا تتعلق بالنية المشتركة ، كما أن التفسير يختلف عن التكميل ، في أن أساس الأول هو غموض تعبير المتعاقدين ، أما أساس الثاني فهو النقص في تنظيم العقد .

وتفصيلا لذلك يقول الدكتور عبد الحي حجازي: " المقصود بتكميل العقد هو سد النقص فيه لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، ومن ثم فالتكميل لا ينصب على مضمون العقد بقدر ما ينصب على آثاره ، وإن التكميل يترتب عليه أن لا ينتج آثارا ما كان لينتجها وفقا للتفسير الشخصي أو الموضوعي . ويعتبر التفسير قائما على إرادة المتعاقدين لا على إرادة الشارع ، فالتفسير يفترض تعبيراً صدر من المتعاقدين ولو كان تعبيراً غير موفق . أما التكميل فيفترض نقصاً في تنظيم العقد يلزم تكميله عن طريق الرجوع إلى قواعد معينة في القانون " (4) .

1 - د/ محمد علي الخطيب : " سلطة القاضي في تعديل العقد ، الرسالة السابقة ، ص 25 وما بعدها .
- د/ عزت صنورة : " سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات " ، مطبعة نادي القضاة ، طبعة 1994 ، ص 16 وما بعدها .
2- عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، الرسالة السابقة ، ص 409 .
3- د/ أحمد حشمت أبو سنيت : " نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد " ، سنة 1954 ، فقرة 106 .
نقلا منا عن د/ ياسر أحمد كامل الصيرفي : " دور القاضي في تكوين العقد " ، المرجع السابق ، ص 22 ، هامش 24 .
4- د/ عبد الحي حجازي : " النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام " ، دون دار نشر ودون سنة نشر ، ص 112 و 131 .

في حين يرى البعض الآخر (1) عكس ذلك معتبرا أن تكملة العقد إنما تستند في الأساس إلى الإرادة المشتركة الضمنية للطرفين المتعاقدين (2) اللذين يتفقان صراحة على المسائل الجوهرية في العقد ، أما المسائل الثانوية التي تعتبر أنها بديهية بالنسبة لهما ، تاركين تكملة ذلك لما استقرت عليه عادة التعامل بينهما ، أو العرف الجاري المعلوم لهما أثناء للتعاقد ، فالمتعاقدان بذلك يتجنبان الإفاضة بشأنها ، وإلا فكيف نفسر تطبيق المادة 148 مدني ، آليس أساسها الإرادة الضمنية (3) ؟

أما بالنسبة للقول بأن أساس التفسير هو غموض تعبير المتعاقدين ، فهو محل نظر، إذ أن أساس التفسير هو إرادة الطرفين ، وما الغموض إلا دافع إلى إجرائه .
وأما بالنسبة للقول بأن أساس التكميل هو النقص في تنظيم العقد ، فهو أيضا غير مقبول ، إذ أن النقص مبرر لإكمال العقد، وليس أساسا له ، فعدم وجود الإرادة الصريحة يعني الاتجاه إلى البحث عن الإرادة الضمنية ، التي هي أساس التفسير التكميلي (4) .
كما يؤيد هذا الرأي أن المادة 2/150 مدني مصري ، وهي مادة من مواد التفسير، ذهبت إلى أن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين يكون على ضوء العرف الجاري في المعاملات ، ومن أهداف العرف تكملة العقد سد النقص فيه، وهو ما يعد من التفسير التكميلي ، ومن ثم تكون هذه المادة قد تضمنت التفسير الأساسي والاحتياطي (التكميلي) ، تكرر وتأكيدا للمادة 2/148 مدني .

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن هناك فرقا جوهريا بين تفسير العقد وتعديله ، فتفسير العقد هو تأكيد على مبدأ سلطان الإرادة ، بينما تعديل العقد هو الإخلال بالعقد وبالإرادة والمخالفة لها ، فتارة أن إرادة الأطراف في العقد هي التي تحتاج إلى إيجادها وإظهارها ، فهنا العقد يتطلب تفسيرا . وتارة تكون هذه الإرادة موجودة فلا تحتاج إلى إظهار ، وإنما تتكيف مع الواقع لتغير الظروف التي رافقت الإعلان عنها . فالعقد هنا يتطلب تعديلا أو تكميلا (5) .

فالقاضي عند تفسير العقد يبحث عن الإرادة الحقيقية لدى أطراف العقد . فلا يعود له أن يحل إرادته في مكان الإرادة العقدية ، ولكنه عند تعديل العقد لا يبحث عن إرادة عقدية حقيقية أو ظاهرة ، وإنما يكون له أن يحل إرادته في مكان الإرادة العقدية .

1- / عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 3 ، ص 20 و 21.

2- ينظر أيضا د/ وليم قلاذه : " التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري " ، رسالة بجامعة القاهرة ، سنة 1955 ، فقرة 124 ، ص 348.

3- ينظر المادة 107 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 148 من القانون المدني المصري ، وهي المادة التي يقول عنها البعض من الفقه المصري أنها مادة جوهرية و أساسية في نظرية التفسير ، وإذا أردنا أن نتمسك بفكرة نطاق العقد فلنقل أن نظرية التفسير القائمة على الإرادة المشتركة للطرفين الصريحة أو الضمنية هي الوسيلة التي تؤدي بنا في النهاية إلى تحديد نطاق العقد .

د/عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، نفس المرجع السابق ، فقرة 3 ، ص 21

4 جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بالنسبة للمادة 138 (المادة 95 من التقنين) :

" و إذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث (تحديد مضمون العقد و تفسيره و تنفيذه) ميسورا من الناحية المنطقية البحثية ، فمن البين أنها تختلط في الواقع ببعضها ، و يتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد و تفسيره .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 46 و 47 ، و ص 297.

5- الكلام للفقيه الفرنسي كاربونييه .

نقلا منا عن د/ سامي منصور: " عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني " ، دار الفكر اللبناني ، دون سنة نشر ،

ص 410.

فالتفسير إذن هو مظهر احترام لسلطان الإرادة ، أما التعديل فهو مظهر إنكار لسلطان الإرادة ، فالاختلاف الأساسي بين النظريتين ، التفسير والتعديل ، يمكن في مدى احترام الإرادة العقدية . فالتفسير يركز على أعمال الإرادة العقدية ، أما التعديل يركز إلى أعمال الإرادة غير العقدية .

وهناك تعارض واضح بين التفسير و التعديل ، حيث أنه في مجال البحث عن الإرادة قد وضع المشرع مقاييس يسترشد بها القضاء (قواعد غير إلزامية) ، وفي مجال تعديل الإرادة يضع القضاء أو المشرع مقاييس يسترشد بها لملائمة الحل مع طبيعة العقد ومع الاعتبارات التي تفرض تعديله (1) .

ولكن الواقع العملي يثبت في حالات متعددة تجاوز القضاء لتلك الإرادة في معرض التفسير العقدي بإعطاء حلول مصطنعة وإن تغلفت ظاهرا بالإرادة العقدية . وهناك مقاييس يعتمد عليها القضاء في معرفة الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة على القاضي أن يسترشد أولا بالمواد القانونية التي وضعت له بعض الوسائل التي تمكنه من التوصل إلى غايته ، كما يمكنه أن يستعين بالعرف وقواعد العدالة ، وهي تعد من قبيل القواعد الاحتياطية للقاضي (2) .

ويبقى القاضي هو صاحب السلطة في التفسير ، ومن هذا المنطلق له الحق بعدم التوقف عند العبارات المستعملة من أطراف العقد ، وإنما يبحث عن النية الحقيقية لإعطائها النتائج القانونية التي اختارتها .

كما أن للقاضي أن يبحث عن الدوافع المختلفة التي حملت على إبرام العقد وطبيعة المهنة ، فالتاجر عند تفسير عقد تجاري تؤخذ صفته بالاعتبار فينظر إلى التفسير بغير ما ينظر به في عقد أبرمه شخص لم يمارس التجارة أو يقوم بعمل مدني مجرد .

وللقاضي مطلق الحرية في اعتماد الوسيلة التي يراها أكثر ايجابية في الدلالة على قصد المتعاقدين ، فله أن يأخذ بالاعتبار، بمختلف الظروف التي أحاطت بتكوين العقد ، من ذلك الاستناد على العروض والمفاوضات والاتصالات التي سبقت العقد أو لحفته أو رافقت تنفيذه عن كان العقد نفسه يتضمن إشارة أو عطا على تلك العروض والاتصالات والمفاوضات .

ولهذا يرى البعض أن العمل القضائي في دائرة التفسير ليس عملا متكاملا مع الإرادة العقدية ، فقد لا يؤدي إلى التطبيق الكلي للإرادة يصفها القضاء بأنها عقدية ، فالقضاء لم يتوان في أكثر من مجال عن إكمال العقد ، وسد النقص الذي قد تقع به الإرادة العقدية ، فيعدل العقد بحجة التفسير (3) .

ويحصل ذلك بالخصوص عندما تكون هناك صعوبة في استنتاج وإبراز النية الحقيقية لأطراف العقد ، إما لأن أطراف العقد لم تلحظ المسألة الخلافية ابتداء ، وإما لأن النية لم تكن مشتركة أساسا . فيكون على القضاء أن يقدر ما يمكن أن تكون عليه الإرادة العقدية كما لو كانت تلك الإرادة موجودة أو مشتركة أساسا . فيكون الطرح في الحالتين ليس لإرادة حقيقية وإنما لإرادة يقدر القضاء أنها الإرادة الحقيقية، وأنها الوصف لهذه الإرادة .

1 - د/ سامي بديع منصور: " عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني " ، المرجع السابق ، ص 411.

2- جاء في المادة 1135 مدني فرنسي : "العقود تلزم ، ليس فقط بما صرح فيها، لكن أيضا بكل توابع الالتزام طبقا لطبيعته بحسب العدالة ، العرف أو القانون".

3 - Marty .Rôle du juge dans l' interprétation des contrats .de l'ass. H. Capitan . these . 1949.

Dalloz. 1950. p 90.

وخلاصة القول أن الإطار المناسب لنظرية التفسير ، رغم أهميتها ، يفترض أساسا وجود عقد قائم صحيح ، وبالتالي فلا تطبق على عقد باطل (1) ، ولا ينحصر نطاقها في التفسير بمعناه الضيق ، وهو التفسير بالإيضاح لما غمض من العقد ، بل تشمل أيضا التفسير التكميلي لينصهر كلاهما في بوتقتها ، وذلك من أجل الحصول على الإرادة المشتركة للطرفين .

ثالثا- العلاقة بين تفسير العقد وتكييفه أو وصفه :

يعتبر التكييف (2) من المسائل القضائية المهمة بشأن تطبيق القواعد القانونية . وهو جوهر العمل القضائي باعتباره همزة الوصل بين الوقائع المطروحة والقانون الواجب التطبيق عليها ، فهو الطريق السليم أو الصحيح الذي يسلكه القاضي إلى القانون الصحيح عليه، وتتسم أحكامه بالتناقض والغموض .

إذا كانت مشكلة التكييف لا تطرح بمناسبة تطبيق قانون معين فحسب، بل هي مشكلة عامة بالنسبة للقانون برمته بالنظر إلى طبيعته مصدره الأول والأساسي وهو التشريع ، فإن أهميته بالنسبة للعقود تبرز بشكل واضح من منظور فروع القانون المختلفة . لقد ازدادت أهمية التكييف باعتباره عملية ذهنية يباشرها القاضي في العصر الحالي تبعا لزيادة تدخل المشرع بقواعد أمرة أو ناهية في مجال العقود (3) .

وحقيقة وظيفة التكييف أنه وسيلة الكشف عن صفة الواقع لحكمها بقاعدة قانونية تشرع في ضوئها أو لضمها إلى نظام قانوني معين . ويترتب عليه تحديد القواعد التي تحكم التصرف المبرم للوصول إلى العدالة التي هي غاية التقاضي ، وذلك بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا على المراكز القانونية المجملية .

وتبدو أهمية التكييف من كونه بالنسبة للقاضي كالتشخيص بالنسبة للطبيب ، فبدون الفحص لا يستطيع أن يصف الداء للمريض ويحدد علاجه . فالقاضي كذلك بدون التكييف لا يستطيع تطبيق القاعدة القانونية على النزاع المطروح عليه ، ولكن لا يستطيع أيضا الوصول إلى الحل القانوني السليمة .

1- ذهب القضاء إلى استبعاد تطبيق التفسير على القرارات الإدارية ، و في ذلك تقول محكمة النقض المصرية :
" ... و يكون النفي على الحكم إغفاله الرد على ما طلبته الطاعنة من تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين 150 و 151 مدني غير مجد ، إذ أن مجال تطبيق تلك القواعد هو العقود و لا تطبق على القرارات الإدارية " .

نقض مدني ، جلسة 04 جانفي 1962 ، المكتب الفني ، س 13 ، ص 26 .
2 - كلمة التكييف في اللغة العربية على وزن تفعيل من فعل كيف ، فيدل هذا التأصيل اللغوي على أن معناها ينصرف إلى تحديد كيف ، أي بيان الطبيعة .

التكييف في اللغة : مصدر كَيْفَه إذا ذكر أو أدرك كَيْفِيته أو صفت ه ، والتشبيه مصدر شَبَّهه إذا جعله مثل غيره في صفة - القاموس المحيط ، دار الفكر ، بيروت ، 1983 .

وجاء في لسان العرب لابن منظور : كيف الأديم ، قطعه ، والكيفة ، القطعة منه ، كلاهما عن اللحياني . ويقال للخرقة التي يرقع بها ذيل القميص القدام: كيفة ، والذي يرقع بها ذيل القميص الوراء ، حيفة .

ابن منظور : " لسان العرب " ، المجلد التاسع ، دار صادر ، بيروت ، ص 312 .
والناس يقولون : هذا رجل لا ندري كيف نكفيه أي نرضيه على حالة ثلاثمه .

د/ حسن السعيد: الهادي إلى لغة العرب " ، الجزء الرابع ، دار لبنان للطباعة والنشر ، سنة 1992 ، ص 79 .

3 - ففي مجال القانون الجنائي، تظهر أهمية تكييف العقد أحيانا عندما يتعلق الأمر بتجريم بعض الأفعال ، وخاصة في جريمة خيانة الأمانة التي تقع على عقد من عقود الأمانة ، و في هذه الجريمة يتعين على القاضي الجزائي ، تحت طائلة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، أن يكيف بدقة العلاقة العقدية التي جمعت بين المتهم .

يراجع نص المادة 376 من قانون العقوبات الجزائي .

والشيء الذي لفت انتباهنا هو أنه ورغم أهمية تكييف العقود أو وصفها إلا أننا لم نعثر على أي نص قانوني في كامل التشريعات العربية يحدد لنا مفهوم التكييف أو يحدد طبيعته أو ينظم أحكامه ، وبقي الأمر ملقى بنقله على عاتق الفقه والقضاء .

1- معنى التكييف:

تبدو صعوبة البحث عن تعريف للتكييف (La qualification) في أن القانون المدني في نصوصه لم يعرض للتكييف إلا بصدد تنازع القوانين⁽¹⁾ ومعرفة القانون الواجب التطبيق ، وهذه في الواقع مسائل تدرج ضمن مباحث القانون الدولي الخاص⁽²⁾ .
فالتكييف هو أشبه بعملية ترجمة لبعض الأحداث الواقعية إلى أفكار قانونية ، وهو مسألة قانونية محضة كما يجري طبقا لأحكام القانون الموضوعي يجري أيضا طبقا لأحكام القانون الإجرائي .

وهناك بعض المحاولات من جانب قليل من الفقه وأيضا القضاء لمعرفة مفهوم ومقصود التكييف .

ويعرف البعض التكييف القانوني بأنه : " علاقة قانونية بين الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له " (3) .

ويعرفه البعض بأنه : " عملية ذهنية لتحليل قانوني وأداة ضرورية في مجال الفكر ، تأخذ بعين الاعتبار العناصر التي ينصب عليها التكييف (واقعة بحتة أو عقد) والعمل على إدخالها ضمن إحدى الفئات القانونية الموجودة عن طريق ربطها بنظام قانوني يكون محلا لتطبيقها بواسطة خصائص فئة الربط " (4) .

وأما المقصود بتكييف العقد فهو : " ربطه بفئة قانونية من العقود بهدف تحديد النظام القانوني المطبق عليه، أي تحديد قواعد القانون التي تحكم قيامه وآثاره وانقضاءه " (5) .

وكما هو واضح من التعريف المقدم أعلاه . أنه ماهية التكييف تبدو في كونها وسيلة قانونية يتجانس فيها عنصر الواقع والقانون معا ، وبواسطة خصائص الربط يقوم القاضي بتحليل الواقع وتأهيله وتقنيته حتى تعود له صلاحية الارتفاع إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليه .

1 - ينظر المادة التاسعة وما بعدها من القانون المدني الجزائري .

حيث جاء في المادة التاسعة : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه " .

وهو نص شبيه بالمادة العاشرة من القانون المدني المصري .

2 - في منازعات القانون الدولي الخاص ، غالبا ما يجد القاضي نفسه أمام وضع واقعي يوجب تطبيق قاعدة التنازع ، يتعين عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق ، وهو ملزم لهذه الغاية بوصف هذا الوضع ، لأن التكييف سابق لاختيار القانون الواجب التطبيق . وإذا كان القانون الدولي الخاص لا يهتم بتكييف العقود بالمعنى الضيق ، فإن هذا التكييف يجد أهميته في تحديد طبيعة هذه العقود من حيث الشروط الجوهرية والشكلية ، حيث تختلف الأحكام تبعا لاختلاف العقود من حيث الشكل والجوهر .

3- د / محمد عبد ربه محمد القبلاوي : " التكييف في المواد الجزائية ، دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه بجامعة طنطا ، مطبوعة لدى دار الفكر الجامعي ، مصر ، سنة 2003 ، ص 11 .

4- د / عبد الرزاق أيوب : " تكييف العقود في القانون المغربي والمقارن " ، مجلة طنجيس ، عدد خاص ، رقم 7 ، سنة 2007 ، ص 5 وما بعدها .

وقد أشار المؤلف إلى رسالته للدكتوراه في القانون الخاص : " التكييف القانوني ، الأسس النظرية والجوانب العملية " التي نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء بالمغرب ، سنة 2004 .

5- د / عبد الرزاق أيوب : " تكييف العقود " ، نفس المرجع والموضع السابق .

وإذا كان التكييف من حيث حقيقته عملاً ذهنياً غايته إثبات عموم حكم القانون وسيادته على الواقع فإنه لا يقتصر على عمل القاضي . وهو ما اقتصر عليه التعريفات المذكورة ، بل يتعداه إلى المشرع والفقهاء بل وأطراف العلاقة (1) .

2- العناصر التي يستعين بها القاضي في ممارسة سلطته في تكييف العقد:

تعد الإرادة الفردية المحور الأساسي في تحديد العناصر الموضوعية للعقد ، وبالتالي تساهم في وصفه وتكييفه (2) ، غير أن العبرة هي بالالتزامات الرئيسية أو الأصلية التي تتولد عن العقد . ففي غالبية العقود يوجد نوعان متميزان من الالتزامات (3) :

التزامات جوهرية : ويتعلق بالالتزامات الرئيسية و التي تكون جوهر العقد ، ولكن الإرادة في الأصل يمكنها أن تجعل من التزام قانوني التزاماً أصلياً (4) .

وأخرى ثانوية : وهي الالتزامات الفرعية غير الجوهرية التي يضعها أو يتفق عليها الأطراف تعصيماً للالتزام الأصلي ، بمعنى أنها التزامات طارئة لا ترتبط بالعقد المعني ، ولكنها يمكن أن تضاف إليه ، و لكن لا يترتب على عدم وجودها تعديل في طبيعة العقد و التي يضيفها الأطراف للعقد دون أن يتعدّل جوهر ، فقد تؤثر في أحكام العقد دون تؤثر في تكييفه أو وصفه القانوني .

وهذا يعني أن لا تأثير للالتزام التابع في تكييف العقد ، فالطابع التابع للالتزام لا يستدعي سوى تعديلاً في النظام دون المساس بالتكييف . فالطابع المجاني أو المأجور للوكالة مثلاً ، ليس له تأثير على التكييف ، غير أن نظام مسؤولية الوكيل لها بعض الخصائص حسبما تكون الوكالة مجانية أو مأجورة .

وأساس هذه الالتزامات هو الإرادة (5) ، ولكن الإرادة لا يمكن دوماً أن تحل محل العناصر الأساسية للعقد ، فإذا اتجهت النية إلى إبرام عقد بيع خال من الثمن ، فلا يمكن أن يكيف العقد على أنه بيع استناداً إلى الإرادة (6) .

ويشترط أن تستخلص الإرادة ، سواء في الالتزامات الجوهرية أو الثانوية ، وقت إبرام العقد واستناداً إلى النية الحقيقية التي تستخلص من كافة عناصر العقد والظروف المحيطة به فيه . ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

1- د/ علي أحمد صالح المهدي : " التكييف وأثره في القانون " ، المرجع السابق ، ص 85 .

2- قضت محكمة النقض المصرية : " يجب أن يتم التكييف في ضوء عباراته و حقيقة الواقع و النية المشتركة للمتعاقدين " .

نقض مدني ، جلسة 12 أبريل 1983 ، المجموعة المدنية ، س 34 ، ص 948 ، رقم 192

قضت محكمة النقض المصرية : العبرة في تكييف العقد بحقيقة ما عناه المتعاقدان ، ولا يصح التقييد بتكييف المتعاقدين " .

نقض مدني ، جلسة 04 جانفي 1983 ، المجموعة المدنية ، س 34 ، ص 119 ، ق 36 .

3 - د/ حسام الدين الكامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 403 ، ص 299 .

4 - ما يسترعي الانتباه هو أن غياب الالتزام الأصلي لا يؤثر أحياناً على تكييف العقد ، إنما ينحصر هذا التأثير على تغيير

النظام القانوني المرتبط به . فغياب أو انعدام المقابل في عقد النقل لا يشفع في إضفاء تكييف جديد على هذا العقد

كالقول بأنه عقد نقل مجاني وليس بمقابل .

5 - يقصد بالإرادة هنا أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي سيقدم عليه ، وينتهي إلى أن يقصده ، بأن يكون مدركاً ماهية

التصرف الذي يجريه ، متيقناً من الحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه .

6 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 404 ، ص 300 .

والقضاء يوجه النظر إلى أهمية دور الإدارة في التكييف . فقضت محكمة النقض المصرية بأن : " تكييف العقود مناطه حكم القانون وما عناه العاقدون وقت إبرامها ، وتعرف قصد العاقدين هو من اختصاص محكمة الموضوع . فمتى استظهرت هذا القصد وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدي إليه عقلا ثم كيفته التكييف القانوني الصحيح ، فإنه لا يجوز لأي طرف تجاهل هذا الحكم الذي انتهت إليه المحكمة .

وإذن فإذا استخلصت المحكمة من ظروف الدعوى أن العقد المتنازع بشأنه ليس إلا عقد بيع ... ولذلك لم تعتبره إلا مجرد سند بدين عادي ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فيما ارتأت من ذلك " (1) .

ولا يقتصر القاضي في تكييفه على العقود المسماة في القانون ، إذ يمكن له تكييف عقد ما إلى عقد غير مسمى ، كما هو الحال مثلا في عقد النقل المجاني (2) .

كما أن القاضي قد يواجه عقدا يتبين بعد فحصه أنه باطل في جزء منه أو قابل للإبطال فيعمد إلى تغيير تكييفه وإعطائه تكييفا آخر تقتضيه الشروط التي انعقد عليها تطبيقا لنظرية تحول العقد (3) ، غير أنه إذا امتد البطلان لكامل العقد أو لأجزاء جوهرية فيه ، قضى ببطلان العقد كله (4) .

وهناك عناصر أو عوامل أخرى ، ولو عرضية ، يستند إليها القاضي في تحديد الوصف أو التكييف القانوني السليم للعقد ، مثل صفة الطرفين (5) ، والشكلية (6) ، والتبعية الإقتصادية بالنسبة لعقود العمل (7) .

ومن أجل تكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني المناسب ، يقوم القاضي بدور متميز في تحديد الالتزامات الأصلية ، خصوصا بالنسبة للحالات التي يكون فيها هذا التحديد ناقصا أو غامضا من جانب المشرع . كما قد تتولى الأعراف ، في حيز كبير ، مهمة تحديد هذه الالتزامات الأصلية خصوصا في المجال التجاري .

وللقاضي أن يستند في عمله إلى قرائن وشواهد يقدر أثرها في وصف العقد ، كاستناده إلى مركز ذوي الشأن ووضعهم الاجتماعي، والأحكام القانونية التي تحول دون إجرائهم تصرفا من نوع معين .

- 1 - نقض مدني ، جلسة 21 مارس 1940 ، مجلة المحاماة ، س 20 ، ص 1372 ، رقم 605.
- 2- العقود غير المسماة هي العقود التي لا يتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة ، وبالتالي تظل مجردة من اسم خاص يطلق عليها ، حتى وإن درج العمل على إضفاء اسم خاص عليها ، لأن العبرة في خلع هذا الوصف يرجع إلى عدم قيام القانون نفسه ببيان الأحكام الخاصة بالعقد..
- 3- للمزيد من التفصيل حول نظرية إنقاص العقد وتمييزها عن نظرية تحول العقد ينظر :
د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : " مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية " ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، شهر جويلية ، سنة 1987 ، ص 11 وما يليها .
- 4- لمعرفة لفرق بين البطلان الجزئي وتحول العقد ينظر : المادة 104 وتقرن بالمادة 105 من القانون المدني الجزائري .
- 5- وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الاجتماعية مسألة تجارية القرض الممنوح من البنك بغض النظر عن صفة المقترض هل هو تاجر أم غير تاجر .

- Cass. Soc. 14 juin 1960. Dalloz .Jur .p.384.

- 6- المشرع المغربي خول للأشخاص التشارط على جعل تصرفاتهم خاضعة لشكلية خاصة لا تتم إلا بها ، وهذا ما نص عليه الفصل 402 من قانون الالتزامات والعقود: " إذا لم يكن العقد خاضعا لشكل خاص ، واتفق عاقدان صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاما إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجودا إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العاقدان " .
- 7- د/ محمود جمال الدين زكي : " قانون العمل " ، مطبوعات جامعة القاهرة ، ط 3 ، سنة 1983 ، فقرة 135 ، ص 293 .
و د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط في القانون الاجتماعي " ، ج 1 ، دار النهضة العربية ، سنة 1976 ، فقرة 32 ، ص 42 .

والملاحظ أن هناك حالات تختلف فيه النية الظاهرة عن النية الباطنة ، كما هو الشأن بالنسبة للصورية والتحايل على القانون . والعبرة هنا هي بالنية الحقيقية ، ومن يتولى كشف النية الحقيقية هو القاضي بصدد تفسير العقد وتكييفه ؟

ولهذا فإن الفقه والقضاء يرى أن القاعدة في تكييف العلاقات العقدية أن ليست العبرة بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على العقد . فقد يطلقان وصفا غير صحيح ، إما عن جهل ، أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع ، وإنما العبرة بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدتهما و الذي تكشف عنه طبيعة الالتزامات التي يتحمل بها كل منهما (1) . وتعرف المحكمة ، ذلك من سلطة محكمة الموضوع فمتى استظهرت قصدتها وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدي إليه عقلا ثم تكيف هذه العلاقة تكييفاً صحيحاً ينطبق فهمها للواقع وتتفق مع القصد طرفي هذه العلاقة (2) .

وهذا ما أكدته القضاء في الكثير من المناسبات ، فقد قضت على سبيل المثال ، محكمة الاستئناف الكويتية دائرة التمييز بأنه :

" من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على حقيقة الدعوى من وقائعها ومن الأدلة المقدمة فيها ، وفي تفسير المحررات و العقود بما تراه أو في إلى نية عاقدتها مستعينة بذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها توصلاً لرد حاصل فهم الدعوى إلى حكم القانون . بإعطاء العلاقة التي تحكم ، الطرفين تكييفها القانوني الصحيح دون التقييد بالوصف الذي يخلعه الخصوم عليها " (3) .

كما أوردت محكمة النقض المصرية نفس الرأي في الكثير من أحكامها (4) . وقد اشترطت في ذلك أن يلتزم قاضي الموضوع حدود سبب الدعوى ، ودون الانحراف عن قصد الطرفين ، إذ لا تملك المحكمة إزاءه ، من تلقاء نفسها ، تغييراً أو إضافة (5) . وقد ذهب الفقه على اعتبار عملية التكييف عملية قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، فلما كان التكييف عمل قضائي يقوم به القاضي ، وهو ليس عملاً اختيارياً يقوم به إذا شاء أو يهمله إذا أراد ، ولكنه عمل ملزم له ، يتحتم عليه القيام به إلا شاب أحكامه قصوراً استوجب نقضها (6) . وأن مصدر هذا الالتزام ليس نصاً أو قاعدة قانونية وإنما اجتهاد قضائي .

1 - ينظر د/ أحمد زكي الشيتي : " تكوين العقد وتفسيره " ، المرجع السابق . مع العلم أن المؤلف له رسالة دكتوراه ، لم نطلع عليها للأسف ، بعنوان : " تكييف العقود في القانون المدني ، نوقشت بجامعة القاهرة ، سنة 1944 .

2 - د/ إبراهيم سيد أحمد : " الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية " ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2008 ، 92 وما بعدها .

3 - محكمة الاستئناف الكويتية ، دائرة التمييز ، بتاريخ 16 جويلية 1986 ، مجلة القضاء و القانون ، س 14 ، رقم 19 ، سنة 1993 ، العدد الثاني ، ص 108 .

4 - نقض مدني ، جلسة 19 فيفري 1986 ، الطعن رقم 2176 ، سنة 51 ق .

وفي هذا المعنى أيضا : نقض مدني ، في 13 فيفري 1986 ، الطعن رقم 316 ، سنة 50 ق .

ونقض مدني ، في 17 فيفري 1986 ، س 47 ق .

ونقض مدني ، في 16 أفريل 1986 ، الطعن رقم 2369 ، س 51 .

5 - نقض مدني ، جلسة 3 مارس 1973 ، مجموعة أحكام النقض ، س 24 ، رقم 376 ، ص 67 .

و نقض مدني ، جلسة 17 فيفري 1977 ، مجموعة أحكام النقض ، س 28 ، رقم 472 ، ص 90 .

6 - د/ عبد الرحمن متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 239 وما بعدها .

3- التمييز بين تفسير العقد وتكييفه و الموازنة بينهما :

إذا ما انتهى القاضي من التفسير للعقد واهتدى إلى إرادة المتعاقدين المشتركة انتقل إلى تحديد الوصف القانوني للعقد وإعطائه هذا الوصف أي إدخاله في جنس معين من العقود ، والتكييف يحتاج من القاضي إلى أمرين :
الأول : إعطاء الاتفاق وصفه للقانون .
والثاني: معرفة العناصر الأساسية لكل عقد من العقود .
وقيام القاضي بعملية التكييف ، شأنه شأن التفسير ، يعد واجباً مفروضاً عليه وليس خياراً متروكاً له (1) .

وعملية التكييف تلي عملية التفسير ، والقاضي هو سيد في التفسير ولتكييف أيضاً ، وهو في سبيل ذلك يقوم باستجلاء الإرادة المشتركة للعاقدين ، سواء من طريق عبارة العقد واضحة الدلالة على هذه الإرادة ، أو من طريق تفسير عباراته غير الواضحة ، يتعين عليه إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد حتى يستطيع أن يرتب عليه آثاره القانونية الصحيحة (2) .

فالقاضي يستهدف أولاً التعرف على الإرادة المشتركة للعاقدين باعتبارها المحور الأساسي في تحديد العناصر الموضوعية للعقد ، لذلك فهي قد تظهر كعنصر أساسي في التكييف .

ويقوم القاضي ، في سبيل تحديد الغاية التي يسعى إليها طرفا العقد باستخلاص النية المشتركة للأطراف المتعاقدة ، وهي مسألة متعلقة بالتفسير ، ثم يلي ذلك قيام القاضي إلحاق العقد موضوع المفسر حسبما اتجهت إليه تلك الإرادة حقيقة ، أي إعطاؤه الوصف القانوني الصحيح ، ومن ثم بيان الآثار المترتبة على هذا الوصف . وهنا الأمر يتعلق بعملية التكييف (3) ، ويستهدي القاضي في ذلك بعنوان العقد ونصوصه والظروف التي لابسته والغرض الذي عناه الطرفان من إبرامه (4) .

ويظهر أن مسألة تحديد طبيعة العقد يمكن الحسم فيها بالاستناد إلى الإرادة المشتركة للطرفين من غير تحريفها ، وفي ذلك قد يتداخل التفسير مع التكييف .

ويتشابه التفسير مع التكييف في أن كلاهما عملية قضائية تعتمد طرق عقلية في دراسة الواقع وفي الكشف عن حقيقة الواقعة المنظورة ، فهما في الوظيفة من حيث أنهما وسيلتا كشف ، كما يشتركان في الغاية من حيث أن المنتهى هو إيقاع الحكم القانوني على الواقعة بحسب ما كان مراداً للمشرع أو بما يحقق مقاصد التشريع (5) .

1- د/ محمد عبد الظاهر حسين : " الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية " ، دون دار نشر ، سنة 2000 ، ص 11 .

2 - د/ سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، فقرة 260 مكرر ، ص 496 .

3 - نقض مدني ، جلسة 28 ديسمبر 1971 ، مجموعة أحكام النقض ، س 22 ، رقم 1115 ، ص 189 .

4 - نقض مدني ، جلسة 20 جانفي 1971 ، مجموعة أحكام النقض ، س 22 ، رقم 87 ، ص 16 .

وقد جاء فيه أنه : " متى كان الحكم المطعون فيه قد أخذ في تكييف العقد بعنوانه ونصوصه والظروف التي لابسته ولم يخرج عن عبارة ولم يجاوز الغرض الذي عناه الطرفان من إبرامه ، وكان هذا متفقاً مع مؤدي هذه النصوص وتلك الظروف ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تكييف العقد أو خالف القانون " .

5 - د/ علي أحمد صالح المهداوي : " التكييف وأثره في القانون تشريعاً وتطبيقاً " ، المرجع السابق ، ص 85 .

ويلتقي تفسير العقد مع تكييفه في اعتداد القاضي بإرادة الأطراف بالدرجة الأولى ، أي بالنية المشتركة كمعيار للعمليتين ، على أن تكون العبرة بالإرادة وقت انعقاد العقد (1) ، فالظروف والملابسات المختلفة المحيطة بالعقد تقدر وقت تكوينه وليس في وقت حدوث النزاع بين أطرافه .

وقد يترتب على تفسير العقد ، إعطاؤه الوصف القانوني ، وهذا التصرف هو من المسائل الهامة التي يضطلع بها القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في تفسيره لإرادة المتعاقدين وما يترتب عليه ، بالتالي ، من تحديد للقواعد القانونية التي تحكم تصرف المتعاقدين .

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 12 أكتوبر 1993 بأن المظهر الخارجي وتصرفات الأطراف يعتبر بالنسبة لقضاة الموضوع أداة لتفسير الشروط الغامضة للأطراف المتعاقدة ، كما أنها تساعد على توضيح الأهداف المبتغاة من العقد من جانب المتعاقدين ، وهذا يعتبر عنصرا هاما لتكييف الروابط التعاقدية (2) .

ويرى الفقه والقضاء على حد سواء (3) أن تكييف العقد من المسائل الهامة التي يضطلع بها القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في تفسيره لإرادة المتعاقدين . فهو الذي يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم التصرف المبرم . ولهذا كان من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز كما تسمى أيضا (4) ، وذلك بخلاف التفسير الذي يعد من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع (5) .

وأوضحت محكمة النقض المصرية الفارق بين التفسير الذي يستقبل به قاضي الموضوع والتكييف الذي يخضع لرقابة محكمة النقض بقولها : " ولئن كان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانوني لما قصده المتعاقدان وإن زال الحكم القانون على عقد المسألة القانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (6) .

وإن كانت للقاضي سلطة تقديرية في فهم الواقع إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض عندما ينتقل من تفسير العقد بقصد التعرف على الإرادة المشتركة إلى عملية التكييف أو الوصف (7) .

1 - د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الإلتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري " ، دار النهضة العربية ، بيروت ، سنة 1974 ، فقرة 296 ، ص 385 و 386 .

د / ابراهيم سيد أحمد : " الوقاية التشريعية والقضائية " ، المرجع السابق ، ص 85 وما بعدها .

2 - Cass. Com. 12 oct 1993 . Bull. Civ. IV, n° 330, p 237 .

3 - د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الإلتزام " ، نفس المرجع السابق والموضع السابقين .

وينظر من القضاء المصري : نقض مدني في 02 جوان 1932 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 1 ، ص 118 ، رقم 53 .

و نقض مدني في 02 مارس 1932 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 1 ، ص 192 ، رقم 108 .

4 - نقض مدني ، جلسة 9 فبراير 1956 مجموعة أحكام النقض ، س 7 ، رقم 205 ، ص 26 .

ونقض مدني ، جلسة 18 جانفي 1988 ، المجموعة المدنية ، س 39 ، رقم 110 ، ص 26 .

ونقض مدني ، جلسة 16 جانفي 1990 ، مجموعة المكتب الفني ، س 41 ، رقم 35 ، ص 167 .

5 - نقض مدني ، جلسة 16 ماي 1977 ، الطعن رقم 811 ، س 43 ق ، رقم 1214 ، ص 28 .

6 - نقض مدني ، جلسة 12 جوان 1984 ، المجموعة المدنية ، س 35 ، ص 1624 قاعدة 311 .

ونقض مدني ، جلسة 21 فيفري 1984 ، المجموعة المدنية ، ج 1 ، س 35 ق ، ص 101 .

ونقض مدني ، جلسة 18 جانفي 1988 ، المجموعة المدنية ، س 39 ، ص 110 ، رقم 26 .

ونقض مدني ، جلسة 16 جانفي 1990 ، مجموعة المكتب الفني ، س 41 ، رقم 35 ، ص 167 .

7 - د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 360 وما بعدها .

وينظر في هذا المعنى : نقض مدني مصري ، جلسة 3 جانفي 1962 ، س 13 ق ، ص 13 .

ونشير إلى فارق آخر وهو أن عملية تكيف العقد ، بخلاف عملية تفسيره ، من شأنها التأثير على الاختصاص القضائي للجهة القضائية التي تنظر موضوع النزاع . فإذا كان النزاع يتعلق بعلاقة مديونية أمام القاضي المدني ولكن اتضح للقاضي بعد تفحص العقد أن الأمر يتعلق بعقد تجاري وليس عقد مدني فإنه يتفق بعدم الاختصاص ، ونفس الشيء إذا اتضح للقاضي الإداري مثلا أن العقد المبرم ذو طبيعة مدنية وليس إدارية ...

وختاما نقول أنه رغم التباين بين التفسير والتكيف إلا أن ذلك يمثل حالة تكامل في عملية تشريع الأحكام وتطبيقها على أرض الواقع . فلا يمكن فصل أحدهما عن الآخر ذلك أن اللازم لهذا التشريع والتطبيق سعياً نحو تحقيق مقاصد التشريع معرفة الواقع ، ومن ثمّ تحديد الواجب في الواقع .

فمعرفة الواقع ووظيفة التكيف ، ومعرفة الواجب في الواقع تدخل في نطاق وظيفة التفسير . وغالباً ما يكون ذلك للانتقال بالواقع مما هو كائن إلى ما يجب أن يكون عليه .

والأصل أن الحاجة قائمة عند النظر لتبيّن الحكم القانوني في الواقعة إلى التكيف والتفسير معاً ، إذا حملنا المراد من التكيف على مطلق تبيّن الواقع ، ومن التفسير على مطلق التعرّف إلى الحكم المراد للمشروع ، وهذا هو الأصل .

أما إذا قيّدنا المراد من التكيف بتبيين حقيقة وصفة الواقعة غير الواضحة في ذلك ، وقيّدنا التفسير بإزالة غموض النص فقط ، فإنّ الحاجة قد تقع إلى أحدهما دون الآخر ، كأن تكون الواقعة ظاهرة في صفتها وانتسابها إلى هذا النظام القانوني أو ذاك ، ولكن النص الذي يحكمها غير واضح في دلالاته . فتظهر الحاجة هنا إلى التفسير دون التكيف ، وقد ينعكس الأمر فتظهر الحاجة إلى التكيف دون التفسير .

المطلب الثاني : **أنظمة (مذاهب) تفسير العقود**

العقد إرادة قبل كل شيء ، فالإرادة شرط من شروط صحة العقد ، وضابط يتقيد به القاضي في تفسيره للعقد . ومن ثم تتعين التفرقة بين الأدوار التي تلعبها هذه الإرادة ، إذ لا يستطيع القاضي تفسير العقد إلا بعد البحث في صحته ، وإلا انعدمت جدوى هذا التفسير في صورة ما إذا كان العقد باطلا وبالتالي غير قابل للتنفيذ . فعلى القاضي أن يبحث أولاً عن الإرادة في انعقاد العقد وصحته ، حتى يتوصل إلى معرفة ما إذا كانت الإرادة صحيحة أو معيبة ، وإذا ما تطابقت الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة تطابقاً كاملاً ، وإذا ما أدى تطابقها إلى إرادة مشتركة ، أما إذا انعدم هذا التطابق ، أو كانت الإرادة معيبة ، فالعقد باطل في حد ذاته ، ولا جدوى من تفسيره .

أما في حالة تفسير العقد وتحديد آثاره ، فيتعين على القاضي أن يتقيد بالإرادة ، فينطلق من الإرادة الظاهرة من خلال العقد ، حتى يفسر معانيها ويوضح ما غمض منها حتى يصل إلى الإرادة الحقيقية .

فالإرادة هي إذن القيد الأساسي للقاضي . ولما كانت الإرادة عاملاً شخصياً وباطنياً قد يبرز بصورة واضحة أو غير واضحة ، ولما لهذه الإرادة من أهمية في تفسير العقود وتقيد القاضي بها ، قد خاض الفقهاء في مفهومها وطرق البحث عنها . كما تدخل المشرع في العديد من القوانين لوضع القواعد التي تؤدي تطبيقها للوصول إلى الإرادة .

ولا شك أن مجال تفسير العقد من أهم المجالات التي يتضح فيها بوضوح أهمية تحديد هذه الإرادة في فض النزاع ، لاسيما في حالة الغموض ، وفيها يظهر التقابل بين المذهبين الشخصي والموضوعي . فأيهما اعتد به الشارع كأساس للتفسير هل اعتد بالإرادة الباطنة أم أخذ بالإرادة الظاهرة ؟ أم أنه جمع بينهما ؟

وقبل أن نتعرض للدراسات التفصيلية لطرق التفسير يحسن بنا أن نعرض في عجالة لمعنى النية المشتركة للمتعاقدين كعامل يعول عليه وفي نفس الوقت هدف يسعى القاضي للوصول إليه عند التفسير . وهنا يختلف الأمر إذا أخذ بالإرادة الظاهرة (مذهب التفسير الشخصي) مقارنة بأخذه بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين (مذهب التفسير الموضوعي) .

فما هو الفرق بين مذهب التفسير الشخصي أو مذهب التفسير الموضوعي للعقد ؟

وما هو مذهب الفقه الإسلامي في ذلك ، وما هو موقف القانون الجزائري ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي :

الفرع الأول : المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين

الفرع الثاني : النظامين الموضوعي والشخصي في تفسير العقود

الفرع الثالث : نظام تفسير العقود في الفقه الإسلامي

الفرع الرابع : النظام المتبع في القانون الجزائري والقوانين العربية

الفرع الأول : المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين

إن أهم ما يعنى به التفسير هو تحديد ما يتضمنه التعبير عن الإرادة من معنى ، وذلك في نطاق نظرية الإرادة الظاهرة ، أو تعرف إرادة المتعاقدين الحقيقية في كل مظاهرها في نطاق نظرية الإرادة الباطنة .

ولما كان الذي يهتم في الحالة الأولى لتمام العقد هو إعلان الإرادة ، فإن من واجب القاضي أن يحصر عنايته في تحديد معنى هذا التعبير عن الإرادة (Declaration de volonté) ويتكون هذا التعبير عن الإرادة من عنصرين :
- التعبير ذاتاً ، وهو عنصر مادي محسوس .
- والإرادة ، وهي عنصر نفسي داخلي .

وجل التشريعات تنص على أن العقد لا يتم إلا بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين⁽¹⁾ ، وإن فإن تبادل التعبير عن الإرادتين المتطابقتين ، أو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول⁽²⁾ ، هو ما يتم به العقد ، وهو ما يخصه الشارع بالتعيين في هذا القانون الجديد ، وهذا هو بعينه أخذاً بمبادئ نظرية الإرادة الظاهرة .

والتفسير يهدف في أساسه إلى البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد ، وفي هذا السياق ، وجب على القاضي الذي يتولى التفسير ، في بحثه عن النية المشتركة ، أن لا يعنى إلا بتلك الإرادة التي تم الإفصاح عنها ، منظورا إليها بطرفيها و في مجموعها لا في أجزائها⁽³⁾ .

ومصطلح الإرادة المشتركة للمتعاقدين مصطلح يتكرر بقوة في كل النصوص القانونية المقارنة التي لها علاقة بالتفسير ، كما سيتكرر كذلك في بحثنا . ولذا فإنه من المناسب طرح السؤال التالي :

ما هو المقصود بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، وأين نجده ؟ ومتى يعتد بها ، وهل يمكن تجزئتها ؟ وهل تؤثر عيوب الإرادة على عملية تفسير وتكييف العقود ؟ وما هو المذهب الأنسب لتفسيرها والتعرف عليها ؟
هذه جملة من الأسئلة المهمة التي كان من نافلة البحث الإجابة عنها فيما يأتي .

1 - ينظر المادة 54 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 89 من القانون المدني المصري .
2 - إن مسألة التوافق بين الإيجاب والقبول ، هي مسألة وجود هذا التوافق من عدمه هي مسألة واقع تقع ضمن اختصاص قاضي الموضوع .
د/ يزيد أنيس نصير : " التوافق بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن " ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة 27 ، شهر ديسمبر ، سنة 2003 ، ص 91 وما بعدها .
3 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 153 ، ص 136 .

أولاً- المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين :

بالاطلاع على الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص :
" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ " .

وهو نفس النص الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون المدني المصري باستثناء استعمال كلمة " تفسير " بدل " تأويل " .

ومن خلال هذين النصين نجد أن الأساس المعتمد في التفسير هو بالإرادة المشتركة للطرفين للمتعاقدين (*volonté commune réelle*) لا بالإرادة الفردية لوحد منهما (1) ، لأن الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان ، فهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأي متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها .

والملاحظ أن الشارع الجزائري في القانون المدني ، وعلى نهج نظيره المصري في تشريعه الحالي ، تقادى ذكر الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، واقتصر على النية المشتركة للمتعاقدين ، على عكس القانون المدني المصري القديم والقانون المدني الفرنسي .

حيث تختلف النية المشتركة عن النية الحقيقية ، إذ أن هذه الأخيرة هي شيء افتراضي والمعنى الحرفي لعبارة الإرادة الحقيقية ، يتناول ما هو قائم فعلا ، ومستقر حقيقة في النفس وأنه من الصعوبة بمكان للقاضي البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين وقت التعاقد ، لأنه لا يبقى في وقت النزاع إلا الشكل المادي ، المكتوب ، أو شبه المادي ، الذي يتأدى في تذكر الإفصاح الشفوي . وهذا المظهر الخارجي مما يمكن إثباته ، بيد أن معناه لن يطابق بالحتم الإرادة النفسية الداخلية .

كما أن العاقدين لا يتوليان صوغ الإفصاح عن إرادتهما على نحو مثالي إلا فيما ندر ، ومع ذلك فإنه لو قصد إجراء الإفصاح عن الإرادتين بمثل هذه الوسيلة ، فليس من المستطاع تجنب ما يصادفهما من خلاف في قدر كفاية الفهم ، وعلى الأخص للشركاء في التعاقد ، على غرار ما يلاقيه القاضي في تفصيه النية الحقيقية لدى العاقدين .

ومع التسليم بتوفر أقصى ما يمكن من أدلة الثبوت ، ليس الأمارات ، في حالة معينة ، على تعرف الإرادة الحقيقية ، فإن القاضي يضمّنه أسباب حكمه ، على اعتباره لوقائع الدعوى ووجود عاقدين يخضعان في الظاهر لقوانين نفسية طبيعية ويفصحان عن إرادتهما على ما يوجب المنطق . وأن المعنى الذي تعنيه كل وسائل التفسير ، يجب أن يطابق تماما الإرادة التي كانت قائمة فعلا في خلد العاقدين وقت إبرام العقد (2) .

في مثل هذه الحالة يكون من المتعذر غالبا تجنب المظان ، وتقادي الافتراضات التي قد تؤدي إلى ما يخشى منه من تخلف فارق بين الإرادة الداخلية والوقائع الحسية الصادرة عن هذه الإرادة (3) .

1 - النية المشتركة ، عبارة تشتمل كلمتين : النية وهي اعتزام أمر معين ، والاشتراك وهو لتقابل والتلاقي ، ومن ثم فالنية المشتركة هي ما اتفق عليه المتعاقدان وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه ، فعبارة عنه بتعابير متطابقة تكشف عن مضمونها .

د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 144 ، ص 266 .

2 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 153 ، ص 136 .

3 - يفسر الدكتور حسين عامر ذلك بالقول أن هذه الخشية حدثت بالشارع المصري إلى إغفال النص على الإرادة الحقيقية في المادة 150 من القانون المدني الجديد ، واقتصره على النية المشتركة للمتعاقدين .

وبناء على ما سبق يذهب الفقه الفرنسي إلى القول أن المادة 1156 مدني فرنسي وما بعدها ليست متعلقة بتفسير العقد وإنما بتفسير إرادة أطراف العقد ، وهكذا فإن عمل القاضي هو تفسير الإرادة الحقيقية لأطراف العقد وليس البحث عن العدالة بموجب سلطته في التفسير⁽¹⁾ . ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة أو النية المشتركة ؟

يذهب الدكتور أحمد الشيتي⁽²⁾ ، وهو أول من بحث في موضوع التفسير ، إلى القول أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه للموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر ، أو كان يستطيع أن يأخذ به . فالإيجاب يصدر من الموجب ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي نفق عنده ، لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان .

وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن هذا التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي ، يتلاقاه من توجه إليه هذا التعبير ، ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك ، فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معا ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه⁽³⁾ .

ويذهب الفقيه الفرنسي (سالي) ، إلى أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحى إحداهما لمصلحة الأخرى⁽⁴⁾ .

وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين بإرادة ليست لهما ، بل هي إرادة من صنع القاضي ، فهو الذي يقوم بنسج خيوطها ، ثم يفرضها عليهما فرضاً . وفي محاولة التوفيق بين هذين الرأيين يقول الفقيه السنهوري : الأولى بنا أن لا ننحاز لرأي من هذين الرأيين ، وأن نستبقي للمسألة بساطتها الأولى ، فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، أي إرادة ظاهرة مفروض فيها أن تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقيماً دليل على غير ذلك وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهي النية المشتركة التي نبحت عنها من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير يحددها القانون⁽⁵⁾ .

وعلى هذا فإنه من الدقة بمكان أن يعتمد على عناصر شخصية في تفسير العقد ، وإنما يجدر أن يضاف على النية المشتركة معنى أكثر تمثيلاً مع مقتضيات استقرار الأعمال وضماتها .

1 - ينظر د/ عبد الباسط جمعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " ، دار النهضة العربية ، سنة 1996 ، فقرة 277 ، ص 130 .

وقد أشار إلى مرجع د/ بهجت بدوي : " أصول الالتزام " ، القاهرة ، سنة 1953 ، ص 464 و 465 .

2 - د/ أحمد الشيتي : " تكوين العقد وتفسير " ، المرجع السابق ، ص 85 .

3 - الفقيه عبد الرزاق السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، سنة 1998 ، ج 6 ، ص 8 وما بعدها .

4- Salleilles : « De la déclaration de volonté contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand. » . Paris , 1978. p.104.

وينظر الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 394 ، ص 495 .

5 - الفقيه السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 10 .

ومن الممكن القول كذلك بأنه لا يجب الاعتماد في تفسير العقد على التعبير النهائي الذي يفترض فيه اشتماله على جميع نطق العقد ، بل يجب التعويل على الظاهر أي كان وضعه ، مع ما ينبغي من فحص الأعمال التحضيرية التي تسبق التعاقد ، ومن بحث مسلك العقادين إبان التعاقد وبعده . وإجمالاً بالرجوع إلى الظروف المادية التي لا بدت التعاقد . وبهذا كله يمكن تعرف النية المشتركة ، بما يجعلنا نتحدث أيضاً عن عناصر موضوعية في تفسير العقد (1) .

وعليه فالنية المشتركة للمتعاقدين هو مبدأ أو معيار يتسع لنوع من التفسير فيه كثير من المرونة بحيث يلائم مقتضيات كل حالة بذاتها ، ولهذا فإنه يتعين لتقصي نية العقادين المشتركة أن لا يقتصر القاضي على الوقوف عند تعرف الحالة التي كان فيها أي العقادين ، بل يجب عليه أن يأخذ المسألة في مجموعها بغير إغفال أي عنصر من شأنه جلاء طبيعة النية المشتركة (1) .

ثانياً - طرق تحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين :

لما كان العقد شريعة المتعاقدين ، فمن المسلم به أن المتعاقد لا يلتزم إلا بما اتفق عليه طرفا العقد وارتضياه . وقد أشارت القوانين المقارنة في موضع تفسير العقود إلى بعض القواعد أو العوامل الداخلية والخارجية التي يسترشد بها القاضي في تفسيره للعقد ، بغير أن يلزم بإتباعها ؛ إذ له أن يخالفها إلى ما يراه مؤدياً إلى تعرف نية المتعاقدين ، لأن القاعدة الأساسية في تفسير العقد هي احترام ما أراه المتعاقدان (3) .

لكن ليس من ريب في أن لمظهر الإرادة ، أي التعبير عنها ، أهميته التي لا يمكن إغفالها ، إذ أن التعبير عن الإرادة هو المظهر الذي يدل عليها تدليلاً قابلاً لإثبات عكسه . فإذا قام ما يؤخذ مهمة القاضي تتصرف عندئذ إلى تعرف الإرادة الحقيقية . وله في سبيل ذلك أن يتلمسها من طرائق الافتراض والاستنتاج (4) ، وتلك هي مبادئ نظرية الإرادة الباطنة التي تعني بالبحث عما يستقر في نفس المتعاقد ، وما يحتويه ضميره ، وليس مظهر التعبير إلا دليلاً على تلك الإرادة .

وقد أخذ بها القانون الفرنسي في المادة 1156 مدني فيما تقرره من وجوب تفسير المشاركات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها .

ويرى الفقه الفرنسي أن الإرادة المشاركة أو النية المشتركة لا يمكن أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد ، ذلك أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح .

1- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 50 وما بعدها .

2- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 162 ، ص 141 وما بعدها .

3 - جاء بالمذكرة الإيضاحية من مشروع القانون المدني المصري عن المادة 210 (وهي المقابلة للمادة 150 من القانون المدني الجديد) أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا ، فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض ..

4 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 137 ، ص 128 .

ومادام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الظاهرة ، وإلا لدخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما اعتبر صحيحا ، فلا يجوز أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلا للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (1) .

وينتقد بعض الفقه المصري (2) هذا المعنى لكونه يخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها ، حيث يجب استبعاد هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى ، ذلك أن تحديد أثر التصرف لا توضح إلا بعد التسليم بصحته . وصحة التصرف تقتض بدورها اتفاق الإرادة المعلنة مع النية الحقيقية . فلا معنى إذن لإهمال الإرادة المعلنة بحجة الأخذ بالإرادة الظاهرة، بل يجب الاعتداد بمضمون الإرادة المعلنة ...

ويترتب عن ذلك أنه مادام التعبير عن الإرادة صحيحا فإنه لا ينبغي تفسيره لتحديد أثره ، لأنه لا يجوز أن يكون التفسير وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على صيغة التعبير .

ويرى البعض (3) أن ما قصده المشرع المصري في المادة 89 من القانون المدني (4) هو أن تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين يكفي لتمام العقد . وهو نفسه ما تقرره مبادئ نظرية الإفصاح عن الإرادة ، أي الإرادة الظاهرة . وهي النظرية التي سبق وأن نادى بها بعض فقهاء القانون ، وأخذ بها التشريع الألماني والتشريع السويسري . وهي تتأدى في أن العبرة فيما تنتج الإرادة من أثر قانوني ، إنما هو الإفصاح عنها ، إذ بذلك تصبح ظاهرة اجتماعية وأما ما يستقر في خفايا الضمير فلا يؤبه له .

ويعنى أنصار هذه النظرية بمظهر الإرادة لا بحقيقتها ، ويرون أن المظهر الخارجي للإرادة لا يعتبر دليلا ولا مجرد دليل على تلك الإرادة ، بل هو العنصر الذي ينتج الأثر القانوني ؛ لأنه هو الذي يحس به المجتمع . وهو الأصل الذي يجب أن يقف عنده القاضي . فلا يتجاوز به إلى تفصي الإرادة الحقيقية ، وإن هذا ما يستوجبه استقرار المعاملات وجديتها ، فيما جرى به التعبير عما في النية ، وسدا لما يمكن التذرع به من انطواء النية على غيره (5) .

ويتفرع عن الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ، أن القاضي يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فلا يتعداه إلى البحث عما تتطوي عليه نية المتعاقدين ، وهو بحث لا ريب في عسره ، وإنما يكتفي بما هو ظاهر له وفي استطاعته تلمسه والتثبت منه . وبهذا يصير التفسير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين ، بل هو تفسير نص العقد في مظهره الخارجي . والشأن في ذلك كتفسير القانون ، إذا أخطأ فيه قاضي الموضوع كان حكمه خاضعا لرقابة محكمة النقض .

1- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 394 ، ص 494 .

2- د/ محمود أبو عافية : " التصرف المجرد " ، نسخة عربية ، ص 283 و 284 .

نقلا منا عن الدكتور السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، فقرة 394 ، ص 494 .

3- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 151 ، ص 137 .

4- جاء في المادة 89 من القانون المدني المصري أن : " العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين " .

5- الفقيه السنهوري : " نظرية العقد " ، ج 1 ، منشورات دار الحلبي ، لبنان ، سنة 1998 ، ص 167 و ما بعدها .

ثالثا - حالات عدم التوافق بين الإرادة والتعبير :

نقصد هنا حالات عدم التوافق بين الإرادة والتعبير عنها بغير قصد لبحث عدم التوافق بين إرادتي المتعاقدين، إذ لا شأن لذلك بتفسير العقد ، وإنما يختص به بحث العقد من حيث وجوده القانوني . وليس يكفي وجود التعبير فعلا وقانونا ، وإنما يجب أن يتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية ، فإذا وقع خلاف كان هذا مثارا للتفسير .
فقد يكون الخلاف بين الإرادة والتعبير عنها غير إرادي . ومن هذا النوع الغلط والانحراف في التعبير عن الإرادة .
كما قد يكون بين الإرادة والتعبير عنها إراديا . ومن هذا النوع الإرادة غير الجدية ، والتحفظ الذهني ، والصورية ، والإرادة المنفردة .

الحالة الأولى - الخلاف غير الإرادي :

1- الغلط (l'erreur) :

يعد الغلط صورة من صور الخلاف غير الاختياري بين الإرادة والإفصاح عنها. وهو حالة نفسية تدفع على الاعتقاد بغير الواقع ، و يمكن أن يعيب الإرادة في أحوال مختلفة .
وقد يقع الغلط وقت نشوء الإرادة وتكونها ، فهو هنا حالة تقوم بنفس الشخص الذي صدرت منه الإرادة ، وهذا هو الغلط الذي يعيب الإرادة . وقد يؤول بالتصرف إلى البطلان، وذلك كما يحدث في استعمال إحدى كلمتين غير مترادفتين بدل الأخرى . وبهذا ينحرف التعبير بهذا المظهر الخاطيء من مظاهره .
كما يمكن أن يحدث الغلط في النقل ، ثم إنه قد يكون التعبير صحيحا و نقله سليما ، و لكن يفهمه من وجه إليه على غير حقيقته ، فهو هنا يتولد بنفس من تتوجه إليه الإرادة . وهذا هو الغلط في التفسير (1) .

والغلط الذي ينعدم به الرضا ويجيز إبطال العقد ، هو الغلط الجوهرى (2) ، الذي يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .
ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي التعامل من حسن النية ، وإذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت هي سبب التعاقد .

1 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد المرجع السابق ، فقرة 121 ..

2 - هناك صور أخرى للغلط تعمدنا عدم الإشارة إليها ، ولخروجها عن موضوع بحثنا ومنها :

- الغلط في ماهية العقد أو في ذاته الشيء أو في سبب الالتزام: وهو عيب في الإرادة يبطل العقد مطلقا إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى امتناع عن العقد لو لم يقع هذا الغلط .

- الغلط الدافع إلى التعاقد ، ومعياره نفسي ، يجب لإثباته كعيب مراعاة الظروف والملابسات الخاصة بها .

- الغلط في الشيء موضوع الالتزام لا يؤثر في صحة التعاقد ، إلا إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى امتناع عن العقد

لو لم يقع هذا الغلط ، أو كان الغلط في صفة الشيء جوهريا في اعتبار المتعاقدين ، أو حتما تقضي ملابسات التعاقد .

- الغلط في شخص المتعاقد ، أو في صفة من صفاته ، لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كانت شخصية المتعاقد أو الصفة المعينة فيه محل اعتبار المتعاقدين ، وكانت هي الدافع الرئيسي للتعاقد .

- الغلط في الباعث ، فلا عبء به ، ولكن طبقا لنظرية الغلط الدافع ، فإنه قد يكون سببا في بطلان العقد .

- الغلط في القيمة ، فلا يؤثر على العقد ، إلا إذا توفرت فيه أركان الاستغلال .

- الغلط في القانون ، فإنه يبطل العقد إذا توفرت فيه بعض الشروط .

ينظر: لبني مختار : " وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، سنة 1977 .

ولكي يصل القاضي إلى معرفة ما إذا كان **الغلط جوهريا** أو **غير جوهري** فإنه يجب عليه أن يحيط بكل ما يلابس العقد من ظروف تكوينه وانعقاده ، وأن يحوص في تعرف حقيقة إرادة من يريد التمسك بالغلط الذي انحرف به التعبير عنها . وعلى هذا فليس التفسير سوى تقصى هدف المتعاقدين فيما يتضمنه تعاقدهما وتعرف حقيقة إرادتهما في ذلك . وإن القاضي إذا يقوم بهذا عند طرح النزاع عليه ، فإنه يظهر المستور من غلط المتعاقدين .

2- الانحراف في تعبير عن الإرادة :

قد يكون التعبير الذي استعمله من صدر عنه الإيجاب موافقا لإرادته ، ولكن يسلكه بعض النقص أو الغموض ، إذ لم يحسب الموجب حسابا لما قد تؤدي إليه إحدى العبارات فنيا ، فتكون نتيجة ذلك أن يقع المتعاقد معه في الغلط ، فيأخذ من تلقى الإيجاب هذا التعبير بمعناه الخاطئ ، بينما الموجب يعتقد سلامته .

وأغلب ما يعزى إليه ذلك هو قصور العبارات ، أو استعمال عبارة على غير صحتها أو في غير موضعها جهلا أو إهمالا ، كما يحدث عند نقل مضمون الإرادة فتنقل على غير وجهها⁽¹⁾ ، خاصة وأن التعامل يجرى بين طبقات يغلب بينها الجهل ، أو قلة الدراية بأصول الكتابة أو صحة التعابير ، ومن باب أولى سوء صياغة العقود وعدم التحكم في الألفاظ القانونية على صحتها .

وهذه الحالات وغيرها تستدعي التفسير الذي يتسع مجاله وتتزايد أهميته مع تقدم المدنية ، وما تستتبعه من نشاط التعامل ، وما يستلزمه هذا جميعا من تعدد طرق التفاهم ، وتبادل الآراء في تجدها المتواصل ، وما يترتب عليه من اختلاف اللغات ، مع ما قد يكون في بعض ألفاظها من تورية ، أو ما قد يكون للفظ الواحد من عدة معان مختلفة ، وكثيرا ما يجر هذا وذلك إلى غموض التعبير .

ويميز الفقه⁽²⁾ بين عدة صور أو حالات للغموض في التعبير المؤدي للانحراف عن الإفصاح عن الإرادة :

أ- القصور في التعبير : حيث تنقص في عبارة ما، كلمة أو بعض كلمات ، يجب وضعها حتى يمكن أن تؤدي العبارة ما يراد منها . وقد يتعدى أثر هذا النقص إلى التعبير عن الإرادة في كله أو جزء منه .

ب- التزيد في التعبير : ويكون باستخدام ألفاظ أو عبارات غير مجدية، ولا تفصح في شيء عما يريده صاحب التعبير . وأغلب ما يحدث ذلك في الشروط التفصيلية التي تتناول الأساس في الشروط المألوفة وفي حواشي العقود وفي العبارات المكررة فيها .

ج - التناقض في التعبير : ويتوافر في حالة ما إذا تضمن العقد شرطين أو شروطا لا يمكن قيامهما معا، أولا يأتي نفاذها في آن واحد ، ولم يتفق الخصوم على ما يبدي منها .

1- وفي هذا الصدد يقول الأستاذ (لارومبيير) : " إنما لا يعاب قصور اللغة بقدر ما يعاب استخدام عباراتها في غياب " .

" شرح القانون المدني " ، ج 1 ، شرح المادة 1156 ، ص 614 ، فقرة أولى .

نقلا منا عن د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 126 ، ص 118 .

2- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 55 .

د- استعمال اللفظ في غير موضوعه : فقد يؤدي إلى أن تكون الفكرة التي أريد التعبير عنها غيرها لو جرى التعبير آخر عادي .

وفي كل هذه الحالات السالفة تكون عبارة العقد غير واضحة ، مما يستدعي تفسيره ، ومقارنة ما استعمل من تعبير مع ما أراد المتعاقدان إيضاحه .

ويرى الدكتور حسين عامر أنه لا محل للوقوف عند ما يقال من عدم تفسير العقد إلا إذا كان فيه غموض ، إذا يصح أن تتضمن بعض عباراته عدة احتمالات رغم ما يبدو عليها من مظهر الوضوح ، وقد يكون التعبير واضحا في ذاته ولكنه في حاجة إلى استكمال . ثم أنه لا يمكن وصف الكلمة بالغموض بينما تكون عديمة الأداء إطلاقا في موضعها الذي وضعت فيه (1) .

الحالة الثانية- الخلاف الإرادي :

1- الإرادة غير الجدي والتحفظ الذهني:

الإرادة غير الجدية هي من النوع الإرادي فيما يقع من خلاف بين التعبير والإرادة ، الذي يمكن أن يقترب من الغلط والانحراف في التعبير السابق الإشارة إليهما. ولكنها تتميز عنهما في أن من صدر عنه الإيجاب لا يقيم وزنا لمؤداه في الظاهر ، إذ لا يقصد الالتزام به قانونا (2) ، وليس من ريب في أنه يجب أن تكون الإرادة جدية كي تترتب عليها الآثار القانونية (3) ، وليس من قيمة لذلك الاتفاق الذي يبرمه صاحبه هازلا (4) .

والواقع أن ليس من خلاف بين إرادة الموجب وتعبيره ؛ وإنما الأمر يتعلق بالتقدير الذي قدر به كل الطرفين هذا التعبير ، وفي هذه الحالة ينحصر التفسير في بحث الظروف والملابسات التي صدر فيها هذا التعبير ، لمعرفة ما إذا كان من الممكن معها أن يدرك المعروض عليه عدم جدية ذلك التعبير ، أم أن هذه الظروف وتلك المناسبات كانت تسمح له بأخذه جديا .

ومن ناحية أخرى ، فإنه الإرادة غير الجدية تشترك مع التحفظ الذهني ، الذي فيه لا يريد المتعاقد أن يترتب أي أثر قانوني لما يصدر عنه من تعبير . وإن كان التعبير غير الجدي يوجهه صاحبه وهو يخال أن ما يخالطه من عدم الجدية إنما يدركه الطرف الآخر . بينما أن التحفظ الذهني يستر مسلكا يمكن أن يقترب من عدم الأمانة ، إذ فيه لا يريد الموجب عن إدراك أن يكون للتعبير عن إرادته أية قيمة ، ولكنه لا يفصح عما يحتفظ به ، ولا يظهر ما يضمه ، للتضليل بالطرف الآخر ؛ وفي مثل هذه الحالة ، يمكن القول بوقوع غش من جانبه (5) .

1- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 126 ، ص 119 .

2- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 54 .

3- ولقد نصت المادة 118 من القانون المدني الألماني على بطلان العقود التي يخلو التعبير عن الإرادة فيها عن الجدية و يتوجه على اعتبار أن انعدام الجدية غير مجهود ، وأن التعبير الذي يصدر على هذا النحو لا يثير نزاعا على تفسيره، إلا إذا كان قد حمل المعروض عليه على أنه جدي.

4- Cass.Civ. 20 fev 1923. Dalloz .1926-1- 43.

5- قضى في مصر : " بأن الشخص الذي يتظاهر برضاه بالتعاقد ، ويحتفظ في دخيلة نفسه فيجر الطرف الآخر إلى التعاقد معه موهما إياه أنه وقع على العقد حين أنه كتب عبارة مؤداها عدم قبوله التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر قد فطن لها ، فإنه يكون ملزما بإرادته التي أظهرها " . محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 2 فبراير 1896 ، م 8 ص 132 .

2- الصورية:

الصورية صورة من صور الاختلاف العمدي بين الإرادة الباطنة والتعبير الظاهر، وتكون الصورية في العقود عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه، وإظهار سبب كاذب للتعاقد بقصد استغلال الغير بهذا الموقف غير الحقيقي⁽¹⁾.

والعقد الصوري ينفذ بين أطرافه دون أن يكون لهذا العقد أي أثر قانوني بالنسبة للغير. حيث يجوز لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، لكن بشرط إثبات صورية العقد الذي أضرّ بهم، لأنهم يدعوا خلاف الظاهر أصلاً⁽²⁾.

وبذلك يكون العقد الظاهر ساتراً للعقد الحقيقي. وهذه الحالة هي الصورية النسبية بطريق التستر. ومثال ذلك ستر عقد البيع ووصفه بأنه هبة لحرمان الغير، كالورثة والملاك على الشيوع من استعمال رخصة الشفعة.

وأحياناً يخفي الأطراف العقد، حيث لا وجود للعقد الظاهر، وهذه هي الصورية المطلقة.

ومثال ذلك أن يتبرع شخص بمال متفادياً ذكر اسمه شخص ذكر طمعا في نيل الثواب من الله والابتعاد عن الرياء. وقد يتم إخفاء العقد الظاهر بنية الإضرار بحقوق الغير، وهو في هذه الحالة نوع من أنواع الغش.

وتتميز كل من تلك الحاليتين السابقتين، الصورية المطلقة والنسبية، بتوافق التعبير عن الإرادة. ويدرك المتعاقدان أنهما يتوجهان بها غير أن يريدان ما تضمنته، وبينما تكون الصورية نتيجة اتفاق طرفي العقد، فإنه في التحفظ الذهني، ينفرد أحد الطرفين بأن يظهر إرادة ويخفي أخرى⁽³⁾.

وأغلب الآراء الفقهية⁽⁴⁾ تذهب إلى الأخذ بالعقد الظاهر استقراراً للمعاملات، وهو الرأي الذي أيدته الاجتهادات القضائية أيضاً في كل من فرنسا⁽⁵⁾ ومصر⁽⁶⁾، كما تأثر به المشرع المصري نفسه⁽⁷⁾.

- 1 - ينظر نص المادة 98 مدني جزائري المقابلة للمادة 137 مدني مصري، والمادة 1321 مدني فرنسي.
- 2 - تثير مسألة إثبات الصورية صعوبة بالغة للخصم الذي يتمسك بها، حيث أن لما كانت الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة، فمن يدعى من المتعاقدين بأن العقد صوري فعليه أن يثبت ما يدعيه من الصورية بالكتابة، ولكن بالنسبة للغير يجوز له إثبات ما يدعيه من ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء، باعتبار أن العقد الصوري يشكل بالنسبة للغير مجرد واقعة مادية.
- كما استقر أيضاً على اعتبار أمر الإثبات في هذه الحالة يتعلق بالنظام العام، فلا يمكن فيها تقييد الإثبات بالكتابة بين طرفي العقد وللقاضي أن يتقصى من تلقاء نفسه عن حقيقة السبب غير المشروع، فإذا ما تبينه فله أن يبطل العقد ولو لم يطلب منه ذلك.
- ينظر د/ حسين عامر: "القوة الملزمة للعقد"، المرجع السابق، فقرة 131، ص 122.
- 3 - د/ عبد الحميد الشواربي: "المشكلات العملية في تنفيذ العقد"، المرجع السابق، ص 57.
- 4 - الفقيه السنهوري: "نظرية العقد"، المرجع السابق، ص 835 وما بعدها.
- 5 - Cass.Civ.13 nov 1912. Dalloz 1913-1- 433. 1910-1-392. Dalloz. 1910-1-392. Cass.Civ.20 juil 1910.
- 6- محكمة الاستئناف المختلطة، بتاريخ 30 يناير سنة 1920، م 32، ص 93.
- وحكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 3 فبراير 1927. م 39، ص 210.
- ومحكمة أسيوط الكلية، بتاريخ 11 أبريل سنة 1928، مجلة المحاماة، س 9، ص 437، رقم 250.
- 7- تبنى الشارع المصري في الفقرة الثانية من المادة 244 فكرة الإرادة الظاهرة بقوله: "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

الفرع الثاني : المذهب الموضوعي والشخصي في تفسير العقود

تتمثل الإرادة في العقود في عامل شخصي وباطني ، يبرز إلى الخارج عن طريق التعبير ، وهو مظهرها وأساسها المادي الملموس . وقد يأتي هذا التعبير أحيانا في صورة ضمنية ، إذا كان مظهره الخارجي يوميء بوجود هذه الإرادة
لقد كان لمفهوم الإرادة أثر عميق في آراء الفقهاء فيما يتعلق بطرق تفسير العقد وبتقيد القاضي في هذا التفسير . فإذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة لا يلزمه بالبحث عن الإرادة الباطنة الكامنة في نفس المتعاقدين ، بل يكتفي بالوقوف عند التعبير الخارجي للإرادة فينقده به ، وعليه سندرس كل مذهب مبرزين الفروقات وكذا نقط الالتقاء بينهما .
ويثور التساؤل هنا حول الإرادة التي يؤخذ بها كأساس للعقد ولتفسيره . فهل تعتمد الإرادة الظاهرة ، أي التعبير المصرح بها أو الإرادة الباطنة أو النية ؟
في هذا الشأن ظهر نشأ خلاف فقهي قديم وحاد بين الفقهاء الغربيين وانتقل إلى الفقه العرب ، فمنهم من أخذ بالإرادة الباطنية الحقيقية ، ويعرفون بالفقهاء التقليديين ، ومنهم من أخذ بالإرادة الظاهرة ، وهم الفقهاء الاجتماعيون ، وهو نفس الانقسام الذي عرفه الفقه الإسلامي ، كما سنرى ذلك فيما بعد .

أولاً- المذهب المادي أو الموضوعي (Théorie objective) :

يعرف منظرو هذا المذهب بالفقهاء الاجتماعيون أو أيضا بأنصار الإرادة الظاهرة . ويرى فقهاء هذا المذهب أن الإرادة المشتركة التي تكون محلا للتفسير لا يمكن أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها المتعاقدان وتم الإفصاح عنها ماديا ، ولا يعتد بالحالة النفسية لهما .

ويقوم هذا المذهب على الأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر من حقيقة العقد ، لأن هذا الظاهر هو أساس المعاملات وركن الثقة المتبادلة ، أما ما بقي طي الخفاء فلا يؤخذ به ، إذ أن هذه الإرادة تبرز وتتجلى للمجتمع ، ولا تترتب الزامية العقد عن إرادة الأطراف في الالتزام، وإنما للخاصية الاجتماعية للعقد ، فالعقد يمثل فعلا اجتماعيا والشخص يتحمل نتيجة كل أعماله وكل أفعاله التي يجب أن تفسر بصفة موضوعية ، أي حتى لو أدت إلى خلاف ما أداه الشخص باطنيا ، والقانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، ولكي يأخذ بالإرادة في المجتمع، يجب أن يعبر عنها بصفة مادية ، فلا يحتج أي طرف في العقد، بعد ذلك ، على الطرف الثاني ، بما كان يختلج في صدره من إرادة لم يصرح بها ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات ، وأن يبعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاقدين .

وقد سارت على هذا المذهب القوانين ذات النزعة الجرمانية وخصوصا القانون الألماني الصادر عام 1900 ، مع أنه لم يأخذ بكل نتائجها .

ويرى البعض أن العبرة في هذا المذهب في العبارة و اللفظ معا . فالألفاظ التي تم بها صياغة العقد لها قيمة في حد ذاتها ، فما يؤخذ بإرادة المتعاقدين إلا بالقدر الذي يتم به التعبير عنها في عبارات العقد .

فالعقد ليس مجرد أداة لتبادل الأموال و الخدمات و إنما يجب أن يكون كذلك في خدمة المجتمع ، و لا يجوز أن يتعارض مع الصالح العام والعدالة وحسن النية (1) .

ويعلل بعض أنصار هذا المذهب رأيهم بالقول أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح ، وما دام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة . وإلا اعتبر العقد عيبا من عيوب الرضا أدى به إلى البطلان . فتفسير العقد لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة .

وبناء على الأخذ بهذا المذهب نخلص إلى نتيجة طبيعية ، وهي أن يكون لمفهوم الإرادة أثر هام على الطريقة التي يتبعها القاضي في تفسيره للعقد ، فالإرادة الظاهرة هي التي وحدها تكون موضوعا للتفسير على أساس مطابقتها للإرادة الباطنة ، و أن اللفظ أو عبارات العقد هي إلا دليل على النية أو الإرادة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، فإذا وجد خلاف بين الإرادة والعبارة ، فالعبرة هنا بالإرادة دون العبارة .

ويتعين على القاضي عند تفسير العبارة ، لاسيما الغامضة منها ، اللجوء إلى معايير موضوعية . ولا محل للبحث في أمور نفسية وراء نية مشتركة اصطناعية غير موجودة فعلا ، ومن ثم يجب عليه التخلي عن المجاز واللجوء إلى العرف وطبيعة المعاملة للتوصل إلى تفسير العقد . فالتفسير على هذا المنهج أقرب إلى تفسير أمور القانون منه إلى تفسير الواقع .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه افترض حتما مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة في العقد ، وهذا إطلاق قد لا يتفق في جميع الأحوال مع قصد المتعاقدين .

غير أن البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هو البحث عن إرادة محتملة مشكوك أصلا في وجودها (3) ، حيث أنه وأمام الخلاف يعطي كل متعاقد للنص المعنى الذي يحقق مصالحه مما ينفي وجود نية مشتركة ، كما أن التعبير عن الإرادة قد لا يكون دقيقا لدرجة تتحرف معها الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة .

ففي هذه الحالة يكون المتعاقدان متفقان على أمر واحد ومع ذلك يحتاج العقد إلى تفسير . نتيجة للتغاير بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة . ويجب عدم الإعتداد بالإرادة الظاهرة والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد .

والنتيجة هي في الغالب أن تكون الإرادة الظاهرة هي التي تعبر عن الإرادة الباطنة باعتبار أن الإرادتين متحدتان ، فتكون الإرادة الظاهرة بالتالي هي موضوع التفسير ما لم يقد دليل معاكس على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة . فتكون العبرة عندئذ، بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى هي موضوع التفسير .

وفي مجال عقود الإذعان لا محل أصلا عن للبحث عن إرادة مشتركة ، لأن أحد الأطراف قد استقل بوضع شروط العقد و قبلها الآخر دون نقاش . فلا محل لعبارة مشتركة إذا كانت غير موجودة أصلا والإرادة التي ينسب إليها أنها الإرادة المشتركة لا تعدو أن تكون إرادة القاضي محل نزاع ، فهي إرادة تخمينية ومفترضة .

1- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 372 ، ص 281 و 282 .
3 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

ويرى بعض الفقه بأنه يجب التفرقة بين أمرين :
الأمر الأول : وجود الإرادة القابلة للكشف بالوسائل المختلفة ، وهي تتوافر إذا وجد خلاف
حول تفسير عبارات العقد، فمن خلال ذلك يتم تفسير الإرادة وتلمسها .
والأمر الثاني : هو عدم وجود نص في العقد وحين إذن يكون دور القاضي هو تخمين
الإرادة المشتركة (1).

كما عيب على أنصار هذا المذهب الخلط بين مسألتى صحة العقد وتفسيره ويفترض
عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتما للإرادة الباطنة ، بينما يقع أحيانا أن
يكون المتعاقدان قد قصدا أمرا متفق عليه ولكن لم يعبرا عنه تعبيرا دقيقا ففتحرف الإرادة
الظاهرة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا نكون عندئذ في منطقة صحة العقد ، لأنه انعقد
صحيحا بل تكون في منطقة تفسيره مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير (2).

ثانيا- المذهب الشخصي أو الذاتي (Théorie subjective) :

يعرف أنصار هذا المذهب بأنصار الإرادة الباطنة أو نظرية الإعلان عن الإرادة .
ويقوم فقهاء هذا المذهب على الأخذ بالإرادة المشتركة الباطنة في التعاقد باعتبارها القيد
الأساسي للقاضي ، لأن العبرة للقصد الحقيقي الذي تمثله الإرادة الباطنة ، ولا يجوز الركون
للظاهر فقط .

ويرتبط ذلك المذهب بمبدأ سلطان الإرادة ، و بنظرية الحقوق الفردية التي تهدف
أساسا إلى حماية الفرد والحرية العقدية والاجتماعية والاقتصادية ، ويرفض بالتالي اعتماد
مذهب الإرادة الظاهرة مرجحا عليه مذهب الإرادة الباطنة .

وقد اعتمدت هذا المذهب القوانين ذات النزعة اللاتينية ، ومنها على الخصوص
القانون الفرنسي (3) والقانون اللبناني على سبيل المثال (4) ، وهو نفس الأمر الملاحظ في
باقي التشريعات العربية التي تأثرت به (5) ، مع أن هذه التشريعات في الحقيقة أخذت
بالإرادة الباطنة كأصل دون أن تهمل الإرادة الظاهرة ، وهذا ما سنتطرق له لاحقا عند
التعرض لموقف التشريع الجزائري .

1 - ينظر د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 372 ، ص 282.

2 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 100.

3- نصت المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي على أنه : " يتعين في الاتفاقات النية المشتركة للأطراف المتعاقدين لا
التوقف على المعنى الحرفي لألفاظها " .

V. l'article 1156 C.Civ . français : " on doit dans les consentions recherche chez quelle à été la
commune intention des parties contractes , plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes " .

4- وقد أثبت قانون الموجبات والعقود في المادة 366 منه مبدأ وجوب الرجوع في الموجبات الصادرة عن مشيئة مفردة إلى
نية صاحبها الحقيقية ولو كانت خفية، وفي الموجبات المتبادلة إلى نية الطرفين ، أي النية المشتركة دونما تقييد بالمعنى الحرفي
للنص.

وتستخرج هذه النية من مجمل بنود العقد والتعابير المستعملة والغاية المتوخاة من إجراء العقد.

5- ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل (المادة) 513 من مجلة الالتزامات والعقود إلى النص أنه :

" إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة " .

وقد تدارك المشرع الأمر في الفصل 515 من المجلة التونسية بأن نص على أن : " العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهرة
الألفاظ والتراكيب " .

ويرى أنصاره أنه إذا كان المشرع يتدخل بقواعد أمره لتقييد من مبدأ سلطان الإرادة ، فإنه لا يجب على القاضي أن يتدخل في العقود ، فلا يسمح له بتعديلها تحت ستار التفسير ، وذلك على خلاف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . فجوهر العقد هو الإرادة .

ونتيجة الأخذ بهذا المذهب ، فإنه يجب أن ينصب عمل المفسر أو القاضي على البحث عن هذه الإرادة المشتركة دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ أو التقييد بالشكل الذي برزت فيه هذه الإرادة ، إذ أن مظهر التعبير عن الإرادة ليس سوى قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

ولما كان العقد ينشأ بتطابق الإرادتين فإن الجوهر في التفسير هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما (1) . فإذا أثبت طرف من أطراف العقد أن التعبير المادي لا يتفق ولا يتماشى مع الإرادة النفسية الكامنة ، فعلى القاضي أن يأخذ بهذه الإرادة الحقيقية ، ولو لم تبرز للوجود . أما إذا تعذر إثبات هذه الإرادة الباطنة . فعلى القاضي أن يبحث عنها ولو عن طريق الافتراض (2) .

فالتفسير الشخصي أو " الباطني " يقتضي البحث عن الإرادة أو النية المشتركة ، كما هي فلا يجب أن ينظر للعقد على أنه استثناء انطلقاً من أن كل التزام يعتبر قيوداً على الحرية .

ويرى بعض أنصار المذهب الشخصي أن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين (3) يمكن إستخراجها من الإيجاب الذي يوجهه الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذي يأخذ به الطرف الآخر ، أو كان يستطيع أن يأخذ به . فالفهم الحاصل فعلاً من الموجب له ، والمستطاع فهمه هو الذي يجب اعتماده في التوصل إلى إستخراج النية الحقيقية للعاقدين (4) . وهذا الرأي لا يتفق ، دائماً مع الواقع ، لأنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير نهائي تام يصدر عن الموجب ويتلقاه الموجب له . دون أن يأخذ بعين الإعتبار ما يسبق العقد من مساومات ومفاوضات تتمثل بمبادلات مختلفة في التعبيرات من المتعاقدين قبل التوصل إلى التعبير الموحد الذي يرتضيانه معا ، هذا التعبير الذي لم يعد ملكاً لأحد منهما ، وقد لا يعلم من هو مطلقه منهما . فتبادل الآراء والمفاوضات والمساومات بين المتعاقدين ، على قدم المساواة ، يبعد عن أحدهما فكرة استئثار ببنود العقد ، وإملاء إرادة الموجب على الموجب له ، ولذلك لا يمكننا التسليم لهذا الرأي .

وذهب فريق آخر إلى اعتبار أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين دون أن يضحى بإحدهما على حساب الأخرى (5) .

1- ويرى الفقيه الفرنسي "كاربونييه" أن الاتجاه الشخصي يصلح للعقود العادية ذات طابع فردي ، أما الاتجاه المادي فيصلح للعقود التجارية و عقود الإذعان ، " شرح القانون المدني " ، ص 281 ، رقم 147 .

نقلاً عن د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 373 ، ص 281 .

2- د/ رضا المزغني ود/ عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي " ، المرجع السابق ، ص 132 .

3- ذهب الفقيه الفرنسي "مارتي" إلى جعل القاضي رهن إرادة الأطراف الحقيقية .

4 - Marty : « Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats » .OP. Cit , P 85 et s .

4 - ينظر د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 134 ، ص 127 وما بعدها .

5 - ينظر د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

وقد وجهت إنتقادات لهذا الرأي ، فالأخذ بالإرادة الباطنة من شأنه أن يضر بمصلحة المعاملات ويحطم كل الثقة في المعاملات ويعرقل الائتمان ، لكون هذا الرأي يفصل التعبير عن الإرادة ، ويقطع الصلة بين التصرف وصاحبه .

كما أنه يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، إرادة ليست لهما بل هي إرادة من صنع القاضي (طريقة اصطناعية) يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً ، مع أنه يحدث ألا يتعرف المتعاقدون ماذا أرادوا بدقة ، أولاً تكون لهم أية إرادة ولا فكرة عن المشاكل في العقد . فهذه الطريقة قد تؤدي إلى إسناد إرادة للأطراف لم تخطر ببالهم ، فإذا كانت عبارة العقد غامضة . فكيف يمكن الوصول إلى نية مشتركة ، إذا كان كل طرف يرى معنى العقد في مصلحته ، وقد يؤدي هذا الاختلاف إلى اختلاف إرادة من طرف المحاكم عند تفسير العقد ، ويؤدي ذلك بدوره إلى اختلاف المحاكم في تفسير العقد .

وعليه فاستخراج النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين يجب أن يتم التوصل إليه عن طريق مندرجات العقد ذاتها وليس عن طريق ما هو خارج عن بنود العقد ولغته . وإلا استطاع القاضي أن يستبدل العقد بمفهوم جديد يستند إلى قناعاته الشخصية بعيداً عن المستند التعاقدى الخطي الذي انطلقت منه ليكتشف النية الحقيقية . وهذا ما يخالف قواعد التفسير المثبتة بالنصوص القانونية ، لأنه لو سلمنا بحق القاضي في التوصل إلى النتائج التي اقتنع بها ، بصورة شخصية بعيداً عن نص العقد لأصبح بإمكانه أن يحل إرادة غريبة عن العقد محل الإرادة الملزمة فيه (1) .

وفضلاً عن ذلك فإن البحث عن الإرادة الباطنة ، دون الأخذ بالتعبير الذي خالفها، يؤدي إلى نتيجة قد لا تتماشى مع العدالة ، إذ هي تضر بالمخاطب حسن النية ، الذي لا يتمكن من التعرف على إرادة صاحب التعبير إلا من خلال ألفاظ التعبير ، ومن الظروف التي تمّ فيها التعاقد ، ويحتمل أن يكون صاحب التعبير لم يحسن استعمال الألفاظ المفصحة عن إرادته والمطابقة لمقصوده ، أو أن يستعمل ألفاظاً تحتمل أكثر من معنى ، فيؤدي جهله أو تقصيره ، وربما إهماله ، إلى دحض متعاقد حسن النية ، لم يقصر في شيء ، وحمائية طرف متعاقد مهمل (2) .

ولنفرض أن شخصاً تعاقد مع شخص آخر ، وكان تعبيره عن إرادته في صورة واضحة ، إلا أنه في الحقيقة عبر عن عكس ما يختلج في نفسه ، فإذا سلمنا بالأخذ بالإرادة الباطنة ، وجب على القاضي أن لا يأخذ بما ظهر من العبارات ، وأن يبحث عن الإرادة الحقيقية .

ولهذا نتساءل كيف يمكن أن يوجد جو من الثقة والضمان بين المتعاقدين والتجار والاستقرار في معاملتهم إذا كان كل طرف في العقد معرضاً إلى تغيير فحوى العقد أو إلى انقضائه ، بناء على أن إرادة الطرف الآخر المعبر عنها صراحة لا تتطابق وإرادته النفسية الباطنة ؟

1 - ذهب محكمة الاستئناف المدنية بلبنان إلى تبني هذا الرأي عندما رأت أن لا محل لاعتماد قواعد التفسير لتغيير أطراف العقد . وإلا فقد التفسير سنده ومبرره ، وهو الإرادة العقدية، وتجاوز نطاق غايته القانونية ، وأدى إلى إحلال إرادة غريبة عن العقد محل الإرادة الملزمة فيه، وذلك عن طريق التأويل ، علماً بأن قواعد التفسير تنتج مفاعيلها في إطار العقد كما حدد من أطرافه ، إذ أنها لا ترمي في الأصل إلى تمكين المفسر من قول ما أراد الأطراف أن يقولوه .

نقلاً من د/ الباس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية" ، المرجع السابق ، ص 231 .

2 - د/ رضا المزغني ود/ عبد المجيد عبودة : "التفسير القضائي في القانون المدني" ، المرجع السابق ، ص 136 .

ومن هذا المنطلق رأى الفقهاء الألمان أنه لا يمكن الأخذ بالإرادة النفسية ، إذ هي كامنة تختلج في الضمير ، ليس لها وجود ظاهر ولا ترتب أي اثر قانوني ، بل يجب الاعتداد بالإرادة الظاهرة المصرح بها .

ورغم هذه الإنتقادات فإنه وبتفحصنا لموقف محكمة النقض الفرنسية نجدها تميل كثيرا إلى الأخذ بالمذهب الشخصي في التفسير مغلبة النية المشتركة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين على المعاني الظاهرة للعقد ، وقد تأكد هذا الرأي بقوة في عدة مناسبات (1) .

ثالثا- التوفيق بين المذهبين الموضوعي والشخصي :

يلاحظ أن المفاضلة بين المذهبين الشخصي والمادي ، و بمعزل عن كيفية استخراج النية الحقيقية في التعاقد التي سنعود إليها ، لا تعدو كونها مظهرا خارجيا لا يطال عمق المسألة المطروحة.

فبمقتضى المذهب المادي (الألماني) تكون الإرادة الظاهرة هي الإرادة التي يجب إعتادها لأنها الإرادة الحقيقية .

وبمقتضى المذهب الشخصي (الفرنسي) تكون الإرادة الباطنة هي التي يجب اعتمادها ، لأنها الإرادة المشتركة الحقيقية التي قد تختلف عن الإرادة الظاهرة ، إما في الأساس أو في التعبير .

ومن ثم فالتوحيد بين المذهبين ينطلق من أن كل منهما يأخذ بالإرادة الحقيقية . ولكن أول يعتبر أنها تظهر في الإرادة الظاهرة ، ولا ضرورة للبحث عنها في غير هذا الإطار ، بينما الثاني يعتبر أنها قد تتوارى وراء الظاهر فتتغير في الباطن وتستدعي البحث للتوصل إلى حقيقتها .

وقد حاول الفقه والقضاء السويسري التوفيق بين الفكرتين المتناقضتين ، فكرة الاعتداد بالإرادة الباطنة وفكرة الإعتداد بالإرادة الظاهرة ، وذلك بالابتعاد عن تطرف كل من هاتين الفكرتين ، والأخذ من كليهما بقدر مناسب ، فتمخضت عن ذلك فكرة ثالثة عرفت بنظرية الثقة ، وتعتمد هذه النظرية على القاعدة العامة القائلة بأن المظاهر الخارجية ليست لها قيمة مطلقة ، ولتطبيق هذه القاعدة ، فإن التعبير بوصفه مظهرا خارجيا لا يعد إلا وسيلة لإبراز هذه الإرادة (2) .

1- Cass.Civ. 1 iere. 12 mai 1966. Bull. Civ . n° 290. p 221.

Cass.Civ. . 1 iere 22 jui 1964. Bull. Civ . n° 33. p 25..

Cass.Civ. 3 ieme 7 nov 1968 . Bull.Civ .n° 433. p 337.

2- للتفصيل ينظر: د/ رضا المزغني: " التفسير القضائي في القانون المدني " ، ص 137 وما بعدها.

- ود/ نزيه صادق المهدي: " محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الإلتزام " ، مطبوعات جامعة القاهرة، سنة 1982 .

- ود/ وليم فلادة: " التعبير عن الإرادة " ، رسالة السابقة الذكر ، فقرة 121 ، ص 247 .

- ود/ محمد أبو عافية: " التصرف القانوني المجرد " ، الرسالة السابقة الذكر ، فقرة 81 ، ص 277.

وفي محاولة لحسم هذا الخلاف النظري الفقهي أو على الأقل التخفيف من حدته على الصعيد العملي ناد الفقيه الفرنسي (سافيني) (1) بوجود منح القضاء سلطة واسعة في التفسير وفي كشف هذه الإرادة ، بحيث لا يتوقف القاضي عند تفسيره العقد على النية المشتركة للمتعاقدين بذاتية وخيالية ، وإنما على حسن نية المتعاقدين ، وعلى العدالة ، وعلى العرف بمفهوم موضوعي .

ووفقا لهذا الرأي ، الذي نؤيده بقوة ، يوكل إلى القاضي أمر اكتشاف حقيقة الإرادة ، إنطلاقا من معطيات مختلفة تتصل بالعقد بصورة مباشرة وغير مباشرة ، كالتعبير المستعملة في العقد ، والغاية التي يرمي إليها المتعاقدان ، وما قصدا من الغير ، وما ارتبطا به من شروط و الإستشهاد بطبيعة التعامل والعادات الجارية ، وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل وغيرها من المبادئ العامة ، المثبتة في تعابير قانونية واسعة تقسح المجال أمام القضاء لتفسير العقد تفسيراً يتلاءم مع حقيقة المقاصد ويؤدي إلى الثبات والإستقرار في التعامل .

ولا ينكر هذا الرأي على القاضي أن يلجأ إلى إرادة الأطراف متى توصل إلى إرادة واضحة . ويستطيع القاضي أن يعتمد على الإرادة الضمنية ، وحتى الكامنة إذا توصل إلى تفاهم مشترك بين الأطراف ، إلا أن هؤلاء الفقهاء يرفضون أن يختلق القاضي إرادة خيالية، أو أن ينسب إلى الأطراف إرادة مشتركة ، هي في الحقيقة إرادته .

ونفس الفكرة نجدها عند الدكتور عبد الرحمن عياد (2) الذي يقول أن التعبير ليس مجرد دليل على وجود الإرادة ، وإنما هو عنصر أصيل ، له كيان ذاتي ، لا يستطيع صاحبه أن يحتج بأنه أضر غير ما أظهر ، وأنه قصد معنى آخر غير المعنى الموضوعي للتعبير . وبالتالي فلا يمكن للقاضي أن يحدد مضمون التعبير على ضوء إرادة المتعاقدين ، وإنما يتحتم عليه أن يستخلص هذا المضمون من المعنى العادي للتعبير الذي يفهمه الرجل المعتاد، أي المعنى الموضوعي المستمد من ذات التعبير . فإذا تعدد هذا المعنى ، أو كانت عبارات التعبير غامضة . فعلى القاضي أن يستخلص المعنى الذي يتفق مع الغرض الاجتماعي ومع دواعي العدالة والمصلحة العامة وتأمين الثقة في المعاملات ، وكل هذه المعايير موضوعية . وفي نفس الطرح يرى الدكتور حسين عامر أنه يتعين أن تترك الحرية كاملة للقاضي، في أن يتبع ما يراه لازما في كل حالة بذاتها ، فيطبق ما يجد فيه ملائمة من طريقة أي النظرتين على ما هو مطروح عليه . وليس ما يمنع من أن يجمع بين البحث عن الإرادة الحقيقية . وبين التقدير القائم على تحديد الإرادة ثم يعقبه بالشخصي مع الاحتفاظ ببعض العناصر المادية . كما أنه يمكن أيضا البدء بتفسير الإرادة الحقيقية الذاتية ثم يردف ذلك بالوسيلة المادية ، مع أخذ ما يكون قد تأدى من الحالة الأولى (3).

وإنما يحسن استبعاد فكرة الانتقال من المادية إلى الشخصية ، وليس هذا لتعذر البدء بالتفسير المادي ، فإنه يستطاع إجراؤه ، وإنما الرغبة في الانتقال إلى الوسيلة الشخصية تكون بقصد الوصول إلى نتائج تفوق ما تأدى من الوسيلة المادية .

1- الفقيه الألماني سافيني (Savigny) : " مبادئ القانون الروماني " ، الترجمة الفرنسية ، ج 3 ، سنة 1856 ، ص 261.

نقلا عن د/ رضا المزغني ومن معه : " التفسير القضائي في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 136 .

2- د/ عبد الرحمن عياد : " أساس الالتزام العقدي " ، المكتب المصري الحديث ، سنة 1972 ، ص 91 و 92 .

3- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 141 ، ص 130 و 131 .

كما أنه ليس بخشية أن يؤدي مثل هذا الانتقال إلى حلول غير صحيحة ، فإن للقاضي أن يرتد عند منتصف الطريق من التفسير الشخصي إلى المادي ثانية . وإنما المنطق يوجب استبعاد الانتقال من التفسير المادي إلى الشخصي . فإنه إذا لم يكن قد استطاع القاضي بالوسيلة المادية من تعرف الإرادة الحقيقية ، فليس بمجد تصور اكتمال ما قد تم الحصول عليه من نتائج هذا البحث المادي ، أما إذا كان في الاستطاعة تعرفها فلا مسوغ للعدول عنها إلى غيرها، وعلى هذا فليبدأ القاضي بالبحث عن الإرادة الحقيقية . فإذا لم يمكنه تبينها فليحتفظ بما استخلصه من ذلك ، ثم يستكمله بما يجريه من أبحاث مادية (1).

ولكنه يجب في العقد ، حيث توجد أكثر من إرادة ، البدء بالبحث عن الإرادة الحقيقية الخاصة، إذ بهذا يمكن تحديد العناصر المشتركة . فالإرادة الحقيقية المشتركة ما هي إلا ذلك التوافق بين إرادتي العاقدين ، وهي الهدف الجوهرية في كل حالات التفسير .

وقد يكون من المستطاع الوصول إلى نتيجة نهائية من مثل هذا البحث . أما إذا كان ثمة بعض وجوه في حاجة إلى إيضاح ، أو إذا كان هنالك تعارض نفسي داخلي بين الإرادتين ، فإنه يمكن البحث فيما تضمنه التعبير عن إرادتي المتعاقدين معا ، على اعتبار أنه الإرادة المشتركة المادية التي يقرها القانون .

وفي الواقع نجد أن الكثير من التشريعات العربية لم تغلب مذهب على آخر بصفة كلية، بل حاولت التوفيق بين المذهبين ، كما هو الشأن في القانونين الجزائري والمصري ، وهذا ما سندرسه لاحقا (2) .

وفي هذا يقول الفقيه السنهوري (3) : "...إن التقنين المدني المصري أبرز في وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من إتجاهه إلى الإرادة الباطنة بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجاري . وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هي المصدر الذي نستخلص منه الإرادة الباطنة " . ونشير في الختام أنه إذا قد تتطابق الإرادة الباطنية (الداخلية) مع الإرادة الظاهرة (الخارجية) ، فيتساوى حينها الأخذ بأي منهما ، مادام أن الاثنتين متطابقتين ولم تختلفا .

1 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 142 . ص 132 .
2 - بل وحتى القانون الألماني الصادر عام 1900 ، وإن كان اعتنق نظرية الإرادة الباطنة ، إلا أنه لم يأخذ بكل نتائجها ، كما جاء بفكرة التجريد في بعض التصرفات القانونية ، إلا أنه أخذ بمذاهب الإرادة الظاهرة في القواعد العامة للتصرف القانوني ، وكذلك في تفسير العقود الذي جاء خاصة بالمادة 133 من القانون المدني الألماني .
ويبدو أن تأثر بالنظرية المعتدلة للفقيه سافيني .

ينظر : د/ وليم قلادة : " التعبير عن الإرادة " ، الرسالة السابقة الذكر ، فقرة 121 ، ص 248 .

3 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 100 .

الفرع الثالث : مذهب القانون الفقه الإسلامي في التفسير

لم يكن للفقه الإسلامي نظرية عامة لتفسير العقود على نمط النظريات القانونية في الفقه الأجنبي ، ولكن المتصفح في كتب الأصول في الفقه الإسلامي يجد أن أئمة الفقه الإسلامي قد تعرضوا لهذا الموضوع ، فوضعوا حلولاً كثيرة ، ومبادئ عامة لكثير من المسائل التي عرضت لهم وهذه الحلول . وتلك المبادئ مجملها تكون عامة لموضوع تفسير العقد ، وإن كانت لم تضع في نظرية متكاملة لتفسير العقد إلا أنها لا تقل عن النظريات الأجنبية أن لم تفقها في الدقة والصياغة .

والمدقق في شروح الفقه الإسلامي في هذا الموضوع يجد أن جانب منه اتجه إلى الأخذ بالإرادة الباطنة ، بينما اتجه الجانب الآخر ، وهو الاتجاه الغالب ، إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة (1) .

ولقد كان لمفهوم النية أثر عميق في أراء الفقه الإسلامي (2) فيما يتعلق بطرق تفسير العقد وبتقيد القاضي في هذا التفسير . فإذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة لا يلزمه بالبحث عن الإرادة الباطنة الكامنة في نفس المتعاقدين ، بل يكتفي بالوقوف عند التعبير الخارجي للإرادة فيتقيد به .

ويقوم هذا التباين في وجهات النظر ، عند حدوث الخلاف بين التعبير والإرادة ، حيث راعى البعض النية باعتبارها خلف كل تعبير ، بينما تعلق البعض بالتعبير باعتباره العنصر المحسوس ، والذي يظهر أمام الأفراد .

أولاً - مذهب الإرادة الظاهرة :

ينزع هذا الجانب من الفقه الإسلامي إلى الطابع المادي للعقود و لا يحفل إلا بالإرادة الظاهرة إذا ما تباينت مع الإرادة الباطنة ، مستمداً هذه الإرادة من صيغة العقد لما في ذلك من استقرار للمعاملات ، والبعد عن مواطن النزاع ، لأن ما يدور بنيات الأشخاص لا يقف عليه الفرد ، ولا يعلمه إلا الله تعالى .

ويسير هذا الاتجاه على خطى الفقه الجرمانى في مجال تفسير العقود معتبراً أن التعويل على العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان تساهم في استقرار التعامل وتحقق الثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر عندما اطمأن إلى ما يمكن استخلاصه في عباراته من معان سائغة .

1 - يقصد بالإرادة الظاهرة عند التعبير الصيغة اللفظية التي هي ركن من أركان العقد . ويقصد بالإرادة الباطنة النية ، أو القصد .

د/ مزر بن محمد بن ظافر القرني : " الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة " ، مقال منشور بمجلة العدل السعودية ، العدد الثالث ، 1999 ، ص 26 وما بعدها .

2 - للمزيد فيما يتعلق بطرق تفسير العقود في الفقه الإسلامي ينظر :

د/ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام : " القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي " ، بحث مطول منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ، بطنطا ، جامعة الأزهر ، العدد 23 ، سنة 2008 ، ج 4 ، ص 2495 وما بعدها .

وقد ذهب الدكتور والفقير السنهوري⁽¹⁾ إلى القول بأن: "الفقه الإسلامي نزعه موضوعية، ولهذا فالعبرة فيه هي بتغليب مبدأ الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة، ويتبن ذلك بوضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود، إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة. فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها، إذ هي ظاهرة نفسية في المجتمع، والذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر. فهذه هي ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، وهي التي يتكون منها العقد".

وفي نفس هذا الاتجاه السابق الداعم للنزعة الظاهرة للعقد في الفقه الإسلامي يذهب الدكتور وحيد الدين سوار⁽²⁾ للقول بأن التعبير (المظنة) هو دليل قطعي على وجود الإرادة (المثناة).

ويضيف في نفس الموضوع: "وهكذا تنتهي الصناعة الفقهية بالفقهاء إلى تغليب النزعة الموضوعية على النزعة الذاتية. هذا التغليب الذي كان من آثاره في النطاق التعاقدية تغليب الإرادة الظاهرة (المظنة) على الإرادة الباطنة الشرعية، وتتطابق بها الأحكام، وتظل الثانية تعمل من وراء ستار، كعنصر رئيسي في واقع الأمر، ثانوي في واقع الصناعة الفقهية". ويلاحظ أن بعض الفقهاء من أنصار هذا الرأي ذهبوا في تأييدهم لهذه المادية إلى حد الإغراق في التمسك بالألفاظ، وبدقائق اللغة العربية، بحيث أن لفظاً واحداً، بل مجرد حرف يمكن أن يغير الحكم إلى نقيضه تماماً.

ولكن هذا الاتجاه المائل إلى تقديس الحرفية لا يعد السمة البارزة للفقه الإسلامي، بل مجرد نزعة مادية متطرفة عند البعض، لا تجاري النزعة الموضوعية المعتدلة والتي تحمل صيغة العقد على عرف المتعاقدين بصفة خاصة، والعرف الجاري في المعاملات بصفة عامة⁽³⁾.

بتفحص بعض كتب الفقه الإسلامي القديمة نجد النزعة المادية واضحة في الكثير منها، فقد ذهب أئمة المذهب الشافعي والمالكية وبعض الحنفية ووافقهم على ذلك الظاهرية على التعويل على الإرادة الظاهرة، وبالتالي النزعة المادية كأساس لتفسير العقود. ونستعرض فيما يلي بعض آراء الفقه الإسلامي الذين نادوا بفكرة الإرادة الظاهرة، ونشير هنا إلى أننا اقتصرنا على بعض الآراء فقط على سبيل المثال لا التفصيل، لأن المقام لا يسمح بعرضها جميعها، ونحن نعلم بغزارة الكتابات الفقهية الإسلامية في هذا المجال.

1 - الفقيه السنهوري: "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ج 6، ص 30 وما بعدها.
وقد ورد في "الوسيط" نفس المعنى ومن ذلك اخترنا الفقرة التالية من مؤلفه "الوسيط"، ج 1، ص 470.
"أما الشريعة الإسلامية، فلو أن القاعدة فيها أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ التي استعملها المتعاقدان، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة، ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذا منهم، في رأينا، استمساكاً باللفظ، وإنما هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة".
2 - د/ وحيد الدين سوار: "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الغربي"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1960، مطبوعة لدى المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1979، ص 296.
3 - ينظر د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: "سلطة القاضي التقديرية"، المرجع السابق، ص 369 وما بعدها.

وقد أفاض الشيخ محمد أبو زهرة⁽¹⁾ في إثباته اتجاه الفقه الشافعي للأخذ بالإرادة الظاهرة ، حيث قال :

" الشافعي في تفسير العقود وإعطائها أوصافها الشرعية الصحة والبطان وترتيب الأحكام عليها ، فينظر نظرية ظاهرية مادية لا نظرة نفسية ، فهو لا يحكم على العقود من حيث أثارها وأوصافها بحسب نية المتعاقدين وأغراضها التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بينه من أحوالها ومما لأبس العقد من أمور سببية ولحقتة ، ولكن يحكم على العقد بحسب ما تدل عليه ألفاظه ، وما يستفاد منها في اللفظ وعرف المتعاقدين في الخطاب وإذا كان العقد في ألفاظه وعباراته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم ، ولكن قرائن الأحوال تدل على أنه اتخذ سبيلا لأمر محرم حكم على العقد بالصحة و لم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له..."

وعن تحديد موقف المذهب الحنفي يقول الأستاذ أبو زهرة⁽²⁾ :

" نرى الحنفية ينظرون في تكوين العقد إلى صورها ومظاهرها الحسية من غير اتجاه إلى النيات و الرغبات المستكنة التي تدفع إلى العقود والغايات التي يرمي إليها المتعاقدون فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد..."

ويواصل : "...وقد استتبطوا من بلوغ الشخص عن عقد قرينة غير قاطعة على أن ما يقوله في الظاهر يتفق وما يضمرة في الباطن ، ذلك أم مضمون الإرادة الباطنة أمر خفي يتعذر الوقوف عليه وعلى مدى تطابقه مع مضمون الإرادة الظاهرة ، ومن ثم كان لابد من معيار موضوعي للقول بقيام هذا التطابق وكان ذلك هو يعي ما يقول ، ويقدر الأمور حق مقدرها".

وقد ذهب الأحناف إلى أن الاختيار هو أساس انعقاد العقد . فعبارة المتعاقد إذا ما صدرت عن قصد وإدراك كان ذلك قرينة على تطابقها مع إرادته الباطنة التي يتعذر تحمسها وعندهم أن التباين بين إرادة التعبير وإرادة الأثر لا يعني هدم الأولى وإهدار كل ما له من قيمة⁽³⁾ .

كما ذهب بعض الحنفية إلى التعويل على الإرادة الظاهرة وتغليبها على الإرادة الباطنة عند تفسير العقود ، فأعملوا اللفظ الظاهر في العبارات ، ولو لم يكن أثرها مقصودا للمتكلم لتعذر الإطلاع على الإرادة الباطنة ، وألزموا كل من سبق لسانه إلى لفظ غير مسبوق عنه إعمالا لظاهر لفظه⁽⁴⁾ .

أما عن الفقه المالكي فهو الآخر يميل إلى مذهب الإرادة الظاهرة متشابها في أحكامه مع القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾ .

1- الشيخ محمد أبو زهرة : " أصول الشافعي " ، دار الفكر العربي ، سنة 1979 ، ص 325 .
ولنفس المؤلف : " الملكية و نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ص 209.

2- الشيخ محمد أبو زهرة : " الملكية و نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ص 194.

نقلا منا عن د/ وحيد الدين سوار الدين : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " ، ص 422.

مع العلم أن الدكتور وحيد سوار يؤيد هذا الرأي صراحة قائلا بأن القرائن الظاهرة ، هي المناط لقيام التصرف لا الإرادة الحقيقية التي يتعسر الوصول إليها . نفس المرجع ، ص 296.

3 - ينظر د/ عبد الرحمن متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 381.

و يراجع على سبيل المثال : الإمام الصنعاني : " بدائع الصنائع " ، ج 7 ، ص 277 .

4 - د/ مزهر بن ظافر القرني : " الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة " ، المرجع السابق ، ص 26 وما بعدها .

5 - مخلوف الميناوي : " المقارنات التشريعية " ، ج 1 ، ص 255.

نقلا منا عن د/ أحسن زقور" المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري- أثار العقود " ، منشورات دار الأديب ، الجزائر ، طبعة أولى ، سنة 2007 ، ص 85 وما بعدها.

والملاحظ أن الفقهاء المسلمون ، وإن اتفقوا على مبدأ الأخذ بالنزعة الموضوعية في التفسير ، فقد اختلفوا في كيفية الأخذ بها ، حيث أن المتمعن في طريقة إبرام العقود يرى ميلا نحو استعمال صيغة الماضي .

ويرى الفقيه السنهوري : أن التعويل على الإرادة الظاهرة في صيغة الماضي يمليه صعوبة إثبات الإرادة الباطنة من جهة ، ووضوح الإرادة في هذه الصيغة من جهة أخرى . فيقول : " إن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجري وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير " (1) .

وفي ذلك يقول الدكتور وحيد الدين سوار : " أن هذه الصيغة هي خير ما يصب به التعبير اللفظي لكي يكشف عن إرادة حازمة وصلت إلى حد البت والحسم . ويترتب على هذا الإيثار أن العقد ينعقد بمجرد صدور الصيغة الماضية ، وسواء اتجهت إرادة العاقد إلى التعاقد أو لم تتجه ، وبعبارة أخرى يؤخذ حال استعمال صيغة الماضي بإرادة العاقد الظاهرة لا بإرادته الباطنة... وأكثر الفقهاء يعللون وضوح الإرادة صيغة الماضي بكونها أدل الألفاظ على تحقيق الوجود ، حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الأخبار ، فكانت انساب الألفاظ لإنشاء التصرفات " (2) .

وفي موضع آخر يقول الدكتور سوار في هذا المجال أن الفقهاء من أفرط في التشيع لهذه النزعة لدرجة دعتهم إلى " الركون إلى التفسير الحرفي والتقييد بدقائق اللغة العربية ، في حين نجد فريقا آخر التزم جانب القصد ونادى بوجود الاستهداء بالعرف ، بدلا من قواعد النحو واللغة " (3) .

ومن الفقهاء من ينفي التفسير الحرفي قائلًا بأن " المحاولات التي قامت لاعتماد دقائق اللغة العربية أساسا للتفسير لم تسد ، بل حل محلها اعتبار موضوعي آخر ، وهو العرف ، وفي ذلك يقول ابن عابدين في ذلك : " إن لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته ولغته... " .

ومن هنا وأصبحت القاعدة السائدة : " يحمل كلام كل عاقد وواقف على عرفه " ، والكلام العربي على اختلاف لغاته إنما وضع للتفاهم والتخاطب ، ولا شك أن كل متكلم يقصد مدلول لغته فيحمل كلامه عليها ، وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده " (4) . وفي موضع آخر يقول : " إن لغة هذا الزمان الملحوظة صارت بمنزلة لغة أخرى لا يقصدون غيرها . فحمل كلامهم على غير لغتهم صرف له إلى غير معناه . ولا يجب مراعاة الألفاظ اللغوية والقواعد العربية إلا في القرآن والحديث ، وإنما بنى الفقهاء الأحكام على القواعد العربية لأنها المعلومة لديهم ، لا لكون القواعد العربية متعبدا " (5) .

1 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 88 .

2 - د/ وحيد الدين سوار : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 314 .

ويستدل على ذلك ما جاء في بعض كتب الفقه القديمة ، ومثالها :

- الهداية (ج 2 ، ص 244) لأن صيغة الماضي وإن كانت للأخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا " .

- مجمع الأنهر (ج 2 ، ص 3) : " والشرع قد اعتبر الأخبار إنشاء في جميع العقود فينعقد به " .

- الكنز للعيني (ج 1 ، ص 114) : " لأنه إنشاء ، وهو إثبات أمر لم يكن ، وليس له وضع تختص به باعتبار الوضع ، فاختيار لفظ الماضي الذي ينبيء عن الثبوت دفعا للحاجة " .

3 - د/ وحيد الدين سوار : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 555 .

4 - ابن عابدين : " رسالة العرف " ، ص 128 .

نقلا منا عن د/ وحيد الدين سوار : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 557 .

5 - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " ، نفس المرجع والموضع السابق .

وانطلاقاً من ذلك ، حرص الفقهاء على تقييد القاضي بدقائق اللغة العربية واعتمادها عند استقراء الإرادة في الصيغة التي عبر المتعاقد عنها فيها ، وان كان يرجع إلى ميلهم للضبط والدقة ، وإيثارهم لاستقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقية ، إلا أنه يؤدي إلى اعتماد ما يسمى " بالأحرف الميتة " التي تنتج عن ترجمة الكلمات كما هي ، وفق المعنى الذي يعطيها الاستعمال اللغوي النحو ، سواء لبي هذا المعنى القصد الحقيقي للمتكلم أو لم يلبه " .

ومن نتائج الأخذ بهذا المبدأ التضييق من دور القاضي غير أن تقييد القاضي بالتفسير الحرفي اللغوي قد يؤدي إلى إعطاء كل لفظ معنى خاص (1) . وقد يتجاوز القاضي في استقراء الإرادة من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان إلى التحري عن الإرادة التصرفية نفسها ، والتثبت من قيام التصرف ، وذلك الوقوف عند العبارات والصيغ ، ولا يتعداها إلى الإرادة الباطنة (2) .

والصيغة إذا تمخضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة . وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية ، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك.. وبقي الفقهاء يواصلون هذه القواعد (3) .

ثانياً - مذهب الإرادة الباطنة :

هذا الاتجاه في الفقه الإسلامي ، وعلى قلته ، فهو يميل إلى التفسير الشخصي للعقود من خلال مناداته بالإرادة الباطنة واستبعاد الإرادة الظاهرة سائراً على عكس سابقه . ويظهر أن هذا الاتجاه يقترب إلى حد ما من مذهب الفقه اللاتيني فيما يتعلق بتفسير العقود معتبراً أن مذهب الإرادة الظاهرة يصلح في مجال تفسير نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية دون سواهما ولا يصلح في مجال تفسير التصرفات أو المعاملات . وطبقاً لهذا المذهب فالعبرة هي الإرادة الباطنة . ونجد أن هذا الاتجاه لا يمنع تفسير العبارات الواضحة ، فإذا كان النص ذا معنى واضح ، ولكن هذا المعنى لا يتفق والحقيقة ، لقيام القرائن المناهضة لهذا المعنى ، فإن هذا لا يمنع من تأويله ، وقوفاً على المعنى الصحيح ، والذي تحتمله عبارات التعاقد . فليس المقصود هو وضوح الألفاظ في ذاتها بل وضوح إرادة المتعاقدين .

1 - في ألفاظ " الإبراء " مثلاً : فإذا قال دائن لمدين : " أنت بريء مما لي عليك " ، اقتضت البراءة على الدين فقط ، دون الأمانات ، اعتباراً لأن كلمة " على " لا تستعمل إلا في الدين .
أما إذا قال له " أنت بريء ، مما لي عندك " شملت البراءة ما أصله أمانة ، فلا تتناول ما أصله غصب أو مضمون . وإذا قال له : " أنت بريء مما لي قبلك " بريء المدين عن الضمان والأمانة ، لأن كلمة " قبل " تستعمل في الأمانات و المضمونات ..
2 - ففي لفظ " الإقرار " مثلاً : إذا قال الدائن : " أليس لي عليك ألف ؟ " وأجابه المدين ، " بلى " فهو إقرار له بها ، وان قال " نعم " لا يكون إقرار ، وذلك استناداً إلى دقائق اللغة العربية ، فكلمة " بلى " هي الجواب بالإقرار عن الاستفهام المنفي ، أما " نعم " فهي جواب بالنفي عن هذا الاستفهام وتعني : " نعم " ليس لك علي " .
ومع ذلك فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى التسوية بين لفظي " بلى " و " نعم " ، واعتبار الإقرار حاصلًا في الحالين ، مستندين إلى أن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية .
3 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 88 .

ولكن ليست هي الإرادة الباطنة التي تتطلب تحليلاً نفسياً ، كما تذهب النظرية الفرنسية ، وإنما إرادة المتعاقدين حسبما كشفت عنها صيغة العقد ، أو بعبارة أخرى الإرادة الظاهرة التي كشفت عنها عبارات التعاقد .

ومن أخذ بالإرادة وفضلها على التعبير اتجه إلى الإرادة الحقيقية لا الإرادة المفترضة أو المحتملة على خلاف النظرية الفرنسية وهو مذهب محمود للفقهاء الإسلامي .
وفيما يلي نستعرض ، وبايجاز ، بعض الأمثلة من الفقه الإسلامي الذين نادوا بفكرة الإرادة الباطنة .

فعلى عكس الرأي السابق ، ذهب الحنابلة وبعض الحنفية إلى الأخذ بفكرة الإرادة الباطنة ، وبالتالي تبني النزعة الشخصية كأساس في تفسير العقود .

في الفقه الحنبلي نجد ابن القيم الجوزية يذهب تارة إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة ، وتارة إلى الأخذ بالإرادة الباطنة ، لكنه في النهاية يغلب الإرادة الباطنة ويفضلها على الإرادة الظاهرة إذا حدث تعارض بينهما (1) .

فالنية لديه هي روح العمل فيصح العمل بصحتها ويفسد أيضاً بفسادها ، واستدلوا بحديث الرسول الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " (2) .

ويؤيد هذا الاتجاه بعض الفقهاء الحديث (3) ، خاصة وأن يتناسب مع مبدأ العقد الرضائي المعروف في الشريعة الإسلامية ، وهو من أوليات الأحكام ، وأنه مبني على نص من السنة النبوية ، وأصبح مثلاً للسنة المتواتر . وهو حديث " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " ، ويستتبع هذا الحديث الشريف القاعدة الفقهية الكلية المعروفة " الأمور بمقاصدها " .
وهناك بعض الحنفية من نادوا بتغليب مذهب الباطنة مرجحين المقاصد على الظاهر إلا إذ تعلم بالظاهر اضطراراً تعذرت معرفته النية أو القصد . فعندئذ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء (4) . أي أن المقصد والمعنى يكون أولى من اللفظ والمبنى .

ومن أبرز أئمة الحنفية في هذا المجال نجد الشيخ الكمال بن همام (5) الذي نادى بوجود العدول عن المعايير الموضوعية السائدة في الصيغ العقدية في الفقه الإسلامي ، والتي يترتب عنها وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة ، بل الاعتداد بالنية دون الصيغة ، والأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة .

ويستند هذا الفقيه في رأيه إلى إجماع الفقهاء المسلمين على تكليف العقود على أساس مقاصد العاقدين ، طبقاً للقاعدة الفقهية المعروفة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " .

1 - ابن القيم الجوزية : " أعلام الموقعين " ، ج 3 ، ص 95 .

2 - حديث صحيح رواه البخاري و مسلم ، ويقول عنه الإمام الشافعي أنه تلت الحديث .

3 - د / صبحي المحمصاني : " النظرية العامة للموجات و العقود في الشريعة الإسلامية " ، الجزء الثاني ، مكتبة الكشاف ، بيروت ، سنة 1948 ، ص 228 .

نقلاً منّا عن د/ رضا المزغني ومن معه : " التفسير القضائي " ، المرجع السابق ، ص 138 .

4 - أ / أحمد إبراهيم : " المعاملات الشرعية و المالية " ، المطبعة السلمية ، سنة 1931 ، ص 101

نقلاً منّا عن د/ رضا المزغني د/ عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي ، المرجع السابق ، ص 338 .

5 - كمال بن همام : " فتح القدير " ، ج 5 ، ص 241 .

نقلاً منّا عن د/ رضا المزغني ود/ عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي " ، نفس المرجع السابق ، ص 339 .

ونفس الموقف نلمحه لدى مطالعتنا لنصوص مجلة الأحكام العدلية التي أول تقنين وضعي لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويمكن اعتبارها أول قانون مدني إسلامي . والمتصفح لمواد هذه المجلة في خصوص القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام لإثبات وتفسير النصوص ، ويمتزج بهذه القواعد جميعا في تفسير العقود وفي تحديد نطاقها (1) .

فقد نصت المادة الثانية من المجلة على أن: " الأمور بمقاصدها ، بمعنى أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر " . وجاء بالمادة الثالثة من المجلة : " العبرة في العقود للمقاصد و المعاني ، للألفاظ والمباني ، ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء " (2) .

وفي تعليق للأستاذ سليم باز على نص المادة الثانية يقول (3) : " ويقرب من هذه القاعدة قاعدة إنما الأعمال بالنيات ، ثم أعلم أن الكلام هنا على حذف المضاف، و التقدير حكم الأمور بمقاصد فاعلها، أي أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطه بمقاصدهم من تلك الأفعال...". وفي تعليقه على نص المادة الثالثة يقول للأستاذ سليم باز (4) :

" إن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ كالبيع و الإجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد و المباني لا عبرة للألفاظ ، ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء ، وأن كان منعقدا بلفظ البيع ، لأنه لم يقصد به تملك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه ، ومما يتفرع عن هذه القاعدة ما لو قال وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعا الإجماع ، إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ " .

ورغم هذه النصوص الصريحة والقواعد الواضحة في المجلة بقي الفقيه السنهوري يصر على الأخذ بالإرادة الظاهرة قائلا أن المقاصد والمعاني التي يعتد بها هي التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية ، فلا تجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس (5) .

1 - بالرجوع إلى مصدرها المادي فإننا نجدها تستمد مجلة الأحكام العدلية جل أحكامها من الفقه الحنفي ، ومع ذلك يوجد بعض الاختلاف في مسألة المذهب البحث عن الإرادة التي ندرسها في قضية الحال في قضية ، ذلك أن هذه المذهب الحنفي نفسه عرف اختلافات بين أئمة ..

2 - وردت نص المادة 1-155 من القانون المدني العراقي على مثل الحكم حيث نصت : " العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا الألفاظ و المباني "

وفي القانون التونسي ورد النص بدأت المعنى في الفصل 515 من مجلة الالتزامات المدنية.

3 - الأستاذ سليم باز : " شرح مجلة الأحكام العدلية " ، المرجع السابق ، ص 213.

4 - الأستاذ سليم باز ، المرجع السابق ، ص 15.

5 - الفقيه السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي... " ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 33 .

ويدعم السنهوري رأيه بذكر ثلاث قواعد كلية وردت في مجلة الأحكام العدلية نفسها ومنها :

أولا- قاعدة : " الأصل في الكلام الحقيقة - المادة 12 من المجلة .

ثانيا - قاعدة : " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح " - المادة 13 من المجلة.

ثالثا - قاعدة : " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه " - المادة 68 .

والحقيقة أنه يوجد في مواد مجلة الأحكام العدلية تأرجحاً بين المذهبين ، فهناك عدة قواعد فقهية (مواد قانونية) تميل إلى الأخذ بمذهب الإرادة الباطنة ، ومنها مثلاً : قاعدة " أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " - المادة الثالثة من بالمجلة . وفي المقابل هناك قواعد فقهية تسيّر نحو مذهب الإرادة الظاهرة ومنها : قاعدة " أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه " - المادة 68 من المجلة . وقد حاول الشيخ محمد أبو زهرة التوفيق بين القاعدتين بقوله : " حيث يقصد " المعنى " في القاعدة الأولى الذي هو " المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد ، متضامنة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة في إنتاج ذلك المدلول " .

في حين يقصد " المعنى " في القاعدة الثانية الذي هو : " النية والغرض المرمى الذي لم يقترن بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة " . وبالتالي يكون " المعنى " الأول هو الإرادة الظاهرة التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار ، خلاف للمعنى الثاني ، الذي يتمثل في " السبب المصلي " ، والذي لا يعتد به إلا إذا كان جزءاً من التعبير" (I) .

وبمناسبة الحديث عن مجلة الأحكام العدلية نقول أنه وإلى جانب ما سبق من قواعد فقهية جوهريّة في تفسير العقود ، توجد في الفقه الإسلامي قواعد كلية أخرى مساعدة على التفسير وردت في المجلة ، وهي ثمرة المنطق القانوني السليم ، ولا تختلف عن نظيرتها في الفقه الغربي ، ورغم أن المجلة ألغيت في تركيا مبكراً وفي بعض الدول العربية متأخراً إلا أن فائدتها العلمية مازالت ورائدة ، ونذكر من هذه القواعد ما يلي (2) :

- " إذا تعارض المانع والمقتضى ، يقدم المانع " - المادة 46 من المجلة .
- " أعمال الكلام خير من إهماله " - المادة 60 من المجلة .
- " إذا تعذر أعمال الكلام يهمل " - المادة 62 من المجلة .
- " ذكر بعض ما لا يجزأ كذكر كله " - المادة 63 من المجلة .
- " المطلق يجري على إطلاقه ، ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة " - م 64 من المجلة .
- " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر " - المادة 65 من المجلة .
- " السؤال معاد في الجواب " - المادة 66 من المجلة .

1 - الشيخ محمد أبو زهرة : " الملكية ونظرية العقد " ، فقرة 134 ، ص 215 .
 نقلاً عن د/ وحيد الدين سوار : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 557 .
 2 - والملاحظ أن هذه القواعد في غالبيتها تصب في مجرى تدعيم الرأي الأول المنادي بالإرادة الظاهرة .
 للمزيد من التفصيل حول شرح هذه القواعد وتطبيقاتها :
 يراجع الأستاذ سليم باز : " شرح المجلة " ، المرجع السابق ، ص 15 .
 والفقيه السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 30 وما بعدها .
 ود/ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام : " القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي " ، المرجع السابق ، ص 2495 وما بعدها .

ومن خلال استعراضنا لهذين الاتجاهين في الفقه الإسلامي ، نلاحظ أنه رغم هذه المحاولات المنادية بالنزعة الشخصية (الإرادة الباطنة) ، وإن قل عددها ، فقد ظل الفقهاء المسلمون يرددون ويرجعون المعايير الموضوعية (الإرادة الظاهرة) ، متوقفين عند صيغ وعبارات العقود عند تفسيرها (1) .

ورغم اختلاف فقهاء المسلمين وتباينهم في الأخذ بأي من الاتجاهين إلا أنهم اتفقوا على الأخذ بالإرادة الظاهرة أو التعبير إذا ما جاء متطابقا مع الإرادة الباطنة ولم يتوافر من القرائن ما يبقى هذا التطابق وكانت عبارة العقد واضحة لا لبس فيها ولا غموض - إذ لا اجتهاد في مورد النص . فاللفظ يحمل على معناه الحقيقي لا على معناه في المجاز ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، ولا عبرة للدلالة في مقابل التصريح .

وبتفحص بعض كتب الفقه الإسلامي القديمة وجدنا أن حتى الفقهاء الذين نادوا بالإرادة الظاهرة ، كالشافعية مثلا ، ذهبوا إلى إعمال الإرادة الباطنة ، في حالة تباينها والإرادة الظاهرة ، خاصة إذا وجدت قرينة تدل على صرف اللفظ عن إرادة الظاهر .

ونخلص إلى القول بأن القاضي حال التفسير ، وإن كان مقيد باللفظ والإرادة الظاهرة في العقد ، حسب الرأي الأول في الفقه الإسلامي المؤيد للنزعة المادية ، إلا أنه لا يهمل النية والإرادة الباطنة بصورة احتياطية ، لاسيما في الحالات التي لا تظهر فيها صيغة التعبير إرادة المتعاقد ، وكذلك عندما يتعارض العرف مع ما ظهر له من العبارة ، بالنظر خاصة إلى التفسير الحرفي أو اللفظي بالنسبة للعقد يختلف اختلافا بينا عما هو عليه بالنسبة للنصوص ، من حيث سلامة اللغة وحكمة المصدر ، مما يستوجب تكييف الإرادة الظاهرة في القدر لا طبقا لصيغته بل للقصد الذي ذهب العقائد إليه . فالقواعد اللغوية تلزم العالم دون الجاهل ، " لأن العوام لا يفرقون " ، مع أن حقهم في التعاقد ثابت في الزمان والمكان ، ولا خلاف في ذلك بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .

كما أننا ، حتى وإن كان انحننا إلى الرأي الثاني المنادي بالنزعة الشخصية ، فإن القاضي عليه في تفسير العقد أن يلتزم بالألفاظ الواضحة و لا ينحرف عنها إلى سواها تحت حجة البحث عن نية المتعاقدين ، فهو يقف عند المعاني الظاهرة من ألفاظ التعاقد دون أن يتعداها إلى المعاني الكامنة في السريرة . وهو في سبيل ذلك يقف طويلا أمام عبارات العقد لتحليلها شرح معانيها ، وليس هذا منه استمساكا باللفظ لذاته بل تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة إلا أن ذلك يعني أن الفقه الإسلامي لا يعرف الإرادة الباطنة ، وإنما نزع إلى الموضوعية .

وختاما لما سبق نصل إلى القول بأن الفقه الإسلامي يعتبر بحق أسبق من أحدث التشريعات الحديثة في الأخذ بالإرادة الظاهرة أو غير موضوعية الإرادة ، فهو سابق للفقه الألماني والذي يعزى إليه تغليب الإرادة الظاهرة بقصد استقرار التعامل ، ومنه أخذ التقنين المدني المصري بالكثير من أحكامه وغلب نظرية الإرادة لظاهرة مع المزج بينها وبين الإرادة الباطنة فيما يسمى بالمعايير الموضوعية للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين (2) .

1 - يقول الفقيه السنهاوري في مؤلفه " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، ج 6 ، ص 32 :
" أن المراد بالمقاصد و المعاني تلك المعاني التي تستخلص من عبارات التعاقد ، و ليس كنتيجة للبحث في طوية النفس عما عنته " .

2- يراجع في تفاصيل ذلك :

نزيه صادق المهدي : " محاولة للتوفيق بين المذهبين " ، المرجع السابق ، ص 413 .

الفرع الرابع : النظام المتبع في القانون الجزائري والقوانين العربية

لقد أورد المشرع الجزائري نصين في مجال التفسير هما المادتان 111 و 112 من القانون المدني ، وهما مقتبستين حرفيا من المادتين 150 و 151 من القانون المدني المصري ، وقد جمع فيهما المشرع كل قواعد التفسير .

ومن خلال هاتين المادتين حاول الفقه استخراج موقف أو نية المشرع في تفسير عبارات العقد ، متسائلا : هل أخذ الشارع بمذهب الإرادة الظاهرة في التفسير كما هو الحال في التشريعات الجرمانية ، أم تبنى مذهب الإرادة الباطنة في التفسير ، كما هو الشأن في التشريعات اللاتينية ، أم سار على خطى الفقه الإسلامي ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا الفرع ، وسنعرض لموقف القانون المدني الجزائري والمصري من التفسير ، ونرى هل اعتد في ذلك بالإرادة الباطنة أم بالإرادة الظاهرة ؟ فنتعرض أولا لمذهب القانون المدني في تفسير العبارة الواضحة ثم لمذهبه في تفسير العبارات الغامضة .

ونظرا لغياب كتابات الفقه الجزائري في هذه المسألة (1) ، فإننا لا نجد حرجا في الرجوع وبتركيز كبير على آراء الفقه المصري بالنظر لتشابه أحكامه مع القانون الجزائري وسائر الدول العربية ، التي تستمد مرجعيتها من القانون المصري ، مع مراعاة بعض الاختلافات البسيطة والخصوصيات الموجودة في كل تشريع .

وبالرجوع إلى الفقه المصري فنجده منقسم إلى ثلاث اتجاهات هي :

- **اتجاه أول** : يرى بأن المشرع اعتمد مذهب الإرادة الظاهرة في التفسير ،
 - **واتجاه ثاني** : يرى أن المشرع اعتمد مذهب الإرادة الباطنة ،
 - **واتجاه ثالث** : يرى بأن المشرع اختار مذهباً مختلطاً بين الإرادتين الظاهرة و الباطنة .
- وسنتولى فيما يلي عرض آراء كل اتجاه وحججه والانتقادات الموجهة إليه .

- الاتجاه الأول : (اتجاه الإرادة الظاهرة) :

ذهب جمهور الفقه المصري (2) إلى أن المادة 150 فقرة أولى مدني ، والتي تنص على أنه : " إذا كانت عبارة العقد فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " ، إنما هي تطبيق للمذهب الشخصي وترجيح صريح للإرادة الظاهرة (3) . ودليلهم على ذلك أن هذه المادة قد جاءت على غرار النص القديم (المادة 138) ، والتي كانت قاطعة في الأخذ بالإرادة الباطنة ، وهي ترجيح النية الحقيقية والغرض الأصلي للمتعاقدين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة .

1 - يستثنى بعض الدراسات القليلة من ذلك رسالة أ / لبنى مختار : " وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن " ، ماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1977 .

ورسالة أ / عزوز عبد الحميد : " مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات " ، ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2003 .

1 - ينظر في عرض تفاصيل ذلك : الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 394 ، ص 494 . ود/ عبد المنعم فرج الصدة : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ص 316 .

2- ولقد أوجزت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مذهب المشرع المصري في التفسير بقولها أن الجوهر في التفسير هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدين لا للإرادة الفردية لكل منهما ، وهذه الإرادة وإن كانت ذاتية إلا يجب استخلاصها دائما بوسائل مادية . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 297 .

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحكامها المتعددة في ظل التقنيين القديم عندما قررت أن : " للقاضي السلطة في تفسير العقود والمحركات على وفق نية المتعاقدين ولو اقتضى ذلك مخالفته للمعنى اللغوي للألفاظ التي صيغت بها " (1) .

وقد أفاضت محكمة النقض وتبعتها سائر المحاكم المصرية في التطبيقات المتعددة للظروف المختلفة التي نجيز للقاضي العدول عن العبارة الظاهرة للأخذ بالإرادة الباطنة (2) .

ويبدو أن محكمة النقض قد ذهبت في أحدث أحكامها إلى تأييد ما ذهب إليه جمهور الفقه من أن المادة 150 فقرة أولى مدني تطبيق للمذهب الشخصي وتأييد للإرادة الباطنة أعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وذلك حين حكمت بأنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادتها المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات " (3) .

ومحكمة النقض في هذا تسايير ما ذهب إليه قضاء النقض الفرنسي فإذا ما أخذ قاضي الموضوع بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض ولا يكون عليه التنسيب .

حيث قررت محكمة النقض في هذا الصدد " أن محكمة الموضوع إذ تأخذ بالمعنى الظاهر لنصوص محكمة النقض (4) .

كما ذهبت ذات المحكمة إلى أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود بما تراه أوفى إلى نية عاقدتها شريطة ألا تخرج في تفسيرها عن المعنى التي تحتملها عبارة العقد (5) .

كما ذهبت إلى أن عبارة المتعاقدين الواضحة عدم جواز الانحراف عنها تحت ستار التفسير إلى معنى آخر وأن المقصود بالوضوح حمل القاضي العبارة إلى معنى مغاير لظاهرها ووجوب بيان الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك المسلك (6) .

كما ذهبت إلى أن وضوح عبارة العقد أثره عدم جواز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها (7) .

وإذا كانت محكمة النقض حريصة على الإشارة أنه في تحقيق استقرار المعاملات تميل إلى النزعة الموضوعية وتحد من مبدأ سلطان الإرادة .

- 1 - نقض مدني ، جلسة 3 ديسمبر 1936 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 2 ، رقم 16 ، ص 40 .
- 2 - نقض مدني مصري ، جلسة 18 أبريل 1940 ، مجموعة أحكام النقض ، ج 3 ، رقم 52 ، ص 177 .
- ونقض مدني ، جلسة 28 جانفي 1943 ، مجموعة عمر ، ج 4 ، رقم 33 ، ص 52 .
- ونقض مدني ، جلسة 13 أبريل 1947 ، ج 5 ، رقم 183 ، ص 369 .
- 3 - نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، المكتب الفني ، الطعن رقم 296 ، س 28 ، ص 1824 .
- 4 - نقض مدني ، جلسة 29 ديسمبر 1932 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 10 ، رقم 89 ، ص 161 .
- 5 - نقض مدني ، جلسة 24 أكتوبر 1985 ، طعن رقم 1272 ، س 51 ق .
- ونقض مدني ، جلسة 2 جانفي 1986 ، طعن رقم 776 ، س 51 ق .
- 6 - نقض مدني ، جلسة 23 جانفي 1986 ، طعن رقم 222 ، س 52 ق .
- ونقض مدني ، جلسة 23 فيفري 1986 ، طعن رقم 1756 ، س 52 ق .
- 7 - نقض مدني ، جلسة 23 جانفي 1986 ، طعن رقم 1347 ، س 56 ق .
- ونقض مدني ، جلسة 23 فيفري 1986 ، طعن رقم 1956 ، س 52 ق .

غير أن جمهور الفقهاء (1) لم يساير محكمة النقض كلية فيما ذهبت إليه في ذلك ، بل ذهب مع مبدأ أعمال الإرادة الباطنة إلى آخر مداه مجيزا للقاضي إن يزاول عملية التفسير بالرغم من وضوح العبارة ، وحينئذ يكون له أن يترك المعنى الظاهر الذي تفيده عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير ويراه أكثر اتفاقا مع إرادة المتعاقدين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى النتيجة التي انتهى إليها وإلا نقض الحكم لقصور في التسييب .

- الإتجاه الثاني : (اتجاه الإرادة الباطنة) :

عكس الاتجاه الأول ذهب رأي في الفقه (2) إلى القول بأن تفسير التعبير عن الإرادة في العقد ، وتفسير النصوص لا لزوم له إذا كان التعبير من الوضوح أمرا لا لزوم له . وقد سمي النص القانوني تفسير التعبير الواضح " انحرافا " للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين إذا كان التعبير عنها واضحا لا لبس فيه .

وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن أخذ المادة 150 فقرة أولى مدني بالمعنى الظاهر للفظ الواضح لا يعتبر أخذا بالإرادة الظاهرة ، لأنه يجوز للقاضي أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح على معنى آخر أكثر تمشيا مع الإرادة الظاهرة إلا على أساس أنها هي ذات الإرادة الباطنة ، بحيث إذا ثبت العكس وقام الدليل على وجود تغاير بين الإرادتين كان المعول عليه هو الإرادة الباطنة (3) .

ويذهب الفقيه السنهاوري إلى ترجيحه الصريح للإرادة الباطنة حيث يقول :

" ومن ذلك نرى أن التقنين المدني الجديد ، وقد نهج في هذا نهج محكمة النقض ، لم يأخذ بالإرادة إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقا حتما للإرادة الباطنة ، وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هي دائما محل التفسير رأيا فيه إطلاق يجدر تقييده ثم استطرده حتى قال : فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير " (4) .

ويرى الدكتور علي علي سليمان أن القانون المدني ، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض ، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس (5) .

وينتهي أنصار هذا الرأي صراحة إلى أن ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة 150 مدني من الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للصرف الجاري في المعاملات ، فهي قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي ، وهو حر في إلا يتبعها إذا رأى أن إتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعرف نية المتعاقدين (6) .

- 1 - د/عبد المنعم فرج الصدة : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، ص 318.
- 2 - د/ جميل الشرفاوي : " مصادر الالتزام " ، دون دار نشر ، طبعة 1976 ، ص 351.
- 3 - د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ، ص 319.
- 4 - الفقيه السنهاوري : " الوسيط " : المرجع السابق ، فقرة 394 ، ص 493.
- 5 - د/ علي علي سليمان : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، ص 102.
- 6 - د/عبد الرحمن متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 274.

ويبدو جليا أن هذا الرأي مع تمسكه بالإرادة الباطنة ، ووجوب البحث عن القصد الحقيقي للمتعاقدين حتى آخر مدلول المذهب الشخصي لم يلزم القاضي في البحث عن هذه الإرادة الحقيقية الباطنة بالاستهداء بالضوابط العادية والمعايير الموضوعية التي جاءت بالنص بل جعلها عناصر استرشاد اختيارية لا تؤثر على طبيعة مذهب التفسير وكونه شخصيا يستند لمعيار ذاتي هو الإرادة الباطنة (1) .

- الاتجاه الثالث : (مذهب الإرادة المختلطة) :

إذا كانت نظرية الإرادة الباطنة في تفسير العقد ترمي إلى التعرف على ما تتطوي عليه نفس المتعاقد و بالنهاية ما دار في خلد المتعاقدين باعتباره النية المشتركة ، فإن نظرية الإرادة الظاهرة تذهب إلى النقيض من ذلك، فتبحث في النية المشتركة في حدود ضيقة مستبعدة الأبحاث النفسية التي قد تؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات ، وبمقتضاها لا يعول القاضي في تفسير العقد إلا على المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، وهو الأمر الذي يستطيع أن يلمسه وأن يحيط به مستهديا في ذلك بما جرى عليه العرف والعادات المتبعة وما تقتضيه الحاجة الاجتماعية في المسألة المماثلة .

ولكن هل يمكن التوفيق بين المذهبين ؟

يرى بعض الفقه المصري (2) أن وجوب المشرع البحث في النية المشتركة للمتعاقدين، لا يكفي للقول على أخذه في ذلك بنظرية الإرادة الباطنة ، لأن المقصود فيها هو تحريم البحث عن نية الفردية للمتعاقد لتكوين رأى قائم بذاته عنها ، وإنما يجب في صدد التفسير البحث عن نية المتعاقدين معا، أي النية المشتركة ، وإن كان هذا لا يمنع من بحث إرادة كل متعاقد على حدة في بعض الحالات كالغلط أو التدليس ، لأن ما يعيب إرادة المتعاقد إنما هو خاص به ، فيجب بحثه في كل منهما وحده . وبهذا يمكن التوصل إلى استخلاص ما كانا قد قصدهما معا .

والأصل أن إرادة المتعاقدين هي المرجع في كل تعاقد . فإذا كانت واضحة ، فهي التي يجب أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة العاقدين المشتركة ، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لتعرف حقيقة ما أراده العاقدان بتفسير أو بتأويل .

أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة ، أو مبهمة ، بحيث يمكن أن تحتل أكثر من معنى ، سواء في جملتها أو في إحدى جزئياتها ، فإنه يتعين على القاضي ، وجوبا وليس له أن يحيد عن ذلك ، عندئذ أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالأمارات المادية كالعرف الجاري في المعاملات (3) .

1 - د/ نزيه المهدي : " محاولة للتوفيق بين المذهبين " ، البحث السابق الإشارة إليه ، ص 392.

2 - د/ حسين عامر : القوة الملزمة للعقد ، المرجع السابق ، فقرة 151 ، ص 137 .

3 - يقول الدكتور حسين عامر في العقود التجارية يكون المعيار ماديا ، بحيث يرجع القاضي عند تفسيرها إلى الاستهداء بالعرف التجاري والعادات المتبعة ، بينما يكون المعيار في العقود غير التجارية شخصيا .

ويواصل القول أن التفسير بالمعيار الشخصي يتطلب البحث عن النية الحقيقية في حدود معينة ، وهذه الحدود يختلف نطاقها تبعا للقدر المتيقن الذي يتأتى من إثبات أن نية المتعاقد وقت التعبير تطابق ما يدعيه عن نيته وقت النزاع ، وإلا فيجب الالتجاء إلى التفسير المادي حتى ولو لم تكن العقود تجارية .

د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 141 ، ص 130 .

وتقدر الإرادة هنا تقديرا موضوعيا ، فيبدأ القاضي بتحديد مضمون العقد ثم يعقب ذلك بتفسيره . وتحديد مضمون العقد هو تعيين ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات ، مع ما يستتبع ذلك من استكمال ما لم يكن قد جرى به التصريح فيه . ثم إن الغرض لتفسير هذا المضمون إنما يقتصر على شقه الثابت بالعبرة دونما يستكمل منه من طريق الدلالة (1) .

ويضرب مثلا عمليا لذلك بعقد نقل الأشخاص ، وما يتضمنه من الالتزام بسلامة المسافر ، على ما استقر عليه القضاء ، وكذلك بعقد العمل الذي يرفض القضاء اعتباره متضمنا للالتزام بسلامة العمل . فأقرار الالتزام الضمني في الأول ، ورفض إقراره في الثاني ، إنما الأساس فيه هو تفسير إرادة المتعاقدين الضمنية ، فكأنما أراد المتعاقدان ضمنا وجود الالتزام بالسلامة في العقد الأول ، ولم يريداه في العقد الثاني .

ويتجه غالبية الفقه المصري (2) إلى أنه لا يجوز الربط بين أحكام التفسير فيما جاءت في المادة 150 فقرة 2 من القانون المدني ، وبين موقف القانون من الأخذ بمذهب معين في الإرادة . سواء كان ذلك هو مذهب الإرادة الباطنة أو مذهب الإرادة الظاهرة .

ويرى أن طريقة التفسير المحددة في النص بأن القانون يرتب أحكامه على الأعمال الظاهرة دون النوايا ، فلا تعرف الإرادة إلا من خلال التعبير عنها ، وإن كان يحرص دائما على أن يكون التعبير مظهرا صادقا للإرادة ، فإن بدأ في المعطيات الظاهرة للمعاملة تطبيقها ، أو مقتضيات الثقة والأمانة ، ما يدل على اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية فإن القانون اتخذ هذه المظاهر أساسا للاعتداد بالإرادة دون التعبير .

ويؤكد مؤيدو هذا الرأي أن موقف مذاهب التفسير المختلفة من قواعد التفسير تقترب من مذهب مشترك أو مزدوج أطلق عليه البعض " الإرادة الموضوعية " أو النية المشتركة في ضوء الضوابط الموضوعية (3) .

ويذهب أن التقنين المدني المصري ، ومن خلال نص المادة 2/150 مدني (المقابلية للمادة 2/111 مدني جزائري) حقق توفيقا وتوازنا نموذجيا ومثاليا ومعتدلا بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام في التفسير .

وهذا المعيار الفقهي الحديث يحقق التوازن بين النزعتين الشخصية والموضوعية عن طريق ما أسماه بالمعايير الذاتية ذات الضوابط الموضوعية هي طبيعة التعامل ، وما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري . وهذه كلها معايير وضوابط مادية موضوعية بإجماع الفقه المصري حتى من ذهب منه على تأييد مذهب الإرادة الباطنة في التفسير (4) أيضا عندما ذهب أصحاب الرأي الأخير بإلزام القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، والتي تم تبادل التعبير عنها في العقد ، والتي يمكن في ظلها استخلاص المعنى الذي تؤدي عبارة المتعاقدين في ضوء المسلك المألوف الجاري عليه عادة في التعامل .

1 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 152 ، ص 138 .

2 - د/ جميل الشرقاوي : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، ص 360 .

3 - د/ نزيه المهدي : " محاولة للتوفيق بين المذهبين " ، البحث السابق ، ص 524 .

4 - الفقيه السنهوري : الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 122 .

ونحن نذهب مع ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي ، لأن من قالوا بالقصد الباطن اعتدوا في نفس الوقت بالتعبير الحرفي ، ومن نادوا بالتعبير الظاهري اعتدوا بالنية الحقيقية، فالقانون الألماني الذي يعزى إليه الأخذ بالإرادة الظاهرة ينص في المادة 123 مدني على وجوب البحث عن الإرادة الحقيقية دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، وهو نفس ما نص عليه القانون الفرنسي الذي يعزى إليه الأخذ بالإرادة الباطنة .

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فشأنه شأن المشرع المصري نجده يأخذ معيار مزدوجا متوازنا بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام ، فهو يلزم القاضي بالبحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين مستهديا في ذلك بالضوابط الموضوعية التي ساقها له النص على سبيل المثال ، والتي يمكن له أن يكملها بما يراه من ضوابط موضوعية أخرى يمكن في ظلها استخلاص الذي تؤدي إليه عبارة المتعاقدين في ضوء المسلك القانوني الجاري عليه الفعل عادة في التعامل (1) .

فمهمة المفسر (القاضي) هي التوصل إلى القصد المشترك للمتعاقدين ، وتحديد حقيقة ما أراداه يتم من خلال ما استخلصه من تلقي التعبير عن الإرادة وفهمها على أنه يعبر عن إرادة المرسل متى كان ذلك الاستخلاص قائما على أسس معقولة في إطار كافة ظروف التعاقد . فتحديد النية المشتركة يتم وفقا لمعيار موضوعي ، حيث تكون العبرة بالإرادة التي يمكن التعرف عليها وذلك إعمال لمبدأ حسن النية ، ويجب البحث عن النية المشتركة وقت إبرام العقد وليس وقت قيام النزاع بين المتعاقدين (2) .

فلا يجب أن تفهم المشتركة على أنها الدوافع والبواعث الداخلية ، و التي يصعب عادة معرفتها بل نادرا ما تكون مشتركة . وإنما يجب أن تستخلص تلك النية من خلال ما أمكن للمتعاقد الآخر للتعرف عليه خصوصا من عبارات العقد . فالإرادة التي لا يمكن التعرف عليها يتعذر أن تكون مشتركة ، فلا اشتراك بلا معرفة أو تعرف (3) .

وهكذا فإن كان الهدف المنشود في التفسير هو التوصل إلى نية المشترك للمتعاقدين إلا أن السبيل إلى ذلك يكون باللجوء إلى المعايير الموضوعية . فالنية المشتركة للمتعاقدين ليست من وسائل التفسير بل هي هدفه . فالكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين يجب ألا يعتبر الوسيلة بل هو الغاية من النشاط التفسيري ، فالإرادة أو النية المشتركة ، وإن كانت ذاتية ، إلا أنه يجب استخلاصها دائما بوسائل مادية .

وقد كان طبيعيا أن يصل الفقه إلى هذه النتيجة ، لأن الشارع المصري ، ومثله الجزائري ، أخذوا عن التشريعات الجرمانية نظرية الإرادة الظاهرة ، ولكنه أخذ القواعد التي تنظم عيوب الإرادة والسبب عن التشريعات اللاتينية ، التي تأخذ بنظرية الإرادة الباطنة . ويلاحظ أنه وعلى الرغم من حرص المشرع على البحث عن نية العاقدين و إرادتهما من خلال عملية التفسير، فإن المشرع يهمل أحيانا الإرادة الحقيقية في التعاقد ليعتد بالإرادة الظاهرة ، وحماية لمصالح بعض أطراف التصرف ومصالح الغير ، ومن ذلك إهمال المشرع للعقد المستتر ، وهو العقد الذي يمثل حقيقة إرادة أطراف العقد ، في حالة التعاقد الصوري ، واعتداده بالعقد الظاهر .

1- ينظر : أ / عزوز عبد الحميد : " مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي " ، الرسالة السابقة الذكر .

و أ / لبنى مختار : " وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن " ، الرسالة السابقة الذكر .

2 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 374 ، ص 281 .

3 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " نفس المرجع السابق ، فقرة 377 ، ص 283 .

المبحث الثاني : **الطرق الفنية المعتمدة في تفسير العقود**

عرضنا فيها سبق للمبادئ الجوهرية في تفسير العقود والتي يتبين منها أن قيمة مبدأ التفسير إنما يتأدى فيها ينطوي عليه من إمكان التوصل به إلى حل مسألة معينة ؛ إذ أنه كما يجب أن تساير قواعد النظريات القانونية وجدلها المنطقي المقتضيات العملية لكل حالة ، فإن ذلك هو العنصر الأساسي في طرق التفسير التي أتينا على إيضاح البعض منها فيما سلف .

وننتقل الآن إلى الطرق العملية التي يمكن للقاضي أن يلجأ إليها في علاج ما يعرض عليه من نزاع ما في تفسير العقد ، وليس ما يلزمه بإتباع وسيلة بذاتها ، إنما له أن يستهدى منها بما يراه مناسباً للحالة المطروحة .

وقد سبق أن ذكرنا أن هدف التفسير هو الوقوف على نية الطرفين ، وذلك عن طريق معرفة المعنى الصحيح لشروط العقد ، ولكن ما هي الطرق العملية التي يستدل بها على هذا المعنى ؟

وقد ميز فقهاء الرومان بين طريقتين أساسيتين للتفسير ، ينتهي إليها ما عداهما من طرق فرعية ، وهما :

- التفسير النحوي : *interprétation grammatical*

- والتفسير المنطقي : *interprétation logique*

ويرجع الاختلاف بين هاتين الطريقتين إلى الاختلاف بين علمي النحو والمنطق . فالنحو هدفه التعبير وتصحيح اللغة ، أما المنطق فإنه يميز بين الحقيقة والكذب ، بالكشف عن العلاقة التي توجد بين عنصرين الصياغة والفكرة .

وسنخصص لكل نوع من هذين النوعين مطلباً كما يأتي :

المطلب الأول : التفسير النحوي أو التفسير اللغوي

المطلب الثاني : التفسير المنطقي

المطلب الأول : **التفسير اللفظي (اللغوي)**

نتحدث في هذا المطلب عن التفسير النحوي ، ونفضل تسميته بالتفسير اللغوي لما في التسمية من معنى الشمول ، ذلك أن المعنى اللغوي أعم من المعنى النحوي ، إذ أنه يضم بالإضافة إلى ذلك الأخير المستمد من قواعد النحو والصرف ، تلك المعان الشائعة التي يجري بها العرف اللغوي بين الأفراد ، ونحدد أيضا الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التفسير اللغوي .

وندرس في فرعين معنى التفسير اللغوي وحالات اللجوء إليه:

الفرع الأول : معنى التفسير اللغوي وعلاقته بالتفسير الحرفي

الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى طريقة التفسير اللغوي

الفرع الأول : معنى التفسير اللغوي وعلاقته بالتفسير الحرفي

يقتضي التفسير اللغوي التقيد بالعبارات والألفاظ الواردة في العقد أن يكلف القاضي نفسه عناء البحث عن نية الأطراف المشتركة . وترتبط هذه الطريقة في الغالب بقواعد اللغة العربية من نحو وصرف وغيرها ، حيث يفترض في المفسر أن يكون ملما بهذه القواعد وإلا لما استطاع أن يصل إلى المعنى المقصود من عبارات العقد ، خاصة إذا كان أطرافه محترفون أو فنيون أو لنقل على الأقل أن من صاغ هذا العقد يتمتع بمهارات لغوية كبيرة تجعله يستعمل عبارات نادرة أو ذات طابع تقني (طبي مثلا) أو ذات أصل أجنبي...

أولاً- معنى التفسير اللغوي (grammatical) :

يقصد بالتفسير اللغوي ذلك التفسير الذي يعتمد في تحديد معاني الألفاظ على المعنى اللغوي ، وقواعد النحو والصرف ، دون التقيد بالفكرة الحقيقية المختلفة خلف التعبير (1) . وهذا يعني أن التفسير اللغوي هدفه تحديد معاني الألفاظ الواردة في العقد وتحليلها وفق ما يجري به تركيبها في اللغة ، بغير أن تعني إطلاقاً بأية صلة بين التعبير والتفكير فيه (2) . ومحل التفسير هو المادة ذاتها ، أي اللفظ منظورا إليه في ذاته ، مستقلا عن مفهوم المتعاقدين ونيتهما الحقيقية بشأنه ، وبالتالي يصبح التفسير عندئذ تفسيرا موضوعيا لا شخصا .

ولا يقتصر الأمر على معرفة المعنى بالصورة التي كانت عليها اللغة بل المعنى الخاص بتطورها باعتبار اللغة جهازا منظورا مستمر التطور ويجب أن يوضع في الاعتبار أيضا الجمهور الأعلى الموجه إليه ذلك الخطاب .

والأصل أن الألفاظ يجب أن تفهم طبقا لما تدل عليه في اللغة من المعاني ، وهو ما يطلق عليه المعنى الذاتي للكلمات ، ولكن في كثير من الأحيان يكون للفظ معنى استصلاحي علاوة على معناه اللغوي ، وهنا يجب التقيد بالمعنى الفني الخاص الذي قد لا يطاب المعنى اللغوي ، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوي .

ويجب الإعتداد بالاصطلاح المستخدم في هذا المجال باعتبار أن نية المتعاقدين قد اتجهت إليه أساسا ، فيغلب المعنى الإصطلاحي على المعنى اللغوي أو الحرفي للألفاظ ، خاصة إذا كان طرفا العقد ينتميان إلى حرفة أو تجارة معينة .

ويجب أيضا إعطاء أهمية خاصة للألفاظ إذا كان العقد إذا كان قد تم بين متخصصين في مجال العقد بحيث يعينان بكل دقة كل لفظ ، خصوصا إذا قامت إدارات قانونية متخصصة بتحرير العقد ، حيث يفترض أن الاصطلاحات القانونية المستخدمة تعبر عن حقيقة الإرادة .

وعلى كل يعد التفسير اللغوية وسيلة فنية هامة يجب أن يهتدي إليها المفسر في استخلاص معنى القاعدة من ألفاظ النص كما يظهر من عباراته مادامت عباراته واضحة ولا يوجد ما يمكن القول معه أنه مفسر من تلقاء نفسه .

1 - د/ عبد الحكم فودة : تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 49 ، ص 101 .

2 - Geny Fran : « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif » . Paris 1919 . p 272 .

ويقتصر الرجوع إلى مثل هذا النوع من التفسير على الحالة التي ولو أنه ليس فيها من خلاف بين إرادتي المتعاقدين ، إلا أن أحدهما يخلف ما يريب في المعنى المقصود بلفظ من الألفاظ ، أو في محمله الظاهري أو في تأويل معنى عبارة العبارات بوضعها المحررة به، وتلك حالة ليست كثيرة الوقوع .

وهذا غير التفسير الحرفي (littérale) الذي يلتزم فيه المفسر حرفية ما ورد في التعبير ، وفيه تهمل كل فكرة للتفسير إذ لا اعتبار إلا لما نص عليه حرفيا .

ثانيا- العلاقة بين التفسير اللغوي والتفسير الحرفي :

ذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين كلا النوعين، بمقولة أن التفسير اللغوي ليس إلا طريقة للتفسير ، بينما التفسير الحرفي طريقة ونتيجة . فهو طريقة بإتباع الحرفية في التفسير ، بمعنى أخذ الألفاظ في ذاتها لفظا لفظا ، وعدم استبعاد أي منها بحجة عدم تعلقه بإرادة الطرفين ، وهو نتيجة باعتبار أنه في النهاية يغلب الإرادة الباطنة (1) .

وفي رده على هذا الرأي يقول الدكتور عبد الحكم فودة (2) :

نعتقد عدم سلامة هذا الرأي ، إذ أن التفسير اللغوي أو النحوي مرادف للتفسير الحرفي ، فكلاهما لا يتعلق إلا بالألفاظ في ذاتها ، دون ربطها بالفكرة التي تقبع خلفها، وكلاهما يأخذ الألفاظ في مفهومها الضيق . إذا كان التفسير الحرفي طريقة ونتيجة ، فكذلك الحال بالنسبة للتفسير اللغوي فهو نتيجة أيضا. إذ أن المعنى اللغوي الذي تكشف عنه الطريقة يظل المعنى الموضوعي المجرد عن الجانب الشخصي ، أي مستقلا عن الإرادة الحقيقية المختفية وراء هذا المعنى . وبذلك تكون الغلبة في ظل هذا التفسير للإرادة الظاهرة ، طالما لم تؤخذ النية الحقيقية للطرفين في الاعتبار .

وهذا الاستخلاص هو ما أكده ، ضمنا ، المشرع الفرنسي حال وضعه لنص المادة 1156 مدني ، إذ أنها نقلت حرفيا من المادة الأولى لمشروع (بوتيه) ، فيما عدا استبدال عبارة المعنى الحرفي بعبارة المعنى النحوي الواردة في نص (بوتيه) ، ولم يرتب على ذلك تغيير الحكم ، بل مجرد استبدال ألفاظ بأخرى .، وقد ذهب أغلب الشراح الفرنسيين إلى استعمال التعبيرين كل منهما محل الآخر دون تفرقة بينهما .

1 - ينظر: د/ عبد الحكم فودة : تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 49 ، ص 100.

2 - د/ عبد الحكم فودة : نفس المرجع والموضع السابقين .

الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى طريقة التفسير اللغوي

من المسلم به أن معاني الألفاظ تتغير من حيث الزمان والمكان ، فقد يعطي معنى معين للفظ معين خلال فترة لاحقة بتغير هذا المفهوم إلى مفهوم آخر قد يكون مناقضا له تماما . وقد سبق أن ذكرنا ذلك بشأن لفظ مؤجر فقد استعمله العامة من المصريين بمعنى مستأجر وذلك في وقت في مكان آخر ، بحسب تغير الأعراف المحلية من إقليم إلى آخر . ولا نغالي إذا قلنا أن اللفظ ذاته يتغير مفهومه من شخص إلى آخر داخل أهم الإقليم ، وذلك حسب عادات الأفراد ودرجة ثقافتهم . ومن واسطة التفاهم وأداة التفكير بينهم ، لذلك يتعين مراعاة كل هذه الظروف في التفسير اللغوي .

كما لا ينبغي إهمال العرف الشائع أو العرف اللفظي كما يسمى ، لما له من تأثير على بعض المصطلحات المستعملة في بعض العقود والتصرفات ، وإن اختلفت عن معناها اللغوي الصحيح.

ويقال أن اللجوء إلى هذه الطريقة في التفسير (التفسير اللغوي) ضيقة وقاصرة وتعد عن تحقيق الغرض الحقيقي من التفسير . ولكن يمكن أن نتصور الحالة التي نلجأ فيها إلى هذه الطريقة بافتراض توافق إرادتي الطرفين بشأن معنى معين بأخذه في المفهوم العام له ، دون تخصيصه بفهم معين ، سواء كان فنيا أم قانونيا ثم يثور الخلاف بينهما حول مفهومه اللغوي ، عندئذ يتعين تدخل القاضي بالتفسير اللغوي لحسم هذا الخلاف . وبصفة عامة تنبذ التشريعات هذه الطريقة، لتجاهلها نية الطرفين الحقيقية ، وعدم توافقها مع المجتمعات المتحضرة التي تنبذ الشكلية في التفسير ، ومن ثم ينذر تطبيقها.

فقد قضت محكمة النقض المصرية أنه : " لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم النصوص الاتفاقيات وتعرف ما قصد منها دون التقيد بألفاظها ، وبحسب ما يراه أدنى إلى نية أصحاب الشأن مستهدفا بوقائع الدعوى وظروفها " (1) .

وقضت ذات المحكمة: " أن البحث عن نية العاقدين يتم دون التقيد بالمعنى اللغوي الذي صيغت به الألفاظ ، فيجوز مخالفة المعنى اللغوي بحثا عن حقيقة المقصود " (2) .

والحقيقة أن التفسير اللغوي ، وإن كانت له أهمية في تحديد النية المشتركة للمتعاقدين ، إلا أن أعمال هذا الأسلوب وحده لا يكفي لتحقيق ذلك ، إذ يتعين على القاضي ألا يجعل عقله آلة تحركها الألفاظ اللغوية وصيغها النحوية ، وإنما عليه أن يجعل هذه الألفاظ مادة يوضوعها ليبرزها على الصورة التي تليق بها ، راجعا إلى وجدانه ومسترشدا بشعوره الذي يتولد من قراءة العقد وأحوال الدعوى ، فإذا غم عليه وجب أن يكون التفسير مائلا إلى مصلحة المدين .

كما يتعين على القاضي المفسر اعتماد وسائل أخرى يستهدي بها عند التفسير . ومثالها العرف ، وطبيعة التعامل ، وطريقة التنفيذ ، والغرض من مجموع العقد وغيرها من الوسائل الداخلية والخارجية التي سيأتي تفصيلها لاحقا .

1- نقض مدني مصري ، جلسة 26 جانفي 1971 ، المجموعة المدنية ، س 22 ، ص 674 .

ونقض مدني ، جلسة 06 مارس 1990 ، المكتب الفني ، سن 41 ، رقم 115 .

2- نقض مدني مصري ، جلسة 03 ديسمبر 1936 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 3 ، رقم 16 ، ص 40 .

المطلب الثاني : **طريقة التفسير المنطقي**

ذكرنا أن التفسير اللفظي يعتد أساسا على استنباط المعنى من ألفاظ النص المراد تفسيره ، غير أن هذا الأسلوب قد يكون قاصرا عن الإمام بمحتوى النص أو العقد إذا ورد به غموض في العبارات المستعملة أو كانت غير محددة ، ولهذا يلجأ إلى أسلوب آخر يعرف بالتفسير المنطقي الذي يعتبر مكمل وبديل للتفسير اللغوي . وفي التفسير المنطقي عادة ما يستخدم المفسر طرق بحث أدق من التفسير اللفظي .

وندرس طريقة التفسير المنطقي في فرعين كما يلي :

الفرع الأول : معنى التفسير المنطقي والهدف منه

الفرع الثاني : وسائل التفسير المنطقي وأنواعه

الفرع الأول : معنى التفسير المنطقي والهدف منه

التفسير المنطقي هو الأداة الأساسية التي يستعين بها القاضي في هذا الصدد ، إذ أن هذا النوع من التفسير إنما ينصب على معنى التعبير وروحة دون لفظه وحرفه ، فيعنى في سبيل ذلك ببحث كل العناصر التي تتصل بالتعبير .

ويهدف التفسير المنطقي إلى البحث عن المعنى الحقيقي للنص ، أيا كان ، أي سواء كان واضحا أو غامضا ، طالما أنه لا يعبر عن الإرادة الحقيقية .
فهذه الطريقة من التفسير هي بيت القصيد ، وهي التي نعنيها إذا ما أطلق لفظ التفسير ، ذلك أنها تعني الربط بين اللفظ والفكرة .

ويتميز هذا النوع من التفسير اللغوي في أن الأول لا حدود له ، إذا هدفه الكشف عن الإرادة الحقيقية بشتى الوسائل ، سواء كان ذلك بمد النص أم بحصر نطاقه ليتطابق مع النية الحقيقية . أما الثاني فمحدود بالألفاظ المستخدمة . ولا يصح حذف بعضها أو الإضافة إليه ، كما أن التفسير المنطقي تفسير شخصي إذ ينفذ المفسر إلى روح المعبر ليقف على إرادته الحقيقية ، بخلاف التفسير اللغوي فهو حرفي موضوعي (1) .

ولا يتعارض التفسير المنطقي مع التفسير اللغوي ، فلا توجد قطيعة كاملة بينهما ، بل إن كلا منهما يعين الآخر ويكمله ، إذ يمكن للقاضي أن يبدأ بالتفسير اللغوي ، فإذا عن له أن يغير متفق مع الإرادة الحقيقية ، يستطيع إكماله بالتفسير المنطقي ، بربط الألفاظ بالأفكار الحقيقية التي خلفها . فتحديد معنى التعبير عن الإرادة وليد المنطق . وليس الفحص اللغوي إلا إحدى الوسائل الموصلة لذلك .

وعلى ذلك فكل وسائل التفسير لابد أن يراعى فيها جانب المنطق (logique) .

1 - Génys François : « méthode de interprétation et source en droit privé positif » .OP.Cit . p 32.

الفرع الثاني : وسائل التفسير المنطقي وأنواعه

في أعمال هذا الأسلوب يتعين على المفسر ألا يفهم كل لفظ على حده وكل عبارة من عبارات النص مستقلة عن غيرها بل يجب عليه بعد تفهم الألفاظ والعبارات استخلاص المعنى من مجموع عبارات النص مرتبطة كل منها بالأخرى . وهذا ما يسمى باستخلاص معنى النص من فحواه أو روحه .

أولاً- وسائل التفسير المنطقي :

والمقصود بذلك هو الوقوف على المعنى من غير ألفاظ النص ، وهو ما يعرف بالدلالات: دلالة النص ودلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء (1) .

1- دلالة الإشارة :

هو المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه ، ولكنه يكون لازماً لمعنى من هذه الألفاظ .

2- دلالة الاقتضاء :

هو المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره وإن لم يظهر يدل عليه .

3- دلالة النص :

هو المعنى الذي يؤخذ من النص رغم عدم تناول النص له بسبب اتجاه العلة أو اختلافها بين ما نص عليه وما لم ينص عليه ، وهو ما يعرف بمفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة .

أ- مفهوم الموافقة : إذا وضع النص حكماً لحالة معينة انسحب هذا الحكم على كل حالة أخرى تتوافر فيها علة الحكم الأول بنفس الدرجة (2) .

ب- مفهوم المخالفة :

إذا تضمن النص حكماً لحالة تتوافر لها شروط معينة فإنه يمكن إعطاء حكم مخالف للحالات التي لا يتوافر فيها أحد الشروط المعتمدة لثبوت حكم النص في الحالات الواردة فيه. وهذه الوسائل المنطقية غالباً ما تستعمل في تفسير النصوص القانونية والشرعية ، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من استعمالها في تفسير البنود العقدية .

1 - للمزيد من التفصيل ينظر :

الشيخ محمد أبو زهرة : " الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية " ، القاهرة ، سنة 1955 .

و د/ محمد سلام مذكور: " الوجيز للمخل للفقه الإسلامي " ، القاهرة ، سنة 1978 .

2 - ومثال ذلك ما نص عليه القانون المدني من أنه تكون للمحررات حجية على من وقعها بإمضائه حتى ينكر توقيعها عليها ولا يتعرض لحجية التوقيع ببصمة الختم أو بصمة الأصبع فيجوز للمفسر أن يمد حكم حجية الإمضاء على حجية البصمة لتساوي الحالتين في العلة.

مع الإشارة إلى أن القياس بمفهوم الموافقة غير جائز في المسائل الجنائية إذا لم يكن لمصلحة المتهم .

ثانيا - أنواع التفسير المنطقي :

يتأدى التفسير المنطقي إما بالتوسع فيه ، أو أنه يجرى على نحو ضيق ، وقد يكون مقرا .

1- التفسير الواسع :

يكون بالرجوع إلى عناصر ، غير التعبير عن الإرادة ، تكون صالحة لإظهار نية المتعاقد ، ومن شأنها أن تتوسع فيما يؤديه النص المختصر في حدود هذه النية .

2- التفسير الضيق :

هو على عكس التفسير الواسع ، حيث يستخدم المتعاقدان صيغة يمكن أن تتجاوز حدود نيتها ، فإنه يمكن بالرجوع إلى الظروف تحديدها .

3- التفسير المقرر أو الكاشف :

وهو تفسير وسط بين التفسير الواسع والتفسير الضيق ، حيث تعطي للألفاظ دلالتها مع النية المشتركة للطرفين ، دون توسعه أو تضيق .
وسنتطرق بالتفصيل لهذه الأنواع في الفصل الثاني من الباب الأول من الرسالة عند التعرض للتطبيقات القانونية والقضائية للتفسير .

الباب الأول :

القواعد العامة لتفسير العقود
وتطبيقاتها القانونية والقضائية

الفصل الأول : القواعد العامة لتفسير العقود

يتأدى تفسير العقود في إيجاد حلول عادلة لكل من طرفي التعاقد ، ولكن العدالة في التفسير يقتصر دورها على مجرد التوجيه بصفة عامة ، ذلك التوجيه هو الذي يمكن أن تتخذ منه قواعد عملية لتطبيقها على حالات معينة .

ويجب على من يتولى التفسير أن يتحرز من الجري وراء ما قد يوحي به إليه ضميره أو ما قد تملية الافتراضات ، للوصول إلى حل المسألة يطرح عليه النزاع فيها وإنما إذا نظرنا إلى العدل نظرا صحيحا مثاليا باعتباره المبدأ الأسمى ، فإن مبدأ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا يبعد عن هذا النطاق .

ولكن مهمة القاضي في استجلاء هذه النية المشتركة ليست سهلة . فالعقد محل التفسير أو محل النزاع قد يكون واضحا في عباراته بشكل يتطابق مع الإرادة ، لكن أحيانا قد لا يتم هذا التطابق لأسباب بعضها شخصي وآخر موضوعي . وأحيانا يكتنف العقد غموض ، بل وفي بعض الأحيان يحوم حوله شك كبير .

وتسهيلا لعملية التفسير فإن المشرع يمد القاضي بمجموعة من القواعد القانونية يمكنه الرجوع إليها ، وهي عبارة عن عوامل داخلية (شخصية) وأخرى خارجية (موضوعية) يستهدي بها للوصول إلى التفسير السليم للعقد بما يتطابق وصحيح القانون ، حتى وإن كانت جل قواعد التفسير عبارة عن توجيهات ولم ترد على سبيل الإلزام ، بحيث يحوز له (القاضي) أن يحدد عنها إلى ما يراه صالحا لتحقيق الغرض المطلوب .

ولقد ذكر القانون الفرنسي تسع قواعد للتفسير نقل عنها المشرع الجزائري في القانون المدني ثلاثة قواعد مع تغير طفيف في صيغها ، ومع ذلك توجد قواعد أخرى أقرها الفقه والقضاء لا يمكن الاستغناء عنها .

ومعالجتا للقواعد العامة لتفسير العقود ستكون وفق مبحثين كالآتي:
المبحث الأول : مجالات تدخل القاضي لإعمال سلطته في تفسير العقود
المبحث الثاني : العوامل الخارجية والداخلية لتفسير العقود

المبحث الأول :

مجالات تدخل القاضي لإعمال لسلطته في تفسير العقود

لأن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، ولأن توافق الإرادتين يقتضي أن تكون كل من الإرادتين معبرا عنها ، وأن تكون إحداها مطابقة للأخرى ، فإن مضمون العقد يحدده مجموع العبارات التي يتألف منها كلا التعبيرين المتطابقين ، وهي العبارات التي تدل على إرادة العاقدين المشتركة ، ولذلك كان لابد في تحديد مضمون العقد من تفهم مدلول العبارات التي عبر بها الطرفان عن إرادتيهما المتطابقتين وتحصيل معناها ، وهذا ما يسمى " تفسير العقد " .

ويدخل موضوع التفسير في صميم سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما كان استخلاصها نية العاقدين المشتركة بيقين عبارات العقد وظروفه وملايساته استخلاصا سائغا مستندا إلى أصل ثابت في الأوراق وليس في خروج على ما تحتمله عباراته ، ولا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك العبارات والشروط تحتمل المعنى الذي حصلته .

وسندرس فيما يلي حالات تدخل القاضي ، سواء في حالة العبارات الواضحة ، وفي حالة العبارات الغامضة ، وذلك في مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد غير الواضحة

المطلب الأول : **سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة**

قبل أن نتعرض لدراسة قواعد التفسير ، فإنه حري بنا أن نبين ما هي الحالات التي يكون فيها العقد محلاً للتفسير ، أي نحدد المجالات التي يمكن للقاضي أن يعمل فيها سلطته التفسيرية ، وهذا يختلف بحسب عبارات العقد التي يرد عليها التفسير .

فعبارة العقد إما أن تكون واضحة الدلالة على إرادة العاقدين ، بحيث لا تحتاج إلى تفسير ، وإما أن لا تكون كذلك سواء كان اللفظ في ذاته غامضاً أم كان في ذاته واضحاً ولكن طبيعة العقد أو ظروف التعاقد تشعر بأن مدلول اللفظ لا يتفق مع قصد العاقدين ، فتحتاج عندها إلى تفسير .

وفي هذه الحالة إما أن يستطاع عن طريق التفسير الوصول إلى معرفة قصد الطرفين في غير شك ، وإما أن يبقى الشك حائماً حول حقيقة ما قصده .

وبإمعان النظر في المادتين 111 و 112 مدني جزائري المقابلتين للمادتين 150 و 151 مدني مصري ، نجد أن المشرع أحياناً يقيد القاضي في التفسير بالقول أنه لا محل للتفسير إذا كانت عبارة العقد واضحة . وبمفهوم المخالفة يكون هناك محل لتفسير العقد إذا لم تكن عبارته واضحة .

ويتضح أن المشرع الجزائري حصر حالات ثلاث للعبارة الواردة في العقد يمكن أن تعرض للقاضي في خصوص التفسير :

الحالة الأولى: تكون عبارة العقد فيها واضحة ، والقانون يميز هنا بين نوعين من الوضوح:
1- عبارة واضحة معبرة عن إرادة واضحة ، فلا تحتاج في الأصل إلى تفسير إلا إذا كانت بالرغم من وضوحها لا تعبر تعبيراً صادقاً عن الإرادة .

2- عبارة واضحة لا تعبر عن إرادة واضحة ، بمعنى أن العبارة رغم وضوحها إلا أنها لا تكشف عن وضوح الإرادة . فيكون العقد هنا محلاً للتفسير ، حسب غالب الفقه والقضاء ،
والحالة الثانية : تكون فيها عبارة العقد غامضة ولا تكشف عن النية الحقيقية لأطراف العقد
والحالة الثالثة : تكون فيها عبارة العقد محل شك وإبهام ، تطبق بشأنها قواعد خاصة .
وهنا أيضاً نجد القانون يميز بين نوعين :

1- الشك الذي يحوط بعبارات عقد من عقود العادية (عقود المساومة) ، وهنا توجد قاعدة أصلية تطبق في مجال تفسير الشك .

2- الشك الذي يحوط بعبارات عقد من عقود الإذعان ، وهنا تقرر قاعدة استثنائية .
وسياتي الحديث عن تفصيل كل قاعدة من هذه القواعد وشروطها لاحقاً .

وسندرس فيما يلي حالات تدخل القاضي و سلطته القاضي في تفسير العبارات الواضحة ، والتي يمكن تقسيمها إلى فرعين كما يلي :

الفرع الأول : حالة وضوح العبارة والإرادة معا

الفرع الثاني : حالة وضوح العبارة وعدم وضوح الإرادة

الفرع الأول : حالة وضوح العبارة و الإرادة معا

الأصل في العقد أن يكون واضح العبارة ، وأن تكون عباراته متطابقة مع النية المشتركة التي يريدها طرفاه ، وهو بحالته هذه لا يشكل صعوبة كبيرة في تفسيره .
والمقصود بالشروط الواضحة تلك البنود التي تتضمن ألفاظ جلية وغير متعارضة مع إرادة المتعاقدين ، بحيث لا تتناقض ولا ليس ولا شك حول نية الأطراف حولها .

غير أن العقد الواضح العبارات وليس بمنأى عن أي نزاع . فالعبرة بوضوح العقد أو عدم وضوحه بما يقدره القاضي لا أطراف الدعوى ، ثم أنه من حيث المبدأ لا يوجد أي نص قانوني يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء لعرض انشغالاتهم بشأن العقد ولو كان واضحا ، المهم أن تتوافر شروط رفع الدعوى ، ولاسيما منها شرط المصلحة ، وما قد يبدو للقاضي واضحا في العقد بحكم خبرته ومعرفته القانونية ، وحتى الفنية في بعض الأحيان ، فإنه قد يبدو غامضا لأطرافه أو لأحدهما ، نظرا لمحدودية معارفه وربما أميته ، مما يدعو لرفض تنفيذه ، وهو أمر نزاعي يتطلب لرفع دعوى والمطالبة بتفسير العقد ومن ثم إلزام الطرف المماثل بتنفيذ تعهداته العقدية .

وقد يتضح للقاضي بعد فحص العقد أنه فعلا عباراته واضحة بل ومتطابقة مع إرادة أطرافه . وهنا نحن نتساءل هل من حق القاضي أن يفسر عقدا واضحا ؟ وألا يفتح القاضي بعمله هذا جهة الرقابة عليه من طرف جهة النقض ؟
الإجابة عن هذا السؤال تبدأ بعرض النصوص التشريعية ثم بعدها استعراض رأي الفقه وأخيرا موقف القضاء .

حيث تنص **المادة 111** **فقرة أولى من التقنين المدني الجزائري** أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

وهو نص مشابه تقريبا من حيث اللفظ ومطابق تماما من حيث الفحوى لنص المادة 150 فقرة أولى من التقنين المدني المصري . مع أننا ننكر وبدون أي حرج بأن الأصل التاريخي والمادي للنص الجزائري ، هو نفسه النص المصري ، لذا نجد أنفسنا في كثير من الأحيان نشرح القانون الجزائري عن طريق ما جاء في شرح القانون المصري ، والعكس أيضا يصلح ، بل إن القانون المدني الجزائري كلف بإعداده في الأصل أربعة أساتذة مصريين ومنهم المرحوم علي علي سليمان ، ولذا فلا غرابة في وجود تشابه في أحكامه مع القانون المصري ، ومع القوانين العربية التي تأثرت به أيضا وأوردت نصا مشابها (1) .
وأنه نظرا لنقض الكتابات الجزائرية ، وفقر الاجتهادات القضائية المنشورة للمحكمة العليا الجزائرية ، مقارنة بنظيرتها المصرية ، فلا بأس بالإستعانة بأحكام الفقه المصري واجتهادات محكمة النقض المصرية لشرح القانون الجزائري ، طالما أنه يتشابه في أحكامه مع القانون المصري .

1 - ينظر: المادة 1/151 مدني سوري ، والمادة 1/152 مدني ليبي ، والمادة 1/101 مدني سوداني ، و المادة 1/239 مدني أردني ، و المادة 1/ 169 مدني قطري ، و المادة 1/ 193 مدني كويتي ، و المادة 1/165 مدني إماراتي ، و المادة 125 فقرة (أ) مدني بحريني .
ونشير بالمناسبة إلى أن القانون المدني اللبناني لم يأت صراحة على ذكر وضوح العبارة في كتابة العقد ، خلافا لبعض القوانين العربية الأخرى التي أتينا على ذكرها .

ومن المصادر المهمة التي يمكن الإستعانة بها في هذا المقام هي الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، والتي لا يوجد لها مثيل في القانون الجزائري ، والذي بنقل جل مواد من التشريع المصري دون وجود مذكرات تمهيدية ومحاضر مناقشات .. وفي هذا الصدد نجد أن **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني** أوضحت على سبيل الشرح والتوضيح نطاق سلطة القاضي في التفسير بقولها :

" لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يترتب التعاقد من آثار . وهي عبارة العقد ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية . فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل ، تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغاً في مراعاتها " (1).

أولاً - المقصود بوضوح العبارة:

يقصد بالعبارة الواضحة تلك التي تكشف بدقة عن الإرادة الحقيقية للطرفين ، وتتضمن مقتضيات منسجمة ومتلائمة مع الهدف العام من التعاقد ، والتي يفهمها أي إنسان عاقل . ولكن لا يكفي وضوح العبارة هي ذاتها إنما العبرة بوضوح الإرادة . وأحياناً قد يستخدم الأطراف ألفاظاً واضحة ولكنها غير معبرة عن حقيقة ذلك ، ومن ثم يجب الأخذ بها حتى يتمكن القاضي من الوقوف على النية المشتركة وعليه (القاضي) إجراء التفسير لتحسسها والكشف عنها . وعليه بادئ ذي بدء أن يسلم بأن المعنى الظاهر هو مقصود الطرفين حتى يقوم الدليل على عكس ذلك (2) .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية المقصود بوضوح العبارة بقولها :

"ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة . وعلى القاضي ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهر أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك ، وهو في ذلك يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض . فإذا كان العقد واضحاً في عبارته ومضمونه على أنه وعد بالبيع فلا يجوز للقاضي أن يخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان ويعتبر العقد بيعاً نهائياً (3) .

فمن الواضح في مثل تلك الحالات أن خلاف الأطراف لا يرتبط بتفسير العقد ، بقدر ما يرتبط بتحديد مضمونه ، وبكيفية تنفيذ الالتزامات التي تتولد عنه .

والملاحظ في البداية أن عملية التفسير لا ترد إلا على عقد مكتوب ، سواء كتب بطريقة رسمية أو بطريقة عرفية ، وسواء تعلق الأمر بعقد ثنائي أو مشترك أو بتصرف بإرادة منفردة .

1- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، ص 296 .
2 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، فقرة 390 ، ص 489 .
3- نقض مدني مصري ، جلسة 12 جوان 1984 ، المجموعة المدنية ، السنة 35 ، ج 2 ، ص 1627 .
ونص مدني ، جلسة 14 نوفمبر 1983 ، المجموعة لسنة 34 ، ص 1601 ، رقم 313 .
ونقض مدني ، جلسة 27 ديسمبر 1978 ، رقم 1463 ، المكتب الفني ، لسنة 29 ، ص 2053 .

ولا مجال للحديث عن تفسير عقد ابرم بطريقة شفوية أو رضائية أو كان مجرد علاقة واقعية ، غير أن العقد غير المكتوب لا ينبغي أن يكون محلا للإثبات من أجل تحديد نطاقه وبيان آثاره وبحث كيفية تنفيذه إذا حدث نزاع بشأنه .

ويقتضي وضوح العبارة أن تكون العبارة سهلة القراءة سلسلة المعنى ، فإذا كانت بعض عبارات العقد مكتوبة بأحرف صغيرة جدا بحيث تصعب قراءتها ، فإن المحاكم الفرنسية لا تعتبرها واضحة ، وبالتالي ترفض الاحتجاج بها على العاقد الذي لم يحررها وتقتصر حجبتها على من حررها .

ويفترض أن تكون لغة تحرير العقد هي نفسها لغة العاقدين ، وفي القانون الجزائري وسائر القوانين العربية هي اللغة العربية ، ومع ذلك يتصور أن يعرض على القاضي تفسير عقد محرر بلغة أجنبية كالفرنسية أو الانجليزية أو الإسبانية ، سواء حرر داخل إحدى هذه البلاد أو خارجها ، وسواء تعلق بأطراف وطنيين يحملون جنسية القاضي أو من جنسية أجنبية ، ففي كل هذه الفروض وغيرها لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تفسير العقد ، وإن تطلب الأمر يستعين برجل فن يتقن ترجمة هذه العقود .

وقد قضى في مصر بأنه يؤخذ بالمعنى الفني والقانوني الذي تعطيه اللغة الأجنبية لعبارات العقد⁽¹⁾ ، إذ أن ذلك يتوافق مع النية المشتركة .

كما يشترط في المعنى الواضح أن يكون العقد صحيحا غير معيب⁽²⁾ ، بحيث يصبح مصيره البطلان ، كأن يثبت الغلط في صياغته ويحتج أحد الأطراف بإبطاله⁽³⁾ ، مع أن هذا الغلط قد يكون مشتركا⁽⁴⁾ ، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للطرفين مادام أنهما لم يطالبا أو لم يطالب أحد منهما بإبطاله⁽⁵⁾ ، لأن الغلط المشترك في الغالب يكون غلطا ماديا يجوز تصحيحه واستبيان النية المشتركة لطرفي العقد باعتماد عناصر تعكس هذه النية المشتركة⁽⁶⁾ ، وهو ما يؤدي على إثبات هذا الغلط المادي في محرر مكتوب بوسيلة غير الكتابة رغم أن هذه القاعدة التفسيرية قد تتعارض مع قاعدة اثباتية مستقرة ، وهي أنه " لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة " . ومن ثم فلا يجوز إثبات وقوع غلط مادي في صياغة العقد استنادا إلى عناصر خارجية⁽⁷⁾ .

وفي هذا يفرق الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن بين العوامل الداخلية والخارجية للعقد، إذ يقول : " أن الاستناد على عناصر خارجية للعقد بوجود التعارض بين المعنى المفهوم من عبارة العقد والنية المشتركة يتضمن مخالفة أو تجاوزا للدليل المكتوب ، وهو أمر لا يجوز إلا بالكتابة .

1 - محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 28 مارس 1946 ، رقم 58 ، ص 94 .

2 - د/ أحمد الشيني : " تكوين العقد وتفسيره " ، البحث السابق ، ص 145 و 146 .

3 - استئناف طنطا ، جلسة 22 جانفي 1962 ، مجلة المحاماة ، س 44 ، رقم 57 ، ص 70 .

4 - ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها بتاريخ 12 جوان 1946 إلى عدم اعتبار التسمية الواردة في العقد للشيء المبيع ، إذا كانت الصفات المتفق عليها لهذا الشيء تفيد وقع غلط في هذه التسمية .

5 - Cass.Civ.25 aout 1856. Siery .1857-1-38.

6 - Req.22 nov 1865. Siery .1866-1-23.

7 - يرى الفقيه السنهوري أنه يجوز إثبات الغلط ، وهو واقعة مادية ، بجميع طرق الإثبات ، أي للاستدلال على أن المتعاقدين أساء استعمال التعبير. " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 391 ، ص 490 .

ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يجوز إثبات الغلط في الصياغة إلا بالكتابة .
ينظر د/ أحمد شوقي عبد الرحمن ، " تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2002 ، فقرة 22 ، ص 35 ، هامش 1 .

أما إذا تضمن العقد المكتوب في ذاته عناصر داخلية تعكس النية المشتركة ، فيمكن إعمالها حتى ولو تعارضت مع شرط واضح " (1) .

وفي هذا الصدد قضى في فرنسا بأنه: " إذا كانت عبارة الوصية واضحة في تعيين الموصى له باسمه ولقبه ودرجة قرابته ، فلا يجوز الاستعانة بالشهادة لإثبات غلط الموصي... " (2) . كما تبنت أحكام القضاء المصري هذا الاتجاه حديثا (3) .

ويفترض أن يكون المعنى الواضح متفقا مع عادة الطرفين : حيث يرى الفقه أن المعنى الواضح لعبارة العقد هو ذلك المعنى الذي جرت عليه العادة في فهم اللفظ (4) ، بغض النظر عن خبرتهما ومستواهما الفني والمعرفي .

ولكن الصعوبة تثور في تحديد المكان والزمان الخاص بالعادة التي يتحدد على أساسها معنى العبارة الواردة في العقد ، إذ أن المعنى العادي للعبارة يختلف من مكان لآخر ، ثم أن هذا المعنى في نفس المكان قد يتغير بمرور الوقت .

فالنسبة للمكان الذي يعتد به في تحديد المعنى العادي للفظ ، قد يكون التعاقد بين حاضرين (الموجب والقابل) ، وهنا لا يثير مشكل ، فالمكان المعتد به في التفسير هو مكان مجلس العقد ، أما إذا كان التعاقد بين غائبين ، بحيث يتواجد الموجب في مكان يبتعد عن الموجه إليه الإيجاب ، فإن البعض من الفقه يميل إلى ترجيح المعنى العادي في المكان الذي يتواجد فيه الموجب إليه الإيجاب (5) .

وهذا أمر أقرت به محكمة النقض الفرنسية حينما اعتدت بالمعنى العادي المقرر في المكان الذي يقيم فيه الموجه إليه الإيجاب وأغفلت المكان الموجه إليه الموجب (6) .

في حين أن القانون المغربي قنن هذه القاعدة صراحة في نص المادة (الفصل) 466 من المدونة المدنية التي جاء فيها : " يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد ، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص . وإذا كان للفظ معنى اصطلاحيا ، افترض أنه استعمل فيه " .

ونفس الحكم ذهب إليه القانون التونسي في نص المادة (الفصل) 519 التي ورد فيها : "تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتاد بمحل تحرير الكتب (العقود) إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص ، أو إذا كانت العبارة مستعملة في الاصطلاح لمعنى خاص حملت عليه " .

وبالنسبة للوقت الذي يعتد به في تحديد المعنى العادي للفظ ، فإنما يتحدد بوقت إبرام العقد (7) .

1- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 20 ، ص 20 و ص 21 .

2 - Cass .Req. 23 fev 1863. Dalloz .P.1863-1-171. Obs Nchet .conseiller rapporteur.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 26 أبريل 1983 ، مجموعة النقض المدنية ، س 34 ، ص 1046 ، رقم 209 .

ونقض مدني ، جلسة 27 ديسمبر 1984 ، مجموعة النقض المدنية ، س 35 ، ص 281 ، رقم 431 .

ونقض مدني ، جلسة 9 جوان 1994 ، مجموعة النقض المدنية ، س 45 ، ص 968 ، رقم 183 .

4 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن ، " قواعد التفسير " ، المرجع السابق ، فقرة 13 ، ص 15 .

5 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن ، نفس المرجع أعلاه ، فقرة 13 ، ص 16 .

6 - Cass.Civ.11 janv 1943. Dalloz .C.1943. p 48. -

7 - محكمة الإسكندرية المختلطة ، جلسة 15 أبريل 1914 ، م 26 ، ص 33 .

ولا يلتفت إلى معنى جديد طرأ على الألفاظ المستخدمة في العقد في وقت لاحق على إبرامه ، وبالمثل لا يعتد بالمعنى القديم للفظ في وقت يسبق إبرام العقد إلا إذا تضمن الاتفاق ما يفيد الأخذ بهذا المعنى .

ويلاحظ أن المقصود من هذا النص يكون عبارة العقد واضحة ، هو وضوح إرادة العاقدين لا مجرد استعمال ألفاظ واضحة المعنى ، لأن العبرة هي بوضوح الإرادة لا بوضوح الألفاظ ، إذ قد يكون اللفظ المستعمل واضحا ولكن طبيعة العقد أو ظروف إبرامه تشعر بأنه قصد به معنى غير معناه الظاهر فيحتاج الأمر إلى استجلاء إرادة العاقدين ، ويجوز حينها الالتجاء إلى التفسير ، والقول بغير ذلك مؤداه تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الحقيقية ، أو تغليب الألفاظ والمعاني على المقاصد والمعاني ، أو رجوع إلى قواعد الشكلية أو اللفظية في العقود ، وهو ما يخالف المبادئ الأساسية التي بنى عليها المشرع أحكام نظرية العقد . وبناء عليه يرى الدكتور حسام الدين الأهواني أنه من غير الصحيح القول بأن العبارة الواضحة قد تحتاج إلى تفسير . فبحث وإثبات عدم مطابقة اللفظ لحقيقة الإرادة ليس تفسيرا للعقد إنما هو إثبات للغموض يعقبه التفسير . فالغموض يسبق الحاجة إلى التفسير . فالخلاف يثور حول ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة فإذا انتهينا إلى أنها واضحة فلا محل للتفسير . وإذا استقر الأمر على وجود الغموض فإن الحاجة للتفسير تتوافر . فهناك فاصل ذهني بين إثبات غموض العبارة بعدم مطابقتها لحقيقة الإرادة ، وبين التعرف على حقيقة الإرادة عن طريق التفسير . فهما أمران لا يختطان ، وإن كانا غالبا متدخلان ظاهريا وليس ذهنيا (1) .

ثانيا- ضوابط سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة المتطابقة مع الإرادة :

العقد الواضح يدل على معنى معين لا سبيل لأن يفهم منه معنى غيره ، فهو صريح وقطعي الدلالة ، ومن ثم فإن سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة سلطة استثنائية ، ومقيدة بضوابط عملية من لعل أهمها سيف الرقابة من طرف جهة النقض جعلتها ، وهي الرقابة التي قررت من أجل الملائمة بشأن امكانية تفسير بعض البنود الواضحة منها ، ومن هذه الضوابط ما يلي :

- أنه إذا ما حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها ، على القاضي أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك ، ولما كان ما وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد . وإذا كان المشرع المصري في مذهبه قد اعتد بالإرادة الباطنة واعتبر التعبير دليل عليها بافتراض مطابقته لها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك (2) .

- وكذلك إلزام القاضي بعدم العدول عن المعنى الظاهر طالما لم يرق المبرر لديه (3) .

1- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العام للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 363 ، ص 276 .

2 - في حكم حديث لمحكمة النقض المصرية قضت فيه : "بأن مفاد نص م 1/150 الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض " . نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، س 28 ، طعن رقم 296 ، ص 1724 .

وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 12 أبريل 1975 ، طعن رقم 442 ، س 44 ق .

وفي أحكام حديثة لمحكمة النقض ذهبت إلى أن وضوح عبارة العقد أثره عدم جواز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها .

3 - نقض مدني ، جلسة 20 ماي 1986 ، طعن رقم 1347 ، س 52 ق .

نقض مدني ، جلسة 2 جانفي 1983 ، طعن 1298 ، س 50 ق ، 1780 .

ويمنعنا ذلك عدم غلق الباب أمام قاضي الموضوع في تفسيره للعبارات الواضحة (1)، بل أعطته ذلك بالعدول عن المعنى الظاهر طالما كانت في ظروف الدعوى وملاستها ما يبرر ذلك إلا أن محكمة النقض استلزمت أن يسبب قاضي الموضوع الأسباب التي دفعته إلى ذلك، أن قصر في ذلك استوجب نقض حكمه (2).

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية حدود سلطة القاضي في هذا المجال عندما قضت بأن: " القاضي ملزم يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر. وعلى القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها " (3).

ومع ذلك فإنه بتصفح بعض الاجتهادات المصرية القديمة (4) نرى كيف أن القضاء المصري سمح لنفسه بتفسير العبارات الواضحة إذا اقتضت الظروف تفسيرها (5).

وإذا كان القانون المصري الملغى لم يتضمن نصاً مماثلاً للفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني الحالي إلا أن المشرع المصري بإيراده لهذا النص إنما أراد تقنين ما استقر عليه قضاء النقض في ظل التقنين القديم واستمرار قضاء النقض في ظل التقنين الجديد (6). وهذا يعني عدم الأخذ بظاهر نص المادة 1/150 مدني أو بحكمه على إطلاقه ، حظر تفسير العبارات الواضحة كلية ، وإنما كان خطر تفسير النص الواضح يقوم إذا لم تتوافر الظروف الخارجية المبررة للعدول عن المعنى الظاهر لعبارات العقد .

أما إذا قامت هذه الظروف ، فللقاضي أن يعدل عنه على خلافه طالما أنه يتفق وقصد المتعاقدين ، شريطة أن يوضح في حكمه هذه الظروف التي دعت على ذلك . وإذا لم يوضح القاضي الأسباب التي دعت إلى العدول عن اللفظ الواضح إلى غيره أو أوضحها ولم تكن كافية كان حكمه مستوجبا نقضه . أما إذا كانت أسباب الحكم طافية لحمل ما انتهى إليه سلم من نقضه (7) .

ونفس المنهج نلمسه في القضاء المصري بعد صدور القانون المدني الجديد ، الذي يذهب إلى أنه إذا كانت إرادة العاقدين المشتركة واضحة من العقد ، لم يكن ثمة محل لاجتهاد أو تفسير ، وتعين الأخذ بهذه الإرادة دون غيرها طالما أنه ليس فيها ما يخالف القانون .

1 - Gallatay . « Etudes sur l'interprétation des conventions » , O P. Cit. p 49.

2 - ونقض مدني ، جلسة 17 أبريل 1984 ، س 51 ق ، رقم 836 .

3 - نقض مدني ، جلسة 04 جانفي 1990 ، مجموعة الكتب الفني ، لسنة 41 ، ص 128 ، رقم 28.

4 - نقض مدني ، جلسة 28 أكتوبر 1937 ، مجلة المحاماة ، سنة 18 ، رقم 184 ، ص 331 .

فقد قضت بأن " تفسير المشاركات تكون وفق الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه، مهما كانت الألفاظ صريحة وظاهرة والقول بعدم جواز صرف العقد لا يكون إلا معنى لا يقتضيه صريح اللفظ ، وبأن تأويل العقد لا يكون إلا عند إبهام النص وعموضه. وقعوده عن بيان المعنى القانوني المقصود من التعاقد واحتمال لفظ العقد لمعاني مختلفة تؤدي إلى أغراض متباينة ، هذا القول خطأ ظاهر لمخالفته نص المادة 118 مدني ولما استقر الرأي في محكمة النقض والإبرام".

5 - قضى بأنه: " إذا كانت عبارة مشارطه التحكيم واضحة ، فإن التحكيم يقتصر على تفسير العقد ، فإذا لم يكن ثمة نزاع على تفسير العقد، بل انحصر النزاع في قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه أو عدمه . وهي مسألة لا شأن لها بتفسير العقد ، تعين على هيئة التحكيم القضاء بعدم اختصاصها بموضوع النزاع ووجب عرض هذا الموضوع على القضاء صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات " .

نقض مدني ، جلسة 6 جانفي 1976 ، مجموعة أحكام النقض ، س 27 ، رقم 138 ، ص 38.

وفي هذا المعنى أيضا :

نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1961 ، طعن رقم 586 ، مجموعة أحكام النقض س 12 ، رقم 730 ، ص 121 .

6 - نقض مدني ، جلسة 21 جوان 1973 ، مجموعة أحكام المكتب الفني ، طعن رقم 165 ، س 24 ، ص 953 .

7 - د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " السلطة التقديرية للقاضي " ، المرجع السابق ، ص 217 .

حيث قضت محكمة النقض المصرية أنه : " للقاضي أن يستعبد التطبيق الحرفي للشرط الواضح إذا تبين له أن تلك العبارات جاءت نتيجة غلط واضح و تتعارض مع النية المشتركة للمتعاقدين ، وذلك كالغلط في تحديد الأجرة بإعمال تخفيض لا يسري على العقد مع توافر شروط الغلط " (1).

وقضت أيضا : لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد الواضحة مستهدية بالظروف التي أحاطت به (2) ، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد بالذات (3) ، وبكيفية تنفيذ العاقدين للعقد إذا كان قد حصل تنفيذه ولو جزئيا (4).

ثالثا- تحريف عبارات العقد :

كأصل عام يتعين على القاضي عند استقصاء نية الطرفين أن يتقيد بما تقول به عبارة العقد إذا ظهر أنها تتطابق مع النية المشتركة لطرفين ، فإذا شوه العقد وخرج عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفاً لما قصده المتعاقدان ، وبالتالي خروجاً عن نص المادة 02/111 مدني جزائري المقابلة للمادة 01/150 مدني مصري ، ولا يعذر القاضي في ذلك حتى ولو بنى حكمه على مبررات العدالة ، أو مراعاة مصلحة أحد الأطراف ، ولا يقبل منه أي تسبب آخر إذا ثبت عدم التناقض بين التعبير والإرادة ، بل يلزم منه تطبيق القانون وكفى ، بغض النظر عن النتيجة التي توصل إليها ، ولو كان غير مقتنع بها ، والقاعدة تقضي أنه لا مجال للإجتihad في وجود النص أو البند الصريح الواضح المحدد .

ويجب على القاضي أن القانون يطبق القانون ، ويفترض في هذا القانون أنه مطابق للعدالة ، حتى ولو كان واقعياً غير ذلك ، فليس من صلاحية القاضي صنع القانون ، فذلك شأن يهم المشرع . وطريق الإجتihad لا يكون على في حال عدم وجود نص صريح . وبناء على ما سبق ، فإن تفسير القاضي للعبارة الواضحة المتطابقة مع الإرادة يؤول إلى نقض الحكم لما فيه من تحريف ومسوخ للعقد ، وبالتالي مخالفة للقانون ، ذلك أن العقد ما هو إلا قانون للطرفين كما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء والتشريع الفرنسي . وعليه فتمارس جهات النقض رقابتها عن كل تفسير محرف للعقد ومشوه لإرادة الطرفين المجسدة في هذا العقد . وهذا ما تأخذ به محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها (5) جارية بذلك على نسق ما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية .

- 1- نقض مدني ، جلسة 26 جوان 1973 ، المجموعة المدنية ، س 24 ، ص 953 .
- 2 - نقض مدني ، جلسة 24 فبراير 1976 مجموعة أحكام النقض ، س 27 ، رقم 488 ، ص 101 .
- 3 - نقض مدني ، جلسة 24 ماي 1962 ، مجموعة أحكام النقض ، س 13 ، رقم 693 ، ص 103 .
- و نقض مدني ، جلسة 25 جانفي 1962 ، مجموعة أحكام النقض ، س 13 ، رقم 127 ، ص 19 .
- 4 - نقض مدني ، جلسة 19 مارس 1953 ، مجموعة أحكام النقض ، س 4 ، رقم 687 ، ص 104 .
- نقض مدني ، جلسة أول جوان 1971 ، مجموعة أحكام النقض ، س 22 ، رقم 707 ، ص 116 .
- ينظر : الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 485 .
- 5- نقض مدني مصري ، في 11 جوان 1936 . مجموعة القواعد القانونية ، ج 1 ، ص 1155 ، رقم 375 .
- ونقض مدني ، في 6 ديسمبر 1984 ، الطعن رقم 363 ، لسنة 51 ق ، س 35 ، ص 1627 .
- ونقض مدني ، في 3 نوفمبر 1977 ، الطعن رقم 103 ، لسنة 44 ق ، ص 28 ، ص 1724 .
- ونقض مدني ، في 31 ديسمبر 1990 ، الطعن رقم 1573 ، لسنة 53 ق .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإنحراف بأنه : "حمل عبارات العقد على معنى يخالف ظاهرها ، والانحراف عن المعنى الظاهر للعقد الواضحة بهذه المثابة يخضع لرقابة محكمة النقض " (1).

فالانحراف في أصله ما هو إلا فساد في التفسير ، حين يحرف القاضي ويمسح بإرادة المتعاقدين الواضحة ، ويقلب بالتالي اقتصاديات العقد بتعديل آثاره .

وعرفت الانحراف في مناسبة أخرى بأنه حمل عبارات العقد على معنى يخالف ظاهرها ، أما إذا انحرفت محكمة الموضوع عن إرادة العاقدين الصريحة الواضحة، إلى أي معنى آخر رأيت إمكان الوصول إليه من طريق الاجتهاد والتفسير ، فإن حكمها يكون مخالفا للقانون ومتعين النقض (2) .

وقررت في أحدث أحكامها عدم جواز الانحراف عن عبارات العقد الواضحة عن طريق تفسيرها ، إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقا عن إرادتهما المشتركة ، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات (3) .

وفي هذا الصدد دائماً قضت محكمة النقض المصرية : "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضي في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك ، ويخضع في هذه الحالة لرقابة محكمة النقض " (4) .

وأكدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن الانحراف عن المعنى الظاهر للعقد مسخ له (5) ، وإن تخصيص النص العام المطلق في العقد من غير مخصص ينطوي على مسخ العقد (6) .

وأنه إذا ما أخذ قاضي الموضوع بالمعنى الظاهر للعبارات الواضحة في العقد فإنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، و لا يكون عليه أن يسبب أخذه بهذا المعنى (7) .

وقضت أيضاً أنه : " إذا كانت المحكمة في تفسيرها ورقة من أوراق الدعوى لم تخالف ظاهر معناها فلا يكون عليها أن تورد أسباباً لذلك ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد صرفت اللفظ عن ظاهر معناه فيكون عليها أن تبين ما حملها على هذا التصرف " (8) .

- 1- نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، المجموعة المدني ، س 18 ، ص 1779 ، رقم 270.
- نقض مدني ، جلسة 16 مارس 1989 ، المجموعة المدنية ، س 40 ، ص 798 ، رقم 139.
- 2 - نقض مدني ، جلسة 26 مارس 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، س 25 ، رقم 561.
- 3 - نقض مدني ، جلسة 12 جوان 1948 ، في الطعن رقم 363 ، سنة 51 ق.
- ونقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، مجموعة أحكام النقض ، س 18 ، رقم 1779 ، ص 270.
- ونقض مدني ، جلسة 27 جانفي 1983 ، طعن رقم 123 ، س 39 ق .
- 4- نقض مدني مصري ، في 10 جوان 1990 ، الطعان 3093 و 120 لسنة 57 ، 58 ق .
- ونقض مدني ، في 21 ديسمبر 1994 ، الطعن رقم 253 ، لسنة 56 ق ، السنة 45 ، ص 1627.
- ونقض مدني ، في 10 أبريل 1952 ، مجموعة القواعد القانونية ، س 3 ، رقم 889 ، ص 129.
- 5 - نقض مدني ، جلسة 4 ماي 1961 ، مجموعة أحكام النقض ، س 12 ، رقم 444 ، ص 64.
- 6 - نقض مدني ، جلسة 7 ديسمبر 1961 ، مجموعة أحكام النقض ، س 12 ، رقم 765 ، ص 128.
- و نقض مدني ، جلسة أول فبراير 1962 ، مجموعة أحكام النقض ، س 13 ، رقم 148 ، ص 23.
- و نقض مدني ، جلسة 26 مارس 1980 ، مجموعة أحكام النقض ، س 31 ، رقم 921 ، ص 181.
- 7- د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام في القانون اللبناني " ، المرجع السابق ، ص 376.
- 8- نقض مدني ، جلسة 22 ماي 1947 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 5 ، ص 445 ، رقم 206.

وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية هي الأخرى ضابط عدم التحريف وعدم الخروج عن عبارات العقد الواضحة في عدة أحكام لها (1) .

ونفس الضابط نلمسه في قرار المحكمة العليا بالجزائر التي جاء فيها :

" من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها...ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنين بمخالفة أحكام هذا المبدأ " (2) .

وهو ما ذهب إليه قضاء محكمة النقض السورية التي جاء في أحد قراراتها :

" إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهزاء بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات...

ما لم تبلغ عبارات العقد الموضوع الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عنها تعين على المحكمة عند تفسيرها للعقد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ومن دون الوقوف على المعنى الحرفي .

ولمحكمة النقض أن تراقب كل حكم يمسخ فيه القاضي شروط العقد أو يفضل فيه احترام النصوص الصريحة القاطعة فيه . وهذه الرقابة لا تعدو كونها رقابة على أسباب الحكم من ناحية كفايتها أو عدمها " (3) .

وهذا الحكم نجده مطبقا في العديد من المحاكم العليا في البلاد العربية ، ومن ذلك محكمة التعقيب بتونس (4) ، وأيضا محكمة التمييز الأردنية (5) ، وكذا محكمة التمييز اللبنانية (6) .

وبهذا العرض نكون قد حددنا أن المقصود بالعبرة الواضحة هي التي تبين إرادة الطرفين "الحقيقية" . فليس وضوح العبارة في ذاتها وهي الإرادة الواضحة والتي سلمت بها قضاء النقض . وبالتالي إذا كان وضوح العبارة لا يكشف عن الإرادة "الحقيقية" جاز الانحراف عنها بشرط أن يكون هناك المبرر لذلك .

1 - Cass. Civ. 5 jan 1948 . Dalloz . 1948. p 265 . Cass. Civ. 23 avr 1945. Dalloz. 1945. p 261.

Cass. Civ. 15 juil 1958. Bull. Civ. 1958 - 1-376. Cass. Civ. 10 juin 1949. Dalloz. 1950. p 496.

Cass. Civ. 7 fev 1912. D.P. 1912-1- 433 . Cass. Civ. 13 oct 1976 .

2 - قرار الغرفة المدنية بتاريخ 03 أبريل 1985 ، ملف رقم 33528 ، م. ق ، سنة 1989 ، العدد الرابع ، ص 48 .

وأیضا قرار الغرفة التجارية ، بتاريخ 16 جوان 1991 ، ملف رقم 80816 ، م. ق ، العدد الرابع ، سنة 1993 ، ص 151 .

3 - نقض مدني ، بتاريخ أول أكتوبر 1987 ، رقم 1476 ، أساس 1074 ، سجلات النقض .

وأیضا : نقض مدني ، بتاريخ 3 جوان 1976 ، رقم 580 ، أساس 1193 ، مجلة المحامون ، لعام 1976 ، ص 673 .

4 - قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 4 جانفي 1976 ، عدد 140 ، نشرية محكمة التعقيب ، تونس ، سنة 1976 ، ص 182 .

قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 21 ماي 1981 ، عدد 3746 ، نشرية محكمة التعقيب ، تونس ، سنة 1982 ، ص 57 .

أوردهما : /أ/ سامي بن فرحات : " موسوعة فقه القضاء التونسي ، القسم المدني " ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2006 ،

على التوالي : قرار رقم 19 ، ص 14 . وقرار رقم 34 ، ص 19 .

5- قرار محكمة التمييز ، قرار 1472 / 1993 مدني ، منشورة بمجموعة التمييز الأردنية ، سنة 1993 ، ص 1740 .

6 - قرار محكمة التمييز ، مدني ، بتاريخ 30 ديسمبر 1953 ، رقم 51 ، ص 101 .

وقد جاء فيه : " لقضاة الأساس الحق بأن يفسروا اتفاقات المتعاقدين ، بشرط أن لا يفسدوا ، بحجة التفسير ، معنى ومدى

هذه الاتفاقات عندما تكون بنود الإنفاق صريحة واضحة ، فتفتح في هذه الحالة أحكامها تحت رقابة محكمة التمييز " .

ونصل إلى نتيجة مفادها أن ما قصدته التشريعات المقارنة ، ومنها التشريع الجزائري من عدم اللجوء إلى التفسير عند وضوح العبارة ، إنما كانت تقصد به وضوح اللفظ المقترن بوضوح الإرادة ، فوضوح اللفظ وحده لا يكفي ، كما سنرى لاحقا ، وهذا هو روح النص ، ففهم النصوص التشريعية وتطبيقها يكون طبقا لفظها وفحواها (1).

وهو أمر يتماشى مع نظرية الإرادة الباطنة التي استقرت في أعماق الكثير من التشريعات العربية (2) ، وهو أمر تأكدنا منه خلال استعراض رأي الفقه والقضاء فيها . وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية الإسلامية المعروفة القائلة : " الأصل في الكلام حملته على الحقيقة ، ولا يحمل على المجاز إلا إذا تعذر ذلك " (3) ، وهي القاعدة التي قننتها مجلة الأحكام العدلية ، وبعض التشريعات العربية (4) ، حتى وإن كان الرأي الراجح والغالب في الفقه الإسلامي هو نظرية الإرادة الظاهرة .

وسنعاود الحديث عن مسألة التحريف عند التعرض لرقابة جهة النقض على عمليات التفسير . ويظهر مما سبق أن المجال الخصب لممارسة هذه الرقابة هو عند لجوء القاضي لتفسير عبارات العقد الواضحة خاصة إذا ثبت أنها متطابقة مع الإرادة المشتركة للأطراف .

1 - ينظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

2 - ينظر على سبيل المثال : المادة 461 من المدونة المدنية المغربية التي ورد فيها أنه : " إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها " .

وكذا المادة 513 من مجلة العقود والالتزامات التونسية المعدلة سنة 2005 التي نصت : " إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة " .

وأیضا المادة 151 من القانون المدني السوري التي نصت :

" إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

3 - ينظر د/ شوقي إبراهيم علام : " القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد " ، المرجع السابق ، ص 2505 .

4 - جاء في المادة 61 من مجلة الأحكام العدلية : " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز " .

ومثاله إذا أقر من لا وارث له لمن ليس من نسبه و أكبر منه سنا بأنه ابنه ووارثه ثم توفي المقر ، فيما أنه لا يمكن حمل كلامه هذا على معناه الحقيقي فيصار إلى المجاز ، وهو معنى الوصية ، و يأخذ المقر له جميع التركة .

وينظر كذلك : المادة 2/ 214 مدني أردني ، والمادة 2/96 مدني سوداني ، والمادة 2/155 مدني عراقي ، والمادة 2/258 مدني إماراتي .

الفرع الثاني : حالة وضوح العبارة وعدم وضوح الإرادة

رأينا فيما سبق أن العبارة الواضحة لا يجوز تفسيرها إذا كان الوضوح يشمل الوضوح اللفظ والإرادة معا ، وكل تفسير أو تأويل لها من جانب القاضي ، ولو مع مبررات العدالة ، يعد تحريفا للعقد ، حتى ولو كان حكم القاضي مسببا تسببيا مقنعا ، ويخضع بالتالي لرقابة جهة النقض ، إلا أنه قد يحدث وأن تكون العبارة واضحة ، لكنها غامضة بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته إرادة المتعاقدين ، أي أن الوضوح في العقد يقتصر في هذه الحالة على اللفظ دون أن يظهر في الإرادة . وبعبارة أخرى أن المتعاقدان أساءا استعمال اللفظ السليم والتعبير الصحيح عن ما يريدانه ، فقصدوا معنى معين وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى لا وهو واضح معنى آخر (1) .

فهل للقاضي سلطة في التفسير في مثل هذه الحالة ؟ ، وهل يرجح العبارة الصريحة أو إرادة الطرفين المشتركة أم العكس ؟ وما هي ضوابط التفسير التي يلزم و يتقيد بها ؟

أولاً- فكرة تفسير العقد الواضح بين الفقه والقضاء والتشريع :

من أجل الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين فإن مهمة القاضي في التفسير لا تقتصر على وضوح اللفظ فقط ، فعبارات العقد قد تحيد أو تجانب صواب الإرادة المشتركة لطرفي العقد . فالترجيح هنا يكون للإرادة بالدرجة الأولى ، على الرأي الغالب في الفقه والقضاء الوضعي ، لاسيما في القانون الفرنسي والدول التي سارت على دربه ، ومنها الجزائر ومصر على سبيل المثال.

فللقاضي أن يترك المعنى الظاهر الذي تدل عليه عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير ويبراه أكثر اتفاقا مع إرادة المتعاقدين ، وتفسيره اللفظ الواضح في هذه الحالة لا يعد انحرافا للعقد عن معناه الظاهر إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان .

فالعبارة هي بوضوح الإرادة لا اللفظ ، كما تقول محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها (2) ، أي أن وضوح العقد أو غموض يقاس بوضوح أو بغموض إرادة الطرفين المشتركة وليس بوضوح أو غموض عبارة العقد ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر تعبيراً صحيحاً وصادقاً عن ما تقصده الإرادة ، وإن البحث في مدى التطابق بين اللفظ و الإرادة يكون بالرجوع إلى باقي بنود العقد . فالعقد إذا نظرنا إليه ككل واحد يكمل نصوصه بعضها بعض قد يتضح جليا التطابق بين الألفاظ والإرادة ، وحينئذ يمتنع التفسير . غير أن الوصول إلى هذه النتيجة ، التي تقضي بتفسير العبارة الواضحة ، لم يكن ليمر على الفقه والقضاء بسهولة وبدون مناقشة تذكر ، لاسيما في ظل التضارب الفقهي بين أنصار الإرادة الباطنة من جهة ، وأنصار الإرادة الظاهرة من جهة ثانية .

1 - د/ عبد الرزاق السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 31.

ود/عبد الرحمن متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 379.

2 - نقض مدني ، جلسة 17 ماي 1948 في الطعن رقم 1004 ، سنة 53 ق.

نقض مدني مصري ، جلسة 22 مارس 1983 ، الطعن رقم 1843 ، السنة 49 ق.

و نقض مدني ، جلسة 21 فيفري 1984 ، الطعن رقم 1528 ، لسنة 53 ق.

وهذا الأمر انعكس على مسألة تفسير العبارات الواضحة بين مؤيد ورافض للفكرة ، ونعرض فيما يلي رأي كل فريق وحججه . وبعد استعراض رأي الفقه سنرى موقف التشريعات العربية من هذه المسألة ، وفي الأخير سنكشف موقف القضاء من خلال بعض التطبيقات القضائية المقارنة .

1- اتجاهات الفقه المصري بصدد تفسير العبارات الواضحة :

لقد تضارب الفقه حول هذه المسألة متفرقا إلى اتجاهين : اتجاه أول يجيز للقاضي سلطة التفسير حتى ولو كانت العبارة واضحة . واتجاه ثاني يتقيد بالمعنى الحرفي للعبارة . وهو نفس التضارب الذي حدث في فرنسا ، فهناك اتجاه تقليدي (مدرسة التفسير الضيق) يرى أصلا عدم تغليب مبدأ النية المشتركة وعدم تفسير أي عبارة واضحة ، وبالتالي إذا كان غموض الألفاظ أو العبارات هو شرط لتطبيق النص ، فإن تفسير العبارات الواضحة يكون مخالفا للاتفاق الواضح ، وبالتالي مخالفا للقانون ، ولاسيما لنص المادة 1134 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي ، بما يؤدي إلى تهديد استقرار المعاملات التي ما كان ليضمناها إلا الثقة في ألفاظ العقد الواضحة .

وفي المقابل يذهب اتجاه فرنسي حديث إلى جواز تفسير العبارات ولو كانت واضحة (مدرسة التفسير الموسع) ، لأن العبرة عنده هي بالنية الحقيقية لأطراف العقد ، وهذه النية قد لا تعبر عنها الألفاظ بدقة بالنظر إلى اعتبارات خاصة بأطراف العقد كجهلهم مثلا . ويمكن عندها القاضي الكشف عن هذه النية أو الإرادة بالإستعانة ببعض العوامل المادية كالعرف مثلا وطريقة التنفيذ . والسند القانوني في ذلك هو نص المادة 1156 من التقنين المدني لتي لم تميز في الأصل بين العبارة الواضحة والعبارات الغامضة . ولا يوجد مبرر للتخصيص طالما أن لا يتنافى مع حكمة المشرع ، ولن يؤدي إلى تضيق مجال تطبيق النص المذكور .

ونستعرض فيما يلي ، وبايجاز ، أدلة كل رأي مكتفين بما ظهر في الفقه المصري .

الإتجاه الأول : المؤيد لسلطة القاضي في تفسير العبارة الواضحة :

يذهب أغلب الفقه المصري ⁽¹⁾ إلى وجوب تدخل القاضي ومنحه سلطة التوسع في تفسير العقد بالتدخل بتفسير العبارات الواضحة إذا تبين من عبارات العقد أو ظروفه الخارجية أنها لا تعبر عن النية المشتركة للطرفين ، وهنا قد يجد القاضي نفسه في حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة في العقد ، مهما بلغ وضوحها وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام .

1 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، فقرة 391 ، ص 491 .
- د/ سليمان مرقس : " النظرية العامة للالتزامات " ، سنة 1964 ، ص 210 و ص 234 .
- و د/ عبد المنعم فرج الصدة : " نظرية العقد في قوانين البلاد العربية " ، سنة 1974 ، ص 465 .
- و د/ أنور سلطان : "الموجز في مصادر الالتزام" ، سنة 1970 ، ص 231 .
- و د/ توفيق حسن فرج : " النظرية العامة للالتزام " ، المصادر ، فقرة 203 ، ص 259 .
- و د/ جميل الشرقاوي : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، ص 358 ، فقرة 69 .

فقد تحوي عبارات العقد تقاربا فيما بينها رغم كونها واضحة أو تتعارض مع الغرض الاقتصادي للعقد ، أو أن ما أراده المتعاقدان أسيئت صياغته (1) ، وأن هذا أو ذلك لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف .

ويمكن الاستناد في ذلك أيضا إلى نص المادة 90 من القانون المدني المصري التي تحدد صور التعبير عن الإرادة ، وهي اللفظ والكتابة والإشارة المتداوله عرفا ، وتجزئ أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، باتفاق الأطراف ، إذا لم ينص القانون على ذلك . وهو ما يعني أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة ، بمعنى أن العبارة الواضحة للعقد لا تعني دائما وضوح الإرادة ذاتها. وعندها تكون العبارة بوضوح الإرادة وليس بوضوح العبارة (2).

ففي هذه الأحوال يتصور أن يختلف فهم الإرادة التي قصدتها الأطراف ، و يكون للقاضي عندها العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المتفق والإرادة الحقيقية أو على الأقل الإرادة المفترضة بالإستعانة ببعض العوامل الخارجية (3) ، سواء كانت هذه العوامل سابقة أو لاحقة للعقد محل التفسير (4).

وفي هذه الحالة تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها ولكن إرادة طرفا أو أطراف العقد غير واضحة ، ولما كانت العبارة بوضوح الإرادة ، فكان للقاضي حينئذ أن يزاول عملية التفسير بالرغم من وضوح اللفظ ، فالتعبير المادي (الكتابي) لا يكون هو فقط محلا للتفسير ، بل يجب أن تضاف إليه الظروف المحيطة بالتعاقد والظروف الخارجية المكملة له ، لأن ظروف العقد وملابساته قد تدل على أن المتعاقدين قصدا معنى غير الذي يفيدته التعبير (5) .

كما أنه من الممكن أن يثبت القاضي من تفحص هذه الظروف على تطابق اللفظ مع النية .

1 - يعرف البعض الصياغة بأنها هي الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي ، وإن صياغة عمل معين تفترض اختبار فكرته ومعرفة عناصرها من مقدمات ونتائج . والهدف من صياغة العقود هو وضع موضوع التعاقد في قالب تقيم التواصل بين طرفيه بطريقة واضحة وتكفل تنفيذه دون منازعات .

د/ نايف محمد ، مدير عام مركز القوانين العربية ، " الصياغة المناسبة للعقود " .

بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي : www.arablaws.com

2 - يتجه القضاء المصري إلى ضرورة التعويل على الإرادة المستمدة من عبارة العقد الواضحة ، ولا يجوز رفض تطبيقها أو إهدار حكمها .

نقض مدني ، جلسة 19 جانفي 1994 ، مجموعة النقض المدنية ، س 45 ، ص 210 ، رقم 44.

نقض مدني ، جلسة 18 سبتمبر 1996 ، مجموعة النقض المدنية ، س 47 ، ص 1175 ، رقم 213.

نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1998 ، مجلة القضاء ، س 31 ، ص 542 ، رقم 181.

3 - و هذا ينسجم برأينا مع القاعدة الفقهية المعروفة القائلة : " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، وهي القاعدة التي قننتها مجلة الأحكام العدلية في المادة الثالثة منها .

4 - نقض مدني ، جلسة 9 أبريل 1974 ، مجموعة المكتب الفني ، س 25 ، رقم 106 ، ص 658 ..

5 - وقد جرى العمل على إيراد عبارات معينة في بعض العقود تسمى (clause style) ، وكثيرا ما يحدث أن لا يلتفت التعاقدان أو إحدهما إلى هذه العبارات التي تكاد تصبح تقليدية أو لا يتبين حقيقة معناها الظاهر إلا إذا تضمن العقد عبارات أخرى تبرز ذلك أو بان من طريقة تنفيذ التعاقدين التزاماتها الناشئة من العقد أنهما لم يراعيا فيها مضمون تلك العبارات التقليدية . وكذلك ثار مثل هذا الشك بالنسبة إلى العقود المطبوعة أو العبارات المطبوعة في بعض العقود (clause imprimées) باعتبار أن الطرف الذي لم يقم بإعداد الصيغة المطبوعة يغلب فيه أنه لم يقرأها قراءة كاملة واعية فلا يصح أخذه بمضمونها . غير أن هذا الشك مردود بان التعاقد يجب عليه أن يقرأ كل ما يوقع عليه وأنه لا يجوز له أن يعتذر بعدم قراءته للتوصل من التزاماته . وغاية الأمر أنه عند التعارض بين عبارتا العقد المطبوعة وعباراته المخطوطة تغلب الأخيرة على الأولى ..

وفي هذا الصدد يقول العلامة السنهوري (1) أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر النص الواضح غير المعبر حقيقة عن الإرادة إلا بشرطين :

الشرط الأول : هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك ، ويستخلص من هذا أن الأمر القاضي يأخذ بادئ الأمر بالإرادة الظاهرة ، وهذه الإرادة هي المعنى الواضح للعبارة الواضحة ، ولكن لا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا على أساسا أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام الدليل على أن هناك تغاييرا ما بين الإرادتين ، وجب أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة .

والشرط الثاني : هو أن القاضي إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب ، ولمحكمة النقض الرقابة على محكمة الموضوع في ذلك ، من طريق الرقابة على تسبيب الحكم ، فلمحكمة الموضوع أن تعدل عن المدلول الظاهر لعبارة العقد الواضحة بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر على خلافه ، وكيف أفادت تلك الصياغة هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها اعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها ، فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانونا أن يبنى عليها .

ويقول الدكتور فرج الصدة : " فقد تكون عبارة العقد واضحة ، ولكن ظروفه وملابساته تدل أن المتعاقدين قصدا معنى غير الذي يفيدته التعبير ، وحينئذ يجوز للقاضي أن يترك المعنى الظاهر الذي تفيدته عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير ، ويراه أكثر اتفاق مع إرادة المتعاقدين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد إلى المعنى الذي رجحه ، بحيث يتبين من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها " (2) .

وبالنسبة لموقف بعض الفقه الفرنسي من المسألة فنجد أن هناك من يرفض فكرة التفرقة بين العبارات الواضحة والعبارات غير الواضحة كشرط للتفسير طالما أنه توجد فيه محكمة نقض بإمكانها أن تراقب أي تشويه أو تحريف لعبارات العقد . ويفترح البعض معيار جديدا وهو معيار وجود نزاع بين الطرفين ، فهذا الشرط الوحيد يكفي لتدخل القاضي لتفسير بنود العقد (3) .

1 - الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ص 32 .

ينظر أيضا : رأي نفس الفقيه في مؤلفه : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 391 ، ص 490 و 491 .

2 - د/ عبد المنعم الصده : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 333 ، ص 457 .

3 - J.L. Santa Maria . « les systèmes d .interprétation des contras » . O.P Cit .p 31 .

الإتجاه الثاني : المنكر للتفسير العبارة الواضحة :

نازع الرأي السابق جانب آخر في الفقه المصري (1) ، وهو أقلية ذاهبا إلى القول بعدم جواز تفسير العبارات الواضحة إعمالا لحكم المادة 1/150 مدني مصري ، ذلك أن التفسير في هذه الحالة قد يؤدي إلى التوصل من بنود العقد ، ويفتح الباب للانحراف عن المعنى الواضح للعبارة عن طريق التفسير بحجة أن اللفظ رغم وضوحه لا يعبر عن حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

وقد سمي النص التفسير الواضح بالانحراف ، وذلك للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين ، فالمشرع اعتبر وضوح العبارة يؤدي بالضرورة إلى وضوح الإرادة . كما استند هذا الرأي بالمذكرة الإيضاحية للنص (2) ، والتي أفادت هذا المعنى . وترى أن هذا الخلاف الذي نشأ قد أتى نتيجة الصياغة التي صيغت بها المادة ، وإن كانت قد فندت مسلك قضاء النقض في ظل التقنين الملغى والذي أكد على أن لمحكمة الموضوع الأخذ بظاهر العبارات إذا لم تعم المبرر لديها بالعدول .

كما أكدت المذكرة أيضا على أن الوضوح في اللفظ القصد منه الكشف عن الإرادة الحقيقية وعدم معارضته لها فلو أن النص صيغ بما يحقق هذا المضمون لما نشأ الخلاف . وكان الأصل أن التفسير لا يرد على العبارات الواضحة إذا كان يبين من ذلك مطابقتها للإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

وكمثال على ذلك : أن ينص في "عقد العارية" على حق المستعير في "استغلال" الشيء المعار ، في حين أن المقصود هو "استعمال" هذا الشيء دون استغلاله بتمكين الغير من استعماله في هذه الحالة .

ويذهب الدكتور أبو عافية (3) ، وهو من أول وأشد المدافعين عن هذا الرأي ، إلى القول بأن الفقرة الأولى من المادة 150 من التقنين المدني المصري ، تمنع تفسير العبارة الواضحة ، وذلك بالاستناد إلى أن القانون الفرنسي الذي لم يعرف هذه القاعدة ، وإلى أن هذه المادة مستوحاة من الفقه الإسلامي ، الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة . ولا يقتصر على اعتبارها مجرد دليل على الإرادة الباطنة ، وبالتالي لا يبيح الدليل العكسي عند وضوح وجلاء عبارة العقد .

ويقول المستشار عزت صنورة (4) ، وهو من أنصار الرأي الثاني :

"إن العبارة هنا ، في هذا المثال السابق الذكر ، صريحة وواضحة ذات معنى واحد لا يتعارض لا مع باقي عبارات العقد ولا مع طبيعته ، ومن ثم ينتفي فيها الغموض المبرر للتفسير ، ويكون حقيقة النزاع في هذه الحالة هي ادعاء ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ...

1 - د/ أحمد زكي الشيني : " تكوين العقد و تفسيره " ، رسالة ، جامعة مصر ، ص 60 .

- د/ محمد جمال الدين زكي : " نظرية الالتزام ، المصادر " دار النهضة العربية ، طبعة 1976 ، ص 198 .

- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 8 ، ص 9 .

2 - جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري : " إن القاضي ينبغي أن لا يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أو لا ، فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته ، وغني عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض " .

نقلا منا عن الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 392 ، ص 492 ، هامش 1 .

3 - د/ محمود أبو عافية : " التصرف القانونية المجرد " ، الرسالة السابقة ، ص 284 ، هامش 8 .

4 - د/ عزت صنورة : " سلطة القاضي في تعديل المعاملات " ، طبعة أولى ، القاهرة ، سنة 1994 ، ص 55 .

د/ عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام في القانون اللبناني " ، المرجع السابق ، ص 376 .

وفي ذلك مخالفة صريحة لحكم المادة 150 فقرة أولى مدني مصري ، وتحايل على قواعد الإثبات التي تقضي بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا الكتابة أو ما يقوم مقامها قانونا .

الاتجاه الراجح حسب رأينا :

بعد أن استعرضنا الرأيين ، الأول المنادي بمبدأ التوسع في التفسير ، والثاني المتمسك بالتفسير الضيق ، فإنه ومن وجهة نظرنا نؤيد ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول على نحو ما أوضحناه ، وهو ما نؤكد وتسلكه محكمة النقض الفرنسية والمصرية ، وما استقرت عليه نصوص القوانين العربية ، وذهبت إليه المحاكم العربية التي لم تأخذ بهذه القاعدة بتمامها . ويمكن أن نبرر ذلك أيضا أنه ورغم أن النصوص التي تضبط عمليات تفسير العقود في التشريع الجزائري والمصري لم تبين حالات تفسير النص الواضح ، واكتفت فقط بحظر التفسير في حالة وضوح نص العقد ، إلا أن هذه النصوص القانونية ليست مطلقة ، والقاعدة تقضي بأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يقيد . فمادام أن القانون نفسه لم يمنع صراحة تفسير العبارة الواضحة المقترنة بوضوح الإرادة . فلا يمكن للقاضي أن يقيد نفسه دون وجود نص ضابط ، ومقتضيات الاجتهاد توجب عليه أن يفسر العقد الواضح طالما أنه ثبت لديه مع انسجام النية المشتركة للطرفين مع ألفاظ العقد رغم وضوح هذه الأخيرة ، ولا تثريب عليه إن هو فعل ذلك على أن شرط يبين ذلك في حكمه دوافع خروجه عن مقتضى العبارات ، وهذا ما يتماشى مع روح التفسير⁽¹⁾ .

إضافة إلى ذلك فالمشرع نفسه لم يعرف لنا مفهوم الشرط الواضح ، ولا يوجد معيار للترقية بينه وبين والشرط الغامض ، حيث من الممكن أن تكون لدينا شروط واضحة ولكن متعارضة داخل نفس العقد ، وما قد يراه البعض واضحا يراه البعض الآخر خلاف ذلك .

2- موقف بعض القوانين العربية :

من خلال اطلاعنا على نصوص التقنيات العربية كلها وجدنا أن التشريعان المغربي والتونسي كانا بحق أكثر وضوحا ودقة حينما لجأ إلى أسلوب تعداد الحالات التي يكون فيها العقد محلا للتفسير ، وذلك بخلاف نظرائهما ، الجزائري والمصري وباقي التشريعات العربية⁽²⁾ .

1 - وهذا ما أشارت إليه على سبيل المثال المذكرة التفسيرية للقانون المدني الكويتي بخصوص نص المادة 193 فقرة أولى المشابهة لنص المادة 111 مدني جزائري ، حيث جاء فيها (المذكرة) ما يلي : " إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة ، فإنها لا تكون في حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضي أن يأخذ بمعناها الظاهر دون أن ينحرف عنه ، فلا مسأغ للاجتهاد في موضع النص .

بيد أنه لا يكفي ، لكي تتمثل العبارة الواضحة ، وبالتالي في غير حاجة إلى تفسير ، أن تكون واضحة في حد ذاتها ، مع ذلك فلا يكتنفها الغموض أو البس بالنسبة إلى حقيقة مدلولها ، كما إذا تعارضت مع عبارة أخرى ، فالعقد كل ، ينظر إليه في مجموعه ، ولا ينظر إلى جزئياته مستقلا عن البعض الآخر .

المذكرة التفسيرية للقانون المدني الكويتي ، مجلة " الكويت اليوم " ، العدد 2335 ، السنة 27 ، ص 146 و 147 .

2 - جل التشريعات العربية وردت فيها هذه العبارة الموروثة عن التشريع المصري (المادة 1/150 مدني) ومفادها :

" إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

ينظر : المادة 1/111 مدني جزائري ، و المادة 151 مدني سوري ، و المادة 1/169 مدني قطري ، و المادة 126 / أ مدني بحريني ، و المادة 1/ 239 مدني أردني ، و المادة 1/101 مدني سوداني ، و المادة 1/265 مدني إماراتي ، و المادة 1/152 مدني ليبي ، و المادة 1/ 193 مدني كويتي .

حيث اتسمت نصوص القانون الجزائري بعدم الدقة وبالاختصار المخل الذي لا يكشف عن حقيقة المقصود من هذه المواد ، بحيث لم تحدد بالضبط الحالات التي يجوز فيها التفسير والحالات التي لا يجوز فيها التفسير، أي لا يجوز فيها الانحراف عن تفسير عبارات العقد ، وهو الأمر الذي أربك القضاء وفرق الفقه أكثر مما جمعه .

فالمشرع المغربي ، وبعد أن حدد في المادة 461 من المدونة المدنية الحالة التي لا يجوز فيها الاجتهاد في التفسير إلى حد الانحراف ، لجأ في المادة 462 من المدونة ، وحدد حصرا الحالات التي يجوز فيها التفسير أو التأويل كما يسميه ، حيث جاء فيها :

" يكون التأويل في الحالات الآتية :

1 - إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد .

2 - إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها ، أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها .

3 - إذا كان الغموض ناشئاً من مقارنة بنود العقد المختلفة ، بحيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود .

وعندما يكون للتأويل موجب ، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل " .

ونفس المنهج في الصياغة القانونية اتبعه المشرع التونسي ، حين حدد حالة عدم الانحراف بتأويل العقد في المادة 513 من مجلة العقود والالتزامات ، وتبعها في المادة 514 بعد تعديلها سنة 2005 ، مقررًا نفس الحكم بقوله :

" يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية :

- أولاً : إذا كانت عباراته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره .

- ثانياً : إذا كانت عباراته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها .

- ثالثاً : إذا كان موجب الريب تناقضاً في فصول الكتب أوجب تردداً في حقيقة مدلولها " .

وهناك طائفة أخرى من التشريعات العربية ، لم تحذو حذو القانون الجزائري والمصري وما شابههما ، كما لم تتح منحى القانونين المغربي والتونسي ، وإنما تأثرت بمنهج مجلة الأحكام العدلية في التفسير .

ونأخذ على سبيل المثال التشريع العراقي الذي تضمن قاعدتين تفسريتين استمد أحكامهما من الفقه الإسلامي الحنفي :

- القاعدة الأولى : وردت في صلب المادة 155 فقرة ثانية من القانون المدني ، ومقتضاها أنه : " الأصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز " (1) .

- والقاعدة الثانية : وردت في صلب المادة 157 من القانون المدني ومقتضاها أنه : " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " (2) .

1 - وتقابلها المادة 12 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 2/ 158 مدني إماراتي ، والمادة 2/26 مدني سوداني ، والمادة 1/214 مدني أردني .

2 - وتقابلها المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 259 مدني إماراتي ، والمادة 97 سوداني ، والمادة 215 أردني .

ويستنتج من هاتين القاعدتين أن المشرع العراقي في هذا المجال يأخذ كأصل بالإرادة الظاهرة ، مستندا في ذلك إلى الفقه الإسلامي⁽¹⁾ . ولا يقتصر على اعتبارها مجرد دليل على الإرادة الباطنة . وبالتالي فهو يجيز الدليل العكسي عند وضوح عبارة العقد وصراحتها.

3- بعض التطبيقات القضائية لتفسير العبارات الواضحة المقترنة بوضوح الإرادة :

باطلاعنا على العديد من الاجتهادات القضائية العربية التي وفقنا في الحصول عليها ، وجدنا أن جلها تقريبا يؤيد مبدأ التوسع في تفسير العبارات الواضحة ، وهو ما يعزز رأينا المؤيد للاتجاه الفقهي الأول ، ومن العينات التي نقدمها ما يلي :

حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1932/3/10 ورد فيه :

" لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أو في بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاستها ، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها إلى خلافه بشرط أن تبين أسباب حكمها لم عدلت عنه ، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبار مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها ، فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانونا أن ينبني عليها .

وبناء على ذلك لا يصح ، عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من أحد طرفي العقد بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من الطرف الآخر بلا قيد ولا شرط ، أن يعتبر المحكمة هذا التنازل نهائيا من غير أن تبين في حكمها كيف تلاقي كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلافيا محققا لغرض القانون ومؤديا إلى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائيا مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب⁽²⁾ .

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية جاء : " أن النص في المادة 1/150 مدني على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، يدل على أنه ولئن كانت قواعد التفسير تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة المتعاقدين ، إلا أن المقصود وليس وضوح اللفظ . فقد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح في ذاتها ، ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يغم المعنى المستخلص منها ، فلا يجوز للمحكمة ، وهي تعالج تفسير المحررات ، أن تعتبر بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة " ⁽³⁾.

وقضت نفس المحكمة أيضا في نفس الإطار : " مهما يقل بأن للمحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصود العاقدين ، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغة المعنى الذي أخذت به ورجحت أنه مقصود العاقدين ...

1 - د/ شوقي إبراهيم علام : " القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي " ، المرجع السابق ، ص 2508 وما بعدها .
2 - نقض مدني ، جلسة 10 مارس 1932 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 1 ، رقم 40 ، س 1 ق ، ص 83 .
3 - نقض مدني مصري ، جلسة 20 يناير 1983 ، في الطعن رقم 593 ، سنة 52 ق .

بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت " في تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها ، فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيبا بقصور أسبابه " (1).

كما ذهب ذات المحكمة في نفس المعنى : " أنه إذا كان الحكم قد التزم في تفسيره للشرط المتنازع عليه في العقد المعنى الظاهر لعباراته وضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان فلا يكون مطالبا بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر فيكون عليها عندئذ أن تبين علة هذا العدول (2) . وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الرأي مرارا وتكرارا (3) .

وفي نفس الإطار قضت محكمة التعقيب التونسية أنه : " دور القضاة ينحصر فحص ما يقدمه المتنازعون من حجج و تقديرها ثم البث في القضية على ضوءها دون سواها . وإذا كان هناك موجب لتفسير العقد الرابط بين الطرفين المتنازعين لابد من البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإرادتهما الحقيقية والحكم بغير ما أراده الطرفان وإقناع ما تقتضيه العدالة فيه مخالفة لأحكام الفصلين 242 و 243 مجلة الالتزامات والعقود . تكون قد جاءت عن وظيفتها الحيادية المحكمة التي أثارته من تلقاء نفسها دفعات لم يتمسك بها من جعلت لمصلحته كما أفرطت في السلطة الممنوحة لها قانونا وأدى ذلك إلى إهمال العقد الذي هو شريعة الطرفين وقانونها الذي التزاما به " (4) .

كما قضى المجلس الأعلى بالمغرب أن صراحة ألفاظ النص لا تحول دون تأويله إذا تعذر التوفيق بينها وبين الغرض الواضح المقصود من العقد (5) . كما قضت محكمة التمييز اللبنانية : " إن على المحكمة أن تتحرى نية المتعاقدين الحقيقية دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، وأن تختار المعنى الذي يكون أكثر ملائمة لغاية العقد وروحه " (6) .

1 - نقض مدني مصري ، جلسة 3 جانفي 1946 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 5 ، رقم 210 ، ص 449.

2 - نقض مدني ، جلسة 15 فيفري 1962 ، مجموعة الأحكام ، طعن رقم 40 ، السنة 13 ق ، ص 259.

ونقض مدني ، جلسة 21 جوان 1962 ، نفس المجموعة ، طعن رقم 123 ، السنة 13 ق ، ص 824.

3 - ينظر في هذا المعنى أيضا :

نقض مدني في 2 جانفي 1983 ، رقم 1298 ، س 51 ق . ونقض في 12 جانفي 1983 ، رقم 1299 ، س 51 ق.

ونقض في 27 مارس 1984 ، رقم 1806 ، س 50 ق . ونقض في 17 أبريل 1984 ، رقم 1780 ، س 50 ق.

ونقض في 10 جانفي 1985 ، رقم 1234 ، س 49 ق . ونقض في 31 مارس 1985 ، رقم 794 ، س 52 ق.

و نقض في 10 فيفري 1986 ، رقم 1966 ، س 51 ق . ونقض في 17 فيفري 1986 ، رقم 1797 ، س 50 ق..

4 - قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 12 جوان 1995 ، عدد 37937 ، نشرية محكمة التعقيب سنة 1995 ، ص 448 .

مجموعة أ/ سامي بن فرحات : " موسوعة فقه القضاء التونسي " ، المرجع السابق ، رقم 61 ، ص 20.

وفي نفس المعنى : قرار تعقيبي مدني ، بنفس التاريخ ، 12 جوان 1995 ، عدد 37939 ، نشرية محكمة التعقيب ،

سنة 1995 ، ص 463 . مجموعة أ/ سامي بن فرحات ، المرجع السابق ، رقم 62 ، ص 20.

5 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 7 جانفي 1976 ، منشور بمجلة المعيار ، العدد 11 ، ص 45 .

6 - قرار محكمة التمييز ، مدني ، بتاريخ 4 فيفري 1976 ، رقم 48 ، ص 222..

وفي نفس المعنى قضى في لبنان : " بأن تفسير العقد يجب أن يكون مستخرجا من إرادة العاقدين بينما باشرا عقدهما .

وأنه لا عبرة بعد ذلك للألفاظ والمباني " .

محكمة الاستئناف ، مدنية ، بتاريخ 19 نوفمبر 1947 ، رقم 3 . طعن رقم 288 ، س ق 1984 ، ص 76 .

وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة فنجد أنه كان الأسبق في الأخذ بهذا الرأي الذي رجحناه وانتهينا إليه ، وقد رأينا سابقا عن عرض مذاهب التفسير كيف أن الفقه هناك يميل إلى ترجيح مذهب الإرادة الباطنة ، وهو ما يبرر عملية تفسير العبارة الواضحة . فالعبارة هي بالإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين بالدرجة الأولى .

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في الكثير من أحكامها (1) ، أين أطلقت العنان للقاضي حتى يتعدى إلى تفسير العبارة الواضحة للبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف كلما اقتضت الحاجة ذلك ، وكلما تبين للقاضي وجود مبررات معقولة لذلك ، لكن بشرط أن يعلل ويسبب ما ذهب إليه من مخالفة للعبارة الواضحة .

أما عن موقف القضاء الجزائري فنجد أنه قد سار على درب سابقه بعد أن قررت المحكمة العليا أنه : " من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ..."

ولما ثبت ، في قضية الحال ، أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها . يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد . ومتى كان كذلك إستوجب نقض الرفض " (2) .

ونشير هنا إلى أنه لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل فقرة أو جملة أو تعبير على حدة ، بل وضوح دلالة العقد بصورة عامة إستنادا لمجموع ما جاء في عباراته . لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء ، متكاملة الأحكام . ولهذا قد يتسم العقد بالغموض بالرغم من وضوح عباراته ، ويستدعي التفسير بحثا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

كما لو ذكر في العقد أن المدين يلتزم بدفع فوائد الدين ومعدلها 4 % ثم ذكر في ذات العقد أنه يلتزم بفائدة مقدارها 5 % . فإن كلا من العبارتين واضحة ، ومع ذلك يظهر الغموض في الدلالة على ما تقصده الإرادة المشتركة ، فيقع على القاضي عبء تفسير العبارتين بحثا عما قصدته الإرادة المشتركة في ضوء طبيعة التعامل وظروف العقد والعرف الجاري ، وانطلاقا من مبادئ العدالة وحسن النية (3) .

ثانيا - نطاق سلطة القاضي في تفسير العبارة الواضحة غير المتطابقة مع الإرادة :

الأصل في تفسير الوضوح هو أن يبقى القاضي ملزما بتطبيق ما جاء في العقد عندما يتضح له بتفحص العقد أن عباراته واضحة وتتفق كلية مع إرادة أطرافه ونيتهم المشتركة . وعليه فإن أي تفسير للعبارة الواضحة من قبله تشكل انحراف أو تشويها للعقد في حد ذاته وهو الأمر الذي لن يفلت من رقابة جهة النقض . فالخروج عن المعنى ينطوي على تعديل لعقد لا يملكه القاضي " (4) .

1 -Cass.Civ- 15 avr 1872. Dalloz.1872-1-176. Cass .Civ. 1 mai 1886 . Dalloz. 1887-1-217.

Cass .Civ. 26 janv 1914 . Seiry.1919-1-127. Cass .Civ. 28 mars 1921. Dalloz. 1922-1-79

Cass .Civ. 16 mars 1925. Seiry .1925-1-166. Cass .Civ. 20 janv 1970. Bull..Civ 71 .n°24. p20.

2 - قرار الغرفة المدنية بتاريخ 23 جويلية 1997 ، ملف رقم 149300 ، م ب ق ، سنة 1997 ، العدد الثاني ، ص 51.

3 - د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص 236.

4- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 361 ، ص 276 .

فالقاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، خاصة إذا تطابقت مع عبارات العقد ، فلا يجوز تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤادها الواضح على معنى آخر ، لأنه لا مجال للإجتihad في موضوع العقد طالما أن عباراته واضحة .
فسلطة القاضي في تفسير العقد مقيدة بضابط قانوني مهم وهو ضرورة عدم التحريف والمسوخ أيا كان الدافع لإجرائه ، حتى ولو اقتضته عدالة القاضي (1).
أما إذا ظهر العكس ، كما في حالة عدم تطابق الإرادة مع العبارة ، وهي في الواقع صورة من صور الغموض ، فيكون للقاضي سلطة التفسير . ولا يعد ذلك تحريفا للعقد ، لكن بشرط تعليل حكمه .

وبعبارة أخرى إذا اتضح للقاضي أن الألفاظ المستعملة في محرر العقد لا تعبر عن حقيقة نية الأطراف كنا بصدد عبارة غير جلية الدلالة وكان العقد حينها محتاجا للتفسير . فالعبرة في الوضوح في العقد محل بحث وليس بوضوح أو بغموض مجرد .
فالغموض أو عدمه حالة تتصل بعقد محدد بالذات . فليست العبرة بوضوح عبارة أو لفظ في حد ذاتها بمعزل عن باقي العقد ، ذلك أن العبارة الواضحة في ذاتها قد تثير غموضا في إطار مجموعة العقد مما يخلع عليها في الحقيقة صفة الوضوح ، وعلى العكس فإن العبارة الغامضة في ذاتها قد يتضح مدلولها بالرجوع إلى باقي نصوص العقد بحيث تكون واضحة في إطار العقد بمنأى عن التفسير (2).

وعدم الوضوح أيضا يظهر إذا ما كانت عبارة المحرر تحتل أكثر من معنى ، فإذا أخذت المحكمة بأحد هذه المعاني ، فينعى عليها بأنها لم تأخذ بتفسير آخر كانت تحتلمه عباراته لا يعدو أن يكون جدلا فيما يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية (3) .
فالشرط الوارد في العقد يكون واضحا إذا كان لا يحتمل أكثر من معنى وفقا لإرادة المتعاقدين من وظروف المنازعة . فلا يعتبر الشرط غامضا لمجرد التشكيك في وضوحه من أحد طرفي العقد .

وتقدير الوضوح من عدمه يكون بالنظر لمجموع العقد وكافة الظروف المحيطة به وإرادة المتعاقدين ، لأن الغموض غموض الإرادة لا اللفظ . كما أنه يفترض في عبارة العقد الواضحة أنها تمثل إرادة الطرفين المشتركة ما لم يثبت عكس ذلك .

وعدم الوضوح لا يتعلق بعبارة العقد و إنما يكون من شأن العبارات المستعملة إضفاء الغموض على العقد في مجموعة ، بحيث يظهر عدم انسجامه مع مضمون نية الطرفين ، فيجب على المحكمة عندها أن تفسره على أن ينصب تفسيرها على العقد أو المحرر ككل وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة لاستجلاء معنى كل عبارة وردت فيه (4).

1 - د/ أحمد محمود سعد : " السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، سنة 1977 ، ص 30 .
2 - د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للانترام " ، المرجع السابق ، فقرة 362 ، ص 277 .
3 - نقض مدني مصري ، جلسة 27 ديسمبر 1981 - الطعن رقم 1233 ، لسنة 48 ق .
4 - نقض مدني مصري ، جلسة 22 مارس 1983 ، الطعن رقم 1843 ، السنة 49 ق .
و نقض مدني ، جلسة 21 فيفري 1984 ، الطعن رقم 1528 ، لسنة 53 ق .

وقد استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه غير متعارض مع إرادة وحقوق عاقدتها مستعينة بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، أي أن من حق المحكمة تفسير صيغة العقد وردها إلى الواقع القانوني الذي ينطبق عليها وليس لما يضيفه عليها الأطراف من عبارات ووصف (1).

ثالثاً- ضوابط سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة غير المتطابقة مع الإرادة :

للقاضي السلطة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها ، في ضوء ظروف الدعوى وملايساتها، على أن يأخذ بالإرادة الظاهرة عند وضوح العبارة على أساس أن الإرادة الظاهرة لا تختلف عن الإرادة الباطنة ، بل هما واحدة ، أي أن الإرادة الظاهرة ليست سوى دليل على الإرادة الباطنة . فإذا ثبت العكس ، أي وجد الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، وجب على القاضي حينها أن يأخذ بالإرادة الباطنة وإن خالفت الإرادة الظاهرة شرط أن يعلل الأسباب ، بحيث يتضح أن القاضي قد أخذ في تفسيره باعتبار مقبولة يصح منها منطقياً استخلاص ما توصل إليه.

ونعيد التذكير بأن القاضي وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية في تفسير العبارات الواضحة غير مطلق الحرية ، ولا سيما في عقود المساومة وسائر العقود العادية التي لا إذعان فيها ، إنما يخضع لضوابط قانونية وعملية يتعين عليه مراعاتها ، تحت سلطان رقابة محكمة النقض وهي :

أولاً- عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة الفردية لكل منهما ، إذ أن الإرادة المشتركة هي التي أنشأت العقد ، ومن ثم فهي التي تلزم القاضي وتقيده عند التفسير .

ثانياً- عليه أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد إلى المعنى الذي رجحه ، بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبار مقبولة تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها .

ويجب على القاضي "المفسر" أن يعلل تعليلاً منطقياً حكمه بأن يذكر بدقة في حيثيات حكمه الأسباب التي أدت به إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد إلى المعنى الذي توصل إليه إلى غير (2) ، وإلا نقض الحكم لقصور التسبيب (3) .

1 - محكمة التمييز الأردنية ، قرار رقم 581 / 1991 مدني ، منشورة بمجموعة التمييز الأردنية ، سنة 1991، ص 704 .

2- نقض مدني ، جلسة 15 فبراير 1962 ، طعن رقم 324 ، مجموعة أحكام النقض ، س 13 ، رقم 259 ، ص 40 .

نقض مدني ، في 13 فبراير 1956 ، طعن رقم 1782 ، س 51 ق .

نقض مدني ، في 11 جوان 1981 ، طعن رقم 246 ، س 48 ق .

3- يقول الدكتور د/عبد المنعم فرج الصده يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارة العقد ، دونما إنحراف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير وإلا يشكل ذلك تحريفاً لما قصده المتعاقدان ، ويكون سبباً لنقض الحكم . بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد ، فإنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

- " مصادر الإلتزام في القانون اللبناني " ، المرجع السابق ، ص 376 .

ويتعلق التسبب بمسألة قانونية مختلطة بالواقع يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ،
فالتعليل هو في الأصل مبدأ دستوري (1) ، ونقض الأحكام هو بمثابة تأنيب لقاضي
الموضوع لما ارتكبه من أخطاء واضحة وسوء تقدير بعدوله عن المعنى الواضح للفظ
المستعمل إلى معنى آخر دون أن يسبب ذلك تسبباً كافياً (2) ، بل وربما جزاء لتعسفه في
ممارسة سلطته التقديرية .

وللقاضي في هذه الحالة أن يعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها، بل يجب عليه أن
يأخذ بما تفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتباره وحدة متصلة متماسكة (3).
وقد كرست محكمة النقض المصرية مبدأ إلزامية تسبب الأحكام المتضمنة تفسير
العقود في الكثير من أحكامها حتى قبل صدور القانون المدني الحالي ، واخترنا منها حكماً
قديماً جاء فيه :

" لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أو
في مقصود العاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة
أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها بشرط أن تبين في أسباب
حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت هي
به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، وأن يتضح من بيانها أنها قد أخذت في تفسيرها
باعتبارات مقبولة يصح عقلاً حملها عليها " (4) .

ونفس المبدأ (مبدأ التسبب) نجده مكرساً في قضاء المحكمة الاتحادية العليا
بالإمارات العربية المتحدة ، حيث جاء في أحد أحكامها : " لمحكمة الموضوع سلطة تفسير
نص موضوع النزاع طبقاً لمقاصد الطرفين وأن تأخذ ترجحه من وجوه التفسير ولا تخضع
في ذلك لرقابة محكمة النقض متى اعتمدت في ذلك على اعتبارات مقبولة مؤدية إليه عقلاً
مستندة من ظروف الدعوى والشواهد فيها . . ولها في سبيل ذلك أن لا تتقيد بالمعنى الظاهر
لصيغ العبارات المسطرة في المحرر إذا ما وجدت مسوغاً للعدول عن المعنى الظاهر إلى
سواه استبان أن نية الطرفين قد انصرفت إليه ، على أن تبين في حكمها الأسباب المؤدية إلى
ما ذهبت إليه " (5) .

ونفس المبدأ كرسته محكمة النقض السورية في حكم حديث لها جاء فيه :
" أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن عقد الإيجار عقد رضائي يخضع في قيامه لمبدأ
سلطان الإرادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيدة لهذا المبدأ في حدودها ودون
مجاوزة لنطاقها .

- 1 - جاء في المادة 144 من دستور الجزائر لسنة 1996 : " تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية " .
- 2 - نقض مدني 7 ماي 1964 مجموعة أحكام النقض ، س 15 ، رقم 651 ، ص 104 .
د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 267 ، ص 425 ، هامش 69 .
- 3 - نقض مدني ، جلسة 20 جانفي 1972 ، مجموعة أحكام النقض ، س 23 ، رقم 101 ، ص 16 .
و نقض مدني ، جلسة 7 ماي 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، س 25 ، رقم 808 ، ص 123 .
و نقض مدني ، جلسة 7 أفريل 1975 ، مجموعة أحكام النقض ، س 26 ، رقم 755 ، ص 178 .
و نقض مدني ، جلسة 3 ديسمبر 1980 ، مجموعة أحكام النقض ، س 31 ، رقم 1992 ، ص 370 .
و نقض مدني ، جلسة 6 جانفي 1981 ، في الطعن رقم 208 سنة 46 ق .
و نقض مدني ، جلسة 28 مارس 1982 في الطعن رقم 1324 ، سنة 48 ق .
- 4 - نقض مدني ، جلسة 21 مارس 1935 ، مجموعة القواعد القانونية ، س 1 ، رقم 238 ، ص 646 .
- 5 - نقض مدني إماراتي ، رقم 57 ، بتاريخ 27 سبتمبر 1983 ، المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، الإمارات ، ج 3 ، ص 277 .

كما أنه من المقرر أنه ، وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود المتعاقدين ، إلا أن ذلك مشروط بالأخرى في تفسيرها عما تحتمله عبارات تلك العقود أو تجاوز المعنى الظاهر لها وأنه على القاضي إذا ما أراد حمل عبارة المتعاقدين على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر العدول عن هذا المدلول الظاهر إلى خلافه وكيف أفادت تلك العبارات المعنى الذي أخذ به ورجح أنه مقصود المتعاقدين ، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن محكمة الموضوع قد اعتمدت في تأويلها لها على اعتبارات معقولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها " (1) . وكذلك قضت محكمة التمييز اللبنانية : " إن لمحكمة الأساس الحق المطلق في تفسير مضمون المستندات إن لم تكن واضحة بالنسبة للحق المنازع فيه والمعدة لإثباته ، بحيث لا يمكن النعي عليها حتى بالتشويه . وعندما يكون الصك واضحا وتفسره بخلاف منطوقه الظاهري ، دون أي تعليل ، فإذا ما عللت تفسيرها حتى لمثل هذه الحالة تكون قد مارست حقها بالتفسير وامتنت رقابة محكمة التمييز عليها بهذا الصدد " (2) .

كما قضت محكمة التعقيب التونسية أنه : " يرجع لتفسير العقد وتأويله وبيان مقاصد الطرفين إلى محكمة الموضوع بشرط التعليل ، إلا أنه لا يسوغ للمحكمة تأويل الكتب قانونا إذا كانت عباراته صريحة ، وإذا تم ، فإن الحكم المطعون فيه قد جاء خارقا للقانون بصورة تعرضه للنقض من هاته الناحية " (3) .

وفي تعليقه على هذا القرار التونسي يرى بعض الفقه (4) أن هذا الموقف الذي اتخذته محكمة التعقيب ، صعب التعليل ، فهم يعيرون على لفظ " عبارة واضحة وصريحة " عدم الدقة ، وبالتالي يكون من الصعب الفصل بين التفسير والتشويه ، فكيف ومتى يمكن القول بأننا أمام عقد واضح وصريح العبارة ، بحيث لا يستطيع القاضي أن يفسره دون أن يفسد معناه ويشوّهه ؟ "

ويرجع اشتراط التسبيب أو التعليل في هذه الحالة (تفسير العقد الواضح في معناه دون نية طرفيه) وعدم اشتراطه في الحالة السابقة (تفسير العقد الواضح عبارة وإرادة) إلى أن المعنى الظاهر للفظ الواضح يفترض فيه أنه يمثل إرادة العاقدين ، فلا يحتاج الأخذ به إلى تسبيب ، ولا يسوغ العدول عنه إلى غيره إلا بناء على أسباب سائغة معقولة . وقد قالت محكمة النقض المصرية في ذلك أنه : " إذا كانت المحكمة في تفسيرها ورقة من أوراق الدعوى لم تخالف ظاهر معناها ، فلا يكون عليها أن تورد أسبابا لذلك ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد صرفت اللفظ عن ظاهر معناه ، فيكون عليها أن تبين ما حملها على هذا التصرف " (5) .

1 - تمييز مدني ، بتاريخ 27 فيفري 1970 ، ق 92 ، مجموعة حاتم ، ج 9 ، ص 21 .

2 - نقض مدني ، بتاريخ 11 أفريل 2001 ، طعن رقم 1517 ، لسنة 63 ق .

وكذلك تمييز لبناني : تاريخ 11 ماي 1955 ، ق 50 . مجموعة حاتم ، ج 24 ، ص 57 .

3 - تعقيب مدني ، بتاريخ 21 ماي 1981 ، عدد 3746 ، نشرية محكمة التعقيب ، تونس ، سنة 1982 ، ج 2 ، ص 57 .

وفي نفس المعنى : تعقيب مدني ، بتاريخ 23 جانفي 2001 ، عدد 2154 ، نشرية م التعقيب ، تونس ، سنة 2001 ، ص 43 .

أوردتهما : أ/ سامي بن فرحات : " موسوعة فقه القضاء التونسي " ، المرجع السابق ، على التوالي :

قرار رقم 34 ، ص 16 وقرار رقم 67 ، ص 21 .

4 - ينظر د / رضا المزغني ود/ عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 140 .

5 - نقض مدني ، جلسة 22 ماي 1947 ، مجموعة القواعد القانونية ، س 5 ، رقم 445 ، ص 206 .

وتبسط محكمة النقض رقابتها على قاضي الأساس في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة تعليل الحكم ، وعن طريق تكريس هذه الرقابة ترى ما إذا كانت محكمة الموضوع قد التزمت المعنى الواضح للفظ الظاهر. فإذا تبين ذلك لم تكن بحاجة إلى تعليل الحكم لهذه الجهة ، بل تكفي بالإشارة إلى وضوح المعنى الذي يعبر عن حقيقة مقاصد المتعاقدين . ولا تكون خاضعة في حكمها عندئذ لرقابة محكمة النقض .

أما إذا انصرفت عن المعنى الواضح إلى معنى آخر معتبرة أنه هو الذي ينطبق على قصد المتعاقدين فلا بد لها عندئذ من تعليل رأيها وإلا كانت خاضعة في حكمها لرقابة محكمة النقض .

ولهذه المحكمة أن تراقب تعليل الحكم ، فإن اقتنعت أن تعليل أسباب العدول عن المعنى الواضح إلى معنى آخر قد قام على اعتبارات تبرره صدقت حكم محكمة الموضوع وإلا نقضته للنقص في التعليل أيضا .

رابعا- هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح هو دليل على الأخذ بالإرادة الظاهرة:

بمقارنة هذه الحالة (وضوح العبارة والإرادة) بالحالة السابقة (حالة وضوح العبارة دون الإرادة) يتبين أنه إذا كان المشرع قد أوجب على القاضي أن يأخذ في الحالة الأولى بالإرادة الظاهرة من اللفظ الواضح، فليس ذلك لأنه يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الحقيقية، وإنما لأنه يفترض فقط مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الحقيقية فرضا قابلا لإثبات العكس ، فإذا قام الشك في صحة هذا الغرض ، جاز إثبات عكسه ، وعندئذ يتعين على القاضي أن يطرح الإرادة الظاهرة التي ثبت عدم مطابقتها للإرادة الحقيقية وأن يأخذ بهذه الأخيرة .

ومما سبق يتبين أن الشارع يحرم على القاضي الانحراف عن العبارة الواضحة في العقد ، لا يأخذ بالإرادة الظاهرة ، على أساس أن هذه هي الإرادة الباطنة ، أي يعتبر الأولى دليلاً أو معولاً على الثانية ، بحيث إذا ثبت للقاضي أن هناك تغييراً ما بين الإرادتين وجب عليه ألا يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل في أسباب الحكم ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، ومتى ثبت العكس ، فالعبرة هي بالإرادة الباطنة . ولهذا يستطيع القاضي أن يعدل عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة إلى معنى آخر تدل الظروف على أنه هو الأدنى إلى قصد المتعاقدين بشرط أن يبين هذه الظروف والأسباب في حكمه (1).

1 - قضت محكمة النقض المصري : " للقاضي السلطة في تفسير العقود والمحركات على وفق نية المتعاقدين أو نية الملتزم منها ولو اقتضى ذلك مخالفته للمعنى اللغوي للألفاظ التي صيغت بها ، وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يبين سبباً معقولاً لعدم اعتداده والأخذ بالمعنى الذي ذهب إليه "

نقض مصري ، جلسة 2 ديسمبر 1936 ، الطعن 63 ، السنة 6 ق.

وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 13 ديسمبر 1962 ، الطعن 289 ، لسنة 27 ق ، ص 2140.

ونقض مدني ، جلسة 21 ديسمبر 1994 ، الطعن 353 ، لسنة 56 ق ، ص 1627.

ونقض مدني ، جلسة 8 جانفي 1998 ، الطعن 5527 ، لسنة 61 ق . .

المطلب الثاني : **سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد غير الواضحة**

يعطي المشرع للقاضي سلطة أوسع في التدخل لتفسير عبارات العقد . وهو الأمر الذي لم يثر جدلا كبيرا لدى الفقه والقضاء بخلاف ما أثير بشأن تفسير العبارات الواضحة ، وربما يعود السبب إلى تباين مواقف الفقه والقضاء ، وليس التشريعات ، من مسألة الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق عرضه .
ويأخذ عدم الوضوح صورتين : صورة عدم وضوح العقد والإرادة معا ، وهو ما يعبر عنه بالغموض ، وصورة ابهام العقد والعجز عن تحديد إرادة أطرافه وفهم مضمونه ، وهو ما يعبر عنه بالشك .

وفي كلتا الحالتين تكون للقاضي الحرية في استجلاء النية المشتركة للمتعاقدين ، الغموض قد يتمكن القاضي من باللجوء إلى استعمال بعض الوسائل المادية ، وأيضا وسائل الإثبات في بعض الأحيان ، دون إهمال الجوانب الشخصية للمتعاقدين .
غير أنه قد يعجز القاضي عن استخلاص نية الطرفين المشتركة بالرغم من استهدائه بمختلف هذه العوامل التي وفرها له القانون . وهذا يعني أنه يوجد شك يحوط عبارات اللفظ بل وحتى إرادة الطرفين .

وفي هذه الحالة نجد المشرع قد حاول تسهيل مهمة القاضي حتى لا يبقى التفسير مستحيلا ، بأن نص على قواعد خاصة في مجال الشك ، وهي القواعد التي تختلف في تطبيقها في مجال عقود المساومة (وهو الأصل في إبرام العقود والأصل في تطبيق القاعدة) عنه في مجال عقود الإذعان (وهو الاستثناء في العقود وفي القاعدة) .
وسندرس سلطة القاضي في كل حالة ، مع أحكام كل قاعدة في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : حالة غموض العبارة

الفرع الثاني : حالة قيام الشك في حقيقة معنى العبارة الغامضة

الفرع الأول : حالة غموض العبارة

يختلف مفهوم الغموض عن مفهوم الوضوح من عدة أوجه ، ويترتب عن ذلك اختلافهما من حيث دور القاضي في التفسير . وقد رأينا أن القاضي بإمكانه التدخل حتى في تفسير العبارات الواضحة ، ومن باب أولى تعطى له هذه السلطة أيضا بشأن تفسير العبارات الغامضة ، وهو أمر لا يختلف فيه الفقه والقضاء كثيرا مادام أن التشريعات هي الأخرى متفقة على إسناد هذا الدور للقاضي .

ويلاحظ أنه كلما زادت سلطة القاضي في التفسير تقلصت رقابة جهة النقض عليه . وقبل شرح هذه الحالة نبدأ بعرض النصوص القانونية التي تنظم حكم هذه المسألة .

فقد جاء في **الفقرة الثانية من المادة 111 من التقنين المدني الجزائري أنه :**

" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ."

وهو نفس الحكم الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة 150 من التقنين المدني المصري ، لذا لا داعي لإعادة تكرار نصها ، كما ورد مثله في بعض القوانين العربية (1).

وبداية نشير أن المشرعان الجزائري والمصري قد استخدموا في المادة 2/111 والمادة 02/150 على التوالي عبارة " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ... " دون الإشارة إلى غموض العبارة أو وضوحها .

فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة ، أي يكتنفها الغموض ، فإنها تصبح في حاجة إلى استجلاء معانيها عن طريق التفسير ، ويستطيع القاضي بواسطته أن يزيل هذا الغموض لكي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين (2).

ويجب أن يفهم هذا المعنى مما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من أنه: " إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهم ، بحيث تحتل ، في جزئيتها أو في جملتها ، أكثر من معنى تعين الالتجاء للتفسير " . فالعبارة تكون غير واضحة إذا كانت في مجموعة العقد تعطي أكثر من معنى ، بحيث لا تعبر بوضوح عن حقيقة الإرادة . ويجب أن نفهم عبارة العقد على أنها مجموع عبارات العقد أي نصوصه في مجملها وليس عبارة أو جملة معينة (3).

1 - ينظر على سبيل المثال المادة 366 من قانون الموجبات و العقود اللبناني التي جاء فيها :
" على القاضي في الأعمال القانونية أن يقف على نية الملتزم الحقيقية (إذا كان الالتزام من جانب واحد) أو على قصد المتعاقدين جميعا (إذا كان هناك تعاقدا) ، لا أن يقف عند معنى النص الحرفي " .

ينظر كذلك : المادة 2/151 مدني سوري ، والمادة 2/152 مدني ليبي ، والمادة 2/101 مدني سوداني ، و المادة 2/239 مدني أردني ، و المادة 2/ 169 مدني قطري ، ، والمادة 2/ 193 مدني كويتي ، والمادة 125 فقرة (ب) مدني بحريني ، والمادة 2/165 مدني إماراتي .

2 - في عرض الصور المختلفة لغموض عبارات العقد التي تحتاج إلى تفسير :
ينظر : د/عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المدني المصري " ، فقرة 10 وما بعده ، ص 22 وما بعدها .

3 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 296 .

كما سبق وأن قدمنا فإن العبارة الواضحة قد تكون محلاً للتفسير إذا وجد مبرر لذلك ، مع أن التفسير في الأصل لا محل إلا بصدد غموض العقد كله أو جزء منه ، أو كان أساسه عبارة غامضة بداءة لا توضح المقصود منها ، ومن باب أولى إذا توافر هذا المبرر من العبارات الغامضة . فعلى محكمة الموضوع أن تبحث بكل الطرق عن النية المشتركة للمتعاقدين إذا لم تكن واضحة من عبارتهما ولا تعبر عن حقيقة الإرادة .

أولاً- المقصود بغموض العقد وأسبابه :

الذي يهمننا هنا هو غموض الإرادة بالدرجة الأولى أكثر من غموض التعبير ، مادام أن الفقه والقضاء لا يرى مانعاً حتى من تفسير العبارات الواضحة على النحو الذي رأيناه سابقاً . ويقصد بغموض العقد عدم الإيضاح عن الإرادة الحقيقية للطرفين المتعاقدين وتردد العبارات بين عدم وجود كل منهما فيحتمل الأخذ به ، بما يحتمل عدة تفسيرات ، ومن هنا يكون مبعث اللبس ويولد المبرر لالتهام للتفسير ، وعندئذ يلجأ القاضي إلى طرح المعنى اللفظي للمتعاقدين إلى المتعلق بالمعنى الحقيقي ، وهو النية المشتركة للطرفين .

ووجود الخلل في الصياغة يعتبر حالة من حالات غموض النص ، حيث أن تعدد الصياغة "القانونية" هي القالب الذي تصب فيه جوهر أو مضمون العقد ، لذلك لا بد أن تكون الصياغة محكمة ومنضبطة ، لأنها الترجمة الفعلية لإرادة العاقدين بطريقة تجعل محرر العقد معبراً عن المضمون وصالحاً للتنفيذ ، فإذا كانت الصياغة قد اعترها عيب أدى ذلك إلى اختلال عنصر التعبير وكان العقد غامضاً .

وقد يكون الخلل في الصياغة قد حدث في صورة خطأ مادي أو معنوي أو كان في صورة نقص أو قصور في عبارات العقد⁽¹⁾ . وربما يكون سببه التسرع في صياغة العقد . ومثال الخطأ المادي أن يتم إحلال لفظ محل لفظ آخر أو زيادة لفظ أو انقاصه أو وضع كلمة في غير الموضع المقصود فعلاً بالجملة ، ويؤدي ذلك إلى تغيير المعنى . ومثال القصور في التعبير أن يأتي العقد مقتضباً لا يتضمن كل ما يجب ذكره ، كإغفال حالة أو شرط لازم لتطبيق العقد .

وهذه الأخطاء في التعبير والاختلالات في المعنى غير مقتصرة على العقود فقد ترد حتى في نصوص قانونية واتفاقيات دولية .

وقد يكون سبب الغموض هو لجوء المتعاقدين أو أحدهما إلى الاستخدام المفرط للألفاظ والتعابير غير النفعية أو المصطلحات الأجنبية أو ذكر شروط لا طائل من ورائها أو يعمل بحكمها حتى ولو سكت عنها الطرفان فهذا ما يسمى عند الفقهاء بالإفراط اللفظي⁽²⁾ .

وقد يعود الغموض إلى طبيعة اللغة التي يحرق بها العقد ، خاصة وأن اللغة العربية تعج بمصطلحات وعبارات مشتركة ومجملة تظهر أنها متشابهة ولكنها في معناها القانوني عكس ذلك . وسوء اختيار الألفاظ أو سوء استخدامها يؤدي إلى الغموض . ويسري ذلك على العبارات ذات الطابع الفني⁽³⁾ ، وكذا العبارات ذات الطابع الأجنبي .

1 - ينظر قرار المحكمة العليا ، بتاريخ 13 أبريل 1983 ، ملف رقم 31315 ، م. ق ، سنة 1990 ، العدد 1 ، ص 19 .

2 - د/عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 215 .

3 - قضي في لبنان أنه : " عندما يقتضي تفسير نية المتعاقدين يؤخذ بعين الاعتبار معنى الكلمات المتوافق عليه ، وليس المعنى الوارد في المجالات المختصة " . منفرد مدني ، بتاريخ 25 مارس 1966 - 66 ، رقم 1056 .

وعادة ما يكون هذا الغموض سببه سوء التنسيق بين بنود العقد خاصة في حال تعددها مادام أن القانون لا يفرض عددا معيناً من البنود أو الصفحات .
ولكن ذلك لا يعني إنحسار الغموض اللفظي في هذه الأسباب فقط ، إذ قد يعتري الغموض تعريفاً من تعريفات سواء في ذاته أو عند مقارنته بتعريف إصطلاح آخر أو بالنظر لمجموع العقد .

وقد يكون للفظ أكثر من معنى لغوي أو أكثر من معنى قانوني (1) أو مشترك بين أكثر من معنى وكون المتعاقد جاهلاً أيضاً . فهذا يؤدي به على عدم انتقاء الألفاظ المناسبة والتي تعبر تعبيراً صريحاً وصحيحاً عن إرادته وإن كان هذا يمكن أن يحدث ليس من شخص جاهل ولكنه على علم بمدلول الألفاظ ولكن صياغته الفنية في غير موضعها الصحيح ، أو قد يكون المتعاقد على علم بكل شيء ولكن يتعمد الإبهام في الصياغة لمصلحة ينتقيها من وراء ذلك إما لتضييق التزاماته أو كثرة ما يريده من حقوق أو وضع مجموعة من الشروط تتعارض فيما بينها أو تأتي الشروط مشوشة التركيب فيثير الشك في القاضي ويدفعه على البحث عن المقصود الحقيقي والنية المشتركة للمتعاقدين .

والحقيقة أن أسباب غموض التعبير كثيرة ولا يمكن حصرها ، فمنها ما هو شخصي أي راجع على شخصية المتعاقدين ، ومنها ما هو موضوعي ، أي راجع إلى عبارات التعاقد نفسها ، وإن كانت ، الأخيرة نعتها على الناحية الشخصية للمتعاقدين . فمثلاً إذا كان المتعاقد جاهلاً فإنه لا يعي المدلول القانوني للألفاظ التي يستخدمها . وبالتالي قد يأتي اللفظ مشتركاً أكبر من معنى وتتعارض هذه المعاني فيما بينها . ويكون اللفظ قابلاً لأي منهما فلا يعرف المقصود منها ، وهو ما يعرف لدى علماء الأصول بالمشترك .

ومحصلة ما سبق نقول أن سبب الغموض قد يتحمل أطراف العقد معاً سهواً أو عمداً لتضليل الغير (2) ، وقد يتسبب فيه أحدهما أو وكيله . ومن المحتمل أن يكون سببه هو الغير الذي أسندت له مهمة تحرير هذا العقد سواء كان العقد عرفياً (كاتب عمومي مثلاً) أو رسمياً (موثق مثلاً) ، إذ أن مهارات الأشخاص في تحرير العقود وترجمتها تختلف من شخص إلى شخص ،

مع الإشارة إلى أنه لا توجد قواعد قانونية شكلية محددة في تحرير العقود وبياناتها ، لا في القانون المدني ولا في قانون التوثيق (3) ، وهي ظاهرة موجودة في الواقع الجزائري ، أين بقي تنظيم المسألة متروكاً للعادات والأعراف المهنية بالدرجة الأولى أو للاتفاقات العقدية (الشكلية الاتفاقية) ، مع أن هذه الشكلية أقل ضماناً من الشكلية القانونية ، حيث أن الشكلية الاتفاقية ليست عنصراً من عناصر التصرف ، ويمكن للأطراف استبعادها أو استبدالها ، كما أن مخالفتها لا يترتب بطلان العقد ، بخلاف لو تعلق الأمر بالشكلية القانونية ، ذلك أن البطلان لا يتقرر إلا بنص قانوني .

1 - مثل لفظ المنقول يقصد به السندات أو العقود أو النقود أو الأوراق المالية أو التجارية أو الأمتعة التي يمكن نقلها .
2 - ويتصور ذلك مثلاً في حالة وجود إتفاقات سرية بين الطرفين بهدف التحايل على القانون وعلى الغير . ولو أن الغير لا يلزم بمثل هذه الإتفاقات كما هو شأن الإتفاقات الصورية ، مع العلم أنه لا يوجد نص عربي يبين الحكم القانوني لهذه المسألة باستثناء نص المادة 22 من المدونة المغربية .
3- هناك بعض العقود التي نظم المشرع شكلها بنص صريح ، ومثال ذلك عقد الإيجار المدني ، حيث حدد نموذجاً بموجب المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19 مارس 1994 ، المتضمن المصادقة على عقد الإيجار المنصوص عليه بموجب المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس 1993 ، والمتعلق بالنشاط العقاري .

وعليه تبقى الشكلية الاتفاقية مجرد أداة إضافية للإثبات ، وهذه الشكلية قد تكون وجوبية لأن القانون يأمر بها لاعتبارات تهم النظام العام قبل أن تهم أطراف العقد ، كما هو الشأن في العقود والتصرفات الواردة على الملكية العقارية (1) . وقد توجد لمجرد الإثبات وليس لإبرام العقد ، كما هو الحال في عقد الكفالة .

و أحيانا يذكر المشرع الكتابة ولا يبين هل هي ركن لانعقاد أم للإثبات ، كما هو الحال في عقد العمل وعقد التأمين ، فيرجح عند الشك أن تكون الكتابة للإثبات وليس لانعقاد ، لأن الأصل في العقود الرضائية (2) .

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية :

" إذا استخلص القاضي من الأوراق أن العاقدين لم يجعلوا تحرير العقد الرسمي شرطا لانعقاد البيع بل هما علقا عليه انتقال الملكية إلى المشتري وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره ، فلا معقب عليه في ذلك ، وإذا تعذر على القاضي استخلاص نية الطرفين بأن لم يجد في الأوراق ما يرجح أحد القصدين ، تعين اعتبار الكتابة مشروطة للإثبات فقط لا لانعقاد ، لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية ، ولأن المشرع لم يأخذ عندنا بالقرينة التي تجعل اشتراط الكتابة مقصودا به انعقاد العقد خلافا للأصل " (3) .

ثانيا- الحالات التي يكون فيها العقد في حاجة للتفسير:

يكون العقد محلا للتفسير في عدة حالات توصف في الأخير بأنها حالات غموض وهي:

1- يكون العقد محلا للتفسير عندما تكون العبارة الغامضة في ذاتها تحمل أكثر من معنى ، ولم يقم العقد بتحديد المعنى المقصود .

حيث أن أعمال هذه العبارة يثير عند يثير الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها في العقد ككل ، فالتعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد يؤدي إلى غموض العقد ، مما يجعله محلا للتفسير بحثا عن حقيقة الإرادة (4).

2- ويكون العقد محلا للتفسير أيضا عندما يكون أحد شروط العقد واضحا ومحددا في ذاته ولكنه يكون مبهما بالنظر إلى باقي شروط العقد .

فقد تكون عدة شروط واضحة في حد ذاتها مثل مواعيد الوفاء بالثمن ، وميعاد التسليم ، ولكن يسود الغموض حول أي التزامات ببدء تنفيذه ، وهل ارتبط التسليم بسبق الوفاء أو غير ذلك. كما قد يتضح أن هذه العبارات الواضحة في ذاتها لا تطابق حقيقة الإرادة . وهذا مصدر آخر للغموض .

3- ويكون العقد محلا للتفسير أيضا عندما يكون العقد واضحا ، ولكنه بالنظر إلى عقود أخرى مرتبطة به ارتباطا وثيقا فهو غامض .

1- يلاحظ أن كل عقد شكلي يكون التوكيل فيه شكليا ، وتكون إجازة العقد فيه شكليا ويكون الوعد بالتعاقد فيه شكليا . ينظر الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 152.

2- ينظر : أ / حمدي محمد سلطح : " القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المنية " ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2007 ، ص 63.

3- نقض مدني ، بتاريخ 29 أكتوبر 1945. أورده د/ سليمان مرقس : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ص 63.

4- جاك ايستان و من معه : " المطول في القانون المدني ، آثار العقد " ، المرجع السابق ، رقم 25 ، ص 25 .

وقد يتضح الغموض بالرغم من وضوح كل ما ورد في محرر إذا كان الاتفاق يتكون المبرم بين الطرفين من عدة محررات تتعارض فيما بينها . فهنا يوجد تعدد مادي للمحررات والتي هي في الحقيقة تشكل في مجموعها اتفاقا واحدا.

4- ويفتح الباب واسعا للتفسير عندما يكون تنفيذ العقد قد تم على خلاف ما هو ظاهر في نصوص العقد ، فهو قرينة على عدم تطابق بين اللفظ وحقيقة الإرادة ، وبالتالي دليل على وجود غموض بالعقد رغم وضوح العبارات فيه .

ثالثا- سلطة القاضي في استجلاء الغموض الموجود بالعقد:

الحقيقة أن قواعد التفسير الواردة في المادة 111 مدني جزائري تشمل كافة أحوال حاجة العقد للتفسير أيا كان الأساس تلك الحاجة ، عبارة واضحة ظاهرها غامضة في حقيقتها، أو غامضة في ظاهرها ومدلولها .

ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يقف عند الإرادة المنفردة لأحد الطرفين ، بل يجب عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة التي تلاقي عندها الطرفان . ولا يتقيد القاضي في هذا البحث بالمعنى الحرفي للألفاظ .

وقد بينا أن الشارع عندما يأخذ بالإرادة الباطنة فإنه يفترض مطابقتها للإرادة الظاهرة ، فتكون هذه دليلا على تلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

فالتفسير يجب أن يستهدف الكشف عن النية المشتركة للعاقدين ، فلا يجوز أن يكتفي القاضي في ذلك باستجلاء إرادة كل منهما على حدة ، بل يجب أن يصل إلى تعيين ما انعقدت عليه إرادتهما ، هو في هذا البحث يمتنع عليه الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، ويتعين عليه فإن ينفذ من خلال اللفظ إلى حقيقة المعنى الذي قصد إليه كلا الطرفين (1) .

ومن ثم يكون محل التفسير هو الإرادة الظاهرة ، وتكون الإرادة التي يأخذ بها القاضي في النهاية هي الإرادة الباطنة التي يتيسر له الوقوف عليها من خلال هذا التفسير . وقد يحصل أن يؤدي هذا بالقاضي إلى نتيجة لا تتفق تماما مع الإرادة الحقيقية للطرفين .

ومقتضى هذا أن التفسير يجب أن ينصب أساسا على العبارات الغامضة في العقد لإزالة غموضها بوسائل التفسير المختلفة ، لأن هذه العبارات هي التي تمثل الإرادة الظاهرة التي تكون محلا للتفسير والتي يفترض مطابقتها للإرادة الباطنة كما قلنا (2) .

وهذا يتفق مع أحكام القاعدة الفقهية التي تقضي بأن " العبرة في العقود للمقاصد المعاني لا للألفاظ والمباني " ، وهي القاعدة التي قننتها العديد من التشريعات العربية تأثرا بمجلة الأحكام العدلية العثمانية التي تأثرت هي الأخرى بأحكام الفقه الإسلامي ، وبالذات بالمذهب الحنفي (3) .

1 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 107 .
د/ عبد الحكم فوده : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 149 ، ص 220 .
نقض مدني مصري ، جلسة 3 جانفي 1962 ، مجموعة أحكام النقض ، س 13 ، رقم 13 ، ص 1 .
2- د/ سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني " ، المرجع السابق ، فقرة 256 ، ص 485 .
د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الإلتزام " ، المرجع السابق ، ص 376 .
3- ينظر : المادة 258 فقرة أولى مدني إماراتي ، والمادة 155 فقرة أولى مدني عراقي ، والمادة 96 مدني سوداني ، والمادة 214 فقرة أولى مدني أردني ، والمادة 515 مدني تونسي..

وتطبيقاً لهذه القاعدة قررت محكمة التعقيب التونسية : " إن تأويل العقود واستخلاص النتائج القانونية منها من خصائص محكمة الموضوع بشرط أن يكون مستنداً على ماله أصل ثابت بالأوراق وعلى تطبيق سليم لأحكام تفسير العقود كما يجب البحث عما أراده أطراف العقد دون التوقف للألفاظ و التركيب " (1).

وفي نفس المعنى جاء في حكم لمحكمة محكمة التمييز الأردنية بصدد تفسير شرط التحكيم أن : " هذا الشرط يعتبر اتفاق تحكيم بالمعنى المنصوص عليه في قانون التحكيم ، وأنه لا يغير من الأمر شيئاً عدم وجود كلمة تحكيم في الاتفاق ، مادام أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني . وبالتالي ، فإن أولئك الأشخاص هم محكمون بالمعنى الحقيقي لمفهوم المحكم " (2).

أما محكمة النقض المصرية فقد أخذت في تفسير مشاركة التحكيم بالظاهر الذي ثبت لديها ، فأعملت مقتضاه ، فإنه لا يكون عليها العدول عن الظاهر إلى سواه ، إلا إذا تبين لها أن هناك أسباباً تدعو إلى هذا العدول (3).

وصرف نصوص العقد عن معناها الظاهر إلى معنى مغاير تحتمله عبارات التعاقد لقيام القرائن الدالة على ذلك، سواء من داخل العقد ، كتعارض نصوصه فيما بينها أو عدم اتفاقها مع الغرض من التعاقد ، أو كانت من خارج العقد كالعرف الجاري في المعاملات، كل هذا في الواقع تفسير للعقد للوقوف على إرادة الطرفين لترتيب آثاره عليه .

ولزوم الأخذ بالظاهر أمر قائم ، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه الوضعي، طالما كانت عبارات التعاقد واضحة الدلالة على معانيها ، وليس هناك أية قرائن توجب ترك هذا المعنى الظاهر ، إذ أن تركه بلا مبرر مسخا للعقد ، وهذا أمر متفق عليه بين جميع الشرائع . وقد بين الشارع بعض العوامل التي ينبغي على القاضي أن يستهدي بها في الكشف عن إرادة العاقدين ، وهي أغلبها عوامل موضوعية أو مادية يستطيع القاضي الاعتماد عليها دون حاجة به إلى البحث في دخيلة نفس كل من المتعاقدين، كطبيعة التعامل ، والعرف الجاري في المعاملات ، ومقدار الأمانة التي يجب أن يتحلى بها كل من العاقدين في تبادل إرادتيهما ، ومقدار ما يحق كل منهما من ثقة في تعبير الآخر عن إرادته .

ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق الشرط العقدي بحجة أنه غامض ، لما فيه من سلبية في تنفيذ العمل القضائي بشكل يضر بالخصوم ، بل وإنه القاضي بموقفه السلبي هذا يكون منكراً للعدالة ويضر نفسه أكثر كونه ستعرض للمتابعة القضائية والتأديبية ، فضلاً عن المتابعة الجزائية عن جريمة إنكار العدالة (4) ، بل يجب عليه أن يلجأ إلى التفسير لاستجلاء غموضه وتطبيقه وفقاً للتفسير الذي ينتهي إليه . فبحسب الأصل ، لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد باستبعاد بعض شروطه ، مع مراعاة ما سيرد بشأن تفسير عقود الإذعان .

1 - قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 11 أبريل 1991 ، عدد 21523 ، نشرية محكمة التعقيب ، سنة 1991 ، ص 177 .
وجاء في نفس المعنى وعن نفس المحكمة : " إن العبرة بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ و التراكيب كما يجب على المحكمة إصلاح الغلطات المادية علاوة على الغلطات التي تتعلق بجوهر موضوع التعاقد " .

قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 10 جويلية 1990 ، عدد 19728 ، نشرية محكمة التعقيب ، سنة 1990 ، ص 257 .

2 - تمييز حقوق أردني ، رقم 2002/2126 ، بتاريخ 15 أكتوبر 2002 ، منشورات عدالة على الكمبيوتر .

3 - نقض مدني ، رقم 176 ، المكتب الفني ، السنة التاسعة ، ص 573 .

4- ينظر بخصوص هذه الجريمة نص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري .

ولهذا السبب فإن القاضي في تطبيقه للقانون غير مقيد بالتشريع وإنما بكافة المصادر الرسمية التي ذكرها المشرع في المادة الأولى من القانون المدني ، سواء كانت مصادر أصلية كالتشريع والعرف والشريعة الإسلامية ، أو كانت احتياطية كمبادئ العدالة والقانون الطبيعي ، أو كانت مصادر غير رسمية (تفسيرية) كآراء الفقه واجتهادات القضاء .

ولا يتقيد القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة بالمعنى الحرفي للألفاظ ، ولكن يتعين عليه أن يتقصاها من مجموع عباراته ووثائقه وظروف إبرامه وغيرها من العوامل الشخصية والموضوعية التي ذكرها الشارع أو اقترحها الفقه أو استقر عليها القضاء، حيث أن عوامل التفسير التي أوردها المشرع ليست على سبيل الحصر، وإنما ذكرت على سبيل المثال ، بحيث يجوز أن يلجأ القاضي أو المفسر إلى غيرها كلما وجد إلى ذلك سبيلا . فإذا كان العقد قد بدأ تنفيذه مثلا أمكن القاضي أن يستهدي على النية المشتركة للطرفين بطريقة تنفيذها إياها (1).

فإذا استطاع القاضي من طريق هذه العوامل والقواعد المختلفة كلها أو بعضها أن يستخلص من عبارات العقد غير الواضحة حقيقة إرادة الطرفين ، كانت هذه الإرادة هي الواجبة الإلتباع وهي التي تحدد مضمون العقد ، ولكن لا يجوز القاضي أن ينسب إلى العاقدين إرادة لا تحتلها عبارات العقد بعد معالجتها بوسائل التفسير المختلفة ، لأن القانون إذا كان يعول على الإرادة الحقيقية للعاقدين ، فإنه لا يعول عليها إلا في حدود التعبير عنها (2) . فإذا جاء التعبير غامضا ، لم يجز صرف النظر عنه والانطلاق للبحث عن الإرادة الحقيقية من دونه ، بل تعين اتخاذه أساسا لذلك ومعالجة غموضه بوسائل التفسير المختلفة ، فإن أدى هذا إلى وضوح الإرادة الحقيقية دون شك ، وجب الأخذ بها ، وإلا لابد في تبديد الشك من مرجح آخر كما سيجيء في النبذة التالية .

ويرى البعض أنه ، لما كان هدف القاضي من تفسير عبارات العقد الغامضة هو الوصول إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين ، فإن استخلاصه لهذه النية يمثل أمرا من أمور الواقع لا أمرا من أمور القانون (3) . وبالتالي تدخل في سلطته التقديرية دون معقب عليه من جهة النقض ، لأنها تدخل في تحصيل الواقع منها في تحصيل القانون أو تطبيقه . بل الراجح أن ليس على القاضي أن يبين العوامل والأسباب التي اعتمد عليها في تحصيل المعنى الذي أخذ به من واقع العبارات الغامضة (4) .

- 1 - وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية أنه : " من المقرر أن حسن النية الذي يجب مراعاته عند تفسير العقد يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع " .
نقض مدني ، جلسة 16 ماي 1977 ، مجموعة أحكام النقض ، س 28 ، رقم 1214 ، ص 209 .
وجاء في حكم آخر لمحكمة النقض بتاريخ 2 فبراير 1971 أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص في حدود سلطتها التقديرية ومن المستندات المقدمة في الدعوى تنفيذ طرفي العقد لالتزاماتها المتبادلة فيه مستهدية في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي توافره من أمانة وثقة وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، دون مراقبة عليها في ذلك لمحكمة النقض ، مادام استخلاصها يقوم على أسباب سائقة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها " .
وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 4 جانفي 1983 ، مجموعة أحكام النقض ، س 22 ، رقم 154 ، ص 27 .
- 2 - نقض مدني ، جلسة 17 مارس 1975 ، في الطعنين رقمي 1459 و 1465 ، سنة 48 ق ، مجموعة أحكام النقض ، س 26 ق ، رقم 610 ، ص 122 .
ونقض مدني ، جلسة 7 أفريل 1975 ، مجموعة أحكام النقض ، س 26 ، رقم 755 ، ص 148 .
- 3 - د/ سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 486 .
د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 317 .
- 4- وعكس ذلك يقول الدكتور حسام الدين الأهواني إن تحديد إذا ما كانت عبارة العقد واضحة لا تحتاج لتفسير أو غامضة هي مسألة قانونية تبرر لرقابة قضاء النقض ، فالخطأ في تكييف عبارة العقد من حيث وضوحها أو غموضها تبرر رقابة قضاء النقض . فإن كان العقد غامضا التزم القاضي بتفسيره .
- " النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، فقرة 369 ، ص 280 .

غير أن تكييف عبارات العقد بأنها واضحة أو غامضة يعتبر مسألة قانونية ويخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، إذ يتوقف عليه التزام ببيان الأسباب التي اعتمد عليها في تحصيل المعنى الذي حصله من عبارات العقد أو عدم التزامه بذلك (1) .

رابعاً- تطبيقات قضائية لتفسير العقد في حالة الغموض :

تقول محكمة النقض المصرية : "...ولما كان هذا الذي أورده الحكم وانتهى إليه لا يخرج عن كونه تفسيراً لعقد السمسرة ، وما اتجهت إليه نية المتعاقدين فيه أخذاً من ألفاظ العقد وظروفه وملابساته وكان تفسير العقود واستظهار نية طرفيها على أسباب سائغة..." (2) كما قضت بأن سلطة قاضي الموضوع في العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات شريطة بيان سبب العدول وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي أخذ به أنها استندت على اعتبارات معقولة سائغة (3) .

كما قالت نفس المحكمة بأن تفسير العقود واستظهار نية طرفيها من سلطة قاضي الموضوع طالما أنها لم تخرج عن المعنى الظاهر لعباراتها وعدم تقيدها بما تفيده عبارة معينة منها بل ما تفيده في جملتها (4) .

وفي نفس الإطار تقول محكمة الاستئناف العليا بالكويت أنه :

" من المقرر أن سلطة محكمة الموضوع في تفسير المحررات مقيدة ، لا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وقصد المتعاقدين منها ، دون التقييد بألفاظ بذاتها واضحة التناظر مع المعنى العام الذي يفيد المحرر حال خلوه مما يعين على حمل تلك الألفاظ على معناها الحرفي . ومن المقرر أيضاً أنه لا قيام للعقد بالتقاء طرفيه على كلمة سواء بينهما حول كافة المسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق التطابق بين الإيجاب والقبول في شأنه ، بما تحدد به المراكز القانونية لهما على أسس واضحة من الأمور الواقعية المستهدفة من التعاقد " (5) .

وفي نفس المعنى محكمة التمييز اللبنانية أنه : " إذا كان تفسير محكمة الأساس لبنود العقد الصريحة يخضع لرقابة محكمة التمييز ، إذا شوهدت معناها ، فإنه إذا كانت هذه البنود غامضة لا يخضع لها لهذه الرقابة " (6) .

وقررت ذات المحكمة اللبنانية أيضاً أنه : " تفسير بنود العقد هي مسألة مادية ، فيعود لقضاة الأساس أن يفسروا البنود المنازع فيها ، وفي الإلباس أن يحددوا معناها ، ويتحروا قصد المتعاقدين ونيتهم بالنظر إلى مجمل العقد دون أن يقفوا عند معنى النص الحرفي " (7) .

- 1 - ينظر في هذا المعنى : الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 392 ، ص 492 .
- 2 - نقض مدني ، جلسة 27 جوان 1967 ، المكتب الفني ، السنة 18 ، طعن رقم 208 ، ص 379 .
- 3 - نقض مدني ، جلسة 15 مارس 198 ، طعن رقم 2164 ، ص 54 .
- 4 - نقض مدني ، جلسة 29 ماي 1988 ، طعن رقم 1203 ، ص 53 ق .
- 5 - محكمة الاستئناف العليا ، دائرة التمييز التجاري ، بتاريخ 3 جويلية 1987 ، مركز تصنيف الأحكام القضائية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، رقم 24 لسنة 1989 .
- 6 - تمييز مدني ، بتاريخ 16 نوفمبر 1966 ، قرار رقم 66 ، ص 1197 .
- 7 - تمييز مدني ، بتاريخ 13 أوت 1955 ، رقم 55 ، ص 691 .

الفرع الثاني : حالة قيام الشك في حقيقة معنى العبارة الغامضة

يكون القاضي في حالة شك من حقيقة المعنى المقصود إذا كانت العبارات الغامضة تحتل أكثر من معنى واحد، ولم تقدر وسائل التفسير في استجلاء المعنى الذي قصد إليه العاقدان ، ولم يتوصل القاضي إلى ترجيح معنى على آخر بالرغم من بحثه عن الإرادة المشتركة بشتى وسائل التفسير المختلفة . فالفرض في الحالة التي نعالجها أن تحتل العبارة الغامضة أكثر من معنى ، ويظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود ، لأن لكل معنى وجه ينهض به ، وأنه لا وجه لترجيح معنى على آخر .
فما هو الحل الذي يتعين على القاضي أن ينتهي إليه في هذه الحالة ، وما العامل الذي يستهدي به لترجيح معنى عن غيره من المعاني ؟ وهل تصلح في جميع العقود دون استثناء ؟ .

أولاً- مفهوم هذه القاعدة :

لمواجهة هذه الحالة ، أي حالة الشك في فهم مدلول العبارات الغامضة ، وضع المشرع الجزائري قاعدة احتياطية من أجل إزالة الغموض الذي انتاب إرادة الطرفين ، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 112 مدني تقضي بأنه : " يؤول الشك في مصلحة المدين " ، وهو نفس النص الذي أورده الثانية من المادة 151 من القانون المدني المصري الحالي (1) .
وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري بخصوص هذه المادة ما يلي :
" إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد ، وبقي الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم أعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر الشك في مصلحة المدين دون الدائن ، وهي قاعدة ترد إلى أن الأصل في الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعي ما يخالف الأصل ، فإذا بقي شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه " .

ويفهم من ذلك أن قواعد تفسير العبارات الغامضة قد تنهي إلى استخلاص ما قصدته الإرادة المشتركة بشكل قاطع يطمئن إليه القاضي ، وفي هذه الحالة يطبق القاضي المعنى الذي انتهى إليه سواء كان نافعا أو ضارا بالمدين . وأما إذا لم تصل قواعد التفسير إلى تحديد المعنى اليقيني ، بحيث يظل الشك قائما حول مدلول عبارة العقد . وفي هذه الحالة الأخيرة فقط يلزم أعمال قاعدة الشك الواردة ذكرها آنفا ، فهذا الشك أو الاشتباه القائم يوضع حد له بترجيح التفسير من شأنه تحقيق مصلحة المدين أو المديون كما يسمى أيضا (2) .
وقد اتفقت جل القوانين العربية على الأخذ بهذه القاعدة التفسيرية (3) .

1 - مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 2 ، ص 296 .

وبالرجوع إلى القانون المصري القديم نجد المادة 140 تنص : " في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد " .

إلا أن هذه القاعدة لم تكن ملزمة للقاضي ، كما أقر الفقه والقضاء آنذاك ، كما أنها غير متعلقة بعقود الإذعان .

2 - ينظر المادة 369 من قانون الموجبات و العقود اللبناني التي جاء فيها :

" عند قيام الشك يفسر النص لمصلحة المديون على الدائن " .

3 - ينظر على سبيل المثال : الفقرة الثانية من المادة 141 من القانون المدني المصري .

والمواد : 152 مدني سوري ، و 153 مدني ليبي ، و 102 مدني سوداني ، و 2/240 مدني أردني ، و 248 مدني إماراتي ،

والمادة 82 مدني كويتي ، والمادة 107 مدني قطري .

ثانياً - شروط تطبيق هذه القاعدة :

صيغت هذه القاعدة التشريعية الاحتياطية على أساس موضوعي ، تطبق عند تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية ، وقد رسمها الشارع في افتراض قانوني ، وليست على إطلاقها ، بل مقيدة بأن لا يلجأ إليها القاضي في تفسير العقد إلا إذا كان توفرت بعض الشروط ، وهي الشروط التي اتفق عليها الفقه والقضاء دون أن يوجد نص بشأنها .

1- وجود شك في استجلاء نية الطرفين المشتركة :

لا يمكن للقاضي أعمال هذه القاعدة التفسيرية إلا إذا كان هنالك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بحيث تضمن وجوه متعددة جميعها محتملة دونما ترجيح لوجه على آخر و وتولد لدى القاضي إحساس نفسي بعجزه عن تقضى هذه النية المشتركة .
فالشك (le doute) ، هو إحساس نفسي ، ينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستغلال على النية المشتركة للطرفين .

فإذا استطاع القاضي أن تبين نية الطرفين المشتركة برغم من غموضها ، بالاعتماد على العوامل الموضوعية والشخصية كالعرف وطبيعة التعامل مثلاً . ففي مثل هذه الحالة يجب عليه إجراء التفسير على ما تقتضيه ، ولو كان ذلك يؤدي إلى الوصول إلى نتيجة في غير صالح المدين .

2- عدم استحالة التفسير :

يتعين القول أن قيام الشك لا يعني استحالة تفسير العقد ، إذ أن ذلك يعني عدم وجود العقد أصلاً ، بل يعني أن هناك مجالاً لتفسيره ، ولكن ليس على أساس النية المشتركة للطرفين ، بل على أساس موضوعي ، وطبقاً لقاعدة تشريعه وضعها المشرع لحسم هذا الشك استناداً لاعتبارات العدالة .

فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تتجدد بالقول بأن تفسير العقد غير مستحيل ، و في نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك .

أما لو استحال التفسير لدرجة لم يستطع معها القاضي أن يتبين أي وجه من الوجوه لتفسير العقد ، لكان هنالك قرينة على انتفاء النية المشتركة للمتعاقدين . بمعنى أن يكون كل منهما قد أراد شيئاً لم يردده الآخر ، وبالتالي لم ينعقد العقد⁽¹⁾ .

ويفترض أن يكون الشك مما يتعدّر جلاؤه ، لأنه لو توصل القاضي إلى اكتشاف النية المشتركة لوجب عليه أن يفسر العقد بمقتضى هذه النية ، ولو ترتب عنه عكس مصلحة المدين .

أما إذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، فسره لمصلحته في العقد الملزم لجانب واحد ، ولمصلحة أي من المتعاقدين يكون مديناً في العقد الملزم للجانبين .

1 - د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية " ، المرجع السابق ، ص 231 وما بعدها.

بمعنى أن التفسير في هذا العقد يكون لمصلحة أحد المتعاقدين في بعض البنود ولمصلحة الآخر في بنود أخرى (1). كما لو تضمن العقد بندا جزائيا وقام الشك حول معرفة ما إذا كان هذا البند يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم أنه لا يستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر البند الجزائي على أنه لا يستحق إلى عند عدم التنفيذ (2)، وذلك لأنه الشك يفسر في مصلحة المدين .

وكذلك الأمر في اشتراط استحقاق عمولة عند إتمام الصفقة دونما ذكر لوقت الدفع، فيفسر هذا الشرط على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (3) .

وقد يرد في عقد الإيجار شرط يعفي المؤجر من المسؤولية عن التعرض الصادر عن الغير ، ويأتي هذا الشرط في صيغة عامة بحيث يقوم شك في معرفة نوع التعرض المقصود ، فيفسر عندئذ على أن المقصود به هو إتباع حكم القانون ، أي أن المؤجر لا يعفى من المسؤولية إلا عن التعرض المادي الصادر عن الغير دون التعرض القانوني . ففي هذا التفسير تراعى مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط ، وهو المستأجر ، مع أنه دائن في الالتزام بالضمان المتوجب على المؤجر في عقد الإيجار (4) .

3- أن لا يكون المدين هو المتسبب في وجود الشك بسوء نيته :

يرى بعض الفقه أنه الأخذ بعين الاعتبار مبدأ حسن النية بالدرجة الأولى عند تطبيق قاعدة الشك هذه ، حيث لا يجب أن لا يكون تفسير الشك في العقد لمصلحة المدين إذا ثبت للقاضي أن مصدره هو المدين نفسه ، ولكن عن سوء نية منه (5) ، وليس عن خطأ بسيط أو جهل .

فإذا اتضح للقاضي أن المدين كان يتحايل أو حور بنود العقد عمدا . فهذا يعد خطأ جسيما ينم عن سوء نية صاحبه ، ويكون من اللازم بالمنطق أن يكون تفسير أو تأويل البند ضد مصلحة المدين ، أي في غير فائدة المدين السيئ النية ولفائدة غريمه الدائن ، إذ لا يمكن أن يستفيد من غشه وخطئه الجسيم ، وهذا ما تقتضيه اعتبارات قواعد العدالة التي أملت بهذا الافتراض القانوني من تفسير الشك لمصلحة المدين ، كما أن القاعدة الرومانية تقضي بأن "الغش يفسد كل شيء" ، ومن ثم فلا يمكن أن يستفيد الشخص سيء النية من سوء نيته .

وفي المقابل إذا اتضح أن الدائن هو الآخر كان سيء النية ، فترجح عندها مصلحة المدين ولو كان هو أيضا سيء النية ، مع أن حسن النية في الحقيقة مفترض في الطرفين ، سواء في تنفيذ العقود أو تفسيرها ، ويجب إثبات سوء النية ممن يتمسك به .

ونشير هنا إلى أن قاعدة " الشك لمصلحة الطرف المدين أو الملتزم " تشمل في تطبيقاتها كافة الشروط الغامضة الواردة بالعقد محل التفسير ، سواء كانت هذه الشروط عامة أو خاصة ، وسواء كانت مطبوعة أو مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة (6) .

- 1 - د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية" ، المرجع السابق ، ص 237.
- 2 - استئناف مختلط ، بتاريخ 11 جوان 1908 ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط ، م 20 ، ص 270.
- 3 - استئناف مصر ، بتاريخ 25 جانفي 1932 ، مجلة المحاماة ، س 12 ، رقم 73 ، ص 25.
- 4 - د/ عبد المنعم فرج الصده : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 280 ، ص 460.
- 5 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 173 ، ص 154.
- وفي نفس المعنى : د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 169 ، ص 208 .
- 6 - د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، دار النهضة العربية ، 2006 ، ص 137 وما بعدها.

ثالثاً- مبررات هذه القاعدة :

الأصل أن قاعدة تفسير الشك بما هو أصلح وأفيد للمدين هي قاعدة تمتد جذورها إلى القانون الروماني ، حيث كان المشتراط دائماً هو الدائن ، وقد نقلتها جل التشريعات الحديث ، كما استقر عليها الفقه (1) والقضاء كذلك (2) .

غير أن هذه القاعدة تقوم على عد اعتبارات أو مبررات منطقية يمكن إبرازها فيما يلي :

المبرر الأول : الأصل براءة الذمة والاستثناء هو الالتزام :

لا يجوز التوسع في الاستثناء ، لأنّ التفسير يجب أن يتجه إلى أن نية الملتزم هي الالتزام في أضيق مدى تتحملة عبارات العقد ، فالتوافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين لا تفسر إلا في حدود هذا المدى .

ومن جهة أخرى ، فإن الأصل في النية المعقولة عند الملتزم : أن يلتزم بأضيق مدى تتحملة عبارات العقد، وذلك في محاولة إبقاء الذمة على أوسع براءة ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في هذه الحدود الضيقة في التعاقد بينهما .

المبرر الثاني : الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، باعتباره يدعي خلاف الأصل :

وفي حالة وجود شك في الالتزام من حيث مداه وحقيقته كان معنى ذلك عجز الدائن عن إثبات ما يدعيه على شكل واسع ، فيؤخذ عندها بالمدى الضيق بالالتزام الذي ينصب في مصلحة المدين، باعتبار أن هذا المدى وحده هو الذي قام عليه الدليل على توافق الإرادتين فيه ، وهذا هو ما تقضي به القواعد العامة للإثبات .

المبرر الثالث : الدائن هو الطرف الذي يملي الالتزام على المدين :

فإذا أملى المدين التزامه مبهما بحيث يحوم حوله الشك ، فالخطأ خطؤه ، ووجب تفسير الالتزام لمصلحة المدين باعتباره الطرف الضعيف في هذه الحالة ، إذ كان في مقدور الدائن ، وهو الطرف القوي ، أن يجعل الالتزام واضحاً عند صياغة عبارات العقد ، بحيث لا يجول الشك حوله (3) .

ويظهر أن هذه القاعدة هي بمثابة " جزاء مدني " ، إن صح التعبير ، على تهاون الدائن في إملاء التزامه ، لأن الظاهر هو أنه هو المستفيد من الشرط الذي يتحكم في صياغته فيتحمل عندئذ عواقب عدم وضوح عباراته وتبعات التهاون أو التعمد في عدم إبراز شروطه بشكل جلي . وهو في ذلك يقترب من المبدأ المعروف " لا يستفيد مخطئ من خطئه " .

1- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 398 ، ص 500 .

د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 399 ، ص 297 .

د/ عبد الحميد الشواربي ، " فسخ العقد " ، المرجع السابق ، ص 228 .

- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 173 ، ص 106 وما بعدها .

2- قضت محكمة النقض المصرية : " إن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة التي يجب معه ، بحكم المادة 140 من القانون المدني ، تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت بمطالبته بثمن القطن المبيع لهي أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه " .

نقض مدني ، جلسة 14 ديسمبر 1944 ، طعن رقم 21 ، السنة 14 ق .

3- عبر الفقيه الفرنسي دوما- Domat عن ذلك بأن المدين لا يقصد إلزام نفسه إلا بأقل الالتزامات .

نقلا منا عن د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، نفس المرجع والموضع السابقين .

وأساس قاعدة التفسير في حالة الشك هو العدالة ، ولو كانت عدالة ظاهرة وليست فعلية وهي قاعدة تتفق مع القاعدة الشرعية التي أخذت بها بعض القوانين العربية القائلة " الأصل في الإنسان براءة الذمة وأن اليقين لا يزول بالشك " ، والتي سبقتهم فيها مجلة الأحكام العدلية (1) .

وفي هذا يقول الفقيه السنهوري (2) : أن النص على أن يفسر الشك في فائدة المدين ، يتفق مع قواعد ثلاث أوردها ابن نجيم في كتابه الشهير " الأشباه والنظائر " ، تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ :

القاعدة الأولى : أن اليقين لا يزول بالشك ، فإن كان هناك شك في مديونية المدين ، فاليقين لأنه برئ الذمة ، ولا يزال هذا اليقين بالشك .

القاعدة الثانية : أن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمة ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين .

القاعدة الثالثة : أن الأصل براءة الذمة ، فإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته ، وإذا اختلف الطرفان في قيمة المتلف والمغصوب ، فالقول قول الغارم ، لأن الأصل البراءة .

وهذه القاعدة تقترب إلى حد بعيد بتلك القاعدة المعروفة في القانون الجزائي ، والتي تقضي بتفسير الشك في مصلحة المتهم .

رابعا- المقصود بمصطلح " المدين " في هذه القاعدة :

تطبيق قاعدة الشك في التفسير يثير إشكالا ، بالنظر إلى تباين مركز المدين في العقود الملزمة لجانبين مقارنة بالعقود الملزمة لجانب واحد ، واختلاف مفهوم المدين في كل حالة منها يؤثر بدوره على تطبيق القاعدة ، فضلا عن أن العقد نفسه قد يتضمن شرطا فيه يكون أحد الأطراف فيه مدينا ، ولكنه بالنظر إلى مجموع العقد يكون دائما . فهل العبرة هنا في تطبيق هذه القاعدة هي بالعقد ككل ، أم بالشرط الذي يرد عليه التفسير ؟

1- اختلاف مركز المدين بين العقود الملزمة لجانب والعقود الملزمة لجانبين :

يميز البعض (3) بين تفسير الشك في حالة العقد الملزم لجانبين ، وحالة العقد الملزم لجانب واحد :

فإذا كان العقد ملزما جانبا واحدا : فالمدين هو الذي يلتزم بمقتضى هذا العقد ، ووجب تفسير أي عبارة فيه يحوم الريب حول معناها في مصلحة ذلك الجانب المدين (4) .

1- تنص المادة الرابعة من مجلة الأحكام العدلية : " اليقين لا يزول بالشك " .

و تنص المادة الثامنة من المجلة : " الأصل براءة الذمة " .

2- الفقيه السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 41 و 42 .

3 - عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، ص 376 .

4- ينظر القضاء المصري :

محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 18 ديسمبر 1930 ، م 43 ، ص 94 .

ومحكمة مصر الأهلية ، جلسة 25 يناير 1932 ، مجلة المحاماة ، س 13 ، ص 73 ، رقم 25 .

ومحكمة مصر الكلية ، جلسة 16 أبريل 1930 ، مجلة لمحاماة ، س 12 ص 240 ، رقم 131 .

ينظر في القضاء الفرنسي :

Cass .Civ . 9 nov 1926 .Gaz. Pal .1926-1 - 93 .

أما إذا كان العقد ملزماً للجانبين : فهنا يكون كل طرف في هذه العقود ملتزماً ، تارة دائماً وتارة مديناً . فالتفسير يكون في بعض نواحيه لمصلحة الطرف الآخر تبعاً لدوره في الالتزام ، بحسب ما إذا كان المتعاقد دائماً أو مديناً .
بمعنى أنه عندما يتعلق بالالتزامات الطرف الأول من عبارات يحوم الشك حول معناها يتعين تفسيره لمصلحة ذلك الطرف ، وما يتعلق منها بالالتزامات الطرف الثاني يجب تفسيره لمصلحة هذا الطرف الأخير . وعليه فالعبرة بالشرط الذي يحوم حوله الشك ، ويكون التفسير عندها لصالح الجانب المدين في هذا الشرط .
وإذا طبقت هذه القاعدة ، في العقود الملزمة لجانبين والتي يكون فيها كل طرف دائماً ومديناً ، غير أنه لا يجوز الالتجاء إلى تطبيق هذه القاعدة لمجرد غموض عبارة العقد ، بل يجب في هذه الحالة استقفاً كل وسائل التفسير ، فإذا أدت إلى إزالة الغموض وبيان الإرادة المقصودة بيانا لا شك فيه ، لم يجز أعمال القاعدة التي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة المدين لعدم توافر شرطها ، وهو تعذر تبديد الشك (1) .

2- التفرقة بين المدين في الشرط وفي الالتزام :

يثير تحديد مصطلح " المدين " في هذه القاعدة صعوبة هامة من الناحية التطبيقية ، فيقصد به لأول وهلة أعمالاً للمعنى الفني المؤلف من يتحمل عبء الالتزام الذي يثور الشك حول تفسير عباراته .
فقد ذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن المقصود بالمدين ، هو الطرف الملتزم بصفة عامة أي المدين في الالتزام (2) .
فمثلاً في عقد البيع يعد البائع هو المدين في الالتزام بدفع الثمن . ويعد البائع هو المدين في الالتزام بالتسليم و الالتزام بضمان العيوب الخفية و بضمان التعرض . فإذا ثار الشك حول تفسير النص يتعلق بتنفيذ البائع للالتزام بضمان العيب الخفي يفسر الشك لمصلحة البائع أي المدين بالالتزام عملاً بحرفيه النص المشرع ، القاضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين ، وقد انتقد هذا التفسير الحرفي ، لأنه لا يستند إلى مبررات قوية .
وعلى العكس من ذلك يرى جانب آخر من الفقه ، وهو الاتجاه الراجح عملياً ، أن المقصود هو المدين في الالتزام ، إلا أن هذا الرأي ، وإن كان ينطبق على أغلب الحالات ، وخاصة تلك التي يكون فيها أعمال الشرط الغامض تحميل المدين بالالتزام ، وتشديد عبئه عليه ، فهو غير مصيب بصورة مطلقة . ومن قد يكون مديناً في شرط قد لا يكون مديناً في شرط آخر (3) .

1- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 398 ، ص 501 .

2- الفقيه السنهوري : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 687 ، هامش 1 .

3- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 399 ، ص 298 .

و د/ عبد الحميد الشواربي ، : المشكلات العملية في تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 228 .

و د/ توفيق حسن فرج : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، ص 265 .

ويفرق الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بين المدين في الشرط والمدين في الالتزام بقوله: " والصحيح أن المدين هنا يراد به المدين في الشرط ، أي الشخص الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره . فهو تارة يكون مدينا في الالتزام الذي يقرره الشرط ، وهذا هو الغالب . وتارة أخرى يكون مدينا في الشرط ... فإذا كانت العبارة الغامضة تقرض التزاما ، فإن الشك يفسر حينئذ في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، ولكنه في هذه الصورة يكون مدينا في الشرط " (1).

ومثال ذلك أن يكون هناك شرط جزائي في العقد ، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم أنه لا يستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (2) . ومثال ذلك أيضاً أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع ، فيفسر هذا على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (3) .

ونحن بدورنا نرجح الرأي الأخير للفقهاء فرج الصدة ، القائل بأن المدين هو مدين الشرط ، رغم كون هذا المدين قد يكون دائئنا في الالتزام ، أي الشخص الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره .

وهو رأي سبق وأن انحاز له القضاء المصري ورجح العمل به في العديد من القضايا (4) حتى قبل صدور القانون المدني الجديد ، باعتباره يتناسب وقواعد العدالة . ويبدو أن القضاء المصري كان سابقا في الاجتهاد مقارنة بكتابات الفقه في مصر .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي كان واضحا بخصوص هذه المسألة مقارنة بالتشريعين الجزائري والمصري ، بأن رجح في نص المادة 1162 من القانون المدني أن العبرة في تفسير الشك هي بمركز الطرف المدين في الشرط لا المدين في الالتزام . وهي القاعدة التي كرسها القضاء الفرنسي (5) قبل أن يعرفها القضاء المصريان .

خامسا - موقف بعض التشريعات المقارنة من هذه القاعدة التفسيرية :

نظرا للمبررات الموضوعية والمنطقية التي تطبع قاعدة " الشك لصالح المدين " ، فإن التشريعات المقارنة لم تتردد في الأخذ بأحكام هذه القاعدة .

فبالنسبة للتشريعات العربية ، غير التشريع الجزائري والمصري والكويتي ، نجد كل من التشريع المدني العراقي الذي نص في المادة 166 منه :

" يفسر الشك في مصلحة المدين " ، وبنفس المعنى الحرفي جاء نص المادة 1152 من القانون المدني السوري ، وكذا المادة 153 فقرة أولى من القانون المدني الليبي .

1- د/ عبد المنعم فرج الصدة : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، ص 376.

وينظر لنفس المؤلف : " نظرية العقد في البلاد العربية " ، المرجع السابق ، ص 464 و 465.

2- استئناف مختلط ، في 11 جوان 1907 ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س 20 ، ص 270.

3- استئناف مختلط ، في 20 نوفمبر 1902 ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س 15 ، ص 11.

واستئناف مصر ، في 25 جانفي 1934 ، مجلة المحاماة ، س 13 ، رقم 25 ، ص 73.

4 - استئناف مختلط ، في 27 مارس 1902 ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س 14 ، ص 242 .

واستئناف محكمة مصر ، جلسة 25 يناير سنة 1932 ، مجلة المحاماة ، س 13 ، ص 73 ، رقم 25.

واستئناف مختلط ، في 22 أبريل 1936 ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س 48 ، ص 239.

واستئناف مختلط ، في 11 جوان 1940 ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س 45 ، ص 298.

5- Coseil cost . 2 juin 1875. Dalloz . 1876 -5 - 453.

ومن الأمثلة التي نقدمها أيضا نص المادة 240 فقرة أولى مدني أردني ، والمادة 266 فقرة أولى مدني إماراتي ، في حين جاء في الفصل 473 من المدونة المدنية المغربية أنه : " عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم ". أما قانون الإلتزامات والعقود اللبناني فورد في مادته 369 أنه : " عند قيام الشك يفسر النص لمصلحة المديون على الدائن " .

وما شد انتباهنا ، ونحن نتصفح نصوص التقنيات المدنية العربية ، أن المشرع التونسي قد خالف باقي التقنيات ، فبعد أن أقر هذا المبدأ في المادة (الفصل) 518 من مجلة الإلتزامات والعقود بصفة عامة في حالة غموض النص ⁽¹⁾ ، عاد في المادة 529 من المجلة وأدخل قيذا جديدا على هذه القاعدة في حالة الشك ، بأن ألزم القاضي بتفسير هذا الشك ، أو الريب كما يسميه ، لمصلحة المدين لكن بشرط تحليفه اليمين ⁽²⁾ ، وهي لا شك يمين استيفاء كما تسمى في التشريع التونسي ، وهي نوع من أنواع اليمين المتممة ⁽³⁾ .

ونعتقد أن حماية هذه المصلحة للمدين غير مطلقة ، إذ يحيط المشرع التونسي قاعدة الشك ببعض الضمانات لصالح الدائن ، لأن المدين قد يكون طرفا قويا على غير العادة . أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فأخذ بها هو الآخر من خلال نص المادة 1162 من القانون المدني والتي جاء فيها : " عندما يوجد شك في التفسير ، ويفسر الاتفاق أو العقد ، ضد مصلحة الطرف المشتراط و يفسر الشك في مصلحة الطرف الآخر في التعاقد " ⁽⁴⁾ .

وهو بذلك رجع مصطلح المدين في الشرط على مصطلح المدين في الإلتزام ، كما ذكرنا . كما تضمن نصا خاصا بتفسير الشروط في فائدة المتعهد ، وهو نص المادة 1602 مدني فرنسي ⁽⁵⁾ .

ويكمن الاختلاف في كون أن المشرع الفرنسي لم يجعل منها قاعدة عامة ، لأن هذه القاعدة خاصة بتفسير عقد البيع الذي تضمنه المشرع الفرنسي (المادة 1602) ، وهو ليس بعقد إذعان . وبمقتضى هذا العقد يلتزم البائع (الذي وضع شروطه التعاقد) بأن يوضح ما يلتزم به المشتري (الملتزم أو المدين) . فإذا تبين وجود غموض أو إيهام في العقد ، فيجب أن يفسر هذا الغموض أو الإيهام ضد مصلحة البائع ، وذلك على اعتبار أن البائع هو الطرف القوي في عقد البيع ، وهو الذي يحرر عقد البيع في الغالب و يملئ شروطه . وبالإضافة إلى ذلك فإن البائع (وهو المحترف) يعلم كل شيء عن حالة الشيء المبيع جيدا ، وبالتالي يكون على البائع (المحترف) أن يوضح للمشتري (وهو المستهلك) كل ما يتعلق بالشيء المبيع وصفاته .

1 - ورد في المادة 518 من مجلة الإلتزامات المدنية التونسية أنه :

" إذا كان في الكتب (العقود) عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه " .

2 - ورد في المادة 529 من مجلة الإلتزامات المدنية التونسية أنه :

" التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه " .

3 - ورد في المادة 508 من مجلة الإلتزامات المدنية التونسية أنه :

" للحاكم (القاضي) أن يوجه يمين الإستيفاء (يمين متممة) على أحد الخصمين أو عليهما لفصل الدعوى أو لتقدير المبلغ الذي يقع الحكم به ، ويجوز توجيه اليمين على الخصم فيما هو خاص بذاته أو فيما يعلمه " .

4-V. l'article 1162 de C .Civ . fran : " dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation " .

5-V.l'article 1602 .1 de C .Civ . fran : " .Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur " .

وتحديدا يوضح حالته وطريقة استعماله وما إلى ذلك وهو ما يعرف بالالتزام بالإيضاح (une obligation de clarté) أو الالتزام بالإعلام⁽¹⁾. وهو الالتزام الذي فرضته الفقرة الثانية من المادة 1602 مدني فرنسي وأقره القضاء كذلك⁽²⁾.

فالمشرع الفرنسي من خلال هذا النص الخاص تفهم التفاوت الذي يوجد بين البائع والمشتري، وافترض أن البائع هو الطرف الأقوى في عقد البيع، والمشتري هو الطرف الأقل خبرة وكفاءة، فأورد هذا النص الذي يقضي بتفسير أي غموض في عقد البيع لمصلحة المشتري. فالبائع عادة ما يتحرى الدقة في إملاء شروط العقد كونه يعرف المبيع جيدا بخلاف المشتري. ولذا فإن أي غموض يفسر ضده دائما كان أو مدينا⁽³⁾، وهو بمثابة صورة من صور الحماية للمشتري، وصورة من صور "الجزاء" للبائع خاصة إذا كان سيء النية.

وقد ربط تطبيق هذا النص بين التفسير وموجبات الإعلام والنصيحة، واستند في ذلك على موجبات العدالة وحسن النية في التعامل والرغبة في تحقيق التوازن العقدي. فدور القاضي هو في التفسير ومن ثم الرقابة على مضمون العقد من شأنه أن يحقق هذه الغاية. وما يلاحظ هو أن المشرع الفرنسي توسع في تفسير الشك ضد البائع بغض النظر عن وضعه (دائنا أو مدينا)، وهي قاعدة تقترب من قواعد تفسير عقود الإذعان التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المذعن في جميع الأحوال، مع أن عقد البيع كما هو معلوم لم يصنفه الفقه من ضمن قواعد الإذعان، وإنما يبقى عقدا من عقود المساومة، غير أنه لا يمكن عزله عن طائفة عقود الاستهلاك⁽⁴⁾.

وقد حاول البعض توسيع تطبيق أحكام نفس القاعدة على بعض العقود المشابهة كعقود الأيجار متعللا بوحدة العلة والأصل التاريخي للنص⁽⁵⁾. وفي نفس الإطار ذهب القضاء إلى تبني هذه القاعدة على عقود الإذعان أيا كانت درجتها و صورتها⁽⁶⁾.

وهناك نص يقترب من هذه القاعدة نظمها المشرع الفرنسي في المادة 2/133 من قانون الاستهلاك لسنة 1978، حين انتهج نفس القاعدة، التي تقضي بأن شروط العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين، يجب أن تقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم. وأنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك أو غير المحترف. وهو ما سيأتي الحديث عنه عند تفسير عقود الإذعان.

1- ينظر: نص المادة 1602 فقرة 2 مدني فرنسي.

د/ عبد الحكم فودة: "تفسير العقد"، المرجع السابق، ص 173، و ص 312.

و د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن: "عقود الإذعان"، المرجع السابق، ص 137 وما بعدها

2 - Cour. 14 juil 1986.,Seiry. 1986- 27- 13.

3 - Trib.com de Paris. 14 avr 1972 . Gaz. Pal . 1972 . Bull. .750. R.T.D.C. 1973. p 145.

Cass.Civ.1 iere. 13 nov 1993. R .J. 1994-1-2757. p 196 et 197. Obs .M.Billiau.

4- تضمنت المادة الثانية من القانون الفرنسي الصادر في 18 يناير 1992 بشأن دعم حماية المستهلكين التزاما عاما على عاتق كل بائع مهني لمنتجات أو مقدم لخدمات بأن يتيح للمستهلك، قبل إبرام العقد، إمكانية العلم بالخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة.

5- د/ عبد الحكم فودة: "تفسير العقد"، المرجع السابق، ص 257.

6 - Trib.com de Colmar.23 jan 1963. Gaz .Pal .1963.- 1- 227 .

تعد " قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين " حسب كثير من الفقه من بين القواعد الآمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها ، إذا توافرت شروطها ، وإذا خالف حكمها ، بأن يفسر الشك لمصلحة الدائن بالالتزام أو المستفيد من الشرط ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، مما يستوجب نقض حكمه .

حيث يقول الفقيه السنهوري أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة ، مع استثناء عقود الإذعان ، ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضارا بمصلحة الطرف المدعى ، هي قاعدة قانونية ملزمة في مجال تفسير العقود ، وإذا خالفها القاضي نقض حكمه ومسألة تحديد الشك هل هو موجود ، هي أيضا من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن هذا يترتب عليه إمكان التفسير لمصلحة المدين أو عدم إمكان ذلك ⁽¹⁾ .

ويرى الفقه المصري بذلك أن المادة 151 من القانون المدني المصري تختلف في طبيعتها عن طبيعة المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي ، حيث أن الفقه و القضاء الفرنسيين يرى أن هذه المادة غير آمرة وليست لها صفة الإلزام ، بل هي توجه للقاضي مجرد النصح والإرشاد ، ومن ثم فإذا خالفها ، فلا يجوز نقض حكمه .
ويبرر الفقه رأيه بالقول أنه مادامت القواعد الأصلية ذات صبغة غير ملزمة ، فمن الطبيعي أن تكون قاعدتها الاستثنائية غير ملزمة ⁽²⁾ .

ونجد البعض من الفقه المصري يرى أن القاعدة الواردة في المادة 151 من القانون المدني من القواعد الآمرة التي يجب على القاضي أن يلتزم بها ⁽³⁾ .

أما في حالة سوء نية المدين أو في حالة إهماله ، فإن عدم تطبيق القاعدة لا يرجع إلى كونها غير ملزمة ، بل يرجع إلى انتفاء أحد الشروط الأساسية لتطبيق هذه القاعدة ⁽⁴⁾ .
ونرى أن مسألة تكييف عبارات العقد هل معناها محل الشك أو لا ؟ تعتبر مسألة قانونية ، يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بها تحت طائلة النقض ، إذ يترتب عليها تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المدين . في حين أنه لو أمكن رفع الشك وتخريج العبارة على معنى معين دون سواه تعين الأخذ بهذا المعنى ولو كان ضد مصلحة المدين .

1- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 484 .
2- ينظر كذلك : جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 60
3- ينظر : د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 44 .
4 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 171 ، ص 302 .

سابعا- بعض تطبيقات هذه القاعدة :

- استقر الفقه والقضاء على أنه لا يعمل بقاعدة " الشك في مصلحة المدين " في بعض الحالات ومنها على سبيل المثال :
- 1- إذا وجد شك بتاريخ عقد تراعي مصلحة المدين (1) .
 - 2- إذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين ، فسر ذلك الشك في مصلحته ، ووجب على الدائن القيام بإعدار المدين .
 - 3- إذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق ، فسر الشك في مصلحة المدين ، ولا يكون الشرط الجزائي مستحقا إلا في حالة عدم التنفيذ .
 - 4- وإذا كان هناك شك في كون ملتزم المدين بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مئونة .
 - 5- وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

ثامنا- حالة عدم تطبيق هذه القاعدة :

قد تتعارض قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين مع قاعدة أخرى يقرها القانون وهي شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية أو من الضمان . وهو الشرط الذي لم يمانع القضاء والفقه في وجوده في العقد (2) ، ولكن مستقر على وجوب تفسيره تفسيراً ضيقاً . وقد تتعارض مع قاعدة حرية الأطراف في إدراج شرط التحكيم في العقود المدنية والتجارية . فما هي القاعدة الأولى بالترجيح في مثل هذه الحالات ؟

1- حالة التعارض بين قاعدة الشك وقاعدة الإعفاء من الضمان ومن المسؤولية :

يرى الدكتور حسام الدين الاهواني (3) أنه تنفي الحكمة من أعمال قاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدين " إذ كان من شأن الشرط الذي يثير الشك تخفيف عبء المسؤولية . وذلك كشرط إعفاء من المسؤولية أو شرط إسقاط ضمان . فالمسؤول عن التعويض هو المستفيد في شرط الإعفاء من المسؤولية ، والبائع هو المستفيد من شرط إسقاط الضمان ، أما المتضرر من هذا الشرط هو الدائن أو المشتري .

1- محكمة الاستئناف ببلنات ، غرفة مدنية ، بتاريخ 19 نوفمبر 1947 . رقم 84 ، ص 76 .
2- يتجه القضاء الفرنسي وأغلب الفقه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام . ومن ثم لا يمكن الاتفاق على تعديل نطاقها . وذلك على خلاف الحال في المسؤولية العقدية إذ لا مانع من الاتفاق بشأنها على قواعد خاصة تكون قابلة للتطبيق عند مخالفة شرط التعاقد . وفي هذا المجال لا يترتب شروط الإعفاء من المسؤولية أثرها إلا بالنسبة للمسؤولية التعاقدية التي بسبب طبيعتها يمكن أن تخضع لأوضاع معينة بين الطرفين .
د/ سعيد سعد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، مطبعة دار الولاء للطبع والتوزيع ، القاهرة ، سنة 1992 ، ص 93 .
3- د/ حسام الدين كامل الاهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 399 ، ص 298 .

فتفسير الشك لمصلحة المدين بالالتزام أي المسئول أو البائع يؤدي إلى تخفيف المسؤولية أو الإعفاء من ضمان مما يضر بالطرف الآخر بناء على الشرط الغامض . ولما كان الأصل هو تقرير المسؤولية قد تم وفقا لما يقرره القانون ، فإن الخروج عن ذلك الأصل لا يكون إلا بديل قاطع، كما إن إثبات عبء الشرط الذي يخالف القواعد يكون على عاتق من يدعي ذلك ، وعليه أن يقيم الدليل بصورة يقينية.

لهذا فهو الآخر يرجح الرأي أن المقصود بالمدين هو الشخص أو المتعاقد الذي من شأن أعمال الشرط أن يضره . فالغموض يعتري الشرط وليس الالتزام . ومن ثم فإن تفسير الشرط يكون لمصلحة من يضره وجوده .

وحول نفس الفكرة يقول الدكتور فرج الصده (1): " أنه إذا كانت العبارة الغامضة تعفي الشخص من التزام يقع عليه طبقا للقواعد العامة فإن الشك يفسر حينئذ في مصلحة الطرف الذي يضر من الشرط ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، ولكنه في هذه الصورة يكون مدينا في الشرط " .

ومثال ذلك : أن يرد في عقد الإيجار شرط يعفي المؤجر من المسؤولية عن التعرض الصادر من الغير ، فإذا جاء هذا الشرط في صيغة عامة بحيث يقوم شك في معرفة نوع التعرض المقصود وجب تفسيره على أن المقصود به هو إتباع حكم القانون ، فلا يعفى المؤجر إلا من المسؤولية عن التعرض المادي الصادر من الغير دون التعرض القانوني . فهذا التفسير يراعى فيه مصلحة الطرف الذي يضر من الشرط ، وهو المستأجر ، مع أنه الدائن في الالتزام بالضمان الذي يقع على عاتق المؤجر في عقد الإيجار .

ونحن نساير في نفس الرأي ، فالقاعدة الثانية الخاصة بالتفسير الضيق للإعفاء من المسؤولية المدنية تقدم على القاعدة الأولى الخاصة بتفسير الشك لمصلحة المدين ، لاسيما وأن قواعد مسؤولية المدين في هذه الحالة ناجمة عن إلتزام بحكم القانون ، كما هو الشأن في مسؤولية الناقل . فلا يعفى الناقل الذي اشترط إعفاءه من المسؤولية عما يقع من فقد بنحو معين لبعض الأشياء التي يتولى نقلها ، إلا إذا كان هذا الشرط واضحا لا غموض فيه (2) . وإذا سلكه غموض ما ، فإنه يجب أن يجرى تفسيره على نحو ضيق .

ويترتب على ذلك أن ما تشترطه مصلحة السكك الحديدية من عدم مسؤوليتها عن سرقة البضائع لا يتوسع في تفسيره ، ومن ثم لا يمتد عدم المسؤولية إلى ما يقترفه عمال المصلحة من سرقات ، وحالات فقدان تكون ناجمة إهمال العمال (3) .

وكذلك إذا اشترط صاحب السفينة عدم مسؤوليته عن سرقة البضائع التي بالسفينة ، فإن هذا الشرط لا ينصرف إلى ما يقترف من سرقة ممن هم بالسفينة ، الركاب أو الخدم ، وإنما يقتصر على ما يحدث من سرقات من غيرهما . وإذا اشترط عدم المسؤولية عما يحدث من سرقات ممن بالسفينة وممن ليسوا بها ، فإن ذلك لا يشمل عمال السفينة وبحارتها (4) .

1- د/ عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 96 ، ص 376.

2- 433-1- Cass.Civ . 19 fev 1900. Dalloz. 1900 2

3- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 18 يناير 1900 ، م 12 ، ص 90.

وحكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 16 مايو سنة 1900 ، م 12 ، ص 251.

4- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 27 ديسمبر سنة 1894 ، م 7 ، ص 67 .

وحكم آخر لنفس المحكمة ، بتاريخ 11 فيفري 1909 ، 21 ، ص 228.

وفي نفس الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية بمناسبة تفسير بند ورد في عقد نقل قائلة بعدم جواز التمسك في مواجهة الراكب في عقد النقل البحري بالشرط الذي ينص على إعفاء الشركة الناقلة من المسؤولية من ضياع الأمتعة ، طالما أن الراكب لم يتسلم التذكرة التي ورد بها هذا النص إلا بعد ركوب السفينة⁽¹⁾ .

ويلاحظ في هذه الأمثلة أن التفسير يجرى عكس قاعدة الشك ولغير فائدة المدين . ويقال بعبارة أقل دقة أن الشك يفسر لمصلحة المدين في الشرط ولو كان دائئا في الالتزام . فالشك في التفسير شرط الإعفاء من المسؤولية يكون في مصلحة المضرور ، لأنه هو الذي يضرار من إعفاء المسئول من المسؤولية يفسر الشك لمصلحة المشتري إذا كان إذا كان الشرط متعلقا بإسقاط الضمان ، بالرغم من أن المدين في الالتزام هو البائع ، لأن المشتري أي يضرار من الشرط .

والخلاصة أن الشك يفسر لمصلحة المدين في الشرط أي الشخص الذي يضره أعمال الشرط الغامض بصرف النظر عما إذا كان دائئا أو مدينا في الالتزام . فالمشرع لا يستخدم إلا عبارة المدين .

ولهذا يرى البعض بأنه يجب أن تفهم على أن المقصود بها المدين الذي يضره الشرط أو الذي يقع عليه عبء الشرط ، وهو يتفق مع الجذور الرومانية للنص . فالشك لا يفسر لمصلحة من اشترط الشرط وإنما لمصلحة المشتري ضده⁽²⁾ .

وهذا الحكم قننه المشرع الكويتي في المادة 194 من القانون المدني المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 التي جاء فيها :

"1- إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه ، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره .

2- وعلى وجه الخصوص ، يفسر الشك لمصلحة المدين ، إذا كان من شأن أعمال الشرط أن يحمله بالالتزام ، أو يجعل عبئه عليه أكثر ثقلاً ."

وهو حكم قانوني مستحدث ويمتاز بالدقة القانونية وبحسن الصياغة اللفظية مقارنة بباقي التشريعات العربية⁽³⁾ .

فالتفسير حسبه ، وفي حالة الشك يؤول لمصلحة الطرف الذي يكون من شأن أعمال هذه الشروط أن يضره ، دائئا كان أم مدينا ، باعتبار أن التفسير في هذه الحالات ، يكون لصالح من يضره الشرط ، أو المدين بالشرط ، وهي قاعدة شبيهة بتفسير عقود الإذعان .

1- 353- 1 - Seiry . 1895 . Cass. Civ. 19 mars 1894 .

2- د/ عبد الفتاح عبد الباقي : " النظرية العام للالتزام " ، فقرة 266 ، ص 525.

نقلا منا عن / حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 399 ، ص 298.

3- تضمن القانون المدني البحريني نصا مشابها تماما في المادة (126) منه التي جاء فيها :

" يفسر الشك في العقد لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره ، وعلى وجه الخصوص يفسر الشك لمصلحة المدين إذا كان من شأن أعمال الشرط أن يحمله بالالتزام ، أو يجعل عبئه عليه أكثر ثقلاً ... "

وقد ناصر بعض الفقه الكويتي بحماس هذا رأي المشرع الكويتي بالقول (1) :
" وخيرا فعل المشرع بابتعاده عن هذا الاتجاه ، لأنه وإن كان يصدق في حالات غالبية في العمل أن من شأن أعمال الشرط الغامض في العقد أن يحمل المدين بالالتزام أو تشديد العبء عليه ، إلا أن هذا الوضع ليس صحيحا على اطلاقه . فهناك حالات من المسلم فيها أن الشك يفسر ضد من يتحمل الإلتزام ، أي ضد المدين ، ومنها حالات الإعفاء من المسؤولية على الوجه الذي قضي به القانون ، سواء كانت المسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع ، أم عن إخلال بالالتزام ناشئ عن العقد . فلو أن المضرور ، وهو الدائن بالتعويض ، اتفق مع محدث الضرر ، وهو المدين بالتعويض ، على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية ، وثار الشك في مدلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء ، في وجوده أو في مدها ، فإن المسلم فقها وقضاء أن الشك يفسر في المعنى الذي يضيق الإعفاء ، أي أنه يفسر لمصلحة المضرور ، وهو الدائن بالتعويض وليس لمصلحة محدث الضرر ، وهو المدين بالتعويض . "

2- حالة التعارض بين قاعدة الشك وشرط التحكيم :

يرى البعض (1) عدم تطبيق هذه قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين عن وجود اتفاق تحكيم ، والسبب في ذلك أن هذا الاتفاق ، بطبيعته ، لا يوجد فيه دائن ولا مدين ، وإنما هو اتفاق إجرائي يتعلق بالاختصاص في نظر النزاع ، أو بمعنى آخر، هو اتفاق لنزع الاختصاص من القضاء الرسمي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات وإحالاته للتحكيم الخاص .

والسؤال الذي يطرح نفسه عندئذ هو فيما إذا كان يفسر الشك أو الغموض في اتفاق التحكيم لمصلحة التحكيم ، بحيث يحال النزاع للتحكيم ، أم ضده بحيث لا يعتد بالاتفاق ويبقى الاختصاص للقضاء .

ومثال ذلك أن ينص الاتفاق على إحالة النزاع لأحد الفنيين لبيان رأيه الفني فيه ، أو لأحد القانونيين لبيان وجهة نظر القانون فيه ، أو يتعلق النزاع بقياسات المبنى الذي أنشأه الما قول فيتفق الطرفان على إحالته للمهندس لبيان هذه القياسات ، أو ينص الاتفاق على أنه في حال وجود خلاف بين الطرفين فيفضل تسويته باللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء . وإجابة على هذا التساؤل ، اتجه "القضاء العربي" (1) إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم ، طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية . وعليه يتعين على المحكمة عند تفسير اتفاق التحكيم أن تلزم الحيطة والحذر ، وأن تفسره تفسيرا ضيقا .

1- الرأي للدكتور بدر جاسم البعقوب : " أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي " ، دار قيس ، سنة 1981 ، ص 286 .
وقد عرضه الأستاذ لعشب محفوظ في رسالته للماجستير المعنونة : " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن " مطبوعة لدى المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1990 ، ص 150 .

2- د / حمزة أحمد حداد : " كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية " .

مقال منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي : <http://www.barasy.com>

3 - ينظر على سبيل المثال : نقض مدني ، بتاريخ 6 نوفمبر 1994 ، رقم الطعن 1029 ، المكتب الفني ، س 45 ، ص 1337 .
ونقض مدني ، بتاريخ 22 ماي 1997 ، رقم الطعن 8547 ، المكتب الفني ، لسنة 48 ، ص 780 .
تميز حقوق ، رقم 94/1774 ، مجلة نقابة المحامين ، سنة 1995 ، ص 1985 .
وتميز حقوق أردني ، رقم 2000 /1902 ، المجلة القضائية ، سنة 2000 ، ص 11/136 .

ثامنا - الاستثناء على قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين:

لقد أورد المشرع الجزائري على هذه القاعدة استثناء جاءت به الفقرة الثانية من المادة 112 التي ورد فيها ما يلي : " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

وهو نفس الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة 141 من القانون المدني المصري ، باستثناء الاختلاف في إيراد عبارة " تأويل " بدل " تفسير " (1) .

ومن خلال الإطلاع على هذا النص (الاستثناء) ومقارنته بما سبق دراسته (القاعدة)، نجد أن المشرع يميز بين طائفتين من العقود ، ففي العقود العادية كعقود البيع والإيجار والرهن وغيرها من عقود المساومة فإن " الشك يفسر لمصلحة المدين " ، وهذا هو الأصل في قاعدة الشك ، أما فيما عداها ، ولاسيما في عقود الإذعان ، فإن " الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن " ، وهذا هو الإستثناء . وهنا تكون العبرة في تطبيق القاعدة هي بنوع العقد هل هو من عقود الإذعان أم لا .

فإذا كان العقد من عقود الإذعان وكان في عباراته غموض تعذر إيضاحه من طريق التفسير، فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين ، كما تقضي بذلك القاعدة المتقدمة، بل يجب تفسيره دائما لمصلحة الطرف المذعن دائما كان أو مدينا ، باعتباره طرفا ضعيفا دوما، ويراعى في ذلك ما أورده المشرع الفرنسي من أحكام خاصة بتفسير عقود البيع .

فالقانون يسلم بأن يكون المذعن أي الدائن هو الذي وضع شروط العقد و مشتملاته وفرضها على المدين ، الذي لا خيار له إلا في القبول بشروط العقد جميعا ، أو برفضها جميعا دون أن يكون له دون أن يكون له حق قبول بعضها ورفض البعض الآخر، مما يعني أن الدائن الذي يملئ شروط العقد غالبا على الطرف الثاني ، ويصيغها بما يتناسب مع وضعه ، ويفترض أن هذه الشروط في مصلحته (2) ، ولذلك يجب أن يتحمل ما ورد ما فيها من غموض لا تفلح وسائل التفسير في إيضاحه ، فقد كان في وسعه أن يتحاشى غموض العبارة ، خاصة وأن الطرف المذعن له هو رجل فني ومتخصص في غالب الأحيان (شركة تأمين مثلا) وكان عليه أن يتحاشى ذلك الشك بأن يورد عبارات سليمة واضحة ودقيقة . أما وأنه لم يفعل فإنه يتحمل عواقب عدم تبصره ، وعدم الإستفادة بالتالي من خطئه . وهذه قاعدة بديهية تقتضيها قواعد العدالة والمنطق .

وهذا هو المبرر الذي دفع التشريعات المقارنة إلى الأخذ بفكرة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ، ولو كان هو الطرف القوي واقعيا ، غير أن هذه القاعدة الاستثنائية تقتصر فقط على عقود الإذعان ، وإن كان الفقه والقضاء وسع تطبيقا على عقود الاستهلاك ، وعلى عقود العمل ، وسنفضل في هذا الاستثناء لاحقا عندما نتعرض لقواعد التفسير في مجال عقود الإذعان ، وكذا عقود العمل .

1- ينظر كذلك : المواد 153 مدني سوري ، و 153 مدني ليبي ، و 141 مدني سوداني.

تجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء ، المتعلق بتفسير الشك في عقود الإذعان ، لم تنص عليها بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري والتونسي واللبناني شأنها في ذلك شأن التشريع الفرنسي .

2 - وهي في الغالب شروط مجحفة وتعسفية ، بالنظر إلى الاحتكار القانوني والفعلي والاقتصادي الذي يوجد في الطرف القوي في هذا العقد، ولهذا السبب أعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل هذه الالتزامات المرهقة ، وكذا إبطال الشروط التعسفية ، وهو ما يشكل في النهاية قيда على إرادة الطرف الذي أملى شروط العقد .

ينظر على سبيل المثال المادة 110 من القانون المدني الجزائري .

المبحث الثاني : **العوامل الخارجية والداخلية المعتبرة في تفسير العقود**

لما كان الغرض من التفسير هو الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين فإن القاضي "المفسر" يستعين بعوامل مختلفة نص عليها القانون ، فيبدأ مهمته التفسيرية ببحث العقد المكتوب وملحقاته من جداول وخلافه ، وتسمى ذلك بالعوامل الداخلية ، وهي الكائنة بداخل العقد ، وتسمى في الفقه بالمعايير الموضوعية . وإذا لم يجد القاضي فيها حاجته لجأ إلى خارج العقد المكتوب ليستخدم نوعاً آخر من العوامل ، وهي تسمى بالعوامل الخارجية . والملاحظ أن الكثرة الغالبة من هذه العوامل هي ذات طبيعة موضوعية لا ذاتية يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل .

وقد حددت المادة 111 من القانون المدني الجزائري العوامل التي يستهدي بها القاضي في التفسير .

ويمكن بوجه عام ، أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ، وتسمى بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد ، وهي خارجة عنه ، وتسمى بالعوامل الخارجية .

والكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل ، إذ يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين (وهي مسألة نفسية خفية) بعوامل مادية ظاهرة .

وغني عن البيان أن المشرع الجزائري ، وكغيره من التشريعات المقارنة ، لم يذكر هذه العوامل على سبيل الحصر ، فإلى جانب العوامل محددة بنص قانوني ، يجوز للقاضي الرجوع إلى عوامل أخرى يستهدي بها باجتهاده الشخصي لو دون التصيص عليها . وسنعالج طرق أو عوامل التفسير في مطلبين فيما يلي :

المطلب الأول : العوامل الخارجية المعتبرة في التفسير (العوامل الموضوعية)
المطلب الثاني : العوامل الداخلية المعتبرة في التفسير (العوامل الشخصية)

المطلب الأول : العوامل الخارجية المعتبرة في التفسير (العوامل الموضوعية)

يقصد بالعوامل الخارجية تلك الوسائل الموضوعية العامة تلك المعايير والظروف التي لا تتعلق بالعقد ذاته محل تفسيره ، إذ لا يتم استجلاء العقد انطلاقاً من نصوص أو عبارات العقد أو العقود المرتبطة ، وإنما يتم ذلك بالرجوع إلى ظروف خارجية عن المحرر ذاته وعن عباراته ، ولكن تلك الظروف الموضوعية التي تتصف بأنها خاصة بالظروف المتعلقة بالعقد محل التفسير ذاته فهي ظروف خارجية عن عبارات العقد ولكنها خاصة من حيث ظروف إبرامه .

وإذا لم تسعف القاضي عبارات العقد في تفسير ما أبهم أو غمض منه ، وبالتالي لم تتمكن من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين فإنه ، وبغض النظر عن هذه العبارات والألفاظ ، يلجأ إلى مجموعة الوقائع المادية المرتبطة بالتعاقد سواء كانت سابقة أو لاحقة للعقد محل التفسير .

وسنحاول استعراض القواعد الخارجية كما يلي :

- الفرع الأول : عوامل التفسير الخارجية المستقر عليها في القانون الجزائري
- الفرع الثاني : الوثائق المتبادلة طيلة مراحل إبرام العقد ودورها في تفسير العقود
- الفرع الثالث : طرق الإثبات ودورها في تفسير العقود

الفرع الأول : عوامل التفسير الخارجية المستقر عليها في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 111 من القانون المدني على قواعد التفسير ونظمها في فقرتين جاء فيهما ما يلي :

الفقرة الأولى : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ."

الفقرة الثانية : " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ."

ومن تفحص هذا النص نرى أن المشرع الجزائري ، ومثله في مصر (المادة 150)، أورد عاملا واحدا خارجيا يمكن للقاضي أن يسترشد به في تفسير العقد ، وهو العرف الجاري في المعاملات (العرف المفسر)، أما باقي العوامل المذكورة بنص المادة 111 مدني فهي ذات طابع داخلي .

والواضح أنه ذكر هذا العامل على سبيل المثال بشكل لا يمنع قاضي الموضوع من أن يستعين بعوامل أخرى مادية ظاهرة⁽¹⁾ ، ومنها طريقة تنفيذ العقد .

وبالرجوع على ما استقرت عليه آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء المقارن فإن العوامل الخارجية تتصور في أربعة سندرسها تباعا ، وهي كما يلي :

أولاً- عامل العرف الجاري في المعاملات
ثانياً- عامل طريقة تنفيذ العقد

أولاً- العرف الجاري في المعاملات (العادات) كعامل في التفسير:

يعد العرف أو العادة إحدى الآليات الذاتية لتفسير العقد ، في حين سنتعامل مع العرف بصفته حقيقة موضوعية في تفسيره ، أي بصفته قاعدة قانونية عامة ومجردة وتنطوي على قوة إلزام ذاتي خاص مستمدة من طبيعتها الموضوعية دون أن تتوجه إرادة الأفراد الصريحة أو الضمنية للأخذ بها⁽²⁾.

وبالمقابل لا يمكن أن تفسر النية المشتركة للمتعاقدين أو عبارات العقد الغامضة إلا إذا توجهت إرادتهما للعمل بموجبها ، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على عنصر خارجي عن النية المشتركة إلا من خلال هذه النية معبرا عنها بقبول العادة وليس العرف⁽³⁾.

فالعادة لا تستند إلى قوة قانونية ملزمة لعدم تولد الشعور بالإلزام ، كعنصر معنوي يلزم توافره لنشأة القاعدة القانونية⁽⁴⁾.

1 - د/ بلحاج العربي : " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري " ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1998 ، ص 241 و 242 .

2 - د/ نعمان جمعه : " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، دار النهضة العربية ، سنة 1977 ، ص 192 وما بعدها .

3 - د/ برهان خليل زريق : " نظرية تفسير العقد في القانونين الإداري و المدني " ، المرجع السابق ، ص 117 .

4 - Gény.F , « L. interprétation et sources de droit privé positif » . O.P. Cit n°131.

1- المقصود بالعرف كعامل تفسير :

يراد بالعرف المفسر ما استقر في التعامل من عادات لم ترق بعد إلى مستوى العرف الذي يعتبر مصدرا للقانون ، أي أن العرف المقصود هنا ليس ذلك العرف الذي يعد قواعد قانونية ملزمة ، والتي نص عليها القانون وألزم القاضي بالحكم على نهجها (1) . والمقصود بالعرف كعامل للتفسير تلك العادات الجارية في المعاملات بين الأفراد (Les usages) ، والتي تحقق مصالحهم ويسيرونها عليها ويأخذون بها خاصة في المسائل التجارية ، وليس المقصود به العرف كمصدر للقانون (2) . لذلك فإن تعبير المشرع عن العادة بلفظ العرف يعد تعبيراً منتقداً ، لأن القوة الملزمة للعرف تكمن في طبيعته القانونية ، بينما يعتمد في تفسير العقد بالنية المشتركة للمتعاقدين ، حتى ولو تعارضت مع قواعد قانونية مكملة . وعلى ذلك فإن أهمية العرف في التفسير تتوقف على مدى تعبيره عن إرادة المتعاقدين ، ولا يشترط لذلك توافر عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية ، ولهذا فإننا نفضل ، نقادياً للبس ، استعمال تعبير " العادة " باعتبارها عنصراً خارجياً في تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين .

أ- تعريف العرف وعناصره :

العرف هو ما اعتاد جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص ، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلى غيره . ويعرف العرف أيضاً بأنه : اضطراد مجموعة من الناس على فعل أو قول معين مع اعتقادهم بمدى الزاميته بالنسبة لهم . ويتكون العرف من عنصرين : عنصر مادي وعنصر معنوي . **فالعنصر المادي** : ويقضي تكرار سلوك أو قول معين وسط الناس . **والعنصر المعنوي** : مفاده اعتقاد الناس بإلزامية العرف بالنسبة لهم ، حتى دون اتفاق صريح ومسبق بينهم ، وهذا العنصر يميزه عن العادة في الأصل . فالعادة لا تستمد الزاميتها إلا باتفاق الأطراف عليها ، في حين يطلق البعض على العرف لفظ العادة . وهكذا فالعرف يستمد قوة من العنصر المادي والمعنوي ، وحينها يمكن اعتباره قانوناً . ونرى أنه يجب التوسع في مفهوم العرف ليشمل العادات وما يجري عليه العمل . والعادات تلحق في الواقع بإرادة الأطراف فهي تستمد قوتها الملزمة من انصراف الإرادة المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها . وطبقاً للاتجاه الحديث فإن العادات تعتبر قواعد عرفية كاملة . ولكن القاعدة العرفية النابعة من الإرادة تعتبر ذات طابع مكمّل ، فهي تلعب في مجال العرف نفس الدور الذي تلعبه القاعدة المكملة في مجال التشريع .

1 - تنص المادة الأولى من القانون المدني : " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " . وتجدر الإشارة إلى أنه هذا الترتيب الوارد في القانون الجزائري ، يختلف القانون المدني المصري ، حيث أن المادة الثانية من القانون المدني المصري جعلت العرف في المرتبة الثانية والشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة .

2 - في التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية ينظر :

د/ رمضان أبو السعود: " الموجز في شرح مقدمة القانون المدني " ، الدار الجامعية ، بيروت ، سنة 1994 ، ص 431.

ود/ محمد حسنين : " الوجيز في نظرية القانون " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1986 ، ص 61.

فالعادة تكون واجبة التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق مخالف أو في حالة السكوت و يكثر اللجوء إلى العادة في مجال العلاقات بين الحرفيين وفي مجال التجارة الدولية وعند التعامل مع المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى ، ويزداد طابعها الموضوعي أكثر إتباعها في حرفة أو تجارة حيث تعبر عن الإرادة الجماعية للجماعة التي تتبعها .
ويلاحظ بالنسبة لنا أننا سوف لن نفرق بين العرف والعادة في هذا العنصر على الأقل ، وعليه سنستعمل التعبيرين (العرف) و(العادة) كمصطلحين مترادفين رغم بعض الفوارق الدقيقة بينهما .

ب - الفرق بين العرف كمصدر للقانون والعرف كعامل لتفسير العقد:

إن العرف المفسر أو التفسيري ، إن صحت هذه التسمية ، لا يطبق إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدان عن تنظيم ما تعاقدا عليه أو نظامه في غموض (1) . ويشترط في العرف المفسر للعقد ألا يكون مخالفا للقانون ولا للنظام العام ولا للأداب (2) . كما أن العرف الذي يعتبر مكملا لإرادة الفريقين ليس له قوة القانون ولا حتى قوة الإتفاق ، ولذلك لا يطبق إلا في حال غياب النص القانوني ، أو في حال سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية فيما تعاقدا عليه ، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير (3) على أن العرف يظل صحيحا ، ويمكن إعتماده في التفسير إذا خالف نصوصا تشريعية غير إلزامية . ويفرق الفقه بين العرف عندما يكون عاملا من عوامل التفسير غير العرف عندما يكون مصدرا من مصادر القانون (4) ، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى لم يكن حكمه عرضة للنقض . أما العرف في الحالة الثانية ، فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه (5) ، وإن كانت بعض التشريعات العربية حاولت ترقية مرتبة العرف في التفسير إلى مرتبة العرف في التشريع . وهذا هو حال المشرع اللبناني (6) ، ولكن ماذا لو تعارض العرف في هذا المجال والتشريع :

ثار خلاف فقهي حول هذا الموضوع ونستعرض أهم الآراء (7) :

فذهب رأي أول (8) إلى القول بجواز مخالفة العرف للقواعد التشريعية المقررة ، والامرة أيضا به دون التفرقة بين عرف مدني وعرف تجاري .

1 - د/ عبد الحميد الشواربي: "فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه" ، منشأة المعارف ، سنة 1988 ، ص 224.

2- جاء في المادة 475 من المدونة المدنية المغربية : " لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون ، إن كان صريحا " . وينظر: حكم محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 5 جانفي 1926 ، م 38 ، ص 161.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 28 مارس 1940 ، مجموعة عمر 3 ، رقم 47 ، ص 141.

4- فيما يتعلق بدور العرف كمصدر للقانون ، والعرف كمصدر لتفسير القاعدة القانونية :

يراجع : د/ برهان خليل رزيق : " نحو نظرية عامة في العرف الإداري " ، رسالة دكتوراة ، جامعة دمشق ، سنة 1986.

5 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 395 ، ص 499.

د/ عبد الحميد الشواربي : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 225.

وترى محكمة النقض المصرية : " أن تحري العرف في ذاته أمر من أمور الموضوع التي لا شأن لمحكمة النقض فيها ، وإن اعتمدت ، محكمة الموضوع ، فيه على ما قدم إليها من مستندات مؤيدة لما ارتأته فحكمها سليم لا غبار عليه " .

نقض مدني ، جلسة 31 أكتوبر 1935 ، مجلة المحاماة ، ص 16 ، ص 471 ، رقم 205.

6- جاء في المادة 371 من قانون الموجبات والعقود اللبناني :

" يجب أيضا على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفا ، وإن كانت لم تذكر صراحة في نص العقد " .

7 - ينظر في عرض وتفاصيل الآراء الدكتور نعمان جمعه : " دروس في المدخل " ، المرجع السابق ، ص 212 وما بعدها.

8 - د/ سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني " ، المرجع السابق ، فقرة 152.

وذهب رأي آخر (1) بالقول أن مخالفة العرف للتشريع إنما تكون في القواعد المكملّة دون القواعد الأمرة فلا يقبل تعطيل قاعدة أمره بعرف مخالف . فالشارع لم يقصد تغليب وجوب أعمال هذا النص ، بل ترك للمتعاقدين حرية إتباعه أو الأخذ بغيره ، وإذن فالمنطق يوجب تغليب العرف في هذه الحالة ، وذلك لأن المفروض أن المتعاقدين يعلمان بهذا العرف الذي توطد بجريان العمل عليه . ويستنتج من ذلك العرف التجاري ، والذي يسمح له بمخالفة القواعد الأمرة ، وحجتهم في ذلك أن القواعد الأمرة من النظام العام ولا يجوز مخالفتها من قبل العرف . ويذهب الدكتور نعمان جمعه في النهاية إلى أن تفضيل العرف الجاري في المعاملات وتطبيقه بدلا من التشريع يتوقف على وجود قاعدة تشريعية تعبر ذلك ، أي بشرط عدم وجود عرف مخالف وتطبيق العرف هنا يكون لاستبعاد القاعدة التشريعية لعدم توافر شروط تطبيقها (2) . وهذا الرأي نؤيده ، لأنه أقرب إلى المنطق القانوني وما أتى به التشريع .

ج- أنواع العادات أو الأعراف المعبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين :

تنقسم العادات إلى نوعين: عادات مكانية ، وعادات خاصة بطرفي العقد (شخصية) .
النوع الأول- العادات المكانية :

العادات المكانية التي يمكن أن تكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، إما أن تكون عادات المكان الذي أبرم فيه العقد ، أو المكان الذي ينفذ فيه ، حيث كل طائفة من المتعاملين إلا ولهم عوائدهم الخاصة بهم . ولهذا قال الفقهاء : " العادة كالشرط " أو " المعروف عرفا كالمشروط شرطا " .

وقد أشارت المادة 1359 من التقنين المدني الفرنسي على العادة السائدة في بلد أو مكان إبرام العقد ، خاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية ، ونفس الحكم نلّمسه في المادة 526 من مجلة العقود والالتزامات التونسية ، والمادة 470 من المدونة المدنية المغربية . ويجمع الفقه على جواز استناد القاضي إلى عادات المكان الذي ينفذ فيه ، إذا وجد أن هذه العادات هي التي تتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين . ويتعين على القاضي أن يقدر ، وفقا للظروف المختلفة ، نوع العادات المكانية التي وافق عليها المتعاقدان ضمنا (3) .

النوع الثاني- العادات الشخصية :

يمكن تفسير العبارة الغامضة للعقد بناء على عادات المتعاقدين المستمدة من عقودهم السابقة ، أما الاتفاقات اللاحقة فليس لها أهمية في تفسير العقد السابق عليها (4) . وعلى ذلك يمكن إعطاء الشرط الغامض المعنى الذي يتوافق مع المعنى الذي صرحت به الاتفاقات السابقة على إبرام العقد ، و يشترط أن تكون العقود السابقة قد تمت بين نفس طرفي العقد المراد تفسيره . أما إذا صدرت الاتفاقات السابقة من أحد أطراف العقد ، فيمكن أن يحتج في مواجهته بالمعنى المستمد من هذه العقود .

1 - د/ حسن عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 170 ، ص 152 .
2 - د/ نعمان جمعه : " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، المرجع السابق ، ص 200 .
3 - د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 94 ، ص 88 .
4 - محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 24 مارس 1910 ، م 22 ، ص 212 .

وعلى العكس ، فإنه تطبيقاً لقاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه . فلا يجوز للمتعاقد الذي كان طرفاً في عقود سابقة ، أن يحتج في مواجهة المتعاقد الآخر ، بأحكام هذه العقود السابقة التي لم يكن طرفاً فيها .

وفي حالة التعارض بين العادات المكانية والعادات الخاصة بطرفي العقد ، يجوز للقاضي أن يقدر أن هذه العادات الأخيرة هي التي تتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁾. وهناك تقسيم آخر للعادات أو الأعراف ، وهو تقسيمها إلى : عادات فعلية وعادات قولية . **فالعادات القولية أو العرف الفعلية** : فهي تعارف عليه الناس بصورة مطردة توافق الطباع السليمة ، كتعارف الناس على البيع بالمعاطاة في كثير من الأشياء دون الصيغة اللفظية ، وتعارفهم على تقسيم المهر في عقد الزواج إلى مهر مقدم ومهر مؤخر . مع الإشارة إلى أن العرف القولي يعتد به في التفسير حتى وإن اختلف عن المعنى اللغوي ، ويعول الفقه على الحقيقة العرفية أو المعيار الموضوعي معتبراً إياها أولى في تحقيق الغرض .

ومن ذلك مثلاً استعمال لفظ " التجويز " للدلالة على عقد النكاح ، لأنه غلب استعماله في الزواج عن قصد صحيح من غير علاقة بينه وبين المعنى اللغوي . وأصبحت القاعدة السائدة هي حمل كلام كل متعاقد وواقف على عرفه ، وأن لفظ كل عاقد يحمل على عادته ولغته وسواء وافقت لغة العرب أو لا ، ذلك أن الكلام العربي على اختلاف لغاته وضع للتفاهم والتخاطب . وكل متكلم يقصد لغته ، فيجب عندها حمل كلامه عليها ، وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده⁽²⁾ .

ومع أن هذا الكلام يبدو صحيحاً إلى حد بعيد في بيان أهمية العرف والعادة كضابط للتفسير ، أو تخصيص العموم بالعرف والعادة ، ولكن لا يصلح لجميع العقود ، فمثلاً عقد الزواج ينعقد بلفظ التزويج كما ذكرنا ، ولكن لا ينعقد بلفظ الإعارة والإباحة والإحلال والتمتع .

أما العادات القولية : أو العرف اللفظي : فهي التي يعتمد فيها الناس ألفاظاً معينة على بعض الأشياء أو بعض التصرفات ، حتى ولو كانت تختلف عن معناها اللغوي . ومثال ذلك إطلاق لفظ (الولد) على الذكر دون الأنثى ، وإطلاق لفظ (اللحم) على السمك . والعرف بنوعيه الفعلي والقولي ، قد يكون عاماً يعرفه أهل البلد جميعهم في زمن من الأزمنة ، وقد يكون عرفاً خاصاً يتعارفه أهل بلد معين أو طائفة منهم . والأصل أن يكون العرف عاماً⁽³⁾ ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص بشرط أن يكون هذا العرف مستقراً⁽⁴⁾ . ففي مجال تفسير العقود يعتبر العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام .

1 - Req. 8 janv. 1894, Siery . 1895 - I - 174.

2 - د/ وحيد سوار الدين : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الغربي " ، رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة ، سنة 1960 ، مطبوعة لدى دار النهضة العربية ، ص 563 وما بعدها.

3- محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 23 فيفري 1910 ، م 22 ، ص 162.

4- محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 15 فيفري 1916 ، م 28 ، ص 154.

2- أهمية العرف أو العادة في تفسير العقد:

نصت المادة 111 / 2 مدني جزائري المقابلة للمادة 2/150 مدني مصري على دور العرف كأداة للتفسير ، ولكنها في الواقع مجرد أداة خادمة لا قاضية (1) . ويولي القاضي مهمة تفسير العقد وفقا لما يقتضيه العرف الجاري أو العادة السارية في التعامل ، وحتى وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف أو العادة (2) . وأكثر ما تظهر أهمية العرف (العادة) في القضايا التجارية (3) ، والمعاملات البحرية والحساب الجاري (4) ، وبالتالي فلا ضرر في إعطائه الدرجة الأولى في تفسير العقود التجارية والبحرية .

وقد يستند العرف نفسه على معايير تقنية ومهنية استقرت في بعض المعاملات التجارية مثل بيع السيارات وتأجير الآلات الالكترونية والميكانيكية وأعمال المقاولات الكهربائية...

حيث يتوجب على القاضي عند تفسير العمل التجاري أن يطبق العرف المتوطد فهو مبني على عقد ضمنى و قائم على موافقة الأطراف (5) ، إلا إذا ظهر أن هؤلاء الأطراف اتفقوا صراحة على مخالفة أحكام العرف أو العادة الجارية ، أو كان هذا العرف أو تلك العادة متعارضا مع نصوص قانونية إلزامية .

فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء العرف أو العادة ، لأن القاضي يفسر العرف أو العادة مع مراعاة ما يقتضيه نوع الإتفاق والعرف والعادة الجارية (6) .

ومن الأعراف السائدة في الواقع الجزائري ، هي مسألة العربون ، حيث جرى العمل في عقود و عقود الإيجار على أنه في حالة عدول المشتري أو المستأجر فإن الطرف الثاني (البائع أو المشتري) يحتفظ بمبلغ العربون المدفوع ، وذلك بخلاف ما هو منصوص عليه في القانونين المصري والفرنسي . مع العلم أن المشرع الجزائري لم يكن ينظم أحكام العربون ، غير أنه تدارك هذا النقص مقتنا بعض أحكام هذا العرف بموجب القانون رقم 05/10 المعدل والمتمم للقانون المدني (7) .

ونشير إلى أن تنظيم مسائل العربون تم بنفس الطريقة والأحكام المنصوص عليها في القانونين المصري والفرنسي ، حيث يحق لكل طرف العدول عن العقد .

1 - د/ مصطفى عبد الحميد عدوي : " مفهوم الشرط الضمني في القانون الانجلو أمريكي " ، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، العدد 13 ، السنة السابعة ، أفريل 1998 ، ص 170 وما بعدها .

2- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 3 ماي 1905 ، م 27 ، ص 236 .

38-1911. Dalloz . Trib.Paris. 28 dec 1950 .

3- نقض مدني ، جلسة 24 ماي 1965 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 13 ، ص 693 ..

4 - نقض مدني ، جلسة 19 ماي 1960 ، ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 11 ، رقم 63 ، ص 406 .

5 - قضت محكمة النقض المصرية أنه : " متى كان الاتفاق قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه في ميعاد معين ، فإنه لا محل للرجوع إلى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن وطريقة دفعه " .

نقض مدني مصري ، جلسة 3 ماي 1962 ، مجموعة أحكام النقض ، ج 13 ، رقم 86 ، ص 571 .

6- توجد أعراف تقضي بمنح بعض العمال والخدم في الفنادق والمطاعم والمقاهي عمولة أو إكرامية أو بقبشيش ، كما تسمى أيضا ، زيادة عن الحساب ، وهذا العرف ينفذ ، حتى ولو يذكر للعميل ولو لم يكن مكتوبا .

7- ينظر المادة 72 مكرر من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 .

منشور في الجريدة الرسمية ، عدد 44 ، بتاريخ 26 جوان 2005 ، ص 17 وما بعدها ..

فإذا عدل البائع مثلاً (والعربون ليس مقتصرًا على عقد البيع) فإن المشتري يفقد ما دفعه ولن يتمكن من استرداد ما دفعه وقت إبرام العقد ، إلا إذا تنازل خصمه أو وجد اتفاق سابق ، وإذا كان العدول من البائع رد مبلغ العربون ومثله ولو لم يترتب عنه أي ضرر للمشتري .

وهنا يلاحظ الاختلاف بين تنظيم العربون في ظل العرف وتنظيمه في ظل القانون ، مع أن هذا الأخير يبدو أكثر عدلاً وأكثر إلزاماً من الناحية العملية مقارنة بحكم العرف . وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يقيد القاضي بتطبيق عرف معين على النزاع ، فهل تطبق عرف المكان الذي أبرم فيه العقد أم العرف الذي نشأ في موطن التنفيذ ؟ وحسنا فعل المشرع ذلك على خلاف المشرع الفرنسي في المادة 1159 من القانون المدني الفرنسي والتي أشارت إلى تفسير الغامض من عبارات العقد بواسطة عرف البلد الذي أبرم فيه (1) .

ولم ير الشارع الجزائري ، وكذلك فعل الشارع المصري ، ضرورة لهذا التقييد ، إذا المفروض أن العقد ينفذ في المكان الذي نشأ فيه ، ولكن عند اختلاف مكان تنفيذه عن مكان تنفيذه عن مكان نشوئه ، فإن القاضي الذي يتولى التفسير هو الذي يقرر عرف أي المكانين يجب تطبيقه (2) .

وموقف المشرع الجزائري بتركه القاضي يبحث أي الأعراف أجدى بالاعتبار ، إذ قد يكون عرف البلد الذي أبرم فيه العقد قد جاء عرضاً بعد طول مناقشات ومداولات ، أما العرف السائد في موطن تنفيذ العقد ، فهو المحك الحقيقي والذي يطول فيه البقاء إذ بعد إبرام العقد يعود كل طرف إلى موطنه لبلد التنفيذ . هذا لا يمنع القاضي من اللجوء لعرف بلد الإبرام إذا رأى القاضي أنه يتناسب أكثر من عرف بلد التنفيذ وخصوصاً إذا كان ذلك مسيطراً عليهم أثناء فترة المفاوضات التي سبق التعاقد . وتلك مسألة تقديرية وتكون من إطلاقات قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه .

فإذا ما ثار شك وغموض حول عبارة من عبارات العقد ولم تسعف القاضي العوامل الداخلية التي سبق أن أشرنا إليها فعلى القاضي أن يلجأ إلى العرف الجاري لمعرفة المقصود من تلك العبارات طالما لم يتفقا على مخالفة صراحة (3) .

وبالرجوع إلى قواعد التفسير في الفقه الإسلامي نجدها تعتد بالعادة أو العرف كمصدر أو عامل لتفسير العقود ، انطلاقاً من القاعدة المعروفة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " . كما توجد عدة قواعد فقهية أخذت بها مجلة الأحكام العدلية (4) أو " القانون المدني العثماني " إن صحت التسمية ، وقد وجارته في ذلك بعض التشريعات العربية المستمدة أو المتأثرة بها ، ومنها القانون العراقي ، والأردني ، والإماراتي .

1 - د/ أحمد زكي الشيبتي : " تكوين العقد وتفسيره " ، المرجع السابق ، ص 59 .

2 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 169 ، ص 111 وما بعدها .

3 - نقض مدني ، جلسة 12 جوان 1969 ، مجموعة الأحكام ، السنة 20 ق ، رقم 147 ، ص 921 .

4 - ورد في مجلة الأحكام العدلية عدة مواد وقواعد متفرعة عن اعتبار العرف والعادة في المعاملات :

المادة 37 : " استعمال الناس حجة يجب العمل به " . المادة 38 : " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة " .

المادة 40 : " الحقيقة تترك بدلالة العادة " . المادة 41 : " إنما يعتبر العرف إذا اضطرت أو غلبت " .

المادة 43 : " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " . المادة 44 : " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم " .

للمزيد من التفصيل حول هذه القواعد وغيرها .

ينظر : أ/ سليم رستم باز : " شرح مجلة الأحكام العدلية " ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، طبعة 3 ، سنة 1996 .

3- شروط أعمال العادة أو العرف في تفسير العقد :

- يلزم شرطان لتطبيق العادة باعتبارها عنصرا معبرا عن النية المشتركة للمتعاقدين :
- 1- غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين .
 - 2- الموافقة الضمنية للمتعاقدين بحكم العادة .

الشرط الأول- غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين :

يشترط لأعمال العادة بقصد تكملة شروط العقد بأحكام لم يصرح بها المتعاقدان ، إلا يشمل العقد على شروط تتعارض مع حكم العادة⁽¹⁾ ، حيث أن وجود هذه الشروط يتضمن تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وتفقد العادة بالتالي أهميتها في هذا التعبير ، فضلا عن أن شروط لعقد المكتوبة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة .

أما في مجال التفسير ، فيشترط لإعمال العادة أن يكون هناك غموض في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين . وقد ينشأ هذا الغموض نتيجة استخدام عبارات ينقصها الوضوح والتحديد⁽²⁾ .

ولكن هل يكون هناك غموض بالرغم من استخدام عبارات واضحة في العقد ؟ يرى الأستاذ كالاتاي (Gallatay) في هذا الصدد ، أنه يمكن اللجوء للعادة ، بالرغم من وضوح عبارة العقد ، ذلك أن سلطة القاضي في التفسير تتسع عند وجود شك ، وقد يتجه التعارض بين عبارات العقد الواضحة والعناصر الخارجية عنه⁽³⁾ .

ويستخلص من هذا الاتجاه إمكانية تطبيق العادة ، باعتبارها التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من وضوح عبارة العقد . ويستند في تأييد رأيه بموقف القضاء الفرنسي . وانتقادا لهذا الموقف السابق ، يقول الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن هذا الرأي لا يمكننا قبوله ، ونستند في ذلك إلى الحجج الآتية⁽⁴⁾ :

- 1- تعارض هذا الرأي للقاعدة التي نص عليها المشرع ، وأخذ بها القضاء ، حيث لا يجوز تحريف أو تغيير المعنى المستمد من عبارة العقد الواضحة . فالعبرة إذن بالنية المشتركة التي تشير إليها العبارات الواضحة للعقد .
- 2- لا يجوز إثبات عكس النية المستمدة عبارات العقد الواضحة بناء على عنصر خارجي عن العقد ، إذ أن مثل هذا الإثبات يتضمن مخالفة للدليل المكتوب ، وهو أمر غير جائز بالكتابة .
- 3- أنه بعكس ما يدعيه الأستاذ كالاتاي (Gallatay) ، فإن القضاء الفرنسي لا يجيز تطبيق العادة إلا حينما يكون هناك غموض يحيط بعبارات العقد ، بحيث لا يجوز تطبيق حكم العادة مع وضوح عبارة العقد⁽⁵⁾ .

1 - محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 24 ديسمبر 1930 ، م ، 43 ، ص 105 .

و رفض مدني ، جلسة 28 مارس سنة 1940 ، مجموع القواعد القانونية ، ملحق ، رقم 99 ، ص 847 .

2 - د / وليم سليمان قلادة ، الرسالة السابقة الذكر ، رقم 115 ، ص 314 .

نقلا منا عن د / أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 89 ، ص 84 .

3- Gallatay . « Etudes sur l'interprétation des conventions » . O.P. Cit. p 79 .

4- د / أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

5- Cass Com. 2 déc. 1917, Gaz, Pal. 1948, . I. 36. note. Mazeaud

وبالنسبة للحكم القضائي الذي استند إليه (كالاتاي) تأييدا لرأيه ، حيث طبق حكم العادة ، إنما يتعلق في الحقيقة ، بتفسير عبارة غامضة وردت في العقد . وتطبيق حكم العادة كان من شأنه إجلاء الغموض عن هذه العبارة ، فقد ورد في عقد التأمين شرط يقضي بأن السفن المحملة بالبضائع يجب أن يتواجد ليها شخصان على الأقل ليلا ونهارا ولم يرد في العقد تحديد لهذين الشخصين .

لذلك فقد استعانت محكمة الموضوع بالعادة المتبعة التي تسمح للبحارة باصطحاب زوجاتهم وأولادهم ، وطبقت حكمها ، باعتبار أن المتعاقدين يوافقان عليه ، وقد استخلصت المحكمة أنه يكفي أن يترك المؤمن له زوجته وابنته التي تبلغ ثمان عشرة سنة ، حيث أن الغرض الذي يقصده المتعاقدان هو ترك شخصين على المركب ، قادرين على المشاركة في الأعمال المختلفة، دون اشتراط أن يكونا من الرجال .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير للعبارة الغامضة الواردة في العقد (1) . وعلى هدي ما تقدم فإن القضاء المصري يشترط غموض عبارة العقد لجواز تطبيق حكم العادة (2) ، ومع ذلك فقد أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية حكما بتاريخ 10 مارس سنة 1932 ، قضت فيه بأن النص المطلق الوارد في العقد يقيد بالعرف الجاري، إذ لا يجوز التقييد بالألفاظ اللغوية في تفسير المشارطات . وأن العبرة بما قصده المتعاقدان مع ملاحظة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري (3) .

وتعليقا على هذا الحكم يقول الدكتور شوقي عبد الرحمن أنه قد يفهم من ذلك أن عدم تقييد القاضي بالمعنى الحرفي لألفاظ العقد يفرض عليه أن يأخذ في اعتباره حكم العادة باعتبار أنها النية المشتركة للمتعاقدين ، بحيث يكون للعادة القدرة على تخصيص النص المطلق الوارد في العقد .

ويتابع الدكتور شوقي عبد الرحمن القول : لا يجب الأخذ بالمفهوم الظاهر لهذا الحكم ، إذ أن القاعدة التي استقرت عليها محكمة النقض المصرية تقضي بأن يكون تخصيص العبارة العامة الواردة في العقد مستمدا من عناصر العقد الداخلية ، وإلا اعتبر التفسير مسخا للعقد (4) .

والحقيقة أن دور العادة في تفسير العقد لا يظهر إلا إذا كان هناك غموض يكتنف نصوص العقد ، بحيث يمتنع الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بناء على العناصر الداخلية للعقد .

1 - Req. Trim. De Dr , Civ. 1948 p. 332 . Req. 4 déc 1934 , D.H 1935. 117

Cass. Civ. 4 nov, 1918, Dalloz .P. 1923 . I. 102.

2 - محكمة الاسكندرية المختلطة ، بتاريخ 3 ماي 1905 ، م 17 ، ص 235 .

ونقض مدني ، جلسة 28 مارس 1940 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 03 ، رقم 47 ، ص 141 .

3 - نقض مدني ، بتاريخ 10 مارس 1932 ، المجموعة الرسمية ، س 33 ، رقم 184 ، ص 358 ، م عمر ، ج 1 ، رقم 42 .

4 - نقض مدني ، جلسة أول فبراير 1962 ، مجموعة النقض المدنية ، س 13 ، رقم 23 ، ص 148 .

ونقض مدني مصري ، جلسة 7 ديسمبر سنة 1961 ، مجموعة النقض المدنية ، س 12 ، رقم 128 ، ص 765 .

الشرط الثاني- الموافقة الضمنية للمتعاقدين على حكم العادة :

يولي القاضي مهمة تفسير العقد وفقا لما يقتضيه العرف الجاري أو العادة السارية في التعامل ، وحتى وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف أو العادة ، لأنه يفترض في العرف أو العادة الجارية بين المتعاقدين أن يكونا على علم به ، وأن يكون ذلك وقت التعاقد (1) .

ولا تكون العادة تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين إلا إذا وافقا عليها وقت إبرام العقد دون حاجة لأن يكن ذلك الترتيب الوارد في مكتوبا أو متفقا عليه في الأصل (2) .
ويقتضي ذلك ثبوت علم المتعاقدين بحكم العادة ، وموافقتهم ضمنا بها (3) ، مع أن البعض لا يشترط عنصر العلم (4) .

وقد يتفق الأطراف فيما بينهم كتابة أو شفاهة على تحكيم العرف أو العادة إذا نشأت بينهم خلافات أو ينصون على استبعاده من التحكيم بينهم أو تطبيق قواعد مخالفة لما استقرت عليه المادة حتى ولو كانت هذه الشروط الاتفاقية شاذة عن القانون العام (5) . كما قد يتفقان على استبعاد العرف بنفس الطريقة .

واعتبار العادة بمثابة اتفاق ضمني للمتعاقدين يؤدي إلى تغليبها على حكم القواعد المكملة، حيث أن شرط تطبيق هذه القواعد هو عدم وجود اتفاق مخالف ، ويستوي أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا .

ويتعين على المتعاقد الذي يطالب بأن يكون تفسير العقد وفقا للعادة ، أن يثبت حكم هذه العادة ، ويستعين في ذلك بجميع طرق الإثبات، باعتبارها واقعة مادية (6) .
وإلى جانب ذلك ، يجب إثبات الموافقة الضمنية على حكم العادة . ويتم هذا الإثبات أيضا بجميع الطرق ، كالشهادة والقرائن ، لأن الأمر هنا لا يتعلق بإثبات حكم يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي ، طالما أن العقد لا يتضمن شرطا يخالف حكم العادة ، حيث أن غموضه يرفع عنه أي معنى محدد .

ويترتب على ذلك أن حكم العادة لا يتصور تعارضه مع الشرط الغامض ، بل هو على العكس من ذلك يؤكد المعنى الذي يشتمل عليه العقد المكتوب متوافقا مع النية المشتركة للمتعاقدين .

1- قضى : " إن العرف كقاعدة قانونية يفترض في القاضي العلم ومن واجبه أن يطبقه من تلقاء نفسه ، ولا يقع عبء إثباته على أطراف الدعوى " .

قرار المجلس الأعلى بالمغرب ، عدد 2224 ، المؤرخ في 14 نوفمبر 2001 ، ملف مدني ، عدد 99/1/3/856 .

2 - د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية " ، المرجع السابق ، ص 235 .

3- Trib Paris; 4 jan 1934, D.H. 1934, 105.

4- Marty, « Rôle du juge dans l'interprétation du contrat » .OP. Cit. p. 92.

5- Cass. Civ.15 fev 1972 . Dalloz. 1972 -2-339 ؛ 17094.

Cass. Civ. 6 oct 1982. .Bull.Civ 1982-1-176. P 237..

6 - ينظر : محكمة مصر الابتدائية ، حكم استئنافي في 11 أفريل 1905 ، المجموعة الرسمية ، رقم 68 ، ص 140 .
وينظر كذلك : د/ برهان خليل رزيق : " نحو نظرية عامة للعرف الإداري " ، رسالة دكتوراة ، جامعة دمشق ، مطبوعة لدى مطبعة عكرمة ، دمشق ، سنة 1984 ، ص 115 .

وقد تتبين موافقة المتعاقدين الضمنية على حكم العادة من القرائن المختلفة . ومن بين هذه القرائن المهنة التي يحترفها المتعاقدان ، فاتحاد هذه المهنة ، و تعلق العقد بعمل من أعمالها ، قد يفيد علم المتعاقدين وموافقتهما ضمنا على إتباع حكم العادة الخاصة بالمهنة⁽¹⁾ ، وعلى العكس ، لا يفترض موافقة المتعاقدين على حكم عادة تتعلق بمهنة لا يحترفها كلاهما⁽²⁾ .

وفضلا عن هذين الشرطين السابق الذكر ، فإنه ينبغي يكون العرف غير مخالف للقانون ولا للنظام العام ولا للأداب ، كما أنه لا يطبق العرف إلا عندما تستغل نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم ناحية مما تعاقدا عليه أو ينظمونه في غموض⁽³⁾ . ولكن العادة لا تصلح لوحدها معيارا للتفسير . ولهذا السبب نقضت محكمة النقض الفرنسية ، استناداً إلى المواد 1134 و 1156 و 1159 من القانون المدني ، حكماً استند فقط إلى العادات لتفسير العقد قائلة : " حيث أن المحكمة بتفسيرها الشرط المتنازع فيه حسب إحدى العادات، بدون التثبت من أن الفريقين توخيا الأخذ بها صراحة ، لم تعط قرارها الأساس القانوني⁽⁴⁾ .

كما قضى أيضا أنه إذا كان العادة ينبغي على القاضي أخذهما في الاعتبار في تفسير العقود وفي النتائج التي يتضمناها، ليس بإمكانه التمسك بهما لتجنب أحد المتعاقدين القيام بتعهداته الواضحة والدقيقة التي اضطلع بها بحرية⁽⁵⁾ .

و قضى كذلك في فرنسا بأن محكمة الاستئناف التي تحدد معنى شرط غامض ومداه تبعا لنية الفريقين المشتركة ليست ملزمة بالإجابة على الطلبات التي تثير عادات مهنية⁽⁶⁾ . ونشير في الأخير إلى أن العادة أو العرف ، وفضلا عن دورها في التفسير ، لها دورا أخطر و أهم ألا وهو تكملة العقد وسد النقض فيه⁽⁷⁾ ، إذ يمكن القاضي باستعمال العرف إضافة شروط أو التزامات ثانوية جرى العمل بها أو عليها (عرف مكمّل) ، وإن كانت لم ترد في العقد أصلا . وعدم نص الطرفين على أحكام مخالفة يعني أنهما أرادها ضمنا ، فالعرف إذا يعد بمثابة شرط ضمني في العقد .

1- Trib. Orleans 17 Avr 1959, Gaz, Pal . 1959- 2 - 125.

2 - Trib. Paris 4 janv. 1934, D.H. 1934, 105; Paris 25 nov. 1952, Dalloz, 1953, p 43.

3 - د/ علي علي سليمان : " النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1994 ، ص 102.

4- Cass.Com. 17 mai 1988. Bull.Civ.1988-6-167. p.116..

5-Cass.Civ. 2 dec 1947. Bull.Civ. 1947. p 56.

Cass.Civ. 20 fev 1980 . Bull.Civ .1980- 4 -91. p 70.

6 - Cass.Com. 20 fev 1980. Bull.Civ .1980-4. n° 91. p 70..

7- ينظر المادة 2/107 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها : " و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام "

وتقابلها من المادة 2/146 مدني مصري ، والمادة 1135 مدني فرنسي .

وينظر نقض عمالي مصري . جلسة 12 مارس 1969 ، المكتب الفني ، السنة 20 ، طعن رقم 68 ، ص 418.

ثانيا - طريقة تنفيذ العقد كعامل في التفسير :

من العناصر الخارجية اللاحقة لإبرام العقد والتي يستعان بها لتفسيره نجد طريقة تنفيذ العقد . ويتمثل هذا العامل أساسا في الظروف التي أحاطت بتنفيذ العقد ، وإن طريقة المتعاقد للعقد ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب المتعاقد الآخر ، يكون عنصرا هاما في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين ، إذ يمكن للقاضي أن يأخذه بعين الاعتبار ويسترشد بها حال قيامه بتفسير العقد (1) .

وقبل التطرق لشروط الأخذ بهذا العامل ، نميز بين دوره في حالة الغموض ، وفي حالة الوضوح ، فالأمر يختلف كما سنرى .

1- التمييز بين طريقة التنفيذ في حالتها الوضوح والغموض :

يثور التساؤل حول مدى حرية القاضي في اللجوء إلى طريقة تنفيذ العقد ، كعنصر خارجي يصلح لتفسيره .

لكي نجيب على هذا التساؤل ، يتعين التمييز بين فرضين :

أولهما : حين تكون عبارة العقد واضحة .

ثانيهما : حين تكون عبارة العقد غامضة .

أ - حين تكون عبارة العقد واضحة :

يرى الأستاذ كالاتاي (Gallatay) في رسالته حول تفسير العقد أن تكوين العقد لا يقوم على عباراته . وإنما على النية المشتركة لطرفيه . وعلى ذلك ينبغي تفسير العقد بناء على طريقة تنفيذه ، ولو تعارض ذلك عباراته (2) طالما أن طرف العقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ ، لم يثبت أن التنفيذ بطريقة معينة لا يعبر عن نيته الحقيقية ، كأن يثبت أن طريقة التنفيذ قد تمت تحت تأثير غلط ، أو بناء على تسامح من جانبه (3) .

ويعارض بعض الفقه المصري هذا الرأي (4) ، بالقول أنه يتعارض مع القاعدة التي نص عليها المشرع وسلم بها القضاء ، حيث لا يجوز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين (المادة 150 مدني مصري) .

فطريقة التنفيذ إذن ، لا تؤثر على تفسير العقد ، إذا تعارضت مع المعنى المستمد من عبارته الواضحة ، حيث أن النية المشتركة التي يعتمد بها المشرع ، بالنسبة للعقد الواضح ، هي تلك النية التابعة من عبارته والواضحة . ولا يجوز إثبات عكس هذه النية بناء على عنصر خارجي عن العقد ، إذ أن مثل هذا الإثبات يتضمن مخالفة للدليل المكتوب . وهو أمر غير جائز إلا بالكتابة .

1 - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 392 ، ص 321 .

2 - محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 3 أبريل 1930 ، م 42 ، ص 402 .

محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 28 ماي 1948 ، م 54 ، ص 211 .

3- Gallatay. « Etues sur l'interprétation des conventions » , thèse. Paris , 1947. n° 55.

4- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 81 ، ص 79 .

وعلى ذلك فإن طريقة التنفيذ ليس من شأنها تعديل المفهوم المستمد من عبارات العقد الواضحة ، حيث تتحدد حقوق والتزامات أطرافه بناء على تلك العبارات ، ولا يحتاج بالتالي طرف العقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ ، أن يثبت أنها لا تعبر عن إرادته الحقيقية ، بل يكفي أن يتمسك بالنية المشتركة المبنية على العبارة الواضحة للعقد .

ومع ذلك ، فإن إثبات تنفيذ العقد بطريقة تتعارض مع المعنى المستمد من عباراته واضحة ، قد يفيد في التدليل على النية الضمنية للمتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ ، بإبراء الطرف الآخر من جزء من التزامات الثابتة بمقتضى العقد ، ولا يكفي لذلك إثبات طريقة التنفيذ الخاصة ، سواء بالإقرار أو بالشهادة ، إذ يتعين أيضا إثبات أن هذا التنفيذ يمثل تعبيراً كافياً لإرادة المتعاقد الضمنية في التنازل عن حقه (1).

ب- حين تكون عبارة العقد غامضة :

تظهر أهمية طريقة التنفيذ كعنصر خارجي عن العقد في تحديد النية المشتركة للمتعاقدين ، عندما لا تكفي عناصر العقد الداخلية في هذا التحديد . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ في تفسير عبارات العقد الغامضة (2) أو في تحديد نية المتعاقدين في اعتبار العقد قائماً بالرغم من بطلان أحد شروطه (3) . واعتنق القضاء المصري أيضا هذا الاتجاه ، فاشتراط غموض العقد لإمكانية تفسيره ، بناء على طريقة تنفيذه (4) .

ويلزم مع ذلك توافر بعض الشروط ، حتى تعكس طريقة التنفيذ النية المشتركة للمتعاقدين

2- شروط الأخذ بطريقة التنفيذ كعامل في تفسير العقد :

إن طريقة التنفيذ إنما تعبر في الأصل عن نية المتعاقد الذي يقوم بإتباعها ، ولكن التنفيذ لن يصبح معبرا عن النية المشتركة للمتعاقدين إلا إذا ارتضاه المتعاقد الآخر ، ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر شروط معينة (5) :

1- أن يكون التنفيذ لاحقا على إبرام العقد ، إما التنفيذ السابق على إبرامه فلن يؤثر في تفسيره إلا إذا استمر عقب إبرامه .

2- علم المتعاقد بطريقة التنفيذ التي يتبعها المتعاقد الآخر ، فإذا كان المتعاقد جاهلا بها ، فإن ذلك التنفيذ لا يعبر إلا عن نية أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر .

3- مضي مدة معقولة على طريقة التنفيذ دون اعتراض أو تحفظ من جانب المتعاقد الآخر (6) ويقدر القاضي مدى معقولية هذه المدة في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين .

1- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 83 ، ص 80 .

2 - Cass. Civ. 14 mars 1955 . Bull Civ 1955. I. 99. Gaz .Pal. 1955 . p.171 .n° 321.

Req 9 mars 1909, Siery 1910 .Toulrier. 16. n° 320.

3- Trib . Civ de la seine 22 janv. 1930 D.H.1930 , p 323.

4 - محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 31 مارس 1924 ، م 36 ، ص 281.

ومحكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 1 ماي 1946 ، م 58 ، ص 144.

ومحكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 21 مارس 1917 ، م 29 ، ص 301.

5- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي " ، المرجع السابق ، فقرة 110 ، ص 140 .

6 - محكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة أول ماي 1945 ، م 58 ، ص 1445.

ومحكمة الاستئناف المختلطة ، جلسة 21 مارس 1917 ، م 29 ، ص 301.

ويستقل قاضي الموضوع بالتحقق من قيام هذه الشروط (1) ، غير أنه يجوز للمتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ أن يثبت أن رضاه بهذا التنفيذ إنما كان على سبيل التسامح ، ومع ذلك فإن طول مدة التنفيذ دون تحفظ من جانبه قد يتعارض مع هذا الادعاء (2) . ولكن طريقة التنفيذ قد تفيد اتفاقاً ضمنها بتعديل العقد أكثر مما تتعلق بالتفسير يخالف القاعة المكملة مثل ما إذا كان يتم الوفاء بالأجرة في موطن مدين .
ومن العناصر اللاحقة مدى دخول العقد حيز التنفيذ وفقاً لشروطه .
فمثلاً بيع الأب العقار لابنه يمكن أن يعتبر وصية من احتفاظ الأب بالإنفاق بالعقار والحصول على الثمار ، وهو ما نصت عليه المادة 917 من القانون المدني المصري .
فالنتعرف على النية الحقيقية يكون من خلال السلوك اللاحق للمتعاقدين .
كما قد يستفاد من عدم التنفيذ العدول عن العقد أو التنازل . ويمكن الإستعانة في تفسير شرط متنازع عليه بطريقة التنفيذ التي اتبعت بين المتعاقدين لنفس الشرط في عقود سابقة .
فطريقة التنفيذ قد تعتبر خير تفسير يمكن أن يقدم للعقد ، إذ تعتبر معبره عن إرادتهم الحقيقية .

3- تطبيقات قضائية :

قد اعترفت محكمة النقض المصرية بطريقة التنفيذ كعامل في تفسير العقد ، حيث قضت أنه : " متى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين من مدلول عبارة العقد وطريقة تنفيذه ، فإن النعي عليه يكون على غير أساس " (3) .
فمن جهة قد تكون طريقة تنفيذ العقد وسيلة معبرة عن حقيقة ما قصده المتعاقدان ، بحيث توضح وتلقي الضوء على مقصود العاقدين الحقيقي ، ومن جهة أخرى كثيراً ما يخرج طرفا التعاقد على ضوء النص الصريح عند تنفيذ العقد ، فيتنبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل من مضمونه وتكشف عن نيتهم المشتركة (4) .
فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن أمكن تفسير إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها ، كما هو الأمر فيما لو أغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة . فإن القواعد العامة تقضي في مثل هذه الحالة بأن تدفع الأجرة في محل إقامة المستأجر ، و لكن المستأجر الذي يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل إقامة المؤجر ، يفسح مجال التفسير أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (5) .
وقضت نفس المحكمة أيضاً بأنه : " من السائغ إستخلاص أن نية الطرفين قد اتجهت أثناء تنفيذ العقد إلى أن يكون استعمال المصعد حقاً للمستأجر وليس منحة من المالك ، ويجب على المحكمة التحقق مما إذا كان قد حصل تعديل في شروط العقد عن طريق التنفيذ ، ونعنقد أن الحالة الأخيرة ترتبط بتعديل العقد أكثر مما يتعلق بالتفسير " (6) .

1- د/ برهان خليل زريق : " نظرية تفسير العقد في القانونين الإداري و المدني " ، مطبعة الإرشاد ، اللاذقية ، سوريا دون ذكر سنة النشر ، ص 111 .
2- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 83 ، ص 80 .
3- نقض مدني ، جلسة 19 مارس 1953 ، مجموعة أحكام النقض ، 4 ، رقم 104 ، ص 687 .
4- د/ الياس ناصيف : " موسوعة العقود المدنية والتجارية " ، المرجع السابق ، ص 237 .
5 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 397 ، ص 500 .
6- نقض مدني ، جلسة أول جوان 1971 ، المجموعة المدنية ، س 22 ، ص 707 ، قاعدة 116 .

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز اللبنانية : " وحيث أن على قضاة الأساس ، عند تفهم وتفسير هذه العقود ، أن يعيدوا لها طابعها الحقيقي على أساس نية الفرقاء وكيفية تنفيذهم لهذه الاتفاقات، وأن تفسيرهم لها لا يقع تحت رقابة محكمة التمييز ، لأن من حقهم تقدير الوقائع ما دام أنهم لم يشوهوا مقاصد الفريقين أو يفسدوا الوقائع الصريحة " (1) .

وأخيراً فإنه وفي سبيل الكشف عن نية الطرفين فإن القاضي قد لا يكتفي بطريقة التنفيذ وحدها ، بل يمكنه أن يلجأ في سبيل استجلاء غموض النص إلى القرائن وسماع شهادة الشهود للبحث عن التفسير الراجح وفقاً للظروف التي أحاطت بالمتعاقدين (2) .

وهو ما سنتعرض له عند دراسة طرق الإثبات ودورها في تفسير العقد .

فبالرغم من كل هذه الوسائل والتي تحت توضع في يد قاضي الموضوع لتفسير ما غمض أو أبهم من عبارات في العقد بقصد الوصول إلى النية المشتركة للطرفين ، فقد لا يصل القاضي إلى غرضه ، ومن ثم فقد يلجأ إلى ما يسمى بالظروف الشخصية ما إذا كانت هناك علاقة قرابة أو علاقة زوجية أو حالة المتعاقدين المالية (3) .

كما يمكن للقاضي اللجوء إلى الظروف الموضوعية والتي يقصد بها مجموع الوقائع المادية سواء المكتوب منها أو غير المكتوب فقد تكون هذه الظروف عبارة عن تصرفات قانونية ، سواء كانت سابقة أو لاحقة أو معاصرة ، وسواء كانت ظاهرة أم مستترة للعقد محل التفسير أو كانت مكاتبات متبادلة بين طرفي العقد ، وهي التي تكون عادة في فترة المفاوضات بين المتعاقدين .

1 - تمييز مدني ، غرفة ثانية ، بتاريخ 18 مارس 1969 ، قرار رقم 43 ، مجلة العدل ، سنة 1969 ، عدد 3 ، ص 463 .
2- نقض مدني ، جلسة 07 جوان 1951 ، ونقض مدني ، جلسة 15 فيفري 1940 .
3 - نقض مدني مصري ، جلسة 4 مارس 1984 ، المكتب الفني ، س 25 ، رقم 2 ، ص 12 .

الفرع الثاني : الوثائق المتبادلة أثناء إبرام العقد ودورها في تفسير العقود

استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة موضوع سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه و استظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء ظروف التي أحاطت بتحريره ، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات ، ولها مطلق الحرية في استنباط القرائن التي تأخذها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها ⁽¹⁾ ، كما يمكن الاعتداد بالأوراق المتبادلة بين الطرفين ⁽²⁾ .

والأصل عن النية المشتركة للمتعاقدين يجب أن يتم بالنظر إلى وقت إبرام العقد وليس في وقت سابق أو وقت لاحق لإبرام العقد .

ولكن للتعرف على تلك النية وقت إبرام العقد يجوز للقاضي أن يأخذ في الاعتبار بعض العناصر التي أحاطت بإبرام العقد (عناصر تكميلية) ، أي العناصر المعاصرة بعملية إبرام العقد ، والسابقة على إبرامه ، وهي ما يطلق عليها بالأعمال التحضيرية للعقد ، فضلا عن بعض العناصر اللاحقة على إبرام العقد .

وهذه الوثائق يمكن الاستعانة بها في حال وجود فجوة في العقد ناتجة عن ترك الطرفين المتعاقدين لبض الأمور ليتم الاتفاق عليها مستقبلا ، وهو ما يعبر عنه الفقه الألماني بالتفسير المكمل ⁽³⁾ .

ويمكن تعريف هذه الوثائق بالقول أنه كل مستند اتجهت إليه إرادة العاقدين باعتباره مكملاً للعقد وجزءاً من العقد ، ولو لم يتم التوقيع عليه، لكن بشرط أن تكون تلك المستندات لها علاقة بالعقد محل التفسير ، وأن يكون الكرف المحتج بها عليه على علم بها . وهو علم غير مفترض .

وهذه الأدلة المكتوبة أو القرائن يمكن للقاضي الاستعانة بها في التفسير ، سواء كانت ، سابقة أو لاحقة أو معاصرة للتعاقد . ومن المعلوم أن قواعد التفسير وفنونه تقضي بأن إعمال النص خير من إهماله .

ويمكن تلخيص المستندات أو الوثائق المحيطة بالعقد محل التفسير كما يلي :

أولاً- المستندات السابقة على تحرير العقد

ثانياً- المستندات المعاصرة لتحرير العقد

ثالثاً- المستندات اللاحقة لتحرير العقد

1- نقض مدني ، جلسة 30 ديسمبر 1987 ، المجموعة ، السنة 28 ، ج 1 ، ص 1207 ، رقم 253 ، ص 1214 .
2- نقض مدني ، جلسة 16 أكتوبر 1947 ، ونقض مدني في 26 ديسمبر 1977 ، و مدني نقض في 25 ماي 1967 .
3- د/ يزيد أنيس نصير : "التطابق بين الإيجاب والقبول " ، المقال السابق الذكر ، ص 91 وما بعدها .

أولاً- المستندات السابقة على التعاقد :

يقصد بالمستندات السابقة على التعاقد تلك الوثائق التي قد توجد بشأن اتفاق سابق بين الطرفين بشكل يؤثر في تحديد الالتزامات المتولدة مباشرة عن العقد محل التفسير .
فتفسير عقد مقاوله من الباطن يستجيب في كثير من الأحيان الرجوع إلى عقد مقاوله أصلي .
وتفسير عقد الإيجار الأصلي يؤثر إلى حد كبير في عقد الإيجار من الباطن فلا يمكن أن تمتد مدة عقد الإيجار إلى ما بعد إنقضاء مدة عقد الإيجار الأصلي .
ومرحلة ما بل إبرام العقد قد تتخللها عادة مراسلات ومخاطبات ومفاوضات متبادلة بين الأطراف المتعاقدة تتجسد في كونها وثائق ومصادر تكشف عن أمور وحقائق عديدة ومتنوعة تتعلق في العقد ، سواء فيما يتعلق بالمسائل أو البنود الجوهرية للعقد أو المسائل والبنود الثانوية منها (1) .

وينبغي أن نشير هنا إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد تختلف عن الوعد بالتعاقد (la promesse du contrat) ، الذي هو اتفاق يعد بمقتضاه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل إذا أعلن له رغبته خلال المدة المحددة . وبناء عليه فالوعد بالتعاقد هو عقد إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به ، وتسري عليه قواعد الشكلية والتسجيل إذا تعلق الأمر بإبرام عقد شكلي في المستقبل ، أي أن الوعد بالعقد يخضع لشروط التصرف الموعود به (2) .

كما تختلف مرحلة ما قبل إبرام العقد أيضا عن ما يسمى بالعقد الابتدائي (contrat preliminaire) ، فهو عقد ملزم مادام قد استكمل عناصر العقد وأركانه ، وهو يتطلب الشكلية والتسجيل أيضا إذا كان موضوع عقارا أو حقا عينيا أو كان القانون يلزم الشكلية فيه .

والعقد الابتدائي ليس مجرد التمهيد لعقد نهائي ، بل هو العقد ذاته أولا وأخيرا ، وبذا يختلف عن الوعد بالتعاقد .

فالعقد الابتدائي هو المقصود أصلا ، في حين أن الوعد بالتعاقد ليس المقصود الأصلي ، بل وسيلة للوصول إليه .

كما أن الأول يحتاج إلى رضا آخر لإتمام العقد النهائي بعكس الثاني تماما (3) .
ولذا فإن القاضي لا يقتصر في تفسيره للعقد محل النزاع أو محل التفسير على اتفاقات المتعاقدين ، وإنما يعتمد بالاتفاقات المعاصرة التي يكون أحد المتعاقدين طرف فيها خصوصا إذا كان كل من الطرفين على علم بهذا الاتفاق السابق على تحرير العقد محل النزاع .

1- ينظر للمزيد من التفصيل حول المفاوضات و التفرقة بين المسائل الجوهرية والثانوية :
د/ محمد عبد الظاهر حسين : " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد " ، مطبعة كلية الحقوق ، بني سويف ، القاهرة ، سنة 2003 .

2- ينظر المادة 72 من القانون المدني الجزائري .

3- د/ أحمد الزقرد : " الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي " ، بحث منشور ضمن مطبوعات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، سنة 2000 ، فقرة 72 ، ص 70 .

وفيما يلي سنظهر أهم الوثائق التي تسبق عملية إبرام العقد :

أ - خطابات النوايا :

من بين الوثائق المهمة التي تسبق عملية إبرام العقد النهائي نجد ما تسمى في العرف بخطابات النوايا (lettres d'intention) ، وهي غالبا ما توجد في العقود التجارية الضخمة ، حين يتجه العميل للبحث عن مورد للصفقة (طائرات مثلا) فيبدأ الاتصالات لإبرام العقد مع المورد ، بهدف التعرف على امكانياته الفنية ، مع التعهد بعدم إفشاء الأسرار الفنية ، وقد يكون الغرض منها إثبات عدم نقوض العميل مع أي مورد آخر .
وبمعنى آخر هي كل اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي ، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض ، ولهذا يسميها البعض باتفاقات التفاوض أو اتفاقيات المبادئ .
ويمكن النظر إلى هذه الخطابات من عدة زوايا (1) :
فمن جهة هي وثيقة أو مستند من الوثائق أو المستندات المعاصرة للمفاوضات في العقود التجارية الضخمة الوطنية والدولية وفي القروض البنكية .
ومن زاوية ثانية هي بمثابة ضمان أو تأمين شخصي يقترب من الكفالة .
ومن زاوية ثالثة هي وسيلة إثبات وعامل تفسير .
ويعتبر القضاء الفرنسي أن المراسلات المكتوبة التي تتم في مرحلة سابقة على التعاقد ، جانبا من المفاوضات الممهدة لإبرام العقد (2) ، ولكنها لا تدخل في نطاقه . وبالتالي يمكن اعتبارها طرقا خارجية عن العقد (3) . فلا يجوز الاعتداد بها بما يتعارض مع المعنى المستمد من عباراته الواضحة .

ب - تعهدات الشرف :

هناك وثائق أخرى درجت عليها بعض الأنظمة ، لاسيما البريطانية منها ، وهي وثيقة التعهد بالشرف (l'engagement d'honneur) ، وهو أمر تطلبه مسبقا بعض الإدارات العمومية والخاصة أيضا . وهو في الواقع مجرد التزام أدبي أو أخلاقي وليس إلتزام قانوني، مما يفقده أي قيمة قانونية .
والفقه والقضاء (4) مجمع على أن هذا التعهد الشرفي غير ملزم إذا لم يقصد منه ترتيب أثر قانوني شأنه شأن أعمال المجاملات كدعوة الصديق صديقه للعشاء ، أو وعد الأب لإبنيه بمكافأة ...

1- ينظر: د/ أحمد الزقرد : " الوجيز في عقد البيع .. " ، المرجع السابق ، فقرة 55 ، ص 234.

2 - Cass.Civ. 18 fev 1986 .Bull.Civ.1. n° 31.

Cass.Soc. 21 fev 1957 .Bull.Civ.4. n° 205. p141 .cite par Terre et Lequette n° 425.

3- قارن مع حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بتاريخ 8 ديسمبر 1987. 11. في طعنها على قرار استئناف باريس الصادر بتاريخ 21 ماي 1985 ، والذي اعتبر المراسلات المكتوبة بمثابة عناصر خارجة عن العقد دون تمييز .

Cass.Com. 8 dec 1987 .J.C.P. 1988- 4 - 65 .

4- في هذا الشأن حكم في فرنسا أنه لا يعد إنكارا للعدالة رفض المحكمة بطلان التصرف الذي لا يتضمن سوى تعهد شرفي على سند من القول بعدم وجود أية علاقة تعاقدية في دعوى تتلخص وقائعها في وعد شرفي ، من الأخ لشقيقاته بأنه لن يشتري أموال الأم بثمن أقل من القيمة الحقيقية المتفق عليها.

. p 204. Req.25 fevr 1835 .Cite .par Maulaurie et Aynes

كما حكم بأن التعهد الشرفي الذي صيغت عباراته بالوعد بعمل شيء ما باطل في مواجهة من يرغب في إعادة تقديم الخدمة.

Com. 28 fevr.1983. T R D.Civ .1983 - 746. note. Chales.

غير أنه وفي أحكام أخرى انتهى القضاء الفرنسي إلى أن التعهد الشرفي يدخل في نطاق العقد ، ويرتب مسؤولية المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده ، شريطة أن تكون عبارات التعهد محددة وواضحة⁽¹⁾.

كما انتهت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن التعهد الشرفي يتمخض عن التزام قانوني ، برغم أن عبارات التعهد صيغت بأن "المتعهد لديه النية بأن يلتزم..." مادام أن مضمون التعهد واضح ومحدد⁽²⁾.

ج- وثائق التفاوض :

يلاحظ أن هذه المحررات والمفاوضات توجد في العقود التجارية أكثر من العقود المدنية ، وقد يتقاص وجودها في عقود الإذعان التي عادة لا تقوم على مبدأ المناقشة والمساومة و التفاوض المسبق⁽³⁾.

والتفاوض على العقد يتخلله في كثير من الأحيان تبادل العديد من المكاتبات والخطابات التي تتضمن عروض ومقترحات الطرفين وما توصلوا إليه من اتفاقات مرحلية ، كما أن الطرفين كثيرا ما يقوموا بتدوين ما دار بينهما في جلسات التفاوض من مناقشات ومحادثات في المحاضر الخاصة بتلك الجلسات . فإذا ما نجحت المفاوضات وتم إبرام العقد ، ثم ثار نزاع بين الطرفين حول تفسير نصوصه ، فهل يستطيع القاضي حينئذ أن يرجع إلى وثائق التفاوض هذه لتفسير العقد ؟ وهل يكون لهذه الوثائق صفة المرجعية في التفسير ؟ الواقع أن قيمة وثائق التفاوض في تفسير العقد تتوقف أولا على إرادة الطرفين ، إذ قد يتفقا قبل تحديد مصير ما بعد إبرام العقد ، وإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن تولى القاضي تقدير قيمتها في التفسير بناء على سلطته التقديرية⁽⁴⁾ .
وعليه ندرس الحالتين معا :

الحالة الأولى : وجود اتفاق الطرفين على مصير وثائق التفسير

فقد يحرص الطرفان أحيانا على تحديد مصير وثائق التفاوض بعدم إبرام العقد ، وذلك بأن يبيّنا في ديباجة العقد ، أو في صلبه ، مدى امكانية الرجوع إلى هذه الوثائق عند تفسير العقد .

فقد يتفقان على ضرورة الرجوع على وثائق التفاوض ، عند الاقتضاء ، لتفسير العقد وتكاملته ما قد يعتريه من نقصان ، مثل اتفاقهما على ضرورة الرجوع إلى كراسة الشروط أو بعض الخطابات أو الاتفاقات المرحلية ومحاضر الجلسات كلما كان هناك محل لتفسير العقد .

1-Cass. Civ .28 nov.1985 . RTD.Civ.1986-739 .Obs .J. Moire..

Cass .Com.23 jan 1972. precitee. .

2- Cass. Soc .24 mars 1958 .J C P.1958- 11.10866. note. J.Carbonnier.

3- الحقيقة أن التفاوض ليس شرطا لوجود التراضي وصحته في جميع العقود ، وهو منعدم أصلا في عقود الإذعان . ولهذا يقترح بعض الفقه تسمية عقد الإذعان بالعقد غير القابل للتفاوض .

د/ رجب كريم عبد الله : " التفاوض على العقد ، دراسة تأصيلية مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة 2000 ، ص 198 .

4 -Y-Derains. « La Valeur Interprétative des négociations .in formation of contrats »,1990.

p 309 et p315.

وفي هذه الحالة تكتسب وثائق التفاوض صفة المرجعية في التفسير بموجب اتفاق الطرفين ، وعلى القاضي أن يحترم مثل هذا الاتفاق . فيرجع إلى هذه الوثائق كلما كان هناك مقتضى للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بشأن مسألة من مسائل العقد .
وفي المقابل فإن الطرفين قد يتفقا على اعتبار وثائق التفاوض لاغية ومجردة من كل قيمة في التفسير بمجرد إبرام العقد .

فقد جرت العادة ، خاصة في العقود الدولية ، على إدراج شرط في العقد يقضي بإلغاء وثائق التفاوض واعتبارها كأن لم تكن ، بحيث يحظر على الطرفين أو القاضي اللجوء إليها عند تفسير العقد . ويسمى هذا الشرط في الحياة العملية بـ "شرط" الأركان الأربعة " وكذلك " شرط الإتفاق التام " (1).

ولا ريب في صحة هذا الشرط ، إذ ليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب ، وقد وافق عليه الطرفان في العقد صراحة، وكما هو معلوم العقد شريعة المتعاقدين .

ويترتب على هذا الشرط أن تصبح وثائق التفاوض عديمة القيمة ، فلا يستطيع أي من الطرفين أن يستند إليها للتدليل على ما يدعيه خلاف ما هو ثابت بالعقد ، ولا يستطيع القاضي أن يرجع إليها في تفسير ما هو غامض من نصوص العقد .

وغالباً أيضاً ما يحرص الطرفان المتعاقدان أو الأطراف المتعاقدة ، لاسيما في عقود التجارة الدولية ، على أن يكون العقد هو المصدر الوحيد للالتزاماتهم ، وهذا ما يفسر لجوءهم إلى إدخال شرط في العقد (شرط الأبعاد الأربعة) يستبعد أي اثر قانوني للمخاطبات والمراسلات المتبادلة فيهما قبل إبرام العقد ، وبالتالي إلغاء أي قوة عقدية لها وعدم اعتبارها مصدراً للالتزام .

وفي الواقع قد يكون هذا الشرط نفسه قد تكون بحاجة للتفسير ، وهذا لا يمنع من أن يختلف الطرفان على تفسير الشرط نفسه قبل اختلافهما على تفسير العقد أو بند غامض من بنود العقد ، أي أن هذا الشرط لا يمكن اعتباره اتفاقاً حول تسوية مشكلة معينة ومحددة في تفسير العقد والدليل على ذلك انه موجود قبل وقوع وحدث أي خلاف حول تفسير العقد .

الحالة الثانية : عدم اتفاق الطرفين على مصير وثائق التفسير

تكمن المشكلة الحقيقية في هذا الصدد في تلك الحالة التي لا يحدد فيها الطرفان مصير وثائق التفاوض بعد إبرام العقد ، إذ يثور التساؤل في هذه الحالة عن قيمة هذه الوثائق ومدى إمكانية الرجوع إليها عند تفسير العقد (2).

1- القانونان الانجليزي والأمريكي يرفضان تماماً الاعتداد بكل ما دار في المفاوضات في تفسير العقد ، إذ أنهما يجردان وثائق التفاوض من كل قيمة ، ويحلمان على القاضي أن يرجع إليها وهو بصدد تفسير ، بحيث يكون محرر العقد هو مرجعه الوحيد في التفسير .

وفي المقابل فإن اتفاقيات فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع تلزم القاضي صراحة بالرجوع إلى وثائق التفاوض عند تفسير العقد ، وفي ذلك تقول المادة 8 من الاتفاقية في فقرتها الثالثة أنه :

" عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين ، أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك ، يجب أن يأخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة ، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين ، والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما ، والأعراف ، وأي تصرف لاحق صادر عنهما ."

ينظر د/ رجب كريم عبد الله : " التفاوض على العقد " ، المرجع السابق ، ص 584 .

2- د/ رجب كريم عبد الله : نفس المرجع السابق ، ص 583 .

فمن المسلم به في القانون المصري ، وكذلك القانون الفرنسي ، أنه يجوز للقاضي الرجوع إلى وثائق التفاوض من أجل تفسير العقد ، طالما أن الطرفين لم يسلباه هذه المكنة بالاتفاق الصريح ، وذلك لأن هذه الوثائق تعتبر بمثابة أعمال تحضيرية للعقد ، ومن ثم فإنها تكشف عن المقصد الحقيقي للطرفين من وراء عبارات العقد .

و الواقع أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية في تفسير العقد دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى كان تفسيره سائعا وتحتمله عبارات العقد .

فليس في القانون ما يمنع صراحة القاضي الرجوع إلى المخاطبات والمراسلات التي تم تبادلها بين الأطراف قبل إبرام العقد النهائي ، في حال غياب أي بند في العقد يقضي باستبعادها ، وذلك بغرض توضيح أو تفسير مضمون العقد أو تأويل شرط من شروطه ، ذلك أن هذه الاتفاقات المبدئية والوثائق السابقة المتبادلة قبل إبرام العقد من شأنها أن تعتبر مرجعا في تفسير العقد ، لكونها تساعد القاضي على توضيح النية والإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، والكشف عن دوافعهم وعن الأهداف المرجوة من إبرام العقد .

وكل هذه العوامل مهمة أساسية للقاضي كي يقوم بفهم وتفسير العقد ، لاسيما في حال غموض عباراته ، ومن ثم حل الخلاف أو النزاع القائم بين الأطراف المتعاقدة خلال تنفيذه (1) . وهذا ما أقر به القضاء الفرنسي (2) .

فالغرض الأساسي المطلوب من إدراج شرط استبعاد الوثائق أو المراسلات السابقة أو شرط الأبعاد الأربعة كما يسميه البعض (3) هو عدم إضافة التزامات أخرى على هذا أو ذلك الطرف غير تلك الالتزامات التي وردت في العقد ، وأن اعتماد القاضي على هذه الوثائق من أجل تفسير العقد وتوضيح جانب من جوانبه لا يعني إمكانية قيام القاضي بإضافة التزام آخر ورد علناً أو ضمناً في هذه الوثائق ، إذ يجب القول أيضاً أنه ليس من المنطق منع أو حرمان القاضي من الرجوع إلى هذه الوثائق ، التي ساهمت في ولادة العقد ، من أجل تفسير غموض في جانب من جوانب العقد (4) ، وفي نفس الوقت من أجل التأكيد من كون عملية إبرام العقد تمت طبقاً للشروط المنصوص عليها في قانون العقود وبالخصوص ما يتعلق بسلامة إرادة الطرفين المتعاقدين من العيوب ، وكذا شرعية موضوع العقد ووجود سببية العقد .

وفضلا عن ذلك تعتبر هذه الوثائق الأولية وسيلة من وسائل الإثبات ، ومع ذلك ليس لها صفة القوة التعاقدية ولا مصدرا للالتزام .

1- يقول الدكتور أحمد سعيد الزقرد : " إن صياغة مستندات التعاقد في المرحلة السابقة على إبرام العقد تلقي بظلالها على قواعد التفسير في مرحلة تنفيذه " .

" نحو نظرية عامة لصياغة العقود " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثالث ، س 25 ، سبتمبر 2001 ، ص 177 .
2-Trib Rouen. 8 fev 1974. Dalloz .1974. som.72- R T D. Com.1974 .p 492.

Cass. Civ.17 mars 1987- R T D. Civ.1987.p 566 .

3- د/ صالح بكر الطيار : " مفهوم وأثار الشروط التعاقدية الهادفة إلى إبعاد أي دور في تفسير العقد للوثائق المتبادلة قبل إبرامه " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد ، سنة 1999 ، ص 47 ..

4- يقول البروفسور Y. Derains : " المفاوضات قبل إبرام العقد يمكن أن تلعب دوراً مهماً في تفسير العقد بغض النظر عن وضوح ودقة مفردات العقد أو عن عدمها ، المهم هو معرفة ما إذا كان المكتوب بينهما - وحتى إذا كان واضحاً ، يدل حقيقة على إرادة الطرفين ، وإذا يستطيع القاضي أو المحكم أن يظهر بأن الأطراف كانت إرادتهم، أثناء التعاقد، تقصد شيء آخر غير ما هو مدون بينهما فلا يتردد بالرجوع إلى الوثائق والمراسلات المتبادلة قبل إبرام العقد " .

Y. Derains, « La Valeur Interprétative des négociations », O.P. Cit. P.315 .

وقد ذهبت إليه محكمة الابتدائية في باريس إلى هذا الرأي عندما فسر القضاة العقد بالاعتماد على المراسلات والمخاطبات التي وردت بين الأطراف المتعاقدة ، وقد صرحت المحكمة بهذه المناسبة بالقول بأن وجود شرط الأبعاد الأربعة لا ينفى الدور التفسيري للوثائق والمخاطبات (1).

وعليه إذا كانت عبارة العقد واضحة في لفظها وفي دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فلا محل للتفسير ، ويتعين على القاضي حينئذ أن يتقيد بما تقول به عبارة العقد دون الرجوع إلى وثائق التفاوض ، فإذا انحرف عن المعنى الواضح لعبارة العقد إلى معنى آخر عثر عليه في إحدى هذه الوثائق بدعوى تفسيرها ، فإنه بذلك يكون قد خالف صريح القانون ، لما في ذلك من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ، الأمر الذي يعرض حكمه لرقابة محكمة النقض (2) .

وعلى القاضي أن يتقيد أيضا بالحدود التي رسمها القانون في مادة التفسير . فهو حين يضطلع بمهمته الرئيسية في تفسير العقد ، فيقوم بتفسير العبارة الغامضة لإزالة ما يكتنفها من غموض ، وفي سبيل ذلك عليه أن لا يقف عن الإرادة الفردية لأحد المتعاقدين ، بل يتعين عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة التي تلاقي عندها المتعاقدان مستهديا في ذلك بالضوابط الموضوعية التي رسمها له المشرع ، وهي طبيعة المعاملة ، والعرف الجاري ، وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة .

فإذا لم تسعفه هذه الضوابط استطاع القاضي أن يرجع إلى وثائق التفاوض المتمثلة في محاضر الجلسات ، وما تبادلته الطرفان خلاله من خطابات ومكاتبات وغيرها ، وذلك بالاستعانة في التوصل على النية المشتركة للمتعاقدين ، بل ولا تثريب على القاضي إن هو فضل الرجوع إلى هذه الوثائق أولا وقبل الضوابط المذكورة في النص ، إذ أن هذه الضوابط ليست إلزامية له أن وإنما هي لإرشاده فحسب (3) ، فإن هو عثر على وسيلة أخرى يستهدي بها في تكوين عقيدته فهذا شأنه .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على للقاضي سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره ، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات ، وله مطلق الحرية في استنباط القرائن التي يأخذها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها ، والأوراق المتبادلة بين الطرفين (4) .
ومما سبق تظهر أهمية صياغة العقد باعتبارها التجسيد المادي لإرادة أطراف العلاقة العقدية ، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد ، حيث عن طريقها يتم التعبير عن حقيقة إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ، ولا تعد ترجمة لرغبات الأفراد المتعاقدين ما لم تكن عبارات العقد وألفظه دقيقة أو محددة ، وواضحة ، وكاملة .

1- C. A. Paris, 4 mars 1980, Expertises . n° 17, avril 1980, p 8.

وكذلك الحال بالنسبة لقرار اللجنة التحكيمية التي انعقدت في موسكو والتي ذكرت بأنه "بالرغم من وجود شرط الأبعاد الأربعة إلا أن هذا الشرط لا يتعارض مع رجوع المحاكم إلى الوثائق المتبادلة قبل إبرام العقد لغرض تفسير العقد شرط أن لا يتعارض هذا مع مفهوم ومضمون العقد" .

J. Schmidt , « L'Interprétation des Contrats Internationaux », par la Commission Arbitrale de Commerce Extérieur de l'URSS », R. D. Aff. Int., 1985 , n° 2, p.245

2- نقض مدني ، جلسة 18 ديسمبر 1988 ، المجموعة المدني ، س ، 39 ، رقم 226 ، ص 1329 .

نقض مدني ، جلسة 4 جانفي 1990 ، المجموعة المدنية ، س ، 311 ، رقم 28 ، ص 128 .

3- د/ رجب كريم عبد الله : " التفاوض على العقد " ، المرجع السابق ، ص 587 .

4- نقض مدني ، جلسة 30 ديسمبر 1987 ، المجموعة المدنية ، س ، 38 ، رقم 253 ، ص 1207 .

ويترتب عن تخلف شرط من ذلك فتح الباب لمنازعات محتملة ، خصوصا أن مشكلات تنفيذ العقود في الغالب تنشأ ليس عن إرادة أطراف العلاقة العقدية وإخلالهم بالالتزام ، وإنما لعيوب في صياغة وثائق العقد أو مستنداته ، فيتجه المدين إلى تفسيرها لمصلحته، في حين يرى العاقد الآخر خلاف ذلك (1) .

ولا شك أن وثائق التفاوض تقدم للقاضي وسيلة مريحة للتفسير ، وذلك لكونها تتضمن تفاصيل ما دار بين الطرفين من مناقشات بخصوص كل مسألة من مسائل العقد ، بحيث يستطيع القاضي أن يستخلص منها بسهولة النية الحقيقية للمتعاقدين من وراء عبارة العقد الغامضة شأن وثائق التفاوض في ذلك شأن الأعمال التحضيرية للتشريع ، حيث تكشف هذه الأخيرة عن نية المشرع الحقيقية من النص إن كان غامضا .

ولكن يجب على القاضي أن يتوخى الحذر . وهو يسترشد بوثائق التفاوض ، فقد لا تعبر هذه الوثائق عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، بل قد تكون متعارضة معها ، كأن تكون الوثيقة التي بيد القاضي متضمنة اتفاقا مرحليا كان الطرفان قد عدلا عنه لا حقا عند إبرام العقد النهائي ، أو أن يتعلق الأمر بخطاب نوايا كان قد تم نسخ مضمونه بخطاب لاحق ، وهكذا .

وعلى أية حال فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير قيمة وثائق التفاوض في تفسير العقد وصلاحيته لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ، فتلك مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض (2) .

ونخلص إلى القول أن جل الوثائق السابقة للتعاقد ليست لها أي قوة إلزامية كما يرى غالبية الفقه المقارن (3) ، لأن العقد النهائي وحده هو مصدر لالتزام الطرفين أو الأطراف المتعاقدة ، وهذا ما أكدته كافة القوانين المقارنة ، ومنها القانون المدني الفرنسي في المادة 1341 منه التي تسمح لنا بالقول والافتراض فإن العقد النهائي هو المصدر الوحيد الذي ينبغي الرجوع إليه عند حدوث خلاف أو نزاع بين الأطراف حول مضمون أو شرط من شروط العقد ، أو هو البرهان الوحيد على ما بين الأطراف المتعاقدة من التزامات إلا إذا ما أثبت خلاف ذلك .

ثانيا - المستندات المعاصرة للتعاقد :

هناك مجموعة من الوثائق التي تعاصر العقد قد يستعملها القاضي لتفسير العقد والبحث عن النية المشتركة للطرفين ، حيث يجوز له الرجوع إلى محاضر الجلسات للمفاوضات التي يمكن بقدر من التحفظ اعتبارها من قبيل الأعمال التحضيرية للعقد ، ومن ثم نلقى الضوء على مقصود المتعاملين من استخدام عبارة معينة .

كما يمكن للقاضي أن يسترشد بالمخاطبات والمكاتبات المتبادلة في الفترة التفاوضية قبل العقد ، ولكن يجب أن يكون الرجوع بحذر إلى ما دار في الفترة ما قبل العقدية .

1- Civ.8.mar 1995 Dalloz.1995- 434 .note. Y. Dagon -Labbe.

Com.8 fev 1984 .J C P. 1984 - 6 - 119

1- د/ رجب كريم عبد الله : " التفاوض على العقد " ، المرجع السابق ، ص 587.

1- د/ جمال فاخر النكاس : " العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد ، وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد " ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، شهر مارس 1996 ، ص 133 وما بعدها.

وتعتبر نسخة العقد ذاتها وثيقة معاصرة قبل تثبيتها والتوقيع عليها من الطرفين . وكذلك الحال بالنسبة للملصقات والكتيبات (دليل التعاقد) ودفاتر الشروط والمطبوعات والوائح النموذجية للعقود ...

وهذه المستندات قد ترد في صورة ورقة مستقلة ، كما يمكن أن ترد في العقد نفسه في صورة ملاحق أو في صورة ديباجة أو مقدمة شرحية للعقد .

وهذه الديباجة تعد هي الأخرى مصدرا لتفسير التزامات أطراف العلاقة التعاقدية حال النزاع ، تقوم بدور استظهار نية المتعاقدين عندما يكون نص العقد غامضا (1) ، لكن يشترط اتجاه إرادة العاقدين إلى التقييد بتلك المستندات باعتبارها جزءاً من العقد .

للقاضي سلطة تفسير الفقرات والاتفاقات والمستندات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيها مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها ويدخل في وقائع الدعوى وظروفها صفة المتعاقدين ومهنتهم والعادات الشخصية التي ترجع إلى البيئة وأسلوب التعامل ، والعلاقة الشخصية من الطرفين و مدى تكرار التعامل (2) .

كما قضت محكمة النقض المصرية ببطان الوصية استنادا إلى ما أشر به في ديباجة العقد (3) .

ويلاحظ أن كل ما يدور في خلال تلك الفترة يكون من الأعمال المادية التي لا تلزم أي من المتعاقدين وقد تصدر مكاتبات وعبارات بقصد مساومة أو الضغط دون أن تكون معبرة عن حقيقة النية بل قد تكون متعارضة معها ، وإنما صادرة بقصد التهديد أو المبالغة بغية التواصل إلى حل وسط . وقد تصدر تلك العبارات من المتعاقدين شخصا وليس من مستشاريهم القانونيين ، ومن ثم قد لا تتطوي على العبارات القانونية المقصودة . وقد يستخدم اصطلاح في غير موضعه الفني مثل استخدام اصطلاح البيع بالرغم من أن يكون المقصود هو المقايضة حيث لا تعرف العامة عادة الاصطلاح الأخير (4) .

ثالثا- المستندات اللاحقة على التعاقد :

يجمع الفقه على أنه لا يجب أن يقتصر القاضي في التفسير على نصوص العقد وإنما يجب أن يمتد إلى بحث أثر ما ورد في التمهيد على معرفة إرادة المتعاقدين ، وفي الغالب ينص على أن التمهيد يعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد . ويتضمن الظروف والبيانات التي تبرز ظروف التعاقد وتميزها مما لا يجد له مجاله في بنود العقد ذاتها (5) .

1- J. L. Aubret. « Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat » n°.342.

نقلا منا عن : د/ أحمد سعيد الزقرد : " نحو نظرية عامة لصياغة العقود " ، المرجع السابق ، ص 192 .

2- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 82 ، ص 118 .

3- نقض مدني مصري ، جلسة 07 أوت 1955 ، المجموعة المدنية ، س 6 ، ص 1247 ، قاعدة رقم 182 .

4- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 386 ، ص 288 .

5- د/ حسام الدين الأهواني : نفس المرجع والموضع السابقين .

ومن الوثائق المعاصرة المهمة في التفسير نجد **الملاحق** ، فقد يتضمن العقد ملحقاً أو عدة ملاحق (annexes) ، وهي عادة تشتمل على مسائل فنية تفصيلية أو جداول بالموصفات أو الرسوم الهندسية أو الخرائط أو الصور أو المقاييس أو الكميات أو المواعيد تعين على فهم محرر العقد ، ويشار أو حال إليها في بنود العقد .

وفي هذه الحالة تعتبر جزء لا يتجزأ من العقد ، يتعين حال النزاع في تفسيره أو تنفيذه الالتجاء إليها ، باعتبارها عوامل مساعدة للتفسير وأداة كتابية لإثبات أيضاً ، حيث نجد هنا عدم تعارض بين قواعد التفسير وقاعدة عدم جواز ما يثبت الكتابة إلا بالكتابة⁽¹⁾ . ونشير إلى أن الملاحق في الأصل تكون مرفقة بالعقد (ملاحق معاصرة) ، ولكن قد تكون لاحقة لإبرامه أيضاً (ملاحق لاحقة) ، ولا يختلف النوعان في أن كلاهما جزء من العقد تكتسب قوته الملزمة⁽²⁾ .

ويمكن أيضاً اعتبار الإعلانات التجارية بأنواعها بمثابة وثائق عقدية لاحقة ، قد تتضمن معلومات مهمة عن بنود العقد تساعد في شرح وفهم بنوده التي هي محل نزاع . ويرى القضاء أن يمكن الاستعانة في التفسير ليس فقط بالإتفاق وإنما بمحرر صادر من أحد المتعاقدين إلى الطرف سواء قبل أو بعد العقد محل للتفسير ، إذا كان من شأن المحرر أن يسفر نية المتعاقدين .

وتبرر أهمية ذلك إذا كان أحد المتعاقدين يتبنى تفسيراً معيناً ويؤيده في التفسير ذلك المحرر الصادر من الخصم ، وذلك كله مع مراعاة قواعد تقديم الرسالة كدليل في الإثبات خصوصاً إذا كانت الرسالة موجهة إلى غير الخصم . ويعتبر من قبيل المحررات صحيفة الدعوة ذاتها⁽³⁾ أو ما يرد في إقرار مستقل من أهمية شرط معين بالذات مما يفصح عن الإرادة الحقيقية⁽⁴⁾ .

و تختلف الاستعانة بالإتفاقات والمحررات السابقة أو المعاصرة عن الاتفاقية المرتبطة أو العقود المرتبطة في أن المحررات السابقة والمعاصرة على التعاقد يستعان بها كوسائل مادية خارجية لتفسير العقد .

أما الإتفاقات المرتبطة أو التي تصدر تنفيذاً لاتفاق مبادئ فإنها تكون جميعاً تصرفاً قانونياً واحداً . وأن التفسير يكون حينئذ خلال العقد نفسه وليس عن طريق الإستعانة بأمر خارج عنه .

وهذا الفارق ينعكس في مجال السلطة التقديرية للقاضي ، بالنسبة لتفسير الشروط التي تعتبر جزء لا يتجزأ من الإتفاق في مجموعات فإن القاضي ملزم بأن يأخذها في الإعتبار ولا يملك القاضي التوصل عنها ، أما ما يرد في إتفاقات متصلة ومحررات منفصلة فتكون للقاضي سلطة التقدير مدى الإستعانة بها ومدى تأثيرها إذ قد يراها منقطعة الصلة ولا تعتبر عن النية المشتركة في العقد .

1- Cass. Civ. 5 juil 1984 .J.C.P . 1985 -2- 204. p 09.

2- يقول الدكتور د/ أحمد سعيد الزقرد : إن صياغة مستندات التعاقد في المرحلة السابقة على إبرام العقد تلقي بظلالها على قواعد التفسير في مرحلة تنفيذه " - نحو نظرية عامة لصياغة العقود " ، المرجع السابق ، ص 177 .

3- نقض مدني ، جلسة 03 ديسمبر 1936 ، مجموعة عمر ، ج 2 ، رقم 16 ، ص 40 .

نقض مدني ، جلسة 14 جوان 1966 ، المجموعة السابقة ، السنة 17 ، ص 1359 .

4- نقض مدني ، جلسة 27 جوان 1967 ، مجموعة السابقة ، السنة 18 ، رقم 208 ، ص 1389 .

ونرى أنه من المفيد أن يوضح المتعاقدان دور المستندات قبل العقدية في تفسير العقد ، سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة ، وذلك إما بالنص على أنها تعتبر من وثائق العقد يلغى كل ما سبقه (توضع كبند صريح في العقد) ، بحيث لا يجوز الرجوع إليها باعتبار أن العقد يمثل الإرادة النهائية الحقيقية ، وهي التي يجب البحث عنها دون غيرها .

ويتفق الفقه⁽¹⁾ على صحة هذا الشرط بحيث يلزم القاضي بعدم الرجوع إلى وثائق التفاوض عند تفسير العقد ، فلا إعتداد بكل ما يدور خلال التفاوض من شأنه أن يقيد حرية التفاوض ويحد بالتالي من الحرية العقدية ويضفي على التفاوض جو من الرهبة والحذر مما يتعارض مع حرية التفاوض .

ولكن يجب التحرز عند الاسترشاد بالمحررات المتبادلة قبل التعاقد أو أثناؤه إذ قد ينسخ الإتفاق ما ورد في المحرر ، أو يعدل عمل جاء في المحرر بمحرر آخر لاحق . ونشير إلى أنه ومادام تفسير العقد مسألة واقع ، فإنه لا مانع من أن يسند القاضي مهمة تفسير بعض العبارات والألفاظ إلى خبير محلف أو رجل فن أي شخص مختص بعد تحليفه اليمين ، لاسيما عندما يتعلق الأمر بألفاظ وعبارات ذات طابع تقني واردة في عقد ما يستعصى على القاضي الإمام بها دون أخذ رأي أهل الاختصاص .

كما يجوز للقاضي أيضا أن يلجأ إلى مترجم ، وهو رجل فني مساعد ومحلف ، وذلك إذا تعلق الأمر بنزاع حول محرر مدون بلغة أجنبية أو بلهجة لا يفهمها القاضي ، وهنا قد تظهر الصعوبة باسناد مهمة التفسير إلى هذا المترجم ، لأن عبارات العقد في لغتها الأصلية قد يوجد لبس . وهنا المترجم هو الذي يقوم بمهمة التفسير ثم الترجمة إلى اللغة العربية معتمدا على مهارته لا غير . وفي المقابل نجد أن القاضي سيعتمد في تفسيره دون شك على النص المترجم ، لعدم إمامه باللغة الأم للمحرر ، وفي ذلك إنقاص من مهمته وعدم دقة فيما سيصل إليه .

وعلى سبيل المقارنة فإنه فيما يتعلق بتفسير النصوص القانونية كثيرا ما يلجأ المفسر إلى بعض الوسائل الخارجية لاسيما منها ترجمة النصوص بلغة أخرى ، والرجوع إلى أصلها الذي يكون في الغالب مدون باللغة الأجنبية ، وتحديد اللغة الفرنسية كما هو سائد في النظام القانوني الجزائري ، بل وإن المحكمة العليا كثيرا ما رجحت النص الفرنسي على النص العربي .

وختاما لما سبق وأن قيل : تظهر أهمية الصياغة الفنية في العقود باعتبارها الأداة التي يجري بمقتضاها ، نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي ، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح هكذا حقيقة اجتماعية ، يجري التعامل على أساسها . وتطبيقا لذلك فإن الصياغة تعني في التحليل الأخير ، التعبير عما يريده أطرافه بطريقة تنتقل المعنى المراد بشكل مكتمل ودقيق مما يقيم تواسلا بحيث لا تظهر النزاعات بينهم ، وتنعدم الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل لتسويتها⁽²⁾ . وهذا لا يكون إلا بمراعاة بعض الوسائل الفنية ، لاسيما في العقود الدولية .

1- د/ رجب كريم عبد الله : " التفاوض على العقد " ، المرجع السابق ، ص 572 .
نقلا منه عن إيف ديرانس :

Y. Derains . « La valeur interprétation des négociations » . O.P. Cit . p 309 .

2- د/ طالب حسن موسى : " صياغة عقود التجارة الدولية " ، مجلة مؤنة للبحوث والدراسات ، الأردن ، العدد الرابع ، السنة 15 ، سنة 2000 ، ص 36 .

مقال منشور على شبكة الانترنت في الموقع الإلكتروني : الدليل العربي للقانون : www.arablawninfo.com

ومن هذه الوسائل الفنية المهمة نذكر على الخصوص ، حسن اختيار الكلمات بدقة ، وتجنب إستعمال صيغة المبني للمجهول ، وكذا الكلمات ذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة وذات العبارات المطاطية (مثل عبارة الأخطار المألوفة) ، ومراعاة تغير مدلول الألفاظ بحسب تغير العادات والأعراف المختلفة بين الأفراد والدول ، مع ضرورة الاهتمام بطريقة وضع الفواصل والنقاط بين الجمل (1) .

وفي المقابل تظهر أهمية إلمام القاضي المفسر بقواعد اللغة العربية خصوصا (2) ، خاصة في ظل تنامي بعض الظواهر الاجتماعية في بعض العقود من استعمال بعض المصطلحات الغربية وبعض الألفاظ المهجورة وبعضها بالأجنبية ، كما هو الشأن في الإعلانات مثلا ، وهي كلها ظواهر تعيق من عمل القاضي في تحييد مضمون العقد فهم عبارات العقد وبالتالي تحول دون تفسيره على أكمل وجه .

والتفسير في الواقع ما هو إلا ضرب من ضروب الاجتهاد (3) ، حيث يقوم القاضي بالوقوف على حقيقة العبارات والألفاظ التي صيغت بها العقود حتى يتمكن من إنزال الحكم القانوني عليها . ولما كانت الألفاظ العربية خصوصا قد تحتاج إلى إمعان النظر في أحكامها ودلالاتها والوقوف على المعاني التي وضعت لها كان حريا بالقاضي أن يستعين في تفسيره للعقود بالأساليب العربية ودلالات الألفاظ سواء المفردة منها أو المركبة . وقد عني علماء أصول الفقه الإسلامي بوضع قواعد اللغة العربية التي يستعان بها في فهم النصوص الشرعية وفهم المعاملات التي تبرم بين الأطراف .

1- يلاحظ أن المدرسة اللاتينية في الصياغة حالها حال اللغة العربية، تحرص على إستخدام الفواصل بين الجمل ، في حين أنه من الممكن أن تجري صياغة نصف صفحة وربما صفحة كاملة بدون فواصل ، إذا ما قام بالصياغة رجل قانون يعمل تحت مظلة مدرسة القانون العام ، فالجملة الفرنسية ، يمكن أن يتغير معناها بحسب موضوع الفواصل. وهناك مثال طريف وجميل أورده الدكتور طالب حسن موسى في كتابه :

فعبارة : " Le professeur dit, l'inspecteur, est gentil " ، ومعناها : " قال الأستاذ : المفتش طيب " . والصورة الثانية للجملة ذاتها مع تغير موقع الفواصل وهي : " Le professeur, dit l'inspecteur, EST gentil " ومعناها يكون : " قال المفتش الأستاذ طيب " .

2- يلاحظ أننا ركزنا اهتمامنا باللغة العربية تماشيا مع النصوص القانونية ، ذلك أن القانون الجزائري يلزم الأفراد بتحرير العقود باللغة العربية وجوبا حتى طائلة جزاءات مدنية وجزائية .

ينظر القانون رقم 91 / 05 المؤرخ في 16/01/1991 ، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية . مع العلم أن هذا القانون جمد العمل به لغاية صدور الأمر رقم 30/96 المؤرخ في 21/12/1996 الذي أعاد العمل به .

وقد جاء في المادة 6 منه : " تحرير العقود باللغة العربية وحدها منع تسجيلها وإشهارها إذا كانت بغير اللغة العربية " . و حددت المادة 29 من هذا القانون الجزاء المدني المترتب عن مخالفة القانون ، وهو بطلان المحرر .

و حددت المادة 31 منه الجزاء الجنائي ، متمثلا في عقوبة غرامة مالية ، وقد تصل إلى الحبس في حالة العود . كما حددت المادة 32 منه الجزاء التأديبي ، بعقاب أي موظف أو ضابط عام يخاف ذلك .

ولكن القانون نفسه لا يمنع من تحرير بعض العقود استثناء بلغة أجنبية ، إضافة إلى اللغة العربية أو تقديم ترجمة مرفقة . ينظر في هذا الشأن أيضا نص المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد .

3- مجال الاجتهاد أوسع من مجال التفسير . فمجال الاجتهاد هو ما يعرف من الوقائع في الحالتين :

- أن تكون الوقائع غير منصوص على أحكامها ، وأن تكون بما ينص على أحكامها منصوص ظنية . أما مجال التفسير فإنه يقتصر على حالة النصوص الظنية ، وعلى هذا فكل تفسير اجتهاد وليس العكس .

د / يحيى رزق العزمي : " سلطة القاضي في التفسير " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 9 .

ولذلك وجب على من يتصدى لتفسير العقود (القاضي) وما بها من شروط أن يكون ملماً بقواعد اللغة العربية ، وبتقسيم الألفاظ وعلاقتها بالمعاني⁽¹⁾ ، شأنه في ذلك شأن من يتولى تفسير القانون ، وإن كانت هذه الملكات اللغوية والعقلية مطلوبة أكثر في تفسير نصوص شرعية كالقرآن الكريم .

- كما يجب على المفسر ، أي القاضي ، أن يكون ملماً بالقواعد الفقهية ، ومثالها :
- قاعدة : " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني " ،
- وقاعدة : " اليقين لا يزول بالشك " ،
- وقاعدة : " الأصل في الكلام الحقيقة " ،
- وقاعدة : " المطلق على إطلاقه ما لم يقيد بدليل " ، وغيرها من القواعد كثير .

ومعظم القواعد الفقهية ، كلية أو جزئية ، مستمدة من كتاب ابن نجيم المعروف " الأشباه والنظائر " ، ومن كتاب بنفس العنوان للإمام السيوطي ، وهذه القواعد تأثر بها المشرع العثماني حين تقنينه لأحكام الفقه الإسلامي فيما يعرف بمجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ . وقد قننت كل هذه القواعد الكلية ، وتفريعاتها الجزئية في الفصل الأول من المجلة من المادة الأولى إلى المادة 100 .

وهذه المجلة كانت تعتبر بمثابة تشريع رسمي في كل الأقطار العربية التابعة للخلافة العثمانية ، وبعض التشريعات العربية لم تلغها إلا في بداية الثمانينات من القرن الماضي ، ولكن آثار هذه القواعد جلية في تقنيناتها المدنية .

وبالنسبة للمشرع الجزائري ، ولأسباب تاريخية ، فإنه لم يقن هذه القواعد مقتنيا أثر القانون المصري المتأثر بدوره بالقانون الفرنسي . ومع ذلك فإننا نرى أن هذه القواعد ، وإن لم ينص عليها المشرع ، إلا أنها تعتبر من القواعد المتعارف عليها ، والتي تتفق مع الفهم السليم للألفاظ ، ويتعين بالتالي على القاضي تطبيقها فيما عرض عليه من نزاعات حتى دون النص عليها ، مادام أن الشريعة الإسلامية هي مصدر من مصادر القانون ، والمقصود هنا تطبيق القواعد الشرعية وليس تطبيق نصوص المجلة .

1- مسألة تقسيم الألفاظ لدى علماء الأصول علم قائم بذاته ، ويصعب التعرض إليه باختصار في هذه الرسالة . لذا نحيل إلى كتب الأصول ، ومن ذلك مثلاً كتاب " الموافقات " للإمام الشاطبي .
ومن الكتب الحديثة : كتاب " أصول الفقه الإسلامي " ، للدكتور أحمد فرج حسين ، دار النهضة العربية ، سنة 1996 .
2- ينظر المواد من 1 إلى المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية .
ومن أشهر من شرحها الأستاذ المحامي اللبناني سليم رستم باز في كتابه الشهير : " شرح مجلة الأحكام العدلية " ، وقد سبق الإشارة إليه .

الفرع الثالث : طرق الإثبات ودورها في تفسير العقود

تتعدد الطرق الخارجية في تفسير العقد بحيث لا يمكن حصرها، مع ذلك فإن القاعدة المستقرة فقها وقضاء هي أنه يجوز للقاضي الاستعانة بطرق أخرى بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين .

ويجوز للقاضي إذن أن يسلك أي طريق خارجي عن العقد ذاته للوصول إلى حقيقة ما أرادة المتعاقدان ، طالما أن عبارات العقد لم تسعفه في التعرف عليه .
ورغم أن مفهوم التفسير يختلف عن مفهوم الإثبات ، إلا أنه من الناحية العملية توجد صلة كبيرة بين الإثبات والتفسير ، حيث يكون الإثبات في خدمة القاضي حال تفسيره للعقد . ولا شك أن طرق الإثبات ، ولاسيما منها الشهادة والإقرار ، تمثل طريقاً مهماً يمكن للقاضي أن يتوصل بها إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فضلاً عن الدليل الكتابي نفسه .

أولاً - التفسير عن طريق المحرر نفسه :

تتعرض قوة إثبات المحرر على ما يتضمنه من معاني مستمدة من عباراته ، فلا يجوز الفصل بين قوة المحرر في الإثبات وبين الإرادة التي يتضمنها (1) .
والمقصود من الاستعانة بطرق التفسير إثبات النية المشتركة للمتعاقدين (2) ، وإذا كان العقد يحتاج لتفسير فإن كل متعاقد يسعى إلى تقديم ما يثبت صحة التفسير الذي يعتقه ويحقق مصلحته .

فما هي قواعد الإثبات التي تسري في هذا الصدد ؟ وإلى أي مدى يجوز هذا الإثبات ، بما لا يتعارض مع قواعد الإثبات المقررة للعقد المكتوب ؟
بداية نقول أن أهمية الدليل الكتابي تكمن في الكشف عما اتفق عليه ، أي في إثبات النية المشتركة للمتعاقدين ، ويمتنع الاستناد إلى ظروف خارجية لتغيير المعنى المستمد من عبارات العقد الواضحة (3) .

وإن تفسير العقد المكتوب غالباً ما يصطدم بقاعدة معروفة في الإثبات ، وهي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة (4) .

الاتجاه الأول في الفقه المصري :

يذهب اتجاه فقهي إلى القول أنه لا مجال لإعمال قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، بحيث يجوز إثبات النية المشتركة للمتعاقدين بجميع الطرق ، يستوي في ذلك أن تكون عبارة العقد واضحة أو غامضة (5) .

1- Marty. « Rôle du juge dans l. interprétation du contrat » .O.P. Cit .p 89.

2 - Cass. Civ. 20 mai 1981. Dalloz..1983. p 283.

3 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 9 ، ص 11 .

4 - ينظر المادة 333 مدني جزائري ، والمادة 1341 مدني فرنسي ، والمادة 1/61 إثبات مصري .

5 - د/ أحمد زكي الشبتي : " تكوين العقد وتفسيره " ، المقال السابق الذكر ، فقرة 51 و 52 .

د/ عبد الحكيم فودة : " تفسير العقد " ، الرسالة السابقة الذكر ، فقرة 281 ، ص 291 .

د/ حسام الدين الاهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 398 ، ص 296 .

ويستند تأييد هذا الرأي الأخير على الحجج التالية :

- أ- مجال تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ينحصر في المضمون المادي للشرط ، أما بالنسبة لمضمونه المعنوي والغرض الاقتصادي ، فيتعلق الأمر بتعيين مضمون المحرر ونطاق التزاماته ، فيمكن إثباتها بكافة الطرق (1) .
- ب- إثارة عدم تطابق الإرادة مع العبارة الواضحة يؤكد غموضا يحتاج إلى تفسير ، بما يتماثل مع العبارة الغامضة في ذاتها (2) .
- ج- وجوب تطبيق المادة 150 مدني مصري في مجال التفسير ، يترتب عليه استبعاد تطبيق نصوص القانون المدني المتعلق بالإثبات (3) .

الاتجاه الثاني في الفقه المصري:

وهو على عكس الاتجاه الأول ، حيث يرى الدكتور محمد شوقي عبد الرحمن (4) أنه لا يجوز تغيير المعنى الذي تتضمنه عبارة العقد الواضحة بغير دليل كتابي ، ولا تكفي بالتالي وسائل التعبير المستمدة من الظروف الخارجية للتدليل عن إرادة المتعاقدين بما يتعارض مع النص الكتابي الواضح الذي ورد في العقد ، أو بما إذا كان ذلك يتعارض مع المعنى الذي جرت العادة عليه .

وقد انتقد الدكتور شوقي عبد الرحمن الاتجاه الأول (5) ، ذاهبا إلى القول أنه ينبغي تطبيق قواعد الإثبات بشأن المعنى المستخلص من عبارة العقد في مجموعها ، حيث تنعكس قوة إثبات المحرر على ما يتضمنه من معاني مستمدة من عباراته . فلا يجوز الفصل بين قوة المحرر في الإثبات ، وبين الإرادة التي يتضمنها (6) ، إذ أن أهمية الدليل الكتابي تكمن في الكشف عما اتفق عليه ، أي إثبات النية المشتركة للمتعاقدين ، ويمتنع بالتالي الاستناد إلى ظروف خارجية لتغيير المعنى المستمد من عبارات العقد الواضحة في مجموعها .

وعلى ذلك فإن الظروف الخارجية تبقى طريقا احتياطيا في تفسير العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين لا يجوز اللجوء إليه إلا حيث تقتقد عبارة العقد تحديدا لهذه الإرادة المشتركة (7) .

ومن التطبيقات القضائية لقواعد الإثبات في مجال التفسير ، ما قضت به محكمة النقض المصرية حين أجازت للوارث إثبات النية المشتركة للمتعاقدين (8) ، بناء على الظروف الخارجية ، حتى ولو تعارض ذلك مع عبارات العقد ، بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه لطرف آخر إضرارا بحقه في الميراث .

- 1 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 109 و 110 .
- 2 - د/ حسام الدين الاهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 398 ، ص 296 .
- 3 - د/ حسام الدين الاهواني ، نفس المرجع والموضع السابق .
- 4 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 12 ، ص 15 .
- 5 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي " ، المرجع السابق ، فقرة 11 ، ص 15 .
- 6- Marty. « Rôle du juge dans l. interprétation du contrat » .O.P. Cit .p 90.
- 7 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 283 ، ص 418 وما بعدها .
- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 25 ، ص 30 .
- 8 - نقض مدني مصري ، جلسة 16 جوان 1970 ، مجلة المحاماة ، س 53 ، عددين 5 و 6 ، رقم 48 ، ص 62 . ونقض مدني ، جلسة 19 ديسمبر 1967 ، مجموعة النقض المدنية ، س 18 ، رقم 267 ، ص 1885

ويرجع إلى أن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة لهذه التصرفات (1) ، ويجوز له بالتالي ، بهذه الصفة ، إثبات خلاف العبرة المكتوبة للعقد بجميع وسائل الإثبات (2) . وتأخذ محكمة النقض الفرنسية بمبدأين تكميليين (3) :

ويجب على القاضي ، عندما يكون العقد واضحا ودقيقا ، أن يتقيد بصرامة بنظام الإثبات ، وهذا ما يترجم تفوق إعلان الإرادة على الإرادة الداخلية . وبالمقابل ، يكون من الواجب تفسير العقد . وتتعترف محكمة النقض لقضاة الأساس بسلطة تجنب قواعد الإثبات ، إنها ترفع منع الإثبات إضافة إلى المستند الخطي أو ضده (4) .

وحسب القضاء البلجيكي فإنه ينبغي على المفسر أن يبحث عن إرادة المتعاقدين خارج العقد عبر وقائع مثبتة بشهادة أو قرينة . فليس في وسع القاضي بالتالي على الإطلاق إعطاء عقد خطي تفسيرا يعتذر توفيقه مع معاني عبارات العقد ، حتى وإن كانت لديه وقائع خارجية عن العقد مثبتة بالشهادات والقرائن (5) .

ويقول الفقيه البلجيكي كوزان (Causin) من غير الصحيح الاعتقاد بإثبات العقد أو بمنطوق العقد . فمواد الإثبات هي فقط إبداء الإرادة المعدة لتحديد محتوى العقد وإظهار الإرادة المعدة لإبرام العقد و الوقائع التي تسوّج تطبيق منطوق العقد ، وليس وجود العقد ومحتواه ومفاعيله التي هي مسائل قانونية تعود إلى عملية تكيف العقد .

وقد حكمت غرفة العرائض في محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام بقبول البيينة الخارجية في شأن الوصية عندما ينجم التباس عن تعابيرها (6) .

وقد ذكّرت محكمة النقض بهذا المبدأ في عام 1982 بقولها يتعين أن في وسع قضاة الأساس الارتكاز على العادات المحلية في زمن كتابة المستند الخطي (7) .

ويذهب الإتجاه في الفقه المصري (8) مسائرا القضاء الفرنسي إلى أنه يجب التفرقة بين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة .

فإذا كانت العبارة واضحة ، فيجب على القاضي أن يتقيد بقواعد الإثبات . فإذا كانت العبارة الواضحة قد وردت في دليل كتابي فلا يجوز تفسيرها إلا عن طريق دليل كتابي آخر إعمالا لحكم المادة 61 من قانون الإثبات ، والتي توجب إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة عن طريق الكتابة ويعكس الأفضلية الإرادة الظاهرة في الكتابة ، وعلى الإرادة الباطنة .

1 - نقض مدني مصري ، جلسة 16 ماي 1946 ، مجموع عمر المدنية ، ج 5 ، رقم 78 ، ص 174 .

2 - نقض مدني مصري ، جلسة 11 جوان 1968 ، مجلة المحاماة ، س 50 ، رقم 11 ، ص 101 .

3 - د/ جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني . مفاعيل العقد وآثاره " ، المرجع السابق ، ص 18 وما بعدها .

4- Req 31 mai 1886. S -1-206

5- د/ جاك ايستان : نفس المرجع أعلاه ، ص 18 وما بعدها .

6 .Cass .Civ. 13 dec 1906 . Dalloz . 1908-2-29192. p 100.

Cass. Civ. 1 mai 1897. Dalloz . 1897-2-199.

Cass. Civ. 13 dec 1906 . Dalloz . 1908-2-29192. p 100.

7- Cass. Civ . 19 dec 1982 . Dalloz . 1982 - 1- 589 .

Cass Civ .28 juin 1982 . Dalloz . 1982-1-582..

8- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 10 و ص 11 .

وفي عرض هذا الرأي وأسباب رفضة ينظر:

د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 236 وما بعدها .

فلا يجوز تفسير المعنى الذي تتضمنه عبارة العقد و الواضحة بغير دليل كتابي . أما إذا كانت العبارة غامضة فيجوز لقاضي الموضوع استبعاد قواعد الإثبات ، بحيث يكون له أن يثبت حقيقة إرادة المشتركة بكافة طرق الإثبات بما فيها البنية والقرائن . وفي هذا الشأن يقول الدكتور حسام الدين الاهواني (1) :

" لا نرى محلا لتلك التفرقة . فالمادة 150 مدني تضع قواعد تتعلق بما يكون محتاجا أو محل للتفسير لا فارق في ذلك بين العبارات الواضحة و العبارات الغامضة . وقضاء النقض قد استقر على أن العبرة بوضوح الإرادة لا وضوح النص وإن كان الأصل تطابق الإرادة مع العبارة . فإن أثر أن الإرادة لا تطابق مع العبارة ، فإننا نكون في الواقع أمام غموض يحتاج إلى تفسير شأنه في ذلك شأن العبارة الغامضة في ذاتها بداءة .

فإن كان هناك محل للتفسير فإن القواعد الواردة في المادة 150 تضع هي التي تكون واجبة الإلتباع دون غيرها من قواعد الإثبات . ولهذا يجب استجلاء نية الطرفين تفسيرا للعقد باللجوء إلى كافة طرق الإثبات .

فالعبرة الواضحة في ظاهرها والتي تتناقض مع العناصر الخارجية المختلفة المستمدة من تنفيذ العقد على وجه الخصوص تكون في حقيقتها غامضة من حيث تعبيرها عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، ومن ثم يجوز تفسيرها باللجوء إلى كافة طرق الإثبات ."

وبناء عليه فإن الدكتور حسام الدين الاهواني نرد كل حالات التفسير إلى وجود غموض في العقد سواء كانت عبارة الشرط واضحة أو غامضة . فالعبرة بالغموض الذي يسود تفسير مجموع العقد نتيجة عبارة معينة . ومن ثم لا نرى محلا على الإطلاق لتلك التفرقة في إثبات الإرادة المشتركة الحقيقية، فهي في جميع الأحوال تتعلق بما هو غامض في الحالة المعروضة .

ويؤيد الفقيه السنهوري (2) محكمة الموضوع في إجراء التغير على ضوء ما تضمنه العقد من عبارات المفروض أنها تتطابق مع الإرادة الحقيقية للطرفين حتى إذا ما قام من ظروف الواقع ما يشير إلى أن الإرادة الظاهرة لا تعبر عن الإرادة الباطنة تعين أن يجري التفسير على ضوء هذه الظروف لاستفهام الإرادة الحقيقية للطرفين . إذ هو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه القاضي ، وأن يكون المقصود بالإرادة المشتركة هي تلك الإرادة الحقيقية سواء كانت صريحة أم ضمنية دون التعلق بالإرادة المحتملة باعتبارها ضربا من ضروب الخيال ، والتي يمكن أن تكون مدخلا لتحكم القاضي باستبداله بالإرادة الطرفين الحقيقية إرادة بعيدة عن الواقع . وهذا يتمشى ما اعتنقه المشرع في شأن تفسير العقد .

1- د/ حسام الدين الاهواني : " النظرية العامة للالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 398 ، ص 296.

2 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 394 ، ص 494 .

ثانيا - مدى جواز الشهادة في تفسير التصرفات القانونية الثابتة بالكتابة:

ثار التساؤل عن مدى جواز اللجوء إلى الشهادة لتفسير العقد بالنسبة للتصرفات القانونية الثابتة بالكتابة أم بالإقرار⁽¹⁾.

بحثت هذه المسألة لدى القضاء الفرنسي ، والذي أجاز للقاضي استعمال شهود الشهود للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، أي اعتماد شهادة الشهود كعامل في تفسير العقود والتصرفات القانونية ولو كانت ثابتة بالكتابة ، غير أنه أوجد قيدين على إمكانية اللجوء إلى الشهادة عند تفسير التصرفات القانونية الثابتة بالكتابة :

القيد الأول: غموض عبارة العقد .

القيد الثاني: أن الشهادة طريق احتياطي لتفسير العقد المكتوب .

القيد الأول- غموض عبارة العقد :

إن قاعدة لزوم الكتابة لإثبات ما يخالف أو ما يجاوز للدليل الكتابي لا يقف عقبة أمام الاستعانة بالشهادة لتفسير العقد المكتوب ، إذا وجد غموض في بعض عباراته ، حيث أن التفسير يختلف عن الإثبات . فدور المفسر يقتصر على البحث وإلقاء الضوء على حقيقة ما يتضمنه العقد ، ولهذا يمكن اللجوء إلى كافة الوسائل التي من شأنها إيضاح معنى العقد⁽²⁾ . فالأمر لا يتعلق بإثبات العقد في ذاته ، وإنما بتفسير عبارات غامضة لعقد لا ينازع أحد في وجوده .

وعلى ذلك فإن جواز الشهادة لتفسير العبارة الغامضة للعقد لا يتضمن استثناء على قاعدة عدم إثبات ما يخالف أو يجاوز للدليل الكتابي إلا بالكتابة⁽³⁾ . وذلك أن المخالفة أو المجاوزة لا تتحقق إلا بالنسبة لمعنى معين تشتمل عليه عبارة العقد المكتوبة ، فإذا كانت هذه العبارة غامضة ، بحيث لا يستشف منها معنى محدد ، فإن الشهادة ، في هذه الحالة ، لا تتعارض مع نص مكتوب . بل هي من ذلك ، تؤكد المعنى الذي يشتمل عليه العقد المكتوب ، متوافقا مع النية المشتركة للمتعاقدين .

وعلى ذلك ، من الطبيعي أن يشترط القضاء غموض عبارة العقد كشرط لجواز الشهادة في تفسير العقد . ذلك أن عبارة العقد إذا اشتملت على معنى واضح محدد ، فلا يجوز الشهادة لإثبات معنى مختلف⁽⁴⁾ ، إذ أن الشهادة في هذه الحالة ، ليس من شأنها تفسير العقد ، وإنما تتضمن إثباتا يخالف عبارة العقد المكتوبة .

ويطبق القضاء القيد الخاص بالغموض ، في أحكامه التي أجازت الشهادة في تفسير العقد المكتوب ؛ وقد يتعلق الغموض بمعنى عبارة العقد ، أو بتحديد مضمون العقد .

1- الغموض في معنى عبارة العقد :

1 - و تظهر معالم الصعوبة عند إعمال القواعد العامة في الإثبات بشهادة الشهود أو البيئة ، كما تسمى أيضا ، حيث يشترط المشرع حدا أدنى للبيئة ، وهو يختلف من تشريع لآخر ، فالمشرع الجزائري يحده بـ 100.000 ألف دينار منذ تعديل القانون المدني سنة 2005 بخصوص المادة 333 مدني جزائري .
في حين يحده القانون المصري بحد 10 جنيه طبقا للمادة 1/61 من قانون الإثبات المصري ..

2 - Req. 31 mars 1886 . Siery. 1886 - 1- 260.

3- ينظر عكس ذلك :

Cass .Civ. 15 jan 1969 . Dalloz. 1969. 477 . note S .Anonyme.

4 -Cass. Civ. 3, mai 1948 . Gaz. Pal . 1948- 2- Somm. 4

تحاط عبارة العقد بالغموض إذا اشتمل على معينة أو ورد بشأنها حكم معين ، بحيث يثور التساؤل عن اقتصار حكم العقد على هذه الحالة ، أو اتساعه لحالات أخرى لم يصرح بها ؛ ومن ناحية أخرى قد يأتي الغموض نتيجة احتمال عبارة النص عدة معان :

أ- اشتمال العقد على حالة معينة :

إن النص في العقد على حالة يدور معه تساؤل حول ما إذا كانت هذه الحالة قد وردت على سبيل المثال أو على سبيل الحصر. وهذا الغموض يمكن إجلاؤه عن طريق العقد ذاته ، فإذا لم يتضح قصد المتعاقدين من عناصره الداخلية ، جاز اللجوء لكافة العناصر عن العقد ، وتدخل فيها الشهادة .

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الاستعانة بالشهادة في حكم لها صادر في 23 ماي سنة 1881⁽¹⁾ يتعلق بتفسير عقد تأمين ضد المسؤولية ورد فيه أن المؤمن له يشتغل في أحجار الجير، وقد وقعت حادثة لأحد عماله بمناسبة قيامه بأعمال استخراج الأحجار العادية التي يستخدمها لأعمال صناعته . وقد ثار النزاع بمناسبة تحديد ضمان الشركة المؤمنة ، هل يقتصر على الحالة المنصوص عليها . ويستتبع ذلك سقوط الضمان عن الحوادث التي تنتج من أعمال أخرى للمؤمن له ، أو أن الضمان يمتد إلى الأعمال الأخرى المرتبطة التي يقوم بها المؤمن له ؟

وقد أجازت المحكمة اللجوء إلى الشهادة والقرائن لتفسير المعنى الحقيقي لعبارة العقد، حيث اعتبرت الشركة المؤمنة ضامنة للمخاطر التي يتعرض لها المؤمن له نتيجة للحوادث الناجمة من استخراج الأحجار بناء على ثبوت علمها بالطبيعة الخاصة بالصناعة التي يباشر المؤمن له .

وقبول الشهادة والقرائن هنا ليس من شأنه إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة ، إذ أن دوره يقتصر على تفسير عبارة العقد الغامضة للوصول إلى المعنى الحقيقي للعقد المكتوب بناء على النية المشتركة للمتعاقدين .

ب- تحمل العبارة عدة معان:

يتولد الغموض في العقد نتيجة احتمال عبارته عدة معان . وتبدو أهمية الشهادة في ترجيح معنى معين من المعاني التي تحتملها.

وتطبيقا لذلك : ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أصدرته في 31 مارس سنة 1886⁽²⁾ إلى جواز الشهادة والقرائن لتفسير المادة الثالثة الواردة في عقد التأمين ضد مخاطر الحريق ، حيث نصت على سقوط حرق المؤمن في الضمان إذا لم يعلن عن الحوادث التي سبق أن تعرض لها .

وهذه العبارة العامة التي صيغت بها هذه المادة الخاصة بالسقوط تثير الغموض من حيث تحديد الأشياء الخاصة بالمؤمن له والتي سبق تعرضها لحوادث ، هل تقتصر على العقارات المؤمن عليها ، أم تمتد على كافة العقارات الأخرى الخاصة بالمؤمن له ؟

1 - Req. 23 mai 1881 . Dalloz .P. 1882 - 1-170.

2 - Req. 31 mars 1886 . Dalloz . P. 1887- 1- 8.

وقد ظهرت الصعوبة بالفعل بصدد تحديد مدى حق المؤمن له في التعويض عن خسائر الحريق التي ألحقت المحلات المؤمن عليها ، حيث تبين أن المؤمن لم يعلن المؤمن عن الكوارث التي سبق أن أصابت معلمي تقطير ليسا محلا لعقد التأمين .
وقد استندت شركة التأمين إلى المعنى العام لعبارة المادة الثالثة ، وطالبت بالتالي بسقوط الضمان لعدم تبليغ المؤمن له عن الحوادث التي سبق أن ألحقت معامل التقطير، بينما تمسك المؤمن له بأن التبليغ عن الحوادث السابقة إنما يقتصر على العقارات المؤمن عليها . ولا يسقط بالتالي حقه في الضمان لعدم تبليغه عن الكوارث التي أصابت أشياء لم تكن محلا للتأمين .

وعلى ذلك فإن الشهادة والقرائن هنا تستهدف تحديد المعنى الحقيقي لعبارة العقد بما يتوافق مع القصد المشترك للمتعاقدين ، ولا تخالف بالتالي الدليل الكتابي ، وإنما تعين في إيضاح الذي يشتمل عليه النص المكتوب .

وفي قضية أخرى ، أيدت محكمة النقص الفرنسية (1) حكم قاضي الموضوع الذي استعان بالشهادة والقرائن لتفسير العقد المكتوب الخاص ببيع عقار مقابل ثلاثين ألف فرنك ، وقد دفع نصف الثمن وقت توثيق العقد ، ونص على تأجيل دفع الجزء الباقي من الثمن . وحينما المشتري بدفع ما تبقى في ذمته من الثمن ، ادعى بأنه قد وفاه ، يقر فيه البائع مبلغ خمسة عشر ألف فرنك " كقسط " من ثمن البيع .

والغموض هنا يكتنف عبارة العقد ، إذ أن كلمة " قسط " الواردة في عبارة العقد لم يحدد فيها ما إذا كان الأمر يتعلق بالقسط الأول أو القسط الثاني ، ومن ناحية أخرى فإن الظروف المحيطة بالعقد ، وإن كانت ترجح أحد المعنيين ، إلا أنها لا تقطع يقينا بهذا المعنى ، ذلك أن دفع القسط الأول وقت توثيق العقد يرجح أن المخالصة خاصة بالقسط الثاني ، طالما أن تاريخ تحريرها لاحق لتاريخ توثيق العقد ، ومع فإن هذا المعنى ليس مؤكدا ، حيث أن عبارة المخالصة لم تحدد أن المبلغ خاص بالقسط الثاني ، وأن الثمن بالتالي قد أصبح خالصا .

وعلى ذلك ، فإن الشهادة والقرائن من شأنها بيان المعنى الحقيقي للعقد المكتوب ، ولا تتضمن بالتالي مخالفة للعقد المكتوب ، طالما أن عبارة العقد لا تشتمل على معنى محدد يتعلق بموضوع الشهادة .

2- الغموض يحيط مضمون العقد:

فرق القضاء الفرنسي بين حالتين :

- الحالة الأولى : تكون فيها عبارة العقد واضحة فيما يتعلق بالأشياء والأحكام التي يشتمل عليها ، فيمتنع حينئذ قبول الشهادة ، حيث أن ذلك من شأنه إثبات أمر يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي ، وهو أمر غير جائز إلا عن طريق الكتابة .

- أما الحالة الأخرى ، فهي عندما تنتصف للشهادة والقرائن ، لأن دورها ، في هذه الحالة ، يقتصر على تفسير العقد ، وإيضاح النية المشتركة للمتعاقدين .

وقد طبق القضاء الفرنسي هذه المبادئ في مجال الأعمال القانونية المختلفة . وسنعالج ذلك في عقود البيع ، والإيجار ، ثم الوصية ، وسنقدم فيما يلي أمثلة عن كل منها :

1 - Cass.Civ. 23 nov 1938, Gaz . Pal. 1939-1- 85.

أ- بالنسبة لعقد البيع :

أجازت محكمة النقض الفرنسية (1) الاستعانة بالشهادة والقرائن ، عند تفسير عقد بيع، لتحديد الأشياء المبيعة ، فيما يتعلق بجزء من الأرض ، حيث لم تتضمن عبارة العقد تحديدا كافيا ، وقبلت بالتالي الشهادة والقرائن لتفسير العقد ، وذلك ببيان كيفية تنفيذه ، وما إذا كان المشتري يباشر على هذه الأرض سلطات الاستغلال الخاصة بالمالك .
وعلى العكس لم يحز القضاء الشهادة ، حينما تكون عبارة العقد واضحة في تحديد مضمون عقد البيع .

وتطبيقا لذلك : قضت محكمة النقض الفرنسية (2) إلى أنه إذا نص في عقد البيع على أنه لا يتضمن أموالا معينة، فلا يجوز الشهادة لإثبات أن العقد يشتمل أيضا على هذه الأموال ، طالما عبارة العقد اتسمت بالوضوح والتحديد ، ولم تدع مجالا للشك يمكن إجلاؤه عن طريق الشهادة . وعلى ذلك فإن قبول الشهادة ، لإثبات دخول هذه الأموال ضمن الأشياء المبيعة يتعارض مع الدليل الكتابي . وهو أمر غير جائز (م 1341 مدني فرنسي).
وفي حكم آخر أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 29 جويلية سنة 1907 (3) ، قررت أنه إذا حدد في عقد المقايضة عقار تم تعيينه باسم معين ، فلا يجوز الإثبات بالشهادة أن المقايضة تتضمن قطعتي أرض أخريين لكل منهما اسم مغاير عن العقار المحدد في العقد المكتوب ، إذ أن مثل هذا الإثبات يتضمن تحديدا يختلف عما ورد في عبارة العقد .
وإذا كان من الجائز إثبات ملحقات الشيء المبيع بالشهادة ، بشرط عدم تحديد العقد لها (4) ، فإن الحكم يختلف بالنسبة للأشياء المستقلة التي لا تعتبر بمثابة ملحقات (5) .
وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية في 03 مارس سنة 1969 (6) اللجوء للشهادة لتفسير عقد القسمة ، لتحديد مضمونها ، إذا كانت عبارة العقد غامضة ، وينقضها التحديد في بيان أنصبة المتقاسمين (7) .

ب- بالنسبة لعقد الإيجار :

طبق القضاء الفرنسي هذه المبادئ على عقود الإيجار . فقضت محكمة استئناف باريس في 04 مارس سنة 1887 (8) أنه إذا لم يتضمن عقد الإيجار تحديدا كاملا للأشياء المؤجرة ، فيمكن تعيينها عن طريق الشهادة ، حيث يقتصر دورها هنا على التفسير ، مؤيدة حكم محكمة بونتواز (Pontoise) الصادر في 05 أوت سنة 1885 الذي بأن طرفي العقد لم يكونا في حاجة إلى وضع تحديد مفصل للأشياء المؤجرة ، نظرا لأن المستأجر كان يستغل هذه الأشياء بالفعل وقت الإيجار .

1 - Req, 9 mars 1909, Seiry. 1910-1-28 28.

2 - Cass. Civ . 7 fev. 1900, D.P. 1904-1- 490 . Cass. Civ. 5 janv. 1874, D.P. 1874-1-12.

3 -Req. 29 juill. 1907, Seiry. 1910-1- 508.

4- Paris . 23 Janv. 1837, Seiry. 1910-1- 508.

5 -.Req. 29 juill. 1907, Seiry. 1910-1- 508.

6 - Cass. Civ .3 mars .1969.D.1969- 477.

7- وقد قضى بمصر بأنه إذا كانت نصوص العقد واضحة في اعتباره بيعا ، فلا تقبل الشهادة لإثبات أن العقد رهن حيازة.
محكمة استئناف الإسكندرية المختلطة في 19 أبريل سنة 1889 ، م 6 ، ص 237.

8- Cass. Civ 4 mars.1888 .Daloz . 1888-2- 65 . note Flurer.

وأن نية المتعاقدين بالتالي قد انصرفت إلى أنه في حالة الشك والسهو ، فإن الاستغلال القائم وقت إبرام عقد الإيجار، يمكنه إكمال السهو ، وإيضاح الشك . وعلى ذلك يمكن تحديد الأشياء المؤجرة عن طريق الشهادة فيما يتعلق بالأشياء التي كان المستأجر قائماً باستغلالها وقت إبرام عقد الإيجار .

وعلى العكس اتجهت محكمة استئناف باريس في 10 نوفمبر سنة 1896 (1) إلى أنه لا تجوز الشهادة بالنسبة لعقد إيجار نص فيه صراحة ، وعلى وجه التحديد ، أنه يتضمن العقار كله ، إذا المقصود من الشهادة إثبات أن الإيجار ينصب على جزء فقط من هذا العقار ، بإثبات أن المستأجر كان يعلم وقت تحرير العقد أن الطابق الأرضي كان مؤجراً بالفعل ، إذ أن الشهادة في هذه الحالة ، تتعارض مع العقد المكتوب .

وذهبت محكمة نيفرز (Nevers) المدنية في 16 فبراير سنة 1928 (2) إلى أنه لا يجوز للمستأجر أن يستغل العين المؤجرة كمطعم ، إذا نص فيه على أن استغلاله لها يتم كقهوة ، ويمتنع على المستأجر أن يثبت بالشهادة أن نية المؤجر قد اتجهت إلى السماح له يفتح مطعم في العين المؤجرة ، تستشف مما صدر منه من أعمال من شأنها تسهيل استغلال العين كمطعم ، إذ أن المعنى الواضح الذي تتضمنه عبارة العقد المكتوب ، لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بالشهادة .

ج- بالنسبة لتفسير الوصايا :

أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في 29 أبريل سنة 1907 (3) قضت فيه بأنه في حالة وجود غموض في عبارات الوصية ، فإنه يجوز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات الخارجية التي من شأنها الوصول إلى نية الموصي .

كما حكمت غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 13 ديسمبر 1906 بأنه : " إذا كان من الصحيح في القانون أن على القاضي أن يجد في الوصية وليس في مكان آخر متانة التبرعات وتعيين الأشخاص المستفيدين منها ، فإن هذه القاعدة ، وهي مجرد تطبيق لمبدأ " أن أي بند في وصية ما يقتضي أن يكون خطياً " ، لا تشكل عقبة أمام المحاكم ، في حال وجود شك في المعنى الذي ربطته الوصية بالتعابير المعتاد استخدامها لتعيين الأشخاص الذين يراد التبرع لهم في سبيل أن تثبت ، عن طريق ظروف القضية ، من أن النية كانت بالفعل كذلك " (4) .

وهذا يعني الاعتراف بقبول البيئة الخارجية في شأن الوصية عندما ينجم التباس عن تعابرها (5) .

وقد ذكّرت محكمة النقض بهذا المبدأ في عام 1982 بقولها يتعين أن يكون في وسع قضاة الأساس الارتكاز على العادات المحلية في زمن كتابة المستند الخطي (6) .

Paris. 10 nov 1896. Gaz Pal. 1928-1- 620.-1

2 - Trib. Nivers. Civ. 3 mars 1960. Dalloz. 1969 - 4 - 77.

3 - Req. 29 avril 1907, Dalloz.P . 1907-1- 376

4 - Cass. Civ. 13 dec 1906 . Dalloz . 1908-2-29192 . p 100.

Cass. Civ. 1 mai 1897. Dalloz .1897-2-199..

5 - Cass. Civ .28 juin 1982 . Dalloz . 1982-1-582..

6 - Cass. Civ . 19 dec 1982 . Dalloz . 1982 - 1- 589..

وبالعكس ، فقد قضى في فرنسا (1) بأنه إذا كانت عبارة الوصية واضحة في تعيين الموصي له باسمه ولقبه ودرجة قرابته للموصي ، فلا تقبل الشهادة لإثبات أن الموصي ، كان يقصد تعيين شخص آخر ، له نفس اللقب ودرجة القرابة ، ولكنه يختلف في الاسم عن الموصي له المعين في الوصية ، ذلك أن هذا الإثبات يخالف النص المكتوب الوارد في الوصية ، ويجاوز بالتالي سلطة التفسير المقررة لقاضي الموضوع .

القيد الثاني - الشهادة طريق احتياطي لتفسير العقد المكتوب :

يثور التساؤل عن مدى التزام قاضي الموضوع بقبول الشهادة لتفسير العقد المكتوب . والواقع أن استقرارنا لقضاء محكمة النقض الفرنسية يجعلنا نميز بين ثلاثة فروض :

- 1- تقدير قاضي الموضوع أن عبارة العقد واضحة.
- 2- تقدير قاضي الموضوع أن عبارة العقد غامضة ، مع وجود عناصر مستمدة من العقد ذاته لإجلاء الغموض .
- 3- تقدير قاضي الموضوع أن العبارة غامضة ، مع عدم عناصر داخلية في العقد لإجلاء الغموض .

1- تقدير قاضي الموضوع أن عبارة العقد واضحة :

إن تسليم قاضي الموضوع بوضوح عبارة العقد هو أمر يدخل في مجال سلطة تقدير ، و لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ، ويجوز له بالتالي أن يرفض ادعاء أحد الخصوم بأن عبارة العقد غامضة ، وما يستتبع ذلك من عدم قبوله الشهادة و القرائن لتفسير العقد . وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم لها صادر في 26 فبراير سنة 1872 (2) يتعلق بتفسير عقد أبرم بين مالك أرض زراعية و شخص آخر استخدمه كمدير لشؤون زراعته . وقد نص في هذا العقد على أنه في حالة استغناء المالك عن خدمات مستخدمة ، فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع عليه بأي تعويض ، وعندما قام المالك بفصله ، طالبه مستخدمه بمصاريف إقامته وعودته على بلده ، وتمسك بأن تفسير عبارات العقد بالشهادة والقرائن يؤكد حقه في استرداد هذه النفقات .

وقد قدرت محكمة استئناف (Aix-en-Provence) في 19 فبراير سنة 1870 (3) أن عبارة العقد التي لا تجيز الرجوع على المالك بالتعويض في حالة الاستغناء عن خدمات مستخدمة ، تنسم بالرجوع ، وقد وردت مطلقة ، بحيث يتمتع وضع أية تفرقة أو تحفظات بشأنها ، وعلى هذا الأساس رفضت قبول الشهادة والقرائن .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف (Aix-en-Provence) بناء على أن تقدير وضوح عبارة العقد يدخل في سلطة قاضي الموضوع في تقديره للوقائع ، ولا يخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض .

1 - Req. 23 fev. 1863, Dalloz .P. 1863- I - 171, Obs Nachet, conseiller- rapporteur.

2 -Req. 26 fev. 1872, Dalloz .P. 1872-1- 270.

3 -Trib Aix-en-Provence- 19 fev 1870. Dalloz .P. 1872-1- 270.

2- تقدير قاضي الموضوع بغموض العبارة مع عناصر مستمدة من العقد ذاته لإجلاء الغموض:

يظهر دور الشهادة كطريق احتياطي في تفسير العقد المكتوب ، من حيث أنه لا يجوز قبولها ، إذا تضمنت عبارة العقد ذاتها عناصر تكفي لتفسير النص الغامض . وفي هذه لا تكون الشهادة مجرد رخصة القاضي يتمتع في شأنها بالحرية في استخدامها ، إذ على العكس من ذلك، يتعين على القاضي استبعادها إذا سلم بوضوح عبارة العقد في مجموعها⁽¹⁾ . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 29 أبريل سنة 1907⁽²⁾ بأن النص الغامض الوارد في الوصية يمكن لقاضي الموضوع تفسيره بناء على بيانات الوصية ذاتها ، فإذا لم تسعفه في إجلاء الغموض ، فيمكنه الاستعانة بكافة أنواع الإثبات الخارجية التي من شأنها التعرف على نية الموصي .

3- تقدير قاضي الموضوع بغموض العبارة مع عدم وجود عناصر داخلية في العقد لإجلاء الغموض:

إذا كان من المسلم به أن لقاضي الموضوع سلطة رفض الشهادة، عندما يقدر عبارة العقد واضحة ؛ لكن التساؤل يثور حول سلطة قاضي الموضوع في رفض الشهادة ، في حالة تسليمه بغموض عبارة العقد ، وعدم وجود عناصر داخلية في العقد تكفي لتفسيره ، والتعرف على القصد المشترك للمتعاقدين .

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجوز لقاضي الموضوع ، في حالة غموض عبارة العقد، أن يرفض قبول الشهادة والقرائن لتفسير العقد⁽³⁾ . وقد ألغت حكم محكمة الاستئناف خاص بتفسير نطاق الوكالة الضمنية ، الذي ذهب على أنه لا يجوز قبول القرائن المقدمة من طرف النزاع لتحديد مضمون الوكالة الضمنية ، طالما أنه لا يجوز مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن رفض محكمة الموضوع قبول القرائن المقدمة من طرف النزاع لتحديد مضمون الوكالة الضمنية، يتضمن إنكارا لسلطتها في التقدير، وتطبيقا خاطئا لنصوص القانون .

وفي نفس الإطار قضت محكمة التمييز اللبنانية : " إن تقدير الوقائع وتفسير إفادات الشهود يخضع لسلطان محكمة الأساس المطلق ، ما لم يكن هناك تحوير من قبل المحكمة في التفسير، من شأنه أن يغير المعنى الحقيقي للمستندات وإفادات الشهود " ⁽⁴⁾ .

1 - Req. 26 fev. 1872, Dalloz .P. 1872-1- 270 ; note Anonyme S.

Cass. Civ 3 mars 1969, Dalloz . 1969. 477.

2 - Req. 29 avril 1907, Daloz .P. 1907-1- 376.

3 - Cass. Civ. 10 juill. 1945, Dalloz. 1946-1-181 .note Mimin

4 - قرار محكمة التمييز ، مدني ، بتاريخ 3 فيفري 1952 ، رقم 52 ، ص 718 .

كما قضت أيضا : " إن تقدير الوقائع في تفسير الشهادات يعود لمحكمة الأساس ، وسلطانها فيه مطلق ، ولا يصبح تحت رقابة محكمة التمييز ما لم يكن هناك تحوير من المحكمة في التفسير من شأنه أن يغير المعنى الحقيقي لمستندات وشهادة الشهود " .

قرار محكمة التمييز ، مدني ، بتاريخ 14 جانفي 1963 ، رقم 23 ، ص 471 .

ثالثاً - مدى جواز الشهادة في تفسير التصرفات القانونية الثابتة بالإقرار:

إذا كانت الوقائع موضوع الإقرار مرتبطة ، فلا يجوز تجزئتها (1) ، ويمتنع بالتالي على المقر له أن يتمسك بما يفيد من الوقائع المقر بها ، وي طرح الوقائع الأخرى جانباً .
وينتقد القاضي بقاعدة عدم تجزئة الإقرار . ومع ذلك يلزم البحث عن سلطة القاضي في استبعاد إحدى الوقائع المرتبطة ، عند تفسيره للإقرار الصادر من طرف العقد .
ومن ناحية أخرى ، فإن التصرف القانوني الثابت بالإقرار القضائي ، قد يستلزم من القاضي تفسيره ، وتحديد نطاقه ، إذا وجد غموضاً يكتنفه .

وعلى ذلك فسنعالج هذا الموضوع في مسألتين :

المسألة الأولى : سلطة القاضي في استبعاد إحدى الوقائع المرتبطة عند تفسيره للإقرار القضائي الصادر من طرف العقد .

المسألة الثانية : سلطة القاضي في تفسير مضمون التصرف القانوني الثابت بالإقرار القضائي .

- المسألة الأولى : سلطة القاضي في استبعاد إحدى الوقائع المرتبطة عند تفسيره للإقرار القضائي الصادر من طرف العقد :

يثور التساؤل حينما يظهر من أقوال المقر وتصرفاته في القضية المعروضة ، تعارضاً وتكديباً للوقائع المقر بها .

وقد واجه القضاء الفرنسي مثل هذه المجالات ، وقرر بشأنها جواز تجزئة الإقرار ، ويرجع ذلك إلى أن الإقرار ، في نظر القضاء ، لا يقتصر على ما يعلنه المقر صراحة أمام القاضي ، وإنما يمتد إلى كافة الأقوال والتصرفات التي تصدر من المقر في القضية ، وعلى ذلك فإن وجود أقوال وتصرفات تتعارض مع ما أعلنه المقر ، يثير غموضاً ، ويتعين على القاضي إجلاؤه بتفسير هذا الإقرار برمته . وهو في سبيل ذلك يجوز له قبول الشهادة للوصول إلى النية الحقيقية للمقر . وقد يؤدي هذا التفسير إلى طرح إحدى الوقائع التي ينصب عليها الإقرار ، خروجاً على قاعدة عدم التجزئة .

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية استبعاد إحدى الوقائع المرتبطة إذا تحقق أحد أمرين :

1- ثبوت كذب الواقعة .

2- تعارض في أقوال المقر المتعلقة بالواقعة .

1- ثبوت كذب الواقعة :

قد يعرض على القاضي في الدعوى المطروحة أمامه ، ما يفيد تكديباً لإحدى الوقائع المرتبطة ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطرحها .

ففي قضية نظرتها محكمة النقض الفرنسية أقر فيها طرف الدعوى بأنه مدين بمبلغ معين كان قد تسلمه من الطرف الآخر ، ولكنه أضاف أن اشترى بهد عدداً من أسهم السكة الحديدية بناءً على تكليف هذا الأخير له .

1- ينظر نص المادة 142 مدني جزائري ، ومثيلتها : المادة 104 إثبات المصري ، والمادة 1356 مدني فرنسي .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ في هذه الدعوى ، بأنه لا يجوز إعمال الجزء الثاني من الإقرار بعد أن ثبت كذبه ، حيث قد تبين أن الأسهم من التي كان قد اشتراها المقر لم تكن باسم و لحساب المقر له .

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في 05 ديسمبر سنة 1881⁽²⁾ إلى تجزئة إقرار صادر من طرف النزاع بأنه تسلم من المدعي مبلغا معيناً ، ولكن باعتباره ثمناً لمنزله ومنقولاته التي باعها له . وقد استندت المحكمة في ذلك إلى ثبوت كذب ملكية المقر للأشياء التي يدعي بيعاً له ، بناء على عقود رسمية ، وما صدر من تصرفات وأوراق مكتوبة .

2- تعارض في أقوال المقر المتعلقة بالواقعة :

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تناقض الأقوال بشأن واقعة معينة ، يفيد كذبها ، ويوجب بالتالي استبعادها ، خروجاً على مبدأ عدم تجزئة الإقرار . وإعمالاً لهذا المبدأ أجازت محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾ تجزئة الإقرار الصادر من طبيب يعترف فيه بدين . و يضيف أن الدائن قد أبرأه من جزء من هذا الدين ، ولم تعتد بواقعة الإبراء لما لمستته من أقوال متناقضة تتعلق بها . ولا يمكن بالتالي تصديقها . فمن ناحية صرح المقر أنه قد أعطى الدائن إيصالاً بما في ذمته من دين . وقد علم من أحد الأشخاص أن نية الدائن قد اتجهت إلى الإيذاء لإبنيه (ابن المقر) ، بمبلغ يفوق مبلغ الدين ، وأن عدم العثور على الإيصال المثبت للدين ، يفيد إعدام الدائن له ، وإبراء المقر بالتالي من الدين ، بدلاً من المبلغ الذي كان ينوي الإيصال به إلى ابنه . ومن ناحية أخرى أعلن المقر ، في وقت لاحق ، أن الدائن قد أعلنته مباشرة بإرادته القاطعة في أن يبرأه من مبلغ الدين المستحق في ذمته ، وإزاء هذه الأقوال المتعارضة .

فقد أيدت حكم محكمة استئناف (Aix-en-Provence) الصادر في 02 مايو سنة 1890 الذي استبعد واقعة الإبراء للعدم إمكان تصديقها .

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً آخر في 09 مارس سنة 1910⁽⁴⁾ ، أيدت فيه حكم استئناف (Angers) الصادر في 02 مارس 1909 ، حيث استشفت عدم صحة الإقرار من أقواله المتعارضة ، إذ أن المقر قد صرح بأن تعامله مع المدعي لم يكن بصفته وكيلاً له ، ولكن باعتباره متعاقداً معه بصورة مباشرة ، بحيث يشتري ما يبيعه له المدعي ، ويبيع ما يشتريه له . وقد أضاف المقر بأنه قد تصرف بالطريقة التي يتصرف بها الوكيل . وقد لمست محكمة الموضوع تعارضاً في هذه الأقوال ، إذ أنه لا يمكن أن تجتمع في الشخص الواحد صفتان في نفس الوقت ، هي صفة المتعاقد المباشر ، وصفة الوكيل ، فثبوت إحدى الصفتين تستبعد الأخرى . وليس هناك مناص أمام المحكمة ، لإجلاء هذا الغموض ، سوى أن تعتد بإحدى الصفتين دون الأخرى .

1 -Req. 8 fév. 1864 . Dalloz .P. 1864-1- 486.

2 - Req. 5 déc. 1881 . Dalloz .P. 1883-1- 206.

3 - Req. 4 jan. 1892 , Dalloz. 1892-1- 431 .

4 -Req. 9 mar 1910 , Dalloz .P. 1910 -1- 248.

وقد أخذت المحكمة بالجزء الخاص من الإقرار الذي يعترف فيه المقر بصفته كمتعاقد مباشر ، وطرحت جانبا الجزء الآخر الذي يدعى فيه أنه بمثابة وكيل ، حيث لا يوجد ما يؤيده .

فالمحكمة هنا فسّرت هذا الغموض الناتج من الأقوال المتعارضة للمقر ، وأخذت بالجانب الذي تؤيده القرائن المختلفة المستمدة من ظروف الدعوى .

- المسألة الثانية : سلطة القاضي في تفسير مضمون التصرف الثابت بالإقرار القضائي .
يميز القضاء الفرنسي بين أمرين :

- 1- حين ينصب الإقرار على التزام مستمد من تصرف قانوني .
- 2- حين ينصب الإقرار على وجود التصرف القانوني ذاته .

1- الإقرار ينصب على التزام معين مستمد من تصرف قانوني:

تتقيد المحكمة، في هذه الحالة بالإقرار من حيث تحديد مدى هذا الالتزام ، فإذا أقر شخص أنه مدين بمبلغ معين ، كئتمن أشياء اشتراها ، فإن مبلغ الدين يتحدد بهذا الإقرار (1) .

2- الإقرار ينصب على وجود التصرف القانوني ذاته :

عن ثبوت التصرف القانوني بناء على الإقرار، لا يلزم القاضي بتفسير العقد على النحو الذي يحدده المقر (2) ، ذلك أن هدف القاضي من التفسير هو التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، أما التفسير الذي يدعيه المقر قد لا يمثل إلا وجهة نظره وحده .
والمواقع أن التصرف القانوني الثابت بالإقرار، يكتنفه الغموض دائما ، ذلك أنه بعكس العبارة المكتوبة الواضحة التي يصعب بها المتعاقدان اتفاقهما ، فإن الإقرار يصدر من طرف واحد فقط من أطراف التصرف القانوني . ولا يمكن بالتالي للقاضي أن يتقيد بهذا الإقرار، في تفسير التصرف القانوني ، ومع وجود هذا الغموض ، فإن لقاضي الموضوع أن يستعين بالشهادة والقرائن لتفسير التصرف القانوني المقر به .

وعلى ذلك ، فإن محكمة النقض الفرنسية تتجه إلى أن قاعدة عدم تجزئة الإقرار لا تمنع قاضي الموضوع من تفسير التصرف القانوني الثابت بالإقرار بصورة مختلفة عن التفسير الذي يعطيه المقر (3) .

ويختص قاضي الموضوع بتحديد معنى الإقرار في ذاته ومداه . وهذا التفسير لعبارات الإقرار أمر يقدره القاضي ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض (4) .
وتفسير التصرف القانوني الثابت بالإقرار القضائي ، يوجب على القاضي تحديد نطاقه ، ثم تكييفه .

1 -Cass. Civ. 9 août 1870, Dalloz.P. 1870-1- 356.

2 -Cass. Civ. 3 juil. 1889, Dalloz.P. 1890-1- 249 .

3 -Cass. Civ . I .7 fév. 1955, J.C. P. 1955 - 4- 38 .

4 -Req. 14 mar 1883, Dalloz.P. 1884 -1- 24 .

أ- تحديد نطاق التصرف القانوني المقر به :

قد يتبين من القرائن ما يفيد أن التصرف القانوني أكثر اتساعا مما هو ثابت بالإقرار، وتتجه محكمة النقض الفرنسية . في هذا الصدد ، إلى الأخذ في الاعتبار بهذه القرائن ، في تحديد نطاق التصرف القانوني المقر به ، طالما أن هذا التصرف القانوني قد ثبت بنا على الإقرار .

وتطبيقا لذلك أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في 12 يونيو سنة 1899 (1) أيّدت فيه حكم قاضي الموضوع الذي استعان بالقرائن للقول بأن وكالة الزوجة لا تقتصر فقط على قبض فوائد الدين ، كما ورد في الإقرار ، وإنما تمتد إلى استيفاء أصل الدين ، وذلك بناء على القرائن المختلفة التي تترخص محكمة الموضوع بتقديرها .

وأجازت محكمة النقض الفرنسية (2) حكم قاضي الموضوع الذي وسع من نطاق الوكالة المقر بها . فقد ورد في الإقرار أنها تتعلق بإرادة شؤون المتجر الخاص بالموكل . ولكن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن الوكالة قائمة ، بعد أن تملك الوكيل المتجر، حيث استندت في ذلك إلى وقائع القضية ، وخاصة تلك التي تتعلق بالمراسلات المتبادلة بين الأطراف ، ولا يحتاج قاضي الموضوع لذلك إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، بعد ثبوت التصرف القانوني بالفعل عن طريق الإقرار .

وفي حكم آخر أيّدت محكمة النقض الفرنسية (3) حكم محكمة استئناف الجزائر الصادر في مارس 11 مارس سنة 1876 الذي فسر عقد مقايضة قطعتي أرض ثابت بإقرار طرفي النزاع . وقررت المحكمة أن هذا العقد يتضمن حق ارتفاق المجرى مقرر على عقار أحدهما لمنفعة عقار الآخر .

واستندت في ذلك إلى أن هذا الحق لا يتضمن إضافة إلى مضمون العقد، إذ أن الأمر يتعلق بتفسير عقد المقايضة الثابت بالإقرار، حيث أنه قد ثبت وجود هذا المجرى وقت المقايضة ، وأن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى استبقاء حق الارتفاق ، ولا ما يدل على أنهما يقصدان تغيير الحالة التي كانت قائمة وقت المقايضة ، وخاصة صاحب العقار المخدوم ظل يباشر حقه في الارتفاق منذ إبرام العقد ، ولمدة تسع سنوات ، دون أن ينازعه في ذلك الطرف الآخر ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن إنكار حق الارتفاق يجعل صاحب الأرض التي يفيدها هذا الحق في وضع أسوأ مما كان قبل إبرام المقايضة ، حيث يخلو ، حينئذ ، من أية فائدة له .

ب - تكليف التصرف القانوني الثابت بالإقرار القضائي:

قد يعطي المقر وصفا معيناً لتصرف المقر به ، ولكن القاضي يجد في الوقائع المقر بها عناصر عقد آخر يختلف عن الوصف الذي ادعاه المقر . والأمر هنا لا يتعلق بالتفسير ، وإنما بالتكليف القانوني للعقد ، وهنا لا ينقيد قاضي الموضوع في ذلك بالوصف الذي يعطيه المقر لهذا التصرف .

1 - Cass. Civ. 12 jui 1899. Dalloz .P .1900-1-376.

2 - Req.13 fev 1877. Dalloz. P. 1878 -1-259.

3 - Cass. Civ 11 mar 1876. Dalloz P .1878 -1-259.

وتطبيقاً لذلك : أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في 07 مارس سنة 1887 (1) ،
أيدت فيه حكم قاضي الموضوع الذي قضى بأن الوقائع المقر بها تنفيذ أن المبلغ المستحق في
ذمة المقر مبني على الوكالة أو الفضالة ، و ليس على الوديعة كما يدعي المقر .
واستندت محكمة النقض إلى أن ذلك يدخل في مجال التفسير الذي قدره قاضي
الموضوع، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض .
وهذا الحكم الصادر من محكمة النقض ، وإن كان قد أصاب في النتيجة التي انتهى
إليها ، ولكنه جانبه التوفيق في الأساس القانوني الذي استند إليه ، ذلك أن تعديل محكمة
الموضوع للوصف الذي يعطيه المقر للتصرف القانوني لا يتعلق بتفسير العقد ، وإنما بتكييفه
القانوني الذي يعقب تفسيره . وهذا التكييف يمثل مسألة قانونية ، يخضع فيها قاضي
الموضوع لرقابة محكمة النقض ، إذا تبين لها أن القاضي قد أخطأ في هذا التكييف .

المطلب الثاني : العوامل الداخلية المعبرة في التفسير (العوامل الشخصية)

يقصد بالقواعد الداخلية للتفسير تلك العوامل أو المعايير الشخصية التي يستعين بها القاضي المفسر بهدف الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين .
وهذه القواعد استقرت عليها القوانين المقارنة ، ومنها التشريع الجزائري والتشريع المصري وغيرها من التشريعات العربية ، غير أن التشريع الفرنسي انفرد عن التشريعات العربية بأن أضاف بعض القواعد الأخرى التي لم تتضمنها التشريعات العربية صراحة ، ومع ذلك فإن الفقه العربي لم يبر مانعا في إعمالها ، والقضاء العرب هو الآخر كان أكثر حماسا وجرأة في الأخذ بها .
ولهذا سنتناول هذه القواعد كما يلي :

- الفرع الأول : عوامل التفسير الداخلية المستقر عليها في التشريع الجزائري
- الفرع الثاني : قواعد التفسير الداخلية المكرسة في القانون الفرنسي
- الفرع الثالث : أحكام قانونية مشتركة عن عوامل وقواعد التفسير

الفرع الأول : عوامل التفسير الداخلية المستقر عليها في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 111 من القانون المدني على العوامل الخارجية التي يمكن للقاضي أن يلجأ إليها عند التفسير . وهي نفسها المادة التي أشرنا إليها بخصوص عوامل التفسير الداخلية ، ذلك أن المشرع مزج العوامل مع بعضها البعض ، وهو منهج يلبي اتبعته التشريعات العربية جميعها دون استثناء . وهو في صياغته طبق الأصل للنص الوارد في القانون المصري (المادة 150 مدني) . وقد سبق الإشارة إليها عند التطرق لحالات تدخل القاضي في التفسير .

- ويستخلص من هذا النص أن هناك ثلاثة قواعد خارجية للتفسير قواعد وهي :
- أولاً- عنصر طبيعة التعامل .
 - ثانياً- عنصر الأمانة .
 - ثالثاً- عنصر الثقة وحسن النية بين المتعاقدين .

أولاً- عنصر طبيعة التعامل : (La nature de L'affaire)

يراد بطبيعة التعامل ، طبيعة التصرف المتفق عليه ، أي طبيعة العقد وموضوعه أو التنظيم القانوني للعقد المبرم بين الطرفين ، بحيث يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته ، ما لم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك⁽¹⁾ . وبناء عليه يجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع هذه الطبيعة⁽²⁾ .

فإذا اتفق المتعاقدان على تأجير مكان بقصد استعماله لنشاط تجاري أو صناعي لقاء إيجار شهري أو سنوي ، فإنهما يكونان بذلك قد نظما عقديهما وارتضيا التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد . ويعني ذلك خضوع عبارات العقد في تفسيرها بما يتفق وهذه الطبيعة⁽³⁾ ، أي يفسر العقد حسب طبيعته⁽⁴⁾ .

وإذا اشترط المعير أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فيفسر العقد مثلاً بأنه عارية استعمال وليس عارية استهلاك ، لأن المعير هنا قصد أن يلتزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد الشيء مثله أو يدفع تعويضاً⁽⁵⁾ .

1- د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية" ، المرجع السابق ، ص 231 وما بعدها .

2 - ويجب الأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات الشخصية والموضوعية ، ف تكرار التعاقد بين الطرفين ليس كإبرامه لأول مرة ، والتعاقد مع شخص أمي ليس كالتعاقد مع محترف ، والتعاقد مع قريب أو زوجة ليس كالتعاقد مع الغير...

3 - تقول محكمة النقض المصري : "... أنه يقصد بملحقات العقد المؤجرة كل ما اعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً للفرض الذي قصد من الإجارة إعداد العين له وطريقة تنفيذ الاتجار في القاضي إذا كان قد برىء في تنفيذه ومطواعة طبيعة الأشياء بالإضافة على العرف الساري طالما لم يبين العاقد الملحقات التي يشعلها الإيجار).

نقض مدني ، جلسة 1 نوفمبر 1978 ، مجموعة الأحكام المدنية ، المكتب الفني ، السنة 29 ق ، طعن 319 ، ص 1656 .

4 - استئناف مختلط ، بتاريخ 25 جوان 1932 ، س 44 ، ص 392

Cass.Civ.11 nov 1901. Dalloz .1903-1-213..

5 - قضت محكمة النقض المصرية : " لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كامن مقصوداً مستعينة بطروف الدعوى وملابساتها ، إذ متى كان الحكم قد استظهر من عبارة الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى البيع لا التنازل عن الصفقة الراسي مزادها على المطعون عليه عن طريق إحلال الطاعن محلها فيها ، وكان هذا الذي استخلصه الحكم مستندا من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت ، فإن ما نعاه الطاعن يكون على غير أساس " .

نقض مدني ، جلسة 14 جوان 1952 ، الطعن رقم 212 ، لسنة 20 ق .

ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله أو يؤيده ، كرهن وكفالة ودعوى ضمان ، ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسييرها .

وإذا استدان شخصا مبلغا من المال لمدة سنة ، وبعد استحقاقه استدان مبلغا آخر إضافة للأول ، وأشير في السند أن المدين يدفع مجموع الدينين بالإستحقاق وعلى شروط الدين الأول ذاتها ، فإنه يجب أن يفهم من هذا الإتفاق أن الدينين تأجلا لمدة مماثلة لأجل الدين أول ، أي سنة من تاريخ القرض الثاني .

ويؤخذ بموضوع العقد من منظور الهدف العام المقصود من الطرفين دون أن يربط هذا البحث بالظروف بالنية الحقيقية المرتبطة بالشروط محل التفسير⁽¹⁾ ، إذا المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتها صريحة في مجاوزته .

وإذا احتملت عبارة العقد معان مختلفة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد ، فالعبرة بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة التصرف . فيجب أن يتم البحث في إطار نظرة العام للعقد في مجموعه بالنظر إلى الهدف المقصود منه أو بحسب طبيعة المشاركة . فإذا كان المبيع أرضا عليها بناء اتفق على البائع بهدمه بحيث يكون محل التسليم أرض فضاء فإذا ثار خلاف حول موعد التسليم فإن طبيعة التعامل تفرض عدم إمكانية التسليم بمجرد التعاقد وإنما لا بد أن يتراخى إلى الفترة اللازمة للهدم .

كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعا معينة بالنسبة لبعض العقود فتسري بها ، رغم أنها لا تكون قائمة بالفعل في عدد من الحالات مثال ذلك عقد النقل وما يتضمنه من شروطا عديدة ، إذ يعيها البعض ولا يعيها البعض الآخر ، ورغم ذلك فإنها تسري في حق العامة ، وذلك طبقا لظروف التعاقد وطبيعة التعامل إذ أن العامة يسلمون بها . ولا يقتصر الأمر على ذلك بل يعتد على الحالة التي تحتل فيها عبارة العقد أكثر من معنى ، فإن القاضي يتخير بين هذه المعاني المعنى الذي يكون أكثر اتفاقا مع طبيعته ما لم يقصدا أو يصرحا بخلاف ذلك .

فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث فسر ذلك بأنه ينزل عن جميع حقوقه في التركة التي يتخرج فيها حتى ولو كان بعض هذه الحقوق مجهولا عنها ، ولكن لا يشمل هذا التخارج حقوق موروثه من تركة أخرى⁽²⁾ .

ثانيا - عنصر الأمانة - (La loyauté)

لاشك أن إعلاء الجانب الخلقي للقواعد القانونية يمثل سياجا مهما وأمرا ضروريا لحماية المجتمع من الشطط والمغالاة ، ووسيلة أساسية لتحقيق التوازن في العلاقة القانونية بين أفراد القانون ، لاسيما إذا تحجرت نصوص القانون أو تجمدت بنود العقد ، فيكون التنبيه على الجانب الخلقي مما يزيل هذا التحجر وذلك الجمود .

1- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 396 ، ص 295.

و د/ بلحاج العربي : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، ص 239.

2 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 396 ، ص 497.

وإذا كانت الأمانة تمثل مظهرا من مظاهر الجانب الأخلاقي (1) للقاعدة القانونية عموما ، وللعقود خصوصا ، حيث يعتمد العقد في تنفيذه على ضمير المتعاقدين ، ويستمد قوته من إرادتهما (2) .

وتعد الأمانة من المبادئ الهامة والأساسية والتي يجب أن تسيطر على العقود سواء في إبرامها أو تنفيذها هو مبدأ الأمانة ، وهو ضابط مهم يستهدي به القاضي أثناء قيامه بعملية التفسير .

فالأمانة (loyaute) واجبة على المتعاقد ، تقضي ألا يستغل ما وقع من خطأ أو إيهام أو لبس في التعبير ، ما دام أنه تبين هذا الغلط أو اللبس وفهمه وكان يعلم حقيقة الإرادة .
والثقة (confiance) حق للمتعاقد ، و تقضي بالركون إلى التعبير الذي وجه إليه بحسب معناه الظاهر ، وهذه هي الثقة المشروعة التي تلي معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد (3) .

فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . ويقابل هذا الواجب حق ، إذ من حق الموجب له أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها معتبرا أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب .

فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، من أحدهما (القابل) ، واستطاع المتعاقد الثاني معه (الموجب) أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه . فالأمانة في التعامل تقضي ألا يستغل هذا الأخير (الموجب) ما وقع من إيهام في التعبير من طرف المتعاقد الأول (القابل) مادام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه ، والعكس صحيح .
وهذا كله ما يوطد الثقة المشروعة ، التي تنطوي على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد .

ثالثا - عنصر الثقة وحسن النية بين المتعاقدين :

1 - الثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين : (La confiance)

إذا كانت الأمانة واجبا على التعاقد فإنه في المقابل يكون على الطرف الآخر أن يدخل في اعتباره أن الأول سيركن إلى التعبير الذي وجه إليه بحسب معناه الظاهر وأنه المعنى الذي قصد إليه ، ومن ثم يكون على الطرف الآخر أن يبتعد من أن تكون له إرادتان إحداهما ظاهرة ، يتمسك بها المتعاقد ، وأخرى باطنة يستوحذ عليها ويتمسك بها الآخر منافيا بذلك مع مبدأ الثقة وحسن النية (4) .

1 - في عبارة طريفة يقول أحد الفقهاء الفرنسيين (كاربونييه - Carbonnier) :
" قليل من الأخلاق يخفف جفاف القانون كما يخفف الزيت حرارة المحرك " .

2 - جاء في المادة 148 فقرة أولى مدني مصري : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية " .

3 - د/ أحسن زقور : " المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري- آثار العقود " ، ج 2 ، منشورات دار الأديب ، الجزائر ، طبعة أولى ، سنة 2007 ، ص 88 .

4 - د/ أحمد زكي الشيتي : " تكوين العقد وتفسيره " ، المرجع السابق ، ص 53 .

وقد تأثر المشرع المصري بالقانون الألماني في مادته 157 ، والتي تنص على وجوب تفسير العقود بحسب الأمانة والثقة المتبادلة مع مراعاة العرف الجاري في المعاملات . والأمانة تعني أن يكون أحد الطرفين أميناً في فهم محتوى التعبيرات التي توجه من الآخر فلا يستغل ما وقع من خطأ أو إيهام مادام انه تفهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . والأمانة واجب على المتعاقد . فيجب أن يأخذ التعبير طبقاً لما تقتضيه الأمانة في التعامل ، فلا يستغل ما وقع من خطأ أو إيهام في التعبير ما دام انه قد فهمه على حقيقته (1).

2- حسن النية: (La bonne foi)

لقد اكتفت جل القوانين العربية بالإشارة إلى طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين دون أن تشير إلى حسن النية رغم أهميته في استجلاء النية المشتركة التي قصدتها طرفا العقد ، واكتفت هذه القوانين بذكر مبدأ حسن النية كمبدأ من مبادئ تنفيذ العقد (2) .

في حين أتى القانون الكويتي مضيفاً حسن النية كعامل من العوامل التي يستهدي بها القاضي لتفسير العقد (3) ، فضلاً عن أنه مبدأ أساسي في التنفيذ ، والواقع أن الأمانة والثقة تتضمنان ما ينطوي عليه حسن النية ، الذي يقتضي أن يقوم المتعاقدان بتنفيذ العقد على الطريقة التي تفرضها الأمانة وشرف التعامل ، بعيداً عن الغش وسوء النية . والملاحظ أن المشرع الكويتي استعمل عبارتي حسن النية وشرف التعامل عوضاً عن الأمانة والثقة .

ويعد حسن النية في الأصل قاعدة خلقية تسربت إلى النظام القانوني ، محتلة دوراً بارزاً في نطاق الالتزامات ، لاسيما في إبرام العقود وتنفيذها ، وفي قمع الغش والتعسف (4) . ويعني حسن النية الإخلاص والأمانة فيما يقصده المتعاقدان ويهدفان إليه من وراء إبرام العقد ، وهو يعتبر من القواعد الكلية الأساسية التي تقوم وجوباً ، حتى ولو أغفل الطرفان النص عليها في العقد باعتباره من الأسس التي تستلزمها العدالة في سائر الروابط القانونية (5).

- 1 - د/ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 129 .
 - 2 - ينظر على سبيل المثال 1135 مدني فرنسي وتقابلها المادة 107 مدني جزائري ، والمادة 148 مدني مصري ، والمادة 127 مدني قطري ، والمادة 149 مدني سوري ، والمادة 221 مدني لبناني .
 - 3 - نصت المادة 193 فقرة ثانية من القانون المدني الكويتي صراحة على عامل حسن النية وجاء فيها : " فإذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته ، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل " .
 - 4 - ترجع جذور هذا المبدأ على القانون الروماني ، الذي كان يعتمد كضابط للتمييز بين نوعين من العقود هما : عقود تنفيذ حرفياً ، وتسمى عقود القانون الضيق *contrat de droit strict* ، وبين أخرى تسمى عقود حسن النية (*de droit strict bonne foi*) . حيث تنحصر سلطة القاضي في الالتزام بحرفية العقد في الطائفة الأولى ، على حين يكون للقاضي سلطة في تقدير ظروف العقد وملابساته ومدى توافر حسن النية من عدمه ومراعاة ما تستلزمه العدالة في الطائفة الثانية .
 - 5 - يفرق بعض الفقه بين دوافع التعاقد وحسن النية ، فيرى أن الدوافع عوامل نفسية عميقة الجذور في النفس البشرية ، لكنها لا تدخل في عالم القانون ، بل إن القانون ينطبق من لحظة انبثاق الإرادة وتكونها ، وفي هذه البرهنة يفترض أن المتعاقدين ، بعيداً عن العمق النفسي ، أقاما العقد على نية حسنة .
- د/ برهان رزيق : " نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري " ، المرجع السابق ، ص 134 .

وعلى هذا ينبغي أن يسلك كل طرف في العقد مسلك الرجل الأمين صاحب الضمير دون الوقف عند حرفية نصوص العقد (1) .

ولعله من المفيد بعض عرض هذا الاعتراف التاريخي والتشريعي بمبدأ حسن النية أن يبرز بعض محاولات لتعريف هذا المبدأ وتحديد نطاقه وخصائصه ، مع أنه من الصعوبة بمكان إيجاد تعريف جامع مانع له .

فقد ذهب رأي إلى أن حسن النية هو : " ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد ، أو هو الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش " (2) .

ويذهب اتجاه آخر تعريف حسن النية تعريفا اصطلاحيا ، بتعريف كل كلمة على حدى . فكلمة " حسن " هي مرادفة للخير ، كما السوء مرادف للشر . ويعنيان في نظر رجال القانون الأحكام الاجتماعية التي ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع ما .

أما كلمة " نية " فتعني القصد وعزم القبل على شيء معين . ومن ثم فإن الشخص حسن النية : هو الشخص الذي يختار الطريق الذي تفرضه الأمانة والإخلاص والاستقامة وأداء الواجب على أفضل ما يكون وبالصور التي يتمنى أن تؤدي له ولو كان هو صاحب الحق (3) .

ويرى البعض أن حسن النية هو قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون ، على الرغم من أن المسألة تقوم على اعتبارات أخلاقية وتتطلب من أسس تحض عليها الأديان والأخلاق (4) .

في حين رأى بعض الفقهاء أن حسن النية هو : " ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء ، فلا ينظر أي سلوك المدين في تنفيذه للالتزامه على ضوء الحيطة والمهارة الواجبتين ، بل أيضا على ضوء الأمانة والإخلاص في التنفيذ (5) .

ويعد مبدأ حسن النية (وهو عنصر نفسي) مبدأ عاما يظل العقود جميعها، وهو عنصر مفترض في تنفيذ العقود ، وعلى من يدعي العكس يقع عبء الإثبات عليه (6) .

وقد انتقد البعض جعل هذا المبدأ مبدأ أساسيا في العقود فهذا المبدأ ، لكونه مبدأ غامض يضيف مسحة أخلاقية على المبادئ الأساسية للقانون وللعقد . وهو يختلف باختلاف الأفراد وأحوالهم المزاجية واختلاف الأزمنة والأمكنة ، ويختلف بحسن نظرة كل قاضي إليه ، وهو في ذلك شبيهه بمصطلحات أخرى غامضة مصطلح القانون الطبيعي والعدل والمعقولة والسلوك المهذب ... (7)

1 - د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، ص 67.

2 - د/ حسين عامر : " التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود " ، الطبعة الأولى ، سنة 1960 ، ص 7 و 787.

3 - د/ نعمان خليل جمعة : " أركان العقد الظاهر ، التنازع بين القانون والواقع المستقر ، بحث منشور في مطبوعات معهد البحوث و الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، سنة 1977 ، ص 134 وما بعدها.

4 - د/ الصاوي سعيد عرف : " حسن النية في العقود " ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة 1986 ، ص 155 وما بعدها.

5 - د/ محمد لبيب شنب : " الجحود المبتسر للعقد " ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، سنة 1961 ، ص 61 وما بعدها .

6 - قضي في المغرب أن : " تعليل المحكمة لقرارها بأن الأصل حسن النية وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه هو تعليل مجمل وغير مفصل لم يتناول الرد على دفوع الطاعنة التي ساققتها كقرائن على سوء نية الوكيل والمشتري بخصوص إبرام عقد البيع المطلوب إبطاله وعلمهما بسحب الوكالة قبل وقوع البيع " .

قرار المجلس الأعلى عدد 3245 المؤرخ في 23 أكتوبر 2002، ملف مدني عدد : 2001/2/1/2930.

7 - يقول الفيلسوف أرسطو : " هناك حالات من المتعذر أن تضع لها قانونا ، فالشيء غير المحدد بذاته لا يمكن قياسه إلا بمعيار غير محدد " .

فنتصور مثلا أن عقد بيع تم بين الطرفين وقبض البائع المبلغ على شرط تسليم البضاعة في شهر أفريل من السنة الجارية ، ولكن البائع سلم البضاعة قبل هذا الشهر ، فحسن نية البائع واضحة . ويفترض من المشتري أن يتسلم هذه البضاعة خاصة إذا لم يكون فيها ضرر عليه . فحسن النية ينبغي أن يتوافر في الطرفين معا .

ومع ذلك فإن القواعد التجارية ، خاصة عقود التجارة الدولية ، لا تلزم المشتري بوجود تسلم البضاعة قبل أوانها حتى لو لم يكن ذلك مشروطا بوقوع ضرر عليه ، بمعنى أن حسن النية لم يكن قيذا على حرية المشتري في هذا المثال ، فأين الإلزام في ذلك ؟ ويرد البعض بالقول أن هذا المبدأ ليس التزاما بإيثار الغير على النفس . ولا يتطلب التخلي عن المصلحة الخاصة باعتبارها الحاكم في العلاقات التعاقدية ، ومع ذلك فإنه قد يمنع أحد الأطراف من إساءة استخدام حق قانوني (1) .

والحقيقة أن مبدأ حسن النية ، وإن كان في أصله مبدأ أخلاقيا ، إلا أنه أضفي عليه طابع الالتزام القانوني رغم عدم تعريفه تشريعا ، وأصبح يعد في النظم القانونية المعاصرة مبدأ عاما لم يوجه للمتعاقدين فقط بل للقضاة والمحكمين وغيرهم من المفسرين الذين تعرض عليها نزاعات بشأن العقود من أي نوع كانت .

ومجال تطبيق هذا المبدأ ينبغي التوسع فيه بحيث لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط بل يمتد ليسري على جميع مراحل التعاقد من فترة تكون العقد إلى تنفيذه إلى تعديله إلى إنهائه .

ونفس الدور يلعبه المبدأ حال تكميل العقد أو تحديد مضمونه أو حال تفسيره ، إذ يعد عنصرا فعالا في يد القاضي يستخدمه بصدد كل نزاع عقدي يعرض عليه مهما كان سببه ، وذلك كلما جنح لتحقيق متطلبات العدالة التي هي تجسيد لفكرة القانون الطبيعي . وقد أكد القضاء المقارن على استخدام هذا المبدأ في تفسير العقود في العديد من المناسبات ، لاسيما في مجال عقود الإستهلاك وسائر عقود الإذعان التي سيأتي الحديث عنها لاحقا .

كما أن هذا المبدأ التفسيري الهام لا يعمل به بمفرده في تفسير العقود والمشارطات ، وإنما يستعين به القاضي لا غير زيادة على عوامل أخرى بعضها داخلي وآخر خارجي . ونشير إلى أن مبدأ حسن النية مبدأ شامل يسري على كافة العقود بمختلف أنواعها إضافة إلى الإتفاقيات والمعاهدات الدولية الثنائية والجماعية منها ، بل إن هذا المبدأ يعد من المبادئ العامة التي تركز عليها . وجعلت منه عقود التجارة الدولية ضابط سلوك يفرض على الأطراف المتعاقدة واجب التحلي بالأمانة وحسن السلوك طيلة مراحل إبرام وتنفيذ هذه العقود .

ونظرا لأهمية مبدأ حسن النية فقد عقد مؤتمر دولي لبحث هذا المبدأ القانوني وتطبيقاته في سائر العقود من طرف جمعية (هنري كابينتان) بولاية لويزيانا في الولايات المتحدة في الفترة من 18 إلى 22 ماي سنة 1993 ، وتم طبع أعمال الملتقى لاحقا في باريس (2) .

1 - د/ وفاء مصطفى محمد عثمان : " توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع " ، دار النهضة العربية ، سنة 2006 ، ص 199 وما بعدها .

2 - ينظر: د/ محمد السيد عرفة : " حسن النية في قانون الجنسية الاتحادي " ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد رقم 15 ، شهر جوان ، سنة 2001 ، ص 53 وما بعدها .

ورغم أهمية هذا المبدأ ورغم تضمينه في قوانين عديدة ، واعتباره قاعدة رئيسية في مختلف دول العالم ذات النزعة اللاتينية والجرمانية⁽¹⁾ إلا أن النظام القانوني البريطاني لا يعرف نصوصاً تشريعية أو أحكاماً قضائية تقنن مبدأ حسن النية في المعاملات أو تعتبره قاعدة عامة . ولهذا السبب تحفظت بريطانيا على العديد من الإتفاقيات الدولية التي تحيل على تطبيق هذا المبدأ في مجال تنفيذ وتفسير الاتفاقية عند كل نزاع قد يطرأ بشأنها ، ومنها اتفاقية فيينا الموقعة سنة 1980 بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع⁽²⁾ .

كما أن مجلة الأحكام العدلية لم يرد بها هذا المصطلح إطلاقاً . وهو ما انعكس على تحديد هذا المفهوم في بعض التشريعات العربية التي أخذت بمجلة الأحكام العدلية . ويرى البعض⁽³⁾ أن ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل في خصوصية عقد معين هو من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع ، ويترخص فيها لقاضي الموضوع بسلطته التقديرية ، دون أن يخضع في ذلك لرقابة النقض طالما جاء تقريره سائغاً.

- 1 - نص القانون الألماني على هذا المبدأ في المادتين 157 و 242 من التقنين المدني لسنة 1900 . ونص عليه القانون الإيطالي في المواد 1337 و 1337 و 1366 و 1375 من التقنين المدني . ونص عليه التقنين المدني الهولندي في المادة السادسة في عدة تفصيلات منها . كما نص عليه قانون التجارة الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية في القسم الأول من المادة 203 منه ، ولكنه قصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد فقط .
- 2 - للمزيد من التفصيل حول مبدأ حسن النية في الإتفاقيات الدولية بين تفسير الاتفاقية وتكميلها . ينظر: - د/ حسام الدين عبد الغني الصغير: " تفسير اتفاقية الأمم " ، المرجع السابق ، ص 93 وما بعدها .
- 3 - د/ حمد الله محمد حمد الله : " حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية " ، دار الفكر العربي ، سنة 1997 ، ص 90 .

الفرع الثاني : القواعد الداخلية المكرسة في القانون الفرنسي

لقد ذكر المشرع الفرنسي تسع قواعد للتفسير نقل عنها المشرعان الجزائري والمصري ثلاثة قواعد مع تغير طفيف في صيغها ، و مع ذلك نرى أنه لا ضرر في الرجوع إلى القانون الفرنسي لتفسير أحكام القانون الجزائري ، مع الإستعانة في ذلك بما تواتر من أحكام قضائية وما استجد من آراء فقهية ، فالقاضي غير مقيد بما نص عليه القانون فقط بل عليه أن يجتهد فهذا أمر واجب عليه بداهة ، ثم أن القاضي محكوم بمبدأ آخر هو عدم إنكار العدالة ، وهو أمر معاقب عليه جزائيا وقضائيا ، . ومن ثم فلا يمكنه التوقف عند حدود ما نص عليه المشرع فقط ، إذ أن هناك حالات لم يقننها المشرع ولكنه ترك باب الإجتihad مفتوح من أجل بحثها.

وعليه نقول أن هناك عوامل طرق أو أخرى مساعدة على تفسير العقود (عوامل غير تشريعية) تخلقها الحالات الخاصة في العقود ، وتستنبطها الممارسات القضائية ، ولا يستطيع الشارع أن يفترضها جميعا .

فالأصل أن كل الالتزام إنما مصدره إرادة المتعاقدين ، فيجب على القاضي أولا وقبل كل شيء ، فيما يعرض عليه من نزاع في تفسير العقد ، أن يتبين كيف الذي به عالج العاقدان وضع منشأ النزاع ، أي البحث عما أراده وقت التعاقد إذا كان استخلاصها بالتجاءه إلى الوسائل المادية ، على نحو ما رسمه القانون من مثل تلك الوسائل ، ومبناها العدالة وحسن النية وسلامة الذوق القضائي فيما تهدف إليه من تعرف النية المشتركة للمتعاقدين ، والتي يمكن أن تتكيف وفق التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي كثيرا ما تؤدي إلى تعقيد المعاملات وليس الاعتماد في هذا كله على كثرة ما يورده الشارع من طرق التفسير⁽¹⁾ ، وإنما العمدة فيها على فطنة القاضي ودقته وسعة اطلاعه في تطبيقها وتكييفها لتلائم كل حالة بذاتها .

وتوجد أربع قواعد تفسيرية مهمة جدا ، فرنسية الأصل ، حيث انفرد بها القانون المدني الفرنسي بجمعها و ذكرها في المواد 1157 و 1161 و 1163 و 1164 .
وندرسها فيما يلي هذه القواعد تباعا وترتيبيا مع استبيان موقف القوانين العربية منها تشريعا وفقها وقضاء .

- القاعدة الأولى - إذا احتملت العبارة معنيين فتحمل على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا.
- القاعدة الثانية - تفسير عبارات العقد يتم في مجموعها .
- القاعدة الثالثة - إذا كانت عبارة العقد عامة فإنه يحددها موضوع أو غرض التعاقد .
- القاعدة الرابعة - تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد .

1 - ينظر : الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 396 ، ص 497 .
حيث ذهب إلى القول بوجود قواعد ذكرها المشرع الفرنسي (في المادة 1157 مدني وما بعدها) ولكنها قواعد لا يؤخذ بها القاضي على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد .

القاعدة الأولى- إذا احتملت العبارة معنيين فتحمل على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا :

تضمنت المادة 1157 من القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة التفسيرية التي تقتضي لأنه إذا احتملت العبارة معنيين فيجب حملها على المعنى الملائم ، أي على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا (1) .

وهذا الحكم كرسه القانون اللبناني في المادة 367 من قانون الموجبات والعقود التي جاء فيها : " إذا وجد نص يمكن تأويله إلى معنيين ، وجب أن يؤخذ أشدهما انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه ، وعلى كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول ، على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول " .

كما كرسه أيضا المشرع التونسي في المادة 517 من مجلة العقود والالتزامات بقوله : " إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه " .

وكرسه كذلك المشرع المغربي في المادة 465 من المدونة المدنية التي نصت : "إذا أمكن حمل عبارة بند على معنيين كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده عن كل أثر " .

وتقتضي هذه القاعدة التفسيرية ترجيح معنى على معنى . فإذا وجد نص يمكن تأويله إلى معنيين ، وجب أن يؤخذ أشدهما انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه ، وعلى كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص بلا مفعول .

فهذه القاعدة الفرنسية توجب تغليب المعنى الذي يجعل النص منتجا وذا أثر على المعنى الذي يؤدي إلى إهماله وتقتضي بترجيح فكرة الإعطاء على فكرة الحرمان .

وانطلاقا من هذه القاعدة ، فإذا تضمن العقد شرطا يحمل أكثر من معنى يتعين على القاضي ترك معنى الشرط الذي يعد من توافق القول أو لا مبرر لوجوده ، والتعويل على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا خاصة إذا كان متفقا مع نية المتعاقدين .

ومؤدى هذه القاعدة التفسيرية " الفرنسية " أنه من المفروض أن المتعاقدين لا يعبثان في تعاقدهما بوضع شروط لا لزوم لها .

فإذا اشترط أن ليس للمشتري حق الرجوع بالضمان على البائع من أجل ما على العين المببوعة من حقوق ارتفاع ، فإن تفسير ذلك حقوق الارتفاق الخفية ، إذا الأصل أن لا محل للرجوع بالضمان عن حقوق الارتفاق الظاهرة (2) .

ولكن قد يحشر المتعاقدان شروطا تقرر ما لهما من حقوق بمقتضى القواعد العامة ، كأن ينص المالك في عقد الإجارة على ما هو ملتزما به قانونا ولو مع عدم النص عليه . وفي مثل هذه الحالة لا يجب أن يخلق له معنى ليحمل عليه ، إذ يقتصر المقصود منه على تذكرة العاقدين بما يقرره القانون في هذا الصدد .

1-V. I. article 1157 du C. Civ Fran " : Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet , que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun." .

2- محكمة الاستئناف المختلطة : بتاريخ 12 جوان 1879 ، م 4 ، ص 392 .
وحكم آخر لنفس المحكمة : بتاريخ 6 جوان 1901 ، م 13 ، ص 362 .

وقد يحدث أن يكون للعبارة الواحدة تفسيراً يؤدي إلى اعتبار العقد مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وبالتالي بطلانه ، وفي مثل هذه الحالة يجب تغليب التفسير الذي يجعل للعقد أثراً قانونياً ورد العبارة إلى معناها الذي ينتج الأثر القانوني ، إنما يكون وفق طبيعة التعاقد . وهذا ما يمكن به اعتبار الحالة داخله في عداد القاعدتين الأولى والثانية السابقتين ، إلا إذا أمكن تبين أن نية المتعاقدين تتصرف إلى أن لا يكون للعبارة التي تحتمل أكثر من معنى أي أثر .

فمن يوصي لأولاد فلان وليس لهذا إلا أولاد أو لآده ، حمل المعنى عليهم صوتنا للفظ (1) . وبالرجوع إلى أحكام بعض القوانين العربية نجدتها تحفل بقواعد فقهية مهمة يمكن الإستعانة بهذا في هذا المقام تفيد بترجيح المعنى الملائم ، وهي تقترب كثيراً من القواعد التفسيرية الفرنسية بل وتتطابق معها في بعض الأحيان ، وإن كانت القواعد الفقهية الإسلامية أسبق في الوجود من القواعد الفرنسية ، والفضل في تنظيمها القانوني يعود للسلطان عبد الحميد الخليفة العثماني الذي أمر بتقنينها في قانون أطلق عليه "مجلة الأحكام العدلية" ، والتي طبقت في الكثير من البلدان الإسلامية ، بل إنها بقيت مطبقة في في الأردن مثلاً حتى سنة 1982 ، مع أنها ألغيت في تركيا بلدها الأصلي سنة 1923 .

وأول قاعدة تفسيرية فقهية يمكن إيرادها هي: "إعمال الكلام خير من إهماله" ، وهي القاعدة المقتبسة من مجلة الأحكام العدلية التي سبقتها فيها (2) . والأصل أن قاعدة "إعمال الكلام خير من إهماله" ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل" ، هي قاعدة أصولية يذكرها دائماً علماء الأصول بها أنه إذا احتملت العبارة أكثر من معنى فإنه يجب على المفسر الأخذ بالمعنى الذي يترتب عليه أثراً ويكون منتجاً ، ومن ثم تتعين سلب المعنى الذي يجرده العبارة من أثارها (3) .

ويفهم من ذلك أنه لا يجوز إعمال عبارة أو لفظ ورد في العقد و اعتبار هذا اللفظ معنى ما أمكن حمله على المعنى الحقيقي له أو معنى مجازي ، لأن إهمال الكلام واعتباره لغواً وعبثاً ، والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه ، فحمل الكلام على صحة الواجب .

ويجب كذلك ترجيح التفسير الذي يؤدي إلى بقاء الشرط أو العقد على التفسير الذي يؤدي إلى بطلانه .

وثاني قاعدة تفسيرية فقهية يمكن إيرادها هي "ذكر بعض ما يتجزأ ليس كذكر كله" ، وهي قاعدة فقهية قننتها مجلة الأحكام العدلية ونقلتها عنها بعض التشريعات العربية (4) . فلو أبرأ الدائن مدينه من نصف الدين برئ المدين من هذا النصف فقط . ولو ترك الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر سقطت شفيعته في كل الدار ، لأن الحق في طلب الشفعة لا يتجزأ .

1- قضى في لبنان بأن كلمة "الذرية" تفسر "بالنسل" فتشمل الذكور والإناث . كما تفسر عبارة "من مات من المستحقين عن ولد أو ولد أو نسل عاد نصيبه إلى ولده أو ولد ولده أو نسله" ، بمعنى يفيد الاستحقاق للذكور على أساس قاعدة التمثيل .

2- ينظر المادة 60 من مجلة الأحكام العدلية ، وتقابلها المادة 260 مدني إماراتي ، والمادة 158 مدني عراقي ، والمادة 98 مدني سوداني ، والمادة 216 مدني أردني ، وهي كلها تشريعات استمدت مصدرها المباشر من المجلة .

3- د/ عبد المنعم فرج الصده : "مصادر الإلتزام" ، المرجع السابق ، ص 376 .

4- ينظر المادة 63 من مجلة الأحكام العدلية ، و المادة 217 مدني أردني ، والمادة 159 مدني عراقي ، والمادة 261 مدني إماراتي ، والمادة 99 مدني سوداني .

وثالث قاعدة تفسيرية فقهية يمكن عرضها هي قاعدة : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقد دليل التقييد نصاً أو دلالة " .

وهي الأخرى قاعدة فقهية قننتها مجلة الأحكام العدلية ونقلتها عنها في بعض التشريعات العربية (1) .

فإذا وكل شخص آخر في بيع عين من دون تحديد الثمن ، فلا يجوز للوكيل أن يبيعه بالثمن الذي يراه لأن الوكالة في الثمن مطلقة .

أما إذا حدد الموكل الثمن فلا يجوز للوكيل أن يبيع بثمن أقل من هذا الثمن لأن دليل التقييد ورد نصاً فلا تجوز مخالفته .

ورابع قاعدة تفسيرية فقهية نوردها هي : " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر " ، وهي الأخرى وجدت في مجلة الأحكام العدلية وتبنتها قوانين عربية (2) .

فلو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس ، وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه ، وقبل المشتري ، صح البيع ، وألغى وصف الأدهم ، لأن الوصف في الحاضر لغو .

أما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب ، وهو في الحقيقة أدهم ، لما انعقد البيع ، لأن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر . والنص على أن السؤال المصادق معاد في الجواب المصدق .

فلو سأل القاضي المدعي عليه قائلاً : أنا المدعي يدعي عليك بألف دينار فماذا تجيب ؟ فأجاب المدعي عليه بنعم ، يكون قد أقر بألف دينار .

وأما عن موقف القانون الجزائري من هذه القواعد الفقهية أو حتى من القاعدة الفرنسية ، فلا يوجد نص في هذا المجال ، وحتى الاجتهادات القضائية لا تسعنا في هذا المقام ، فلا يظهر منها أي موقف لا سلبي ولا إيجابي ، بل وحتى القضاة في صياغتهم للأحكام القضائية نادراً ما يذكرون هذه القواعد في حيثيات أحكامهم ، رغم أن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الثاني من مصادر القانون ، ورغم أن هذه القواعد الفقهية مستقرة في الفقه الإسلامي منذ زمن بعيد قبل أن تقننها مجلة الأحكام العدلية . وهي قواعد بحق رائدة وقائمة على منطق سليم ، وتصلح لكل المنازعات .

والمشرع المصري شأنه شأن المشرع الجزائري لم يقنن هذه القاعدة التفسيرية ، ولكن أخذ بها القضاء المصري في بعض المناسبات القضائية القليلة (3) .

1 - ينظر : المادة 64 من مجلة الأحكام العدلية ، و المادة 218 مدني أردني ، و المادة 160 مدني عراقي ، و المادة 262 مدني إماراتي ، و المادة 100 مدني سوداني .

2 - ينظر المادة 65 من مجلة الأحكام العدلية ، و المادة 219 مدني أردني ، و المادة 161 مدني عراقي ، و المادة 263 مدني إماراتي ..

3- جاء في حكم قديم أن : " تأويل العقود حسبما توافر به القول والطرء من قضاء وفقها لا يكون إلا عند إبهام النص وغموضه وقعوده عن بيان المعنى القانوني المقصود من التعاقد ، واحتمال لغة العقد معاني مختلفة تؤدي إلى أغراض متباينة . فإذا كانت للألفاظ الصريحة المستعملة في العقد قصدا لا عفوا مبناها اللازم ودلالاتها على نية المتعاقدين وما أرادوه من العقد وما قصدوه إليه من الأغراض فلا يجوز إهمالها واستبدال غيرها بها . بل الواجب ملاحظة القصد من وضعها والعمل بلازم معناها ، مادام لها معنى قانوني يتفق مع مفهوم العقد . وإذا تبين قصد المتعاقدين من مدلول اللفظ تعيين إتباعه دون تحرى حقيقة مستورة قد تكون وقد لا تكون " .

محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 17 فبراير سنة 1937 ، مجلة المحاماة ، س 17 ، ص 1178 ، رقم 589 .
ينظر في نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 25 مارس 1971 ، المكتب الفني ، السنة 12 ق ، ص 401 .

- القاعدة الثانية - تفسير عبارات العقد يتم في مجموعها :

نصت المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي على هذه القاعدة التفسيرية ، التي توجب تفسير عبارات العقد بما بين كل عبارة وأخرى صلة ، أي تفسيرها في مجموعها بحيث أن كل عبارات العقد تفسر بعضها البعض (1) .

وهي قاعدة قننها القانون اللبناني في المادة 368 من مجلة العقود والالتزامات مقتبسا إياها من القانون الفرنسي . وقد ورد فيها : " بنود الاتفاق الواحد تنسق وتفسر بعضها ببعض بالنظر إلى مجمل العقد " .

كما قننها أيضا المشرع التونسي في المادة 517 من مجلة العقود والالتزامات بقوله : " فصول الكتب (العقود) تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة " .

وقننها كذلك القانون المغربي من خلال نص المادة 464 من المدونة المدنية التي قضت : " بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد . وإذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخرها رتبة في كتابة العقد " .

في حين أن القانون الجزائري لم يتبنى هذه القاعدة ولا القانون المصري الحالي أيضا . وتبرير هذه القاعدة يعود لما جرت عليه بعض الأحوال . فعادة ما يبرم العقد في عدة بنود متفرقة ، وقد يحتوي محرر العقد على عدة صفحات لا يحدد القانون حدها الأدنى ولا حدها الأقصى ، بل وقد يمتد إلى عدة عقود صغيرة تشكل في مجملها عقد واحدا (تعدد مادي) ، وفي كل هذه الفروض وغيرها يمثل العقد بالنسبة لطرفيه كلا لا يتجزأ ، فعبارات المحرر يكمل بعضها بعضا ، فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، فتحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة تفسرها عبارة وردت في موضع آخر من العقد .

فهنا في كل هذه الحالات المذكورة على سبيل التمثيل يجب على القاضي أن يأخذ العقد في مجموعه عند تفسير عباراته ، بحيث تساير بعضها البعض (2) .

فعبارات العقد قد وضعت لتكون العقد منها جميعا (3) . وبالرجوع إلى الفكرة التوصل إلى معرفة النية المشتركة (4) . واستخلاص المقصود من عباراتهما معا (5) .

فلو باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد ، فما ورد في العبارة الثانية ، يحدد بما ورد في العبارة الأولى ، فإن خصوص العبارة الثانية

1- V. l'article 1161 du C.Civ Fran : " Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. " .

2- قضت محكمة النقض المصرية : " إن عبارات المحرر يكمل بعضها بعضا وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تفيد عباراته مجتمعة لا بما تفيد عبارات معينة منها " .

نقض مدني ، جلسة 9 جوان 1966 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 17 ، رقم 187 ، ص 1350 .
ونقض مدني ، جلسة 7 ماي 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 25 ، رقم 123 ، ص 808 .

ونقض مدني ، جلسة 27 جوان 1979 ، الطعن رقم 760 ، سنة 47 ق .

3- Cass. Civ .17 nov 1991 .Daloz .1992 .p69.

4- محكمة الاستئناف المختلطة ، في 17 ماي سنة 1900 ، رقم 12 ، ص 262

5- حكم بأنه : " مهما كانت الألفاظ المستعملة في عقد ، فإنه يجب تفسيره بمراعاة نية الطرفين ، فعلى الرغم من ذكر كلمة مشترى في إيصال مؤقت يجب أن ينظر لهذا المستند مع نصوص العقد بأجمعه ، فإذا تبين أنه عقد بيع وتأجير في الوقت نفسه ، فلا يمكن للمشتري أن يعتبر نفسا مالكا إلا إذا أظهر رغبته في استعمال حقه في الخيار المعطى له بمقتضى العقد " .

محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 26 جوان سنة 1928 ، مجلة المحاماة ، السنة 11 ، ص 768 ، رقم 396 .

يحدد عموم العبارة الأولى ، إذ أن الخاص يقيد العام ، ولا يدخل في المبيع ما لم يذكر من المفروشات المعينة ، حتى ولو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل (1) .
وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بأنه ينبغي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار العقد كوحدة واحدة محاولا التوفيق والتنسيق بين نصوص شروط مختلف في العقد ، خاصة إذا كانت واضحة ودقيقة (2) .، وهذا التوفيق يمنع القاضي من تعديل اتفاقات الطرفين تحت ذريعة الإنصاف .

ويفهم من هذا الاجتهاد الفرنسي أن القاضي لا يتقيد بعبارة معينة أو بلفظ ورد في شرط من الشروط ، ولا يجوز تجزئة هذه الشروط وعزل العبارة الواحدة في العقد عن سائر العبارات الأخرى المكونة له ، بل يأخذها في مجموعها ، لأن بنود العقد تكمل بعضها البعض (3) .

وتجزئة تفسير شروط العقد وتفسيرها استقلال وعلى حدة قد يترتب عنه ضرر للطرفين أو لأحدهما على الأقل ، إذ يعتبر بمثابة تجزئة لنية المتعاقدين التي تبعث الحياة في العقد ، وعدم الاعتداد بكل الشروط مجتمعه يعتبر انحرافا سلبيا بالترك في التفسير ، وقد يجعل الوصول إلى النية المشتركة للطرفين أمرا مستحيلا .

وعليه يتعين من هذا المنطلق ، ومن أجل التوصل إلى تفسير العقد في مجموعه ، مزج كافة العناصر المتوفرة ، وتفسير كل العبارات والبنود المتفرقة في العقد بمجموعها على اعتبار أنها وحدة متصلة متماسكة ، وأنها جزء من كل هو العقد (4) .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض السورية أنه : " لا يتقيد القاضي في فهمه للعقد مادة واحدة من بنوده ، وإنما يستخلص مضمونه من مجمل بنود العقد وعباراته " (5) .

كما قضت في نفس المعنى أيضا محكمة التمييز اللبنانية بالقول : " على القاضي ، عند تفسير الأعمال القانونية ، أن يقف على قصد المتعاقدين لا عند معنى النص الحرفي للعقد ، ويجب أن تتسق وتفسر بنود الاتفاق بالنظر إلى مجمل العقد ، على أن لا تفسد مدى ومعنى بنوده الصريحة " (6) .

1- نقض مدني مصري ، جلسة 16 أكتوبر 1947 ، مجموعة عمر 5 ، رقم 220 ، ص 469.

2-Cass. Civ. Iiere. 5 jan 1956. Bull. Civ. n° 11.p 9.

Cass.Civ.26 nov 1956. Bull. Civ.1. n°.520. p 424.

Cass. Civ. 10 mai 1965. Bull. Civ.1. n° 306. p 227.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 31 مارس 1985 ، المجموعة المدنية ، س 36 ، ج 1 ، ص 536 ، رقم 112.

ونقض مدني ، جلسة 21 فيفري 1974 ، المجموعة المدنية ، س 35 ، ص 531 ، رقم 101.

4- وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها رغم خلو التشريع المصري من أي نص.

نقض مدني ، جلسة 03 نوفمبر 1977 ، المجموعة المدنية ، س 39 ، ج 2 ، ص 1140 ، رقم 190.

ونقض مدني ، جلسة 10 مارس 1966 ، المجموعة المدنية ، س 17 ، رقم 78 ، ص 570.

ونقض مدني ، جلسة 12 نوفمبر 1968 ، المجموعة المدنية ، س 19 ، رقم 200 ، ص 1329.

5- نقض مدني سوري . بتاريخ 28 ديسمبر 1978 ، قضية رقم 983 ، أساس ، قرار 1590 ، مجلة المحامون ، عام 1979 ، قاعدة 173 ، ص 132.

6- تمييز لبناني ، مدني ، بتاريخ 20 فيفري 1952 ، رقم 25 . 487 .

وفي حكم آخر بنفس المعنى جاء فيه : " إن تفسير العقد يتم بالنظر إلى مجموع البنود الواردة فيه لا إلى بند واحد عندما تكون هذه البنود مرتبطة ببعض بحيث أنها تؤلف وحدة متماسكة " .

تمييز لبناني ، مدني ، بتاريخ ، غرفة 3 ، سنة 1923 . ، رقم 23 ، مجموعة الباز ، سنة 1923 ، ص 70.

وفي المقابل يتعين إهمال بعض العبارات أو البنود ينطوي على نوع من تعديل العقد الأمر المحظور على القاضي (1) . فالبحث عن نية الطرفين يعني في واقع الأمر أن القاضي يجب أن يسعى إلى تحقيق التناسق و التوافق بين كافة شروط العقد .

ولكن يجب أن يفسر العقد كما توخاه الفريقان وقت إنشائه ، ولا يجب الخروج عن نطاق العقد ، ولا تفسيره تفسيراً مغايراً لمقاصد الفريقين أو التوسع في التفسير ، لأن هذا يعد خروجاً عن إرادة العاقدين (2) .

والتفسير يقوم على مجمل بنود العقد (3) ، سواء كانت هذه البنود سابقة أو معاصرة أو لاحقة على الشرط المراد تفسيره ، بل ويمكن التفسير على مجمل بنود عدة عقود دائرة على موضوع واحد (4) .

ويلاحظ أن التفسير التوسعي للقاضي في مثل هذه الحالة يشبه إلى حد كبير عملية القياس ، مع اعترافنا بوجود فوارق بين المفهومين (5) .

وفي القانون المصري رغم عدم وجود نص صريح بهذا الشأن ، إلا أن القضاء هناك يحفل بالعديد من الأمثلة التي توحى بأن القاعدة الفرنسية موجودة داخل روح القانون المصري ومستقرة في أعماق القضاة .

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس هناك ما يمنع قانوناً أن يكون التعبير عن الإرادة وارداً في محرر أو أكثر ، واستخلاص ذلك من سلطة محكمة الموضوع في تفسير المحررات مادام استخلاصها سائغاً . ومن ثم يعتبر رفضاً من المؤجر لتنازل المستأجر عن عقد الإيجار متى تحفظ بذلك على إيصال قبول الأجرة ذاته أو في محرر لاحق معاصر ارتبط به أما عدم التحفظ فيعتبر في حد ذاته بمثابة موافقة منه على التنازل (6) .

ولهذا فإن البحث عن النية المشتركة يكون عبر هذه المحررات جميعاً وليس من خلال محرر منها فقط .

وكذلك إذا كانت هناك عدة محررات تتضمن عقوداً مرتبطة تمثل في مجموعة عملية عقدية واحدة ، فلا يجوز تفسير كل عقد على حدة منعزلاً ومنفصلاً عن باقي العقود . فهذه العقود يكمل بعضها الآخر ، بل في بعض الأحيان تكون المحررات المتعددة عقداً واحداً بسيطاً وليس عملية عقدية مترابطة .

1- جاك ابستان ومن معه : "المطول شرح القانون المدني" ، المرجع السابق ، فقرة 36 ، ص 41 .

2- د/ الياس ناصيف : "موسوعة العقود المدنية والتجارية" ، المرجع السابق ، ص 231 وما بعدها .

3- Req. 15 dec 1902 . Dalloz . P.1903-1- 448 .

Req. 6 fev 1945. Gaz .Pal.1945-1-116 .

4 - يجب في هذه الحالة مراعاة المبدأ المعروف في الإثبات ، وهو أنه : " لا يجوز لشخص اصطناع دليل لنفسه " .

وليه لا يجوز لمتعاقد الذي أن طرفاً في عقود سابقة أن يحتج في مواجهة المتعاقد الآخر بأحكام هذه العقود السابقة التي لم يكن طرفاً فيها .

Req. 8 jan 1894. Seiry . 1895-1-174 .

5- القياس : هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة أخرى ورد نص بحكمها وإعطاؤها نفس الحكم لتساوي الواقعين في علة الحكم التي لا تعرف بمجرد فهم الألفاظ ومعرفة دلالتها اللغوية .

وفي القياس لا يوجد معنى يحكم الواقعة المعروضة التي لم ترد أصلاً على ذهن الشارع ، وإنما يعمل القاضي أو المفسر حكم قاعدة أخرى ليطبقها على الحالة المعروضة غير المنصوص على حكمها لاشتراكهما في علة الحكم ، وهنا يقوم القاضي بخلق قاعدة جديدة مستعينا بما ورد في التشريع عن طريق حلول لحالات متشابهة ، وهو بذلك يكمل فكرة التشريع .

ينظر د/ محمد صيري السعدي : " تفسير النصوص " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 24 وما بعدها .

6- نقض مدني مصري ، جلسة 03 فيفري 1989 ، المجموعة المدنية ، س 40 ، ج 2 ، رقم 81 ، ص 435 .

ويستند القاضي عادة على الربط والصلة بين المحررات أو العقود من ظروف التعاقد مثل ابرامها في وقت واحد... أنها جميعا صدرت تنفيذا لاتفاقية المبادئ .

وقضت محكمة النقض أن القاضي إذ يعالج تفسير محررات متبادلة المترابطة إنما يعتمد بما تفيده في جملتها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها " (1) .

والهدف من هذا المبدأ التفسيري هو للتوفيق بينها على وجه يؤدي إلى استخراج المعنى المقصود من مجموعها كوحدة متماسكة ، بحيث يفسر بعضها البعض الآخر أو يكمله محددًا مدى أبعاده وغاياته الحقيقية .

فلو أشار عقد بيع عقار إلى بيان محتوياته و حدوده ، أولاً ، ثم إلى تحديد المبيع بمساحة معينة على أساس الوحدة القياسية ، فالعبارة الأخيرة تفسر الأولى وتعين ، بالنتيجة ، موضوع العقد . ولو كان العقد يتضمن أنه عقد شركة ، وتبين للقاضي أنه لا يستجمع العناصر الأساسية لعقد الشركة ، فلا يحتوي مثلاً على نية العمل لأجل الشركة ولا على قسمة الأرباح وتحمل الخسائر ، بل يكفي بتحديد أجرة أتعاب أحد الفريقين ، لفسر العقد بمقتضى الأحكام الواردة في بنوده ، أنه عقد إجارة أو عقد عمل ، وليس عقد شركة .

ولو وصف العقد بأنه عقد استثمار مقلع ، ولكنه وضع بصيغة عقد إيجار ، لفسر العقد بأنه عقد بيع ، لأن من طبيعة الإجارة عدم إستهلاك موضوعها .

غير أنه إذا تبين للقاضي أن التناقض الوارد في بنود العقد يستعصي معه تفعيل العبارات المتناقضة ، أخذ بما يترجح لديه من العبارات التي تدل على جوهر قصد المتعاقدين . متوصلاً إلى ذلك بوسائل مختلفة كاعتداده بالبنود المكتوبة بخط اليد في حال تعارضها مع بنود مطبوعة ، لأن شروط العقد المطبوعة تهمل إذا كانت مخالفة للشروط المكتوبة . فإذا تعارضت الشروط المدرجة فيه فإنه يعمل بالشروط المخطوطة لا المطبوعة لأن ذلك يتفق مع نية المتعاقدين .

وقد قضى بأن إضافة المتعاقدين شرطاً مكتوباً إلى العقد المطبوع يستوجب إعمال هذا الشرط ولو تعارض مع الشرط المطبوع (2) . فالشرط المكتوب يتجاوب مع جوهر الإرادة الحقيقية للطرفين (3) .

ولكن إذا كان هذا الشرط العام في مصلحة الطرف المذعن فيجوز إعمال الشرط العام وتغليبه على الشرط الخاص (4) .

وبطابع النوع الأعم عند تعدد أنواع الروابط وتعذر تجزئتها ، كما لو كان المحامي مكلفاً باستشارات قانونية وبأعمال مالية لمصلحة موكله وكانت جهة هذه الأعمال راجحة . وكذلك يقوم بترجيح الشروط الخاصة على الشروط العامة ، كما لو كان عقد الضمان يتناول المسؤولية في حالة الحريق في نطاق الشروط العامة ، وإنما ينص بصورة خاصة على المسؤولية في الحوادث الناشئة عن الاحتراق بسبب التهايب المواد كالبنزين .

1- نقض مدني مصري ، جلسة 14 ماي 1989 ، المجموعة المدنية ، س 40 ، ج 2 ، ص 280 ، رقم 206.

ونقض مدني ، جلسة 17 فيفري 1986 ، المكتب الفني ، س 37 ، رقم 21 ، ص 78.

2- نقض مدني مصري ، جلسة 16 أكتوبر 1974 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 1 ، س 35 ، رقم 221 ص 470.

ونقض مدني ، جلسة 21 ديسمبر 1933 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 1 ، رقم 155 ، ص 29.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 31 جانفي 1983 ، المجموعة المدنية ، س 34 ، ج 1 ، ص 355 ، رقم 80.

4- Cass. Civ. 1 nov 1976.. Dalloz. 1976. n° 344. p 273.

وقد قضى في لبنان بهذا المعنى : أنه إذا استخلص من مقابلة الشروط العامة المدرجة في وثيقة الضمان ، من جهة ، والشروط الخاصة من جهة أخرى ، ومن جهة ثانية ، إن الطرفين حددا في الشروط العامة ، من جملة ما حددها ، أنواع الأضرار التي يضمنها الضامن دون غيرها ، وإن التحديد ذاته ورد في الشروط الخاصة ، فإنه يجب القول أن تحديد الأضرار الوارد في الشروط الخاصة هو وحده الواجب اعتماده لإعطاء الضمانات للمضمون ، لأن الأولوية تعطى لما ورد في الشروط الخاصة ، وإذا لم يذكر في الشروط الخاصة أن الطرفين اتفقا على التعويض عن الأضرار الجزئية ، فيكون طلب التعويض عنها مردودا (1) .

ونشير هنا أن بعض العقود قد تتضمن شروطا أو بنودا مألوفة (2) يتكرر وجودها في عقود أخرى ، بحيث يصبح أمرا بديهيا لما يكلفه له التكرار من ثبات واستقرار . فكثيرا ما يحدث أن تحرر عقود الإيجار على نماذج تباع وتتضمن العديد من الشروط التي يخالف بعضها القانون وظروف المتعاقد (3) .

فهل يترجم هذا الشرط المألوف النية المشتركة للمتعاقدين ؟ ، وما مدى سلطة القاضي في إهماله بمقولة أن طرفي العقد أدرجاه عليه على سبيل المحاكاة دون أن يعبر عن النية المشتركة ؟

والأصل أن وصف الشرط بأنه مألوف لا يعني إسقاط كل حجبة عنه بل على العكس قد تكون هذه الصفة سببا في قوته ولكن إذا كان تكرر الشرط سببا في عدم انتباه الطرفين إليه وعدم تعلق نيتهما المشتركة به فإن هذا فقط هو ما يبرر إسقاط الحجبة عنه ، إذ يعد تحصيله في العقد على سبيل المحاكاة والتعليق بالصيغ النموذجية المألوفة . فالشرط الذي يتكرر دائما في العقود وتعلق به نية الطرفين هو شرط عادي . أما إذا تعلق به إرادة أحدهما فقط بحيث أمامه وفرضه على الطرف الآخر فسلم به فهو شرط إذعان وكلاهما ملزم .

ولذا يجب إعمال الشرط المألوف ، وعدم استبعاد الآثار القانونية المترتبة على إعماله ، ولا يجوز إهمال هذا الشرط إلا في حالتين (4) :

- أولهما : تعارض الشرط المألوف مع النية المشتركة المستمدة من العناصر الداخلية للعقد .

- ثانيهما : تعارض الشرط المألوف مع نص قانوني آخر .

والأصل في الشرط المألوف أنه يتعلق القواعد المكملة للعقد ، فليس له وظيفة تفسير الإرادة بل وظيفة تكميل العقد (5) . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع القاضي من الاستهداء به للوصول إلى نية الطرفين إلا إذا أبدى الطرفان تحفظا بشأنه أو قررا إستبعاده صراحة (6) .

1- د/ الياس ناصيف : " موسوعة العقود " ، المرجع السابق ، ص 252 وما بعدها .

2 - يقصد بالشرط المألوف : " ذلك الشرط الذي يتكرر بالنسبة لنوع معين من العقود .

و د/ برهان رزيق : " نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري " ، المرجع السابق ، ص 77 .

3- د/ عبد الحكم فوده : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 78 ، ص 114 و ما بعدها .

4 - د/ برهان رزيق : نفس المرجع السابق ، ص 77 .

5 - د/ عبد الحي حجازي : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، ص 572 .

6- G. Marty : « Rôle du juge dans l' interprétation des contrats. » . OP. Cit . p 942.

الحالة الأولى - تعارض الشرط المألوف مع النية المشتركة :

قد يتضمن العقد نفسه بندا مكتوبا أو مطبوعا يكذب هذا البند المألوف (1) ، أو يشتمل على بند آخر يعكس بصدق قصد المتعاقدين ، ويتعارض في نفس الوقت مع البند المألوف (2) . فيستبد الشرط المألوف. وكذلك إذا ثبت أنه متعارض مع ظروف الواقع أو روح العقد أو شروط أخرى محددة فيه . فإن هذا يعطي محلا للبحث عن النية المشتركة للطرفين .

ويذهب الفقه إلى القول أنه ليس بجديد استبعاد الشرط المألوف الذي يثبت من تفسير قاضي الموضوع أنه لا يتفق مع إرادتي الطرفين ، إذ أن هذا ما يتفق مع القواعد العامة. فالمادة 1156 مدني فرنسي تغلب الإرادة الحقيقية للطرفين على المعنى الحرفي للألفاظ . أي لا عبرة بالتعبير إذا كان لا يتفق مع إرادتي الطرفين ، وبالتالي فإذا كان الشرط مجرد ترديد لألفاظ صماء لا تتعلق بها إرادة الطرفين بدليل ورود ما يناقضها سواء داخل العقد ذاته أو خارجه فإنه يتعين إهداره ، إذ أن ذلك فيه احترام لإرادتيهما .

وفي نفس الوقت يمكن إعمال الشرط المألوف إذا كان ذلك يتفق مع إرادة الطرفين الضمنية حتى ولو لم ينص عليه العقد أخذاً بطريقة التفسير التكميلي . بإضافة الشروط المألوفة التي جرى بها العرف واستقر عليها التعامل (3) .

ويمكن استبيان قصد المتعاقدين من مجموع بنود العقد ، مما يتعين معه إبعاد الشرط المألوف لتنافيه مع النية المشتركة (4) ، ولكونه ما ورد إلا على سبيل التقليد أو المحاباة لا غير دون أن تحظى بالقبول حقيقي من العاقدين (5) .

الحالة الثانية - تعارض الشرط المألوف مع نص قانوني آخر :

الأصول العامة في القانون تحتم استبعاد هذا الشرط ، خاصة إذا كان النص القانوني أمراً ، وهنا يستبعد الشرط المألوف بل ويبطل إذا تعارض مع نص قانوني ، فمثلاً القانون يجبر البائع على ضمان استحقاق المبيع من أي تعرض ينشأ عنه ، ولا يستطيع البائع التخلص منه إلا إذا ثبت علم المشتري وموافقته على تحمل نتائج ذلك (6) .

مع التوضيح أن البطلان لا يشمل سوى البنود الجوهرية ، ويستعين قاضي الموضوع بالعناصر الداخلية للعقد للتعرف على الشرط الباطل (7) ، ووجب عليه ، تحت رقابة جهة النقض ، أن يضمن حكمه الأسباب التي دعت إلى تقدير هذا الشرط الباطل ، وتأثير ذلك على بطلان العقد ذاته (8) .

1-Cass. Civ .17 juin 1970. J C P . p 78.

2-Cass.Civ. 29 oct 1928. Dalloz. 1982 -11-315 .

3-د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 345.

4-Trib.Montpellier .5 avr 1933.Gaz .Pal . 1933 -1-890.

Trib. Dijon.29 mai 1887. Dalloz .p .1889 -2-213.

5- ينظر في عرض مختلف الآراء: د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 107 و ما بعدها.

6- ينظر على سبيل المثال : المادة 446 مدني مصري ، والمادة 415 مدني سوري .

7-Trib.Civ de Melun .5 jui 1924.

8 -Cass. Civ 21 nov 1932.

وقد يحدث التعارض أحيانا بين بندين أحدهما يذكر مبلغا بالحروف والآخر يذكرها بالأرقام ، فيرجح هنا المبلغ المكتوب بالحروف على المبلغ المكتوب بالأرقام . وفي هذا الصدد نصت المادة 479 من القانون التجاري الجزائري أنه : " إذا كتب الشيك بالأحرف الكاملة وبالأرقام معا ، فالعبرة عند الاختلاف بالمبلغ المكتوب بالأحرف الكاملة .

وإذا كتب المبلغ عدة مرات سواء بالأحرف الكاملة أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف لأقلهما مبلغا " (1) .

وهو نفس الحكم أورده القانون المغربي في نص المادتين 471 و 472 من المدونة المدنية ، كما أورده القانون التونسي في المادتين 527 و 528 من مجلة العقود والالتزامات . ويلاحظ هنا أن النصين المغربي والتونسي ، وقد ورد تحت بند أحكام تأويل وتفسير الاتفاقات ، بخلاف النص الجزائري الذي اقتصر على المواد التجارية فقط ، وبالذات في الشيك ، ومع ذلك فلا مانع من تطبيق النص الجزائري على سائر العقود والمعاملات الأخرى سواء كانت مدنية أو تجارية .

وتجدر الإشارة إلى أنه في القانون المصري ورغم أن المشرع لم ينص على هذه القاعدة التفسيرية صراحة ، لا في القانون القديم ولا في القانون الحالي ، غير أنه وبتفحص أحكام القضاء نجد هذا الأخير يقر بها في الكثير من أحكامه ، ويكاد يعتبرها قاعدة قانونية . حيث ذهبت محكمة النقض المصرية في ظل القانون المدني القديم بالقول أنه : " إذا اعتمدت محكمة الموضوع في تفسيرها على بند واحد من البنود الكثيرة الواردة في العقد ، مغفلة البنود الأخرى ، فإن حكمها يتعين نقضه ، وذلك بغض النظر عن صحة تفسيرها للبند الذي فسرتة " (2) .

كما ذهبت محكمة النقض في ظل القانون المدني الحالي مؤكدة المبدأ السابق بأنه (3) : " لا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تعنيه عبارة دون غيرها ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تقيده العبارات بأكملها وهي مجموعها باعتبارها وحده متصلة متماسكة " .

وقضت أيضا أنه (4) : " ينبغي على قاضي الموضوع أن يحاول التوفيق بين شروط العقد لمختلفة باعتبارها النية المشتركة للمتعاقدين ، فإذا لم يمكنه ذلك فإنه يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع قصد المتعاقدين من عبارات العقد في جملتها " . ومحكمة النقض تعامل البند المطبوع باعتباره شرطا عقديا حطي باتفاق المتعاقدين لا يؤثر به أنه جاء في نموذج عقد مطبوع (5) .

- 1- الغريب أن نفس النص سبق وأن ذكر فيما يتعلق ببيانات السفتجة ، وهو نص المادة 392 تجاري . وكان يتعين على المشرع الإحالة في المادة 479 على تطبيق نص المادة 392 ، كما فعل في المادة 468 المتعلقة بالسند لأمر
- 2- نقض مدني مصري ، جلسة 23 مارس 1939 ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، الجزء الثاني ، ملحق ، رقم 93 ، ص 846 . المجموعة الرسمية ، س 9 ، رقم 187 ، ص 496 .
- 3- نقض مدني مصري ، جلسة 27 ديسمبر 1978 ، مجموعة الأحكام ، لسنة 29 ق ، طعن رقم 400 ، ص 2053 . ونقض مدني ، جلسة 24 أكتوبر 1940 ، مجلة المحاماة ، س 21 ، رقم 195 ، ص 427 .
- 4- نقض مدني ، جلسة 26 جانفي 1967 ، مجلة المحاماة ، س 50 ، عدد 3 ، رقم 116 . وينظر في هذا المعنى : نقض مدني ، جلسة 10 مارس 1962 ، مجموعة النقض ، س 17 ، رقم 78 ، ص 57 . ونقض مدني ، جلسة 21 فبراير 1984 ، مجموعة النقض المدنية ، س 35 ، ص 211 ، رقم 49 .
- 5- نقض مدني مصري ، جلسة 14 ماي 1989 ، المجموعة المدنية ، س 40 ، ص 280 ، رقم 206 . ومن أمثلة الشروط المألوفة التي تنطوي على ما يرد في عقود البيع من أن البائع " قد باع وأسقط التنازل " فلفظ البيع يكفي .

وفي هذه الأحكام تأكيد بأن العقد يعد في مفهوم المتعاقدين وحده واحدة ، وكل لا يتجزأ ويكمل بعضه البعض ، وأنه لا يؤكد شرطا في العقد ويفسر باستقلاله عن بقية الشروط ، ولكن يفهم ذلك على ضوء باقي الشروط .

فمثلا إذا ما تضمن العقد شرطا عاما وآخر خاصا فإذا حدث تعارض بين الشرطين فيرجح الخاص على العام ، وذلك لأنه لو أراد المتعاقدان حكم الشرط العام لما ضمنا اتفاقهما شرطا خاصا يضاف إلى ذلك أن الشروط الثانوية مثلا تفهم وتفسر على ضوء الشروط الأساسية . وقد درجت محكمة النقض المصرية على تطبيق هذه القاعدة في أحكامها (1) .

وإذا ظهر شيء من التناقض أو التضارب بين عبارتين أو بين مختلف بنود العقد التي تدور على موضوع واحد ، فعلى القاضي ، أن يجتهد في التوفيق بين التناقضات الواردة في العقد .

فإن تمكن من تفعيل العبارتين أو حتى بين البنود المختلفة ، فعليه القضاء بذلك ، وإذا كان التناقض يستعصي معه الجمع بين العبارات المتناقضة اختار ، باستعمال المنطق وبحسه المهني ، تفعيلها إلى أقصى حد باختيار العبارة أو اللفظة التي يظهر له أن الأطراف كانا يريدانها ، وذلك دون إرهاب اللفظ وتحميله أكثر مما يحتمله ، أو غير ما يرمي إليه (2) .

وإذا ظهر للقاضي أن أحد شروط العقد مبهم مقارنة مع بقية البنود الأخرى جاز له استبعاده (3) .

وفي جميع الأحوال لا يجوز تفسير الشرط الغامض مجردا من الشرط الواضح ، إلا إذا ثبت وجود تعارض بين مختلف نصوص العقد (4) ، وبالعكس لا يجوز استبعاد الشرط الواضح بحجة وجود شرط آخر غامض إذا لم يكن هناك تعارض مطلق بينهما (5) .

وعلى العكس من ذلك يرى بعض الفقه (6) أنه في حالة الشك في المعنى الخاص بعبارة العقد ، يجوز اللجوء إلى كافة الوقائع والظروف التي يعرفها الموجه إليه التعبير عن الإرادة ، أو التي كان يجب عليه أن يعرفها ، إذ العبرة بالإرادة التي يمكن التعرف عليها .

وهذا الاتجاه يوجب تطبيق القواعد الخارجية للتفسير ، عند وجود الشك في معنى عبارة العقد ، ويهمل بالتالي طرق التفسير المستمدة من عبارات العقد في مجموعها ، والتي قد تؤدي إلى إجلاء الغموض ، بإعطاء معنى معين ، يتعين بالتالي الأخذ به . فلا يجوز ترجيح معنى مستمد من عناصر خارجية عن العقد ، على معنى مستمد من عناصر العقد ذاتها ، فهذا المعنى الأخير لا يجوز إثباته عكسه إلا بالكتابة (7) .

1 - نقض مدني ، جلسة 26 نوفمبر 1984 ، مجموعة الأحكام ، س 25 ق ، طعن رقم 230 ، ص 1291 .

ونقض مدني ، جلسة 7 ماي 1974 ، مجموعة الأحكام ، س 25 ق ، طعن رقم 133 ، ص 808 .

و نقض مدني ، جلسة 25 مارس 1971 ، مجموعة الأحكام ، السنة 22 ق ، طعن 401 .

2- د/ عبد الحميد الشواربي : " فسخ العقد " ، المرجع السابق ، ص 222 .

4- Cass. Civ.20 juin 1948. n° 554.

- Cass Civ.9 oct et 16 dec .1940 .Daloz .A .1941.130.

5- Cass. Civ.5 juin 1948. Dalloz. 1948 .265.

6- Cass. Civ.29 juin 1948. Dalloz. 1948 .554.

6 - د/ أحمد زكي الشبيني : " تكوين العقد وتفسيره " ، المرجع السابق ، فقرة 45 .

و د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 152 ، ص 156 .

7 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 25 ، ص 30 ، هامش 4 .

القاعدة الثالثة - إذا كانت عبارة العقد عامة فإنه يحددها موضوعه أو غرض التعاقد :

لقد سبقت الإشارة إلى هذا العامل في القاعدة الأولى الخاصة بالبحث عن النية المشتركة للعاقدين ، وقد تناولها المشرع الفرنسي في المادة 1163 من القانون المدني (1) .
في حين لم يتضمن القانون الجزائري هذه القاعدة ، ولا القانون المصري الحالي بخلاف القانون المدني القديم (2) .

فالمتعاقدان يهدفان عادة إلى تحقيق مصلحة معينة ، يكمن فيها الغرض المقصود من التعاقد ، وغرض العقد هو علته الغائية والهدف منه ، ويعتبر جزء لا يتجزأ من النية المشتركة للمتعاقدين ، وعاملا مهما في تحديد هذه النية ، ذلك أن هذه النية تنصب في الحقيقة على الغرض الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه .

ولكل عقد أحكام معينة تتوافق مع طبيعته ، وإتفاق المتعاقدين على نوع العقد يفيد رضاهما على الأحكام المتناسقة معه (3) . ويترتب عن ذلك ضرورة تفسير ما غمض من عبارات العقد بهذا المعنى الذي يعد أكثر انطباقا على روح العقد والغرض منه . واستبعاد المعنى الذي يتنافر مع طبيعة العقد المنفق عليه وروحه (4) .

فالعقد كما يقول الفقه الفرنسي يعتبر شيئا حيا وليس متحجرا ، وينبغي على المدين الالتزام بروح العقد وليس بحرفيته (5) .

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف باريس بأن الرجوع في الوصية هو أمر يمثل أحد الخصائص الأساسية لهذا العلم القانوني ، وبذلك فإن النص في الوصية على جواز الموصي بالرجوع في وصيته هو تزييد لا أثر له ، ويتعين تفسير النص الذي يجيز للموصي الرجوع في الوصية في أي وقت ، فلا يتقيد بمدة معينة طالما اتجهت نيته على الإيضاء (6) .
وقد يوجد تعارض بين هذا الغرض المقصود من التعاقد وبين حكم شرط تفصيلي في العقد ، والغلبة من المفروض أن تعود للعنصر الأول (الغرض) حتى ولو اتسم العنصر الثاني (الشرط) بالوضوح ، لأن حكم الشرط يقتصر دوره على الوسيلة ، بينما الغرض المقصود من التعاقد يعتبر بمثابة الغاية التي تسعى الوسيلة إلى تحقيقها ، إذا تعارضت الوسيلة مع الغاية ، فيجب ترجيح الغاية (5) .

1-V. l. article 1163 du C. Civ Fran : " Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.. "

2 - نص القانون المدني المصري القديم على هذه القاعدة في المادة 199 التي جاء فيها : " يجب أن تفسر المشاركات بحسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها " ، وقد اقترح نفس النص في القانون الجديد ولكن لجنة مراجعة القانون المدني المصري حذفت هذه العبارة من القانون الجديد رغم أهميتها في تفسير العقد .

1- Trib. Paris . 2 dec 1985. Gaz .Pal. 1986 -1-214. note. Piedelievre.

.Rev. trim.Dr.Civ.1986.743. .Ob .Mestre. Aynes. n° 630.

2- Req. 8 janv 1906. Seiry .1906-1-117.

5 - العبارة للفقيه مازو وتانك وديموج .

نقلا منا عن : د/ شوقي عبد الرحمن : " تفسير العقد ومضمون الالتزام التعاقدية " ، المرجع السابق ، فقرة 27 ، ص 47.

4 - Paris.4 dec 1956. Dalloz .1957. Somm.45

5- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 31 مارس 1924 ، م 36 ، ص 281 .

وحكم لنفس المحكمة : بتاريخ أول أبريل 1926 ، م 38 ، ص 319 .

وحكم لنفس المحكمة : في 20 جوان 1928 ، م 40 ، ص 437.

ونحن نتفق مع هذا الرأي ، لأنه سينسجم مع قواعد التفسير السليمة ، إذ لا يمكن إهمال موضوع أو غرض التعاقد كعامل في التفسير حتى ولو ثبت وضوح عبارة العقد ، ذلك أن غرض التعاقد هو النية المشتركة للمتعاقدين ، وإغفاله يجعل التفسير حرفيا ، وهو أمر حرص المشرع نفسه على مفاداته .

وقد اتجه القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه للأخذ بقاعدة تفسير العقد بناء على الغرض الذي يستهدف المتعاقدان تحقيقه من النص عليه (1).

كما اتجه القضاء المغربي إلى تبني نفس القاعدة ، فقضى المجلس الأعلى هناك (2) :
" إن طبيعة العقد تستنبط من بنوده وليس من طبيعة العمل الذي يقوم به الأطراف ولا من عنوانه " .

كما اتجه القضاء المصري هو الآخر للأخذ بهذ القاعدة ، ومن ذلك حكم جاء فيه (3) :
" أن الاتفاق على توريد بنزين لمصنع دون تحديد لكميته ، يجب تفسيره وفقا للغرض الذي يقصده المتعاقدان ، وتحدد بالتالي الكمية بما يلبي احتياجات المصنع " .

ونشير أننا عثرنا على عدة أحكام قضائية صدرت في ظل القانون القديم (4) ، غير أننا لم نعثر على أمثلة كثيرة صادرة في ظل القانون المدني المصري الحالي (5) تسمح لنا بإثراء الموضوع .

وإذا أحاط موضوع التعاقد شك في تحديده ، فيجوز للقاضي أن يأخذ بالتفسير الذي من شأنه جعل العقد صحيحا ، وتجنب التفسير الذي يؤدي إلى بطلانه (6) .

1- Req. 6 fev 1945. Gaz. Pal.1945-1-116.

2- قرار المجلس الأعلى ، بتاريخ 13 نوفمبر 2002 ، عدد 3458 ، ملف مدني : 2002/2/1/1228 .

3- محكمة الاسكندرية المختلطة . بتاريخ 19 نوفمبر 1913 ، النشرة التشريعية ، رقم 26 ، ص 25 .

4- نقض مدني مصري ، جلسة 27 أكتوبر 1932 ، س 34 ، رقم 85 ، ص 184 .

ومحكمة الاسكندرية المختلطة ، جلسة 27 أبريل 1899 ، رقم 11 ، ص 197 .

ومحكمة الاسكندرية المختلطة ، جلسة 15 أبريل 1930 ، رقم 42 ، ص 422 .

5- نقض مدني مصري ، جلسة 27 جوان 1998 ، مجلة المحاماة ، س 30 ، ص 354 ، رقم 192 .

ونقض مدني ، في 9 جوان 1994 ، مجموعة النقض المدنية ، س 54 ، ص 968 ، رقم 183 .

6- محكمة الاسكندرية المختلطة ، بتاريخ 17 مارس 1903 ، رقم 15 . ص 199 .

القاعدة الرابعة - تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم :

نص القانون المدني الفرنسي على هذه القاعدة في المادة 1164⁽¹⁾ ، كما نصت عليها المدونة المغربية في الفصل 469 بالقول : "عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قد قصد تحديد مجاله بها دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر".

ويمكن الأخذ بهذه القاعدة في القانون الجزائري (التطبيق القضائي) رغم عدم وجود نص بهذا الشأن ، كما هو حال المشرع المصري . ومرد ذلك إلى توافق هذه القاعدة مع المبادئ العامة في التفسير ، بل ويمكن هي الأخرى اعتبار قاعدة عامة في التفسير . فإذا خصص المتعاقدان حالة بذكرها لتفادي ما قد يثار حولها من شك ، فلا يعني هذا انفرادها بما خصت به ، أي أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فكثيرا ما يخص العاقدون بعض الحالات بحكم معين ، ولكن بغير قصد أن يقتصر هذا الحكم على ما اختصاه بالذكر ، وإنما بقصد منع قد يلابسها من شك ، كما إذا نص على تبعية شيء معين من الملحقات بالمبيع ، فهذا لا يعني عدم تبعية بقية الملحقات به . فإذا باع شخص مزرعة أو أرضا زراعية ، بما فيها توابعها وملحقاتها ، وكان من توابعها مواش خصصت بالذكر في عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشي وحدها هي التي لا تدخل ضمن الشيء المبيع ، بل كل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومبان ومخازن للمواشي وفي ذلك تدخل أيضا ، ما لم يصرح البائع بقصر البيع على هذه المواشي دون سواها . في هذه الحالة تقضي القاعدة الفرنسية أن لا يتقرر تفسير العقد على ذكر حالة معينة بالتخصيص.

والواقع أن اهتمام المتعاقدين بإيراد حال معينة قد يرجع إلى تخوفهما من الشك الذي قد يحيط بهذه الحالة بالذات ، أو لأنهما يعقدان أهمية خاصة عليها بأفرادها بالذكر ، أو لمجرد النص عليها على سبيل المثال توضيحا لموضوع التعاقد . وأيا كان الهدف الذي سعى إليه المتعاقدين فيذكر هذه الحال ، فاستبعاد الحالات الأخرى التي لم يذكرها العقد يتعارض مع نيتها المشتركة . فإذا رأى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض للقاعدة التي تقضي بأن الخاص يقيد العام ، فقواعد التفسير قد تتضارب . وعلى القاضي أن يختار هذه القاعدة لتفسير العقد حتى وإن تضاربت قواعد التفسير⁽²⁾ .

وإذا تعلق الاتفاق بمجموعة أموال ، فإن تفسير الاتفاق يوجب تعميم حكمه ، لكي يشمل العناصر المختلفة الداخلة في مجموعة الأموال ، حتى ولو لم يكن المتعاقدان على علم بها وقت التعاقد ، طالما أن نية المتعاقدين تتجه إلى التعامل في أموال باعتبارها مجموعة متكاملة مجردة من العناصر الداخلية فيها .

1-V. l'article 1164 du C.Civ Fran : " Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. Principe d'interprétation opposé à celui de la common law " inclusio unius exclusio alterius " .

2 - د/ أحسن زقور : " المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري " ، المرجع السابق ، ص 87 .

فلو تخارج وارث على نصيبه في الميراث ، فإن تنازله يمتد إلى جميع حقوقه الموروثة ، حتى ولو كان جاهلا وجود بعضها في التركة ، إلا إذا ثبت من أن العقد أن قصد الطرفين يقتصر على التعامل في الأشياء التي يعرفونها وقت التعاقد ، كما لو كانت هذه الأموال التي يجهلون لا يتوقع أحد وجودها ، كمجوهرات ثمينة لا ينتظر أحد أن تشتمل عليها التركة (1) .

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في نزاع يتعلق بتفسير وصية ، قضت بأن لفظ " الإبن " الوارد فيها ، يفيد الابن الشرعي والابن الطبيعي أو بالتبني ، ولكن لمحكمة الموضوع أن تخصص عمومية هذه العبارة عند تفسيرها للوصية ، بقصرها على البن الشرعي ، استنادا إلى نصوص الوصية ذاتها (2) .

ويلاحظ في جميع الأحوال أن تخصيص العبارة العامة الواردة في العقد يعتبر مسخا له ، إذا لم تتضمن عناصر العقد الداخلية ما يفيد هذا التخصيص (3) .

وحقيقة الأمر أنه لا بد من الإشارة إلى أن القياس بنوعيه الإيجابي وبمفهوم المخالفة ، هذا القياس أمر ظني على ما قرره أغلب علماء الأصول في الفقه الإسلامي ، وعلى ذلك يتعين استبعاد القياس بمفهوم المخالفة ، إذ أن إعماله يؤدي على نتيجة عكسية مقتضاها أن الاهتمام بالنص على حالة معينة يفيد اختلاف الحكم المطبق في الحالات الأخرى التي لم ينص عليها ، ذلك أن تطبيق قاعدة القياس بمفهوم المخالفة يؤدي إلى تفسير ظني ، قد لا يتوافق مع القصد المشارط للمتعاقد (4) .

وفي ختام عرضنا للعوامل الداخلية للتفسير نشير إلى أن الفقه مجمع على أن هذه العوامل الداخلية ، شأنها شأن العوامل الخارجية ، إنما ذكرت لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد والاستئناس ، وتبقى مجرد قواعد تكميلية ، أو بمعنى آخر مجرد نصائح تشريعية تساعد القاضي ويستهدي بها في تفسيره للعبارة الغامضة استقصاء للإرادة المشتركة . وبالتالي فهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعرف نية الطرفين (5) ، ولا شك أن هذه الحرية في مصلحة القاضي .

1- الفقيه السنهوري : " نظرية العقد " ، دار الحلبي ، بيروت ، سنة 1996 ، ص 942 ، هامش 1 .
وقضى بأن كفالة الالتزام تمتد إلى الفوائد القانونية والاتفاقية ، طالما أن العقد لم يتضمن تجيدا مخالفا .
محكمة الإسكندرية المختلطة ، بتاريخ 5 أبريل 1916 ، رقم 28 ، ص 233 .

2- Req. 18 oct1933. Dalloz .P.1933-1-187. note .E.pilon.

Cass. Civ.17 juin 1986. Bull.Civ.1. . n°166.

3- نقض مدني مصري ، جلسة أول فيفري 1962 ، مجموعة النقض المدنية ، س 13 ، رقم 23 ، ص 148 .

ونقض مدني مصري ، جلسة 7 ديسمبر 1961 ، مجموعة النقض المدنية ، س 12 ، رقم 128 ، ص 765

4 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 32 ، ص 36 .

و د/ برهان خليل رزيق : " نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري " ، المرجع السابق ، ص 72 و 73

5- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 484 .

د / حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 115 ، ص 15 .

وفي عكس ذلك يرى الدكتور حسام الدين الأهواني أن قواعد التفسير الواردة في المادة 150 يشقيها قواعد ملزمة لم ترد على سبيل إرشاد و التوجيه و إنما يلزم القاضي باتباعها و إلا ارتكبا مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم .

- النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 376 ، ص 282 .

وهو نفس الشيء ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن قواعد التفسير الواردة في المادتين 1156 و 1164 مدني فرنسي لا تعدو أن تكون توجيهات وإرشادات غير ملزمة للقاضي ، ومخالفتها لا تنتبع نقض الحكم (1).

وهنا يجدر بنا التساؤل عن حول صحة هذا الموقف ؟ ذلك أنه من الصعب التسليم بوجود قواعد قانونية اختيارية بالنسبة للفرد والقاضي معا ، خاصة إذا لم يصرح المشرع بذلك ، أو لم يومئ بهذه الصفة الاختيارية للقاعدة ، ثم أن مهمة المشرع لا تتضمن إسداء نصائح للقاضي ، بل هو يضع قاعدة قانونية يفترض فيها أن تكون ملزمة لكل الأفراد بما فيهم القضاة الذين هم مكلفون بتطبيقها وصيانتها.

كما أنه من جهة أخرى يجب أن نفرق بين أمرين :

-الأول: يتعلق بتقدير الأوضاع التي أحاطت بالعقد ، والوقائع المتعلقة بالقضية ، وهنا يجد قاضي الموضوع كامل حريته وسلطته في التقدير دونما رقابة من جهة النقض ، لأنها مسألة واقع .

-والثاني: يتعلق بالنصوص الواجبة التطبيق ، وهي مسألة قانون ، يقيد فيها قاضي الموضوع تحت طائلة النقض والإبطال من طرف جهة النقض .

ويرى الفقه أن هذه العوامل لم تذكر على سبيل الحصر ، وإنما على سبيل الذكر ، وهو ما يعني أنه . وإلى جانب العوامل المحددة بنص قانوني ، يجوز للقاضي الرجوع إلى عوامل أخرى يستهدي بها (2) .

كما يرى بعض الفقه أنه يجب على القاضي استخدام مجموع عناصر التفسير في أن واحد دون اعتداد بترتيبها (3) .

وإذا تضاربت قواعد التفسير المنصوص عليها قانونا . فيتوجب عندئذ على القاضي الاجتهاد باختيار القاعدة الملائمة للتفسير ، وذلك في النصوص القانونية وقصد المتعاقدين ، والظروف الداخلية والخارجية التي وجد فيها الأطراف أثناء تحرير العقد ، ذلك القاضي غير مقيد بترتيب العوامل التفسيرية بترتيب معين أو حتى ترتيبها كما ذكرها المشرع (4) .

1 - Req. 6 fev 1892. Dalloz.P.1892-1- 409. Cass .Civ. 2 dec 1947. Gaz .Pal .1948 -1-36.

Cass .Civ.30 mai 1948. Gaz .Pal .1948 -1- 41. Cass.Civ. 6 mars 1979. Dalloz. 1979-1-396.

Cass. Com. 19 janv 1981 .J.C.P .1981- 4 -116. Cass.Civ. 10 mai 1948.Gaz .Pal. 1948-2- 41.

2 - ينظر : الفقيه السنهوري : " الوسيط "، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 395 ، ص 496.

و د/ رضا المزغني و د/ عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 147.

3 - د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي " ، المقال السابق الإشارة إليه ، ص 15 وما بعدها.

4 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد "، المرجع السابق ، فقرة 5 ، ص 5.

الفرع الثالث : أحكام قانونية مشتركة عن عوامل وقواعد التفسير

طرحنا عدة تساؤلات بشأن عوامل التفسير ، ومنها هل هذه العوامل ذكرت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟ ، وهل لها طبيعة إلزامية أم هي مجرد قواعد تكميلية؟ وهل الاعتماد على هذه العوامل يندرج ضمن نطاق النظرية الشخصية أو الموضوعية للتفسير؟ هذا ما سنتناول الإجابة عنه تباعا فيما يلي :

أولاً- هل المعايير المادية وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

يتجه الفقه والقضاء المقارن إلى أن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تقدم معايير موضوعية للتفسير. فعن طريق اللجوء إلى هذه المبادئ يتوصل القاضي إلى أن يحدد بدقة مضمون العقد ، مثل تحديد المقصود بالأولاد الذين يستفيدون من التأمين حيث يعتبر الجنين مولودا كلما كان في ذلك مصلحة له (1).

ويذهب المشرع خطوة أوسع في اتجاه المعيار الموضوعي ، وهو أن يتم التفسير في ضوء العرف الجاري في المعاملات ، حيث يستخلص منه ما يجب أن يسود من ثقة وحسن نية بين المتعاقدين .

إذا أخذنا العرف بمعنى فني فإننا نكون في الواقع بصدد الرجوع إلى القواعد القانونية التي تجد مصدرها في العرف . ولكن يبدو أن المشرع يقصد ما جرى عليه العمل على أن العادة الاتفاقية فإن أعمالها يرد إلى مبدأ سلطان الإرادة باعتبار أن النية للمتعاقدين قد اتجهت إلى أعمالها .

وهناك اتجاه حديث يذهب إلى أن العادة الإتفاقية تعتبر قواعد عرفية ذات طابع مكمل. ولهذا يرون أنها في مجال التفسير يجب أن تعتبر ما جرى عليه العمل وذلك كمؤثر موضوعي للإرادة المعقولة ، وذلك يعكس الإرادة الذاتية التي تقوم في الواقع على المجاز . فإذا استعصى أن يستخلص من عبارة العقد أو من الظروف التي أحاطت بإبراز معرفة ما إذا كان الوفاء بالثمن يتم وقت التوقيع على العقد النهائي أمام الموثق بالنسبة لبيع العقار ، فإنه يلجأ إلى ما جرى عليه العمل من أن يتم الوفاء بالثمن أو بجزء عند التوقيع على العقد ، ويؤكد هذا العمل مبدأ التزام في تنفيذ الالتزامات المتقابلة .

ونحن نرى من جهتنا أن هذه العوامل إنما ذكرت على سبيل المثال ولا يمكن للمشرع أن يتوقع كل الحالات ويحصرها لها عوامل محددة ، خاصة ونحن في زمن تعددت فيه أساليب التعاقد بتعدد مجالات الحياة الإجتماعية والاقتصادية والسياسية .

وعليه يمكن توقع عوامل أخرى فضلا عن القواعد الداخلية والخارجية المستقر عليها قانونا ، فإن هناك قواعد تفسير بإمكان القاضي الاستعانة بها في معرض تفسيره للعقد ، حتى وإن لم يرد النص عليها .

1- لجأت محكمة النقض الفرنسية إلى المبادئ العامة للقانون عند تفسير وثيقة التأمين ، و قضت المحكمة وفقا لقاعدة أن الجنين يعتبر مولودا في كل ما من شأنه أن يحقق منفعة له ، فإن الجنين يعتبر موجودا في منزل الزوجية وقت الوفاة ومتتها الحمل .
Cass. Civ .10 dec 1985. Bull.Civ.1987.

ويمكن أن نسميها القواعد المفترضة التي تطبق على كافة النزاعات دون استثناء ، ولا تقتصر فقط على تفسير العقد ، وإنما على تمييزه أيضا وعلى تنفيذه وتحديد نطاقه وعلى تعديله ...

ومن بين هذه القواعد نجد قواعد ومبادئ القانون المنظمة للعلاقات العقدية ، وكذا عامل العدالة ، وهي في الحقيقة عوامل تخرج عن تكوين العقد وظروفه ، ولكنها عوامل تضبط تكوين العقد ، ويطبقها القاضي من تلقاء نفسه .

1- الاسترشاد بمبادئ القانون كعامل تفسير :

هذه العامل لم تشر إليه النصوص القانونية المقارنة المتعلقة بتفسير العقود ، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الرجوع إلى أحكام القانون كعامل آخر لتفسير العقد ، مادام أنها تعد من مستلزمات العقد ، ولا سيما إذا كانت هذه القواعد أمره .

وهذه الأحكام القانونية (القوانين التكميلية والتفسيرية للعقد) تعين القاضي على استكمال نطاق العقد ، وتفسيره ، وذلك أن المتعاقدين يتركان في الغالب تفصيلات العقد ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما اعتمادا على أحكام القانون . وهنا تأتي أحكام القانونية لتكمل العقد وتفسره أيضا ، فإذا أغفل المتبايعان تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه ، أو ميعاد الوفاء بالثمن ومكانه ، أو ما يلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية ، فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وأحيانا في نصوص قانون حماية المستهلك ، وعليه تكون هذه الأحكام القانونية جزء من العقد بقوة القانون .

وفي الواقع قد فسرت محكمة النقض الفرنسية عقد تأمين بالرجوع إلى المبدأ القانوني العام: " يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك " (Infants concept us) . حيث فسرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض ، في حكم لها بتاريخ أول ديسمبر 1985⁽¹⁾ اشتراط عقد تأمين على الحياة يتعلق بتحديد المستفيدين استنادا إلى القول المأثور يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون مصلحة في ذلك ، مما ينزع إلى البيان أن المبادئ العامة للقانون هي توجيهات موضوعية في التفسير في بعض الحالات ، أو على الأقل وعلى سبيل الحذر يمكن أن تكون كذلك .

2- الاسترشاد بروح العدل والإنصاف كعامل تفسير :

يتمتع القاضي بنصيب وافر في استعماله لسلطته التفسيرية استنادا إلى معيار العدالة ، لا سيما إذا كان بصدد عقد إذعان ، حيث وصل الأمر به إلى تعديل مضمون الشرط الاتفاقي استنادا إلى العدالة كمصدر تفسيري⁽²⁾ .

ومثال ذلك الشرط المعفي من المسؤولية في عقود النقل أو الشرط الوارد في القانون الداخلي للمؤسسة المتضمن عقوبات مالية للعمال عن مجرد أخطاء بسيطة⁽³⁾ .

1 - Cass. Civ. 1 dec 1985. Dalloz .1987-1-339. P305 .note . G. Paire .

وينظر في تفاصيل ووقائع هذا الحكم : د/ جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 65 .
2- - عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 283 .

3- Cass Soc 20 nov 1952. Seiry .1953-1-101.

والملاحظ أن سلطة القاضي تنقلص نسبيا في عقود المساومة والعقود العادية مقارنة بعقود الإذعان .

وعامل العدالة هو الذي دفع بالقضاء إلى اشتراط بعض الإلتزامات في بعض العقود كالإلتزام السلامة في عقود النقل ، والإلتزام بالتبصير والإعلام في عقود الإستهلاك ، والإلتزام بالتعاون في عقود الحسابات الإلكترونية ، والإلتزام المشورة وبالنصيحة في سوق الأوراق النقدية والإلتزام بتوريد الطعام بمكان تنفيذ الإلتزام يقتضي التزم الطرف الآخر بالحفاظ على أدوات الطهي (1) .

وفكرة العدالة هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولته تحقيق حكم قاعدة قانونية في تطبيقها في حالة معينة ، والهدف من إعمال قواعد العدالة هو الحيلولة دون أن يكون العقد مصدرا لظلم أحد المتعاقدين .

وننوه هنا إلى أن القاضي حين تفسير العقد ، أو حتى تكميله أو تحديد نطاقه ، لا يجب أن يعمل فكرته الخاصة عن العدالة ، بل يجب عليه أن يفسر العقد في ضوء الهدف المقصود وطبيعة العقد أو العملية العقدية برمتها وفقا لما تستلزمه ضرورات حسن النية في تنفيذ العقد بل وإبرامه أيضا . فالعدالة تشمل أساسا تنفيذ العقد وفقا لقواعد الفنية حيث تعتبر تلك القواعد من مكملات العقد حتى ولو لم ينص عليها .

وتقوم العدالة على مجموعة من الأسس الثابتة التي تنشئ نظاما مثاليا للبشرية ، وتعد العدالة من قواعد القانون الطبيعي إن لم تكن هو في ذاته ، وتصبو العدالة إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم .

والحقيقة أن هذا العامل لم تنص عليه التشريعات المقارنة كعامل " قانوني " يعتد به القاضي في التفسير ، إلا أن القاضي المفسر بإمكانه الرجوع والاسترشاد بقواعد العدالة والإنصاف باعتبارها مصدرا من مصادر القانون بصفة عامة ، فهي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي (2) حتى وإن كانت هذه القاعدة تطبق في مجال تفسير النصوص القانونية إلا أننا لا نرى ما يمنع تطبيقها كذلك في تفسير العقود والاتفاقيات الفردية والجماعية .

فروح العدل والإنصاف مبدأ من المبادئ القانونية الواسعة المدى ، التي أفسحت أمام القضاء فكرة الاستقرار الإجتماعي وترسيخ المساولة بين الأفراد وإحقاق الحق على نحو يقيم التوازن بينهم ، شأنه في ذلك شأن المبادئ القانونية الأخرى كحسن النية وعدم إساءة إستعمال الحق وغيرها من المبادئ التي انتصرت على النصوص بمراعاتها المصالح الإنسانية والاجتماعية، التي تستوحىها النصوص القانونية في غاياتها الإجتماعية البعيدة .

وإذا كان مبدأ روح العدل والإنصاف يستعصي على كل تعريف وتحديد نظرا لنسبيته وظروف تطبيقه ، واختلافه من شخص لآخر ، بل وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة ، فإنه يرفد القاضي بروافد الأخلاق والعدالة ، مطلقا يده في تفسير النصوص بما يتلاءم وحسن النية وحقيقة المقاصد . ولذلك قضي بأنه يجب أن يفسر العقد كما توخاه الفريقان وقت إنشائه بروح العدل والإنصاف (3) .

1- نقض مدني ، جلسة 16 ماي 1968 ، مجموعة الكتب الفني ، السنة 19 ، رقم 151 ، ص 1014 .

2- ينظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المحددة لمصادر القانون .

3 - استئناف مدنية - لبنان ، جلسة 6 جويلية 1950 ، ن. ق ، رقم 190 ، ص 687 .

فالبائع مثلا عليه أن يكف عن القيام بأي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق المبيع مستحيلا أو عسيرا ، وهذا التزام تقتضيه قواعد العدالة ، وإن لم يذكر في العقد .
وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري بالألا ينافسه منافسة غير مشروعة ينتزع بها منه عملاء المتجر . والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسرار الصناعية بحكم عمله يلتزم بالألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس، ولو لم يشترط عليه ذلك .
ويضيف الدكتور عبد الباسط جميعي عاملا موضوعيا آخر يمكن الاستناد عليه في التفسير ، ولاسيما في عقود الإذعان ، أطلق عليه عامل " عدم التكافؤ وعدم التساوي في الخبرة " .

حيث يقول الدكتور جميعي : مما لاشك فيه أنه أيضا من الوقائع المادية المرتبطة بالتعاقد ، يعطي فرصة للقاضي حين التنفيذ فرصة لتقييد التزامات الطرف الأقل كفاءة وخبرة بما اتجهت إليه نيته حين التعاقد (1) ، وبالتالي يمكن للقاضي استبعاد بعض الشروط التعاقدية أو الحد من تطبيقها بالقدر الذي يتناسب مع مركز الطرف الأقل خبرة وكفاءة الطرف (2) .

ونشير إلى أن القاضي يتعين عليه أن يأخذ بمجموع هذه العوامل المرتبطة بالتعاقد موضوعية كانت أو شخصية ، وسواء كانت سابقة أو لاحقة للعقد محل التفسير ، وهو الأمر الذي سار عليه القضاء المصري في العديد من القضايا (3) ، وسواء ذكرت في القانون أم لم تذكر .

ثانيا- هل العوامل الخارجية تدخل في نطاق النظرية الشخصية أم الموضوعية ؟

أثير التساؤل عما إذا كان الإستهزاء بهذه الأمور يدخل في نطاق النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية في التفسير .
وإجابة على هذا السؤال يقول الدكتور حسام الدين الأهواني أننا لا نزال في إطار النظرية الشخصية . فمن جهة لا يواجه النص غياب إرادة معلنة ، وإنما يسعى إلى البحث عن إرادة موجودة فإن البحث عن تلك الإرادة يكون في هدى هذه المعايير ، حيث تجعل البحث عن الإرادة المشتركة مستهديا بهذه المعايير . وصياغة النص تؤكد ذلك (4) .

- 1- د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص 154 .
والمتصفح لمؤلف الدكتور جميعي يرى بأن رأيه جاء بمناسبة الحديث عن ظاهرة التعسف عقود الإذعان ، حيث يرى بأن العبرة في تحديد الشرط التعسفي تكون بغض النظر عن ظرف آخر ، كما يرى أن التعسف في هذه العقود يكون عند تكوينها (مثل شرط الاحتفاظ بالعربون) وعن تنفيذها أيضا (كشرط اسقاط ضمان العيوب) .
ينظر نفس المرجع ، ص 112 ، هامش 117 .
- في حين يرى البعض عكس ذلك ، والقول بأن مجال وجود التعسف يكون وقت تنفيذ العقد وليس وقت تكوينه ، كما هو الشأن في الوصية ، مستندا على نص المادة 149 مدني مصري التي استهلكت بعبارة " إذا تم العقد بطريق الإذعان " .
ينظر : د/ سعيد سعد عبد السلام : " التوازن العقد في نطاق عقود الإذعان " ، بحث مطول منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، السنة 7 ، العدد 13 ، شهر أبريل 1998 ، ص 3 وما بعدها .
- 2 - قارب نقض مدني ، جلسة 12 ماي 1949 ، مجموعة عمر المدنية ، ج 5 ، رقم 417 ، ص 767 .
ونقض مدني مصري ، جلسة 29 نوفمبر 1966 ، مجموعة المكتب الفني ، س 17 ، رقم 249 ، ص 1735 .
ونقض مدني ، جلسة 22 فبراير 1950 ، مجموعة المكتب الفني ، رقم 72 ، ص 273 .
- 3 - نقض مدني ، جلسة 9 أبريل 1974 ، مجموعة المكتب الفني ، س 25 ، رقم 106 ، ص 658 .
- 4- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، 372 ، ص 280 وما بعدها .

ولم تجعل اللجوء إليها في حالة غياب تلك الإرادة . ومن جهة أخرى ، فإنه يفترض في حالة سكوت المتعاقدين إنما قد انتقنا ضمنا على الإحالة إلى هذه المعايير (1) .
أما المذكرة الإيضاحية للقانون المدني فقد انحازت إلى أن تلك المعايير المادية .
فالإرادة وإن كانت ذاتية إلا أنه يجب استخلاصها دائما بوسائل مادية . ووصفت المعايير الواردة في المادة 2/150 مدني مصري بأن " كل أولئك من قبيل الإمارات المادية التي تقدر تقديرا موضوعيا " (2) .

فالبحت عن النية المشتركة لا يخلو من واجهة موضوعية . فالمقارنة بين إعلان الإرادة ومدى اتفاقه مع المدعى بها تتم في ضوء معيار موضوعي يتمثل في الإستهداء بطبيعة التعامل ، فهذه المعايير موضوعية نظرا لأنها خارجة عن الإرادة ، ولكن تجعل الإرادة الظاهرة هي وسيلة القاضي للوصول إلى الإرادة الباطنة . وقد ينتهي به الأمر إلى الأخذ بنتيجة لا تتفق تماما مع الإرادة الحقيقية للطرفين . فكأنها إرادة لا هي بالظاهرة و لا هي بالباطنة . وإن شئت فقل أنها الإرادة الباطنة التي يستطيع القاضي يصل إليها من خلال التعبير الموجود مع الاستعانة بهذه العوامل الموضوعية (3) .

فمثلا ما يتعلق بالإستهداء بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، فإن الصفة الموضوعية تغلب عليه كذلك .

فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن " هذا الشرف وتلك الثقة ينسبان إلى العرف الجاري وكل أولئك من قبيل الإمارات المادية التي تقدر تقديرا موضوعيا (4) .

فالثقة والأمانة لا تؤخذ بمعيار شخصي يتصل بسلوك المتعاقدين ، وإنما تقدر في ضوء العرف الجاري ، وهو معيار موضوعي تماما . فالعبرة بما يذهب إليه الشخص المعقول والعادي في المعاملة من نفس الطبيعة في إطار مبدأ الثقة وحسن النية .

ويرى الفقيه السنهوري أن القاضي في اعتماده على العوامل الخارجية في تفسير العقد فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة ، ولا هو يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة ، وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي لا يستطيع التعرف عليها (5) .

والخلاصة إن المبادئ التي يستند إليها القاضي في تفسير العقد سواء كانت محددة في نص القانون بصورة خاصة ، أم بالإمكان استخلاصها من المبادئ العامة ، ما هي جميعا ، إلا عوامل موضوعية في غالبها تمكن القاضي من استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ، هذه النية التي تجب مراعاتها في تفسير العقود ، دونما تقيد بشكل مطلق ، بالإرادة الظاهرة في العقد ، أو بالإرادة الباطنة . فالمهم هو الإرادة المشتركة الممثلة لاتفاق الفريقين ، والتي لا تكون الإرادة الظاهرة إلا دليلا عليها ، وألا يجب استخلاصها عن طريق تفسير العقود بما يتلاءم مع القصد الحقيقي ، ولذلك أفسح المجال لإثبات عكس الإرادة الظاهرة في العقد .

1- د/ حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق ، فقرة 393 ، ص 294.

2- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 193.

3- أحمد زكي الشيتي في بحثه المعنون : " تكوين العقد وتفسيره " ، المقال السابق ، البحث السابق باللغة الفرنسية قدم إلى معهد القانون المقارن ، باريس ، سنة 1949 ، منشور بمجلة القانون الاقتصاد ، السنة 19 ص 51 و 58.

4- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، المرجع السابق ، ص 297.

5- الفقيه السنهوري : " ، الوسيط " ، ج 1 ، فقرة 398 ، ص 500.

ويسانده الرأي الدكتور سليمان مرقس : " نظرية الالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 256 ، ص 482.

والدكتور أحمد زكي الشيتي : " تكوين العقد وتفسيره " ، المرجع السابق ، ص 45 و 46.

ثالثاً- هل قواعد التفسير الزامية للقاضي أم إرشادية ؟

يرى الاتجاه الغالب في الفقه العربي بعدم إلزامية قواعد التفسير ، باستثناء ما يتعلق بقواعد الشك ، وهو الأمر الذي أيده القضاء أيضا (1) .

فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن ما تقضي به المادة 01/150 مدني يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام و ينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض (2) .

غير أن إلزامية هذه القواعد يحول دون التفرقة بين السلطة محكمة الموضوع استظهار وتفسير العقد بما لها من سلطة لا تفهم واقع شريطة أن يكون التفسير سائغا ، وبين سلطة محكمة النقض في الرقابة على أن الاستخلاص سائغ وعلى أنه لم ينطو على مخالفة للقانون. فالأولى مسألة واقع والثانية مسألة قانون .

ونشير إلى أنه إذا كان العقد واضحا في غير حاجة التفسير فإن ذلك لا يمنع من قيام نزاع حول تنفيذ العقد . ولكن قد يختلط الأمر إذا كان التفسير ضروريا لمعرفة ما إذا كان التنفيذ قد تم وفقا للمفهوم الصحيح للعقد .

أما الفقه الفرنسي فيرى أن كل قواعد التفسير التي نص عليها القانون المدني من المادة 1157 وما بعدها غير مقيدة للقاضي ، وإنما يأخذ بها على سبيل النصح لا غير . وهذا ما سارت عليها محكمة النقض الفرنسية . وقد اخترنا منها حكما جاء فيه :
" ليس لمواد التفسير المذكورة طابع آخر . وهي تشكل بطبيعتها نصائح أعطاهها المشرع لقضاة لتفسير الاتفاقات ، وهي ليست قواعد مطلقة يؤدي تفسيرها إلى إبطال الحكم الذي كرسها " (3) .

وفي مناسبات عديدة ، سابقة ولاحقة ، أكدت محكمة النقض هذا الموقف (4) . ويستثنى من ذلك نص المادة 1602 المتعلقة بتفسير عقود البيع التي سيأتي الحديث عنها لاحقا ، ولو أن البعض يرى أن هذه القاعدة مجرد استثناء للقواعد العامة لا يغير من وصفها . فمادام أن القواعد العامة غير أمرة فإن القاعدة الإستثنائية أيضا تعد غير ملزمة (5) .

1 ذهب القضاء الإداري في مصر إلى عكس ذلك ، حيث قضى أنه :

"وعلى هذا الأساس فإذا كانت قواعد التفسير في القانون المدني ليست من النظام العام تبعا لطبيعة النص الذي يتولى القاضي تفسيره فالأمر على خلافه بالنسبة للنصوص والعقود الإدارية التي هي في معظمها قواعد أمرة " .
محكمة القضاء الإداري في مصر. حكم بتاريخ 30 جوان 1957 ، قضية رقم 983 ، السنة 7 ق.

2- نقض مدني ، جلسة 18 ديسمبر 1977 ، المجموعة المدنية ، السنة 39 ، ج 2 ، ص 1329 ، رقم 226.

ونقض مدني ، جلسة 26 نوفمبر 1984 ، المجموعة المدنية ، السنة 35 ، ص 1920.

ونقض مدني ، جلسة 27 فيفري 1984 ، المجموعة المدنية ، السنة 35 ، ج 01 ، ص 1075 رقم 68..

3 - Cass. Civ. 24 fev 1868. Dalloz .P . 1868 - 1 -308..

4- Cass. Civ. 1 8 mars 1807. Siery .1807- 1 -361. Dalloz. 1807-1 - 241.

- Cass. Civ. 13 fev 1883. Siery .1883 -1 - 46.- Cass. Civ. 16 fev 1892. Dalloz .P.1892 - 1 -248.

- Cass. Civ. 10 mai 1948. G .P .1948-2-41. Cass. Civ. 13 fev 1962. Bull .Civ.-1962-1-96..p 84.

- Cass. Soc. 20 fev 1975. Bull.Civ -5-93.p 85. Dalloz 1976.p142. note .J.serra.

- Cass.Soc.30 jui 1981. Bull.Civ .5-490.p 369. Cass.Com. 19 jan 1981 Bull.Civ.1981- 4-34. p25.

1- ينظر : الأستاذ جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 59.

الفصل الثاني :

التطبيقات القانونية والقضائية لقواعد التفسير في بعض العقود

تناولنا في **الفصل التمهيدي** الطرق الفنية التي يعتمدها القاضي حال التفسير ، وذكرنا أسلوبين هما : أسلوب التفسير اللغوي أو الحرفي كما يسمى ، وأسلوب التفسير المنطقي ، فضلا عن هذين الأسلوبين ، هناك أسلوبان آخران للتفسير هما : التفسير الضيق والتفسير الموسع ، وهنا ينظر إلى نوع التفسير بالنظر إلى النتيجة ، ويضيف لهما البعض تفسيراً آخر هو التفسير المقرر .

وسنركز هنا على تطبيقات هذين الأسلوب في بعض العقود . وسنرى هل يصلح التفسير الموسع لجميع العقود والمشاركات أم لبعضها فقط ، ونفس الشيء بالنسبة للتفسير الضيق .

وسندرس كل نوع من أنواع هذه التفسير . والذي يهمنا أكثر هو تطبيقاتها العملية ، وسنركز بالخصوص على تطبيقاتها في مجال عقود الإذعان بالنظر إلى الأهمية التي تمثلها هذه العقود في الحياة العملية ، وبالنظر إلى الجدل الفقهي والقضائي ، وحتى التشريعي ، الذي عرفته هذه العقود لما يميزها من صفات غير موجودة في عقود المساومة والعقود العادية .

وقد آثرنا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : التطبيقات القضائية للتفسير الموسع والتفسير الضيق للعقود

المبحث الثاني : تطبيقات قواعد التفسير في مجال عقود الإذعان

المبحث الأول : **التطبيقات القضائية للتفسير الموسع و التفسير الضيق للعقود**

كثيرا ما تأتي تعبيرات المتعاقدين مقتضية بما يجعلها عاجزة عن حد الكفاية اللازمة لاستيعاب كل الأفكار التي راودتها ، كما أنها قد لا ترتب كل النتائج المرجوة منها رغم أنها كانت في الحسبان ، عندئذ ، وعملا بالتفسير المنطقي ، يتعين مد هذه التعبيرات لتمثل هذه الأفكار التي لم يظهرها التعبير ، وعندئذ تكون بصدد التفسير الواسع .

أما وإذا كانت العبارات على النقيض قد جاءت مفصلة بأكثر من المطلوب ، فبدت منها أمور لم تكن في ذهن المتعاقدين على الإطلاق فإننا بحاجة إلى تفسير ضيق ليقف بها عند الحد الملائم لأفكار الطرفين .

أما إذا جاءت التعبيرات على قدر الأفكار ، وهذا هو الأصل ، فلا حاجة للتوسعة أو التضيق ، عندئذ يكون التفسير مقورا أو كاشفا .

وكثيرا ما تدق التفرقة بين أنواع التفسير هذه من الناحية النظرية . ولا يمكن تحديد هذه التفرقة إلا من خلال التطبيقات القضائية .

وسنركز الدراسة على تطبيقات التفسيرين الموسع والضيق فقط في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : التفسير الموسع للعقود وتطبيقاته القضائية

المطلب الثاني : التفسير الضيق للعقود وتطبيقاته القضائية

المطلب الأول : **التفسير الموسع للعقود وتطبيقاته القضائية**

الأصل في تفسير العقود هو التضييق ، استنادا إلى ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة ، غير أن هناك حالات يجد فيها القاضي نفسه مرغما على التوسع في تفسير العقد لعدة إعتبارات منها عدم التكافؤ بين طرفي العقد وقت إبرامه أو وقت تنفيذه . وكذلك الشأن في حالة وجود احتكار فعلي وقانوني . وغالبا ما يكون التوسع كحيلة لصالح الطرف المدين أو الطرف الضعيف في العقد . ولذا يمكن اعتبار مبدأ التوسع صورة من صور الحماية القضائية الحديثة التي فرضتها بعض الاعترافات الاجتماعية والاقتصادية .

ولكن ما معنى التفسير الموسع ، وما أساسه ، وما هي صورته ؟ وما هي الانتقادات التي وجهت له ؟ وما هي أهم تطبيقاته ؟

هذا ما سنعرضه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : معنى التفسير الموسع وصوره

الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الموسع

الفرع الأول : معنى التفسير الموسع وصوره

يهدف التفسير الموسع أو الحر إلى إزالة غموض النص وإكمال نقصه، وتعديل اضطرابه، ورفع التعارض بينه وبين نص آخر . وفي العقود يصل إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدرها القاضي أنها شروط تعسفية فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها ، هادفاً على تحقيق التوازن والحماية لأطراف العقد ، وتحقيق ذلك لا يتم إلا من استعانة القاضي بمجموعة عناصر مادية وشخصية غير متقيد بصياغة العقد وبطريقة وضع شروطه .

وعادة ما يكون هذا التوسع في عقود الإذعان ، وإن كان غير مقتصراً عليها حصرياً ، ومن ثم يمكن تفهم أسلوب القاضي التوسعي في تفسير العقد .

أولاً - معنى التفسير الواسع (extensive) :

يقصد بالتفسير الواسع أو الحر ذلك التفسير الذي يهدف إلى تدارك عدم الكفاية اللفظية ، بسد النقص في العقد باستظهار تلك النيات التي لم يعبر عنها صراحة . ذلك أنه عادة ما يتردى المتعاقدان في سوء الصياغة اللفظية ، فيجوز أن ما يتعين فيه الإفاضة ، بحيث يتعذر الوقوف على كافة مشتملات الإرادة الحقيقية من خلال هذه الصياغة .

ويكون التفسير الواسع بالرجوع إلى عناصر ، غير التعبير عن الإرادة ، تكون صالحة لإظهار نية المتعاقد ، ومن شأنها أن تتوسع فيما يؤديه النص المختصر في حدود هذه النية ، ويلجأ القاضي عندئذ من أجل الكشف عن هذه الإرادة إلى عناصر أخرى مغايرة لعنصر التعبير المادي ، إذ يستطيع أن يدخل تحت الشرط التعاقدية في العقد ، أو يستخلص منه نتائج كانا يبيغان ترتيبها عليه ، ولكن قصر الشرط بصياغة الحالية عن ترتيبها ، وإن كشفت ظروف الواقع الخارجية عن أنها كانت في مقصود الطرفين فعلاً وقت إبرام العقد .

ثانياً - الفرق بين التفسير الواسع والقياس والتكميل :

يجب عدم الخلط بين هذه التفسير الواسع وبين الاستنتاج بطريق القياس الذي ينحصر أمره في وضع حل للمسألة المطروحة ، قياساً للحل الذي وضع في مسألة مماثلة لما بينهما من وجوه الشبه والمماثلة القانونية ، وهو ما يكثر تطبيقه في أحوال تفسير القانون . وينبغي التمييز كذلك بين التفسير الموسع التفسير المكمل الذي سبق الحديث عنه . فالتفسير التكميلي يستكمل فكرة المتعاقد التي حصل التعبير عنها بإضافة بعض الوجوه من المفروض أنها كانت في رأى المتعاقدين⁽¹⁾ .

ولقد أوحى الشارع الفرنسي بهذه الطريقة الأخيرة إلى القاضي في المادة 1160 من القانون المدني سلطة تكملة ما لم يوضح من شروط العقد بما جرى عليه العرف .

1 - د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 62 .

كما أن الشارع الجزائري قد أقرها فيها يتطلبه في الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني (المقابلة للمادة 150 فقرة ثانية مدني مصري) ، من الإستهزاء في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات (1).

ثالثا- الأساس القانوني للتفسير الواسع :

تضرر البعض من محاولة مد الاتفاقات إلى خارج حدود الإرادة الظاهرة فيها، بمقولة أن ذلك العبث بالعقود سيؤدي في النهاية إلى الفوضى والتحكم من جانب القضاة . ولكن الرأي الصائب (2) يرى أن ذلك الادعاء في غير محله ، إذ أن القاضي إذ فعل ذلك فإنه لن يعمل إلا حكم المادة 1156 مدني فرنسي ، بتغليب النية على التعبير . ذلك أن الأفراد إذا ما أساءوا التعبير وجاءت تعبيراتهم غير دقيقة ، وغير معبرة عن إرادتهم ، يكون للقاضي أن يستوحي هذه الإرادة ، وهو لن يقدم على مدى الإنفاق إلا إذا ظهر أمامه الدليل على وجود إرادة حقيقية لم يعتبر عنها في العقد . وإذا لم يقدم له الدليل المقنع فسيعتبر أن ما حفل به العقد هو القدر الذي يكشف عن إرادة طرفية ، فلا مجال إذا للتحكم ، بل أن ذلك هو ما يتفق ومقتضيات النظام الشخصي للتفسير . (3)

وبالإضافة للمادة 1156 يرجع التفسير الواسع في أساسه القانوني للمادة 1135 مدني فرنسي (4) ، إذ أن العقود لا تلزم أطرافها فقط بما ورد فيها صراحة ، ولكن بما هو من مستلزمات ، وفقا للقانون أو العرف أو العدالة ، فلا يمكن أن نتطلب من الأفراد أن يضمنوا عقودهم جميع الأحكام الجوهرية والثانوية . ذلك أن القانون قد ناب عنهم في تفصيل بعضها أما البعض الآخر فيستوجب القاضي من العرف المستقر ومبادئ العدالة .

رابعا- نوعا التفسير الواسع :

التفسير الواسع نوعان : إما رأسي ، وإما أفقي :

- النوع الأول : يتم بالتوسع الرأسي ، أي ينصب على الألفاظ القائمة في العقد بالفعل، فيمدها ليشمل حالات لم يفصح عنها صراحة في العقد ، وان كانت مفهومة ضمنا من طرفيه، وهو التفسير الواسع من مفهومه الدقيق .

- والنوع الثاني : يتم بالتوسع الأفقي أي بإضافة نصوص أخرى إلى النصوص القائمة في العقد ، تعبر عن أفكار كانت أيضا مفهومة ضمنا من طرفيه . وهو يسمى بالتفسير التكميلي .

1- وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب في تفسير المشاركات إتباع العرف .

حكم بتاريخ 27 نوفمبر 1923 ، مجلة المحاماة ، السنة الرابعة ، ص 329 ، رقم 270 .
وبهذا المعنى محكمة مصر الكلية بتاريخ 11 أبريل 1905 ، المجموعة الرسمية ، السنة 6 ، ق ، ص 68 .

وكذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 30 ديسمبر 1931 ، م 43 ، ص 109 .

3- يؤكد هذا الرأي ، ويسانده بحق الأستاذان بودري وبارد .

- نقلا منا عن د/ عبد الحكم فودة : تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 51 ، ص 105 ..

4- Trib civ . seen , 28 nov . 1934 . Dalloz . H . 1935 . 13 .

ويرى البعض أن التفسير التكميلي لا يعد من قبيل التفسير الواسع ، إلا أن هذا النوع من التفسير يشكل توسعا فعليا وحقيقيا في مضمون العقد ، وإن اختلف النوع الأول في الوسيلة (1) .

وفيما يلي نتناول هذين النوعين :

1- التفسير بالتوسع الراسي :

تتعدد معاني الألفاظ ، بحيث يكون للفظ الواحد أكثر من معنى متباين . فقد يكون لهذا اللفظ في القانون معنى معين . وبالتفسير الواسع يمكن مده إلى معنى مغاير لمفهومه القانوني طالما أن ذلك يتفق والإرادة الحقيقية للطرفين . كذلك الحال بالنسبة لشرط من شروط العقد حيث يجري تفسيره بطريقة التوسع الراسي .

ومثال ذلك ما ورد بشرط في عقد إيجار يحظر على المؤجر تأجير محلات المجاورة لمزاولة مهنة تماثل مهنة المستأجر ، فإنه يمكن التوسع في مفهوم هذا الشرط بمدة إلى الحالة التي يكون فيها التأجير لمباشرة تجارة ليست مطابقة ولكن مشابهة للتجارة الواردة في العقد الأول .

وكذلك يمكن مد مفهوم الجوار في هذا الشرط إلى الحالة الاقتراب دون شرط الالتصاق ، ولكن هذا لا يعني أن نعطي للفظ أو للشرط مفهوما أوسع مما تحتمله نية الطرفين ، بأن ندخل تحته ما لم نتصرف الإرادة الحقيقية إليه . إذ يعد ذلك تحريفا للألفاظ الواضحة بالعقد (2) .

2- التفسير بالتوسع الأفقي :

يقصد به تكملة الأفكار المعلنة ، بالإضافة فكرة أو أكثر إلى شروط ، متى كان مضمونها مفهوم على النحو ضمني من طرفي التعاقد . وهذا ما كشفت عنه المادة 1160 من القانون المدني الفرنسي التي تعني وجوب تكملة العقد بالشروط التي تعد من العرف ، ولو لم ينص عليها في العقد .

وقد تكون العدالة هي مبعث هذا الشرط الإضافي ، كما هو الحال بالنسبة لشرط الالتزام بالسلامة في عقود النقل رغم خلوها منه (3) .

على الرغم من أن القاضي يمتنع عليه التدخل في مضمون العقد فإنه يستطيع أن يتدخل لتفسير هذا المضمون حينما تكون إرادة أحد الأطراف غير واضحة ، أو حينما يكون الشرط غامضا ، حيث أن للقاضي أن يستخدم سلطته في تفسير شروط العقد وفي تتبع توجه إرادات المتعاقدين (4) .

1 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 53 ، ص 107 .

2 - وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها التالي الحكم الابتدائي المطعون فيه لهذا السبب ، وذلك في دعوى المطالبة بالتعويض استنادا إلى شرط وارد في وثيقة تأمين يلزم الشركة بالتعويض عن أضرار التصادم

Cass Civ .I .16 mars 1971 . Bull. Civ 81 . p 68

Cass Civ.. 30 nov 1966 . Bull. Civ 459 , p 406.

3 - Fardjat (Gérant) : « l'ordre public économique » . thèse .1962 . n° 224 . p 173 et s.

4- Cass. Civ. 22 nov 1865. D.P. 1865. p.1. Cass. Civ. 20 avr 1887 . D.P 1887. p 1.

الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الموسع

لقد ترتب على مبدأ سلطان الإرادة نوع من التعسف وفساد في الروابط العقدية من دون تدخل ، ولذلك فكرت التشريعات في بسط الحماية القضائية الأطراف المستضعفة في العقود بأن عهدت للقاضي سلطة الرقابة والتدخل كلما ظهر له نوع من عدم التكافؤ بين أطرافه ، ووفرت له نصوص احتياطية تسمح له بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها إذا ظهر له أنها مجحفة وتتجافي ومبادئ العدالة .

وقبل أن يقوم القاضي بتخفيف هذه الشروط أو إبطالها ، فإنه يقوم بتفسيرها ، وعادة ما يكون هذا التفسير موسعا ، لاعتبارات الحماية القضائية للأطراف المستضعفة في مثل هذه العقود ، ولأجل تحقيق التوازن العقدي والقانوني لأطراف هذه العلاقة وإن كانوا غير متساوين اقتصاديا .

أولاً- مجال التفسير الموسع :

يلاحظ في البداية أن التفسير الموسع يجد مجاله الرحب في عقود الإذعان التي عادة ما تتضمن في طياتها شروطا تتجافي مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل ، وهي الشروط التي أصطلح عليها الشروط التعسفية . والهدف من تمكين القاضي من التدخل في الروابط العقدية بتخفيف عبء العقد وشروطه هو حماية الطرف الضعيف الذي اضطر تحت وطأة الاحتكار القانوني والاقتصادي على قبول هذه الشروط القاسية دون التفاوض بشأنها⁽¹⁾.

وهو مسلك محمود انتهجته جل التشريعات المقارنة ، لأنه يتماشى مع التطورات التي عرفتها التشريعات ، ويواكب المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالتقدم الصناعي والتكنولوجي⁽²⁾.

ومع ذلك فإن البعض من الفقه ينتقد توجه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف المذعن على هذا النحو ، لأنهم يعتقدون أن ذلك لا يتلاءم مع الأصول المعتمدة في التفسير القانوني ، التي تقضي بالالتزام بالمعاني المستمدة من عبارات التعاقد متى كانت واضحة⁽³⁾ . ويبرر هذا الفقه المصري رفضه للتوسع في حماية الطرف المذعن على النحو الذي ورد في المادة 149 مدني مصري بأن السلطات التي منحها المشرع للقاضي تتجاوز السلطة الثابتة للقضاء عند تفسير العقود ، والتي تقتصر وفقا للقواعد العامة على مجرد التفسير دون أي تدخل باجراء التعديلات على الشروط التعاقدية ، أو من باب أولى ، بالتدخل بإهدار الشرط كلية .

1- يكون القبول في عقود الإذعان دون مناقشة أو مساومة أو مفاوضة بخلاف عقود المساومة ، ويختلف القبول بهذه الطريقة عن مفاهيم أخرى مشابهة ، وهي القبول تحت الإكراه وتحت التدليس ونتيجة الغبن . فهذه الوقائع يمكن تصورهما في عقود المساومة كما يمكن توقعهما في عقود الإذعان ، وهي تؤدي إلى بطلان العقد في حالة ثبوتها .

أما التعاقد بطريق الإنظام دون مساومة فلا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد الإذعان ، وإن كان يمكن أن يؤدي إلى بطلان بعض الشروط التعسفية فيه .

2- ينظر المادة 110 مدني جزائري ، المقابلة للمادة 149 مدني مصري ، وكذا المادة 248 مدني إماراتي .

3- ينظر د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، فقرة 531 ، ص 246 .

ويؤدي تفسير نص المادة 149 مدني على النحو الذي يجري عليه أغلب الفقه إلى تجاوز هذه الحدود عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية ، بل وإهدارها بدون أي قيد ولا معقب (1) .

ويبقى أن نشير هنا إلى أن المشرع المصري في الحقيقة لم يحدد المقصود بالشرط التعسفي ، وهو ما يترك للقضاء سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدى وبالاستناد إلى الظروف الشخصية لأطراف العلاقة العقدية (2) .

فليس كل ما يرد في عقد الإذعان هو شرط تعسفي بالضرورة ، حتى ولو كان شرطا مطبوعا أو نموذجيا ، وإنما ينبغي تقدير كل شرط على حدى ، مع الأخذ بعين الاعتبار مجموع العقد ، وقد يتضح أن الشرط الذي كان وقت إبرام العقد يعد مجحفا في حق الطرف المذعن صار وقت تنفيذه شرطا في صالحه .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه : " لا يعتبر الشرط تعسفيا يجيز تدخل القاضي ذلك الشرط الذي فرض على المذعن وتبين أنه مفيد له " (3) .

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما ، يجب أن يأخذ في الاعتبار لحظة إبرام العقد ، ولا يجب الانتظار تحت تظهر نتائج الشرط التعسفي أثناء تنفيذ العقد (4) .

وتعتبر مسألة تقدير تعسفية الشرط من عدمه من مسائل الموضوع حسب الراجح لدى الفقه والقضاء العربي ، حيث يرى الفقيه السنهوري أن القاضي هو الذي يملك حق تقدير الشرط ما إذا كان تعسفيا ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإنه مثل هذا الإتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولو صح ذلك للجات شركات الإحتكار وجعلته شرطا مألوقا في عقودها (5) .

وخلافا لذلك فإنه في فرنسا يرى بعض الفقه والقضاء يجوز الرقابة على قاضي الموضوع عند تفسير العقود التي لها صفة تنظيمية مثل العقود النموذجية (6) ، ومن باب أولى أن تكون هذه الرقابة على تفسير الشروط التعسفية .

1- ينظر د/ عبد الباسط جمعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، فقرة 531 ، ص 246.
2- ينظر د/ إسماعيل محمد المحاقري : " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية .. " ، بحث مقارن منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، شهر ديسمبر 2006 ، ص 229 وما بعدها .
3- نقض مدني ، جلسة 25 ماي 1950 ، مجموعة المكتب الفني ، س 1 ، ص 529 .
4- ينظر د/ حمد الله محمد حمد الله : " حماية المستهلك " ، ص 61 ، وهو يؤيد هذا الرأي .
5- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 118 .
وفي نفس الرأي : د/ عبد المنعم فرج الصدة : " عقد الإذعان " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 354 .
وينظر : نقض مدني مصري ، جلسة 18 أكتوبر 1966 ، مجموعة المكتب الفني ، س 17 ، ص 1543 .
-Cass.Civ. 4 mai 1942 . Dalloz. 1942. p 131. 6

ثانياً - بعض التطبيقات القضائية :

اتسمت أحكام القضاء المقارن ، ولاسيما منها في فرنسا ، بالتوسع في تفسير شروط العقد ، ولاسيما في الحالات التي توجد فيها شروط مطبوعة سلفاً ، وكذا في الحالات التي لم يكن فيها رضاء حقيقي من جانب أحد الأطراف .

وسنقتصر في عرضنا على بعض النماذج من اجتهادات بعض المحاكم في الدول المقارنة ، ولكن سنعاود الحديث عن أهم تطبيقات التفسير الموسع في مجال عقود الإذعان ، ولاسيما في عقود التأمين وعقود الاستهلاك . ولذا فالأمثلة التالية تبتعد عن هذين العقدين .

ونبدأ عرض تطبيقات التفسير الموسع من خلال سؤال مهم طرح أمام محكمة النقض الفرنسية بخصوص إلزام المتعاقد بالشروط إذا لم يكن العقد مذيلاً بإمضائه في نزاع يتعلق بعقد نقل جوي .

حيث ورد في تذكرة السفر شرط مطبوع يقيد به الناقل الجوي من مسؤوليته المدنية ، حيث قضت محكمة باريس بأن هذا الشرط لا يلزم المسافر لعدم توقيعه على تذكرة السفر التي ورد فيها شرط تحديد المسؤولية⁽¹⁾ .

ولكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم استناداً إلى أن تقييد المتعاقد بشروط العقد يقوم على رضائه بها . ولا يشترط لذلك أن يذيل العقد بتوقيعه⁽²⁾ ، إذ يكفي رضاؤه الضمني بهذه الشروط ، وقد ثبت رضاه المسافر ضمناً بشروط العقد من واقعة تسلمه تذكرة السفر ، بحيث يمكن للمتعاقد التعرف على كافة الشروط المطبوعة الواردة فيها وموافقته بعد ذلك على قيامه بالرحلة بالطائرة في الوقت الذي كان يستطيع فيه أن يرفض تذكرة السفر أو يتنازل عن الرحلة الجوية⁽³⁾ .

ويجوز مع ذلك لمحكمة الموضوع أن تقدر عدم رضاه المتعاقد بالشروط المطبوعة التي لم تذيل بتوقيعه .

وتطبيقاً لذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية حكماً ألزم فيه صاحب محل لتنظيف الملابس بدفع تعويض على عميله عن الأضرار التي لحقته بسبب تلف الرداء الحريري المكلف بتنظيفه ، ولم تعد المحكمة بشروط الإعفاء من المسؤولية الوارد على ظهر الإيصال المسلم للعميل ، حيث قدرت عدم رضائه بهذا الشرط⁽⁴⁾ .

فالقاعدة أن المتعاقد لا يلتزم بأي شرط مطبوع أو يدوي لم يوقع بأي صورة من صور التوقيع ولم يثبت رضائه أو علمه بها فلا يلتزم به⁽⁵⁾ .

1 - Trib. Paris . 23 juil 1937 . Gaz .Pal. 1937- 2 -692.

2 - Cass. Civ. 27 fév 1947. Gaz . Pal 1947 -1 - 205.

3 - Cass.Civ. 9 mars 1942. Gaz .Pal 1942. -1 -264..

4 - Req . 7 dec 1936 . Dalloz. H . 1937 - 17

وفي نفس الاتجاه :

محكمة استئناف القاهرة في 30 أبريل سنة 1963 ، المجموعة الرسمية ، س 61 ، عدد 2 ، رقم 56 ، ص 415.

5- Req. 7 dec 1936. Daloz . H .1937.

Cass. Civ . 28 juin 1909. Dalloz . P .1910- 1 - 21.

وقد قضي في فرنسا (1) أنه إذا قام التضارب في عقد القسمة ، فإن لقضاة الموضوع أن يضيفوا إليه شرطا يحق بمقتضاه لأحد المتقاسمين أن يفتح بابا في الحائط الفاصل، من شأنه أن يسمح بممارسة حق المرور المعترف له به ، ولو لم يرد هذا الشرط صراحة في العقد .

وهناك أمثلة كثيرة تتعلق بالتفسير الموسع في مجال عقود التأمين وعقود الإستهلاك ، لاسيما في ظل القضاء الفرنسي . وعليه فضلنا تأجيلها ، والتطرق إليها لاحقا عند عرض تطبيقات التفسير في مجال عقود الإذعان .

المطلب الثاني : **التفسير الضيق للعقود وتطبيقاته القضائية**

إنطلاقاً من المبدأ التقليدي المعروف "العقد شريعة المتعاقدين" ، فإن سلطة القاضي كثيراً ما تتقلص لهذا السبب . ويتعين على القاضي التقيد برغبة الأطراف وإرادتهم البينة في العقد ، وحتى في حالة غموض التعبير أو الإرادة يتعين على القاضي ، وهو يفسر العقد ، أن يكون حذراً وغير متجاوز إلى حد أن يعدل من العقد أو يلغي بعض الالتزامات بحجة التفسير .

وانطلاقاً من هذه الفكرة وجد ما يسمى بالتفسير الضيق ، وهو الأصل في التفسير كما ذكرنا ، ولكن وإن كان مفهوم التفسير الموسع ارتبط في الغالب بعقود الإذعان ، فإن التفسير الضيق مقتصر في الأصل على عقود المساومة (المقصود العقود التي لا يوجد فيها إذعان) ومع ذلك جرت العادة على إيراد بعض الشروط التعسفية التي تثيري ذمة الطرف القوي أو تحد من مسؤوليته والتزاماته . فمثل هذه الشروط ينبغي عدم التوسع فيها ، بل بالعكس يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً بشكل يعود بالمنفعة والمصلحة للطرف الضعيف ، فعن طريق التفسير القضائي الضيق كذلك يمكن حماية الطرف الضعيف ، وهذا أمر تقتضيه قواعد المنطق ويتمشى مع روح العدالة .

ونتساءل هنا ما المقصود بالتفسير الضيق ، ومتى يكون القاضي ملزماً بهذا النوع من التفسير ؟

هذا ما سنجيب عنه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : معنى التفسير الضيق وكيفية إجرائه

الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الضيق

الفرع الأول : معنى التفسير الضيق وكيفية إجرائه

رغم أن العمل التفسيري هو عمل إجتهادي بالدرجة الأولى إلا أن القاضي قد يجد القاضي نفسه أحيانا ملزما باللجوء إلى التفسير الضيق لبعض القضايا المعروضة عليها ، خاصة عندما يتعلق الأمر بتفسير شرط في العقد يقلص من التزامات قانونية كما في عقد نقل الأشخاص أو فيه ضرر على صاحبه كما في عقد الصلح . وهذا التفسير في الواقع لا يقتصر على التصرفات الملزمة لشخصين بل قد يمتد أيضا للتصرفات الملزمة لجانب واحد ويظهر أن نفس الاعتبارات التي دفعت الفقه والقضاء إلى التوسع في تفسير بعض الشروط هي نفسها التي دفعت إلى التضييق في تفسيرها في بعض الأحيان ، ما يعني التشابه في الحكمة من التوسعة والتضييق في التفسير .
وهنا نتساءل : ما معنى التفسير الضيق ، وما أساسه ؟

أولاً- معنى التفسير الضيق :

يعني بالتفسير الضيق تطبيق شروط العقد حرفيا كما جاءت مبينة من طرفيها ، ويفتضي هذا لتفسير استبعاد مبادئ العدالة أو حسن النية (1) . وهو تفسير يهدف ، شأنه شأن التفسير الواسع ، إلى إزالة غموض النص أو العقد أيّا كان سبب الغموض .
وفي تعريف التفسير الضيق يقول البعض : "يقصد بالتفسير الضيق ذلك التفسير الذي يهدف إلى إجراء تصحيح لتعابير المتعاقدين، بتخصيصها أو الحذف منها لتأتي متطابقة مع الأفكار الحقيقية التي أراد الطرفان التعبير عنها . ذلك أنه قد يحدث أن يسرف المتعاقدان في التعبير عن الأفكار معنية ، فيأتي المتبادر فهمه منها أعم بكثير مما أريد بالفعل التعبير عنه ، عندئذ يقوم القاضي على ضوء الظروف الكاشفة عن الأفكار الحقيقية بتهديب هذه التعابير ليعود بها إلى النطاق الحقيقي الذي كان يتعين أن تكون فيه بداية حال إبرام العقد " (2) .
فهذا النوع من التفسير على النقيض من التفسير الواسع ، حيث يستخدم المتعاقدان صيغة يمكن أن تتجاوز حدود نيتها ، فإنه يمكن بالرجوع إلى الظروف تحديدها .
وعلى القاضي حينها أن يقوم يمد العبارات لتشمل أفكارا لم يعبر عنها القول بالفعل ، وان كانت في مفهوم المتعاقدين . ففي التفسير الواسع يوجد تقدير لغوي ، أما في التفسير الضيق فيوجد على العكس إسراف لغوي .

فمثلا إذا أردت أن أشتري ما هو موجود من نوع معين في حظيرة الأرناب ، وقلت لصاحبها إنني أشتري كل ما لديه منها ، ولم يكن قد تناول ما قمت به من فحص إلا ذلك النوع المعين ، بينما كانت لديه أنواع أخرى لم أعرض لفحصها ، فإنه يجب أن يفسر تعبير شراء كل ما لديه من أرناب تفسيراً ضيقاً ، فلا ينصرف إلى ذلك النوع المعين .
ويقترض التفسير الضيق وجود شك في سلامة الهدف من التعبير وعلى ضوء ظروف الواقع يستطیع القاضي أن يجلو هذا لا شك ، يرد الألفاظ إلى المقصود منها فعلا ، وطرح ما قد يدخل تحتها من أفكار لم تكن في مخيلة المتعاقدين لحظة التعاقد .

1- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 43 .

2- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 56 ، ص 109 .

ولقد أقرت المادة 1163 من القانون الفرنسي التفسير الضيق فيها تقتضيه من تحديد عبارة العقد إذا كانت عامة ، بالرجوع إلى الموضوع الذي تم عليه التعاقد أو الذي يظهر أن المتعاقدين تعاقدوا عليه .

فإذا اتفق أحد الورثة على التخارج من التركة واتفق في هذا السبيل على تنازله عن جميع حقوقه الموروثة ، فبتفسير ذلك أن التنازل لا يشمل حقوقا في تركة أخرى (1) . وإذا استعمل المتعاقدان عبارة البراءة عامة بعد حصرهما موضوع التخلص فيها هو مبين بالعقد ، فإنما يفسر ذلك بأن تقتصر البراءة على الحقيقة التي كانت الغرض الوحيد من التعاقد . ولا يجوز أن تتعدى إلى غيرها مما لم تتجه إليه أفكار المتعاقدين تصرّحا أو تلميحا (2) .

وعلى النحو الذي يفترق فيه التفسير التكميلي عن التفسير الواسع ، فإنه يجب التمييز بين التفسير الضيق وبين القاعدة التي تقرها المادة 1164 من القانون المدني الفرنسي ، عن أنه إذا خص المتعاقدان حالة بالذكر عليها ، فليس يجعلها ذلك تنفرد وحدها دون غيرها بما اتفق عليه كما إذا نص في بيع أرض زراعية على أن تتبعها المواشي التي بها ، فليس يعني ذلك إخراج غيرها مما يتبع الأرض من آلات مخصصة لخدمتها . ويمكن أن يقترب التفسير الضيق من الاستنتاج بطريق المفهوم العكسي الذي يكون حينما يتبين من الظروف أن المتعاقدين قد اضطرا إلى وضع قاعدة لتنظم حالة استثنائية ، وإذن فغير الاستثنائي تطبق عليه عكس هذه القاعدة (3) .

ثانيا- الأساس القانوني للتفسير الضيق ومبرراته :

التفسير الضيق كما قلنا يهدف إلى تغليب الإرادة الحقيقة على التعبير الواسع ، ومن ثم فهو يرتد في أساسه الأول ، شأنه في ذلك شأن التفسير الواسع ، إلى المادة 1156 مدني فرنسي التي تغلب على النية على التعبير ، كما يرتد إلى المادة 1163 مدني فرنسي . وترجع مبررات هذا التفسير في الغالب الأعم من حالاته ، إلى أن شروط التعاقد التي يجري تفسيرها تفسيراً ضيقاً ، كثيراً ما تأتي مخالفة للأصل ، سواء كان هذا الأصل هو براءة ذمة الشخص ، أو تعلقه بماله والمحافظة عليه ، أو تمتعه بحريته وعدم ورود أي قيد عليها ، أو توافقه مع ما يجري به العرف وتقضي به القوانين . فإذا كانت نية الطرفين قد تعلقت بهذه المخالفة ، فلا مجال للعدول عن النية ، ويجيء التفسير كاشفاً عنها لا مضيقاً . أما إذا أثار الشك ، فعندئذ ، نعود إلى الأصل طالما لم يثبت هذا الاستثناء ، إذ كما هو معروف فإن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره .

1- الفقيه السنهوري : " نظرية العقد " ، المرجع السابق ، ص 942.

2- محكمة مصر الاستئنائية ، جلسة 4 ماي 1889 ، ورد بمجلة الحقوق ، عدد 14 ، ص 173.

3- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، فقرة 161 ، ص 146.

ثالثاً - الفرق بين التفسير الضيق والتفسير المقرر:

يختلف التفسير الضيق عن التفسير المقرر أو الكاشف . ويقصد بالتفسير الكاشف أو المقرر ذلك التفسير المنطقي ، الذي يعطي للألفاظ دلالتها مع النية المشتركة للطرفين دون توسعه أو تضيق (1) . ويتبين من ذلك أن هذا النوع من التفسير (المقرر) هو الأصل . والذي يتعين على القاضي التزامه . فالتوسع أو التضيق إنما ترجع إلى شك في مجال الشرط ونطاقه ، بسبب التقدير في الألفاظ أو الإفراط فيها . ويمكن تصور إجراء هذه الطريقة من طرق التفسير في حالة وجود التعارض بين أجزاء الشرط التعاقدية ، فيجري التوفيق بينها ، لتأتي متفقة مع النية المشتركة للطرفين ، أو يجري تصحيح الخطأ الذي وقع فيه . ولذا يسمى البعض من الفقه هذا النوع من التفسير بالتفسير التصحيحي أو التفسير بالتصحيح على أساس أنه يتعرض بالتصحيح للتصرفات القانونية المعينة في تحريرها ، سواء بالإضافة إليها أو الحذف منها ، ليأتي التصرف صحيحاً متفقاً مع النية الحقيقية للطرفين (2) .

ويبرز الفقه الفرنسي (3) مثلاً عن التفسير الكاشف مجسداً في نص المادة 1158 من القانون المدني ، حيث أشارت هذه المادة إلى الألفاظ القابلة لمعنيين ، فيجب أخذها في المعنى الذي يتناسب أكثر مع موضوع العقد ، فإذا كنا بصدد اشتراك لفظي ، أي احتمال اللفظ لأكثر من معنى ، فإن الكشف عن المعنى المنفق مع النية المشتركة للطرفين هو الدور الذي يسند إلى قاضي الموضوع يستشفه من صلب العقد ومن العناصر الخارج منها . وهذه المادة منطقية جداً ، ذلك أن الأفراد إذا ما أبرموا عقداً ، فلا يفترض أنهم بذلك أرادوا الابتعاد عن الأحكام العامة للقانون ، إذ أنهم في الغالب يريدون التوافق مع أحكامه التي وضعت لتحقيق صالحهم ، طالما لم يستبعدوه صراحة . فموضوع التعاقد إذاً هو الذي سيحدد معنى التعبيرات الغامضة التي استخدمت فيه .

1 - ينظر : د/ عبد الحكم فودة : تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 68 ، ص 124 .

وقد ذكر مثلاً تطبيقاً أورده الفقيه الفرنسي (ديمولوب) لشرح هذه المادة .

2 - وقد قضت محكمة النقض بفرنسا بأنه إذا استحال تنفيذ العقد بسبب صياغة فإنه يمكن تصحيحه ، ليأتي متفقاً مع الإرادة الحقيقية للطرفين ، وحتى يمكن تنفيذه ، وهذا التفسير ليس فيه مخالفة للمادة 1134 مدني فرنسي ، وبالتالي ليس ثمة سبب من أسباب النقض ، وتأتي هذه المخالفة للمادة سالفة الذكر عندما يثبت القاضي من المعنى الحقيقي الذي قصد الطرفان ، ثم يعدل عنه تحت أية الحجة كانت .

ينظر في هذا الشق الأخير :

Cass Civ .22 nov 1865. Dalloz 1866- 1- 108.

وينظر في شأن حذف الشرط لعدم تعلقه بنية الطرفين مع الإبقاء على العقد :

Cass Civ. 14 mai 1943 . J C P .1943 - 2337 . note Becqué..

3 - ينظر : د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

وقد ذكر المؤلف مثلاً تطبيقاً أورده الفقيه الفرنسي (ديمولوب) لشرح هذه المادة .

رابعاً- كيفية إجراء التفسير الضيق :

يجري التفسير الضيق بطريقتين: إما بتخصيص العام ، أو تقييد المطلق ، وإما بطريقة الحذف . وهذه الطريقة الأخيرة يتم فيها الحذف للفظ أو لعبارة ، أو لشرط . وقد يكون هذا الحذف دون الاستبدال ، أو مع الاستبدال فتحدث عن هذه الأحوال فيما يلي :

أ- التفسير بتخصيص العام أو بتقييد المنطق :

ومثال ذلك لفظ منقولات إذا ما أطلق ، فإنه يقصد به ما هو مادي قابل للنقل سواء كان أثاثاً أو نقوداً أو إسهاماً أو سندات ، وكذلك ما هو معنوي كالحقوق المالية عدا ما يعد منها أموالاً عقارية .

فإذا كان الثابت من ظروف الدعوى وقرائن الحال إن المتعاقدين صرفاً هذا اللفظ عن مفهومه العام إلى مفهوم خاص ، كان قصداً به النقود مثلاً ، فإنه يتعين تفسير هذا اللفظ ضيقاً، بصرفه إلى المقصود منه فعلاً بحسب نية الطرفين .

ب- التفسير بطريقة الحذف :

يقوم هذا التفسير على أساس حذف لفظ أو عبارة أو شرط من العقد محل النزاع ليستقيم التعبير مع الإرادة الحقيقية للطرفين ، طالما أن ما حذف لن تتعلق به إرادة الطرفين، وقد يكون هذا الحذف دون استبدال ، وقد يصاحب استبدال على نحو ما يلي :

الحالة الأولى - الحذف دون استبدال :

يحدث هذا عندما يكون اللفظ أو العبارة أو الشرط لا معنى له على الإطلاق ، ووجوده في العقد يثير البلبلة والشك . وهذه التعبيرات التي لا يمكن أن يستند لها أي معنى بأي طريق تكون مرفوضة كما لو كانت لم تكتب .

وقد يتناول الحذف شرطاً من الشروط الواضحة والمحددة ، إذا ما ترتب على تطبيقه نتائج طالما تتنافى مع العدالة فيستبعده القاضي مستنداً في ذلك إلى عدم اتجاه إرادة الطرفين إلى الأخذ به (1) .

وقد يتعلق الأمر بشرط باطل في العقد كشرط الدفع بالذهب ، ويرجع إدراجه إلى الروتين وجب التقليد ، وهو ما يسمى بالشرط المألوف (clause de style) عندئذ يحذف القاضي ، وهو ما يسمى بانتفاض العقد (réduction) .

الحالة الثانية - الحذف مع الاستبدال :

يحدث ذلك سواء بالنسبة للفظ أو الشرط في العقد ، فبالنسبة للفظ يحدث أن المتعاقدين يستخدمان لفظاً لا ينسجم مع جملة في العقد ، فلا يعطي دلالة مرضية تعين على فهم المقصود من هذه الجملة ، ويكون وجوده مصدر غموض حول القصد الحقيقي للطرفين ، عندئذ لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في إجراء التفسير اللازم ، واعتبار هذا اللفظ زلة

لسان أو زلة قلم ، واستبدال لفظ آخر به يستقيم معه النص (2) .

1 - Req .20 oct 1936. Dalloz .H. 1936. p 555

2- Cass. Civ I .19 nov 1963 . Bull. Civ .501. p 422.

وفي هذا الحكم استبدلت كلمة " " partage " بدلا من كلمة " pointage " .
وفي هذا المعنى قضي بأن الشرط الذي يفرض على المستأجر إجراء كل الترميمات اللازمة ، بدون أي استثناء ، بما في ذلك عمل سقف للعين ، يمكن صرفه إلى أن لمقصود ليس استبدال السقف وإنما تجديده:

Cass. Civ I .17 oct 1962. Gaz. pal 1963, 1, 154.

وقد يكون الحذف لشرط في العقد تضارب مع شرط آخر ، واستحال التوفيق بينهما وتعين تغليب احدهما على الآخر ، سواء كان كلاهما واضحا أو كان أحدهما واضحا والآخر غامضا ، ومن قبيل هذا التضارب ما يحدث بين الشروط المحددة للالتزام والشارحة له .

فالنوع الأول : يحدده ويعينه ، كشرط تحديد الثمن في عقد البيع .

أما النوع الثاني : فيوضح الالتزام ويشرحه خشية اللبس . وهذا ما يحدث عندما يسرد المتعاقدان حالة على سبيل المثال ولمجرد الإيضاح ، وهذا النزاع بين الشروط الباتة والشروط التفسيرية ، يبت فيه القاضي بالاستعانة بإرادة الطرفين ، وغالبا ما ينتهي إلى تغليب الشروط الأولى (1).

خامسا - متى لا يكون التفسير الضيق مرغوبا فيه :

إن كان التفسير الضيق مرغوبا فيه في الحالات السابقة ، فإنه لا يكون مرغوبا فيه بالنسبة لعقود الإذعان . فتفسير شروط عقد التأمين مثلا لا يتعين أن يكون ضيقا ، إذ أن هذه الشروط عادة ما تكون كمائن منصوب للمستأمنين ، حيث تصاغ في قالب معين من شأنه أن يسقط الحق في التعويض لأتفه الأسباب ، ولمجرد عدم التزام الشكل رغم تحقق الغرض من الإجراء محل المخالفة ، وانتقاء الضرر للشركة المؤمنة .

والمعروف عن هذه العقود أن شروطها لا تناقش على النحو كاف ، بل أنها تقدم للمستأمن ليوقع عليها، وعادة ما تكون هذه الشروط عامة مطبوعة بحروف دقيقة أو بصياغة فنية معقدة يصعب فهمها ، والذي يخضع للجدال في هذه العقود هي الشروط الخاصة . وبالنسبة لعقد التأمين ، فهي الشروط التي تحدد قيمة التعويض ، نوع الخطر ، وقيمة القسط ، ومدة التأمين ، وبصفة أدق الشروط الجوهرية للعقد .

وإذا كان أمر الاستدلال على النية المشتركة في هذه العقود مشكوكا فيه ، وذلك بالنسبة للشق المتعلق بالشروط العامة ، فلا محل للالتزام الحرفية في تفسيرها ، بل يتعين معالجتها بما يتفق ومبادئ حسن النية ، خاصة أن المادة 1156 مدني فرنسي تغلب النية على المعنى الحرفي للألفاظ .

وقد تضاربت أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد . فهناك أحكام عالجت هذه الشروط بنظرة ضيقة معتبرة إياها واردة بعقد من عقود القانون الضيق ، وأحكام أخرى نظرت إلى هذا العقد على أنه من عقود حسن النية .

ورغم عدم وجود أي سند قانوني للأحكام التي فسرت هذا العقد تفسيرا ضيقا ، إلا أنها اتفقا ، وإن استندت للمادة 1134 مدني القاضية بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وما دون به كان حصيلة إنفاقهما . وأن المستأمن بتوقيعه على الوثيقة يكون قد قبل شروطها جملة وتفصيلا ، وهو أن لم يرددها صراحة فقد أرادها ضمنا .

وسوف نوضح فيما بعد أن هذا القول محل نظر ، وذلك للطبيعة الخاصة التي تتسم بها عقود الإذعان ، وأن التوقيع عليها يعتبر بمثابة إذعان وتسليم لشروطها (2) .

1 - ينظر المادة 1164 مدني فرنسي .

2 - Pichon (Victore) : « des contrats d'adhésion – leur interprétation et leur nature » .thèse . Lyon . 1972 . p 33.

الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الضيق

يجد التفسير الضيق مجاله الرحب تطبيقيا في العقود التي تتضمن مساسا بالذمة المالية للشخص ، وكذا في العقود الضارة ضررا محضا بصاحبها . الأمر الذي يتعين التضييق في تفسيرها بشكل لا يزيد من ضرره ، مثل عقود الصلح والتنازل وحتى الوصايا ، كما يجد تطبيقه أيضا في بعض الشروط التعسفية التي قد ترد في عقود التأمين وعقود النقل وسائر عقود الاستهلاك ، والتي يدرجها بعض الأطراف بشكل تنقص بطريقة حيالية من بعض المسؤوليات الملقاة على عاتقهم مثل الإعفاء من الضمان والإعفاء من المسؤولية المدنية أو الشروط التي تحد من حق الشخص في اللجوء إلى القضاء وإلزامه بالتسوية الودية وجوبا .

أولاً- تطبيقات التفسير الضيق في الوصايا :

يفترض في التصرفات التبرعية ، كالوصية وغيرها أن تفسر تفسيراً ضيقاً ، بحيث لا تمس ولا تضر بالطرف المتبرع ، وإن كان هناك تسامح في تفسير بعض العبارات ، فهذا يكون على شرط عدم التوسع فيها إلى حد الإضرار بحقوق الغير كالورثة والدائنين . وفي هذا الشأن نجد القانون التونسي ينص في الفصل (المادة) 521 من مجلة الالتزامات والعقود لعام 1906 والمنقحة بالقانون رقم 80 لسنة 2005 المؤرخ في 9 أوت 2005 : " ما كان غرضه التبرع يتسامح في تفسيره بخلاف ما كان فيه عوض " . وهو نص لم نجد له مثيل في سائر التشريعات العربية والفرنسية . وفي القضاء الفرنسي نلمس فكرة التضييق في تفسير الوصايا والتبرعات ، حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية ذلك بصدد تفسير وصية بالقول : " لفظ الابن الوارد في الوصية يفيد الابن الشرعي والابن الطبيعي أو بالتبني ، ولحكمة الوضع أن تخصص عمومية هذه العبارة عند تفسيرها للوصية بقصرها على الابن الشرعي استناداً إلى نصوص الوصية ذاتها " (1) . والقضاء الانجليزي يتعامل في مجال تفسير الوصايا كما يتعامل مع تفسير القوانين (2) . ويلاحظ أنه في مجال تفسير الوصايا تكون العبارة بنية أحد الأطراف فقط وهو الموصي دون أدنى مراعاة للنية المشتركة ، لأن الأمر يتعلق هنا بتصرف بإرادة منفردة ، ينعقد بمجرد إيصال الموصي دون حاجة لموافقة الموصى له ، حيث أن إيجاب الطرف الثاني (الموصى له) ما هو إلا شرط لتنفيذ الوصية وليس ركناً لانعقادها ، ومن ثم فإن الذي يهمننا بالدرجة الأولى هو تفسير إرادة الموصي . وعليه نرى أن القاضي ، وهو يفسر العقد ، لا يفرض عليه من البداية التضييق في تفسير الوصية ، ولا التوسع في ذلك ، وإنما تراعى بالدرجة الأولى نية ومشية الموصي بالدرجة الأولى (3) ، وذلك بغض النظر نية الموصى له ، وبغض النظر كذلك عن رغبة الورثة .

1 - Req.18 oct 1933. Dalloz . P 1933-1-187. note. E. Pilon.

2 - أ / اللورد ديبينج (قاضي بالمحكمة العليا ببريطانيا) : " ترشيد الفكر القانوني " ، المرجع السابق ، ص55.

3- محكمة الاستئناف ، لبنان ، مدني ، بتاريخ 26 مارس 1970 ، رقم 70 - 1324 .

فإذا كانت الوصية واضحة وضوح اللفظ والعبارة معا فلا يجتهد القاضي في التفسير لدرجة تحريف مضمونها ، ولكن إذا ثبت لديه عدم تطابق الإرادة مع التعبير أو شاب التصرف غموض فعليه إعمال مختلف وسائل التفسير من أجل الوصول إلى معرفة نية الموصي ، ومتى استتب هذه النية حكم بما وصل إليه ، غير أنه عند الشك يرجع إلى التفسير الضيق .

وفي كل الأحوال تقتضي عند بحث إرادة الموصي موافقة قواعد التفسير لأحكام القانون لا مخالفته بحجة التفسير .

ثانيا - تطبيقات التفسير الضيق في عقود الصلح :

يمتاز عقد الصلح بخصائص تميزه عن باقي العقود ، لاسيما في مجال أحكام الشكلية والبطان (1).

وجرت التشريعات على تمييزه أيضا من حيث التفسير ، حينما وضعت قاعدة مفادها تفسير بعض العقود تفسيرا ضيقا ، وغالبيتها من العقود والتصرفات الضارة ضررا محضا بصاحبها مثل الوصايا والتبرعات ، ومدد العمل بهذه القاعدة حتى في التصرفات الدائرة منها بين النفع والضرر ، ومنها الصلح والتنازل والإبراء .

وقد طبق الشارع الجزائي هذه القاعدة فيما نص عليه بالمادة 464 من القانون المدني المقابلة للمادة 55 مدني مصري بقوله (2) :

"يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح " .

ويفهم من هذا النص الخاص أن عبارة التنازل عن جميع الحقوق التي ترد في عقود الصلح إنما تقتصر على جميع الحقوق التي شملها الصلح أو التنازل ، وليست الحقوق الأخرى التي لم تكن تحت نظر الطرفين وقت حصول هذا التنازل (3). ولا ينبغي بأي حال من الأحوال التوسع في تفسيرها .

وتعد هذه المادة ذات طبيعة أمرية ومن النظام العام بدليل كلمة " يجب " التي استهلكت بها هذه المادة ، ويترتب عنها أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها . وكل اتفاق بهذا الشأن يعد باطلا وكان لم يكن .

1- ينظر أ/ فتون علي خير بك : " شرح القانون المدني السوري " ، دار الرفاعي للطباعة والنشر ، سنة 2004 ، ص 131 . وينظر على الخصوص المواد : 516 وما بعدها من القانون المدني السوري .

وعلى سبيل المثال جاء في المادة 525 : " الصلح لا يتجزأ ، فبطان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله . على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض " .

2- وتقابلها المادة 1108 من المدونة المدنية المغربية التي جاء فيها :

" يجب تفسير الصلح في حدود ضيقة كلما كانت عباراته ، وهو لا يسري إلا على المنازعات والحقوق التي ورد عليها " .

3- وهذا ما قضت به محكمة الإسكندرية المختلطة ، في 16 ماي 1889 ، م 12 ، ص 262 .

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا عندنا بالجزائر أنه (1) :
"من المقرر قانوناً أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً أي
كانت العبارات ، ولا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه
الصلح ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.
ولما كان من الثابت ، في قضية الحال ، فإن قضاة المجلس الذين قرروا أن التنازل وقع من
طرف الطاعن دون أن يؤكدوا ما إذا كان في حق الغلة أو فيما جاؤوا به أثناء إبرام عقد
الاشترار يكونوا قد وسعوا في تفسير عبارات التنازل وخالفوا القانون .
ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " .

كما نص المشرع السوري على مبدأ التفسير الضيق لبند عقد الصلح في المادة 523
من القانون المدني أنه : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً.
وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية
محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح " .
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض السورية : " الصلح كاشف للحقوق يفسر تفسيراً
ضيقاً وأن بطلان جزء منه يفيد بطلان العقد كله إلا إذا تبين أن الطرفين توافقا على استقلال
أجزائه " (2) .

وفي الكويت قررت محكمة التمييز ، نقض الحكم ، الذي وسع من تفسير عقد الصلح
المتضمن بنداً فيه تنازل ، ليشمل التنازل مجموعة أوسع من الحقوق الحصص المتنازع في
شأنها في شركة ذات مسؤولية محدودة ، وأن قاضي الموضوع قد خرج في تفسيره لعقد
الصلح ، عن المعنى الضيق لعبارته ، ولم يلتزم القاعدة التي تقضي بأن التنازل الذي
يتضمنه عقد الصلح ، يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً (3) .

ثالثاً - تطبيقات التفسير الضيق في التنازل :

في مجال التنازل نجد أحكاماً مماثلة للصلح نصت عليها بعض التشريعات العربية
صراحة ، حيث أقرت على سبيل المثال المادة (الفصل) 467 من المدونة المدنية المغربية
أنه :

" التنازل عن الحق ، يجب أن يكون له مفهوم ضيق . ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر
بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه ، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل .
والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج التنازل منها " .

1 - قرار الغرفة المدنية بتاريخ 13 ديسمبر 1989 ، ملف رقم 56186 ، م.ق. ، سنة 1994 ، العدد الأول ، ص 11 .

2 - نقض مدني سوري ، بتاريخ 3 مارس 1982 . قضية رقم 602 . أساس ، قرار 3157 ، مجلة المحامون ،
عام 1981 . قاعدة 638 .

3- تمييز كويتي ، تجاري ، جلسة 2 فيفري 1983 . ، الطعن 1982/70 . ق.ق. ، السنة 11 ، العدد الثالث ، شهر جوان ،
سنة 1986 ، ص 13 .

وفي نفس المعنى نقضت محكمة التمييز حكماً توسع فيه قاضي الموضوع عند تفسير عقد تأمين لما قضى بالتعويض عن
أضرار ناجمة عن تلف البضاعة المنقولة ، بسبب تسرب المياه إليها أثناء الرحلة ، وهو سبب لا يغطيه عقد التأمين .
تمييز كويتي ، تجاري ، جلسة 10 ديسمبر 1986 ، الطعن 1986/112 ، ق.ق. ، السنة 14 ، العدد الثاني ، شهر ديسمبر ،
سنة 1993 ، ص 199 .

وأضافت المادة (الفصل) 468 أنه : " إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد ، دعوتان ، فإن اختياره إحداها لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى " .
ويلاحظ أن هذا النص الوارد في المدونة المدنية المغربية ه نص عام لا يقتصر على التنازل فقط وإنما يشمل الإبراء والصلح . وهو نص أمر ومن النظام العام .
كما أقرت مجلة الالتزامات والعقود التونسية نفس المبدأ ، ولو تعلق الأمر بحالة شك ، حيث جاء في الفصل 522 التي جاء فيها : " لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حق بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسع فيها بالشرح وما كان في معناه ريب لا يبني عليه التنازل " .

وفي سوريا قضت محكمة النقض : أن التزام البائع بالتنفيذ الضمني لا تفيد تنازله عن حق طلب الفسخ في حال تأخر المشتري عن دفع الثمن بحسبان أن تنازل البائع عن حق طلب الفسخ يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً ضيقاً شأن كل تنازل عن الحق " (1) .
وفي لبنان قضى بأنه : " لا يمكن التوسع في تفسير العقود متى كان هذا التوسع يفضي إلى إسقاط الحق " (2) .

ولكن في بعض التصرفات نجد أن التنازل لا يمكن تجزئته ، وبالتالي يسري على التصرف كله ، وهذا ما نصت عليه المادة 525 من المجلة المدنية التونسية بالقول : " ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ، فبعض التنازل عن حق الشفعة ككله " (3) .

ويرى الفقه أنه إذا كان التنازل أو الصلح يتعلق بأشياء في مجموعها ، فإنه يعني كل ما تناوله التنازل أو الصلح منها في ذلك المجموع ، حتى ولو كان بعضاً من بينها لم يكن للمتنازل به علم (4) .

كما إذا تنازل شخص عن نصيبه في مكتبة مثلاً مقابل مبلغ معين، فإن ذلك التنازل يشمل هذا النصيب في مجموعه (en bloc) ولو كان يجهل بعض مفرداته ، إلا إذا تبين أن نية الطرفين تتصرف إلى المجموع الذي يعلم كل منهما مفرداته بالتعيين ، أو قصداً أن تكون موضوع التنازل بالذات . فإذا عثر بعد الصلح على خاتم من ألماس كان يجهل الوارث وجوده بين الأثاث الذي باع نصيبه فيه ، فلا ريب أن هذا الخاتم لا يمكن أن يدخل ضمن ما شمله البيع .

ولنفس السبب قررت محكمة التمييز الكويتية ، نقض الحكم الذي يعتمد تفسيراً موسعاً لتنازل مرتبط بعقد صلح ، ليشمل التنازل مجموعة أوسع من الحقوق المتنازع في شأنها ، مع اعتماد هذا التنازل دون أن يتم توثيقه بمحرر رسمي كما تقضي أحكام المادة 197 من قانون الشركات رقم 15 لسنة 1965 ، كونه ورد على حصة في شركة ذات مسؤولية محدودة .

- 1- نقض مدني سوري ، بتاريخ 16 أبريل 1984 ، رقم 524 ، أساس 354 ، مجلة المحامون لعام 1984 ، ص 915 .
- 2- تمييز لبناني ، مدني ، غرفة 2 ، سنة 1964 ، مجموعة الباز ، سنة 1964 ، رقم 2 ، ص 67 .
- 3- وقاعدة عدم تجزئة الشفعة بتطبيق للقاعدة الفقهية : " ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله " .
وهي القاعدة التي قننتها بعض التشريعات العربية ، كالمادة 217 مدني أردني ، والمادة 99 مدني سوداني ، والمادة 159 مدني عراقي ، والمادة 261 مدني إماراتي ، وهي كلها تشريعات تأثرت بمجلة الأحكام العدلية (المادة 163) .
- 4- د/ حمدي عبد الرحمن ، قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 22 ، ص 24 .

وبينت محكمة التمييز الكويتية في حيثيات حكمها أن قاضي الموضوع قد خرج في تفسيره لعقد الصلح ، عن المعنى الضيق لعباراته ، ولم يلتزم القاعدة التي تقضي بأن التنازل الذي يتضمنه عقد الصلح ، يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً (1) .
وتجدر الإشارة إلى قاعدة التفسير الضيق تسري على أحكام الصلح والتنازل والإبراء ، مع أنه في الحقيقة يوجد فرق بين الصلح والإبراء والتنازل :
فإذا كان التنازل تصرفاً انفرادياً عن كل الحقوق ، بعد تقريرها والحصول عليها قانوناً أو حكماً ، لأن الصلح عقد يتم بطرفين ، يتضمن عادة تنازلاً جزئياً من أحد طرفيه ، بشروط أو بدونها (2) .
أما الإبراء فهو طريقة من طرق الوفاء بالدين تقضي بإعفاء المدين من الالتزام من قبل الدائن ، ولكن بشرط موافقة المدين ، ويسري عليه ما يسري على التبرع . ويصح الإبراء بطريقة شفوية حتى ولو كان أصل الدين شكلياً (3) .

رابعاً- تطبيقات التفسير الضيق في شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية :

أحياناً يتفق المتعاقدان ، ولاسيما في عقود النقل بأنواعه ، على إدراج بند مفاده إعفاء أحد الأشخاص (الناقل) من المسؤولية المدنية ، وهذا البند يبدو مجحفاً في حق الطرف الثاني ، بل ويظهر تعسفياً ، ولهذاثار جدل فقهي وقضائي بشأنه .
وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها بتاريخ 27 ديسمبر 1905 إلى القضاء ببطالان شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية التعاقدية الناجمة عن الخطأ اليسير في عقود النقل بحجة أن الناقل لم يعد فرداً يقبل النقاش حول شروط العقد بل غالباً ما يكون طرفاً قوياً يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لعملية النقل يفرض شروطه التعسفية على الأفراد (4) .
ولكن القضاء الفرنسي عدل عن هذا الاتجاه وأباح مثل هذا الشرط فرتب عليه نقل عبء الإثبات مخالفاً بذلك القواعد العامة التي تقضي بأن الناقل يتعين عليه أن يثبت تنفيذه للالتزامه كاملاً أو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي عنه (5) . وهو الأمر الذي يبدو وأنه أثر في التشريع الفرنسي للتأمينات لاحقاً (6) .

1- تمييز تجاري ، جلسة 2 فيفري 1983 ، الطعن 1982/70 ، ق.ق. السنة 11 ، العدد الثالث ، جوان 1986 ، ص 13 . وفي هذا المعنى أيضاً :

تمييز كويتي ، تجاري ، جلسة 9 ديسمبر 1981 ، الطعن 1981/29 ، ق.ق. السنة 10 ، العدد 3 ، جوان 1984 ، ص 48 .

2- ينظر المادة 459 وما بعدها مدني جزائري .

3- ينظر نص المادتين 305 و306 مدني جزائري .

4- Cass. Civ . 26 jan 1905. Dalloz. 1906 - 1- 433

5 - Cass. Civ . 27 nov 1911. Siery . 1915 - 1- 113.

6 - لما كان عبء الإثبات على عاتق الطرف المدعى عسيراً ولن يفلح في القيام به . فقد رفع المشرع الفرنسي ذلك عن كاهله بإصدار قانون رابيه المؤرخ في 17 مارس عام 1950 الذي حل المشكلة جزئياً . وذلك بإبطال الشرط المتضمن إعفاء الناقل من المسؤولية ، سواء ورد هذا الشرط في تذكرة النقل أو التعريفة أو في أي مكان آخر ، وهو نص يمثل مظهراً من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة في عقود الإذعان.

وفي مقابل ذلك فرض بعض الالتزامات المعينة عليه ومنها الالتزام بالسلامة والالتزام بالنصيحة ، ولا فرق في ذلك بين المسؤولية عن نقل الأشخاص أو نقل الأشياء (1).

أما عن موقف التشريع الفرنسي ، فإنه كرد فعل لما كانت تفعله شركات النقل بالسكك الحديدية لجأ المشرع إلى تعديل المادة 3/103 من القانون التجاري الفرنسي بالقانون الصادر بتاريخ 17 مارس 1905 ، مانعا بموجبه إيراد مثل هذه الشروط على أن ينصب المنع على الضياع والتلف ، ولا يشمل التأخير والذي بقي فيه الإعفاء جائزا .

وفي مصر قضى بأن شرط إعفاء المؤجر من المسؤولية عن هلاك أو تلف المحصول بسبب القوة القاهرة يعد اتفاقا صحيحا ، لأنه جائز قانونا ولا يخالف النظام العام (2).

وبالنسبة لموقف القانون الجزائري ، فنجد أن المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري تبطل كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل كليا من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها .

ولكن المادة 66 تجاري نصت على صحة الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بتوصيل المسافرين إلى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد .

ونفس الحكم نجده في المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني التي نصت على بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية عن النقل البري للبضائع .

وكذلك الشأن بالنسبة للإعفاء من المسؤولية المدنية الناجمة عن فعل يعتبره القانون جريمة . ونحن في هذا المقام لا تهمنا مسألة بطلان هذه البنود من عدمه . وسنسلم بصحة هذه البنود بعيدا عن الخوض في هذه المسألة التي سنعاود الحديث عنها عند التطرق لتفسير عقود الإذعان (3) ، متسائلين كيف يتم تفسير مثل هذه البنود بفرض صحتها ؟

بتصفح بعض التشريعات العربية ، وجدنا نصا صريحا في هذا الشأن ، وهو نص المادة 170 في القانون المدني القطري الجديد رقم 22 لسنة 2004 ، التي جاء فيها :

" يفسر الشك لمصلحة المدين ، على أنه إذا تضمن العقد شرطا بالإعفاء من المسؤولية فإنه يفسر تفسيراً ضيقاً " .

غير أن المشكل قد يطرح بالنسبة للتشريعات التي خلت من نص صريح في شأن التفسير . وقد استقر الفقه (4) ، حتى في غياب نصوص صريحة ، على وجوب تفسير مثل هذه البنود تفسيراً ضيقاً . ومثالها شرط إسقاط الضمان في عقود البيع ، وشرط إسقاط التعرض في عقود الإيجار و شرط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل بأنواعها البرية والبحرية والجوية .

ويميز الفقه بين حالتين : حالة الوضوح وحالة الشك .

1 - تصنف مثل هذه الشروط بأنها شروط إذعان ، ولكن لا يترتب عنه دوماً البطلان أو التعسف . ولذا أبحاث بعض التشريعات العربية صراحة هذا الشرط في العقود ولكن بشروط مشددة ، ومنها وجوب إخطار الطرف الثاني مع موافقته الكتابية الصريحة وأن يكون بلغة الطرف المدعى ...

ينظر على سبيل المثال : المادتين 119 و 120 مدني سوداني ، والمادة 151 مدني ليبي .

2- نقض مدني ، جلسة 13 أبريل 1975 ، مجموعة المكتب الفني ، س 9 ، ص 689 .

وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 18 أبريل 1955 ، المجموعة السابقة ، س 6 ، ص 148 .

غير أن محكمة استئناف القاهرة (في ظل القانون المدني القديم قضت بعدم إعمال شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل . حكم بتاريخ 30 أبريل 1963 ، المجموعة الرسمية ، س 61 ، عدد 2 ، ص 415 .

3- للمزيد من التفصيل ينظر : د/ أعراب بلقاسم : " شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية " ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1987 ، ص 106 وما بعدها .

4- د/ عبد الحميد الشواربي : " فسخ العقد " ، المرجع السابق ، ص 229 .

الحالة الأولى : حالة وضوح معنى البند :

فإنه وبغض النظر عن الخوض في مسألة صحة هذا البند من عدمه ، فإن التفسير هنا لا يثير مشكلا ، ولا مجال لقاضي من أعمال سلطته في التفسير ، إذ يستفيد من البند من قرر لمصلحته دائما كان أو مدينا ، طرفا قويا أو ضعيفا .

الحالة الثانية : حالة الشك في معنى البند :

فهنا يكون تفسير الشك ضد مصلحة المستفيد ، أي ضده الشخص المدين بالالتزام ، ولهذا سبق وأن رجح الفقه أن المقصود بالمدين هو المدين في الشرط لا المدين في الالتزام ، أي الشخص الذي من شأن أعمال الشرط أن يضره ولو كان مستفيدا في العقد كله (1) ، فالغموض يعتري الشرط وليس الالتزام. و الشك لا يفسر لمصلحة من اشترط الشرط وإنما لمصلحة المشتراط ضده (2) ، باعتبار هذا الأخير طرف عديم الخبرة (3) .

وأية ذلك أنه لو تم تفسير الشك لمصلحة المدين بالالتزام أي المسئول (كالناقل مثلا) فهذا سيؤدي حتما إلى الإعفاء من الضمان وتخفيف المسؤولية بشكل يضر بالطرف الآخر (المسافر) . وهو أمر يزعزع العدالة ويتنافى مع روح القانون .

ولهذا فالفقه يرى بوجوب تفسير مثل هذه الشروط تفسيراً ضيقاً ، لاسيما وأن إلتزامات (الناقل والبائع والمؤجر) في مثل هذه الحالات تقع بقوة القانون أكثر منها بقوة الاتفاق ، وأنه طالما لا يوجد نص قاطع يعفي من المسؤولية فلا يتم الإعفاء ، لاسيما في حالة الشك . ويفهم من ذلك أنه لا مجال لإعمال " قاعدة الشك في مصلحة المدين " مادام أنه يوجد بند غامض يتعلق بالإعفاء من المسؤولية المدنية أو من الضمان .

وتطبيقاً لذات المبدأ : قضى في مصر بعدم امتداد شرط عدم المسؤولية عن السرقات في قطارات السكك الحديدية إلى جميع السرقات بما فيها التي يتهاون فيها عمال وأعوان السكك الحديدية (4) . ونفس الشيء بالنسبة للعمال في السفن البحرية (5) .

1- د/ حسام الدين الاهواني : " النظرية العامة للالتزام ، " ، المرجع السابق ، ص 229 .

وأيضاً : د/ عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 96 ، ص 376.

وكذلك : د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي " ، المقال السابق الإشارة إليه ، ص 7 وما بعدها

2- ينظر المادة 194 فقرة أولى وثانية من القانون المدني الكويتي التي جاء فيها :

" فقرة 1- إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه ، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره .

فقرة 2- وعلى وجه الخصوص ، يفسر الشك لمصلحة المدين ، إذا كان من شأن أعمال الشرط أن يحمله بالالتزام ، أو يجعل عبئه عليه أكثر ثقلاً " .

3- / إسماعيل محمد المحاقرى : " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية " ، البحث السابق الذكر ، ص 301.

4- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 18 جانفي 1900 ، م 12 ، ص 90.

وحكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 16 ماي 1900 ، م 12 ، ص 251.

5- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 27 ديسمبر سنة 1894 ، م 7 ، ص 67 .

وحكم آخر لنفس المحكمة ، بتاريخ 11 فيفري 1909 ، 21 ، ص 228.

خامسا - تطبيقات التفسير الضيق في شرط التحكيم :

استقر الفقه والقضاء على أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ويقتصر على ما تنصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم ، وعليه فيتعين على المحكمة ، عند تفسير العقد فيما يتعلق بشرط التحكيم ، أن تلتزم الحيطة والحذر .

فلا تعمل على التوسع في تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم ، وبالتالي فلا يجوز للمحكم فسخ الشركة أو تصفيتها إذا كان شرط التحكيم يقصر ولاية المحكم على بحث المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام العقد أو المتعلقة به .

وقد رأى البعض ⁽¹⁾ عدم تطبيق قاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدين " على اتفاق التحكيم ، والسبب في ذلك أن هذا الاتفاق ، بطبيعته ، لا يوجد فيه دائن ولا مدين ، وإنما هو اتفاق إجرائي يتعلق بالاختصاص في نظر النزاع أو بمعنى آخر ، هو اتفاق لنزع الاختصاص من القضاء الرسمي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات ، وإحالاته للتحكيم الخاص . وقد اتجه القضاء في مصر ⁽²⁾ إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم ، طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية . وعليه يتعين على المحكمة عند تفسير اتفاق التحكيم أن تلتزم الحيطة والحذر ، وأن تفسره تفسيراً ضيقاً .

ويترتب على هذا التوجه نتيجتان هامتان :

- الأولى : إذا كان هناك شك في عبارة الاتفاق حول اللجوء إلى التحكيم من عدمه ، فيجب تفسير هذا الشك لصالح عدم اللجوء إلى التحكيم . وهذا ما ذهبت إليه بعض المحاكم العربية أسوة بالقضاء المصري ⁽³⁾ .

- الثانية : إذا كان هناك شك في مدى خضوع نزاع معين للتحكيم ، فيفسر الشك لصالح عدم دخوله فيه .

ومن أمثلة ذلك من القضاء العربي نورد ما يلي :

- إذا نص شرط التحكيم في عقد الشركة على أن "أي خلاف ناشئ عن تطبيق العقد أو يتعلق به فيحال إلى التحكيم..." ، فإن هذا الاتفاق لا يشمل فسخ الشركة ولا تصفيتها ⁽⁴⁾ .

1- الدكتور حمزة أحمد حداد : "كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية" .

مقال منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي : <http://www.barasy.com>

2- ينظر على سبيل المثال :

نقض مدني ، بتاريخ 6 نوفمبر 1994 ، رقم الطعن 1029 ، المكتب الفني ، س 45 ، ص 1337 .

ونقض مدني ، بتاريخ 11 ديسمبر 1997 ، رقم الطعن 345 ، المكتب الفني ، س 48 ، ص 1457 .

ونقض مدني ، تاريخ 22 ماي 1997 ، رقم الطعن 8547 ، المكتب الفني ، س 48 ، ص 780 .

3- ينظر على سبيل المثال :

في الأردن : تمييز ، حقوق ، رقم 90/350 ، مجلة نقابة المحامين ، سنة 1991 ، ص 1940 .

- تمييز ، حقوق ، رقم 94/1774 ، مجلة نقابة المحامين ، سنة 1995 ، ص 1985

- تمييز ، حقوق ، رقم 2000 /1902 ، المجلة القضائية ، سنة 2000 ، ص 11/136 .

وفي دبي : طعن مدني رقم 91 ، بتاريخ 29 جانفي 1994 ، مجلة القضاء والتشريع ، عدد 4 ، ص 677 .

وطعن مدني رقم 274 ، في 16 مارس 1997 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 5 ، ص 83 .

وطعن مدني رقم 173 ، في 6 جوان 1998 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 8 ، ص 181 ، رقم 167 .

4- تمييز حقوق أردني ، رقم 159/88 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 1990 ، ص 1113 .

وتمييز حقوق ، رقم 94/1774 ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة 1995 ، ص 1985 .

- إذا نص الشرط على أنه في حال وقوع خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد... يحق للفريق الأول عرض الخلاف على ثلاثة محكمين" ..، فإن هذا الحق مقرر للفريق الأول في العقد فقط ، ولا يشمل الفريق الثاني . كما لا يجبر الفريق الأول على اللجوء إلى التحكيم ، وإنما يكون من حقه اللجوء للقضاء بدلاً من التحكيم . وبالتالي ليس للفريق الثاني التمسك بشرط التحكيم (1).

- إذا نص شرط التحكيم في العقد بين المهندس وبين صاحب العمل على إحالة الخلافات الناجمة عن تفسير العقد إلى التحكيم، فلا يشمل ذلك الخلاف حول أتعاب المهندس، وينعقد الاختصاص في الدعوى للقضاء صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات (2).

- إذا تعلق شرط التحكيم بتسوية النزاعات الناشئة عن " تفسير أو تنفيذ العقد أو تطبيقه... " عن طريق التحكيم ، فإن ذلك لا ينال من حق الخصوم باللجوء إلى القضاء المستعجل لدرء خطر حال وشيك الوقوع عن طريق اتخاذ إجراءات معينة (3).

ولا تكون هيئة التحكيم في هذه الحالة مختصة باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية أو بالمسائل المستعجلة ، ما لم يتفق الطرفان على ذلك صراحة (4).

- إذا نص الشرط على أنه " إذا نشأ نزاع أو أي خلاف من أي نوع بين صاحب العمل وبين المقاول فيما يتعلق بالعقد أو ينشأ عنه فيما يختص بتنفيذ الأعمال يحال إلى التحكيم " ، فإن الشرط لا يشمل المخالصة النهائية التي تم الاتفاق عليها بين صاحب العمل وبين المقاول بشأن الأعمال موضوع الاتفاقية (5).

- إذا نص شرط التحكيم بين شركة التأمين وبين المؤمن له على أنه في حال وقوع الخطر المؤمن ضده يحال الخلاف على مقدار التعويض الذي يستحقه المؤمن له إلى التحكيم ، وادعت الشركة أن الحريق غير مشمول بالتغطية التأمينية ، ونازعا المؤمن له في ذلك ، فإن الشرط لا يشمل هذا النزاع ويبقى الاختصاص فيه للقضاء (6).

وفي الأخير نقول أن مبدأ التضييق في التفسير طبقه قضاء النقض كقيد أو حد على قضاة الموضوع مخافة التوسع غير المبرر للعقد الذي قد يؤدي إلى تحريف العقود الواضحة تحت ستار التفسير أو حتى ستار مساعدة الطرف الضعيف ، لذلك كان توجه محاكم النقض المقارنة إلى بيان الحدود الصحيحة في كل حالة ، والتي تضمن عدم خروج التفسير عن المعنى الذي قصده المشرع مع مراعاة تعهدات الأطراف واحترام القوة الملزمة للعقد (7) .

1- قضي في دبي بأنه : " إذا نص شرط التحكيم على تسوية الخلاف حول تفسير العقد باللجوء إلى محاكم دبي ، ويمكن اللجوء للتحكيم بواسطة محكم منفرد. فإن هذا الشرط لا يبرز الاختصاص من محاكم دبي " .

محكمة دبي ، طعن مدني ، رقم 65 ، بتاريخ 7 ديسمبر 1991 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 2 ، ص 562 .

2- نقض مدني مصري ، بتاريخ 6 جانفي 1976 ، طعن رقم 9 ، المكتب الفني ، س 27 ، ص 140 .

3- طعن مدني ، دبي ، رقم 91 ، تاريخ 23 أكتوبر 1993 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 2 ، ص 677 .

4- طعن مدني ، دبي ، رقم 274 ، بتاريخ 29 جانفي 1994 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 5 ، ص 82 .

طعن مدني ، دبي ، رقم 214 ، بتاريخ 3 أكتوبر 1999 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 10 ، ص 38 .

5- من دبي طعن مدني ، رقم 295 ، بتاريخ 3 جانفي 1994 ، مجلة القضاء والتشريع ، العدد 4 ، ص 112 .

6- تمييز حقوق أردني ، رقم 2001/1773 .

7- ومثال ذلك وجوب أن يتبع القاضي في تقريره للفسخ التفسير الضيق باعتبار أن تقدير الفسخ هو استثناء من الأصل العام الذي يتوافق مع نية الطرفين لحظة التعاقد .

ينظر : أ / بلعبور عبد الكريم : " نظرية الفسخ في القانون الجزائري المقارن " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1986 .

المبحث الثاني :

تطبيقات قواعد التفسير في مجال عقود الإذعان

سبق وأن درسنا أن من أهم القواعد الاحتياطية في التفسير هي قاعدة " تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين " . فإذا كان هناك شك عند القاضي في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بأن يتراوح تأويل العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولم يترجح عنده وجه على وجه .

وإذا استحال التأويل ، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهها واحدا لتأويل العقد مهما كان جانب الشك فيه ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عليها ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر ، فلم ينعقد عندها العقد، فلا بد إذن عندها من وجد جهة أخرى تمكن القاضي من أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فإن استطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تأويل العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التأويل أو التفسير في غير مصلحة المدين .

وقد رأينا معنى هذه القاعدة التفسيرية وتطبيقاتها المبررات التي دفعت على اعتناقها ، والمقصود بمصطلح المدين ، كما تعرضنا للحالات التي يمتنع فيها تطبيق القاعدة بحسب الفقه والقضاء ، وكنا قد أشرنا أن هذه القاعدة قد أورد عليها المشرع إستثناء في الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري ، وهو نص ورد مثيله في الكثير من التشريعات العربية .

وفي المقابل نجد أن التشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية التي حذت حذوه مثل تشريعات كل من سوريا وتونس ولبنان لم تنص على هذا الاستثناء المتعلق بتفسير الشك في عقود الإذعان .

وهنا من حقنا أن نتساءل : ما المقصود بعقود الإذعان ؟ وما هي المبررات التي دفعت المشرع إلى إيراد قواعد تفسير خاصة بها ؟ وكيف تعامل الفقه والقضاء مع هذه القاعدة ، خاصة في كل من فرنسا وسائر التشريعات التي لم يرد بها نص تشريعي خاص ؟ وسنجيب عن هذه الإشكاليات فيما يلي :

المطلب الأول : قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى وشروط تطبيقها
المطلب الثاني : قواعد تفسير عقود الإذعان في القوانين المقارنة

المطلب الأول :

قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن وشروط تطبيقها

تعد قاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدين " من أهم القواعد التفسيرية المستقر عليها تشريعا وفقها وقضاء ، وذلك في حالة غموض عبارات العقد ، غير أن تطبيق هذه القاعدة لا يتم بصورة مطلقة في جميع العقود ، إذ يجب أن نميز في هذا الإطار بين نوعين من العقود الشك في عقود المساومة والشك في عقود الإذعان ، بخلاف الحال بالنسبة لتفسير العبارات الواضحة والعبارات الغامضة أين لاحظنا عدم وجود أي فرق في هذا الشأن .

غير أنه وفي مجال تفسير الشك فإنه ينبغي التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان: مع الإشارة إلى أنه توجد تقسيمات أخرى للعقود ، كتقسيمها إلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وتقسيمها إلى عقود دورية وعقود غير دورية وغيرها من التقسيمات الفقهية للعقود ، وهي لا تهمنا في بحثنا .، وإنما الذي يعيننا هو تقيمها على عقود مساومة وعقود إذعان . والذي يهمنا في الأساس ليس تفسير العقد أو تفسير الالتزام ، وإنما تفسير شروط العقد بالدرجة الأولى ، هل هي محل تفسير أولا ؟ وهل فيها إذعان أم لا ؟

ففي عقود المساومة يتطلب الأمر التساوي بين طرفي العقد من حيث القوة وقت إبرام العقد ، وهو الاصل في العقود ، ولكن ذلك لا يمنع من وجود طرف دائن وآخر مدين وقت تنفيذ العقد ، مما قد يثير نزاعا يتطلب حله تدخل القاضي لتفسير بنوده الغامضة . وهنا تجد هذه القاعدة (الشك لمصلحة المدين) المجال الرحب لتطبيقها دون أي إشكال ، إذ يفسر الشك أو الاشتباه لمصلحة الطرف المدين ، مع الترجيح أن المقصود بالمدين هو المدين في الشرط لا المدين في الالتزام ، كما سبق وأن أوضحنا .

وننبه هنا إلى أن اقتصرنا على ذكر عقود المساومة ، فيجب أن نفسر مصطلح المساومة بمعناه العام ، ليشمل العقود والتصرفات حتى ولو لم توجد فيها مساومة ، كما هو الشأن في الوصايا والهبات . لذلك فاستعمالنا لمصطلح " عقود المساومة " هو فقط لتمييزها عن " عقود الإذعان " ونقصد بها أيضا العقود العادية .

أما في عقود الإذعان يكون تباين واضح بين مراكز أطراف العقد من حيث القوة في فرض الشروط ، إذ يوجد فيها قوي يسمى المدعن له أو المدعن ، بكسر العين ، وفي المقابل يوجد طرف آخر ضعيف ومدعن ، بفتح العين . وهنا نظرا للاختلاف الكبير بين مركز أطراف هذه العلاقة العقدية ، فإنه لا يعمل بقاعدة " الشك لمصلحة المدين " ، إذ يمكن أن يكون الطرف المدعن ، بكسر العين ، مدينا في التزام أو حتى في شرط .

فهل من العدالة أن نزيده قوة بتفسير الشك لمصلحته ، مع أنه هو مصدر هذا الشك ، سواء تم ذلك بعمده أو بخطئه أو بإهماله ، أم يتعين أن تحمليه تبعات هذا الشك والغموض بتفسير الشك لصالح خصمه المدعن ، كونه هو المتسبب فيه ؟

هذا السؤال المهم سنحاول الإجابة في الفروع التالية :

الفرع الأول : مبررات حماية الطرف المدعن في عقود الإذعان

الفرع الثاني : معنى قاعدة " الشك لصالح المدعن " وشروطها وطبيعتها

الفرع الثالث : موانع تطبيق قاعدة " الشك لصالح المدعن "

الفرع الأول : مبررات حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان

قبل التطرق لأحكام قاعدة التفسير في عقود الإذعان وشروطها وتطبيقاتها ومبررات تطبيقها ، يحسن بنا أن نتساءل عن المقصود بعقود الإذعان ، فقاعدة " تفسير الشك لصالح الطرف المذعن " ترتبط في تطبيقها أساسا بما يسمى بعقود الإذعان ، ولاسيما في حالة الشك والغموض ، وقد سبق وأن عرضنا قاعدة مشابهة وهي " تفسير الشك لصالح المدين " ، غير أن تطبيق هذه القاعدة الأخيرة يقتصر على عقود المساومة وسائر العقود التي ليس فيها إذعان .

ولاشك أن هناك مبررات قانونية وموضوعية وشكلية دفعت المشرع الجزائري ، وما شابهه من تشريعات مقارنة ، إلى تقرير حماية قانونية خاصة للطرف الضعيف في عقود الإذعان مقارنة بعقود المساومة ، من خلال إيداع صورة جديدة من صور التفسير ، والتي تبقى استثناء عن الأصل العام الذي يقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين أو الملتزم . ولكن ما هو موقف الفقه والقضاء في باقي الدول التي لم تتضمن تشريعاتها قواعد خاصة في هذا المجال ؟

للإجابة عن كل هذه الأسئلة فإنه يتعين أولا تحديد المقصود بعقود الإذعان وخصائصها ثم نتعرض إلى صور الحماية القانونية والقضائية ، وموقع قواعد التفسير منها .

أولا- المقصود بعقود الإذعان وخصائصها :

لم تنظم التشريعات العتيقة ، كالتشريع الروماني مثلا ، عقود الإذعان بنصوص خاصة كما هو الشأن في التشريعات الحديثة ، لأن فكرة أو ظاهرة الإذعان ارتبطت بتطورات اقتصادية واجتماعية عرفت البشرية في القرون الأخيرة وصاحبتهما في نفس الوقت حرية عقدية واسعة أو ما يسمى في الفقه القانوني بمبدأ سلطان الإرادة ، الأمر الذي ولد مراكز قانونية واقتصادية متباينة بفعل تعسفات هذه الإرادة وتسلطها ، وهو ما حتم على المشرعين التدخل وتنظيمها قانونيا وكبح جماحها بآليات قضائية .

1- ظهور فكرة عقود الإذعان :

لا شك أن أهم مبدأ قامت عليه القوانين الحديثة هو مبدأ سلطان الإرادة والذي تلازم في شأنه مع النظام الرأسمالي ، هذا المبدأ يرى أنصاره أن الإرادة هي أساس القانون وأساس العقد⁽¹⁾ .

غير أن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاءون من العقد وتضمينها ما ناسبهم من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وشريعتهم .

1- يقول الفقيه الفرنسي فوبلي : " أن كل عدالة هي تعاقدية وأن كل ما هو تعاقدية فهو عدل " .

وأن أول نتيجة تترتب على الأخذ بالمبدأ السابق هي حرية إبرام الاتفاقيات والعقود التي تتولد عنها نتيجة منطقية أخرى ألا وهي التسليم بمبدأ الرضائية لما يعنيه من تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد مما يؤدي إلى تشجيع التجارة وتسيير إبرام العقود .

وكان من نتائج هذه الحرية بروز ظاهرة الإذعان في العقود في مطلع القرن الماضي نتيجة الأوضاع الاقتصادية التي أفرزتها الثروة الصناعية . ففي مجالات عديدة ظهرت مشروعات ضخمة تتمتع بنفوذ اقتصادي هائل وباتت تمهين ، في ظل مناخ احتكاري ، على الاحتياجات الأساسية للأفراد من السلع والخدمات .

ومع تزايد نشاط هذه المشروعات واضطرار الأفراد إلى التعاقد معها لتلبية احتياجاتهم، بدأ عصر الإنتاج الكبير والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات ، فظهرت الحاجة إلى إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أسرع وقت وبأقل مجهود .

وتحقيقاً لذلك ، دأبت هذه المشروعات على أن تعرض على عملائها عقوداً تنفرد هي بتحقيق شروطها وصياغة مضمونها دون أن تقبل منهم مناقشتها ، فلا يكون أمامهم سوى قبول التعاقد جملة أو رفضه كلية ، كما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه .

ويرجع ذلك إلى تركيز السلطة اتخاذ القرار في ظل أنظمة الإنتاج والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات ، فيتعامل الفرد مع التابعين لا يملكون سلطة التقرير ، الأمر الذي لا يدع مجالاً لأية مفاوضات ترمي إلى تعديل هذه العقود ، فهي عقود نمطية مطبوعة تتولى صياغتها هيئات متخصصة ، كما أن الاستخدام المتزايد لهذه العقود النمطية يتضمن عنصراً نفسياً يقود الفرد إلى الإذعان ، إذ تبدو في نظره عقوداً نموذجية لا يمكن المساس بها ، كما تولد لديه شعوراً بالمساواة في المعاملة يختلط بسهولة ، في أعماقه ، مع العدالة .

وأفرز هذا المناخ الاقتصادي ما بات يعرف بعقود الإذعان ، وهي تسمية ذاع وشاع استخدامها في القضاء والفقهاء المصري بوجه عام بعد أن استخدمها لأول مرة الفقيه السنهوري في كتابه " نظرية العقد " (1) .

2- تعريف عقد الإذعان و بيان خصائصه :

هناك عدة تعريفات مهمة ، ونظراً لأن المقام لا يسمح باستعراضها كلها ، فإننا أثرنا في غياب تعريف تشريعي إختياري تعريف فقهي وآخر قضائي .

فقد عرف الفقيه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه : " العقد الذي سلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو بمرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي وتكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها " (2) .

1- يراجع كذلك مؤلفه : " الوسيط ، ج 1 ، مصادر الالتزام " ، فقرة 10 ص 245 .
ويقالها في الفرنسية اصطلاح (CONTRAT D'ADHÉSION) ، ومعناه عقد الانضمام أو عقد الموافقة وشاع استعماله في الفقه الفرنسي في هذا الصدد، وهو اصطلاح ابتكره الفقيه الفرنسي إدمون سالي (Salleilles) في كتابه أو رسالته الموسومة (الإعلان عن الإرادة في القانون الألماني) التي ناقشها بجامعة باريس سنة 1901 .

2- د/ عبد المنعم فرج الصدة : " نظرية العقد في قوانين البلاد العربية " ، دار النهضة العربية ، سنة 1974 ، ص 120 .
ويعود له الفضل في بحث نظرية عقود الإذعان وتأسيسها وبيان أحكامها وتطبيقاتها يعود إلى الفقيه عبد المنعم فرج الصده من خلال رسالته الشهيرة الموسومة بـ " عقود الإذعان في التشريع المصري " ، وهي رسالة دكتوراه ناقشها بجامعة القاهرة (جامعة فؤاد الأول) سنة 1949 ي قبل صدور القانون المدني المصري الحالي سنة 1949 .

وأما القضاء فعرف عقد الإذعان : بأنه : " العقد الذي لا يكون فيه أي خيار للمتعاقد سور الإذعان للشروط التي يملئها المتعاقد الآخر إن أراد فعلا التعاقد " (1).

ويظهر من هذين التعريفين أنه في هذه العقود ينفرد أحد أطرافه (المذعن له) بوضعه شروط العقد جملة و تفصيلا ، في حين يقتصر دور الطرف الثاني (المذعن) على مجرد التوقيع على الشروط المحضرة مسبقا دون نقاش أو مساومة ، وعليه يظهر المركز القوي للمذعن له بكونه يملك احتكارا قانونيا وفعليا يمكنه من إملاء شروطه على الطرف الثاني الضعيف ، وهي الشروط التي تسمى بشروط الأسد.

وتتميز عقود الإذعان بخاصية مهمة وهي تمتع أحد أطراف التعاقد فيها بصفة احتكارية لخدمته أو لممنوح ما ، حيث يتحدد دور المتعاقد مع شركات التأمين على قبول شرط لم يساهم في صياغتها في صورة عقود نموذجية .

ونتيجة لهذه السلطة الاحتكارية (الفعلية والقانونية) فإنه غالب عليها طابع التعسف ، وهو ما ذهب بالفقيه الفرنسي ستارك (Starc) إلى القول بأن سبب أقوال مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية الذي مورس في سياق سيور اقتصادي يسمح باستغلال الأقوياء للضعفاء (2).

وأبرز الصور عن الإذعان هو عقد التأمين ، إذ تقوم شركات التأمين (وهي شركات محترفة) ، عادة بوضع نماذج من بعض شروط التأمين في مطبوعات ، ويقوم الطرف المؤمن له (هو الطرف المذعن) بقبول الشروط والتوقيع عليها ، وأحيانا دون مناقشتها، لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود التأمين الإلزامية . وما يزيد الأمر خطورة هو حالة الجهل التي تدفع الغالبية من المؤمن لهم لا يطلعون على عقود التأمين بدقة ، أو على الأقل لا يكون مدركا بصورة جدية لأثارها الحقيقية ، وهو ما سمح باستغلال شركات التأمين وتكتلها بل وتعسفها في ظل حمى المنافسة التجارية التي اتخذت أشكالا غير مشروعة في بعض الأحيان (3) ، إذ لا يكفي ما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل بالشروط المقترحة التي يملئها أو هي بالأصح من نشاط طائفة المؤمنين .

ويرجع بعض الفقهاء أن السبب في إدراج الشروط التعسفية في عقود التأمين وسائر عقود الإذعان كعقد النقل بأنواعه إنما يرجع إلى الطريقة التي تتم بها تحرير مشروع العقد وهي الإرادة المنفردة وأن العقود النموذجية التي تعتبر مصدرا للإذعان قد اعتبرها هؤلاء مصدرا خطيرا للتعسف .

ونظرا لهذه الأسباب إتفقت جل التشريعات المقارنة (4) من بطلان بعض الشروط إما لاعتبارات شكلية كشرط الطباعة بشكل بارز وكشرط التأخر عن التبليغ عن الحادث أو تقديم المستندات عندما يكون التأخير لعذر مقبول وكشرط التحكيم . وهناك شروط أخرى نصت على بطلانها لاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية والتي لم يكن لها اثر في وقوع الحادث المؤمن منه كشرط مخالفة القوانين في غير حالة الجرائم العمدية .

1- قرار المجلس الأعلى بالمغرب ، بتاريخ 10 ماي 2001 ، التقرير السنوي للمجلس الأعلى ، سنة 2001 ، ص 158.

2- نقلا منا عن د/بودالي محمد " مكافحة الشروط التعسفية في العقود . دراسة مقارنة " . دار الفجر للنشر والتوزيع ، طبعة أولى ، سنة 2007 ، ص 10.

3- وقد شبه البعض المؤمن له بأنه اليتيم الذي هو بحاجة إلى حماية.

نقلا منا عن د/لعشب محفوظ بن حامد : " عقد الإذعان " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 124.

4- وهو ما يؤيده القضاء دون تحفظ في الكثير من أحكامه .

ثانيا - مظاهر الحماية القانونية للطرف المدعى :

نظرا للأسباب التي سبق ذكرها أنفا ، فإن الفقه ، خاصة في فرنسا وألمانيا ، نادى دوما بإيجاد حلول لمواجهة ظاهرة الإذعان ومكافحة ما يتخللها من شروط تعسفية جائرة . وقد استجابت بعض الدول الأوروبية لنداءات واقتراحات الفقه ، و سارعت إلى التفكير في حل قانوني لمشكلة التعسف في عقود التأمين وعقود الاستهلاك وسائر عقود الإذعان ، بشكل يحمي المستهلكين من تعسف واستغلال المحترفين من شركات وأرباب عمل ، وكان أول تشريع هو القانون الألماني الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود ، والذي بدأ العمل به في أول أبريل 1997 . وهو تشريع حديث ورائد في مجال تنظيم العلاقات العقدية ، ويعد نموذجا لمواجهة ظاهرة التعسف في عقود الإذعان . حيث تبنى فيه المشرع الألماني النظام التشريعي في تحديد الشروط التعسفية ، ووضع نوعين من الشروط :

أولها - قائمة بالشروط الباطلة ، حددها حصرا ، وتسمى بالقائمة السوداء .

وتشمل هذه القائمة ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة ، نصت عليها المادة العاشرة من هذا القانون ، و تتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف ونصّه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه ، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله . أخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك . وحقه في المطالبة بالتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو تفسخه . وحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، أو القانون الوطني الساري المفعول ، إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة .

ثانيها - الشروط القابلة للإبطال ، وتسمى بالقائمة الرمادية .

وتشمل هذه القائمة عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة ، نصت عليها المادة 11 من هذا القانون . وتتعلق على وجه الخصوص ، بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر . وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة ، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلا في دين له عليه ، خال من النزاع أو ثابت في سند نهائي . والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد ، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه . و استبعاد تحديد المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير . ولعل أهم هذه الشروط التعسفية هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان .

حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كلي أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المباع استبداله ، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المباعة موردة من قبل الغير .

ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير ، خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج . ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية .

هذا ويعترف القانون السابق صراحة بصحة الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب ، واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو إنقاص السعر . ولكن بشرط أن يتضمن الشرط السابق حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح .

وعلاوة على ذلك ، فإنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح شيء المبيع مثل مصاريف النقل ، والتنقل ، واليد العاملة و الأدوات الضرورية . كما تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرفلتها ، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح الشيء المعيب والفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه ، مقارنة بعيوب الشيء .

وكما هو الحال أيضا بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلا أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية (وهو ستة أشهر تسري من وقت التسليم) ، للإعلان عن وجود العيب . وكما هو الحال أخيرا بالنسبة للشرط المنقصر للضمان القانوني .

كما أن القانون الألماني نص على حق جمعيات حماية المستهلكين في اللجوء إلى القضاء لطلب حظر استخدام الشروط العامة التي يثبت إخلالها بالتوازن العقدي .

كما اعترف المشرع الألماني للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها ، وهذا يعني أن المشرع الألماني حاول التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون أي دون الإعراف بأية سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط المسماة (شروطا سوداء) وما بين سلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة (شروطا رمادية) والتي أجاز للقاضي استبعادها إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون⁽¹⁾ .

وهكذا يبدو أن هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي والقضائي للشروط التعسفية الباطلة ، هو إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد ، والذي قد يخلّ به المحترف عند إيراده للشروط العامة.

وبحق فإن التجربة القانونية الألمانية رائدة في هذا المجال تأثرت بها لاحقا العديد من التشريعات الأوروبية ، ومنها التشريع الفرنسي نفسه أين ظهر ذلك واضحا في صلب قانون حماية المستهلكين من الشروط التعسفية الصادر سنة 1978 ، والذي اعتمد فيه نفس أسلوب المشرع الألماني في تحديد الشروط التعسفية ، بتقسيمها إلى طائفتين ، شروط رمادية وشروط سوداء (المادة 35) ، وتقرير نفس الجزاء المترتب عنها ، وفي إعطاء نفس الدور الرقابي للقاضي في تعديل هذه الشروط أو إسقاطها .

1- للمزيد من التفصيل يراجع على الخصوص :

و د/ حسن عبد الباسط جمعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص 150 وما بعدها .

و د/ بودالي محمد : " مكافحة الشروط التعسفية في العقود " ، المرجع السابق ، ص 10 وما بعدها .

ويلاحظ وجود اختلاف يتمثل في كون المشرع الفرنسي تبنى أسلوب إضافيا يتمثل في الرقابة الإدارية وخولها لهيئة أنشئت لاحقا بموجب مرسوم (أحالت إليه المادة 36 من القانون) أطلق عليها تسمية " لجنة مكافحة الشروط التعسفية " أوكلت لها مهمة البحث والتحري ومراجعة الشروط المختلفة المزمع استعمالها أو فرضها من المهنيين أو المحترفين على المستهلكين ، أو الشروط الشائع استعمالها في عقود الاستهلاك (الشروط النموذجية) ، فهي تمارس مهام ضبطية إدارية واستشارية فنية ، وهي لجنة ذات تشكيلة مختلطة (15 عضوا) وتمارس عملها تحت وصاية وزارة شؤون المستهلكين .
ورغم إلغاء هذا القانون إلا أن المشرع الفرنسي أحتفظ بجل أحكامه وأدرجها في قانون الاستهلاك الجديد لسنة 1993 (2) .

كما بدى هذا التأثير واضحا على التشريعات العربية ، ومنها التشريع الجزائري ، ويمكن التأكد من نفحات ولمسات الفكر الألماني عند تصفح القانون رقم 02/04 المؤرخ في 32 جوان 2004 ، والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (2) .

1 - للمزيد من التفصيل عن أحكام قانون حماية المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسيين ونصوصهما التنظيمية وموقف الفقه والقضاء من تطبيقها .

ينظر : د/ حمد الله محمد حمد الله : " حماية المستهلك .. " ، المرجع السابق ، ص 13 وما بعدها .
وكذلك : د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين .. " ، المرجع السابق ، ص 256 وما بعدها .
2- قانون منشور بالجريدة الرسمية عدد 41 ، مؤرخة في 2004/06/27 ، ص 03 وما بعدها
وينظر كذلك نصه التنظيمي المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، لاسيما في الفصل الثاني منه المحدد لقائمة لبند التعسفية (المادة الخامسة وما بعدها) .
منشور بالجريدة الرسمية ، عدد 56 ، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006 ، ص 16 وما بعدها .

الفرع الثاني : معنى قاعدة " الشك لمصلحة المذعن " وشروطها وطبيعتها

فضلا عن القواعد الحمائية التي أشرنا إليها في الفرع الأول والتي قررت أساسا لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، فإن التشريعات المقارنة أبدعت قاعدة أخرى لتقوية الأطراف المستضعفة ، وتتعلق بسلطة القاضي في تفسير العقود . ومفادها هذه القاعدة أن الشك في عقود الإذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائما بغض النظر عن وضعه في الالتزام ، وبغض النظر عن وضعه في الدعوى ، وتعتبر هذه القاعدة التفسيرية هي الأخرى نوع من مظهرها آخر من مظاهر الحماية القانونية أو الحصانة لفائدة الأطراف المستضعفة .

أولا - معنى قاعدة الشك لمصلحة المذعن و مجال تطبيقها :

في عقود الإذعان غالبا ما نكون أمام مركزيين اقتصاديين وقانونيين متباينين ، حيث يوجد طرف قوي يحتكر شروط العقد ويعدها ، وغالبا ما تكون هذه الشروط مطبوعة أو نموذجية ، وفي المقابل يوجد طرف ضعيف ⁽¹⁾ ، اقتصاديا ومعرفيا ، ليس له إلا الإذعان لشروط الموجب بقبولها دون مساومة أو مناقشة أو مفاوضة ، هذه الوضعية قد ينجر عنها نزاع في تنفيذ شروط العقد بعضها أو كلها ، ويكون على القاضي حينها التدخل لفك هذا النزاع ، ويبدأ بتفسير بنود العقد ، فإذا رأى أنها واضحة ألزم الطرفين بتطبيقها ، ولو كانت في غير مصلحة الطرف المذعن وتضر بمركزه .

أما إذا ظهر بأن الشروط " الإذعانية " المتنازع عليها يشوبها غموض أو ابهام كان على القاضي هنا أن يفسرها بما يتناسب مع مصلحة الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية ، وهو المذعن ، وهذا مسلك يتماشى مع المنطق القانوني السليم ومع روح العدالة . وكمثال لحالة الشك : أن يعرض على القاضي نزاع بشأن وثيقة التأمين تتضمن في طياتها بندا في قسم منها يقضي بتغطية التأمين على خطر معين ، وتتص في بند آخر على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين . فهذا لا شك غموض كبير يصعب من مهمة تطبيق العقد . ففي حال عرض مثل هذا النزاع على القاضي . وفي غياب قاعدة تفسير خاصة بالإذعان ، فسيجد القاضي نفسه في إشكال أو حرج حول البند الذي يتعين الأخذ به عند التفسير ، ذلك أن القواعد السابقة للتفسير (الشك لصالح المدين) لا تناسب قضية الحال لكون أن مركز الأطراف يختلف في هذه الحالة ، سواء أثناء إبرام العقد أو عند تنفيذه ، كما أن المسؤولية عن هذا وجود الشك والغموض هي مسؤولية فردية يتحملها الطرف القوي ولو لم يكن سيء النية ، إذ مجرد إهماله أو تقصيره يكفي لتحميله توابع الشك . وانطلاقا من هذه الأسباب المنطقية فكرت التشريعات المقارنة في استبعاد العمل بقواعد التفسير السابقة وابداع قاعدة جديدة للتفسير ينظر فيها بالأساس لحماية الطرف الضعيف في هذه العقود وعدم الإضرار به ، وهو الذي لم يتسبب في هذا الغموض .

1- يعرف البعض الطرف الضعيف بأنه الطرف الذي تنقصه القوة الجسمية والقوة المعنوية.
أ/ محمد الهيني : "الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، جامعة فاس ، المغرب ، سنة 2006 ، ص 8.

وتبعاً لهذه الفكرة كان مقتضى القاعدة المستحدثة هو " تفسير الشك أو حتى مجرد الغموض لمصلحة الطرف المذعن " ، بفتح العين ، بغض النظر عن مركزه في الالتزام التعاقدى ، أي سواء كان هذا الطرف المذعن دائناً أم مديناً . وبغض النظر عن عدد أطراف الدعوى ، إذ يمكن تصور وجود مجموعة مذعنين في مواجهة طرف قوي واحد ، كما هو الحال في عقود التأمين الجماعية ، وفي عقود العمل المشتركة... وتطبق قاعدة الشك بغض النظر عن مركز المذعن في الدعوى ، فيستوي الأمر لو كان مدعياً أو مدعى عليه أو حتى متدخل في الخصام.

ويلاحظ في البداية أن هذه القاعدة الحمائية المتعلقة بتفسير الشك لصالح المذعن ، وإن كانت مقررة بنصوص تشريعية ، باستثناء بعض الدول التي ترددت في الأخذ بها كقاعدة عامة مثلما هو في فرنسا ، فإن مجال أعمالها لا يكون وقت إبرام العقد ، وإنما وقت تنفيذه في الغالب ، أي عندما يثور نزاع بين طرفي العقد حول تفسير بند من بنوده ، بما يسمح في نفس الوقت للقاضي ، وبتفسير ماهر ، من خلال كشف الشروط الإذاعانية المخالفة للقانون (للقواعد الآمرة) والقضاء بإبطالها ، وبتفسير وظيفي أو مكمل ، من خلال كشف الشروط التعسفية والقضاء بتخفيفها أو تكملتها أو استبعادها وإعفاء الطرف المذعن منها .

وسلطة القاضي في عقود الإذعان تتجاوز إلى حد كبير المؤلف من سلطة القاضي عند تفسيره العقد ، إذا أن القاضي يملك ، إزاء الشرط التعسفي ، تعديله بل وإهداره ، وذلك في حين أن مهمة القاضي ، وفقاً للقواعد العامة ، تقتصر ، في شأن باقي العقود ، على مجرد تفسيرها ، بغية أعمال حكم القانون فيها ، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو إهدار لشروطها⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري :

" الأصل أن الحاجة على التفسير لا تفرض متى كانت واضحة ، ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيها ، بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة . فالالتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بنية السياق ، فمن واجب القاضي أن يثبت في هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد نبه لهذه الشروط ، فإذا استوثق من تنبهه العاقد إليها ، كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع ، تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات . أم إذا تبين أن العاقد المذعن لم ينتبه إلى تلك الشروط الجائرة ، فعليه أن يستبعدا ويرتب على حكم القواعد العامة في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء . فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله ، متى تنبه إليه هذا العاقد واقتضاه ، فالإذعان لا يختلط بالإكراه . بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو ما ينبغي التعامل من أسباب الاستقرار . ثم عن ما يولي من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية ، كما هو الشأن في حالة الاستغلال ، أو لتشريعات خاصة... " ⁽²⁾ .

1- ولهذا السبب يميل الفقه القانوني في فرنسا إلى تخويل محكمة النقض سلطة الرقابة على قاضي الموضوع بالنسبة إلى تفسير العقود التي لها صفة تنظيمية عامة ، مثل عقود الإذعان والعقود النموذجية. وقد دعمت محكمة النقض الفرنسية بدورها هذا الرأي.

Cass. Civ. 4 mai 1942. Dalloz. 1942 -1-131.

2- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري للمادة 217 من المشروع التمهيدي ، ج 2 ، ص 292.

ثانيا - مبررات قاعدة الشك لمصلحة الطرف المذعن :

يظهر مما سبق أن هناك مبررات منطقية وقانونية قوية دفعت العديد التشريعات المقارنة إلى اعتناق هذه القاعدة التفسيرية الاحتياطية الحمائية . ويرجع أساس التفسير لصالح المذعن في رأينا إلى قواعد العدالة بالدرجة الأولى أكثر منها إلى مسؤولية المشتري ، فانفراد الطرف القوي بصناعة العقد لا يكشف عن سوء نيته بالضرورة ، لأن حسن النية مفترض في جميع العقود ، بما فيها عقود الإذعان . وعليه فوجود شك أو غموض في عقد الإذعان لا يعني حتما سوء نية محرره ، فقد يكون هو الآخر عديم الخبرة في تحرير العقود ، ومع ذلك فإن المشرع هو الذي أقر بنص أمر أن تفسير هذا الغموض يفسر ضد المشتري أو الطرف القوي ولو لم يعتمد ذلك . وينهض حكم هذه المادة التفسيرية الاستثنائية أنه في عقد الإذعان لا يوجد تكافؤ قانوني أو اقتصادي بين طرفيه ، حيث ينفرد المتعاقد القوي أو المحترف باختكار عملية وضع شروط العقد وصياغتها وإملاء إرادته على الطرف الضعيف مع ما يملكه من وسائل تمكنه من ذلك . وحين يورد شروطاً تحتمل أكثر من معنى . فإن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشروط خاص غامض وناقص ، وعندها يفسر الشك ضده ، ويؤخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض (1) .

ومثال ذلك أيضا أن تتعهد شركة الكهرباء بتزويد المستهلك بعدد كهرباء جديد ، وتقوم الشركة بتزويده بعدد جديد فعلا (أي غير مستعمل) ، ولكن من تصنيع عشر سنوات سابقة ، في حين يطالب المستهلك المذعن بعدد جديد بمعنى غير مستعمل من جهة ، ومصنع في سنة توقيع العقد من جهة أخرى ، خاصة وأن الشركة لديها مثل هذا العداد ، وهو أفضل من العداد الذي تم تسليمه ، وقامت بتوزيعه على مشتركين آخرين ، في هذا المثال ، يفسر الغموض في كلمة "جديد" لمصلحة المستهلك المذعن ، بالرغم من أنه دائن وليس مدينا في الشرط التعاقدية .

ففي هذه الحالات يرجح أن التفسير يكون في جميع الأحوال في فائدة الطرف المذعن (الطرف الضعيف) حتى لو كان دائنا بموجب ذلك الشرط . ويحتمل أن يكون المذعن له سيء النية .

فقواعد التفسير هذه استثناء عن الأصل العام ، وجاءت لتتناسب مع طبيعة عقود الإذعان في حد ذاتها التي يتواجد فيها نوع من اللاتوازن بين أطراف الرابطة العقدية بسبب الإكراه المفروض على الطرف المذعن (2) ، ويمكن اعتبار قواعد التفسير هذه مظهرا من مظاهر الحماية المدنية للأطراف المستضعفة في هذه الطائفة من العقود بشكل من شأنه أن يحقق العدالة ويعيد التوازن بين أطراف العقد . ذلك أن قواعد الإذعان تتسم بالإجحاف في شروطها . والقاضي عندما يتدخل لتفسير هذه الشروط "التعسفية" ، فإنه يتخذ من التفسير وسيلة لتقويم العقد .

1- د/ لاشين محمد يونس : " عقد الإذعان في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية منه " ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، طنطا ، العدد الأول ، سنة 1986 ، ص 39 .

2- عنصر الإكراه من أهم عناصر عقد الإذعان ، ويتمثل في النفوذ القوي للمشتري ، وهو نفوذ اقتصادي ، وفي ذلك يختلف عن مفهوم الإكراه المعروف كعيب من عيوب الإرادة المؤدية لبطلان العقد ، فالإكراه في عقد الإذعان متصل بعوامل اقتصادية أكثر منها نفسية .

ينظر: الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 116 ، ص 293 و 294 .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائماً ، وليس أيضاً وليد رعونة واضعه ، وهو المحترف ، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمداً ، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير إشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام ، بحيث لو كانت واضحة لأحجم التعاقد الآخر على التعاقد .

وينهض بهذا الاستثناء أن الطرف الآخر في هذا العقد (الطرف القوي) ، وهو محتكر قانوني أو فعلي للسلعة أو المرفق الذي يبرم العقد في شأنه ، يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه أن يتحاشاه .

يضاف إليه ما اكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل والتي منها مثلاً ، تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض ، والشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة ، والشروط المرقونة يدويا على الشروط المحضرة سلفاً . وأن الإشارة المخطوطة المدرجة في فراغ أبيض تعتبر جزءاً لا يتجزأ من باقي النص ، ولا يمكن اعتبارها جزءاً مضافاً إلى العقد .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأصل إستبعاد حتى الشروط المطبوعة عند عدم وجود تعارض مطلق بين الشرطين إذا ظهر لهم من مجموع العقد ومن ظروف الأحوال أن المتعاقدين كانا يقصدان إستبعاد الشروط العامة المطبوعة (1) .

هذا وإن شروط العقد تكمل بعضها بعضاً وتفسر بعضها لمعرفة مقصد الطرفين ، فإن وجد شك في تفسير شرط من الشروط وجب أن يفسر لمصلحة المؤمن له ، لأن المؤمن يكون مخطئاً لعدم تحري الدقة في وضع شروطه ، وإن اختلفت النسخة الموجودة عند المؤمن عن النسخة الموجودة لدى المؤمن له . فالعبرة بالنسخة الموجودة لدى هذا الأخير . وتستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن على اعتبارات العدالة بالدرجة الأولى ، وتتمثل في محاولة حماية الطرف الضعيف ، وهو المدين في الغالب مع أنه مم الممكن أن يكون دائناً ، ولكن التشريع كما هو معلوم يسن للأغلبية وللحالات السائدة وليس للأقلية والحالات النادرة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص الفقرة الثانية من المادة 151 من القانون المدني :

" المفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين (2) ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند الانعقاد شروطاً واضحة وبيّنة ، فإذا لم يفعل ذلك ، أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض (3) في عقود الإذعان تكون حيث يصدر الإيجاب من المتعاقد الذي يحتكر ما يعتبر ضرورياً للطرف الآخر ، سواء كان الاحتكار فعلياً أو قانونياً ، ويغلب أن يعرض هذا المتعاقد المحتكر إيجابه على الجمهور بشكل مستمر ، وذلك كشركات النور والماء والسكك الحديدية .

1- Cass. Civ. 06 fev 1877

نقلا عن أ / البشير زهرة : " التأمين البري ، دراسة تحليلية " ، نشر مطبعة عبد الكريم عبد الله ، تونس ، 1985 ، ص 97 .
2- يعد الشخص المذعن طرفاً قديماً الخبرة ، وتنعدم لديه القدرة على التفاوض سواء نتيجة الاحتكار أو بسبب إنحسار الفرص للتعاقد . والعبرة هنا في عدم قدرة القابل على مناقشة بنود العقد هي بمعيار الرجل العادي .

د/ إسماعيل محمد المحاقري : " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية .. " البحث السابق الذكر ، ص 302 .

3- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 .

وفي مثل هذه العقود لا يتولى الطرف المذعن وضع نصوص العقد مع المحتكر، ولم يشترك في وضع شيء منها ، بل هو ليس في وسعه إلا الخضوع لما يقرره هذا الطرف المحتكر، وهذا ما دعا إلى إثارة الخلاف بين الفقهاء (1) :

فمنهم من لا يرى في عقود الإذعان عقوداً حقيقية ، على أساس أن قبول العقد هو إذعان ، وليس للطرف المذعن أية حرية في قبوله.

ومنهم من يرى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي ، وأنه كيفما كان موقف الطرف المذعن فليس من مسوغ لتدخل القضاء لحمايته حتى لا تضطرب المعاملات.

ولقد ذهب القضاء إلى احترام هذا النوع من العقود (2) ، ولكنه يميل إلى حماية الطرف المذعن ، بما يعرض له من مناسبات مختلفة لرفع ما يراه مجحفاً به فيها ، ومن ذلك تفسير الالتزام في مصلحة الملتزم (3) .

ورغم هذه المبررات المقدمة فإن موقف القاضي ، وهو يمارس سلطته في الرقابة القضائية ليس تحكيمياً ، وإنما مقيد بشروط قانونية معينة ، بعضها موضوعي ، وبعضها إجرائي .

ثالثاً - شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن :

إذا كانت هذه القاعدة التفسيرية الإستثنائية لا تستند إلى نية الطرفين المشتركة ، فإنه يتعين على القاضي المفسر التحرز في تطبيقها ، فلا تطبق إلا بعد التأكد من توفر عدة شروط و هي الشروط التي لم يوضحها نص المادة أو لم ترد في القانون ، وإنما كشفت عنها الممارسات القضائية والاجتهادات الفقهية ، ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي :

1- وجود المبرر للتفسير :

فإذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين ، فلا محل لتطبيق قاعدة الشك في التفسير ولو كان العقد جائراً وتعسفياً .

ويجب على القاضي تطبيق أحكام القانون في هذا المجال ، فإذا كانت شروط العقد واضحة من حيث الشكل وغير تعسفية من حيث المضمون العقد ، ألزم الطرفين بتطبيقها .

وإذا ظهر له أنها واضحة جلية ولكن يشوبها التعسف ، وليس الشك ، فإنه لا يطبق حكم المادة الخاصة بالتفسير وإنما يطبق حكم المادة الخاصة بتعديل وإبطال الشروط التعسفية حسب الحالة . ويمكن إلغاء الشرط التعسفي هو حماية أكبر لصالح الطرف المذعن ، وكان العقد فسر ضمناً لصالحه .

1- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، المرجع السابق ، ص 126 .

- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 60 .

2- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 17 فيفري 1925 ، م 37 ، ص 235 .

وحكم آخر لذات المحكمة ، بتاريخ 20 أفريل 1927 ، م 39 ، ص 405 .

3- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 12 أبريل 1962 ، م 40 ، ص 295 .

فقد كانت الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني الجزائري واضحة في هذا المجال بأن نصت : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ."

ويفهم منها أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة ، وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه هذه الإرادة ، لأن العقد هنا لا يحتاج إلى بذل جهد في تفسيره ، بل إن على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها ، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة أيضا .

ومما سبق ، نقول أنه عندما لا يكون هناك مجال للتفسير أصلا بسبب وضوح العبارة ، فإنه بالتبعية لا مجال لإعمال قاعدة الشك ، سواء في صورتها الأصلية (الشك لمصلحة المدين) ، أو في صورتها الاستثنائية (الشك لمصلحة المذعن) ، وكل تفسير للإرادة الظاهرة والعبارة الواضحة يشكل صورة من صور الانحراف والتعسف من جانب القاضي . فإذا قام القاضي ، رغم وضوح العقد ، بتفسير العقد لصالح المذعن ، بحجة جور شروطه ، فإنه يكون بذلك قد حرفه ، الأمر الذي يوجب النقض⁽¹⁾ ولو أن الفقه والقضاء كما سبق العرض في الفصل الأول يعطي للقاضي السلطة في التفسير حتى في حالة وضوح العبارة ، طالما توجد أمارات يستدل منها على وجود غموض في الإرادة أو عدم مطابقتها للتعبير ، ولكن بشرط تسبب القاضي لحكمه تحت رقابة جهة النقض .

وعليه لا يعمل بقاعدة (الشك لمصلحة المذعن) إلا في حالة استمرار النزاع حول شروط العقد وبقاء حالة عدم الوضوح ، إذ إقرار القانون للقضاء هنا بسلطة تفسير هذه الشروط الغامضة أو المبهمة لصالح الطرف المذعن ولو لم تصل على حد الشك .

2- استفاد كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين :

ذلك أن إرادة الطرفين هي العنصر الجوهرية في العقد ، فلا يتعين اللجوء إلى الحيلة الافتراضية إلا بعد استفاد كل الوسائل اللازمة للكشف عن هذه الإرادة ، إذ أن هذه القاعدة احتياطية ، أملت الظروف التي تستدعي حماية الطرف الضعيف في التعاقد .

3- استمرار قيام الشك أو الغموض في التعرف على الإرادة المشتركة :

فالقاضي و رغم استخدامه لوسائل التفسير التي سبق دراستها ، سواء تلك التي نص عليها المشرع أم غيرها إلا أنه بقي عاجزا عن تفسير العقد بالنظر إلى ما يعترضه من غموض كبير أو شك في فهمه .

وهنا نعيد التذكير بنص الفقرة الثانية من المادة من القانون المدني الجزائري التي حددت الوسائل المادية التي يلجأ إليها القاضي لكشف هذا الغموض ، وقد جاء فيها : " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ."

1- د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 137 وما بعدها .

وهذا ما هو سائد أيضا في جل التشريعات المقارنة ، حيث يضع المشرع بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها للكشف عن إيهام عبارة العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإدارة الظاهرة .
والفقه والقضاء مستقران على أن الشارع ذكر بعض هذه الوسائل على سبيل المثال كطبيعة التعامل ، والأمانة والثقة ، والعرف الجاري في المعاملات ، وبعضها لم يذكره .
ويمكن للقاضي استخلاصه منتهلا من نصوص القانون المدني الفرنسي ، وهذه القواعد في مجملها قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي⁽¹⁾ ، وعليه أن يسترشد بها قدر الإمكان دون أن يسيء استعمالها ، لأن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة .

4- انتقاء سوء النية أو الإهمال من جانب المدين :

فوجود أي منها يتنافى مع المبرر أو الأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة ، إذ لا حماية للمدين سيء النية أو المهمل ، بل الحماية للمدين حسن النية الذي لا ذنب له في غموض ، كان يتعين على الدائن صاحب المصلحة أن يزيله.⁽²⁾

5- تعلق الشك بتفسير عقد إذعان :

حيث أن هذه القاعدة مقررة فقط لتفسير عقود الإذعان وليس العقود العادية .ومثال عقود الإذعان نجد عقود التأمين وعقود الإستهلاك وعقود النقل وعقود العمل...
ونشير هنا إلى أن مجال تطبيق القاعدة الإستثنائية القاضي بتفسير الشك أو الغموض لمصلحة الطرف المذعن تشمل كافة الشروط الغامضة الواردة بعقد الإذعان ، سواء كانت شروطا عامة أو شروطا خاصة ، وسواء كان الشرط مطبوعا أو مكتوبا باليد أو مكتوبا بالآلة الكاتبة⁽³⁾ ، وبغض النظر عن مدة العقد ، أي سواء كان مستمرا أو دوريا ، وبغض النظر عن ما إذا كان عقدا ثنائيا أو جماعيا.

فالحكمة من هذا الشرط هي حماية الطرف المذعن ، والشك في التفسير يمكن أن يتولد من أي منهما ، فالطرف الموجب (أو الطرف المحتكر) ، وإن كان هو الذي يعد الشروط المطبوعة ، إلا أنه أيضا ذو هيمنة لا يستهان بها بالنسبة للشروط المخطوطة فيما جرت به العادة ، بالنسبة لعقد التأمين بتحرير شروط عقد التأمين . وشركة التأمين تستطيع أن تعد شروطا واضحة لا لبس فيها ولا غموض ولكن إذا وضعت شركة التأمين شروط غامضة أو شروطا تحتمل أكثر من تفسير ، فيجب على القاضي أن يفسر الشك لمصلحة الطرف الضعيف (المستأمن) . وهذا الحكم يسري على عقد التأمين ، كما يسري على كافة عقود الإذعان الأخرى⁽⁴⁾ .

وفضلا عن هذه الشروط الموضوعية التي يتعين على التحقق منها ، فإن على القاضي فوق ذلك مقيد بشرط إجرائي . وهو وجود نزاع أمام القضاء بخصوص العقد ، فلا يمكن ممارسة عملية التفسير دون أن يوجد نزاع أصلا ، لأن المصلحة أساس الدعوى .

1- د/عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط " ، مصادر الالتزام " ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 663.

2- د/عبد الحكيم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 169 ، ص 307 و 308.

3 - د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 137 وما بعدها.

4- د/عبد الحكيم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 172 ، ص 310.

فالتفسير القضائي ليس غاية كما عند الفقهاء بل هو وسيلة لأداء واجب قضائي هو الفصل في الخصومات . وأثناء سير الخصومة والحكم فيها فإن القاضي مقيد أيضا بطلبات الخصوم في الدعوى ، إذ لا يمكنه الحكم بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه . ولكن الأمر يختلف فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية المنظمة لتفسير العقد ، فتطبيق حكم القانون واجب على القاضي سواء في مجال تفسير العقود أو تفسير القوانين أو غيرها من المسائل، لأن وظيفته إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروف عليه . وهو يقوم بتطبيق عنصر القانون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم بخلاف عنصر الواقع .

رابعاً- طبيعة هذه القاعدة :

يعتبر تفسير العقد مسألة موضوعية ، إذ يعتمد أساساً على وقائع وظروف العقد، وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه ، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض مادام قد التزم القواعد الممكنة في تفسيره ، ومادام أنه قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً، وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع. ولهذا ذهب البعض إلى أن تطبيق قواعد الشك في عقود الإذعان مسألة موضوع (1). والحقيقة أن التفسير كعمل قضائي وفني فعلاً يندرج ضمن مسائل الموضوع ، وهو ما سنراه لاحقاً عند الحديث عن رقابة محكمة النقض على سلطة القاضي في التفسير ، ولكن فيما يتعلق بتطبيق قواعد الشك ، وهي قواعد تفسيرية خاصة قررت لتنظيم حالات معينة ، كما هو الحال في تفسير عقود الإذعان ، فإن غالبية الفقه المصري ترى أن تحديد معنى الشك ومتى يوجد ، ومتى يستثنى في عقود الإذعان ، هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز ، وهي قاعدة قانونية ملزمة ، لأن هذا يترتب عليه إمكان التفسير لمصلحة المدين أو عدم إمكان ذلك (2) .

وتطبيقاً لذلك فإن قاضي الموضوع الذي لا يلتزم بتطبيق قاعدة الشك لمصلحة المذعن رغم توفر شروطها ، كأن يفسرها لمصلحة المدين مثلاً ، يكون قد أخطأ في تطبيق قاعدة قانونية من قواعد التفسير ، وبالنتيجة يعرض حكمه للنقض (3) .

ومحكمة النقض المصرية تعتبر أن قواعد التفسير الواردة في القانون المدني المصري ، ومنها ما تعلق بتفسير الشك في عقود الإذعان ، بمثابة قواعد ملزمة للقاضي تحت طائلة تعريض حكمه للنقض (4) .

1 - ينظر : د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة 2008 ، هامش ، ص 183 .

وهذا الاتجاه الثاني يميل إلى إضفاء الطبيعة العقدية على عقود الإذعان ، حيث يكيف عقد الإذعان على أنه تصرف قانوني ، وليس لائحة ، والأول يتصل بمسائل الموضوع ، وليس القانون.

3- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 484.

3- د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية " ، المرجع السابق ، ص 198 ، هاشم رقم 398 .

4- نقض مدني ، بتاريخ 30 نوفمبر 1977 ، مجموعة المكتب الفني ، س 28 ، رقم 296 ، ص 1724 .

ويلاحظ هنا وجود تشابه في هذا الإطار بين هذه القاعدة الإستثنائية (الشك لصالح المدعى) ، والقاعدة الأصلية (الشك لصالح المدعى) التي سبق دراستها في اعتبارهما قاعدتين ملزمتين وتطبيقهما من مسائل القانون لا الواقع .

مع العلم أن الفقه الفرنسي غير مجمع على هذه الفكرة معتبرا في غالبه أن قاعدة الشك هذه مجرد قاعدة إرشادية لا ترتب رقابة محكمة النقض عليها ولا يلتزم القاضي بها دائما.⁽¹⁾ ويترتب عن ذلك أنه يجوز أن يكون تفسير عقود الإذعان عند الشك ضد الموجب حتى ولو كان مدينا

غير أن ما يجدر التنبيه إليه هنا ، وهو أنه لا يمكن للمعني أن يتمسك بتفسير العقد لأول مرة أمام محكمة النقض . وهذا ما تقضي به القواعد العامة في المرافعات .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المدعى طبقا للمادة 151 من القانون المدني غير مقبول ، لأن ذلك يتضمن دفاعا جديدا لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع⁽²⁾.

1- د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 144.
2- نقض مدني جلسة 31 ديسمبر 1970 ، طعن رقم 169 ، س 36 ق ، مجموعة النقض ، س 21 ، ص 1305 ، قاعدة 214. ونقض مدني ، جلسة 23 فيفري 1967 ، س 21 ، ص 1305.

الفرع الثالث : موانع تطبيق قاعدة " الشك لصالح المذعن "

من خلال نص المادة 112 فقرة ثانية مدني جزائري ، المقابلة للمادة 151 فقرة ثانية مدني مصري ، فإنه لا محل لإعمال قاعدة التفسير لمصلحة الطرف المذعن ، إذا كانت عبارة العقد واضحة لا شك ولا لبس فيها ، وإنما يعمل بها فقط في حالة الشك لا غير ، بمعنى أنه في حال عدم وجود المبرر الشرعي للتفسير يتعين استبعاد قاعدة " تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن " . وهي قاعدة استثنائية خاصة بعقود الإذعان ، و إنما يرجع إلى القاعدة الأصلية ، وهي " الشك لمصلحة المدين " . وهي كما عرفنا قاعدة تفسير خاصة بعقود غير الإذعان أو عقود المساومة (بالمعنى الواسع لكلمة مساومة) .

ويلاحظ أن المشرعان الجزائري والمصري استعملا ، بصدد تفسير عقود الإذعان ، مصطلح "غموض العبارات " ، ولم يوردا عبارة " الشك " ، كما فعل المشرع بشأن تفسير عقود المساومة ، ومعلوم أن الغموض أقل درجة من الشك .

ويقصد الشرط الغامض هو ذلك الشرط الذي يكون قابلا لتفسيرين ، فهو والشرط المبهم سواء .

وهذا الإبهام قد يتأثر من جهل المذعن بلغة تحرير العقد، واستخدام مصطلحات فنية جديدة يصعب على المذعن الإلمام بها ، فهو غير مهني أو متخصص . ولهذا يجب على القاضي في تفسيره للشرط الغامض البحث عن النية الحقيقية للأطراف في تفسير غموض وإبهام الشرط .

أما الشك فهو إحساس نفسي يعتري القاضي وينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستغلال على النية المشتركة للطرفين ، التي يتم الوصل إليها بعد لجوء القاضي إلى الاستعانة ببعض الأسس الموضوعية لاستجلاء هذا الغموض الريب في فهمها .

فالغموض يمكن استجلائه بالإعتماد على عناصر معينة حددها المشرع بخلاف الشك الذي لا يمكن استجلاؤه رغم استعمال هذه العناصر الشخصية والموضوعية .

وهنا يظهر الاختلاف في تطبيق قاعدة الشك ، إذ أن مجرد غموض بسيط في عقد الإذعان يفسره القاضي لصالح الطرف المذعن، ومن باب أولى أيضا يفسر الشك لمصلحة المذعن ، في حين أن الغموض لا يفسر لصالح المدين العقود الأخرى التي لا تتصف بصفة الإذعان (عقود المساومة) ، وإنما الشك فقط هو الذي يفسر لصالح المدين .

ونحن هنا نستعمل في مجال تفسير عقود الإذعان عبارة الشك أو الغموض كمترادفين طالما أنهما يفيدان نفس المعنى الذي قصده المشرع ولا يوجد إختلاف بينهما في الغاية والنتيجة ، وذلك بخلاف الأمر بالنسبة لعقود المساومة .

ومن المحتمل أن تتوافق قاعدتا التفسير هاتين ، الأصلية والاستثنائية ، كأن يكون الطرف المذعن هو نفسه المدين في عقد الإذعان . وبذلك نكون قد حققنا مقصد القاعدة الاستثنائية برغم من تطبيقنا للقاعدة الأصلية ، وتمكنا ، بالصدفة وبدون قصد ، من حماية الطرف المذعن لا باعتباره مذعنا ولكن باعتباره مدينا لا غير .

كما لا يعمل بها كحيلة إفتراضية لتغليب إرادة الطرف الضعيف في عقد الإذعان ، ذلك أن تعاطفنا الكبير مع هذا الطرف قد يجعلنا نغض الطرف عن حقوق الطرف الثاني ونجحف في إنصافه برغم مصالحه المشروعة ، إذ يتعين على القاضي أن يبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستنفذا كل وسائل التفسير الموضوعية التي أقرها القانون في هذا ، ومنها الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، مع جواز أعمال نفس القواعد المستقرة في القانون الفرنسي ، إذ لا يرى القضاء والفقهاء العربي مانعا من ذلك ، طالما أن الواعد المحددة في التشريعات العربية إنما ذكرت على سبيل المثال لا غير .

و ينتفى أيضا العمل بقاعدة "الشك أو الغموض لمصلحة المذعن" في حالة ثبوت سوء النية أو الإهمال من جانب المدين ، إذ أن المبدأ هو أنه لا حماية لمدين سيء النية ، ومن غير المنطقي أن نرجح كفة هذا الشخص المهمل عن قصد ، وربما المتحايل ، لمجرد أن مذعن ، مع انه قد يكون هو الدائن ، وإن كانت هذه حالات نادرة .

كذلك يتمتع تطبيق القاعدة إذا انعدم الشك أو الغموض في العقد و ثبت للقاضي أن عبارة العقد واضحة أو يحوطها مجرد غموض بسيط يمكن استجلائه باعتماد الوسائل الموضوعية التي وفرها له المشرع . ففي هذه الحالة لا مجال لإعمال قاعدة " الشك لمصلحة الطرف المذعن " بل ولا مجال أيضا لإعمال قاعدة " الشك لمصلحة المدين " ، لأن تطبيق هاتين القاعدتين ، الأصلية والاستثنائية ، متوقف على وجود شرط جوهري وهو وجود شك في تفسر العقد ، وفي ظل انعدام هذا الشك أو الغموض فلا يكون للقاضي تطبيقها ، وإنما تطبيق القواعد العامة للتفسير التي سبق وأن درسناها ، وهذه القواعد الأخيرة لم تفرق بين عقود المساومة وعقود الإذعان ، فالأمر سياتي ، والحكمة تنتفي في ترجيح كفة طرف على آخر عند التفسير .

وباختصار يمكن القول أنه لا مجال لإعمال قاعدة " الشك أو الغموض لمصلحة المذعن" إلا إذا توافرت شروطها السابق الإشارة إليها .

وجدير بالتنويه هنا أن صفة الدائن أو المدين لا تفيد بالضرورة مركزا قويا أو ضعيفا في الرابطة العقدية ، فلا يوجد تلازم بين الأمرين . بمعنى أنه ليس من المحتم أن يكون الطرف الضعيف دائما هو المدين ، والطرف القوي هو الدائن . فالطرف الضعيف قد يكون دائما أو مدينا ، ومرد ذلك ، من جهة ، أن كل طرف ، في العقود الملزمة للجانبين يعد دائما ومدينا في آن واحد ، فكل صفة منهما تتضمن ، بوجه عام ، عناصر من القوة والضعف (1) .

وفيما يلي نورد بعض التطبيقات القضائية من المحاكم العربية التي استبعدت فيها تطبيق هذه القاعدة :

فقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه : " من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه إذا كانت عباراته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقا عن إرادتهما المشتركة ، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات " (2) .

1 - د/ محمد عكاشة عبد العال : " مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية " ، دار النهضة العربية ، سنة 2007 ، ص37 .
2 - نقض مدني ، جلسة 17 فيفري 1989 ، الطعن رقم 497 ، س 46 ق.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه : " لما كان النص في المادة 150 من القانون المدني على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " . فإن ذلك يدل على أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤادها الواضح إلى معنى آخر . ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك ، ولما كان ما تقضي به المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسوخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة ، فهو يخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض " (1) .

وقضت محكمة النقض أيضا : " أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان بشروط تعسفية فإن للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعطي الطرف المدعى فيها وفقا لما تقضي به العدالة . ولمحكمة الموضوع هي التي تملك تفسير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا ؟ " (2) .

1 - نقض مدني ، جلسة 14 نوفمبر 1983 ، الطعن رقم 1476 ، س 48 ق .
2 - نقض مدني ، جلسة 12 ديسمبر 1989 ، طعن رقم 388 ، س 57 ق . . .
أورده عن د/ سعيد أحمد شعلة : " قضاء النقض في التأمين " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1997 ، ص 130 .

المطلب الثاني : **قواعد تفسير عقود الإذعان في القوانين المقارنة**

بادئ ببدء نقول أن القانون المدني المصري أثر أيما تأثير في تشريعات العديد من الدول العربية ، التي انتهلت مجمل المبادئ والقواعد التي استقر عليها الفقه والقضاء في مصر ، ويمكن القول بأن روح القانون المصري موجودة في هذه القوانين العربية ومنها القانون الجزائري .

ولهذا السبب نجد أن الفقه والقضاء في هذه البلاد العربية لا يجد حرجا في السير على خطى الفقه والقضاء في مصر . ويستثنى من ذلك بعض القوانين العربية التي تنفرد بخصوصيات معينة كما هو الحال في القانون اللبناني والقانون التونسي .
ومن بين القواعد التي لوحظ فيها التشابه هي قاعدة " تفسير الشك لصالح المدعى " ، إذ أصبحت قاعدة قانونية مستقرة بالنظر إلى المبررات القوية المنطقية والقانونية التي دعت إلى ابتكارها .

والذي يهمننا في البحث أكثر هو كيف تعامل القضاء مع هذه القاعدة عند تطبيقها على بعض عقود الإذعان ، ومنها على الخصوص عقود الاستهلاك وعقود التأمين البري ، خاصة إذا عرفنا أن طفرة ظهرت في التشريعات وهي استقلال العقود عن القانون المدني ، وأصبح لكل عقد قانون خاص ينظم أحكامه بعد أن كان القانون المدني أسرة تلم كل العقود الصغيرة والكبيرة ، المسماة وغير المسماة .

ونتساءل هنا : هل تكفي القواعد العامة للتفسير الواردة في القانون المدني أم ينبغي تطبيق قواعد خاصة ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال استعراض موقف القوانين العربية ، ونبدأ بالمشرعين الجزائري ثم المصري ، وصولا إلى موقف باقي القوانين الأخرى ذات الطابع الغربي مثل فرنسا .

- ومعالجتنا لمواقف هذه القوانين لهذه القاعدة التفسيرية يكون عبر الفروع التالية :
- الفرع الأول : قواعد تفسير عقود الإذعان في القانون الجزائري والقوانين العربية**
 - الفرع الثاني : قواعد تفسير عقود الإذعان في القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية**
 - الفرع الثالث : الحلول الفقهية المقترحة لحل مشكلة تفسير عقود الإذعان**

الفرع الأول : قواعد تفسير عقد الإذعان في القانون الجزائري والقوانين العربية

لقد أدت الحرية التعاقدية إلى " فساد " بعض التصرفات التعاقدية ، نتيجة ما ترتب عنها من إختلالات في التوازنات العقدية بشكل يتنافى مع مقتضيات العدالة ، وكان لزاما على التشريعات أن تتدخل لضبط هذه الحرية في العقود لتضعها في إطارها السليم والعاقل . وانطلاقا من هذه الفكرة تدخلت التشريعات من أجل لمكافحة الشروط التعسفية الواردة بعقود الإذعان بشكل يوفر الحماية المباشرة التي توفرت للطرف المذعن فيها.

وفضلا عن ذلك تدخلت التشريعات لمواجهة أي غموض يتعمد الطرف القوي تمريره في صلب العقد لاستعماله لاحقا بما يتناسب ومصلحته ، بأن قرر تفسيره لغير مصلحته ، وإنما لمصلحة الطرف الضعيف وهو المذعن ، لاسيما وأنه لم يكن في إمكانه مقارنة شروط خصمه أو التفاوض بشأنها .

والهدف من هذا الضابط القانوني أو القاعدة التفسيرية الخاصة هو مواجهة الشروط الغامضة والتي يحيط الشك بحقيقة المقصود منها ، حتى ولو لم تكن هذه الشروط تعسفية في أصلها .

ويعتبر تدخل المشرع على هذا النحو بصدد عقود الإذعان ، بخروجه عن المبادئ العامة ، نتيجة منطقية لما لاحظته من تدهور مبدأ سلطان الإرادة و ما ترتب عنها من اختلال بين الالتزامات التعاقدية ، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود يكاد يتساوي فيها ، من الناحية العملية ، إذعان الطرف الضعيف لشروط التعاقد مع انعدام الرضا أو مع الإكراه⁽¹⁾ .

أولاً- موقف القانونين الجزائري والمصري من قاعدة تفسير عقود الإذعان :

على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يرد فيه نص صريح بخصوص عقود الإذعان ، أو بالأحرى تفسير هذه العقود ، فإن المشرع الجزائري حسم الخلاف بأن نص بصراحة ووضوح على وضع قواعد تفسيرية خاصة بهذا الشأن جسدها في نص المادة 112 في فقرتها الثانية من القانون المدني التي جاء فيها : "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات " الغامضة " في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

وهو نفس الحكم الذي ورد في صلب المادة 151 فقرة ثانية من القانون المدني المصري التي جاء فيها : " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات " الغامضة " في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

حيث يظهر الفرق الشكلي بين النصين في عبارة " تأويل " و " تفسير " . وتعليقا على الجانب الشكلي في النص المصري يرى البعض من الفقه هناك أن الفقرة الثانية من المادة 151 من القانون المدني (الجديد) أتت بتحديد لا مبرر له ، بصدد العبارات محل التفسير ، بالإشارة إلى أنها تلك العبارات الغامضة ، مع أن التفسير يمكن أن ينصب على العبارات الواضحة في ذاتها ، والغامضة في مفهوم المتعاقدين .

1- يقول أحد الفقهاء أن صفة الإذعان ليس لها مفهوم معين ، وإنما هي مجرد رمز يشير إلى وجود أحد المتعاقدين في مركز أقوى من الآخر

ينظر د/ إسماعيل المحاقري : " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية .. " البحث السابق الذكر ، ص 300.

ويمكن القول بأنها جاءت متسمة بسوء الصياغة ، فظاهرها يوحي بأن المخطور هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المدعن ، وليس ذلك هو قصد المشرع ، وإنما المقصود هو عدم تفسير الشك الذي تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعمد القاضي على تفسيرها للتعرف على مقصود العاقدين (1) .

ولهذا رأى البعض أنه من غير المعقول الأخذ بهذا النص حرفياً ، بإعمال مفهوم المخالفة ، والقول بتفسير الشك في العبارات الواضحة لمصلحة الطرف الموجب ، واقترحوا إلغاء كلمة " الغامضة " من نص هذه الفقرة (2) ، لأن بقائها كما هي قد يفهم منه خلاف روح النص ، وخلاف ما استقر عليه القضاء المصري نفسه حتى قبل صدور القانون المدني الحالي (3) .

أما من حيث الجانب الموضوعي لهذه المادة ، فإن الفقه المصري ، وأمام وضوح وصراحة هذا النص (المادة 2/151) لم يتفرق في شرحه كثيراً . كما لم يصعب تطبيقه قضاء على عكس ما حدث في فرنسا .

وإن كان تطبيق هذا النص عملياً قد يصطدم بذلك الإتجاه التقليدي الذي يتمسك بعدم جواز الإنحراف عن عبارات العقد الواضحة عند تفسيرها ، وهو نفس الإتجاه الفقهي الذي ظهر في فرنسا (4) .

ولقد ذهب الشارع المصري في القانون الجديد إلى تبني اتجاه صارم ، لمنع ما يكون قد وقع من حيف بالطرف المدعن ، فقرر قاعدة تفسير الشك في مصلحته ، سواء كان دائناً أو مديناً ؛ إذ المفروض أن العاقد المحتكر هو الأقوى ، وهو الذي يتولى وضع شروط العقد ، فعليه أن يتوخى فيها الوضوح عند وضعها . وحتى لو كان الطرف المدعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض ، فإن تفسيره يكون في مصلحته أيضاً ، لأن العاقد المحتكر هو الطرف القادر الذي له من الوسائل ما يمكنه من تبين صيغ الشروط وتوضيحها (5) .

فالمشرع يفترض أن المدعن هو أقوى المتعاقدين مقارنة بالطرف الآخر ، بالنظر لما يتوافر لديه من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على الطرف المدعن عند التعاقد ، شروطاً واضحة وبيّنة .

1 - د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية " ، المرجع السابق ، ص 188 .

2- د/ عبد الحكيم فودة : " تفسير العقد... " ، المرجع السابق ، ص 201 .

وينظر أيضاً : د/ عبد الباسط جمعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، فقرة 302 ، ص 141 .

3- محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة ، بتاريخ 12 أبريل 1926 ، م 40 ، ص 295 .

ونقض مدني مصري ، جلسة 28 أكتوبر 1937 ، مجلة المحاماة ، س 18 ، رقم 147 ، ص 231 .

واستئناف مصري مختلط ، بتاريخ 28 ماي 1941 ، م 53 ، ص 05 .

4- الملاحظ أن القانون المدني المصري القديم كان جد متأثر بالقانون المدني الفرنسي ، و لم يرد فيه نص أو قاعدة تفسيرية يمكن من خلالها حماية الطرف المدعن في عقود الإذعان إلا أن القضاء المصري وقتها أقر بوجود حماية الطرف المدعن عن طريق تفسير الشك في الالتزام لمصلحته و ضد مصلحة الطرف المدعن له .

ويمكن الاستشهاد على ذلك بالأحكام القضائية التي سبقت الإشارة إليها في الهامش السابق .

اسكندرية مختلطة في 12 أبريل 1926 . واستئناف مصري مختلط في 28 ماي 1941 و نقض مدني في 28 أكتوبر 1937 .

5- وقد حكم بأنه في الأحوال التي يظهر فيها أن الشروط فرضت فرضاً من الطرف الواحد على الآخر ، وإن إرادة المفروض عليه كانت في حكم العدم ، يجب أن يتولى القضاء تفسير العقد على قواعد العدل والإنصاف .

محكمة بندر طنطا الجزئية ، بتاريخ 19 أبريل سنة 1933 ، مجلة المحاماة ، س 14 ، ص 387 ، رقم 198 .

فإن لم يفعل ذلك ، ووجد شك أو غموض في العقد كان عليه أن يتحمل وزر تقصيره باعتبار أنه هو المتسبب في غموض عبارة العقد ، وفسر الشك ضده ولو كان هو المدين ، وهذا استثناء عن القاعدة السابقة في مجال الشك ، والتي تقضي بأن " الشك يفسر لمصلحة المدين " .

ولهذا السبب أيضا خول المشرع للقاضي الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا تضمن العقد شروطا تعسفية ، فأعطى الحق للمحكمة في أن تعدل من هذه الشروط التعسفية تعديلا يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المذعن أو أن تعفيه منها حسبما تقضي به العدالة.

وتطبيقا للنص المذكور فإن القاضي إذا ما تبين له غموض أحد بنود عقد الإذعان فإنه يلتزم بأن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن و ليس بما لا يضره فقط (1) ، حتى ولو لم يكن هذا البند تعسفيا في حد ذاته ، لأن شروط عقد الإذعان ليست كلها تعسفية ، وليست كلها في نفس القيمة ، إذ من المحتمل أن توجد في عقد الإذعان بنود ، ولو قليلة ، لمصلحة الطرف المذعن . ومن المتصور أيضا أن تكون هي محل تفسير نظرا لغموضها والشك الذي يحيط بها .

ولم يفرق المشرع في مجال التفسير بين شرط لصالح المذعن و شرط ضده ، وإنما العبرة هي بالغموض والشك أيا كان الشرط الذي اعتراه هذا الغموض أو الشك .
ويعد تفسير الغموض لمصلحة المذعن ، بغض النظر عن مركزه في العقد دائئا أو مدينا ، مزية تطبع عملية تفسير عقود الإذعان دون عقود المساومة وسائر العقود العادية ، أي التي لا إذعان فيها .

وقد تفهم القضاء المصري هذا التوجه التشريعي واستقر منذ صدور التقنين المدني على فهم هذا النص على هذا النحو موسعا من نطاق حماية المذعن بحيلة التفسير (2) ، وهي على كل حيلة تشريعية وليس قضائية لكن مضبوطة بمبررات موضوعية ومنطقية قوية . مع أن الأصل هو أن التفسير هو مجرد " أداة فنية " في يد القاضي تسبق عملية تكييف العقد وإسقاط حكم القانون عليه ، ومن ثم هي أداة للوصول إلى حل النزاع وتسهيلا بالتالي لمهمة تنفيذه بين أطرافه .

ثانيا - موقف بعض القوانين العربية قاعدة تفسير عقود الإذعان :

بتفحص القوانين العربية نجد أن غالبيتها تضمنت نصوصا صريحة منتهجة نفس نهج التشريعين الجزائري والمصري ، وهو ما يسهل دون شك من مهنة القاضي حال تفسيره لعقود الإذعان ، ويمكن أن نستعرض بعضا منها فقط ، مركزين على القوانين التي وجدنا فيها بعض الإضافات التشريعية لما قلناه الشكلية أو الموضوعية أو بعض الأحكام أو التطبيقات الخاصة بها ، ومنها على سبيل المثال القانون الليبي ، والقانون الكويتي ، والقانون اللبناني .

1- د/ حسن عبد الباسط جمعي : " أثر عدم التكافؤ المتعاقدين ... " ، المرجع السابق ، فقرة 543 ، ص 251 وما بعدها.

2- نقض مدني مصري ، جلسة 10 ديسمبر 1970 ، مجموعة المكتب الفني ، س 21 ، ص 1035 .

1- موقف القانون الليبي :

اشترط المشرع الليبي لسريان بنود عقد الإذعان ، لاسيما منها البنود المطبوعة أن يكون الطرف المذعن على علم بها ، فقد جاء في المادة 150 من القانون المدني الليبي أنه : " تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين إذا كان على علم بها وقت إبرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتماً لو أعارها انتباه الشخص العادي .

وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحلل من العقد أو توقف تنفيذه إذا كانت لصالح من وضعها ، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع ، ولا أثر لقيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده . ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء ، إذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطياً " .

ويفهم من هذا النص أنه وللسريان الشروط الضارة بالطرف المذعن يجب أن تكون خطية ولا يكفي مجرد علم هذا الطرف بها أو إمكانية العلم بها ، ومن شأن هذا الشرط الخطي أن يجعل المذعن في مأمن من أية مفاجأة عند حدوث نزاع مع الطرف الآخر . وهي صورة من صور الحماية القانونية⁽¹⁾ . والعبرة في العلم هنا هي بمعيار الرجل العادي . ولكن في حالة الشك أو الغموض في تفسير عبارات عقد الإذعان فإنه يؤول لمصلحة في الطرف المذعن تطبيقاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 153 مدني .

2- موقف القانون الكويتي:

سبق و أن عرضنا عند دراستنا لقاعدة الشك في مصلحة المدين وأن رأينا موقف المشرع الكويتي الذي انفرد عن باقي التشريعات العربية ، وكان أكثر دقة في هذه المسألة حينما نص أن الشك عندما يكتنف أحد شروط العقد (وليس العقد كله) يفسر لمصلحة الطرف الذي من شأن أعمال الشرط أن يحمله بالالتزام ، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقلاً ، أي لفائدة المدين المتضرر من الشرط⁽²⁾ .

وهو حكم يقترب إلى حد بعيد من قواعد تفسير عقود الإذعان ، ولكن هذا لا يعني أن المشرع جعل منها قاعدة عامة تطبق على عقود المساومة (العقود العادية) وعقود الإذعان أيضاً ، وإنما اقتصر تطبيقها على العقود الأولى فقط ، مادام أنه يوجد نص خاص وصريح بشأن تطبيق قاعدة الشك في عقود الإذعان (القاعدة الاستثنائية في الشك) ، وهو نص المادة 82 من القانون المدني التي جاء فيها : " في عقود الإذعان يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن " .

1- تضمن القانون السوداني نصاً مشابهاً في المادة 119 من القانون المدني وسع من خلاله سلطة القاضي في التفسير والتعديل لكل شرط يخالف مقتضيات العدالة عندما اشترط علم الطرف المتعاقد .
ونص في المادة 120 من نفس القانون على عدم سريان شرط الإعفاء من المسؤولية إلا بموافقة صريحة وتوقيع المذعن ، وبعد إخطار كتابي مسبق .

2- المادة 194 من القانون المدني الكويتي المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 ، وقد سبقت الإشارة إليها .

ويقول بعض الفقه بصدد التعرض إلى هذا النص :

" أما إذا كان العقد من عقود الإذعان فإن الإرادة المشتركة تكاد تختفي تماما ، حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التأمين ، ولذلك رأى المشرع تحقيقا للعدالة أن يفسر غموض عبارة العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان هذا الطرف دائنا أم مدينا " (1) .

وقد ذهب قضاء محكمة التمييز في الكويت إلى اعتماد مبدأ التفسير الموسع في عقود البيع ، بعد أن استخلص القضاء اتجاه نية الأطراف ، على الرغم من عدم وضوح عبارات عقد البيع في هذا الخصوص ، وذلك بهدف حماية المشتري تطبيقا لأحكام المادتين 485 و489 مدني ، المنظمة لأحكام الضمان في البيع (2) .

ومن الواضح أن هذا المثال لا يخرج عن إمكانية التوسع في التفسير خارج نطاق النصوص القانونية ، بغرض حماية الطرف الأضعف في العقد ، ولكن رغم ذلك يبقى القضاء الكويتي مترددا بشأن هذا المبدأ (3) .

3- موقف القانون اللبناني :

لم ينص التشريع اللبناني على قاعدة معينة بصدد تفسير عقود الإذعان ، كما هو الحال في فرنسا . ومعلوم أن القانون اللبناني ، ومثله القانون التونسي ، يمتازان بخصوصية قواعدهما القانونية وبمصطلحاتهما غير المألوفة في التشريع الجزائري .

يرى البعض (4) أن المشرع اللبناني ، وإن كان لم ينص صراحة على مسألة تفسير عقود الإذعان ، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نفس القاعدة الإستثنائية في التفسير المستقر عليها في التشريعات المقارنة ، وهي تفسيري العقد لمصلحة الطرف المذعن حتى وإن كان دائنا .

أما بالنسبة للتشريعات التي تتماثل أحكامها القانونية إلى حد كبير مع التشريعين الجزائري والمصري ، في مجال حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان عن طريق قواعد التفسير فنجد التشريع الإماراتي ، من خلال الإطلاع على نص المادة 248 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة التي ورد فيها ذات الألفاظ الواردة بنص المادة 151 مدني مصري ، بمعنى أن أحكامهما تتطابق نصا وروحا .

ويؤكد هذا التطابق الكامل ما ورد في مذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، التي أخذت هذا النص عن المشرع المصري (5) .

ونفس الحكم نلحظه في المادة 102 من القانون المدني السوداني لسنة 1984 ، التي جاء فيها : " يفسر الشك في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط . ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن " .

1- العبارة للدكتور بدر جاسم اليعقوب : " أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي " ، ص 287 .

نقلا عن : د/ لعشيب محفوظ : " عقد الإذعان " ، المرجع السابق الذكر ، ص 146 .

2- تمييز كويتي ، الدائرة التجارية ، بتاريخ 18 ديسمبر 1989 ، رقم 89/172/170 ، تجاري ، م . ق ، السنة 17 ، العدد 02 ، نوفمبر 1995 ، ص 294 .

3- للمزيد حول موقف القضاء الكويتي

ينظر : د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات " ، المقالة السابقة الذكر .

4- د/ عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 295 ، ص 383 .

5- د/ حسن عبد الباسط : " أثر التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، فقرة 520 ، ص 205 .

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني القطري لسنة 2004 ، فقد أوردت المادة 107 منه ما نصه : " في عقود الإذعان يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دائناً كان أو مديناً " . كما نجد نفس الحكم في نصوص عربية أخرى نذكر أرقام موادها دون إعادة تكرار متونها ، وهي المادة 240 فقرة أولى مدني أردني ، والمادة 167 فقرة ثالثة مدني عراقي . والمادة 151 فقرة ثانية مدني سوري ، والمادة 59 مدني بحريني . وتجدر الإشارة إلى أن المدونة المدنية المغربية خلت من نصوص تتعلق بإبرام أو تفسير عقود الإذعان ، لكن ما لفت انتباهنا أكثر هو عدم وجود تفنين مدني عماني ، والذي لم يصدر لغاية الآن ، وهو الأمر الذي انعكس على القضاء والفقهاء في هذين البلدين ، وهذا الفراغ بدوره صعب من مهمتنا في إثراء البحث بأراء واجتهادات أخرى .

ثالثاً - تطبيقات قاعدة الشك في عقدي التأمين والاستهلاك :

نركز في تطبيقات " قاعدة الشك يفسر لمصلحة المذعن " على عقدي التأمين والاستهلاك باعتبارهما أكثر العقود منازعة في الحياة القضائية ، واهتمامنا سيكون أكثر على القضاء المصري باعتباره يزخر بنماذج قضائية مهمة تفيد في إثراء بحثنا ، ولكن هذا لا يعني أن القضاء في باقي الدول لا توجد فيه نماذج مهمة لبحثنا ، وإنما الفرق يكمن في نشرها الواسع في مختلف الدوريات والمراجع الفقهية ، مما يسهل مهمة الحصول عليها مقارنة بباقي الدول العربية الأخرى .

1- تطبيقات من القضاء المصري في مجال عقود التأمين :

في البداية لابد من الإشارة إلى أن النظام القانوني المصري يخلو من وجود قانون للتأمين ، (التأمين البري) على عكس القانون الجزائري ، واكتفى الشارع المصري بتنظيم عقود التأمين في القانون المدني فضلاً عن قانون إلزامية التأمين عن حوادث السيارات وقانون رقابة الدولة على التأمين لسنة 1981 .

وفي المجال التطبيقي فإن القضاء المصري يحفل بأمتثلة عديدة ومتعددة من القضايا التي تهم موضوعنا .

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة بمصر بصدد حالة تأمين ضد المسؤولية ، بأن الخطأ الجسيم (القيادة في حالة سكر) لا يؤدي إلى درجة الغش . وأن العبارات العامة للتأمين تغطي أخطاء المستأمن التي لم يستثن منها إلا الخطأ العمدي ⁽¹⁾ . وقضت محكمة النقض المصرية ⁽²⁾ أنه في حالة تعارض شروط العقد المكتوبة بخط اليد مع الشروط المطبوعة شروط مكتوبة باليد تتعارض مع الشروط المطبوعة ، يغلب الشروط المكتوبة يدوياً باعتبار أنها تمثل الشروط الأساسية التي تتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين .

1 - استئناف مختلط ، جلسة 12 أبريل 1926 م ، رقم 40 ، ص 295 .

وفي نفس المعنى : استئناف مختلط ، في 6 ديسمبر 1944 ، - رقم 57 ، ص 18 .

2- نقض مدني ، جلسة 25 جوان 1992 ، مجموعة النقض المدنية ، س 43 ، ص 187 ، رقم 4184 .

نقض مدني ، 13 ماي 1991 ، نفس المجموعة ، س 42 ، ص 1103 ، رقم 4173 .

نقض مدني ، جلسة 31 جانفي 1983 ، نفس المجموعة ، س 34 ، ص 355 ، رقم 80 .

حيث يتجه المتعاقدان عند كتابة بعض الشروط يدويا إلى الخروج ، في حدود ما تضمنته هذه الشروط ، عن مقتضى الشروط المطبوعة (1) .

ومع ذلك ينبغي على القاضي أولا محاولة التوفيق بين الشرط المطبوع والشرط المكتوب يدويا ، فإذا أمكنه ذلك وجب عليه تطبيق كليهما (2) .

ولكن إذا كانت الشروط المطبوعة أو المعدة مقدما في نماذج ثم أضيفت لها شروط أخرى لاحقا بشكل يجعلها تتعارض معها ، فإنه لا مجال لإعمال التوفيق بين هذه وتلك عن طريق التفسير ، بل يتعين على القاضي أن يأخذ بالشروط المضافة ويهدر الشروط الأخرى المطبوعة حتى ولو كانت هذه الشروط لم تشطب (3) .

وفي قضية أخرى قضت محكمة النقض أنه في حالة الشك في تفسير الالتزام ، في عقد الإذعان ، يجب تفسير الشك في مصلحة المدين (4) .

وبشأن تفسير الشروط التي لم يثبت بأن المتعاقد قد رضي بها ، قد قضى في مصر بعد إعمال شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد في عقد النقل ، حيث لم يوقع المرسل على البوليصا ، وقد ورد الشرط مطبوعا في سياق عبارات أخرى مطبوعة ، في وضع لا يمكن الالتفات إليه ، ولا تسترعي انتباه المرسل ، ولا تفيد قبوله لها لاحتمال عدم رؤيته هذا الشرط فلا يعتبر قابلا له (5) .

وكذا الشأن لا يلزم بالشروط المدرجة بلغة أجنبية لا يعرفها الطرف المذعن (6) . ولكن هذا لا يعني أن الشروط المطبوعة دائما تستبعد في عقود التأمين ، وإنما تبقى لها من قوة في الإلزام مثلها مثل الشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن له ، ما لم تتعارض هذه الشروط (7) .

ويراقب القضاء بعض الشروط المهمة في عقود التأمين ، ولا سيما منها شرط الإعفاء من المسؤولية (8) ، مع أن هذا الشرط في حد ذاته جائز ، حيث قضى أن الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ، ولا يعد مخالفة للنظام العام ، كما أن عقد الإيجار الذي يتضمن مثل هذا الاتفاق لا يعد من عقود الإذعان (9) .

- 1- محكمة مصر الابتدائية الأهلية ، الدائرة التجارية ، أبريل 1940 ، المجموعة الرسمية ، س 42 ، عدد 5 ، رقم 116 .
- محكمة بني سويف ، كلية ، جلسة 25 ديسمبر 1928 ، مجلة المحاماة ، س 11 ، رقم 320 ، ص 642 .
- 2- محكمة استئناف الإسكندرية المختلطة ، في 2 نوفمبر 1915 ، م 6 ، رقم 22 .
- 3- وهذا الحكم قننه المشرع السوداني صراحة في المادة 121 مدني بقوله :
" في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية إذا تناهت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية " .
ومثله فعل المشرع الليبي في المادة 151 مدني .
- وفي مصر قضى بأن : عدم الإخطار في ملحق تأمين أقل أهمية من عدم الإخطار عن وثيقة جديدة .
استئناف مختلط ، جلسة 29 جانفي 1891 ، م 2 ، ص 360 .
- 4- محكمة مصر الابتدائية ، الدائرة التجارية ، في 21 أبريل 1940 .
- 5- محكمة استئناف الإسكندرية المختلطة في 29 جانفي 1980 ، مجموعة التشريع والقضاء ، م 2 ، ص 360 .
- محكمة استئناف الإسكندرية في 11 أبريل 1906 ، نفس المجموعة ، م 18 ، ص 188 .
- 6- محكمة استئناف القاهرة في 30 أبريل سنة 1963 ، المجموعة الرسمية ، س 61 ، عدد 2 ، رقم 56 ، ص 415 .
- 7- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 29 جانفي 1890 ، ب 2 ، ص 435 .
- 8- محكمة الاستئناف المختلطة ، بتاريخ 29 جانفي 1890 ، ب 2 ، ص 435 .
- 9- نقض مدني ، جلسة 13 نوفمبر 1958 ، طعن رقم 230 ، س 24 ، ق ، مجموعة النقض ، س 9 ، ص 689 .

ويتشدد القضاء أكثر في الرقابة بشأن شرطي البطلان والسقوط ، ولذا يلح على وجوب تدوينهما في وثيقة التأمين بشكل ظاهر⁽¹⁾ ، بحيث لا يجوز الاحتجاج بالسقوط والبطلان إلا برزت بطريقة خاصة كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً وأكبر حجماً أو بمداد مختلف اللون أو أن يوضع تحته خط ، مع أنه في الحقيقة لا يوجد نص مصري صريح بهذا الشأن على عكس التشريعان الفرنسي والجزائري .⁽²⁾

وقد قضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن ينازع في سقوط اشتراط عقد التأمين بدعوى أن الاشتراط كان مطبوعاً⁽³⁾ ، وإذا احتل شرط الإسقاط الوارد في وثيقة التأمين أكثر من تفسير تعين أخذه لصالح المستأمن ورفض إسقاط حقه في التعويض⁽⁴⁾.

وقد أجاز المشرع السقوط إستثناء في بعض الحالات ، كجزاء عن عدم التبليغ أو الإعلان عن الخطر المؤمن منه ، غير أنه لا يعمل به إذا ثبت وجود تنازل المؤمن عن التمسك بهذا الشرط أو في حالة ثبوت أن قوة قاهرة منعت المؤمن له من واجب الإخطار⁽⁵⁾.

ويتشدد القضاء أكثر بكل شرط يرد في بوليصة التأمين يفيد تنازل المؤمن له عن حقوقه المقررة قانوناً والمرتبة عن عقد التأمين ، خاصة إذا كان التنازل مسبقاً ، ومن هذه الشروط سقوط حق المؤمن له في الضمان ، الذي ينبغي تفسيره تفسيراً ضيقاً خاصة إذا ورد في محرر مستقل ، بل ويمكن للقاضي الحكم بإبطاله في بعض الحالات خاصة وأن جل أحكام قانون التأمين ذات صبغة أمرة⁽⁶⁾ ، بحيث لا يستطيع الأطراف التعديل فيها أو الخروج عنها بما يضر بمصالح الطرف الضعيف في العقد ، وهو طالب التأمين .

والقواعد التي تنظمه تعتبر من النظام العام التي يقصد بها تحقيق مصالح عامة ، سياسية واجتماعية واقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد ، ويستثنى من ذلك القواعد الأمرة بصفة نسبية وليس بصفة مطلقة ، إذ يجوز الاتفاق في عقد التأمين على مخالفتها إذا تبين أنها أكثر فائدة للمؤمن له أو المستفيد⁽⁷⁾ .

- 1 - قضى في سوريا بأنه : " لا يكفي أن يبرز الشرط الذي يقضي بسقوط الحق عند المخالفة وحده. وإنما يجب أن يبرز معه الشرط الذي لا يؤخذ بالسقوط ، ما لم ينتج عن المخالفة ضرر يدعي به المؤمن " .
- نقض مدني ، بتاريخ 30 جوان 1968 ، رقم 294 أساس 290 ، مجلة المحامون لعام 1968 ، ص 261 .
- 2 - ينظر المادة الخامسة من قانون التأمينات الفرنسي لسنة 1930 . والمادة 14 من مدونة التأمينات المغربي لسنة 1999 المعدل سنة 2003 ، وهي تتوافق مع نص المادة السابعة من قانون التأمينات الجزائري الصادر بالأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 .
- مع العلم بأن عقد التأمين في الجزائر نظم بعدة نصوص منها القانون المدني (المادة 619 وما بعدها) وقانون إلزامية التأمين عن المركبات الصادر بالأمر رقم 15/74 المعدل والمتمم .
- 3 - إستئناف مختلط ، بتاريخ 15 أفريل 1905 ، م 18 ، ص 188 .
- استئناف مختلط ، بتاريخ 11 جوان 1913 ، م 25 ، ص 435 .
- 4 - د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية " ، المرجع السابق ، ص 183 .
- 5 - أنظر في نقد المشرع المصري للإعتراف بسقوط الضمان كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإخطار : د/ فايز أحمد عبد الرحمن : " الشروط التعسفية في وثائق التأمين " ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2006 ، ص 65 .
- 6 - نقض مدني ، جلسة 10 جوان 1984 ، المجموعة المدنية ، س 35 ، ص 1582 .
- ونقض مدني ، جلسة 19 مارس 1997 ، طعن 5075 ، س 65 ق ، مجموعة اشرف إدوار حنا ، ص 87 .
- ونقض مدني ، جلسة 26 أكتوبر 1978 ، المجموعة المدنية ، س 29 ، ص 1636 .
- 7 - للمزيد من التوضيح ينظر : د/ ثروت عبد الحميد : " شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين " ، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، شهر جويلية ، سنة 2003 ، ص 310 وما بعدها .

فضلا عن جواز الاتفاق على مخالفة بعض نصوص التأمين ، ولو كانت أمرة ، فإن الملاحظة الأخرى في هذا المجال هو أن البطلان في قانون التأمين له طابع خاص يختلف عن النظرية العامة للبطلان المعروفة في العقود ، حيث أنه القاعدة في العقود هي أن البطلان يسري بأثر رجعي ويعتبر العقد كأن لم يكن ، ولا يرتب أثرا بين طرفيه .

غير أنه في مجال التأمين فالبطلان هو جزاء لإخلال المؤمن له (سيء النية) عن فعل الغش أو الإخلال بالتزام معين ، وفي هذا يشبه الفسخ . ويترتب عن ذلك أن المؤمن له يلتزم بدفع جميع الأقساط المستحقة إلى الوقت الذي تقرر فيه بطلان عقد التأمين ، وتعتبر هذه الأقساط التي حصل عليها المؤمن على الرغم من بطلان العقد بمثابة تعويض له ، لأن المؤمن له هو الذي تسبب في بطلان العقد (1) .

ومن العوامل التي يستهدي بها القاضي في التفسير نجد مبدأ حسن النية ، وهو مبدأ يسود العقد ككل ، بمكوناته ومراحله وأطرافه ، فكما يسري على المؤمن ، من خلال إلزامه بالصدق والأمانة في التعامل وبعدم الإدلاء ببيانات كاذبة أو كتمان معلومات مهمة إراديا أو بالتدليس عن الخطر المؤمن منه (وهو التزام بتحقيق غاية) ، فإنه يسري من باب أولى على المؤمن أيضا ، من خلال إلزامه بالإعلام وبالنصيحة وعدم الغش وبعدم التماطل في دفع التعويضات حين حدوث الخطر المؤمن عنه ، وأنه يلتزم كل طرف ببذل عناية الرجل الحريص لا الرجل العادي (2) .

وهو مبدأ يغلف العلاقة التأمينية في كل مراحلها ، عند إبرام العقد وأثناء سريانه ، وعند تحقق الخطر المؤمن منه ، ولذا وجب على المؤمن له أن يقرر في دقة وقت إتمام العقد كل الظروف المعلومة له ، والتي يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقرير المخاطر التي يأخذها على عاتقه " (3) .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ بالقول : " عقد التأمين من العقود التي مبناهما حسن النية وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن له ، والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل التأمين باطلا ، فالمؤمن له ملزم بإحاطة المؤمن عند التأمين ، بجميع البيانات اللازمة لتمكينه من تقدير الخطر المؤمن منه وجسامته ، وقد يكون ذلك عن طريق الإجابة عن أسئلة محددة في طلب التأمين ، حيث يسأل المؤمن له عن حقيقة ما يدلي به من بيانات ، فإذا كان السؤال قد جعله المؤمن محل سؤال محدد ومكتوب ، فإنه يعتبر جوهريا في نظره ، ولازما لتقدير الخطر المؤمن منه ، وعليه أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر ، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام أن يقع عقد التأمين باطلا " (4) .

- 1 - ينظر د/ فايز أحمد عبد الرحمن : " الشروط التعسفية في وثائق التأمين " ، المرجع السابق ، ص 39 و 40 . مع الإشارة إلى أن البطلان المذكور لا يشمل المضرور في التأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات لسنة 1955 (المادة 17 منه) .
- 2 - تنص المادة 725 من القانون المدني المصري أنه : " يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد " . وينظر : استئناف مختلط ، جلسة 22 ديسمبر 1937 ، م 50 ، ص 60 . واستئناف مختلط ، جلسة 21 مارس 1936 ، م 26 ، ص 245 .
- 3 - الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 7 ، المجلد الثاني ، نسخة منقحة ، ص 1608 ، هامش رقم 1 .
- 4 - نقض مدني ، جلسة 26 ماي 1991 ، مجموعة المكتب الفني ، س 42 ، ص 1205 . ونقض مدني ، جلسة 25 ماي 1981 ، المجموعة نفسها ، س 32 ، ص 1583 .

ويفترض حسن نية المؤمن له فيما أدلى به من بيانات عن الخطر المؤمن ، مما يفتح أمامه حق التصدي لكل بند من شأنه إسقاط حقه في المنازعة ، وإذا ادعت شركة التأمين سوء النية في المؤمن له ، فعليها إثبات ذلك بجميع الطرق الممكنة ، وإذا تحقق لها ذلك ، كأن اكتشفت مثلاً بأن المؤمن على حياته استبدل بشخص آخر عند الكشف الطبي أو قدم شهادة طبية أو شهادة ميلاد مزورة (1) ، ففي هذه الحالة يعفي من المسؤولية ويحق له المطالبة باسترداد التعويضات المدفوعة خطأ طبقاً لقواعد الدفع غير المستحق (2).

وتقدير الخطأ أو الغش المسقط للتعويض لا يرجع إلى شركة التأمين ، فهي خصم في الدعوى ، وإنما يعود لقضاة الموضوع بالاستناد على القانون أولاً ، وبعد تفحص بنود العقد وتفسيرها ، وبعد الأخذ بعين الاعتبار إرادة الطرفين المشتركة .

وفي هذا الصدد قضى في مصر بصدد حالة تأمين ضد المسؤولية ، بأن الخطأ الجسيم (قيادة في حالة سكر) لا يؤدي إلى درجة الغش ، وأن العبارات العامة التي تغطي أخطاء المستأمن التي لم تستثن منها إلا الخطأ العمدي ، فإذا احتتم شرط الإسقاط الوارد في وثيقة التأمين أكثر من تفسير تعين أخذه لصالح المستأمن ورفض إسقاط حقه في التعويض (3) . وفي القانون المغربي قضى المجلس الأعلى أنه في حالة سكوت عقد التأمين عن وقت بدء سريان العقد ووقت انتهائه ، يجب تفسير السكوت لمصلحة المؤمن له... وأن الشرط الخاص في حالة غموضه يفسر لمصلحة المؤمن له متى كان من عمل المؤمن " (4) .

2 - تطبيقات من القضاء المصري في مجال عقود الاستهلاك :

بعد تأخر طويل صدر قانون حماية المستهلك المصري سنة 2006 تحت رقم 67 لسنة 2006 متضمناً 24 مادة ولكن لم يستجب بما فيه الكفاية للاقتراحات التي سبق وأن ناد بها الفقه المصري مراراً وتكراراً .

من القواعد الحمائية في هذا القانون نص المادة الثالثة من القانون رقم 62 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك التي توجب على المنتج أو المستورد ، بحسب الأحوال ، أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، وبذلك الشكل الواضح تسهل قراءته ، وعلي النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه . وعلى مقدم الخدمة أن يحدد طريقة واضحة بيانات بالخدمة التي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها .

1 - إستئناف مختلط ، جلسة 9 ديسمبر 1925 ، م 38 ، ص 90 .
واستئناف مختلط ، جلسة 17 جوان 1944 ، م 65 ، ص 197 .

2 - للمزيد من التوضيح ينظر:

د/ ثروت عبد الحميد : " شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين " ، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، شهر جويلية ، سنة 2003 ، ص 310 وما بعدها .

3 - محكمة الإستئناف المختلطة ، جلسة 6 ديسمبر 1944 .
ونفس المحكمة ، جلسة 15 جوان 1932 .

4 - قرار المجلس الأعلى ، بتاريخ 8 ماي 1986 ، رقم 18737 ، في الملف الجنائي ، عدد 84/11872 .
أورده أ / محمد الهبني : " الحماية القانونية للطرف الضعيف " ، الرسالة السابقة ، ص 204 .

وما يلاحظ على هذا القانون أن المشرع المصري لم يتضمن قواعد خاصة فيما يتعلق بتفسير عقود الاستهلاك ، مكتفياً بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني . وأن النزعة التوسعية في التفسير لم تصل بعد إلى حد الاتفاق حولها كما حدث في فرنسا وسائر دول الإتحاد الأوروبي .

وعلى ما يبدو ، فإن كتابات الفقه المصري الحديثة نسبياً لم تعرض بشكل تفصيلي إلى التوسعة من خلال دور الأحكام القضائية ، وترسيخ مفهوم التفسير الواسع للعقد الاستهلاكي على أساس فكرة العدالة ، والذي يعبر عنه " بالتفسير بالإضافة " كأساس لمبدأ التوسعة في التفسير (1) .

وهناك من يذهب إلى الإكتفاء بالقواعد العامة لا غير (2) . بيد أن أحدث الكتابات تشير إلى ضرورة توفير من المرونة على القواعد العامة في التفسير ، وذلك لن يتحقق إلا من خلال التوسع في التفسير ، لاسيما في إطار عقود الإذعان وعقود الاستهلاك ، بما يحمي مصلحة الطرف المستهلك في العلاقة التعاقدية و بعدم الاكتفاء بالنصوص الواردة بالقانون المدني المصري ، وبالتطور التقليدي لأحكام القضاء في شأن الحماية كما يدعو بعض شراح القانون المصري إلى ضرورة الأخذ بتشريعات حديثة في هذا الخصوص ، وعلى النحو الذي يوسع في سلطة القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي باعتباره عقد إذعان . فالمستهلك هو رجل عادي (un profane) في مواجهة المنتج الذي هو رجل محترف ومتبصر (eclaire) ، والذي عادة ما يتكمن من تضمين العقد بعض البنود الجائرة أو التعسفية التي تنتافي و العدالة " (3) .

ولا شك أن التوسع في تفسير عقود الاستهلاك ارتبط في الغالب بفكرة التوسع في مفهوم المستهلك في حد ذاته . فهناك اتجاهان في تحديد هذا المفهوم :
- **فالاتجاه الضيق** : يرى بأن المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع ، وأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الخاص الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني ، أي لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية .

1- د/ عبد الحي حجازي : " النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، دراسة مقارنة " ، مطبوعات جامعة الكويت ، سنة 1982 ، ص 574 .

نقلاً من د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود " ، المرجع السابق ، فقرة 29 ، ص 45 .

2 - د/ حسام الدين الاهواني : " عقد البيع في القانون المدني الكويتي " ، مطبوعات جامعة الكويت ، سنة 1989 ، ص 56 . حيث يرى بأن القواعد العامة للتفسير في القانون الكويتي كافية " ، فهي تحقق الحماية اللازمة للمشتري إذا ما احتاج للحماية ، فأى شك يفسر لمصلحة من يكون أعمال الشرط في مواجهته مؤدياً للإضرار به " .

3- تعد مسألة تقدير وجود التعسف من عدمه من مسائل الواقع التي يملك القاضي السلطة الكاملة في تقريرها دون معقب عليه من طرف جهة النقض ، وتبعاً لذلك يحق له تعديله بما يتناسب ومركز الطرف الضعيف أو إعفاء هذا الطرف المتضرر منه ، ولا يتقيد في ذلك سوى بما تقتضيه العدالة .

ينظر الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 250 .

مع أن محكمة النقض الفرنسية تبسط رقابتها على تقدير المحاكم الدنيا للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون لا واقع متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير ، وتحقيقاً للأمن القانوني واستقرار المعاملات .

Cass. Civ. 1 iere . 26 mai 1993 .

ينظر على سبيل المثال :

.Cass.Civ.1 iere 6 jan 1994 .

- أما الاتجاه الموسع : فيرى أنه يعتبر مستهلكا كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك ، أي بغرض انتقاء أو استعمال مال أو خدمة ، بل وذهب البعض إلى حد المناداة بتوسيع دائرة الإفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع الزبائن المتعاقدين " الأضعف اقتصاديا " (1) .

ونشير هنا على أن عقد الإستهلاك يصنف ضمن عقود الإذعان عندما يتوافر عنصر الاحتكار الفعلي والقانوني من جانب الموجب ، وأحيانا ينعدم هذا العنصر ، كما في حالة تجار الملابس والأطعمة الذين يحددون لسلعهم أثمنا معينة ، ومع ذلك لا يعد التعاقد معهم إذعانا لوجود كثير من التجار يتنافسون في هذا النوع من التجارة .

ويلاحظ وجود نوع من الحذر لدى بعض الدول العربية في خصوص التوسع في التفسير ، لاسيما في عقود الاستهلاك .

ولا يخفى على المتخصص بالقانون أن هدف المشرع نحو توفير حماية خاصة للمستهلكين في مختلف صنوف التعاملات الاستهلاكية ساهم في تطوير وتطوير قواعد القانون بما هو أفيد للمستهلكين ، بما فيها قواعد التفسير ، هذا بعد أن ظلت سلطة القضاء ، في تفسير العقود التي تبرم للإستهلاك محصورة في نطاق الحماية التقليدية ، التي توفرها قواعد القانون المدني ، كل ذلك من دون أن يسعى القانون ذاته إلى تطوير سلطاته المتعلقة بتفسير العقود ، على نحو يحمي المستهلك .

وقد أدى الوضع السابق ، إلى حصر سلطة القاضي في التفسير ، كما ذكرناه ، في نطاق الأحكام التي تقررها قواعد القانون المدني وغيره من التشريعات ، لحماية بعض الأطراف في صور خاصة من العقود ، وهو ما جعل القضاء في الكثير من الدول العربية يتردد في الأخذ بفكرة توسيع سلطة التفسير ، على نحو يحقق حماية أكيدة للمستهلك .

ولكن يظهر أن التردد ظهر لدى القضاء العربي عموما في توسيع نطاق العمل بقاعدة تفسير عقود الإذعان على طائفة مشابهة من العقود ، مرده الطابع الاستثنائي والإحتياطي للقاعدة ، ومعلوم أن الإستثناء يعزز القاعدة ولا ينفىها ، ولكن مع ذلك فالإستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره .

1- ينظر على وجه الخصوص :

د/ جابر محجوب علي : " ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المباعة " ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة 1995 ، ص 81 ، هامش رقم 77 .

و د/ أحمد محمد الرفاعي : " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي " ، دار النهضة العربية ، 1994 ، ص 318 .

و د/ السيد محمد السيد عمران : " حماية المستهلك في أثناء تكوين العقد " ، منشأة المعارف ، 1986 ، ص 31 وما بعدها .

و د/ حسن عبد الباسط جميعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " ، المرجع السابق ، ص 141 .

و د/ بودالي محمد : " مكافحة الشروط التعسفية " ، المرجع السابق ، ص 106 وما بعدها .

الفرع الثاني : تفسير عقد الإذعان في القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية

سبق وأن اشرنا إلى أن المشرع الفرنسي تبنى قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المدين " من خلال نص المادة 1162 من القانون المدني ، لاسيما في مجال عقود البيع ، غير أنه لم يتدخل بتنظيم مسألة تفسير شروط عقود الإذعان بنص محدد وجعله قاعدة عامة تطبق في جميع عقود الإذعان على خلاف التشريعين الجزائري والمصري ، ومن سار على دربهما ، مع أنه من الناحية التاريخية نجد ظهور فكرة الإذعان أول ما ظهرت في القانون الفرنسي . ونتيجة هذه الفراغ التشريعي احتدم جدل فقهي بشأن مسألة تفسير عقود الإذعان ، كنتيجة لتباين مواقفه بشأن تحديد طبيعة عقود الإذعان في حد ذاتها . وقد انتقل هذا الخلاف إلى القضاء .

وعليه سنعرض ، بإيجاز ، هذه الآراء الفقهية مع التطبيقات القضائية المؤيدة لها . وسنقارن موقف القانون الفرنسي بنظرائه من القوانين الأوروبية .

أولاً- موقف القانون الفرنسي من هذه القاعدة وتطبيقاتها :

يلاحظ أن المشرع الفرنسي لجأ إلى معالجة هذه المسألة بنصوص مستقلة في بعض العقود المسماة ذات الأهمية الخاصة ، كعقد التأمين وعقد النقل وعقد العمل وعقد الاستهلاك ، وهي العقود التي تصنف ضمن دائرة عقود الإذعان .

كما أن القضاء في فرنسا ذهب إلى الإقرار بخصوصية هذه العقود ⁽¹⁾ ، غير أنه لم يحدد موقفه بدقة بشأن قواعد التفسير الملائمة لهذه العقود ، ونفس الشيء تباين لدى الفقهاء الفرنسيين .

فهل اكتفى الفقه والقضاء الفرنسيان بالقواعد العامة في مجال تفسير الشك ، أم طبقوا قواعد خاصة تتناسب وعقود الإذعان ؟

1- موقف الفقه الفرنسي من القاعدة :

لقد ترتب على غياب المعالجة التشريعية لمشكلات عقود الإذعان بنصوص خاصة نشوب الخلاف بين الفقهاء في فرنسا في شأن تفسير عبارات العقد الغامضة . بينما هناك أول اتجاه يذهب إلى التقيد بالقواعد العامة لعقود الإذعان مع تطبيق شروط العقد حرفياً دون الأخذ بمبادئ العدالة أو حسن النية . وهو ما يعرف بنظرية التفسير الضيق . وفي مقابله اتجاه ثانٍ معاكس يذهب إلى تطبيق قواعد متحررة من الشروط الجائرة ومن التقيد الحرفي بها حرفياً بشكل يجعل التفسير متفقاً ومقتضيات العدالة ويمكن من إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدرها القاضي أنها شروط تعسفية . وهو ما يعرف بنظرية التفسير الموسع .

1 - Cass. Civ 25 juin 1898. Siery .1899- 1- 74.

Cass .Civ. 18 dec 1907 . Siery . 1908 - 1 - 241.

Cass. Civ. 7 mars 1911. Siery . 1911- 1- 252.

وفيما يلي ندرس كل من هاتين النظريتين :
أ- نظرية التفسير الضيق لعقود الإذعان (الاتجاه التقليدي):

يميل فريق فقهي في فرنسا إلى التقييد بالتفسير الضيق لعقود الإذعان باعتماده أساساً على التطبيق الحرفي لشروط العقد دون الأخذ بمبادئ العدالة أو حسن النية ، وهذا الرأي إلى التمسك بالنظرية التقليدية ، والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، ولا مجال لإعمال قواعد معينة ، وخاصة في التفسير⁽¹⁾ ؛ فكل ما في الأمر أن بعض شروط العقد التي يستقل أحد الأطراف بوضعها من الممكن أن تكون مجهولة للطرف الآخر ، بما يعني عدم انطباقها عليه ، وعليه دون أن يجتهد هذا الرأي في بحث قواعد لم يرد النص عليها ، مصراً على تطبيق القواعد العامة في مجال الشك ، وبالخصوص المادة 1162 من القانون المدني⁽²⁾ ، وتفسيره لصالح الطرف المدين ولو كان الطرف هو المذعن له أو المحتكر لشروط العقد ، مع أنه قد يكون سيء النية .

أما في الحالة العادية فيتوجب على القاضي أن يتقيد بنص المادة 1156 من القانون المدني التي تقضي بأنه في تفسير العقود يتعين الوقوف على القصد المشترك للمتعاقدين ، لأن قصد المتعاقدين المشترك يعتبر بمثابة قانونهما⁽³⁾.

وينظر هذا الرأي⁽⁴⁾ إلى عقد الإذعان إلى كونه ذو طبيعة عقدية حقيقية كغيره من العقود يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ، حيث أن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرها إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها ولو لم يسبقها أي تفاوض بين الطرفين ، والمطلوب هنا هو المساواة القانونية ، أما المساواة الفعلية أو الاقتصادية فليست لازمة ، والقانون لا يشترط تعادل الإرادتين لانعقاد العقد . كما أن الضغط الاقتصادي لا أثر له على صحة التراضي⁽⁵⁾ ، حيث أن القانون نفسه يفترض أن أحد أطراف العقد يكون أضعف من الآخر . ولذلك احتاط المشرع من مساوئ عدم المساواة بين المتعاقدين . فأعطى لناقصي الأهلية دعوى البطلان ، ومكن المغبون أو المكره أو المدلس عليه من أن يبطل العقد بشروط معينة ، وإمكانية البطلان أيضاً مقررة في عقد الإذعان .

1-Max Bomergue , «Etude d' ensemble sur le contrat,d'adhésion » , thèse, Toulouse .1935, p,109 .
Cass Civ. 1 ière 12 mai 1969. Bull.Civ. 1969. n° 173 .p 47.
Cass. Civ. 1 ière. 16 mai 1971.Bull.Civ. 1971 .n° 81. p .68.

2- جاء في المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي أنه :

" في حالة الشك يفسر الاتفاق ضد من اشترط وفي صالح من ابرم الالتزام "

3- ينظر المادة 1134 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي.

وهناك من يرى أصلاً عدم تغليب مبدأ النية المشتركة وعدم تفسير أي عبارة واضحة ، وبالتالي فإذا كان غموض الألفاظ أو العبارات هو شرط لتطبيق النص ، فإن تفسير العبارات الواضحة يكون مخالفاً للاتفاق الواضح ، وبالتالي مخالفاً للقانون ، بما يؤدي إلى تهديد استقرار المعاملات التي ما كان ليضمونها إلا الثقة في ألفاظ العقد الواضحة .

ويبدو أن هذا الرأي جد متأثر بنص وارد في القانون الروماني أدرجه الفقيه " بابنيان " ، حيث يقول :

" لا يجب البحث عن الغرادة حينما لا تكون ألفاظ العقد غامضة "

G. Marty. «Le rôle du juge dans l'interprétation des contras » . O.P. Cit. p 85 .

4- ويأتي على رأسهم الفقهاء ريبير وبلانيول وايسمان وكابيتان ، وغالبية أنصار هذا الرأي من فقهاء القانون الخاص . ويؤيدهم الفقيه العربي عبد الرزاق السنهوري .

5- ينظر: د/ عبد المنعم فرج الصده : " عقد الإذعان " ، مقال منشور بمجلة الأمن و القانون ، العدد الأول ، شهر جانفي ، سنة 1996 ، ص 243 وما بعدها .

ويترتب عن هذا الرأي أن القاضي يحظر عليه إعادة النظر في الشروط التعسفية والجايزة التي تطبع عادة عقود الإذعان ، لا بتعديلها ولا بإعفاء الطرف المذعن منها ، وعليه التقييد بشروط العقد كما هي طالما أن العقد انعقد صحيحا بين طرفيه. فلا يسوغ للقاضي التدخل لحماية الطرف الضعيف مادام لم يستغل ، وإنما الذي يبرر التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته، وبناء عليه إذا أعاد القاضي النظر في هذه الشروط الصريحة رغم وضوحها بحرف العقد فإنه يعرض حكمه بذلك للطعن بالنقض لمخالفته للقانون .

كما أنه لا يحق للطرف المذعن أيضا أن يتحلل من شروط العقد التي تتفق مع النظام العام والآداب سواء كانت شروطا مطبوعة أو مخطوطة ، إذا سهلت له الشركة المحتركة العلم بها إما بالنشر في وسائل الإعلام أو الصحف . وإذ أقدم على التعاقد في هذه الحالة فإن إرادته تكون قد انعقدت على الأخذ بمضمونها التعاقدية (1) .

وتأثرا بهذا الرأي ذهب بعض المحاكم الفرنسية إلى أنه عند غموض شروط هذه العقود فإن على قضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين دون التقييد بالمعنى الحرفي للألفاظ (2) . وإذا كانت هذه الشروط واضحة فلا محل لتفسيرها بدافع العدالة للوقوف على نية مضادة وإلا عد ذلك تحريفا للعقد .

وقضت كذلك لأنه لقاضي الموضوع اللجوء إلى كافة طرق الإثبات في سبيل استدلاله على النية المشتركة بطرفي التعاقد، بما في ذلك العناصر والظروف الخارجية (3) . ويتمتع قضاة الموضوع حيال البحث عنها بسلطة تامة لا تخضع لرقابة محكمة النقض طالما تعلق الأمر بتفسير شروط غامضة .

وتوافق محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع عند استخلاصهم لإرادة الطرفين المشتركة على اللجوء للعرف لتفسير ما غمض من شروط هذه العقود ، إذ يفترض على أطرافها به طالما أنه كان ساريا حال التعاقد وكان في إمكانهم العلم به ، لم تتضمن هذه العقود وخصوصا تتعارض معه ، بل إن لهم تكملتها بإضافة التزامات جديدة إليها ، وذلك كما هو الحال في شأن إضافة الشروط العرفية في العقود التجارية . وسنلها نص المادة 1160 مدني فرنسي (4) .

فقد ذهب بعض المحاكم الموضوعية بصدد تفسير عقد تأمين تفسيرا ضيقا عندما إلى تفسير الشرط الذي يقضى بضمان المؤمن لأضرار التصادم الحادث من السيارة المؤمن عليها . سواء وقع الحادث لأحد المشاة أو لسيارة أخرى أو إحدى الدواب . بأن هذا التصادم يعادل كلمة الحادث حتى ولو لم يحدث اتصال مادي بين السيارة المؤمن عليها والسيارات الأخرى بأحد الأرصفة لتفادي سيارة أخرى أو أحد المشاة .

1- ومن هذا المنطلق خلعت محكمة النقض الفرنسية صراحة على عقد التأمين صفة اللارضاية التي تحتم اللجوء إلى عناصر خارجية للوقوف على هذه النية فسوف بذلك بينه وبين العقود العادية .

Cass.Civ. I . 12 mai 1969, Bull. Civ. 173 . p 140..

2 -Cass. Civ. I. 20 mars 1963, Bull. Civ. 174. p.152.

3 - CIV.I, 28 Fev 1973. Bull. Civ 76 . p 72.

4- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان "، المرجع السابق ، ص 34 وما بعدها .

وقضت محكمة الدرجة الأولى باستحقاق المستأمن للتعويض على هذا الأساس أي على اعتبار أن كلمة تصادم تشمل كل حادث حتى ولو لم يحدث هذا الاتصال المادي . ولكن محكمة النقض الفرنسية فقضت هذا الحكم على سند من القول أن محكمة الموضوع حرفت الألفاظ الواضحة والمحددة للشرط مخالفة بذلك نص المادة 1/1134 مدني فرنسي " التي توجب الأخذ بحرفية التفسير فقط فلا يعني التصادم أنه يشمل كل حادث بل يقتصر على الاتصال المادي بين السيارة المؤمن عليها والأشياء الأخرى (1).

وتعليقا على ذلك يتضح من هذا المبدأ الذي وضع من سياق الطعن سالف الذكر مدى التفسير الضيق لألفاظ الشرط وعدم مراعاة الهدف الاقتصادي منه ، إذ المقصود حصول المستأمن على تعويض عن التلفيات التي تحدث لسيارته إذا ما وقع الحادث بسبب التصادم سواء كان قد حدث بطريق مباشر أو غير مباشر ، فروح الشرط تبقى قائمة طالما أن أيا منها ذو دور فعال في الحادث ولو لم يكن من الممكن تصور وقوع الحادث بدونها .

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تطبيق نفس المبدأ القاضي بالتفسير الضيق ، حين نقضت حكم محكمة الدرجة الأولى والمؤيد استئنافا في وقائع قضية موجزها في ورود شرط في وثيقة التأمين على سيارة " أن هذه السيارة مخصصة للنزهة وأعمال المهنة " . فغير المستأمن من غرض السيارة إلى أعمال الأجرة "سيارة أجرة" ثم وقع لها حادث تصادم أدى إلى هلاكها ولم يخطر المستأمن المؤمن بهذا التغيير قبل وقوع الحادث .

فقضت محكمة الدرجة الأولى بإلزام شركة التأمين بدفع التعويض للمستأمن رغم تغييره استعمال السيارة الوارد بالوثيقة عكس أنها مخصصة لأعمال النزهة والمهنة على اعتبار أن كلمة أعمال تتسع للنشاط التجاري فهو لفظ عام .

وقد نقضت محكمة النقض ذلك القضاء وأخذت على قضاة الموضوع تحريفهم لعبارات الشرط الواضحة إذ أن لفظ " أعمال " لا يجب فهمه خارج النشاط الوظيفي الذي ورد في وثيقة التأمين بل يجب التقيد بالمعنى الحرفي لهذا اللفظ دون مدلوله أو هدفه . ويكون ذلك بمثابة التحريف المخالف لنص المادة 1/1134 مدني فرنسي (2) .

وتعليقا على ذلك القضاء ترى أن محكمة النقض الفرنسية فيما ذهبت إليه هو عين الصواب ، إذ أن شركة التأمين في تحديدها للفظ حال التأمين على السيارة إنما تراعي الاستعمال الذي خصصت له . فقسط السيارة المخصصة للنزهة والاستعمال المألوف يغير قسط السيارة المخصصة لنقل الأشخاص بالأجر . أن محكمة النقض أخذت على قضاة الموضوع تفسيرهم الواسع للألفاظ بإدخال حالة ضمن الشرط لا يستدعيها بالفعل بأن رأت ضرورة تفسير لفظ أعمال تفسيراً ضيقاً على مفهومه في نظر الطرفين . وهو المفهوم المتصل بوظيفة المستأمن . فلا يفسر اللفظ مجرداً وبعيدا عن الوثيقة وإنما يفسر على ضوء باقي الشروط الواردة في العقد ، والهدف منه ذلك هو ما يتفق والنية المشتركة للطرفين .

1 - Cass. Civ . I . 16 mars 1971 . Bull. Civ . 81. p 68.

2- Cass Civ. 22 avr 1950 . Dalloz .1950, p 613.

وقد تعرضت نظرية التفسير الضيق للنقد من جانب الفقه من عدة نواح :
فالتمسك المبالغ فيه بالتفسير الحرفي الضيق لعقود الإذعان لا مبرر له ، بالنظر إلى
عدم التوازن العقدي وعدم المساواة الاقتصادية التي تطبع هذه العقود بشكل يسمح بإدراج
العديد من الشروط الأسدية التي تحمل طابع التعسف والجور وفي نفس الوقت تحصينها من
الرقابة القضائية .

كما أن التقيد بتطبيق نص المادة 1/1134 مدني فرنسي غير مناسب ، لأن الإرادة
ليست هي المصدر الوحيد في الحقوق ، ثم أن الإرادة المشتركة التي يسعى القاضي إلى
البحث عنها وتفسيرها تبدو قائمة في عقود المساومة ، فذلك لأنها محل تراض حقيقي بين
طرفيها (1) .

أما في عقود الإذعان فإن الأمر يختلف . فليست كل شروط العقد محل تراض بين
الطرفين ، وما يتم التراضي عليه في الحقيقة هو الشروط الجوهرية . أما الشروط التبعية
فليس هناك بشأنها إلا إرادة واحدة وهي إرادة الموجب ، فالغالب فيها شروط مطبوعة . ومن
ثم يكون تفسيرها تفسيراً لإرادة واحدة منفردة . فأين الإرادة المشتركة التي يلجأ إليها
القاضي في التفسير بإعمال نص المادة السالف ذكرها . وكيف يمكن أن نسوي بين هذين
النوعين من العقود ونطبق نص المادة 1/1134 مدني فرنسي عليهما (2) .

أما عن نص المادة 1156 مدني فرنسي والتي تنص على: " أنه في الاتفاقات يجب
البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ " .
وتطبيقه على عقود الإذعان لتكون الأساس في تفسير الشروط الغامضة بها . فهذا التطبيق
فيه تعميم وإطلاق يحتاج إلى تخصيص وتقييد ، فعقود الإذعان على خلاف عقود المساومة ،
وأن شروطها مجحفة في الغالب تجافي العدالة وحسن النية ، وتحتاج إلى تدخل القاضي
لتعديلها وتخفيفها بشكل يعيد تحقيق التوازن العقدي المفترض بين أطراف العقد . أي أن
التفسير الضيق يقلص من دور القاضي و يجعله دورا سلبيا أو مجرد آلة لتطبيق العقود .
ونخلص من ذلك أن نظرية الإرادة بأبعادها التقليدية غير قابلة للتطبيق الكامل على
عقود الإذعان ، وذلك لاختلاف جوهرها عن جوهر عقود المساومة التي تجد فيها النظرية
التقليدية المجال الطبيعي لتطبيقها . ومن ثم فقد بات لزاما إزاء ذلك التفكير في تفسير أكثر
مرونة وتوسعا .

1- يبدو أن المشرع الفرنسي تفهم هذا النقد عندما قام بتعديل نص مادة 1134 ، فقرة 3 مدني فرنسي .

2- ينظر في عرض هذه الانتقادات :

- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 55 .

و د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المصري ... " ، المرجع السابق ، ص 319 .

ب- نظرية التفسير الموسع لعقود الإذعان (الاتجاه الحديث):

على عكس الرأي الأول فإن فريقاً آخر في الفقه الفرنسي يضع في الاعتبار الطبيعة الخاصة لعقود الإذعان وما تؤدي إليه من اختلاف التوازن العقدي وتهديد استقرار اقتصاديات التعاقد⁽¹⁾.

ولقد أدى ذلك بهذا الفريق إلى القبول بالجوء إلى التفسير الواسع الذي يستهدف تحقيق العدالة ويراعي حسن النية، حتى ولو كانت عبارة العقد واضحة⁽²⁾.

وهذا النوع من التفسير من شأنه تفعيل دور القاضي بصورة ايجابية إزاء العقود بشكل بما يحقق الحماية والوقاية للأطراف المدعنة في مواجهة الشروط الغامضة التي غالباً ما تخفي تحت طياتها الإجحاف والتعسف والظلم.

وتبعاً لذلك فإن التفسير الموسع أو الحر هو ذلك الذي يهدف إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدرها القاضي أنها شروط تعسفية فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المدعن منها⁽³⁾.

وقد اشتغل الفقه الفرنسي منذ بدايات القرن الحالي في دراسة سلطة القاضي في تفسير العقود، على النحو الذي يفرض توسعتها لتحقيق العدالة في العملية التعاقدية، ولضمان تنفيذ العقد بما يحقق مصالح أطرافه.

وهذا الرأي ينتصراً لمذهب الإرادة الحقيقية لأطراف التعاقد على الإرادة الظاهرة مبررين ذلك بأننا لا يتناقض مع روح المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، فهي وإن جعلت العقد شريعة المتعاقدين، فإنها لم تقصد أن يتحول العقد على قانون من حيث المعاملة والمعالجة، وإنما كان الهدف منها إيضاح مدى الإلزام الناتج عن العقد.

وزيادة على ذلك فإن التوسع في تفسير عبارات العقد حتى الواضحة، لأن المادة 1156 من القانون المدني لم تميز بين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة، بل أنها تدعو صراحة إلى البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، ولا يوجد مبرر للتخصيص طالما أن التخصيص لن يؤدي إلى تضيق مجال تطبيق النص. كما لا يتنافى مع الحكمة والدور الذي رسمه المشرع للقاضي عند التفسير.

1- د/ عبد الباسط جمعي: "أثر عدم التكافؤ المتعاقدين على شروط العقد"، المرجع السابق، ص 251.

2- يميل هذا الرأي إلى تغليب النية المشتركة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين على المعاني الظاهرة للعقد، ووجوب خضوعه بالتالي للنظرة الشخصية لا للمظهر المادي. وقد تأكد هذا الرأي بقوة في عدة مناسبات قضائية. نذكر منها على سبيل المثال:

Cass. Civ. 1iere. 18 oct 1927. Bull. Civ. n° 206. p 178.

Cass. Civ. 13 mai 1970. J.C.P. 1971. 2. 16891.

Cass. Civ. 3 ieme 23 oct 1973. Bull. Civ. n° 542. p 39.

3- يراجع د/ عبد الحكم فودة: "تفسير العقد"، المرجع السابق، ص 333.

وأخيرا فإن أنصار هذا الرأي⁽¹⁾ يرون أن مبدأ التوسع في التفسير لا يتعارض مع نص المادة 1341 مدني فرنسي التي لا تجيز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بكتابة مثلها ، ذلك أن توضيح مضمون الشرط لا يعتبر حذفاً ولا إضافة له ، وبالتالي فإن التفسير لا يتداخل مع مجال الإثبات " .

وقد تأكد هذا التوجه نحو التوسعة ، من خلال فرض الالتزام بضمان سلامة الركاب على عاتق الناقل ، في إطار عقد النقل ، ثم جاءت الأحكام الخاصة بعقد التأمين لتفرض على عاتق المؤمن التزامات خاصة تهدف إلى حماية المؤمن له ، وهو الطرف الضعيف في عقد التأمين. وقد سبقت ذلك كله الأحكام التشريعية ، والقواعد والمبادئ القضائية ، التي تهدف إلى حماية العامل في عقود العمل .

وفضلاً عن هذه العقود نعيد التذكير بما سبق عرضه وهو أن المشرع الفرنسي ضمن قانونه المدني نصاً يتعلق بتفسير عقد البيع مفاده أنه : " عندما يوجد شك في التفسير ، ويفسر الاتفاق أو العقد ، ضد مصلحة الطرف المشتري ويفسر الشك في مصلحة الطرف الآخر في التعاقد " (2) .

ولاحظنا أن المشرع الفرنسي توسع في تفسير الشك ضد البائع بغرض النظر عن وضعه (دائناً أو مديناً) ، وكان الأمر يتعلق بعقد إذعان مع أن عقد البيع ليس كذلك بل يبقى عقد مساومة بخلاف عقد الاستهلاك الذي يعد تطبيقاً خاصاً من تطبيقات عقود البيع . وإلا فإنه يمكن التوسع في هذا النص ، ثم ما الذي يمنع تطبيق على عقود الإيجار وعقود المقاوله مادام أنها تتشابه في العلة ، وهي تحقيق العدالة والرغبة في إعادة التوازن العقدي .

فالمشرع الفرنسي من خلال هذا النص الخاص اعتبار أن البائع هو الطرف القوي والاکثر كفاءة في عقد البيع ، لأنه هو الذي يحرر عقد البيع في الغالب ، وهو الذي يملئ شروطه ، ويفترض أنه يتحرى الدقة في إملاء شروط العقد كونه يعرف المبيع مقارنة بالمشتري الذي يعد أقل خبرة ودراية بأمور البيع وبخصائص المبيع . والمنطق القانوني السليم يقضي بحماية الطرف الضعيف ورد اعتباره من خلال إقرار مبدأ تفسير أي غموض أو شك في عقد البيع ضد البائع ولمصلحة المشتري (3) .

وهنا تظهر الحكمة التي دفعت المشرع الفرنسي إلى إيراد مثل هذا النص ، ومن هنا استلهم القضاء الفرنسي هذه الفكرة وطبقها على عقود الإذعان أياً كانت صورتها (4) . وقد جاءت الأحكام التي من شأنها توسعة سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان ، لاسيما في عقود النقل والتأمين والعمل ، مزيجاً من التدخلات التشريعية والإبداعات القضائية لتصب في إطار توسعة سلطة القاضي في تفسير هذه العقود ، ليضيف إليها ما يحمي العامل والمؤمن له ، والعمل المتعاقد مع الناقل .

1- ينظر : د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، فقرة 264 ، ص 125 .

نقلاً منه عن الفقه الفرنسي :

F. bosshart . « L. interprétation des contras » .thèse. Geneve.1939. p 31.

George Lopez. Santa- Maria. « Les systèmes .d. interprétation des contrats » .thèse. Paris.1968.

n° 7. p 21 .

2- ينظر المادتان 1162 و 1602 من القانون المدني الفرنسي.

3 -Trib.com de Paris. 14 avr 1972 . G. P . 1972 B .750. R.T.D.C.1973.p 145.

4 -Trib.com de Colmar.23 janv 1963. Gaz .Pal.1963.- 1- 227

والحقيقة أن القضاة في فرنسا ، وفي غياب نص صريح ، واجهوا صعوبة كبيرة في تفسير عقود الإذعان ، ومنها على الخصوص عقود التأمين ، إذ وجدوا أنفسهم في مجال التطبيق أمام مذهبين متناقضين . فمرة يحس القاضي أنه مرتبط بالنظرية التقليدية فيحكم بالسلطة الشرعية في التفسير محاولا علاج القوة الملزمة له . وترتب عن ذلك اعتبار تفسير عقود الإذعان في فرنسا مسألة واقع تملك بشأنه محكمة الموضوع سلطة تامة . إلا إذا أدى تفسيرها إلى تغيير طبيعة شرط واضح ومحدد .

وأحيانا يحس نفسه مضطرا لتجسيد قواعد العقد المجرد على خلاف ما تفترضه عقود المساومة ويعطيه نفس درجة القانون ، وهنا يقع في خلاف مع النظرية التقليدية . وترتب عن ذلك اعتبار تفسير عقود الإذعان هنا مسألة قانون . حيث ذهب بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى أن عقود الإذعان تفسر كما يفسر القانون ، وبصفة خاصة في مسألة التسعيرة الموحدة ، وبالتالي فإنها تكون تحت رقابة ونظر محكمة النقض⁽²⁾ وهو موقف لا يثير الدهشة بالنظر إلى رؤية الفقه الفرنسي لعقد الإذعان واعتباره ذو طابع لائحي أكثر منه ذو طابع عقدي⁽³⁾ .

وحججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية ، وهي الإرادة المشتركة ، ولا توجد فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد ، والنقاش فيه معدوم ، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة . كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية⁽⁴⁾ ، خاصة إذا نظرنا إلى الجانب الاقتصادي القوي والاحتكار الفعلي للطرف المذعن له الذي يمارسه على الطرف المذعن أثناء إبرام العقد .

ومن الأمثلة القضائية القليلة التي نسوقها تدعيما لهذا الرأي حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 ديسمبر 1891 الذي جاء فيه :

" حيث أن التعريفات الخاصة يجب أن تطبق حرفيا ، ولا يمكن إلى أن تمتد خارج الحالات المنصوص عليها فيها ، ومن حيث أن تعريفات شركات سكك الحديد . إضافة إلى ذلك ، وهي مصادق عليها ومنشورة ، ولها قوة القانون بالنسبة إلى شروط النقل ، تفرض على الأطراف على الرغم من أي اتفاقية مخالفة " ⁽⁵⁾ .

والحقيقة أن القضاة في فرنسا وجدوا صعوبة كبيرة في تفسير عقود الإذعان في الكثير من المناسبات بالنظر إلى الأساليب المتنوعة المعتمدة في إبرامها⁽⁶⁾ .

1- وعلى رأسهم الفقيه آدمون سالي ، وليون ديجي ، و أندري هوريبو وغالبهم من فقهاء القانون العام . وهو رأي ميل إليه بعض الفقه العربي ، ومنهم على الخصوص الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في مؤلفه "نظرية العقد والإرادة المنفردة " ، طبعة 1984 ، هامش 213.

2 - نقلا عن د/ لعشب محفوظ : " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري " ، المرجع السابق ، ص 164 .

3- هناك رأي وسط يتزعمه الفقيهان الفرنسيان (ديموج) والفقيه (جونو) لا ينظر إلى عقد الإذعان من حيث تابعه التعاقدية أو اللائحي ، وإنما من حيث هدفه ، بالقول أنه عقد ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة ، ولذا فهو خليط من جزأين أحدهما تعاقدية والآخر لائحي .

4 ينظر : د/ عبد المنعم فرج الصده : " عقد الإذعان " ، المقال السابق الإشارة ، ص 248.

5-Cass. Civ. 8 dec 1891. . Dalloz .1892- 1 -304..

6-Cass.Civ 4 mai 1942. Dalloz. 1942 - 1- 131 .note/. Besson

- Cass. Civ.13 janv 1897. Dalloz. 1897 .

-Cass. Civ 10 fev 1896. . Dalloz .1897.

وأمام غياب ضوابط قانونية أو اجتهادات فقهية مستقرة لجأ القضاء في الكثير من أحكامه إلى تطبيق القواعد العامة للتفسير ، المطبقة في الأصل على العقود العادية ، والتي تقضي بالالتزام عند التفسير بالوقوف على القصد المشترك للمتعاقدين الذي يعتبر بمثابة قانونهما ، وفي حالة وجود الشك فإنه يفسر لمصلحة المدين .

في حين أن عدد قليل اقتنع بفكرة وجود قواعد خاصة بتفسير عقود الإذعان وخرج عن المبادئ التقليدية مقررًا تفسير الشك ضد من صدر الشرط عنه ولفائدة المتعاقد الملتزم ، وذلك سواء كان دائنًا أو مدينا (1) .

وبالنظر إلى استمرار وجود هذا الفراغ التشريعي المتمثل في عدم وجود نصوص خاصة بتفسير عقد الإذعان . فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب التوسع في تطبيق القواعد الخاصة بتفسير العقود العادية ، ولكن بما يحقق مصلحة الطرف المذعن ، خاصة وأن المادة 1102 من التقنين المدني الفرنسي تسمح بتفضيل النية المشتركة للمتعاقدين على المعنى الحرفي لألفاظ .

فقد بني الفقه على ذلك أن الشروط المفروضة في عقود الإذعان لا تعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين و بالتالي يمكن إهمالها وإهدارها خصوصًا إذا كانت هذه الشروط مطبوعة و تتعارض مع شرط آخر مكتوب بخط اليد (2) .

ولذلك فقد تشدد القضاء الفرنسي في اشتراط العلم بالشروط الواردة في عقد الإذعان ، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بصدد تفسير بند ورد في عقد نقل بالقول : " بعدم جواز التمسك في مواجهة الراكب في عقد النقل البحري بالشرط الذي ينص على إعفاء الشركة الناقلة من المسؤولية من ضياع الأمتعة ، طالما أن الراكب لم يتسلم التذكرة التي ورد بها هذا النص إلا بعد ركوب السفينة " (3) .

ومن ضمن الوسائل التي لجأ إليها القضاء الفرنسي أيضا بصدد تفسير عقود الإذعان التوسع في مبدأ مراعاة حسن النية (4) .

وفي الأخير استقر القضاء وبعد جهد كبير ووقت طويل إلى أن عقود الإذعان لها طابعها الخاص ، وعلى وجه الخصوص في عقود الإستهلاك . ولذا فإنه وإن كانت البنود الغامضة فيها تفسر كما تفسر العقود الأخرى إلا أن الأمر مختلف في حالة الشك الذي يجب أن يؤول لمصلحة الطرف الضعيف وهو المذعن .

ونحن نميل إلى الرأي الأول الذي يعتبر عقد الإذعان عقدا بالمعنى الصحيح ، وإن علاج الضعف الذي يعتري الطرف المذعن في هذه العقود لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضي من تفسير العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف ، فذلك قد يكون مدعاة لتعسف القضاة ، ومن ثم اضطراب المعاملات .

1 - Cass. Req. 12 janv 1857. Dalloz . 1857 -1 - 407.

Cass. Req. 3 avr 1872. Dalloz . 1873 - 1 -131..

2- Jacques Bore, « Le contrôle par la cour de cassation de la d. anaturatio des actes » ,R.T.D.C 1972.P.303. n° 115.et.s.

3- Cass. Civ. 19 mars 1894 ,Siery. 1895- 1- 353.

4- الحقيقة أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عاما في العقود يعمل به في جميع مراحل العقد من تكونه على تنفيذه إلى تعديله ، كما يعمل عليه القاضي في التفسير أيضا وفي سد النقص في العقد ، وهو مبدأ يسري على كل العقود بمختلف أنواعها إضافة إلى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الثنائية والجماعية .

2- تطبيقات قواعد تفسير الشك في بعض عقود الإذعان :

تشير قاعدة " الشك لمصلحة المذعن " العديد من الإشكالات في عقود الإذعان ، ولاسيما في عقود التأمين وعقود الإستهلاك ، وقد اقتصرنا التركيز على دراسة هذين العقدين فقط ، بحيث توضع عقود التأمين بصورة منفردة عن عقود الإستهلاك ، ولو أن عقود التأمين في معناها العام ، تندرج ضمن طائفة عقود الإستهلاك ، كما هو الحال في عقود النقل والعقود المصرفية...

أ- تطبيقات قواعد التفسير في عقود التأمين :

يعد عقد التأمين تطبيقا مثاليا لقواعد الإذعان (1) . وسنرى مدى تطبيق قاعدة التفسير لاسيما في حال التعارض بين شروط العقد المطبوعة منها والمخطوطة (2) .
وقد عرف عقد التأمين تطورا سريعا وتنوعا واتساعا في مداها ، خاصة في مجتمعات الدول الصناعية ، التي تعرف إنتاجا ضخما و توزيعا جماهيريا ومنافسة حادة .
وقد لاحظ الباحثون منذ مدة طويلة لجوء المحترفين من شركات التأمين ، لاسيما في هذه الدول الصناعية ، إلى إيراد الشروط التي يبرمونها مع المؤمن لهم . وهذه الشروط بعضها قد يكون محجفا وهو ما أطلق على تسميتها قانونا بالشروط التعسفية (3) ، وقد أجازت التشريعات تخفيفها من طرف القاضي ، وبعض هذه الشروط قد يكون مخالفا للقانون وهنا يتعين الحكم ببطلانها (4) .

1- عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة 619 من القانون المدني بقوله :

" التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو يخفف الخطر المبين بالعقد ، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له "

وهو نفس التعريف الذي ذهب إليه المشرع المصري في المادة 747 من القانون المدني ، والمشرع الكويتي في المادة 773 من القانون المدني ، والمشرع السوري في المادة 950 منه ، في حين امتنع المشرع الفرنسي عن تعريفه..

2- الشرط في اللغة هو العلامة ، وجمعه شروط ، كذلك تسمى الصكوك شروطا ، لأنها علامات دالة على التوثيق .
والشرط في الاصطلاح الفقهي هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه..

3- عرف المشرع الشرط التعسفي في المادة الثالثة من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 32 جوان 2004 ، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقوله : " شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."
وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأن الطابع التعسفي لشرط ما تخضع لرقابتها بوصفها مسألة قانون لا واقع متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير وتحقيقا للأمر القانوني واستقرار المعاملات.

Cass. Civ. 06 jan 1994. ; Cass. Civ. 26 mai 19932 .

4- نصت المادة 2/622 من القانون المدني الجزائري على بطلان أربع أنواع من الشروط ، على سبيل المثال ، وهي :

أولاً- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا إنطوت هذه المخالفة على جنائية أو جنحة عمدية .

ثانيا- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات ، أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

ثالثا - شرط التحكيم إلا إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة ، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

رابعا - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر ، و كان متعلقا بحال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط .

ينظر المواد المشابهة : المادة 750 مدني مصري و المادة :113- 1 من تأمين فرنسي .

ونشير هنا إلى أن التعسف في شروط العقد أو بطلانها ليس موضوع بحثنا ، وإنما الذي يهمنا هو تفسير شروط العقد ، بما فيها تلك الشروط التعسفية أو الباطلة . وعموما ، فإن شروط أو بنود عقد التأمين قد تكون مندمجة في نصوص العقد ذاته (أي في بوليصة التأمين) ، وقد تكون منفصلة عن العقد (في ملحق العقد) ، دونما إعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه .

وما يسري على ملحق التأمين يسري على وثيقة التأمين من حيث الشكل ، ومن حيث ما يعد ممنوعا أو باطلا من الشروط .

وعادة ما تنظم هذه الطائفة من الشروط في نماذج محضرة ومطبوعة مسبقا من طرف شركات التأمين (طرق قوي اقتصاديا) ويعدها خبراء متخصصون في مجال التأمينات يتوفرون على الإمكانيات التي تسمح لهم بتحرير العقود والشروط بما يناسب مصالح الشركات، ويتعين على المؤمن لهم الإذعان لها ، ولذا يوصف عقد التأمين بأنه عقد إذعان إلى جانب أنه عقد احتمالي ، وإلى جانب أنه إلزامي بقوة القانون في كثير من الأحيان .

مع أننا نعتقد أن عقد التأمين ليس دوما عقد إذعان ، إذ يمكن أن يكون هناك تكافؤ تام بين طرفيه في المساومة والمناقشة حول بنود العقد ، خصوصا في التأمين غير الإجمالي ، وما يعزز هذا القول هو وجود عدة شركات تأمين ذات طابع تجاري غالبتها مملوكة لخواص ، مما يفتح الباب أمام المنافسة الحرة واستقطاب الجمهور بشروط تأمين فيها تنازلات وامتيازات وعدالة أكثر ، بما يجعل المؤمنين أكثر راحة وحرية في التعاقد دون ضغط أو إذعان .

وفي بعض حالات التأمين ، يمكن أن يكون المؤمن له هو الطرف القوي اقتصاديا في عقد التأمين وليس شركة التأمين ، مما يجعل ذلك الطرف هو الذي يفرض شروطه على شركة التأمين وليس العكس .

ومثال ذلك : أن تطرح شركة طيران عطاء للتأمين على طائراتها، أو يطرح البنك المركزي مثل هذا العطاء للتأمين على موجوداته من العملات المحلية والأجنبية والذهب وغير ذلك ، على أساس أن العطاء سيحال على شركة التأمين التي تتقدم بأفضل الشروط التعاقدية، بما في ذلك قسط أو أقساط التأمين .

في هذه الأمثلة وغيرها ، يمكن القول أن شركة الطيران في الحالة الأولى والبنك المركزي في الحالة الثانية، هما اللذان في موقف قوي بحيث يستطيعان فرض شروطهما على شركة التأمين . وإذا كان العقد هنا من قبيل عقود الإذعان ، فربما يصح القول بأن الطرف المدعن هو شركة التأمين وليس المتعاقد الآخر .

ولكن الذي يهمنا في كل هذا ليس تحديد طبيعة عقد التأمين ، إنما النزاعات التي تثار بشأنه ، وبالأخص ما يتعلق بتفسير شروط العقد .

وهنا يثار التساؤل عن الحالات التي تتعرض فيها بنود العقد ، خاصة إذا كان بعضها مكتوب بخط اليد والآخر مطبوع ، ففي حالة الغموض ما هو الشرط الذي يجب العمل به ، وما هي العوامل التي يستند عليها القاضي في ترجيح التفسير لصالح المؤمن له باعتباره طرفا مدعنا ؟

وفي البداية نقول أن عقد التأمين لقد من بين العقود التي لفتت انتباه المشرع الفرنسي وذلك في قانون التأمين الصادر في 13/07/1930 المعدل وللمتمم⁽¹⁾ ، وهو يمثل أول تدخل تشريعي يوجب فيه المشرع الالتزام ببعض الإجراءات حال إبرام العقد . فالمشرع الفرنسي قد اتخذ احتياطاته كي يتساوى كل المؤمنين ويفهمون بوليصة التأمين ، وذلك بإثارة الانتباه إلى نقاط هامة ، فالبوليصة وكل الوثائق المستعملة من طرف المؤمن يجب أن تكون محررة بالفرنسية بالنسبة إلى كل العقود التي يتم اكتتابها وتنفيذها في فرنسا هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن تكون محررة بصورة ظاهرة ، وذلك تفاديا لما كان مطبقا سابقا من محررات لا تقرأ إلا بعدسة مكبرة .

كما أوجبت المادة الثامنة من قانون 1930 أن تحرر بعض الشروط في وثيقة التأمين (البوليصة) باللغة الفرنسية وبخط أكثر وضوحا ومقروئية ، وأوجبت المادة الخامسة بيان بدقة بعض الشروط ، ومنها شرط بطلان العقد ، وشرط السقوط وشرط مدة نفاذ العقد . وهو في هذا يهدف إلى تنبيه المتعاقد إليها مسبقا تفاديا لإشكال مستقبلي⁽²⁾ مع أنه لم يتطلب هذه الشكلية فيما يخص شرط الإعفاء من المسؤولية رغم أهميته القانونية والعملية . فهو يمثل الخطر الأكبر على المؤمن لهم .

والهدف من هذا التدخل التشريعي ، الشكلي ، هو محاولة تنظيم عقد التأمين وتحقيق التوازن العقدي بين طرفيه من خلال حماية المؤمن لهم ، ومن ثم الحد من تعسفات المؤمنين ، وبالتبعية التقليل من حدة النزاعات المعروضة على القضاء .

والنصوص التي تنظم عقد التأمين والتي تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له تعتبر نصوصا أمرية لا تجوز مخالفتها إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أنه إذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فإن الاتفاق يكون باطلا .

وفي مجال التفسير فإن القضاء هو الذي يتولى تفسير عقود التأمين وليس جمعيات التأمين أو خبراء التأمين .

ويتبين من أحكام قضاة الموضوع أن عقود التأمين يجب تطبيق بنودها الواضحة كما ترد في بوليصة التأمين ، بينما يؤدي عدم وضوح الشرط الوارد فيها ، نتيجة لكتابته بشكل غير مقروء أو بينط صغير ، إلى اعتبارها غامضة أو غير واضحة بما يسمح بتفسيرها في مصلحة المؤمن له⁽³⁾ .

أما إذا كان الشرط واضحا محددًا فليس على قاضي الدعوى إلا تطبيق الشرط كما جاء في العقد ، فلا يحتاج إلى تفسير ، إلا إذا كان غير متوافق مع إرادة الأطراف أو مجموع العقد . أما إذا كان متلائما معها فإن تفسير القاضي للعقد يعتبر تحريفا خاضعا للرقابة القضائية التي تمارسها محكمة النقض في هذا الصدد .

1- عرف هذا القانون عدة تعديلات منه تعديل سنة 1966 ، وتعديل 7 جانفي 1982 ، وتعديل 31 ديسمبر 1989 ، وآخرها تعديل بقانون 2 جويلية 1998 .

2- وهذا ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة منها قانون التأمين بكاليفورنيا إلى إلزام شركات التأمين بإتباع إجراءات خاصة عند إبرام عقد التأمين وجوبا كأن تكون بعض الشروط المهمة مطبوعة بالأحمر لتمييزها عن باقي الشروط العادية . كما يقضي قانون التأمين بمقاطعة كيبك بكندا بأنه في حالة تغيير بعض شروط العقد لا بد أن تكتب بلون مخالف للنصوص القديمة .

نقلا منا عن د/ لعشب محفوظ : " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري " ، المرجع السابق ، ص 127 .

3 - Cass. Civ. 5 mai 1971. R.A G T . 1972. p 203 .

ومن الممكن أن يوجد شرط غامض ضمن مجموعة شروط واضحة ، ففي هذه الحالة ليس للقاضي سلطة استبعاد هذا الشرط الغامض ، ولا استبعاد الشروط الواضحة بحجة وجود شرط غامض ، فقد أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قديماً مفاده : " من غير المسموح لقضاة الموضوع فصل عناصر العقد ، والقيام بتفسير يتنافى أو يغفل تماماً شرطاً واضحاً ومحدداً لنفس العقد الذي وجد فيه شرطاً غامضاً ولكنه غير متناقض مع الشروط الواضحة والمحددة " (1) .

وقد يكون الشرط واضحاً بصفة ظاهرة فقط ، وقد يعطي أكثر من معنى ، ولهذا فإنه يحتاج على تفسير عندما تحتمل عباراته معنيين أو تفسيرين .

ومثال ذلك شرط محدد للمسؤولية عن التعويض ، يحدد مسؤولية الناقل في التعويض عن الضرر الناتج عن تلف بعض الطرود من الأوراق بمبلغ معين ، وحدث خلاف حول محتويات هذا الطرد ، فهذا يؤثر على مقدار التعويض .

وفي هذا الصدد قضى في فرنسا بأنه بوجود شرط غامض يعرف الحادث المضمون في عقد الإذعان يلزم تفسيره ضد مصلحة المذعن الذي فرض الاشتراط (2) .

وينبغي التوفيق بين شروط المطبوعة العقد بتفسير بعضها الآخر ، بدون ثمة سيادة لأي منها على الآخر ، ولكن المسألة تدق بالنسبة للشروط المطبوعة والشروط المخطوطة ، عند التعارض بينها .

ولكن السؤال المطروح هو : هل يتعين تغليب الشروط المخطوطة أم الشروط المكتوبة يدوياً ؟.

ويطرح السؤال بإلحاح عندما تكون الشروط العامة في عقود الإذعان مطبوعة في أحرف صغيرة ، لا تلتفت نظر المتعاقد ، وهذا هو الأمر الغالب ، فيدق التعارض بينها وبين الشروط الخاصة . وقد لا يكون هناك أي تعارض بينها .

وعليه سندرس تفسير الشروط في الحالتين :

-أولاً : تفسير شروط التأمين في حالة التعارض بين الشروط النموذجية المطبوعة سلفاً والشروط المكتوبة يدوياً أو المخطوطة .

-وثانياً : تفسير شروط التأمين في حالة عدم التعارض بين الشروط النموذجية والشروط المخطوطة يدوياً .

الحالة الأولى : حالة عدم التعارض بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة :

ففي حالة عدم التعارض بين الشروط المطبوعة أو النموذجية والشروط المكتوبة يدوياً ، فإنه لا يوجد أي فائدة في التمييز بين الشروط المطبوعة والشروط المخطوطة يدوياً (3) .
ويترتب عن ذلك أن لهما نفس القيمة القانونية من حيث التزام المتعاقدين بها ، ولا يستطيع أحدهما التنصل منها إعمالاً لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " .

1 - Cass .civ. 9 oct 1949. Dalloz .1943.

2- Trib Montpellier. 27 juin 1990. RGAT. 1991. p 118.

Trib Paris.11 mai 1990 .Gaz .Pal .1993. 1.- 2.

Cass .civ. 21 janv 2003. RGDA. 2003. n° 3. p 442.

3- Cass .civ .30 mars 1892. Siery .1893 -1 -13

- Cass.civ.14 fev 1921 . Siery 1922- 1- 102.

حيث أنه مادام أن كل طرف وقع على الشرطين ، فهذا قرينة على علمه بما جاء فيها ، وبالتالي دليل على رضائه بها ، كما لهما نفس القيمة من حيث الإثبات ومن حيث التفسير . وبناء على ذلك لا يجوز للمتعاقد أن يدعي جهله بشروط العقد المطبوعة المذيلة بتوقيعه ، بسبب عدم قراءته لهذه الشروط ، إذ أن مثل هذا الإدعاء يتضمن مخالفة للعقد المكتوب . ولا يجوز بالتالي إثباته إلا بالكتابة ، إعمالاً لقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة . وحيث لا يوجد في العناصر الداخلية للعقد ما يفيد عكس الشرط المطبوع ، فيتعين ترتيب آثاره القانونية (1) .

ويختلف الأمر بالنسبة للشروط المطبوعة التي تلي توقيع المتعاقد ، إذ قد لا يلم بها وقت التعاقد ، وخاصة إذا كانت هذه الشروط قد طبعت بأحرف صغيرة تصعب قراءتها . ويجوز لقاضي الموضوع بالتالي أن يستتبع عدم التزام المتعاقد بالشروط اللاحقة على توقيعه لعدم علمه بها (2) .

ويشترط مع ذلك أن تكون شروط العقد السابقة على التوقيع قد خلت من الإشارة إلى رجوع المتعاقد بالشروط الواردة أسفل توقيع (3) .

وقد قضى بأنه يعد تحريفاً للشرط المطبوع الواضح والمحدد الذي يلزم المستأمن بدفع القسط الأولي من التأمين حتى يسري الضمان ، إذا ما قضى بأن التأمين ينتج أثره من تاريخ الوفاء بجزء من هذا القسط (4) .

كما اشترط القضاء الفرنسي وجوب توقيع الشخص على شروط العقد ولا يكفي رضائه الضمني (5) . فالقاعدة أن المتعاقد لا يلتزم بأي شرط مطبوع أو يدوي لم يوقع بأي صورة من صور التوقيع ولم يثبت رضائه أو علمه بها فلا يلتزم به (6) .

وكذلك لا يلتزم المتعاقد بالشروط المكتوبة في الإعلانات أو اللوحات إذا لم يرد ذكرها في العقد (7) ، إذ أن مثل هذه الشروط تمثل تعبيراً عن الإرادة المنفردة لوضعها ، ولا تدخل في النطاق العقدي ، إلا إذا ثبت علم المتعاقد الآخر بها وموافقته عليها في تاريخ سابق على إبرام العقد ، وهو أمر يتعذر إثباته في معظم الأحيان (8) .

وهناك عدة أحكام في القضاء الفرنسي اتخذت من موضوع الشرط التعسفي وحده سندا لعدم رضا عديم الخبرة ، كأن يكون الشرط مدسوساً في صفحة من صفحات عقد كبير الحجم (9) ، أو في غير المحل الذي يجب أن يذكر فيه . كأن يكون تالياً لتوقيعات الأطراف أو غير موجود في وثيقة العقد نفسها وإنما محال عليه في عقد آخر (10) .

1- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " المرجع السابق ، فقرة 78 ، ص 140 .

2- 134- 2- 1968 . Pal . Gaz . 20 mai . 1968 . Trib de grande Ins . de Paris .

3 - Trib de grande Ins . de Paris . 20 mai . 1968 . precitee .

4- يراجع : د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المصري " ، المرجع السابق ، ص 343 .

5 - Cass . Civ . 27 fev 1947 . Gaz . Pal 1947 - 1- 205 . Cass . Civ . 3 mai 1995 . RGTA . 1995 . p 541 .

6- Req . 7 dec 1936 . Dalloz . H . 1937 . Cass . Civ . 28 juin 1909 . D P . 1910- 1 - 21 .

7- Cass . Com . 31 janv 1950 . Gaz . Pal 1950 . - 1- 241 .

Trib . Lyon . 21 juin 1950 . Dalloz . 1951 . Som . 2 .

8- Cass . Soc . 27 fev 1947 . Gaz . Pal 1947 - 1 - 205 .

Cass . Civ . 23 juin 1952 . Seiry . 1953 . - 1 - 86 .

9- Cass . Soc . 19 fev 1947 . Bull . Civ . 1947 - 3 - 79 . p 60 .

10- Cass . Soc . 28 avr 1971 . Seiry 1972 - 2 . 17280 .

Cass . Soc . 9 mars 1942 . Gaz . Pal . 1942-1-264 .

كما رفضت محكمة استئناف باريس تمسك شركة التأمين بإدلاء المستأمن ببيانات على غير الحقيقة لحرمانه من حقه في التعويض المستحق وفقا لوثيقة التأمين ، طالما أن هذه البيانات لم تكن لها أثر على الخطر محل التأمين..⁽¹⁾ .

ولكن محكمة الفرنسية لم تجزم في كل الحالات بتفسير الشروط المطبوعة لمصلحة المؤمن له ، فإن كل شرط حتى ولو كان مفروضا في عقود التأمين ومطبوعا سلفا يجب أن ينظر إليه في ضوء الأثر المترتب عليه . ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل التعميم القول بأن مثل هذه الشروط المطبوعة يجب أن تفسر دائما في مصلحة الطرف المذعن⁽²⁾ .

ويفهم من ذلك أنه ليس كل ما هو مطبوع هو تعسفي ، ولهذا السبب فإنه سبق وأن تحفظنا عن اعتبار عقد التأمين هو عقد إذعان في جميع الأحوال . فالعبرة في نظرنا هي في مضمون العقد والفائدة التي تتجم عنه لكل طرف وليس العبرة في شكله والطريقة التي ابرم بها .

فكما تملك شركات التأمين خبراء في مجال إعداد شروط التأمين ، فإن المتعاملين مع هذه الشركات أيضا لهم خبراء وفنيون يملكون كفاءات إمكانياتهم تضاهي إمكانيات شركات التأمين ، لاسيما في ظل اشتداد حمى المنافسة بين شركات التأمين لاستقطاب أكبر عدد من الزبائن⁽³⁾ .

وعليه فإنه ينبغي ، حسب رأينا المتواضع ، أن نترك مسألة تقدير الإذعان ، للقاضي الناظر في النزاع ، فهو وحده الذي يقدر ، بعد فحص العقد وبنوده ، هل يوجد رضاء حقيقي أم لا ؟ ، وهل فيه احتكار قانوني واقتصادي وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه إلى غيرها من المسائل التي تكون مثار نزاع بين أطرافه ؟ ومن ثم هل يوجد تعسف أم لا ؟ ويبقى مع ذلك القاضي مقيدا في هذه المهمة بقواعد إجرائية ، فضلا عن القواعد الموضوعية ، حيث أنه إذا رجعنا إلى قانون المرافعات فنجد أن أهم مبدأ يحكم إجراءات التقاضي هو مبدأ " الدعوى هي ملك للخصوم " ، والقاضي مرتبط في نظر الدعوى وإصدار حكمه بطلبات ودفع أطراف الخصومة ، فلا يمكنه أن يحكم بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه ، باستثناء ما يتعلق بقضايا ومسائل تمس النظام العام والآداب . ففي القواعد القانونية الأمرة يمكن للقاضي أن يقرر التدخل من تلقاء نفسه . ويقضي مثلا ببطلان الشرط حتى ولو لم يطلب من ذلك . فهذا من حقه بل وواجب بداهة عليه باعتباره حارس القانون وحامي النظام العام .

1- Trib. Paris.14 fév 1928 .Seiry . 1929 - 2- 59.

Cass. Civ iii, 17 jui 1970. J. C. P , 78.

2- Cass. Com. 17 jan 1967. Bull.Civ.7 .n° 39 . p 34.

3- في الجزائر مثلا كانت توجد شركة تأمين واحدة غداة الإستقلال هي الشركة الجزائرية للتأمين (SAA) التي كانت مؤسسة عمومية تحتكر كل عمليات التأمين ، ولكن حاليا ومنذ صدور قانون التأمينات الحالي بموجب الأمر التشريعي رقم 09/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 ، المعدل والمتمم (ج ر رقم 13 لسنة 1995) فتح الباب أمام الخواص ، فإن عدد شركات التأمين المعتمدة حاليا بالجزائر تجاوز 10 شركات معظمها شركات أجنبية ، وهو ما ساهم في تقليص ظاهرة الاحتكار على الأقل من الناحية الظاهرية .

ونشير هنا إلى أن تقدير وجود التعسف والجور في الشرط من عدمه ، هي من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، ولكن مع ذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي مهمة الرقابة على الشرط التعسفي ، لأن مصدر هذه السلطة هو القانون وليس الاتفاق ، وعليه يعد كل اتفاق من هذا النوع باطلا لمخالفته النظام العام ، ولو جاز هذا لتعطلت الحماية التي قصد إليها الشارع من هذا الحكم⁽¹⁾.

الحالة الثانية : حالة التعارض بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة :

وهذا التعارض قد يكون كاملا . فيلغى الشرط المخطوط الشروط المطبوع . وقد يكون التعارض جزئيا ، فيقيد من إطلاقه بالنسبة لبعض ما يحتويه ، وهذا هو الحال في ألمانيا أيضا إذ يعد المشترط الذي يحرر الشروط العامة للعقد متنازلا عنها بقبوله للشروط الخاصة التي تكون متعارضة معها⁽²⁾ .

ولكن القضاء الفرنسي له رأي خاص في هذا المجال . فإذا ورد في العقد شرط مكتوب باليد (وهو في الغالب شرط خاص) وتعارض مع الشروط المطبوعة أو النموذجية (وهي في الغالب شروط عامة) ، فإنه يذهب إلى تغليب الشروط المكتوبة يدويا على تلك الشروط المطبوعة⁽³⁾ ، باعتبار أن الشروط المكتوبة يدويا تمثل الشروط الأساسية التي تعكس النية المشتركة للمتعاقدين⁽⁴⁾ .

حيث يتجه المتعاقدان عند كتابة بعض الشروط يدويا إلى الخروج ، في حدود ما تضمنته هذه الشروط ، عن مقتضى الشروط المطبوعة⁽⁵⁾ ، بينما تكون الشروط المطبوعة وليد إرادة الطرف الأقوى في التعاقد . وغالبا ما تظهر فيها صفة الإذعان⁽⁶⁾ .

كما تغلب الشروط المدونة في ملحق وثيقة التأمين على الشروط الواردة في باقي الوثائق الأخرى⁽⁷⁾ ، لأن الملحق هو عقد يتضمن نقطة معينة في الغالب .

1- د/ عبد المنعم فرج الصدة : " عقد الإذعان " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 354.

2 - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " تفسير العقد ومضمون الالتزام التعاقدى " ، المرجع السابق ، فقرة 77 ، ص 101.

3- Cass. Com. . 17 juin 1986. Bull.Civ.1 .n° 166. p 167.

Cass. Civ.12 mai 1969. . Bull.Civ.1 . n° 174. p 141.

Cass. Civ.8 nov 1965.. Bull.Civ.1 . n° 588. p 446

Cass. Civ. 9 oct 1990 RGDA . 1990. p 916..

Cass. Civ. 9 fev 1999. RGDA . 1999. p 318..

4- Cass. Com. . 17 juin 1986. Bull.Civ.1 .n° 166. p 167.

Cass. Civ.12 mai 1969. . Bull.Civ.1 . n° 174. p 141.

Cass. Civ. 12 mai 1999.. RGDA. 1999. 593.

5- Cass. Com. . 7 janv 1969. J.C.P. 1969 - 2 -16121 .

Trib .Com de la Seine. 6 mai 1968 . Gaz. Pal .1968 - 2- 135..

Cass. Soc. 27 fev 1947 . Gaz. Pal. 1947. -1 -205.

Cass .Civ . 23 juin 1952 . Siery . 1953 - 1 -86.

Cass .Civ . 30 juin 1971 . R A G T . 1972 . p 273.

6 - Cass. civ.l iere. 30 oct.1962. . Bull. civ. n° 448. p.384.

7 - Cass. civ.l iere. 4 nov 1996. RGMAT. 1997. p 576.

وينبغي مع ذلك على القاضي ، حتى بفرض وجود بعض التعارض بين بعض الشروط أن يحاول التوفيق بين الشرط المطبوع والشرط المكتوب يدويا عن طريق التفسير ، فإذا امكنه ذلك وجب عليه تطبيق كليهما وإلا استبعد الشرط المطبوع وغلب الشرط اليدوي (1) .

وتطبيقا لمبدأ التوفيق بين شروط العقد كلها قضت محكمة استئناف ليون (Lyon) بأنه إذا تضمنت وثيقة التأمين شرطا عاما ينص على أن الضمان لا يسري إلا من اليوم التالي لسداد القسط الأول ، وكان قد أدرج بالعقد بيان على التوقيع على العقد . فلا تثيريب على القضاة الموضوع إذا انتهوا إلى أن هذا البيان لا ينشئ شرطا خاصا مخالفا للشروط العامة الواردة في العقد . ولا يشترط في استلزام التعارض الصريح والواضح بين الشروط المخطوطة والمطبوعة أن تكون نتيجة في صالح الطرف المذعن . فسواء كان في مصلحته أو ضدها ، فإنه يتعين إجراء التغليب ، طالما أن هذا يتفق مع نية الطرفين المشتركة (2) .

وتطبيقا لذلك أيضا فإن محكمة النقض الفرنسية غابت الشرط العام المطبوع على الشرط الخاص المخطوط ، لأن هذا الأخير ليس في مصلحة الطرف المذعن (3) .

ويظهر أن هذا الاجتهاد الأخير جاء مخالفا للنظرية التقليدية في تفسير العقد في القانون الفرنسي التي ترى بأن شروط العقد تفسر بعضها البعض فنتساوى فيما بينها ولا سيادة لأي منها على الآخر ، طبقا لما ورد في المادة 1121 مدني فرنسي ، لكن الأمر يتغير بخصوص نظرة القضاء الفرنسي لعقود الإذعان نظرا لطابعها الخاص مقارنة بالعقود العامة ، وإن رغبة المحكمة ، ولو بالتحايل أحيانا ، كانت تهدف إلى حماية الطرف المذعن بالنظر إلى مركزه القانوني والاقتصادي والاجتماعي الهش وقت إبرام العقد .

وتطبيقا لذلك أيضا أيدت محكمة النقض الفرنسية حكما لمحكمة استئناف ريوم (Riom) الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1923 الذي غلب الشرط المطبوع على الشرط اليدوي. وتتخلص القضية في نزاع طرأ بين شركة تأمين ومؤمن له بخصوص عقد تأمين سيارة ضد الحوادث ، ولاسيما ما يتعلق منها بتغليب الشرط "اليدوي" عن الشرط "المطبوع". وقد ادعت الشركة المؤمنة أنها لا تلزم بالضمان ، حيث أن السيارة المؤمن عليها كان يقودها وقت الحادثة ابن المؤمن له الذي لم يبلغ 18 سنة خروجا على الشرط المطبوع الوارد في عقد التأمين الذي يفرض أن يكون سن قائد السيارة 18 سنة على الأقل ، حيث ثبت أنه يوجد شرط آخر مكتوب باليد ينص على أن السيارة المؤمن عليها يمكن أن يقودها أي قريب أو صديق للمؤمن له أو أي شخص من الغير شريطة أن يكون مرخصا له بالقيادة وقد رجحت محكمة استئناف ريوم (Riom) هذا الشرط الأخير بالنظر إلى أنه يتضمن تحديا وتخصيصا لعمومية العبارة الواردة في الشروط المطبوعة .

وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم ضد حكم محكمة ريوم (Riom) ، استنادا إلى أن تفسيرها للعقد وتغليبها للشروط المكتوبة يدويا يقوم على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهو أمر تقدره محكمة الموضوع دون تخضع لرقابة محكمة النقض (4) .

1 - Cass. Civ. I iere. 10 dec 1985 . Cass. Civ. 17 juin 1986. Bull.Civ 1986.

Cass. Soc.13 mai 1970 .Bull.Civ .5 n° 333. p 270..

2- Cour d'appel de Lyon, 7 mars 1968 . Gaz. Pal . 1968.

3- Cass. Civ. 1 nov 1976.. n° 344. p 273.. Req. 27 Des 1887, Dalloz, 1888-1-384

4 - Cass. Civ .31 jan 1927 .Seiry . 1927 - 1 -190.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر إلى تأييد حكم محكمة استئناف ليموجيس (Limoges) الخاص بتحديد وقت نفاذ عقد التأمين ، حيث كان الشرط العام المطبوع الوارد في عقد التأمين ينص على أن العقد يرتب أثره ظهيرة اليوم التالي لليوم الذي يدفع فيه القسط السنوي للتأمين ، ولكن عقد التأمين تضمن عبارة مكتوبة يدويا بخط السمسار المكلف بإبرام العقد بصفته وكيلًا عن المؤمن حدد فيها لنفاذ العقد تاريخًا سابقًا للوقت الذي عينه الشرط المطبوع ، وقد اعتدت محكمة الموضوع ، في نفاذ عقد التأمين ، بالتحديد الوارد في الشرط المكتوب يدويا ، باعتبار أن ذلك يترجم النية الحقيقية للمتعاقدين (1) . ويرى البعض من الفقه أن تفضيل الشرط المخطوط على الشرط المطبوع ليس أمرا جيدا إذ أن تفسير العقد ما هو إلا محاولة للكشف عن النية المشتركة للطرفين ، وهذا هو ما تقتضيه أحكام المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي . ومن ثم يتعلق بقضاة الموضوع تغليب الشروط المخطوطة ، لأن تنفيذها يتجاوب مع جوهر الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، فالشرط المطبوع غالبا ما يكون بأحرف صغيرة ، وبصياغة فنية جافة غير مفهومة من العامة، بخلاف الشروط المخطوطة فإنها تكتب بحضور الطرفين ، وبالصياغة التي تناسبهما ، وإبرادتهما لها ، رغم معارضتها للشروط المطبوعة ، يعني أنهما أرادا إلغائها أو تعديلها بشروط جديدة ، وبالتالي يتعين تنفيذ الإرادة المشتركة للطرفين للمتعاقدين (2) . ويتشدد القضاء الفرنسي فيما يخص الرقابة على مسألة تفسير شرط سقوط الضمان في عقود التأمين ، ويغلب شروط بقاء الضمان على شروط سقوط (3) . والسقوط هو وسيلة أو دفع يستطيع المؤمن بمقتضاها أن يرفض تنفيذ تعهده بالضمان ، رغم تحقق خطر المؤمن له، بسبب عدم تنفيذ المؤمن له أحد التزاماته التي يفرضها عليه العقد أو القانون وقت وقوع الكارثة . وترتب عن إعمال شرط السقوط حرمان المؤمن له من حقه الناشئ من العقد دون أن يعفيه من التزاماته ، ولكنه هو جزاء مدني اتفاقي يكون بمقتضاه للمؤمن أن يدفع طلب المؤمن له بالضمان ويتحلل من تنفيذه تعهده ، رغم تحقق الخطر المؤمن منه ، وذلك لإخلال المؤمن له بالتزاماته المفروضة عليه في حالة وقوع الكارثة ، سواء آكان سيئ النية أم حسن النية لم يتعمد الإخلال بالالتزام ولم ينسب إليه إلا مجرد التقصير (4) . وفيما يتعلق بشرط وارد في عقد تأمين يقضي بعدم شمول التأمين في حالة سرقة السيارة دون تحطيم ، فقضت محكمة النقض الفرنسية ببطان هذا الشرط ، لأنه يفتقد للوضوح والتحديد (5) . وقد درج القضاء الفرنسي على تفسير شرط السقوط وشرط انعدام الضمان تفسيراً ضيقاً لمصلحة المؤمن له (6) .

1 - Cass. Civ . 31 janv 1927. Gaz. Pal .1947 - 1 - 205.

2- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 78 ، ص 141 .

3-Cass. Soc .4 juin 1985.Bull. Civ. 1985- 1- 175.

4- د/ محمد شكري سرور : " سقوط الحق في الضمان ، دراسة في عقد التأمين " ، القاهرة ، سنة 1979 ، ص 20 .

5 - Cass. Civ. 16 mars 1995 . RGAT . n° 3. 1995.

6 - Cass. Civ . 22 mai 2001.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، متأثرة بالتفسير الضيق للعقود ، بصحة الشرط الذي يفضي إلى سقوط حق المستأمن في التعويض إذا تخلف عن الإبلاغ عن الحادث في الميعاد المحدد على النحو الوارد في الوثيقة (1) .

وما يسري على شرط سقوط الضمان يسري على شرط التنازل عن الحقوق ، إذ أن الأصل هو عدم إمكانية الاتفاق على التنازل عن الحقوق المقررة في عقد التأمين باعتبار أن أحكامها من النظام العام ، إلا أن القضاء يجيز التنازل عن الحقوق بعد استحقاقها . وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه : " إذا كان من غير الجائز النزول مقدما عن القواعد القانونية الحمائية المقررة بنص أمر ، فإنه يجوز التنازل عن الآثار المترتبة على تلك القواعد " (2) .

و نشير إلى أن شرط سقوط الضمان لا يحظره القانون من حيث المبدأ ، ويبقى خاضعا لإتفاق الأطراف ، طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

وقد استقر الفقه على أن هذا الشرط لا يفترض ، وإنما يجب أن يوجد اتفاق صريح بشأنه أو نص قانوني يفرضه (3) ، لذا فمن المتفق عليه في حالة عدم وجود نص قانوني على جزاء السقوط ، أن يكون هناك إتفاق خاص واضحا ومحددا . فهو شرط إستثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره (4) وإلا حكم بالتعويض على المؤمن له المقصر في تنفيذ التزامه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لذلك بأن الشرط الوارد في عقد التأمين الذي ينص على إحدى حالات سقوط حق المؤمن له ، يربط آثاره القانونية ، طالما أنه لا يتعارض مع النظام العام ، أو النصوص القانونية ، أو الطبيعة الإحتمالية لعقد التأمين ، ولا يؤثر في ذلك أن يكون هذا الشرط مطبوعا وليس مكتوبا باليد (5) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية أيضا أنه لا يكفي أن يكون هذا الشرط متحققا في النسخة التي تحت يد المؤمن ، بل لابد أن يكون هذا الشرط متوافرا في النسخة التي تحت يد المؤمن له (6) .

غير أنه لا يستلزم كتابة هذا الشرط بشكل بارز إذا ورد في صورة إتفاق مستقل منفصل عن الشروط العامة ، لأن الغاية من تطلب كتابته بشكل ظاهر ، هي لفت نظر المؤمن له ليطلع عليه ويعلم به . وهذا يتحقق بالإتفاق اللاحق .

وتقدير مسألة بروز الشرط من عدمه هي مسألة واقع مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع ، متى كان إستخلاصه سائغا .

وكذلك الشأن بالنسبة لكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر ، وكان متعلقا بحال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط أو التنازل . ويقتضي ذلك أن يطبع بحروف مغايرة وكبيرة إذا ورد في الشروط المطبوعة ، أو بوضع خط تحته أو أن تكون مطبوعة بالأحمر .

1 - Cass. Civ. 25 mai 1939 .Bull. Civ. 1939. n° 48. p 294..

2 - Cass. .Civ.17 mars 1998. Siery .1998. p 675. Cass. Civ.10 mar 1992 . Siery .1992. p 786.

3- نقض مدني مصري ، جلسة 28 جوان 1966 .

أورده د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله : " التأمين قواعد ، أسسه الفنية ومبادئه العامة " ، منشأة المعارف ، 2001 ، ص 354 .

4- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 7 ، فقرة 652 ، ص 227 .

5- Cass. Civ. 30 mars 1892..

6- Cass. Civ. 14 dec 1977.

وهو الأمر الذي ذهب إليه كذلك المشرع الفرنسي الذي إشتراط صراحة في المادة الثامنة من قانون التأمين لسنة 1930 أن تكون وثيقة التأمين مكتوبة بحروف ظاهرة . كما أوجب في المادتين الخامسة والتاسعة أن تكون مدة العقد والشروط المتعلقة بأحوال البطلان بحروف ظاهرة جدا ، وإلا لم ينجر عنه الاحتجاج بها على المؤمن .

والعلة من ذلك هي تفادي ما درجت عليه شركات التأمين من كتابة وثائق التأمين بحروف صغيرة جدا لا يتييسر قراءتها وإلا لما إعتد بها في مواجهة المؤمن له .

كما يتشدد القضاء الفرنسي كثيرا بشأن تفسير البنود التعسفية ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة 19 أكتوبر 1904 إلى إقرار تفسير قضاة الموضوع . إذا اعتبرت أن تفسير الشرط الوارد في الوثيقة ، والذي ينص على أن الأقساط تكون محمولة والمتعارض مع تحصيل الشركة للأقساط في موطن المستأمن وما إذا كان ذلك يعني تنازلها عن التمسك بالشرط من عدمه يعد من المسائل التي يستقل قضاة الموضوع بها . ومن خلالها يمكن استخلاص نية الطرفين بشأنها لمعرفة ما إذا كانت عملية التحصيل المتكررة من جانب الشركة قد تمت على سبيل التسامح أم كانت تعني التنازل الفعلي عن الشرط المقرر لمصلحتها ؟ (1)

ومما سبق يتضح أن القضاء الفرنسي يتعاطف كثيرا مع الطرف المؤمن له ويعامله بالتفضيل في غالب الأحيان بوصفه طرفا مذعنا يحتاج إلى حماية القضاء ، وهو فعلا طرف ضعيف في عقود التأمين ، ولكن مركزه هذا يعفيه من وجوب أن لا يسلك أي مسلك يتنافى مع مبدأ حسن النية وحسن السلوك .

وهو المبدأ الأساسي في تكوين وتنفيذ العقود ، سواء منها عقود المساومة أو عقود الإذعان ، وبدرجة أكبر في عقود التأمين ، وهو مبدأ يسري من باب أولى على الطرف القوي أيضا ، وهو مبدأ مفترض في الطرفين معا ، ومن يدعي العكس عليه إثباته بكافة الطرق (2) .

وقد قضى بأن مجرد إهمال المؤمن له أو تقصيره أو خطئه لا يكفي لإثبات سوء نيته واستبعاد الضمان ، طالما انتفى الخطأ العمدي من جانب المؤمن له ، فالأخطاء البسيطة لا تكفي لإثبات سوء النية ما لم يكن منصوصا عليها في وثيقة التأمين بصورة محددة (3) .

كما قضى بأنه يعد سيء النية ويحرم من التعويض الشخص الذي يثبت أنه نوى الإنتحار ، ثم أبرم وثيقة تأمين على حياته لمصلحة زوجته وابنيته بمبلغ كبير جدا ، ونفذ الإنتحار في حادث مفتعل بسيارة بعد أيام قليلة فقط من إبرام العقد (4) .

1- ولهذا السبب تدخل المشرع الفرنسي لسن القانون الخاص بالتأمين في 13 يوليو 1930 ، وأصبح قسط التأمين بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 16 واجب الدفع في موطن المستأمن أو أي مكان آخر متفق عليه ، أي أصبح قسط التأمين مطلوبا وليس محمولا .

وقد عدل المشرع الفرنسي هذا النص سالف الذكر في 30 نوفمبر 1966 ، ونص المشرع فيه على بعض الحالات التي يكون فيها الدين مطلوبا كاستثناء عن الأصل ، الأمر الذي يعد خروجاً على القاعدة العامة التي وردت في المادة 1247 / 3 مدني فرنسي والتي توجب الوفاء بالدين في موطن المدين .

Cass. Civ, 17 jui 1970. J. C. P. p 78.

2 - Cass. Civ. 13 janv 1987. Siery . 1987 . p 118.

3 - Cass. Civ. 29 nov 1988. Dalloz. 1989. p 248.

4 - Trib Paris. 7 dec 1999. Dalloz . 2000-1- 327.

ويمكن التأكد من ذلك بشهادة الشهود وبالقرائن ومثالها وجود رسالة خطية إلى زوجته شارحا لها دوافع فعله و متمنيا السعادة من بعده (1) .
وقضى أيضا أن سكوت المؤمن له عن الإدلاء ببعض البيانات لا يمكن تفسيره بأنه إخفاء تديسي أو كذب في التقرير ببيانات الخطر المؤمن منه (2) .
كما أن قضاة الموضوع في تفسيرهم للعقد ينفذون إلى جوهر الشرط والهدف الحقيقي منه دون التقيد بحرفيته وكيانه المادي ، وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية في مجال التفسير .
وقد قضت محكمة استئناف باريس (Trib Paris) من أن تغيير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض. إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه خاصة . وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته (3) .
ونعيد التذكير بأنه مادام عقد التأمين يعد من ضمن طائفة عقود الإذعان ، فهذا لا يدعنا نغض النظر عن القاعدة الاحتياطية في تفسير أي شك لصالح المذعن .

ب- تطبيقات قواعد التفسير في عقود الإستهلاك :

لم يكد هذا التوجه الفرنسي في تفسير عقود الإذعان ، أن يستقر ، حتى كانت توسعته في الستينات والسبعينات ليلبغ ذروته في إطار القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمسماى بقانون (SCRIVENER) والذي تم تعديله بموجب القانون المؤرخ في أول فيفري 1995 .
فكانت الرخصة للمستهلك في الرجوع عن بعض العقود ، وكان منع بعض الشروط التعسفية واعتبارها كأنها غير مكتوبة ، وهو ما يفسر بالبطلان .
وكانت للقاضي السلطة الواسعة في تفسير العقد الاستهلاكي على النحو الذي يحقق حماية أكيدة للمستهلك ، وعلى الأخص تفسير الشروط الواردة في عقود الإستهلاك أيا كان نوعها ، بما يحقق مصلحة المستهلك (4) ، لا باعتباره طرفا مذعنا ولكن من خلال نظرية العقد الاستهلاكي الذي لا ينطبق بالضرورة على عقد الإذعان بمفهومه التقليدي . وهو ذلك العقد الذي ينفرد أحد أطرافه بوضعه جملة وتفصيلا ، في حين يقتصر دور الطرف الثاني على التوقيع دون نقاش ، بل يقر بعض الفقه الفرنسي أن ذلك ينطبق على كل العقود ، بمختلف أنواعها مستندا في ذلك إلى اتساع نطاق التشريعات التي تحمي المستهلك و عدم ربطها بحماية الطرف المذعن فقط، في الإطار الضيق لعقود الإذعان (5) .

1- Cass. Civ .13 mai 1986 . Siery . 1986. p 424.

2 - Cass. Civ .10 aout 1974 .Bull. Civ. 1975- 1 -254. p 217.

3- Trib Paris. 14 fev 1928 . Siery .1929- 2 - 59.

4- و في هذا الصدد يذهب الفقه الفرنسي إلى سريان النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية على جميع العقود التي لها صلة مباشرة مع النشاط المهني للشخص أيا كان شكلها أو سندها ، كعقد التأمين وعقد البيع وعقد الإيجار ، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا ، وسواء انصبت على سلع أو خدمات.

للمزيد من التفصيل يطالع : د/ بودالي محمد : " مكافحة الشروط التعسفية " ، المرجع السابق ، ص 10.

5- جاك ايستان : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 494..

وقد ذهب بعض الفقه ، إلى أبعد من ذلك ، فكانت التوسعة كبيرة في رأيه ، حين يتعلق الأمر بعقود الإذعان باعتبارها عقودا من طبيعة مختلفة لتتسع سلطة القاضي في التفسير في شأنها بشكل غير محدود⁽¹⁾ .

ويحفل القانون الفرنسي بنصوص أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود للمستهلك ، وعلى سبيل المثال نصت المادة 133-2 من قانون الاستهلاك لسنة 1993⁽²⁾ بأن شروط العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين ، يجب أن تقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم . وأن أي شك فيها يفسر بالمعنى الأصح والأنسب للمستهلك أو غير المحترف⁽³⁾ . وهو حكم شبيه لما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1602 من القانون المدني بخصوص تفسير الشك في عقود البيع.

وهذا النص اقتبسه المشرع الفرنسي من نص المادة الخامسة من توجيهات المجموعة الاقتصادية الأوروبية (الإتحاد الأوروبي كما يسمى حاليا) رقم 93-13 المؤرخة في 5 أبريل 1993 ، وهو نص ملزم كما تقضي بذلك التوجيهية الأوروبية⁽⁴⁾ ، ويطبق على جميع عقود الإستهلاك بمعناها الواسع ، ومنها عقود التأمين .

وتبرير هذا الحكم الوارد في هذا النص أنه إذا كان فيها لبس أو إبهام فمن العدل أن يتحمل المحترف جريرة تقصيره في إيضاح شروط العقد . وأن لا يستفيد من غموض شروط العقد التي أملاها و فرضها على المستهلك.

وتطبيقا لهذا النص أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها صادر بتاريخ 21 جانفي 2003 ، بأن تفسير العقد في حال الشك يجب أن يفسر لمصلحة المستهلك أو غير المحترف⁽⁵⁾ .

غير أن مجال النص محدود التطبيق في مجال عقود الإستهلاك ، وليس قاعدة عامة ، شأنه في ذلك شأن نص المادة 1602 من القانون المدني الخاصة بتفسير عقود البيع ، ولو أن نصوص حماية المستهلك تبدو أوسع في التطبيق مقارنة بنصوص القانون المدني ، بالنظر إلى التوسع في مفهوم المستهلك (المشتري) في مواجهة المحترف أو المنتج أو المهني (البائع) .

1- د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي " ، المقال السابق الذكر ، فقرة 27 ، ص 40 .
2- تم قانون حماية المستهلكين لسنة 1978 ، بموجب قانون 5 جانفي 1988 ، و بعدها تم إدماج القانونيين معا في قانون واحد في سنة 1993 أطلق عليه قانون الاستهلاك .

3 - Article L. 133-2 al. 2 du Code de la consommation : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs]s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non- professionnel ". Pour une application récente" ..

5- La note d .instruction Européen .N° 93/13. – 5/04/1993. Dalloz. 1993. p 360.

4 - Cass. Civ. 1^{ière} , 21 jan 2003 . n° 00-13.001 . Bull., Cordeiro .

ويلاحظ أن حكم النصين يتشابهان في كون أن البائع والمحترف ملزمان بتبصير وإعلام المشتري أو المستهلك⁽¹⁾ ، وربما الغموض أو الشك المحيط بعقد البيع أو عقد الإستهلاك ما هو إلا نتيجة لتقصير البائع والمحترف عن القيام بهذا الالتزام الأساسي ، ولذا كان من المنطق والعدالة أن يتحملا نتيجة تهاونهما أو عمدتهما بتفسير أي شك أو غموض ضدهما وفائدة خصمه (المشتري والمستهلك) .

وبعض الفقه الفرنسي يقر بأن مبدأ التوسع في تفسير عقود الإستهلاك ينطبق على كل العقود ، بمختلف أنواعها دون ربطها بفكرة حماية الطرف المدعن في إطارها الضيق ، أن التوسع في سلطة التفسير على النحو الذي يتوخى القاضي من خلاله العدالة ، ولاسيما في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العقد أضعف اقتصاديا من الطرف الآخر .
ومن هذه القواعد : قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف ، وهو المستهلك ، وهو ما يعبر عنه البعض بمبدأ التفسير الأصلاح للمستهلك .

وإننا من وجهة نظرنا نرى أن عقد الإستهلاك ليس عقد إذعان بالضرورة ، والمستهلك ليس دوما طرفا مدينا ، ومع ذلك يصر الفقه والقضاء المقارن على تطبيق نفس قواعد التفسير المتعلقة بعقود إذعان على عقود الإستهلاك معتبرة أن المستهلك هو في الغالب طرف ضعيف وهو في الغالب طرف مدين .

ولعل مبررات هذه القاعدة بالنظر إلى المركز القانوني والاجتماعي الهش للمستهلك مقارنة بالمنتج أو المحترف ، ولهذا جاءت العديد من الأحكام القضائية لتكرس مبدأ آخر مكملا وهو توسيع سلطة القاضي في تفسير عقود الإستهلاك ، فضلا عن سلطته في تخفيف بعض الشروط وسلطته في إبطال بعضها ، وهي ما تسمى بالبنود التعسفية .
وإن حماية المستهلك في مواجهة المنتج أو المحترف لا يمكن أن تتعزز بشكل أكثر ردعا وفعالية إلا بتدخل المشرع من خلال فرض نصوص صارمة ، وجزاءات فعالة مدنيا واردة جزائيا⁽²⁾ .

هذا وقد اتجه الفقه الحديث ، خاصة بعد صدور قانون الإستهلاك الفرنسي ، إلى حث القضاء على إعطاء تطبيق قواعد التفسير قدرا أكبر من المرونة بصدد عقود الإذعان ، ولقد تلقف القضاء الفرنسي هذه الموجهات الفقهية فأصدر أحكاما ذات أثر كبير للحد من ظاهرة الشروط التعسفية في عقود الإذعان .

ونادى بعض الفقه الفرنسي ، بضرورة توحيد مبادئ للتفسير القضائي للعقود النموذجية ، وأغلبها عقود الإذعان ، بحيث لا تؤدي حرية قاضي الموضوع إزائها إلى اختلاف الأحكام في شأن العقود ذاتها التي تحتوي الشروط ذاتها ، في النزاعات المختلفة ، وهو التوجه الذي لقي تأييد بعض الفقه في العالم العربي أيضا⁽³⁾ .

1 - Cass.Com .2 mai 1990 .Bull. Civ 1990- 4 -133. p 89.

Cass. Civ . 17 dec 1191 .R J D A .1992. n° 147. p 110.

2- رتب المشرع الجزائري على الاشتراطات التعاقدية التعسفية المخالفة غرامات مالية من 50.000 دج إلى 5000.000 دج وهذا ما تنص عليه المادة 38 من قانون 02/04 المؤرخ في 32 جوان 2004 ، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

غير أن ما يلاحظ على هذا النص أنه ، وللأسف ، لم يشر إلى الجزاء المدني كما فعلت جل التشريعات المقارنة ، التي نصت على بطلان الشرط التعسفي واعتباره كأن لم يكن مع بقاء العقد صحيحا .

3- ينظر د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي " ، المقال السابق الذكر ، فقرة 29 ، ص 45.

وللحق فإن التوسع في سلطة التفسير على النحو الذي يتوخى القاضي من خلاله العدالة ، ولاسيما في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العقد أضعف اقتصاديا من الطرف الآخر، لم يكن ممكنا على هذا النحو، لولا اعتماد القضاء على ما اصطلاح على تسميته "بالتفسير الخلاق" ، ومثاله الالتزام بالسلامة على عاتق الناقل ، بحيث يفسر الغموض الذي ينتاب الشروط العقدية التي يفرضها أحد الأطراف ، في غير مصلحته دائنا كان أم مدينا، لأنه يبقى هو المسؤول عن الغموض .

وينبغي أن نشير في ختام عرضنا الموجز للتطور في القانون الفرنسي ، إلى المعارضة التي يبديها بعض فقهاء القانون الفرنسي لهذا التطور، بحجة عدم جديته وجدواه . ومنهم من ينتقد هذا التطور نحو التوسعة في التفسير لمصلحة المستهلك ، في خصوص فكرة العيب الخفي في البيوع مثلا .

حيث يرى الفقه بأن القضاء الفرنسي منذ عام 1950 ، و تحت تأثير الأستاذ "هنري مازو" ، قد خلق وضعاً قانونياً "بريتوريا" يحمي فيه المستهلك بأي ثمن ، وهو وصف مغالي فيه ، وإن كانت الموضوعية تفرض الاعتراف بأهمية هذا التغيير وبأهمية دور القاضي وتوسعته في تفسير العقود الاستهلاكية في وقتنا المعاصر ، لحماية المستهلك أساسا ، وعلى النحو الذي نراه يؤثر ، ولا شك في ثوابت النظرية لا يزال قائما ومبادئها تظل فعالة ، فلا تكون الحاجة لتفسير العقد ، وتوجيه التفسير لما يحمي المستهلك إلا في حالات نرى فيها تحقيقا للعدالة .

ثانيا- موقف بعض التشريعات الغربية الأخرى :

على عكس التشريع الفرنسي ذهبت بعض التشريعات الأوروبية إلى تقرير نصوص واضحة وصريحة في مجال تفسير عقود الإذعان ، خاصة في حالة الشك ، إذ فسرت الشك لصالح الطرف الصادر ضده ، وهذا هو حال القانون النمساوي في نص المادة 915 من القانون المدني ، والقانون الإسباني في نص المادة 1288 مدني ، إذ جاء فيها :

" أن الشك يجب في عقود الإذعان أن يفسر لمصلحة المذعن دائنا أو مدينا " (1) .

ويبدو أن المشرع المصري قد تأثر بهما واستمد أحكامه منهما ، بدليل أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أشار إليهما صراحة (2) .

أما بالنسبة لباقي التشريعات الأوروبية ، فإننا نجد أن القانون الانجليزي تعامل مسألة تفسير العقد على أنها مسألة قانون ، معيارها لا إرادة العاقدين ونيتها المشتركة وإنما يكون التفسير من خلال معيار " الرجل المعتاد " المعمول به في أنظمة القانون المدني . فينظر القاضي في التفسير عبارات العقد وظروفه ، على ضوء معيار المتعاقد المعتاد وما يهدف إليه من العقد ودون إهمال لإرادة العاقدين الظاهرة بطبيعة الحال ، ولكن البحث ينصب أساسا على ما كان يمكن للطرفين أن يعنياه .

1- ينظر : د/ لعشب محفوظ : " عقد الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 146 ، و ص 165 ، هامش رقم 246 .
2- ينظر : د/ جمال فاخر النكاس : " الاتجاه الموسع للتفسير القضائي " ، المقال السابق الذكر ، فقرة 29 ، ص 46 .

ولهذا السبب ينتقد الفقه وجود مشكلة حقيقية مؤادها تضارب أحكام القضاء الانجليزي في خصوص المسائل ذاتها ، ومنها تفسير العبارة الواردة في العقود النموذجية والتي تحيل المتعاقد إلى ما هو مدون من شروط خلف التذكرة أو العقد ، وعلى الأخص شروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديده . فتارة يقرر القضاء الإعفاء من المسؤولية ، وتارة أخرى نجده لا يعمل الشرط ، فيقرر المسؤولية رغم وجوده .

بيد أنه في الفترة الأخيرة ، وعلى الأخص منذ تشريع 1977 ، شهدت بعض التشريعات توسعة في نطاق سلطة القاضي في التفسير ، ولاسيما في نطاق عقود الاستهلاك ، مكرسة بذلك نوعا من الحماية القانية للمستهلكين .

وقد ظهر توجه قضائي أوروبي ، وبالاستناد إلى النصوص الأوروبية الموحدة (1) ، من شأنه أن يوسع في سلطة القاضي في تفسير شروط العقود الاستهلاكية ، بأنواعها المختلفة بل وبعض الحرية المحدودة في التعامل معها ، من حيث الإبقاء عليها أو إلغاؤها ، بحسب الأحوال ، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى معقولية هذه الشروط ، ومدى ملاءمتها لطبيعة التعامل بين العاقدين .

وفي المقابل نجد بعض القوانين ينتهج القضاء فيها نهجا حذرا في التوسعة في تفسير عقود الإذعان وعقود الإستهلاك ، ويتمسك بالحدود على حرية التفسير . وهذا هو حال القضاء الإيطالي .

1- سعى الإتحاد الأوروبي إلى التنسيق بين الأنظمة التشريعية المتفاوتة بين مختلف أعضائه ، حتى انتهى بتاريخ 5 أبريل 1993 إلى سنّ تعليمه تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ، والتي نقلت إلى القانون الفرنسي بموجب قانون فاتح فيفري 1995 المعدل لقانون الإستهلاك لسنة 1993 . مما أدى إلى طروء بعض التعديلات الطفيفة على النظام السابق الذي أرساه قانون حماية المستهلكين لسنة 1978 .

الفرع الثالث : الحلول الفقهية المقترحة لمشكلة تفسير عقود الإذعان

استعرضنا فيما سبق ذلك الجدل الفقهي الذي أثير بشأن تفسير عقود الإذعان ، وكل منهما له حججه ومؤيده من القضاة ، ففي حين تمسك الرأي الأول بالتفسير الموسع أو التقليدي ، رأينا اتجاها ثانيا معاكسا وحديثا فرض نفسه بقوة من خلال مناداته بالتفسير الموسع أو الحر .

وقد رأينا كيف أن ذلك الجدل الذي أثير داخل أوساط الفكر القانوني الفرنسي فقعه وقضائه لم يثر بنفس الشكل في الفكر القانوني العربي ، والسبب ، كما رأينا ، هو وجود نص تشريعي واضح ، والذي عادة ما يرضخ له رجال القانون وخصوصا منهم القضاة .

وقد بقي الصراع الفقهي دائرا في فرنسا ، ولهذا حاول بعض الفقهاء التوفيق بين هذه الآراء المتضاربة باقتراح حلول فقهية لهذه المشكلة المسماة " تفسير عقود الإذعان " . وهذه الحلول بعضها تبناه المشرع فأصبحت حولا تشريعية ، وبعضها تبناه القضاء فأصبحت حولا قضائية مستقرة .

ونستعرض فيما يلي لهذه الحلول المقترحة .

أولا- النظريات التي وضعت في مجال التفسير :

اقترحت بعض هذه الحلول من طرف بعض الفقه الفرنسي بهدف القضاء على مشكلة تفسير عقود الإذعان ، ولاسيما منها عقود التأمين ، ويمكن هنا عرض نظريتين : نظرية الفقيه " Gounot - جونو " ، ونظرية الفقيه " Dereux - ديريه " ، وهما نظريتان تميلان في الأصل إلى التفسير الموسع (1) .

1- نظرية "جونو - Gounot" في تفسير عقود الإذعان:

يرى الفقيه الفرنسي "جونو" أن عقود الإذعان ذات طبيعة لائحية وتعاقدية ، وقسم هذه العقود بالنسبة للشروط التي تحتويها إلى شطرين :

- **الشرط الأول منها** : يسمى بالشروط اللائحية وهي شروط يضعها الطرف القوي في العقد ليفرضه على الطرف الآخر دون نقاشة . وتسود هذا الشق إرادة الموجب المنفردة وليس للمدعن دور فيها ، كما هو الحال في عقد التأمين الذي عادة ما يتضمن شروطا مطبوعة .

- **والشرط الثاني** : فهو عقد شأنه في ذلك شأن كل العقود العادية حيث تلعب فيه الإرادتان دورهما المعتاد .

فبالنسبة لوثيقة التأمين شروطا مطبوعة تضعها شركة التأمين بإرادتها المنفردة وتعرضها على المستأمن ولا تقبل نقاشا فيها ، فهذا الشق يضم مركزا قانونيا منظما يتمتع فيه الموجب بالسيارة ، وهذه هي الشروط اللائحية .

1 - للمزيد من التفصيل حول الموضوع يراجع :

د/ عبد الحكيم فودة : " تفسير العقد في القانون المصري " ، المرجع السابق ، فقرة 218 ، ص 400 وما بعدها .

ود/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 59 وما بعدها .

كما نجدها تتضمن أيضا شروطا محل اعتبار من الطرفين وتشكل في حقيقتها عقدا بكل مقاومات العقد ، مثل الشروط المتعلقة بمحل التأمين وقيمة القسط ومقدار التعويض المستحق والخطر المؤمن منه . وهذه هي الشروط التعاقدية .

ونتيجة لهذا التقسيم للشروط إلى شروط لائحية وشروط تعاقدية في عقود الإذعان . انعكست ذلك التقسيم على طريقة تفسيرها .

وعليه فالشق التعاقدية يفسر مثل كل العقود الأخرى بالنظر إلى دور الإرادة فيها . أما بالنسبة للشق اللائحية فيفسر كما تفسر القواعد القانونية المكملة بالنظر إلى طريقة وضعها .

وهذا هو مناط الابتكار في نظريته فإنه يشبه بنود عقد الإذعان بالقواعد المقررة . وهو فهم موسع يؤدي إلى تفسير موسع للعقد ككل بعيدا عن الجمود الذي يتبع في مادة العقد ، وهنا يتمتع القاضي حيال هذا الشق اللائحية بسلطات رقابية وتوقيعية واسعة ، إذ لا يطبقها حرفيا بل بما يتفق ومقتضيات حسن النية والأوضاع الاقتصادية .

ويترتب على هذه الطريقة في التفسير أن الشروط المطبوعة ، والتي درجت شركات التأمين على التمسك بها ، ليست سوى عناصر إنشائية في العقد . ومن ثم يجب استبعاد تطبيق المادة 1341 مدني فرنسي عليها ، وذلك دون أن نتساءل ما إذا كنا بصدد عقد مدني أم عقد تجاري .

فهذه الشروط ليست لها في الحقيقة طبيعة تعاقدية . بل لها طبيعة لائحية . كما أنها تفرض على الأفراد ليس بصفاتهم أطرافا في عقد بل بصفاتهم أعضاء في جماعة منظمة .

2- نظرية " ديريه- DEREUX " في تفسير عقود الإذعان :

صاغ الفقيه الفرنسي " ديريه " هذه النظرية عندما تحدث عن وثيقة التأمين . فهو يرى أن عقد الإذعان يحتوي على نوعين من الشروط .

النوع الأول : شروط جوهرية مكتوبة يتعلق بها اتفاق الطرفين المتبادل وتتحصر فيهما النية المشتركة الحقيقية .

والنوع الثاني: شروط تبعية أو على الأقل تعتبر كذلك من وجهة نظر أحد الطرفين . وهي شروط مطبوعة يعدها أحد الطرفين ليفرضها على الآخر . وليس ذلك مقصورا على عقد التأمين فقط ، بل ينطبق على كافة عقود الإذعان كعقد النقل وعقد العمل .

ويرى " ديريه " أن الهدف من الشروط الجوهرية في العقد هو إعطاء الروح العاملة له أو الروح التي يجب على القاضي العرف عليها من خلال النية المشتركة للطرفين . أما الشروط التبعية فهي شروط ثانوية مكملة أو محددة للشروط الجوهرية ولا يتعدى دورها أكثر من ذلك .

ومن هذا المنطلق يكون على القاضي حين قيامه بالتفسير أن يتقصى النية المشتركة للمتعاقدين ، مبرزاً الفرق بين هذه الشروط . وعليه تغليب الشروط الجوهرية المكتوبة على الشروط المطبوعة إذا حدث تعارض بينهما . كما يتعين على تعديل الشروط المجحفة التي لم يكن في وسع الرجل العادي أو الشخص المتوسط الحذر فهمها على أكمل وجه .

ومثال ذلك الشرط الوارد في وثيقة التأمين والذي يلزم المستأمن بالإبلاغ عن كل حادث يقع خلال يومين من تاريخ حدوثه وإلا سقط حقه في التعويض . والقول بخلاف ذلك يعني إيقاع المستأمن في كمين من شأنه إسقاط حقه لمجرد التأخير البسيط وأيا كانت طبيعة الحادث .

ويلاحظ وجود تشابه بين نظرية " جونو " ، ونظرية " ديريه " ، فالنظرية الأولى: تقسم العقد إلى شروط تعاقدية ولائحية ، وكذلك النظرية الثانية: تقسه إلى شروط جوهرية وأخرى تبعية.

فتشترك الشروط الأولى (التعاقدية والجوهرية) في أن تفسيرهما يكون باستخلاص النية المشتركة للطرفين .

وكذلك تشترك الشروط الثانية (اللائحية والتبعية) في ضرورة مراعاة حسن النية . مع أنه يصعب في بعض الأحيان التمييز بين هذه الشروط ، لاسيما ما يعد من شروط العقد الجوهرية وما يعد من شروطه التبعية . فقد يكون الشرط جوهريا في نظر أحد الأطراف بينما تبعيا في نظر الطرف الآخر .

ولهذا رأى البعض أن الحلول التشريعية ربما تكون أكثر فاعلية ، خاصة إذا تدعت بنصوص تساهم بشكل جدي في تخويل القاضي سلطة الرقابة على العقد بتكميله وتعديله ، من أجل القضاء على الاختلال في التوازن الاقتصادي العقدي والقضاء على التعسف ، وكل ذلك تحت عين ورقابة محكمة النقض مخافة الانحراف في التفسير .

أولا- الحلول الفقهية المقترحة :

كما سبق الذكر فإن التشريع المدني الفرنسي خلى من نصوص تتعلق بقواعد تفسير عقود الإذعان ، ولذا إن الفقه الفرنسي (خاصة الفقيه دومرج - Domergue) مدعوما بالقضاء⁽¹⁾ ذهب إلى عدة اقتراحات بهدف حماية الطرف الضعيف في هذه العقود ، ومن هذه الاقتراحات ما يلي :

1- اقترح بوضع نصوص تشريعية في مجال تفسير عقود الإذعان في صلب المجموعة المدنية الفرنسية أسوة بما هو موجود في بعض التشريعات الأوروبية كاسبانيا والنمسا .

2- في غياب نصوص تشريعية خاصة بتفسير عقود الإذعان ، اقترح التوسع في تطبيق النصوص العامة المتعلقة بقواعد تفسير العقود العادية بالشكل الذي يحقق الحماية المتعلقة بقواعد تفسير العقود العادية و بالشكل الذي يحقق الحماية للطرف المذعن ، وخاصة وأنه في المقابل لا يوجد نص يمنع القاضي من التوسع في التفسير ، بما فيها المادة 1156 مدني فرنسي⁽²⁾ .

ومن ثم إذا كانت عبارات الشرط لا تعبر عن إرادتها الحقيقية المشتركة بأن كانت تعبر عن إرادة منفردة لم تتلاق مع إرادة الطرف الآخر ، وبالتالي لم تتكون بشأنها نية مشتركة ، فإنه يتعين إهمالها . فإذا كان الشرط متعارضا مع شرط آخر وضحت نية الطرفين بشأنه تعين تغليبها ، وهذا واضح في شأن الشروط المطبوعة والشروط المخطوطة .

1 - Cour d'Apple, de colmar, 25 jan 1963. GAZ. Pal. 1963.

2 - جاء في المادة 1156 مدني فرنسي أنه : " في الاتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ " .

3- اقترح الفقه على القضاء لإعطاء نوع من المرونة في تطبيق القواعد الاحتياطية لتفسير عقود الإذعان. ولذلك نجد مثلا أن المادة 1/1134 مدني فرنسي تنص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود . وهو مبدأ يسري على كافة العقود ، ومن باب أولى على عقود الإذعان ، وعن طريقها يمكن إبطال مفعول الشرط التبعية التي تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تعطيل الشروط الجوهرية للعقد .

كما نجد أيضا نص المادة 1135 مدني فرنسي يوضح مجموعة من المصادر الاحتياطية للتفسير التكميلي (خاصة العرف والعدالة) يلجأ إليها القاضي عند غياب الإرادة الصريحة ، إذ القواعد المقررة مثلا لا شك أنها تعتمد إلى حماية الطرف المذعن في العقد . وقد تأثر القضاء الفرنسي بأراء الفقه الفرنسي مستجيبا لما جاء فيه من اقتراحات مقرر في العديد من أحكامه تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا ، باعتبار أن المذعن له يعد طرفا قويا ، قانونيا واقتصاديا في عقد التأمين بشكل يمكنه من احتكار شروط العقد ، ويفترض أنه يراعي السلامة والوضوح ، فإن هو قصر وجعل الشك والإبهام يحيط بالعقد كان عليه أن يتحمل تبعه تقصيره .

وقد اعتمد القضاء في إصدار أحكامه المتبينة لهذا الطرح على أمور ثلاثة :

أولها : الطبيعة غير الأمرة للمادة 1126 مدني فرنسي وإمكانية تطبيقها بالكيفية التي تتفق وظروف كل دعوى .

وثانيها : الهدف الذي تفياه المشرع من وضعه لهذه المادة ، وهو مراعاة مبادئ العدالة بحماية الطرف الضعيف .

وثالثهما : طبيعة تكوين هذه العقود وافتقاد الرضا الحقيقي الكامل فيها خاصة فيما يتعلق بعقود التأمين .

ومن هذا المنطلق ، وبصدد عقد تأمين ، قضت محكمة السين بفرنسا بتاريخ 27 ماي 1923 بأن : " المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج من التحرير المسند إليه حتى إذا كان المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحتة " (1) . فالمحكمة إذا تفسر الغموض ضد شركة التأمين رغم أنها المدينة في الشرط ، وذلك بالخلاف لقاعدة المادة 1126 مدني فرنسي التي تقضى بتفسير الشك لمصلحة المدين .

وبصدد عقد مقاول ، قضت محكمة كولمار (Colmar) بفرنسا في 25 يناير عام 1923 بأن الشك الناتج من التحرير السيئ لقائمة الشروط يفسر لمصلحة المقاول وضد الموجب محرر هذه الشروط (2) .

1 - Trib. de Seine . 27 mai 1963. Dalloz. 1964 . Sommm.17.

2- Trib. de Colmaire .25 jan 1963. Gaz. Pal . 1963 - 1 -277.

ولكن نجد أن محكمة الجزائر في حكمها الصادر في 4 فبراير 1923 قضت على العكس من ذلك ، بأن فسرت الشك لمصلحة شركة التأمين المدينة بالتعويض في دعوى تخلص وقائعها في أن مستأنا أقام دعواه على هذه الشركة يطالبها بتعويض عن العاهة المستديمة التي تخلفت لديه من جراء إصابته إلا أن المحكمة رفضت دعوى التعويض مستندة في ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين. وإذا قام شك فيه يفسر لمصلحة المدين. والمدين هنا هو شركة التأمين. حيث اعتبرت المحكمة أن شرط الوثيقة الذي يلزم الشركة بدفع التعويض في حالة كسر أحد الأعضاء أو فقد إحدى العينين أو اختلال القوى العقلية لا ينسحب على حالة الأمراض الناتجة عن الإصابة .

حكم منشور في مجلة المحاماة المصري ، السنة 4 ، رقم 539 ، ص 702.

نقلا منا عن د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان "، المرجع السابق ، ص 96.

الباب الثاني :

تطبيقات قواعد التفسير في منازعات
العمل والضمان الاجتماعي

الفصل الأول :

قواعد التفسير الخاصة في مجال عقود العمل الفردية والجماعية

يتميز قانون العمل بقواعد خاصة تجعله يتمتع بجانب من الذاتية و الاستقلالية عن فروع القانون الأخرى ، بما فيها قانون المدني ، وأول ما يتميز به هو وجود مصادر له خاصة بجانب المصادر العامة للقانون .

فقانون العمل ينفرد دون سائر فروع القانون بأن من بين مصادره عقد العمل المشترك . كذلك تعد اللوائح الداخلية للمنشآت من مصادر قانون العمل .

كما تعتبر الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل من أهم السمات المميزة لإستقلاله عن القانون المدني ، فمعظم قواعد من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وسبب ذلك أن قانون العمل كان في بادئ نشأته يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الطرف الضعيف وهو العامل ، ولم يكن من وسيلة لجعل هذه الحماية مفيدة وفعالة إلا إذا كانت قواعد أمره . ولكن لما كانت هذه الحماية مقررة لمصلحة العامل فإن الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل أخذت معنى خاصا بها بحيث تكون المخالفة باطلة إذا إنتقصت من الحد الأدنى المقرر لحماية العامل بينما تعتبر صحيحة كل مخالفة تزيد من هذه الحماية .

وتظهر أهمية الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل في حل مشكلة تنازع قوانين العمل من حيث الزمان ، إذ تقضي القواعد العامة في سريان القانون بأثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود التي أبرمت قبل نفاذها . فإذا وجد عند تنفيذ القانون الجديد بأن أحكامه تتعارض مع عقود سبق وأن أبرمت بين رب العمل والعامل ، سرت أحكام القانون الجديد إلا إذا كانت العقود أنفع للعامل .

وأقرت التشريعات أيضا قواعد مرنة في مجال التقاضي ، بحيث يتيسر من خلالها لعامل حق المطالبة بحقوقه المنظمة بموجب عن قانون العمل .

ولم يكتف المشرع بتقرير البطلان المدني لما يخالف أحكام قانون العمل بل ذهب إلى أكثر من ذلك وفرض جزاء جنائيا على مخالفة أحكامه .

كما أنشأ التشريعات أجهزة مكلفة بضمان إحترام قواعد قانون العمل ومنها جهاز تفتيش العمل أنيط به مراقبة تطبيق قانون العمل وأنظمته وعقوده الفردية والجماعية وكل ما يصدر عن الدولة من قوانين وتنظيمات لها علاقة بالعمل .

والتساؤل المطروح هنا : هل توجد استقلالية أيضا لقواعد التفسير عن القانون المدني ، وبالذات عن عقود الإذعان ؟ وما هي أهم القواعد التفسيرية التي ينفرد بها القانون الاجتماعي في هذا المجال ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذين المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : إعمال قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي
المبحث الثاني : مبدأ التفسير الأصلح للعامل وتطبيقاته القانونية والقضائية

المبحث الأول : **إعمال قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي**

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن قواعد التفسير الخاصة بقانون العمل يجب أن تتسم بطابع الاستقلال ، وأن تتجه إلى تحقيق الأغراض التي يتسهدفها هذا القانون ، خاصة وأنه قد أصبح قانونا مستقلا متميزا بذاته واتجاهاته الخاصة . ولهذا فإنه يتعين عند تفسير هذا القانون أن ينظر إلى جميع نصوصه كوحدة واحدة ، يستعان فيها ، عن طريق القياس ، بالنص الصريح الواضح لإلقاء الضوء على النص الغامض ، وسد ما قد يحتمل وجوده من نقص ، كما يتعين كذلك احترام المبادئ الأساسية لتشريعات العمل ، كمبدأ الحرية الشخصية وحرية العمل ، وعند تفسير الغموض يجب الأخذ بالتفسير الأصح للعامل .

ولاشك في أن قاعدة تفسير قانون العمل في حالة الغموض والشك لمصلحة العامل تدخل في الاعتبار في الأحوال الغالبة ، ذلك أن أغلب قواعد قانون العمل تهدف إلى حماية العامل ، وتحقيق مصلحته ، ولهذا فإن تفسير قانون العمل يكون من الناحية الواقعية تفسيرا لمصلحة العمال . ولعل هذا هو ما يضيف مسحة خاصة على تفسير قانون العمل من الناحية العملية .

وسنعالج فيما يلي أهم القواعد التفسيرية العمالية ، وأهم تطبيقاتها في المنازعات الاجتماعية على اختلاف أنواعها فيما يلي :

المطلب الأول : ذاتية وواقعية قواعد القانون الإجتماعي مقارنة بالقواعد العامة
المطلب الثاني: تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الاجتماعي

المطلب الأول :

ذاتية وواقعية قواعد القانون الاجتماعي مقارنة بالقواعد العامة

لقانون العمل ذاتية متعددة المظاهر تحول دون أن نرى في العمل مجرد موضوع من موضوعات القانون المدني ، إلا أن هذه الذاتية لا يمكن أن تقطع الصلة بين قانون العمل وفروع القانون الأخرى وخاصة القانون المدني . فمادامت علاقة العمل تتضمن التزامات وحقوقا شخصية رغم ما تتميز به من أنها علاقة تبعية .

ومادام عقد العمل لا يزال مصدرا لعلاقات العمل ، فإن صلة قانون العمل بالقانون المدني الذي يعد موطن النظرية العامة للالتزام والقواعد العامة للعقد لا يمكن أن تنقطع، في الحدود التي لا تتعارض فيها أصول القانون المدني مع أصول قانون العمل ، ولو أن جانبا من الفقه الألماني والفرنسي يميل إلى اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون العام ، لأنه يهدف أولا وقبل كل شيء إلى تحقيق المصلحة العامة .

وفي مجال التفسير ، فإن كان الأصل هو تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ، سواء ما تعلق منها بتفسير عقود المساومة أو بتفسير عقود الإذعان ، إلا أنه مع ذلك فإن هذه القواعد لم تعد تستجيب بما فيه الكفاية لتشمل كل خصوصيات المنازعات العمالية ، لذا كان من المتعين إيجاد قواعد أكثر مرونة وأكثر مراعاة لمصالح العامل على حساب مصالح رب العمل مركزين على الجانب الاجتماعي الضعيف لفئة العمال ، فضلا عن الجانب الاقتصادي والمعرفي الذي يوجدون فيه مقارنة بمركز أصحاب العمل .

ونظرا لهذه الأسباب ، كان من اللازم على الفقه والقضاء ، أن يبحث عن قواعد تفسير أكثر حماية ، وأكثر عدلا ، وهو توجه قانوني جديد ، بل وثورة قانونية على المبادئ التقليدية التي تقدر مبدأ سلطان الإرادة .

وقد لقي هذا التوجه ترحابا لدى بعض التشريعات ، في حين ترددت تشريعات أخرى بشأنه ، فما هو مضمون هذه القواعد التفسيرية ، وما هي أسباب تبينها ؟
هذه الأسئلة وغيرها ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي :

الفرع الأول : خصائص نظرية التفسير في قانون العمل

الفرع الثاني : انعكاسات قواعد التفسير العمالية على فكرة النظام العام

الفرع الأول : خصائص نظرية التفسير في قانون العمل

لا ينبغي المبالغة والقول بوجود قواعد تفسير خاصة بقانون العمل مستقلة عن قواعد القانون الخاص الذي يعتبر قانون العمل فرعاً منه (1) ، وإن هذه القواعد تقوم على المنطق ، ولا أقل من الأخذ بها من هذه الناحية ، أي من ناحية أنها قواعد منطقيّة (2) .
والواقع أنه عند تفسير قواعد قانون العمل وعقود الفردية والجماعية ، يجب النظر إلى جميع نصوصه كوحدة يستعان فيها بالنص الصريح على توضيح النص الغامض . ولا يخرج عن القواعد العامة المعروفة في التفسير ، والتي تلزم المحاكم بالبحث عن قصد المشرع في حالة الغموض ، وهي تستعين في ذلك بشتى الطرق .
ومن جهة أخرى فإن القول بتفسير النصوص الغامضة عند الشك لمصلحة العمال وحدهم إذا كان يتفق مع الواقع (3) ، نظراً لأن غالبية نصوص قانون العمل ليست كلها في صالح العمال وحدهم ، فقد يوضع النص ويقصد منه حماية أصحاب الأعمال ، أو يقصد منه التوفيق بين مصلحة العمال وأصحاب العمل ومصلحة الجماعة ، وفي مثل هذه الظروف لا ينبغي أن يقال بتعميم القاعدة الخاصة بتفسير الشك عند الغموض لمصلحة العمال وحدهم ، حتى لا يختل التوازن الذي يهدف إليه المشرع فتقوت عليه قصده ، إذ ليس المقصود تفضيل مصلحة فريق على آخر .

ويتجه القضاء المصري إلى ذلك ، فهو لا يغلب مصلحة العمال دائماً ، وإذا كان النص القانوني يوفق بين صالح العامل وصالح صاحب العمل والجماعة في وقت واحد ، فإن التفسير لصالح العامل وحده يعد مخالفاً بالتوازن المطلوب في هذه الحالة (4) .
ويرى الدكتور حسن فرج أننا في هذه الحالة لا نخرج عن القواعد العامة للتفسير ، في الاهتمام بقصد المشرع والحكمة من النص ، ورغم اعتبار قانون العمل فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص ، على الرأي الراجح فقهاً ، فإنه مع ذلك لا يتميز بأحكام تشريعية خاصة في تفسيره ، ويبقى المرجع هو القواعد العامة للتفسير ، ومنها على الخصوص قواعد الإذعان (5) . غير أن القضاء فقط هو الذي سعى ، وبمساندة غير مشروطة من الفقه ، إلى التوسع في تطبيقات هذه القواعد العامة ، بشكل يخدم مصلحة العامل ويراعي ظروفه الاجتماعية والاقتصادية .

1- Revero et Savatier. « Droit du travail ». Dalloz. 1985. P 10 et 11.

2- د/ أكتّم الخولي : " دروس في قانون العمل " ، دون دار نشر ودون سنة نشر ، ص 37.

3- د/ توفيق حسن فرج : " قانون العمل " ، الدار الجامعية ، لبنان ، دون سنة نشر ، ص 34 و 35.

4- محكمة استئناف الاسكندرية ، جلسة 19 جانفي 1955 ، مدونة أ / حسن الفكاهاني ، ج 1 ، رقم 21 ، ص 48.

5- د/ توفيق حسن فرج : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 36.

ويشاطره نفس الرأي : د/ علي العريف : " شرح تشريع العمل في مصر " ، ج 1 ، دون دار نشر ، سنة 1952 ، ص 6 و 8.

أولاً- الاعتراف بصفة الإذعان في عقود العمل وتأثيرها على قواعد التفسير

يعرف عقد العمل بأنه إتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد بمقتضاه العامل أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته ، مقابل أجر ، وهذا لمدة محددة أو غير محددة أو لعمل معين أو غير معين (1) .

ويعد عقد العمل من العقود المهمة في القانون وتكمن تلك الأهمية في أن أغلب الناس يتعاملون بموجبه ، فعادة يكون الشخص فيه إما صاحب عمل أو عامل وإما مهني ، ومن ثم فهو طرف في العقد ، وباعتبار عقد العمل من العقود المستمرة ، إذ يستمر في تنظيم العلاقة العمالية فترة من الزمن قد تطول أو تقصر فنراه يمر بمراحل ثلاث تشبه إلى حد كبير حياة الإنسان . فهو يولد ويحيا ويموت ، فالأولى تكون عندما يتم إبرامه وانعقاده بين طرفيه ، والثانية عندما يرتب آثاره في تنظيم العلاقة العمالية خلال فترة سريانه ، ويموت عندما ينهيه أحد طرفيه سواء كان صاحب العمل أو العامل .

ومن خصائص عقد العمل أنه عقد رضائي ، إذ ينعقد عقد العمل بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين ولا يلزم أن يكون العقد مكتوباً فيمكن أن يكون شفويًا ، وما الكتابة إلا أداة للإثبات .

كما أنه عقد ملزم لجانبين ، إذ يرتب عقد العمل حقوقاً والتزامات على كل من العامل وصاحب العمل نتيجة دخولهما في علاقة عمل فيلزم العامل بأداء العمل المتفق عليه ويلتزم رب العمل بأداء الأجر للعامل .

وأيضاً فهو عقد معاوضة ، حيث يحصل كل من طرفيه مقابل ما يعطي فهو عقد لمصلحة المتعاقدين معاً .

كما أنه عقد من عقود المدة في الغالب من الحالات . ويعتبر الزمن عنصراً جوهرياً لقياس العمل، كما هو الشأن في الإيجار، ومع ذلك فقد يتحدد العمل حيث يتفق على تحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن الزمن اللازم للوصول إلى ذلك ، كما هو الحال في العمل بنظام القطعة .

وفي عقد العمل يعتد بالاعتبار الشخصي ، سواء عند انعقاد العقد أم بمناسبة انقضائه ، خاصة بالنظر إلى العامل . فكفاءة هذا الأخير وسلوكه هما اللذان يرغبان صاحب العمل في تشغيله ، كما قد يرغب العامل بالعمل لدى شخص معين دون غيره من أصحاب العمل ، والاعتبار الشخصي لصاحب العمل أقل أهمية لدى العامل منه للعامل بالنسبة لصاحب العمل . وأهم ما يميز عقد العمل هو أن تنظيمه يتم في الغالب بموجب نصوص عمالية هي من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته إلا لمصلحة العامل فقط ، ولو كان سابقاً على العمل بالقانون .

ويطيب لنا أن نطرح سؤالاً مهماً : هل عقد العمل هو عقد مساومة أم عقد إذعان ؟

1- ينظر في تعريف عقد العمل : المادة الثانية من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 .
ينظر كذلك : المادة 1/642 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة 674 من القانون المدني المصري.

ولا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل قد تساهم بشكل كبير في علاج بعض الإشكاليات المتعلقة بالتفسير، فهل تطبق عليه القواعد العام للتفسير باعتباره عقدا كسائر العقود المدنية؟ أم تطبق عليه قواعد تفسير عقود الإذعان باعتباره عقد إذعان؟ أم أنه ينفرد بقواعد تفسيرية خاصة به؟

1- ظهور فكرة الإذعان :

عقود الإذعان هي طائفة من العقود ، ظهرت في العصر الحديث كنتيجة للتطور الاقتصادي في هذا النوع من العقود ، وهي تختلف عن العقود العادية (عقود المساومة) من حيث طريقة الايجاب فيها .

فإذا كان القبول عادة في دائرة العقود ، وهو في ذلك كالإيجاب لا يقع إلا بعد مفاوضة وأخذ ورد فإنه على العكس من ذلك تستبعد كل مناقشة بين الطرفين ، إذ يتقدم أحدهما ، وهو الجانب المذعن له ، بمشروع عقد يوجهه إلى الطرف الآخر ، وهو الجانب المذعن ، ولا يسمح لهذا الأخير إلا بالقبول الذي قد يكون مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . إنه حر ، لكن حريته تتحصر في قبول التعاقد كما هو أو رفضه . ولما كان في أغلب الحالات في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطر إلى القبول ، فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه ، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان⁽¹⁾ ، وتسمى كذلك بعقود الإنظام ، ويقابلها بالفرنسية مصطلح (contrat d. adhésion)⁽²⁾ . وهي تتميز عن العقود الأخرى في مسألة القبول . ففي عقود المساومة يكون لطرفي العقد أن يناقشا بنود العقد قبل انعقاده ، ففيه توجد المفاوضات ويحدث تشدد وتساؤل وإقبال وإدبار وحل يفيد الطرفين .

وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة عقد الإذعان⁽³⁾ . فانقسموا إلى فريقين رئيسيين⁽⁴⁾ : فقد ذهب فريق أول ، أكثرهم من فقهاء القانون العام ، إلى إنكار صفة العقد على عقد الإذعان ولم يعدوه مركزاً قانونياً منظماً ، فهذا الذي يوصف بوصف العقد ليس إلا تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، ذلك أن إرادة واحدة هي التي استقلت بوضع شروط التعاقد ثم فرضته فرضاً على الجانب الضعيف الذي كان قبله مجرد إذعان وانصياع ، فهي من ثم قريبة الشبه بالقاعدة القانونية .

1- أول من أطلق هذه التسمية في الفقه العربي هو العلامة السهوري في كتابه "نظرية العقد" ، ج 1 ، ص 229 . وصادفت هذه التسمية رواجاً واسعاً في الفقه والقضاء ثم اعتمدها المشرع لاحقاً .

ينظر أيضاً : الفقيه السهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، نظرية الالتزام ، فقرة 116 .

2- أول من أطلق هذه التسمية في الفقه الفرنسي هو الفقيه (سالي) ، في كتابه الإعلان عن الإرادة ، سنة 1901 .

3- كلمة إذعان لغة تعني الانقياد والإقرار والذلة والإسراع في الطاعة .

نقول أذعن له إذا سلس وإنقاد ، وهو مذعن ، وأذعن فلان بحقي : أي أقر به .

ينظر القاموس المحيط : للفيروز أبادي ، ج 1 ، ص 1547 . ولسان العرب ، لابن منظور ، ج 13 ، ص 172 .

أما اصطلاحاً فقد عرف الفقه عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ، ولا تقبل أية مناقشة فيها ، أو تكون المناقشة فيها محدودة ، وذلك فيما يتعلق بسبعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي .

د/ عبد المنعم فرج الصدة : " مصادر الالتزام " ، طبعة عام 1984 ، ص 106 .

وينظر قرار المجلس الأعلى بالمغرب ، بتاريخ 10 ماي 2001 ، التقرير السنوي للمجلس الأعلى ، سنة 2001 ، ص 158 .

4- د/ نزيه كمال حداد : " عقد الإذعان " ، مجلة العدل السعودية ، العدد 24 ، سنة 2003 ، ص 53 وما بعدها .

وينبغي أن تفسر كما تفسر هذه القاعدة أي وفق مقتضيات الصالح العام والعدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها ، لا كما يفسر العقد ، أي طبقاً لما قصده الطرفان ، أي يجب أن يعنى في تطبيقه بمصلحة العمل أولاً ثم بما يستحق الحماية من مصالح كل من طرفي العقد .

وذهب فريق ثان ، وهم غالبية فقهاء القانون المدني ، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ، إذ ليس من المحتم أن تسبق القبول في العقود مفاوضات ومناقشات ، ولا أن يكون نصيب الطرفين في إنشاء العقد متساوياً ، وكل ما يتطلبه القانون هو اتفاق الطرفين على إحداث أثر قانوني معين .

فإذا قيل إن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، ولا يكون علاج الأمر بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ينضوي تحت تعريف العقد بأنه تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام أو أكثر، بل إن هذه العقود تفضل العقود المعتادة لأنها واحدة للجميع فيقل فيها خطر الغلط والتدليس ، ولأنها تمكن السلطات العامة من مراقبة شروطها . وعلى هذا لا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها .

وهذا الرأي هو الذي ساد في فقه القانوني المدني ، وتبناه الفقه والقضاء المصري .

2- طبيعة عقد العمل من حيث صفة الإذعان وتأثير ذلك على تفسيره :

بالنسبة لنظرة الفقه لطبيعة عقد العمل هل هو عقد إذعان أم لا فقد ظهر اتجاهان : حيث ذهب الرأي الفقهي الأول⁽¹⁾ إلى القول بأن عقد العمل هو من عقود المساومة وليس من عقود الإذعان ، فعملية إبرام عقد العمل عادة تسبقها مرحلة تتم فيها المفاوضات والمناقشة حول بنود العقد ، إذ يمكن لرب العمل أن يطرح شروطه المتعلقة بالأجر ومدة العمل ومكانه وزمانه والعلاوات ، وفي المقابل يمكن للعامل أن يناقش هذه البنود بكل حرية ، وليس هناك ما يجبره على قبول شرط العمل من الناحية القانونية . كما أنه لا يوجد في قانون العمل ما يمنع العامل ورب العمل من التفاوض حول بنود عقد العمل . فالمفاوضات السابقة على التعاقد تستهدف تحقيق مصلحة مزدوجة ، إذ تمكن من تبادل المعلومات والمناقشة بين الطرفين وتبيان حسن نية كل طرف ، بغية الوصول إلى قرار بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه ، وخلال هذه الفترة لا يكون العامل ولا صاحب العمل ملتزماً بإبرام العقد ولا ملتزماً بالتفاوض .

1- ومن ذلك الأستاذان بران و كالان في الفقه الفرنسي ، " شرح قانون العمل " ، ص 171.

والدكتور أنور العمروسي في الفقه المصري : " شرح قانون العمل " ، ص 32.

نقلا منا عن د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل ، دراسة مقارنة " ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، سنة 1977 ، ص 26 وما بعدها.

ويقول الدكتور عبد الباسط جميعي أن عقد العمل ليس بطبيعته من عقود الإذعان ، كما أنه ليس من العقود النموذجية ، ولكنه من العقود التي ينفرد رب العمل عادة بكتابتها وإملاء إرادته على العامل بوصفه الطرف الضعيف فيها (1) .

وتبعا لهذا الرأي فإن العامل يعد ملزما بتنفيذ شروط العقد ولو كانت مطبوعة ، فهي شروط صحيحة يتعين عدم الخروج عليها من الطرفين .

وقد قضى في فرنسا تأييدا لهذا الرأي بأنه يتوجب على العمل كذلك أن يحترم الشروط اللائحية التي يضمها رب العمل (2) ، وأن خضوع العمال للشروط العامة لا يعد إكراها يعيب رضائهم (3) .

كما قضى بأن اتفاق ورثة العامل الذي توفي أثناء تأدية الوظيفة وبسببها مع الحكومة على مبلغ معين وتوقيع المخالصة المتعلقة بهذا المبلغ ليس من الاتفاقات التي تضمها عقود الإذعان (4) .

وواضح أن أصحاب هذا الرأي يعارضون فكرة وجود قواعد تفسير عمالية ، ويرون بوجوب إتباع القواعد العامة في التفسير فحسب (القواعد الواردة في القانون المدني) وليس قاعدة التفسير الأصلح للعامل ، لتعارضها مع القواعد العامة في القانون ، ومع غرض المشرع ، فضلا عن أن عقود العمل ليست من عقود الإذعان ، لأنها عقود رضائية (5) . ويبدو أن أصحاب هذا الرأي متأثرين بقواعد التفسير الخاصة بالقانون المدني ، وغالبيتهم ممن ينكر صفة الإذعان على علاقات العمل .

ويرى البعض بأنه من الصعب إعتبار عقد العمل من عقود الإذعان ، إذ لا يوجد رب العمل في وضع إحتكاري بالنسبة لعرض العمل على المجتمع (6) ، ومن ثم فإن تفسير قانون العمل ، يخضع للقواعد العامة في تفسير القانون و لا يتميز بأحكام خاصة ، وكذا الحال بالنسبة لتفسير عقود العمل الفردية منها والجماعية التي تخضع هي الأخرى للقواعد العامة لتفسير العقود .

في حين ذهب الرأي الفقهي الثاني ، وهو رأي الأغلبية إلى أن عقد العمل هو عقد إذعان ، بالنظر إلى طريقة إبرامه ومركز أطرافه وقت التعاقد ، حيث أن مركز صاحب العمل في عقد العمل يشبه مركز المحتكر في عقود الاحتكار . فهو يفرض شروطه على العامل الذي يجد نفسه مرغما على قبولها تحت الحاجة الاقتصادية ، وهذا لا شك يعد إكراها معنويا قد يؤول بالعقد إلى الإبطال (بطلان نسبي) لمصلحة الطرف المدعن ، وهو العامل . وهذا الإكراه المعنوي في جانب العامل يتمثل في قبوله أجرا منخفضا لا يتناسب مع طبيعة العمل ، فقط لمواجهة حاجاته الضرورية ، ولم يكن بإمكانه المناقشة أمام التفوق الاقتصادي للمشترط ، وهو رب العمل .

1- د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص 214 .

2- C. d. appel. mix .19 nov 1929.

3 -C. d. appel. mix .23 jan 1892.

4- نقض مدني مصري ، جلسة 28 أبريل 1955 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 6 ، رقم 137 ، ص 1048 .

5- د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في قانون العمل " ج 1 ، مطبعة القاهرة ، سنة 1967 ، ص 62 .

د/ علي العريف : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 106 .

6- / حسام الدين الأهواني : " شرح قانون العمل " ، دون دار نشر ، سنة 1981 ، ص 22 .

وهذا الرأي الأخير تتبناه الكثير من المؤلفات التي تعرضت لدراسة أحكام عقود الإذعان ، حيث تخصص مباحث لتطبيقات هذه الأحكام في مجال عقود العمل ، وتعتبر عقد العمل النموذج الأمثل لدراسة عقود الإذعان (1) .

وقد أصدرت محاكم العمال العديد من القرارات التي تؤيد هذا النظر (2) إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت العديد من العقود التي أبرمت هكذا تحت الوطأة الاقتصادية (3) . وفي تقديرنا ، أنه لا يمكن الفصل العنصرين الاقتصادي والقانوني بصدد تحديد عقود الإذعان ، حيث تربطهما العلاقة النسبية تامة بمقتضاها يعد هذين العنصرين نتيجة طبيعية للعنصر الآخر. فالنموذج الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يعد سببا يقود إلى نتيجة معينة تتمثل في انفراد بوضع شروط العقد وحظر التفاوض بشأنها ، بما يضطر العاقد الآخر إلى القبول إذعانا لمشيئته . فهذا القبول الاضطراري ، أي العنصر القانوني ، يرتد إلى التفاوت الاقتصادي الشديد بين طرفي العقد .

لهذا السبب يميل معظم الفقه ، سواء في مصر أو فرنسا ، إلى تمييز عقود الإذعان من خلال النظر إلى العنصرين القانوني والاقتصادي معا ، والاعتداد بهما في آن واحد. ويرى الفقه الفرنسي أن عقد العمل يعد عقد من عقود الإذعان ، رغم أن عقد العمل يتحدد مدته عادة عند إبرام هذا العقد بين صاحب العمل وبين العامل ، ورغم أن لائحة العمل بالمؤسسة التي يعمل بها العامل تحدد شروط هذا العقد ، وكافة البيانات التي تتعلق بالعمل الذي يقوم به العامل والمهارات التي يمكن أنت تتوافر لدى العامل ... وغير ذلك من البيانات (4) .

وما يعزز هذا الرأي هو أن معالجة المشرعين وتنظيمهم لعقود العمل يتم بطريقة تقترب من أحكام العقد اللائحي أو العقد النموذجي ، سواء من حيث شكل العقد (5) ، أو من حيث مضمونه (6) ، أو من حيث إثباته (7) ، زيادة على النصوص المتعلقة بتنظيم أوقات العمل والعطل وبدفع الأجر وأحكام أخرى تتعلق باستخدام الأطفال والأجانب والمعوقين ...

1 - ينظر على سبيل المثال :

د/ محمد شريف عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 76 و ص 77 ، و ص 82 ، و ص 89 .

د/ سعيد عبد السلام : " التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 18 ، و ص 25 ، و ص 67 و ص 84 .

د/ عبد المنعم فرج الصدة : " عقد الإذعان " ، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون ، العدد الأول ، جانفي 1996 ، ص 253 .

2 - Trib. Lyon .22dec 1970. G P .22 dec 1970. p 3..

3 - Cass. Soc .20 fev 1969. - Cass. Soc .11. 77. - Cass. Soc .5 jui 1965. J C R 1965. 11. 77.

4- د/ محمد شريف عبد الرحمن : " عقد الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 82 .

نقلا منه عن : أوليفيه لبيتي و جاك إيستمان : " عدم التعادل بين مركز الطرفين المتعاقدين " ، سنة 1999 ، فقرة 55 ، ص 53 .
5- ومن أمثلة التدخل التشريعي هو اشتراط المشرع المصري كتابة عقد العمل ، وتحريره باللغة العربية ، وفي ثلاث نسخ يحتفظ صاحب العمل بواحدة ويسلم نسخة للعامل وتودع الثالثة مكتب التأمينات الاجتماعية المختص ، مع تضمينه جملة من البيانات المهمة .

ينظر المادة 32 من قانون العمل الموحد لسنة 2003 . وكذلك المادة 15 عمل مغربي ، والمادة 26 عمل عماني .

والمادة 39 عمل بحريني ، والمادة 77 عمل سعودي ، والمادة 35 عمل إماراتي ، والمادتين 10 و 30 عمل يمني .

والمادة 14 عمل كويتي في القطاع الأهلي .

6- ينظر على سبيل المثال فيما يتعلق بمدى العقد :

المادتين 11 و 12 من قانون العمل الجزائري ، والمادة 38 عمل إماراتي ، والمادة 40 عمل عماني .

والمادة 2/678 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 642 مدني سوري ، والمادة 902 مدني عراقي .

والمادة 553 مدني سوداني .

7- فيما يتعلق بطرق إثبات عقد العمل ينظر : المادتين 8 و 10 عمل جزائري .

وتقارنان بالمادة 18 عمل مغربي ، و بالمادة 12 عمل كويتي ، وبالمادة 39 عمل بحريني .

وفي كل ذلك نجد المشرع يستخدم النصوص الأمرة بهدف ضمان الحدود الدنيا للحقوق التي يريد أن يكفلها للعامل .

وتبعاً لهذا الرأي الثاني ، فإن تفسير عقد العمل تضبطه نفس القواعد الخاصة بتفسير عقود الإذعان ، ومنها تفسير الشك لصالح المذعن ، الذي هو في هذه الحالة العامل الأجير ، متدرباً كان أو مرسماً في منصبه (1) .

ويميل الفقه السنهوري إلى هذا الاتجاه الثاني بنوع من التحفظ ، حيث يرى في اعتبار عقد إذعان في بعض الأحوال فقط ، لأن عقد العمل لا يكون دائماً عقد إذعان إلا عندما تتوفر شروط عقود الإذعان (2) .

ونحن نميل إلى هذا الرأي الأخير للفقهاء السنهوري ، ونرى بأن عقد العمل الفردي ليس بالضرورة هو عقد إذعان ، إذ أنه ينبغي التأكد من توافر عناصر الإذعان في هذا العقد ، ولاسيما منها وجود احتكار فعلي وقانوني واقتصادي من جانب رب العمل ، بحيث يمكنه من إملاء شروطه على العامل دون أن يتمكن هذا الأخير من مناقشتها والتفاوض بشأنها ، مع أنها قد تتضمن شروطاً مجحفة في حقه .

أما إذا كان عقد العمل مسبقاً بمفاوضات حرة ، وهو أمر متصور ، فلا وصف العقد عندها بأنه عقد إذعان ، ولا يكون العامل وقتها جديراً بأية حماية خاصة .

وطبقاً لهذا المفهوم ، فإن عقد العمل يجب أن تجتمع فيه عناصر أو معايير ثلاثة :

- **أولها :** أن يكون موضوع العقد سلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، ليس إلى فرد بعينه ، وإنما بالنسبة للعامة من الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق (3) .

وتحديد وتقدير ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع ، تدخل في رحاب سلطة قاضي الموضوع التقديرية .

- **ثانيها :** أن يكون أحد العاقدين محتكر للسلعة أو للخدمة ، سواء أكان احتكاره قانونياً أو فعلياً ، أو أن تكون المنافسة بينه وبين غيره في تقديم تلك السلعة أو الخدمة ، محدودة في نطاق ضيق (4) . ومثالها خدمات توريد المياه والغاز والكهرباء...

وغالباً ما تكون شروط المحتكر مطبوعة ، ويكون أمام الطرف الثاني (الموجب) أمران : إما الإنصياع لهذه الشروط صاغراً ، وإما رفضها ، فيحرم نفسه عندئذ من منفعة هذه الخدمة أو السلعة .

وثالثها : أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط متماثلة مقررة سلفاً ، ولا يقبل نقاشاً فيها (5) .

1- ينظر قرار مجلس العمل التحكيمي ، لبنان الصادر بتاريخ 15 فيفري 1989.

2- د/ الفقيه أحمد عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 229 و ما بعدها.

3- قضت محكمة النقض المصرية بأن السيارة ليست من السلع الضرورية .

نقض مدني ، جلسة 12 مارس 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 25 ، ص 492 ، قاعدة 800.

وينظر في خلاف ذلك :

د/ محمد لاشين الغاياتي : " عقد الإذعان .. " ، البحث السابق الإشارة إليه .

4- نقض مدني مصري ، بتاريخ 22 أبريل 1954 ، مجلة المحاماة ، السنة 35 ، رقم 536 ، ص 1162.

ونقض مدني ، بتاريخ 13 فيفري 1978 ، الطعن رقم 726 ، لسنة 44 . ق.

5- نقض مدني مصري ، بتاريخ 27 أبريل 1991 ، الطعن رقم 247 ، لسنة 1990 ، مجلة القضاء والتشريع ،

العدد الثاني ، شهر جانفي ، سنة 1993 ، ص 314.

وبإمعان النظر في هذه المعايير الثلاث فإنه يلاحظ أنها تقر وبوضوح لا غموض فيه كون أحد الطرفين في هذه العقود (الطرف القوي) هو الذي يملئ على الطرف الآخر (الطرف الضعيف) شروطه التي تروق له له دونما مشاورة أو مفاوضة ، ولا يكون أمام الطرف الضعيف (العامل) سوى قبول تلك الشروط جملة وتفصيلا ، كما لا يكون أمامه فرصة للحصول على عقود بديلة خالية من تلك الشروط والقيود ، ذلك أن الطرف القوي (قد يكون شخصا عاما أو خاصا) يكاد يكون هو الطرف الوحيد المسؤول عن توفير تلك الخدمات أو السلع التي يحتاج إليها الطرف الضعيف ، بحسبانها خدمات ضرورية أو حاجية لا غنى للطرف الآخر عنها .

وعلى هذا ، فإن الطرف الضعيف يكون مجبرا أو مكرها على القبول ، ولكن هذا الإكراه أو الإكراه ليس هو الإكراه المعروف في عيوب الإرادة⁽¹⁾ ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

ويتبين مما سبق أيضا أن عقود الإذعان ، وإن كانت تنتقص من حرية الطرف الضعيف إلا أنها لا تعدمها ، فالمرء مازال في وسعه أن يقبل التعاقد أو الرفض دون مناقشة ، كما أن هذه العقود لا تكفي وحدها لإنتاج أثر قانوني ، فهي لا تفرض نفسها على الغير دون رضائهم ، بل لابد من أن تقترن إرادة الطرف الآخر ، فتلاقي الإرادتين هو جوهر العقد .

وإذا لم تتوافر هذه العناصر الثلاث في عقد العمل فلا يمكن وصفه بأنه عقد إذعان لمجرد أن العامل كان في حاجة على عمل تحت وطأة البطالة؟؟؟
ثم أنه من جهة أخرى نجد مراكز العمال تختلف من شخص لآخر ، ومن رب عمل لآخر ، ومن قطاع آخر ، بل وبالعكس نجد أن بعض العمال خاصة التقنيين منهم ، كالمهندسين مثلا ، يكونون في مركز أقوى من رب العمل في بعض الأحيان ، وكذلك هو الحال بالنسبة لفئة العمال المسيرين الذين تضبطهم أحكام خاصة تختلف نسبيا عن أحكام علاقات العمل لباقي العمال العاديين⁽²⁾ .

وعليه ففي غياب شروط وعناصر الإذعان ، لا مناص من تطبيق القواعد العامة للتفسير⁽³⁾ ، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات قانون العمل الذي يسعى في الغالب إلى حماية العامل من تعسفات رب العمل ، سواء في مرحلة إبرام العقد ، أو في مرحلة تنفيذه ، أو تعليقه ، ومن باب أولى في مرحلة إنهائه .

وفي الواقع العملي نجد أن غالبية عقود العمل هي عقود إذعان ، ولذلك أولاها المشرع والقضاء والفقهاء المقارن فائق اهتمامه بمراعاة الطرف المذعن فيها ، وتسهيل مهمته في إثبات هذا العقد ، وفي تفسيره ، وفي تحصيل حقوقه المترتبة عن هذا العقد .
وتنبغي الإشارة هنا إلى ذلك الخلط الذي يقع فيه البعض من كون عقد الإذعان هو من العقود النموذجية ، وهو قول غير صحيح البتة .

1- الإكراه الذي يعيب الإرادة ، ويؤدي إلى إبطال العقد ، هو عبارة عن ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق ، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد ، خشية الأذى . ومثاله أن يقوم شخص يضرب شخصا أو يهدده بالقتل أو بالفضيحة حتى يحملة على بيعه عقارا معينا أو يقر له التخالص من دين عليه .
2- ينظر المرسوم رقم 290/90 المؤرخ في المؤرخ في 29 سبتمبر 1990 ، المتعلق بالنظام الخاص بمسيري المؤسسات (ج ر عدد 42 ، ص 1319) .
3- تسري قواعد القانون المدني بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام القوانين الخاصة ، وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة 121 فقرة ثالثة من قانون العمل الفرنسي أن عقد العمل يخضع لقواعد القانون العام .

فالعقد النموذجي (contrat type) هو عبارة عن عقد معد سلفا ليتم التعاقد بموجبه في الظروف الموحدة ، وذلك توفيراً للوقت والجهد والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف الآخر المنظم للعقد أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءته (1) .

وقد يكون هذا العقد النموذجي عقداً فردياً أعد مسبقاً لحالة بعينها ، وقد يكون من العقود النموذجية التي تضعها جماعات مهنية أو جمعيات تستهدف حماية الطرف الأقل خبرة أو كفاءة ، كذلك ربما تتدخل الدولة بإيعاز من المشرع لوضع بنود تعاقدية في تلك العقود لتحسين أوضاع الطرف الأقل كفاءة .

وفي هذه العقود المجهزة مسبقاً لا يكون أمام الطرف القابل سوى ملء الفراغات التي تسمح بإظهار شخصيته ، وهي عقود تكاد تطيح بحرية الطرف الذي ينظم إليها في التعبير عن إرادته ، وقد تدفع سرعة التعامل في السلع والخدمات إلى التوقيع على العديد من هذه العقود بما لا يترك مجالاً أمام الأفراد لتمحيص كل عقد وبنود على حدة ، خصوصاً في ظل الشعور السائد بأن كل ما هو مطبوع واجب الاحترام كما لو كان قانوناً ، يضاف إلى ذلك الثقة التقليدية في مقدمها ، وهكذا يتعاقد العميل بدون علمه ببنود العقد من غير معرفة بآثارها ومداها ، وهو ما أدى إلى انتشار الشروط المجحفة في العقود (2) .

وقد جرت العادة فقط أن العميل يقبل شروط العقد دون مناقشتها ، ويمكن للعميل المنتبه الحريص أن يساوم ويفاوض في شروطها وبنودها ، لأن هذه العقود ليست عقود إذعان ، على الرغم من أن العقد النموذجي (العقد المطبوع) هو الوسيلة الغالبة في إبرام عقود الإذعان ، وذلك نظراً لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام المذعن فقط ، إلا أن هناك عقود المساومة التي يتم فيها استخدام النماذج المعدة سلفاً (العقود النموذجية) دون أن يحرم الطرف الآخر من مناقشتها والمفاوضة بشأنها . فالهدف الحقيقي من العقد النموذجي ليس فرض شروط التعاقد على الطرف الآخر ، وإنما بالدرجة الأولى توفير النفقات وربح الوقت ، وطالما لا تتوفر فيها عناصر الإذعان فلا تعد عقود إذعان .

وهناك تفرقة أيضاً بين عقد الإذعان والعقد المفروض (contrat imposé) أو العقد الجبري كما يسمى . ويرى الفقه الفرنسي أننا نكون بصدد إجبار على التعاقد يستمد إلى القانون ذاته ، ولتحقيق أغراض معينة ، فهو عقد يتضمن إذعانا لحكم القانون لا لإرادة المتعاقد الآخر (3) .

1- أ / حسنى محمود عبد الدايم : "العقود الاحتكارية" ، المرجع السابق ، ص 101 .

2- ينظر د/ عبد الباسط جميعي : "أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين" ، المرجع السابق ، فقرة 227 ، ص 109 وما بعدها .

3- ظهرت فكرة العقد المفروض في فرنسا قبل منتصف القرن الحالي ، وأول من تعرض لها بالدراسة هو الفقيه جوسران في مقال له بعنوان : "العقد الجبري والعقد القانوني" ، عام 1940 ، كما درسها بالتفصيل لاحقاً الفقيه ديران عام 1944 في مقال له عنوان الإيجار القانوني على إنشاء الرابطة العقدية .

ويرى الفقه المصري أن العقد الجبري كغيره من العقود لا ينعقد إلا بإرادة ورضاء طرفيه ، فالرضاء ضروري في العقود الجبرية ، كما هو ضروري في العقود التي لا إجبار فيها .

ينظر: د/ محمد حسين عبد العال : "الاتجاهات الحديثة في فكرة النظام العام" ، دار النهضة العربية ، سنة 1998 ، ص 62 و ص 63 .

وقد أشار إلى رسالة دكتوراه للأستاذ جلال على العدوي بعنوان : "الإجبار القانوني على المعاوضة" ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1960 .

ويلاحظ في الختام أن المشرع الفرنسي وغالبية التشريعات العربية لم تنظم أحكام عقود الإذعان بكثير من التفصيل ، وهذا هو حال المشرع الجزائري الذي اكتفى بإيراد ثلاث مواد متفرقة ، هي المادة 70 من القانون المدني⁽¹⁾ ، فضلا عن المادتين 110 و 112 من نفس القانون ، وهما المادتان اللتان سبق شرحهما من قبل .
وكان يتعين على المشرع الجزائري أن يورد أحكام عقود الإذعان في موضع واحد ، ويخصص لها فصلا خاصا منعا للتشتت والتناثر⁽²⁾ .

1- جاء في المادة 70 من القانون المدني أنه : " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .
2- وهذا ما فعله المشرع العراقي ، حيث جمع أحكام عقد الإذعان في مادة واحدة هي المادة 167 من القانون المدني .

الفرع الثاني : انعكاسات قواعد التفسير العمالية على فكرة النظام العام

فكرة النظام العام ⁽¹⁾ بين المفهوم العام فكرة نسبية فضفاضة ، ذات مضمون متغير ⁽²⁾ يصعب تعريفها على نحو جامع مانع ⁽³⁾ ، نظرا لتعدد جوانبها وتنوع مصادرها ، واختلافها بحسب ظروف الزمان والمكان ، فهي فكرة لا تتبع من التشريع وحده بل يسهم القضاء إلى حد بعيد في صياغتها وتحديد مضمونها إيجابا أو سلبا حين يضطلع بدوره المعتاد في تعريف وتحديد الأفكار العامة، التي لم يحدد المشرع مضمونها ، أو بمناسبة ممارسة سلطته في التفسير عند عدم وضوح النص التشريعي لتحديد ما إذا كان هذا النص نصا أمرا أم مقررًا . وإذا كان النظام العام بمفهومه التقليدي يعني إسباغ لصفة الأمرة عن القاعدة المتعلقة به ، فلا يسمح لأطراف العلاقة بالإتفاق على مخالفتها . ويغدو كل اتفاق يخالف حكمها باطلا وترتفع عنه قوته الملزمة بين طرفيه ⁽⁴⁾ ، فإن مؤدى ذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة وسمو القاعدة المتعلقة بالنظام العام على إرادة الأطراف ، وبالتالي فإن فكرة النظام العام تفرض خطاب القاعدة القانونية المتصلة به على طرفي العقد كليهما ، فلا يتسنى لأحدهما الخروج عليه ⁽⁵⁾ .

وإذا كان النظام العام يشكل أمرا لا غنى عنه للحفاظ على النظام الاجتماعي ⁽⁶⁾ فإن مفهوم النظام العام في حد ذاته لم يعد مفهومها موحدًا ، كما أصبح البطلان كجزاء على مخالفته أمرا محل مراجعته .

وعلى ذلك تطور مفهوم النظام العام وتنوع ، وظهر النظام العام الاقتصادي والنظام العام الحمائي ⁽⁷⁾ الذي يستهدف حماية طوائف معينة تحتاج إلى رعاية خاصة كالعمال ، ويسعى إلى حظر أي انتقاص لحقوق العمال التي اقرها التشريع ، لكنه في ذات الوقت يسمح بزيادة هذه الحقوق لصالح العمال ، فهو نظام عام نسبي ، أو نظام عام يستهدف ضمان حد أدنى للحقوق .

1- للمزيد من التفصيل حول فكرة النظام العام يراجع :

د/ عماد طارق عبد الفتاح البشري : " فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي ، النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة 2001.

2-C. Perelman et R Vanerelst , « Les notions a centenu variable en droit » , Bruxelles, 1984 , p77.

3 - حيث يرى البعض أن تعريف النظام العام أشبه بالسير على درب تحوطه الأشواك.

4 - Luis Rozes . « Remarques sur l'ordre public en droit du travail » . Dr. Soc. 1977. P.311.

5 - د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل الفردي " ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة 1982 ، ص 45.

6- Marty et Vervnaud , « Droit civil, T.L, Introduction » . 1972 . p 175, n° 99.

7- J. Farjat , « L'ordre public économique » , .O.P. Cit .p 131.

أولاً- فكرة النظام العام بين المفهوم التقليدي والمفهوم الاجتماعي الحمائي:

لقد ظهرت تفرقه ، في الفقه والقضاء المقارن ، بين النظام العام المطلق الذي لا يجوز المساس به ، وبين النظام العام النسبي الذي يمكن الخروج عليه لمصلحة طرف ما (1) .
وتحديد أي قواعد قانون العمل يتعلق بالنظام العادي (المطلق) وأياها يتعلق بالنظام العام الحمائي يتم بطريقة استقرائية حسب الغرض من القاعدة ومدى تعلقها بالمصلحة العليا للمجتمع ، فإن كانت تتعلق بمصلحة عامة أو عليا للمجتمع فهي من قواعد النظام العام المطلق ، التي لا يجوز مخالفتها ولو لمصلحة العامل . أما إذا كانت مقررة لمصلحة العامل فيجوز مخالفتها فيما هو أكثر فائدة للعامل أو فيما هو أفضل له .
فإذا كانت القاعدة ، قانونية كانت أو عقديّة ، تقرر حقا أو ميزة ، فإن هذا الحق أو الميزة يعد حدا أدنى . ومن ثم ، فالقاعدة تعتبر حينئذ قاعدة حمائية ، وذلك كحق العامل في الأجر والإجازات والتعويض عن الفصل وقيود الجزاءات .
أما إذا كانت القاعدة تنظم أمرا مما يتعلق بمصالح المجتمع أو تستهدف إقامة التوازن بين العامل وصاحب العمل كانت القاعدة غير حمائية وتصبح متعلقة بالنظام العام العادي ، وذلك كالتفتيش على أماكن العمل وقواعد اختصاص المحاكم ولجان التسوية والتوفيق والتحكيم (2) ، أو القاعدة التي تحدد وتثبت الأجور إتباعا لسياسة اقتصادية معينة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها (3) أو قواعد تشغيل الأجانب (4) .
ومعظم قواعد قانون العمل ذات الطابع الحمائي ، تستهدف إلى حماية العامل في مواجهة صاحب العمل ، بإقامة التوازن بين العاقدين الذي أدت حرية التعاقد إلى اختلاله (5) .
وقد اعتبر القضاء المصري أن مخالفة أحكام أهلية التعاقد في عقود العمل تتعلق بالنظام العام الحمائي الذي يرتبط بمصلحة العامل وحده ، وليس المصلحة العامة ، وبالتالي يكون قابلا للإبطال لمصلحة العامل إذا تمسك به ، لكنه ليس بطلانا مطلقا (6) .
وتطبيقا لما سبق قضت محكمة النقض بأن اتفاق صاحب العمل مع عماله على التنازل عن جزء من إعانة غلاء المعيشة المستحقة لهم يقع باطلا ويخالف القانون باعتبار أن علاوة غلاء المعيشة قد فرضها الشارع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وينبغي على ذلك وجوب دفعها لهم كاملة وفق النصاب الوارد بشأنها (7) .

1- Bernard Boubli . « Les avantages acquis » . Semaine Soc. Lamy, 2001 . n°1030 , p.6.

2 - د / السيد عيد نايل : " قانون العمل " ، دار النهضة العربية ، سنة 2001 ، ص 54 و 55 .

3 - د / حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، هامش ص 71 .

و قرب : د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في عقد العمل الفردي " ، المرجع السابق ، ص 70 .

و د/ علي العريف : " شرح تشريع العمل " ، المرجع السابق ، ص 8 .

وينظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية في القضية رقم 1962 ، منشور ضمن مجموعة عصمت الهواري ، ج 2 ، ص 2 .

4 - د/ محمد حسين منصور : " قانون العمل " ، بدون دار نشر ، سنة 1997 ، ص 62 .

5 - د/ محمود حمال الدين زكي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 47 .

وينظر د/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، بدون دار نشر ، سنة 1999 ، ص 256 .

6 - نقض مدني مصري ، جلسة 19 أبريل 1981 ، الطعن رقم 870 ، لسنة 50 ق .

7 - نقض مصري بتاريخ 17 نوفمبر 1965 ، في الطعن رقم 153 لسنة 31 ، مجموعة صلاح محمد أحمد ، ص 11 .

كما قضت محكمة النقض بأنه : " إذا كانت إجازة الأعياد حقا أوجبه الشارع للعامل وفرض حدا له فإن هذه الإجازات هي التي يلتزم بها رب العمل التزاما متعلقا بالنظام العام بحيث لا يمكنه الانتقاص منه إلا في الأحوال المستثناة في القانون ، أما إذا اتفق رب العمل مع عماله على منحهم إجازة بأجر في الأعياد يزيد مقدارها على الحد المقرر قانونا ، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا ويجب إتباعه لأنه أكثر فائدة للعامل (1) .

ويعمل قضاء النقض العمالي على حماية حقوق ومكتسبات العمال من خلال العديد من الأحكام التي صدرت في هذا الشأن ، ونلمح في أحكام القضاء العربية تفرقة بين نوعين من القواعد :

- النوع الأول : يتعلق بالنظام العام المطلق أو التقليدي ولا تجيز أحكام القضاء الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها، ولو لمصلحة العامل .
 - والنوع الثاني : هو النظام العام الحمائي الذي تسمح أحكام القضاء بمخالفته إذا كان ذلك سيحقق ميزة أفضل للعامل .
- ونسوق على ما تقدم بعض الأمثلة :

1- فيما يتعلق بالنظام العام المطلق :

فقد قضت محكمة التمييز بالبحرين بأن ميعاد استئناف حكم المحكمين وهو ثلاثون يوما من تاريخ تبليغ محضر إيداعها أصل الحكم إلى المحكمين يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على خلافه ويترتب على عدم مراعاته سقوط حق الاستئناف (2) . ومعنى ذلك أن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام المطلق فلا يصح ، ولو لمصلحة العامل ، الاتفاق على مخالفتها بجعل الموعد أقل فيما لو كان المستأنف صاحب العمل أو أكبر فيما لو كان العامل هو المستأنف للدعوى .

كما أن التنظيم المتعلق بتشغيل العمال الأجانب وضرورة حصولهم على تصريح بالعمل وبطاقة عمل (3) من وزارة العمل يعد أمرا متعلقا بالنظام العام المطلق ، ولا يترك للأطراف المعنيين الاتفاق على خلافه ، ولو كان ذلك أكثر فائدة للعامل .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز بأن "حظر استخدام العامل الأجنبي ، ما لم يكن حاصلا على تصريح بذلك من وزارة العمل ، يجعل عقد عمله عقدا باطلا بطلانا مطلقا ، ولا يرتب العقد الباطل حقوقا لأطرافه ، فلا يستحق العامل أجرا بموجبه ، وإن كان يجوز الحكم له بتعويض معادل للعمل الذي قام به " (4) .

1 - حكم محكمة النقض ، جلسة 29 ديسمبر 1973 ، في الطعن رقم لسنة 37 ق ، مجموعة صلاح محمد ، ص 15 .
2 - محكمة التمييز البحرينية ، جلسة 6 ديسمبر 1992 ، في الطعن رقم 65 لسنة 1992 ، م م ف ، ق ، ص 81 ، ص 319 .
3 - كانت بطاقة العمل شرطا لتشغيل العامل الأجنبي قبل تعديل القانون لكن المشروع بعد التعديل اكتفى بتصريح العمل .
4 - حكم محكمة التمييز في الطعن رقم 71 لسنة 1991 ، جلسة 2 فيفري 1992 ، م م ف ، ق ، ص 4 ، ص 15 .
وفي مناسبة أخرى اعتبرت محكمة التمييز أن " قواعد قانون العمل بشأن التأديب وإجراءاته ومكافأة نهاية الخدمة من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام تراعيها المحكمة وتطبقها إذا أغفل التمسك بها في أسباب الطعن " .
ينظر حكمها بتاريخ 4 أكتوبر 1992 ، في الطعن رقم 42 ، سنة 1992 ، م م ف ، ص 245 .

2- فيما يتعلق بالنظام العام الحمائي :

إن القضاء المقارن إلى أنه لا يسمح بمخالفة النصوص التشريعية إذا كانت هذه المخالفة تنتقص من حقوق العامل . فصاحب العمل له سلطة مثلا في وضع نظام لأجور عماله شرطه أن يكون هذا النظام أصح للعامل ولا يخل بحق اكتسبه . أما إذا كانت المخالفة تزيد من هذه الحقوق أو المزايا المقررة للعامل بمقتضى نصوص القانون فإن القضاء يعتبرها جائزة بل وتسهم على نحو أفضل في تحقيق أهداف قانون العمل .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن " الأصل أن صاحب العمل ملزم بأداء أجر العامل كاملا عن فترة تدريبه سواء كان في البحرين أو في الخارج ، كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، الاستثناء أن يتضمن الاتفاق شروطا أكثر فائدة للعامل والتحقق من تلك الشروط يستقل بتقديره قاضي الموضوع طبقا لظروف الحال " .

كما قضت ذات المحكمة بأن : " اتفاق العامل المنبعث للتدريب في الخارج على تقاضي مبلغ في البحرين وآخر يحول له في مكان تدريبه في الخارج بما يزيد عن الأجر الذي كان يتقاضاه بدلا من ذلك الأجر ليس فيه مخالفة لأحكام القانون وليس باطلا " (1) . وفي مناسبة أخرى قضت محكمة التمييز بأن " التزام صاحب العمل بأداء مكافأة نهائية الخدمة المنصوص عليها في المادة (111) من قانون العمل التزام متعلق بالنظام العام واتفاق صاحب العمل مع عماله على منحهم مكافأة نهائية خدمة تزيد في مقدارها على الحد المقرر قانونا اتفاق صحيح (2) .

ويلاحظ في قانون العمل ، وبرغم بطلان عقد العمل إلا أنه لا يمتد بأثر رجعي ، ولا يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليه قبل إبرام العقد ، فالعامل يستفيد من مقابل عن العمل الذي أداه ، سواء في شكل أجور أو تعويضات مناسبة (3) إلا إذا كان العمل الذي أداه مخالف للأداب العامة ، كالخدمة في منزل دعارة ، أو حراسة مستودع مخدرات ... ، فهنا لا يحق له الحصول على مقابل هذه الخدمات (4) ، تطبيقا للمبدأ المعروف " لا يستفيد شخص من عمله الملوث المخالف للأداب " .

1- حكم محكمة التمييز ، جلسة 21 جوان 1992 ، في الطعن رقم 33 لسنة 1992 ، م م ف ، ص 6 .

2 - حكم محكمة التمييز ، جلسة 15 فيفري 1998 ، في الطعن رقم 130 لسنة 1997 م م ف ، ق 16 ، ص 55 .

3 - يثار التساؤل هنا عن الأساس القانوني للتعويض هل هو المسؤولية التقصيرية أم الإثراء بلا سبب .

للمزيد من التوضيح يراجع :

د/ صلاح محمد أحمد : " بطلان عقد العمل وأثره على حقوق العامل " ، مطبعة جامعة أسيوط ، سنة 2006 ، ص 128 وما بعدها .

د/ جلال العدوي ود/ عصام سليم : " قانون العمل " ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 1995 ، ص 42 .

4 - نقض جنائي مصري ، بتاريخ 20 نوفمبر 1951 ، م م ف ، س 23 ، ص 314 .

Cass.Soc. 8 jan 1964. Dalloz.1964. 267 et Trib. Paris. 30 nov 1948. J C P .1949- 11- 4871.

J. Pelissier et les autres. « Droit du travail », Dalloz, 2000.. p 304.

J. Revero et J.Savatier . « Droit du travail. » Op. Cit. n 443.

ويكون للعامل كذلك الحق في الحصول على مقابل للإجازات التي لم يحصل عليها ، وكذا شهادة نهاية الخدمة بالرغم من بطلان عقد العمل (1) .
كما للعامل الحق أيضا في الاستفادة من تعويضات حوادث العمل والأمراض المهنية التي وقع ضحيتها .

ويقر الفقه والقضاء العماليين بزوال علاقة العمل بالنسبة إلى المستقبل إذا تقرر بطلان العقد قضاء أو رضاء ، لأن البطلان يعني رحيل العامل عن المؤسسة .

ثانيا- الشرط الأفضل وأثره في تقلص نطاق النظام العام المطلق :

طرح لدى الفقه الفرنسي تساؤل مهم مفاده : هل تبني مبدأ الشرط الأفضل للعامل تقلص نطاق النظام العام المطلق؟

وإجابة لذلك رأى بعض الفقهاء أن مبدأ الشرط الأفضل للعامل من شأنه أن يؤدي إلى انحصار نطاق النظام العام المطلق كما يفضي تطبيقه من ناحية أخرى إلى الفصل بين رقابة تطبيق الميزة ، وهو أمر قد يختص به القضاء العادي غالبا وبين رقابة مشروعيتها ، وهو أمر قد يختص به القضاء الإداري عند ورود الميزة في لائحة العمل .
ولما أصبح للشرط الأفضل نطاق عام في قانون العمل (2) . فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مخالفة قواعد التشريع بهدف تحقيق وضع أفضل للعامل تمثل قاعدة عامة في قانون العمل وأن عدم المخالفة يمثل على تلك القاعدة (3) ، وعليه يجب أن ينحصر الاستثناء ويفسر في أضيق نطاق ممكن لينقلص بذلك نطاق النظام العام المطلق لصالح النظام العام الاجتماعي .

ويؤكد الأستاذ (N.Aliprantis) أنه حال وجود شك لدى القاضي في مدى تعلق نص تشريعي أو لائحي بالنظام العام المطلق أم بالنظام الاجتماعي يفضل ، والحالة هذه ، اعتباره متعلقا بالنظام العام الاجتماعي (4) . وبالتالي ، فكلما تشكك القاضي كلما تبني اتجاها متحررا (5) . لصاحب العمل هذا الحق (6) ، وهو ما يشكل تحولا قضائيا في ظل نصوص يتم إعمالها لمصلحة العامل .

ويعني ذلك ، ضمنا ، وفي ذات الوقت ، أن للعامل أن يتمسك بالشرط ولا يطلب إبطاله إذا قدر أن ذلك سيحقق له ، بصورة فردية أو شخصية ميزة أفضل .

1 - وبالمقابل يلتزم بعدم إفشاء أسرار المؤسسة رغم بطلان العقد أو إبطاله ، سواء كانت تجارية أو صناعية أو غيرها ، وهو واجب تمليه الأمانة والإخلاص الذي يجب أن يتحلى به العامل بغض النظر عن مشروعية العقد ، غير أنه ليس ثمة ما يلزمه بعدم مناقسة صاحب العمل ولو تضمن العقد بندا خاصا بقضي بذلك ، لأن هذا البند لم يصبح له وجود هو والعقد الذي تضمنه
2-A. Jeammaud, « Le principe de faveur, Enquête sur règle émergente », 1999, p.120.

3 Cass.Soc. 21 juin 1995, R J S, 11- 95, n° 1188.

Cass. Soc. 16 Juill. 1997, R J S, 10-97. n° 1173.-.

4-N. Alprantis, « La place de la convection collective dans la hiérarchie des normes » , thèse .Strasbourg . L.G.D.J. 1980. p.179.

5 - ينظر حول دور الشك في منازعات العمل :

A. Chirez et J. Labignette. « La place du doute dans les contentieux de la relation prud' .homme » . Dr .Soc 1997.p 669.

6- Cass .Soc. 20 mars 1985. Bull. Civ . n°199 , p143.

ولكي يطبق القاضي إحدى القواعد الواردة في اللائحة يجب عليه أن يتحقق مما إذا كانت أفضل للعامل أم لا من قواعد التشريع أو القواعد الأعلى طبقة منها ، وهو إذ يفعل ذلك إنما يمارس رقابة مشروعية هذا العمل⁽¹⁾ . وهو في فرنسا عمل إداري ترجع صلاحية الرقابة (رقابة مشروعية) عليه للقاضي الإداري⁽²⁾ ، وهو موقف منتقد من طرف الفقه⁽³⁾ . أما في القانون الجزائري فلا تنور هذه المسألة ، لأن القضاء العادي (القسم الاجتماعي بالمحكمة) هو الذي يختص برقابة مشروعية بنود لائحة العمل أو النظام الداخلي للمؤسسة إن كان مطابقا للقانون أم لا ، أو لإذا كانت تعسفية أو لا ؟ ، وهل هي مخالفة لبنود العقد أم لا ، حيث تعطى الأولوية دائما لما هو أصلح للعامل .

1- Soc. 18 oct 1995, Cah. Prud' homme, 1996 , n° 4 , p 65,

Cass. Soc.22 oct 1996, Bull. Civ, V, n° .339 , p 241.

2 - ورغم ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية ترى أن مقارنة النص اللائحي بغيره من النصوص الأخرى لا يستلزم أي تقدير لمشروعية اللائحة ، وأن الأمر يتعلق باختيار الأفضل للعامل من بين نصين قابلين للتطبيق في ذات الوقت.

Ass. Plén .18 mars 1988. Bull. Civ, v, n°3, Dr, Ouv, 1988, p.518, note S. Ballet.

3 - ينظر : د/ محمود جمال الدين زكي : "عقد العمل الفردي" ، المرجع السابق ، ص 138 وما بعدها .

ود/ محمد لبيب شنب : " شرح أحكام قانون العمل " ، دار النهضة العربية ، سنة 1966 ، ص 347 .

و د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في عقد العمل الفردي " ، المرجع السابق ، ص 601 .

وفي الفقه الفرنسي :

J. Savatier , « Sur l'application, par un organisme de sécurité social, d'un usage plus avantageux que la convention collective » . Dr. Soc, 1996 , p. 1046 et 1047.

المطلب الثاني : **تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الاجتماعي**

يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تفسير النصوص القانونية وفي تفسير العقود والاتفاقيات الجماعية للعمل ، مسترشدا في ذلك ببعض القواعد العامة التي نص عليها المشرع في القانون المدني.

والواقع أن لا تختلف سلطة القاضي المدني عن القاضي الاجتماعي في تفسير عقود العمل . فقانون العمل لم يتضمن قواعد مفصلة بشأن التفسير ، ولذلك لا مناص من الرجوع إلى أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة والأصل ، ذلك أن قانون العمل ما هو في الحقيقة إلا فرع من فروع القانون المدني .

غير أن هناك عناصر إضافية بإمكان القاضي الاجتماعي اللجوء إليها عندما يكون بصدد تفسير عقد العمل مراعيًا في ذلك مصلحة العامل قبل مصلحة رب العمل ، والجوانب الاقتصادية والاجتماعية للعلاقة العقدية بين الطرفين .

فالفقه والقضاء المقارن مستقران على وجوب مراعاة مصلحة العامل بالدرجة الأولى والأخذ بعين الاعتبار ، عند التفسير ، مركزه القانوني والاجتماعي الضعيف .

وعليه فإن التفسير الأصلح للعامل لا يقتضي التقيد بحرفية النصوص القانونية ، ولا بالقواعد العامة للتفسير التي لا تطبق على منازعات عقود العمل إلا إذا كانت لا تتعارض مع مبادئ قانون العمل وأهدافه (2) .

ويجب ألا يمس التفسير بالاحترام المقرر للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العمل ، كالحرية الشخصية وحرية العمل ، وحرية النقابات ، ومبدأ المساواة بين الجنسين حتى وإن كان بعض القضاء الفرنسي يميل إلى تطبيق قواعد التفسير المدنية على المنازعات العمالية .

وسنتناول دراسة تطبيقات قواعد التفسير ، سواء في المنازعات الفردية ، وطنية كانت أو دولية ، وكذا في منازعات الضمان الاجتماعي ، وذلك كما يلي :

الفرع الأول : تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل الفردية

الفرع الثاني : العناصر المعتمدة من القاضي الاجتماعي في تفسير عقود العمل

الفرع الثالث : تطبيقات قواعد التفسير في منازعات الضمان الاجتماعي

الفرع الرابع : تطبيقات التفسير الأصلح للعامل في منازعات القانون الدولي الخاص

(2) - د/ جلال مصطفى القرشي : " شرح قانون العمل الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1984 ، ص 31.

الفرع الأول : تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل الفردية

يقصد بالمنازعة بصفة عامة كل خلاف يثور بمناسبة أو بسبب علاقة العمل بين العامل أو العمال أو ممثليهم و الهيئة المستخدمة أو ممثلها لإخلال أو خرق التزامات تعاقدية أو قانونية أو تنظيمية أو اتفاقية (1) .

ويعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم له في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة " (2) .

ويسلم الفقه والقضاء باختلاف المنازعات الفردية عن المنازعات الجماعية ، ليس فقط فيما يتعلق بأسبابها وأطرافها وأهدافها ، ولكن كذلك باختلاف أدوات وأساليب وإجراءات الفصل فيها ، الأمر الذي يفسر وجود أسلوبين أو وسيلتين لحلها هما : المحاكم القضائية فيما يخص المنازعات الفردية ، وهيئات التحكيم والتوفيق فيما يخص المنازعات الجماعية .

وسيكون تركيزنا على النزاع الفردي للعمل باعتباره النزاع الذي يعرض على القضاء ، وقد يثير اشكالات تفسيرية ، بخلاف النزاع الجماعي للعمل الذي لا يختص به القضاء الاجتماعي كأصل .

أولاً- تفسير عقد العمل من حيث الشكل :

إن عقد العمل ليس عقدا شكليا فيمكن أن يكون مكتوبا ، كما يمكن أن يكون شفويا ، وذلك ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون العمل رقم 11/90 التي جاء فيها : " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي .." .

وأضاف المشرع الجزائري في المادة التاسعة من قانون 11/90 أنه :

" يتم عقد العمل حسب الأشكال التي يتفق عليها الأطراف المتعاقدة " .

ومن هنا يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا خاصا لإبرام عقد العمل ، فقد يكون مكتوبا ، وقد يكون غير مكتوب . وإن كان مكتوبا فإن المشرع لم يلزم باتِّباع إجراءات أو شكليات خاصة بشأنه بل يظل الأمر متروكا لإرادة ورغبة أطراف علاقة العمل بما يحقق مصالحهما المتبادلة طبقا للقاعدة المعروفة " العقد شريعة المتعاقدين " (3) .

1 - / رشيد واضح : "علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر " ، دار هومة للطباعة و النشر ، طبعة 2002 ، ص 178 .

2- ينظر في تعريف المشرع الجزائري للنزاع الفردي للعمل :

المادة الثانية من القانون رقم 04/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 ، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل . وينظر ينظر في تعريف المشرع الجزائري للنزاع الجماعي للعمل :

المادة الثانية من القانون رقم 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم .

3- ينظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري .

وينظر كذلك : قرار المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 15 جانفي 1990 ، في القضية رقم 52061 ، منشور بالمجلة القضائية ، سنة 1993 ، العدد الأول ، ص 113 .

فالقانون العمالي الجزائري لا يتطلب إجراءات معينة لإبرام عقد العمل⁽¹⁾ ، بحيث تكون تحت طائلة البطلان كما لم يشترط لغة معينة لصياغته ، ولم يوجب نسخا محددة عكس ما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات العربية كالتشريع الأردني ، والتشريع المصري ، وكذا التشريع الفرنسي .

ويتضمن العقد بعض الأحكام والبيانات الضرورية المحددة ، إضافة إلى بعض البيانات التي تحدد بدقة ووضوح ، دون لبس أو غموض أو تناقض تفسر في الكثير من الأحيان لمصلحة العامل ، وتحميه من التعسف الإرادي لصاحب العمل ، ويوضح في هذا عقد العمل حقوقه وامتيازاته العامة والخاصة وبعض البنود للتحفيز المادية والمعنوية ، إضافة إلى بعض الأحكام التي يتفق عليها كل من الطرفين في تحديد الشكلية الواردة في عقد العمل محدد المدة .

والهدف من الشكلية أو حماية العامل مستقبلا مثل وقوعه في حالة نزاع ولجوءه للقضاء وعند محاولته لإثباته علاقة العمل بالمؤسسة التابع لها ، فاشتراط المشرع الجزائري الكتابة في هاته العقود التي تمكن صاحبها من إثباتها بجميع الطرق ، وتحدد بيانات العقد تحديدا واضحا .

فيما يتعلق باللغة المتطلبية ، فإننا نجد أن قانون علاقات العمل الجزائري لم يشترط لغة معينة لكتابة عقد العمل إذا كان مكتوبا . ويفترض أنها اللغة العربية طبقا للمادة الثالثة من الدستور⁽²⁾ ، ولكن مع ذلك فإن القانون نفسه⁽³⁾ لا يمنع من وجود وثيقة أخرى باللغة الأجنبية فضلا عن اللغة العربية ، ويظهر ذلك مناسبا للحالات التي تبرم فيها شركات أجنبية بوصفها مؤسسات استخدام (كالشركات البترولية) عقود عمل مع عمال جزائريين ، أو تلك التي تبرم فيها مؤسسات جزائرية عقود عمل مع عمال أجانب (كمقاولات البناء)⁽⁴⁾ ، هذه العقود تكون نافذة في التراب الوطني ، وقد تثار بشأنها نزاعات معينة ، خاصة في حالة عدم توافق النسخة العربية مع النسخة الفرنسية .

وفي حالة التباين بين العقد المحرر باللغة العربية ونسخته الأجنبية أو ترجمته المحررة بلغة أخرى ، فإن الفيصل والترجيح في التفسير يكون لصالح اللغة العربية ، وهذا ما ذهبت إليه بعض التشريعات العمالية العربية صراحة ، ومثالها نص المادة العاشرة من قانون العمل اليمني لسنة 1995 التي جاء فيها :

1- يستثنى الحالة التي نصت عليها المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم 493/97 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997 المتضمن العمل بالتوقيف الجزئي التي جاء فيها : " في حالة ما إذا أبرم عقد العمل بالتوقيف الجزئي بصفة كتابية يجب أن يحتوي على الخصوص على ما يأتي... " .

وبرأينا لا مانع من تطبيق هذا النص على أشكال عقود العمل الأخرى سواء كانت بالتوقيف الجزئي أو بالتوقيف الكامل .

2- تمت هذه المادة سنة 2002 بقانون دستوري (تعديل دستوري برلماني) ، وجاء في صياغتها الجديدة :
" تمازغت هي كذلك لغة وطنية " .

3- ينظر قانون تعميم استعمال اللغة العربية رقم 05/91 المؤرخ في 16 يناير 1991 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 30/96 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 ، ولاسيما المواد 6 و 29 و 32 .

وفي الواقع العملي نجد أن نسبة 80% من عقود العمل محررة باللغة الفرنسية ، وهذا ما أكده لنا بعض مفتشي العمل في لقاءات ميدانية معهم .

4- التشريع الفرنسي نص صراحة على وجوب كتابة عقد العمل باللغة الفرنسية (المادة 2-1-1 L211) ، حتى ولو نفذ خارج فرنسا (قانون 04 أوت 1994) .

" اللغة العربية هي اللغة المعتمدة في جميع علاقات العمل وسجلاته ووثائقه في الجمهورية ولا يجوز الاحتجاج في مواجهة العامل بأي مستند محرر بلغة أجنبية ولو كان موثوقا بتوقيع العامل ، وعندما يكون المستند محررا باللغة العربية وبلغة أجنبية فإن المستند المحرر باللغة العربية هو وحده الأساس في التفسير والتطبيق " (1) .
ونرى بإمكانية ترجيح النسخة الأجنبية إذا كانت تحقق مزايا أفضل للعامل مقارنة بالنسخة العربية .

ثانيا- تطبيقات قواعد تفسير عقد العمل من حيث المضمون :

يتطلب عقد العمل وجود عناصر معينة تميزه عن غيره من العقود . وهذه العناصر هي الأجر والتبعية ، ويضاف إليها كذلك عنصر المدة ، ولو أن هذا العنصر ليس ضروريا دوما في جميع عقود العمل .
وفضلا عن هذه العناصر فإن عقد العمل قد يتضمن مجموعة شروط تخضع لاتفاق الأطراف ، ولو أن رب العمل يكون غالبا في مركز أقوى من هذه الناحية ، لذا عادة ما نجدتها تتسم بالغموض والتعسف ، وهو ما قد يطرح إشكالا من حيث تفسيرها وكيفية تطويعها قضائيا
وسنتناول فيما يلي تطبيقات قواعد التفسير في مجال عناصر عقد العمل ، وفي مجال شروطه .

1- تطبيقات قواعد التفسير بشأن عناصر عقد العمل :

لقد أولى المشرع اهتماما خاصا بمعالجة تنظيم عقود العامل ، وكثيرا ما كان يعدل أحكامه لتتفق مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية ومتطلبات العمال باعتبارهم طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية ، ومثال ذلك نجد أن القانون يفرض على رب العمل توفير وسائل الأمن والحماية والصحة للعامل للوقاية من مخاطر المهنة .
ويقوم عقد العمل في الحالات على عناصر مهمة ، وأولها هو عنصر الأجر ، وفي هذا يختلف عن العمل التبرعي ، وثانيها هو عنصر المدة باعتبار أن عقد العمل عقد مستمر كأصل إلا في حالات يحدد على أساس القطعة ، فهنا لا عبرة بالمدة ، وثالث العناصر هو التبعية ، ومعناها خضوع العامل لأوامر وتنظيم رب العمل ، والتشريعات العمالية المقارنة مستقرة على أنه من الضروري استلزام التبعية والإشراف إلى جانب الأجر (2) .
وسنرى فيما يلي تفسير القضاء لهذه العناصر (التبعية والأجر والمدة) في حالة وجود غموض أو شك بشأنها .

1- ينظر كذلك نص المادة التاسعة من قانون العمل القطري الجديد لسنة 2004 التي جاء فيها :
" ...وفي حالة الاختلاف بين النصين يعتمد النص العربي "

وجاء المادة العاشرة من قانون العمل العراقي لسنة 1987 أنه :

" لا يجوز الاحتجاج في مواجهة العامل بأي مستند محرر بلغة أجنبية حتى وإن كان موثوقا بتوقيعه "

2- المشرع اللبناني أضاف في المادة 805 مدني عنصرا آخر إضافة إلى عنصري الأجر والتبعية ، وهو أن يكون العامل مقيدا بأن لا يعمل لغير صاحب العمل .

أ- بالنسبة لعنصر التبعية :

يتميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى بوجود عنصر التبعية ، ويقضي ذلك أن يؤدي العامل عمله تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فالعمل المقصود في نطاق عقد العمل هو العمل التابع ، ونظراً لأهمية هذا العنصر فقد عني المشرع بتوضيحه ، فقال يتعهد العامل بمقتضاه (عقد العمل) أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر (1) .

وقد وافق القضاء على القول أن أهم ما يميز عقد العمل عن عقد المقاوله هو رابطة التبعية المتمثلة في إمرة رب العمل للعامل وإشرافه وإدارته له ولعمله (2) .

وتعد التبعية معياراً مهماً في تفسير وتكييف علاقات العمل ، وما يترتب عنها من آثار قانونية وعقدية (3) .

وفي قرار للمحكمة العليا عندنا جاء فيه أنه : " لا يكفي لقضاة الموضوع في مجال إثبات علاقة العمل ، الاعتماد على أحكام المادة العاشرة من القانون رقم 11/90 ، بل يتعين عليهم التحقق من العناصر المكونة للطبيعة القانونية لعلاقة العمل ، وعلى الخصوص عنصرى التبعية والأجر " (4) .

والتبعية المقصودة في هذا المجال هي التبعية القانونية نظراً لأنها تنشأ من الرابطة التعاقدية، وهي تختلف عن التبعية الاقتصادية . وتتمثل التبعية القانونية في قيام العامل بالعمل لحساب رب العمل وائتمار العامل بأوامر رب العمل وخضوعه لإشرافه ورقابته وتعرضه للجزاءات إذا ما قصر في عمله أو أخطأ، فإذا انعدمت علاقة التبعية القانونية فلا يوجد علاقة عمل ، وبالتالي في عدم انطباق قانون العمل .

وقد ذهب قضاء محكمة النقض المصرية بأن : " المقصود بالتبعية القانونية التي تقوم على أساسها استثمار العامل بأوامر صاحب العمل وخضوعه لإشراف ورقابة وتعرضه للإجراءات إذا ما قصر في عمله أو أخطأ " (5) .

1 - ينظر نص المادة الثانية من القانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 المعدل والمتمم . ويرى الدكتور علي عوض حسن أن الأجر ، وإن كان ركناً في عقد العمل إلا أنه ليس شرطاً لقيام حالة التبعية ، التي قد تنشأ عن عقد تدرج أو تمهين ، وقد تنشأ حتى دون عقد كما في أوامر التكليف (التسخير) .
د/ علي عوض حسن : " الفصل التأديبي في علاقة العمل " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1974 ، مطبوعة لدى دار الثقافة للطباعة والنشر ، مصر ، 1975 ، فقرة 05 ، ص 22 .
ويبدو أن هذا الرأي يميل إلى الأخذ بنظرية التبعية القانونية ، والتي يستقر الفقه والقضاء الفرنسيين على الأخذ بها .

2- ينظر على سبيل المثال :

قرار محكمة التمييز الأردنية ، تمييز حقوق رقم (71/111) ، مجلة نقابة المحامين لسنة 1971 ، ص 943 .
3- قضت المحكمة العليا- بالجزائر ، أن إثبات عملية دفع الأجور ليست دليلاً على وجود علاقة عمل إلا إذا أثبتت العلاقة التبعية بين العامل ورب العمل .

قرار الغرفة الاجتماعية بتاريخ 25 أكتوبر 1982 ، ملف رقم 22283 ، نشرة القضاة ، سنة 1987 ، العدد 01 ، ص 58 .

4 - قرار الغرفة الاجتماعية بتاريخ 09 نوفمبر 2005 ، ملف رقم 310757 ، م . ق ، سنة 2005 ، العدد 02 ، ص 257 .

5 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 23 فيفري 1927 ، الطعن رقم 38 لسنة 32 ق .

كما قضت ذات المحكمة أيضا بأن المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاوله أو غيره من العقود هو توافر التبعية (التبعية القانونية) التي تمثل في خضوع العامل لإشراف صاحب العمل ورقابته ويكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية والإدارية (1) .

ومع ذلك يرفض القضاء الفرنسي الأخذ بهذا النظر مقررا التمسك بمعيار التبعية القانونية لتمييز عقد العمل .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " المعيار القانوني للعمال في مواجهة الشخص الذي يعمل لحسابه ، لا يمكن أن يتحدد بالنظر إلى حالة الضعف أو التبعية الاقتصادية لهذا العامل . ولا يمكن أن يستخلص إلا من العقد المبرم بين الطرفين : فوصف العامل يتضمن بالضرورة وجود علاقة تبعية قانونية من جانب العامل للشخص الذي يعمل لحسابه (2) . وقد انتقد البعض معيار التبعية الاقتصادية من عدة أوجه ، لصعوبة وجود تعريف ووضع ضوابط لها . مما يجعل تكييف عقد العمل متوقفا على مسألة خارجية عنه هي حالة العامل الاقتصادية والاجتماعية (3) ، مع أن القانون في الأصل لا يدخل حالة الأشخاص في الاعتبار عند وصف الروابط العقدية .

ب- بالنسبة لعنصر الأجر:

يعد الأجر عنصرا مهما من عناصر علاقة العمل (4) ، وهو يخضع في الأصل لاتفاق الطرفين . ويعتبر الأجر عنصرا جوهريا في عقد العمل، نظرا لأن هذا العقد من عقود المعاوضة .

وقد قضى: " بأن الأجر إنما يحدد باتفاق الطرفين ، ولا يجوز تعديله إلا باتفاقهما ، متى كان لا ينزل عن الحدود المقررة قانونا " (5) .

والأجر هو ما يلتزم رب العمل بأدائه إلى العامل نظير قيامه بالعمل المتفق عليه في العقد ، ولا يعني ذلك أن يكون في مقابل الأيام التي يعمل بها العامل فعلا ، ذلك أن الأجر يستحق كذلك في أيام العطل المقررة ، بل إن العامل قد يؤدي عملا ومجرد وجوده في مكان العمل واستعداده للعمل يستحق الأجر (6) .

1 - نقض مدني مصري ، تاريخ 13 مارس 1963 ، الطعن رقم 38 ، س 32 ق.

2- Cass Soc 6 juil 1932 .Dalloz 1932 p102. Cass Soc.19 mai 1941.Gaz. Pal 1942-2-173

Cass Soc 5 juin 1962 .J C P 1962-11-12785. Trib civ st Etienne 27 aout 1931

Trib Civ de lyon 18 nov 1931 .D. P 1931 -2-113 Trib civ de Belley. 24 oct 1931.

3 - د/ جمال الدين زكي: " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 135 ، ص 294

4- ينظر المادة 80 وما بعدها من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 المعدل والمتمم .

5 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 4 فبراير 1970 ، المكتب الفني ، السنة 21 ، رقم 40 ، ص 246.

6- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (70/75) ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة 1979 ، ص 276 .

وتحيط التشريعات العمالية عنصر الأجر بهالة من الضمانات القانونية والقضائية منعا لتعسف أرباب العمل ، ومن ذلك مثلا فصل العامل ، أو إعادة تعيينه في رتبة أدنى بمرتب أقل (1) ، أو توقيا لحالة إرغام العامل على التنازل المسبق عن حقوقه المادية (2) .

وقد يثار التساؤل عن الأساس القانوني في تفسير سكوت الطرفين عن تحديد قيمة الأجر، إذ أن السكوت هو حالة من حالة الغموض ، فما هي العناصر التي يعتمدها القاضي لاستجلاء مثل هذا الغموض ؟

إجابة عن هذا التساؤل نقول أن عقد العمل من عقود المعاوضة يلتزم بموجب العامل بأن يؤدي جهدا عضليا أو فكريا لصالح رب العمل مقابل أن يدفع له هذا الأخير أجرا، سواء كان نقديا أو عينيا ، وأيّا كانت طريقة تحديده (على أساس الزمن أو الإنتاج) ، ومهما كانت تسميته (أتعابا أو عمولة أو مرتب) ، وكيفما كانت طريقة دفعه (نقدا أو بحوالة أو بشيك) .

والأجر أهم عنصر في علاقة العمل ، وهو من عناصر الذمة المالية للعامل بوصفه طرف دائن في هذا العنصر ، ومدين في الالتزام بصفة عامة ، غير أن صاحب العمل قد يمتنع عن دفع الأجر للعامل بدعوى أنه اتفق مع العامل على أن يكون ذلك بدون مقابل ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود في حالة عدم وجود اتفاق مكتوب ، أو يثبت بالكتابة وجود بند في اتفاق مكتوب ينص صراحة على ذلك.

ويتم تحديد الأجر في الأصل بإرادة الطرفين في عقد العمل ، وإذا تخلف عنصر الأجر فقد يجعل من العقد عقداً آخر (تبرع مثلا) ، ولكن ليس معنى ذلك أنه إذا سكت الطرفان عن ذكر الأجر لا يقوم عقد العمل (3) ، فغياب ذكر الأجر في عقد العمل لا يؤدي إلى بطلانه رغم أن الأجر أهم عنصر فيه ، ذلك أن يمكن استخلاص ذلك من قصد المتعاقدين .

فمن ناحية ، لا ينفي السكوت عن تحديد الأجر وجود هذا الأجر ، ولا يفسر حتما بأنه تصرف تبرعي ، خاصة إذا كان هذا العمل مما لم تجر العادة على التبرع به أو أن كان داخلا في مهنة من يقوم به (4) .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع الجزائري نص في المادة الثامنة من قانون العمل الجزائري أنه: " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي ، وتقوم هذه العلاقة على أي حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما " .

فمن خلال هذه المادة نفهم أن روابط علاقة العمل تقوم في ثلاث حالات :

الأولى تتمثل في إبرام عقد عمل مكتوب ،

والثانية تتمثل في إبرام عقد شفهي ،

والثالثة تتمثل في مجرد قيام العامل بأداء خدمات لحساب صاحب العمل أو لحساب

مؤسسة مستخدمة ، وهي ما تسمى بعلاقة العمل الفعلية .

- 1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 29 جانفي 1964 ، المكتب الفني ، السنة 15 ، رقم 27 ، ص 154 .
- 2- قضى بأن الاتفاق بالصلح أو التنازل بين رب العمل والعامل لا يكون باطلا إلا أن يمس حقوقا تقررها قوانين العمل نقض مدني مصري ، بتاريخ 27 جانفي 1973 ، المكتب الفني ، السنة 24 ، رقم 2 ، ص 114 .
- 3- في التفرقة بين العمل الواقعي (الفعلي) ، والعمل الحكمي والعمل التبرعي .
- يراجع رسالتنا للماجيستير: " نظام الإثبات في منازعات العمل والضمان الاجتماعي " ، جامعة وهران ، 2003 ..
- 4- وهاتين القرنيتين نصت عليهما المادة 631 من القانون المدني المصري التي لا يوجد ما يقابلها في القانون الجزائري. ينظر نقض مدني مصري ، جلسة 16 مارس 1960 ، نقلا عن موسوعة أ/ عصمت الهواري ، فقرة 81 ، ص 84 .

وقد رتب المشرع لهذه الحالة الأخيرة نفس آثار علاقة العمل المكتوبة. وتخضع هذه الروابط الثلاث جميعها إلى قواعد قانون العمل بما يضمن حقوق والتزامات الطرفين (1) .

وهذا يعني أن مجرد العمل لحساب مستخدم ما تنشأ علاقة العمل ولو لم تتم بطريقة كتابية أو حتى شفوية ، أي أن العمل لحساب شخص آخر يفترض أنه بأجرة وليس مجانا مادام أن قانون 11/90 ينظم فقط علاقات العمل العادية التي تتم بأجرة (2) ، وأن أداء عمل لحساب الغير يكون دائما في إطار علاقة عمل ، وإلا فلا يصح أن نسميه عقد عمل ، و من ثم فلا مجال عندها لتطبيق أحكام قانون العمل عليه (3) .

ويعد السكوت حالة من حالات الغموض التي تكون مجالا رحبا للتفسير ، ويظهر فيها دور واجتهاد القاضي في الكشف عن النية المشتركة للطرفين . وقد عالجت التشريعات حالة السكوت عن تحديد مقدار الأجر في عقد العمل ، حيث تتخذ في هذه الحالة عدة أساسيات قانونية لتحديده يتولى القاضي الكشف عنها .

فأما الأساس الأول : فهو العقود الجماعية المنظمة للعمل ، أن كان صاحب العمل قد ارتبط بعقد من هذه العقود . وكان هذا العقد قد تضمن تحديد للأجور .

ويستوي في هذه الحالة أن يكون العامل من الأشخاص الذين يسري عليهم العقد الجماعي أو ليس من هؤلاء الأشخاص ، لأن الأخذ بالأجر الذي حدده العقد الجماعي لا يكون بمقتضى هذا العقد ، وإنما بمقتضى التزام صاحب العمل بالمساواة بين العمال .

وأما الأساس الثاني : فهو لوائح العمل ، إن وجدت وكانت تتضمن تحديدا للأجور . ويراعي أنه إذا كان الأجر الذي تحدده اللائحة يزيد عن الأجر الذي يحدده العقد الجماعي في حالة وجود مثل هذا العقد ، فإن الأجر يتحدد وفقا لللائحة لا وفقا للعقد ، فأما الأجر يتحدد وفقا لللائحة لا وفقا للعقد الجماعي ، لأن ذلك أفضل للعامل ، ولأن صاحب العمل يلتزم باللائحة التي وضعها .

وأما الأساس الثالث : فهو أجر المثل عند نفس صاحب العمل ، أو الأجر المقدر للعمل من ذات النوع ، فإنه لا يمكن أن يكون المقصود بذلك أجر المثل عند صاحب عمل آخر ، وإلا لم يكن ثمة وجه للإحالة إلى العادات المهنية المحلية إذا لم يوجد عمل من ذات النوع . ويفترض لتحديد الأجر وفقا لهذا الأساس عدم إمكان تحديده وفقا للأساسين السابقين عليه لعدم وجود عقد جماعي أو لائحة عمل يتضمنان تحديد للأجور .

1- أ / رشيد واضح " علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية " ، المرجع السابق ، ص 92 و 93.

ويرى د/ حسين مصطفى حسين أن : " التبعية القانونية لا تفترض وجود عقد مكتوب " ، المرجع السابق ، ص 30.

2- ترى المحكمة العليا أن : " إثبات عملية دفع الأجور ليست دليلا على وجود علاقة عمل إلا إذا ثبتت العلاقة التبعية بين العامل ورب العمل " .

قرار الغرفة الإجتماعية ، بتاريخ 25 أكتوبر 1982 ، ملف رقم 22283 ، ن. ق ، سنة 1987 ، العدد الأول ، ص 58.

3- هناك من ذهب إلى أن عقد العمل لا يكون بالضرورة بأجر ، بل يمكن أن يؤدي في إطار تعاون مثل " التوزيع الفلاحية " .

القاضي محمد شرفي : مقالة منشورة بالمجلة القضائية ، عدد خاص بمنازعات العمل والأمراض المهنية ، ج 2 ، سنة 1997 ، ص 48.

ويبدو أن هذا الرأي يخلط بين علاقة العمل الخاضعة لقانون العمل ، وعلاقة العمل التبرعية الخاضعة للقانون المدني ، لاسيما وأنه ركز على عنصر الأجر و أغفل عنصرا آخر مهما في تكيف علاقة العمل ، و هو عنصر التبعية ، فعنصرا التبعية والأجر معا هما المعياران اللذان يميزان عقد العمل عن غيره من العقود والتصرفات الأخرى التبادلية والتبرعية كعقد الوكالة وعقد المقاوله مثلا .

وأما الأساس الرابع : فهو العادات المهنية المحلية أو عرف المهنة أو عرف الجهة التي يؤدي فيها العمل . والمقصود بالعرف ليس العرف بالمعنى الضيق وإنما المقصود العادة (1)

وقد قضى أنه إذا سكت العقد عن تحديد الأجر فتفصل المحاكم بحسب قصد المتعاقدين ، وإلا فحسب العرف (2) .

وأما الأساس الخامس : فهو مقتضيات العدالة ، وهذا آخر أساس لتحديد الأجر من حيث المرتبة ، ولهذا لا يتحدد الأجر وفقاً له إلا إذا انتقت كافة الأسس المتقدمة عليه . ويرى البعض أن العدالة تقتضي الاعتداد أساساً بقدر الجهة الذي يبذله العامل والزمن الذي ينفقه في العمل (3) .

ويرى البعض الآخر إلى ذلك وجوب مراعاة حاجة العامل ومدى ثراء صاحب العمل . وكذلك يرى أنه إذا كان لا ينبغي مراعاة حاجة العامل الشخصية ، فإن حاجة العامل تراعي بصفة موضوعية عند تحديد الحد الأدنى للجور . ولا شك أن وجود حد أدنى للأجر يفيد سلطة القاضي في تحديد بحيث لا يجوز له النزول عن هذا الحد الأدنى ، وإن كان يجوز له أن يزيد عنه (4) .

ويلاحظ أن الأجر يعد دينا ممتازا ، ومعلوم أن حق الامتياز لا يكون إلا بنص قانوني صريح ، ومن ثم فيتعين تفسيره من هذه الناحية تفسيرا ضيقا ، ومن ثم ، وحسب رأينا لا يدخل في طائفة الامتياز التعويضات التي تترتب عن التسريح عن العمل . فالأجر لا يكون إلا مقابل عمل ، وهو وحده الذي يستفيد من حق الأولوية عن سائر الديون الأخرى . وبمناسبة الحديث عن إمتياز الأجر نجد النصوص القانونية الجزائية متضاربة ومتناقضة فيما بينها ، وهي حالة من الحالات التي تتطلب تفسيراً حاسماً .

فإذا رجعنا إلى المادة 993 من القانون المدني نجدها ترتب الأجر في المرتبة الثالثة بعد ديون الخزينة العمومية والمصاريف القضائية ، بخلاف الحال بالنسبة للمادة 89 من قانون علاقات العمل التي تعطي الأولوية والامتياز للأجر (5) .

والقاعدة تقضي بأن النصوص تفسر بعضها البعض ، والنص الأولي بالتطبيق ، في رأينا ، هو نص قانون العمل وليس نص القانون المدني ، لعدة أسباب : فمن جهة هو نص خاص ، كما توجد قاعدة أخرى تقضي بأن الخاص يقيد العام ، ومن جهة أخرى هو القانون اللاحق ، والقاعدة تقضي بأن اللاحق يلغي السابق صراحة أو ضمناً ، لاسيما وأنهما نصان في نفس المرتبة من حيث القوة والحجية .

1 - ينظر: د/ إسماعيل غانم: " قانون العمل " ، دار النهضة العربية ، سنة 1976 ، فقرة 68 ، ص 125 .

2 - د/ جلال العدوي ود/ عصام سليم: " قانون العمل ، المرجع المشترك السابق الذكر ، ص 301 .

3 د/ حسن كيره: " أصول قانون العمل " ، أصول قانون العمل ، عقد العمل " ، طبعة ثالثة ، منشأة المعارف ، سنة 1983 ، فقرة 70 ، ص 206 .

4 - حول دور العرف في تقدير الأجر ينظر نص المادة 45 من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 ، على أنه :

" يحدد الأجر في العقد و إذا لم ينص عقد العمل عليه فيأخذ العامل الأجر المقدر لعمل من نفس النوع إن وجد ، وإلا قدر طبقاً للعرف فإذا لم يوجد العرف تولت المحكمة تقديره بمقتضى أحكام هذا القانون باعتباره نزاعاً عمالياً على الأجر " .

وبالنسبة للقضاء ينظر : محكمة القاهرة الابتدائية ، في 11 ماي 1963 ، مجموعة أ / عصمت الهواري ، ج 2 ، ص 147 .

5- يقارن مع نص المادة 246 من القانون التجاري ، والمادة 70 من قانون 14/83 المتضمن التزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي .

وفضلا عن ذلك فإنه أصلح للعامل ، وقاعدة التفسير الأصلح للعامل ، لا تطبق بشأن قانون العمل فحسب ، وإنما في كل ما يتعلق بالعامل ، سواء ورد ذلك في قانون العمل أو قانون الضمان الاجتماعي أو غيرهما من النصوص القانونية .
وقد سبق وأن عرضت قضية على المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) ، وفصلت فيها بتوجيه قواعد قانون العمل ، وبالذات نص المادة 142 من القانون الأساسي العام للعامل ، المطابقة لنص المادة 161 من قانون تنظيم علاقات العمل في القطاع الخاص (الأمر رقم 31/75) الملغى لاحقا بموجب القانون رقم 11/90 المتضمن قانون علاقات العمل (1) .

ج - بالنسبة لعنصر المدة :

الأصل أن عقد العمل يعد من عقود المدة ، حيث أن المدة تعد عنصرا جوهريا فيه ، كما أن الزمن ضروري لقياس العمل و لتقدير الأجر (2) ، وبالرغم من ذلك قد يبدو أنه لا يلزم تحديد مدة عقد العمل .

يتضمن عقد العمل بعض الأحكام والبيانات الضرورية المحددة ، إضافة إلى بعض البيانات التي تحدد بدقة ووضوح ، دون لبس أو غموض أو تناقض .
وفي حالة وجود أي غموض أو شك بشأنها فإنها تؤول لمصلحة العامل .
ولهذا يجب أن يتضمن عقد العمل الأحكام المتفق عليها بين العامل ورب العمل بخصوص مدة العقد لما لها من آثار قانونية مهمة جدا ، حيث يختلف العقد المحدد المدة عن العقد غير المحدد المدة من عدة أوجه ، ولاسيما من حيث الآثار المتعلقة بمهلة الإخطار والتعويض عن التسريح .

غير أن المشرع ، وإن نص بطريقة ضمنية على وجوب ذكر مدة العقد ، إلا أنه لم يحدد لها حدود قصوى أو دنيا وترك المسألة لتقدير القاضي .
كما أنه وفي المقابل فإن المشرع الجزائري حدد في صلب المادة 12 من قانون 11/90 المتممة بالأمر 21/96 خمس حالات حصرية يكون فيها العقد محدد المدة ، وهي استثناء عن الأصل الذي هو عدم تحديد المدة .

وألزم المشرع بذكر سبب التحديد وجوبا في العقد ليمكن القاضي من مراقبة مدى مطابقته للقانون أم لا ، وإذا ما كان سبب هذه المدة جديا ، ويتعين عليه في هاته الحالة الاستعانة وجوبا بعناصر عديدة ليتأكد من مدى صحة وصرحة هذا العقد من حيث مدته القانونية ، وبالتالي منتجا لآثاره القانونية ، وسيكون حينها الأمر سهلا في تكييف طبيعة هذا العقد من حيث مدته بالنسبة للقاضي ، مع مراعاة التطورات والتحويلات الاقتصادية التي تفرض نفسها بنفسها كظهور عقود خدمات أو نشاطات تقدم للمؤسسات لكن طبيعة مدتها غير متجددة و لا تمتد على سنوات (3) .

1 - قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 14 نوفمبر 1981 ، ملف رقم 21276 ، منشور بالمجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد الأول ، ص 215.

2- و يلاحظ أنه إذا كان عقد العمل لخدمة معينة فإنه يعد عقد مدة إذا كان الأجر على أساس الزمن.

3- تعد مخالفة أحكام المادة 12 من قانون العمل الجزائري جريمة (مخالفة) عقوبتها غرامة مالية من 1000 دج إلى 2000 دج وهذا ما هو محدد بنص المادة 146 مكرر من قانون العمل المضافة بالأمر رقم 21/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996.

ولقد أصبح للقضاء دورا كبيرا في تكييف القواعد القانونية القائمة على الحالات المثارة أمامه ، خاصة منها العقود المحددة المدة ، وذلك بإبطالها مع إعطائها الآثار المرتبطة بالعقود غير المحددة المدة .

ولا يلزم المشرع أن يتفق التعاقدان على تحديد مدة العقد ، وفي هذه الحالة يعتبر العقد غير محدد المدة (مستمر) إذا لم يتم كتابته ⁽¹⁾ ، ويعد غير محدد إذا لم يمكن تعيينها بالنظر إلى نوع العمل و الغرض منه ⁽²⁾ .

كما يصير العقد غير محدد المدة كذلك في حالة ما إذا كانت هناك مدة محددة في العقد وانتهت هذه المدة ورغم ذلك استمر تنفيذ العقد ، إذ يعتبر أنه قد تجدد لمدة غير محددة .

حيث أن استمرار الطرفين في تنفيذ العقد بعد القضاء مدته يعتبر تجديدا للعقد لمدة غير معينة ⁽³⁾ ، وإن كان المشرع الجزائري لم يضبط حكم هذه المسألة بنص صريح تاركا الأمر للاجتهاد القضائي ⁽⁴⁾ .

وقد ركز القضاء على ضرورة ملازمة صنف العقد بطبيعة العمل فأدراج العبارات الغامضة أو الصريحة في العقد لا يؤثر في طبيعة العمل الذي يصبح عنصرا حاسما يجعل العقد إما محدد المدة أو غير محدد المدة .

ولا يشترط المشرع الجزائري إجراءات معينة فيما يتعلق بعملية إبرام العقد بمثل ما يشترطها الفرنسي ، بينما يذهب اجتهاد المحكمة العليا بالقضاء الجزائري على أن توقيع عمل محدد المدة يعتبر بمثابة تسليم لهذا المستند .

ويرى بعض الفقه أن تجديد عقد العمل المحدد المدة يمكن أن يكون ضمنيا ، وإثباته يقع على العامل الذي عليه أن يأتي بالدليل على أن العلاقة استمرت تنفيذها في الواقع ، أو أن المستخدم لم يرسل إليه الإخطار بالتوقف عن العمل ⁽⁵⁾ .

1- جاء في المادة 11 من قانون علاقات العمل أنه : " يعتبر عقد العمل مبرما لمدة غير محدودة إلا إذا نص على ذلك كتابة . وفي حالة انعدام الكتابة ، يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محدودة " .

يظهر لنا من خلال تفسيرنا للمادة 11 من قانون 11/90 انعدام عمل محدد المدة إلا بموجب الكتابة ، و هذا التزام إجباري مهما كان سبب علاقة العمل و مدته و آجاله القانونية . كما أن المشرع رتب جزاء مدنيا من نوع خاص على صاحب العمل في حالة انعدام الكتابة ، دون أن ينص على بطلان العقد أو استبعاد آثاره ، كما أنه لم يرتب عليه جزاء جنائيا . إنما اعتبر عدم الكتابة قرينة "تشريعية" على أنه غير محدد المدة .

ينظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 15 سبتمبر 1998 ، ملف رقم 164030 ، م . ق ، سنة 2002 ، العدد الثاني ، ص 270 .

2- يرى البعض أن : " علاقة العمل مؤقتة بطبيعتها سواء كانت محددة المدة أو غير محددة المدة " .

د/ علي عوض حسن : الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري ، دار الثقافة ، مصر ، سنة 1975 ، فقرة 55 ، ص 96 .

3 - ينظر نص المادة 72 من قانون العمل المصري الجديد ، المادة 2/679 مدني مصري .

4 - بالنسبة للتجديد (reconduction) لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون العمل الحالي ، وهو ما حذى بالمحكمة العليا إلى القول بأن تجديد العقد المحدد ولو لعدة مرات لا يحوله إلى عقد غير محدد المدة .

ينظر قرار الغرفة الاجتماعية ، ملف رقم 59029 ، م . ق ، سنة 1991 ، العدد 02 ، ص 143 .

والقرار رقم 63699 ، م . ق ، سنة 1992 ، العدد الثاني ، ص 110 .

والقرار المؤرخ في 31 مارس 1993 ، ملف رقم 96983 ، م . ق ، عدد خاص ، ج 2 ، سنة 1997 ، ص 146 .

والقرار المؤرخ في 5 أكتوبر 2005 ، ملف رقم 320010 ، ن . ق ، سنة 2005 ، العدد 59 ، ص 223 .

والقرار المؤرخ في 25 أكتوبر 1994 ، ملف رقم 115899 ، م . ق ، سنة 2001 ، العدد الثاني ، ص 169 .

وهذا بخلاف القانون السابق ، الذي كان صريحا ونص على أن تجديد العقد المحدد لمرتين متتالين يحوله بقوة القانون على عقد غير محدد المدة .

ينظر المادة 28 من القانون رقم 06/82 المؤرخ في 27 فيفري 1982 ، المتضمن علاقات العمل الفردية الملغى بقانون 11/90 .

5 - أ/ محمد شرفي : " سريان علاقة العمل ونشأتها ونهايتها " ، المجلة القضائية ، سنة 1996 ، العدد الثاني ، ص 55 .

وقد قرّر الاجتهاد القضائي الحالي بالجزائر أن عقد العمل المحدد المدة ينتهي مباشرة بانتهاء أجله (تلقائياً) تطبيقاً للمادة 66 فقرة ثانية من قانون 11/90 . وفي حالة استمرار علاقة العمل بعد انتهاء أجلها المتفق عليه فلا يكون ذلك تجديداً لها ، بل هو مولود لعلاقة جديدة مفترضة بدون عقد مكتوب ومنه ذات المدة غير المحدودة (1) .

وفي قرارات صدرت حديثاً نجد أن المحكمة العليا عدلت عن هذا الاتجاه ، ذاهبة إلى تفسير موسع يخدم مصلحة العامل ، بحيث قضت أن العقد المحدد المدة يحول قضاء إلى عقد غير محدد المدة إذا كان هذه العقد خارج الحالات الخمس لمنصوص عليها في المادة 12 مكرر والتي تجيز استثناء إبرام عقد محدد المدة (2) .

وحتى في حالة وجود اتفاقية جماعية انتهت إلى تغيير طبيعة عقد العمل من عقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة ، فإنه تراعى وجوباً مقتضيات المادة 12 من قانون 11/ 90 التي تحدد الحالات الحصرية للعقد المحدد المدة (3) .

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أن العقد غير المحدد المدة لا يعني أنه عقد مؤبد ومبرم لمدى حياة العامل ، لأنه يتنافى مع الحرية الشخصية ويجعل العامل كالعبد في خدمة وطاعة رب للعمل ، ولهذا السبب قضى في فرنسا ببطلان شرط الارتباط بعقد عمل مدى الحياة (4) . والبطلان هنا يسري على شرط المدة لا غير ، ولا يمتد إلى كامل العقد (5) .

ومن هذا يتضح أن الجزاء في حالة تأييد عقد العمل ، بأن يرتبط الشخص طيلة حياته على أي نحو ، يعتبر باطلاً . وقد يكون هذا الجزاء شديداً خاصة أنه بطلان مطلق ، وكان من الأجدر حماية للعامل أن ينص على إنقاص المدة إلى الحد المعقول .

2- تطبيقات التفسير بشأن بعض شروط عقد العمل :

تختلف عناصر عقد العمل عن شروطه . فالعناصر هي بمثابة الأركان التي توجد في أي عقد عمل ، في حين أن الشروط هي عناصر مكملة ، قد توجد وقد لا توجد . فالأمر متوقف على رغبة الأطراف المتعاقدة ، وتخلفها لا يؤثر على وجود العقد ولا على طبيعته ، غير أن وجودها قد يؤثر في التزامات وحقوق الطرفين .

1 - قرار للمحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 25 أكتوبر 1994 ، ملف رقم 115899 ، م. ق ، عدد خاص ، سنة 1997 ، ص 169 .

2 - الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 14 مارس 200 ، ملف رقم 188773 ، م. ق ، سنة 2001 ، العدد الثاني ، ص 172 .
و أيضاً : قرار بتاريخ 16 مارس 2005 ، ملف رقم 292486 ، م. ق ، سنة 2005 ، العدد الأول ، ص 135 .

و أيضاً : قرار نفس الغرفة بتاريخ 08 مارس 2006 ، ملف رقم 329195 ، م. ق ، سنة 2006 ، العدد الأول ، ص 269 .
3 - قرار الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 8 جوان 2005 ، ملف رقم 456 299 ، م. ق ، سنة 2005 ، العدد الأول ، ص 159 .

4- نصت المادة 11 من قانون العمل اللبناني أنه :

"يحظر على الإنسان أن يرتبط بعقد عمل ما لمدة حياته كلها، أو أن يتعهد مدى الحياة بالامتناع على الاشتغال في مهنة ما ، وكل عقد مهما كان شكله يؤول إلى نتيجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة باطل حكماً ."

وفي نفس الإطار تبني المشرع المصري حلاً موفقاً بين حرية العامل وبين رغبة صاحب العمل بأن نص في المادة 678 فقرة ثانية من القانون المدني أنه : " إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ..."

150 . 20 . 11 . 1985 . J. C . P. . 5 nov 1984 . Cass.Soc. - 5

ويحفل عقد العمل بالعديد من الشروط ، كغيره من العقود المدنية ، التي تخضع لاتفاق الأطراف ، ويرجع تنوع هذه الشروط على تنوع مجالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعلمية ، ولا يمكن حصرها جميعها .

وهناك شروط فصل فيها القضاء والفقهاء معتبرا إياها باطلة لمخالفتها لقواعد القانون وللنظام العام ، في حين هناك شرط مختلف فيها بين من يرى بصحتها بشروط ، وبين من يرى ببطئها .

وحيث أن من الصعوبة بمكان عرض كل الشروط ، غير أننا سنكتفي بأهم هذه الشروط ، التي وإن أصبحت شروطا مألوفة في عقود العمل ، إلا أنها أثارت جدلا كبيرا في أوساط القضاء والفقهاء على حد سواء حول شرعيتها ومدى تفسيرها ، مثل شرط الاختبار ، وشرط عدم المنافسة ، والشرط الجزائي ، وشرط التحكيم ... وسنرى موقف القاضي عند تأويلها ، وما هي المستلزمات التي يعتمدها أكثر ويرجحها عند إعمال سلطته في التفسير .

أ- بالنسبة لتفسير شرط الاختبار أو التجربة :

قد لا يقصد المتعاقدان الارتباط مباشرة بالعقد والالتزام بأحكامه إلا بعد تجربة كل منهما، مما ينتج عن العقد ليكون صاحب العمل عن بيعة من قدرات العامل ، وهذا الأخير على علم بظروف العمل حتى يقدر على كل منهما بعد ذلك إبرام العقد أو عدم إبرامه ، ويطلق حينئذ على هذه الفترة بفترة تجريبية .

فالاختبار أو التربص إذا هو تلك الفترة التي يتم فيها تجريب العامل من أجل التعرف على كفاية العامل الفنية ومدى استعداده النفسي والبدني لمسايرة العمل في المؤسسة (1) .

ويبقى العامل يتمتع خلال المدة التجريبية بنفس الحقوق التي يتمتع بها العمال الذين يشغلون مناصب عمل مماثلة ، ويخضع لنفس الواجبات وتؤخذ هذه المدة بعين الاعتبار في حساب الأقدمية لدى الهيئة المستخدمة عندما يثبت في منصبه إثر انتهاء الفترة التجريبية (2) . وإذا مرت فترة الاختبار ولم يمهأ أحد الأطراف العقد خلالها فإنه يصير عقد بائنا ملزما لطرفيه .

وتظهر أهمية النية المشتركة في عقود العمل ، لاسيما في حالة وجود العامل في فترة التجربة ، فقد يدعي العامل أن علاقة العمل نهائية في حين يزعم رب العمل أن العامل تحت الاختبار (3) ، وشتان ما بين الحالتين من حيث الآثار القانونية ، وخاصة منها إنهاء العقد (4) . فالعامل يعد في مركز أقل حماية في العقد تحت التجربة مقارنة بالعقد البائنا .

1- د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 80.

2- ينظر نص المواد 18 و 19 و 20 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 المعدل والمتمم.

3- قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس مقبولا أن يكون اللجوء إلى عقد العمل تحت الاختبار وسيلة للتخلص من القيود الشكلية والموضوعية لإنهاء العقد .

Cass. Soc 25 oct 1993. R J S .11/1993. n°1068. Cass. Soc 22 fev 1979. Dalloz.1979. p 424.

4- ومن أهم هذه الآثار هو حق رب العمل في إنهاء عقد العمل تحت الاختبار في أي وقت دون أية قيود شكلية أو موضوعية تذكر بخلاف لو تعلق الأمر بعقد عمل بائنا أي يتوجب الإخطار والتعويضات ، لكن فيما يتعلق بالحقوق العمالية أثناء سريان علاقة العمل ، فلا فرق بين العقد البائنا والعقد تحت التجربة .

ينظر نص المواد 18 و 19 و 20 من قانون علاقات العمل رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم.

ويعد شرط التجربة من الشروط المألوفة في عقود العمل على اختلاف أنواعها (1) ، لاسيما إذا كان العامل مقبلا على إمضاء عقد غير محدد المدة (2) .

وذهب القضاء الفرنسي (3) إلى القول أنه ليس بجديد استبعاد الشرط المألوف الذي يثبت من تفسير قاضي الموضوع أنه لا يتفق مع إرادتي الطرفين . إذ أن هذا ما يتفق مع القواعد العامة . فالمادة 1156 مدني فرنسي تغلب الإرادة الحقيقية للطرفين على المعنى الحرفي للألفاظ . أي لا عبرة بالتعبير إذا كان لا يتفق مع إرادتي الطرفين ، وبالتالي فإذا كان الشرط مجرد ترديد لألفاظ صماء لا تتعلق بها إرادة الطرفين بدليل ورود ما يناقضها سواء داخل العقد ذاته أو خارجه فإنه يتعين إهداره . إذ أن ذلك فيه احترام لإرادتهما .

وفي نفس الوقت يمكن إعمال الشرط المألوف إذا كان ذلك يتفق مع إرادة الطرفين الضمنية حتى ولو لم ينص عليه العقد آخذا بطريقة التفسير التكميلي الذي يتمثل في إضافة الشروط المألوفة التي جرى بها العرف واستقر عليها التعامل .

ونظرا لأهمية فترة التجربة وأثارها القانونية ، فقد ذهب البعض إلى ضرورة النص بطريقة مكتوبة على شرط الإختبار ، بحيث لا يجوز الاتفاق عليه ضمنا ، وفي حالة سكوت الطرفين عن ذكر هذا الشرط فيفسر على أنه عقد دون بات ويعامل العامل قانونا معاملة عقد العامل المرسم في منصبه (4) ، استنادا إلى أنه لا يجوز تقييد المطلق دون مقيد ، واستنادا كذلك إلى مبدأ المساواة الذي هو أصل عام واجب الإلتباع (5) .

فشرط التجربة يعد شرطا جوهريا لا ينفرد صاحب العمل وحده بتقديره وإدراجه في العقد (6) . وهو شرط لا يفترض في العقد ، وهذا ما يتفق مع القواعد العامة لتفسير العقود فيما جاء من موجّهات للتفسير (7) .

وقد قضى في ذات المعنى أنه إذا كان الشرط قد تحدد بحالة انتهاء العقد اختيارا من جانب العامل فلا يجوز تطبيقه في حالة الإنهاء التعسفي من جانب رب العمل (8) .

أضف إلى ذلك أن إثبات وجود العامل تحت الاختبار لا يثبت بالبينة وإنما بعقد مكتوب . وعليه فمن الضروري واللازم التحقق من اتجاه إرادة الأطراف بطريقة جازمة لا شك فيها إلى إبرام عقد عمل تحت الاختبار .

- 1- يلاحظ أن عقد العمل تحت التجربة أو التميرين أو الاختبار يختلف عن عقد التمهين الذي تناول المشرع أحكامه في قانون خاص ، وهو عقد تلتزم بموجبه المؤسسة المستخدمة بضمان تكوين مهني منهجي وتام لمتمهين يلتزم مقابل ذلك بالعمل لديها طيلة مدة العقد، و يتقاضى عن ذلك أجرا مسبقا يحدد سلفا.
- ينظر القانون رقم 07/81 المؤرخ في 27 جوان 1981 المتعلق بالتمهين المعدل والمتمم بالقانون رقم 34/90 المؤرخ في 27/06/1990 (ج.ر 56) ، وبالقانون رقم 01/2000 المؤرخ في 18/01/2000 (ج.ر 03) .
- 2- يقصد بالشرط المألوف الشرط الذي يتكرر ذكره في العقود بحيث يصبح أمرا بديهيا لما يكلفه له التكرار من ثبات واستقرار. والأصل أن وصف الشرط بأنه مألوف لا يعني إسقاط كل حجية عنه بل على العكس قد تكون هذه الصفة سببا في قوته ولكن إذا كان تكرر الشرط سببا في عدم انتباه الطرفين إليه وعدم تعلق نيتهما المشتركة به فإن هذا فقط هو ما يبرر إسقاط الحجية عنه.
- 3- د/ جلال العدوي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 316.
- 4- عمالي كلي ، محكمة شمال القاهرة ، جلسة 20 مارس 1977 ، طعن رقم 74/938.
- 5- يفرق البعض بين وجود العامل تحت الاختبار ، وبين أن يكون العمل هو نفسه تحت التجربة .
- د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 279.
- 6- ينظر : د/ همام محمود زهران : " قانون العمل ، عقد العمل الفردي " ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2005 ، ص 120.

ويستوي في ذلك أن تظهر نية الأطراف المشتركة صراحة ، أو تستخلص من شروط التعاقد أو ما يجري عليه العرف في المهنة أو الحرفة أو الاتفاق الجماعي .
ومن ثم فإن قاضي الموضوع ملزم بتحليل إرادة الأطراف وترجيح الصفة النهائية للعقد أمام انعدام مؤشرات خاصة توحي بحصول الاتفاق على فترة على سبيل التجربة .
وإن أداء عمل ما مقابل أجر معين ، وإن كان هذا الأجر أقل عادة ، فإنه لا يفسر وحده وجود العامل الأجير تحت التجربة (1) .

وقد ذهب القضاء الفرنسي ، في موقف جريء منه ، إلى استخلاص اتجاه النية المشتركة لإبرام عقد عمل بات ، رغم تضمنه شرط الاختبار ، لمدة ستة (6) أشهر باعتبار أنه ما قصد من هذا الشرط ، في واقعة النزاع ، إلا التحايل على القانون وإخفاء الطبيعة الحقيقية للعقد (2) .

والعبرة في تكييف العقد وفي تفسيره هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالتكييف الذي أسبغته الطرفان عليها ، إذ لا يجوز للمحكمة أن تعتد بعبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بمدلول ما تقيده العبارات بأكملها وفي مجموعها (3) .

وفي حالة الشك حول الكشف عن الإرادة المشتركة يغلب وصف العقد البات ، لأنه هو التفسير الأصح للعامل ، مع أن هذا الشرط في الواقع مقرر لمصلحة طرفي العقد على سبيل التبادل والمساواة بينهما ، فضلا عن أنه يعد الأصل المعتاد الذي يأتي الاتفاق على الاختبار على مقتضاه .

وفي مجال الإثبات يقع عبء إثبات اقتران العقد بوصف " عقد عمل تحت الاختبار أو تحت التجربة " على عاتق من يدعي باعتباره يدعي خلاف الأصل (4) ، المتمثل في أن العقود تبرم عادة بطريقة باتة ، وتختلف وسيلة الإثبات بحسب ما إذا كان عبء الإثبات يقع على العامل أو على رب العمل ، ففي حين يكون العامل حرا في إثبات عدم وجود التجربة باستعمال كل وسائل الإثبات الممكنة ، فإنه على العكس من ذلك يتعين على رب العمل أن يثبت وجود شرط الاختبار بالكتابة فقط (5) .

1- اختلف الفقه والقضاء حول تحديد طبيعة عقد العمل تحت الاختبار . فهناك من يرى أنه عقد عمل ابتدائي ، وهناك من يرى أنه عقد عمل معلق على شرط واقف ، وهناك من يرى أنه معلق على شرط فاسخ . وقد مالت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الرأي الأخير .

Cass. Soc. 28 avr 1955 . Bull. Civ. 1955- 4-347- .p 258.

2- Cass.. Soc. 25 avr 1936. Gaz .Pal .1936- 2 - 150.

3- د/ همام محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 120 .

4- في حين هناك من يرى بأن عبء الإثبات يقع على رب العمل دوما ولو كان طرفا مدعى عليه في الدعوى .
للمزيد من التفصيل حول مسألة عبء الإثبات في منازعات العمل

يرجع إلى رسالتنا للماجستير بعنوان : " نظام الإثبات في منازعات العمل والضمان الاجتماعي " ، السابق الإشارة إليها .

5- ينظر: محكمة عمال الخانكة ، جلسة أول ماي 1961 ، قضية رقم 1961/87 .

أورده د/ همام محمود زهران : " قانون العمل " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

ويذهب بعض الفقه إلى القول أنه إذا خلى عقد العمل من بند حول " مدة الاختبار في عقد العمل " ، فلا يجوز لصاحب العمل في هذه الحالة الإدعاء بأنه قصد إبرام عقد عمل تحت الاختبار أو تقديم أي دليل آخر ولو كان دليلا كتابيا لإثبات شرط الاختبار أو مدته ، ويكون عقد العمل بالنسبة له عقد غير موصوف بوصف الاختبار (1) .

وفي القانون الفرنسي لا يمكن تجديد فترة الاختبار إلا إذا نص الاتفاق الجماعي على ذلك ، وإلا عد بند التجديد باطلا ولا أثر له .

وتجدر الإشارة إلى أن شرط التجربة (التربص) ، وإن كان اختياريا في مجال علاقات العمل ، بمدة لا تتجاوز سنة كحد أقصى ، فإنه على العكس من ذلك وجوبي في إطار علاقات الوظيف العمومي وتحدد مدته القصوى حينها بسنة كاملة (2) .

ب- بالنسبة لتفسير الشرط الجزائي :

نظرا لاختلاف مراكز القوى بين رب العمل والعامل ، فإنه من الممكن أن نتوقع بعض الشروط الجائرة في عقود العمل ، وهي ما يطلق عليها إصطلاحا بالشروط التعسفية ، ومنها الشرط أو البند الجزائي (3) .

ويعد الشرط تعسفيا إذا جاء متجافيا مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل ، وقد يجد هذا الشرط تطبيقه في مجال علاقات العمل الفردية (4) .

وقد نص المشرع الجزائري على صحة الاتفاق على مثل هذا الشرط بين الطرفين (5) ، وهو شرط يمكن إدراجه بصورة عامة في مختلف العقود ، ضمنا لحسن تنفيذ الالتزامات والموجبات المتفق عليها . ولا يخضع هذا الشرط لشكل خاص ، فقد يرد ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ، وهذا هو وجهه الغالب . وقد يرد في صك مستقل ، ولا يوجد ما يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق للعقد (6) .

1- في حين يذهب البعض إلى ذكر الشرط وحده لا يكفي ، وإنما يجب أن يقترن بند الاختبار بمدة معينة وإلا كان البند باطلا ، لعدم تعيين محله ، وقيام العقد خاليا منه .

ينظر: د/ محمد جمال الدين زكي: " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 359 .

2- ينظر المادة 18 من القانون رقم 11/90 ، المتضمن قانون علاقات العمل .

والمادة 84 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

3- الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق ، يتم بين المتعاقدين يتضمن تقدير تعويض محدد في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه أو تأخره في تنفيذه ، ويكون التعويض المقدر عادة هو مبلغ مالي على أن قد يكون المقابل غير نقدي مادام أن القانون لا يحدد ذلك . للمزيد من التفصيل يراجع: أ / نجاري عبد الله بعنوان: " الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري " ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1983 .

4- للمزيد من التفصيل حول تطبيقات الشرط الجزائي ينظر :

Mazeaud . « les clause pénales en droit du travail » . D r . 1994

I..Chevalier . «La clause pénale dans le contrat de travail » , Sem. Soc. Lamy. 1993

5- ينظر المادة 183 وما بعدها مدني جزائري المقابلة للمادة 1226 وما بعدها مدني فرنسي ، والمادة 224 وما بعدها مدني مصري ، والمادة 224 وما بعدها مدني سري ، والمادة 170 مدني عراقي ، المادة 226 مدني ليبي .

6- الشرط الجزائي يكون تابعا بالضرورة لاتفاق أصلي ، وإن بطلان أو فسخ لاتفاق الأصلي يترتب عنه بطلان أو فسخ الشرط الجزائي ، ولكن لا يستتبع بطلان أو فسخ الشرط الجزائي بطلان أو فسخ الالتزام الأصلي .

ينظر د/ إلياس ناصيف: " البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ " ، دون دار نشر ، سنة 1991 ، ص 41 .

ونظرا لأهمية هذا الشرط ، وطابعه " الإذعاني " ، فينبغي أن يكون مكتوبا صريحا معبرا عن إرادة الطرفين ، وإن كان من المتصور وجود بند جزائي شفهي⁽¹⁾ .
وفضلا عن ذلك فينبغي أن يترتب عنه ضرر للطرف الذي اشترطه بفعل خطأ المدين مع توافر العلاقة السببية بينهما .

وفي عقد العمل مثلا قد يرد شرط مسبق ومكتوب مقتضاه أنه في حالة إنهاء علاقة العمل فلا يستفيد العامل من أي تعويض ، أو إذا استقال من العمل يدفع تعويض معين . ويرى الفقه بأن مثل هذه الشروط الجزائية تعد شروطا تعسفية ، لأنها لا تستند إلى مبرر أو أساس قانوني ، حسبما هو ثابت فقها وقضاء . هو إعفاء من المسؤولية عن خطأ جسيم ، هذا الخطأ الذي يتجسد في الطرد التعسفي ، وهو ما يمنعه القانون صراحة⁽²⁾ .
يضاف إلى ذلك أن مثل هذا الشرط يعتبر بمثابة شرط الأسد الذي تتمحي أمامه الحماية القانونية التي يوفرها المشرع للأجير ، كما أنه يمس السلم الاجتماعي في أساسه ، إذ يعطي خلا خطيرا بيد أرباب العمل ويبيح لهم تضمين مثل هذا الشرط في جميع عقود العمل ، مما سيمكنهم من إنهاء العقد في أي وقت دون مخالفة أن يعتبر طردهم تعسفيا، وهنا نكون قد فتحنا بابا واسعا لاهدار الحماية التي يقرها المشرع للأجراء⁽³⁾ .
ومن الشروط التي تبدو تعسفية هي التي تقضي بتغريم العامل عن بعض الأخطاء البسيطة .

والقضاء الفرنسي يسير نحو التفسير الضيق لمثل هذه الشروط ، وقد سبق له وأن أبدى رأيه في عدة قضايا من هذا النوع ، وقضى بحظر مراجعة الشروط الجائرة في العقود ولو بدافع العدالة .

ونعرض فيما يلي لدعوى أرسى فيها القضاء الفرنسي⁽⁴⁾ نظرية التفسير الحرفي متجاهلا قواعد العدالة ، ووقائعها بتفسير ما تتضمنه لائحة المنشأة من غرامات توقع على العامل لإخلاله بأخذ الواجبات التي يفرضها رب العمل .
وتتلخص وقائع الدعوى الأولى في كون : " أن عاملا تم تغريمه بمبلغ عشرات فرنكات نظرا لإتلافه بعض المعدات ، وذلك استنادا إلى النظام الداخلي للمؤسسة .
فعرض هذا النزاع على مجلس العمال الذي خفض الغرامة إلى خمسين سنتا نظرا لما لاحظته من مبالغة في الغرامة الموقعة على العامل .

1- يرى البعض أن صفة البند الجزائي ، التابع للعقد ، توجب أن تتم بالشكل نفسه الذي يصاغ به العقد ، فإذا كان العقد خطيا ، وجب أن يكون البند الجزائي خطيا ، وإذا كان العقد رسميا ، وجب أن يكون البند الجزائي بالصيغة عينها ، ولكن لا شيء يمنع قانونا ، من أن يكون البند الجزائي شفويا ، فلا يكون عندئذ باطلا ، لكن الصعوبة تكمن في إثباته ، وفي إذعان المتعاقد له ، لأن مجرد العلم بالبند الجزائي ، من قبل المتعاقد ، لا يعتبر كافيا لتوجب تنفيذه .

د/ إلياس ناصيف : " البند الجزائي في القانون المقارن " ، نفس المرجع السابق ، ص 25 و 26 .

2- ينظر على سبيل المثال نص الفصل 232 من المدونة المدنية المغربية التي جاء فيه ما يلي :

" لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه " .

وينظر كذلك : قرار المجلس الأعلى بالمغرب الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1989 ، في القرار رقم 2226 .

ملف مدني 85/7210 . منشور بمجلة القانون والقضاء ، العدد 142 ، شهر نوفمبر 1990 . ص 82 .

3- أ/ الأمراني زنطار امحمد : " القانون الاجتماعي بين الطابع الحمائي والشرط الجزائي " ، من خلال تعليق على القرار عدد 485 ، الصادر عن المجلس الأعلى بالمغرب بتاريخ 5 أكتوبر 1987 ، في الملف الاجتماعي ، عدد 85 / 6325 .

4- Cass. Civ 14 fev. 1866, Siery .1866- I-194

وقد عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية فنقضت الحكم مستندة إلى أنه بموجب المادة 1134 مدني يتعين تطبيق لائحة المنشأة حرفيا . وإذا كان رب العمل قد احتفظ بحق توقيع الغرامة المقررة بعشرة فرنكات ، فليس للمحاكم رقابة على استخدام هذا الحق . وقد اعتبرت محكمة النقض أن شرط اللائحة الذي يقضي بتوقيع غرامة على العامل إنما يعد شرطا جزائيا ، يحدد مقدما التعويض الذي يلزم بدفعه المدين المتعاس عن تنفيذ الالتزام ، وهو ما أكدته المادة 1226 مدني فرنسي . والعامل بإخلاله باحترام النظام الداخلي للمنشأة إنما يخل بالالتزام تعاقدى مفروض عليه . وقد تحدد التعويض مقدما في اللائحة في صورة هذه الغرامة (1) .

وقد استقر القضاء الفرنسي في تطبيقه لهذا النص على أن الشرط الجزائي يطبق دون بحث حول ثبوت الضرر الذي أصاب الدائن من عدمه . ومدى هذا الضرر وتتاسبه مع مقدار التعويض المتفق عليه . فبمجرد الإخلال بالالتزام يشكل في ذاته ضررا اتفق الطرفان مقدما على تعويضه بمبلغ محدد . ولا سلطة لقاضي الموضوع في شأن هذا التحديد . غير أن الفقيه الفرنسي (ديريه) لم يقر هذا الحكم باعتبار أن الشرط الجزائي الحقيقي هو ذلك الشرط الذي يهدف إلى تنفيذ الالتزام وتحديد التعويض المستحق على سبيل الإصلاح عند التخلف عن التنفيذ . ولا يعد الشرط الذي يفرض غرامة على العامل في لائحة المنشأة من هذا القبيل .

ويضيف أنه لا يجد مسمى يصف به هذا الشرط سوى أنه كمين نصبه رب العمل للعامل ليحرمه من أجره . بتشغيله عدة أيام دون أجر ، إذ ليس الهدف منه ما هو معروف من أهداف الشروط الجزائية . فليس ثمة إصلاح لضرر بل حرمان تحكيمي أو انتقام لدوافع شخصية .

وقد أخذ الفقه على القضاء الفرنسي تطبيقه المفرط لأحكام المادة 1134 فقرة 1 من القانون المدني على كل عقود الإذعان ، فهي إذا كانت تنطبق على عقود المساومة فذلك ، لأن الطرفين يقفان فيها على قدم المساواة ، حيث يناقش كل طرف شروط لعقد بحرية تامة يدافع فيها عن مصلحته ، وإذا ما اتفقا على صيغة التعاقد فلا مفر من احترام ما انتهى إليه فيقوم العقد مقام القانون . ولكن الوضع بالنسبة لعقود الإذعان مختلف تماما ، إذ يفرض الموجب إرادته في شكل شروط مطبوعة ولا يقبل نقاشا فيها . بينما يسلم بها الطرف الآخر مضطرا ليحصل على السلعة أو الخدمة التي تشكل أمرا حيويا له . فيجيء رضائه أقرب إلى التسليم منه إلى المشيئة ، فكيف يمكن أن نسوي بين هذين النوعين من العقود ونطبق نص المادة 1/1134 مدني فرنسي عليهما ، خاصة فيما يتعلق بعقود العمل ؟

ونشير هنا إلا أن الشرط الجزائي لا يعد شرطا باطلا دوما إلا أن يمس حقوقا يقرها قانون العمل أو كان يتعارض مع النظام العام والآداب .

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بالأردن لا تؤثر أحكام قانون العمل على أي حق من حقوق التي يمنحها أي قانون آخر ، أو عقد عمل ، أو اتفاق ، أو إقرار إذا كان يرتب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بقانون العمل . فإذا تضمن العقد شرطاً جزائياً في حال الفصل من العمل ، فلا يتعارض مع أحكام قانون العمل يكون بالتالي هذا الشرط نافذاً بين الطرفين بالإضافة إلى الحقوق التي رتبها قانون العمل .

وحيث أنه ثبت للمحكمة أن المدعى عليها هي التي فصلت المدعية عن العمل بدون سبب مشروع ، وهي واقعة موضوعية من اختصاص محكمة الموضوع البت فيها دون رقابة عليها من محكمة التمييز فتستحق المدعية بالتالي المبلغ الوارد بالشرط الجزائي لعقد العمل (1) . وبالنسبة للقانون الجزائي ، فإنه وللأسف لم نتحصل على إجتهاادات قضائية في هذا الموضوع على الأقل من خلال الإطلاع على ما نشر من أحكام وقرارات في المجالات المتخصصة .

وبتفحص تشريعات العمل الجزائرية أيضاً نجدتها تخلو من أحكام حول الشرط الجزائي ، غير أننا عثرنا على حكم قانوني قديم ورد في صلب المادة 78 من الأمر رقم 31/75 المؤرخ في 29 أبريل 1975 ، المتضمن علاقات العمل في القطاع الخاص (الملغى بقانون علاقات العمل رقم 11/90) ، والتي جاء فيها : " لا يجوز في أي حال من الأحوال أن ينص النظام الداخلي على غرامات " .

والمقصود هنا العقوبة التأديبية التي تتضمن اقتطاع مبلغ مالي ثابت من أجره العامل عند ارتكابه لخطأ تأديبي يحدده النظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة . والملاحظ هنا أن هو أن هذا الحكم يتعلق بالجزاءات المالية ذات الطابع التأديبي ، وليس بالجزاءات المالية ذات الطابع المدني (الشرط الجزائي) ، وقد كان المشرع يهدف من وراء حظر العقوبات المالية (عقوبة الخصم من الأجر) ، إلى حماية العامل والحفاظ على أجرته حتى لا تذهب في شكل غرامات مالية ، وهو نص لا وجود له في القانون الحالي . وقد يطرح إشكالا حول مدى شرعية وجود مثل هذه العقوبة في النظام الداخلي وتعارضها مع الأحكام المقررة لحماية الأجر ، خاصة فيما يتعلق بأخطاء الدرجة الأولى والثانية مادام أن رب العمل هو من يتولى تحديد هذه الطائفة من الأخطاء التأديبية ويوقع العقوبات المناسبة لها من وجهة نظره (2) .

ونفترح بالمناسبة وضع نص تشريعي صريح وأمر يتم بموجبه منع الغرامات المالية من لائحة العقوبات التأديبية حتى لا يؤثر ذلك على مورد رزق العامل . مع اقتراح سريان نفس الحكم على الشرط الجزائي ، وذلك بالنص على اعتباره شرطاً تعسفياً مصيره البطلان التام ، لأن الشرط الجزائي عبارة عن تعويض اتفاقي ، وعادة ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي ينتج عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ، وهو ، وإن كان مقبولاً في المعاملات المدنية والتجارية ، إلا أنه لا يبدو متناسقاً مع طبيعة عقود العمل .

1- تمييز حقوق رقم 98/978 ، العددان التاسع والعاشر ، لسنة 99 ، ص 3102 .
2- ينظر نص المادة 73 من قانون علاقات العمل رقم 11/90 المعدلة والمتممة بالقانون رقم 29/91 .

وفي هذا الإطار يقول الدكتور عبد الباسط جميعي⁽¹⁾ أن الشرط الجزائي حتى وإن لم يتضمن مبالغة في تقدير التعويض ، فإنه يجب اعتباره شرطا تعسفيا ، لأن عدم التعادل بين طرفي العقد يؤدي إلى اختلال واضح في اقتصادياته ، ويضيف من خلال الشرط الجزائي مزايا غير مباشرة تتجمع في يد الطرق الأقوى لا يمكن وصفها إلا بالمغالاة ، وهو ما يجب أن يأخذه المشرع أولا والقضاء ثانيا حين النظر إلى مثل هذه الشروط⁽²⁾ .

ج- بالنسبة لتفسير شرط عدم المنافسة :

يعد هذا الشرط من الالتزامات الاتفاقية بين العامل ورب العمل ، بحيث يتم بموجبه منع العامل من مزاحمة رب العمل أو ممارسة أي نشاط مماثل في مكان معين أو في مدة زمنية معينة . وأساس هذا الالتزام هو اتفاقي ، وهناك من يرى بأن أساسه هو واجب الإخلاص وحسن النية⁽³⁾ .

ويرجع سبب هذا المنع إلى ما يمكن أن يكون العامل قد اطلع عليه من أسرار العمل والصناعة بشكل يهدد المؤسسة السابقة التي كان يعمل بها ، وهي مصلحة مشروعة⁽⁴⁾ . والتزام العامل بعدم منافسة رب العمل لا يقتصر على فترة تنفيذ العقد ، وإنما يظل باقي رغم وقف عقد العمل بل ويمتد إلى ما بعد انتهائه .

لهذا فإن الفقه والقضاء مجمع على صحة هذا الشرط لكن بشروط منعا لعسف رب العمل واستغلاله لضعف العامل وقت إبرام عقد العمل ، كما قننته صراحة بعض التشريعات ومنها القانون المدني المصري في المادة 684 منه⁽⁵⁾ .

وهذا الشرط وإن حقق مصلحة رب العمل ، إلا أنه يمثل قيда خطيرا على حرية العامل في ممارسة ما شاء من نشاط بعد انتهاء عقده ، ولو كان مماثلا لنشاط صاحب العمل ، ولو كان يمثل منافسة له ، طالما ليس في ذلك إخلال بالواجبات القانونية المفروضة عليه . وهذا الشرط يبدو غير مقبول اجتماعيا من ناحية في مرحلة الكساد وانتشار البطالة ، ومن ناحية أخرى لما يؤدي إليه من حرمان المجتمع من المساهمة الإنتاجية لجانب من القوى العاملة لأفراده . ولهذا فإن عدم إفشاء الأسرار الصناعية والتجارية يقتصر على عدم إفادته للغير ، لكن لا يوجد ما يمنع من إفادة العامل بهذه الأسرار لنفسه فقط .

1- د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص 225 .
2- لقد سمح التشريع الجزائري من خلال المادة 184 مدني للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي بالتخفيض من قيمة التعويض ، وهو الأمر الذي تظن إليه المشرع الفرنسي متأخرا ، وذلك من خلال تعديله لنص المادة 1125 ، بإضافة فقرة ثانية لها بموجب القانون رقم 597/75 المؤرخ في 9 جويلية 1975 ، تسمح له بالإنقاص في مبلغ التعويض أو حتى الزيادة فيه منه ، كما أعطى للقاضي حق إثارة ذلك التعديل من تلقاء نفسه بموجب القانون الصادر في 11 أكتوبر 1984 .
3- ينظر د/ صلاح محمد أحمد : " التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية " ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، العدد الأول ، المجلد الأول ، شهر جاني ، سنة 2004 ، ص 41 ..
4- يختلف شرط عدم المنافسة عن الالتزام بعدم إفشاء أسرار المؤسسة ، ففي حين يعد الأول التزاما اتفاقيا ، فإنه الثاني يعد التزاما قانونيا .

ينظر نص المادة السابعة فقرتين 7 و 8 من قانون علاقات العمل الجزائري .

5- يطالع نص المادة 684 من القانون المدني المصري ، والمقابلة المواد : 653 مدني سوري ، 911 مدني عراقي ، و 685 مدني ليبي ، و 561 مدني سوداني . في حين لا يوجد مقابل لهذا النص في القانون الجزائري .

كما أن هذا الشرط يقيد العامل بالنسبة للمستقبل ، وبالتالي لا يمكن أن تتحدد قيمته الاقتصادية بطريقة مسبقة ، وعلى أي ينبغي أن يكون كتابيا وصريحا (1) ومحددا بشروط .
ويجمع الفقه على وجوب توفر مجموعة من الشروط لصحة هذا الشرط وإلا ترتب عنه بطلانه ، ومنها :

1- أن يكون تدوين هذا الشرط قد تم باتفاق الطرفين وليس بالإرادة منفردة لرب العمل ، بحيث يكون صريحا وكاشفا عن النية المشتركة لطرفي علاقة العمل .

وحول هذا الشرط ذهب القضاء الفرنسي أن السكوت في عقد العمل الفردي عن إيراد بند يلزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، لا يمكن تعويضه ببند جماعي لاحق في إبرامه على عقد العمل الفردي ، فشرط عدم المنافسة المقرر لاحقا باتفاق جماعي لا يلزم العامل وينبغي استبعاده ، لأنه من جهة أسوأ للعامل ، ومن جهة أخرى فهو يلغي حقا مكتسبا ويمس بوضع قانوني خاص لا يمكن المساس به (2) .

2- أن يكون العامل كامل الأهلية المدنية حين إبرام هذا العقد ، إذ لا تكفي أهلية إبرام عقد العمل ، وإنما ينبغي أن تتوافر أهلية التصرف حتى يستطيع العامل أن يدرك جيدا النتائج المترتبة على هذا الاتفاق (3) .

3- أن تكون هناك مصلحة جديفة لرب العمل من وراء اشتراطه، وليس مجرد شرط تعسفي مقيد للعامل ، أي أن يكون العامل قد اطلع بحكم عمله على أسرار العمل في المؤسسة ، أما إذا كان منصب العامل لا يسمح له بالإطلاع على أسرار المؤسسة فلا جدوى من اشتراط مثل هذا الشرط (4) .

والقاضي هو الذي ينظر في مدى التزام الشرط للقدر الذي تقتضيه مصلحة صاحب العمل أم لا مستهديا في ذلك بظروف ووقائع الدعوى على حدة (5) .

4- فضلا عن ذلك يجب أن يكون هذا الشرط محدد الزمان (6) والمكان ونوع العمل .

5- كما يجب ألا يقتصر بشرط جزائي مبالغ فيه ، حسب بعض التشريعات ، ذلك أن الشرط الجزائي ، وإن كان الاتفاق عليه جائز وصحيح من حيث المبدأ ، إلا أن المشرع المصري ، مثلا ، قرر إبطاله ، خشية أن يستعمل هذا الشرط كوسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل لأطول مدة ممكنة بالرغم من أن مصلحته تقتضي ترك هذه الخدمة.

والبطلان المقرر لهذا الشرط ، حسب رأينا ، هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة العامل فقط ، ويمكن للقاضي بناء على طلب العامل أن يبطل هذا الشرط ، كما يمكن له أن يقلص منه .

1- يرى بعض القضاء الفرنسي أن أساس هذا الشرط هو واجب الإخلاص ، وبالتالي فإن العامل ملزم بعدم منافسة مشغله ، ولو في غياب شرط صريح في العقد .

Ca. Toulouse 4 ch . 7 mai 1998 . n° 497.oct 1998. p.37.

2- Cass. Soc. 17 Oct. 2000, Juris. Soc. Larmy. 2001. n° 26. p 2061

2- يرى الدكتور حسن كبيرة ببطلان شرط عدم المنافسة وعدم تقييده للعامل الذي لم يبلغ سن الرشد .
- " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 324 .

3-Cass Soc 5 janv 1994. Dalloz . 1994. p 586. Cass Soc 14 mai 1992. J C P 1992.11.p 204.

4- د / ماجد أحمد المرشدة : " شرط عدم المنافسة في عقد العمل " ، معهد طشقند الحكومي للقانون ، جمهورية أوزبكستان ، عام 1999 ، بحث منشور على شبكة الأنترنت.

5 - على سبيل المثال فإن القانون الليبي حدد المدة بخمس سنوات ، وحددها القانون القطري بستنين.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه من الجائز انقاص الشرط وقصره على منطقة معينة بدلا من أن يكون عاما ، إذ يصير صحيحا إذا اقتصر على بعض المحافظات التي مارس فيها العامل نشاطه (1) .

ومن الجدير بالذكر أن القانون الفرنسي ، شأنه شأن القانون الجزائري ، يخلو من تنظيم (تشريعي) للاتفاق بعدم المنافسة ، وغالبا ما تتضمن الاتفاقيات الجماعية تنظيما له ، وعندها يتعين على العقود الفردية للعمل احترام ما جاء فيها ، بحيث يقع باطلا كل شرط يخالف ما ورد في الاتفاق الجماعي ما لم يأت العقد الفردي بتنظيم أكثر فائدة للعامل مما ورد في الاتفاق الجماعي .

ويجوز ، حسب رأي القضاء ، أن يكون محددا زمنيا كذلك ، بسنة أو سنتين مثلا ، أما إذا كان مطلقا فإنه يعتبر باطلا ، لأنه قد يستغرق حياة العامل (2) ، ويبطل هذا الشرط بغض النظر عن تحديده مكانيا (3) .

ونظرا لأهمية هذا الشرط وخطورته المستقبلية على حرية العامل ، فإنه ينبغي أن يكون هذا الشرط مكتوبا وواضح الدلالة في التعبير عن قصد المتعاقدين ، ويحقق شرط كتابة الالتزام بعدم المنافسة حماية فعالة بالنسبة للعامل ، إذ به يصبح التراضي مؤكدا حول وجود الشرط وحدوده . كما أن الكتابة هنا أيضا مهمة لإثبات الشرط (4) .

ويرى البعض بوجود التوسع في تفسير هذا الشرط والبحث في الغاية التي استهدفها العاقدان حماية لأسرار رب العمل من كل صور المنافسة غير المشروعة (5) .

في حين يرى الغالبية من الفقه أنه إذا شاب هذا الشرط غموض تعين تفسيره تفسيراً ضيقاً دون التوسع في تفسيره باعتباره استثناء وارد على خلاف الأصل ، وهو حرية العمل (6) . وإذا إعتري هذا الشرط أي شك وجب تفسيره لمصلحة العامل المدين بالالتزام الذي وضع الشرط ضد مصلحته ، وهذا يتماشى مع نص المادة 112 من مدني جزائري على اعتبار أن العامل هو المدين بالالتزام . مع العلم أن المشرع الجزائري لم يفصل في أحكام هذا الشرط مقارنة ببعض التشريعات العربية الأخرى ، التي نظمته بنصوص خاصة في قانون العمل زيادة عن النصوص العامة الواردة في القانون المدني .

5- Cass. Soc. 16 oct 1958. Bull. Soc. 1958 - 1 - 791.

Cass. Soc. 2 fév 1966. Bull. Soc. 1966- 4- 109.

2- في لبنان قضى ببطالان شرط عدم المنافسة رغم تحديد مدة الشرط بسنتين.

محكمة استئناف بيروت ، بتاريخ 11 أوت 1960 ، قرار رقم 1403 ، مجموعة حاتم ، ج 43 ، ص 30..

3- قضى في لبنان أنه لا يوجب توفر الشرطين معا (المكان والزمان) ، وإنما يكفي أحدهما .

تميز لبناني ، بتاريخ 9 جويلية 1963 ، قرار رقم 73 ، مجموعة حاتم ، ج 51 ، ص 42 .

وقضى في المغرب ببطالان الشرط الذي يمنع العامل بعدم المنافسة في كامل أنحاء المملكة المغربية . لما فيه من مساس بحرية العامل . حكم الدار البيضاء الابتدائي ، بتاريخ 10 فيفري 1933 .

أورده : د/ أحمد شكري السباعي : " الأسس القانونية للمنافسة غير المشروعة " ، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية ، العدد 7 ، سنة 1984 ، ص 06 .

4- يتعين أن يتم إثبات الشرط كتابة دائما سواء كان عقد العمل من العقود الخاضعة للقانون المدني . أم من العقود الخاضعة لقانون العمل . مع الفرق هنا هو أن رب العمل هو وحده المقيد بالدليل الكتابي ، في حين أن العامل يجوز له نفي هذا الشرط ، مادام في غير صالحه ، وذلك بكافة طرق الإثبات .

للمزيد حول موضوع الإثبات ، ينظر : رسالتنا بعنوان " نظام الإثبات في منازعات العمل و الضمان الاجتماعي " .

5- ينظر في عرض هذه الآراء : أ / علي يحي آل زمانان : " التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل - دراسة مقارنة في القانونيين المصري والسعودي " ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، سنة 2004 ، ص 110 وما بعدها .

6- د/ توفيق حسن فرج : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 291 .

كما ينبغي أن يفسر كذلك عند الشك لمصلحة العامل⁽¹⁾ ، مادام أن العامل هو الطرف المدعى . وهذا ما ذهب إليه القضاء المقارن حينما قصر منع العامل من منافسة رب العمل بعد تركه العمل عنده على الحالات التي ينافس فيها العامل رب العمل ، حين يعمل في النشاط ذاته ، مستقلا ، لا بوصفه عاملا لدى غيره من أصحاب العمل⁽²⁾ .

وفي ذلك يقول الدكتور جلال العدوي⁽³⁾ : " إذا قام شك حول عبارة معينة في العقد ، وثار التساؤل عما إذا كانت تتضمن التزام العامل بعدم المنافسة أن تتضمن إباحة هذه المنافسة . فيجب صرف العبارة إلى الإباحة ، فإذا اتفق على حظر إنشاء مشروع منافس اقتصر الحظر على هذا النطاق دون أن يمتد إلى منعه من الالتحاق لدى أصحاب أعمال آخرون في ذات عمله السابق .

ويعود مبرر هذه القاعدة إلى أن الأصل هو حرية العامل بعد انتهاء عقده في أن ما يمارس مهنته وفق اختياره الكامل ، فإذا قيدت حريره بمقتضى الاتفاق ، فإن هذا القيد يعد خلافا للأصل ، ويجب بالتالي عدم التوسع في تفسيره .

ويرى بعض الفقه أنه إذا لم يتبين من الاتفاق مدى المنع ، و ما إذا كان يشمل قيام العامل بالعمل لدى مشروع منافس فضلا عن إشراكه في تأسيس مثل هذا المشروع ، وجب تفسير الاتفاق بأنه لا يحظر سوى إنشاء مشروع منافس دون حظر الالتحاق لدى أرباب عمل آخرين⁽⁴⁾ .

كما قضى في ذات المعنى أنه إذا كان الشرط قد تحدد بحالة انتهاء العقد اختيارا من جانب العامل ، فلا يجوز تطبيقه في حالة الإنهاء التعسفي من جانب رب العمل⁽⁵⁾ .

كما قضى بأنه في حالة النص على منع مدير إحدى المنشآت من أن يؤسس أو يستغل أو يدير مباشرة أو بطريق غير مباشر (في حدود 100 كلم وخلال 05 سنوات من تاريخ انتهاء عقد العمل) تجارة أو منشأة من ذات طبيعة نشاط رب العمل ، فإن مثل هذا الشرط لا يمنح المدير المذكور من أن يشغل منصب المدير الفني في شركة ذات نشاط مماثل⁽⁶⁾ .

ويبدو لنا من الأحكام السابقة أن مبدأ التفسير الضيق يمكن أن يمتد إلى المنافس الذي يشمل الحظر . ويظهر هذا التوجه أيضا في تفسير الاتفاقيات الجماعية للعمل .

حيث قضت الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 5 مارس 1986 بإلغاء حكم قرر إبطال هذا الشرط لعدم تحديد التعويض المذكور ، وذلك استنادا إلى المادة 90 من هذا الاتفاق التي لم تقرر صراحة بطلان شرط عدم المنافسة عند عدم بيان المقابل المالي⁽⁷⁾ .

1- د/ همام محمد محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 338.

2- محكمة التمييز الكويتية ، قرار عمالي ، بتاريخ 19 نوفمبر 1984 . ق.ق ، السنة 12 ، العدد الثالث ، شهر جوان 1988 ، ص 197 ، رقم 1984/24.

3- د/ جلال العدوي و د/ عصام سليم : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 295 .
وفي نفس المعنى : د/ لبيب شنب : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 158.

4 - د/ محمد لبيب شنب : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، رقم 105.

5- Req.7 juin 1928. Gaz .Pal . Tom 2. p 443

6 -Ap. Lyon. 31 dec 1967. Dalloz. 1969 . p 25

7 - Cass. Soc. 5 mars 1986 . Bull. Civ, V, n °56 . p 95.

ويتضح من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي يميل إلى تفسير الأحكام الأمرة للاتفاقات الجماعية على نحو ضيق ، في حين كان مقتضى اتفاق جماعي (المادة 91 أن جميع عقود العمل التي تقرر شرطا بعدم المنافسة ، يجب أن تتضمن في المقابل تعويضا لصالح العامل المفصول ، فإنه مع ذلك لم تقضي محكمة النقض ببطلان عقد العمل الذي لم يتضمن تعويضا للعامل .

ونرى أنه لا يجوز الانسياق خلف إغراء التفسير الضيق إلى حد التزمت في مواجهة مصالح رب العمل السابق . فصحيح أن مبدأ حرية العمل مبدأ أساسي ، ولكنه لا يجوز أن يطبق بطريقة تتحرف به عن هدفه ، وبالتالي لا يجوز أن ينتهي إلى الإضرار البالغ بمصالح المؤسسة السابقة .

ولهذا اتجه جانب آخر من القضاء إلى التركيز على الغاية التي من أجلها وضع شرط عدم المنافسة وإلى محاولة الحرص عليها ، لاسيما بحظر ممثلي وعمال الشركات التجارية وشركات التأمين بتمثيل شركات أخرى يقتضي منعه من إنشاء شركة جديدة أو أن يشترك في إدارتها ، لأن القول بالعكس يؤدي إلى الانحراف بالشرط عن غايته .

ومن هذا القبيل أيضا ما يثيره بعض الفقه المصري (1) في صدد تفسير ما ذهب إليه المادة 686 من القانون المدني المصري من جواز الاتفاق على منع العامل من أن " يشترك في أي مشروع " ، فإذا أدرجت هذه الصيغة في الاتفاق فهل يقتصر أثرها على حظر الدخول شريكا في مشروع منافس أم يمتد إلى صور أخرى من المساهمة كالتعاقد على القيام بعمل ما .

ويرى البعض (2) أن الحرص على فعالية الشرط بما يحقق الهدف منه يقتضي أن ينصرف الاشتراك إلى مساهمة العامل في المنافسة سواء بصفته شريكا أو بصفته عاملا . ويؤكد هذا التفسير أنه يتفق مع الحماية الفعالة التي فرضها المشرع لأسرار العمل ، حيث فرض على العامل عدم افشائها حتى بعد انقضاء فترة العقد ، و بذلك يكون من المناسب أن ينصرف لفظ " يشترك " إلى كافة صور مساهمة العامل في مشروع منافس سواء كشريك أو كعامل (3) ، وأن النص الفرنسي للمادة 686 فقرة أولى مدني استخدم لفظ (prendre parte) . وهو لفظ يغطي كافة صور المساهمة السالف ذكرها (4) .

ويرى بعض الشراح على أن المقصود بعدم منافسة العامل لرب العمل (5) تشمل حالة ما إذا ساهم العامل في مشروع منافس لرب العمل بوصفه شريكا في المشروع الجديد ، كما قد تشمل حالة اشتراك العامل بوصفه عاملا لا شريكا ، لأن لفظ " يشترك " الوارد في المادة 684 مدني مصري يفسر بمعنى المساهمة ، سواء بمقتضى عقد شركة أو بمقتضى عقد عمل .

1 - د/ إسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، رقم 124 .

2 - د/ محمود جمال الدين زكي : " الوجيز " ، المرجع السابق ، رقم 142 .

3 - د/ إيهاب حسن إسماعيل : شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، رقم 118 .

4 - د/ إيهاب حسن إسماعيل ، نفس المرجع والموضع السابقين .

5- ينظر: د/ أنور العمروسي : " العقود الواردة على العمل في القانون المدني " ، منشأة المعارف ، سنة 2003 ، ص 260 .

ونعتقد على ضوء ما سبق أن المسألة لا تقبل صياغة مبادئ عامة صارمة (1) ، وأن على القاضي ، في كل حالة على حدة ، أن يفسر الشرط مراعيًا بصفة عامة التفسير الضيق ولكن أخذًا في الاعتبار أيضا روح الاتفاق وما انصرفت إليه النية المشتركة لطرفيه (2) . وقد كشفت أحكام النقض الفرنسي عن معاني تتفق مع هذا التوجيه الأخير في صدد مسألة أخرى لا تتعلق بالتفسير مباشرة و لكنها تتعلق بموضوع مجاور يحكمه اعتبار التخفيف على العامل هو موضوع استخلاص تنازل رب العمل على التمسك بالشرط إذا توافرت ظروف تؤدي إلى إفادة ذلك بطريقة ضمنية (3) .

ففي فرنسا يضاف إلى شهادة نهاية الخدمة التي تعطى للعامل تعبير إعتاد عليها أرباب العمل وهي (Libre de tout engagement) خال الطرف من كل التزام . وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان هذا التعبير إخلاء طرف العامل من كل الالتزامات بما في ذلك الإلتزام بعدم المنافسة (إن وجد) ؟

ففي قضيتين متشابهتين خالف العامل مقتضى الإلتزام الصريح بعدم المنافسة بحجة أن شهادة نهاية الخدمة تضمنت العبارة السالفة الذكر، وعند النظر في دعوى رب العمل ضد العامل ادعى هذا الأخير أن العبارة المذكورة تعني تنازلا من جانب رب العمل عن التمسك بشرط عدم المنافسة.

في القضية الأولى: انتهت محكمة الموضوع إلى أن تعبير إخلاء الطرف لا يعني إطلاقا تنازل رب العمل عن التمسك بشرط عدم المنافسة بل يفيد فقط تقرير انتهاء عقد العمل . وعند عرض الموضوع أمام محكمة النقض انتهت إلى إقرار وجهة نظر محكمة الموضوع على اعتبار أن المسألة لا تخرج عن البحث في نية الأطراف لتقدير مدى المعنى المقصود من عبارة إخلاء الطرف (4) .

وفي القضية الثانية: استخلص قاضي الموضوع ، عن عكس الحكم السابق ، إن عبارة إخلاء الطرف تفيد إعطاء العامل كامل الحرية في ممارسة نشاطه بغير التزام بشرط عدم المنافسة .

وعند عرض الموضوع على محكمة النقض أيدت بدورها محكمة الموضوع على أساس أن ما انتهت إليه هذه الأخيرة لا يحمل أي تحريف لعبارات شهادة نهاية الخدمة (5) . ويبدو مما سبق أن محكمة النقض قد وضعت المشكلة في إطار البحث عن نية الأطراف في كل حالة على حدة ، وبالتالي كان لا بد أن يدخل البحث فيها في اختصاص قاضي الموضوع وإن انتهى إلى حلول تختلف من حالة إلى أخرى . ويلاحظ من الناحية العملية أن شرط عدم المنافسة قد يقترن ببند جزائي مبالغ فيه ، بقصد استبقاء العامل في خدمة رب العمل إلى مدة أطول من المدة المتفق عليها .

1 - راجع في اتجاه التفسير الواسع :

Cass. Soc. 19 dec 1966. Dalloz. 1968. p 199.

2 - ينظر أ/ علي يحي آل زمانان : " إلتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل... " ، الرسالة السابقة الذكر ، ص 115 .

3 - Cass. Soc. 21 nov 1958 . Bull. Civ 1958- . 4 -1299..

4 - Cass. Soc . 24 oct 1960 . J C P .1960. 4 -168.

5- Cass. Soc 3 janv 1964. J C P .1964. p1351.

وفي هذه الحالة يجوز ، برأينا ، تدخل القاضي بتطبيق القواعد العامة للشرط الجزائي المنصوص عليها في القانون المدني (1) ، وذلك بتخفيضه إذا كان مبالغ فيه كونه يعد عقوبة خطيرة على العامل ، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم ببطلانه إلى جانب بطلان البند الجزائي المرفق به ، وبهذا يتخلص العامل نهائيا من هذا القيد .
وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة نجد أن القانون المدني المصري قد تضمن حكما في هذا الإطار جاء في صلب نص المادة 687 جاء فيه :

" إذا انفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها ، كان هذا الشرط باطلا وينسحب باطلا ، وينسحب بطلانه أيضا إلى شرط عدم المنافسة في جملته " (2) .

وهذا النص يتلاءم مع القواعد العامة إذ يترتب على بطلان الالتزام التبعي بطلان الالتزام الأصلي . فالشرط الجزائي ليس إلا التزاما تابعا للالتزام الأصلي وهو التزام عدم المنافسة .

أما متى اعتبر الشرط مبالغا فيه فهذه مسألة ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ، من خلال ربطه مقدار التعويض بمدى الضرر الذي يصيب صاحب العمل .
ونشير هنا إلى أن الاختصاص القضائي بنظر النزاع المتمحور حول ما إذا كان العامل نافس رب العمل منافسة غير مشروعة أم لا ؟
فإنه يعود للمحاكم العمالية إذا كان النزاع أثناء تنفيذ عقد العمل . أما إذا كانت المنافسة غير المشروعة لم تبدأ إلا بعد انتهاء العقد ، ولم يكن هناك بند يمنع العامل من المنافسة فإن المحاكم العادية هي التي تختص بنظر النزاع (3) .

د- بالنسبة لشرط التحكيم في عقود العمل :

قد يتفق أطراف علاقة العمل على إدراج بند يقضي بوجود اللجوء إلى التحكيم كحل وحيد لحل المنازعة عن نشأت بينهما مستقبلا . فما هو حكم هذا الشرط ؟ وكيف يمكن تفسيره ؟

إن العامل يطمئن أكثر إلى قاضيه الطبيعي طبقا للدستور الذي يكفل حق التقاضي واعتباره حق مصون و موفور للناس كافة ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي والمنطقي أن العامل يطمئن إلى قاضيه الطبيعي هذا الذي حدده القانون (4) .

1- نظم المشرع الجزائري للشرط الجزائي في ثلاث مواد هي : المادة 183 و 184 و 185 من القانون المدني .
2- ويلاحظ أن القانون المصري لم يكتف بقواعد قانون العامة ، و إنما أدرج قواعد عامة خاصة بالعقود الواردة على العمل . وهذا هو الحال في القانون الأردني والسوري (المادة 653 مدني) والعراقي (المادة 911) والليبي (المادة 686) والسوداني (المادة 562) ، واليمن (المادة 799 مدني) ، والأردني (المادة 819 مدني) .
3- ينظر د/ صلاح محمد أحمد : " التزام العامل بالأمانة والإخلاص " ، البحث السابق الذكر ، ص 137 .
وقد استشهد في الهامش رقم 444 بعدة قرارات لمحكمة النقض الفرنسية حول هذه المسألة منها :
قرار صادر بتاريخ 17 جوان 1960 ، و آخر بتاريخ 22 أكتوبر 1969 .
4- لم يدرج الدستور الجزائري نصا صريحا بشأن حق التقاضي بخلاف الدستور المصري النافذ (المادة 66) .

ولذلك نرى أنه لا يجوز اعتبار شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد عمل بين صاحب العمل وأحد عماله شرطا صحيحا ، بل هو شرط باطل بطلانا نسبيا لمصلحة العامل بوصفه متمتعاً بحماية القواعد الحامية له كطرف ضعيف تلك القواعد التي تحميه بوصفه من الضعفاء الذين تسبغ قواعد النظام العام الاقتصادي والاجتماعي حمايتها عليهم بحقوق مقررة لمصلحة المرء منهم ، بحيث لا يجوز النزول من الطرف الضعيف نزولا مسبقا عن نشوء الحق وثبوته في ذمته ثبوتا يجعله مستحقا له . إنما الذي يحق له إثارة هذا البطلان هو الطرف الضعيف ، أي العامل هنا بحكم كونه قد كفل له المشرع حقا له هو من النظام العام الاقتصادي والاجتماعي ، فحق التمسك بالبطلان النسبي مقرر لمن شرع لمصلحته . ويعتبر شرط التحكيم شرطا مخالفا لقاعدة في هذه التشريعات الحامية للعامل بوصفه طرفا ضعيفا ، وهو ليس شرطا أصلح للعامل وفقا لمعايير قانونية ليست نسبية ، أي لا تختلف من عامل إلى آخر ، ومن ثم تخضع لرقابة محكمة النقض (1) .

ثالثا - تفسير عقد العمل المشترك :

تحتل الاتفاقية الجماعية أو عقد العمل المشترك كما تسمى مكانة هامة في قانون العمل المعاصر . فهي من الوسائل والأدوات التنظيمية الحديثة لعلاقات العمل ، ومصدر من مصادر قانون العمل (مصدر مهني) .

وتعد الإتفاقيات الجماعية أداة قانونية لتجنب انفراد الدولة بتنظيم العلاقات المهنية ، وتقنية لتعديل الكفة بين العمال وأرباب العمل ، وبهذا فالإتفاقية الجماعية تسهم في إضفاء الصبغة السلمية على العلاقات المهنية وتضمن لقانون العمل ما يحتاج إليه من فاعلية وجدوى في التطبيق .

وإذا كانت الاتفاقية الجماعية أداة لتحقيق السلم الاجتماعي أو الحد من النزاعات بين العمال وأرباب العمل ، فإن هذا لا يمنع أن تنشأ عنها خلافات تتعلق بصحتها أو تطبيقها أو تأويلها ، وغالبا ما تكون النزاعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية في ارتباط وثيق ، بل تداخل ، مع النزاعات المتعلقة بتأويل أحكامها ، ذلك أن حسن تطبيق الاتفاقية يقتضي سلامة تأويلها . من هنا تتبين الأهمية العملية لتدخل القاضي قصد تأويل الاتفاقية الجماعية ، و تتدعم هذه الأهمية من الناحية النظرية باعتبار ما يترتب على هذا الموضوع من انعكاسات على مستوى تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية الجماعية .

ومن البديهي أن التفسير يصبح لا مبرر له وغير ذي جدوى طالما كانت إرادة واضعي الاتفاقية (نقابة العمال ورب العمل) واضحة لا لبس فيها ، وعلى العكس من ذلك ، بقدر ما يكون النص غمضا أو معيبا بقدر ما تبرز الحاجة لتدخل القضاء لممارسة سلطته التأويلية قصد تحديد محتواه أو إكمال النقص الذي يعتريه ، وهو في كل ذلك مطالب بأن يجتهد ويبدع ، فيثري الأحكام القانونية ويسهم في تطويرها ، بما يجعلها متماشية مع تطورات المجتمع .

1- تعريف الاتفاقية الجماعية وطرق إبرامها :

من المناسب هنا أن نتعرض ولو بإيجاز لمفهوم الاتفاقية الجماعية وخصائصها وطرق إبرامها ، لأن ذلك يفيدنا في فهم أساليب وعناصر تفسيرها عند أي غموض بشأنها .
فبداية عرّف الفقه الاتفاقية الجماعية بأنها : " اتفاق ينظم بمقتضاه شروط العمل بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال ، أو اتحاد نقابات العمال أو بين واحد أو أكثر من نقابات أصحاب العمل الذين يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك النقابات " (1) .
وهو نفس التعريف الذي ذهب المشرع الجزائري (2) ، كما ذهبت إليه غالبية التشريعات العمالية العربية (3) .

وغالبا ما تسبق الاتفاقية الجماعية أو الإتفاق الجماعي مفاوضات جماعية (4) .
وتطبيق الاتفاقية لا يشترط ، من حيث المبدأ ، رضا العامل بشأنها ، إذ تكفي موافقة النقابة عليها ، كما أنه لا يشترط عضوية العامل في النقابة حتى يستفيد من مزايا الاتفاقية الجماعية .

فالعامل من حقه التمسك بتطبيق بنود الاتفاقية الجماعية إذا تضمنت إمتيازات إضافية أو وجد فيها ما هو أصلح له مقارنة بعقد العمل الفردي ، بغض النظر هل هي سابقة على عقد العمل الفردي أو لاحقة له .

كما قد يلجأ هذا العامل إلى القضاء للمطالبة باستبعاد تطبيقها عليه ، أو استبعاد أحد بنودها إذا كانت تتضمن شروطا أقل نفعاً من تلك التي يرتبها عقد العمل ، لاسيما فيما يخص الأجر ومدة العقد والمكافآت من أي نوع كانت .

ولهذا يرى البعض أن الاتفاقية الجماعية تصنف ضمن عقود الإذعان ، لأنها قد تسري على العمال حتى ولو لم يفتنعوا بها أو أظهروا عدم رضاهم بها ، أو رفضوا تطبيقها كلية ، وقد يكون لها أثر إيجابي عليهم (5) .

1- د/ محفوظ بن حامد لعشب : " عقد الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 24 .
نقلا منه عن د/ عبد المنعم البدر اوي : " النظرية العامة للالتزامات " ، المرجع السابق ، ص 115 .
2- يميز المشرع الجزائري بين الاتفاقية الجماعية والاتفاق الجماعي . فبعد أن عرف المشرع الإتفاقية الجماعية في المادة 114 فقرة أولى من قانون 11/90 (المعدلة والمتممة) لجأ في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى تعريف الاتفاق الجماعي وهذا يعني أن الاتفاقية الجماعية أوسع نطاقا من الاتفاق الجماعي . وفي كليهما اشترط المشرع الجزائري الكتابة (وليس الرسمية) على عقد العمل الذي لم يشترط الكتابة أو صياغة معينة .
3- ينظر المادة 152 من قانون العمل المصري الموحد ، والمادة 104 من مدونة الشغل المغربية .
4- يعرف د/ أحمد زكي بدوي المفاوضات الجماعية بأنها : " هي الوسيلة التي يتم بمقتضاها الاتصال و التفاهم و تبادل وجهات النظر بين ممثلي العمال والمستخدمين والتي تسفر عن اتفاق بين طرفي علاقة العمل على إبرام اتفاقية جماعية أو عقد عمل مشترك " .

5- يقول د/ عبد السلام شعيب أن : " عقد العمل الجماعي له طبيعة نظامية أمرة إلى جانب طبيعته التعاقدية ، وهو جزء من الانتظام (النظام) الذي يستهدف حماية الأجراء ، فلا تجوز مخالفته إلا لمصلحة هؤلاء ، ثم أنها تترك أثرا قانونيا على علاقات العمل الفردية ، أنها تحل فيها وتنظمها من جديد ، وترفع عن كاهلها كل أسباب الحيف التي قد تلحق العامل عند إبرامه عقد العمل الفردي نتيجة تفوق رب العمل الإقتصادي والقانوني ، وتعيد لعلاقات العمل التوازن ، وتعتبر من هذه الناحية كالقانون بعنصره المادي " .

بحث بعنوان : " علاقات العمل الفردية والعقود الجماعية " ، مقدم للمعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل ، ندوة الجزائر ، سنة 1979 ، نشر وزارة الشباب والرياضة ، سنة 1981 ، ص 103 .

ويمكن لعامل ما إذا كانت له فيها مصلحة شخصية أن يلجأ إلى القضاء الاجتماعي بشأن تفسيرها أو تنفيذها أو تفسير أو تنفيذ أحد البنود الواردة فيها ، والتي قد يكون مرغما إلى الانصياع لها ومذعنا في قبولها ، وهو الحق المخول أيضا لنقابات العمال ونقابات المستخدمين (1) .

2- تحديد طبيعة الاتفاقية الجماعية للعمل وتأثيره على قواعد التفسير :

طرح تساؤل عن كيفية تأويل الاتفاقية الجماعية للعمل أو عقد العمل المشترك كما يسمى أيضا . هل ينظر إليها من زاوية أنها عقد مدني ، بحيث يبقى تفسيرها موكولا لاجتهاد قضاة الموضوع باعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة تهم الواقع أكثر من القانون أم نتناوله من زاوية أن الاتفاقية الجماعية نص تنظيمي ، ويكون تفسيره بالتالي خاضعا لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانون ؟

في هذا الشأن انقسم الفقه إلى اتجاهين :

فهناك اتجاه أول يرى بأن الاتفاقية الجماعية عقد كغيره العقود ، كل ما في الأمر هو تعدد أطرافه لا غير ، ومن ثم فإن يسوغ تفسيرها كغيرها من العقود ، ويرجع لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك ، إلا في حالة تشويه بنودها الواضحة والمحددة بدقة ، فهنا من اللازم تدخل محكمة النقض (2) .

في حين هناك اتجاه ثاني ، وهو الراجح في الفقه الفرنسي ، يرى بأنه هذه العقود ذات طبيعة لائحية أكثر منها تعاقدية ، ودعوا إلى استبعاد هذه الإتفاقات من مجال العقد (3) .

فالعقود الجماعية ، إذ تنشئ مراكز قانونية منظمة ، فكل هذه العقود هي عبارة عن قاعدة أو اتحاد قانوني اتفاقي ، وبالتالي تفسر كما تفسر القاعدة القانونية لا كما يفسر العقد .

وكما يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري أن عقود العمل الجماعية أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهي على كل حال تنشئ مراكز قانونية منتظمة ، رغم أن الفرد (العامل) قد يقبلها ولم يكن طرفا فيها . ولا يمكن له الانخراط في عقد عمل فردي مستقل عن نصوص العقد الجماعي ، وهذا خروج بيّن عن القواعد المدنية (4) .

ومن تطبيقات تفسير الاتفاقية الجماعية ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حين نقضت حكما أضاف شرطا غير منصوص عليه أصلا في الاتفاقية الجماعية ، وهو ما يسمى التشويه عن طريق الضم (5) .

وتسير محكمة النقض الفرنسية نحو هذا الاتجاه الأخير برقابتها المتواصلة على قضاة الموضوع بشأن تفسير بنود الاتفاقية الجماعية ، كثيرا ما نقضت أحكام بهذا الشأن مستهدية في ذلك بمبادئ تفسير ذات طبيعة تقارن بمبادئ استخدمتها بالنسبة إلى أحكام القانون .

1- ينظر نص المادة 128 من قانون العمل الجزائري رقم 11/90 .

2- Cass. Soc. 6 nov 1942 . Gaz. Pal .1943 . 2 . 6220

3- ينظر جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني ، نسخة مترجمة ، فقرة 17 ، ص 30 .

4- الفقيه العلامة السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 244 .

ينظر : د/ محمد حسين عبد العال : " الاتجاهات الحديثة لفكرة لنظام العام " ، المرجع السابق ، ص 107 ، هامش 7 .

5- Cass. Soc. 5 mars 1988 . Bull . Civ. 1988 - 5- 277 . p 183 .

ولا تفرق محكمة النقض بين أن تكون الاتفاقية الجماعية (أو الاتفاق) ممتدة أم لا ،
فذلك لأن الرقابة المباشرة التي تجريها هي رقابة ذات طبيعة موضوعية ، لا ينظر فيها إلى
إرادة الأطراف (1) .

كما تمسكت محكمة النقض في أحكام حديثة بهذه المبادئ التي أصبحت مستقرة اليوم
بنقض أحكام بدون العودة إلى بند في اتفاقية جماعية ، وبالحكم بأن قضاة الأساس انتهكوا
"النص المشار إليه أعلاه" (2) .

ويذهب الرأي الراجح فقها وقضاء إلى أن محكمة النقض تراقب تفسير الاتفاقية
الجماعية بصفة كاملة ، سواء أثيرت المسألة أمامها من قبل الخصوم ، أو تعرضت لها
المحكمة من تلقاء نفسها في إطار تفسيرها للاتفاقية .

ولا يتردد الفقه أحيانا في القول بأن الاتفاقية الجماعية تعد من النظام العام ، فتصبح
بمثابة القانون الذي يتضمن أحكاما أمرية ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها وعدم التقيد بها أو
تعويضها بأحكام مغايرة صلب عقد الشغل إلا إذا كان ذلك من أجل إقرار بنود أكثر نفعاً
للعامل ، تطبيقاً لفكرة النظام العام الاجتماعي .

وسنتناول لاحقا حالات التفسير التي تصدم بوجود اتفاقية جماعية متناقضة في أحكامها
مع عقد عمل فردي ، أو مع اتفاقية جماعية أخرى ، أو مع قانون العمل ذاته ، أو مع أي
نص تنظيمي ؟

وبالنسبة لنظرة المشرع الجزائري للاتفاقية الجماعية ، فيظهر من تفحص بعض
النصوص القانونية أن مشرعنا يعامل الاتفاقية الجماعية معاملة مميزة أقرب منها للنصوص
القانونية ، حيث نص أعلى وجوب إشهار الاتفاقية الجماعية من أجل إعلام الغير بها لاسيما
المكلفين بأحكامها ، وقبل ذلك نص على وجوب تسجيلها لدى مفتشية العمل بغية ممارسة
الرقابة الإدارية عليها ، ثم على وجوب إيداعها والتأشير عليها من طرف كتابة الضبط
المحكمة بغية ممارسة الرقابة القضائية الشكلية عليها (3) .

وبعد دخولها حيز التنفيذ نص المشرع على جواز أخذ العمال لنسخة منها ، زيادة على
تعليقها في موضع متميز عند كل مكان ظاهر للعمال .

1- Cass. Soc . 6 Fev 1976 . Bull. Civ . 1976- 2- 18481. p 3. note. Groutel .

Cass. Soc. 2 juin 1975. Dr. Soc .1976. p 472.

2-Cass. Soc 18 avr 1982 . Bull . Civ 1982- 5- 280. p 166.

Cass. Soc. 19 oct 1988. Bull . Civ.1988 - 5- 509. p 330.

Cass. Soc. 20 oct 1988. Bull . Civ . 1988- 5- 541. p 348.

Cass. Soc. 22 juin 1988. Bull . Civ. .1988- 5- 375. p 243.

Cass. Soc . 4 oct 1989 . Dr. Soc .1990. p 17.

Cass. Soc. 6 avr 1990. Bull .Civ. 1990- 5- 163. p 98.

Cass. Soc. 13 mars 1991. Bull . Civ.1991- 5-132 . p 83.

Cass. Soc. 7 oct 1992. Bull .Civ.1992-5-504. p 319.

Cass. Soc. 13 juill 1993. . Bull .Civ. 1993-5- 213. p 145.

3 - ينظر المادة 119 قانون علاقات العمل الجزائري بخصوص وجوب إشهار الاتفاقيات الجماعية .
والمادة 152 بخصوص مخالفة إجراء التسجيل والإشهار والإيداع ، حيث فرض المشرع غرامة مالية من 100 دج
إلى 4000 دج .

والأكثر من ذلك نجد أن القانون السابق (الأمر رقم 31/75) ، كان ينص على إجبارية نشرها كاملة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (1) ، وهذا هو الأمر كان ولازال معمول به في فرنسا لغاية الآن .
وفضلا عن ذلك ، نص على عقوبات جزائية عن مخالفتها أحكام الاتفاقية الجماعية قياسا على مخالفة قواعد قانون العمل الآمرة (2) ، سواء ارتكبها العامل أو رب العمل ، وهو أمر غير مألوف في العقود ، وهو ما لا يمنعنا من القول بأن تفسير الاتفاقية يجري هو الآخر كما يجري تفسير القانون .

رابعا- تطبيقات قواعد التفسير فيما يتعلق بالنظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة:

النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن وقواعد الانضباط ، من تحديد للأخطاء المهنية والجزاءات التأديبية المناسبة لها ، وإجراءات التنفيذ (3) ، وهي كلها جزء من شروط العمل ، وإن كانت لا تنسم بالطابع الفردي وإنما الجماعي بخلاف عقد العمل ، لهذا عادة ما يطلق عليه بعقد العمل الفردي ، تمييزا له عن عقد العمل الجماعي .
ويشكل النظام الداخلي للمؤسسة أو لائحة تنظيم العمل كما تسمى من أهم المصادر التي يتميز بها عقود العمل ، وكذا عقود الوظيف العمومي ، عن غيرها من العقود الأخرى .
وعادة ما توجه أحكام النظام الداخلي إلى مجموع العمال ، لذا فهي تشكل في غالبيتها نزاعا جماعيا بين نقابة العمال ورب العمل الذي ينفرد لوحده بوضع النظام الداخلي دون موافقة العمال ، وحتى لجان المشاركة التي نص المشرع على استحداثها داخل المؤسسات المستخدمة التي لا تمارس سوى دورا استشاريا غير مؤثر (4) ، وحتى رقابة المحكمة حين المصادقة على النظام الداخلي قد تبدو غير كافية للحد من تعسفات رب العمل (5) .

- 1- المادة 100 من أمر 31/75 المتعلق بتنظيم علاقات العمل في القطاع الخاص نصت على وجوب نشر الاتفاقيات الجماعية ذات الصبغة الوطنية في الجريدة الرسمية ، كما سمحت المادة 87 للطرف الذي يعنيه الأمر بأخذ نسخة منها على حسابه .
- 2 - نصت المادة 153 من قانون علاقات العمل الجزائري أنه : "تعتبر كل مخالفة لما نصت عليه الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية من مخالفات تشريع العمل ويعاقب عليها طبقا لأحكام هذا القانون ." .
وهو نص فريد من نوعه لا وجود له في أي تشريع عربي؟؟؟
- 3- بالنسبة لقواعد الانضباط ، فيقتصر الأمر على وضع عقوبات الدرجة الأولى والثانية فقط ، أما بالنسبة للأخطاء الجسيمة المفضية إلى الفصل أو التسريح التأديبي دون إخطار وتعويضات ، فقد كانت في السابق من اختصاص أرباب العمل ، قيل قانون 21/ 91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ، المعدل والمتمم لقانون العمل ، ولكن ظهر أنها هناك تعسفات كبيرة من جانب أرباب العمل ومبالغة في تكييف الأخطاء المهنية ، مما جعل المشرع يتراجع عن ذلك ويتولى بنفسه مهمة تحديد وتكييف الأخطاء المعنية الجسيمة على سبيل الحصر في المادة 73 من قانون العمل .
ينظر المادتين 73 و77 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 .
فضلا عن حالات أخرى وردت في قانون 02/90 المتعلقة بممارسة حق الإضراب (المادتين 36 و 41) .
ينظر المادتين 73 و77 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 .
- 4- ينظر المادة 94 وما بعدها من قانون علاقات العمل الجزائري المعدل والمتمم .
- 5- ينظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية بتاريخ 15 فيفري 2000 ، ملف رقم 187218 ، م . ق ، سنة 2001 ، العدد الثاني ، ص 198 .
وقرار نفس الغرفة بتاريخ 13 جويلية 2004 ، ملف رقم 293698 ، م . ق ، سنة 2004 ، العدد الثاني ، ص 203 .

ونشير في البداية إلى ذلك الاختلاف الفقهي الذي ثار بشأن تحديد الطبيعة القانونية للنظام الداخلي ، وهو ما انعكس على تحديد دور القاضي في التفسير ، ومدى رقابة جهة النقض على ذلك .

الرأي الأول : يرى بأن النظام الداخلي له طبيعة عقدية ، وهو اتفاق مكمل لعقد العمل .

ويترتب على هذا الري نتائج مهمة وهي :

أن محكمة الموضوع يكون لها أن تعدل الشروط التعسفية المدرجة في النظام الداخلي ، وأن تفسيره يتم كما يتم الأمر بالنسبة لعقد العمل (1) .

وأن محكمة النقض لا يكون لها رقابة على محكمة الموضوع في تفسيرها لنظام العمل إلا في حدود رقابتها على تطبيق قواعد التفسير (2) .

وأن التعديل في النظام الداخلي لا يلزم العمال الذين التحقوا بالعمل قبل هذا التعديل إلا إذا كان صالحا لهم ، أو ارتضوه صراحة أو ضمنا .

والرأي الثاني : يعتبر أن النظام الداخلي ذو طبيعة لائحية ، وفيها تظهر سلطة صاحب العمل في الإدارة والتوجيه بصورة مكتوبة .

وهذا يجعل محكمة النقض تبسط رقابتها على تفسير هذا النظام نظرا لعموميته وعدم تعلقه بحالة خاصة .

وهناك رأي ثالث وسط يرى بأن النظام الداخلي ذو طبيعة مزدوجة تعاقدية- لائحية .

وسنعرض لاحقا لمسألة للحلول التفسيرية المقترحة فقها وقضاء عند التعارض بين أحكام النظام الداخلي وبنود العقد ، وبين أحكام النظام الداخلي وأحكام القانون .

1 - د/ أكتّم الخولي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 167 ، ص 298 و 299.

2 - ديران و جوسو : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 116 ، ص 148.

الفرع الثاني : العناصر المعتمدة من القاضي الاجتماعي في تفسير عقود العمل

سبق وأن تعرضنا للقواعد العامة لتفسير العقود ، ورأينا أن المشرع وفر للقاضي مجموعة من العوامل الداخلية والخارجية يستهدي به في سبيل الوصول على فهم النية المشتركة لأطراف علاقة العمل من خلال بنود عقد العمل نفسها ، إذا كانت واضحة أو غير واضحة أو ظهر فيها شك .

وفي هذا الإطار لا يمكننا لا أن نعاود الحديث بإسهاب عن كل هذه العوامل ، ولكن سنعيد التذكير بها فقط ، مركزين على أهم تطبيقاتها لدى القضاء الاجتماعي .
مع الإشارة إلى أنه توجد قواعد تفسير أخرى تنفرد بها عقود العمل كمبدأ التفسير الأصلح للعامل . وهو ما سندرسه لاحقاً بكثير من التوسع .
وفيما يلي أهم العوامل المعتمدة في تفسير عقود وعلاقات العمل .

أولاً- العناصر المعتمدة من القاضي الاجتماعي في تفسير عقد العمل :

1- دور العرف في تفسير عقد العمل :

العرف لغة (1) : المعروف وهو خلاف النكر ، والعرف : ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم .

وإصطلاحاً : هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لم يوضع له في اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماع ذلك اللفظ .
فالعرف : ما يعرفه كل أحد ، والعادة : ما يتكرر معاودتها مرة بعد أخرى .

ويعد العرف عاملاً مهماً في تفسير عقود العمل وبيان عناصرها وشروطها وتحديد آثارها ، ويشترط فيه عنصر الاعتياد أو العادة ، بمعنى أن تكون للميزة الملزم بها صاحب العمل صفات ثلاث وهي :

أولها- الاستمرار: (التواتر) أي تكون قد استمرت فترة من الزمن كافية لتأكيد التزام صاحب العمل بها ، وتقدير هذه الفترة يخضع لتقدير القضاء ، حيث أن نظام العمل المعمول به حالياً قد خلا من تحديد المدة ، وإن كان شبه استقرار على اعتبار هذه المدة خمس سنوات ، والبعض يعتبرها ثلاث سنوات .

ثانيها- العمومية : أن تكون مقررة على عدد من العمال . ولا يشترط أن تشمل كل عمال المؤسسة أو أفراد المنشأة فقد تصرف لبعض الفئات كالمهندسين أو الفنيين أو الخبراء أو القيادات بالمؤسسة المستخدمة ، على أن يكون طالب الميزة هو من صرفت له من قبل .

ثالثها- الثبات : أي تكون هذه الميزة اكتسبت طابعاً من الثبات بحد أدنى منتظم والثبات لا يعني الجمود إنما يمكن أن تتقرر الميزة في صورة نسبة محددة من الأجر ، ومع ذلك تعتبر ثابتة ، رغم أن مقدارها يتغير بتغير الأجر وتظل محتفظة بوصفها كإحدى ملحقات الأجر في حدود النسبة المحددة به .

والعرف في مجال العمل غالباً ما يكون عرفاً خاصاً ومهنياً ومحلياً .

1 - ابن منظور: "لسان العرب" ، دار المعارف ، ج 4 ، ص 2896 .

وصفوة القول إن قيام صاحب العمل بصرف عمولة لبعض العاملين تتمثل في نسبة مئوية من الأرباح أو ثمن المبيعات وخلافه إذا توفرت فيها الصفات المشار إليها آنفاً وصرفت للعامل بالفعل أصبحت جزءاً لا يتجزأ من الأجر المستحق ومن ملحقاته ، ويتم على أساسها تحديد كافة مستحقات العامل التي نص عليها النظام .

والعرف في قانون العمل يعد مصدراً من مصادر القانون ، ليس فقط فيما لم يرد بشأنه نص تشريعي ، وإنما أيضاً فيما لا يخالف النصوص التشريعية المتعلقة بالنظام العام ، فمجرد وجود نص تشريعي منظم للعمل لا يحول دون الرجوع إلى العرف في حالتين (1) :

الحالة الأولى : إذا كان النص التشريعي يتضمن قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين ، فمادام يجوز لإرادة الطرفين أن تتفق على ما يخالف القواعد المكملة لإرادة الطرفين ، فإنه يجوز ، من باب أولى ، لإرادة الجماعة أن تتعارف على مخالفة هذه القواعد .

والحالة الثانية : إذا كانت القاعدة العرفية أفضل للعامل من القاعدة التشريعية الأمرة المقررة حماية له ، فالتعارف على ما هو أفضل للعامل أولى بالجواز من الاتفاق على ذلك . ويرجع ذلك إلى أن الاتفاق أو العرف الأفضل للعامل لا يعد مخالفاً للقاعدة الأمرة التي تقرر حماية للعامل .

ويراعى العرف في تفسير قواعد وعقود العمل ، الفردية منها والجماعية ، وخاصة عند تقدير القاعدة الأكثر سخاء للعامل ، حيث أن العرف في مجال العمل لا يلجأ إليه فقط في حالة الفراغ التشريعي ، بل إن العرف يطبق بالأولوية على تطبيق القاعدة التشريعية الأمرة في حال كونها أفضل للعامل (2) . كما يطبق لسد أي نقص في العقد تبعاً للقواعد العامة (3) . وبإمكان القاضي أن يثيره تلقائياً دون حاجة لطلب العامل (4) .

وفي مجال الكشف عن النية المشتركة لأطراف الرابطة العقدية العمالية ، فإن القاضي عادة ما يرجع إلى العرف في تفسير العبارات الغامضة في عقود العمل الفردية (5) منها والجماعية ، إذ أنه من المفروض أن المتعاقدين يعتمدانه في كل ما سكتا عن إيضاحه وتفصيله (6) .

1 - د/ جلال علي العدوي بالاشتراك مع د/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 111 .

2 - د/ همام محمد محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 26 .
وعلى سبيل المثال : نجد أن المادة 91 من قانون العمل الموحد السوري لسنة 1959 أنه يمكن الاستناد على العرف ومبادئ العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة في المنطقة .
3 - ينظر بالنسبة للنصوص التشريعية :

المادة 2/107 من التقنين المدني الجزائري ، وتقابلها المادة 2/146 مدني مصري ، والمادة 1135 مدني فرنسي .
وينظر بالنسبة للأحكام القضائية :

نقض عمالي مصري . جلسة 12 مارس 1969 ، المكتب الفني ، السنة 20 ، طعن رقم 68 ، ص 418 .

نقض مدني ، جلسة 12 جوان 1969 ، مجموعة الأحكام ، السنة 20 ق ، رقم 147 ، ص 921 .

ونقض عمالي مصري . جلسة 12 مارس 1969 ، المكتب الفني ، السنة 20 ، طعن رقم 68 ، ص 418 .

4 - نصت المادة 371 موجبات و عقود لبناني على أنه :

" يجب على أيضاً القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفاً ، وإن كانت لم تذكر صراحة في العقد " .

5- تمييز تجاري ، بتاريخ 5 فيفري 1990 ، قرار رقم 89/250 ، مجلة القضاء و القانون ، شهر ماي 1996 ، ص 121 .

6- د/ مصطفى أحمد الزرقا : " شرح القانون المدني السوري ، نظرية الالتزام العامة " ، مطبوعات جامعة حلب ، سنة 1994 ، ص 326 .

وقد استقر قضاء النقض في مصر على إسناد هذا الدور للعرف ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : "... لا يكون للعمال الحق في المطالبة بأجور إضافية عن الفروق بين عدد الساعات التي كان يجري عليها نظام العمل في المنشأة وتلك حددها القانون إلا إذا كان قد نص على ذلك في عقد العمل هذه الأجور الإضافية ، بحيث أصبحوا يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا...."⁽¹⁾

كما قضت محكمة النقض بأنه : " إذا لم تبلغ عبارات العقد في الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عنها تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، ومبنى على ذلك متى أولت هيئة التحكيم عبارات عقد الصلح المبرم بين الطرفين بأنها تتطوي على قرار من الشركة بحق المستخدمين والعمال في المنحة على أن يكون تقديرها مرتبطا بحالة الشركة المالية ، وبنيت على ذلك تقديرها للمنحة . فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد أو المنحة أن تكون ثابتة المقدار ، لأن هذا الثابت إنما يشترط توافره عندما يكون مصدر المنحة العرف الذي جرى بإعطائها لا الاتفاق (2) .

وتطبيقا لأحكام العرف المفسر قضت محكمة النقض الفرنسية بأن استمرار أحد المشروعات مدة طويلة بعد انقضاء عقد العمل المشترك في إتباع أحد أحكامه ينشأ عنه عرف ملزم (3) .

2- الاسترشاد بطريقة التنفيذ كعامل في تفسير عقد العمل :

يجوز للقاضي ، وهو بصدد تفسير عقد عمل أن ستهدي بطريقة تنفيذ العقد التي تؤخذ دليلاً على تفسيره ، وهو الأمر الذي طبقه القضاء العمالي " (4) ، مع أنه في الواقع مجرد تطبيق للقواعد العامل للتفسير التي سبق دراستها..

3- الاسترشاد بطرق عمل مماثلة :

يمكن للقاضي العمالي أن يرجع كذلك إلى الاسترشاد بطرق عمل مماثلة ، حيث أنه من الناحية الواقعية نجد مجموعة عمال يعملون بنفس المؤسسة ، ولكنهم لا يخضعون لنفس شروط العقد ، التي غالبا ما تبرم بطريقة منفردة ، بحيث أن كل عامل يؤخذ بعين الاعتبار مركزه الشخصي من حيث كفايته العلمية والمهنية والبدنية وخبرته.... وطبيعي أن تختلف شروط العقد ، من حيث المدة والأجر . ولا يتعارض ذلك مع مبدأ المساواة ، غير أنه في بعض الحالات يفرض مبدأ المساواة نفسه عندما يتعلق الأمر بعمال بنفس الإمكانيات .

1 - نقض مدني ، جلسة 12 مارس 1969 ، المكتب الفني ، السنة 20 ، طعن رقم 68 ، ص 418.

2 - نقض مدني ، جلسة 3 جانفي 1962 ، السنة 13 ق ، ص 13.

3 - Cass. Soc. 10 mai 1962. Lamy. Soc. 1963.p 42. Obs. L. Caen. p 52.

4- محكمة التمييز الأردنية ، رقم القرار 415 / 1975 ، لسنة 1975 ، ص 1438.

وانطلاقاً من هذه الفكرة الأخيرة ، يمكن للقاضي ، وهو بصدد تفسير عقد غامض أن يستند إلى عقود عمل مشابهة لعمال آخرين بنفس المؤسسة المستخدمة .
وفي الأردن قضت محكمة التمييز أنه : " في حالة ثبوت وجود عقدين لدى العامل يعطى أحدهما للعامل مزايا ربح العقد الذي يتضمن مزايا أفضل " (1).

4- حسن النية ودوره في تفسير عقد العمل:

إذا كان حسن النية مطلوباً في تفسير العقود بصفة عامة إلا أنه ذو دور هام في عقود الإذعان بصفة خاصة. وعلى الخصوص عقود العمل التي يرد فيها كثير من الشروط التي تفرض على العامل التزامات معينة . وترتب جزاءات على مخالفتها تؤدي في الغالب الأعم إلى تسريحه وإسقاط حقه في التعويض رغم حسن نيته ، خاصة إذا لم يكن من مكنة الشخص العادي المتواجد في نفس الظروف أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد. بالإضافة إلى أنه مما يتنافى مع حسن النية التمسك بحرفية الشروط التي انتهت المحكمة من تنفيذها .

وتعد عقود العمل من العقود التي مبناهها حسن النية ، وهو المبدأ الذي يحكم كافة العقود. وحسن النية هو مبدأ شامل لجميع مراحل التعاقد ولا يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد ، بل على إبرامه ، وقبل إبرامه النهائي (أثناء التفاوض) ، وأثناء تنفيذه ، وكذا أثناء تعليقه وحين انتهائه... (2).

وقضاة الموضوع في تفسيرهم للعقد ينفذون إلى جوهر الشرط والهدف الحقيقي منه دون التقيد بحرفيته وكيانه المادي ، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية في مجال التفسير ومراعاة لقواعد العدالة (3) .

وفي مجال التسريح فقد عمل القضاء على حماية العامل من تعسف رب العمل ، حيث ألزم رب العمل بوجوب مراعاة الظروف الشخصية التي ارتكب في الخطأ التأديبي ، لاسيما إذا كان الخطأ جسيماً .

وفي حالة التسريح يلزم رب العمل بتعويض العامل عن فصله دون مراعاة مهلة الإخطار لضرورتها بالنسبة للعامل حتى يتمكن من البحث عن عمل آخر بديل (4) .

1- تمييز حقوق ، قرار رقم 92/513 ، م. ن. م ، العددان 7 و 8 ، لسنة 1994 ، ص 159 .
أورده : د/ عبد الواحد كرم : " قانون العمل في القانون الأردني "، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، سنة 1998 .
وفي فرنسا حكمت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بأنه يعود إلى قضاة الواقع تفسير الشرط عينه في عقدين متماثلين وتقديره حسب الوقائع والظروف الخاصة بكل عقد .

Cass. Civ .18 nov 1930. Gaz. Pal . 1930- 2- 940

2 - ينظر د/ صلاح محمد أحمد : " إلتزام العامل بالأمانة والإخلاص " ، المقالة السابقة ، ص 41 ..

3 - قضى في فرنسا بأن القاضي لا يستطيع ، استناداً إلى مبدأ الإنصاف ، الحكم على صاحب العمل بدفع أجر إضافي للأجير .
Cass. Soc .21 fev 1980. Bull. Civ .1-n° 237.

4 - محكمة الإسكندرية ، جلسة 30 جانفي 1937 ، مجلة المحاماة ، السنة 18 ، رقم 79 ، ص 163 .

5- دور الجانب الاقتصادي في تفسير عقد العمل :

يعد عقد العمل من العقود التي يلعب فيها المعيار الاقتصادي دورا مهما في تفسيرها وفي تكييفها ، وهو معيار ينفرد به عقد العمل (عنصر التبعية الاقتصادية) ويميزه عن بعض العقود المشابهة .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية : " إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عنها ، تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات .

ومتى أولت هيئة التحكيم عبارات العقد الصلح المبرم بين الطرفين بأنها تنطوي على إقرار صاحب العمل بحق العمال في المنحة على أن يكون تقديرها مرتبطا بحالة صاحبة العمل المالية ، وبنت على ذلك تقديرها للمنحة ، فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد... " (1) .

6- دور أدلة الإثبات في تفسير العقد :

من النادر أن نجد صاحب العمل يحضر شهودا عند إبرام عقد العمل ، طالما أن المشرع نفسه لم ينص على ذلك (2) ، غير أنه لا يوجد ما يمنع اللجوء لشهادة الشهود عند إبرام عقد العمل ، أو اعتماد شهادتهم كدليل إثبات عند حدوث نزاع يتعلق بإثبات هذا العقد . ومن باب أولى يجوز اللجوء إليها عند عدم كتابة العقد (3) .

7- دور محاضر الصلح وعدم الصلح :

نجد غالبية التشريعات العمالية تضع طرق ودية قبلية لحل المنازعات العمالية الفردية والجماعية ، بحيث اشترطت وجوب عرض النزاع قبليا على هيئات إدارية أو لجان توفيق عمالية (4) . وهذا ما نجده في التشريع الجزائري ، حيث اشترط في مجال النزاعات الفردية للعمل وجوب عرض النزاع قبليا على مكتب المصالحة المختص محليا .

1 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 3 جانفي 1962 ، طعن 136 ، لسنة 26 ق ، موسوعة أ/ع الهواري ، ج 1 ، ص 101 .

2- جاء في المادة الخامسة فقرة 2 و 3 من قانون العمل السوداني لسنة 1981 أنه :
- لا يعتبر العقد المحرر وفقا للبند (أ) نافذا لمصلحة صاحب العمل إلا إذا اطلع عليه العامل وقام بالتوقيع عليه بكتابة

اسمه أو ببصمة إبهامه ويجوز له أن يشرك معه عاملا للإطلاع والتوقيع بكتابة اسمه أو ببصمة الإبهام أو الخصم .

- يجب على صاحب العمل في حالة العامل الذي يجهل القراءة أو الكتابة أن يقوم هو بقراءة العقد بحضور الشاهد الذي يختاره العمل على أن يكون هذا الشاهد ملما بالقراءة والكتابة... "

3- جاء في المادة الخامسة فقرة أخيرة من قانون العمل السوداني لسنة 1981 أنه :
" يجوز عند حدوث نزاع بين صاحب عمل وعامل يعمل بدون عقد عمل مكتوب أن يسترشد بعقد واحد أو عدة عقود عمل مشابهة تم تحريرها مع عدد من العاملين الذين يعملون مع نفس صاحب العمل لذات المدة والعمل في ذات المنشأة " .

4- للمزيد من التفصيل يراجع :

أ / أهمية سليمان : " تنظيم وتسيير المحاكم الخاصة بمنازعات العمل " ، بحث مطول ومقارن نشره المعهد العربي للثقافة العمالية ، وبحوث العمل - الجزائر ، سنة 1992 .

ومكتب المصالحة هو هيئة " شبه إدارية " متساوية الأعضاء تتكون من ممثلين للعمال وممثلين لأرباب العمل (1) ، واختصاصها هذا من النظام العام (2) .
وهذه اللجان أو الهيئات لم يضع لها المشرع قواعد معينة للتفسير وترك لها حرية حل النزاع وفق ما تراه مناسبا مع القانون والعدالة وتحرر على إثرها محضرا بهذا الشأن .
وفي مجال التفسير ، فإنه حسب رأينا ، يمكنها الرجوع إلى القواعد الخاصة بالتفسير القضائي ، إذ لا يوجد نص يمنع ذلك ، كما لا يوجد أي تعارض في ذلك مع القانون ومع مصالح الأفراد أنفسهم ، سواء كانوا عمالا أو أرباب عمل .
فهذه المحاضر ، سواء تضمنت الصلح النهائي أو عدم الصلح أو صلحا جزئيا ، تطبق عليها أحكام تفسير العقود وليس أحكام تفسير الأحكام القضائية .
وقد قضى بأن محضر الصلح حتى ولو كان صادقا عليه بالمحكمة ، فهذا لا يخرج عن كونه عقدا قابلا للتفسير كباقي العقود ، فمادام تفسير قاضي الموضوع له مستساغا فلا معقب عليه فيما يراه (3) .

وهذا النوع من التفسير غير القضائي (الإداري) لا يهمننا في بحثنا ، فهو يمتاز بالمرونة أكثر ، ولا توجد قواعد معينة بشأنه ، كما أنه يطغى عليها الجانب العرفي في كثير من الأحيان .

غير أن المحاضر التي ينتهي إليها بعد محاولة الصلح بين الأطراف يمكن التعويل عليها من طرف القاضي كعامل في تفسير عقد عمل فردي أو في تفسير اتفاقية جماعية للعمل ، فهي عادة ما ترفق بملف الدعوى ، وسيطلع عليها القاضي ويستتير من ما جاء فيها من أقوال الطرفين المتنازعين ، ولا شك في أنها تكشف ، بصدق ، وربما أكثر من العقد نفسه ، عن النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة ، فما لم يستطيع الأطراف التعبير عنه في محرر العقد أثناء إبرامه يمكن لهم أن يعبروا عنه بصراحة أمام مفتش العمل في محضر الصلح أو محضر عدم الصلح .

وفضلا عن ذلك تعد محاضر الصلح أوراقا رسمية لا يطعن فيها إلا بالتزوير (4) .

1 - ينظر القانون رقم 03/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 ، المتعلق بمفتشية العمل (ج ر عدد 06) ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 28 /91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 (ج ر عدد 08 ، ص 210) .

و ينظر القانون رقم 04/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 ، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل (ج ر عدد 06) ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 30/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 (ج ر عدد 08) .

2 - ينظر المادة 37 من قانون 04/90 التي جاء فيها : " ترفق العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عن مكتب المصالحة ... " .

و ينظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية بتاريخ 20 ديسمبر 1994 ، ملف رقم 116805 ، المجلة القضائية ، سنة 1995 ، العدد الأول ، ص 164 .

و قرار نفس الغرفة بتاريخ 8 جوان 2005 ، ملف رقم 305198 ، م . ق . ، العدد الثاني ، سنة 2005 ، ص 245 .

3 - نقض مدني مصري ، جلسة 20 فيفري 1949 ، مجموعة النقض في 25 سنة ، ج 2 ، ص 750 ، قاعدة 04 .

4 - جاء في المادة 14 / 02 من قانون 03/90 : " تتمتع محاضر مفتشي العمل بقوة الحجية ما لم يطعن فيها بالاعتراض " .

وجاء في المادة 32 من قانون 04/90 أنه : " يعتبر محضر المصالحة حجة إثبات ما لم يطعن فيه بالتزوير ... " .

ينظر قرار الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 17 جانفي 1989 ، ملف رقم 29412 ، م . ق . ، سنة 1990 ، العدد الأول ، ص 61 .

وكذلك القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 17 جانفي 1984 ، م . ق . ، سنة 1992 ، العدد الأول ، ص 112 .

و كذا القرار الصادر في 21 أكتوبر 1996 . ملف رقم 131406 ، م . ق . ، سنة 1996 ، العدد الثاني ، ص 145 .

ونشير بالمناسبة إلى أن النزاعات الجماعية لا يختص القاضي بحلها ، حيث اشترط المشرع قبليا عرض النزاع على مفتشية العمل المختصة محليا ، وهي هيئة إدارية مقارنة بمكتب المصالحة تتولى محاولة المصالحة بين أطراف النزاع الجماعي . كما توجد وسائل أخرى للتسوية مثل الوساطة والتحكيم⁽¹⁾ ، وتدخل القضاء لا يكون إلا في الحالات الاستعجالية لا غير⁽²⁾ أو الجزائية عندما يتعلق الأمر بجريمة من جرائم القانون العام أو جريمة من جرائم قانون العمل .

8- مبادئ القانون والاتفاقيات الدولية كعامل تفسير:

تعد الاتفاقيات الدولية للعمل مصدرا من مصادر قانون العمل ، سواء منها الاتفاقيات التي قررها المؤتمر الدولي لمنظمة العمل الدولية أو التي قررتها منظمة العمل العربية . والمقصود هنا الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر ، ذلك أنه تسمو على القانون ، تطبيقا للمادة 132 من الدستور الجزائري النافذ ، التي جاء فيها : " الاتفاقيات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للدستور تسمو على القانون " .

وهو ما يعني أنه يمكن الاحتجاج بنصوصها أمام القاضي الوطني⁽³⁾ . وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا عندما أنه : " لا يمكن ولا يجوز مخالفة نص اتفاقية أو معاهدة دولية صادقت عليها الجزائر " ⁽⁴⁾ .

وهذه الاتفاقيات مادام أنها مصدر دستوري وقانوني من مصادر قانون العمل ، فيمكن للقاضي أن يرجع إليها بصدد تفسير أي نص قانوني غم عليه ، بل وحتى في مجال تفسير الاتفاقيات الجماعية للعمل ، حتى وإن لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ذلك ، لأن الأمر يتعلق بقواعد عامة متعارف عليها ، ومقننة لدى البعض من التشريعات ، وهذا هو حال المشرع العراقي الذي نص المادة 263 من قانون العمل لسنة 1987 أنه :

" عند عدم رجوع نص في قانون العمل تطبق أحكام اتفاقيات العمل الدولية المصدقة من العراق وفي حالة عدم وجود نص فيها يسترشد بأحكام (القانون المدني) والتجاري وقانون المرافعات المدنية وقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية " .

وقد قضى في العراق بأنه⁽⁵⁾ : " من المعروف أن قانون عقد العمل أصبح الآن قائما بذاته متميزا بصفاته واتجاهاته الخاصة ، ومن ثم فإن القواعد المهمة التي يهتدى بها في تفسير نصوصه أن جميع النصوص الاجتماعية تعتبر وحدة بوحدة يكمل بعضها بعضا ..

1 - ينظر القانون رقم 02/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 ، المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية في العمل وممارسة حق الإضراب في العمل (ج ر 06) ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 30/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 (ج ر عدد 08) .

2 - هناك بعض الحالات التي ينظر فيها القضاء في المنازعات الجماعية كما هو الشأن في قضايا طرد العمال من المحلات المغلقة بفعل إضراب غير شرعي ، مع أنها في الواقع تعود لاختصاص القاضي الاستعجالي وليس قاضي الموضوع . ينظر على سبيل المثال نص المادة 35 من قانون 02/90 .

والمادة 37 مكرر فقرة 2 من قانون 14/90 المضافة بأمر 12/96 . بخصوص الخلافات الناتجة عن التمثيليات النقابية .

3 - صادقت الجزائر على جل الاتفاقيات العربية للعمل ، كما صادقت على أزيد من 40 اتفاقية دولية للعمل من مجموع 198 اتفاقية ، وهو رقم قياسي مقارنة بالعديد من الدول العربية .

4 - قرار الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 24 أكتوبر 1995 ، ملف رقم 119341 ، م . ق ، سنة 1996 ، العدد الأول ، ص 103 .

5 - قرار محكمة العمل العليا بالعراق ، الهيئة القضائية الثانية ، جلسة 13 ديسمبر 1972 .

نقلا منا عن د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " المرجع السابق ، ص 26 وما بعدها ..

وحيث أن نصوص القانونيين تتكاملان استنادا لحكم الفقرة ج من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان (قانون رقم 39 لسنة 1971) ... " .

ويرى في هذا الصدد الفقه الفرنسي⁽¹⁾ أنه إذا كانت القاعدة الدولية في مسألة العمل لا تشكل إلا حدا أدنى من الحماية الاجتماعية المقررة للعمال ، فإنه يتعين الأخذ بالقوانين الوطنية في هذا المجال هذا التي تنطوي أو تقرر مزايا أو ضمانات تزيد عن الحد الأدنى من الحماية عن تلك التي قررتها القواعد الدولية⁽²⁾ .

ولا شك في أن القاعدة الأكثر صلاحية للعامل يتعين تطبيقها في حالة التعارض بين نص قاعدة من قواعد القانون الدولي وشرط اتفاقي تضمنه قواعد عقد العمل الفردي أو عقد العمل الجماعي ، متى كان هذا الشرط الاتفاقي أكثر سخاء للعامل ، أي متى حقق الشرط مزايا و ضمانات أكثر من تلك التي تفرضها نصوص قواعد القانون الدولي .

ولهذا أكد الفقه الفرنسي⁽³⁾ أن الأجر المنصوص عليه في معاهدة روما ، التي أرسيت مبدأ المساواة في الأجر بين الرجال والنساء الذين يمارسون ذات العمل في إطار دول المجموعة الأوروبية ، هو الأجر الأساسي الذي يمثل الحد الأدنى ، مما لا يحول دون اقتضاء جميع المزايا والضمانات الأخرى التي يتم الاتفاق عليها بين العامل وصاحب العمل ، عينا أو نقدا ، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .
أما بالنسبة لتفسير الاتفاقية الدولية في حد ذاتها ، فهنا توجد قواعد محددة تختلف نوعا ما عن القواعد المتعلقة بتفسير العقود⁽⁴⁾ .

كما أن التفسير يكون في الغالب ذا طابع إداري ، وتخص به وزارة الشؤون الخارجية .
حيث نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 403/02 المحدد لصلاحيات وزارة الخارجية أنه :

" يختص وزير الشؤون الخارجية بتفسير المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات والبروتوكولات والتنظيمات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها .
ويدعم تفسير الدولة الجزائرية ويسانده لدى الحكومات الأجنبية ، وعند الاقتضاء لدى المنظمات والمحاكم الدولية ، وكذا لدى الجهات القضائية الدولية " ⁽⁵⁾ .

1 - Valticos, « Droit international du travail », 2^{ème} éd, T.8 , Dalloz, Paris. 1983. p 179.

2- ينظر نص المادة 19 من ميثاق منظمة العمل الدولية.

3- Gérard Lyon-Cæn, «Traité de droit du travail les scolaires » .Dalloz .1998, p 105.

4- للمزيد حول موضوع تفسير الاتفاقيات الدولية ينظر:

- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير " تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع " ، دار النهضة العربية ، سنة 1996.

- د/ وفاء مصطفى محمد عثمان : " توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع " ، رسالة الدكتوراه السابقة الذكر.

د/ سعيد علي حسن الجدار : " دور القاضي في تفسير وتطبيق قواعد القانون الدولي العام " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، سنة 1992 .

- د/ محمد خليل الموسى : " تفسير الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان : " مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية ، السنة (28) ، العدد الأول ، شهر مارس ، سنة 2004 ، ص 225 وما بعدها.

5- ينظر المرسوم التنفيذي رقم 403/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 ، المحدد لصلاحيات وزارة الشؤون الخارجية ، (منشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 79 ، صادر بتاريخ أول ديسمبر 2002) .

ينظر كذلك المادة 37 من قانون الجنسية الجزائري الصادر بالأمر التشريعي رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثانيا - الحلول المبتكرة لتفسير عقود العمل :

لقد جعل القضاء الاجتماعي من ضمن أهدافه ، تأمين حماية الأجير واستقراره في الشغل الذي يشكل مورد رزق بالنسبة إليه وذلك بضمان أجره القار باعتباره يعمل تحت تبعية المشغل لمدة غير محددة إلا أن الواقع العملي أفرز مجموعة من المعوقات منها ما هو ناتج عن الظروف الاقتصادية ، ومنها ما يرجع بالأساس إلى عقلية المشغل الذي قد لا يتعاقد وفق مبدأ حسن النية ، الأمر الذي دفع بالقضاء إلى التدخل بغية إضفاء الوصف الحقيقي على العقد المبرم ، فقيام المشغل بإخفاء الطبيعة القانونية الحقيقية للعقد بإعطائه تكييف ظاهري دفع القضاء العمالي إلى التدقيق في طبيعة هذه العقود قصد إيجاد معيار للتمييز بين العقدين .

وقد اقترح الفقه العديد من القواعد التفسيرية لمواجهة الإشكاليات التي تثار بشأن تفسير العقود ، ولاسيما منها عقود الإذعان ، ومنها حالة التعرض بين بنود عقد العمل ذاتها ، وترداد الصعوبة في عقود العمل بالنظر على تنوع مصادرها بين مصادر تشريعية (قانون العمل) ، ومصادر عقدية فردية (عقد العمل) ومصادر عقدية جماعية (الإتفاقيات الجماعية) ومصادر مهنية (النظام الداخلي للمؤسسة وتعليمات رب العمل) ، فضلا عن العدالة ومبادئ حسن النية التي تعد عي الأخرى مصدرا لعقد العمل.

وطبيعي أن يحدث هذا التعارض في تنفيذ عقود العمل بشكل يؤثر على حقوق والتزامات أطراف الرابطة العقدية العمالية .

ومن ثم كان من الواجب إيجاد عملية بديلة ، في غياب أي نصوص تشريعية تعالج للمشكلة . ومثال ذلك أن يحدد عقد العمل مدة العمل بخمس ساعات يوميا ، في حين يحددها قانون العمل بثمان ساعات ، ويحددها النظام الداخلي بست ساعات ، فأيهما يلتزم العامل ؟ ومن هنا تظهر الأهمية العلمية والعملية للمعايير التي اقترحها الفقه وسانده القضاء فيها ولو بشكل محتشم ، مع الإشارة إلى أن هذه المعايير في شكلها العام جاءت لتعالج مسألة تفسير عقود الإذعان وتسهل تنفيذها ، ومع ذلك فإن بعضها يصلح لتطبيقه بشأن منازعات عقود العمل في جانبها الشكلي أو في جانبها الموضوعي .

ولما كان مناط هذه العقود هو عدم التعادل بين طرفي العقد فكان اهتمام المشتغلين بالفقه والقضاء هو تجنب النتيجة التي يمكن أن يؤدي إليها هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي من استغلال للطرف الضعيف فيها .

وقد كان القضاء الفرنسي يميل في الغالب إلى التحفظ بشأن تطبيق قواعد تفسير عقود الإذعان على عقود وعلاقات العمل ، مع أنه قد يظهر فيها كثير من الاختلال بين طرفيها ، حيث يجد العمل نفسه محاصرا بالعديد من البنود بعضها ذات طابع تعاقدية ، وبعضها ذات طابع لائحي ، كما هو الشأن في لائحة العمل أو النظام الداخلي ، حيث نجد معظم موادها تتضمن شروط أسدية وضعها الموجب (صاحب المؤسسة) لمصلحته ، والقضاء الفرنسي إذا كان يعتبر العامل على علم بشروط النظام الداخلي أو كان ما ذهب إليه القضاء صحيحا فما الذي يحدث بعد هذا العلم ؟

هل يستطيع العامل أن يعمل شيئاً حياً هذه الشروط؟ فالأمر لا يؤدي إلى حل ، لأنه يستوي أن يكون العامل علم أو لم يعلم بهذه الشروط . وإذا كان هناك تراضي في عقد العمل فهو قاصر على الشروط الأساسية المتعلقة بالأجر وساعات العمل ونوعيته (1) .

والمشرع الفرنسي عندما وضع هذه المادة إنما كان يفترض في الاتفاقات التي تحل محل القانون بين طرفيها . ، وهذا ما لا نجد قائماً في عقود الإذعان ، إذ الحرية فيها محض خيال فكيف يتسنى تطبيق حكم هذه الفقرة بحرفيتها على عقد الإذعان ؟ ، فإذا لم تتحقق المساواة الاقتصادية في عقود الإذعان وأصبحت هذه العقود تتضمن شروطاً تعسفية جائرة فإنه يتعين إعادة النظر فيها جانب القضاء لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد (2) .

وقد عيب على القضاء الفرنسي تطبيقه لمبدأ التفسير الضيق لعقود الإذعان ، بالاستناد إلى نص المادة 1156 مدني فرنسي ، وطبقها على عقود الإذعان لتكون الأساس في تفسير الشروط الغامضة بها . هذا التطبيق فيه تعميم وإطلاق يحتاج إلى تخصيص وتقييد .

فالنية المشتركة إذا كانت قائمة في عقود المساومة . فذلك لأنها محل تراض حقيقي بين طرفيها . أما في عقود الإذعان فإن الأمر يختلف . فليست كل شروط العقد محل تراض بين الطرفين وما يتم التراضي عليه في الحقيقة هو الشروط الجوهرية . أما الشروط التبعية فليس هناك بشأنها إلا إرادة واحدة وهي إرادة الموجب فالغالب فيها شروط مطبوعة . ومن ثم يكون تفسيرها تفسيراً لإرادة واحدة منفردة . فأين الإرادة المشتركة التي يلجأ إليها القاضي في التفسير بإعمال نص المادة السالف ذكرها .

والقضاء الفرنسي بإصراره على التمسك بالمادتين 1134 و 1156 من القانون المدني كأساس لتفسير هذه العقود إنما يتجاهل العدالة وحسن النية والمصلحة العامة كمبادئ موضوعية تعد من مصادر الحقوق بجانب الإرادة . إذ الإرادة ليست هي المصدر الوحيد للحقوق .

ونخلص من ذلك أن نظرية الإرادة بأبعادها التقليدية غير قابلة للتطبيق الكامل على عقود الإذعان ، ومن باب أولى على عقود العمل ، وذلك لاختلاف جوهرها عن جوهر عقود المساومة التي تجد فيها النظرية التقليدية المجال الطبيعي لتطبيقها .

ونتيجة لهذا الانتقادات القاسية بدأ نوع من التوجه الجديد يظهر على أحكام القضاء الفرنسي (3) الذي ذهب إلى القول أنه طالما لا توجد في المجموعة المدنية الفرنسية نصوص خاصة بتفسير عقود الإذعان ، ومنها عقود العمل ، فإنه يتعين التوسع في تطبيق النصوص العامة المتعلقة بقواعد تفسير العقود العادية بالشكل الذي يحقق الحماية اللازمة للطرف المذعن وخاصة فيما يتعلق بالقاعدة الأساسية في التفسير وهي المادة 1156 مدني فرنسي والتي تنص على أنه : " في الاتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ " .

1 - يراجع : د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 319.

2- يرى بعض الفقه الفرنسي أن تقدير الطابع التعسفي لشروط ما ، يجب أن يأخذ في الاعتبار لحظة إبرام العقد ، ولا يجب الانتظار تحت تظهر نتائج الشرط التعسفي أثناء تنفيذ العقد .

د/ حمد الله محمد حمد الله : " حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية " ، المرجع السابق ، ص 61.

3- Cour d'Apple, de colmar , 25 Jan 1963. Gaz Pal. 1963.

ومن ثم فإذا كانت عبارات الشرط لا تعبر عن إرادتها الحقيقية المشتركة بان كانت تعبر عن إرادة منفردة لم تتلاق مع إرادة الطرف الآخر وبالتالي لم تتكون بشأنها نية مشتركة فإنه يتعين إهمالها . فإذا كان الشرط متعارضا مع شرط آخر وضحت نية الطرفين بشأنه تعين تغليبه .

وهذا واضح في شأن الشروط المطبوعة والشروط المخطوطة . كما وجه الفقيه الفرنسي (ديموج) دعوته إلى القضاء لكي يعطي تطبيق قواعد التفسير الاحتياطية مرونة أكثر بصدد عقود الإذعان ، ولذلك نجد أن المادة 1/1134 مدني فرنسي تنص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود . وهو مبدأ يسري على كافة العقود ، وعن طريقة يمكن إبطال مفعول الشرط التبعية التي تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تعطيل الشروط الجوهرية للعقد .

كما نجد أيضا نص المادة 1135 مدني فرنسي يوضح مجموعة من المصادر الاحتياطية للتفسير التكميلي يلجا إليها القاضي عند غياب الإرادة الصريحة ، إذ القواعد المقررة مثلا لا شك أنها تعتمد إلى حماية الطرف المذعن في العقد . ولا شك أن العرف يضع الضوابط العملية التي تحد من تطرق الشروط الجائرة وهو ما أوضحه نص المادتين 1159 و 1160 مدني فرنسي بشأن التفسير الغامض للعقد والتفسير التكميلي .

كما أن العدالة يمكن اللجوء إليها لحماية الطرف المذعن بتضمين العقود شروطا تزيد من نطاق المسؤولية المدنية للموجب مثل إضافة شرط الالتزام بالسلامة في عقد العمل . كذلك من القواعد الاحتياطية الهامة في مجال التفسير قاعدة المادة 1162 مدني فرنسي التي تقضي بوجوب تفسير الشك لمصلحة المدين إذ يمكن عن طريق طبيعة هذه المادة غير الأمرة أن يكون تفسير عقود الإذعان عند الشك ضد الموجب حتى ولو كان مدينا ، وذلك باعتبار الطرف الذي يهيمن على العقد ويقوم على تحرير شروطه ، وبالتالي مكان عليه أن يفرض شروطا واضحة .

كما أنه إذا نظرنا إلى الطرف الضعيف في العقد نجده لم يفهم الشرط المبهم عند التعاقد إلا من الوجهة التي تحقق صالحه . ومن ثم يكون منطوقا إجراء التفسير في جانبه طالما لم يرض الموجب شروطا واضحة يمكن فهمها .

وقد اقترح الفقه الفرنسي عدة حلول تفسيرية في مجال عقود الإذعان ، لاسيما في الحالات التي يثبت فيها وجود تعارض بين بنود جوهرية وأخرى تبعية ، وبين بنود لائحية وأخرى تعاقدية .

أ- قاعدة تغليب الشروط الجوهرية على الشروط التبعية :

الملاحظ في قانون العمل تنوع مصادر التزامات العمل ورب العمل معا ، فهي تتحدد في البداية بعقد العمل ، الذي هو أساس كل التزام بين الطرفين ، كما توجد التزامات وحقوق هناك قواعد يحددها القانون ذاته .

وفضلا عن ذلك هناك مصادر أخرى تكميلية تحدد هذه الالتزامات والحقوق المتبادلة ، مثل الاتفاقيات الجماعية للعمل ، والنظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة ، زيادة عن العرف مبادئ العرف والعدالة وحسن النية .

ويميز البعض (1) أحكام قانون العمل إلى نوعين :

أحكام أساسية أو جوهرية (كالبند المتعلقة بهوية الأطراف وتاريخ بداية العقد ونهايته ، وحقوق والتزامات الطرفين ، والأجر وتوابعه ، وتحديد الوظيفة أو منصب العمل ومكانته ، وتعليق علاقات العمل زيادة على الشروط القانونية لصحة العقد كالأهلية والمحل والسبب) .
وهذه القواعد تعد من النظام العام الاجتماعي .

وأحكام تكميلية أو ثانوية ، وهي التي لا يؤدي تخلفها إلى عدم صحة العقد من الناحية القانونية (كفترة التجربة وتعديل عقد أو علاقة العمل ومهلة الإخطار التي يمكن تحديدها بموجب اتفاقيات جماعية) .

وهناك نظرية تفسيرية اقترحها الفقيه (ديريه) ميز فيها بين الشروط الجوهرية ، التي غالبا ما تركز مكتوبة وموقعة بين الطرفين ، وبين الشروط التبعية ، التي غالبا ما تكون مطبوعة . ويجب عند التعارض بينها تغليب الشروط الأولى كونها تعبر بصدق عن النية المشتركة لطرفي الرابطة العقدية ، هاته النية التي يبحث عنها القاضي عند تفسير العقد الغامض أو الملتبس فيه .

وتبعا لهذه النظرية يكون تفسير القاضي بتحديد الوجه العام للعقد أولا من خلال شروطه . فيتقصى القاضي النية المشتركة . وإذا تطرق التفسير إلى شرط تبعية مطبوع فإن على القاضي أن ينفذ إليه من خلال الوجه العام للعقد ، أي من خلال ما استقر لديه من نية مشتركة للطرفين ، بحيث أنه إذا تبين له أن الشروط التبعية ليست مكملة أو محددة للشروط الجوهرية بل محرفة لها فإنها تكون قد تخطت نطاق الدور المحدد لها عندئذ تسقط عنها كل حجية . إذ هذه الشروط المطبوعة يجب أن تستبعد إذا ترتب على تطبيقها الحرفي إحداث تعديل محسوس في الشروط الجوهرية والقول بخلاف ذلك يعني نصب كمائن للطرف المذعن في العقد ، من خلال الشروط المطبوعة . فلا يمكن التسليم بأن المذعن بتوقيعه على العقد إنما يقبل الإيجاب بكل ما ورد فيه فهذا يخالف الواقع .

ولكن عندما لا تحقق مخالفة الشرط التبعية ضررا حقيقيا موجبا ، فليس هناك مبرر للتمسك بحرفية الشرط والجزاء الذي يرتبه طالما حسنت نية الطرف المذعن . والقضاء في توقيعه للجزاء بحرمان المذعن من حقوقه إنما يعد في الحقيقة محرفا للعقد .

وتطبيقا لقواعد التفسير دائما ، فإنه في حالة تعارض شروط العقد الجوهرية مع الشروط التبعية المحددة في النظام الداخلي ، فإن الأولوية تكون للشروط الجوهرية التي تغلب على الشروط التبعية ، خاصة إذا تعذر التوفيق بين الشرطين ولم يكن هناك ثمة حل لإنهاء حالة التعارض سوى ترجيح أحدهما . ويراعى في كل ذلك مصلحة العامل بالدرجة الأولى .

1- أ / رشيد واضح : "علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية " ، المرجع السابق ، ص 67 و ص 68 .
و أ / بشير هدي : " الوجيز في شرح قانون العمل " ، دار ربحانة ، ط 1 ، سنة 2002 ، ص 60 .

ب- قاعدة العلم بالشروط التبعية للاحتجاج بها :

في مجال إبرام عقود العمل غالبا ما يتم تنظيم العناصر والشروط الجوهرية أو الأساسية للعقد بموجب عقد العمل ، ولاسيما منها تلك الشروط المتعلقة بمنصب العامل ورتبته وبتحديد الأجرة وطبيعة العمل ومدته وعدد ساعاته اليومية ومكانه . وهذا الشروط يتعلق بها اتفاق الطرفين المتبادل وتتحصر فيهما النية المشتركة الحقيقية .
في حين يترك للاتفاقيات الجماعية وللنظام الداخلي تحديد الالتزامات الثانوية أو التبعية ، (البنود غير الجوهرية على الأقل من وجهة نظر أحد العاقدين) (1) .
غير أن الملاحظ هو أن رب العمل ينفرد لوحده ، بوضع النظام الداخلي للمؤسسة ، حتى وإن فرض عليه المشرع رقابة إدارية قضائية بعدية ، أكثر منها موضوعية ، وذلك من خلال إلزامه (رب العمل) بإيداع نسخة منه لدى مفتشية العمل ، مع وجوب مصادقة المحكمة المختصة إقليميا عليه (2) .

وأثير التساؤل عن إمكانية إلزام العامل بالنظام الداخلي حتى ولو كان يجهله ؟
والحقيقة أن المشرع ، وضمن الشفافية في تطبيق أنظمة العمل ، وحتى يتحقق الاحتجاج تجاه العمال ببنود النظام الداخلي ، فإنه أوجب على رب العمل إعلام العمال به بكل الوسائل المتاحة ، إذ ينبغي علم العامل بهذه الشروط اللائحة علما يقينيا كافيا ، وهذا العلم لن يتحقق إلا من خلال تمكينه من نسخة من هذا النظام ، أو تعليقها في مكان علني للعمال ومكتوب بشكل ظاهر (3) .

والحكمة من التعليق هي تمكين العامل من العلم بشروط العمل التبعية الواردة في النظام الداخلي ، وعدم الاعتراض عليه صراحة يعني الرضاء ضمنا ، ويقوم مقام العلم الفعلي استطاعة العلم .

ومن هذا المنطلق إذا كان المتعاقد يجهل أحد شروط التعاقد فلا يمكن أخذه بأحكامه بمقولة وضوح الشرط وتحديد وتوقيع المتعاقد على عقده ، طالما أنه لم يعلم بالشرط فعلا ولم يكن في استطاعته ذلك .

فعلى سبيل المثال إذا ورد في لائحة شرط جائر لم يعلم به العامل أو لم يكن في استطاعته العلم به . فلا يمكن الاحتجاج به عليه ؟ ولا يكفي مجرد دخوله المصنع حتى يعتبر عالما به .

فلا يمكن الجزم بالقطع بذلك ، وإلا كنا بصدد إرادة خيالية ليس لها وجود في الواقع .
فطالما انتفى الرضاء انتفى بالتالي الالتزام . فلا يكفي إذا وجود العامل بالمصنع حتى يفترض فيه العلم بلائحته طالما لم يتم إعلانها حتى يستطيع العلم بشروطها (4) .
وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية (5) بل إنها قضت بعدم كفاية إعلان اللائحة حتى يفترض علم العامل بشروطها .

1 - يلاحظ أن وضع النظام الداخلي ليس إجباريا بالنسبة لرب العمل في القانون الجزائري ، إلا إذا كان عدد عمال المؤسسة المستخدمة يبلغ 20 عملا فأكثر ، وفي المقابل لا يوجد ما يمنع وضع نظام داخلي عندما يقل عدد العمال عن العدد المذكور .
ينظر المادتين 75 و 76 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 المعدل والمتمم .

2- ينظر المادة 79 فقرتين 1 و 2 من قانون علاقات العمل.

3 - نصت المادة 79 فقرة الأخيرة من قانون علاقات العمل على وجوب الإشهار الواسع للنظام الداخلي في أوساط العمال .

4 - Cass. Civ. 19 mars 1894.

5- Cass .Civ. 6 jan 1948. Bull. Civ.107. 25 fév. 1964, Cass .Civ. I, 5-

وذهبت في بعض الأحكام الأخرى إلى تحقيق هذا العلم بإعلانها في أماكن ظاهرة بالمصنع بوضعها في إطار ظاهر قريب من باب الدخول (1) أو بطريقة منظمة (2) فتألفت نظر العامل ، وبلغة يفهما .

ويقتصر دور القضاء في صدد الشرط التعسفي على عدم سريانه على الطرف المذعن دون القضاء بالبطلان طالما أنه غير مخالف للقانون أو النظام العام .
وهذه من أهم قواعد التفسير التي سبق وأن عرضناها بالتفصيل ، لاسيما عند الحديث عن عقود التأمين .

وهي قواعد اقترحها الفقيه الفرنسي (جونو) بشأن تفسير عقود الإذعان ، حيث ميز بين الشروط التعاقدية والشروط اللائحية ، مستندا في ذلك إلى دور الإرادة وطريقة وضع كل منهما في العقد متخذا من القواعد التفسيرية أو التكميلية وجها للقياس حتى يصل إلى النتيجة التي رأى صوابها.

فيفسر الشق التعاقدية مثل كل العقود الأخرى . أما بالنسبة للشق اللائحي ، وهذا هو مناط الابتكار في نظريته فإنه يشبهه بالقواعد المقررة .
وبعض هذه الحلول يصلح على تفسير عقود العمل ، بوصفها هي الأخرى تدرج ضمن طائفة عقود الإذعان .

ج- قاعدة تغليب الشروط المدونة بدويا على الشروط المطبوعة :

من الحلول العملية التي ابتدعها الفقه الفرنسي أيضا هي تغليب الشروط الجوهرية على الشروط التبعية عند التعارض بينهما (3) .

والأصل أن الطرف المذعن يؤخذ بكل شروط العقد المطبوعة والمخطوطة ، إذ لا فرق بين أي منها في قوة الإلزام . ولا سبب يدفع لإهدار الشرط التبعية طالما أمكن التوفيق بينه وبين الشرط الجوهرية .

ولكن ما يحدث أن يقوم الطرفان بإلغاء أو تعديل أحكام ببعض الشروط العامة المطبوعة بشروط خاصة مخطوطة ولا ينتهيان إلى حذف الشرط العام أو تعديل صياغته لتتفق مع صياغة الشرط الخاص . عندئذ يحدث التعارض بين هذين النوعين لدرجة لا يمكن معها التوفيق بينهما . أما إذا أمكن التوفيق فلا محل لإهدار الشرط العام .

ورغم ذلك يمكن أحيانا الحكم بالإبقاء على الشرط العام ، لأنه في صالح المذعن . ولم تغلب عليه الشرط الخاص ، لأن ذلك ليس في صالحه .

ونشير إلى أن مسائل الترجيح في حال التعارض بين البنود الجوهرية والتبعية ، وبين البنود المكتوبة والبنود المطبوعة . هي مجرد حلول فقهية وقضائية وليست قواعد تشريعية ملزمة .

1- Cass. Civ. 1, 10, mar 1964 . Bull. Civ 140 . p 306.

2- Cass .Civ., I, 30 oct 1962, Bull. Civ .448 . p 384.

3 - ينظر : د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 52 ، ص 52 .

وختاما لما سبق عرضه فإننا نلاحظ أن القضاء العمالي المقارن لم يستقر على قواعد التفسير الموسع أو الضيق لعقود العمل . فالعبرة ليست بالتوسع أو التضييق في التفسير بقدر ما هي بمراعاة مصلحة العامل بالدرجة الأولى . فهو لا يتردد في التوسع في تفسير بعض الشروط كلما تحققت الفائدة للعامل ، وبالعكس فهو يضيّق من تفسير بعض الشروط كلما ظهر أن النتيجة هي حماية العمال حماية فعالة . ونقدم فيما يلي بعض الأمثلة من القضاء المقارن عن الاتجاه الضيق والاتجاه الموسع حسب كل حالة ، وذلك في ضوء ما أتيح لنا الحصول عليه من اجتهادات قضائية منشورة في مجالات متخصصة أو أشار إليه الفقه المقارن في كتاباته .

بالنسبة للاتجاه الضيق في التفسير :

فقد ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى تفسير هذا الشرط تفسيرا ضيقا بمنع العامل من منافسة رب العمل بعد تركه العمل عنده ، ليحصره في الحالات التي ينافس فيها العامل رب العمل ، حين يعمل في النشاط ذاته ، مستقلا ، لا بوصفه عاملا لدى غيره من أصحاب العمل⁽¹⁾ ، وهو تفسير يضيّق من نطاق هذا الشرط رغم وضوحه في العقد .

وبالنسبة للاتجاه الموسع في التفسير :

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية عرضت عليها تتعلق بشرط التجربة ، حيث خرجت محكمة النقض عن عبارات العقد ، المتضمن لشرط عدم المنافسة رغم صراحة الشرط ووضوحه ، وذهبت إلى استبعاد شرط يحدد فترة التجربة بستة أشهر ، معللة رأيها بأن القصد من هذا الشرط أن التحايل على القانون وإخفاء الطبيعة الحقيقية للعقد ، وأن اتجاه النية المشتركة للطرفين لم يذهب إلى ذلك⁽²⁾ .

وفي الكويت ذهبت محكمة التمييز أن الشرط الوارد في عقد العمل في بيان كيفية احتساب مكافأة نهاية الخدمة لا يعني بالضرورة أن العامل يستحق المكافأة في كل الأحوال ، وإن ترك العمل بمحض إرادته قبل مضي خمس سنوات ، وبما يعني ضرورة النص على استحقاقه للمكافأة ذاتها في هذه الحالة ، وبشرط واضح ومحدد العبارات في العقد⁽³⁾ ، وقد كان بإمكان المحكمة أن تعتبر تحديد شروط الاستحقاق دليلا على الاتفاق عليه .

1- محكمة التمييز الكويتية ، قرار عمالي ، بتاريخ 19 نوفمبر 1984 . ق.ق ، السنة 12 ، العدد الثالث ، شهر جوان 1988 ، ص 197 ، رقم 1984/24 .

2- Cass..Soc. 25 avr 1936. Gaz .Pal .1936- 2 - 150.

3- تمييز عمالي ، بتاريخ 9 أكتوبر 1987 ، قرار 87/18 ، رقم 106 ، طعن رقم 17 ، مجموعة القواعد ، ص 239 . وعلى العكس من ذلك أبدت محكمة التمييز توجه محكمة الاستئناف ، القاضي بإلزام العامل بالمخالصة التي وقع عليها ، لتدل على حصوله على كل حقوقه قبل صاحب العمل ، على الرغم مما أثاره العامل من غلط من جانبه ، يرجع لعدم وضوح الأسس التي اعتمدت في حساب مستحقته كما هي واردة في المخالصة ، وهو تفسير في غير مصلحة العامل . تمييز عمالي ، بتاريخ 19 ماي 1986 ، رقم 86/8 ، ق.ق ، السنة 14 ، العدد الأول ، ص 361 .

ثالثاً - حدود سلطة القاضي الاجتماعي في تفسير عقود العمل :

لا تختلف سلطة القاضي الاجتماعي عن سلطة القاضي المدني في مجال التفسير ، ولو أن سلطة الأول تبدو أوسع بالنظر إلى الاعتبارات السابق عرضها ، حيث أن القاضي الاجتماعي يضع نصب أعينه حماية العامل ، ولو عن طريق التحايل في التفسير بحجة مصلحة العامل ، وهذا الانحياز نجده حتى لدى المشرع نفسه في بعض الأحيان .
وتبعاً لذلك فإن يكون للقاضي الاجتماعي سلطة واسعة في مجال تفسير أي شك أو غموض في عقود العمل على اختلاف أنواعها ومددها وبالرغم من تعدد أطرافها من عدمه ، لصالح العامل .

غير أن مصلحة العامل لا تؤخذ بالأولوية إلا عند الاحتياط ، أي فقط عندما يكون العقد محل التفسير يحطوه الشك والغموض والإبهام في فهم مضمونه .
وفي الحالات العادية ، يتوجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للأطراف وفقاً للقواعد العامة للتفسير ، وهو الأمر الذي أكده القضاء المقارن في العديد من المناسبات ، ومنها مثلاً :

قرار محكمة النقض بمصر الذي جاء فيه: " أن استخلاص قيام علاقة العمل هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها محكمة الموضوع طالما استندت إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق .

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تعرف حقيقة الدعوى من وقائعها ، وله تلك السلطة في تفسير المشاركات والعقود وسائر المحررات بحسب ما يراه أوفى إلى نية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيها مستهدياً في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها⁽¹⁾ .

كما قضت أيضاً أنه : " يكفي لقيام علاقة العمل تحقق التبعية التنظيمية من خلال مظاهرها ، والعبارة بحقيقة العلاقة ، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع ، كما أن استخلاص نية المتعاقدين من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع .

وأنه مما يستقل به قاضي الموضوع ، حق تقدير الأدلة والموازنة بينها متى كان قضاؤه قائماً على أسباب سائغة " ⁽²⁾ .

وفي الأردن قضت محكمة التمييز أنه : " يستفاد من أحكام المادة 239 من القانون المدني أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي توفره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري ... " ⁽³⁾ .

1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 13 ديسمبر 1963 .

مشار إليه في مرجع د/ حسن كبيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 155 .

2- عمالي كلي ، شمال القاهرة ، طعن رقم 71/558 .

مشار إليه من طرف د/ همام محمد محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 47 ، هامش 5 .

وفي نفس المعنى : نقض عمالي ، جلسة 31 مارس 1986 ، طعن 1243 ، ص 50 .

3- محكمة التمييز الأردنية ، رقم القرار : رقم القرار : 1463 / 1994 ..

وسلطة القاضي الاجتماعي ، وكمثله القاضي المدني ، ليست سلطة مطلقة ، وإنما هي مقيدة بضوابط . ولعل أهم قيد يقع على القاضي حال تفسيره لعلاقة العمل هو قيد عدم الانحراف عن بنود عقد العمل إذا كانت واضحة وضوحا يكشف عن النية المشتركة لطرفي علاقة العمل .

وإذا كانت هذه البنود لا تكشف يقينا عن إرادة طرفي العقد ، فإنه يمكن للقاضي أن يعمل سلطته في التفسير بالاستهداء بمجموعة من العوامل كالعرف وطريقة التنفيذ مثلا ، مع شرط بيان الأسباب التي دفعته إلى الخروج عن عبارات العقد على غيرها .
ويلاحظ أن هذه القيود هي نفسها التي سبق الحديث عنها عند عرضنا للقواعد العامة للتفسير في العقود المدنية ، ولهذا فلا داعي لتكرارها ، غير أننا سنكتفي فقط بعرض التطبيقات القضائية العمالية لهذه القيود التفسيرية .

فقد قضى في مصر أن : إشتغال المخالصة على عبارات صريحة قاطعة في تنازل العامل عن حقه في حساب المكافأة على غير الأساس المبين بها ، وإبراء عاما لذمة رب العمل من كافة حقوقه . عدم اعتبار الحكم هذه المخالصة تنازلا من العامل عن حقه في المكافأة .. مسخ لما تضمنته المخالصة (1) .

كما قضى بمصر كذلك بأنه " إذا كانت المخالصة التي تمسكت بها الطاعنة و التي أورد الحكم المطعون فيه نصها قد تضمنت عبارات صريحة قاطعة في التزام المطعون عليه بعدم مطالبة الطاعنة بأي حق مترتب على فصله من الخدمة مهما كان السبب ، فإن الحكم المطعون عليه إذ قرر أن المخالصة لا يستدل منها على التنازل عن التعويض يكون قد انحرف عن المعنى الظاهر لعبارات المخالصة ويتعين نقضه " (2) .

وقضى في الأردن : " إن المادة (239) من القانون المدني تقضي بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين .

ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود بما تراه أقرب إلى نية العاقدين .. " (3) .
وفي فرنسا نظرت محكمة النقض في قضية تتعلق بالأجر ومدى حق القضاء في مراجعته لصالح العامل رغم وجود اتفاق صريح بشأنه .

وتتلخص وقائع هذه القضية في كون أن عاملا اتفق مع رب العمل على أجر معين ولكن العامل تضرر بعد ذلك من هذا الأجر . وأقام العامل دعواه أمام مجلس العمال مطالبا بزيادة الأجر لعدم تناسبه مع العمل الحقيقي الذي يؤديه .

فقضى المجلس العمالي بزيادة الأجر وأبطل عقد العمل المبرم بين العامل ورب العمل مستندا في ذلك إلى مخالفته للنظام العام .

1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 28 أبريل 1960 ، الطعن رقم 377 ، س 25 ق ، س 11 ، ص 346 .
2- نقض مدني ، بتاريخ 10 فيفري 1962 ، الطعن رقم 245 ، سنة 62 ق ، مجموعة النقض ، السنة 13 ، ص 248 .
قارن تمييز عمالي كويتي ، بتاريخ 19 ماي 1986 ، رقم 86/8 ، ق.ق ، السنة 14 ، العدد الأول ، ص 361 .
3- محكمة التمييز الأردنية ، رقم القرار : 834 / 1997 ، لسنة 1997 : ص 408 .
وفي نفس المعنى : محكمة التمييز الأردنية ، رقم القرار : 1367 / 1997 ، لسنة 1997 ص 92 .

وقد عرض هذا النزاع على محكمة النقض الفرنسية ، فنقضت الحكم مستنده في ذلك إلى المادة 1134 مدني فرنسي التي تقضي باحترام حرية الاتفاقات ، واعتبرت أن التعدي على الاتفاق هو بذاته تعد على النظام العام .

ونخلص مما تقدم أن محكمة النقض الفرنسية تعطي مبدأ حرية الاتفاقات المقام الأول في كل تفسير للعقد ، سواء تعلق الأمر بعقود المساومة أو الإذعان ، ولم تقبل تحريف شروط العقد تحت أي ستار للعدالة أو النية المشتركة أو لشروط الأسد التي تكون في غير صالح الطرف المذعن (1) .

وقد التزمت أغلب أحكام القضاء الفرنسي القاعدة العامة ، وهي احترام حرية التعاقد وأخذ الطرفين بأحكام عقدهما ، وعدم تحريف الشروط الواضحة والمحددة ، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء الفرنسي من الخروج على هذه القواعد في العديد من الأحكام كلما عن له ذلك متأثراً فيها بآراء الفقهاء وأفكار العدالة التي افترقتها بعض شروط التعاقد .

الفرع الثالث : تطبيقات التفسير في مجال منازعات الضمان الاجتماعي

يقصد بهذا النوع من النزاعات تلك الخلافات التي تنشأ بين المؤمن له ، أي العامل أو المستفيد من التأمينات الاجتماعية ، أو ذوي حقوق المؤمن له من جهة ، وهيئات الضمان الاجتماعي من جهة ثانية حول الحقوق والالتزامات المترتبة على تطبيق قوانين التأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية ، والقوانين الأخرى الملحقة بها أو المكملة لها، حيث تنصب هذه الخلافات عادة حول تقدير التعويضات ، ونسب العجز ، والحالة الصحية للمؤمن له، والخبرة الطبية ، وما إلى ذلك من المسائل الأخرى (1) .

وتتميز منازعات الضمان الاجتماعي عن تلك الخاصة بعلاقات العمل بكونها أكثر تعقيدا وأكثر تقنية ، الأمر الذي يجعل إجراءات تسويتها تتميز هي الأخرى بالطابع الإداري والنقبي أين تلعب الخبرة الطبية الدور الأساسي في توضيح معطيات وملايسات هذه المنازعات، وبالتالي فإنها تكاد تكون الدليل الوحيد للإثبات رغم أنها ليست دليلا بآتم معنى الكلمة ، وإنما هي مجرد إجراء من إجراءات الإثبات كالتحقيق والمعاينة والاستجواب...

وقد أخضع المشرع الجزائري كافة العلاقات والنزاعات التي تثور بين المؤمنين والمستفيدين من التأمينات الاجتماعية والهيئات المكلفة بتسيير هياكل وأجهزة الضمان الاجتماعي لآليات وترتيبات خاصة ضمن مجموعة قوانين تسمى قوانين الضمان الاجتماعي. ويرجع الأساس القانوني في تحديد هذه الروابط إلى عقد العمل بالدرجة الأولى ، إذ في غياب عقد العمل تنتفي أية علاقة بين هيئة الضمان الاجتماعي والشخص المصاب .

وتراعى بعض الحالات الاستثنائية التي أجاز فيها القانون تعويض الشخص المصاب بالرغم من عدم وجود أية رابطة عقدية بينه وبين رب العمل ، كما هو الحال بالنسبة للحوادث العمل التي تقع للتلاميذ والطلبة في المدارس والجامعات ، وحتى بالنسبة للأشخاص الذين يقومون بعمل تطوعي أو عمل متفان للمصالح العام (2) .

وفي فرنسا ينص قانون الضمان الاجتماعي الصادر في 28 أكتوبر 1935 لم يشترط من أجل الخضوع لأحكامه وجود عقد عمل صحيح ، بل وإن هناك حالات لا يشترط فيها عقد عمل أصلا ، كما هو الشأن في إنقاذ شخص على أهبة الهلاك.

وفي مرسوم 19 أكتوبر 6194 (المادة 241) جعل المشرع الفرنسي الخضوع للتأمينات الاجتماعية أمرا ملزما أيا كان شكل أو طبيعة أو مشروعية عقد العمل ، باعتبار أن حماية هذا المرسوم تنطبق بشكل عام على سائر المخاطر التي يغطيها الضمان الاجتماعي .

1- د/أحمية سليمان : " آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة أولى ، سنة 1998 ، ص 177.
2- ينظر المادتان 7 و8 من القانون رقم 13/83 المؤرخ في 2 جويلية 1983 ، و المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم...

والذي يهمننا في هذه المنازعات ليس أنواعها ولا طرق حلها ولا كفاءات إثباتها ، وإنما حالات تفسيرها ، وبالأخص تفسير الوثائق التي تثار بشأنها في حالة الغموض والشك .
وبتفحص بعض الاجتهادات القضائية وجدنا أن القضاء الاجتماعي يسير دوما نحو تطبيق قواعد تفسيرية لفائدة العامل ، سواء في منازعات العمل أو في منازعات الضمان الاجتماعي ، وأساس هذه الأخيرة هو وجود رابطة عمل تربط بين العامل ورب العمل ، أما هيئة الضمان الاجتماعي فليست طرفا في علاقة العمل ، لكنها طرفا في تحديد بعض آثاره ، المتمثلة في دفع تعويضات عن حالات العطل المرضية ، وعطل حوادث العمل والأمراض المهنية ، فضلا عن بعض المنح العائلية ومعاشات التقاعد وغيرها .

ومع ذلك يمكن تصور وجود منازعات بينها وبين رب العمل حول تحديد التعويضات مثلا ، أو أية أحكام تتعلق بقوانين الضمان الاجتماعي ، ومنها على الخصوص الأحكام المتعلقة بحوادث العمل والأمراض المهنية .

وعادة ما نجد القضاء يتبنى مذهب التفسير المرن للكثير من النصوص القانونية المتعلقة بمنازعات الضمان الاجتماعي .

وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل العليا بالعراق أنه : " حين لا يكون النص التشريعي في قانون العمل أو في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي صريحا بل يحتمل التأويل والشك توجب تفسيره بما هو أصلح للعامل " (1) .

ويتجه القضاء المقارنة إلى حق العامل المصاب في تعويضات حوادث الشغل بالرغم من بطلان علاقة العمل .

ومن التطبيقات القضائية أيضا ما قضت محكمة النقض المصرية من أنه :
" لمحكمة الموضوع أن تستخلص نية رب العمل في إنهاء عقد العمل بسبب مرض العامل من الأدلة التي تقدم إليها ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغا ، فإذا كانت المحكمة قد اعتبرت قيام رب العمل بأداء الأجر كاملا طيلة مرض العامل الذي امتد سنوات دليلا على رغبته في فسخ العقد بينما هو صريح الدلالية على العكس ، فإن هذا الاستخلاص يكون غير مساغ " (2) .

على أن محكمة النقض المصرية لم تعتبر اشتراط صاحب العمل على العامل التقاعد عند بلوغه سن الستين مخالفا للقانون (3) .

وقد قضت نفس المحكمة أيضا بأن الأنظمة الخاصة الأفضل تشمل كل نظام يلتزم فيه صاحب العمل بمعاشات أو مكافآت أو ادخار أفضل مما تقرره القوانين السارية ، سواء ورد النظام الأفضل في عقد العمل أو لائحة نظام العمل الداخلية (4) .

1- محكمة العدل العليا ، قرار بتاريخ 16 جانفي 1972 ، رقم 73 / عليا / أولي .
أورده : د/ عدنان العابد و د/ يوسف إلياس : " قانون العمل " ، دار المعارف ، لبنان ، سنة 1980 ، ص 26 .
2- نقض مدني ، بتاريخ 19 جوان 1958 ، المكتب الفني ، السنة 9 ، رقم 74 ، ص 591 .
3- نقض مدني ، جلسة أول جانفي 1959 ، في الطعن رقم 248 لسنة 24 ق ، مدونة عزمي البكري ، ص 340 .
4- نقض مدني ، جلسة 14 أبريل 1986 ، رقم 1907 لسنة 50 ق ، مجموعة ع الهواري ، ج 7 ، ق 360 ، ص 583 .

الفرع الرابع : تطبيقات التفسير الأصلح في منازعات القانون الدولي الخاص

يقصد بمنازعات القانون الدولي الخاص تلك المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا أيما كان هذا العنصر . فيكفي أن يكون أحد طرفي العلاقة متمتعا بجنسية أجنبية أو متوطنا في الخارج أو أبرم العقد في دولة أجنبية أو كان من المقرر أن ينفذ في الخارج كي يعتد بدولية العلاقة ، هذا ما أخذ به غالبية الفقه (1) . لذلك فإن "دولية" العقد تتطلب اشتماله على عنصر أجنبي سواء تعلق العنصر بإبرامه أو بتنفيذه ، أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم ، وأن تلك الدولية للعقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة (2) .

ويحسن بنا هنا أن نشير لذلك الإختلاف الفقهي الذي حصل بين الرأي التقليدي والرأي الحديث بشأن مفهوم العنصر الأجنبي الذي يسبغ العلاقة طابعها الدولي . فقد اكتفى الفقه التقليدي بمفهوم موسع للعنصر الأجنبي ، بحيث بعد تطرق الصفة الأجنبية إلى عنصر من عناصر العلاقة القانونية مؤديا إلى اعتبارها ذات طابع دولي . ووفقا لهذا المعيار تعتبر العلاقة القانونية ذات طابع دولي ، إذا تم التعاقد في الخارج ، أو تم التنفيذ في دولة أجنبية ، أو كان أطرافه من الأجانب ، أو انصب النزاع على أموال كائنة في دولة أجنبية (3) .

في حين يرى الفقه الحديث أن مفهوم العنصر الأجنبي الذي يسبغ على العلاقة طابعها الدولي يتصف بالمرونة . ومفاد هذا المعيار أنه إذا اتضح من الظروف أن العلاقة القانونية المطروحة من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي لترتبط بأنظمة قانون أخرى . ومن خلال هذا المعيار يتم من خلال تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة النظام الداخلي لدولة واحدة ، إما إذا تركزت العلاقة بكافة عناصرها المادية والمعنوي في إطار عمليات قانونية ذات صبغة داخلية بحتة ، فلا بعد العقد دوليا ، حتى ولو كان أحد طرفيه أجنبي الجنسية ، أو أبرم العقد أو نفذ في الخارج مصادفة أو غشا ، وعلى هذا فإنه ليس من الضروري كي يكون العقد دوليا أن يتوافر عنصر أجنبي فيه على نحو أو آخر ، لأن هذا العنصر قد يكون سلبيا وليس من شأنه أن يمس بطبيعة العقد .

والذي يهمننا في ذلك ليس قواعد التنازع في علاقات العمل الفردية ولا طرق حلها ، وإنما تطبيقات قواعد التفسير ، وخاصة في حالة وجود بند يحدد قاعدة الإسناد ، وهو ما يحتم تطبيق هذا البند ، ولكن ماذا لو كان هذا البند غامضا أو تعارض مع بند آخر أو مع قاعدة أخرى ؟

في هذا الإطار نجد بعض الفقه والقضاء يميل إلى تطبيق معيار خاص ، وهو معيار القانون الأصلح للعامل ، فما المقصود بهذا المعيار ، وما هي أهم تطبيقاته ؟

1- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم : "تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي" ، نشر مكتبة عبد الله وهبة ، طبعة أولى ، سنة 1982 ، ص 200 .

2- د/ محمد حسين منصور : "العقود الدولية" ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، سنة 2006 ، ص 11 .

3- د/ منير عبد المجيد : "تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية" ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1989 ، مطبوعة لدى منشأة المعارف ، سنة 1991 ، ص 21 .

أولاً- المقصود بالقانون الأصلح للعامل ومعايير تحديده :

من مظاهر حرص المشرعين في الدول المختلفة على تأكيد حمايتهم للعامل ، الاتجاه نحو تطبيق القانون الأكثر صلاحية بالنسبة له ، فإذا كانت قوانين العمل تتضمن تنظيمًا تشريعيًا أمرا قصد به تحقيق حد أدنى من الحماية للعامل ، فإن هذا التنظيم التشريعي يتميز بخصائص ينفرد بها عن سائر القواعد التنظيمية الأمرة في القوانين الأخرى .

فالأصل أن مخالفة أية قاعدة من القواعد الأمرة في أي تنظيم يترتب عليها بطلان الاتفاق المخالف ، في حين أن القاعدة الأمرة في قانون العمل يصح في شأنها الاتفاق على تطبيق قانون مخالف متى كان هذا القانون يؤدي إلى تقرير مزيد من الضمانات و الحقوق المقررة للعامل ، أو تقرير ميزة أو رعاية أفضل ، مما يجعل لهذا القانون الصدارة في التطبيق على قانون مكان التنفيذ مكان التنفيذ الواجب التطبيق أصلا ، ولهذا يعتد بالقانون الأصلح حتى في المسائل الأمرة المتعلقة بتنظيم العمل ، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانات العقد الأساسية مثل فترة الاستخدام ومدتها (1) .

ويسير الفقه والقضاء المقارن إلى مساعدة الطرف الضعيف (العامل) ، وذلك بتطويع قواعد القانون لمصلحته في التفسير ، سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية ، ومنها مثلا أن ترفع الدعوى في مكان إقامة الطرف الضعيف (2) . على أنه لا يمكن تعميم القول بأن قانون موطن أو محل الإقامة المعتاد للطرف الضعيف يوفر دائما حماية مثلى له ، فهذا يتوقف على درجة تطوير التشريعات المختلفة في هذا الخصوص .

ويشهد الفقه اتجاه متناميا يرى أنصاره الاستعانة بمعيار محل الإقامة المعتادة باعتباره يحقق الحد الأدنى من الحماية للطرف الضعيف ، مع ضرورة الأخذ بأي معيار آخر من شأنه أن يرتفع بمستوى الحماية الحد ، وهو ما يعرف بمعيار القانون الأصلح أو الأكثر رعاية للطرف الضعيف . وهو ما يفترض تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها القاعدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق (3) .

1- يعتبر الحد الأدنى لحماية العامل من النظام العام في العلاقات الدولية بحيث يجب استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تؤدي إليها قاعدة التنازع متى كانت هذه القوانين أقل صلاحية للعامل من قوانين الحماية الاجتماعية في نظام القاضي.

2- القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987 يتضمن حكمين يوفران الحماية الخاصة للطرف الضعيف على هذا الصعيد . ففي مجال علاقات العمل ، تجيز المادة 1/115 من هذا القانون للمدعي أيا كان أن يقيم دعواه أمام محكمة موطن المدعي عليه أو المحكمة التي يوجد بها المكان المعتاد لأداء العمل . وتجيز هذه المادة ، في فقرتها الثانية ، محل إقامته المعتادة . وفي مجال عقود الاستهلاك ، تجيز المادة 114 من هذا القانون للمستهلك أن يقيم دعواه أمام المحكمة السويسرية التي يتبعها موطن أو محل إقامة المورد .

وفيما يتعلق بالشروط المانحة للاختصاص القضائي الدولي ، نصت المادة 2/5 من هذا القانون على أن " يكون اختيارا لقضاء المختص عديم الأثر إذا كان يؤدي إلى حرمان طرف من الحماية التي يكفلها له الاختصاص الذي يقرره القانون السويسري" .

للمزيد : بنظر د/ محمد عكاشة عبد العال : " مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية " ، نشر دار النهضة العربية ،

سنة 2008 ، ص 37.

3- وقد جرى الأخذ بهذا المعيار في إطار أحكام اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، حيث تنص المادة 2/5 من هذه الاتفاقية على أنه : " اختار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة" ..

وعلى هذا النحو ، تجري المفاضلة بين القانون الذي اختاره الأطراف وقانون محل الإقامة المعتاد للعامل بحيث لا يطبق إلا القانون الأكثر حماية له . بينما لا محل لهذه المفاضلة في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، حيث يطبق عندئذ قانون محل الإقامة المعتاد للعامل باعتباره يتضمن الحد الأقصى لحمايته (1) .

1- المقصود بالقانون الأصح للعامل :

يوصف قانون العمل من طرف الفقه المقارن بأنه قانون حمائي يستهدف الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف اقتصاديا في العلاقة التعاقدية . وهو أمر نلمحه حتى على مستوى العلاقات العقدية الوطنية والدولية ، فالحد الأدنى لحماية العمال يعتبر من النظام العام في جل التشريعات الوطنية ، وهو الأمر الذي شكل صعوبة لدى القضاء في تطبيق القوانين الأجنبية التي ترشد إليها قواعد الإسناد ، خاصة إذا كانت هذه القوانين توفر حماية أقل صلاحية للعامل من القوانين الاجتماعية في قانون القاضي .

وما يميز قواعد قانون العمل الصفة الأمرة في معظمها بما فيها تلك التي تحكم نشأة وأثار العقد ، ولهذا اتجه جانب من الفقه إلى إنكار المصدر العقدي لعلاقات العمل واعتبار هذه العلاقات ناشئة عن عمل شرطي (2) إلا أنه في الواقع مهما كانت الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل وامتيازها بالطابع التنظيمي ، فإن ذلك لا ينفي أن مصدر غالبية روابط العمل هو عقد العمل ، وأن هذا العقد ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول لطرفيه ، بحيث لا يمكننا إجبار العامل على العمل أو إجبار صاحب العمل على الاستخدام ، بل لا بد من تراضيهما معا تراضيا تاما خاليا من أي عيوب ، بمعنى أن امتياز التشريعات الاجتماعية بالصفة الأمرة الغالبة في قواعدهما في ميدان عقد العمل وتفوقها على الإرادة الفردية لم يقض تمام على الطابع التعاقدى لعقد العمل ، ولم يجرّد هذا العقد من صفته كعقد من عقود القانون الخاص ، وتبعا لذلك يمكن في إطار التعاقد بين الطرفين تقرير حقوق أو مزايا للعامل أفضل من تلك المقررة قانونا .

وإنطلاقا من هذه الفكرة ظهر في الفقه الحديث اتجاه تبنى دون تردد فكرة اختصاص القانون الأكثر ملائمة للعامل (3) باعتباره القانون الواجب التطبيق على علاقات العمل ، ويعد هذا المعيار مظهرا من مظاهر حرص الدول على تأكيد حماية العمال ، وهو معيار لم يظهر إلا في العصر الحديث ، لأن المجتمع القديم في تنظيم العمل لم يعرف قواعد تشريعية لصالح العمال . وأن الرغبة في حماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية يجب وضعها في الاعتبار الأول حتى ولو اقتضى ذلك عدم مراعاة وحدة النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد أو مخالفة مبدأ الاستقرار القانوني للعلاقة التعاقدية ، وما ساعد على تكريس هذا المفهوم هو ظهور فكرة جديدة ومرنة في القواعد الأمرة لقانون العمل .

1- ينظر : د/ أحمد محمد الهواري: "حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص" ، دار النهضة العربية ، سنة 1995 .

2- د/ محمود جمال الدين زكي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 46 .

3 -B. Knapp, la protection des travailleur des sociétés membres du groupe, Genève 1973, p 171.

فالأصل في القواعد الأمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، في حين أن هذه القاعدة في تشريع العمل ذات طابع نسبي يمكن الحد منها ، بحيث يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الأمرة متى كان القانون الذي حدده الاتفاق يقر حقوقا أكثر نفعاً وامتيازاً عن تلك المقررة في القواعد الأمرة (1) ، بمعنى تقرير مميزات أفضل رعاية أفضل ، لذا يجب المحافظة على هذه الميزة حتى في نطاق القانون الدولي ، مما يجعل لهذا الضابط الصدارة في التطبيق حتى على قانون مكان التنفيذ الواجب التطبيق أصلاً ، لذلك يعتد بالقانون الأفضل للعامل حتى في المسائل الأمرة المتعلقة بتنظيم العمل ، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانات العقد الأساسية مثل فترة الاستخدام ومداهما (2) .

2- موقف التشريعات المقارنة من هذا المعيار :

يعد معيار القانون الأصلح للعامل معياراً فقهيًا وقضائياً بالدرجة الأولى ، ومع ذلك لا ينفي اعتراف بعض التشريعات به ولو بصورة محتشمة .

ويعد القانون الفرنسي من التشريعات العمالية القليلة (3) التي كرست هذا المعيار بنص صريح ، وذلك من خلال قانون العمل المؤقت الصادر في 03 جانفي 1972 للعمل المؤقت ، الذي نص في مادته 39 على أن الأجر المتفق عليه في عقد العمل يجب أن يحترم الحد الأدنى للأجور المنصوص عليه في قانون مركز إدارة المشروع الذي أرسل العامل للقيام بمؤقت في الخارج .

ومن خلال هذا النص نجد أن القانون الفرنسي هنا وضع الضوابط الكفيلة بحماية العامل الفرنسي حال إرساله للقيام بعمل مؤقت في الخارج ، وفي نفس الوقت أوجب احترام الحد الأدنى للأجور المنصوص عليه في قانون محل تنفيذ العمل المؤقت ، وهذا يعني أنه يجب تحديد مقدار المرتب وفقاً للمعدل الأكثر فائدة للعامل ونفس الأمر فيما يتعلق بحساب التعويض الذي قد تستحق للعامل (4) .

ووفقاً لهذا المعنى يلاحظ أن ضابط الإسناد مزدوج ، بمقتضاه يطبق القانون الأكثر سخاء للعامل سواء أكان القانون الفرنسي بصفته قانون مركز إدارة المشروع الذي أرسل العامل للقيام بعمل مؤقت في الخارج أو قانون محل تنفيذ العمل المؤقت في الخارج .

1- Cass.Soc. 25 jan 1984. Rev . C.1985. Bull. Soc.n° 34. p 27.

2 - Gérard Lyon Caen et Antoine Lyon cæn , précis de droit social international européen , 6ième édition ,1985, n° 58.

3 - القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 15 يونيو 1978 يعتد بالاختيار الصريح للإرادة كقانون واجب التطبيق ، ويرفضه إذا كان هذا الاختيار يترتب عنه إضرار بالعامل (المادة 03/44) .

ويلاحظ على هذا النص هو اعتماده على الاختيار الصريح كضابط لحكم علاقات العمل في حالة تنازع القوانين في العمل ، باعتبار عقد العمل عقداً ذا طابع تعاقدية ، مما يجعله يظل خاضعاً لقانون الإرادة ، وهنا تطبيق قانون الإرادة على عقد العمل يقتصر فقط على حالة الاختيار الصريح للقانون المختص

كما يشترط لتطبيق هذا القانون المختار أن يكون هو الأفضل للعامل ، ويرجع للقاضي المعروض عليه النزاع تحديد ما هو أفضل للعامل أو لا على ضوء قانونه ، لأن المسألة متعلقة بالتكييف الذي يخضع لقانون القاضي..

4 - M. Simon- Depitre, « La loi du 03 janvier 1972 sur le travail tempo raire et le d. i. p » rev. crit, 1973, p 293..

وضابط الإسناد المقترح من طرف المشرع الفرنسي ، ضابط يصلح للتطبيق على عقد العمل بغض النظر عن جنسية العامل وليس قاعدة أو قيودا يهدف من ورائه القانون الفرنسي إلى تفضيل العامل الوطني ، بل كذلك يستفيد منه العامل الأجنبي الوافد إلى فرنسا .
ويؤخذ على هذا القانون أنه حاول أن يوفر حماية للعامل الفرنسي ليس داخل الإقليم الفرنسي ، بل حتى حالة إرسال إلى الخارج في وسط عمالي قد لا يوفر هذه الحماية (1) .
ومن جانب آخر نجد هذا القانون ينص على مبدأ عدم إرسال الأجانب لممارسة عمل مؤقت خارج فرنسا ، وهذا النص يوحي بوضع حد لإمكانية المنافسة التي تثار بين العامل الفرنسي والعامل الأجنبي وليس معناه قانون أفضل للعامل ، وإن عدم السماح للأجنبي بتقديم خدماته لمشرع أجنبي خارج فرنسا ولو بصفة مؤقتة طالما أنه يباشر عملا في فرنسا .

3- معايير تحديد القانون الأصلح للعامل:

إن الاتجاه إلى تطبيق فكرة القانون الأصلح للعامل في ظل منازعات عقود العمل ذات الطابع الدولي يتجاوب مع الأفكار الحديثة المحاكية للأطراف المستضعفة ، ويتلاءم مع سياسة التشريعات العمالية الحديثة التي تقصد حماية العمال من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ، وإقامة التوازن اللازم بين الصالح العام للعمال ، وهم يمثلون الجانب الأكبر من المجتمع وأصحاب العمل تحقيقا للصالح العام للجماعة (2) .

ويلاحظ في البداية أن القانون الأفضل ليس بالضرورة هو قانون القاضي ، بل قد يكون قانونا أجنبيا . ومن جانب آخر يتوقف تطبيق القانون الأفضل على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فمصدر الالتزام بالقانون الأصلح هو اتفاق الطرفين ، ومن ثم كان لسultan الإرادة دور كبير في مخالفة القواعد القانونية في علاقات العمل رغم صفتها الأمرة ، مادامت في هذه المخالفة أكثر فائدة للعامل محققة . ومن ثم أن اتفاق الأطراف في مكان التنفيذ على إخضاع عقد العمل المبرم بينهما لقانون أجنبي لا بوصفه القانون المختص بحكم العلاقة ، وإنما باعتباره قانونا تعتد أحكامه بمصلحة العامل ، كان تطبيقه وإعماله مقبولا .

وعليه يعتد بالإرادة متى اتجهت إلى عقد الاختصاص لقانون أفضل للعامل فقط ، ولا يعتد بها إذا من شأنها تهديد مصالح العامل بتطبيق قانون ينقص من حقوق يكفلها له قانونا آخر له ارتباط موضوعي بالعلاقة التعاقدية .

وتعتبر الإرادة هنا بمثابة تشريع أقره الأطراف لأنفسهم (3) ، وهو ما يسمى بإدماج فكرة القانون في العقد ، كما يمكن لهم ، وفي أي وقت ، تعديل أو اختيار قانون آخر ، بل وفي أي مرحلة من مراحل الخصومة أمام القاضي (4) ، باعتبار ما أنشأته الإرادة متى اعترفنا لها بدورها الفعال تستطيع إلغاءه أو تعديله ، وما يسري على العقد الفردي يسري على العقد الجماعي .

1- M. Simon- Depitre, « la loi du 03 janvier 1972 sur le travail temporaire » .O.P. Cit .p 294.

2 - د/ منير عبد المجيد : " تنازع القوانين " ، المرجع السابق ، ص 179 .

3 - أجازت محكمة النقض الفرنسية أن يكون القانون موضوعا لاتفاق الطرفين ، أي ينزل منزلة الشروط التعاقدية .

Cass.Civ.5 dec 1910. Cass. Civ 15 janv 1935. Cass. Civ 19 oct 1938.

4- Cass . Civ. 18 nov 1959 . Rrev, C, 1960, p 83. , note H- Batiffol.-

وكما أن للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فإن لهم الحرية في عدم ممارسة هذا الاختيار، وفي هذه الحالة يتحدد القانون المختص على أساس موضوعي ، والهدف من ذلك هو التوصل إلى إمكانية القول بأن الرجوع للقانون الأصلح للعامل كقانون مختص ممكن في حالة الاختيار الصريح للقانون المختص بحكم العقد على أساس موضوعي وليس شخصي .

ويشترط في حرية الاختيار في عقد العمل ، أسوة بالعقود الأخرى ، أن تكون إرادة الأطراف صريحة ومعبرة عن نية الأطراف المشتركة بوضوح ، وتقدر صحة الاتفاق الذي يتم بموجبه هذا الاختيار على ضوء قانون القاضي الذي يستمد منه مبدأ الاتفاق ذاته، ويسمح للقاضي بالاعتداد بإرادة الطرفين .

وتفسير هذه الإرادة يخضع من حيث المبدأ للقواعد العامة لتفسير العقود التي سبق الحديث عنها بإسهاب ، مع مراعاة خصوصيات القانون الاجتماعي .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقديس مبدأ سلطان قانون العقد حتى في منازعات العمل الفردية ذات الطابع الدولي قائلة بأنه عندما يختار الأطراف قانوناً أكثر صلاحية للعامل ، فإنه القانون الواجب التطبيق على عقد العمل ، حتى ولو كان هذا القانون أقل صلاحية من القانون الفرنسي ، هو مكان التنفيذ المتفق عليه بين الأطراف المتعلق بتعويض مهلة الإنهاء يعتبر صحيحاً متى كان مطابقاً لعادات مكان التنفيذ ولو كان مخالفاً للقانون الفرنسي (1) .

وموقف محكمة النقض هذا منتقد لكون أن قانون العقد ليس دوماً في مصلحة العامل الذي يبدو الطرف الضعيف في هذا الاتفاق ، مقارنة بصاحب العمل الذي يبدو الطرف القوي ، وهو في الغالب ، وبحكم الخبرة ، يعلم أن قانون مكان التنفيذ أقل صلاحية للعامل ، عندئذ يمارس ضغوطه العقدية ليتجنب مسألة اختيار القانون الأصلح في العقد ، كما أن عدم اختيار القانون الأصلح قد يخدم مصلحة صاحب العمل أكثر من تحديدها .

ولهذا فمن الضروري البحث في جميع الأحوال عن القانون الأكثر صلاحية للعامل ، سواء في وجود شرط الاختيار أو عدم وجوده ، وهنا تظهر حالة الغموض أكثر من سابقتها ، ومهمة البحث تلقي بالمشقة على كاهل القاضي الذي يقوم بتقدير القانون الأكثر صلاحية للعامل واختياره من بين القوانين المتنازعة لحكم العلاقة التعاقدية .

وتبقى العبرة في تحديد القانون الأصلح للعامل بالنص المراد تطبيقه في خصوصية النزاع وليس بالقانون المتفق عليه في مجموعه . ويجب أن ينظر في ذلك إلى العامل بنظرة موضوعية بحتة (2) .

فمثلاً تعويض الأقدمية الذي يفرضه القانون الإيطالي على صاحب العمل عند التنبيه بالاستغناء لا نظير له في القانون الأمريكي . وعند رجوعنا إلى الطابع الحمائي لقانون العمل ، يجب إعطاء الأفضلية للقانون الإيطالي عن القانون الأمريكي الذي يستبعد تطبيقه لهذا السبب عند تنفيذ العمل في إيطاليا .

ولاشك أن تطبيق القانون الأصلح للعامل سوف يقدم فائدة للعامل يكفلها له تطبيق النظام العام أو تدخل قوانين البوليس والأمن .

1 - Cass. Soc. 28 fev 1986.

2 - د/ منير عبد المجيد : تنازع القوانين " ، المرجع السابق ، ص 179 .

ورغم ذلك فإن اختيار القانون الأصلح قد يستبعد في بعض الأحيان ، كما هو الحال في التنظيم الفرنسي المتعلق بربط الأجور بالأسعار ، إذ يضيف القضاء الفرنسي على هذا التنظيم طابع النظام العام الذي يحرم مخالفته على نحو مطلق ، حتى في المسائل المتعلقة بالأجور في علاقات العمل الدولية ، ومن ثم فإن الغرض من تحديد الأجور في مكان التنفيذ ، اعتبر من وسائل الاقتصاد الموجه ، وعليه فإن المخالفة بالاتفاق على تطبيق قانون أكثر فائدة تكون باطلة لاصطدامها بالمبادئ الجوهرية في النظام القانوني الوطني ، ومن ثم يجب إعطاء الاختصاص لقانون القاضي .

وفي المثال السابق الذكر ينبغي على القاضي الفرنسي تطبيق القواعد الأمرة في القانون الفرنسي بالنسبة لعقود العمل فيما يتعلق بسياسة الأجور متى كان التنفيذ في فرنسا ، وليس على أساس النظام العام الفرنسي باعتباره تنفيذ العمل ، لأن القاضي الفرنسي ملزم بالسهل على حماية النظام القانوني الفرنسي فقط ، لأنه في ظل القانون الدولي الخاص من غير المقبول من قضاء ما أن يستبعد تطبيق قانون أجنبي باسم النظام العام ، لكون القانون الأجنبي يكفل حماية أفضل من تلك المقررة في قانون القاضي .

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة ، وبعبء كبير ، في أعمال الشرط الأفضل للعامل ، فقد يتوصل القاضي إلى تطبيق قانون جنسية العامل من بين القوانين المتنازعة لحكم العلاقة التعاقدية ، فقط لأنه الأفضل للعامل ، ولا يتقيد القاضي بقانون محل التنفيذ أو بقانون محل الإبرام أو بقانون المركز الرئيسي للمشروع ، أو بأي قانون آخر .

ويتطلب الأمر من القاضي هنا إذا كان القانون الأجنبي واجبا للتطبيق ، البحث في مضمونه في حكم عقد العمل قبل تقرير القانون الأكثر صلاحية لحكم العقد ، وعدم قيامه بفحص مضمون القانون الأجنبي واستبعاده بحجة أن القانون الوطني هو الأفضل .

ويلاحظ أن تطبيق معيار القانون الأصلح للعامل بالمفهوم الدقيق قد يؤدي إلى نتيجة غير مرغوبة ، وهي تجزئة عقد العمل ، بمعنى أن اختيار القاضي للقاعدة أو القواعد الأفضل للعامل لمقررة في عدة نظم قانونية حالة التنازع يترتب عنها إخضاع العقد الأكثر من نظام قانوني .

ويرى البعض ⁽¹⁾ أنه في حالة ما إذا تضمن القانون المتفق عليه أحكاما في صالح العامل وأخرى في غير صالحه ، فإنه يتعين استبعاد القانون كلية ، إذ لا يجوز تطبيق ما يحقق مصلحته واستبعاد ما لا يحققها ، لأن ذلك يتضمن إخلال بتوازن الالتزامات التي رآها المتعاقدان عندما أبرما عقدهما وقررا إخضاعه لقانون معين .

ويرى الدكتور منير عيد المجيد أن الاتفاق على تطبيق القانون الأصلح أمر نسبي ، فلا يفيد إلا العامل الذي اشترطه وحده دون سائر العاملين الآخرين ⁽²⁾ .

1- الرأي للدكتور د/ فتحي المرصفاوي : " تنازع القوانين محاضرات مطبوعة .

نقلا منا عن "د/ منير عيد المجيد : " تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية " ، المرجع السابق ، ص 179 .

2- ينظر د/ منير عيد المجيد : " تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية " ، المرجع السابق ، ص 179 .

ويرى البعض أنه القانون الوطني في حالة عقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي يرجح القانون الوطني باعتباره الأفضل للعامل على القانون الأجنبي ويستبعد القانون الأجنبي .

-Louis Rozes , « Remarque sur l'ordre public en droit du travail, droit social » . 1977, p 316.

ويؤكد جانب من الفقه على وجوب أن تكون النصوص الأكثر صلاحية ، التي ينبغي الاعتداد بها ، قد تم الاتفاق عليها صراحة بين العامل ورب العمل ، وهي لا تكون كذلك عادة، إلا إذا وردت في صلب عقد العمل ذاته المبرم بين الطرفين ، بحيث يكون رب العمل على بيّنة منها ، فلا يفاجأ بالاحتجاج عليه من جانب العامل بنصوص لم تكن غي اعتباره عند إبرام العقد (1).

ثانيا- التطبيقات القضائية لفكرة القانون الأفضل للعامل :

يحفل القضاء الفرنسي بالعديد من الأمثلة التطبيقية لمعيار القانون الأفضل أو الأصلح للعامل عند حل مشكلة تنازع القوانين في عقد العمل ، والذي يعنينا في هذه الأمثلة تفسير البنود الاتفاقية التي تحدد الإختصاص القضائي (قانون العقد) ، فكيف ينظر القضاء لهذه البنود ؟ هل يفسرها دوما لصالح العامل حتى ولو تعارضت مع نظام عام أجنبي (قانون مكان التنفيذ مثلا) ؟

يرى البعض أن قانون محل التنفيذ واجب التطبيق بقوة القانون فيما يتعلق بالجانب التنظيمي للعمل الذي ينفذ على إقليم الدولة . ومن جانب آخر فإن هذا القانون غير واجب التطبيق عند تنفيذ العمل في الخارج ، ويوجد تحفظ على هذا المبدأ مضمونه إمكانية تطبيق قانون القاضي سواء اعتبر قانون محل تنفيذ العمل الرئيسي أو قانون مركز إدارة المشروع أو قانون موطن الأطراف المتعاقدة ، وذلك عندما يكون هو الأكثر فائدة للعامل من قانون محل تنفيذ العمل المنفذ في الخارج لأداء عمل مؤقت ، لم يكن العمال يعملون بصفة معتادة في فرنسا .

رغم أن الفقه شبه مستقر على أن قانون محل التنفيذ واجب التطبيق بقوة القانون فيما يتعلق بالجانب التنظيمي للعمل الذي ينفذ على إقليم الدولة ، إلا أن القضاء الفرنسي يتعامل مع هذا الرأي بتحفظ ذاهبا إلى تطبيق القانون الأصلح دوما ، حيث يراعي في المقام الأول القانون الذي يوفر أكثر الضمانات ويحقق أفضل المزايا للعامل في مواجهة رب العمل الذي قد يكون فرنسيا هو الآخر .

وفي هذا الصدد أيدت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر منها في 25 يناير 1984 حكما لقاضي الموضوع قضي بأن تفسير نية المتعاقدين المشتركة تحدد في الإطار الذي كان يعد القانون الفرنسي أكثر فائدة للعامل من القانون الأجنبي ، حتى ولو كان هذا القانون الأخير يمكن أن يعد هو القانون الواجب التطبيق وفقا لضوابط الإسناد المعتادة (2) .

1- Paul. Lagard..note sous Cass. Soc .31mai 1972. Rev.C .1973. p 683.

2 - ويتعلق الأمر بنزاع حول تفسير عقد عمل موضوعه ممارسة مهمة مؤقتة في دولة لكسمبورغ ، وقد أتفق أطراف العقد صراحة إلى الرجوع إلى محكمة قانون محل تنفيذ العمل ، وهو قانون لكسمبورغ . واستخلصت المحكمة ذلك القانون من نية الأطراف في الرجوع إلى القواعد التنظيمية والإدارية السارية المفعول في القانون الفرنسي ، إلا أن الشركة المدعى عليها دفعت بأن تطبيق القانون الفرنسي على العقد المتنازع فيه ينطوي على مخالفة تشريع العمل الفرنسي طبقا للمادة 07/124 ، التي تقضي بأن العمال المرتبطين بعقد عمل مؤقت يخضعون فيما يتعلق بشروط تنفيذ العمل .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31 مارس 1978 بأن القانون الواجب التطبيق في النزاع هو القانون الفرنسي ورجحته كونه هو الأفضل للعامل ، من حيث احتساب مهلة الإنهاء السابقة على الفصل ، مع أنها اعترفت بأن الأصل هو أعمال القانون المغربي على عقد العمل محل النزاع بصفته قانون محل التنفيذ للعمل⁽¹⁾ .

ويعلق الأستاذ أنطوان كيين (Antoine Lyon Caen)⁽²⁾ على هذا الحكم بالقول ، أنه يمكن تنسيق الفكرة التي تضمنها الحكم ، بأن القانون الواجب التطبيق على علاقات العمل الفردية هو قانون مكان التنفيذ ، فيما عدا نصوص القانون الأكثر صلاحية لعامل الذي اختاره الأطراف .

وكذلك الحال في حكم لمحكمة استئناف باريس لصادر في 04 جويلية 1975 أخذت هذه المحكمة بمفهوم تطبيق القانون الفرنسي ، نظرا لأنه الأفضل للعامل⁽³⁾ .

وما يعاب على القضاء الفرنسي أنه يبحث عن كل الوسائل التي يمكن أن تؤدي إلى عقد الاختصاص للقانون الفرنسي في مجال المنازعات الناشئة من عقد العمل ، كما أنه يؤخذ عليه : وإن كان يطبق معيار القانون الأصلح للعامل إلا أنه مع ذلك لا يتحمس لتطبيق هذا المعيار إلا إذا تمتع العامل بالجنسية الفرنسية . ومن أمثلة ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 ماي 1972⁽⁴⁾ . وأيضا حكم محكمة استئناف باريس في 08 جويلية 1981⁽⁵⁾ .

وبالنسبة لموقف القضاء المصري فنجد أن محكمة النقض المصرية بتاريخ 05 أبريل 1968 استبعدت تطبيق القانون الأمريكي على عقد العمل المتنازع فيه استنادا إلى أن القانون المصري هو الأكثر فائدة للعامل⁽⁶⁾ .

1- Cass .Soc-31 mars 1978, Rev C . 1978, p 704 . note . A.. Lyon -cæn.

2- A. Lyon. Caen, note sous Cass .Soc-31 mars 1978, Rev C . 1978, p 704 . .

3- قررت المحكمة أولوية تطبيق قانون محل العمل بخصوص القواعد التنظيمية للعمل ، لأن هذه القواعد فورية التطبيق ، وهي بهذه الصفة واجبة التطبيق على كل عمل ينفذ في الإقليم الفرنسي.

- Cass. Civ. 29 jan 1975, Rev, C. 1976, p 338. note3- H. Batiffal.

4- لم يطبق القضاء الفرنسي قانون محل التنفيذ في نزاع بين عاملة فرنسية وشركة فرنسية لينفذ العقد في السنغال ، وقد أصر القضاء على تطبيق القانون الفرنسي بحجة أن واقعة إبرام العقد تمت في فرنسا وأن الخصوم يحملون الجنسية الفرنسية . كما أن العقد المنفذ في السنغال في الوقت الذي كانت فيه هذه الأخيرة مستعمرة فرنسية .

Cass. Soc. 31 mai 1972.

5- حكمت المحكمة بتطبيق القانون الأمريكي باعتباره قانون الجنسية المشتركة وقانون محل الإبرام ، ولم تقبل طلب العامل بتطبيق القانون الفرنسي ، لأنه هو الأفضل من القانون الأمريكي وليس لأن العامل من جنسية أمريكية ، مبررة حكمها بأن النظام العام الفرنسي لن يضار من جراء عدم تطبيق القانون الفرنسي على عقد عمل منفذ في فرنسا .

Cour d'appel de paris 08 juillet 1981, clunet 1983. p 132 . note, P. Rodiere.

6- نقص مدني ، مجموعة الأحكام المدنية ، المكتب الفني ، السنة 18 ، العدد 02 ، ص 804 .
ويلاحظ أن سبب إستبعاد القضاء المصري للقانون الأمريكي (قانون ولاية ميسوري) ليس لأنه مخالف للنظام العام أو للآداب في مصر ، وإنما لأنه القانون الأقل حماية للعامل مقارنة بالقانون المصري .
ينظر كذلك نص المادة 28 مدني مصري .

المبحث الثاني : **مبدأ التفسير الأصلح للعامل وتطبيقاته القانونية والقضائية**

لا ريب أن القواعد الواردة في قانون العمل لها أهدافها وأغراضها وطبيعتها ، وبآتي على قمة هذه الأهداف حماية مصلحة العامل ، وهو الطرف الضعيف في الرابطة العقدية . وفي حين نجد أن قانون العمل نظم بعض المسائل بالتفصيل ، نجده على العكس من ذلك أورد أحكاما مختصر لبعض المسائل المهمة ، كمسألة التفسير ومسألة الإثبات ومسألة البطالان ، وغيرها من المسائل التي يختلف حكمها عن القواعد العامة .

ويتجه قانون العمل رويدا إلى الاستقلال التام في أحكامه عن القانون المدني ، بل وحتى عن القانون الخاص ، كما هو راجح لدى الفقه ، إذ أصبح قانونا قائما بذاته متميزا بصفاته و اتجاهاته الخاصة ، فإنه ترتب على ذلك أن يخضع في تفسيره لقواعد تختلف عن القواعد التي تحكم تفسير القانون المدني ، بحيث تضمن تحقيق الغاية التي يهدف إليها ولهذا يقتضي أن يراعى في تفسير قانون العمل نصوصه قبل الرجوع إلى نصوص القوانين الأخرى ، لأن النص الصريح المأخوذ به في قانون العمل يلقي ضوءا على النص الغامض أو النقص الملحوظ في قانون العمل نفسه أو في أي قانون آخر له علاقة بالعمل ، ومن ذلك مثلا قانون التقاعد وقانون الضمان الاجتماعي مثلا قبل الرجوع إلى القانون المدني أو القانون التجاري .

والحقيقة أن الفضل في تطوير أحكام قوانين العمل يعود للفقه والقضاء أكثر من المشرع ذاته ، ولهما يعود الفضل في ابتداع فكرة ما يسمى بالشرط الأصلح للعامل ، وهي الفكرة التي قننتها بعض التشريعات المقارنة ولو بشكل محتشم . وهو ما يدعونا على التساؤل عن معنى هذا المبدأ ، وكيفية تحديده ، وشروط إعماله والآثار المترتبة على مخالفته .

تلكم هي الأسئلة التي سنحاول الإجابة عنها من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : مدلول التفسير الأصلح للعامل شروطه وضوابط تحديده

المطلب الثاني : آثار تطبيق التفسير الأصلح للعامل

المطلب الأول : **مدلول التفسير الأصلح للعامل وضوابط تحديده**

يهدف تفسير التشريع كما هو معروف إلى توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة .
والذي يهمننا في ذلك هو التفسير القضائي لا التفسير الفقهي ، مع أنهما في الواقع متكاملان ويتأثر كل منهما بالآخر ، ومن أهم المبادئ المستقرة فقها وقضاء في تفسير قانون العمل "مبدأ تفسير الأصلح للعامل" ، وهو المبدأ الذي يسري في شأن تفسير قوانين ، وفي شأن تفسير عقود العمل بمختلف أنواعها .

ويعد هذا المبدأ نتيجة أيضا للطابع الحمائي لقانون العمل ، فحين نقرر أن قواعد هذا القانون تستهدف حماية مصالح العامل تعين أن تنتهي إلى وجوب تفسيرها عند الشك لمصلحة هذا الأخير .

غير أن هذه القاعدة لا تعدو أن تكون كشفا عن الوضع الغالب في القواعد القانون ، وهي بالتالي ، وفي حدود ذلك الوضع ، تعد تطبيقا لمبدأ الالتزام بالحكمة من القاعدة القانونية دائما في صدد التفسير .

لذلك لا يتعين الإطلاق في المبدأ السابق . فالقانون قد يهدف في بعض الحالات لا إلى حماية العامل ، بل إلى حماية مصلحة رب العمل . وقد يكون رائده في حالات أخرى تحقيق توازن معقول بين مصالح الطرفين ، وأخيرا فإن هدف قد يكون بعيدا عن صالح الطرفين وينصرف إلى الصالح العام . وفي مثل هذه الفروض لا يجوز إلا أن نلتزم لتحقيق الغاية من القاعدة القانونية مع تجاوز أحيانا عن منطلق مصالح العامل منظورا إليها بمفهوم الشخصي .

وسنعالج مفهوم التفسير الأصلح للعامل وشروط الأخذ به وضوابطه فيما يلي :

الفرع الأول : مدلول مبدأ التفسير الأصلح للعامل

الفرع الثاني : شروط الأخذ بالتفسير الأصلح للعامل ومبرراته

الفرع الثالث : ضوابط تحديد الشرط الأفضل للعامل

الفرع الرابع : طرق المقارنة بين المزايا ودورها في تحديد الشرط الأفضل

الفرع الأول : مدلول مبدأ التفسير الأصح للعامل

يحدث أحيانا أن يشوب الغموض قاعدة من القواعد المنظمة لقواعد العمل ، بحيث يكون المعنى المقصود من هذه القاعدة محل شك نظرا لإمكانية تفسيرها تفسيراً على أكثر من وجه ، ولما كان الغرض من معظم قواعد العمل هو حماية مصالح العمال . فقد تقرر في الفقه والقضاء أن تفسير القاعدة الغامضة يجب أن يتم وفقاً لما هو أصح للعامل ، ويكون ذلك بترجيح المعنى الذي يحقق مصلحة العامل وحمايته على سائر المعاني التي قد تحتلها القاعدة القانونية .

ويتوسع القضاء في تحديد نطاق التفسير الأفضل للعامل ، فيعمل تطبيقه عند كل تنازع يقع بين عدة مصادر قابلة للتطبيق على النزاع المعروض على القاضي ، سواء ما تعلق بقوانين العمل ، أو باتفاقيات العمل الجماعية أو بعلاقات العمل الفردية ، مما جعل لهذا المبدأ أهميته وصداه الواسع في حماية حقوق العامل . وتعد قواعد التفسير الاجتماعي مظهراً من مظاهر المحاباة للعامل وشكلاً من أشكال حماية علاقات العمل .
لكن ما معنى الشرط الأفضل للعامل ؟ ، وما هو موقف القوانين المقارنة منه ؟

أولاً- مدلول مبدأ الشرط الأفضل للعامل :

يعني مبدأ الشرط الأفضل للعامل ذلك المبدأ الذي يسمح بحسم تنازع القواعد عند تعددها وقابليتها للانطباق لصالح القاعدة الأصح للعامل . فهو يحدد كمعيار لترتيب القواعد على صعيد تطبيقها وتحديد أولويتها بحسب أفضليتها للعامل أو لمجموع العمال⁽¹⁾ . والمقصود بصالح العامل هنا أن القضاء يأخذ بالتفسير المحقق لفائدته من بين التفسيرات المختلفة التي قد يثيرها غموض النص .

وتتحدد القاعدة الأفضل من خلال الميزة التي تحققها . والميزة هي الوضع القانوني الأكثر رغدا ودعماً أو الأقل إرهاباً الذي أنشأته القاعدة للعامل مقارنة بالأوضاع التي أنشأتها القواعد الأخرى⁽²⁾ .

وعلى ذلك فالقاعدة الأفضل قد تأخذ صورة إيجابية ، كما لو كانت تقرر حقا وامتيازاً للعامل أفضل من الحقوق الأخرى .

وقد تأخذ هذه القاعدة صورة سلبية لو كانت تقرر التزاماً أو عبئاً على العامل أقل إرهاباً من الالتزامات الأخرى .

وتتعدد الأوصاف والمسميات الخاصة بالشرط الأفضل . فقد يطلق عليه البعض مبدأ المحاباة أو المبدأ الأكثر محاباة أو رعاية أو مبدأ تطبيق الحكم الأفضل للعامل⁽³⁾ .

1- Fabrice Bocquillon «Qui reste-t-il du "principe de faveur " ? » D r.Soc, 2001 , p.255.

2 - N. Alprantis , « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes » , thèse. Strasbourg,. LGDJ , 1980, p.56 et s.

3- د/ صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور محاباة العمل في قانون العمل " ، مطبعة جامعة أسبوط ، سنة 2007 ، ص 28 وما بعدها.

ويجد هذا المبدأ تفسيره في الطابع الحمائي لقانون العمل ، إذ يشكل ، وبحق ، روح هذا القانون ، ويعكس الغاية التاريخية للحماية . ورغم أن ذات هذه الغاية موجودة في فروع قانونية أخرى غير أنها في قانون العمل تكتسب ذاتية خاصة ، في ظل نظام يضيف إلى قواعد التشريع عدة مستويات من القواعد ، فيبدو هذا المبدأ كفكرة نفعية تهدف إلى تحقيق أكبر نفع ممكن عند تطبيق هذه القواعد (1) . ذلك أن قواعد قانون العمل تتصل بصميم فكرتي الأمن المدني والعدل الاجتماعي ، كجوهر محقق للسلام الاجتماعي ، لتوفير الحماية الضرورية والفعالة والعادلة لكل عامل (2) .

ويرى البعض أن الشرط الأكثر فائدة للعامل ليس استثناء على قاعدة عدم جواز مخالفة قواعد قانون العمل ، بل هو أصل عام تقتضيه طبيعة قانون العمل الخاصة التي تجد كقاعدة عامة من إطلاق الصفة الأمرة لقواعده ، وتعطي لها معنى خاصا يصرفها فحسب إلى تأكيد ما تقرره هذه القواعد من حد أدنى للحماية . فالصفة الأمرة صفة نسبية وليست مطلقة (3) .

وعلى ذلك ، يمكن القول بوجود مبدأ مستقل وعام في قانون العمل (4) أصبح اليوم سائدا ، يتم بمقتضاه حل مشكلة تنازع القواعد أو تدافعها عند التطبيق بصدد نزاع من نزاعات العمل ، سواء كان نزاعا فرديا أم جماعيا .

ويعتبر الأستاذ سافاتييه (Savatier) أن الشرط الأفضل يشكل مبدأ أساسيا في غاية البساطة ، ويجب أن يحكم كل الصعوبات التي يثيرها تنازع القواعد في قانون العمل (5) .

ولما كان قانون العمل يهدف ، فيما يهدف إليه ، حماية العامل فقد إتجه الفقه والقضاء إلى الأخذ بالقاعدة التي تقضي بالتفسير الأصح للعامل .

والمقصود هنا هو تفسير الشك والغموض ، الذي يجب أن يتم وفقا لما هو أصلح للعامل ، ويكون ذلك بترجيح المعنى الذي يحقق مصلحة العامل وحمايته على سائر المعاني التي قد تحتلها القاعدة القانونية .

أما إذا لم يكن هناك غموض فلا مجال للتفسير ، ولا مجال للإجتهد في ظل وضوح النص وصراحته .

وتحديد ما إذا كان الشرط أفضل للعامل أو لا أو مخالف لقانون العمل أولا من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقريرها والفصل فيها ، فإذا كان الشرط الذي يقرر مزايا أفضل مما ورد بأحد نصوص القانون ، فإنه يكون أكثر فائدة للعامل ، فيبطل نص القانون الذي يقابله والذي يكون مخالفا له ، وتصح الشروط الأكثر فائدة للعامل (6) .

وسنتطرق لاحقا للمعايير التي تحدد كيفية معرفة الشرط الأفضل خاصة في حالة المقارنة بين أحكام قانون العمل من جهة ، وعقود العمل من جهة أخرى ، والاتفاقيات الجماعية من جهة ثالثة ، وباقي المصادر المهنية من جهة رابعة .

1 - Yves Chalaron , «L'application de la disposition la favorable, in "Les transformation du droit du travail », Etudes offertes à G. L- Caen , Dalloz , Paris , 1989 , P.243.

2 - د/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 263.

3 - د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 70 و 71.

و د/ إيهاب حسن إسماعيل : " وجيز قانون العمل والتأمينات الاجتماعية " ، ج 1 ، عقد العمل الفردي ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة 1976 ، ص 40.

4- J. Michel. Olivier , « Les conflits de sources en droit du travail interne », Sous la dir.

B. Teyssie, PUF.1998, P.214.

5- J. Savatier , Obs. Sous Cass. Soc. 8 Oct 1996 , Dr, 1996, P1047.

6 - د/ محمد شريف عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 88.

ثانياً - موقف القوانين المقارنة من هذا المبدأ :

مبدأ التفسير الأصلح للعامل ، وهو مبدأ قانوني بصيغة اجتماعية ، يعطي الأولوية في التطبيق للقواعد والبنود الأكثر سخاء للعامل ، ولو على حساب النصوص التشريعية في بعض الأحيان ، وهذا لا يتناقض مع طبيعة القاعدة القانونية التي هي قاعدة اجتماعية بالدرجة الأولى .

ولقد كرس الفقه والقضاء المقارن هذا المبدأ الاجتماعي في الكثير من المناسبات ، وبدايته كانت من الفقه والقضاء في فرنسا ، ثم تأثرت بهما بقية التشريعات العربية كمصر والعراق والبحرين والجزائر .
وسنعرض فيما يلي أهم التطبيقات القضائية لهذا المبدأ في القوانين المقارنة .

1- موقف القانون الفرنسي :

لم ينص المشرع الفرنسي صراحة على هذا مبدأ القانون الأصلح للعامل باعتباره مبدأ عاماً غير أنه أكد على تطبيقه في مناسبات عدة ، سواء فيما يتعلق بعلاقة الاتفاق الجماعي بالقواعد التشريعية (القانون أو اللائحة) ⁽¹⁾ ، أو فيما لا يتعلق بعلاقة الاتفاق الجماعي أو القواعد الأخرى المراد تطبيقها على المشروع ، سواء كانت قواعد داخلية أو خارجية عنه ، بعقد العمل الفردي ⁽²⁾ ، أو فيما يتعلق بعلاقة الاتفاقات أو عقود العمل الجماعية ببعضها البعض ⁽³⁾ .

ويعترف كل من الفقه والقضاء في فرنسا ، منذ وقت بعيد ، بنطاق تطبيق عام لمبدأ الشرط الأفضل للعامل ، جعله بالنسبة للقاضي وسيلة هامة رفعت هذا المبدأ إلى مصاف المبادئ العامة لقانون العمل ، وأعطت له مستوى عالياً من العمومية وقدرة على ابتكار الحلول لمشكلات أو مواقف لم يتطرق إليها التشريع ⁽⁴⁾ .

وعند مطالعة أحكام القضاء الفرنسي في موضوع تنازع القواعد نجد أن محكمة النقض الفرنسية ، رغم عدم استعمالها لمصطلح مبدأ عام ، تمنح مبدأ الشرط الأفضل نطاقاً عاماً .
وقد أكد كل من مجلس الدولة والمجلس الدستوري في فرنسا على أهمية هذا المبدأ في علاقات العمل ، وذهبوا إلى أن القاعدة التي يمكن بمقتضاها تضمين عقد العمل الجماعي أحكاماً أفضل للعمال من تلك التي وردت في التشريعات أو اللوائح ، تشكل مبدأ عاماً لقانون العمل (وفقاً لمجلس الدولة الفرنسي) أو مبدأ أساسياً من مبادئ قانون العمل (وفقاً للمجلس الدستوري) ⁽⁵⁾ .

1 - ينظر نص المادة 4-132 L من تقنين العمل الفرنسي .

2 - ينظر نص المادة 2-135 L من تقنين العمل الفرنسي .

3 - ينظر نص المادة 13-132 L من تقنين العمل الفرنسي .

4 - A. Jeammaud, « Le principe de faveur ». O.P.Cit. P, 119.

5 - ينظر : د/ صلاح محمد أحمد دياب : " الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين " ، مطبوعات جامعة البحرين ، سنة 2005 ، ص 47.

وعلى ذلك لم يعد وجود المبدأ محل نقاش أو مجادلة أو بحاجة للتأكيد عليه ، وهو ما دفع البعض إلى اعتبار الشرط الأفضل للعامل بمثابة روح قانون العمل ، والنظر إليه كقاعدة عامة يجب أن تحكم تنازع عقد العمل الجماعي مع كل المصادر الأخرى في قانون العمل ، سواء كانت تشريعا أو عقود جماعية أو أعراف أو لوائح داخلية أو عقد عمل فردي (1) .

2- موقف القانون الجزائري :

طبقت المحكمة العليا بالجزائر مبدأ الشرط (القانون) الأصلح للعامل في قرار لها بتاريخ 07 جانفي 1997 ، جاء فيه :

" من المقرر قانونا أن الشروط الواردة في النظام الداخلي (المادة 95 من النظام الداخلي) التي قد تلغي حقوق العمال أو تحد منها كما تنص عليها القوانين (المادة 4/73 من قانون 29/91) والاتفاقيات الجماعية المعمول بها لاغية وديمة المفعول .

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بتطبيقهم مقتضيات النظام الداخلي الأرحم والأفيد للعامل في المجال التأديبي على ما جاء به القانون في نفس المجال يكونوا قد طبقوا صحيح القانون " (2) .

3- موقف القانون المصري :

أورد المشرع المصري هذا المبدأ في قوانين العمل السابقة (3) ، وأكد عليه في قانون العمل الحالي الموحد رقم 12 لسنة 2003 .

فقد نصت المادة الخامسة من هذا القانون الأخير على أنه : " يقع باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ، إذا كان يتضمن انتقاصا من حقوق العامل المقررة فيه .

ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف " .

وتقع باطلة كل مصالحه تتضمن انتقاصا أو إبراء من حقوق العامل الناشئة عن عقد العمل خلال مدة سريانه أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كانت تخالف أحكام هذا القانون " .

1-Y. Charlon, « Négociation et accords collectifs d'entreprise »; LITEC, 1990, p 231, n°226.

2- قرار الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 07 جانفي 1997 ، ملف رقم 141632 ، م. ق ، العدد الأول ، سنة 1997 ، ص 63 .

3- ينظر الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 التي نصت على أنه :

" ويستثنى من ذلك الأحكام الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني إذا كان الشرط أكثر فائدة للعامل " .

وينظر المادة 96 من ذات القانون التي وردت في الفصل الخاص بعقد العمل المشترك ونصت على أنه :

" كل شرط مخالف لعقد العمل المشترك يرد بالعقود الفردية المبرمة بين أشخاص مرتبطين بهذا العقد المشترك يقع باطلا ،

ما لم يكن أكثر فائدة للعامل " .

ويراجع المادة الرابعة من قانون العمل المصري السابق رقم 137 لسنة 1981 ، التي نصت على أنه :

" يقع باطلا كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون

مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف " .

ويراجع أيضا المادة 86 من ذات القانون التي نصت على أنه :

" ويقع باطلا كل شرط في عقد العمل الجماعي يخالف حكما من أحكام هذا القانون ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل " .

كما نصت المادة 154 من ذات القانون على أنه : " يقع باطلا كل حكم يرد في الإتفاقية الجماعية يكون مخالفا لأحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة . وفي حالة تعارض حكم في عقد العمل الفردي مع حكم مقابل في الاتفاقية الجماعية يسري الحكم الذي يحقق فائدة أكثر للعامل دون غيره " .
وبالنسبة للقضاء المصري نجد هذا المبدأ مكرسا في عديد الأحكام القضائية .

فقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية في حكم بتاريخ 19 جانفي 1955 بأنه : " من قواعد التفسير للعقود أن يفسر الشك في مصلحة المدين ، وإذا كانت هذه القواعد ، فيما يختص بقانون العمل تتخذ صورة خاصة ، وهي أن يؤخذ عند غموضه نصوصه بما هو أصح بما هو أصح للعمال ، لأن وجهة المشرع في إصداره قوانين العمل تحقيق ما فيه حماية العامل ، فإن النص القانوني كثيرا ما يكون موقفا بين صوالح رب العمل والعمال والجماعة في وقت واحد ، وعندئذ يكون تفسير القانون بما يحقق صالح العامل مثلا بالتوازن المطلوب في هذه الحالة " (1) .

كما قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها بتاريخ 8 مارس 1960 بأن تفسير العقود فيما يختص بقوانين العمل يأخذ صورة خاصة ، وهي أن يؤخذ في تفسير غموض نصوص القانون بما هو أصح للعامل (2) .

4- موقف القانون المغربي :

يحفل القانون المغربي للعمل على العديد من النصوص القانونية التي تتركس مبدأ الشرط الأصح للعامل ، عند الغموض أو الشك في فهم مدلول وفحوى نصوص قانون العمل .
ومن ذلك ما يلي :

- نص المادة 11 من مدونة الشغل المغربية الصادرة سنة 2003 التي جاء فيها :
" لا تحول أحكام هذا القانون دون تطبيق مقتضيات الأنظمة الأساسية ، أو عقد الشغل ، أو إتفاقية الشغل الجماعية ، أو النظام الداخلي ، أو ما جرى عليه العرف من أحكام أكثر فائدة للأجراء " .

- ونص المادة 113 من نفس القانون التي جاء فيها :
" تسري مقتضيات اتفاقية الشغل الجماعية التي التزم بها المشغل ، على عقود الشغل المبرمة من طرفه .

تكون أحكام اتفاقية الشغل الجماعية ملزمة في كل مقولة أو مؤسسة يشملها مجال تطبيقها ، ما لم تكن هناك مقتضيات أكثر فائدة للأجراء في عقود شغلهم " .

1- حكم بتاريخ 19 جانفي 1955 ، مشار إليه في مدونة أ / حسن الفكهاني ، ج 1 ، قاعدة رقم 21 ، ص 48 .
ينظر كذلك في هذا المعنى :

حكم محكمة بور سعيد بتاريخ أول نوفمبر 1961 ، مشار إليه ضمن موسوعة أ / عصمت الهواري ، ج 2 ، ص 49 .
2- حكم بتاريخ 8 مارس 1960 ، في الاستئناف رقم 98 ، سنة 75 ق .

منشور في الموسوعة القضائية في منازعات العمل للأستاذ عصمت الهواري ، سنة 1960 ، ج 1 ، ص 2 ، رقم 2 .

- ونص المادة 121 من نفس القانون التي جاء فيها :
" إذا حل أجل اتفاقية الشغل الجماعية أو أنهيت ، احتفظ الأجراء بالاستفادة من المنافع التي اكتسبوها بموجب تلك الاتفاقية ، ما لم يبرم اتفاق جديد ، فرديا كان أو جماعيا ينص على منافع أفيد لصالح الأجراء " .

- ونص المادة 246 من نفس القانون التي جاء فيها :
" يجب اطلاع كل من له حق في العطلة السنوية المؤدى عنها ، على جدول المغادرة ، وذلك قبل تاريخ المغادرة بثلاثين يوما على الأقل ما لم تنص اتفاقية شغل جماعية أو نظام داخلي على مقتضيات أكثر فائدة للأجير " .

- ونص المادة 348 من نفس القانون التي جاء فيها :
" إذا استدركت ساعات الشغل الضائعة غير المؤدى عنها ، في حالة التوقف الجماعي لأجراء المقاوله عن الشغل لأسباب عارضة أو لقوة قاهرة ، وجب أداء الأجر عنها بالقيمة العادية، ما لم تكن هناك مقتضيات أكثر فائدة للأجير " .
وهذه النصوص كلها تركز أن مبدأ التفسير الأصح يجد مرجعه في التشريع بالدرجة الأولى ، الأمر الذي قد يسهل من مهمة القضاء في تقرير الحماية الكافية للعمال .

5- موقف القانون البحريني :

لقد كان المشرع البحريني حريصا على حماية العامل فجعل قانون العمل قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ما لم يكن هذا الاتفاق أفضل للعامل ، كان يقرر له مزايا أو أوضاع أكبر أو أفضل مما تقرر بنص التشريع .

وهذا ما أكد عليه في المادة 153 من قانون العمل رقم 23 لسنة 1976 ، وهي تنص على أنه : " ويقع باطلا كل شرط في عقد العمل الفردي يخالف حكما من أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على تنفيذه ما لم يكن أكثر فائدة للعامل " .

كما يقع باطلا كل مصالحة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف هذا القانون . ولا يجوز المساس بما اكتسبه العامل من حقوق بمقتضى أية اتفاقية أو لوائح النظم الأساسية أو قرارات التحكيم أو ما جرى العرف أو اعتاد صاحب العمل على منحه للعمال " .

والملاحظ أن المشرع البحريني قصر بهذا النص بطلان الشروط المخالفة على تلك التي وردت أو ترد في عقد العمل الفردي دون أن ينسحب ذلك على الشروط الواردة في الاتفاق الجماعي أو اللوائح الداخلية للمؤسسة أو غيرها من المصادر الأخرى .

وأكد المشرع البحريني أيضا على حماية الحقوق التي اكتسبها العامل أو العمال بمقتضى اللوائح الأساسية للعمل أو بمقتضى اتفاقية العمل⁽¹⁾ أو بمقتضى قرارات التحكيم أو العرف . ومما تقدم نلاحظ ارتباط المبدأ ارتباطا وثيقا بفكرة الحماية الاجتماعية للطبقة العاملة أو بمعنى آخر ارتباطه بفكرة النظام العام الحمائي .

1 - الملاحظ أن المشرع البحريني لم ينظم أحكام عقد العمل الجماعي و لم يرد في قانون العمل عموما تنظيما لعلاقات العمل الجماعية وإن قانون النقابات العمالية رقم 33 لسنة 2002 تناول فقط تنظيم المنظمات النقابية العمالية في مملكة البحرين.

6- موقف القانون العراقي :

تضمن القانون العراقي عدة نصوص تصب في نفس الغطار السابق ومنها ما نصت عليه المادة 117 من قانون العمل من أنه : " كلما وقع تعارض أو اختلاف بين عقد العمل الجماعي وعقود العمل الفردية تطبق من العقدين الشروط الأكثر فائدة للعامل . ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك " .

ونصت المادة 263 من نفس القانون : " عند عدم رجوع نص في قانون العمل تطبق أحكام اتفاقيات العمل الدولية المصدقة من العراق وفي حالة عدم وجود نص فيها يسترشد بأحكام (القانون المدني) والتجاري وقانون المرافعات المدنية وقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية " .

وفي المجال القضائي قضى في العراق : " بأن من المعروف أن قانون عقد العمل أصبح الآن قائما بذاته متميزا بصفاته واتجاهاته الخاصة ، ومن ثم فإن القواعد المهمة التي يهتدى بها في تفسير نصوصه أن جميع النصوص الاجتماعية تعتبر وحدة بوحدة يكمل بعضها بعضا... .

وحيث أن نصوص القانونين تتكاملان إستنادا لحكم الفقرة (ج) من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان (قانون رقم 39 لسنة 1971) ... " (1) .
كما طبقت محكمة العمل العليا في العراق نفس المبدأ بخصوص قضية تتعلق بتفسير نصوص حول بالأجر، وتحديدًا عن كيفية دفع الأجر الإضافية (2) .

7- موقف القانون اللبناني :

كرس القضاء اللبناني هذا المبدأ في عدة قضايا ، منها قرار لمحكمة التمييز جاء فيه :
" يجب تفسير قواعد العمل القانونية وفقا لما هو أصلح للعامل ، كلما كانت القاعدة تحتتمل التفسير على أكثر من وجه " (3) .

وفي لبنان دائما ، قضى مجلس العمل التحكيمي أنه :
" في قضايا العمل ، وخلافا للمبدأ العام القائل بأن المدين يستفيد من الشك ، ترجح مصلحة الأجير على مصلحة صاحب العمل عند وجود مثل هذا الشك ، سواء كان هذا الأجير دائنا أم مدينا ، وتبرر ذلك اعتبارات عديدة منها كون الأجير هو الأضعف اقتصاديا وماليا واجتماعيا ، وأن عقود العمل هي عقود موافقة وإذعان " (4) .

- 1 - قرار محكمة العمل العليا ، الهيئة القضائية الثانية ، جلسة 13 ديسمبر 1972 .
نقلا منا عن د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 26 وما بعدها .
- 2 - قرار محكمة العمل العليا ، الهيئة القضائية الأولى ، جلسة 09 جويلية 1972 . قرار رقم 211 / عليا / أولي / 1972 .
نقلا عن د/ جلال مصطفى القرشي : " شرح قانون العمل الجزائي " ، المرجع السابق ، ص 32 .
- 3 - تمييز لبناني ، الغرفة المدنية السادسة ، بتاريخ 13 أبريل 1993 ، مجلة العدل ، سنة 1993 ، عدد 2 ، ص 402 .
وصادر في مجلة التشريع والاجتهاد ، العمل ، ص 204 .
- وفي نفس المعنى : تمييز لبناني ، بتاريخ 28 جانفي 1992 ، قرار رقم 4 ، مجموعة أ / نبيلة زين ، سنة 1992 ، ص 253 .
وبذات المعنى كذلك : تمييز .م.ع.ت ، بتاريخ 15 فيفري 1989 ، مجلة التشريع والاجتهاد ، العمل ، ص 205 ، رقم 2 .
- 4 -- قرار مجلس العمل التحكيمي الصادر بتاريخ 15 فيفري 1989 .
مشار إليه في مرجع د/ حسين عبيد اللطيف حمدان : " قانون العمل " ، قانون العمل ، دراسة مقارنة " ، منشورات دار الحلبي ، سنة 2005 ، ص 136 ، هامش 2 .

8- موقف القانون الكويتي :

يتفق الفقه الكويتي أن نصوص قانون العمل هي نصوص أمرية نسبياً لصالح العامل (1) ، فلا يجوز الاتفاق على خلافها إلا إذا كان ذلك في صالح العامل ، حيث تنص المادة 94 من قانون العمل في القطاع الأهلي على أنه :

" يقع باطلاً كل شرط في عقد العمل الفردي أو عقود العمل الجماعية يخالف أحكام هذا القانون ، ولو كان سابقاً على تنفيذه ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل " .

وفي هذا الصدد قضى في الكويت بأنه من المقرر أن الحقوق التي رتبها نصوص قانون العمل في القطاع الأهلي ، للعامل ، تعد من النظام العام ، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفة أي نص من تلك النصوص إلا إذا نتج عن هذه المخالفة منفعة أو فائدة أكثر للعامل " (2) .

ومقتضى ذلك أنه إذا قرر المشرع بعض حالات الوقف مثلاً في قانون العمل فإنه لا يجوز استبعادها ، سواء أكان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر عن طريق الاتفاق على الشرط الفاسخ . فمن المعروف أن المشرع يقرر بعض حالات الوقف في عقد العمل مثلاً في حالة الإجازات المرضية (المادة 37) أو الوقف التأديبي للعامل (المادة 51) أو إجازة الحمل والولادة (المادة 25) وغيرها .

ففي هذه الحالات لا يجوز أن يشملها الشرط الفاسخ ولا يطبق عليها ، وامتداد الشرط إلى هذه الحالات يجعله باطلاً ولا يعمل به ، لأن أحكام الوقف في هذه الحالات تعد من النظام العام (3) .

1 - السيد محمود السيد عمران : " شرح قانون العمل الكويتي " ، الطبعة الأولى ، وحدة التأليف والنشر ، جامعة الكويت ، سنة 1997 ، ص 81 .

2 " تمييز عمالي ، بتاريخ 17 ديسمبر 1984 ، مجلة القضاء والقانون ، العدد الثالث ، شهر جوان 1988 ، ص 229 .

3 - السيد محمود السيد عمران : نفس المرجع والموضع السابقين .

الفرع الثاني : شروط الأخذ بالتفسير الأصح للعامل و مبرراته

لما كانت من مبادئ العمل مبدأ حماية العامل التي تعد غاية في حد ذاتها يستهدف القانون تحقيقها ، فإن تفسير قواعد قانون العمل على اختلاف مصادره تحكمه قاعدة خاصة هي " قاعدة تفسير الأصح للعامل " .

غير أن هذه القاعدة التفسيرية العمالية ليست قاعدة مطلقة ، ذلك أن النص قد يكون واضحا في أساسه ، ومن ثم تنعدم الغاية من تفسيره . فأحيانا يضع المشرع نصا ويقصد به تحقيق مصلحة أرباب الأعمال أو التوفيق والموازنة بين مصالح كل من العمال وأرباب العمل .

وأحيانا يكون النص الغامض لا يتعلق بحقوق عمالية بقدر ما يتعلق بحقوق للصالح العام ويترتب عنها جزاءات جنائية ، فالأولى هو تفسيرها طبقا للقانون الجزائي لا طبقا للقانون العمالي ، والأمر في هذه الحالة يختلف .

كما أنه من الناحية الإجرائية لا فرق بين مركز المدعي والمدعى عليه في الدعوى ، سواء كان العامل أو رب العمل أو النقابة ، فلا تفضيل لخصم على آخر .
وفضلا عن ذلك فإننا ينبغي عند التفسير مراعاة الحكمة أو الدوافع التي أدت بالفقه والقضاء إلى اقتراح هذا المبدأ المنفرد ، فلا شك أن هناك أسباب قانونية أو أخرى موضوعية دعت إلى ذلك ، وهو ما سنستعرضه فيما يلي :

أولاً- شروط الأخذ بالتفسير الأصح للعامل :

تطبيق أي قاعدة قانونية أو فقهية أو قضائية يقتضي جملة من الشروط التي يجب توافرها ، وهو المبدأ يسري أيضا على قاعدة التفسير الأصح للعامل ، حيث أن تطبيقها مقترن بعدة شروط لعل أهمها هو غموض النص المراد تفسيره ، سواء كان نصا تشريعيًا أو شرطا عقديًا .

الشرط الأول : وجود غموض في النص المراد تفسيره :

من الطبيعي أن يكون الأخذ بهذه القاعدة قاصرا على حالة غموض النص أو الحالة التي يحتمل فيها أكثر من معنى .

أما حيث يكون النص واضحا فلا يجوز الخروج عن معناه الواضح (1) ، وإنما ينبغي الأخذ بمعناه الظاهر ولو كان في غير مصلحة العامل (2) ، ولا ينبغي هنا الاجتهاد بطريق التفسير لأنه لا اجتهاد في وجود النص ، وخاصة إذا كان هذا النص واضحا محددًا وصريحا .
فمتى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ، وإنما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه .

1- د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 31.
2- د/ حسين عبد اللطيف حمدان : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 136.

ويفهم من ذلك أنه إذا ما كانت نصوص قانون العمل أو البند العمالي المراد تفسيره واضحا ومحددا وجب على المفسر (القاضي) إعمال حكمه حتى ولو كان هذا النص في غير فائدة العامل ، لأن إعمال النص خير من إهداره ، ولأن تطبيق هذا النص يعتبر امتثالاً لأمر المشرع الذي وضعه حتى ولو كان هذا النص مخالفاً لمصلحة العامل، ثم أن دور القاضي يقتصر على تطبيق القانون لا على خلقه .

وتطبيقاً لمبدأ " التفسير الأصلح للعامل " ذهب الدكتور جمال الدين زكي (1) إلى القول بعدم جواز النزول عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل حتى ولو كان الصلح أو الإبراء واقعا بعد انتهاء عقد العمل بأكثر من شهر ، وذلك جريا وراء تفسير نص المادة السادسة في فقرتها الثالثة من قانون العمل لسنة 1959 تفسيراً في مصلحة العامل ."

وقد انتقده بعض الفقه لكون أن شرط أعمال مبدأ التفسير الأصلح للعامل هو غموض النص ، ونص المادة السادسة في فقرتها الثالثة من قانون العمل المصري واضح كل الوضوح في أن المشرع أقر مثل هذا التنازل بالنص على بطلان كل مصالححة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر تاريخ انتهائه ، مما يفيد إقرار ذلك بعد انتهاء مدة الشهر ، فلا يجوز إهدار النص في مثل هذه الحالة جريا وراء مبدأ التفسير الأصلح للعامل ، لأن هذا النص في غير حاجة إلى تفسير (2) .

وهناك من عارض فكرة وجود قواعد تفسير عمالية ، ورأى بوجود إتباع القواعد العامة في التفسير فحسب وليس قاعدة التفسير الأصلح للعامل ، لتعارضها مع القواعد العامة في القانون ، وغرض المشرع ، فضلا عن أن عقود العمل ليست من عقود الإذعان ، لأنها عقود رضائية (3) .

الشرط الثاني : مراعاة قصد المشرع :

لما كان من مبادئ قانون العمل مبدأ حماية العامل التي تعد غاية يستهدف هذا القانون تحقيقها ، فإن تفسير قواعد قانون العمل تحكمه قاعدة خاصة هي قاعدة التفسير الأصلح للعامل ، ولكن تطبيق هذه القاعدة مقيد بوجود مراعاة قصد المشرع ، فيستبعد هذا المبدأ في حالة ما إذا تبين أن القاعدة التي تحتاج إلى تفسير لا تستهدف حماية العامل وإنما حماية المصلحة العامة أو توفيقاً بين مصلحة العامل ومصلحة صاحب العمل (4) .

ففي بعض الحالات يضع المشرع العمالي نصاً معيناً . ويقصد به تحقيق مصلحة أرباب الأعمال بالدرجة الأولى أو يهدف من ورائه التوفيق والموازنة بين مصالح كل من العمال وأرباب العمل .

1- د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل الفردي في القانون المصري " ، الهيئة العامة للكتاب ، سنة 1982 ، ص 52.

2- د/ إيهاب حسن اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل في قانون العمل " ، مقال مطول منشور مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 35 ، العدد الأول ، شهر مارس ، 1965 ، ص 106 وما يليها.

وبهذا المعنى : د/ حسن كبيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 71 ، هامش 3.

3- د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في قانون العمل " ، ص 62.

د/ علي العريف : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 106.

4- د/ لييب شنب : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 22 ، ص 28 و ص 29 .

وعليه ، فعند تفسير أي نص أو بند ، في هذه الحالات ، يجب تفسير هذا النص على الوجه الذي يحقق غرض ومقصد المشرع منه (1) ، أي مراعاة مصلحة صاحب العمل أو إقامة التوازن بين مصلحة العامل ومصلحة صاحب العمل .

وأكد القضاة في العديد من المناسبات (2) أنه لا محل لمحاربة العامل ومراعاة أحواله فقط دون غيره عندما يكون النص القانوني موقفاً بين صوالح صاحب العامل والعامل والجماعة في وقت واحد لما في ذلك من إخلال بالتوازن المطلوب في هذه الحالة . ويمكن بهذا الصدد الرجوع إلى تطبيق أحكام المادة الأولى من التقنيين المدني التي تقضي بأن " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها .

من أجل هذا لا مجال لأعمال مبدأ التفسير الأصلح للعامل إذا كان من الممكن استخلاص حكم النص الواضح وطالما أن النص المراد تفسيره لا يحفل به الغموض .

الشرط الثالث : ألا يتعلق الأمر بتفسير نصوص جزائية :

يذهب بعض الشراح بمقتضى هذا الشرط إلى عدم الأخذ بمبدأ التفسير الأصلح للعامل إذا كان التفسير يجرى مع نص من النصوص التي تفرض عقوبة على صاحب العمل عند مخالفة أحكام قانون العمل ، أين يكون تفسير هذه القواعد طبقاً لقواعد تفسير القانون الجنائي .

ففي هذه الحالة تستبعد قواعد التفسير المدنية والعمالية ، و يجب عند تفسير النصوص التي يجرم بعض الأعمال في نطاق علاقات العمل وتعرض عقوبات على من يرتكبها أن يكون هذا التفسير بما هو أصلح للمتهم (3) . وهو من المبادئ العامة المستقرة في تفسير النصوص الجنائية .

ومفاد هذه القاعدة الجنائية أن تفسير الشك لصالح المتهم دوماً ، وفي مجال جرائم العمل قد يكون المتهم هو العامل ، وهذا هو الغالب . وقد يكون هو رب العمل ، وأمام القاضي الجزائي لا فرق بين العامل وصاحب العمل في هذه الحالة . ولا تنفي خصوصية قاعدة تفسير قانون العمل بما هو أصلح للعامل أنها لا تخالف القاعدة العامة في التفسير التي تقضي بوجود الاعتداد بقصد المشرع والحكمة من التشريع (4) .

- 1- ديران و جوسو : " شرح قانون العمل " ، ج 1 ، فقرة 206 ، ص 261 .
نقلا منا عن د/ إيهاب حسن اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقال السابق الذكر ، فقرة 42 ، ص 74 .
- 2- محكمة إستئناف الإسكندرية ، بتاريخ 19 جانفي 1955 ، السابق الإشارة إليه .
و حكم محكمة بور سعيد الابتدائية ، بتاريخ أول نوفمبر 1961 ، السابق الإشارة إليه .
- 3- د/ إسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 74 .
د/ جلال علي العدوي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 370 ، ص 341 وص 342 .
- 4- ينظر في الاسترشاد بقصد المشرع حكمة النص عند تفسير قانون العمل :
حكمة محكمة استئناف القاهرة ، بتاريخ 21 ماي 1953 ، مدونة حسن الفكاهي ، ص 46 و 47 .
و محكمة تحكيم القاهرة ، بتاريخ أول جويلية 1953 ، مجلة المحاماة ، ص 34 ، ص 32 .

فإذا كان الاعتداد بقصد المشرع والحكمة من التشريع يقودنا إلى تفسير قواعد قانون العمل بما هو أصلح للعامل ، لأن هذا القانون يستهدف حماية العامل ، فإن ذلك لا ينفي أننا نكون بصدد تطبيق خاص للقاعدة العامة في التفسير . ولهذا تعتبر قاعدة التفسير الأصلح للعامل مظهرا من مظاهر ذاتية قانون العمل (1) .

ولا شك في ضرورة توفر المعاني السابقة للأخذ بمبدأ التفسير الأصلح للعامل ، مع ملاحظة أننا إذا كنا بصدد تفسير نص يقضى بعقوبة على صاحب العمل ، فإننا نصبح في نطاق تفسير القانون الجنائي ، ونلتزم بتطبيق مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم دون تعارض مع مبدأ التفسير الأصلح للعامل ، لأن لكل مبدأ نطاقه وشروطه (2) .

ويجدر بنا هنا أن نتساءل عن مدى تطبيق هذا الشرط فيما يتعلق بتفسير الشروط والنصوص المتعلقة بالنظام التأديب ، أي الجزاءات الانضباطية ؟ ونحن نرى أنه يجب التفرقة هنا بين الجزاءات التأديبية المحددة قانونا ، والجزاءات التأديبية المحددة من طرف صاحب العمل .

ففي حين لا يجب التوسع في الأولى ، نظرا لأنها من صنع المشرع ، ويسري عليها من هذه الناحية ما يسري على الجزاءات الواردة في قانون العقوبات ، وبالتالي يحظر أي قياس بهذا الشأن . وهذا أمر مسلم به في جميع المجالات العقابية (3) . أما بالنسبة للتأديبية ، فإنه على العكس من ذلك ، أي غموض أو شك ينبغي تفسيره لصالح العامل .

الشرط الرابع : ألا يتعلق الأمر بتفسير قواعد إجرائية :

لا يمكن إعمال مبدأ التفسير الأصلح للعامل عندما يتعلق الأمر بتفسير نصوص وقواعد إجرائية ، ذلك أنه في مجال قانون المرافعات لا يوجد فرق بين العامل ورب العمل ، ولا أثر لمركزها في الدعوى ، إذ يستوي الخصمان أمام القضاء ، وكل تفضيل للعامل يعد إخلال بحق المساواة وبحق الدفاع .

كما يتساوى الخصوم أيضا فيما يتعلق بشروط المصالحة القبلية ، وبإجراءات التقاضي وبمواعيد الطعن وغيرها من مسائل التقاضي والاختصاص القضائي .

وعليه فلا يجوز مثلا الإتفاق بين أطراف علاقة العمل على إطالة أو تقصير ميعاد استئناف الحكم الموضوعي الذي يقضي في الدعوى الموضوعية المرفوعة من العامل لإعادته إلى عمله المفصول منه فصلا غير مشروع أو تعسفا فالأمر هنا يتعلق بقواعد أمرة ومن النظام العام وضعت لاعتبارات موضوعية عامة تهم المجتمع ، ويعمل بها في جميع الحالات سواء كانت أصلح أو أسوأ للعامل .

1- د/ جلال علي العدوي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 370 ، ص 343.

2- يرى البعض أنه يجب أن يكون التفسير لمصلحة العامل .

محكمة عابدين الجزائية ، بتاريخ 17 جانفي 1950 ، ملف رقم 2228 .

3- قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر: " أن العقوبات التأديبية ، وما يترتب عليها مباشرة من آثار عقابية ، لا يسوغ أن تجد لها مجالا في التطبيق إلا حيث يوجد النص الصريح عليها ، شأنها في ذلك شأن العقوبات الجنائية ، فكما أن العقوبات الجنائية ترد قيда على الحريات فكذلك العقوبات التأديبية وأثارها ترد قيدا على حقوق الموظف والمزايا التي تكفلها له القوانين واللوائح ، ومن ثم فلا محل لإعمال أدوات القياس أو الاستنباط ، وإلا فإن جاز ذلك لما وجد حد يمكن الوقوف عنده " .

حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 13 جانفي 1963 ، في الطعن رقم 507 ، لسنة 6 ق.

ومن المسلم به تشريعا و فقها وقضاء فقها أن المجال الذي يحق فيه لصاحب العمل أن يخرج على القواعد الآمرة التي تفرض حدا أدنى من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعامل بوصفه طرفا ضعيفا هو مجال النظام العام الاقتصادي والاجتماعي في شقه المنصرف مصلحة العامل الضعيف ، وهي في الحقيقة قواعد تحقق مباشرة مصلحة العامل وبطريقة غير مباشرة تحقق أيضا مصلحة المجتمع متبلورة في تحقيق العدل الاجتماعي والأمن المدني .

مع العلم أنه توجد فقط بعض الامتيازات فيما يتعلق بمصاريف تسجيل الدعاوى القضائية⁽¹⁾.

وهذه الامتيازات المالية شكلية لا تؤثر على حقوق رب العمل من الناحية الموضوعية. وتبعاً لذلك فلا يجوز مخالفة القواعد الإجرائية ، بغض النظر عن غموض نصوصه من عدمها ، سواء تلك الواردة في قانون المرافعات أو القانون المنظم لإجراءات التقاضي في المواد الإجتماعية⁽²⁾ ، حتى ولو كانت هذه المخالفة أصلح للعامل وتزيد من ضماناته الإجرائية .

وما قيل عن إجراءات التقاضي ينسحب كذلك على إجراءات التأديب التي تعد من النظام العام إذا كانت إجراءات تشريعية في أصلها .

ومن هذا المنطلق لا يجوز كذلك لرب العامل أن ينص في اللائحة الداخلية لمؤسسته (النظام الداخلي للمصنع) على ما يمس التنظيم القانوني الإجرائي الذي نص عليه المشرع في قانون العمل أو في قانون المرافعات بوصفه من صميم النظام العام الكلاسيكي ذي أغراض العادية المتعلقة بالمصالح العليا للجماعة من سياسية وأخلاقية وأمنية وتنظيمية على نحو يستقر به النظام في المجتمع ، ويكون مصير أي نص مخالف هو البطلان المطلق حتى ولو تمخضت تلك المخالفة عن تقريرها نصاً في لائحة المصنع يزيد من ضمانات العامل الإجرائية⁽³⁾ .

وهكذا فقد ثار ههنا سؤال جوهري عما إذا كان يجوز لصاحب العمل أن يخرج فيما سنه من لائحة مصنع على القواعد الموضوعية الواردة في قانون العمل ، والمنظمة لأسباب فصل العامل وأثار فصله ؟

والحقيقة التي لا مرأى فيها أن كل صاحب عمل في سنه لائحة النظام الداخلي المتضمنة للجزاءات التأديبية ليس له أن يخرج على قواعد النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحامية للعامل بوصفه طرفاً ضعيفاً اللهم إلا إذا كانت هذه المخالفة في ثوب قاعدة محققة لميزة أفضل للعامل ، مثلما لا يجوز أن يتضمن عقد العمل بين العامل وبين صاحب العمل شرطاً مخالفاً لقواعد النظام العام ، في قانون العمل إلا بما يحقق ميزة أفضل للعامل من القواعد الحامية له بوصفه طرفاً ضعيفاً ، أي مما يسميه الفقه الفرنسي النظام العام الاقتصادي والاجتماعي لحماية الطرف الضعيف .

1- ينص قانون المالية لسنة 1998 المعدل سنة 2003 على إعفاء القضايا العمالية من مصاريف التسجيل ، وهذا إذا كان العامل هو المدعي ، وكان أجره الشهري يقل عن الحد الوطني الأدنى للأجور ، ولا يشمل هذا الإعفاء رب العامل إذا كان مدعياً .

2- ينظر القانون رقم 04/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 ، المتضمن تسوية النزاعات الفردية للعمل في الجزائر ، والذي تضمن قواعد إجرائية مكملة لقانون الإجراءات المدنية ، ويمكن اعتبارها بمثابة قانون مرافعات عمالي .

3- ينظر: د/ جلال العدوي ود/ عصام سليم : " قانون العمل " ، المرجع السابق المشترك ، ص 381 و 382 .

ثانياً- تحديد نطاق تطبيق مبدأ التفسير الأصلح للعامل ومبرراته :

1- تحديد نطاق تطبيق مبدأ التفسير الأصلح للعامل :

يجب أن نحدد نطاق مبدأ التفسير الأصلح العمال بالقول بأن المقصود هو تفسير النص الغامض على النحو السابق بيانه في البند الفأنت ، ليخرج من هذا النطاق أمران :

الأمر الأول : يتعلق بتمحيص الوقائع وتقدير أدلة النزاع ، وهو ما يخضع لاقتناع القاضي في وزنه للأدلة دون أن يكون اقتناعه مصادراً بضرورة الانحراف نحو مصلحة العامل .

الأمر الثاني : يتعلق بتكييف النزاع المطروح في بعض الحالات ، فهذا التكييف يخضع لقواعد القانون التي تحدد طبيعة العلاقة القانونية دون ضرورة انحراف تجاه مصلحة العامل .

فإذا ما تصورنا أن النزاع يثور حول تكييف طبيعة العلاقة بين شخصين ، وهل هي علاقة عمل أم علاقة شركة أو مقولة أو أي علاقة أخرى وجب تكييف هذه العلاقة على ضوء المعايير المأخوذة بها في التفرقة بين العقد العمل وبين غيره من العقود دون التزام من القضاء بتكييف العقد على أنه عقد عمل بحجة أن هذا تفسير أصلح للعامل ، لأن عقد العمل يمنحه مزايا تفوق ما يمنحه له عقد آخر .

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى رفض اعتبار العلاقة بين المستأنف والمستأنف ضده علاقة تاجر بتاجر ، واعتبارها علاقة عمل (1) .

وينتقد البعض هذا الاتجاه القضائي . فهذا الحكم لا يستقيم إلا إذا كان قد تلمس وجود عقد العمل من ثبوت علاقة التبعية القانونية بين الشركة والمستأنف . وهو ما يبدو أنه قد تكشف للمحكمة بدليل أنها أشارت في حكمها إلى أن الإقرار يتناقض باقي المستندات (2) .

2- المبررات القانونية والموضوعية للأخذ بقاعدة التفسير الأصلح للعامل :

لا شك أن كل قاعدة ورائها حكمة معينة أو مبررات قوية من وراء تطبيقها ، خاصة إذا كانت هذه القاعدة استثنائية ، وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية والآراء الفقهية التي دفعت إلى تبني مبدأ التفسير الأصلح للعامل ، فإننا نجد مبررات قانونية وأخرى موضوعية وراء إصرار الفقه والقضاء على تطبيقها ، ويمكن اختصارها فيما يلي :

أ- مراعاة قصد المشرع والحكمة من النصوص العمالية :

يبرر غالبية الفقهاء الأخذ بمبدأ التفسير الأصلح للعامل في نطاق قانون العمل بأن هذا القانون قد نشأ أصلاً لحماية لمصالح العمال (3) .

1- حكم محكمة استئناف القاهرة ، جلسة 22 مارس 1962 ، القضية 1774 ، سنة 78 ق.

أورده د/ إيهاب اسماعيل : "مراعاة مصلحة العامل" ، المقالة السابقة الذكر ، ص 74.

2- / صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل " ، المرجع السابق ، ص 46.

3- د/ أحمد زكي بدوى : " تشريعات العمل في الدول العربية و مستويات العمل الدولية " ، مطبوعات جامعة القاهرة ،

سنة 1960 ، فقرة 4 ، ص 7.

فإذا لم يكن المشرع قد هدف بنص معين إلى تحقيق مصلحة صاحب العمل أو التوفيق بين مصلحة العامل من ناحية ، ومصلحة صاحب العمل ، من ناحية أخرى ، فإن النص يكون في الغالب هادفاً إلى تحقيق مصلحة العمال ، مما يصبح معه تفسيره عند الغموض على ضوء مصلحة العامل مبرراً باعتباره الطرف الضعيف الذي تجب حمايته .

وإذا ما كان الفقه الغالب يذهب إلى قانون العمل يتفرد بقواعد خاصة في التفسير منها مبدأ التفسير الأصح للعامل ، إلا أن البعض يرى أن تفسير قانون العمل يخضع للقواعد العامة في تفسير القانون ولا يتميز بأحكام خاصة .

ويقول في هذا " : ولكن أنصار هذا المبدأ يستدركون ، فيرون أنه لا يسوغ أن يطبق مبدأ التفسير الأصح لعامل تطبيقاً جامداً مطلقاً ، لأن من قواعد قانون العمل ما يستهدف إقامة التوازن بين المصالح العمال ومصالح أصحاب العمل والمصلحة العامة ، فلا يجوز أن نفسد هذا التوازن عن طريق التفسير لمصلحة العامل .

ويرى البعض أن الأمر لا يتعلق بقواعد خاصة بتفسير قانون العمل ، فهي ليست إلا تطبيقاً لمبدأ العام في وجوب الاهتداء في التفسير بقصد المشرع و حكمة التشريع ، أي أن تفسير قانون العمل يخضع للقواعد العامة في تفسير القانون ولا يتميز بأحكام خاصة " (1) .
وتعليقاً على هذا الرأي الأخير يقول الدكتور إيهاب إسماعيل (2) :

" نحن من جانبنا نقر صاحب الرأي الأخير في أن الأخذ بمبدأ التفسير الأصح للعامل يتمشى في الحقيقة مع المبدأ العام في وجوب الاهتداء في التفسير بقصد المشرع وحكمة التشريع .
ويواصل لكننا لا نقر هذا الرأي فيما ينتهي إليه من أن تفسير قانون العمل يجب أن يخضع للقواعد العامة في تفسير القانون ولا يتميز بأحكام خاصة ، وإلا لترتب على هذا الرأي ضرورة الخضوع للقاعدة العامة الواردة في المادة 1/151 من التقنين المدني المصري ، والتي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين ، وذلك عند عدم القدرة على التعرف على حكمة النص ، وهذا يؤدي إليها مبدأ التفسير الأصح للعامل ، الذي يقوم على قرينة عامة مؤداها أن قواعد العمل قصد من ورائها حكمة عامة هي مراعاة مصلحة العمال . إلا إذا أفصح المشرع عن رغبته في رعاية صاحب العمل أو إقامة التوازن بين كافة المصالح المتعارضة ، فهنا يجب إعمال إرادته و عدم الالتزام بمبدأ التفسير الأصح للعامل " .

ب- مبررات حماية الطرف الضعيف في الرابطة العمالية :

يرى بعض الفقهاء (3) أن تبرير مبدأ التفسير الأصح للعامل يعود لطبيعة عقد العمل في حد ذاته بالقول بأن عقد العمل يمكن اعتباره على الأقل في بعض الأحوال ، عقد إذعان ، والقاعدة القانونية التفسيرية في هذا الإطار تقضي بأنه : " لا يجوز يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بالطرف المذعن " (4) .

1- د/ أكنم الخولي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 38.

2- د/ إيهاب إسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 38.

3- د/ إسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 74 ، هامش 2.

و هو محق في تحفظه في اعتبار عقد إذعان في بعض الأحوال فقط ، لأن عقد العمل لا يكون دائماً عقد إذعان إلا عندما تتوفر شروط عقود الإذعان .

ينظر : د/ أحمد عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 229 و ما بعدها.

4- ينظر : المادة 112 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 151 مدني مصري.

وقد سبق وأن عرضنا أحكام هذه القاعدة بالتفصيل من حيث شروطها والحكمة منها وتطبيقاتها ، ورأينا أنها قاعدة إستثنائية مقصورة على تفسير الشك والغموض في عقود الإذعان فقط دون غيرها من العقود .

وبرأينا لا يوجد ما يمنع تطبيق أحكام هذه القاعدة التفسيرية على عقود وعلاقات العمل الفردية والجماعية منها ، حيث أنها تتشابه في غايتها مع قاعدة التفسير الأصلح للعامل ، وهي حماية العامل بالدرجة الأولى . ولو أن هذه الأخيرة (قاعدة التفسير العمالية) تبدو أكثر حماية مقارنة مع قاعدة التفسير المدنية الخاصة بعقود الإذعان ، لاسيما إذا علمنا أن الفقه غير مستقر على فكرة تصنيف عقد العمل ضمن طائفة عقود الإذعان بخلاف عقود التأمين مثلا .

ونحن نعتقد أن مبدأ التفسير الأصلح للعامل ، ومبدأ تفسير الشك لمصلحة المذعن ، ومبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم كلها مبادئ ترد إلى الرغبة في حماية الطرف الضعيف ، وهي تشكل مظهرا لذاتية قانون العمل أو بالأحرى للقانون الاجتماعي .

إن العامل هو الطرف الضعيف أصلا في علاقة العمل ، فالمفروض أن إمكانيات صاحب العمل تجعله أكثر قوة من العامل الذي تتحكم فيه حاجته إلى أجره باعتباره المورد الأصلي الذي يعول عليه في حياته .

كما وأن التفسير لمصلحة المتهم يرد أيضا إلى الرغبة في حمايته باعتباره الطرف الضعيف أمام سلطة الدولة⁽¹⁾ ، بل وإن " تفسير الشك لمصلحة المدين " يمكن أن يرد إلى أن المدين يكون أضعف من الدائن بالنسبة للالتزام المطروح للبحث ، وهو الأمر الذي دفع بعض الشراح إلى الذهاب إلى أن المدين هو الشخص الذي يضار بالشرط الغامض حتى ولو كان دائنا بالالتزام بالقول .

والحقيقة أن المسألة تتوقف قبل كل شيء على تفسير لفظ "المدين" في قولنا أن الشك يفسر في مصلحته ، والتفسير الذي يتفق مع الحكمة التي يتعرض المشرع لتحقيقها هو أن هذا اللفظ يقصد به الشخص الذي يضره الشرط الغامض ، أو بعبارة أقل دقة المدين في هذا الشرط . والحقيقة أنه يغلب أن يكون المدين في الشرط هو المدين في الالتزام ، لأن الشرط عادة يقرر المسؤولية على الأشخاص ، ولكن قد يكون المدين في الشرط هو المدين في الشرط هو الدائن بالالتزام .

ومن كل ما تقدم يتضح لنا أن أمثال هذه القواعد في التفسير تتبع من فكرة واحدة وهدف واحد هو الرغبة في حماية وتحصين الطرف الضعيف مع اختلاف تعيين هذا الطرف باختلاف فروع القانون والعلاقات . وأن هذا الطرف الضعيف في نطاق قانون العمل هو في الغالب العامل الذي نشأ قانون العمل أصلا لحمايته ، فيجب لذلك تفسير نصوص قانون العمل عند غموضها وفقا لمبدأ التفسير الأصلح للعامل .

فتفسير الشك والغموض لمصلحة العامل يستجيب لروح القانون ، لما يهدف إليه من حماية الطبقة العاملة ، كما يتفق مع ما لقانون العمل من ذاتية مستقلة⁽²⁾ .

1- د/ أحمد فتحي أبو سنة : " تفسير القانون الجنائي " ، بحث منشور بمجلة القانون و الاقتصاد ، السنة 11 ، العددان 6 و 7 ، شهري نوفمبر و ديسمبر ، سنة 1941 ، ص 341 .

2- د/ حسين عبد الطيف حمدان : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 136 .

ويستثنى من تطبيق هذه القاعدة إذا تبين أن المشرع قد أراد بنص من النصوص مراعاة مصلحة صاحب العمل أو إقامة التوازن بين مصلحة العامل ومصلحة صاحب العمل والمصلحة العامة . ففي أمثال هذه الحالات يعمل بحكم النص على ضوء المصلحة التي أراد الشارع تحقيقها حتى ولو كان هذا التفسير في غير مصلحة العامل .

وينبغي التحرز عند تطبيق هذه القاعدة وعدم الإطلاق في أعمالها مخافة الخروج بالتفسير عن قصد المشرع ، فالمشرع ، وإن كان قد تحيز في بعض الأحيان لمصلحة العمال إلا أنه لم يغفل مصلحة أرباب العمل أيضا ، وكان هدفه هو إنشاء توازن في العلاقة بين العمال وأرباب العمل . فالقانون عندما يحايي الطرف الضعيف ، فإنه في حقيقة الأمر يحاول إعادة المساواة الحقيقية في العلاقة ، فهو تحيز في الظاهر ، ولكنه يهدف تعويض الخلل للتوصل إلى التوازن الاقتصادي والاجتماعي في العقد .

فالمحابة لا تدخل الخلل في العلاقة العقدية ، وإنما تقيم التوازن في العلاقات ، ولكن يجب على القاضي ، وحتى المشرع ، أن يبتعد عن الشطط في المحابة حتى لا ينقلب إلى أداة لإدخال الخلل بدل من إقامة التوازن العقدي ⁽¹⁾ . فالمغالاة في حماية العامل على حساب رب العمل قد لا تستقيم مع عدة مبادئ قانونية ، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ حسن النية ، ومبدأ المراكز القانونية المكتسبة...

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن جانبا من الفقه والقضاء يرفض الأخذ بقاعدة التفسير الأصلح للعمال ، إذ لا يزال أصحاب هذا الرأي متأثرين بقواعد التفسير الخاصة بالقانون المدني ⁽²⁾ . وهم ممن ينكر صفة الإذعان على علاقات العمل ، في حين أن الغالبية من الفقه ترى باعتبار أن عقد العمل هو عقد إذعان ، وينبغي أن يفسر الشك فيه لمصلحة المذعن الذي هو العامل ⁽³⁾ .

1- د/ حسام الدين الأهواني : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 20 .
2- ومن ذلك الأستاذان بران و كالان في الفقه الفرنسي ، " شرح قانون العمل " ، ص 171 .
والدكتور أنور العمروسي في الفقه المصري : " قانون العمل " ، ص 32 .
نقلا منا عن د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 26 وما بعدها .
3- ينظر قرار مجلس العمل التحكيمي الصادر بتاريخ 15 فيفري 1989 ، وقد سبقت الإشارة إليه .

الفرع الثالث : ضوابط تحديد الشرط الأفضل للعامل

قاعدة التفسير الأصلح للعامل لا تعد قاعدة مطلقة تحكم جميع المنازعات العمالية وتخضع لأهواء القضاة والمساعدين الاجتماعيين المكونين للمحاكم الإجتماعية ، وإنما هي قاعدة مقيدة بضوابط قانونية ، إذ لا يمكن تعميم هذه القاعدة التفسير دوما ، لاسيما عندما يقصد المشرع بقاعدة قانونية حماية أرباب العمل أو حماية المصلحة العامة ، أو عندما يهدف إلى إقامة توازن بين الصوالح المتعارضة ، ففي مثل هذه الحالات يكون من غير المعقول تفسيرها لمصلحة العمال .

وإذا كان مبدأ الشرط الأفضل للعامل يساهم في حل الصعوبات التي يثيرها تدافع أو تنازع القواعد في قانون العمل⁽¹⁾ إلا أن إعماله وتطبيقه يبدو أمرا معقدا للغاية ، خاصة في ظل التداخل والتشابك بين مختلف القواعد التي يمكن أن تنتمي إلى درجة واحدة أو إلى درجات متباينة، فيصبح تحديد ما إذا كان الشرط أكثر أم أقل فائدة للعامل مسألة شائكة يشوبها الكثير من المتناقضات⁽²⁾.

ويؤدي تطبيق الشرط الأفضل للعامل إلى استبعاد الشرط الأقل تميزا ، ومعنى ذلك عدم جواز الجمع بين المزايا⁽³⁾ ، وهو مبدأ آخر مصاحب للمبدأ الأول⁽⁴⁾ ، فيرتفع عن الشرط الأقل صفة الإلزام أي كان مصدره أو مرتبته ، فليس للعامل أن يحصل على الميزتين الأكثر والأقل ملائمة معا . وهو أمر يستوجب اختيار الميزة الأفضل سواء من الناحية النوعية أو الكمية من خلال المقارنة بين المزايا .

وقد طرح تساؤل لدى الفقه العمالي عن المعيار المتخذ لتحديد القاعدة أو الشرط الأصلح للعامل ، وكيفية التمييز بين متى تكون قاعدة ما أصلح للعامل من قاعدة أخرى ؟ في الواقع أنه كثيرا ما يصعب تحديد ما إذا كانت قاعدة من القواعد أصلح للعمال من قاعدة ثانية .

وفي هذا حوال بعض الفقه ، مسنودا ببعض الاتجاهات القضائية ، استخلاص بعض القواعد والمبادئ التفسيرية التي يمكن الاسترشاد بها في هذا الإطار ومنها :
فهناك حالات لا يجوز فيها الجمع بين المزايا الأكثر والأقل فائدة معا ، وهذا هو الأصل ، في حين توجد حالات أخرى يجوز فيها الجمع .
ونشير في البداية إلى أن هذه الضوابط هي من صنع الفقه والقضاء لا غير ، دون أن توجد نصوص تشريعية صريحة بهذا الشأن .

1 - G. Lyon- Caen , « La bataille truquée de la flexibilité » , Dr. Soc, 1985, p 801, et 806.

2 - د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط في القانون الاجتماعي " ، المرجع السابق ، ص 211 و 212.

3 - S.S. Plen. 6 nov. 1998, J C P, éd. G, 1998, 11, 10004.

4 - M. Desax , « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel » , Dr. Soc, 1988, p 13.

أولاً- مبدأ عدم جواز الجمع بين المزايا :

ك مبدأ عام لا يجوز الجمع بين المزايا التي تنصب على نفس الموضوع أو ذات السبب ، ولا يسمح بالجمع إلا في حالات محددة استثنائية . فعندما تتدافع أو تتنازع القواعد التي تتضمن مزايا أكثر وأقل فائدة للعمال في نفس الوقت ، وكانت قابلة للتطبيق في وقت واحد على النزاع ، فإنه لا يجوز الجمع بينها .

1- مبررات عدم الجمع بين المزايا :

يُجد مبدأ عدم الجمع مبرراته سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الاقتصادية . فمن الناحية القانونية إذا قبل القاضي بمبدأ الجمع فإن ذلك سيعطي القاعدة الأقل فائدة نطاقاً لم يكن منشؤها نفسه يعطيه لها وقت إنشائها ، وعليه يجب احترام رغبة منشئي العمل القانوني الأقل فائدة التي كانت تتصرف إلى أن الأثر الملزم للقاعدة يجب أن يتراجع حال وجود قاعدة أفضل (1) .

ومن الناحية الاقتصادية فإن الجمع بين المزايا في وقت واحد (الأكثر والأقل فائدة) سيضر بالوضع الاقتصادي للمشروع أو المؤسسة المستخدمة ، إذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تضطلع بجملته أعباء وإلتزامات مجتمعة عن ذات السبب أو نفس الموضوع الواحد . ولهذا يرى البعض بوجود إغفال الآثار الاقتصادية البعيدة التي يحتمل أن يؤدي إليها تطبيق القانون الأصلح .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور إيهاب إسماعيل أنه : " لا يجب عند المقارنة بين نص القانون و شرط مخالف ، التطرق إلى الآثار الاقتصادية البعيدة التي تترتب على الشرط للقول بأنه أقل فائدة للعامل بحجة أن الميزات التي سيحققها الشرط الاتفاقي لهم تؤدي في المستقبل إلى زيادة أعباد المشروع أو إلى توقفه مما يؤدي إلى انتشار البطالة (2) . وعلى هذا يجب الاقتصار على مقارنة المضمون الحالي لكل من نص القانون والشرط ، فالقاعدة التي ترفع الأجر تعتبر أصلح للعمال بصرف النظر عن النتائج الاقتصادية التي قد تؤدي إليها هذه الزيادة (3) .

2- تطبيقات عدم الجمع بين المزايا :

أكدت محكمة النقض الفرنسية بصورة واضحة على مبدأ عدم جواز الجمع بين المزايا التي ترتبط بذات الموضوع أو بذات السبب في حكم صدر عام 1988 ، بخصوص تنازع بين اتفاقيات أو اتفاقات عمل جماعية ذات مراتب قانونية متدرجة (4) .

1-V. Corrigan- C arsin. « Seul le salaire prut se prévaloir de la nullité d'une clause couperet », note sous. Ass. Plen. 6 Nov. 1998, J C P, éd. G, 1998, 11, 10004.

2- د/ إيهاب حسن اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 659.

3- د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص ..

4- Cass. Soc. 17 Juill.1996. dr Ouv, 1998, p 35, note f. Saramito.-

وينطبق نفس المبدأ حال تنازع أو تدافع قواعد في اتفاقات عمل جماعية متتابعة ، فالمزايا المنصوص عليها في التعديل اللاحق لا تجمع بالضرورة مع المزايا الواردة في الاتفاق الجماعي الأساسي الذي ورد عليه هذا التعديل (1) ، وبالتالي فلا يجوز المزج بين مصادر القواعد للحصول على جميع الحقوق الواردة فيها.

فلا يمكن للعمال إذا اتحد موضوع الميزة أن يجمعوا في وقت واحد بين مزايا في عقد عمل جماعي ومزايا أخرى في اتفاق جماعي آخر طالما كانت هذه المزايا وتلك تنصب على عمل واحد .

كما يتم إعمال وتطبيق مبدأ عدم الجمع بين المزايا فيما بين المزايا الواردة في التشريع وتلك الواردة في لوائح التشريع ، وهو أمر تؤكد عليه محكمة النقض الفرنسية.

فإن كان حكم التشريع أفضل للعامل من حكم الاتفاق الجماعي أو اللائحة ، فيجب عندها تطبيق حكم التشريع دون الجمع بين مزايا المصدرين معا طالما كانت تنصب على ذات الموضوع أو تتعلق بذات السبب (2) .

ويسري هذا المبدأ على المزايا العقديّة في علاقتها بالمزايا الواردة في المصادر الأخرى ، ولهذا لا يجتمع التعويض عن الفصل الذي نص عليه عقد العمل مع التعويض عن الفصل الذي نص عليه الاتفاق الجماعي (3) .

والملاحظ أن تطبيقات القضاء الفرنسي في مجال عدم الجمع بين المزايا ذات المصادر الحرفية (الأعراف والتعهد الفردي من جانب صاحب العمل) تبدو نادرة في هذا المجال ، لأن الميزة في تلك الحالات تنشأ لتسد في الغالب نقصا في القواعد الموجودة ، الأمر الذي يسمح بالجمع بينهما وبين الحقوق الأخرى الموجودة سلفا ، ومع ذلك سيتوقف الجمع عندئذ على نطاق تعهد صاحب العمل.

ولعل فكرة الجمع أو عدم الجمع لا تثور في بعض الحالات بسبب طبيعة الميزة ذاتها التي تأتي الجمع بين ميزتين ، فقواعد حساب الأجر مثلا لا يمكن أن يطبق فقط الحد الذي يعطي أفضل نتيجة للعامل .

وعلى ذلك فلن تثار مشكلة الجمع بين هذه الحدود أو إضافة بعض المزايا للبعض الآخر ، كما أن إبرام اتفاق جماعي جديد ينص على ذات المزايا التي كانت موجودة سلفا في مصدر حرفي (عرف - تعهد فردي) يعني إلغاء هذا المصدر الحرفي ، وبالتالي عدم الجمع بين المزايا السابقة الموجودة في المصدر الحرفي والمزايا اللاحقة التي نظمها الاتفاق الجماعي، وعليه فالاتفاق الجماعي مثلا يلغي التعهد الفردي أو العرف أو يعدلها في حدود المزايا التي نظمها (4) .

1- A. Garabar , « La résistible théorie de l'applicabilité du code du travail au personnel d'entreprises publiques à status » , R J S , 5-1998 , p 355.

2- ينظر د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل الفردي " ، المرجع السابق ، ص 138 وما بعدها .

و د/ محمد لبيب شنب : " شرح أحكام قانون العمل " ، الطبعة الخامسة ، بدون دار نشر ، ص 347 ؛

و د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 601 .

3 - ينظر د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل " ، المرجع السابق ، ص 48 .

د/ السيد عيد نايل : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 57.

4 - ينظر د/ إيهاب حسن اسماعيل : " وجيز قانون العمل والتأمينات " ، المرجع السابق ، ص 42.

و د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط في شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 71.

ولا يجيز القضاء المصري الجمع بين مزايا العقد والمزايا التي نص عليها التشريع ، وتذهب أحكامه إلى الترجيح بينهما بحيث إذا جمع العقد بين شروط أكثر فائدة وشروط أقل فائدة عما قرره التشريع أعمال حكم الشرط الأكثر فائدة وبطلت الشروط الأقل فائدة⁽¹⁾ ، ولا يمكن تطبيق حكم الشرط وحكم القانون في وقت واحد فلا يجمع بينهما .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قرر أنه ليس للعامل أن يجمع في مطالبته بين مزايا النظام الذي وضعه صاحب العمل وبين المزايا المخولة له بمقتضى قانون عقد العمل الفردي بل له أن يطلب القضاء له بأيهما أكثر فائدة ، ثم بين الحكم أن معاملة العامل وفقاً لنظام الشركة التي يعمل بها على أساس تقدير المكافأة على الأجر الثابت دون ضم علاوة الغلاء أفيد له من معاملته وفقاً للمادة 23 من القانون رقم 44 لسنة 1994 الخاص بعقد العمل الفردي فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه بل هو تطبيق صحيح للمادة 38 من القانون المشار إليه .

كما قضت ذات المحكمة في مناسبة أخرى بأنه " متى كان الحكم إذا احتسب المكافأة المستحقة لورثة العامل على أساس المرتب الأصلي مضافاً إليه إعانة غلاء المعيشة قد استند في ذلك إلى وجوب الأخذ بلائحة الشركة صاحبة العمل ، لأنها أكثر فائدة للعامل إذ أعطت له الحق في الحصول على مكافأة تحتسب على أساس نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى من خدمته وأجر شهر عن كل سنة من السنتين التاليتين لها فهي إحدى عليه من المادة 41 لسنة 1944 التي نصت على أن تحتسب مكافأة عامل المداومة ، بحيث لا تزيد على أجر ستة أشهر... ولا محل للنعي على الحكم بأنه إذ أضاف إعانة غلاء المعيشة على أجر العامل فقد جمع في التطبيق بين أحكام لائحة الشركة وأحكام قانون عقد العمل ، لأنه إنما طبق اللائحة . ، وأن الأجر ينصرف إلى ما ينقضاه العامل فعلاً من مرتب بما في ذلك إعانة الغلاء ، إذ هي تعتبر جزء لا يتجزأ منه⁽²⁾ .

كما قضت بأن صاحب العمل الذي أرتبط مع عماله بنظام معاش أو مكافأة أفضل حتى آخر جوان 1961 لم يعد ملزماً قبلهم إلا بالفرق بين هذه الميزة الأفضل وبين مكافأة نهاية الخدمة ، وأن المؤسسة الصحفية لا تلتزم قبل الصحفيين العاملين بها إلا بقيمة الزيادة بين ما تتحمله وفقاً لنظام مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها في المادة 110 من القانون 76 لسنة 1970 . ومكافأة نهاية الخدمة محسوبة وفقاً لقانون العمل⁽³⁾ .

1 - نقض مدني مصري ، جلسة 20 ماي 1954 ، رقم 397 ، لسنة 21 ق ، مدونة عزمي البكري ، ص 343 .

2 - نقض مدني مصري ، جلسة 4 نوفمبر 1954 ، في الطعن رقم 161 لسنة 22 ق .
أورده : د/ سعيد أحمد شعلة : " موسوعة قضاء النقض العمالي " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1996 ، ص 46 .

3 - ينظر أحكام محكمة النقض المصري :

نقض مدني ، في 6 أبريل 1987 ، طعن 66 ، س 51 ق ، م أ / الهواري ، ج 7 ، ق 362 ، ص 587 .

و نقض مدني ، في 10 ديسمبر 1986 ، طعن 28 ، س 51 ق ، مجموعة م أ / الهواري ، ق 323 ، ص 589 .

و نقض مدني ، في 29 ديسمبر 1986 ، طعن 1410 ، س 50 ق ، م أ / الهواري ، ق 364 ، ص 391 .

كما قضي بأنه لا يجوز للعامل الجمع بين حصيلة صندوق الادخار و مكافأة نهاية الخدمة .

نقض مدني ، في 23 جوان 1986 ، طعن 1915 ، س 51 ق ، م أ / الهواري ، ج 7 ، ص 593 .

كما قضت كذلك بأن أصحاب الأعمال الذين كانوا يرتبطون حتى آخر يوليو عام 1961 بأنظمة المعاشات أو ادخار أفضل ، يلتزمون بقيمة الزيادة بين ما كانوا يتحملونه في تلك الأنظمة وبين مكافأة نهاية الخدمة محسوبة على أساس قانون العمل (1) .

ثانيا- الحالات التي يجوز فيها الجمع بين المزايا :

يحدث أحيانا أن تتصرف إرادة منشئي العمل القانوني المتضمن للميزة إلى الجمع بين المزايا ، كما قد يتم الجمع نتيجة مرونة مفهوم الميزة المنصبة على الموضوع أو نفس السبب وصعوبة الفصل بين المزايا التي تنصب على ذات الموضوع أو نفس السبب .

1- الجمع بين المزايا بطريقة إرادية :

لما كان الجمع بين المزايا هو الأصل للعامل فإن عدم الجمع بينهما يتراجع أحيانا ويشكل استثناء على مبدأ الجمع ، خاصة إذا ظهر أن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف تتصرف إلى ذلك ، وهنا نرجع إلى المبدأ العام ، وهو أن " العقد شريعة المتعاقدين " ، سواء تجسد في صورة اتفاق فردي أو اتفاق جماعي .

فالمزايا الواردة في تعهد فردي تشكل مزايا إضافية علاوة على المزايا التي تقررت في التشريعية العليا ، وسوف يتوقف الجمع بين المزايا في تلك الحالة على نطاق التعهد الفردي ومضمونه .

وفي الاتفاقات الجماعية يمكن لأطراف العلاقة العمالية إقرار مزايا إضافية لما هو موجود بالتشريع (2) ، أو تنظيم عملية الجمع ، أو عدم الجمع بين مزايا الاتفاق الجماعي و المزايا الواردة في المصادر الأخرى (3) .

وفي فرنسا قضى بأن الميزة الواردة في الاتفاق الجماعي للعمل تعتبر كميزة إضافية ، كأن تقرر الإتفاقية الجماعية منح العمال يوم راحة بديل إذا عمل العامل يوم إجازة (عيد العمال مثلا) ، فأضيفت هذه الميزة إلى الميزة التي قررها المشرع ، وهي حصول العامل على تعويض نقدي إذا عمل في يوم عيد العمال (أول ماي) (4) .

وقد يتبنى الاتفاق الجماعي موقفا وسطا بين الجمع وعدم الجمع ، وذلك حين يرد فيه شرط الاستنزال أو الخصم (clause d imputation) .

وبمقتضى هذا الشرط يتم خصم المزايا المكتسبة سلفا من جملة المزايا التي يقررها الاتفاق ليحصل العمال بالتالي على المزايا التي اكتسبوها قبل الاتفاق مضافا إليها فقط المزايا الجديدة في الاتفاق الجماعي ، وليس كل مزايا الاتفاق الجديد .

1 - نقض مدني مصري ، جلسة 17 مارس 1987 ، في الطعن رقم 1387 لسنة 51 ق.

و نقض مدني ، في 10 فيفري 1986 ، طعن 937 ، س 49 ق ، م الهواري ، ج 7 ، ق 368 ، ص 597 .

2 - Cass . Soc. , 19 Des .1989, R J S, 2-90, n° 120

3 - فقد نصت المادتان 13 و 14 من الاتفاق القومي للممثلين التجاريين و المندوبين الجوابين في 1975/10/3 على الجمع بين التعويض الاتفاقي عن إنهاء العقد المنصوص عليه في هذا الاتفاق وبين التعويض عن فقد العملاء الذين جلبوهم .

4- Cass. Soc. 8 oct. 1996, R J S , 11- 96, n° 1181 .

ويهدف هذا الشرط إلى التوفيق بين الاتفاقات الجماعية ذات النطاق الأوسع (اتفاق على مستوى قطاع من قطاعات الأنشطة وبين الاتفاقات الأقل نطاق (كاتفاق على مستوى مشروع محدد (1) ، كما قد يهدف الشرط إلى تنظيم علاقة الاتفاق الجماعي بعقد العمل الفردي .

ومع هذا يميل القضاء الفرنسي تحت ستار الحكم الأفضل للعامل إلى الأخذ بفكرة الجمع بين المزايا عند تفسيره للبنود الاتفاقية خاصة إذا أثار بشأنها شك أو غموض . فقد كان على محكمة النقض الفرنسية أن تجيب على سؤال مفاده هل منح العامل راحة بديلة عوضا عن يوم الإجازة ، فرأت المحكمة أنه يمثل ميزة إضافية للعامل أن يحصل على البديل المنصوص عليه في القانون ، وكذلك على يوم الراحة البديل المنصوص عليه في الاتفاق الجماعي (2) .

وفي تعليقه على هذا الحكم يقول الدكتور صلاح محمد دياب :
" إن هذا الموقف مثير للدهشة ، إذ كان يمكن للمحكمة أن تقضي بأن البديل القانوني عن يوم الإجازة التي عمل فيها العامل (إجازة عيد العمال) يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للاتفاق الجماعي والنص على خلافه . كما كان لها أن تعتبر أن المسئلة تتعلق بمزايا ترتبط بسبب واحد تقضي بإحداها ، أما البديل النقدي أو يوم راحة بديل ، ولكن المحكمة أثرت الجمع بين الميزتين معا باعتبار ذلك أصلح لعامل وهو ما يجعل مفهوم المزايا المرتبطة بسبب واحد أو موضوع واحد مفهوما غامضا ومرنا (3) .

2- الجمع لصعوبة الفصل بين المزايا التي تنصب على ذات الموضوع أو نفس السبب :

يعد مفهوم وحدة السبب أو وحدة الموضوع من المفاهيم الأساسية في النظرية العامة للالتزامات ، سواء في العلاقة العقدية الملزمة لجانبين أو في العلاقات الجماعية .

ففي إطار العلاقات العقدية الملزمة للجانبين :

يعتبر التزام أحد الطرفين سببا للالتزام الطرف الآخر ، وهذا ما يمكن القول به في عقد العمل الفردي ، فالميزة التي سيحصل عليها العامل ، أيا كانت ، تعد التزاما على عاتق صاحب العمل .

أما في إطار الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية :

فإن تطبيق فكرة الالتزامات المتقابلة قد يكون صعبا ، إذ قد يلتزم صاحب العمل في الاتفاق الجماعي بمنح مزايا إضافية دون أن يقابل ذلك التزامات إضافية على عاتق العامل ، ولهذا يجب وفقا لهذا الرأي الأخذ بمفهوم واسع لمعنى السبب والموضوع .

1 - يعترض البعض على شرط الخصم أو الاستنزال من ناحية مشروعيته ، حال وروده في الاتفاق الأوسع نطاقا ذاهبا إلى القول أن الأمر قد لا يتعلق بمزايا لها ذات الطبيعة أو نفس السبب أو الموضوع مما يؤدي ، تحت مظلة عدم الجمع بين المزايا ، إلى إلغاء مزايا لمجرد أنها متناظرة رغم كونها متباينة تماما .

- A , M. Rotschild- Souriac , «Les accords collectives au niveau d entreprise » , Thèse. Paris 1, 1986 , p. 1624;

- M. Despax , « La place de la convention d entreprise dans le système conventionnel » , Dr. Soc. 1988, p. 8 et 16.

- Cass .Soc 8 oct 1996. précitée. 2

3- د/ صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل " ، المرجع السابق ، ص 41 وما بعدها.

ويُفرق البعض الآخر⁽¹⁾ بين مفهوم وحدة السبب والموضوع بالقول :
أن المزايا التي لها نفس السبب هي التي يكون هدفها أو غايتها واحدا (كإصلاح الضرر
الذي يسببه إحالة العامل للتقاعد مثلا) .
أما المزايا التي تنصب على نفس الموضوع فهي تلك التي لها ذات المضمون ، على أن
يتولى القاضي استخلاص مدى تماثل هذا المضمون بين المزايا.
ويرى اتجاه ثالث أن السبب بمفهومه القانوني الواسع مرادف للباعث ، وهو الأساس
الذي من أجله يعطي الحق .
أما عن وحدة الموضوع فينبغي تبني مفهوم واسع ومستقل عن السبب يشمل كل ما
يجب على صاحب العمل تقديمه سواء في صورة مالية (كتقديم نقديّة أو عينيّة) أو في
صورة التزام شخصي (عمل أو امتناع أو إعطاء) .
ولكن هل وحدة السبب ووحدة الموضوع هي معايير بديلة يصلح أي منها لاستبعاد
الجمع بين المزايا أم أنها معايير تكاملية لا بد من وجودها معا للقول بعدم الجمع بين المزايا ؟
إن مطالعة حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص توحى
بأنها معايير بديلة ، فيكفي أن تتحد المزايا في السبب أو في الموضوع للقول بعدم جواز
الجمع بينها .
ورغم ذلك يرى البعض⁽²⁾ ضرورة أن يطبق ، عند استبعاد الميزة المتدافعة ، مفهوم
وحدة السبب ووحدة الموضوع بطريقة تكاملية ، فلا تستبعد المزايا المتناظرة إلا إذا اتحدت
في ذات الموضوع وفي ذات السبب معا⁽³⁾ .
ويرى غالبية الفقه الفرنسي أنه من الأفضل إعطاء أولوية لفكرة السبب على وحدة
الموضوع ، لأن الواقعة المنشئة للميزة هي التي تسوغ الالتزامات التي يتحمل بها صاحب
العمل ، بحيث يصبح معه البحث في وحدة الموضوع أمرا ثانويا . فنتساءل دوما عن سبب
الميزة وليس عن موضوعها .

1 - A. Chevillard , « La notion de disposition plus favorable » , Dr. Soc, 1993, p.373.

2- J. Barthlemy. Révision « Dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail » , Ed. litec, 1996, p. 28 et 29.

3 - Cass. Soc. 17 Janv. 1996, Dr. Soc, 1996, p 645.

الفرع الرابع : طرق المقارنة بين المزايا ودورها في تحديد الشرط الأفضل

إن مسألة الجمع أو عدم الجمع بين المزايا المتشابهة يتوقف على الطريقة التي يتبعها القاضي في المقارنة بينهما ، وفي ظل سكوت التشريع عن تحديد هذه الطرق يتبع القضاة حلولا بالغة الدقة والتعقيد يصعب الجزم معها بوجود نظام موحد أو محدد لها .
وقد ساهم الفقه ، مدعوما بالقضاء في وضع المبادئ الأساسية التي تنطلق منها طريقة المقارنة أو المفاضلة بين المزايا لاختيار الأفضل منها .
ويجب بادئ ذي بدء أن نعرض لطرق المفاضلة ، وما إذا كانت تتم على أساس جماعي أم فردي، موضوعي أم شخصي .

أولاً- تحديد طرق المفاضلة بين المزايا :

إذا كان سلطان الإرادة هو مجرد سلطان في تحقيق فائدة أكبر للعامل ، فليس من اليسير دائما وصف ما قد تتضمنه عقود العمل الفردي من شروط من حيث مدى أصلحتها للعامل . فقد تتضمن هذه العقود جملة شروط متفرقة ومستقلة بعضها أصلح للعامل وبعضها أسوأ له من الأحكام القانونية ، وحينئذ يجب النظر إلى كل شرط منها على حدة.
وفي بعض الأحيان تتباين عقود العمل مع أحكام قانون العمل ، بين ما هو أصلح ومه هو غير أصلح للعامل ، فكيف تتم المفاضلة بين الشروط فيما بينها ؟
في الواقع تبدو المسألة في غاية الصعوبة ، وتحتاج إلى طريقة فنية - قانونية للمفاضلة بين المزايا .

وحيث يقع تنازع بين عدة مصادر تتضمن مزايا متشابهة فإن الجمع بين هذه المزايا يتوقف على طريقة المقارنة بينها ، وعلى إمكانية تجزئة الميزة وفصلها عن مصدرها ، كما هو الحال بالنسبة للتنازع بين التشريع كمصدر للمزايا وبين المصادر الإتفاقية الأخرى ، أو بالنسبة للتنازع أو التدافع بين الاتفاق الجماعي وعقد العمل الفردي (1) .
وقد حاول الفقه (2) وضع أسس أو مبادئ لهذه المفاضلات توصلنا لحلول ثابتة مستقرة ، ورغم ذلك . وكما يقول الأستاذ شالارون (Chaloron) : فإن الشكوك لا تزال تساورنا في ثبات هذه الحلول. وعلى كل حال تبقى هذه المبادئ أو الأسس كعلاقات إرشادية لفهم ما يلعبه الشرط الأفضل للعامل من دور في حماية حقوقه (3) .

1 - V. Bonnin , «Les rapports du contrat de travail et de la convection collective » , thèse Bordeaux, 1993, p 361 .

-G. Vachet , « Les conflits entre convection collectives » , Thèse. Lyon, 1977, p 218 et s.

2- N. Aliprantis , « La place de la convention collective, O.P .Cit , p. 60.

I. Boyer , « L'avantage acquis en droit du travail » , thèse Toulouse, 1989 , p. 87 .

-A. Chevillard , « La notion de disposition plus favorable » , Dr, Soc, 1993 , p. 364;

- P. Rodier , « Accord d'entreprise et convection de branche ou interprofessionnelle, régociation indépendante, subordonnée » , Dr. Soc, 1982, p 711;

- J.M. Olivier , « Les conflits de secoures en droit du travail interne, in Les sou courses du droit du travail » , sous la dir. De B. Teysie , éd. PUF, 1998, p. 194 et 229.

3- نقلا منا عن د/ صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل " ، المرجع السابق ، ص 96.

وإذا كانت الحقوق المتنازعة واضحة يسهل تمييزها فإن ذلك سيكفيها مؤونة البحث عن طرق المفاضلة التي قد تكون معقدة توصلنا لاختيار الميزة الأفضل . فالمكافأة التي يعطيها صاحب العمل للعامل على عمل معين ، أيا كان مصدرها ، يسهل مقارنتها بمكافأة أخرى بمبلغ مختلف طالما كانت هذه الأخرى ممنوحة للعامل لنفس السبب ، وبالتالي يستحق العامل المكافأة الأفضل منهما .

وقد اقترح الفقه للمفاضلة بين المزايا طريقتان :

إحدهما طريقة المقارنة الإجمالية ،

والأخرى طريقة المقارنة التحليلية ، ولكل طريقة ميزاتها وعيوبها .

وتتمثل المقارنة الإجمالية في مقارنة إجمالي نصوص أو بنود المصدر بإجمالي نصوص أو بنود المصدر الآخر المتنازع معه التي تنصب على ذات الموضوع أو نفس السبب ، أي مقارنة عقد عمل بعقد عمل آخر ، والاعتداد بالأثر الإجمالي الأكثر تميزا بغض النظر من كون أحد النقاط أو البنود في هذا المصدر أقل تميزا من مثيلاتها في المصدر الآخر ، فالعبرة بالمصدر في مجمله ، وما إذا كان أفضل أم لا .

وميزة هذه الطريقة أنها تتحاشى تقنين الأحكام الواردة سواء بالقانون أو بعقد العمل الجماعي وتساعد على توحيد مصدر القواعد التي تحكم بعقد العمل الجماعي ، وكذا القواعد التي تحكم العقد ⁽¹⁾ ، فتجنب تجزئة المزايا في كل عمل على حدى ، ولا تؤدي للجمع بين مزايا متناظرة .

ورغم ميزات هذه الطريقة إلا أنها لم تحظ بقبول وتطبيق واسع في القضاء الفرنسي ، والأحكام التي تبنتها ظلت محدودة . ويمكن أن نذكر على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 ديسمبر 1984 اعتدت فيه بمجمل مزايا اتفاق جماعي وطبقه على النزاع وطرح الاتفاق الجماعي ⁽²⁾ .

وما يعاب على هذه الطريقة أنها في ذات الوقت لا تشجع على محاباة العامل أو على فكرة الشرط الأفضل له ، فهي تتخلى عن المزايا الأفضل في المصدر الآخر ، لأنه في مجمله أقل محاباة للعامل .

أما الطريقة التحليلية فهي على العكس تنصب على مقارنة كل ميزة أو حق منفردا ، بغض النظر عن المصدر الذي ورد فيها ، بالمزايا المتشابهة الواردة في المصادر الأخرى . وعلى ذلك عند تشابه المزايا الواردة في أكثر من مصدر ننقي منها المزايا الأفضل للعامل من خلال عملية المقارنة التحليلية لكل ميزة على حده .

وتسهم هذه الطريقة في إبراز أهمية الشرط الأفضل للعامل ، وبالتالي محاباة العامل ، لكن يلاحظ عليها أن تجزئة وفصل كل ميزة على حده لمقارنتها بغيرها قد يتعارض مع إرادة الأطراف ، ويتجاهل وحدة تكامل العمل القانوني والجوانب الاقتصادية فيه .

وفيما يلي نتناول المفاضلة بين المزايا وفقا لطريقة المقارنة الإجمالية ، ثم وفقا لطريقة

المقارنة التحليلية ، وذلك على النحو التالي :

1 - د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط في القانون الاجتماعي " ، المرجع السابق ، ص 214 .

2- Cass. Soc. 12 dés. 1984, Juris. Soc. UIMM , n° 85 , 469 , p 575.

1- المفاضلة بين المزايا وفقا لطريقة المقارنة الإجمالية :

تعني طريقة المقارنة الإجمالية إجراء مفاضلة بين حزمة من البنود أو المواد التي تنصب على موضوع ، أو تلتقي حول غاية واحدة في أحد المصادر وبين طائفة من البنود أو المواد التي تنصب على نفس الموضوع أو ذات الغاية في مصدر آخر (تجزئة شبه إجمالية) ، وبالتالي فالمقارنة تتم بين طائفة من المزايا المرتبطة بوحدة السبب أو بوحدة الموضوع وبين طائفة أخرى من المزايا يجمعها ذات السبب⁽¹⁾ أو نفس الموضوع⁽²⁾ في مصدر آخر من المصادر.

وعلى ذلك يمكن أن نقارن بين بنود عقد العمل الفردي⁽³⁾ أو بنود عقد عمل جماعي ، وبين بنود عقد عمل جماعي آخر ، شريطة أن تنصب حزمة هذه البنود وتلك على ذات الموضوع⁽⁴⁾ .

وتطبيقا لهذه الطريقة ، فإنه إذا اتفق في عقد عمل فردي على احتساب مكافأة نهاية الخدمة على أساس الأجر الأصلي دون علاوة المعيشة ، ولكن دون حد أقصى لقدرة المكافأة بينما كان القانون يقرر مثلا احتساب المكافأة على أساس الأجر الأصلي زائدة علاوة الغلاء ، ولكن مع فرض حد أقصى لقدرة المكافأة ، فإن الشرط يكون أصح للعامل أو أسوأ له تبعا لطريقة النتيجة الإجمالية لتطبيق الشرط وتطبيق حكم القانون وفقا لحالته الخاصة ، فإذا كانت مدة خدمته طويلة كان الشرط أصح له ، وإلا كان القانون هو الأصح .

ولكن لا يجوز الجمع بين حكم الشرط وحكم القانون للإفادة من الأصح في كل منهما معا ، باحتساب المكافأة دون حد أقصى ، وعلى أساس الأجر الأصلي زائدا للعلاوة ، إذ في ذلك تجزئة غير مقبولة لنظام مكافأة نهاية الخدمة⁽⁵⁾ .

وبالرجوع إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية نجدها كثيرا ما تستخدم في أحكامها عبارة (le régime le plus favorable)⁽⁶⁾ ، وهو ما يعكس رغبتها في ربط طائفة من المزايا عند مقارنتها بأخرى برباط سببي ، أو على حد قول البعض بنظام سببي . وبمعنى آخر فإن الحقوق والالتزامات التي تجمعها مثلا فكرة حسن سير العمل بالمشروع تصبح طائفة مترابطة لذا يصح تجزئتها .

ويمكن تبعا لهذه الطريقة أن تجتمع عدة بنود أو مواد في طائفة واحدة ، يتقرر بمقتضاها مجموعة من الحقوق التي قد يكون بعضها أكثر ميزة للعامل وبعضها الآخر أقل ميزة له.

1- Cass .-Soc. 12 fev. 1969, Bull. Civ, n° 94 , p 94.

2 - Ass. Plen. 18 mars 1988. Bull. Civ, V , n° 3 , p 34.

3 - Cass Soc. 16 dec 1998. C S B. 1999 .Siery. 110. Obs .P.M.

ويتعلق بمقارنة بين التعويض عن الفصل المتفق عليه في العقد ، وبين التعويض عن الإنهاء التي نص عليها العقد الجماعي.

4 - Cass .Soc. 25 janv1984. Bull. Civ 1984. n 33. p 26.

وفي هذا الحكم قارنت محكمة النقض الفرنسية بين جملة بنود تنصب حول تغيب العامل عن العمل بسبب المرض.

5 - ينظر : د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 264 ، هامش 2 .

وحكم محكمة استئناف الإسكندرية ، بتاريخ 19 ديسمبر 1954 ، مدونة الفكهاني ، ج 1 ، ص 528 و 650 .

6 - Ass. Plen. 26 avr 1991, Bull Civ. 1991. n° 3. p 3.

وكان هذا الحكم بمناسبة اختبار نظام الإجازات الأصح للعامل.

وعلى هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه رغم أن أسس حساب تعويض الإجازات المدفوعة الأجر الوارد باللائحة التنظيمية أقل ميزة للعامل من نصوص تقنين العمل إلا أن مجمل نظام الإجازات المدفوعة الأجر الوارد في اللائحة يعد أفضل للعمال باعتباره يمنحهم مزايا على من تلك المنصوص عليها في المادة L122-3 وما بعدها من تقنين العمل ، وعلى هذا أخذت المحكمة ببند اللائحة التنظيمية في موضوع الإجازات باعتبارها أفضل الشروط للعمال (1) .

والملاحظ هو وجود صعوبة ، وأحيانا مخاطر ، في تحديد الرابطة التي تربط بين مجموعة من القواعد التي تعتبر في مجملها أفضل ، بحيث لا يمكن فصل هذه القواعد عن بعضها البعض ، وبالتالي فصل المزايا التي تنفرد بمقتضى هذه القواعد نظرا لوجود هذه الرابطة . وهو ما يطرح التساؤل الآتي :

هل يتعلق الأمر بتطبيق القاعدة الأصلح أم القواعد التي مجملها أصلح ، أم أن القضاء يلجأ إلى الأمرين بشكل تناوبي أو اختياري ؟

ولاشك أن اللجوء إلى تطبيق القاعدة الأصلح يوسع من نطاق مبدأ محاباة العامل في حين ينقلص هذا النطاق عند لجوء القضاء لتطبيق القواعد التي في مجملها أصلح أو حتى اللجوء إلى الطريقة التناوبية بينها ، ولكن إذا لجأ القاضي في منازعات العمل إلى تطبيق القاعدة الأصلح ، وقد يتعارض ذلك مع بعض نصوص تقنين العمل الفرنسي (2) ، التي يبدو من صياغتها اتجاهها نحو المقارنة الإجمالية لمجمل البنود وليس كل بند منفرد .

2- المفاضلة بين المزايا وفقا لطريقة المقارنة التحليلية :

يقصد بالمقارنة التحليلية هنا أن تتم المفاضلة بين ميزتين منفردتين دون التقيد بمجمل العمل أو الموضوع ككل الذي ينتميان إليه ، طالما كانت كل منها ترتبط بالأخرى برابطة وحدة السبب أو الموضوع .

يلعب القضاء دورا بارزا ، من خلال المقارنة التحليلية ، في تحديد نطاق المزايا المكتسبة ضيقا واتساعا ، فكلما لجأ إلى هذا النوع اتسع نطاق المزايا ، وكلما هجر المقارنة التحليلية ضاق نطاق المزايا المكتسبة .

وعادة ما يلجأ القضاء إلى المقارنة التحليلية في الحالات الآتية :

أ- إذا كان التشريع العادي أو الفرعي هو أحد المصادر المتدافعة مع مصدر أو مصادر أخرى ، فإن القاضي ، والحال هذه ، يحرص على حماية ومراعاة الحد الأدنى التشريعي من خلال المقارنة التحليلية أو شبه التحليلية .

1 - Cass .Soc 17 juil .1996 . J C P .1997 . ed G.11.1- 22798 . note . J. Chorin

الملاحظ أن المشرع الفرنسي يستخدم صفة الجمع في الصياغة اللغوية للكثير من نصوص قانون العمل . ففي المادة L 135-2 من تقنين العمل نص صراحة على أنه حين يرتبط صاحب العمل بعقد عمل جماعي ، فإن بنود هذا العقد ، فيما عدا النصوص الأصلح ، تنطبق على عقود العمل الفردية المبرمة .

وبالتالي فالمشرع يشير إلى فكرة النصوص الأصلح وليس النص الأصلح بصدد محاباة العمال .

كما استخدم المشرع في المادة L 135-23 من ذات التقنين لفظ البنود الأفضل للعمال (des clauses favorables) ، وليس لفظ البند الأفضل للعامل .

ب- إذا كان الحق المقرر مما يسهل تحديد نطاقه، وكان مضمونه واضحا لا يعتمد على بقية منظومة الحقوق والالتزامات الأخرى⁽¹⁾، فإن اللجوء إلى المقارنة التحليلية يبدو عندئذ مقبولا، حيث يفرض الواقع العملي المقارنة بين بند بمفرده وبند آخر، أو بين نص بذاته ونص آخر.

فإذا وردت عدة شروط بعضها يحقق مصلحة العمال وبعضها يضر بهذه المصلحة، أعمل منها الشروط المحققة لمصلحة العمال وأبطلت الشروط الأخرى، طالما أن كل شرط مستقل عن باقي الشروط.

ويتم تبني نفس الحل إذا تضمن العقد شرط واحد كان أكثر من جانب وكان بعضها محققا لمصلحة العامل وبعضها الآخر ضارا بها، فيعمل بالجوانب المحققة لمصلحتهم، ويبطل ما عداها طالما أن كل جانب مستقل عن الآخر⁽²⁾، وهذا ما يأخذ به القضاء ويؤكد عليه في أحكامه⁽³⁾، فيعمل القاعدة الأصلح وليس القواعد التي في مجملها أصلح للعامل. وهنا يطرح تساؤل عن الحالة التي يتضمن فيه عقد العمل شرطا واحدا ينظم أمرا من الأمور على نحو أدنى مما يقرره نص التشريع، ولكنه في ذات الوقت يمنح ميزة أخرى لا يمنحها له نص التشريع، فكيف يكون الحل؟

والراجح لدى الفقه هو أنه إذا جمع العقد بين شروط أكثر فائدة للأجير وشروط أقل فائدة مما تقررته أحكام القانون، كانت العبرة بكل شرط على حدة، فتبطل الشروط الأقل فائدة وتصح الشروط الأكثر فائدة، ولا يصح القول بكافة شروط العقد جميعها على زعم أن المفيد منها للأجير يكفي لتعويضه عن المزايا التي فقدها بالشروط الأقل فائدة، مادام أن كل شرط من هذه الشروط مستقل عن الشروط الأخرى⁽⁴⁾.

أما إذا كان الشرط الواحد يتضمن وجهان، أصلح من جانب، وأسوأ من جانب آخر، ففي مثل هذه الصورة يتوقف تكبير هذا الشرط على إمكانية تجزئته من عدمه، وهو ما يرتهن بتعلق الشرط أو عدم تعلقه بنظام معين ينظر إليه ككل قائم بذاته ومتكامل بعناصره. ويمكن أن نميز بين حالتين:

حالة إمكانية تجزئة شروط العقد، وحالة عدم إمكانية تجزئتها.

الحالة الأولى: إذا أمكن تجزئة الشرط:

فهنا يصح كل شرط يعتبر أصلح للعامل أو لمجموع العمال، حسب الحالة، وفي المقابل يبطل كل شرط يعتبر أسوأ له أو لهم⁽⁵⁾، حتى ولو كان محققا لمصلحة بعضهم بسبب ظروف خاصة، طالما أن كل شرط مستقل عن باقي الشروط.

1 - فقد قارن قضاء محكمة النقض بين مزايا محددة عند وقوع تنازع بين عقود عمل جماعية، بصدد التعويض عن الفصل.

2 - د/ إيهاب حسن إسماعيل: "مراعاة مصلحة العامل"، المقال السابق الذكر، ص 480.

3 - كما يحدث عند تنازع التشريع مع بنود عقد العمل الجماعي بخصوص مهلة الأخطار.

4 - د/ شاب توما منصور: "شرح عقد العمل"، المرجع السابق، ص 28.

و/د/ همام محمد محمود زهران: "قانون العمل"، المرجع السابق، ص 202.

5 - د/ محمود جمال الدين زكي: "عقد العمل"، المرجع السابق، ص 47 و 48.

و/د/ حسن كيرة: "أصول قانون العمل"، المرجع السابق، ص 263..

وقضى في مصر: "لا يعد جمعا بين نظامين احتساب الأجر عن الساعات الإضافية التي تجاوز الحد الأقصى القانوني وفقا لما ينص عليه القانون و احتساب أجر الساعات الإضافية التي تزيد عن ساعات العمل المتفق عليها وتقل عن الحد الأقصى القانوني وفقا لما تم الاتفاق عليه".

نقص مدني، جلسة 18 أبريل 1957، س 8، ع 2، رقم 44، ص 426.

وهذا هو نفس الحال إذا تضمن شرط واحد أكثر من جانب وكان بعض هذه الجوانب محققا لمصلحة العمال والبعض الآخر ضارا بها ، فإنه يعمل بالجوانب المحققة لمصالحهم ، ويبطل ما عداها طالما أن كل جانب مستقل عن باقي الجوانب .

الحالة الثانية : إذا لم تكن تجزئة الشرط ممكنة :

فهنا لا يتأتى تطبيق الشرط هو وحكم القانون الذي يخالفه في آن واحد بالجمع بين الوجوه الأفضل للعامل من كل نظام ، وإنما تكون العبرة بالنتيجة الإجمالية النهائية لتطبيق الشرط (1) .

فإذا كان تطبيق الشرط في مجموعه يعود بالمنفعة أو الفائدة على العامل أو العمال ، حسب الحالة ، صح بكامله وأعمل به .

وإذا كان تطبيق هذا الشرط يعود بالسوء والمضرة على العامل أو للعمال بطل (2) ، ووجب الاكتفاء في هذه الحالة بتطبيق حكم القانون (3) .

وإذا كان الاتفاق مما لا يمكن تجزئته أحكامه باعتبارها وحدة ارتضاها الطرفان ككل ، غير قابل للانقسام ، وجب إما تطبيق حكم الاتفاق إذا كان محققا لمصلحة العامل ، وإما تطبيق حكم النص القانوني دون جمع بين مزايا النظامين (4) .

ومن الممكن تصور أن للشرط الإتفاقي الواحد ناحيتان ، ناحية منها أصلح للأجير ، والأخرى أقل فائدة للأجير من النص القانوني ، فلا تصح التجزئة ، وإنما يتعين أن ينظر إلى النتيجة الإجمالية لكل من الشرط والنص ، ليؤخذ بأيهما أصلح في مجموعه للأجير (5) .

والعبرة في ذلك بالنتيجة النهائية لتطبيق الشرط (6) ، إذ من المقرر قانونا في حالة الأخذ بقاعدة معينة تشمل عناصر جزئية مكونة لها ، لا يصح الأخذ ببعض العناصر دون بعض ، بل يجب اعتبار العناصر المكونة لها قاعدة غير قابلة للتجزئة (7) .

وعلى ذلك إذا كان تحديد الحق وفصله عن بقية الحقوق والالتزامات الأخرى أمرا غير ممكن ، فإن المقارنة ينبغي أن تتم بصورة إجمالية ، فنقارن مجموعة من المزايا المرتبطة بموضوع واحد أو غاية واحدة بمزايا أخرى ترتبط بذات الموضوع أو الغاية في المصدر الآخر .

1 - د/ همام محمد محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 203 .

2 - د/ السيد عيد نابل : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 71 .

3 - د/ همام محمد محمود زهران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 203 .

وقد قضى في مصر بأنه : " يجب الجمع بين إجازات المواسم والأعياد والإجازات الاعتيادية واعتبارها مجموعة واحدة ، ولا يجوز للعامل أن يتمسك بكل ما هو في مصلحته من كل نوع على حدة " .

تحكيم القاهرة ، بتاريخ 3 أكتوبر 1953 ، مجموعة وزارة العدل ، ص 121 .

4 - د/ إيهاب حسن إسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة الذكر .

وقضى في مصر : " العدالة أن يطبق أي النظامين أفضل ، و لا يعد جمعا بين النظامين إضافة إعانة الغلاء إلى الأجر عند احتساب مكافأة العامل وقتا للنظام للذي تضمنته لائحة العمل " .

نقض مدني ، جلسة 4 نوفمبر 1955 ، ص 6 ، ص 96 .

5 - د/ إسماعيل غانم : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 45 .

6 - د/ إيهاب حسن إسماعيل : " الوجيز " ، المرجع السابق ، ص 42 .

7 - د/ إيهاب حسن إسماعيل : " أثر تشابه سياسة الحماية العمالية في توحيد تشريعات العمل العربية " .

بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، الصادرة عن كلية حقوق القاهرة ، العددان 1 و 2 ، سنة 1977 ، ص 165 .

وينظر د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل " ، المرجع السابق ، ص 84 .

وكذا د/ محمد حسين منصور : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 63 .

ولكن كيف تتحدد الرابطة بين حزمة أو مجموعة المزايا بما يجعل تلك المزايا غير قابلة للتجزئة ، فلا يمكن اجتزاء واحدة منها منفردة لمفاضلتها بأخرى في مصدر آخر ؟ وللإجابة على هذا السؤال يتعين أن نبحث عن الحقوق والالتزامات المرتبطة بهذه الحقوق ارتباطاً منطقياً ، والمشتركة معها في مقتضيات العمل ، ومقتضيات العمل يمكن أن تكون قانونية أو عملية.

فعلى الصعيد القانوني لا يصح أن نقبل بتجزئة المزايا على النحو الذي يفرضه إفراغ العمل القانوني أو جزء منه من مضمونه ومعناه الذي يحتويه .

فإذا حدث تنازع بين عقود عمل جماعية بخصوص توزيع الأجور ، فإن المقارنة بين طرق التوزيع بصورة جزئية سيفقد كل طريقة تناغمها ، لأن طريقة التوزيع يتم وضعها وفقاً لسياسة محددة للأجور ، كما أن المزج بين الطريقتين المتنازعتين من شأنه أن يعيق هذه السياسة ، ولذا يجب أخذ الطريقة بشكل إجمالي ومقارنتها بالطريقة الأخرى (1) .

وعلى الصعيد العملي يجب أن يتقيد القاضي بمراعاة مقتضيات العمل بالمشروع حتى ولو كان مسموحاً له بعدم التعويل على التبعات الاقتصادية المترتبة على إتباع طريقة من طرق المقارنة .

ويستلزم الأمر من القاضي عندئذ ، وقبل كل شيء ، تفسيره للعمل المراد مقارنته بالآخر لتحديد مدى الترابط والتناسق بين أجزائه ، منطلقاً في ذلك من اعتبارات غائية. ويثور تساؤل آخر : هل تعتبر إرادة أطراف العمل القانوني قيماً على سلطة القاضي في اللجوء إلى المقارنة التحليلية ؟

إذا أشار أطراف العمل القانوني ، سواء كان هذا العمل عقد عمل جماعي أم تعهد فردي من صاحب العمل ، إلى أن مجموعة من البنود أو الموضوعات تعتبر مرتبطة بعضها ببعض ولا تقبل التجزئة ، فلا شك أن القاضي لا يمكن أن يطرح إرادة هؤلاء الأطراف جانباً دون سبب معقول ، ويلجأ إلى المقارنة التحليلية وتجزئة المزايا .

ومع ذلك يظل للقاضي سلطته التقديرية في وزن وتقدير مشروعية هذا الرّبط وتلك الإشارات التي يرسبها أطراف العمل القانوني عند إنشائه ، خاصة إذا كنا بصدد تنازع قواعد من مراتب متنوعة ، فلا يكفي أن يشير أحد بنود الاتفاقية إلى أن عقد العمل الجماعي أفضل من عقود العمل الفردية لكي تصبح سلطة مقيدة .

ويساعد القاضي في هذه الرقابة فكرة النظام العام الاجتماعي وفكرة الشرط الأفضل للعامل ، وهي أفكار تشجع على تقليص مفهوم عدم قابلية المزايا للتجزئة (indivisibilité) وتؤدي إلى هجر المقارنة الإجمالية إلى المقارنة التحليلية ، ولن يقتنع القاضي بوجود رابطة بين المزايا حقيقية وضرورية تملئها الاعتبارات الاقتصادية في الاتفاق .

فلا يمكن ، تحت ستار عدم قابلية المزايا للتجزئة (2) ، حظر أية زيادة في المزايا التي قررها التشريع أو أحد العقود الجماعية على مستوى المهنة كحدود دنيا ، كما أن تعهد صاحب العمل بالإبقاء على الوظيفة لا بصورة آلية كل التنازلات ، سواء كانت فردية وجماعية ليجعلها تنازلات مشروعاً لا سلطة للقاضي في مراقبتها .

1- C A Axi-en - Provence ,18 Ch. , 15 mars 1994.

2 - J. B. Seub, « L indivisibilité et les actes juridiques », éd. LITEC, 1999, Sous la dir. De J M. Mousseron .

ثانيا - معايير المفاضلة بين المزايا :

عند إجراء مفاضلة بين مزيتين ، فهل يأخذ القاضي بالأفضل منهما بالنسبة للعامل في المنازعات الفردية للعمل أم بالنسبة للمنازعات الجماعية ؟
إذا أخذ القاضي مصلحة العامل في الاعتبار عند إجراء المفاضلة فذلك يعني اللجوء إلى معيار المصلحة الفردية .
أمّا إذا أخذ بمصلحة مجموع العمّال وليس العامل فحسب ، فعندئذ نكون بصدد معيار المصلحة الجماعية .
والمبدأ هو أنه يجب ألا يقتصر عند مقارنة قاعدتين على مراعاة مركز العامل بصفة منفردة بل يجب أن ندخل في حسابنا مركز مجموع العمال أصحاب الشأن ، فالقاعدة التي تعود بنفع على عامل واحد في ظروف معينة لا تعتبر أصلح من غيرها إذا كانت تلحق ضررا بمجموع العمال (1) .
وعلى كل حال فإنّ المصدر الذي تنتبثق منه الميزة يسهم بدور كبير في تحديد نوع الذي يتبناه القاضي ، ويتعيّن على القاضي أن يتبنّى معيارا موضوعيا سواء عند الاعتداد بالمصلحة الفردية أو الجماعية .

1- إجراء المفاضلة بين المزايا وفقا لمعيار موضوعي :

عند إجراء المفاضلة بين المزايا فإنّ أحكام القضاء تشير إلى تقدير المفاضلة وفقا لأسس موضوعية لا شخصية ، فلا يترك للمستفيد من القاعدة أو البند أو الشرط اختيار الميزة الأصلح من وجهة نظره ، بل يتمّ تقدير الأفضلية بين المزايا المتنازعة أو المتنافعة وفقا لمعيار موضوعي أيا كان مصدر هذه المزايا (2) ، فتفحص القاعدة القانونية والشرط الإتفاقي على ضوء الحكمة من التشريع .
وعلى ذلك فالمعيار الشّخصي مرفوض ، ولا يملك العامل ، من حيث المبدأ ، حق تقرير الميزة التي يريد اكتسابها . فالعبرة في تحديد ما إذا كان الشرط المتفق عليه أكثر فائدة للعامل ، ليست بتقدير العامل الشّخصي، وإنما بما تسفر عنه المقارنة الموضوعية بين القاعدة القانونية والشرط الإتفاقي المغاير لها .
ويؤخذ في الاعتبار الحكمة التي يهدف إليها النص ، فإذا كانت هذه الحكمة تتمّ على نحو أفضل من نصّ القانون كان الشرط أفضل (3) ، بحيث لا يعد الشرط أكثر فائدة للعامل إلا إذا كان يحقق الحكمة من النص أكثر مما يحققها هذا النص ذاته (4) .

1 - د/شباب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 33.

2 - ينظر حكم محكمة استئناف باريس الذي قارن بشكل موضوعي بين عقد جماعي على مستوى عدّة مشروعات وآخر على مستوى المشروع فقط الذي كان طرفا في النزاع :

-C, A. Paris 5 Déc. 1997, R J S, n°180, p.117.

3 - ينظر : د/ فتحي عبد الصّبور : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 71.

4- ينظر في ذلك : ديران و جوسو : " قانون العمل " ، ج 1 ، فقرة 140 ، ص 180.

نقلا منا عن : د/ إسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 81.

وقارن مع ذلك ، حكم محكمة استئناف الإسكندرية ، التي تبنت معيارا شخصيا لما قضت بأن : " للعامل أن يختار المكافأة الأصلح في تقديره " .

حكم بتاريخ 18 نوفمبر 1955 ، مدونة الفكهاني ، ج 1 ، فقرة 541 ، ص 655 .

فإطالة وقت العمل لا يمكن أن تعد قاعدة أصلح للعمال ولو كانت مصحوبة بزيادة في الأجور إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أسباب تحديد مدة العمل اليومي. وفي مجال النّظام القانوني لتعديل عقد العمل اعتبر القضاء الفرنسي أنّ عقد العمل الجماعي لا يمكنه تعديل عقد العمل الفردي إلا بموافقة العامل ، ومن ثمّ فقد تعيق عقود العمل الفردية تطبيق الاتفاق الجماعي في هذا الشأن (1).

ويقول البعض أن تقدير ما إذا كان الشرط المخالف أكثر فائدة للعامل أم لا ، أضحى مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي لظروف الحال ، وفي تقريره لذلك عليه أن يتخذ معيارا يقوم على أساس الغرض الأساسي الذي يقصده المشرع من وضع قاعدة معينة لا معيارا شخصيا يقوم على رأي العامل أو مصلحته الشخصية ، ومقتضى ذلك أن يعتبر القاضي الشرط الأكثر فائدة للعامل إذا كان يحقق الغرض الذي يقصده المشرع لتحقيقه ، ولا يعتبره كذلك إذا كان لا يحقق هذا الغرض (2).

ورأينا يميل إلى أنّ تحديد ما إذا كان الشرط أكثر فائدة للعامل لا يعد مسألة قانون ، وإنما مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع في كلّ حالة على ضوء الحكمة من التشريع (3).

ويقوم هذا النظر الموضوعي على الاعتداد بالغاية من القاعدة التي يخالفها الشرط. وعلى ذلك فزيادة عدد ساعات العمل على الحد الأقصى المسموح بالزيادة في الأجر ، لا تعتبر أكثر فائدة للعامل ، لما في ذلك من تقويت للأغراض الأساسية التي يبتغيها المشرع من وراء فرض حد أقصى لساعات العمل (4).

وكذلك فإن النص أو البند الذي يقرر إجازة سنوية للعامل يعتبر أفضل من الشرط الاتفاقي الذي يتنازل فيه العامل عن إجازته السنوية ولو بمقابل الزيادة في أجرته ، لأن هذا البند يخل بما قصده المشرع من إعطاء العامل إجازة سنوية ، وهو إنما قصد من وراء هذه الإجازة تمكين العامل من تجديد قواه الماديّة والمعنوية بعد عناء سنة كاملة من العمل ، وليلتئم شمل أفراد الأسرة في فترة من أيام السنة ، وهذا يحقق مصلحته ومصلحة الإنتاج والمجتمع (5).

وبالعكس من ذلك ، فالشرط الذي يقضي نزول العمل الذي يشتغل في منطقة بعيدة عن العمران في حق الوجبات الغذائية التي يستلزم رب العمل بتقديمها إليه في مقابل بدل نقدي يكون صحيحا ومفيدا للعامل إذا كان يستحقه مع أسرته ويرغب في تناول الطعام مع باقي أفرادها .

1 - Soc. 25 fév 1998, R J S, 4/98, n°. 497.

2 - د/ لبيب شنب : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 18 ، ص 23.

3 - د/ حسام الأهواني : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 76 .

4 - د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 265.

5 - د/ إسماعيل غانم : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 81 ، رقم 47.

و د / إيهاب حسن إسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة الذكر ، ص 479.

وينظر نقض عمالي ، جلسة 17 جانفي 1967 ، الطعن رقم 41 ، لسنة 40 ق. ، موسوعة أ / ع. الهواري ، ج 2 ، ص 77 .

وأيضا نقض عمالي ، جلسة 20 مارس 1977 ، الطعن رقم 726 ، لسنة 41 ق ، موسوعة أ / ع. الهواري ، ج 2 ، ص 78 .

وكذلك الشرط الذي يعطي يزول مثل هذا العامل عن حقه في الراحة الأسبوعية المستحقة له يكون صحيحا ، لأن العامل في مكان ناء لا يستفيد من راحته الأسبوعية ، وقد لا يستغل مدة هذه الراحة لسفره إلى أقرب مدينة (1).

وإذا أخطأ العامل في تقدير حق من حقوقه المقررة بقانون العمل ، كأن طلب مثلا في مقابل إجازته الأسبوعية مبلغا يقل عما يستحقه فعلا ، فمن واجب المحكمة تصحيح هذا الخطأ ، ولا يعد ذلك تعديلا منها لحق لا تملكه ، لأنه لم يتضمن تعديلا لموضوع الطلب (وهو التعويض عن الإجازة المستحقة) ، أو لسببه (وهو عقد العمل) ، وإنما هو تطبيق لصحيح القانون لا غير .
وكذلك الشأن إذا أخطأ رب العمل ، فما تقرر للعامل خطأ من المزايا ليس من شأنه أن يكسبه حقا (2) .

ويجب أن تقتصر المقارنة على مضمون كل من الشرط والنص دون نظر إلى الآثار بعيدة المدى التي ترتب على أي منهما .
وينبغي كذلك ، وطبقا للمعيار للموضوعي دائما ، أن يتم التفاضل بين عقد العمل الفردي وعقد العمل الجماعي .
فبالنسبة لشروط عقود العمل الفردية تكون العبرة بمدى الفائدة التي تعود بها على مجموع العمال (3) .

غير أنه لا يجوز الجمع بين مزايا كل من النظامين اللذين تجرى المفاضلة بينهما إذا كان كل منهما أكثر فائدة للعامل من ناحية دون أخرى . ففي هذه الحالة يجب الترجيح بين النظامين المتقابلين في مجموعهما (4) .
فإما أن يسري النظام الذي يتضمنه الاتفاق أو لائحة تنظيم العمل إذا كان أصح للعامل ، وإما أن يسري النظام الذي يتضمنه قانون العمل وحده إذا كان في مجموعة أكثر فائدة للعامل .

فإذا تضمن العقد شرطا أكثر فائدة للعامل ، إلا أنه إذا تبين أن الشرط الأكثر فائدة للعامل غير مستقل عن الشرط الأقل فائدة له ، فإن بطلان هذا الشرط يستتبع بطلان الشرط الآخر ، ما دام كل منهما يعد سببا للآخر (5) .

1 - د/ لبيب شنب : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 23 .

2 - Cass. Soc. 6 janv 1982. Lamy .Soc. 92. n° 274..

3- وقارن مع ذلك : حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، التي قضت بأنه : " يصح للعامل أن يختار أي القاعدتين أفضل تبعاً لحالته ومدة خدمته " .

حكم بتاريخ 14 مارس 1955 ، مدونة الفكهاني ، ج 1 ، فقرة 544 ، ص 657.

4 - د/ جلال العدوي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 127 .

5- د/ اسماعيل غانم : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 82.

ود/ إيهاب اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، البحث السابق ، ص 480.

وإذا ورد الشرط المخالف في عقد جماعي فإن تقدير ما إذا كان هذا الشرط أكثر فائدة للعامل يجب أن ينظر فيه إلى مجموع العمال المستفيدين من هذا الشرط ، بحيث أنه يعتبر أكثر فائدة من قانون العمل إذا كان يحقق مصالح هذا المجموع ولو كان ضارا بمصلحة بعضهم (1).

وقد قضى في مصر أنه : " ليس للعامل أن يجمع بين مزايا النظام الذي وضعه صاحب العمل و المزايا التي يخولها قانون عقد العمل " (2) ، في حين هناك من الفقه من يرى بعكس ذلك بتجزئة الشرط إذا كان قابلا للتجزئة (3).

وكذلك فإن الشرط الإتفاقي في عقد العمل الجماعي الذي يقرر مزايا للعامل أكثر مما يقرره القانون يعد أفضل للعامل ولو كان يحمل المشروع أعباء اقتصادية زائدة مقدارها على الحد المقرر قانونا (4) ، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا يجب إتباعه ، لأنه أكثر فائدة وأحسن عطاء للعامل (5).

ويرى الأستاذ شوفيلار (Chevillard) أن المقارنة الموضوعية تتحقق من خلال الرجوع إلى عوامل خارجية لا تتعلق باختيار صاحب الشأن ، فلا يعول على المعيار الذاتي ، وإنما يتم تحليل ما هو أصلح أو أفضل بطريقة منطقية أو منهجية ، غير أنه ليس ما يمنع من أن يتقيد القاضي عند إجراء المفاضلة باحترام إرادة واضعي العمل القانوني ، سواء كان هذا العمل تشريعا أو عقدا جماعيا أو غيره ، التي قد تتجه لإعلاء مصلحة معينة لصالح العمال ، كزيادة مدة الإجازة أو الراحة مثلا .

وإن غمي ذلك على القاضي فله في سبيل تحديد الشرط الأفضل أن يجري المفاضلة وفقا لمعيار الرجل المعتاد ، ولا يصح الاستناد إلى تفضيل العامل نفسه ، أو تفضيل المنظمة النقابية المعنية بالقاعدة ، أو التعويل على الآثار الاقتصادية التي تتولد عن تفضيل معين (6) ، فالكسب المالي للعامل ليس دوما وبصورة تلقائية ميزة أفضل يجب تبنيها.

ويجب أن تجرى المقارنة بين ما هو أفضل وأسوأ للعامل على ضوء ظروف الحال لمعرفة أي القاعدتين أصلح للعمال .

- 1 - ديران : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 140 ، ص 180 .
- نقلا منا عن د/ لبيب شنب : " شرح قانون العمل " ، للمرجع السابق ، ص 24 .
- 2 - نقض مدني ، جلسة 20 ماي 1945 ، س 5 ، فقرة 137 ، ص 900 .
- وقضى كذلك بأنه : " يجب الجمع بين إجازات المواسم و الأعياد و الإجازات الاعتيادية و اعتبارها مجموعة واحدة ، و لا يجوز للعامل أن يتمسك بكل ما هو في مصلحته من كل نوع على حدة " .
- تحكيم القاهرة ، بتاريخ 3 أكتوبر 1953 ، مجموعة وزارة العمل ، ص 121 ، مجلة التشريع و القضاء ، س 6 ، ص 6 .
- وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 4 نوفمبر 1955 ، س 6 ، ص 96 . سبق الإشارة إليه .
- ونقص مدني ، جلسة 18 أبريل 1957 ، س 8 ، ص 426 ، سبق الإشارة إليه .
- 3 - د/ حلمي مراد : " شرح قانون العمل " ، دون سنة نشر ، فقرة 189 ، ص 213 .
- د/ ايهاب اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، البحث السابق ، ص 480 .
- د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل " ، المرجع السابق ، ص 84 .
- و د/ محمد حسين منصور : " قانون العمل " ، بدون دار نشر ، طبعة سنة 1997 ، ص 63 .
- 4 - د/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 71 .
- 5 - نقض مدني مصري ، جلسة 19 ديسمبر 1983 ، في الطعن رقم 237 ، لسنة 37 ، مدونة البكري ، ص 341 .
- 6 - د/ ايهاب حسن اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة ، ص 479 .
- د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 213 .

فإذا قضت قاعدة بتعديل الأجور كلما حصل تغيير في نفقات المعيشة بنسبة عشرة بالمائة ، سواء بالزيادة أم بالنقصان ، في حين تنص القاعدة القانونية الأخرى على إجراء هذا التعديل كلما تغيرت نسبة المعيشة بنسبة خمسة بالمائة .

فالقاعدة الأولى تعتبر ضارة بالعمال في حالة ارتفاع نفقات المعيشة نظرا لأنها تحول دون زيادة الأجور ، في حين أنها تعتبر أصلح لهم في حالة انخفاض نفقات المعيشة ، لأنها تؤخر خفض أجورهم (1) .

وفي هذا الصدد قضى بمصر بأن : " الأجر يشمل كل ما يدخل في ذمة العامل من مال أيا كان نوعه مقابل قيامه بالعمل موضوع العقد مهما كانت تسميته ، فيدخل في هذا المفهوم علاوة غلاء المعيشة التي تصرف لمستخدمي المحال التجارية ، طبقا للمادة 2/683 من التقنين المدني ، والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من الأجر . وتأسيسا على ذلك يتعين عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة الاعتماد بهذه العلاوة غلاء المعيشة من الأجر ، وكان ذلك أكثر فائدة له (1) .

ويجب إجراء المفاضلة على أسس موضوعية مبرراته في ضرورة توحيد النظام المعمول به، واحترام القوة الملزمة للمصادر القانونية القابلة للتطبيق ، حتى لا تختل المساواة وتسود التفرقة بين عامل وآخر ، رغم وحدة الظروف والأوضاع .

كما يجد هذا الأسلوب مبرره أيضا في تحقيق الوحدة والتناغم اللازمين لحسن سير العمل بالمشروع (2) .

مثلا، على حد أقصى لساعات العمل في اليوم يقل عن الحد الأقصى لساعات العمل القانونية ، فإن هذا النص يعد أكثر فائدة للعامل ، إذ سيحقق له إعفاء من تنفيذ جزء من التزامه بأداء العمل ، ورغم أن تخفيض ساعات العمل قد يؤدي إلى إضعاف القدرة الاقتصادية للمشروع ثم إلى إفلاسه ، وبالتالي فقد العمال لوظائفهم .

وتراعى في تقدير الشرط الأفضل أو الأسوأ للعامل ما يترتب عنه من آثار اقتصادية بعيدة المدى على المشروع ، كما هو الحال في الشرط الذي يخفض ساعات العمل ، أو الذي يتضمن زيادة في أجر العامل عن الحد الوطني الأدنى للأجور المقرر قانونا ، فهو يعتبر بلا شك أحسن للعامل باعتبار تحقيقه لرفع مستوى المعيشة للعامل ، وهي الغاية المبتغاة من التنظيم القانوني لما يسمى بالحد الوطني الأدنى للأجور (SMNG) ، ولا يقال أنه أسوأ بالنظر إلى الآثار الاقتصادية السلبية بعيدة المدى المحتمل حدوثها نتيجة زيادة الأجر ، والمتمثلة في زيادة التكاليف على المؤسسة المستخدمة ، مما قد يؤثر على نجاحه ، وبالتالي على بقائه أو يؤدي إلى بطالة عدد كبير من العمال (3) .

غير أنه لا ينبغي أن نعول كثيرا على هذه الآثار الاقتصادية المحتملة التي قد تقع وقد لا تقع . وهي أمور غير محددة الأبعاد بالنسبة للأشخاص تختلف من حالة لأخرى (4) .

1 - د/ محمد حلمي مراد : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 75 و76 .

نقلا منا عن د/ شاب توما منصور : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص .

2- نقض عمالي ، بتاريخ 34 مارس 1960 ، الطعن رقم 441 ، سنة 20 ق ، مجموعة أحكام النقض ، س 11 ، ص 246 .

2 - ورغم هذا يعترف البعض بأنه يمكن اللجوء للمعيار الشخصي إذا استحال إعمال المعيار الموضوعي ، ولم تكن وحدة النظام المعمول به تتضرر من جراء ذلك .

A. Chevillard , « La notion de disposition » .Op. Cit . p 365.

3 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 4 جوان 1972 ، ص 615 ، قاعدة 187 .

4 - د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 213 .

وعلى ذلك يعد من قبيل التفضيل الموضوعي ، ذلك الوضع الذي يحقق للعامل حماية قانونية إضافية واستقرارا في وظيفته (كالإبقاء على الوظيفة وضمن استمراره فيها ⁽¹⁾ ، أو انضمامه إلى تأمين إضافي ، أو إنقاص فترة التجربة...) ⁽²⁾ .

كما أن الميزة التي سيحصل عليها العامل لفترة طويلة تعد أفضل من ميزة أعلى ولكن لفترة قصيرة ، كما تكون الميزة أفضل فيما لو أنها جاءت منسجمة من مبادئ دستورية كحرية العمل ، أو الحق النقابي ، أو الرعاية الصحية ، وما يتفرع عنها كالحق في الراحة..

2- تغاير المفاضلة بين المزايا الفردية والجماعية بحسب المصادر المتنازعة :

بادئ ذي بدء ، نؤكد على أن التقدير الفردي أو التقدير الجماعي كليهما يجب أن يقوم على أسس موضوعية ، فحتى المفاضلة التي تتم بشكل فردي يجب أن تكون بصورة موضوعية وليست شخصية كما سبق القول.

وتكون المفاضلة على أساس فردي ، حين نأخذ في الاعتبار المصلحة الفردية للمستفيد من القاعدة .

وتكون على أساس جماعي ، عندما نستند إلى المصلحة الجماعية للمعنيين بهذه القاعدة ، أو بمعنى آخر مصلحة مجموع العمال المعنيين بالقاعدة أو بالشرط ، لتحديد ما إذا كانت هذه القاعدة أو ذلك الشرط أفضل لهم أم لا .

وتعتمد مصلحة مجموع العمال على نوع المصدر الذي تنتمي إليه القاعدة و نطاق تطبيقه ، بحسب ما إذا كان يطبق على مستوى المنشأة أم على مستوى المشروع أم على مستوى نشاط مهني معين يشمل العديد من المشروعات .

ومع ذلك يرى البعض أن أحكام القضاء الفرنسي تحرص على مراعاة المصلحة العامة سواء على مستوى المشروع الواحد أو على مستوى المجتمع بأسره ⁽³⁾ .

ولا شك أن اختلاف التقدير على اكتساب المزايا ، فالتقدير القائم على مصلحة المجموع يسفر عن اختيار النص أو الشرط الأفضل بالنظر لجماعة العمال عموما ، لكن هذا الاختيار قد لا يكون أفضل بالنسبة لوحد أو أكثر من أفراد هذه الجماعة .

ويفضل بعض القضاء الفرنسي التقدير الفردي على التقدير الجماعي ، لأن الأول يبدو أكثر توافقا مع فكرة النظام العام الاجتماعي مقارنة بالثاني ، وأنه عند التنازع بين ميزة في التشريع وأخرى في مصدر غير تشريعي يجب إجراء المفاضلة بينهما وفقا لمعيار فردي بحسب كل عامل ، باعتبار أن التشريع يهدف إلى حماية مواطن ⁽⁴⁾ .

وفي مصر قضى بأن كل شرط يؤدي إلى إنقاص جزء من أجر العامل الذي حدد قانون العمل عناصره يقع باطلا لمخالفة أحكام القانون ، وأنه لا يجوز تفسير نية العامل والجمعية التي يعمل بها تفسيراً يجعله وحده في مركز شاذ سائر الموظفين مع ما في ذلك من مخالفة للنظام الإداري لجمعية الذي شملته لائحته الداخلية ⁽⁵⁾ .

1 - Cass Soc. 19 fev 1997 . Dr. Soc. 1997. p 432.

2 - Cass Soc. 19 nov 1997. Dr. Soc. 1998. p 12.

3 - Cass. Soc. 1 Avr 1997, Dr. Soc, 1997, p. 646. Obs. J. E. Ray

4- Cass. Soc. 17 Jan. 1996 . Dr, Soc, 1996, P. 643. Obs. J. Barthelemy.

5- حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 10 فيفري 1924 ، القضية 275 ، س 79 ق .

ويرى بعض الفقه العربي أن اللجوء للتقويم الفردي إنما يلجأ إليه القاضي عندما يقع تنازع بين حكم في نص تشريعي وبند في عقد عمل فردي ، وليس عقد عمل جماعي (1) ، إذا كانت المفاضلة تتم بين شرط في عقد عمل فردي ونص القانون ، فإن العبرة هنا بمدى الفائدة التي تعود على العامل المتعاقد (2) .

فإذا كان الشرط الوارد في العقد أصح من نص التشريع ، كان الشرط أفضل للعامل ووجب العمل به (3) ، فيتم تقدير صفة الأفضل بحسب مصلحة العامل بمفرده على اعتبار أن عقد العمل ينشئ مركزاً فردياً للعامل (4) .

أما إذا كانت القواعد المتنازعة أو المتدافعة تنتمي إلى مصادر عدة متباينة ، فإن الأمر سيتخلف بحسب ما إذا كان التدافع واقعاً بين قواعد في التشريع وبنود في عقد عمل جماعي ، أو بين بنود عقد عمل جماعي وبنود عقد عمل جماعي آخر من ذات المستوى أو من مستوى مختلف (أعلى أو أدنى) .

وفي هذه الحالة يرى بعض الفقهاء أنه يجب التمييز بين المزايا الفردية (كالتنصيب على الأجازات والأجور...) ، وبين المزايا الجماعية (كالمزايا التي تفعل دور المنظمات النقابية الممثلة للعمال) .

ففي الحالة الأولى يمكن اللجوء إلى تقدير فردي أو شخصي بالنظر إلى كل صاحب مصلحة على حده (5) .

أما في الحالة الثانية حين يتعلق الأمر بمزايا جماعية فينبغي أن يتم التقدير بالنظر لمجموع العمال المعنيين بهذه المزايا .

والحقيقة أنه لا يوجد أساس قانوني لهذه التفرقة بين المزايا الفردية و المزايا الجماعية لأن المشرع نفسه لم يحدد من الناحية النظرية ما هي المزايا الفردية و ما هي المزايا الجماعية . وبذلك تصبح التفرقة بينهما ، من الناحية العلمية ، أمراً لا يخلو من المجازفة ، ويستحيل إجراؤها ، نظراً لغياب الحد الفاصل بين الحقوق الفردية و الحقوق الجماعية ، مما سيجعل القاضي يلتزم هذا الحد بحسب كل حالة على حده ، وهو ما يزيد الأمر تعقيداً وغموضاً .

ويرى البعض بوجود التفرقة بين الأوضاع والحالات الآتية بحسب نوعية المصادر المتنازعة فيما بينها (6) .

- ويمكن تصور أربع حالات تكون في كل منها العقد الجماعي طرف في المنازعة ،
الحالة الأولى- حالة التنازع بين عقد عمل جماعي ونص تشريعي .
- الحالة الثانية - حالة التنازع بين عقد عمل جماعي ومصدر غير تشريعي .
- الحالة الثالثة- حالة التنازع بين حكم في عقد عمل جماعي وآخر في عقد عمل فردي .
- الحالة الرابعة-حالة التنازع بين عدة عقود عمل جماعية .

1- د/ صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل " ، المرجع السابق ، ص. 68 وما بعدها.

2 - ينظر في الفقه العربي : د/ إيهاب حسن إسماعيل ، " الوجيز " ، المرجع السابق ، ص 42.

و د/ محمد حسين منصور: " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 63 .

و د/ السيد عيد نابل : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 57.

3 - نقض مدني مصري ، في 12 جانفي 1987 ، طعن 653 ، س 48 ق ، م أ / الهوارى ، ج 7 ، ق 358 ، ص 581.

4 - ينظر في هذا المعنى : د/ إيهاب حسن إسماعيل : "مراعاة مصلحة العامل" ، المقالة السابقة الذكر ، ص 479.

5- N. Aliprantis, « La place de la convention collective ... » OP. Cit , p. 62.

6- د/ صلاح محمد أحمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل " ، المرجع السابق ، ص 70. وما بعدها.

ويلاحظ هنا أن هذه الحالات ليست محصورة لجميع الاحتمالات ، إذ من الممكن أن نتصور إحتمالاً للتنازع بين عقد العمل الفردي وبقية المصادر القانونية ، سواء كانت مع المصادر التشريعية (كالمعاهدات والتشريع العادي والتشريع الفرعي والعرف) ، أو كانت المنازعة مع المصادر المهنية (كالاتفاقيات الجماعية للعمل والنظام الداخلي للمؤسسة) غير أن تركيزنا سيكون على الحالات التي يكون فيها العقد الجماعي طرفاً ، كوننا نبحث في مسألة المفاضلة بين المزايا الجماعية والمزايا الفردية . وسندرس هذه الحالات تباعاً :

الحالة الأولى - حالة التنازع بين عقد عمل جماعي ونص تشريعي :

والمقصود بالتشريع عنها ليس تشريع العمل فحسب ، وإنما كل تشريع ينظم علاقات العمل ، وفي هذا الصدد نجد الكثير من التشريعات العربية تتبنى نظام الازدواجية في تنظيم عقود العمل بين القانون المدني ، وقانون العمل ، وهذا هو الحال في كل من تشريعات مصر وسوريا والأردن والمغرب ، مع أن النظرة الحديثة تذهب إلى استقلالية قواعد قانون العمل عن القواعد القانونية المدنية (1) .

ولا ريب أن نص التشريع إذا كان يتعلق بالنظام العام المطلق فلا تثار مشكلة ، إذ لن يسمح للاتفاق الجماعي ، وهو مصدر مهني فرعي ، أن يخالف نصوصاً تشريعية ، ولو كان ذلك لمصلحة العمال ، وستكون فكرة النظام العام تشريعية ، ولو كان ذلك لمصلحة العمال .

وفكرة النظام العام المطلق هي وسيلة القاضي في حسم النزاع ، وليس فكرة الشرط الأفضل (2) . فيستبعد الشرط (ولا يبطل) ، ولا يعمل به طالما كان مخالفاً للنظام العام المطلق ، ولو كان تطبيقه في فائدة العامل أو العمال (3) .

ويرى جانب من الفقه أنه ينبغي استبعاد الشرط الأصح عند أية مفاضلة بين التشريع العادي وبين أي تشريع فرعي مخالف له ، إذ لا يجوز إقرار النص الوارد في التشريع الفرعي بالمخالفة لنص أعلى منه في المرتبة ، حتى ولو تضمن التشريع الفرعي نصاً أكثر فائدة للعامل من نص التشريع العادي (4) ، بحيث يجب احترام مبدأ تدرج النصوص القانونية . وتشريعات العمل غالباً ما تقتصر على النص على حد أدنى من الحماية يمكن تجاوزه ، اللهم إلا إذا رأت السلطة العليا وضع قاعدة تحرم لاعتبارات متعلقة بالصالح العام مخالفتها على أية صور من الصور . كما إذا رأت تحريم كل زيادة في الأجور لأسباب تتعلق بسياسة الاقتصاد الموجه التي تنتجها ، وإن كان هذا النوع من النصوص النادر الوجود .

1- ينظر مثلاً قرار المجلس الأعلى بالمغرب- الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ ، بتاريخ 9 مارس 1987 ، ملف رقم 152 ، منشور بالمجلة المغربية للقانون ، عدد 16 ، سنة 1988 ، ص 43 وما بعدها .

2- Cass. Soc 8 Nov. 1993, Dr. Soc, 1998, p. 68, Obs, Cohen

3- وهذا هو الحال بالنسبة لمنح العامل امتياز في غير الحالات التي نص عليها القانون ، إذ لا امتياز بغير نص .

راجع في ذلك : د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 210 .

4- ينظر في الفقه المصري : د/ إيهاب اسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقالة السابقة الذكر .

ود/ جلال علي العدوي بالاشتراك مع د/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 110 .

ود/ إسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 80 .

وينظر في الفقه الفرنسي :

Revero et Savatier. « Droit du travail ». O.P. Cit .p 37.

Gérard Lyon-Cæn, « Traité de droit du travail ». O.P. Cit p 23.et 26.

وعلى العكس من ذلك يرى جانب آخر من الفقه (1) بجواز تطبيق قاعدة النص الأصلح للعامل في العلاقة بين التشريع العادي والتشريع الفرعي ، ومتى كان التشريع العادي يتضمن مزايا أكثر، فلا مجال عندها لتطبيق التشريع الفرعي (2).

ويرى هذا الرأي أن مبدأ تدرج القوانين لا يعتبر قيوداً على تطبيق قاعدة التفسير الأصلح. وأن قاعدة أعمال ما هو أصلح للعامل تطبق ليس فقط عند مخالفة شروط التعاقد لنصوص القانون ، وإنما تطبق أيضاً عند مخالفة التشريع الفرعي للتشريع العادي . مع الفارق في القياس بين التشريع الفرعي وشروط التعاقد ، ذلك أن أعمال شروط التعاقد إذا كانت أصلح للعامل يقوم على أساس أن صاحب العمل قد ارتضى ذلك ، في حين لا يتوافر هذا التراضي من جانب صاحب العمل عند تغليب التشريع الفرعي .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بإلغاء حكم قرر منح تعويض عن الفصل من الخدمة تم حسابه وفقاً لاتفاق العمل الجماعي للصيدالة ، بينما هذا الاتفاق في هذا الشأن يقرر مزايا أقل من تلك التي تتضمنها القواعد السارية المتعلقة بالنظام العام ، والتي لا يجوز مخالفتها (3).

ونحن نميل إلى هذا الرأي الأخير ، ونعتقد بإمكانية تغليب التشريع الفرعي (مرسوم أو قرار وزاري مثلاً) على التشريع العادي ، بل وحتى الاتفاقية الجماعية يمكن أن تغلب على نصوص القانون إذا تضمنت مزايا أحسن لعامل واحد أو لمجموعة عمال . فالنص الأولي بالتطبيق هو الذي يتضمن أحكاماً أفيد للعامل أو لمجموع العمال (4) . وهذا ينسجم مع روح قواعد قانون العمل ، ومع فكرة النظام العام الحمائي .

فترجيح نصوص التشريع الفرعي من حيث التطبيق لا يعني إلغاء نصوص التشريع العادي ، لأن التشريع العادي لا يلغى إلا بالتشريع مثله أو بما هو أعلى منه ، وإنما يعطل تطبيقه في هذه الحالة على أن يبقى صالحاً وقابلًا للتطبيق على حالات أخرى . وكذلك إذا تصورنا أن التشريعان ، العادي والفرعي ، يحققان نفس المزايا فلا تتور مشكلة المفاضلة بين التشريعين .

ويذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى تبنى نظام المفاضلة الإجمالية بين بنود عقد العمل الجماعي من ناحية وبين نصوص التشريع من ناحية أخرى . وهي مفاضلة تقوم على أسس موضوعية (5) ، فتجري المقارنة بين المزايا التي تنصب على نفس الموضوع أو على نفس السبب .

1- ينظر في الفقه المصري : د/ محمد حلمي مراد : "شرح قانون العمل" ، ص 74.

و في الفقه الفرنسي : ديران وجوسو " قانون العمل " ، ج 1 ، فقرة 133 ، ص 170 ، فقرة 140 ، ص 179.

2- Cass. Soc . 18 mars 1986 . Bull. Civ , 1996, . n° 95. p 74.

3- Cass. Soc . 14 fev 1980. Gaz Pal . Civ , 1980..

4- وتطبيقاً لهذا المبدأ ، فإن التشريع العادي يغلب على الإتفاقية الدولية ، رغم أن هذه الأخيرة أعلى من حيث المرتبة من التشريع الداخلي .

ينظر المادة 132 من دستور الجزائر النافذ- دستور 1996 ، التي جاء فيها :

" أن الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للدستور تسمو على القانون "

5- Cass . Soc . 6 Juin. 1983 . Bull . Civ, V. n° 416 .

Cass. Soc. 22 Oct. 1984 . Bull . Civ, V. n° 369.

Cass. Soc. 14 Avr 1988 . Bull . Civ, V. n° 236 .

وهو ما يحفز الأخذ بالمقارنة الإجمالية ، و ذلك بالرجوع إلى البنود المتعلقة بنفس طائفة المزايا ، فنضع في حسابنا مصالح جماعة العمال أو طائفة منهم وليس أحدهم ، ولو كان هو طرف النزاع القضائي (1) ، فإذا ظهر من خلال المفاضلة تميز البند الاتفاقي على النص التشريعي أخذ بحكم هذا البند و تم إعماله على النزاع .

وعند المقارنة بين الشرط الوارد في عقد العمل الجماعي أو في بند لائحة العمل و بين نص تشريعي ينظر إلى مقدار ومدى الفائدة التي تعود على العمال الذين ينطبق عليهم عقد العمل الجماعي ، أي بمصلحة مجموع العمال ، فإذا كان ضارا بمصلحة مجموع العمل كان باطلا ولو كان محققا لمصلحة بعضهم لظروف خاصة (2) .

وعلى ذلك ، فالعبرة في تحديد ما يعد أكثر فائدة للعمال بما يعود عليهم في مجموعهم ، ولا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية أو الخاصة ببعض العاملين ، مع استبعاد الآثار البعيدة غير المرجحة التي تترتب على تطبيق أي من الحكمين ، فإذا كان كل من الحكمين أصلح للعاملين من ناحية دون أخرى ، فيعد أكثر فائدة أيهما أصلح في مجموعته للعاملين في مجموعهم (3) .

ومن ثم فإن الشرط الذي يطيل في مدة الإخطار يعد شرطا صحيحا بل وشرطا محبذا ، لأنه في مصلحة العامل ، بخلاف الشرط الذي يعفي من مهلة الإخطار أو يقلص منها ، فهو شرط غير صالح للعامل ، بل ومخالف للقانون وجزاؤه هو البطلان .

وهذا المعيار تبنته الكثير من التشريعات العربية ، ومن ذلك تشريع العمل اليمني لسنة 1995 ، حيث جاء في المادة السادسة منه أنه :

" تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال وشروط العمل وحيثما وجد نظام خاص لعلاقات العمل بشروط و ضمانات أفضل تطبق على العمال أفضل الأحكام الواردة في هذا القانون أو في النظام الخاص " .

كما جاء في المادة السابعة من نفس القانون : " تكيف علاقات العمل وفق أحكام هذا القانون بموجب الأسس التالية :

- عدم جواز تنازل أو إبراء أية حقوق مترتبة للعمال عن عقد العمل إذا كان ذلك مخالف لأحكام هذا القانون .

- سريان شروط العمل وحقوقه المحددة بهذا القانون على العمال ما لم تكن قد وردت في العقد بشروط أفضل .

- سريان جميع عقود العمل القائمة أثناء صدور هذا القانون إذا كانت أصلح للعمال ولا يترتب على تجديده الإنقاص من شروط العمل وحقوقه ، وحتى إن كانت لا تقل عن الحد الأدنى لشروط العمل والواردة بهذا القانون " .

وبالنسبة لموقف القضاء في الكثير من الدول العربية نجده يأخذ بهذا المعيار .

1 - Cass. Soc. 25 Jan 1984 , Bull. Civ, n° 33.

2 - ينظر : د / ايهاب حسن إسماعيل : " الوجيز " ، نفس المرجع و الموضوع السابقين.

ود/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 214 .

ود/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط " ، ص 71 .

و د/ السيد عيد نايل : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 57 .

3 - ينظر : د/ اسماعيل غانم : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 47 ، ص 81 .

و د/ حسن كيره : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 17 ، ص 29 .

وقد اتجهت بعض الأحكام القضائية إلى مخالفة هذه الأسس عند المفاضلة بين قواعد القانون و نظام المنشأة أو شروط التعاقد .

حكم القاهرة الابتدائية ، بتاريخ 14 مارس 1955 ، مدونة أ / حسن الفاكهياني ، ج 1 ، قاعدة 544 ، ص 657 .

حيث يجري قضاء محكمة النقض المصرية على تقرير هذا الحق للعمال ، فيكون لهم التمسك بالنص الأفضل سواء ورد ذلك في التشريع أو في اللائحة ، حيث ذهبت على القول أنه : "إذا كانت لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم 3546 لسنة 1962 نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار الجمهورية رقم 3309 لسنة 1966 لم يرد بأيهما ثمة يمس مضمون حقوق العاملين في هذا الخصوص ، ونصا صراحة على سريان قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية فيما يكون أكثر سخاء لهم . وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضائه برفض دعوى الطاعن على أن مطالبته بالميزة الإضافية تخالف أحكام الأجور المقررة للعاملين بالقطاع العام ، وأنه بإدماج شركة النصر للبتترول في الشركة العامة اعتبارا من 8 أبريل 1964 ينتهي به حق الطاعن في اقتضاء الميزة الإضافية التي كانت مقررة له في الشركة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه بغير حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن " (1) .

كما قد قضت محكمة النقض بأن للعاملين أن يحتفظوا بالأميز لهم مما كسبوا من حقوق سواء كان مصدرها قانون العمل أو عقد العمل المشترك أو عقد العمل الفردي (2) .

كما قضت محكمة التمييز بمملكة البحرين بأنه لا يجوز المساس بما أكتسبه العامل من حقوق التحكيم في منازعات العمل (3) ، وأن استفادة العامل من نظام الادخار هو حق مكتسب له لا يجوز المساس به (4) .

كما قضت هذه الأخيرة في مناسبة أخرى بأن استناد الحكم في رفض القضاء للعامل بمكافأة نهاية الخدمة إلى شروط التوظيف العامة التي وضعها صاحب العمل ، والتي تعتبر أن المنحة السنوية المقررة للعامل بديلا لمكافأة الخدمة التي يستحقها ما دام أن مجموع ما تم صحيح في القانون (5) .

وفي لبنان قضت محكمة التمييز أنه : " أن المادة 43 من قانون العمل ، قد أعطت الأجراء حق الاستفادة من الاتفاقات والأنظمة الأكثر فائدة لهم ، مما يولي السيد (ح) حق الاستفادة من العقد الجماعي المشار إليه أعلاه طالما كان هو أكثر فائدة له مما تنص عليه المادة 55 من قانون العمل ... " (6) .

1 - حكم محكمة استئناف القاهرة، بتاريخ 24 فيفري 1965 ، في القضيتين 1066-1086 ، سنة 80 ق ، غير منشور. أورده د/ إيهاب اسماعيل في مقالته السابقة الذكر، كما أورد في نفس الموضوع حكيم آخرين :
 حكما لمحكمة استئناف القاهرة ، بتاريخ 28 جوان 1962 ، في القضية 298 ، سنة 78 ق ، غير منشور.
 وحكما لذات المحكمة بتاريخ 10 مارس 1962 ، في القضية 537 ، سنة 89 ق ، غير منشور.
 وينظر في نفس المعنى كذلك :

1 - نقض مدني ، جلسة 14 فيفري 1982 ، الطعن رقم 875 لسنة 45 ق ، مجموعة ع . الهواري ، ق 415 ، ص 703 .
 2 - نقض مدني مصري ، جلسة 17 نوفمبر 1973 ، الطعن رقم 344 ، السنة 37 ق ، م م ف ، ص 585 .
 3 - تمييز عمالي بحريني ، جلسة 3 ماي 1998 ، الطعن رقم 64 لسنة 98 ق ، م م ف ، ق 168 ، ص 502 .
 4 - تمييز عمالي بحريني ، جلسة 20 سبتمبر 1998 ، في الطعن رقم 107 لسنة 1998 ، م م ف ، ق 138 ، ص 502 .
 5 - تمييز عمالي بحريني ، جلسة 25 أكتوبر 1998 ، الطعن رقم 143 و 158 لسنة 98 ، م م ف ، ق 168 ، ص 609 .
 6 - مشار إليه دون بيانات في مرجع : د/ حسين حمدان : " قانون العمل ، المرجع السابق ، ص 118 و 119 ، هامش 1 .

كما قضت أيضا بصحة الشرط المخالف لأحكام قانون العمل إذا كان أكثر فائدة للعامل سواء ورد في عقد عمل فردي أو في عقد عمل جماعي⁽¹⁾.

كما لمسنا تطبيقات نفس المبدأ في حكم لمجلس العمل التحكيمي بشمال لبنان جاء فيه :
" إن قانون العمل هو قانون استثنائي وخاص ، وأن أحكامه تتميز بالطابع الإلزامي لتعلقها بالنظام العام ، طالما أن هذه القواعد وضعت لحماية الحد الأدنى من الحقوق والضمانات المكرسة قانونا للأجراء ، ولم يكن بإمكانها تحقيق غاياتها الاجتماعية هذه إلا إذا كانت أمرة ، وهذه الاعتبارات ذاتها هي التي كرست علما واجتهادا القاعدة الاجتماعية التي توجب الأخذ بالتفسير الأكثر رحمة وفائدة للأجير ، إذا كان النص القانوني يعتريه الغموض والإبهام...
... وأنه إنطلاقا من المبدأ المشار إليه ، فإن العقود الجماعية ، والاتفاقات الرضائية التي تعطي الأجير شروطا أفضل ، يعمل بها طالما أنها تؤمن مصلحة الأجير"⁽²⁾.

الحالة الثانية - حالة التنازع بين عقد عمل جماعي ومصدر غير تشريعي:

يمكن أن يقع التنازع بين بند في عقد عمل جماعي و حكم في العرف أو في تعهد فردي من صاحب العمل أو في لائحة المؤسسة المستخدمة (النظام الداخلي)⁽³⁾ ، أو حتى في عقد عمل جماعي آخر .

ولنفرض أن عقد العمل الفردي تضمن شرطا اتفاقيا بالنسبة لأحد أطر المؤسسة يحدد ساعات العمل في الأسبوع بأربعين ساعة كامتياز لهذا الإطار ، ثم في تاريخ لاحق أبرمت هذه المؤسسة اتفاقية شغل جماعية مع إحدى النقابات ، فحددت هذه الأخيرة ساعات العمل في خمسة وثلاثين ساعة في الأسبوع ، ولكن عند تطبيق هذه الاتفاقية حرم رب المؤسسة هذا الإطار من الاستفادة من 35 ساعة في الأسبوع . فما هو النص الواجب التطبيق ؟
للإجابة عن ذلك ينبغي في هذه الحالة نفرق بين أمرين :

أولهما : إذا كان المصدر المتنازع مع عقد العمل الجماعي لاحقا عليها في الظهور ، سواء كان هذا المصدر عرفا أو تعهدا فرديا أو عقد عمل جماعي آخر خاص بالمشروع . فعندئذ قد تتضمن هذه المصادر حكما أفضل أو مزايا أفضل من مزايا عقد العمل الجماعي نفسه .

فإذا كانت هذه المزايا في موضوعات لم يعالجها عقد العمل الجماعي ، فلا يوجد تنازع بين حكميين ، بل نكون بصدد تطبيق لهذين الحكمين ، ويعتبر المصدر الآخر داعما لمزايا عقد العمل الجماعي أو مضيفا إليهما .

1 - تمييز عمالي ، الغرفة المدنية 8 ، في 31 جويلية 1997 ، رقم 130 ، مجموعة القرارات المدنية ، سنة 1997 ، ص 534 .

2 - حكم بتاريخ 26 فيفري 1998 ، م . ع . ب . ، رقم 64 ، نشرة القضاة ، 1998 ، عدد 3 ، ص 308 .

ومنشور بمجلة التشريع و الاجتهاد ، عمل ، ص 205 ، رقم 3 .

3 - بشأن المنازعة بين النظام الداخلي للمؤسسة وعقد العمل الفردي :

قضى في مصر بأنه "إذا كان الحكم قد قرر أنه ليس للعامل أن يجمع في مطالبته بين مزايا النظام الذي وضعه رب العمل وبين المزايا المخولة له بمقتضى قانون عقد العمل الفردي ، بل له أن يطلب القضاء له بأيهما أكثر فائدة له ثم يبين الحكم أن معاملة العامل وفقا لنظام الشركة التي يعمل بها..."

نقض مدني ، جلسة 20 ماي 1954 ، القضية رقم 397 ، سنة 21 ق ، مجموعة أحكام النقض ، س 5 ، ص 900 .

أورده : د/ سعيد أحمد شعلة : "موسوعة قضاء النقض العمالي" ، الجزء الأول ، المرجع السابق .

أما إذا كانت المزايا تتعلق بذات الموضوعات التي عالجها عقد العمل الجماعي ، فعندئذ يطبق الحكم الأصلح للعمال ، دون الجمع بين المزايا في المصدرين المتنازعين ، فإذا كان الأفضل هو حكم العرف أو التعهد الفردي طبق على النزاع وصار له أولوية على حكم عقد العمل الجماعي ، وسوف يتوقف الحكم الوارد في عقد العمل الجماعي بصورة مؤقتة ، ويتم تجميده حتى يزول أو يختفي العرف أو التعهد الفردي (1) .

وثانيها : إذا كان عقد العمل الجماعي لاحقا على العرف أو التعهد الفردي أو عقد عمل جماعي آخر خاص بالمشروع . فعندئذ يكون للعقد الجماعي أولوية في التطبيق على غيره ، وذلك في الحدود التي ينصب فيها على ذات الموضوع الذي نظمه العرف أو التعهد الفردي أو غيره (2) . فإبرام عقد عمل جماعي سيمس بشكل مباشر بالعرف أو بالتعهد طالما إنصب على نفس موضوع العرف أو التعهد الفردي (3) . أما إذا كان الموضوع مختلفا فإن كل ميزة في كل مصدر تطبق كلما توافر سببها .

الحالة الثالثة - حالة النزاع بين حكم في عقد عمل جماعي و آخر في عقد عمل فردي:

لا ينطبق عقد العمل الجماعي على علاقة العمل إلا لفترة محدودة ، وهي الفترة اللاحقة على دخوله حيز النفاذ ، وفي حدود الأحكام التي وردت فيه ، والتي تعتبر أفضل مما ورد في غيره من المصادر الأخرى بما فيها عقد العمل الفردي . وعند المفاضلة بين حكم في عقد العمل الفردي وحكم في عقد عمل جماعي يتم اللجوء إلى الطريقة التحليلية التي تراعي المصالح الخاصة للعامل المعني في الدعوى (4) . وغالبا ما يوفر العقد الفردي مزايا أفضل لاسيما في مجال الأجر . ولهذا فالعامل يظل محتفظا بالمزايا التي قررها له عقد العمل الفردي السابق في إبرامه على عقد العمل الجماعي ، الذي تضمن أحكاما أقل ميزة أو أقل فائدة للعامل ، وبالتالي لا يجوز لعقد العمل الجماعي أن يمس بالمقابل المالي لبند عدم المنافسة (5) أو بالأجر الذي قرره عقد العمل الفردي ، إلا إذا كان هذا المساس في إطار المعني الأصلح للعامل (6) .

1 - اختفاء العرف أو انقضاء التعهد الفردي سيؤدي إلى اختفاء المزايا الواردة فيهما ، و لن تتسلل تملك المزايا لكي تندمج في عقد العمل و لا يمكن للعامل أن يطالب بها كحق مكتسب .

Cass. Soc. 25 Fév. 1988 , Bull . Civ , V , n° 39.

Cass. Soc. 10 Fév. 1998 , Bull . Civ , V , n° 83.

2 - و لا يمكن الاعتراف للعرف أو للتعهد الفردي أو لعقد العمل الجماعي الخاص بالمشروع بمخالفة عقد العمل الجماعي ذي النطاق الأوسع بما ينتقض من الحقوق التي قررها هذا الأخير للعمال . و لو كان عقد العمل الجماعي أقل ميزة من حكم العرف أو التعهد الفردي ، فلا مجال هنا لإعمال مبدأ المحاباة .

3 - P.H. Antonmantel, « Le statuts collectif des salariés: Jurisprudence récente », Dr. Soc , 1997, p. 37, n° 8.

4 - Y. Chalaron , « Négociations et accords... » O.P. Cit, n° . 230.

Cass. Soc . 25 mai 1978 , Bull. Civ, V, n° 232

5 - Cass. Soc . 25 fev. 1998 , Bull. Civ, V, n° 104.

6 - Cass. Soc . 14 mai 1998 , Bul. Civ, V, n° 251.

Cass. Soc . 27 Jan. 1999, Bull , Civ, V, n° . 43.

فإذا سكت عقد العمل الفردي عن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، فلا يمكن لعقد عمل جماعي لاحق في إبرامه على عقد العمل الفردي ، أن يفرض على العامل التزاما بعدم المنافسة ، إذ يكتسب العامل بمقتضى عقد عمله الفردي وضعا قانونيا لا يصح المساس به (1) .

أما إذا كان عقد العمل الفردي لاحقا في إبرامه على عقد العمل الجماعي السارية أحكامه على المشروع ، فإن القضاء يميل إلى تفضل البنود التي تدعم حرية العمل. فقد قضى في فرنسا بأنه إذا كان العمل الجماعي قد نص على حق العامل في مقابل مالي فيما لو تمسك صاحب العمل ببند عدم المنافسة خلال خمسة عشر يوما من انتهاء عقد العمل الفردي ، فإن لم يتمسك صاحب العمل بذلك فإن معنى ذلك حرمان العامل من المقابل المالي ، ولما كان ذلك فإن معنى ذلك حرمان العامل من المقابل المالي ، ولما كان ذلك هو الأفضل للعامل إذ سيستبعد حرمانه في العمل فإنه يغدو وفقا لحكم محكمة النقض شرطا أفضل للعامل (2) .

ورغم التسليم بأن الأحكام القضائية في فرنسا حرصت على تأكيد عدم جواز انتقاض عقد العمل الجماعي من الحقوق التي قررها عقد العمل الفردي ، إلا أن هذه المسألة خضعت فيما بعد لتطور لاحق .

فقد ظهر اتجاه حديث في القانون الفرنسي ينادي بجواز نزول العامل عن حقوقه المقررة بعقد العمل الجماعي ، سواء في سبيل المحافظة على وظيفته أو الحصول على وظيفة بالمؤسسة المستخدمة التي تمر بأزمة اقتصادية ، وقد تضطر إلى تقليص العمال وتسريحهم بهدف الإنقاذ من الوظائف ، على اعتبار أن المبالغة في قدسية النظام الحمائي بنتائج المعروفة قد يكون سببا من أسباب البطالة ، ويعوق قدرات المؤسسة على المنافسة ويصيبها بالشلل ، ولذا من الأفضل للعامل النزول عن بعض حقوقه المتصلة بالنظام العام (3) . كما ظهر اتجاه آخر يرى عدم جواز تطبيق الشروط أو الأحكام الاتفاقية التي تمس بالحقوق الشخصية أو بالحريات العامة ، إلا في أحوال استثنائية بحته تقتضيها طبيعة العمل المطلوب انجازه من العامل .

وعلى ذلك ، فلا يمكن أن يفرض على العامل ارتداء معطف أو لباس خاص بالمشروع من خلال بند في عقد العمل الجماعي (4) إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة مهنية واضحة (5) .

وعلى صعيد آخر يبدي القضاء الفرنسي جراءة واضحة في مراعاة المصلحة الجماعية وتفضيلها على المصلحة الفردية للعامل ، ويرى أن إعلاء المصالح الجماعية قد يستوجب خفض بعض المزايا .

1- Cass. Soc. 17 Oct. 2000, Juris. Soc. Larmy.

2- Cass. Soc. 31 Oct. 2000, Cite par B. Boubli, O.P , Cit , p 8

3 - J. Pellessier , G. L. Cean et A. Supiot, « Droit du travail », Dalloz, 2000. p 47 et 48.

4 - ينظر: د / صلاح محمد أحمد دياب: " الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة " ، دار النهضة العربية ، سنة 2001 .

5 - Cass. Soc . 18 Fev. 1998 , Bull , Civ, V, n° 90.

وعلى هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن صفة الأصلح والأسوأ تتحدد عند المفاضلة بين المزايا الاتفاقية بحسب مصالح جماعية العمال وإن خفض المكافأة الفصلية وإحلالها بمكافأة إنتاج ، وإن كانت أقل ، يعد أفضل للعمال طالما تضمن الاتفاق ، في المقابل ، بندا يلزم صاحب العمل بالإبقاء على الوظيفة (1) .

الحالة الرابعة - حالة التنازع بين عدة عقود عمل جماعية :

قد يقع التنازع بين حكم في عقد عمل على مستوى المؤسسة مع حكم عقد عمل جماعي على مستوى النشاط أو المهنة .

ويجدر في هذه الحالة التنبيه أولاً إلى عدم جواز الجمع بين المزايا البديلية ، ثم بعد ذلك يجب لحسم التنازع تطبيق الشرط الأفضل ، فنبقى للعامل على الميزة الأفضل في أي عقد عمل جماعي منهما .

وفي المفاضلة بين المزايا يجب تبني القضاء طريقة المقارنة الإجمالية ، وذلك بالمقارنة بين طائفة من المزايا التي تنصب على ذات الموضوع أو السبب بطائفة أخرى في المصدر مما تنصب على نفس الموضوع أو نفس السبب (2) .

ويجب أن تراعى المقارنة بين عقود عمل جماعية مصلحة جماعة العمال ككل وليس واحد من بينها أو فرد من أفرادها (3) ، وللعامل أن يتمسك بالمزايا الواردة في عقد العمل الجماعي من خلال مبدأ الشرط الأفضل له .

والملاحظ أن القضاء الفرنسي يقر بصحة البند الذي بمقتضاه يشترط الأطراف في عقد العمل الفردي الأخذ بأحكام عقد عمل جماعي معين . فيصبح بالتالي للعامل الحق في التمسك بمزايا عقد العمل الجماعي باعتبارها مزايا اتفاقية فردية لا يمكن حرمانه منها طالما كانت هي الأفضل له (4) .

ومن الناحية العملية نلاحظ أن القضاء يتبنى مفاضلة تقوم على مصلحة مجموع العمال حين وقوع تنازع بين أكثر من عقد عمل جماعي .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "النظام الأفضل يجب أم ينطلق من تقدير يراعي مصالح مجموع العمال ، وليس هذا العامل أو ذلك من العمال . واعتبرت المحكمة أن العقد الجماعي الذي يعطي مكافأة أقل للعامل مع ضمان إبقاء العامل في عمله أفضل من العقد الجماعي الآخر الذي يعطي مكافأة أعلى دون ضمان البقاء في الوظيفة " (5) .

1 - Cass. Soc. 17 Fév 1997, Dr. Soc, 1997, p. 432 . Obs. Couturier.

Cass. Soc 16 Déc. 1998, Bull. Civ, V, n° 556.

2 - Cass. Soc. 25 Jan. 1984, Bull. Civ, V, n° 33; Ass. Plén. 18 Mar, 1988, précité.

3- Cass. Soc. 18 Jan. 2000, cité, Par B. Boubli, O.P. Cit . p. 12;

V. A. Chevillard , « La notion de disposition plus favorable », O.P. Cit , p. 363.

4 - Cass. Soc . 2 Déc. 1998, Juis. Soc. Larmy, 16 Avril 1999, n° 30-3.

Cass. Soc. 18 Juillet. 2000, Juis. Soc. Larmy, 3-2000, n° 65- 4

5- Cass. Soc. 19 Fév. 1997, Dr. Soc, 1997, p. 432 , Obs. G. Couturier.

ومن هنا نجد التقدير بالنظر لمجموع العمال يصادف قبولاً لدى القضاء ويلمس وترا حساساً في ظل سعيه إلى تحسين الضمانات القانونية للعمال واستقرارهم في عملهم⁽¹⁾ ، ولو كان ذلك بالنسبة للبعض منهم ليس بالحل الأفضل ، حيث رفض طلبهم بالحصول على المكافأة الأعلى⁽²⁾ .

وخلاصة القول أنه في ظل التنازع بين قواعد عمالية تنتمي إلى مصادر مهنية مختلفة ، كالاتفاقات والعقود الجماعية للعمل ، فإن المفاضلة بين هذه القواعد ، وما ترتبه من مزايا ، يتعين أن تتم وفقاً لمصلحة مجموع العمال ، نظراً للمطابع اللاتحي لهذه المصادر الذي يجعل حكماً عاماً ومجرداً في حدود نطاقها ، و مراعاة للدور الوظيفي الذي تضطلع به في تنظيم أوضاع الجماعة العمالية ، وهو دور لا يمكن تجاهله .

أما إذا كان التنازع بين قاعدة في التشريع ، سواء كان عادياً أو فرعياً وقاعدة في تشريع آخر أو في مصدر آخر ، فنظراً لأنّ قواعد التشريع تشكل الحد الأدنى بالنسبة لكل عامل ، فإن المفاضلة يجب أن تتم بينه وبين المصادر الأخرى وفقاً لتقدير فردي بالنظر لكل صاحب مصلحة على حده⁽³⁾ ، ما لم ينص على خلاف ذلك ، كأن يحدد المشرع طريقة مفاضلة معينة يلتزم القاضي بإتباعها ، فإذا سكت المشرع عن ذلك سيكون لقاضي الموضوع عندئذ سلطة واسعة في تحديد الحقوق المكتسبة كما وكيفاً ، فسكوت المشرع في هذه الحالة يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة .

ونظراً لأن محكمة النقض تضطلع بدورها في الزاوية فتراقب القانون وتفسيره على النحو الصحيح ، فإنها من هذه الزاوية تراقب قاضي الموضوع في تفسيره ، مما يدخل في التفسير بالمعنى الواسع⁽⁴⁾ .

لكن إذا أسفرت المفاضلة عن اختيار حكم أو قاعدة باعتباره الحكم الأفضل من غيره ، فما هو مصير باقي الأحكام التي كانت تتنازع منعه في الإنطباق ، هل يتم إبطالها أم يكفي بتجميدها وجعلها في محالة توقف ؟ ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني .

1 - تعترف محكمة النقض الفرنسية بأهمية كبيرة لالتزام صاحب العمل بالإبقاء على الوظيفة ، و تعتبر أن إخلاله بذلك يعرضه للمسؤولية المدنية ، وبالتالي دفع تعويض للعامل يراعي فيه تقدير الأضرار التي سببها الفصل.

Cass. Soc. 1° Avr 1997, Dr. Soc, 1997, p. 646, Obs. J. E. Ray.

2 - وتمت المقارنة في هذه الحالة بين ميزة من ناحية و ميزتين في المقابل لوجود رابطة عدم التجزئة بين الميزتين الأخيرتين.

3- Aubert- Monpeysen, « Méthodes de comparaison des avantages », note sous

Cass. Soc. 4 Juin 1998, J.C.P, 1998, Ed. E, p. 1739.

4 - Catherine. Puigelier, « La pratique de la cour de cassation en matière social », Ed. LITEC, 1996, n° 73 .

المطلب الثاني : **آثار تطبيق قاعدة التفسير الأفضل للعامل**

يترتب على الأخذ بحكم قاعدة أو شرط معين باعتباره الأكثر فائدة آثار تطبيقية على النزاع والحكم وفقاً له ، خاصة فيما يتعلق بمصير القواعد والشروط الأخرى الأقل فائدة منه والتي تنازعت وتدافعت معه نحو الانطباق على النزاع وتتجلى الفائدة من تحديد هذه الآثار في إثبات أن مبدأ محاياة العامل أو المرتبة يستوعب التعارض ريبين عدة مصادر مختلفة الدرجة أو المرتبة ، فهو يسمح بالإبقاء على الحقوق المكتسبة السابقة ، وفقاً لمنطق تحفظي ، دون أن يمنع كسب مزايا جديدة والأخذ بها .

ويترتب على ذلك استبعاد النصوص الأقل فائدة أو الملائمة للعامل ، لكنها تظل في محالة ثبات عند استبعادها ، فإذا حدث تغيير في القواعد الأخرى فأصبحت أقل ملائمة أو فائدة من القاعدة المستبعدة ، استعادت هذه الأخيرة قدرتها على الانطباق من جديد باعتبارها في ظل التغييرات الجديدة هي القاعدة الأفضل .

كما يبدو من المفيد البحث في مدى سلطة القاضي ودوره في المحافظة على المزايا التي اكتسبها العامل من الشرط أو النص الأفضل .

وسنعالج فيما يلي آثار تطبيق قاعدة الشرط الأفضل للعامل في فرعين كما يلي:

الفرع الأول : مصير النصوص الأقل فائدة للعامل

الفرع الثاني : دور القاضي في مراعاة المزايا المكتسبة عند إعمال الشرط الأفضل

الفرع الأول : مصير النصوص الأقل فائدة للعامل

إذا كانت الأحكام أو الشروط ، أيا كان مصدرها سواء كان عقد عمل جماعي أو عرف أو تعهد فردي أو عقد عمل فردي ، تتضمن مزايا أقل فائدة فتكون مفضولة ، بالمقارنة لمصدر آخر أعلى منها في الدرجة أم أنها تظل قائمة ولكن دون تطبيق على أرض الواقع . وإذا كانت هذه الأحكام ، الأقل ملائمة أو الفائدة ، من ناحية السلم الهرمي القانوني تحتل درجة أعلى من تلك التي تحتلها الأحكام الأكثر فائدة .
فهل معنى ذلك أن يتم استبعاد الأحكام الأعلى درجة أو بمعنى آخر لا يتم التقيد بحكم النص الأعلى درجة باعتباره أقل فائدة ؟
للإجابة على هذين الأمرين نعرض للآتي :

أولا- عدم الاحتجاج بالنصوص الأعلى كدرجة إذا كانت أقل في الأفضلية :

إذا أوردت الاتفاقات سواء كانت فردية أو جماعية شروطا أفضل من نصوص التشريع أو اللائحة ، فسيكون لأحكامها أولوية في التطبيق على النصوص التشريعية أو اللائحية الأعلى مرتبة بحسب التدرج الهرمي .
وعلى ذلك ، فعند التنازع بين النص في التشريع أو اللائحة و آخر من مرتبة أدنى ، فإن النص الأدنى ، إذا كان أفضل للعامل ، سينطبق على النزاع وسيستبعد النص الأعلى ، لكن الأمر لا يصل في جميع الأحوال إلى إلغاء النص الأعلى مرتبة ، ذلك لسببين :
أولهما : أن مشروعية أية قاعدة من القواعد تتحدد وفقا للشروط التي يحددها المصدر الأعلى وليس الأدنى .
وثانيهما : أن من أصدر القاعدة الأعلى وحده القدرة على إلغاء التشريع ، وللسلطة التنفيذية التي أصدرت اللائحة سحب الأعمال اللائحية التي صدرت عنها .
ويعقب الأستاذ ليون كيين (G. Lyon-Caen) على هذه المسألة بالقول : أنه إذا وجد اتفاق جماعي أصلح أو أفضل فإن نص التشريع يصبح غير منطبق و معطلا نتيجة مبدأ الشرط الأفضل للعامل (مبدأ المحاباة) ، لكن ليس ملغيا ، إذ يمكن الرجوع إليه بعد ذلك ، لأن تعطله سيكون مؤقتا⁽¹⁾ . وهي مسألة تحدث في كل حالة يتدافع فيها نص من مصدر أعلى مع آخر من مصدر أدنى طالما كان هذا الآخر أفضل للعامل⁽²⁾ .
وعلى ذلك يصبح النص الأعلى الأقل فائدة للعامل مستبعدا بشكل مؤقت من التطبيق أو بمعنى آخر في حالة سبات ، فيتجرد من قيمته القانونية بالنسبة للنزاع وتختفي عوامل فأعليته باعتباره لم يعد النص الأفضل⁽³⁾ .

1- G. Lyon Caen , « La solution du conflit de normes entre code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés » ,
Concl. Sur Cass. Soc. 17 Juillet 1996, Soc, 1996, p. 1049

2- G. Vachet , « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? » . J C P.,1984, n°111, p328 .

3 -Yves Chalaron , « L'application de la disposition la plus favorable » , O p. Cit , p 191, n°196.

و يرى البعض الآخر أن السماح للمصدر الأدنى بمخالفة المصدر الأعلى سيكون له أثر واقف.

F. Boquillon, « La dérogation en droit du travail , Thèse .Strasbourg, », 1999 .n° 111, p. 103 ets

ويترتب على النتيجة السابقة حلول النص الأفضل الموجود في المصدر الأدنى ، وبشكل مؤقت ، محل النص الأقل فائدة في المصدر الأعلى ، وليس معنى ذلك أن مبدأ الشرط الأفضل أو مبدأ المحاباة يقلب التدرج الهرمي للمصادر ، بل فقط يخفف من أثره دون أن يؤثر على وجود القواعد الأقل فائدة في المصدر الأعلى (1) .

وتسمح النتيجة السالفة بالإبقاء على المزايا و الحقوق الأقل فائدة التي توقفت مؤقتا عن التطبيق ، فإذا زال أو اختفى المصدر الأدنى المتضمن للمزايا الأفضل فإن قواعد المصدر الأعلى تطفو من جديد مرة أخرى لتصبح هي الأفضل ، وبالتالي تعاود الانطباق على النزاع .

ولكن ماذا يحدث لو أنّ المصادر الأدنى تضمنت مزايا أقل فائدة من المزايا التي تضمنها التشريع أو لم تصل للسقف التشريعي . فهل يعني ذلك أنها أصبحت غير مشروعة أو باطلة ؟ ذلك ما سوف نعرض له لاحقا .

ثانيا - بطلان الشروط (أو البنود) الأقل في الأفضلية والأدنى في الدرجة :

حين لا يسمح المشرع للمصادر الأدنى المهنية الفردية أو الجماعية بأن تنزل عن الحد الأدنى من الحقوق المقررة تشريعيًا ، فهل يعني ذلك أن تلك المصادر تفقد حظوتها وتصبح معيبة بعبء عدم الملائمة ؟ ، وهل معنى ذلك أن البند أو الشرط الذي ينزل عن السقف التشريعي يصبح بندا باطلا أو قابلا للإبطال أم يكفي فقط بعدم جواز الاستناد إليه أو الاحتجاج به ؟

هذا ما سوف يبين من العرض الآتي :

1- بطلان الشروط الأقل فائدة للعامل :

إذا كانت الغاية من تقرير بطلان الاتفاقات والشروط المخالفة لأحكام قانون العمل ، هي رعاية العمال وحماية مصالحهم ، فإن هذه الغاية تحتم الاعتراف بصحة الاتفاقات والشروط المخالفة لتلك الأحكام ، إذا كان من شأنها توفير حماية أكبر لهم ، وفي المقابل تبطل الشروط إذا لم تكن فيها فائدة لهم .

ولا مرأى في وجود قيد على سلطة صاحب العمل التنظيمية وعلى سلطة أطراف منظومة الشراكة الاجتماعية وعلى سلطة أطراف عقد العمل الفردي يتمثل في أنه عند وضع قواعد أو شروط فلا يجوز أن تنتقص هذه القواعد أو تلك الشروط من الحقوق المقررة تشريعيًا ، حتى لا تصبح القاعدة أو الشرط المخالف معيبا بعبء البطلان ، إذ ليس من سلطة منشئ القاعدة أو الشرط الاتفاقي وضع شروط أقل فائدة مما هو وارد في التشريع . فهو أمر لا يسمح به المشرع ولا يجيزه ، و طالما أنه غير مسموح به قانونا فهو إذا باطل (2) .

1 - Cass. Soc. 17 Oct. 1991, Dr Soc , 1992 , p. 450, note J. Barthélémy

2- H. Helsen , « La théorie générale des normes » , PUF, 1996, p. 134.

ويرى الدكتور حسن كبيرة أنه فإذا كان الشرط الذي لا يحقق فائدة أكبر للعامل يعتبر باطلاً ، فيراعى أن القانون يقصر البطلان على الشرط وحده ، بحيث لا يمتد البطلان إلى ذات عقد العمل المتضمن الشرط ، وفي ذلك خروج بين عن حكم القواعد العامة للبطلان ، على الأقل حينما يكون هذا الشرط الباطل جوهرياً ، وهو السبب الدافع إلى التعاقد . والسبب في ذلك هو رغبة المشرع في حماية العامل بالإبقاء على العقد الذي يحتاج إلى استمرار قيامه ، لأنه يتعيش من العمل الذي يؤديه بمقتضاه ، ولكن مع إبطال الشرط الذي ينقص منى حقوقه (1) .

ومن المهم أن نعرض في هذا السياق لموقف كل من المشرع الفرنسي والمصري الجزائري وبعض التشريعات العربية ، غير أننا سنسهب في الحديث عن التشريع الفرنسي .

أ- موقف القانون الفرنسي:

لم يضع المشرع الفرنسي حكماً عاماً صريحاً لهذه المسألة و لكنه ، رغم ذلك ، نص على جزاء البطلان لبعض المخالفات ، كما هو الحال بالنسبة لمهلة الإخطار التي نظمتها المادة L 122-6 من تقنين العمل ، وهي تحدد مهلة الإخطار بشهر واحد لمن كانت أقدميته في الخدمة لدى صاحب العمل تتراوح ما بين 6 أشهر وأقل من سنتين ، وبشهرين لمن كانت أقدميته في الخدمة لدى صاحب العمل سنتين فأكثر .

حيث أورد في المادة L 7-122 أن : " كل بند في عقد العمل الفردي أو لائحة العمل يحدد مهلة أقل من تلك الواردة بالمادة L 122-6 ، يعتبر باطلاً بقوة القانون ، كما يبطل كذلك كل بند يفرض للحصول عليها شروطاً تزيد عما حدده المشرع أو الاتفاق الجماعي أو الأعراف السائدة " .

ويؤكد الأستاذ شالارون (Chalaron) على أن الاتفاقات أو العقود التي لا تراعي الحدود الدنيا من الحماية التشريعية يجب اعتبارها قابلة للإبطال ، لأنها تستهدف استبعاد قواعد ترتبط بالنظام العام (2) ، فلا يمكن أن ينص أحد لعقود عند إبرامه على بنود أو شروط أقل فائدة من بنود الاتفاق الجماعي أو نصوص التشريع ، وإلا فقدت هذه البنود أو الشروط قوتها الملزمة ، كما لا يمكن للعرف أن يفعل ذلك فتشأ قاعدة عرفية انتقص من الحد الأدنى للحماية الواردة في اتفاق جماعي أو في التشريع . وكذلك لا يجوز لأطراف منظومة الشراكة الاجتماعية أن يتفقوا على ترتيب آثار لا يسمح بها التشريع أو القرار اللائحي . وعلى ذلك فالبنود المخالفة الأقل فائدة تعد باطلة ، ولا يمكن أن تحل النصوص الأفضل الموجودة في المصدر الأعلى .

لكن هل هذا هو نفس الحكم حين تكون البنود وقت النص عليها مشروع (لعدم وجود نص تشريعي يضع سقفاً أعلى للحماية) ، ثم من بعد ظهر مصدر جديد أعلى غير في الحدود الدنيا ورفع سقفها بدرجة تفوق تلك الحماية التي كانت هذه البنود تقررها ؟ وما هو مصير هذه البنود التي أصبحت أقل فائدة من نصوص المصدر الأعلى بعد أن كانت من قبل هي الأكثر فائدة ؟ أمام عدم وجود حكم عام يختلف الفقه حول بطلان هذه البنود .

1 - د/ حسن كبيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 265.

2 - Y. Chalaron , « Négociation et accords collectives d'entreprises »; OP. Cit, n°195, p190.

فهناك رأي أول يسلم بفكرة البطلان ، وهو رأي ناد به بعض الفقه الفرنسي (1) ، وأيده القضاء الفرنسي في بعض أحكامه .

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال بند عقدي ينتقص من حقوق العامل المنصوص عليها في اتفاق جماعي (2) .

كما أبطلت ذات المحكمة في أحد الأحكام بندا يتعلق بشرط جزئي بخصوص التزام العامل بعدم المنافسة (3) .

ويرى جانب آخر الاكتفاء بفكره حلول النصوص التشريعية ، باعتبارها الأفضل ، محل البنود العقدية الأقل ملائمة أو القال فائدة للعامل (4) ، وهو يعين عدم سرعان البنود العقدية التي تنتقص من حقوق العامل .

وقد أيدت بعض أحكام القضاء هذا الرأي أيضا ، حيث قضى بحل بنود عقد العمل الجماعي الأفضل وبقوة محل بنود العمل الفردية (5) .

ويعتق فريق ثالث فكرة عدم الاحتجاج بالبنود التي تنتقص من حقوق العامل بحيث يظل البند قائما ليتسنى ربما العودة إليه مرة أخرى عند الحاجة إليه .

ويرى هذا الفريق أن الحل هو ما يتفق مع نظيرة استقلال المصادر ، ويتألف آثار النظام التقليدي وكذلك الحمائي على حد سواء (6) .

وبعد عرض هذه الاتجاهات الفقهية يطرح التساؤل الآتي نصه :

هل بطلان البنود العقدية التي تنتقص من الحقوق المقررة في التشريع أو اللائحة ، يعد بطلانا مطلقا أم نسبيا ؟

هذه المسألة لازالت محل خلاف (7) ، ولكن من الجدير في هذا المقام بين مخالفة العقيدة لقواعد تشريعية تتعلق بالنظام العام المطلق وبين مخالفتها لقواعد تشريعية تتعلق بالنظام العام الحمائي (الاجتماعي) .

1 -Th. Revêt , « l'ordre public dans les relations de travail , in l'ordre public » , colloque en avignon du 7 oct 1994 , ed Dalloz , 1996 , p 43 .

- G.H Camerlynck , « le contrat de travail , traité de droit du travail » T.L .Dalloz , 2 éd , 1982. p .38 - P H . Simler .« La nullité partielle des actes ? » , LGDJ P .122.

- B. Tessie , « Réflexion sur les conséquences de la nullité des clauses d'un contrat » . Dalloz , 1976, CHR. p 48.

2 -Cass. Soc .26 mai 1998 , RJS , 7/98 , n° 886.

3 -Cass. Soc .13 Janv .1998 ,Dalloz , 1999 ; juris .p 159 , notes .C. Bourrier Et Bouche.

4- G. Lyon .Caen . « Droit du travail » , O.P. Cit , n° 823 .

G. Borenfreund . « L'articulation Du Contrat De Travail Et Des ; normes collectives » , dr ouv , 1997, p 514 ets.

5 - Cass. Soc 19 nov , 1997, Dr soc , 1998 , p14

C.A. Bordeaux , 8oct , 1980 , HCP, 1982 éd , CI , 10647 , p 188 , n° 4.Obs B. Tesysie.

6 - Ph .Waquet , « Les renouveaux du contrat de travail » . RJS ? 5/ 1999.P 383 et 385.

7 - G.Gouterier , « L'ordre de protection et heur et malheur d'une vieille notion neuve » , inmélanges .J.fluor , 1979, p 101, n° 7.

ففي الحالة الأولى إذا كانت المخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام المطلق . فإن البند يصبح باطلا بطلانا مطلقا (1) .

أما في الحالة الثانية فإن البند يكون باطلا بطلانا نسبيا (قابلا للإبطال لمصلحة العامل) إذا خالف قاعدة من قواعد النظام العام الحمائي ، وللعامل وحدة باعتباره المستفيد من هذا البند حق التمسك بهذا الإبطال والمطالبة بالحقوق التي قررها المشرع كحد أدنى له . وهذا ما أقره الفرنسي حين وجد أن من مصلحة العامل تطبيق الاتفاقية على النزاع المعروض ولم يقض بإبطاله (2) .

وقد اشترطت محكمة النقض للقضاء بالبطلان أن يترتب عنها الإضرار بحقوق العمال ، حيث قضت أن مخالفة القواعد التي وضعت لمصلحة العمال لا يعاقب عليه بجزاء البطلان إلا إذا أدت المخالفة إلى الإضرار بحقوق هؤلاء العمال (3) .

ومن ذلك نفهم التقارب الذي يمكن أن يحدث بين مبدأ الشرط الأفضل (محاباة العامل) وبين قواعد البطلان النسبي ، فالعامل إذا لم يطالب بإبطال البند المخالف فإن ذلك يعني أنه مستفيد من وجود ذلك البند ، وهو المتعلقة بظلال شخصية على قواعد قانون العمل ، خاصة وتلك المتعلقة بالنظام العام الحمائي ، فيتوقف التمسك بها أو عدم التمسك على ظروف كل عامل على حده (4) .

ب- موقف القانون المصري:

نص المشرع المصري صراحة ، في قانون العمل الحالي رقم 2 لسنة 2003 في المادة الخامسة منه ، على بطلان هذه البنود . وهو ما يحسم كل جدل حول هذه النقطة .
فقد نصت على أنه : "يقع باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ، إذا كان يتضمن انتقاصا من حقوق العامل المقرر فيه .
ويستمر العمل بأية مزايا أحسن أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف " (5) .

1 - قضى في سوريا بأنه : " إذا استبان أن قيام العامل بالعمل قائم على عقد باطل ، فينبغي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، وإذا إستحال ذلك فيجب منح العامل تعويضا عادلا ، عملا بالمادة 143 من القانون المدني السوري ، لأن عقد العمل هو عبارة عن جهد مبذول في فترة زمنية منقضية ، ومن غير الممكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، فإن القضاء له عما يعادل أجره عن تلك الفترة يستقيم وأحكام القانون " .

- قرار الغرفة العمالية الأولى لمحكمة النقض السورية ، بتاريخ 17 فيفري 1974 ، مجموعة 184 ، قرار رقم 149 ، منشور بمجلة القانون ، العدد 5 و 6 ، السنة 25 ، سنة 1974 ، ص 395 .

2 - Cass . Soc. 21 mars 1987. Dalloz .IR. p 386 . Obs. J. Pelissier.

- Ass plén .6 nov 1998 J C P , ed .G , 11 , 10004 , note de Corrignian – carsin .

3 - Cass. Soc 17 fev , 1975 .Bull Civ , n° 68 , p 85

4 - و هو الأمر الذي قد يتعارض مع فكرة اللجوء للمقارنة الموضوعية في تحديد القاعدة أو الشرط الأفضل

5 - وقد سبق للقضاء المصري ، في ظل قانون عمل سابق ، وأن قضى بأنه : " لا يتصور أن يترتب على وجود الشرط الباطل لمخالفته أحكام قانون عقد العمل الفردي غير نتيجة واحدة ، ألا وهي إحلال هذا القانون محل الشرط الباطل الذي لا يحمل للعامل ميزة تفضل به الأحكام وتزيل أثر البطلان " .

محكمة استئناف الإسكندرية ، بتاريخ 19 ديسمبر 1954 ، وقد سبقت الإشارة إليه .

ويقتصر البطلان على البند المخالف للقانون إنقاصا لحقوق العامل المقررة فيه ،
ويظل فيما عداه ملزما لطرفيه منتجا فيما بينها لكافة آثاره .

ولا يعتبر البطلان الجزئي عندئذ تطبيقا للمادة 143 من القانون المدني المصري ،
لأن البطلان يقتصر في كل الأحوال على البند الذي يخالف أحكام القانون ولا يمتد إلى "
العقد كله (1) .

وللبطلان هنا أثر مثبط ، إذ يحجم صاحب العمل عن إدراج بند يعلم مقدما بطلانه مع
بقاء العقد ملزما له (2) .

وينتقل بطلان الشرط المخالف و لو كان الشرط سابقا على العمل بالقانون ، كما يتقرر
سواء ورد الشرط في عقد عمل فردي أو اتفاق لاحق عليه أو في عقد عمل جماعي ، أو في
لائحة العمل (3) ، أو في عقد تمرين .

والبطلان هنا يتم بقوة القانون و لكنه عمليا لا يتقرر إلا بحكم يكون كاشفا لا غير ،
ويكون للعامل دائما الحق في التمسك بالبطلان ، وللمحكمة رعاية له أن تقضي به من تلقاء
نفسها ، لأنه غير معلق على طلب أو وقع ضرر (4) ، وهو ما يعكس الطبيعة الخاصة
لقواعد قانون العمل (5) .

ويتم التمسك ببطلان الشرط المخالف أمام محكمة أول درجة . ويمكن أن يثار أمام
قاضي ثاني درجة ولو لأول مرة ، على أن هذا البطلان لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام
محكمة النقض (6) لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع (7) .

وعلى ذلك لا يصح المساس بالتنظيم الذي أوجده المشرع لصالح العمال من خلال
شرط ينتقص من الحقوق أو الامتيازات أو الضمانات المقررة لهم ، سواء كان الشرط سابقا
على القانون ، ولو كان صحيحا في ظل القانون السابق ، أو لاحقا على صدور القانون واردة
وقت إبرامه ، أم أضيف إليه أثناء سريانه (8) .

وبناء على ما تقدم ، فإن الشرط أو البند السابق إذا كان يخالف الحقوق الواردة
بالتشريع إلى الانتقاص فإنه يعد باطلا . وتتقي عنه القوة الملزمة . أما إذا كان يخالف
الحقوق الواردة بالتشريع نحو الزيادة ومنفعة العامل فسيكون صحيحا يتمتع بقوته الملزمة
التي تستوجب أعمال حكمه وتطبيقه كاملا .

1 - د/ حسن كبيرة : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 267 .

2 - د/ محمود جمال الدين زكي : " عقد العمل " ، المرجع السابق ، ص 49 .

ود/ فتحي عبد الصبور : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 69 .

3 - ينظر نقض مدني مصري ، بتاريخ 17 ديسمبر 1959 ، س 10 ، ص 816 .

وكذلك حكم القاهرة الابتدائية ، بتاريخ 10 جانفي 1962 ، موسوعة عصمت الهواري ، ج 2 ، ص 299 .

" لائحة العمل الصحفي أكثر فائدة للعامل . وجوب تطبيقها " .

4 - قارن ذلك مع حكم محكمة النقض المصرية التي قضت بأنه يشترط لإبطال العقد في شق منه مع بقائه قائما في باقي أجزائه
بشرط ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد المتعاقدين .

نقض مدني ، بتاريخ 21 أبريل 1984 ، الطعن رقم 11 ، لسنة 37 ق ، مجموعة صلاح أحمد ، ص 234 .

5 - للمزيد من التفصيل حول تطبيقات نظرية البطلان في عقود العمل .

ينظر : د/ صلاح محمد أحمد : " بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العامل " ، مطبوعات جامعة أسيوط ، سنة 2006 .

6 - ينظر : د/ ناهد العجوز : " الحماية الجنائية للحقوق العمالية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1995 ،
فقرة 205 ، ص 616 .

7 - نقض مدني مصري ، جلسة 22 أبريل 1972 ، في الطعن رقم 578 لسنة 35 ق .

8 - نقض مدني مصري ، جلسة 29 مارس 1980 ، في الطعن رقم 749 لسنة ، 88 ق .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أمرين :

أما الأمر الأول ، فهو أن عدم بطلان الشروط الأكثر فائدة للعامل لا يعد استثناء من قاعدة بطلان الشروط المخالفة لقواعد قانون العمل الأمرة المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾ .

فالواقع أن الشروط الأكثر فائدة للعمل لا تعد مخالفة لقواعد قانون العمل ولا يترتب عليها أي إخلال بالنظام العام الذي تتعلق به هذه القواعد . ذلك أنه مادامت قواعد قانون العمل في مجموعها تستهدف حماية العامل وتقرير حد أدنى من الحقوق له ، فإن الشروط التي تقرر للعامل حماية أفضل وحقوقا أكثر لا يمكن أن تكون مخالفة للنظام العام الذي تتعلق به قواعد العمل ما لم تكن ، بصدد قاعدة من القواعد التي يتصور أن يتضمنها قانون العمل حماية للمصلحة العامة لا حماية للعامل⁽²⁾ .

وأما الأمر الثاني ، فهو أن قد جرى شرح القانون في مصر جروا على القول بأن سريان حكم هذا النص لا يقتصر على الشروط المخالفة لعقد العمل الفردي فقط ، بل يتوسع في تفسير المادة المذكورة توسعا يؤدي إلى إقرار الشرط الأكثر فائدة للعامل ولو خالف أي حكم من أحكام قانون العمل ، سواء أكانت القاعدة التي تعد هذه الشروط مغايرة لها من قواعد الفصل الخاص بعقد العمل الفردي أم من قواعد قانون العمل الأخرى ، بل وحتى ولو وردت هذه القاعدة في تشريع مستقل⁽³⁾ ، مادام لم يتبين أن القاعدة تستهدف مصلحة أخرى غير حماية العامل⁽⁴⁾ ، فليس من المتصور أن يقع الشرط الذي يحدد ساعات العمل بأقل من حداها الأقصى باطلا ، بالرغم من أنه أكثر فائدة للعامل ، لمجرد أن القاعدة التي تحدد الحد الأقصى لساعات العمل كانت واردة في الفصل المتعلق بتنظيم أحكام عقد العمل الفردي .

وفي علاقة عقد العمل الفردي بعقد العمل الجماعي ينظر إلى تكييف هذه البنود بالمقارنة ، فإن كانت بنود عقد العمل الجماعي منقصة من حقوق العامل المقررة في عقد العمل الفردي بنود فإنه يترتب عنها بطلان هذا البند المخالف دون أن ينجر البطلان إلى كامل الإتفاقية الجماعية العقد ، حتى ولو تبين أن هذا البند الجماعي جوهرى وما كانت الإتفاقية الجماعية أن تتعقد بدونه .

وليس في ذلك خروج على القواعد العامة ، لأننا لسنا بصدد حالة من حالات انتقاص العقد الباطل التي نصت عليها المادة 143 مدني (البطلان الجزئي) ، وإنما بصدد حالة من حالات تعديل العقد دون توقف على ما كانت تتجه إليه إرادة المتعاقدين ، كما هو الشأن في الاتفاق على ما يزيد عن الحد الأقصى للفوائد أو لأجرة الأماكن⁽⁵⁾ .

1- في هذا المعنى : د/ حسن كيره : " أصول قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 68 و 69 .

وقارن : د/ عبد الودود يحيى : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 33 ، ص 37 و 38 .

2- بران و جالان : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 129 ، 30 ، ص 168 .

نقلا منا عن د/ جلال العدوي : " قانون العمل " ، المرجع السابق ، ص 45 .

3- د/ إسماعيل غانم : شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 47 ، ص 80 .

د/ لبيب شنب : " شرح قانون العمل " ، المرجع السابق ، فقرة 17 ، ص 22 .

وينظر : نقض مدني مصري ، جلسة 18 أبريل 1957 ، مجموعة النقض ، س 8 ، ص 426 .

4- و يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم إقرار الاتفاق الذي يزيد من أجر العامل إذا كان القانون قد تدخل لتثبيت الأجر بصفة عامة تحقيقا للمصلحة العامة .

الرأي للفقيهان بران و جالان : " قانون العمل " ، المرجع السابق المشترك ، ص 128 .

نقلا منا عن د/ إيهاب حسن إسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل " ، المقال السابق الذكر ، ص 659 .

5- د/ جلال العدوي ود/ عصام سليم : " قانون العمل " ، المرجع السابق المشترك ، ص 127 .

و قارن عكس ذلك : د/ على العريف : " شرح قانون العمل المصري " ، المرجع السابق ، ص 228 .

ونحن لا نميل إلى جزاء البطلان . ونرى من الأحسن استبعادها لا غير ، إذ يمكن أن تكون أصلح لمجموع العمال ، أو لعمال آخرين ، ثم أن البطلان من المفروض ألا يقرر إلا بنص خاص وصريح .

فالقانون هو المصدر الوحيد للبطلان ، ولا دور للإتفاق في ذلك ، ومناط البطلان هو العيب الذي يلحق بالتصرف ، وهذا العيب مبعثه مخالفة القانون الذي يحدد شروط نشأة التصرف والجزاء المترتب على مخالفة الشروط ، وهذا الجزاء المدني (البطلان) يرتب آثاره ليس فقط بين المتعاقدين ، وإنما يمتد ليشمل الغير كذلك (1) .

وعليه فإن استبعاد بنود الاتفاقية الجماعية المخالفة لا يحرم العامل من أجره ولا من كافة حقوقه التي تم الإتفاق عليها في وقت إبرام الاتفاقية الجماعية (2) .

وما قيل عن البند الجماعي يقال عن البند الفردي إذا كان أقل فائدة من بنود الإتفاق الجماعي ، فلا يبطل وإنما يتم استبعاده فقط ، وتحل أحكام هذا الإتفاقية محله ، فيتم إحلال نصوص المصدر الأعلى محل المصدر القانوني الأدنى ، دون حاجة إلى الحكم بإبطاله .

ويلاحظ هنا أن أطراف عقود العمل الفردية يرتضون بأحكام عقد العمل الجماعي شروطا لعقودهم ، بحيث تستقل هذه الأحكام عن مصدرها وتصبح جزءا من عقود العمل الفردية ، بغض النظر عن ما إذا كانت عقود العمل أسبق في الإبرام أم لا .

وهو حل مبتكر ، فيه خروج على القواعد العامة لنظرية العقد ، حيث يلتزم المتعاقدان ، على الرغم من إرادتهما الصريحة ، بشروط سبق أن استبعادها باتفاقهما ، وهو حل يراعي طبيعة علاقات العمل و يتحاشى استبعاد الأطراف للحماية المقررة بعقد العمل الجماعي كي لا تفقد جدواها (3) .

ج- موقف القانون الجزائري:

وضع المشرع الجزائري قواعد قانون العمل ، وفي ذهنه أنه قصد كفالة حد أدنى من الرعاية للعمال . ومن أجل هذا اعتبر الصفة الأمرة التي أضفاها على قواعد قانون العمل نسبية لا يلتزم بها إلا لضمان عدم مخالفة الأحكام التي تحقق مصلحة العمال ، مع إياحة مخالفتها إذا كان الشرط الوارد في الإتفاق أكثر فائدة للعامل .

وعلى هذا نصت المادة جاء في المادة 118 من قانون علاقات العمل رقم 11/90 المعدلة والمتمة بموجب المادة 18 من الأمر رقم 21/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 ، أنه : " تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعا الواردة في مختلف الإتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها ، وتطبق على عمالها ، إلا إذا كانت هناك أحكام أنفع مضمن في عقود العمل المبرمة مع المستخدم " .

1- للمزيد حول فكرة البطلان ينظر:

د/ عبد الحكيم فودة : " البطلان في القانون المدني والقوانين المقارنة " ، دار الفكر العربي ، سنة 1999 .

ود/ حبار محمد : " نظرية البطلان " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، سنة 1988 .

ود/ جميل الشرقاوي : " نظرية بطلان التصرف القانوني " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1969 .

2- Cass. Soc 11 juil 2000. Dalloz. J C P.2 . 2001. p 149.

3 - د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ص 215.

غير أنه ما يلاحظ على التشريع الجزائري أنه جاء قاصرا ، ولم يبين الجزاء المترتب عن مخالفة الاتفاقية الجماعية لعقد العمل أو العكس بخلاف بعض التشريعات العربية . والنص الذي يمكن عرضه في هذا المقام هو نص المادة 135 فقرة أولى من قانون العمل رقم 11/90 المعدلة والمتممة بموجب المادة 19 من الأمر رقم 21/96 التي جاء فيها: " تعد باطلاً وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به. يقع باطلاً كل شرط في عقد العمل الفردي يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على تنفيذه ما لم يكن أكثر فائدة للعامل " .

ويحمد للمشرع الجزائري أنه قرر بطلان هذه البنود لكنه ، رغم ذلك ، قصر البطلان على البنود التي ترد في عقد العمل الفردي دون أن يمد الحكم إلى البنود التي ترد في اللوائح أو عقود العمل الجماعية أو غيرها من المصادر الأخرى ، وهو الأمر الذي نهى بالمشرع الجزائري أن يتدخل لتلافي هذا الأثر غير المقصود. وإذا ما تقرر بطلان عقد العمل الفردي⁽¹⁾ ، فإن هذا البطلان لا يكون له أثر رجعي ، ذلك أن عقود العمل فردية هي التي تعد بلا جدال من عقود المدة أو من العقود المستمرة التي لا ينسحب البطلان إلى ما مضى من مدتها ، لأنه مرتبط بالزمن الذي لا يمكن استعادة ما يمضى منه. ومن ثم فإن هذا البطلان لا يؤدي إلى ضياع الأجر المستحق للعامل عن العمل الذي قام به ، باعتبار أن جهده غير قابل للاسترجاع⁽²⁾ .

د - موقف بعض التشريعات العربية :

جاءت أحكام التشريعات العربية مستقرة في تقرير أحكام بطلان البنود المخالفة، ونستعرض فيما يلي أمثلة منها .
فقد جاء في المادة 94 من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي رقم 38 لسنة 1964 أنه :
" يقع باطلاً كل شرط في عقد العمل الفردي أو عقود العمل الجماعية يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على تنفيذه ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل " .
وجاء في المادة السابعة من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 أنه :
" يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان مسبقاً على نفاذه ما لم يكن أكثر فائدة للعامل " .

وجاء في المادة 43 من قانون العمل اللبناني أنه :
" كل اتفاق مخالف لأحكام هذا الفصل بما يتعلق بمدة العمل والإجازات هو باطل حكماً وللأجراء أن يستفيدوا من الاتفاقات والأنظمة الأكثر فائدة لهم " .

1 - قضى في الجزائر بإنهاء عقد العمل لعله البطلان لا يتقرر إلا من يوم صدور حكم قضائي مثبت لذلك البطلان ، تطبيقاً لنص المادة الخامسة من أمر 31/57 المؤرخ في 29 أبريل 1975 .
قرار المجلس الأعلى بتاريخ أول نوفمبر 1987 ، ملف رقم 43266 ، م . ق ، العدد الأول ، سنة 1991 ، ص 95 .
2 - ينظر المادة 135 فقرة 2 من قانون علاقات العمل الجزائري المعدل والمتمم .

وجاء في المادة 96 من قانون العمل السوري أنه :
" يقع باطلا كل شرط في عقد العمل المشترك يخالف حكما من الأحكام الخاصة بعقد العمل الفردي ما لم يكن هذا الشرط أكثر فائدة للعامل " .
وجاء في المادة 97 من نفس القانون :
" يقع باطلا كل شرط مخالف لعقد العمل المشترك يرد بالعقود الفردية المبرمة بين أشخاص مرتبطين بهذا العقد المشترك ما لم يكن هذا الشرط أكثر فائدة للعامل .
وتسري في هذه الحالة أحكام عقد العمل المشترك " .
وجاء في نص المادة 102 من نفس القانون :
" إذا أبرمت مؤسسة عقد عمل مشترك مع نقابة اعتبر العقد ساريا على جميع عمال المؤسسة ولو لم يكونوا أعضاء في النقابة بشرط ألا يقل عدد العمال المنتمين للنقابة عن نصف عدد عمال المؤسسة وقت إبرام العقد . وذلك فيما يتعلق بنصوص عقد العمل المشترك التي تكون أكثر فائدة للعمال من عقد العمل الفردي " .
وجاء في المادة 153 من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم 23 لسنة 1976 أنه :

" يقع باطلا كل شرط في عقد العمل الفردي يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على تنفيذه ما لم يكن أكثر فائدة للعامل .
كما يقع باطلا كل مصلحة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون .
ولا يجوز المساس بما اكتسبه العامل من حقوق بمقتضى أية اتفاقية أو لوائح النظم الأساسية أو قرارات التحكيم أو ما جرى العرف أو اعتاد صاحب العمل على منحه للعمال " (1) .
وجاء في المادة الرابعة فقرة (ب) من قانون العمل الأردني لسنة 1996 أنه :
" يعتبر باطلا كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون " .
وجاء في المادة 42 فقرة (ب) من نفس القانون أنه :
" يعتبر باطلا كل شرط مخالف لعقد العمل الجماعي يرد في أي عقد فردي أبرم بين أشخاص مرتبطين بالعقد الجماعي ما لم يكن هذا الشرط أكثر فائدة للعمال " .

2- عدم جواز الاحتجاج بالبنود الأقل للعامل في عقود العمل الجماعية :

يرفض البعض من الفقه الفرنسي (2) فكرة اللجوء للبطلان إذا كان البند الوارد في العقد الجماعي أقل فائدة للعمال من النصوص التشريعية ، ويكتفي باستبعاد تطبيق هذا البند على المنازعة العمالية ، باعتباره منعدم الأثر ، إذ لا يصح له أن يخالف نصوصا تتعلق بالنظام العام .

1 - ينظر في آثار البطلان العمالي نص المادة 43 من قانون العمل البحريني .

2 - يرى البعض من الفقه الفرنسي أن حكم عقد العمل الجماعي الأقل ملائمة من حكم التشريع يجب عدم الاحتجاج به وليس الحكم بإبطاله ، لأنه يمكن أن يعاود الانطباق بشأن عمال آخرين تختلف مصالحهم عن مصلحة صاحب النزاع .

M. A. Souriac - Rotshild. « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectives » , Dr , soc , 1996 , p 395 et 401.

ومن الناحية العملية عادة ما يفضل القضاء العمالي في فرنسا أو ما يعرف بقضاة مجالس الحكماء (les juges prehomaux) بعد الاختيار الميزة التشريعية وتفضيل حكمها على الميزة الاتفاقية، استبعاد البند الاتفاقي ، باعتباره بندا غير مشروع وعدم تطبيقه النزاع باعتباره منعدم الأثر⁽¹⁾ أو غير مشروع⁽²⁾ .

وكما يرى البعض من الفقه⁽³⁾ فإن مفهوم الشرط الأفضل للعمال يعد مفهوما سياديا ، ولن يهتم القاضي كثيرا عند بحث النزاع إلا بالأثر الثقافي للميزة والأفضل ، بغض النظر عن مصدرها ، متجاهلا بذلك مصير المزايا المفضلة التي هي أقل فائدة للعمال⁽⁴⁾ .

هذا وقد يقع التنازع بين بنود عقد جماعي وبنود أخرى في عقد عمل جماعي آخر سواء مستوى أوسع أو أقل ، حتى وإن كان الفقه الفرنسي ، على ما يبدو لا يقبل بالتدرج الهرمي بين الاتفاقات الجماعية ذات المستويات المختلفة ، نظرا لاستقلال مستويات التفاوض في كل مستوي منه إلا أنه ليس ما يمنع من الاعتراف بهذه التدرج .

وبالرجوع إلى المادتين L 132-13 و L 132-23 من قانون العمل الفرنسي يتضح لنا بأنه لا يمكن للاتفاقات أو لعقود العمل الجماعية التي يكون مجال تطبيقها ضيقا أن تتضمن بنودا أقل ميزة من بنود الاتفاقات الأوسع نطاقا .

حيث يقضي حكم المادة L 132-13 من قانون العمل الفرنسي أنه لا يجوز لاتفاق جماعي على مستوى النشاط أو المهنة مجموعة مهن أن يتضمن أحكاما أقل ميزة للعمال من الأحكام المطبقة عليهم وفقا لاتفاق أو عقد جماعي يغطي إقليميا أو مهني أوسع .

ويقضي حكم المادة L 132-23 من نفس القانون أن لعقد العمل الجماعي على مستوى المشروع أو المنشأة أن يوفق بين ما هو مطبق على المشروع من أحكام عقود العمل الجماعية على المستوى نشاط مهني أو أنشطة مهنية وبين الأوضاع والظروف الخاصة بالمشروع . ويمكن لهذا العقد (على مستوى المشروع أو المنشأة) أن يتضمن أحكاما جديدة أو بنودا أفضل للعمل .

وفي هذه الحالة التي تكون اتفاقات أو عقود العمل الجماعية على مستوى قطاع أو مهنة أو مجموعة مهن لاحقة على إبرام اتفاقات المشروع ، فإن أحكام هذه الأخيرة ينبغي بالتالي توفيقها مع أحكام الأولى.

وعلى ذلك إذا لم يجز المشرع صراحة لأطراف منظومة الشراكة الاجتماعية في مستوى معين وضعا مختلفا فلن يكون هؤلاء مخولين إلا بسلطة المزايا والقواعد الموجودة لصالح العمال . ولا يجوز أن تتضمن الاتفاقات أو عقود العمل الجماعية ، ذات النطاق الأدنى أحكاما أقل ميزة أو فائدة من أحكام الاتفاقات أو العقود الأوسع نطاقا .

1 - Cass. Soc .22 oct , 1984 , J C P , 1985 , IV. p 3.

وهو حكم يتعلق ببنود إتفاقية أقل حماية من نصوص التشريعي بخصوص فصل أحد العمال بسبب المرض كما قضي بعدم مشروعية البند يمس بالحرية النقابية لممثل العمال في اللجنة النقابية.

Cass. Soc . 14 fev ,1980 , Bull . Civ , n° 149 , p 112.

2- Cass. Soc , 25 nov , 1992 , Dr .Soc . 1992 , p 63.

3 - B. Boubli , Le juge , « la nome et le droit du travail , in les sources du droit du travail » , P.U.F , 1998.

4 - Cass. Soc 12 nov .1997, J C P ed ,G, 1997 , IV , 2526.

وفي تقديرنا أن عدم تعرض القاضي لإبطال الاتفاق الجماعي الأقل فائدة للعمال يجد تفسيره في كون أن القضاء العمالي في فرنسا (conseil des prud'homme) لا يختص إلا بنظر منازعات العمل الفردي⁽¹⁾ ، وهي منازعات ذات طابع شخصي ، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يقرر بطلان بند في أحد عقود العمل الجماعية ، لأن ذلك من شأنه حرمان كافة كافة العمال الأخرى ، من الاستفادة بهذا البند اعتداد بالأثر اللاتحي لعقد العمل الجماعي ، وبالتالي سينعكس أثر الحكم ويمتد إلى باقي عمال المنشأة أو المشروع ، وربما إلى قطاع النشاط المهني كله ، وهو ما يتجاوز الطابع الشخصي للنزاع الفردي ، لهذا يلجأ القاضي إلى تطبيق الميزة الأفضل دون أن يتعرض لرقابة صحة أو مشروعية القاعدة الأقل فائدة الموجودة في عقد عمل جماعي .

فإذا كان قاضي عقد العمل الفردي يختص بتفسير العمل اللاتحي غير أنه لا يختص في فرنسا بتقدير مشروعية هذا العمل ، باعتبار أن ذلك في اختصاص القضاء الإداري ، كما أن خضوع اللاتحة سلفا لرقابة السلطة الإدارية عند إعدادها ، يمنع من إعادة إخضاعها مرة أخرى لرقابة قضائية لاحقة وذلك منعا لوقوع تنازع في الاختصاص بين السلطات⁽²⁾ .

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾ قد رأت أن من اختصاص القضاء العادي النظر في مشروعية اللاتحة الداخلية للعمل إلا أنها قصرت ذلك على البنود و الأحكام التي لم تحسمها السلطة الإدارية ، كما أن مهمة القيام بهذه الرقابة منوط في فرنسا بالمحكمة الابتدائية (Tribunal de grande instance) . وبناء عليه تقتصر سلطة القاضي العمالي على مجرد استبعاد تطبيق نص اللاتحة الداخلية للعمل ، إذا كان مخالفا للتشريع العادي أو الفرعي أو الاتفاقات الجماعية ، على حين يكون لقضاة المحاكم الابتدائية إصدار أحكام ذات نطاق عام يمكن أن تنصب على مشروعية نصوص اللاتحة الداخلية للعمل⁽⁴⁾ .

ونخلص مما تقدم على أن قاضي منازعة العمل الفردية في فرنسا ليس له ، بحسب الأصل ، أن يقضي بإبطال بند في عقد عمل جماعي ، وكل ما يمكنه ، إذ تبين له عوز البند أو كونه أقل ميزة من التشريع ، استبعاد هذا البند لصالح النص التشريعي دون إلغائه أو إبطاله ، إذ المنازعة لا تنصب على الإلغاء ، وإلا اختص بها القاضي الإداري ، و حتى في الحالة التي يقرر فيها قاضي عقد العمل الفردي إلغاء بند في اتفاق جماعي فإن ذلك لن يكون له قوة الأمر المقضي إلا بين أطراف النزاع .

وعلى العكس من ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أنه يمكن لقاضي منازعات العمل الفردية أن يتصدى بصورة استثنائية لبطلان بند في عقد العمل الجماعي في الحالة التي يخالف فيها البند قاعدة من قواعد النظام العام المطلق⁽⁵⁾ .

وعلى كل حال فالاختلاف بين الوضعيين (الإلغاء والاستبعاد) لن يكون ملموسا بالنسبة لأطراف النزاع إذ في جميع الأحوال لن ينطبق البند الإتفاقي على منازعة العمل الفردية .

1 - P. Durand et Vitu , « Traité de droit du travail » T.3 . Dalloz , 1956 , n° 324.

2- A. Jeammaud , « Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du règlements intérieur » , Dr. Soc, 1985 , p 479.

3- Cass. Soc. 16 déc 1992, Juris. Soc. UIMM, 93-559, p 86.

4 - C. A .Paris 30Oct. 1998, 1° Ch. JCP, ép. E. 1998 . P. 205.

5 -M. Despax . « Négociation, Convention et accords collectives » , Dalloz, 1989, n°194 , p 342,

3- استقرار الوضع القانوني للعمال بين بطلان البنود الأقل فائدة و عدم الاحتجاج بها :

لما كان قيام القاضي باستبعاد البند الإتفاقي الأقل ميزة وتطبيق البند الأفضل ميزة هو الوسيلة لحسم المنازعة الفردية فإن معنى ذلك أن يستمر البند المفضول الأقل ملائمة قائما ، وقد يعاود فيما بعد الظهور في حالة أخرى أو وقت آخر باعتباره الأفضل فيتم تطبيقه على المنازعة الأخرى ، ويشكل هذا الأمر أحد أسباب عدم الاستقرار القانوني في وضع العامل وما يحصل عليه من مزايا .

ولعلاج هذه المشكلة يقترح رأي في الفقه الفرنسي التوسع في نطاق الإلغاء و البطلان ، وتقليص حالات عدم الاحتجاج ، وذلك تحقيقا للاستقرار المنشود في الوضع القانوني للعامل (1) .

ويمكن اللجوء لبطلان البند كلما كانت القاعدة الجديدة ، الأدنى مرتبة ، أقل ميزة من القاعدة الأعلى منها في الدرجة والأسبق عليها في التاريخ . فلا يمكن لقاعدة جديدة أن تتجاهل الحد الأدنى الذي وضعته القواعد السارية التطبيق ، خاصة حين تكون هذه القواعد أعلى درجة منها ، وعليه فلا يجوز لاتفاق عمل جماعي إن يتضمن بندا أقل ميزة من نص تشريعي قائم.

كما يمكن اللجوء للإلغاء الكامل للبند إذا كان هذا البند في اتفاق سابق أو عرف أو تعهد ثم ظهرت قاعدة جديدة أعلى في المرتبة تتجاوز سقف هذا البند و تزيد عليه في الحماية ، فيصبح بذلك البند الاتفاقي القديم في ظل الوضع الجديد أقل ميزة للعامل ، وبالتالي يتم إلغاؤه تماما .

أما عدم الاحتجاج بالبند فيجب أن نحصر ويقتصر على الحالة التي تكون فيها القاعدة الأعلى في المرتبة أقل محابة من القاعدة الأدنى مرتبة منها ، فعندئذ نلجأ لعد الاحتجاج بحكم القاعدة الأعلى ، ويجب أن يتم ذلك بصورة مؤقتة ، كما هو الحال بالنسبة لعقد عمل فردي يتضمن بندا أفضل للعامل من حكم النص التشريعي ، فإن ذلك يؤدي لعدم التمسك بحكم النص التشريعي لكن لا يفضي إلى محو هذا النص كلية وبصورة دائمة ، بل يظل قائما ، ويمكن أن ينطبق في المستقبل على حالات أخرى طالما كان حكمه هو الأفضل أو لا يوجد حكم ينتازع معه .

كما يمكن اللجوء إلى عد الاحتجاج بالبند في حالة التنازع بين اتفاقيين جماعيين لا يوجد بينهما تدرج أي حال كونهما من نفس الطبقة أو المرتبة ، فلا يتم الاحتجاج بالبند الأقل ميزة منهما للعامل وتطبق البند الأفضل منهما .

أما إذا اختلفت مراتب أو درجة هذين الاتفاقيين المتنازعين في التطبيق فعندها يمكن اللجوء إلى الإلغاء أو البطلان حسبما سلف القول (2) . فالبنود العقدية أو الاتفاقية الأقل ميزة يجب أن تبطل إذا لم يراع وقت وضعها الحدود الدنيا التي نص عليها التشريع أو عقد العمل الجماعي الأعلى مرتبة (3) .

J. P. Chauchard , Note sous Ass. Plén. 18 mars 1988, Dalloz. 1989, p221. - 1

2 - G. Couturier. «Pot pourri auteur des modification du contrat du travail ». Dr. Soc 1998. p881.

3 - Cass. Soc. 26 mai 1998. J.C. P. ed.G. 1999- 1 -109. n 22. Lamy. n°.890. p 10. Obs. D.Jullien.

الفرع الثاني : دور القاضي في مراعاة المزايا المكتسبة

عند إعمال الشرط الأفضل للعامل هل يعد دور القاضي في البحث عن الميزة الأفضل دورا ايجابيا فيبحث عنها ، من تلقاء نفسه ، حتى ولو لم يطلب العامل منه ذلك ، وهل من سلطته أيضا خفض المزايا التي اكتسبها العامل والانتقاص من مستوى الحماية ؟ ذلك ما سوف نجيب عليه على النحو الآتي :

أولا- دور القاضي في البحث عن الميزة الأفضل :

إذا لم يطلب العامل صراحة الميزة الأفضل ، فهل يمكن للقاضي أن يبحث عنها من تلقاء نفسه ويمنح العامل إياها ويفرض تطبيقها باعتبارها قاعدة من قواعد النظام العام الحمائي.

إذا كانت كلمة الفقه الفرنسي لم تجتمع حول الاعتراف للقاضي بهذه السلطة بصدد نص أو قاعدة من قواعد النظام العام الحمائي ، إلا أن القضاء⁽¹⁾ يرى أنه يتوجب على القاضي تحقيق الأهداف التي تنبأها المشرع ومنها حماية مصالح الطرف الذي خصه المشرع بالحماية.

واضطلاعاً بهذا الواجب يتعين على القاضي أن يبحث عن القاعدة القانونية التي يمكن تطبيقها على النزاع بعد التأكد من كونها الأفضل من غيرها من القواعد الأخرى المتنازعة معها ، فليس غريباً أن يحسم القاضي التنازع بين القواعد المختلفة والحكم بالميزة التي يعتبرها الأفضل.

وتأسيساً على ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في عام 1996 بأنه : " إذا كان العامل لم يحدد الأساس الذي تقوم عليه مطالبته بالحق فيجب على قضاة الموضوع البحث فيما إذا كان الاتفاق الجماعي⁽²⁾ ينطبق على النزاع المعروض عليهم أم لا " ⁽³⁾ . ورغم كون الاتفاق الجماعي في هذه القضية قد احتل مرتبة القانون ، حين تم إلحاقه بقانون الأجور .

إن البعض يرى أن هذا الحكم يمكن إعماله أيضا حال وجود اتفاق على مستوى فرع المنشأة أو المؤسسة ثم تم تمديد نطاقه والتوسع فيه بعد ذلك . وقد ذهب البعض في تعليقه على هذا الحكم إلى القول بأن مخالفة الاتفاق الجماعي تتشابه مع مخالفة التشريع⁽⁴⁾ .

1- Cass..Com.3 mai 1995. Dalloz. 1997 . p124. note. F. Eudier.

وفي هذه الحكم أكدت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بوضوح على أن حق طلب الإبطال يقتصر على المتعاقد الذي تقررت حمايته بموجب نص من نصوص النظام العام الحمائي.

2- وهو الاتفاق الوطني للمهن الموقع في 1977/12/10 الملحق بقانون الأجور عام 1978.

3- Cass. .Soc . 3 avr 1979. Dalloz. I R . p 438.

4- C. Puigelier. « La pratique de la cour de cassation en matière social ». O.P.Cit. . n° 877.

فعلى القاضي إذا أن يستظهر بنفسه ، إذا لزم الأمر القاعدة القانونية التي تسمح بإجابة المدعي إلى دعواه ، والتحقق من كونها غير مخالفة للتشريع أو اللوائح السارية . كما لو كان حكم الاتفاق الجماعي أقل ميزة من حكم التشريع (1) ، وأنها لم تنزل عن سقف الحماية التشريعية .

ومعنى ذلك أن القاضي سوف يستجلي الأدوات القانونية بمختلف صورها وأشكالها (2) ليفعل منها الأداة الأفضل ، بشرط أن تكون هذه الأدوات قانونية بحتة ، وبغض النظر عما إذا كانت تنتمي إلى النظام العام الحمائي أم لا ؟ (3) .

أما إذا كانت الأداة القانونية يختلط فيها الواقع بالقانون ، فلن يكون القاضي ملزماً بالبحث عنها أو فيها ، وعلى العامل أو الطرف المستفيد أن يسعى لإبرازها وتقديمها للقاضي ، كما هو الحال بالنسبة لعقد عمل جماعي ينظم علاقة أحد المشروعات بعماله دون أن يمتد إلى غيرهم ، أو بالنسبة لتعهد فردي من جانب صاحب العمل ، أو كما هو الحال بالنسبة لميزة مصدرها عرف في المشروع ، إذ يكون للعامل أن يثبت وجود عادة جرت بها وتوافر لها وصف العمومية والاستقرار ، فإذا نجح في ذلك كان على القاضي طالما توافر وصف العرف لها أن يحكم بها للعامل .

وفي فرنسا نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم المحكمة العمالية الذي رفض طلب أحد العمال بحساب مكافأة استقراره في العمل على أساس القاعدة العرفية وأجرى حسابها على أساس يند عقد العمل الجماعي في حين كان حكم العرف أفضل من حكم عقد العمل (4) . ومما يدخل في سلطة قاضي الموضوع التثبت من وجود الميزة الأفضل ، التي تتنازع مع الميزة التشريعية ، وتحديد أفضليتها ، وعلى ذلك إذا لم يظهر لقاضي الموضوع أن الاتفاق انتقص من الميزة التشريعية فلا يبطل الشرط الاتفاقي ، وعلى العامل أن يثبت انتقاص الشرط الاتفاقي من حقوقه التي نص عليها المشرع ، توصلًا لإبطال الشرط .

ولهذا قضت محكمة التمييز بمملكة البحرين بأنه (5) : " إذا تضمن عقد العمل بندا يجعل الزيادة السنوية المستحقة للعامل تتم بحسب تعامل الأمثال في المؤسسات المماثلة أو المشابهة ، وانتهى حكم قاضي الموضوع إلى أن العامل لم يثبت أن المرتب ، الذي كان يتقاضاه خلال فترة عمله ، يقل عن مرتب أمثاله في الشركات المماثلة ، أو لأنه لم يزد بذات القدر الذي ارتفع إليه مرتب مثيله في تلك المؤسسات ، فلا مخالفة في ذلك لعقد العمل أو للقانون " .

1- Cass..Com.3 mai 1995. Dalloz. 1997 . p124. note. F.Eudier.

2- نصت المادة 12 من التقنين الفرنسي للمرافعات المدنية بأن على القاضي أنم يحسم النزاع وفقا للقواعد القانونية السارية ، فان معنى القواعد هنا لا يقتصر على النصوص التشريعية فحسب وإنما يشمل ذلك كل القواعد سواء كانت عرفية أم قضائية ، أو مستمدة من المبادئ العامة.

3- F.Eudier. « Ordre public substantiel et office de juge » .thèse .Rouen.1994. n°149. p229 et272

4- Ass. Plen. 5 mars 1993 . J C P 1993 . ed. G .11- 22030. Conc. M .Jeol .

Cass. Soc. 8 oct 1996. R J S.11.9. n 1149.

5- حكم محكمة التمييز ، جلسة 26 مارس 1995 ، في الطعن رقم 180 لسنة 1994 ، م م ف ، ق 37 ، ص 126 . كما قضى بأن التفتات الحكم عن المستند الذي قدمه صاحب العمل (و كان محررا بالغة الأجنبية) مع مجموعة أخرى من المستندات و أشار إلى أن أحدها هو جدول الأجور (و احتسابه مكافأة نهاية الخدمة المستحقة للعامل على أساس مجموع الأجر النقدي الأخير له بما في ذلك علاوة السكن لا مخالفه فيه للقانون أو خطأ في تطبيقه .

حكم محكمة التمييز ، جلسة 9 أبريل 1995 ، الطعن رقم 10 لسنة 1995 ، م م ف ، ق 48 ، ص 161 .

وفي جميع الأحوال يجب أن يراعي القاضي عند إعمال الأدوات القانونية تدرج هذه الأدوات ومبدأ الشرط الأفضل للعامل .
وقد قضى في فرنسا بأنه : " حين يوجد تعهد فردي من جانب صاحب العمل ، يختص قاضي الموضوع بالتحقق مما إذا كان التعهد أصح للعامل أم لا من حكم عقد العمل الجماعي في خصوص الجزئية المتنازع عليها " (1) .
على أن الأفضلية هنا يجب النظر إليها بحسب معناها الدستوري .

ثانياً - انعدام سلطة القاضي في خفض المزايا :

إذا كان مبدأ الشرط الأفضل للعامل يحث القاضي نحو البحث عن أفضل الشروط والمزايا لتحسين وضع العامل مبدأ التحسين (principe d. amélioration) ، فهل هذا المبدأ ملزم للقاضي ، بحيث يجب على القاضي الصعود إلى النهاية القصوى للمزايا (2) .
ومن ناحية أخرى هل يجوز للمصدر القانوني الأعلى أن يضع حداً أقصى لا يجوز للمصدر الأقل أن يتجاوزه ويزيد عليه .
بداية نقول أنه إذا وضع المشرع حداً أقصى لميزة من المزايا ولم يسمح للمصادر الأخرى بتجاوزه فإن ذلك يخرج القاعدة من دائرة النظام العام الحمائي ليدخله في دائرة النظام العام المطلق .
أما بالنسبة للمصادر الأخرى الأدنى مرتبة من التشريع كعقود العمل الجماعية أو التعهد الفردي من جانب صاحب العمل أو اللوائح فإن الأمر يغدو مختلفاً .
ففيما يتعلق بعقود العمل الجماعية فإن هناك شبه إجماع في الفقه الفرنسي على أنه في ظل انعدام التدرج بيت عقود العمل الجماعية لا يمكن لعقد العمل الجماعي الأوسع نطاقاً أن يفرض حدوداً قصوى للمزايا في عقود عمل جماعية أقل نطاقاً منه ، إذ لا يمكن لبند اتفاقي في هذا العقد الأول أن يفرغ النظام العام الحمائي من مضمونه .
وينتهك الحق في التفاوض على صعيد المستويات الأخرى الأقل نطاقاً ، أو حتى على مستوى عقود العمل الفردية .
ولا شك أن الحدود القصوى التي يفرضها اتفاق العمل الجماعي بخصوص المزايا يمثل اعتداءً على الحرية العقدية لأطراف منظومة الشراكة الاجتماعية ، وعلى الحرية العقدية لأطراف عقد العمل الفردي (العامل - صاحب العمل) .
وكذلك الأمر بالنسبة للعرف والتعهد الفردي . فحتى مع اعتبارهما أقل في الدرجة من عقد العمل الجماعي إلا أن صفة الإلزام في النظام العام الحمائي لا تحضر ظروف عرف أو تعهد فردي يتضمن قواعد متميزة أو أكثر تميزاً للعامل من بنود الاتفاق الجماعي .

1- Cass. Soc 19 Nov.1997, Dr . Soc , 1998 , p. 89

2- Boyer. « L. avantage acquis en droit du travail ». thèse. Toulouse. 1989. p 34.

وبناء على ما تقدم ، لن يكون بمقدور القاضي أن يقلص سقف الميزة أو ينزل به أو يعتد بالصعوبات الاقتصادية ليخلص إلى أن المزايا المفرطة يجب خفضها ولن يكون له سلطة في تعديل البنود الاتفاقية ما لم تكن هذه البنود جزائية⁽¹⁾ ، إذ سيكون للحق الذي يعطى أفضل نتيجة أثر ملزم بالنسبة للقاضي، ويتعين على القاضي أن يولي وجهه شطر هذا الحق أيا كان موقعه ، والحالة الوحيدة المسموح فيها للقاضي بخفض سقف الميزة هي الميزة ذات الطابع الجزائي⁽²⁾ .

ثالثا- سلطة القاضي في خفض الميزة ذات الطابع الجزائي:

إذا كان مصدر الميزة ذا طابع عقدي أو اتفاقي كان للقاضي سلطة خفض الميزة المالية ذات الطبيعة الجزائية⁽³⁾ ، كما لو كانت جزاء على مخالفة صاحب العمل لأحد التزامات كالتزامه بالإبقاء على العقد أو الإبقاء على الوظيفة وكان الجزاء مبالغا فيه ، لكن تنتفي هذه السلطة إذا كان البند المتضمن لميزة بندا اتفاقيا وإنما لاثريا ، أو كان هدفا جبر ضرر حقيقي أو فعلي دون أن يكون مبالغا فيه ، كما هو الحال بالنسبة لمبلغ التعويض عن الفصل من العمل⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾ بالتزام صاحب العمل بدفع التعويض عن الفصل المنصوص عليه في اللائحة الداخلية للعمل رغم كونه أعلى بكثير من التعويض الذي نص عليه عقد العمل الجماعي ، ورفضت طلب صاحب العمل بخفض هذا التعويض الجزائي بناء على المادة 1152 فقرة ثانية (L 1152-2) من التقنين المدني الفرنسي⁽⁶⁾ . وكانت حجة المحكمة في ذلك هي أن التعويض الأكبر كان مصدره تعهد فردي من صاحب العمل لا يزال قائما وليس بندا اتفاقيا ، ولم تقتنع بما ادعاه صاحب العمل من كون أن اللائحة الداخلية تعد مكملة أو ملحقة بعقد العمل الفردي .

1 -بالنسبة للتشريع الفرنسي ينظر المادة 1152 من التقنين المدني الفرنسي.
وبالنسبة للفقهاء الفرنسي ينظر :

J. Savatier. Effet . « D .une clause conventionnelle de reprise d. ancienneté sur le clause de l .indemnité de licenciement » . Dr. Soc. 1995. p 479.

وبالنسبة للقضاء ينظر :

Cass. Soc . 22 fev . 1995,R J S . 6/95 , p.644.

Cass. Soc . 14 mai 1987 , R T D C , 1988, p. 531, Obs . J . Mestre.

2-D. Mazeaud. « Les clause pénales en droit du travail » . O.P. Cit . p 343.

J. Savatier . « Réflexion sur les .indemnités de licenciement » . Dr. Soc. 1989. p 125.

3- Cass. Soc . 27 Fev.1992, Cite par A. Bugada p 147.

وفي هذا الحكم أيدت محكمة النقض حكما خفض فيه قضاة الموضوع مبلغ التعويض عن الفصل المتفق عليه في عقد العمل الفردي من 270 ألف فرنك إلى مبلغ 30 ألف فرنك فرنسي ، وهو التعويض الذي نص عليه عقد العمل

4 - Ca. . Aix -en -preovence. 18 ch. 9 mai 1995. R J S . 10/95. n 1102.

5 - Cass. Soc .26 mai 1999. R J S . 7/99. n 916.

6- يجيز المشرع للقاضي من خلال هذه المادة بأن يخفض في مبلغ الجزاء (التعويض الإتفاقي عن الضرر) المتفق عليه في العقد من تلقاء نفسه ، إذا بدا له مبلغا مبالغا فيه ، أو يمكن له أن يزيد فيه إذا رأى أنه تافه.

كما قضت محكمة استئناف باريس (1) بأن تعهد صاحب العمل ذا الطابع الجماعي ، الذي لم يتضمنه عقد عمل فردي لا يمكن أن يكون بندا جزائيا ، إذ يجب أن يكون البند الجزائي من طبيعة عقدية خالصة .
كما لا ينبغي الخلط بين مفهوم الشرط الجزائي وبين الأجر الإضافي الذي يتقرر للعامل بمقتضى اتفاق أو عرف (2) .
وإذا كان للقاضي أن يستعمل سلطته في خفض الميزة في حالة البنود الجزائية فإن المسألة تتم من جانب القاضي بشكل اختياري لا إجباري (3) ، شريطة ألا يتقاعس في كل الأحوال عن خفض البنود الجزائية المبالغ فيها . فيؤدي ذلك إلى المساس بحرية صاحب العمل في إنهاء العقد (4) .

1 - C . A . Paris 27 avr 1993 ; R J S , 8/9 , n° 903.

2- ولهذا لا يعد المقابل المالي الذي يتحمله صاحب العلم نظير امتناع العامل عن المنافسة بندا جزائيا ، إذ هو التزام يجد سببه في التزام العامل بعدم المنافسة.

3- Cass. Soc . 8 avr 1992 , cahier prud 'homme . , n°7 , p 121 .

4 - I.Chevalier . « La clause pénale dans le contrat de travail » , O.P. Cit. n° 662 . p 3.

الفصل الثاني :

مدى رقابة جهة النقض على عمليات تفسير العقود

لا يسلم القاضي من الخطأ شأنه شأن أي إنسان ، قد يخطئ كما قد يصيب ، ولا تسلم نفوس المتقاضيين من الضغائن والأحقاد ، فلا يتصور أن يصدر القضاء أحكاما مطابقة لحقيقة الواقع دائما ، فالحقيقة القضائية يندر أن تصل إلى مستوى الحقيقة الواقعية. كما أن الشعور بعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى المحكوم عليه ، لذا كان من المتعين على المشرع أن يعمل على تأمين مصلحة الخصوم بكفالة حقهم في الطعن في الأحكام .

وطرق الطعن في الأحكام هي الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر ، وبمقتضاها يمكن للخصوم التظلم من الأحكام القضائية الصادرة بقصد إعادة النظر فيما قضت به. ولكن وفق قواعد خاصة من حيث الشروط والمواعيد ، وهذا عملا على استقرار الأحكام القضائية .

وقد اجمع الفقه على تقسيم طرق الطعن إلى فئتين : طرق طعن عادية ، كالمعارضة والاستئناف ، وطرق طعن غير عادية كالتماس إعادة النظر والنقض .
والذي يهنا في بحثنا هو الطعن الأخير ، أي الطعن بالنقض ، فهو أحد طرق المراجعة الاستثنائية للأحكام ، غايته نقض القرارات المرفوعة إلى محكمة النقض ، لمخالفتها أحكام قوانين الموضوع أو قوانين الشكل .

فالنقض ليس درجة الثالثة من درجات التسلسل القاضي، على الأقل في تشريعنا الجزائري ، وإنما هو طريقة خاصة ، أوجدها المشرع لمراقبة حسن تطبيق القوانين ، وصحة تفسيرها وإيجاد اجتهاد مستقر وموحد بشأنها داخل الدولة .

والهيئة القضائية التي تتولى مهمة فصل في الطعون بالنقض في تشريعنا الجزائري هي المحكمة العليا . وهي لا تبحث في موضوع الدعوى كأصل عام ولا تدقق وقائع القضية وإنما تنحصر مهمتها في التأكد من أن محكمة الموضوع (جهة أول درجة أو جهة الاستئناف) قد أحسنت تطبيق القواعد الموضوعية والإجرائية التي نص عليها القانون .
وهكذا يتضح أن الطعن بالنقض هو نوع من الشكوى ضد محكمة الموضوع (وليس ضد القاضي) ، ومهمة جهة النقض هي الفصل في الحكم وليس في الخصومة ، ولنقل أن مهمتها هي بمثابة " حكم جهة عليا على حكم جهة سفلى " .

لكن هل دور جهة النقض يقتصر على الرقابة على محكمة الموضوع في مسائل القانون فقط أم يتعداها إلى مسائل الواقع أيضا ؟
وما هي ضوابط سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقود ؟ وإلى أي مدى يمكن لجهة النقض ممارسة رقابتها في هذا المجال ؟

هذا ما سنجيب عنه بعد تناوله في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : حدود التفسير القضائي بين الرقابة على القانون وعلى الواقع
المبحث الثاني : رقابة جهة النقض على مسائل التسبيب والتحرير

المبحث الأول :

حدود التفسير القضائي للعقود بين الرقابة على القانون وعلى الواقع

لما كان العقد هو أهم مظهر للتصرفات التي ينشأ عنها الالتزام فإنه يكون أكثر ما يكون خضوعاً لرقابة القاضي وسلطانه ، ونحن نبحث في سلطة القاضي وهي التي يستطيع أن يحقق بها العدل في العقد ويؤمن عن طريقها المساواة بين المتعاقدين .
ولما كان العقد قد أضحى وظيفته الاجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين ، بل يتردد أثره على المجموع فكان من حق الدولة أن تراقبه وأن تشرف عليه ، وقد أصبح القاضي بهذه السلطة يمارس عملاً قريباً من عمل المشرع .

ولا شك في أن رقابة هذه المحكمة تساعد على تحقيق العدالة، وخاصة عندما يترأى لها إفساد معنى الإرادة التعاقدية عن طريق اكتشافها النقص في التعديل بين التعليل والفقرة الحكيمة أو الخطأ في تطبيق القانون .

والواقع أن سلطة القاضي في تفسير العقد لا تقل عن سلطته في فسخه أو تعديله أو تكميله ، ولما كان تفسير العقد يقوم على استخلاص الآراء المشتركة لعاقديه ، فإن للقاضي من حيث المبدأ سلطة تقديرية في الكشف عن هذه الإرادة معتمداً في ذلك على الوقائع الثابتة في الدعوى دون أن يكون عليه في ذلك أدنى معقب من محكمة النقض .

وننتساءل هل يمكن أن يكون تفسير العقد خاضعاً على إطلاقه لسلطة القاضي دون رقابة جهة النقض ، أم يخضع تفسير العقد للرقابة شأنه تفسير القانون ؟ أم توجد مسائل تخضع لرقابة جهة النقض وأخرى لا تخضع للرقابة ؟

هذا ما سنعالجه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : رقابة جهة النقض بين مسائل القانون ومسائل الواقع

المطلب الثاني : حالات تدخل جهة النقض للرقابة على تفسير العقود

المطلب الأول : **رقابة جهة النقض بين مسائل القانون ومسائل الواقع**

إذا كان الأصل ، أن يتمتع القاضي بحرية كبيرة في تفسير العقد الغامض باعتبار التفسير و هدفه الأساسي ، أي البحث عن الإرادة والنية المشتركة للأطراف من الأمور الواقعية لا القانونية على ضرورة مباشرة قضاء النقض لنوع من الرقابة على عملية التفسير للحد من الحالات " الانحراف " عن التفسير، على نحو من شأنه أن يخالف قصد وإرادة أطراف العقد أو مجموع ما يرتبط به من عوامل لتكون الرقابة منصبة على " تسبيب " الحكم المفسر للعقد ، ومن خلال الربط بين السند الذي اعتمده قاضي الموضوع في التفسير، وبين عبارات العقد ذاته ، أو على الأقل ، بين سند التفسير وملابسات إبرام العقد من وقائع مادية . فإن كانت محصلة التفسير بمنأى عن النقض أو التمييز ، وإلا فإن التفسير يشكل خروجاً عنه ، وانحرافاً يحق لمحاكم الدرجة الأعلى نقضه .

ومن جانب آخر ، فإن المشرع ، وإن حرص على تكريس الحدود المفروضة على سلطة القاضي في تفسير العقد ، فإن قدره لا بأس به من مرونة ، يظهر في تعامله مع هذه السلطة ، وتظهر هذه المرونة من جانب المشرع أكثر من قضاء النقض . وتشير كتابات الفقه إلى دور محكمة النقض في الرقابة على عملية تفسير العقد التي يقوم بها قضاة الموضوع ، وذلك من خلال العرض التاريخي، لمفهوم التفسير ، ودور القضاء العالي في الرقابة على أعماله .

ومن الواضح أن هذه الرقابة تنطلق من أساس قانوني يتمثل في قانون المرافعات (1) ، الذي تحدد حالات الطعن بالنقض أو التمييز ، ومن ضمنها الحالة التي استقر الفقه في شأنها ، على أن تراقب جهة النقض ، بحث قاضي الموضوع للوقائع ، متى كان في ذلك مخالفة لأحكام القانون. إذ أن قاضي الموضوع حين قيامه بتفسير العقد ، يستقل بذلك ، باعتبار أن ذلك يرتبط بمسائل الواقع ، فلا يخضع ذلك لرقابة قضاء النقض .

في حين أن رقابة قضاء النقض تثبت متى كان تقدير القاضي لمسائل الواقع اللازمة لعملية التفسير فيه مخالفة للقانون ، وإن كان ظاهر ما سبق ، أن قضاء النقض يحتاج في رقابته هذه للنظر في مسائل الواقع ، إلا أنه يفعل ذلك في حدود ما يلزم لبحث مسائل القانون ، فلا يكون نقضه لقرار قاضي الموضوع ، بناء على فساد هذا القرار من بحث مسائل الواقع ، وإنما في خصوص أعماله لأحكام القانون ، على النتائج التي يتوصل إليها من خلال بحث مسائل الواقع .

وسنعالج في البداية مسألة التفرقة بين الواقع والقانون والمعايير المقترحة لذلك فيما يلي :

الفرع الأول : ضرورة التمييز بين القانون والواقع

الفرع الثاني : المعايير الفقهية المقترحة للتمييز بين الواقع والقانون

1 - فيما يتعلق بالنصوص التي تتعلق بحالات الطعن بالنقض أو بالتمييز ينظر على سبيل المثال :
المادة 358 إجراءات مدنية جزائري جديد ، و المادة 248 مرافعات مدنية مصري ، و المادة 336 مرافعات ليبي ، و المادة 203 مرافعات عراقي ، و المادة 152 مرافعات كويتي ، و المادة 173 مرافعات إماراتي ، و المادة 250 أصول محاكمات سوري ، و المادة 198 أصول محاكمات أردني ، و المادة 207 إجراءات مدنية سوداني ، و المادة 359 مسطرة مدنية مغربي.

الفرع الأول : ضرورة التمييز بين القانون والواقع

على الرغم من تسمية محكمة النقض ، أو المحكمة العليا كما تسمى في الجزائر⁽¹⁾ ، بأنها محكمة قانون ، فهي لا تحاول من تلقاء نفسها مراقبة حسن تطبيق القانون ، لأن جميع المحاكم الأخرى الابتدائية و الاستئنافية هي أيضا محاكم قانون . ويتعين عليها مراعاة حسن تطبيقه ، وإن كانت مهمتها أو لا تقدير وقائع الدعوى وتكييفها ، ثم تطبيق حكم القانون عليها . غير أن محكمة النقض قد تختص هي الأخرى في بعض الأحوال بنظر قضايا الموضوع ، كما تختص بمراقبة تحصيل فهم محكمة الموضوع لواقع الدعوى . ومن هنا تكون تسمية محكمة النقض بأنها محكمة قانون محل نظر ، وسيأتي بيان ذلك لاحقا .

والهدف الأساسي من وجود محكمة النقض على الرغم من اختلاف الأنظمة بشأنها ، يكمن دائما في ضمان توحدي أحكام القضاء لدى تطبيق القانون أو تفسيره ، الأمر الذي يؤدي إلى وحدة القضاء الوطني نفسه ، ويتحقق في النهاية مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون⁽²⁾ . فوجود محكمة النقض يعتبر ضمانا دستورية وقانونية لتوحيد مفاهيم القضاة حول مختلف القضايا القانونية عن طريق التفسير الذي تعطيه من خلال أحكامه .

والوصول إلى هذه المحكمة لا يكون بصفة إيداع مباشر ، وإنما عن طريق طعن في حكم نهائي صادر عن محكمة ابتدائية أو محكمة استئنافية ، هو الطعن بالنقض . والطعن بالنقض ، هو طريق غير عادي للطعن ، لا يجوز ولا يقبل إلا بأسباب معينة محصورة تشريعيًا ، وهي في غالبيتها إما ترجع إلى الخطأ في تطبيق القانون أو عدم التسبب أو القصور فيه⁽³⁾ .

- 1 - تسمى محكمة النقض في فرنسا ومصر وسوريا ، و محكمة التمييز في لبنان والكويت والأردن ، و المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات ، و محكمة التعقيب في تونس ، و المجلس الأعلى في المغرب ، وهي نفسها التسمية التي كانت معتمدة في الجزائر منذ نشأتها سنة 1963 بموجب الأمر 218/63 المؤرخ في 18 جوان 1963 قبل تعديل تسميتها سنة 1989 بموجب القانون رقم 22/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المعدل والمتمم سنة 1996 مع العلم أن قبل سنة 1963 كان يطبق النظام القانوني والتنظيم القضائي الفرنسيين .
- 2 - جاء في المادة 152 من دستور الجزائر النافذ لسنة 1996 أنه : " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم " .
- و جاء في المادة الرابعة من القانون رقم 22/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 ، المتضمن صلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 25/96 المؤرخ في 12 أوت 1996 أنه : " تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له . يحدد القانون صراحة الحالات التي يمكن أن تكون فيها محكمة موضوع وقانون في نفس الوقت " .
- وجاء في المادة السادسة من نفس القانون : " بصفتها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم ووفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات ، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية " .
- 3 - يلاحظ أن قانون المرافعات الجزائري الجديد حدد وحصر حالات الطعن بالنقض ووسعها إلى ثمانية عشرة (18) حالة بعد أن كانت ست (6) حالات في ظل القانون السابق . ينظر نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية السابق ويقارن بنص المادة 258 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 . والمنشور بالجريدة الرسمية ، عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 ، والذي سيدخل حيز النفاذ بدء من تاريخ 24 أبريل 2009 ، أي بعد سنة من نشره في الجريدة الرسمية .

وعليه يتعين على الطاعن بالنقض أن يتحرى الدقة المتناهية في تحديد أسباب طعنه من حيث الشكل والموضوع (1) ، لأنه ليس طعنا عاديا ولا درجة من درجات التقاضي تنقل النزاع برمته كما ، وإنما هو طعن ذو طابع خاص ، وأسبابه محصورة على خلاف الطعن بالمعارضة والطعن بالاستئناف.

ولئن كانت محكمة النقض تحتم على الطاعن أن يلقي المسائل الموضوعية جانبا ، إلا أن هذا لا يعني أن كل ما يتصل بواقع الدعوى وبظروف النزاع من أسباب طعن لا يقبل أمام محكمة النقض ، فهناك بعض الأسباب ذات الصلة بموضوع الدعوى ، أي يختلط فيها الواقع بالقانون ، ثم أن العمل القضائي في الحقيقة ما هو إلا مزيج من الواقع والقانون ، ومحكمة النقض تراقب كليهما ، لذلك ليس غريبا أن بعض أسباب الطعن بالنقض مرتبطة ارتباطا وثيقا بواقع الدعوى .

فالمحكمة وهي بصدد الكشف عن مدى مخالفة الحكم المطعون فيه بالنقض ، لا تخرج عن رقابتها كل ما يتصل بالوقائع ولكنها لا تعيد النظر في هذه الوقائع من جديد ولا تحاول إثباتها ، لأن ذلك يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع ، وإنما مهمتها تقتصر على النظر فيما إذا كانت هذه الوقائع كافية للفصل في الدعوى ، وتتنظر أيضا ما إذا كانت النتيجة منطبقة على الأسباب التي أوردتها الحكم ، وما إذا كان القاضي قد غير هذه الوقائع وحرفها بشكل لا يستقيم مع الحكم المطعون فيه .

والحقيقة أن نظام الطعن بالنقض يحتاج لمزيد من الدراسة لمعالجة جوانبه المختلفة وما يثيره من مشاكل متنوعة ، كبيان الأحكام التي يجوز فيها الطعن بالنقض ، وأسباب الطعن ، والخصوم في الطعن وإجراءاته ومواعيده ، وعدم قبول أسباب جديدة ، وأثر الطعن وتنفيذ قرار النقض والإحالة بعد النقض وغيرها من المشاكل التي يثيرها نظام الطعن بالنقض التي لا يسمح المقام للتعرض لها كلها .

غير أن تركيزنا سيقصر فقط على نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع ثم تجسيد هذه الرقابة بوضوح في مجال الرقابة على الأحكام المتعلقة بتفسير العقود .

1 - ولهذا السبب تشترط جل التشريعات المقارنة وجوب أن يتم التقاضي أمام المحاكم العليا بواسطة محام معتمد أو مقبول لديها ، وغالبا ما يكون المعيار في ذلك هو الأقدمية التي تنم عن الخبرة والكفاءة. ينظر مثلا المادة 113 من القانون رقم 04/91 المؤرخ في 8 جانفي 1991 ، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة بالجزائر التي تحدد شرط الاعتماد الأقدمية بعشر سنوات مع مراعاة بعض الاستثناءات (جريدة رسمية عدد 2 ، سنة 1991) .

الفرع الثاني : المعايير الفقهية المقترحة للتمييز بين الواقع والقانون

نشير في بادئ الأمر إلى أنه يصعب من الناحية العملية وضع معيار محدد يضع قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لبيان ما إذا كنا أمام مسألة قانون أو أمام مسألة واقع . وترجع هذه الصعوبة إلى أنه كثيرا ما يدق الخط الفاصل بينهما وخصوصا في مجال التفسير والتكييف.

ولم يكن كافيا في هذا الصدد وضع شرح فقهي للفظي واقع وقانون دون أن يكون هناك معيار عملي يوضح المقصود منها.

وإن مسألة التمييز بين الواقع والقانون تعد واحدة من أكثر مسائل القانون الإجرائي غموضا وصعوبة ، و قد شغلت الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء ، مع العلم أن نظام النقض يعتمد تحديدا على الفصل بين الواقع والقانون .

فمع بداية القرن التاسع عشر، وحتى وقتنا الحالي، ازدحمت عقول فقهاء القانون ، وأحكام محكمة النقض بمعايير شتى ، اقترحتها المهتمون بهذا الموضوع ، وقدموا معها أسانيدهم التي تعضد دعوتهم للأخذ بالمعيار الذي ينادون به .

ورغم ذلك لم يسلم أي من هذه المعايير من النقد ، الأمر الذي ترتب عليه أن مسألة إيجاد معيار للمسائل التي تختص بها محكمة النقض ما زال حتى الآن محلا للبحث .

ومعروف أن هذه المعايير الفقهية قد انعكس أثرها على قضاء محكمة النقض، حيث يترتب على اقتناعها بأحد هذه المعايير تحديد اختصاصها. ومع هجر هذا المعيار واعتناق آخر يتغير - بالتبعية - اختصاصها ، فيتحدد معيارها في فلك المعيار الجديد. الأمر الذي ينجم بالتبعية عدم معرفة المقصود بمخالفة القانون .

وغني عن البيان أن اختلاف حلول محكمة النقض في هذا الصدد يخل بالغاية التي من أجلها أنشئت هذه المحكمة ، وهي العمل على توحيد أحكام القضاء .

فإذا كان المستقر عليه هو أن نشاط القاضي بصدد مسائل القانون نشاطا مقيدا في حين أن نشاطه بصدد مسائل الواقع لا يخضع لأي قيد . وذلك باعتبار أن محكمة النقض تراقب قاضي الموضوع في حالة خطئه في حكم القانون فقط .

فالتساؤل حينئذ قائما عن هذا المعيار أو الآخر ، هل يصلحان لإقامة الحدود بين النشاط الذهني الذي يصدر من القاضي عند مباشرته لعمله القضائي ، تنصب مراقبة محكمة النقض على مادة هذا النشاط برمتها ، دون التمييز بين عناصره مادة هذا النشاط ، أي سواء نصب على الواقع المطروح ، أو كان نشاطا بصدد تكييف لهذا الواقع .

أولا - المقصود بمسائل الواقع وأهمية تمييزها عن مسائل القانون :

يقصد بالواقع (factum) : كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعته أو اختيارية يرتب عليه القانون أثرا . وهذه الوقائع (القانونية) قد يكون واقعة مادية أو تصرفا قانونيا (1) .
وبمعنى آخر يمكن القول أن الواقع هو مجموع الأحداث التي حصلت وكان لها كيان مادي وأصبحت بعد الدعوى منتمية إلى الماضي ، وهي ما تسمى كذلك بمسائل الموضوع .
ومعلوم أن مسائل الواقع أو الموضوع في الدعوى يستقل بها رأي القاضي دون أي معقب عليه ، ويخرج بالتالي من رقابة جهة النقض .
أما القانون (loi) فيقصد به مجموعة القواعد القانونية سواء كانت موضوعية أم إجرائية ، وسواء كانت وطنية أو أجنبية .

وقد ينتج عن الواقع مركز قانوني معين كما في الحيازة ، وفي عقد العمل الواقعي ، وفي حالة الضرورة ، بل وقد تلعب الروابط الواقعية دورا أكبر أهمية حيث تنتج عنها قواعد كما هو الحال في العرف الذي يعد من مصادر القانون .

والواقعة الواحدة قد تثير مسألة قانونية أو عدة مسائل قانونية في ذات الوقت كوفاء شخص ، حيث تثير مسألة تبليغ الورثة ، ومسألة افتتاح التركة ، ومسألة التأمين ومسألة العدة للمرأة المتزوجة ، ومسألة انقضاء الدعوى العمومية وانقضاء العقوبة...

وتعد التفرقة بين الواقع والقانون من أكثر المسائل وعورة من الناحية الموضوعية والإجرائية خصوصا ، حيث لا توجد قاعدة عامة أو معيارا محددا يمكن بواسطته تحديد ما يعتبر واقعا وما يعتبر قانونا في نزاع معين

ومع ذلك تبقى لهذه التفرقة أهميتها القانونية ، لاسيما من الناحية الإجرائية ، وسواء في مجال الإثبات أو في مجال رقابة جهة بالنقض .

فمن حيث الإثبات يختلف الواقع عن القانون ، حيث أن الواقع يتوجب إثباته ممن يتمسك به ، في حين أن القانون لا يتوجب إثباته ، إنما يتعين على القاضي تطبيقه باعتباره رجل قانون والساهر الأول على ذلك ، لأنه يفترض علمه التام به ، وذلك من باب أولى للقاعدة الدستورية المعروفة " لا يعذر أحد بجهله للقانون " التي تخاطب الجمهور دون إستثناء (2) .

وقد لاحظ الفقه أن مسائل الواقع تعتمد على أمور يتعين ثبوتها أمام القضاء بإقامة الدليل عليها ثم يترك أمرها للقاضي ليستخلص منها إرادة الطرفين مستخدما في ذلك ذوقه ومنطقه وخبرته . وهو تفسيره إنما يعتمد على هذه الوقائع التي ثبت لديه ، إذ التفسير ليس هو محل الإثبات بل الوقائع التي يستند إليها هي التي يقع عليها عبء الإثبات بخلاف الحال بالنسبة لمسائل القانون فليست محل إثبات أمام القضاء . بل دورها المنطقي يأتي بعد ثبوت الوقائع حتى يتعين تكييفها واستخلاص آثارها القانونية .

1 - فالواقعة المادية (fait naturel) : إما أن تكون طبيعية كالوفاة و الميلاد و الجنون و الزلزال و الفيضان (قوة قاهرة) ، وقد تكون من فعل الإنسان كارتكاب فعل غير مشروع أو إثراء بلا سبب .

أما التصرف القانوني (acte juridique) : فهو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين ، وقد يكون من جانبين أو أكثر كالعقود (كالبيع والهبة و الإيجار) ، وقد يكون التصرف من جانب واحد (كالإقرار و الوصية والوعد بجائزة) .
وتختلف التصرفات القانونية عن الوقائع المادية في كون أن آثارها تحددها إرادة الإنسان ، في حين أن الأولى يحدد آثارها القانون .

2 - ينظر المادة 60 من دستور الجزائر النافذ ، والمادة الرابعة من القانون المدني الجزائري .

وفي مبادئ قانون المرافعات يقوم توزيع المهام الإجرائية بين القاضي والخصوم على أساس التمييز بين الواقع والقانون ، ومن المبادئ المستقرة مبدأ سيادة الخصوم بالنسبة لوقائع النزاع ، لأن النزاع قد لا يتكون سوى من وقائع طالما أن القانون الوضعي لا يلزم الخصوم بذكر الأسانيد القانونية التي تسند الواقع ، ويبرر قاعدة سيادة الخصوم في ميدان الواقع بمبدأ إجرائي آخر هو مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها (1) .

ومبدأ سيادة الخصوم ليس مبدأ مطلقا ، فالأصل في عمل القاضي أنه مقيد بالعناصر الواقعية المدلى بها من الخصوم ، إلا أنه يبقى طليقا في تطبيق القواعد القانونية على هذه العناصر حتى ولو لم يدل الخصوم بهذه القواعد ، كما أنه غير مقيد بالوصف والتكليف الذي يعطيه الخصوم للعمل المتنازع عليه أو لموضوع الدعوى (2) ، كما يمكن للقاضي ، سواء قاضي أول أو ثاني درجة أو قاضي النقض أن يثير من تلقاء نفسه أية مسألة يعتبرها القانون من النظام العام ، ولا يعد ذلك خرقا لمبدأ الحياد ، ولا حكما بما لم يطلب منه ، بل ذلك ليس مجرد حق للقاضي بل هو واجب عليه بداهة .

ومن هنا يتجلى التمييز بين الواقع والقانون ، حيث لا يكف الخصم بإثباته ، طبقا للقاعدة التقليدية " القاضي يعلم القانون " ، وفي تاريخ القضاء الروماني يسجل القول المأثور: " أن القاضي يقول للخصوم أذكروا لي الوقائع وأن اذكر لكم القانون " (3) ، فالقانون لا يتطلب إثباته بخلاف الواقع (4) ، فتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وتفسيرها ، أمره كانت هذه القاعدة أو مكملة ، هو عمل يدخل في صميم وظيفة القاضي ، حيث لا ينتظر من الخصوم أو حتى محاميهم أن يعلموه القانون ، ولا يصح أن يفوض خبيراً أو شخصا غيره دراسة المسائل القانونية التي يثيرها النزاع .

والخلاصة أن القاضي هو السيد في ميدان القانون ، وأن الخصوم هم السادة في ميدان الواقع ، فهم يعطوه الواقع وهو يعطيهم القانون .
وفضلا عن الإثبات تظهر أهمية التفرقة بين الواقع والقانون من الناحية الإجرائية ، وبالذات فيما يتعلق الرقابة القضائية لجهة النقض ، فهي تراقب مسائل القانون كأصل ، أما مسائل الواقع فلا تختص بها إلا إذا ارتبطت بالقانون .

1- د/ عبد الفتاح عزمي : " التمييز بين الواقع والقانون ، دراسة مقارنة " ، مجلة المحامي ، الكويت ، الأعداد أكتوبر نوفمبر ديسمبر ، سنة 1986 ، ص 100 وما يليها .

2- د/ الياس الشبخاني : " دور القاضي في إثارة الأسباب القانونية " ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، سنة 2008 ، ص 12 .

3- د/ رمضان أبو السعود : " أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية " ، الدار الجامعية ، بيروت ، سنة 1993 ، ص 152 .

4 - عبر عن ذلك قانون أصول المحاكمات اللبناني في المادة 142 بنصه : " لا يطلب الدليل على وجود القانون اللبناني " .
غير أن الملاحظ هو أن القاعدة القانونية قد تكون محلا للإثبات كاستثناء إذا تعلق الأمر بالعرف حيث يقع عبء إثباتها على من يحتج أو يتمسك به في صورة دفع أو في صورة طلب .

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الأجنبي الذي يعامل كواقعة مادية لا كقانون ، مع استثناء قانون الأحوال الشخصية الأجنبي الذي يعد قانونا كما هو راجح لدى الفقه والقضاء المقارن .

ثانيا - ضرورة التمييز بين مسائل الواقع والقانون في تحديد نطاق رقابة النقض :

من الصعوبة بمكان فصل مسائل القانون عن مسائل الواقع بطريقة دقيقة ، ووضع معيار عملي يصعب قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة واقع أو مسألة قانون . إذ كثيرا ما يدق الخط الفاصل بينهما حتى يصبح رقيقا وهميا . وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام هامة أرست من خلالها مبادئ قانونية تعين الفقه على استخلاص معيار الفصل بين ما يعد واقعا وما يعد قانونا (1) .

حيث لم يكن كافيا ، في هذا الصدد ، وضع شرح فقهي للفظي "واقع" و "قانون" دون أن يكون هناك معيار عملي يوضح المقصود بينهما . فقد كشف أطراد أحكام محكمة النقض الفرنسية على أنه إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من واقعات الدعوى بتقدير الأدلة المقدمة من الخصوم ، والموازنة بين أقوال الشهود ، وترجيح قرينة على أخرى ، فإن ذلك كله واقع يكون البت فيه من اختصاص قاضي الموضوع.

وإلى ذلك ذهبت أيضا محكمة النقض المصرية (2) . أما إذا تعلق الأمر بتكييف هذه الوقائع ، ببيان التطبيق ، فإن هذه الأمور تعد من مسائل القانون التي تفرض عليها رقابة النقض (3) .

غير أن الفقه مختلف حول الاعتماد على التمييز بين الواقع والقانون كمعيار لتحديد نطاق رقابة جهة النقض ، حيث انقسمت آراء الفقهاء إلى اتجاهين :
اتجاه أول يرى بأن التمييز بين الواقع والقانون لا يصلح معيار لتحديد رقابة جهة النقض .
واتجاه ثان يرى بأن صعوبة التمييز بين الواقع والقانون لا تعني عدم صلاحيته كمعيار لتحديد نطاق رقابة جهة النقض .
ونستعرض فيما يلي ، وبايجاز ، مضمون كل رأي وأسس (4) .

1 - Cass. Req . 17 juin 1913. Dalloz. 1914.-1-2.80 .

2 - يراجع في ذلك أحكام محكمة النقض المصرية ، وعلى سبيل المثال :

نقض مدني ، بتاريخ 13 ماي 1973 ، المجموعة المدنية ، س 23 ، ع 2 ، ص 905
ونقض مدني ، بتاريخ 21 جوان 1972 ، ص 1142 . ونقض مدني ، بتاريخ 2 ماي 1972 ، س 23 ، ص 790 .

3 - للمزيد يراجع لمحكمة النقض المصرية الأحكام الآتية :

نقض مدني ، جلسة 9 مارس 1972 ، س 23 ، ص 376 .

ونقض مدني ، بتاريخ 3 مارس 1973 ، المجموعة المدنية ، س 24 ، ص 372 .

ويراجع لمحكمة النقض الفرنسية الأحكام الآتية :

Cass .Civ. 23 juil 1917. Dalloz 1917 -1-122. Cass. Civ. 9 juil 1935. Dalloz.1935. p 444.

Cass.Civ.8 fev1928. Dalloz 1928 -1- 25. Cass.Civ 1 fev 1950. Dalloz 1951. p 315.

Cass.Com.21 nov.1967. Dalloz.1968 .p 279.

Cass Civ 1 fev 1950. Dalloz 1951. p184.

4 - للمزيد من التفصيل يرجع إلى المؤلفات التالية :

د/ نبيل اسماعيل عمر : " النظرية العامة للطعن بالنقض " ، طبعة سنة 1980 ، فقرة 66 ، ص 138 وما بعدها.

د/ أحمد سيد الصاوي : " نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع " ، دار النهضة العربية ، سنة 1984 ، فقرة 61 ، ص 109 و ما بعدها .

د/ أمين مصطفى أمين : " التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بالنقض " ، مطبعة الإشعاع الفنية ، مصر ، سنة 2002 .

د/ أحمد محمود سعد : " مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، رسالة دكتوراه ، كلية حقوق بني سويف ، جامعة القاهرة ، مطبوعة لدى دار النهضة العربية ، سنة 1988 ، ص 384 وما بعدها.

أ / إبراهيم بن حديد : " السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1994 ، ص 63 وما بعدها.

الاتجاه الأول: التمييز بين الواقع والقانون لا يصلح معيارا لتحديد نطاق رقابة جهة النقض

أمام غموض فكرتي الواقع والقانون وصعوبة التمييز بينهما اتجه الفقه الحديث إلى عدم جدوى هذا المعيار لتحديد نطاق رقابة جهة النقض .

ويرى أصحاب هذا الرأي بأنه إذا كان من السهل تعريف القانون والواقع ، فإنه من الصعب وضع التعريفات النظرية موضع التطبيق (1) .

وقد حاول بعض الفقهاء الفرنسيين وضع قوائم صنفا فيها ما اعتبروه مسائل واقعية وما اعتبروه مسائل قانونية ، مستندين في ذلك إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

وقد تبين أن هؤلاء الفقهاء قد وضعوا هذه القوائم على أساس درجة العمومية أو قابلية التعميم في تقدير قاضي الموضوع . بمعنى أنه حينما يكون الحكم الذي صدر في دعوى معينة ينطوي على تقدير التعميم والامتداد لدعاوى أخرى مماثلة مستقبلا ، فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض . أما إذا كانت التقديرات التي تضمنها الحكم تنحصر على الدعوى التي صدر فيها لخصوصية ما أحاط بها من ظروف ، فإنها لا تخضع لهذه الرقابة .

وقد تعرض هذا الاتجاه لهجوم فقهي عنيف ومن جملة ما تعرض له من انتقادات ما يلي :
- أنه يقوم على فكرة خاطئة ، وهي وجود تناقض بين مسائل القانون ومسائل القانون .
- أنه ينظر إلى مسألة لاحقة على صدور الحكم ، فحيث يكون للحكم أثر عام يخضع للرقابة من جهة النقض ، وحيث لا يكون كذلك لا يخضع للرقابة ، وهذا لا يقدم معيارا للتفريق بين الواقع والقانون ، لأن المعيار الذي يتم على أساسه تحديد نطاق رقابة محكمة النقض يجب أن يكون سابقا للحكم وليس لاحقا له .

- أن هذا المعيار لا يتم إلا بوجه واحد فقط من رقابة محكمة النقض ، وهو الرقابة على التكييف ، وهذا النوع من الرقابة على أهميته لا يستنفذ كل وظيفة محكمة النقض .
- أنه عند تطبيق القانون على الواقع ، يتعين الرجوع إلى أفكار وسيطة أو موصلة بينهما مثل الوقائع الضرورية للعلم بالقانون ، والوقائع المشهورة أو الذائعة كالحرب أو تغيير النظام السياسي وقواعد الخبرة وقواعد اللغة والبيئة والعرف ومستوى ثقافة الأشخاص ...
وأحيانا يكفي ذكر الواقعة المادية لتحديد تكييفها ووصفها القانوني كاختلاس سيارة شخص آخر مثلا بوسائل احتيالية .

ولهذا السبب يقول الدكتور مصطفى أمين : " أن الحذر مطلوب في معالجة مشكلة التمييز بين الواقع والقانون بقصد تحديد نشاط محكمة النقض ، إذ يلزم بداية تحديد الإطار النظري لكل من الواقع والقانون ، وإعماله على التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ، لاستبان مدى مطابقتها أو مخالفتها لتلك المعايير ، أما إتباع عكس ذلك بالاعتماد على نشاط محكمة النقض في البداية للوصول لحل لمشكلة التمييز بين الواقع والقانون فغير مجد " (2) .

وقد طرح نفس الإشكال في المواد الجزائية على المستوى القضائي والفقهي والتشريعي ، مع تأسيس قضاء محكمة النقض في فرنسا وانتهى الحل بصدور القانون المؤرخ في 24 أبريل 1810 الذي نص في المادة السابعة منه أن تحقيق العدالة منوط بقضاة الموضوع يصدرن أحكامهم بحسب اقتناعهم ، ولا يخضعون لرقابة محكمة النقض إلا في حالة المخالفة الصريحة للقانون .

1 - د/ أحمد سيد الصاوي : " نطاق رقابة محكمة النقض " ، نفس المرجع والموضع السابقين .

2 - د/ أمين مصطفى أمين : " التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بالنقض " ، المرجع السابق ، ص 6 .

ويؤكد بعض الفقهاء أن المرور من الواقع إلى القانون مسألة دقيقة تشبه محاولة التمييز بين حدود الألوان المتداخلة ، حيث يستحيل على محكمة النقض أن تتطرق للوقائع نظراً مجردة منفصلة تماماً عن قيمتها القانونية ، فكل واقعة لها انعكاساتها على الحلول التي تبني عليها (1) .

ومن ثم فإن كل مركز واقعي لا يمكن النظر إليه إلا من حيث كونه مطابقاً لمركز قانوني يخضع له ، وبالتالي يصبح من العسير رسم خط فاصل بين الواقع والقانون ، ومن الأفضل ألا نبحث عنه لأنه غير موجود .

الاتجاه الثاني : التمييز بين الواقع والقانون يصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة جهة النقض

يرى غالبية الفقهاء أنه مع التسليم بصعوبة التمييز بين الواقع والقانون ، فإنه لا مفر من إجراء هذه التفرقة ، فبالإضافة لكونها المعيار الوحيد الممكن لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض تظهر أهميتها في عدة مواضع (2) .

ففي نظرية الغلط ، يفرق بين الغلط في الواقع وبين الغلط في القانون . وفي مجال الخبرة ينصب عمل الخبير أو رجل الفن على مسائل الواقع دون مسائل القانون . وفي مجال القانون المقارن يكتسب هذا التمييز أهمية خاصة في الحالات التي تتبع نظام المحلفين إلى جانب القضاة ، فيقتصر دور المحلفين على الواقع ودور القضاة على القانون رغم أن الأمر يتعلق بقضية واحدة.

وقد وجهوا انتقادات للرأي السابق الذي يفرق بين الواقع والقانون ومن أهمها أن التمييز بين الواقع والقانون سببه تداخل الفكرتين وليس تناقضهما .

وعلى الرغم من تسليم أنصار هذا الرأي بضرورة التمييز بين الواقع والقانون ، إلا أنهم ذهبوا مذاهب شتى في محاولة بلوغ هذه الغاية . وفيما يلي أهم المحاولات الفقهية :
فالبعض تبني فكرة تتبع نشاط القاضي في مراحل الدعوى ، من ناحية فحص الوقائع وتقرر الصحيح والثابت منها ، ثم إعطاء الوصف القانوني لكل واقعة بعد ذلك ، ليعمل في الأخير حكم القانون على ضوء هذا الوصف أو التكيف القانوني المعطى لتلك الوقائع .
هي محاولة وضعها الأستاذ بونيه (Bonnier) ، وأخذها عنه الأستاذ جيوجيه (Gaugier) (3) .

ولإيضاح ذلك ، فإن نشاط القاضي يمر بثلاث مراحل على النحو التالي :

1- التحقيق من وجود الوقائع المدعاة ، ونشاط القاضي الذهني في هذه المرحلة يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض ، حيث يتعلق الأمر ، حينئذ ، بنشاط ذهني ينصب على الواقع .

2- البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي إنتهى القاضي إلى ثبوتها ، ويطلق عليها مرحلة التكيف .

1 - د/ أحمد محمود سعد : " السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، المرجع السابق ، ص 510.

2 - للمزيد من التفصيل حول المعايير المقترحة :

ينظر : أ/ سلوى حمود ثابت : " أسباب الطعن بالنقض المتعلقة بوقائع الدعوى " ، مطبعة دار السلام ، 1996 ، ص 16 .

3 - Gaugier : « L'interprétation des actes juridiques » . thèse . Paris.. P.216 .

3- وأخيرا استخلاص القاضي من هذا التكييف النتائج القانونية التي يرتبها القانون عليه ، والتي ينتج عنها حل النزاع .

وقد قرر الفقه أن هاتين المرحلتين تعتبران من مسائل القانون ، حيث يعتبر نشاط القاضي الذهني فيهما عملا قانونيا صرفا ، مما يصح ، بالتالي ، إخضاعه لرقابة محكمة النقض .

والبعض الآخر عمد إلى انتهاج فكرة الاستدلال القضائي القياسي⁽¹⁾ ، فاعتبر أن كل حكم صدر في دعوى أو مسألة منها هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس يتكون من مقدمتين : مجموع الوقائع وهي المقدمة الصغرى ، والقاعدة القانونية ، وهي المقدمة الكبرى ، والحكم أو القرار القضائي يعتبر منطقية لهذا القياس أو الاستدلال القضائي . وقد رتب أصحاب هذا الاتجاه نتيجة مؤداها أنه إذا كان الفساد أو الخطأ واقعا في المقدمة الكبرى أي في القاعدة القانونية كان هذا خطأ في القانون يستوجب أعمال رقابة محكمة النقض .

وعلى العكس من ذلك فإذا وقع الخطأ في المقدمة الصغرى أي مجموع الوقائع فإن مثل هذا الخطأ لا يستوجب رقابة محكمة النقض . أما إذا وقع الخطأ في الحكم الصادر من القاضي أي في نتيجة القياس المنطقي ، فنكون إزاء خطأ في القانون يستوجب أعمال رقابة محكمة النقض .

فالقاضي ، عند أنصار فكرة الاستدلال القضائي ، مطالب بأن يجري نشاطه الذهني بصدده المسائل الآتية :

أ- تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

ب- تحديد الوقائع محل النزاع وإضفاء التكييف القانوني الملائم عليها .

ج- الاستنتاج المنطقي للنتائج التي تترتب على تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع الثابتة .

فإذا وقع خطأ في المقدمة الكبرى ، كان خطأ في تطبيق القاعدة القانونية أو في تفسيرها فإن الحكم يكون مشوبا بمخالفة القانون .

أما إذا وقع الخطأ في المقدمة الصغرى فإنه يتعين التفرقة بين أمرين :

- الأول ، أن يكون الخطأ ناتجا عن عدم التثبيت من وقائع الدعوى ، وفي هذه الحالة لا

يخضع القاضي إلى رقابة محكمة النقض لتعلق الخطأ بالوقائع .

- والثاني ، أن يقع الخطأ في التكييف القانوني للوقائع ، وفي هذه الحالة يخضع القاضي

لرقابة محكمة النقض على أساس أن الخطأ في التكييف يعتبر خطأ في تطبيق القانون .

فإذا كان الخطأ واقعا في نتيجة القياس ، أي في منطوق الحكم لعدم أخذه بالنتيجة الضرورية لمقدمتين صحيحتين فإنه لا يعدو أن يكون خطأ في القانون يستوجب رقابة محكمة النقض ، وذلك على اعتبار أن المقصود بالخطأ في تطبيق القانون هو تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها ، أو تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدتها القانون ، أو يرفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها .

ولم تخلو هذه النظرية من النقد ، حيث لا تختلف كثيرا عن نظرية تتبع نشاط القاضي فكلتا هما تعنى بمسلك نشاط القاضي في الدعوى والبحث في كل مرحلة عما يعد من مسائل الواقع وما يعد من مسائل القانون .

1- د/ نبيل اسماعيل عمر : " النظرية العامة للظعن بالنقض " ، المرجع السابق ، فقرة 67 ، ص 140 .
و د/ أحمد محمود سعد : " مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، المرجع السابق ، ص 384 وما بعدها .

وذهب فريق ثالث إلى الاعتماد على العناصر المكونة للمادة القانونية مع إعطاء وظيفة القاضي تفسيراً أكثر عمقا حين يقوم بإعمال القانون على واقعة معينة⁽¹⁾ .

ومن المعروف أن القاعدة القانونية في أي فرع من فروع القانون نحوي عنصرين مفترض القاعدة وحكمها ، ومفترض القاعدة هو وضع المشرع التصور العام والقالب الذي يتصور به الوقائع المراد حكمها بهذا المفترض ، هذا المفترض يشتقه المشرع من واقع المجتمع بمختلف مظاهره وتراكماته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية .

وهذا المفترض إذا تحقق نزاع معين وتأكد القاضي منه ، استوجب إعمال الشق الثاني ، أو العنصر الثاني من هذه القاعدة ، أي أثرها القانوني أو الأمر الكامن فيها على الوقائع الحية التي عرضها الخصوم ، وذلك يقتصر إحداث الأثر القانوني لهذا المفترض والذي لا ينفك ، وذلك لتحقيق العدالة ، وهي الغاية من النظام القضائي .

والقاعدة القانونية بمجرد ورودها من المشرع تكتسب خواصها القانونية ممن عمومية تجريد وإلزام ، ذلك يجعلها فوق الواقع رغم أنها منه ، بالتالي تكون صالحة لحكم أي واقع يتطابق مع مفترضها .

فالقاعدة القانونية حسب ما يراه بعض الفقهاء الفرنسيين هي مجموعة عناصر واقعية منظمة بواسطة المشرع وتستعمل كغطاء للوقائع التي تثيرها الحياة القانونية⁽²⁾ . فالقاعدة القانونية إذن تهيمن على الواقع وتحكمه ، وهي في ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض هي التي تراقب أعمال القانون .

وقد قيل بصدد تقدير هذه النظرية ، أنه من الواضح صعوبة اتخاذها معياراً للتمييز بين الواقع والقانون ومرجع هذه الصعوبة يرجع إلى أن ما يقوم به القاضي من عمليات متعددة بهدف حسم النزاع المطروح عليه لا يتم في صورة بسيطة وبمراحل منفصلة ، إنما هذا العمل يتم بصورة مركبة وبمراحل ...

ولأحد الفقهاء أيضاً محاولة للتمييز بين الواقع والقانون تعتمد على ما يسمى بالأفكار المعرفة وغير المعرفة بواسطة القانون ، ومعنى ذلك أنه إذا قام القانون بتعريف فكرة معينة كقانون البيع مثلاً ، فإن تطبيق قاضي الموضوع لهذه الأفكار المعرفة يخضع لرقابة محكمة النقض .

أما إذا اقتصر القانون على مجرد فكرة معينة دون أن يسبغ عليها تعريفاً معيناً . ومثال ذلك فكرة الخطأ والإهمال ، فإن إعمال قاضي الموضوع لهذه الأفكار يفلت من رقابة محكمة النقض⁽³⁾ .

وقد وجه نقد كبير لهذه النظرية ملخصه أن التعريفات التشريعية تكون في غالب الأحيان غير كافية ، وليس من وظيفة المشرع إعطاء تعريفات قانونية للأفكار التي يستخدمها ، فهذه وظيفة الفقه بالدرجة الأولى .

1- أ / إبراهيم بن حديد : " السلطة التقديرية للقاضي المدني " ، المرجع السابق ، ص 63 وما بعدها.

2 - د/ نبيل اسماعيل عمر : " النظرية العامة للطعن بالنقض " ، المرجع السابق ، ص 147.

3 - أ / سلوى حمود ثابت : " أسباب الطعن بالنقض المتعلقة بوقائع الدعوى " ، المرجع السابق ، ص 26.

ويرجع البعض من الفقه (1) لفكرة ما يسمى بمفترض الواقعة وحكم القاعدة ، مع إدخال إضافة عليها ، حيث أن معيار التمييز بين الواقع والقانون لا يكون إلا في مرحلة معينة ، وهي مرحلة حدوث نزاع حول واقعة ما وعرضها على القاضي . فإذا نظرنا على الزمن الذي تعرض فيه وقائع الدعوى على القاضي فإننا نميز بين لحظتين : اللحظة الأولى : وتتحدد بوجود الواقعة الحقيقية وجودا صرفا لا يشوبه نزاع . واللحظة الثانية : وتتحدد بوجود الواقعة أو الحقيقة وحدث المنازعة في تلك الواقعة أو هذه الحقيقة وطرح ذلك على القضاء لتطبيق القانون بصددها . وهذه اللحظة يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام :

الأولى : قبل طرح وقائع النزاع على القاضي ، وهنا تبقى مجرد وقائع مادية بحتة .
والثانية : أثناء طرح تلك الوقائع على القاضي وقبل تطبيق القانون عليها ، وهنا تبقى أيضا وقائع مادية بحتة للخصوم عليها سلطان كامل .

والثالثة : المرحلة الوسيطة بين لحظة طرح الوقائع المتنازع عليها على القاضي ، وبين لحظة تطبيق حكم القانون على هذه الوقائع . ففي هذه المرحلة يجري مقارنة بين الواقعة ومفترض القاعدة القانونية ، أي أنه يقوم بعملية التكييف القانوني ، والتي تتحول بفعلة الواقعة البحتة إلى واقعة قانونية .

فيكون أساس التكييف هو مجموعة الوقائع البحتة غير الموصوفة ، وهذا التكييف لا يعني أن الواقع قد انصهر في القانون . فطوال مرحلة عرض النزاع على القاضي يظل الواقع منفصلا عن القانون ، حتى بعد التكييف فإن الواقع يبقى مفصولا عن التكييف القانوني . وفي مجال رقابة محكمة النقض فإنها لا تراقب الواقع ، لأنها تفترض أن هذا الواقع صحيح ، وإنما تراقب التكييف القانوني ، فهي بذلك تفصل بين مجموع الوقائع البحتة وبين التكييف ذاته ، عندما تراقب الثاني وتمتتع عن رقابة الأول .

وحتى بعد النقض والإحالة ، فإن عودة القضية إلى المحكمة التي أصدرته ، فإن الوقائع تبقى هي نفسها ، ولا يحدث فيها تغيير ، وإنما التغيير الذي يحدث هو في إعطاء مجموع هذه الوقائع وصفا قانونيا جديدا ، كل هذا يدل على عدم انصهار الواقع البحت في وصفه القانوني .

ومن خلال رقابة محكمة النقض على القانون دون الواقع نستطيع أن نحدد معيارا للتمييز بين الواقع والقانون .

ومثال ذلك رقابة جهة النقض على أدلة الدعوى ، فالدليل هو واقعة من وقائع الدعوى ، والخصوم أحرار في طرحه أو عدم طرحه على المحكمة ، وللقاضي السلطة المطلقة في الأخذ به أو استبعاده . وهذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، باعتباره من مسائل الواقع حسب المعيار الذي بيناه من قبل .

فإذا أخذ القاضي بهذا الدليل ، فمعنى ذلك أنه كيفه التكييف القانوني الصحيح وطبق عليه مفترض القاعدة القانونية ، وبناء على ذلك تتولد الآثار التي يحددها القانون . وهذه الآثار هي التي تخضع لرقابة محكمة النقض . ونفس التحليل يصلح في مسألة تقدير الدليل .

وكما نرى ، فإن رقابة محكمة النقض هنا تنصب على التكييف القانوني بصفة أساسية ، أي على عملية الربط بين الواقع والقانون من قبل القاضي ، وعلى تطبيق القانون بصفة احتياطية .

وبيان ذلك أن القاضي عندما يعمل مصدرا للواقعة لا وجود له أو يعمل مصدرا وهميا أو متناقضا ، فمعنى ذلك أنه أخطأ عند قيامه بالمقارنة بين مفترض القاعدة القانونية ، أي حكمها ، وبين مجموع الوقائع . أو أنه توهم قيام التطابق بين هذا القانون وبين هذا الواقع ، بينما هذا التطابق لا وجود له في الواقع ، وبالتالي فإنه يعرض حكمه لرقابة جهة النقض ، لأن خطئه هنا يكون خطأ في القانون وليس في الواقع .

وبعد كل الذي استعرضناه من هذه النظريات الفقهية التي قيلت بشأن التمييز بين القاعدة القانونية والواقعة ، فإن نصل إلى نتيجة مفادها أن محاولة التمييز بين الواقع والقانون في الحياة القانونية تبدو صعبة للغاية ، ولا يوجد معيار دقيق ومحدد ومستقر عليه فقها وقضاء لحد يومنا هذا .

ومع ذلك تبقى تلك المحاولات التي قيلت لها أهميتها الكبرى من الناحية العملية ، فعند حصول نزاع حول واقعة معينة ، ودخولها إلى ساحة القضاء تتحول إلى واقعة قانونية ، وتدخل القاضي في عملية التكييف القانوني ، فهذا يعني أن رقابة محكمة النقض هي رقابة على الواقع والقانون معا ، فليس في عمل قاضي الموضوع وقاضي النقض على حد سواء ما هو قانون بلا وقائع ، أو وقائع بلا قانون ، بل إن عمله هو مزيج بين الوقائع والقانون . غير أن كلامنا هذا لا يعني أن كل محكمة النقض تبسط رقابتها على كل مسائل الواقع ، حتى لا نناقض أنفسنا ونجعل من جهة درجة ثلاثة للتقاضي . فالواقعة لا يمكن أن تكون واقعة بحتة، وإنما هي واقعة موصوفة ، وعمل القاضي هو الكشف عنها بإدراجها في مفترض وارد في قاعدة قانونية معينة .

ولا يدحض هذا الرأي أن محكمة النقض قد ذهبت إلى عدم بسط رقابتها على نشاط القاضي الذهني بصدد مسائل الواقع ، إذ هذا الاتجاه من قبل محكمة النقض ليس على سبيل التعميم ، فمحكمة النقض قد ذهبت في العديد من أحكامها إلى إخضاع مسائل الواقع لرقابتها . لذلك فالإتجاه الراجح في الفقه يرى أنه ، ولخدمة توحيد أحكام القضاء ، ينبغي إخضاع مجموع النشاط الذهني لقاضي الموضوع إلى رقابة محكمة النقض ، وذلك لاقتناعه بأن الخطأ في فهم الواقع هو خطأ في تطبيق القانون ، الأمر الذي يسمح لمحكمة النقض أن تفرض هيمنتها على الواقع والقانون في آن واحد ، أو كما سبق القول أن الخطأ في تطبيق القانون ما هو إلا خلل حادث في هيكل القياس المنطقي والقانوني الذي يقوم به القاضي .

ورقابة جهة النقض على مسائل الواقع تنبع من إيماننا بأن نشاط القاضي الذهني هو نشاط متعلق بتطبيق القانون ، سواء في مطابقة مفترضة على واقع النزاع المطروح ، أو في أعمال الأثرية على هذا الواقع ، أي أن نشاط القاضي الذهني ، بالمعنى الواسع ، هو نشاط قانوني بالمعنى الواسع يخضع بصده لرقابة محكمة النقض ، وحتى وإن كان بمناسبة واقع مطروح عليه . فمفهوم الواقع من الناحية الواقعية لا يوجد منفصلا عن مفهوم القانون .

وعليه فالسلطة التقديرية للقاضي هي نشاط ذهني لقاضي الموضوع يتعلق بفهم أولي لواقع النزاع المطروح يؤدي إلى البحث عن القاعدة القانونية المحتملة التطبيق وتطبيقها من خلال مطابقة مفترضها للواقع المطروح . ثم نشاط ذهني يتعلق بفهم الأثر الوارد في هذه القاعدة فهما صحيحا وإنزاله على واقع النزاع ، وهو نشاط ذهني متعدد الجوانب يهدف إلى تحقيق الغاية الموضوعية من القانون . وتتحقق هذه الغاية من خلال إخضاع مجموع هذا النشاط بمجموعة وفي جميع مراحل لرقابة محكمة النقض ، دون التمييز بين مادة هذا النشاط ، الواقع والقانون ، وذلك على اعتبار أن خطأ القاضي بصدد الواقع يؤدي حتما إلى خطأ في تطبيق القانون . ومن ثم فإن الاعتداد بمعيار فاصل ومحدد للتمييز بين الواقع والقانون يصبح مسألة عديمة الجدوى بالنسبة للنتائج المترتبة عليها .

المطلب الثاني :

رقابة جهة النقض بين مسائل القانون ومسائل الواقع

إذا تأملنا في الغرض المقصود أصلا من إنشاء محاكم النقض نراها تهيمن على تطبيق القانون و تراقب سير الإجراءات لدى المحاكم على نهج قويم من الناحية القانونية ، بمعنى أنه ليس لها الموازنة بين حجج الخصوم واستقراء نياتهم من ظروف النزاع واستتباط الأدلة الموصلة للحقيقة من مستنداتهم ، إذ كل ذلك من اختصاص قاضي الموضوع لا تشاركه فيه محكمة النقض . ولا جدال لو أتت شيئا من هذا لاستحالت إلى محكمة موضوعية تعيد النظر في وقائع الدعوى مجددا ولكانت في عملها هذا خارجة على القانون مع أنها هي التي تحميه وترعى أحكامه ، بل هي القدوة لغيرها من المحاكم تهتدي بهديها و تقتدي بها وتستنتي سنتها في احترام القانون وصون قداسته .

فمحكمة النقض ليست محكمة موضوع وإنما هي محكمة قانون ، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يتناول اختصاصها كل المسائل المتعلقة بالعقد عموما ، فمنها ما يهم مصلحة الطرفين ومنها ما يهم المصلحة العامة.

فمهمة محكمة النقض تنحصر في الأصل في التطبيق القانوني ، فلا تتعرض لتقدير الوقائع ، إذ هذا التقدير من اختصاص قاضي الموضوع يستنبطه على الوضع الذي يطمئن إليه وجدانه ، فإذا فرض أن نبا رأيه عن الصواب ولكنه لم يخطئ في هذا التطبيق في التقدير القانوني ، كان حكمه بمنجاة عن سلطان النقض وكان الخطأ القضائي من سوء حظ المحكوم عليه ولا حيلة له فيه . هذا هو شأن قضاء النقض بالنسبة لتطبيق القانون ، وتلك هي مهمته التي درج عليها فظل يؤديها خدمة للعدالة وتوحيدا للمبادئ القانونية بين المحاكم . ولما كانت العقود ، بمقتضى بعض النصوص القانونية، شرعة المتعاقدين ، وبما أنه يعود لمحكمة النقض حق التقرير ، بالنسبة لأحكام النقض ، بما إذا كانت هذه الأحكام قد خالفت النصوص القانونية أم لا ؟

وعليه يصح التساؤل عما إذا كان يجوز لمحكمة النقض أن تمد سلطان رقابتها إلى مجال تفسير المحاكم للعقود والمشارطات على اعتبار أنها شريعة المتعاقدين ، وتأخذ بذلك حكم القانون بمعناه المصطلح عليه ؟ أم أن تفسير قاضي الموضوع للعقود يدخل في السلطة التقديرية المطلقة لقاضي الموضوع بلا معقب عليه فيه ولا رقيب مهما أخطأ أو انحرف في قضائه عن مؤدى الاتفاق ؟

الإجابة على ذلك تدفعنا إلى استعراض موقف القوانين المقارنة من هذه المسألة ، ولاسيما منها في القانونين الفرنسي والمصري ، وهما القانونين الذين نعتبرهما بمثابة تشريعين مرجعيين لتشريعنا الجزائري ، وهو ما سنعالجه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل الواقع
الفرع الثاني : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل القانون

الفرع الأول : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل الواقع

تقتضي المصلحة العامة بإبعاد مسائل الواقع عن اختصاص محكمة النقض واقتصارها على مراقبة تطبيق القانون لضمان وحدة تطبيقه تطبيقاً سليماً ، لأن إقحامها في قضايا الواقع يعني مشاركتها لقاضي الموضوع في تقييد الأدلة لمعرفة مدى صحة فهمهم للوقائع والافتتاح بها. وهذا يعني إمكان تقديم أدلة جديدة لها لأول مرة ، أو إحالة الدعوى للتحقيق . وإذا كان هذا مقبولاً أمام محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية للنقض يعاد طرح النزاع أمامها للفصل فيه مجدداً . فإنه من غير المقبول أمام محكمة النقض عرض الوقائع مرة ثالثة ، فإن دورها ينحصر فقط في بحث مسائل القانون فقط .

وبالنسبة لطبيعة مادة تفسير العقد فإنها تعنى اعتماد قاضي الموضوع على عناصر خارجية ووقائع مادية في بحثه عن الإرادة الشخصية تختلف من دعوى إلى أخرى حتى في العقود المتماثلة ، إذ من الممكن تصور أن يكون لطرفي العقد مفهوم خاص للألفاظ التعاقد لا يشترط أن يكون هو بذاته نفس المفهوم لذات الألفاظ في عقود أخرى ، كما أنه ، وإن كان مهماً لدى محكمة النقض توحيد تفسير النصوص القانونية ، إلا أن هذه الأهمية ليست على نفس الدرجة بالنسبة للنصوص التعاقدية المتماثلة ، بالإضافة إلى أن خطأ قاضي الموضوع في تفسير العقد لا ينشئ إلا قضاء فاسداً خالف فيه إرادة الطرفين وليس أحكام القانون .

ومن المفروض الحد من السلطة المطلقة لقاضي الموضوع حتى لا يتحكم في مادة التفسير من خلال إلزامه بالتقيد بمعنى العقد وعدم تحريفه وإلزامه بالتسبيب إذا رأى مبرراً لذلك ، واخضاعه لنطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض .

وقد يبدو هذا الكلام نظرياً ، لأنه من الناحية العملية نجد القضاء ، وحتى الفقه ، لا يجزم دوماً بأن تفسير العقود هو من مسائل الواقع ، وإنما يتوجب التفرقة بين أمرين في غاية الأهمية ، وهما تفسير القانون من جهة ، وتفسير العقد من جهة ثانية .

فإذا كان الأول من مسائل القانون ، فإنه على العكس من ذلك يعد الثاني من مسائل الواقع . وتفصيلاً لذلك سنستعرض موقف كل من القضاء في فرنسا وفي مصر . وسنرى هل دور محكمة النقض في الرقابة على تفسير العقود ، باعتبارها مسألة واقع أم باعتبارها مسألة قانون ، أم باعتبارها مسألة مختلطة ؟

أولاً- رقابة محكمة النقض الفرنسية على المسائل الواقعية في تفسير العقود :

تعد محكمة النقض الفرنسية نموذجاً لمثيلاتها في كثير من البلاد بوجه عام و في الدول العربية بوجه خاص ، وبمقتضى قانون 17 نوفمبر 1897 كانت محكمة النقض تنظر في موضوع الدعوى ، وما كانت تقضي في النزاع من الوجهة القانونية ، بل كانت وظيفتها النظر فيما إذا كان الحكم المطروح أمامها قد أخل بالقانون . فإذا تبين لها ذلك أحالت الدعوى إلى محكمة أخرى حتى إذا جاء حكمها كحكم الأولى كان من المتعين رفع الأمر إلى السلطة التشريعية لتقول قولتها الفاصلة في الأمر ، و متى كانت مهمة محكمة النقض قد جاءت على هذا النمط فلا غرو إن عدت جزءاً من السلطة التشريعية تعونها في تفسير القانون .

بيد أن التشريع الفرنسي الصادر بعد ذلك (القانون الصادر في 16 سبتمبر 1807) قطع صلتها بهذه السلطة ووضعها مكانها الطبيعي ، بأن جعل منها سلطة قضائية بحتة يجيء تفسيرها للقانون مقصوراً على النزاع المرفوع إليها .

وبالرجوع إلى موقف القضاء الفرنسي من تحديد طبيعة تفسير العقد هل هي من مسائل الواقع أم من مسائل القانون ؟ فإننا نجد محكمة النقض اضطربت أحكامها كثيراً ، فمرات تجعل من تفسير العقد مسألة قانون ومن واجبها مراقبته كأبي قاعدة قانونية تخرق من قبل القضاة ، ومرات أخرى تجعل منه مسألة واقع تملك بشأنه محكمة الموضوع سلطة تامة لا رقابة فيها من جهة النقض ، إلا إذا أدى تفسيرها إلى تغيير طبيعة شرط واضح ومحدد (1) .

والحقيقة أن موقف محكمة النقض الفرنسية مر بمرحلتين يمكن إيجازهما فيما يلي :
ففي المرحلة الأولى: كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ النظر في تفسير محكمة الموضوع لبنود العقد ، فاعتبرت أن تفسير محكمة الموضوع أو محكمة الأساس بنود العقد تفسيراً خاطئاً يخضع لرقابة محكمة النقض التي يحق لها أن تعطي العقد تفسيره الحقيقي (2) . وبالتالي اعترفت لنفسها بسلطة تفسير العقد من خلال رقابة التفسير المعطى لقضاة الأساس . وبررت محكمة النقض موقفها بنص المادة 1134 من القانون المدني الذي يماثل العقد بالقانون (3) ، كما أن التفريق بين القانون والواقع كان أقل محسوسية في القانون القديم الذي أنشئت بموجبه محكمة النقض الفرنسية . وقد انتقد الفقه الفرنسي تقديس القضاء لفكرة العقد وسلطان الإرادة وجعله في نفس مرتبة القانون .

أما في المرحلة الثانية : ونتيجة للنقد اللاذع الذي تعرضت لها محكمة النقض من طرف الفقه الفرنسي عدلت عن رأيها السابق و دأت تعترف لقضاة الموضوع أو قضاة الأساس بالسلطة السيدة في تفسير أي عقد أو بند غامض أو ملتبس . وبقيت تراقب شروط ممارسة سلطة التفسير التي تعترف بها لقضاة الموضوع .

وقد تخلت محكمة النقض ، منذ قرار شهير لغرفها المجتمعة في 2 فيفري 1808 لسلطة قضاة الأساس السيدة عن تفسير للعقد (4) . فاعترفت إذاً بأنها غير مختصة بالنظر في معنى العقد عندما يكون غامضاً وملتبساً بكلمة واحدة عندما يستدعي التفسير .

وأكدت نفس الموقف في قرار آخر لها بتاريخ 3 أوت 1809 قالت فيه :

" إن العقد هو عمل قانوني خاص وليس قانوناً (تشريعاً) ، وإن كانت المادة 1134 / 1 قد شبهته بقانون المتعاقدين ، فهو لا يصبح مماثلاً في الدولة .

1-Cass. Civ. 1 iere. 11 mai 1982. Gaz .Pal .1982. p 612.

Cass.Civ.1 iere. 10 jan 1995.Dalloz .1995. p 764.

2- ينظر جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، نسخة مترجمة ، المرجع السابق ، ص 25.
3- تقابلها المادة 106 مدني جزائري ، و المادة 147 مدني مصري ، والمادة 221 موجبات وعقود ، و المادة 146 مدني عراقي ، و المادة 196 مدني كويتي.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 17 نوفمبر 1932 بأن العقد شريعة المتعاقدين ما دام لا يخالف النظام العام فإذا كان شرط العقد الذي أخذت به محكمة الموضوع جائز قانوناً ويحتمل التفسير الذي فسرت به ، فليس ثمة خطأ منها في تطبيق القانون.

4- Cass .Civ. 2 fev 1808 . Siery .1808 -1- 183. n° 1093.

وبما أن صلاحية محكمة النقض تنحصر بالنظر في مطابقة الأحكام للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، فلا يمكنها أن تنظر في تفسير العقود ومطابقتها لنية المتعاقدين . هكذا اعتبرت أن تفسير العقود هي مسألة واقعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض " (1) .

كما حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض بتاريخ 18 نوفمبر 1930 بأنه : " يعود إلى قضاة الواقع تفسير الشرط عينه في عقدين متماثلين وتقديره حسب الوقائع والظروف الخاصة بكل عقد " (2) .

وقد تكرر هذا الموقف القضائي الفرنسي في عدة مناسبات قضائية لاحقة (3) .

وتأكد موقف محكمة النقض الفرنسية في أحكام قضائية حديثة ، وهي تنتهي كلها إلى أن تفسير العقد من مسائل الواقع الذي تملك بشأنه محكمة الموضوع سلطة تامة دون رقيب وحسيب رقابة فيها من جهة النقض ، إلا إذا أدى تفسيرها إلى تغيير طبيعة شرط واضح ومحدد (4) .

وقد بررت محكمة النقض تراجعها عن موقفها بأن المادة 1/1134 مدني فرنسي ، وإن سمت العقد قانونا إلا أنه ليس قانونا بمعنى الكلمة ولكن فقط للدلالة على طابعه الإلزامي كأنه قانون الطرفين ، ولكن مع ذلك لا يخضع لرقابة جهة النقض ، فضلا عن أن القاضي حال التفسير يبحث بالدرجة الأولى عن نية الطرفين الحقيقية وليس عن القانون .

والضابط المعتمد للتفريق بين الخاضع لرقابة محكمة النقض والتفسير غير الخاضع لها هو التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون ، وهو المعيار الراجح كما رأينا سابقا .

فما ارتدى ثوب الواقع لا يخضع لهذه الرقابة بعكس التفسير الذي يرتدي ثوب القانون فيعتبر خاضعا لها . وينتج عن ذلك ما يتمتع به قاضي الأساس من سلطة تقديرية للكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . فسلطته هذه لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، كتفسير محكمة الموضوع للعقود والمستندات (5) ، وتقدير الأدلة (6) ، وتقدير نية الفريقين عند إجرائهما العقد (7) ، وإجراء التحقيقات اللازمة لاكتشاف الوقائع الحقيقية ، وهذا ما سنراه له بالتفصيل عند استعراض رقابة التحريف .

1 - نقلا عن د/عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام " ، فقرة 297 ، ص 376.

2 - Cass.Civ . 18 nov 1930. Gaz .Pal . 1930 - 2 - 940.

3 - Cass.Civ. 2 mai 1906. Dalloz .1906-1- 248. Cass.Civ. 15 avr 1926. . S 1926 -1 - 151.

Cass.Civ. 1 aout 1894. Siery . 1896 -1 - 357. Cass.Civ. 23 juin 1952 . . Sirey. 1953 -1 -86.

4-Cass.Com. 17 oct 1978. .Dalloz .1979. p 58. Cass.Civ. 11 mai 1982. Gaz .Pal .p 612.

Cass.Civ..7 fev 1990. Bull.Civ .1990 -2 - 22. p14. Cass.Civ.1 iere. 10 jan 1995. D. p 764.

5- Cass.Civ. 1 aout 1962 .Bull.Civ .1962. p 598.

6- Cass.Civ. 19 aout 1962 .Bull.Civ .1962. p 519.

7- Cass.Civ. 20oct 1971 .Bull.Civ .1971. p 786.

أولاً- رقابة محكمة النقض المصرية على المسائل الواقعية في تفسير العقود :

في مجال التفسير يميز الفقه والقضاء المصريان (1) بين عملية تفسير بنود العقد في حد ذاتها ، وبين تطبيق القواعد القانونية التفسيرية من طرف القاضي .

فاستخلاص القاضي للإرادة المشتركة لطرفي العقد ، يعد من مسائل الموضوع ، إذ أنه يعتمد أساسا على وقائع وظروف العقد ، وبصفة خاصة على العبارات التي استعملت فيه ، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض مادام قد التزم القواعد الممكنة في تفسيره ، ومادام أنه قد استخلص نتائج من مصادر موجودة فعلا لا وهما ، وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع ، ومتى كانت عبارات العقد تحتل المعنى الذي حصله (2).

أما فيما يتعلق بتطبيق قواعد التفسير فإنه يعد مسألة قانونية محضة . والقاضي مقيد في تطبيق قواعد القانون ، تحت عين محكمة النقض التي لها حق الرقابة على عمل القاضي في هذه الحالة ، وتطبيقا لهذا ، فلو فرت محكمة الموضوع الشك ضد مصلحة المدين ، مثلا ، في غير عقود الإذعان ، كان لمحكمة النقض أن تنقض هذا الحكم لمخالفته القاعدة القانونية في قواعد التفسير (3) .

1- سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقد :

أثير في الفقه المصري تساؤل هام حول بحث القاضي في عبارات العقد الواضحة ، هل يعد من صميم أعمال الواقع المحضة التي يستقل بها قاضي الموضوع استقالاتا ، أم هي من مسائل القانون التي تدخل في نطاق رقابة محكمة النقض ؟
وفي صدد الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين :

فيرى أصحاب الاتجاه الأول (4) أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل في رقابة محكمة النقض وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك ، بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة وأن العني الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين . وأن هذا وذلك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

في حين يذهب أنصار الاتجاه الثاني (5) ، ونحن نؤيده ، إلى أن هذه المسألة تعد من مسائل الواقع .

ويقول البعض أنها تدخل في سلطان قاضي الموضوع أيضا طالما أنه أورد من الظروف الخارجية ما يبرر العني الذي توصل إليه فان قضاءه يكون بلا مطعن يمكن أن يوجه إليه .

1- د / لاشين محمد الغياتي : " عقد الإذعان " ، البحث السابق الإشارة إليه ، ص 39.

2 - نقض مدني مصري ، جلسة 8 جانفي 1970 مجموعة المكتب الفني ، س 21 ، ص 519 .
ونقض مدني ، جلسة 24 جانفي 1978 ، طعن رقم 678 ، سنة 43 ق .

3- د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية " ، المرجع السابق ، ص 189 .

4- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 204 .

5- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : " قواعد التفسير الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص 14.

ود/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 102 وما بعدها.

كما أيد القضاء المصري هذا الرأي ، حيث تقول محكمة النقض المصرية : " ولا تنقض محكمة النقض الحكم لمجرد أن قاضي الموضوع أخطأ في التقدير باعتبار الشرط غامضاً حالة كونه واضحاً في نظرها ظن وأنها هي تنقض الحكم بصفة أساسية من زاوية تسببيه ، فإن كان كافياً فإنها لا تتعرض لهذه المسألة " (1) .

وقد أكدت القضاء المصري في عديد المناسبات أن تفسير العقد من إطلاقات قاضي الموضوع ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية قائلة : " أن تفسير العقد يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما كان استخلاصها نية العاقدين المشتركة بيقين عبارات العقد وظروفه وملابساته استخلاصاً سائغاً مستندا إلى أصل ثابت في الأوراق وليس في خروج على ما تحتمله عباراته (2) . كما وصلن على قناعة مفادها أنه لا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك العبارات والشروط تحتل المعنى الذي حصلته (3) .

وعليه نخلص إلى القول أن تفسير العقد في حد ذاته عملاً قضائياً وفنياً مندرجاً ضمن مسائل الموضوع ، إذ يعتمد القاضي أساساً على وقائع وظروف العقد ، وبصفة خاصة على العبارات التي استعملت فيه ، ويملك القاضي هنا سلطة تقديرية مطلقة في الكشف عن إرادة المتعاقدين معتمداً في ذلك على الوقائع الثابتة في الدعوى .، وبالتالي فإنه لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض مادام قد التزم القواعد السابقة في تفسيره (4) . فخطأ القاضي فيما يجريه من بحث للاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين يعد خطأ في فهم الواقع ، فهو يخالف العقد وليس القانون ، ومحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق القانون فقط .

وموقف القضاء المصري يتماشى مع الموقف الذي انتهى إليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من كون أن تفسير العقد هو مسألة واقع تملك بشأنه محاكم الموضوع السلطة التامة التي لا رقابة فيها من جانب جهة النقض إلا إذا أدى هذا التفسير إلى تحريف العقد وتغيير طبيعته رغم وضوحه .

-
- 1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 10 مارس 1932 ، مجموعة عمر ، رقم 41 ، ص 83.
 - 2- نقض مدني ، جلسة 13 جوان 1957 ، مجموعة أحكام النقض ، س 8 ، رقم 576 ، ص 64.
 - و نقض مدني ، جلسة 14 نوفمبر 1967 ، مجموعة أحكام النقض ، س 18 ، رقم 1659 ، ص 251.
 - و نقض مدني ، جلسة 8 جانفي 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، س 18 ، رقم 251 ، ص 1609.
 - و نقض مدني ، جلسة 26 نوفمبر 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، س 25 ، رقم 1291 ، ص 230.
 - و نقض مدني ، جلسة 18 جانفي 1983 ، الطعن رقم 912 ، س 49 ق .
 - و نقض مدني ، جلسة 19 ديسمبر 1984 ، الطعن رقم 955 ، س 49 ق .
 - 3- نقض مدني ، جلسة 2 جوان 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، س 23 ، رقم 951 ، ص 152.
 - و نقض مدني ، جلسة 5 ديسمبر 1972 ، مجموعة أحكام النقض ، س 23 ، رقم 1317 ، ص 206.
 - و نقض مدني ، جلسة 12 جانفي 1983 ، الطعن رقم 501 ، سنة 49 ق.
 - 4- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 484.
 - وفي نفس المعنى : د/ - لاشين محمد يونس : " عقد الإذعان ... " ، البحث السابق الذكر ، ص 39.

2- أبعاد السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تفسير العقد :

إذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين فما هي أبعاد هذه السلطة ، وما هي قيودها ؟ ، وما النتائج التي تترتب على تلك السلطة ؟
لقد أناط المشرع بقضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين وهذا البحث بطبيعته يقتضى اللجوء أولاً إلى العناصر الداخلية في العقد ، حيث يفهم القاضي الشرط على ضوء الهدف من التعاقد . والمعنى العام الذي ينتج منه بإجراء التقريب اللازم بين شروطه المختلفة سواء كانت مطبوعة أو مخطوطة ، وقد لا تكفى هذه الوسائل الداخلية فيلجأ القاضي إلى العناصر الخارجية كمقارنة العقد محل التفسير بعقد معاصر له أو سابق عليه أو الاستعانة بالوقائع المادية الكاشفة عن الإرادة الحقيقية للطرفين سواء كانت صريحة أو ضمنية دون أن يتعدى ذلك البحث في الإرادة المحتملة أو المفترضة لأنها إرادة خيالية بحته تخضع لتحكم قضاة الموضوع .

وقد استقرت محكمتا النقض الفرنسية والمصرية⁽¹⁾ على إناطة البحث عن النية المشتركة بقضاة الموضوع . فتركت لهم حرية البحث عن النية المشتركة كمبدأ أساسي ثم عدد مبررات البحث كحالة البحث عن غموض الشرط أو عدم تحديده أو قبوله لأكثر من معنى أو عندما تكون الشروط الواردة في العقد واضحة في حد ذاتها ، ولكنها تبدو غامضة في المعنى والغرض ، كل هذه المبررات بلا رقابة لمحكمة النقض عليهم .

وقد أعطى المشرع المصري لقاضي الموضوع سلطة جوازية في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وجعل من العدالة معياراً يهتدى به القاضي لممارسة هذه السلطة الجوازية . فمن نتائج هذه السلطة التقديرية وبالاسترشاد لمعيار العدالة أن قاضي الموضوع يقدر بإطلاق الشروط الغامضة أو التعسفية ، وهو في ذلك لا يتقيد بالتكليف المعطى له إذا ما رأى عدم سلامته وعدم اتفائه مع الإرادة الحقيقية لهما ، وعليه عندئذ أن يغلب هذه الإرادة ويعطي التكليف الصحيح إذا كان الأول معيياً سواء كان عن جهل أو عمد .

وفي فرنسا ينعى جانب من الفقه على محكمة النقض إطلاقها هذا المبدأ على عقود الإذعان فهي عقود نموذجية تتماثل فيها الشروط وقضاة الموضوع يفسرونها تفسيرات مختلفة على سند من القول أن ذلك يتفق والنية المشتركة للطرفين . الأمر الذي يأتي أحياناً متجافياً مع العدالة . ومن ثم فإن تدخل محكمة النقض يكون ضرورياً في مثل هذه الأحوال . ويذهب الفقيه الفرنسي ديريو (Dereux) إلى نقد السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، ويمثل ذلك بتفسير أنظمة الشركات ، إذ الأشخاص الذين يكتبون في الأسهم لا يعرفون جيداً أنظمتها رغم شهرها .

وإذا أخذ قضاة الموضوع بظاهر شروط هذه الأنظمة بإعمال المعنى العادي لها ، فهل هذا يمثل نية المكتتب بالنسبة لشروط من الصعب فهمها ؟ وهل يكفي في هذا الصدد مجرد تقريب شروط هذه الأنظمة من بعضها ؟

1- تقول محكمة النقض : " وهذا الذي أثبتته الحكم يدل على أنه استعرض أدلة الدعوى . واستنتج منها استنباطاً سليماً أن العقد الذي يستند إليه الطاعن لا حقيقة له ، وهو أمر متعلق بفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة لمحكمة النقض عليه" .
نقض مدني مصري ، بتاريخ 11 ماي 1939 ، مجلة المحاماة ، س 20 ، ص 71 .

مما لا شك فيه أن الأمر يحتاج لتدخل محكمة النقض لمراقبة هذا تفسير لإعمال مبادئ العدالة وحسن النية والمصلحة العامة ، خاصة أن من المتصور أن تتعدد تفسيرات قضاة الموضوع بالنسبة للشروط المتماثلة (3) .

فتدخل محكمة النقض يمنع تضارب تفسيرات قضاة الموضوع ويعمل على وحدة أحكام القضاة . فهي بذلك إنما تفسر القانون وليس في ذلك اعتداء على الإرادة الشخصية . فهذا أفضل بكثير من الاستناد إلى إرادة مشتركة وهمية .

3- دور جهة النقض في الرقابة على تفسير العقد :

إذا كان التفسير بالوقوف على إرادة الطرفين في عقود الإذعان واقعا لا ترتب مخالفته أن يتعرض حكم القاضي للنقض ، فهذا لا يعني أن هذه السلطة المنوطة بقضاة الموضوع هي سلطة بغير حدود .

فللقاضي البحث عن النية المشتركة أو إيضاح الشرط الغامض ولكن عليه التسبب إذ أن حكمه يتعرض للنقض إذا كان مفقود لأساسه القانوني ، فإذا أثبت القاضي تحصيله لإرادة الطرفين دون أن يكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها . بأن كانت وهمية لا أساس لها من الواقع أو كانت متناقضة مع الثابت في الدعوى أو يستحيل عقلا أن يستخلص منها ما يستخلصه القاضي (2) ، فإن حكمة يكون معيبا بالقصور في التسبب ، مما يستوجب نقضه .

فقاضي الموضوع لا ينفرد بالتقدير بصفة مطلقة بل أن محكمة النقض لها أن تفقد الوقائع التي توصل إليها و بنى عليها تكييفه . لتري ما إذا كانت تؤدي بالفعل إلى هذا التكييف أم أنها ليست كذلك . أما عدم سلامة الاستدلال المادي للوقائع في الدعوى التي يبني عليها استخلاصه للنية المشتركة لتعديل الشرط الغامض أو إعفاء المذعن من الشرط التعسفي فإن ذلك لا يعدو أن يكون قضاء فاسدا من جانبه يبرر الطعن بالنقض .

ولا تتعرض محكمة النقض في تفسير القانون لتقدير الوقائع التي يقررها قاضي الموضوع ، من حيث ثبوتها ومن حيث النتيجة المنطقية التي تؤدي إليها . فهي كذلك في تفسير العقود المشارطات لا تتصدى لهذه الوقائع من هذين الناحيتين ، على أنها مع ذلك لا ترى مناصاً من التعرض إلى الوقائع ذاتها لمعرفة كنهها ومراميتها وحقيقة الغرض منها ، أو بالأحرى لتقديرها من حيث الموضوع إذا كان النزاع مما يهم أمره النظام العام (3) .

وتقتصر رقابة النقض في الغالب على مسائل التحريف ومسائل التسبب ، فإذا شاب الحكم قصور في التسبب لدرجة لا تبرر العدول عن المعنى الظاهر ، فإنها تعيد النظر في عبارات التعاقد لتبرير نقض الحكم .

فهذه العملية جزء لا يتجزأ من عملية التفسير التي يستقل بها القاضي ، إذ أنه يبدأ بها لينتهي إلى محصلة النية المشتركة .

1- نقلا منا هن د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض .. " ، المرجع السابق ، ص 112 وما بعدها .

2- نقض مدني ، بتاريخ 10 فيفري 1944 ، مجموعة عمر ، ج 4 ، ص 275 ، رقم 97 .

3- د/ عبد الفتاح السيد بك : " محكمة النقض وتفسير المشارطات " ، مقالة منشورة بمجلة القانون و الاقتصاد المصرية ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، شهر جانفي ، سنة 1934 ، ص 457 وما بعدها .

وهذه ليست من مسائل القانون المحضة ، ولكنها من المسائل التي يختلط فيها الواقع بالقانون ، بحيث يتعذر فصلهما لإعمال رقابة النقض ، إذ لا يقتصر القاضي على عبارات التعاقد ليقدر وضوحها أو غموضها حتى يشبه عمله هذا بالتفسيرات الثانوية المستمدة من ظروف الواقع .

وهذه وقائع مادية يتطلب ثبوتها بينة أو قرائن يتعذر بحسب طبيعتها أن تكون تحت رقابة النقض ولا يمكن فصلها عن التعبير المكتوب حتى يمكن إخضاعه للرقابة . والأوفق هو الانتظار حتى تكتمل أبعاد عملية التفسير ثم تراقب محكمة النقض هذه المحصلة من خلال أسباب الحكم لترى هل كان الشرط بحسب أصله وملحقاته غامضا أم أنه كان واضحا وأن ظروف الواقع التي استند إليها القاضي في التفسير كانت غير كافية للعدول أو أنها لا أساس لها من الصحة .

وبذلك تكون رقابة محكمة النقض على أساس سليم أما ما يخشاه صاحب الإتجاه الأول من أن يفسر القاضي العبارات الواضحة ويكتفي في تبرير ذلك بأنها كانت غامضة وأن ما استخلصه متفق مع نية الطرفين فإنه لا محل لهذه الخشية ، إذ لا يكفي لكن يغلب الحكم من رقابة النقض أن يثبت القاضي في أسبابه أن النص غامض حتى تنتفي تلقائيا هذه الرقابة . والأمر بحسب ما استقر عليه قضاء النقض⁽¹⁾ يتطلب منه أن يبين أيضا حتى في هذه الحالة الأسباب الجدية المعقولة التي استطاع أن يستخلص منها هذه النتيجة ، إذ تقوم رقابة الأسباب في حالتها الغموض والوضوح . وأما السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فهي فقط في الاستخلاص والتقدير والافتتاح ، لكن يجب أن يسبب ذلك .

ومؤدى حرية القاضي في تقدير الوضوح أو الغموض أن له رفض إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات المعنى المضاد للمعنى الظاهر لعبارات العقد طالما أنه رآها واضحة ، ولكن عليه أيضا أن يسبب حكمه في هذا الصدد موضحا لم التفتت عن هذا الدفاع الجوهري⁽²⁾ . وفي المقابل إذا رأى القاضي أن الشرط غامض يفتقر إلى تفسير فليذكر الأسباب التي جعلته يتجه إلى ذلك .

كما يترتب على اعتبار هذا التقدير من مسائل الواقع أن الطعن بالنقض في الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق لإثبات وقائع التفسير المضاد لخطأ في تقدير قاضي الموضوع أن يعد طعنا في مسائل الواقع التي ينحسر عنها نطاق رقابة محكمة النقض . والقاضي في استعماله للمعايير الموضوعية ، مثل اعتبارات العدالة وحسن النية ، قد يوفق في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وقد لا يوفق ، وعندئذ يعلن أن هناك حالة من الشك حول نيتها .

فتقدير قيام الشك في حد ذاته لا يخضع للرقابة ، أما تطبيقه لمفهوم النص القانوني على الوقائع فهذا ما يخضع لها ، وذلك لأنه تطبيق للقانون لا غير ، والقول بخلاف ذلك يعني أن تقم محكمة النقض نفسها في فحص مسائل الواقع وتقدير القاضي بشأنها . ولكن إذا كان هذا التقدير من مسائل الواقع فإنه مشروط أيضا بالتسبيب الكافي .

1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 29 نوفمبر 1966 ، مجموعة المكتب الفني ، س 17 ، ص 1730 .
2- نقض مدني مصري ، بتاريخ أول جوان 1971 ، مجموعة المكتب الفني ، س 21 ، ص 1001 .

4- هل تفسير العقد منوط إجرائيا بالقاضي المدني فقط ؟

إجابة على ذلك نقول أن القواعد العامة للتفسير العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني والقوانين المدنية الخاصة (كقانون العمل مثلا) هي قواعد ذات طابع موضوعي ، ولكن ذلك لا يعني أن القاضي المدني هو فقط المعني بتطبيقها ، ذلك أن تطبيق النصوص القانونية المدنية ليس حكرا عليه فقط ، إذ يمكن للقاضي الإداري تطبيق قواعد التفسير التي سبق شرحها ، تعتبر قواعد عامة تصلح لجميع العقود مدنية كانت أو عمالية أو إدارية مع مراعاة خصوصيات كل قانون وخصوصيات كل نوع من أنواع العقود .

أ - اختصاص القاضي الإداري بتفسير العقود :

سار القضاء الإداري على نهج القاضي المدني في عدة أحكام مطبقا نفس الأحكام التفسيرية المدنية على المواد الإدارية . ومما يمكن الاستشهاد به في هذا المقام بالحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بمصر في 30 جوان 1957 ، والذي جاء فيه :
" إن القاعدة الأصولية العامة في التفسير هي أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبنا ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " ... (1)
ولكن تطبيق قواعد التفسير المدنية على العقود الإدارية لا يعني تطبيقها حرفيا ، بل يجب مراعاة خصوصية هذه الأخيرة واستهدافها للمنفعة العامة التي تسبق المنفعة الخاصة ، وعليه فلا يمكن مثلا تطبيق قاعدة الشك لمصلحة الطرف المدين في جميع الأحوال ، كما يستبعد تطبيق نظرية الإذعان المدنية على روابط القانون الإداري (2) .

ب - اختصاص القاضي الجزائي بتفسير العقود :

على غرار القاضي المدني يمكن للقاضي الجزائي هو الآخر أن يفسر العقود إذا ما عرض عليه ذلك بصفة عرضية ، ويتصور ذلك في بعض الجرائم ، كما هو الحال في جرائم خيانة الأمانة ، ومعلوم أن محلها هو عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها حصرا في قانون العقوبات (3) .

1 - حكم بتاريخ 30 جوان 1957 ، مجموعة القضاء الإداري ، س 7 ق ، رقم 983 ، ص 607 .

حكم بتاريخ 30 جوان 1985 ، مجموعة القضاء الإداري ، رقم 4/377.

2 - ينظر : أ/رهان رزيق : " نظرية تفسير العقد في القانونيين المدني والإداري " ، المرجع السابق ، ص 110 وما بعدها . كما استبعد القضاء تطبيق قواعد التفسير على القرارات الإدارية .

نقض مدني مصري ، بتاريخ 04 جانفي سنة 1962 ، المكتب الفني ، السنة 13 ، ص 26.

3- ينظر المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري التي حصرت عقود الأمانة وهي عقد الإيجار ، وعقد الوديعة ، وعقد الوكالة بأجر أو بدونه ، وعقد الرهن ، وعارية الاستعمال ، وعقد القيام بعمل.

ويستوي الأمر أن تكون العقود رسمية أو عرفية ، بل إن القاضي الجزائري قد تكون له سلطة أوسع في إثبات العقد وفي تكييفه ، وقبلها في تفسيره ، لتأتي أخيرا مرحلة تطبيق حكم القانون الجزائري عليه ، وهو يتقيد بقواعد التفسير المدنية في الأصل ، مع أنه في جانب الدعوى العمومية قد يقضي بالإدانة ولو كان المحرر باطلا من الناحية المدنية (1) ، غير أن الصعوبة قد تثار بشأن العقد الشفوي ، حيث يصعب تقبل فكرة تفسير عقد غير مكتوب . وفي فرنسا أوجبت محكمة النقض إثبات عقد الأمانة أو التصرف محل الجريمة وفق أحكام القانون المدني ولو كانت المسألة معروضة أمام القاضي الجزائري (2) ، غير أن إثبات واقعة الجريمة أي تبديد أموال الغير والاستيلاء عليها فيتم بكل الطرق القانونية التي يخضع تقديرها لقاضي الموضوع (3) .

ولكن سلطة القاضي الجزائري (قاضي الموضوع) في تفسير العقود الغامضة لا تبرر له بأي حال من الأحوال انتهاك النص الجزائري ، كأن يحكم على المتهم بالإدانة مع أن العقد محل الجريمة ليس من عقود الأمانة المحددة حصرا بنص قانوني (4) ، فالقاضي الجزائري مقيد ومضبوط بمبدأ الشرعية المعروف " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني " . وتدخل القانون الجزائري في مجال العلاقات المدنية الخاصة حتى وإن كان يكتسي طابعا استثنائيا ، إلا أنه مع ذلك يوفر أحسن حماية لأطرافه (5) .

وما قيل عن جريمة خيانة الأمانة يقال عن جرائم النشر التي يقوم ركنها المادي على وقائع ثابتة بالكتابة ويتعين على القاضي الجزائري تفسير وفحص عبارات المتهم من أجلها وتقديرها وعلاقة دلالتها بالقانون (6) .

ومن الجرائم التي تهمنا كذلك نجد جرائم الشيك ، لاسيما إذا علمنا أن الفقه والقضاء مستقر على أن الشيك وسائر الأوراق التجارية تعد من قبيل الأوراق الرسمية ويسري عليها من حيث الحجية والإثبات والتزوير ما يسري على الأوراق الرسمية ، وكذلك استقر على أن الشيك يعد كذلك من الناحية الجزائية متى كان مظهره يدب عليه ولو لم يتضمن كامل البيانات المتطلبة لصحته من الناحية التجارية .

وعليه يمكن للقاضي الجزائري أيضا تفسير أي غموض في هذه الأوراق ، خاصة في ما يتعلق بالبيانات المتعلقة بمبلغ الشيك في حالة اختلافه قيمته بالأرقام عنها بالحروف (7) . كما يمكن للقاضي الجزائري أيضا تفسير المحررات المتعلقة بالملكية ، لاسيما في جريمة التعدي على الملكية العقارية ، وعلى كل فإن للقاضي الجزائري أن يفسر أي محرر يعرض عليه سواء كان عقدا مدنيا أو محضرا أو أي محرر أو دليل كتابي في القضية .

- Cass. Crim. 25 jan 1955. Bull. Crim. n° 27. Cass. Crim. 10 mai 1990. Bull. Crim. n° 179.1

2-Cass. Crim. 17 nov 1955. Bull. Crim. n° 493. Cass. Crim. 1 juin 1987. Bull. Crim. n° 224.

3- Cass. Crim. 27 avr 1968.. Bull. Crim. n° 127.

ينظر: د/ أحسن بوسقيعة: " الوجيز في القانون الجزائري الخاص " ، جزء أول ، دار هومة ، سنة 2007 ، ص 368.

ود /عبد العزيز سعد : " جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور " ، دار هومة ، سنة 2005 ، ص 159 وما بعدها

4- ينظر: نقض مدني ، بتاريخ 21 فيفري 2005 ، الطعن رقم 11687 ، لسنة 66 ق.

5- ينظر : أ/ محمود توفيق اسكندر : " وضع العقود المدنية والقانون الجنائي " ، دار هومة ، سنة 2005 .

6- نقض مصري في 24 أبريل 1933 ، مجلة المحاماة ، السنة 14 ، ص 73 ، رقم 45

ونقض مصري في 27 فيفري 1933 ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 3 ، ص 139 ، رقم 95 ..

7- ينظر المادة 392 (السفتجة) والمادة 467 (السند لأمر) والمادة 479 (الشيك) من القانون التجاري الجزائري.

ج - اختصاص القاضي الاستعجالي بتفسير العقود :

من الناحية الإجرائية يعتبر تفسير العقود (وتكييفها) من قبيل قضايا الموضوع التي لا ينعقد الاختصاص بنظرها للقاضي الاستعجالي ، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في العديد من الدول . فالتفسير يرتبط بصميم الموضوع ويعتبر منازعة جدية تمس الموضوع ، ولهذا لا يختص القاضي المستعجل بتفسير العقد ، إلا إذا كان الأمر لا يحتاج إلى تفسير⁽¹⁾ . ومن ثم يختص القاضي المستعجل بتطبيق الشرط الواضح ، وإذا كان غامضاً وبحاجة للتفسير قضى بعدم اختصاصه بتفسيره محيلاً الأطراف المتنازعة على قاضي الموضوع المختص مدنياً كان أو تجارياً أو عمالياً أو إدارياً .

والاجتهاد القضائي في فرنسا مستقر في هذا الاتجاه بأن تفسيراً ضرورياً يشكل نزاعاً جدياً يجعل قاضي الاستعجال أو قاضي العجلة كما يسمى أيضاً غير مختص⁽²⁾ ، وبالعكس يكون قاضي العجلة مختصاً في تطبيق نصوص العقد الواضحة والدقيقة⁽³⁾ .

وفي لبنان قضى بعكس ذلك ، حيث أجاز لقاضي العجلة (الاستعجال) فحص المستندات وتفسير نية المتعاقدين ، حيث قضت محكمة الاستئناف اللبنانية أنه :
" يفصل رئيس دائرة الإجراء في مشاكل التنفيذ وفقاً للأصول المتبعة في قضايا الأمور المستعجلة ، إذ يمنع على قاضي الأمور المستعجلة التصدي لأساس المنازعة . كما وأنه يحق لقاضي الأمور المستعجلة أن يفحص المستندات ويقوم بالتحقيقات الضرورية ، ويفسر نية المتعاقدين من حيث الظاهر فقط ، ليتبين جدية أو عدم جدية المنازعة ، فالذي يحظر عليه هو الحكم في الأساس وليس بحث جدية المنازعة " ⁽⁴⁾ .

1- الأستاذ جاك إستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، فقرة 27 ، ص 29 .
و د/ حسام الدين الكامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام " ، المرجع السابق ، فقرة 371 ، ص 280 .

2 - Cass.Civ. 1 iere. 18 avr 1989 . Bull. Civ. 1989 -1- 157. p 104.

Cass. Civ. 3 iere 10 fev 1988. Bull. Civ. 1988 - 3- 34. p 18.

Cass.Com. 19 jan 1988. . Bull.Civ.1988 - 4- 45. p 31.

3 - Cass. Soc. 5 mai 1988. Bull. Civ.1988 - 3- 274. p 181.

Cass. Civ. 1 iere .19 dec 1989. Bull. Civ. 1988 - 1- 394. p 264..

4- محكمة استئناف ، غرفة مدنية ، بتاريخ 16 ماي 1978 ، طعن رقم 68 ، ص 704 .
وفي قضية أخرى قضت بعدم اختصاص قاضي الاستعجال بتفسير العقد .

محكمة استئناف ، غرفة مدنية ، بتاريخ 27 نوفمبر 1947 ، طعن رقم 48 : 175 .

الفرع الثاني : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل القانون

رغم أن القضاء الفرنسي والمصري قد انتهى إلى اعتبار تفسير العقد من أمور الواقع ، وسم بسلطة قضاة الموضوع في تفسير العقد ، إلا أن ما يلاحظ على تطور اجتهاد محكمة النقض الفرنسية أنه وبرغم إعلانها المبدأ السابق إلا أنها أبدت بعض التحفظات وبقيت متمسكة بسلطتها في تفسير طائفة من العقود لبعض الاعتبارات المعينة ، ومنها تفسير العقود الضريبية وعقود الإذعان وسائر العقود النموذجية والجماعية . رغم أن المسألة لم تخلو من جدل قانوني كبير داخل أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين .

أولاً- الرقابة على مسائل العقد القانونية في القانون الفرنسي :

1- موقف القضاء الفرنسي :

تبنى القضاء العالي الفرنسي موقفاً مميزاً بشأن الرقابة على تفسير العقود ، فهو وإن استقر على أن تفسير العقد من مسائل الموضوع ، إلا أنه لم يشأ أن يفرغ يده من أية رقابة عليها ، بل ظل محتفظاً بحقه في الرقابة على تفسير بعض العقود لاعتبارات معينة . ففي ما يتعلق بالعقود التي تتضمن التزامات مالية أو ضريبية ، فإن محكمة النقض بررت تدخلها في مجال التفسير بالصالح العام ، إذ أن تحصيل حقوق التسجيل المترتبة عن عملية إبرام العقود ، هي حقوق ذات قواعد أمر ، وكان لها أن تراقب أي تحايل من قبل أطراف العقد للتهرب من التزامات مالية وضريبية ، وذلك عن طريق رقابة التفسير . وقد جاء في أحد قراراتها أن : " محكمة النقض ، في تطبيق القوانين المتعلقة بالتسجيل ، لها في ما عني المعنى الحقيقي للاتفاقيات ، الحق في الرقابة التي لا يمكن أن يشلها تفسير المحاكم المدنية " (1) .

وهو نفس الموقف الذي تكرر في عديد المناسبات بعد صدور هذا الحكم (2) ، كما سبق وأن قرر من قبل أيضاً (3) ، مع أن هذا الموقف منتقد من طرف الفقه الفرنسي ، كون أن محكمة النقض بذلك تكون حشرت نفسها في مسائل هي في الأصل من صميم اختصاص القضاء الإداري .

كما تمسكت محكمة النقض أيضاً بحقها في رقابة بعض العقود التي أقرتها السلطات العامة في صورة عقود نموذجية أو لائحية (4) ، كما هو الحال في عقود التأمين وعقود العمل وعقود الإئتمان وعقود النقل . وهي في غالبها عقود نموذجية تتطلب تصديق الإدارة الوصية ويراقبها القضاء العام كما يراقبها القضاء الخاص .

1.-Cass. Civ.25 nov 1927. Dalloz .1929 - 1-31. note. L.Trotabas..

2-Cass. Com.5 juil 1949. Daloz. 1950-2-65.

-Cass. Civ. 8 juil 1954. Bull. Civ .1954 -3- 255. p 193.

Cass. Civ. 2 nov 1968. Bull. Civ .1968-6- 6 . p 4 .

3.-Cass. Civ.19 mai 1868. . Dalloz .1868- 1- 303.

4- R G.Berlioz, « Le contrat d'adhésion ». thèse . Paris 1976. int B.Goldman. n° 235. p 122.

والحقيقة أن موقف محكمة النقض هذا لا يفاجئنا على اعتبار أن معظم الفقه والقضاء الفرنسي ينظر إلى عقود الإذعان على أنها لوائح وتفسيرها يكون كتفسير القانون ، ولا عجب في رقابة محكمة النقض عليها .

وعلى سبيل المثال قد قبلت محكمة النقض ، في القرن التاسع عشر ، الرقابة على تفسير قاضي الموضوع لتعريفات سكك الحديد بحجة أنها مصادق عليها وأمرة ، فصدر حكم في 8 ديسمبر 1891 ورد فيه (1) :

"حيث أن التعريفات الخاصة يجب أن تطبق حرفيا ولا يمكن إلى أن تمتد خارج الحالات المنصوص عليها فيها ومن حيث أن تعريفات شركات سكك الحديد ، إضافة إلى ذلك ، وهي مصادق عليها ومنشورة ، ولها قوة القانون بالنسبة إلى شروط النقل ، تفرض على الأطراف على الرغم من أي اتفاقية مخالفة " .

كما قضت في نفس الإطار: " يجب أن تطبق التعريفات حرفيا بدون أن يكون من المسموح به امتدادها أو تقليصها عن طريق المماثلة " (2) .

كما خولت محكمة النقض الفرنسية لنفسها أيضا حق الرقابة على تفسير بعض العقود التجارية النموذجية وذات الطابع الريفي (3) .

ولا ريب إن احتفظت كذلك بحق رقابة تفسير عقود التأمين الجماعية المبرم من قبل نقابة الوكلاء العاملين للتأمين .

وهو ما لوحظ على قرار حديث نسبيا أكدت فيه موقفها السابق بتفسير غموض عقد التأمين لمصلحة المؤمن لهم (4) ، مع العلم أن محكمة النقض تراقب تفسير نظام الوكلاء العاملين للتأمين (5) ، لأنه مصادق عليه بمرسوم صادر في 5 مارس 1949 .

وفي هذه الأمثلة نلاحظ كيف أن محكمة النقض ، وهي محكمة قانون ، خولت لنفسها حق الرقابة على تفسير المحتوى الإلزامي للعقود خاصة منها تلك العقود الجماعية التي تصادق عليها السلطة الإدارية ، وهو إستثناء عن القواعد العامة التي تعطي هذا الحق لقضاة الموضوع دون أية رقابة عليهم .

مع الإشارة أن هذا الموقف التوسعي في الرقابة من جانب محكمة النقض الفرنسية تبته أيضا في مجال تفسير الإتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل .

1 - Cass. Civ.8 dec 1891. . Dalloz .1892- 1 -304.

2 - Cass. Civ.13 jan 1897. Dalloz. 1897 Cass. Civ 10 fev 1896. . Dalloz .1897.

3 - Req. Civ.5 juil 1951. Dalloz. 1952- 1- 271. note Blaovoet

- Req. Civ. 16 juin 1923 . Siery. 1923- 3- 49. note Hourio . Dalloz 1924-3-41.

4 - Cass. Civ . liere . 11 jan 1989. Bull. Civ .1989-1-7.p 5.

5 - Cass. Civ . liere . 12 janv 1988. Bull. Civ . 1988-1-1.p1

Cass. Civ . liere . 3 juil 1990. Bull. Civ . 1990-1-182.p129.

Cass. Civ . liere . 31 mar 1993 . Bull. Civ . 1993-1-131. p 87.

2- موقف الفقه الفرنسي :

لقد ثار نقاش فقهي كبير في فرنسا بين اتجاه يؤيد تدخل محكمة النقض في تفسير العقود ، ومنها عقود الإذعان ، واتجاه ثاني ينكر على المحكمة النقض هذه الرقابة (1) .

أ- الاتجاه المؤيد لتدخل محكمة النقض في تفسير العقود :

فقد كتب الفقيه بول ايسمان (Paul Esmein) : " إن رقابة محكمة النقض للتفسير الذي يعطيه قضاة الأساس ضرورية على وجه الخصوص بالنسبة إلى العقود المسماة عقود الإذعان والمبرمة في صيغات متماثلة مع سلسلة من الأشخاص ، ومن المؤسف أن يكون بإمكان المحاكم أن تعطي تفسيراً مختلفاً وفقاً للأشخاص المعنيين " .
كما جرى التمسك بأن هناك تماثلاً بين القواعد القانونية والقواعد النموذجية التي يعدها بعض الهيئات ، وهي علاقة أكيدة ذلك بأن هذه القواعد كانت مزودة قانوناً أو واقعاً بقوة ملزمة إلى حد ما تسوغ توسيع سلطات محكمة النقض (2) .

ب- الاتجاه المنكر لتدخل محكمة النقض في تفسير العقود:

يرى هذا الاتجاه أن تفسير العقود النماذج المعمول به معنويًا يصطدم بعقبات نظرية يصعب تذليلها.
فالعقد النموذجي هو من فعل إرادة خاصة وليس إرادة تشريعية ، ومن ثم فهو ليس قاعدة قانونية وليس معياراً موضوعياً ، ذلك بأن السلطة العامة وحدها مزودة بالسلطة المعيارية .
وقبول رقابة تفسير العقود النموذجية يعني الاعتراف للممارسة بدور منشئ للقانون؛ ذلك مصدراً حقيقياً للقانون .
وقد أبدى البعض من الفقه أربعة اعتراضات رئيسية نلخصها فيما يلي :
- أن عقود الإذعان لا توفر وحدة تحرير نص تشريعي أو نظامي ، ويحوي العديد من عقود الإذعان بدائل جمة . وغالباً ما تكون هذه العقود متكيفة مع وضع خاص .
- يضاف إلى ذلك ثانياً أن العقد لن تكن له عمومية القاعدة القانونية ، بحيث أن "وحدة الاجتهاد قلما يتم التوصل إليها بالتفسير المتناقض لقضاة الأساس أو الموضوع ، إلا أن يكون الأمر متعلقاً بتفسيرات مختلفة لمادة من القانون .
- ثم إن العقد هو مؤقت بشكل أساسي ولا يقدم الطابع الدائم للقاعدة القانونية .
- كما أن العقد النموذجي أخيراً ، على وجه الخصوص ، لا يصدر عن السلطة العامة .
وهذه الحجج المقدمة تعكس ما ذهبت إليه محكمة النقض في تخويل سلطاتها في تفسير هذه العقود .

1- في عرض هذه الإنتقادات ينظر :

الاستاذ جاك ايستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 25 .
وهو يشير على الخصوص على مؤلفين :

-R.Plaisant, « Le contrôle de la cassation en matière de contrat » .G .P .1946.n° 1 . p 26.

- B.Boccaro, « Le clair et l'obscur (à propos de l'interprétation judiciaire des clauses types) » .
1978 .R J C.. n° 1 . p 2910.

2 - Cass. Civ. 26 nov 1942. Sirey . 1944 - 1- 23. note . R.Houin.

والمنتبع لاجتهادات محكمة النقض الفرنسية يجد العديد من القضايا أعطت فيها محكمة النقض السلطة التامة لقضاة الموضوع في تفسير العقود ولو تعلق الأمر بعقود جماعية أو نموذجية (1) ، غير أنه مع ذلك يبقى لمحكمة النقض حق التدخل عند الرقابة على تشويبه أو تحريف هذه العقود كافة (2) .

أما بالنسبة للرقابة على تطبيق قواعد التفسير:

يرى الفقه الفرنسي أن القاضي لا يملك سلطة في مجال تطبيق قواعد التفسير وشروط ممارسته ، ويبقى خاضعا في ذلك لرقابة جهة النقض .

حيث يميز الفقه بين ممارسة السلطة في حالة غموض العبارات وفي حالة الشك . ويعطي لجهة النقض حق مراقبة قضاة الموضوع عن أي تشويه لعبارات العقد ، أو تعديلها ، خاصة عندما تكون عبارات العقد واضحة ودقيقة . وهذا ما حكمت به محكمة النقض في حكم مبدئي لها (3) .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة احترام محكمة الموضوع للقانون وما يقضي به، وذلك لأن القانون يلزم المحكمة بمراعاة ما تقضي به نية المتعاقدين المشتركة ، بحيث أن تبدي أن بنود العقد صريحة واضحة ولا تحتاج إلى تفسير . وبالرغم من ذلك حكمت محكمة الموضوع بما لا يتوافق مع صراحة بنود العقد ، فلا بد عندئذ من خضوع حكمها لرقابة محكمة النقض، لأن محكمة الموضوع تكون ، عندئذ ، قد خالفت أحكام القانون بتشويها وتحريفها لنية المتعاقدين .

وكذلك الأمر فيما لو فسرت محكمة الموضوع العقد المبرم بين المتعاقدين ثم أعطت العقد وصفا قانونيا مغلوطا لا ينسجم مع تفسيرها .

وكذلك فيما لو لجأت محكمة الموضوع ، تحت ستار تفسير العقود ، مستمدة من المسند الخطي الذي يثبت العقد لتفسير نية المتعاقدين ، أو كان تعتمد على مستند خطي غير صادر عنهما أو عن أحدهما .

وكذلك فإن استناد قاضي الموضوع في اقتناعه ، إلى مصادر وهمية أو مناقضة لما اعتبره ثابتا ، يخضع هو الآخر لرقابة محكمة النقض (4) .

ففي هكذا حالات لا تكون محكمة الموضوع قد مارست حقها في تفسير النية التعاقدية المشتركة ، بل لجأت إلى استعمال وسائل إثبات لا يقرها القانون ، ولذلك اعتبر أن استخلاص النية التعاقدية المشتركة يعتبر من الأمور الواقعية التي يعتبرها قاضي الأساس . أما الوصف الذي يعطيه هذا القاضي للعمل المبني على هذا التقدير فهو أمر قانوني يخضع لرقابة محكمة النقض .

1 - Cass. Civ. 26 juin 1901. Dalloz 1902 - 1- 231.

- Cass. Civ. 8 juin 1971 .Bull. Civ.1971 -1-185. p 155.

- Cass. Com. 13 jan 1978 . Bull. Civ. 1978 - 4-311.p 255.

- Cass. Civ. 21 juin 1989. . Bull. Civ .1989- 1 253. p 168 .

2 - Cass. Civ. 14 jan 1931. Dalloz .P. 1931-1-5 . note de Savatier.

- - Cass. Civ .18 mars 1942 . Siery. 1943 -1 -13. note. Houin..

- Cass. Civ. 21 juin 1989. . Bull. Civ .1989 - 1 253. p 168 .

3- Cass.Civ. 15 avr 1872. Dalloz. P .1872- 1 176. Siery .1973 - 1 -232.

4- Cass.Civ. 15 dec 1927 . Siery . 1927 - 1- 138.

وكذلك الأمر في مخالفة حكم محكمة الموضوع لأحكام المستقرة عرفاً ، ولو عارضت النص لافتراض انصراف النية إليها عند التعاقد . فالعرف المستقر هو بمثابة قانون ، ومخالفته تدخل في نطاق الخطأ في تطبيق القانون على الوقائع ، وتخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا كان لقاضي الموضوع أن يقدر الأدلة والوقائع ، فليس له أن يذهب في ذلك إلى ما يحور معنى العقد أو يكيّفه تكييفاً مغلوطاً فيفسد نتائج القانونيّة .
ولذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تفسير الأعراف التجارية كقواعد ديوارك ودانفير يخضع لرقابة محكمة النقض (1) .

وكذلك تراقب محكمة النقض مدى تطبيق قواعد تفسير العقد في حالة الشك والالتباس ، سواء ما تعلق منها بعقود المساومة أو عقود الإذعان (2) .

وقد سبق وأن استعرضنا قاعدة الشك ورأينا أن بعض الفقه الفرنسي ينظر إلى المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي ، الخاصة بتفسير الشك في عقود البيع ، بأنها ذات طبيعة غير أمرّة وليست لها صفة الإلزام ، بل هي توجه للقاضي لمجرد النصح وعلى سبيل الإرشاد لا غير ، ومن ثمّ فإذا خالفها ، فلا يجوز نقض حكمه (3) ، بخلاف باقي قواعد التفسير التي لا تعد قواعد أمرّة.

ثانياً- الرقابة على مسائل العقد القانونيّة في القانون المصري :

يرى الفقه المصري أن تطبيق قواعد التفسير يعد عملاً قانونياً محضاً ، والقاضي مقيد في تطبيق هذه القواعد تحت عين محكمة النقض التي لها حق الرقابة على عمل القاضي في هذه الحالة .

فالأمر هنا يتعلق بتطبيق شروط التفسير المنصوص عليها قانوناً ، والقاضي ملتزم بذلك كأي نص قانوني . ولا شك أن هذا العمل يعتبر مهمة أصيلة للسلطة القضائية ، وجزء من الولاية التي اكتسبها بمقتضى الدستور هذا في مجال القانون .

وفضلاً عن تطبيق القواعد القانونيّة بصفة عامّة ، فإنّ هناك قواعد تفسيرية نص عليها القانون ، ويعتبرها الفقه والقضاء على حد سواء من المسائل الملزمة للقضاء التي يتوجب عليهم تطبيقها وإلا عرضوا حكمه للنقض .

فتقدير ما إذا كانت العبارة واضحة فلا تحتاج إلى تفسير ، أو غامضة فتحتاج إلى تفسير (المادة 1/150 مدني مصري المقابلة للمادة 1/111 مدني جزائري) ، يعتبر مسألة قانونيّة ، لأنّ البت فيها يترتب عليه التزام القاضي بالتسبيب أو عدم التزامه بذلك ، فالخروج عن عبارات العقد دون أسباب جديّة وموضوعية يبرر هو الآخر رقابة جهة النقض .

فهناك قاعدة جوهرية يجب على قاضي الموضوع التقيد بها وإلا كان حكمه قابلاً للنقض . ذلك أن الوقائع التي يعتمد عليها في استخلاص إرادة المتعاقدين يجب أن تكون مستقاة من مصادر موجودة ، وغير مناقضة للثابت في الدعوى ، ويكون من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى هذه الوقائع . فإذا لم يراع ذلك كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونيّة في الإثبات .

1- Cass.Civ. 27 mars 1954 .Bull.Civ .1954. p 165..

2- Cass.Com. 7 jan 1975. Dalloz. P .1975 - 1 - 516. Obs. Malaurie.

3- د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 144.

كما أن تفسير القاضي لشروط العقد الواضحة في عباراتها الدالة على إرادة أصحابها يشكل انحرافاً وتشويه له ، ويخضع هو الآخر لرقابة جهة النقض⁽¹⁾ ، ولو أن الأمر ، في مجال التسبب والتحرير لا يتعلق بمسائل قانونية محضة وإنما بأمور واقعية اختلطت بالقانون أو ارتبطت به .

وكذلك تعد من أمور القانون القاعدة التي تقضي بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . (المادة 150 / 2 مدني مصري المقابلة للمادة 111 / 2 مدني جزائري) .

وأيضاً القاعدة التي تقضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين إلا فيما يتعلق بعقد الإذعان ، حيث لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (المادة 151 مدني مصري المقابلة للمادة 112 مدني جزائري) .

وعند عدم إعمال قواعد الشك لصالح المدين أو لصالح المذعن رغم توافر شروط تطبيقها . فإن جهة النقض تمارس رقابتها .

وفي هذا الصدد يقول الفقيه السنهوري أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة ، مع استثناء عقود الإذعان ، ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ، هي قاعدة قانونية ملزمة في مجال تفسير العقود ، وإذا خالفها القاضي نقض حكمه⁽²⁾ .

ومسألة تحديد الشك هل هو موجود أم لا ؟، هي أيضاً من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن هذا يترتب عليه إمكان التفسير لمصلحة المدين أو عدم إمكان ذلك .

وبمختصر القول المفيد فإنه تعتبر من مسائل القانون الحالات التي ينص عليها القانون لا على نحو إرشادي وإنما على نحو إلزامي وجوب أن يتحتم على القاضي الالتزام في التفسير بما يمليه عليه المشرع وإلا اعتبر قد خالف القانون ، وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض ، كما هو الشأن في مسألة تفسير الشك لمصلحة المدين في عقود المساومة ، وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان .

وتعتبر محكمة النقض المصرية أن قواعد التفسير الواردة في القانون المدني ، ومنها ما تعلق بتفسير الشك في عقود الإذعان ، بمثابة قواعد أمره للقاضي وملزمة التطبيق تحت طائلة النقض . فإذا لم يلتزم قاضي الموضوع بها رغم توافر شروط تطبيقها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون معرضاً حكمه للنقض .

1 - المقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فحسب ، فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته ، ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنوا اختياره للتعبير عن حقيقة قصدهم ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ بل يجب عليه أن يعذب عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدون متى أقام أمامه في ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

نقض مدني مصري ، جلسة 8 جانفي 1998 ، الطعن رقم 5527 ، السنة 61 ق

2 - ينظر الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 484 .

وفي نفس الرأي : د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 144

وتطبيقا لذلك لو فسرت محكمة الموضوع الشك مثلا في عقود الإذعان لصالح المدين كان حكم المحكمة قابلا للنقض لمخالفته قاعدة قانونية من قواعد التفسير⁽¹⁾.

غير أن قواعد التفسير في حالة الشك ، سواء في حالة عقود المساومة (الشك لمصلحة المدين) ، أو في حالة عقود الإذعان (الشك لمصلحة المدين) ، فهي وإن كانت من مسائل القانون كما جرى عليه أغلب الفقه والقضاء المصري إلا أنه لا يمكن لمن له مصلحة أو من يعنيه الأمر (سواء المدين أو المدعى أو غيرهما) أن يتمسك بتفسير العقد لأول مرة أمام محكمة النقض ، وهذا ما تقضي به القواعد العامة في مادة المرافعات⁽²⁾.

وفي الأخير من المفيد أن نشير ولو بإيجاز ، إلى أن تفسير العقود ، وإن كان الفقه غير مستقر فيه ، فإن الأمر مختلف بالنسبة لتكييف العقود ، وهي العملية التي تلي التفسير . فالقاضي وإن كانت له سلطة تقديرية في فهم الواقع إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض عندما ينتقل من تفسير العقد بقصد التعرف على الإرادة المشتركة إلى عملية التكييف أو الوصف ، حيث يجمع الفقه والقضاء⁽³⁾ على أن محكمة النقض تبسط كامل رقابتها على التكييف معتبرة إياه من مسائل القانون المحضة⁽⁴⁾.

فالتكييف هو بحث الوقائع المنتجة في خصومه الأطراف وتسميتها قانونا واختيار مفترض القاعدة القانونية التي تنطبق عليها لوقائع المعروضة وترتيب أثرها القانوني لحل النزاع .

إذا طرح النزاع دون أي وصف قانوني كان لزاما على القاضي ، ولأجل تطبيق صحيح القانون ، أن يقوم بوصفه قانونيا أي تكييفه ، وتكييف الواقع في نزاع معين يتلخص في المقارنة بين مفترض القاعدة القانونية من جهة ، ووقائع النزاع المعروض من جهة أخرى . فإذا أسفرت هذه المقارنة من تطابق مفترض القاعدة القانونية وبين الواقع التزم القاضي بإنزال حكم القانون على النزاع المطروح أمامه ، هذه العملية تسمى تكييفا .

1- نقض مدني ، بتاريخ 30 نوفمبر 1977 ، مجموعة المكتب الفني ، س 28 ، رقم 296 ، ص 1724 .
أما في فرنسا فإن الفقه هناك يرى بأن المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي ، الخاصة بتفسير الشك في عقود البيع ذات طبيعة غير أمرة وليست لها صفة الإلزام ، بل هي توجه للقاضي لمجرد النصح و على سبيل الإرشاد لا غير ، و من ثم فإذا خالفها ، فلا يجوز نقض حكمه .

ينظر : د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقد الإذعان " ، نفس المرجع والموضع السابق .
2- قضت محكمة النقض المصرية بأن التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المدعى طبقا للمادة 151 من القانون المدني غير مقبول ، لأن ذلك يتضمن دفاعا جديدا لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع .

نقض مدني ، في 31 ديسمبر 1970 ، طعن رقم 169 ، س 36 ق ، مجموعة النقض ، ص 1305 ، قاعدة 214 .
وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة 23 فيفري 1967 ، س 21 ، ص 1305 .

8- ينظر على سبيل المثال قرارات مصرية حديثة نسبيا :

نقض مدني ، جلسة 6 مارس 1990 ، مجموعة النقض المدنية ، س 41 ، عدد 1 ، ص 691 ، رقم 115 .

ونقض مدني ، جلسة 9 أكتوبر 1991 ، مجموعة النقض المدنية ، س 42 ، عدد 2 ، ص 1517 ، رقم 236 .

ونقض مدني ، جلسة 24 ماي 1992 ، مجموعة النقض المدنية ، س 43 ، ص 759 ، رقم 157 .

ونقض مدني ، جلسة 29 ديسمبر 1993 ، مجموعة النقض المدنية ، س 43 ، عدد 1 ، ص 718 .

ونقض مدني ، جلسة 25 ديسمبر 1994 ، مجموعة النقض المدنية ، س 45 ، ص 1683 ، رقم 315 .

ونقض مدني ، جلسة 3 نوفمبر 1997 ، مجلة القضاء ، س 30 ، رقم 112 ، ص 468 .

4- القضاء الجزائري يخالف هذا الاجتهاد المجمع عليه فقها وقضاء معتبرا أن تكييف العقود هو مسألة واقع لا مسألة قانون .

ينظر على سبيل المثال : قرار المجلس الأعلى ، بتاريخ 31 مارس 1984 ، ملف رقم 34549 ، فهرس رقم 54 .

ومن الأصول الثابتة في القانون الإجرائي أن الخصوم أو الأطراف ليس عليهم أي التزام بوصف وقائع النزاع المطروح أمام القاضي بأي وصف قانوني ، ووجود هذا الوصف من جانب أحد الخصوم أو كليهما لا يلزم القاضي بأي شيء ، لأن العبرة هي دائماً بحقيقة العقد وليس بوصفه الظاهر الذي أعطاه له طرفاه (1) . كما أن عدم إضفاء أي وصف من الخصوم على نزاعهم معناه إيقاعهم في حرج (2) .

وقد ذهب غالب الفقه إلى اعتبار عملية التكييف عملية قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، ولما كان التكييف عمل قضائي يقوم به القاضي ، وهو ليس عملاً اختيارياً يقوم به إذا شاء أو يهمله إذا أراد ، وإنما هو عمل ملزم له ، يتحتم عليه القيام به إلا شاب أحكامه قصوراً استوجب نقضها (3) .

ولذلك جعلت محكمة النقض هذا الإلزام المنصب على التكييف بالنسبة للقاضي المكيف مبدأ من المبادئ القانونية الملزم لجميع طبقات ودرجات المحاكم ، ولما كان التكييف أمراً يتعين على القاضي أن يقوم به من تلقاء نفسه سواء سطره الخصوم له أو عرضوا عن ذلك (4) ، فإن مفاد ذلك أن القاضي ملزم بالتكييف ، وأن مصدر هذا الالتزام ليس نصاً أو قاعدة قانونية ولكن يأتي من مبادئ محكمة النقض المسطرة في أحكامها ، ولا تستطيع محكمة مهما اختلفت درجاتها مخالفة المبادئ المستقرة والتي أرستها المحكمة التي تراقب سلامة تطبيق القانون .

كما أن القاضي وهم يقوم بالتكييف فإنه يؤدي عملية قانونية مهمة ، وإذا كان التكييف يرقى إلى هذه الدرجة فيصبح الخطأ فيه (التكييف) خطأ في القانون . وبالتالي يكون سبباً من أسباب الطعن بالنقض للخطأ في تطبيق القانون لذا يكون لزاماً عليه (القاضي) أن يراعي أسس التكييف السليمة .

1 - قرار نقض مدني سوري ، بتاريخ 25 أبريل 1972 ، رقم 412 ، مجلة المحامون ، لعام 1972 ، عدد 4 ، ص 124 .
قرار تعقيبي تونسي ، غ مدنية ، بتاريخ 30 جانفي 1976 ، رقم 12082 ، مجلة القضاء و التشريع ، عدد 02 ، لعام 1976 ، ص 111/37 .

قرار تمييزي لبناني ، غرفة مدنية ، بتاريخ أول جانفي 1962 ، رقم 64 : 267 .
حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن إداري ، بتاريخ جمادى الأولى 1394 ، رقم 20/14 ق ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 لسنة 1974 ، م 30-04-1974 .

2 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 2 أبريل 1974 ، مجموعة المكتب الفني ، س 25 ، طعن رقم 85 ، ص 752 .
3- نقض مدني مصري ، جلسة 19 جوان 1973 ، مجموعة المكتب الفني ، س 23 ، طعن رقم 229 ، ص 941 .
4- نقض مدني مصري ، جلسة 3 جوان 1965 ، مجموعة المكتب الفني ، س 16 ، طعن رقم 255 ، ص 678 .

المبحث الثاني : **رقابة جهة النقض على مسائل التسبيب و التحريف**

ضمن عناصر الوظيفة القضائية ، يوجد عنصر يسمى تمتع القاضي المدني بالسلطة التقديرية ، إذ بدون هذه السلطة يتحول القاضي إلى مجرد آلة توضع فيها الوقائع من جهة ، فتخرج من جهة أخرى مغلفة بنص قانوني ينطبق عليها تمام الانطباق .

وسلطة القاضي التقديرية هي نشاط ذهني عقلاي يهدف الوصول إلى معرفة ما إذا كان النزاع المطروح على القاضي ، والمؤلف من وقائع مادية وعناصر واقعية ، يعتبر صالحا أو غير صالح لتوليد الأثر القانوني الذي يطلبه المتقاضون أم لا ؟

ونطاق هذه السلطة يمتد ليشمل جميع المجالات التي يعالجها القانون ، فالقاضي المدني يعمل سلطته التقديرية في نطاق نظرية العقد بكاملها ، سواء في بحث مضمون العقد أو تكميله أو تعديله أو تفسيره ، ومن حيث نشوء الالتزام وأركانها وشروط صحته ، وإثباته ، ويدخل بتقديره عوارض تنفيذ هذا العقد ، والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام العقدي .

ويمكن القول بايجاز أن عماد تطبيق القانون المدني يرجع أساسا إلى سلطة القاضي المدني التقديرية ، ولا ينكر أحد في أنها سلطة فعالة في فهم الواقع وتطبيق القانون عليه .

وفي الفقه والقضاء قاعدة راسخة معناها ، أنه لا رقابة لمحكمة النقض على القاضي إذا كان قد تصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانونا ، وفي حدود هذه السلطة ، وعند اجتماع شروط التصرف بها .

يطلق الكشف عن نية المتعاقدين الحقيقية يد القاضي في استجلاء الحقيقة من الوقائع التي ترافق ظهور ارادة دون التقيد بالمعنى الحرفي الوارد في النص . فيعود للمحكمة أن تتحرى عن نية المتعاقدين الحقيقية في العقد ، وبالتالي عن الصفة التي شاء المتعاقدون إجراء التعاقد على أساسها .

ولئن كانت السلطة الممنوحة للمحكمة في تفسير العقد واسعة جدا فهي لا تجيز لها الانحراف عن النص الواضح في العقد ولا الخروج إلى حل يتعارض مع مضمون أحكام العقد الصريحة أو مع النية المشتركة لطرفيه ، فلا يجوز لها مثلا الاستناد إلى وقائع وهمية مناقضة لوقائع ثابتة ، ولا إلى أمور يستحيل منطوقيا ، استخلاص الوقائع منها ، كما لو أشار الحكم إلى اعتماد سبب تقصير لحادث ، وكان هذا السبب غير مستخرج من عناصر التحقيق الواردة في ملف القضية ، أو كما لو أشار القاضي قصد الفريقين ثم خرج عن الأخذ به وحكم خلافا لذلك ، مستندا إلى مبادئ العدل .

ففي هكذا حالات يخالف القاضي قاعدة قانونية بتحريف العقد ومسخه وإفساد قصد المتعاقدين . ويجيز بالتالي لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها في هذه الحالة .

ونطاق الرقابة القضائية لجهة النقض على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع تأتي من خلال التسبيب الذي يذكره القاضي في أحكامه ، أو إذا حرف القاضي عبارات العقد بحيث أصبحت لا تتفق وقصد المتعاقدين والنية المشتركة لهما .

وتتفرع هذه الرقابة إلى نوعين : رقابة تسبيب ورقابة تحريف ، سنعالجها كما يلي :

المطلب الأول : الرقابة على مسائل التحريف

المطلب الثاني : الرقابة على مسائل التسبيب

المطلب الأول : **الرقابة على مسائل التحريف**

من المعلوم أن أسباب الطعن بالنقض في الأصل تكون مبنية على خرق للقانون ، ومثالها خرق القواعد الإجرائية ومخالفة قواعد الاختصاص ، والشطط في استعمال السلطة . وفي المقابل هناك أسباب موضوعية للطعن بالنقض مبنية على الخلل في تسبيب الوقائع أو تحريفها ، وإن كانت غالبية تشريعات المرافعات أو التشريعات الإجرائية المدنية إهتمت بالنوع الأول من أسباب الطعن مقارنة بالنوع الثاني ، وذلك بخلاف الفقه والقضاء .

وبتصفح قانون المرافعات الجزائري الجديد ، أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد وحصر في المادة 358 منه حالات وأسباب الطعن بالنقض ووسعها إلى ثمانية عشرة (18) حالة بعد أن كانت ست (6) حالات في ظل القانون السابق (1) .

وبالإطلاع على أو الحالة الثانية عشر أو الفقرة 12 من هذه المادة نجدها تذكر حالة تهمنا في بحثنا ، وهي التحريف كعيب في الأحكام القضائية ، ويؤول إلى نقضها من طرف المحكمة العليا ، ويتعلق بتحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار .

وحالة تحريف المستندات أو العقود هي إحدى حالات النقض الأربع التي تهمنا في بحثنا ونحن في معرض الحديث عن رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع في مجال تفسير العقود ، حيث أن الأسباب الثلاث الأخرى (الفقرات 9 و 10 و 11) تتعلق بالتسبيب ، وهذه الأسباب كلها ذات طابع واقعي وليست أسبابا قانونية .

مع العلم أن المشرع لم ينص في قانون الإجراءات المدنية السابق على حالة تحريف العقد كسبب من أسباب الطعن بالنقض .

ونتعرض في هذا المطلب لخطأ تحريف العقد ، وهو من أهم الموضوعات في مجال تفسير العقد لتعدد جوانبه ودقة المسائل العملية التي يثيرها . وقد حرص قضاء النقض على إرساء مبادئه ورسم الطريق الصحيح أمام قضاة الموضوع لاحترام مبادئ التفسير حشية أن يتعرض أحكامهم للإلغاء .

وسنعالج معنى هذه الرقابة وشروطها وأسسها وتطبيقاتها في الفروع التالية :

الفرع الأول : المقصود بالتحريف ومعايره وأنواعه

الفرع الثاني : شروط قيام رقابة التحريف

الفرع الثالث : الأساس القانوني لرقابة التحريف ومبرراته

الفرع الرابع : تطبيقات قضائية عن رقابة التحريف

1 - ينظر نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية الملغى ويقارن بنص المادة 358 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الأول : المقصود بالتحريف وأنواعه

الإطار الصحيح لنظرية التحريف ينحصر في فهم قاضي الموضوع لواقع وملايسات الدعوى من خلال عبارات العقد الواضحة، فإذا كانت العبارات واضحة المعنى . فالأصل أنها تكشف بذلك عن إرادة الطرفين ، وعلى القاضي أن يحصل هذا المعنى ليبنى عليه تكييفه القانوني . أما إذا خرج عنه بلا مبرر وحصل من هذه العبارات مفهوماً آخر مدعيًا أنه يتفق مع إرادتهما الحقيقية رغم عدم وجود الظروف الخارجية المبررة لهذا العدول ثم رد هذا الواقع إلى القانون رداً صحيحاً وأنزل عليه النص القانوني الصحيح فإننا نكون بصدده تحريف للعقد بالمعنى المقصود في هذه النظرية ، وذلك رغم سلامة التكييف القانوني من حيث الشكل وإن كان معيباً موضوعاً ، إذ أنه يبني على واقع غير صحيح فجاء التكييف بالتالي باطلاً .

ولا يجوز لقاضي الموضوع تحت حجة تفسير العقد أن يستبدل بهذه الإرادة الحقيقية إرادة وهمية وغريبة لا دليل عليها معدلاً بذلك الآثار القانونية للعقد الأمر الذي يؤثر على مصالح الأفراد واستقرار المعاملات في المجتمع .

فعلى القاضي ، إذن ، أن لا يخرج عن الربط بين الأسباب والنتائج ، فإذا كان الهدف من التفسير هو استخراج القصد الحقيقي للمتعاقدين ، فعليه (القاضي) ، في توصله إلى هذا النتيجة ، أن يستند إلى أسباب يفيد مدلولها النتيجة التي أخذ بها . وإلا خرج عن السلطة وخالف أحكام التفسير واصلاً إلى حدود التحريف .

ولكن ما المقصود بالتحريف ، وما هي معاييرها ، وما هي أنواعه ؟ .

أولاً- المقصود بالتحريف ومعايره:

1- المقصود بالتحريف (La Dénaturer) :

يقصد بالتحريف لغويا تغيير طبيعة الشيء أو تبديله .
ومن الناحية القانونية يقصد به : تجاهل المعنى الواضح والمحدد للتعبير من أجل أن يسند إليه معنى مغاير للمعنى الحقيقي (1) .

وقد عرف الفقيه الفرنسي جون بوري (J. Bore) التحريف أو التشويه بأنه :
" تتكر قاضي الموضوع لمعنى مستند خطي واضح ودقيق " (2) .

1- التعريف للفقيه الفرنسي هنري مازو : " دروس في القانون المدني " ، فقرة 355 ، ص 321 .

نقلا من : د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض " ، المرجع السابق ، ص 128 .

ويعرفه الفقيه مارتى- Marty بأنه : " تغيير لطبيعة الشيء ، أو مسخ تصرف من التصرفات أو مستند من المستندات مما يصرفه عن معناه الحقيقي " .

أورده د/ أحمد مليجي : " أوجه الطعن المتصلة بالموضوع " ، ص 108 .

وينظر كذلك : د/ حامد فهمي : " النقض في المواد المدنية والتجارية " ، فقرة 99 ، ص 277 .

2 - نقلا من : الأستاذ جاك إيستان ومن معه : " المطول في القانون المدني " ، المرجع السابق ، ص 37 .
ويفهم من هذا التعريف أن التشويه غير قابل للتطبيق في العقود الشفهية .

وعرفه الدكتور سعيد عبد السلام التحريف بقوله : " التحريف هو تعديل للنتائج المنطقية العادية التي تنتج من النصوص الواضحة جريا وراء نية محتملة لطرفي العقد تتناقض إرادتهما الحقيقية " (3) .

أما محكمة النقض المصرية فعرفت الإنحراف بأنه حمل عبارات العقد على معنى يخالف ظاهرها . والانحراف عن المعنى الظاهر للعقد الواضحة بهذه المثابة يخضع لرقابة محكمة النقض (1) .

وقد تعددت التعريفات القانونية لمصطلح التحريف ولكنها تدور في فلك واحد هو تغيير المعنى الواضح .

ومجال نظرية التحريف هو العقود والمحرمات ، وتظهر صورته بشكل واسع أثناء تفسير القاضي لها ، فهو نوع من التجاوز القضائي في تفسير العقود حينما يقوم القاضي بتجاهل إرادة طرفيه المتمثلة في العبارات الواضحة ويحورها على معنى آخر غير مناسب . ومخالفة قصد العاقدين ترتبط في بعض الحالات بالخلل أو الفساد في تفسير النية المشتركة لأطراف العقد ، بيد أن ذلك لا يظهر في كل الحالات باعتبار أن البحث عن النية المشتركة يربط بين عبارات العقد، وهي أمور مادية ، و قصد العاقدين هو أمر شخصي ، في حين أن الخروج عن عبارات العقد ، وإن أدى إلى الانحراف عن قصد العاقدين ، فإن التحقق منه أسهل " .

ففي الواقع نجد أنفسنا أمام حريتين ، فمن جهة نجد الأطراف يخرجون تصرفاتهم في أغلب الأعم على صور البيع والإيجار والرهن والشركة والكفالة وغير ذلك من العقود المسماة ، التي نظم القانون حدودها وقواعدها ، فهم قد يذكرون في اتفاقهم ما تراضوا عليه ، وقد يفوتهم ذكر ما تراضوا عليه ، وكثيرا ما تحدث نزاعات بشأن تنفيذ العقود بسبب اختلافهم حول فهم وتفسير شروط العقد فيلجئون إلى القاضي لحل المشكل . وفي المقابل نجد القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تفسير تلك العقود والاتفاقات . وعليه كان لا بد من التوفيق بين حرية الأطراف في التعاقد من جهة ، وحرية القاضي في التفسير من جهة ثانية .

فالسطة الواسعة للقاضي في التفسير قد تقود للتعسف والانحراف ، ولذا كان من الواجب تقييد هذه السلطة وكبح جماحها وضبطها ، وأول ضابط هو وجوب احترام " قانون العقود " ، واعتباره قانونا خاصا يشبه القانون العام في مراعاة أصوله وأحكامه ، والمقصود هنا احترام كيان العقد كله باعتباره مجموعة تعبيرات وشروط والتزامات محددة من أطرافه ، لذلك تشكل حالة منع قاضي الموضوع ، عند وضوح دلالة عبارات العقد ، وتطبيقها مع قصد أطرافه ، من التفسير، قيادا أوليا على حرية التفسير، فلا حاجة للتفسير في تلك الحالة ، بما يعني ، أن تفسير العقد حينها ، يعد خطأ في تطبيق القانون ، من شأنه أن يؤدي إلى نقض حكم محكمة الموضوع ، إعمالا لسلطة قضاء النقض في مراقبة تطبيق القانون .

1- د/ سعيد سعد عبد السلام : " التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان " ، المقالة السابقة الذكر ، 130 ص .

2- نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، المجموعة المدني ، س 18 ، ص 1779 ، رقم 270 .

نقض مدني ، جلسة 16 مارس 1989 ، المجموعة المدنية ، س 40 ، ص 798 رقم 139 .

نقض مدني ، جلسة 26 مارس 1974 ، مجموعة أحكام النقض ، س 25 ، رقم 561 .

وهنا يتعلق الأمر بتطبيق حكم النصوص التي تمنع ، التي تمنع تفسير عبارة العقد الواضحة (1) ، ولهذا كثيرا ما نقرأ عبارات تحريف الألفاظ ، أو تحريف البنود ، أو تحريف الالتزامات ، وغيرها المصطلحات التي درجت على استعمالها قضاء محكمتي النقض الفرنسية والمصرية في الكثير من أحكامها ، فالعبرة ليست باختلاف الصياغات ، وإنما العبرة بالنتيجة التي ينتهي إليها الحكم وهي أن قاضي الموضوع حرف الآثار القانونية المترتبة على العقد . وما تحريف الألفاظ الواضحة والمحددة إلا وسيلة لتحريف الالتزامات التي تترتب عليها .

وسواء قصد الحكم إلى الوسيلة ، وهي تحريف الألفاظ ، ليصل إلى النتيجة المترتبة عليها وهي تحريف الالتزامات أو قصد النتيجة مباشرة ، فذلك يعني اختلافا في أسلوب الصياغة للخطأ المبرر للنقض لا أكثر ، وإن كانت العبارة الأخيرة هي الأكثر شيوعا في صياغة أحكام محكمة النقض الفرنسية (2) .

والتحريف إما أن يقع فهم الواقع من العقد محل النزاع أو العقود المتصلة به أن يقع في التكيف القانوني لهذا الفهم ، بيد أنه في هذه الحالة ليس هناك مبرر لنقض الحكم استنادا لتحريف العقد لإمكان تحقيق ذلك عن طريق الخطأ في التكيف ذاته .

ومن ثم يقتصر التحريف على سوء تحصيل الواقع من العقد . ولا يتحقق هذا بمجرد العدول عن العبارات الواضحة بل يكون التحقق منه بعد أن يثبت وضوح الشرط عن طريق التساؤل هل كان لهذا العدول ما يبرره أم لم يكن له محل ؟

ففي الحالة الأولى يكون عمل قاضي الموضوع من أجل احترام إرادة الطرفين عملا واقعا ، أما في الحالة الثانية يكون مسخا لها الأمر الذي يعد في حكمه للطعن بالنقض (3) . والملاحظ أن سلطة القاضي تكون أوسع في نطاق تفسير الشروط و العبارات الغامضة والمبهممة مقارنة بنطاق سلطته في تفسير الشروط والعبارات الواضحة والصريحة في العقد . فإذا كان قاضي الموضوع وحده المختص بتفسير العقود والمحرمات ، فإن سلطته لا تمتد إلى إبطال شرط مكتوب ، نصه ظاهر وحكمه واضح ، بشرط آخر غير مكتوب يختلف في حكمه عن حكم الشرط الذي أبدل به .

ففي هذه الحالة يحق لمحكمة النقض أن تراقبه في تفسيره الذي هو في حقيقة الأمر مسخ للعقد عندما تغافل عن شرط صريح فيه ورفض الأخذ به . والتحريف كما يرى غالب الفقه ليس تفسيرا خاطئا لشروط العقد ذي المعنى المشكوك فيه ، وإنما هو قضاء معيب (4) .

ويعود لمحكمة النقض الفرنسية الفضل في هذه الملاحظة عندما جمعت بين الأخذ بنظرية المسخ والتحريف ، ونظرية التمييز بين الشروط وتأويلها . فإذا كان من صلاحيات قاضي الموضوع تفسير العقود والاتفاقات ، فليس له أن يحرفها عن معناها ويغير وجهتها ، بحجة تفسيرها ، متى كانت شروطها ظاهرة المعنى محددة المبني .

1- تمييز كويتي ، تجاري ، جلسة أول أبريل 1987 ، الطعن 179 ، نشرة القضاة ، سنة 1987 ، ص 221 ، رقم 98 . ولا يسقط هذا الحد ، إلا إذا تبين لقاضي الموضوع أن العبارات الظاهرة لا تعكس الإرادة الحقيقية للعاقدين ، فعل العدول عن الإرادة الظاهرة إذا ثبت ما يدعو لهذا العدول .

تمييز كويتي ، مدني ، جلسة 13 جوان 1988 ، رقم 83/74 ، نشرة القضاة ، السنة 12 ، العدد الثاني ، شهر أكتوبر 1987 .

2- Cass. Civ. 18 juin.1977. Bull. Civ 1977. n. 271. p.214.

3 - Gallatay . «.Etudes sur l' interprétation des contrats » .O.P. Cit .p 6. et. p28,

4 - د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 275 ، ص 526 .

والحقيقة أن ميلاد نظرية التحريف يعود لهذه المحكمة بالذات ، عندما اعتبرت التحريف حالة من حالات الرقابة على قضاة الموضوع بشأن تفسير العقود ، في حكم مبدئي لها بتاريخ 15 أبريل 1882 نقضت فيه حكما خالف فيه القاضي ألفاظا واضحة محددة في العقد . وقد أسست قضائها موضوعيا على أحكام المادة 1134 من القانون المدني (1) ، مع أن قانون المرافعات الفرنسي يخلو من نص صريح بهذا الشأن .

وكثيرا ما نقضت أحكاما مشابهة لذات السبب (2) ، وبهذا كرست نظرية التحريف ، وما ساهم في إرسائها الانتشار الفاحش لعقود الإذعان ، وقد وخولت محكمة النقض لنفسها حق إعادة التوازن العقدي في هذه العقود .

ولم تقتصر نظرية التحريف على إخضاع قاضي الموضوع لرقابة النقض أثناء تفسيره للعقود ، سواء أكان العقد موثقا أو عرفيا، وسواء كان العقد من عقود المعاوضة أو التبرع ، وسواء كان عقد مساومة أو عقد إذعان ، وسواء كان ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد ، إنما أخضعت المحررات أيضا إلى رقابة محكمة النقض .

فمحكمة النقض الفرنسية وسعت من رقابتها على تفسير العقود لتمتد إلى كافة الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى ، عرفية كانت أو رسمية ، وصارت تنقض كل حكم يثبت بأي محرر أو أية ورقة من أوراق ملف الدعوى ، تكون المحكمة قد أشارت إليها وبنيت عليها حكمها المطعون فيه ، سواء كان ذلك المحرر أو تلك الورقة متعلقة بالإجراءات كصحف الدعاوي والاستئناف والإنذارات والمراسلات بين الطرفين أم كانت غير متعلقة بهذه الإجراءات كالمحررات العرفية الأخرى أيان كانت طبيعتها ، حتى ولو كانت مجرد عنصر من عناصر الإثبات، لا تفيد القاضي كمحاضر رجل الشرطة ، ومحاضر التحقيق، وتقارير الخبراء ، والشهادات الطبية ، وشهادة الشهود .

فقد أصبحت محكمة النقض تعتبر أن القاضي حينما يفسر محررا لا تحتاج عباراته إلى تفسير ، لكونها واضحة المعنى ومحددة في دلالتها ، فإنه بذلك ينتحل لنفسه سلطة تفسير لا يخولها القانون له، وبذلك يكون حكمه باطلا وخاضعا للطعن به بالنقض ، لتجاوزه قواعد الإثبات بالكتابة ، وحجة المحررات الرسمية (3) .

والقاضي لا يملك مطلقا تحريف شهادة أو تقرير خبرة أو محضر معاينة أو تحقيق أو أية ورقة من أوراق الدعوى ، متى كانت عباراته واضحة ومحددة ، كما هي الحال بالنسبة للعقد (4) ، إذ لا فارق بين العقد وبقية المحررات سواء استطاع استبعاد شهادة الشهود أو تقرير الخبرة أو محاضر التحقيق أو أخذ بدليل آخر يبني عليه حكمه ، إنما هو ملزم بتطبيق العقد (5) .

1 - Cass. Civ. 15 avr 1882. Dalloz. 1882 - 1 - 176.

2- Cass. Civ. 16 mar 1971. Dalloz. 1971- 8- p 68 . Cass. Civ. 15 avr 1972 .

3- د/ أحمد سيد صاوي : " رقابة محكمة النقض على الموضوع " ، المرجع السابق ، فقرة 119 ، ص 194 .

4- نقض مدني مصري ، بتاريخ 4 أبريل 1946 ، طعن رقم 2 ، لسنة 15 ق.

5- قضت في ذلك محكمة النقض المصرية : " أنه متى كان مفاد ما قرره الحكم بأنه لم يلق بالا إلى حقيقة ما أثبتته الخبر في تقريره مما يغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يتعين نقضه " .

أورده : د/ أحمد أبو الوفا : " نظرية الأحكام " ، منشأة المعارف ، سنة 1997 ، ص 222 .

وعادة ما نجد القضاء يستخدم عبارات تفيد التحريف والمسح ومن ذلك عبارة " لا يجوز تعديل الخبرة " ، وعبارة " لا يجوز مخالفة أهل الفن " ، وعبارة " لا ينبغي إهمال تقرير الخبير " وغيرها من العبارات المشابهة (1) .

وبناء عليه ينبغي على قاضي الموضوع ألا يخلط بين سلطته في تفسير المحرر المقدم في الدعوى ، وبين سلطته في تقدير القيمة الثبوتية لهذا المحرر ، فهو مقيد أولاً بشرط عدم الانحراف والخروج عن عبارات المحرر متى كانت واضحة ومحددة ، وبعد الانتهاء من التفسير له أن يقدر أدلة الإثبات ويعطيها الحجية التي يراها تتماشى مع أحكام وقواعد الإثبات (2) .

و استناداً على هذه القاعدة قد قضت المحكمة العليا بالجزائر أنه : " من المقرر قانوناً أنه إذا كانت المسألة محل الخبرة فنية تخرج عن اختصاص القاضي ، فإن هذا الأخير يلتزم برأي الخبير ، فإذا حدد الطبيب نسبة مئوية لعجز شخص معين ، فلا يجوز للقاضي أن يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلى خبرة طبيب آخر " (3) .

والخلاصة من ذلك أن التفسير هو ممارسة قضائية عادية . أما التحريف فهو نوع من التعسف القضائي ، وذلك حينما يسند القاضي للعقد مادة وهدفا مغايرين لمادته وهدفه الحقيقيين واللذين ينتجان منه الطبيعة والمنطق . وهو يتصور في صورة خلل في تفسير النية المشتركة للطرفين ، أو خروج تام عن عبارات العقد الواضحة دون مبرر يستدعي ذلك .

وبمعنى آخر ، التحريف هو تعديل للنتائج المنطقية العادية التي تنتج من النصوص الواضحة جرياً وراء نية محتملة للطرفين تناقض إرادتهما الحقيقية . ولذا تبسط جهة النقض رقابتها على قاضي الموضوع باعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة واقعية مختلطة بالقانون .

والتحريف ، مهما كانت نتائجه " السلبية " ، لا يمكن أن يرقى لمرتبة الخطأ المهني . الموجب للمساءلة والمتابعة التأديبية للقاضي ، إلا إذا ثبت سوء نية القاضي أو انحياز الفاضح الثابت بأدلة قاطعة .

1- قرار نقض مدني سوري ، رقم 2755 لسنة 1992 ، أ/ فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني الحديث ، ط 01 . ص 167 .

- وقرار نقض سوري ، رقم 229 لعام 1992 ، مجلة المحامون ، عام 1994 ، ص 45 .

وقرار نقض سوري ، رقم 1886 سنة 1984 ، مجموعة أ/ فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني ، ط 01 ، ص 1803 .

2- في مجال الرقابة على تقارير الخبرة قضت محكمة النقض السورية أنه : " لا يجوز للمحكمة أن تعدل نسبة الخبرة التي قررها الخبير دون إجراء خبرة جديدة ، و من ثم أخذها بالنسبة التي حددها تقرير الخبرة الجديدة " .

قرار نقض سوري ، سنة 1984 ، رقم 73 ، مجموعة أ/ فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني ، ط 1 ، ص 1058 .

وفي مجال الرقابة على محاضر سماع شهادة الشهود :

قرار نقض سوري رقم 1557 لسنة 1986 ، أ/ فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني ، ط 01 ، ص 1619 .

3 - قرار بتاريخ 11 ماي 1983 ، ملف رقم 28312 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، سنة 1986 ، ص 55 .

2- معيار التحريف (معيار الوضوح) :

لما كانت رقابة التحريف من المسائل التي تثير كثيرا من الصعوبات نظرا لصعوبة وضع حد فاصل بين الشروط الواضحة والشروط الغامضة ، فقد كان من اللازم البحث عن معيار يتفق مع نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض (1).

وقد وضع بعض الفقه الفرنسي (الفقيه كارييه) معيارا للوقوف على ما إذا كان القاضي يعتبر حرف في العقد أم لا . هذا المعيار يركز على "وضوح التعبير" (2) .
فالتفسير هو شرح ما هو غامض ، ومن ثم إذا كان واضحا فلا مبرر للتفسير وإلا عد تحريفا ، حيث لا مجال للقاضي من أعمال سلطته في تفسير العقد طالما كان واضحا ، وأي محاولة لتفسيره تعد تحريفا أو تشويها له ، وحينها يمكن لمحكمة النقض أن تتدخل لممارسة رقابتها على القاضي الموضوع بحجة أنه حرف عبارات العقد .

ويبدو أن هذا المعيار ذو طابع موضوعي مادي ينصب على ألفاظ العقد في ذاتها ، فإذا كانت دلالاته واضحة فلا مجال لتفسيرها وإلا عد تحريفا لها .
وهذا المعيار يقودنا إلى وجوب التفرقة بين شروط العقد الواضحة و الشروط الغامضة ، مع أن المسألة نسبية ، فما يبدو واضحا بالنسبة لقاض قد يبدو غامضا بالنسبة لقاض آخر ، إذ لا يمكن القول بأن العبارة تكون واضحة إذا أفادت معنى واحدا ، إذ أنه توجد حالات كثيرة لا يمكن تحديدها .

وقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الوضوح في هذا المعيار هو وضوح ذاتي ينبع من ذات التصرف وليس من عناصر خارجه عنه وتكشف عن هذا الوضوح مجرد قراءة المحرر ، حيث تكون دلالة التعبيرات واضحة بصرف النظر عن الغرض منها و عما يقصده طرفا العقد . وهذا المعيار موضوعي لا شخصي . وإذا كنا بصدد وضوح موضوعي ، فلا محل لتفسير شخصي من أجل الوقوف عن النيات .

ويترتب على هذا المعيار أن الألفاظ إذا كانت واضحة في ذاتها لكن حدث جدل بشأنها فإنها تفقد وضوحها ويتسرب إليها الغموض المبرر للتفسير ، وعندئذ تتحسر رقابة محكمة النقض . كما أنه عند تكيف التصرف هل هو واضح أم غامض يجب إبعاد طرفي العلاقة عن هذا التكيف الذي يجب أن يجري مستقلا عما عدا التعبيرات طالما أنه ليس هناك نزاع بشأن مدلولها . كما أن الإرادة التي لا تظهر بتعبير صريح في العقد لا يعتد بها ولا مبرر للبحث عنها .

ومن الناحية العملية فعند الطعن بالنقض للتحريف تستخدم محكمة النقض المعيار السابق للوقوف على مدى وضوح الشرط من عدمه . فإذا كان واضحا في ذاته نقضت الحكم . ومن ثم لا تفسر محكمة النقض الشرط الواضح بل تكيفه أولا ، ثم تحكم على ضوء هذا التكيف بصلاحيته التفسير أم بطلانه . وتبني المحكمة من ذلك حماية الإرادة الظاهرة التي كشفت عنها الألفاظ الواضحة .

1 - اعتبرت محكمة النقض السورية أن التحريف خطأ مهني من القاضي.

نقض مدني سوري رقم 2186 ، منشور في تفتين أصول المحاكمات للأستاذ أديب اسطمبولي ، ص 363.

2 - ينظر في عرض هذا المعيار :

د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 137 .

ود/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 276 ، ص 527 وما بعدها.

3- نقد معيار الوضوح لعدم كفايته :

لقد تعرض معيار الوضوح لنقد شديد من جانب كبير من الفقه الفرنسي والمصري على حد سواء ، ولا يصح حسبهم اعتباره معيارا لتحديد نطاق رقابة جهة النقض على تحريف القاضي للعقد (1) .

فذهب البعض (الفقيه مازو - Mazeaud) إلى القول بأن وضوح التعبير ليس إلا وسيلة جوهرية لإظهار النية المشتركة. وإذا كان واضحا لا تستطيع المحاكم بالفعل رفض تطبيقه ، ولكن يمكنها أن ترفض أعمال التعبيرات التي لا تتوافق مع الإرادة الحقيقية ، إذ يفترض في الإرادة المعلنة أنها تعكس الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس . ومن ثم لا تلزم المحاكم للأخذ بالشروط التي يتضح من مظهرها أنها لا تعبر عن إرادة الطرفين كالشروط المطبوعة غير المقروءة لصف الحروف المدونة بها والتي لم يشترك المتعاقد الآخر في تحريرها ومن ثم لم يعلم بها .

وذهب البعض (الدكتور فاي - Fay) إلى القول بأن العقد إذا تضمن بعض المصطلحات القانونية فالمفروض أنها تحمل قرينة بسيطة على أن طرفي العقد أراد بها هذا المعنى . ولكن لا يمنع هذا الواضح القاضي من البحث عما إذا كانت هناك نية مغايرة للنية التي تكشف عنها هذه المصطلحات من عدمه ، وعليه في هذه الحالة أيضا تبيان الظروف التي قادت إلى هذا الحل وإلا فإنه يرتكب خطأ قانونيا بتجريد المصطلحات القانونية من معناها الذي منحه إياها المشرع وذلك دون مبرر .

وذهب البعض الآخر (الفقيه مارتي - Marty) إلى القول بأنه لا يوجد اصطلاح أكثر غموضا من مصطلح الوضوح رغم كثرة استعمال محكمة النقض له ، كما وصفه بأنه اصطلاح يؤدي أذان العديد من القانونيين .

ويضيف الفقيه (مارتي) في نقده العنيف بأن معيار الوضوح هذا لا يصلح معيارا لتحديد رقابة محكمة النقض على التحريف ، فهو فارغ من كل معنى ، إذ أنه لا يمكن تصور وجود شروط واضحة ومحددة لكنها متعارضة فيما بينها . فالوضوح في ذاته لا يشكل عائقا للقيام القاضي بمهمته في التفسير . كما أنه ليس من الضروري أن كل شرط واضح الألفاظ يكون واضح الإرادة أيضا ، فليس المطلوب هو المعنى الشخصي لها والذي أسنده لها الطرفان .

فالشرط الواضح قد يتضمن ألفاظا واضحة المعنى بيد أن لها معنى مغايرا لهذا المعنى الظاهر .

ومن ثم فإن الوضوح الذاتي للشرط التعاقدى لا يمنع تفسيره وإن كان هذه الوضوح مجرد وضوح ظاهري ، بحيث أن الألفاظ الواضحة في ظاهرها قد لا تعكس على وجه صحيح نية الطرفين الحقيقية ، ولا يحول ذلك دون قيام القاضي بالتفسير للوقوف على هذه النية ، إذ له في ذلك سلطة تقديرية تامة حتى ولو أدى الأمر إلى إستبعاد المعنى الظاهر للشرط .

1 - ينظر في عرض هذه الانتقادات :

د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض " ، نفس المرجع والموضع السابقين.

ود/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، نفس المرجع والموضع السابقين..

بيد أن محكمة النقض الفرنسية لا تقره على هذا العدول إلا إذا أعطى من الأسباب المقبولة والمعقولة ما يكشف عن ضرورة إجرائه ، وأنه بتفسير هذا إنما جاء متوافقا مع إرادة الطرفين الحقيقية التي لم يكشف عنها ظاهر الألفاظ .

أما إذا لم يورد بحكمه أسبابا كافية وجدية فإنه بهذا التفسير الذي انتهى إليه يكون قد تناقض مع المعنى الظاهر للنص الأمر الذي يكشف عن نيته في تعديل العقد وتحريف مضمونه .

وقضاء محكمة النقض الفرنسية على العموم يأخذ بمذهب جواز تفسير العبارات الواضحة بحثا عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وليس هذا في حد ذاته تحريفا للعقد بل احترام له. فالشرط قد يكون واضحا في ذاته متضاربا مع غيره من الشروط الواضحة إذا ما حدث التقريب فيما بينها . الأمر الذي يتطلب تفسيراً للوقوف على الإرادة الحقيقية بتغليب أي من الشروط الواضحة والذي يتبين اتفاقه مع الغرض من التعاقد (1) .

قد تعددت أوجه النقد التي أثارها الفقهاء حول جوهر رقابة التحريف ، فقيل بقصورها لأنها تقصر في رقابتها على الشروط والعبارات الواضحة ، حتى ولو وقعت المنازعة على عقد فردي لا تتجاوز أهمية الحكم فيه حدود الدعوى التي صدر بمناسبةها، في حين أنها تترك تفسير الشرط والعبارات الغامضة لسلطة قاضي الموضوع التامة حتى ولو تعلق النزاع بتفسير عقد جماعي أو نموذجي تتجاوز أهمية الحكم الصادر بشأنه حدود الدعوى التي صدر بمناسبةها .

وفي الفقه المصري يرى الدكتور أحمد سيد صاوي أنه كان من الأجدر و الأصح على أن تبسط محكمة النقض رقابتها على ما تتضمنه هذه العقود من شروط غامضة ، كونها عقودا متماثلة وعامة في التطبيق ، وتحكم جانبا كبيرا من العلاقات القانونية كعقود التأمين ، وعقود الإيجار الزراعية ، وعقود النقل .

ومؤدى هذا الرأي أن تقتصر محكمة النقض في رقابتها على التدخل فقط بمناسبة تفسير عقد جماعي أو عقد نموذجي حتى يكون لها تفسير عام موحد فيحقق هذا عدم تعدد الدعاوى ، وتناقض الأحكام ، ويؤدى بالتالي إلى استقرار المعاملات ، ومن ناحية أخرى فإن العقود الفردية تكتنفها ظروف وملابسات خاصة ، لاسيما عند محاولة الوصول إلى نية المتعاقدين المشتركة ، وهذا يتصل بالواقع ، ويخرج بالتالي عن رقابة محكمة النقض .

وكما يذكر الدكتور أحمد صاوي في تقييمه لهذه الانتقادات بأنها لا تقلل من أهمية نظرية التحريف ما دام القاضي مقيدا في تفسيره للعبارات الواضحة أو العبارات الغامضة ، وبضرورة بناء حكمه على أسباب منطقية. فإن لم يطعن في حكمه للتحريف فإنه يطعن فيه بسبب عدم منطقية الأسباب (2) .

وفي الفقه العربي دائما يرى الدكتور سعيد عبد السلام (3) أن المعيار الصحيح الذي يتفق مع نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض على مسائل التحريف ينحصر في وضوح الإرادة . ويعني بذلك الإرادة الحقيقية المشتركة بين طرفي التعاقد . فالعبرة بالوضوح هي بوضوح الإرادة لا بوضوح التعبير .

1 - Cass. Com , 13 mai 1970. J.C.P . 1971, p 1689.

Cass - Soc, 25 oct. 1961, Daloz , 1961, 749. note G .Liyon- caine .

2- د/ أحمد سيد صاوي : " رقابة محكمة النقض ... " ، المرجع السابق ، ص 201.

3 - د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض .. " ، المرجع السابق ، ص 138 و ص 149.

فإذا كانت هذه الإرادة واضحة من خلال التعبيرات الواضحة تعين التزام التعبيرات وعدم العدول عنها ليس على أساس أنها تتسم بالوضوح بل ، لأنها تكشف عن إرادة الطرفين ولا يوجد من ظروف الواقع ما يناقضها .

أما إذا كانت التعبيرات واضحة لكنها تصطدم بظروف خارجية تكشف عن هذا الوضوح ظاهري بحت فإن عدول قاضي الموضوع عن معناها الظاهر ليس حقا له فقط بل إنه واجب عليه . وذلك بتقصي الإرادة في مظانها. ولكن علياً أن يبرر هذا العدول حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقب مدى سلامة هذا العدول . ف تفسير العبارات الواضحة ليس محظورا ولكن يتعين أن يكون ذلك مسبقا بالتأكد من أن الوضوح لا يتفق وحقيقة إرادة الطرفين .

ونحن نؤيد تماما هذا المعيار الأخير، حيث يتضح مما سبق أن هذا المعيار شخصي ذو أساس موضوعي ، فهو شخصي ، لأنه يرجع إلى اعتماده على الإرادة الحقيقية للطرفين وقيامه على أساس موضوعي يرجع إلى عبارات التعاقد الواضحة التي تكشف عن هذه الإرادة إذ ليس المطلوب هو المعنى الموضوعي للألفاظ بل المعنى الشخصي لها والذي عناه طرفا التعاقد. ومن ثم فلا يكفي مجرد قراءة العقد للقول بأن هذا تصرف واضح محظور تفسيره . بل يجب أن يكون هذا الوضوح عندئذ وضوحا حقيقيا أي كاشفا عن إرادة ولا يوجد في ظروف الواقع ما يناقضه ، فعندئذ لا مجال للتفسير وإلا كنا بصدد تحريف . ونخلص من ذلك أن محكمة النقض إذا ما رأت أن قاضي الموضوع تلمس الإرادة الحقيقية وأخذ الطرفين بحكمهما حتى ولو اقتضى ذلك العدول عن التعبيرات الواضحة فإنها تبرم حكمه .

أما إذا وجدته قد تتكبد الطريق فعدل عنها رغم قيامها من خلال التعبيرات الواضحة ودون مسوغ لهذا العدول مستوحيا إرادة خالية من صنعه فإنه يكون بذلك قد حرف إرادة الطرفين.

ثانيا - تمييز التحريف عن بعض المسائل المشابهة :

لفظة (تحريف) كلمة مطاطة ذات أبعاد غير محددة ، ومن ثم يمكن أن يختلط مفهومه ببعض المسائل الأخرى كالمسح ، والأخطاء المادية ، والتفسير المعيب ، والتكييف غير الصحيح ، ومخالفة قواعد الإثبات ، والتزوير . مما يجدر بنا في مقام هذا البحث فصل هذا اللفظ عن ما قد ينتشبه معه حتى لا تتحول محكمة النقض إلى محكمة موضوع من الدرجة الثالثة .

1- التمييز بين التحريف و المسح :

التحريف والمسح يظهران بشكل واسع في أثناء تفسير القاضي للعقود والمحركات العقود إلا أنهما يختلفان .

حيث أن التحريف هو عدول القاضي وميله عن المعنى الواضح المحدد للمحرر إلى معنى لا يفيد ، وينتج أثارا قانونية مختلفة وذلك نتيجة تفسيره له ، رغم أن عبارة واضحة ومحددة المعنى لا تحتاج إلى تفسير .

أما المسخ فهو إعطاء العقد المقدم في الدعوى وصفا غير وصفه القانوني الصحيح ، كأن يقول : أن هذا العقد هو عقد بيع وهو في الواقع عقد إجارة ثم يعطيه أحكام البيع ، ويحكم في الدعوى على هذا الاعتبار (1) .

وأیضا تستعمل كلمة المسخ للتعبير عن عيب آخر يلحق بالحكم وذلك حين تخطيء محكمة الموضوع في فهم الواقع من العقد أو المستندات المقدمة في الدعوى ، بأن لا تأبه لها أو تحرفها عن معانيها . ثم تكيف هذا الفهم الخاطئ ، وتحكم على أساس هذا التكيف فيسري الخطأ إلى الحكم .

ومثاله أن تقول محكمة الموضوع أنه : " يستنتج من الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى أن طرف بالعقد قد اتفقا على نقل ملكية مال محدد مقابل دفع ثمن محدد فتم بينهما البيع والشراء ... " .

وفي حين أن هذه المستندات لا تدل في الواقع إلا على مجرد الشروع في البيع والشراء .

ومثل هذا المسخ هو الذي يعيننا ، لأنه هو الذي يقع في تفسير العقود والمحرمات وسائر الأوراق التي يستند إليها ويحتج بها في الدعوى ، وهو الذي دعت محكمة النقض الفرنسية لرقابته لتعصم القانون من التطبيق الخاطئ .

والملاحظ أن القضاء لا يفرق بين هذين المصطلحين وعادة ما يستعملان كمترادفين ، فالمسوخ ما هو إلا صورة من صور التحريف لا غير (2) .

وقد ابتدأت محكمة النقض الفرنسية برقابة المسخ والتحريف عن طريق نقض الأحكام التي قررت فيها محاكم الموضوع ثبوت أمر أو نفيه على خلاف ما احتوته الأوراق أو المحررات الرسمية (3) .

وقد حذت محكمة النقض المصرية حذو نظيرتها الفرنسية ، عندما اعتبرت أن المسخ والتحريف سبب من أسباب الطعن بالنقض ، رغم أن نص المرافعات المصري يخلو من ذلك صراحة (4) .

1- أ/ سلوى حمود ثابت : " أسباب الطعن بالنقض المتعلقة بوقائع الدعوى " ، المرجع السابق ، ص 103 و 104 .

2- ينظر: نقض مدني مصري : بتاريخ 18 ديسمبر 1988 ، المكتب الفني ، س 39 ق ، رقم 109 ، ص 493 .

3- قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام 1827 ، وهو بداية عهدها في نقض الأحكام بسبب التحريف ، بأنه : " إذا كان تفسير الوصية في اختصاص قاضي الموضوع وحده فإنه ليس من حقه أن يذهب في سبيل هذا التفسير إلى حد تغييرها وتعديلها عن طريق إلغاء شرط واضح ومحدد تتضمنه و استبداله بشرط آخر ينتج أثارا مختلفة الأمر الذي يرتب عليه نقض الحكم لتجاوز سلخته في تفسير العقد " .

أوردته : / سلوى حمود ثابت : " أسباب الطعن بالنقض المتعلقة بوقائع الدعوى " ، المرجع السابق ، ص 104 و 105 .

نقلا عن : د/ أحمد سيد صاوي : " رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع " ، المرجع السابق ، ص 195 .

4- قضت محكمة النقض المصرية في مجال العقود بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

نقض مدني ، بتاريخ 18 مارس 1975 ، س 26 ، ص 621 .

كما قضت أيضا بأن : " أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر " .

نقض مدني ، بتاريخ 30 نوفمبر 1977 ، طعن رقم 103 ، س 28 ، ص 1724 .

أوردهما د/ : عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، المرجع السابق ، ص 94 و 95 .

2- التمييز بين التحريف و الخطأ المادي :

التحريف والخطأ المادي كلاهما لا يقع إلا على محرر أو عقد مكتوب إذ أن ظروف الواقع لا يخضع لرقابة النفض (1) .

ولكن التحريف يختلف عن الأخطاء المادية سواء تلك التي تقع من القاضي في استخلاصه من العقد محل النزاع كأن ينقل القاضي في حكمه على أن سريان عقد التأمين مثلا بدء من تاريخ دفع القسط الأول وهو في واقع العقد يبدأ من تاريخ دفع الأقساط ، فهذا خطأ مادي بسبب السهو ، وهذا الخطأ قد يقع من الخصوم في تحريرهم للعقد ، مع أن القاضي بإمكانه تصحيح الخطأ المادي في مثل هذه الحالة ولو دون طلب (2) .

ويمكن رغم ذلك أن يتصور حدوث التحريف في الحالة الأخيرة عند قيام القاضي بتصحيح هذا الخطأ إذا ما جاء ذلك غير متفق مع إرادة الطرفين ، إذ يعد تحريفا لشروط العقد الواضحة بطريق غير مباشر .

وعلى أي حال فالخطأ المادي دائما غير إرادي بخلاف التحريف فإنه يمكن تصوره إراديا إذا ما عمد القاضي إلى تعديل إرادة المتعاقدين الواضحة إلى معنى مغاير اعتقد أنه أكثرا اتفاقا مع العدالة ، ويمكن تصوره لا إراديا إذا كان رغم وضوح الشرط قد أساء فهمه واستوعبه على نحو خاطئ (3) .

3- التمييز بين التحريف والتفسير المعيب :

يفترض التحريف وضوح معنى التعبير ، بحيث يمثل المعنى المتبادر منه الإرادة الحقيقية لطرفي العقد . ولكن قاضي الموضوع رغم ذلك يعدل عن هذا المعنى إلى معنى آخر لا يعبر عن هذه الإرادة . فيتجاهل إرادة الطرفين المتمثلة في العبارات الواضحة والتي يتعين الأخذ بظاها طالما لم يثبت ما يتناقض هذا الظاهر . وهو بذلك يترك ما هو حقيقي ليأخذ بما بعيد عن الحقيقة . أي أن التعبير لا يحتاج لتفسير ورغم ذلك يفسره القاضي مخرجا إياه عن هدف طرفي العقد .

وبذلك يختلف التحريف عن التفسير الخاطئ للعقد أو لأحد شروطه ، إذ أن مثل التفسير الخاطئ لا يعد تحريفا ، وإنما هو قضاء معيب ، لا يعتبر من مسائل القانون وإنما من مسائل الواقع ، ومن ثم فهو لا يخضع لرقابة جهة النفض بصفة أساسية. أي أنه خطأ في الواقع وليس في القانون .

كما أن الشك في معنى الشرط صفة تجعله غامضا ، وبالتالي فهو مفتقر إلى التفسير ، والتحريف على خلاف ذلك (4) . فالشرط واضح ومحدد وليس هناك حاجة إلى تفسيره ، لأن معناه المتبادر يعبر بحق عن إرادة الطرفين ولا توجد ظروف خارجية تبرر العدول عنه .

1- Cass. Com . 19 Dec.1963.Bull. Civ.1963. 566. p.473.

2- قضت محكمة التعقيب التونسية : " إن العبرة بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ و التراكيب ، كما يجب على المحكمة إصلاح الغلطات المادية علاوة على الغلطات التي تتعلق بجوهر موضوع التعاقد .

قرار تعقيبي مدني بتاريخ 10 جويلية 1990 عدد 19728 ، نشره محكمة التعقيب ، القسم المدني ، ص 257.

3- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 277 ، ص 529 و 530.

4- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النفض " ، المرجع السابق ، ص 140 و 141.

والتحريف يقتضي قيام المبرر للتفسير لوضوح الإرادة من خلال الألفاظ الواضحة ، بينما في التفسير المعيب أو الخاطئ فنكون بصدد شروط غامضة تثير الشك حول مدلولها ، فيتردد بشأنها أكثر من معنى محدد الأمر الذي يحتم ضرورة اللجوء للتفسير لكشف هذا الغموض وإذا أساء القاضي التفسير فإن ذلك لا يعني أنه حرف العقد وإنما يعد خطأ في الواقع لا مبرر لنقض الحكم.

وإذا كان تعديل المعنى الواضح للشرط المحدد يعد تحريفا . فذلك لا يمنع اعتبار القاضي محرفا للعقد إذا أساء تفسير الشرط الغامض وترتب على ذلك تحريف للعقد بطريق غير مباشر بأن أدى ذلك التفسير إلى استبعاد الشروط الواضحة .

إلا أنه ينبغي الاعتراف بأن الخط الفاصل بين ما يعد تفسيرا وما يعد تحريفا صعب التحديد ، إذ من الصعوبة بمكان أن نحدد بصورة قاطعة أنه عند هذه النقطة ينتهي التفسير ويبدأ التحريف ، وأن تحريك هذه النقطة اتجاه التحريف يزيد في مجال التفسير ونكون بصدد واقع فتنحسر عنه رقابة النقض .

أما تحريكها تجاه التفسير من شأنه أن يزيد من مجال التحريف . وقد يتضمن مسائل هي من اطلاقات قاضي الموضوع ، إذا المسألة ليست بهذه السهولة النظرية وفق المنطق الهندسي ، وإنما الأمر يتطلب على أية حال توافر معيار لإجراء هذا التمييز .

4- التمييز بين التحريف و الخطأ في التكييف :

في مجال التكييف يقوم القاضي بإنزال حكم القاعدة القانونية الصحيحة على الواقعة محل النزاع ، والتكييف يعتمد أساسا على هذا المضمون لكن هذا لا يعني دمج مع الطبيعة القانونية له . فقد يكون تحصيل القاضي للمضمون صحيحا ولكن تكيفه له معيبا . حين لم يرد الواقع إلى القانون على النحو الصحيح .

ويعنى الخطأ في التكييف أن هناك تطبيقا معيننا للقانون . فالقاضي عندما يكيف عقد إنما يردده إلى القانون لينزل عليه القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على مثل نوعه ، أي أنه يطبق القانون على الواقع ، وهذا مغاير لتحريف مضمون العقد .

ورغم ذلك تميل محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها على اعتبار الخطأ في التكييف تحريفا للعقد فنقرن بينهما (1) .

ويبدو أنها تأخذ بالمعنى اللغوي لكلمة " تحريف " التي هي تغيير طبيعة الشيء ، أي أن تغيير وتبديل الطبيعة القانونية للتصرف تعني تحريفه . فإذا كيف القاضي عقدا بأنه بيع مع أنه في واقع الحال هو عقد ايجار ، فإنه بذلك يكون قد حرف العقد (2) .

1- Cass. Soc.10 jan.1958. Bull. Civ .1958. n° 68. p.48.

2 - ينتقد الأستاذ مارتي هذا التصور ، ويرى أنه عديم الجدوى ، لأنه يمكن نقض الحكم للخطأ في التكييف دون حاجة للاستناد في ذلك إلى تحريف العقد.

-Marty. « Role du juge dans l .interprétation du contrat. » . O.P. Cit n° 143, p. 293 et 294.

5- التمييز بين التحريف ومخالفة القواعد العامة للإثبات :

للتحريف نطاقه الذي يستقل به عن نطاق الإثبات في مجال التصرفات القانونية ، وتظهر مخالفة القواعد العامة للإثبات عندما يتجاهل القاضي الحجية الواجبة للتصرفات الرسمية أو يعمل قواعد إثبات أخرى مع أن القانون يوجب الشكالية ، وفي كلتا الحالتين يخضع القاضي للرقابة (1).

6- التمييز بين التحريف والتزوير :

يختلف تحريف المحرر أو العقد عن تزويره . فعملية التحريف هي خروج من القاضي عن عبارات العقد الواضحة ، والأمر يتعلق هنا بالتفسير ، وهو عمل قضائي ، حيث يقوم القاضي بنشاط ذهني (معنوي) لمحاولة الوصول إلى حقيقة العقد ونية الأطراف المشتركة ولكنه يجانب الصواب ويخرج عن وضوح العقد إلى معنى آخر غير مستساغ مع أن العقد أصلا لا يحتاج إلى تفسير هنا.

أما التزوير فهو عمل مادي محض ، حينما يقوم القاضي أو أحد الخصوم أو الغير بإضافة عبارات للعقد غير موجود فيه أو محو بيانات فيه أو كشطها بشكل يغير من أصلها ، وهو جريمة يعاقب عليها القانون بغض النظر عن الشخص الذي قام بها ، وبغض النظر عن نوع العقد الذي وقع عليه الفعل ، رسميا كان أو عرفيا . والإختلاف في جريمة التزوير يكمن فقط في نوع الجريمة وشدة العقوبة (2) .

ثالثا - أنواع التحريف :

يأخذ التحريف صورتان هما : التحريف الإيجابي والتحريف السلبي .

1- التحريف الإيجابي :

يقصد بالتحريف الإيجابي ذلك التغيير الذي يحدث واقعا ملموسا في المحيط الخارجي لوقائع الدعوى ، أي يتجاهل فيه قاضي الموضوع المضمون المادي للتصرف . ويسمى التحريف المادي .

وقد نجد القاضي يعطى تحليلا صحيحا لمضمون العقد ولكنه رغم ذلك يعدل الغرض منه ويسمى عندئذ بالتحريف المعنوي .

ونبين فيما يلي كل نوع منها .

1- ينظر على سبيل المثال : المادتين 1317 و 1319 مدني فرنسي المتعلقة بحجية التصرفات الرسمية.

2- ينظر المادة 214 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري.

أ- التحريف المادي :

يتحقق هذا التحريف عندما يسئ الحكم تحصيل الجانب المادي في العقد ، فينقل عنه معنى غير صحيح لألفاظه ، كأن يضيف شرطا للعقد مثلا . ويترتب عنه حصول تباين بين ما حصله الحكم وحقيقة العقد ، وسواء كان التباين إراديا أو غير إرادي . ولكن الذي يثير التساؤل هو امكانية حدوث التحريف المادي لألفاظ العقد عند سكوت طرفيه ، مع أن هذا السكوت قد يكون عمدا ، وقد يكون سهوا . فإذا استنتج القاضي من هذا السكوت أن طرفي العقد تعمدا إغفال تنظيم مسألة معينة وأنهما أرادا بذلك عدم إدخالها في مجال التعاقد ، ومن ثم يقوم باستبعاد الحل الذي يقدمه أي من الطرفين ، فيكون عندها القاضي متناقضا مع إرادتهما المشتركة . وإذا استنتج القاضي أن المسألة التي غابت عن طرفي العقد لم تظهر في مجال العقد ولم تطرأ ببالهما وإلا لكانا قد تناولاهما بالتنظيم والتفصيل ، فإنه يتعين سد هذا النقص في العقد . ولكن إذ يعد سكوت الطرفين عن معالجة مسألة ما وجها من أوجه الغموض المثير للشك والمبرر للتفسير الذي لا يخضع لرقابة النقض فلا مجال للتحريف هذا واقع صحيح . ولكن رغم ذلك يمكن تصور حدوث التحريف إذا ما أدى هذا التفسير المطلق إلى تحريف للشروط الواضحة بطريق غير مباشر . وذلك إذا ما جاء التفسير متعارضاً مع الغرض من التعاقد الذي تساهم الشروط الواضحة في صنعه . فالتحريف يمكن أن يكون مباشرا عندما ينصب على شرط واضح . ويمكن أن يكون غير مباشر إذا ما ترتب على تفسير شرط غامض تعطيل شرط واضح أو مسخ معناه (1) ، إذا أن شروط العقد تشكل مجموعة متكاملة يجب أن تؤخذ ككل ، ويمكن القول أن التحريف المادي يتخذ ثلاث صور : التحريف بالإضافة ، وبالحدف ، وبالمسح .

النوع الأول - التحريف المادي بالإضافة :

و يكون هذا النوع في صورتين ، بإضافة لفظ أو إضافة شرط للعقد . فالتحريف المادي قد يكون بإضافة لفظ إلى الشرط الواضح ، وذلك عندما يكون الشرط قد حصر الحالات التي يسرى عليها حكمه فيضيف قاضي الموضوع إلى حالاته لفظاً يحمل حالة جديدة لا يشملها الشرط متبعا في ذلك طريقة التفسير الواسع دون أن تكون في محلها . وقد يكون الشرط متضمنا للفظ عاما تدخل تحته حالات معينة ومحددة فيقوم القاضي بإدخال حالة أخرى لم تتجه إليها نية الطرفين يعد ذلك تحريفا ماديا بالإضافة . وقد يكون التحريف المادي بإضافة شرط لشروط العقد ، وتأتي هذه الإضافة في غير محلها (2) .

1- Cass. Civ. 5 jan 1948. Dalloz .1948. p 265.

2 - Cass. Civ. 3 ieme. 10 jui 1973. Bull. Civ. 1973. n°15. p.14.

فالمادة 1160 فقرة أولى مدني فرنسي ترخص لقضاة الموضوع إضافة الشروط العرفية المفهومة ضمنا إلى العقد وإن كان ذلك ، حسبما ترى محكمة النقض الفرنسية ، من إطلاقات قاضي الموضوع ، إلا أن ذلك مشروط بالألا يترتب عليه تحريف شروط العقد الواضحة وتغيير هدفه الاقتصادي (1) ، بما يغيره ميزانه العقدي ، بحيث لا يكون الشرط في إيراده بالعقد مصدر تتافر مع بقية شروطه المحددة . ولا يوجد سند قانوني يسمح بتكملة العقد عن طريق تحريفه.

ويجب التنويه أنه إذا كانت الإضافة إلى العقد وغير المتوافقة مع شروطه الواضحة تعد بصفة عامة تحريفا له إلا أنه يستثنى من ذلك حالة الإضافة المبررة التي اعتمدها محكمة النقض الفرنسية في صورة شرط الالتزام بالسلامة الذي يضاف إلى بعض العقود التي تقتضى طبيعتها إضافة ولو لم ينص عليه فيها .

النوع الثاني - التحريف المادي بالحذف :

ويحدث هذا النوع أيضا في صورتين: أولهما قد يكون بتخصيص الشرط العام بلا مخصص ، وثانيهما : قصر شرط الإعفاء دون مقتضى .

فأما عن الصورة الأولى : وهي تخصيص الشرط العام بلا مخصص .

فالشرط العام تتدرج تحته مجموعة فروض ، وغالبا ذلك في صورة لفظ عام أو تعبير موجز له صفة العمومية ، بحيث يعطي عددا من التصورات المختلفة. ورغم وضوحه يعمد القاضي إلى تحريفه بتخصيصه دون أن يكون هناك مبررات لهذا التخصيص (2) ، وهذا بلا شك تطبيق للقاعدة الفقهية القائلة بأن " المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يقيد " .

فالشرط الإيجابي الذي يفرض على الملتزم عدة التزامات عليه أن يؤديها نجد قاضي الموضوع وتحت حجة التفسير يحذف أحد هذه الالتزامات وغالبا ما يكون الدافع لذلك هو العدالة ، وهو بذلك يورد على الشرط العام قيادا لا يتضمنه (3) .

وأما عن الصورة الثانية : وهي قصر شرط الإعفاء دون مقتضى.

فقد يكون الشرط العام سلبيا أي يقضى بإعفاء الملتزم من بعض الالتزامات ، ولكننا نجد قضاة الموضوع رغم وضوح الشرط يقصرونه دون موجب على بعض هذه الالتزامات ويحذفون بعضها ممن نطاق الشرط.

فقضى في فرنسا (4) بتحريف قضاة الموضوع للشرط العام الذي يقضى بإعفاء شركة التأمين من المسؤولية في حالات معينة منها حالة وقوع الحادث بفعل الحيوان . ورغم ذلك ألزمو الشركة بدفع التعويض عن حادث عض كلب المستأمن لإحدى السيدات ورغم عدم وجود المخصص من بين الشروط الخاصة للوثيقة .

1- Cass. Civ. 5 jan 1984 . Dalloz. 1984. p 265..

2- نقض مدني مصري ، بتاريخ أول فيفري 1962 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 13 ، ص 148.

- Cass. Civ..10 juin 1973. Bull. Civ. 1973 .n°15. p 14.

3- Cass. Civ..19.oct.1972 .Dalloz .1972. n° 71. p 76.

4- Cass. Civ. 1iere. 13 nov 1968. Bull. Civ. 1968. n° 274. p.209..

ومما هو جدير بالذكر أن التفسير الضيق للشرط الواضح لا يعد دائما تحريفا ، إذا رغم وضوح الشرط قد يتطلب تفسيراً لرد عموميته إلى الحدود المعقولة التي تتفق مع نية الطرفين ومقتضيات العدالة .

3- التحريف المادي بالمسح :

يكون التحريف بالمسح عندما يجرى القاضي استخلاصات من العقد لا تتفق وحقيقة التصرف ، كأن ينفي واقعة أثبتها التصرف أو يثبت واقعة نفاها ، بحيث يكون واضحا وملموسا عدم التناسب بين ألفاظ التصرف والتقدير التي انتهت إليها قاضي الموضوع ، وهو ما يسمى في أوجه الطعن بالنقض لمخالفة الثابت بالأوراق .
ومثاله حالة ما إذا اتفق الطرفان بالعقد على أعمال جزاء معين يستبدل القاضي المطروح أمامه النزاع الجزاء المنصوص عليه في العقد بجزاء آخر متجاهلا الجزاء الصريح المتفق عليه ، فإنه يكون بذلك قد مسخ العقد وخالف الثابت .

ب- التحريف المعنوي :

يقصد بالتحريف المعنوي ذلك المسخ الذي يقع في غرض التعاقد . ففي هذا النوع خلاف التحريف المادي نجد القاضي يعطي تحليلا صحيحا لمضمون العقد ولكنه رغم ذلك يعدل الفرض منه . بأن يسند للعقد هدفا غير قابل للتوافق مع ألفاظه . فيأتي عدم التطابق في الجانب المعنوي للعقد رغم سلامة الجانب المادي له .
فالقاضي يدرك أنه يحرف العقد ويخالف إرادة الطرفين ولكنه يود إعادة صياغته على الطريقة التي كان مفروضا أن يتم بها مخالفا الحالة التي تم عليها التعاقد بالفعل . وهو في ذلك يحاول جاهدا أن يشدز الهمة بعدة أسباب لا تشفع له بذلك فيقع حكمه تحت رقابة النقض .

وقضت محكمة النقض الفرنسية " أن الاتفاق في وثيقة التأمين على تغطية الخطر عند سداد القسط الأول يعنى أن الفرض من هذا الشرط هو دفع القسط بالكامل لأن هذا هو ما يتفق مع وضوح الشرط والغرض الاقتصادي الذي تسعى إليه شركة التأمين على الأقل .
فإذا فسر قضاة الموضوع هذا الشرط بأنه يتحقق إذا تم الوفاء جزئيا بهذا القسط فإنهم بذلك يحرفون شروط العقد الواضحة والغرض من التعاقد (2) .

وتحريف الغرض من التصرف قد يتخذ عدة أشكال ، كالأخذ بمدلول عبارة معينة في العقد دون أن يدخل قاضي الموضوع في اعتباره ما يكملها من عبارات أخرى .
وكذلك أيضا قضت محكمة النقض المصرية أنه : " إذا فسرت المحكمة بندا واحدا من البنود الكثيرة الواردة في العقد وبنيت حكمها على هذا البند فقط دون أن تدخل في اعتبارها بقية العقد والمستندات الأخرى في الدعوى ، فالأمر هذا يعيب الحكم حتى ولو كان تفسير القاضي للبند صحيحا في ذاته " (3) .

2 - Cass. Civ. liere .10 mars. 1964 .Bull. Civ. 1964. n° 140. p.106.

3- نقض مدني مصري ، بتاريخ 7 ماي 1974 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 17 ، ص 570.

ونقض مدني ، جلسة 9 جوان 1966 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 9 ، ص 1350.

2- التحريف السلبي :

ويسمى هذا النوع أيضا "التحريف بالترك" بالمقابلة للتحريف بالفعل "التحريف الإيجابي" ، فهو يتطلب من القاضي أن يتغافل عن الشرط التعاقدى فلا يأخذه في الحسبان عمدا أو يغفله سهوا .

وأول من استخدم لفظ " التحريف بالترك " لأول مرة هو الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 20 جويلية عام 1937 ثم تواترت الأحكام بعد ذلك على استعماله .

ويتمثل هذا التحريف في قيام قاضي الموضوع بالتغافل عن الشرط الوارد بالعقد ، فلا يأخذه في الحسبان ، سواء كان ذلك عن عمد أو تغافله القاضي سهوا .
ولكن ليس كل رفض لتطبيق الشرط يعد تحريفا ، إذ قد يكون هذا الرفض مبررا بسبب خلو العقد من التوقيع مثلا .

ولكن الرفض هنا للشرط الواضح والمحدد في التصرف الصحيح المستوفى لكل شرائطه القانونية . وغالبا ما يكون إسقاط الشرط الواضح من أجل شرط آخر حتى يرتب الأخيرة أثره القانوني ، وعادة ما يخفى قضاة الموضوع هذا التحريف تحت حجة التفسير .
والتحريف بالترك قد يكون إراديا لما يراه قضاة الموضوع من أنه مع هذه الصفة في ذاتها لا تعني تجريد الشرط من كل أثر . بل يتعين التثبت من عدم تعلق إرادة الطرفين به .
وأنه جاء ترديدا مألوفا من الطرفين لمجرد التقليد والمحاكاة .

ولا شك أن ذكر أسباب واضحة قوية في هذا الصدد تشفع للحكم فلا يخضع لرقابة النقض .

وقد يكون التحريف بالترك لا إراديا ، كأن يغير قاضي الموضوع الشرط الغامض ثم لا يحاول ربط تفسيره بشروط العقد الأخرى ، خلافا لما تقتضيه المادة 1161 مدني فرنسي فيأتي التفسير متضاربا مع شروط أخرى واضحة يترتب عليه تعطيلها مما يعد تحريفا غير مباشر لها .

والجدير بالذكر أنه سواء كان التحريف بالترك إراديا أو لا إراديا فإنه يعد تحريفا لمضمون العقد يؤدي إلى نقض الحكم .

ونخلص من ذلك إلى أن المبدأ العام الظاهر لمحكمة النقض الفرنسية هو حظر تفسير الشروط الواضحة والمحددة⁽¹⁾ ، سواء كان التحريف للفظ فيها بإساءة فهمه أو عن طريق استبداله⁽²⁾ ، وإذا كان التحريف للالتزامات المترتبة على الألفاظ الواضحة فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى نقض الحكم .

وسواء كان التحريف ايجابيا بإجراء التفسير الواسع أو الضيق للشروط الواضحة دون أن يكون ذلك في محله أو كان بمسح وقائع العقد محل النزاع أو كان سلبيبا بإسقاط الشرط الواضح والمحدد إراديا أو لا إراديا فإن ذلك يؤدي إلى نقض الحكم .

1 -Cass. Civ. 22 avr.1950 . Dalloz .1950 -2- p .613.

2- Cass. Civ.15.avr.1872 . . Dalloz 1872-1- p176.

وسواء كان التصرف محل التحريف عقدا خاصا أم عقدا جماعيا (1) أو كان إحدى ملحقات العقد كقائمة الشروط المرفقة به وذلك طالما كانت النتيجة التي انتهى إليها القاضي في حسمه للنزاع قد بينت على تحريف لإرادة الطرفين وكان ذلك دور ملحوظ فيها . والفكرة التي تقوم عليها رقابة التحريف هي الوقوف على ما يتمتع به قاضي الموضوع من نوق سليم في استخلاصه للآثار القانونية من شروط العقد الواضحة. هذا وإن كان قاضي الموضوع غير ملزم بأن يحصل في حكمه العقد محل النزاع كاملا إلا أنه من وجهة أخرى عليه أن يعطي تحليلا أميناً له ، بالأخذ في الاعتبار بكل الشروط التي على صلة بالمسألة في النزاع .

كما أنه من المستقر عليه أن التسبب الزائد لا يعني تحريفا للعقد ولو كان خاطئاً ، ومن ثم فلا يؤدي إلى نقض الحكم طالما أنه حمل على أسباب كافية تبرر النتيجة القانونية التي انتهى إليها (2) .

1 -Cass .Civ.28.oct.1968. Bull .Civ .475. p 394.

2- نقض مدني مصري ، بتاريخ 5 جوان 1985 ، مجموعة المكتب الفني ، س 9 ، رقم 565 ، ص 531 .

الفرع الثاني : شروط قيام رقابة التحريف

فضلا عن الشروط العامة للطعن بالنقض فثمة شروط معينة لقبول هذا الطعن في مجال التحريف استخلصها الفقهاء من تتبع و استقراء قضاء النقض المقارن ، لاسيما في فرنسا . ولكي تتعد رقابة محكمة النقض على خطأ التحريف يجب توافر عدة شروط بعضها من حيث الإجراء الذي يتعين على الطاعن إتباعه والبعض الآخر يتصل بالموضوع . وتسمى الأولى الشروط الإجرائية ، في حين تسمى الثانية الشروط الموضوعية . وسنعرض فيما يلي لكل منها على حده .

أولا- الشروط الإجرائية : وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- 1- التمسك بالتحريف عند الطعن بالنقض .
- 2- عدم جوازه إثارة الطعن بالتحريف لأول مرة أمام محكمة النقض .
- 3- ضرورة تقديم العقد أو المحرر محل التحريف .

1- التمسك بالتحريف عند الطعن بالنقض :

يتعين أن يتمسك الطاعن في طعنه بالتحريف ، لأن محكمة النقض لا تملك إثارته من تلقاء نفسها مهما كانت خطورة العيب ، وأن يبين المستند الذي لحقه عيب التحريف ويوضح وجه التحريف فيه .

كما أن محكمة النقض تختلف عن المحكمة الاستئنافية فهي لا تبسط رقابتها إلا على الأجزاء المطعون عليها وما يوجبه النظام العام ، وحتى في الحالة الأخيرة يجب أن يكون الطعن في حدود ما جاء بالتقرير⁽¹⁾ . وما عدا ذلك يصبح باتا لا يجوز المساس به⁽²⁾ .

وبناء على ذلك إذا لم يطلب الطاعن في تقريره نقض الحكم لتحريفه العقد لا يصح له بعد ذلك أن يطلب في دفاعه هذا الطلب باعتبار أن ذلك من الأسباب الجديدة التي لم ترد في التقرير والتي لا يجوز لمحكمة النقض أن تتصدى لها من تلقاء نفسها⁽³⁾ . وإذا كان في الدعوى أكثر من عقد فعلى الطاعن أن يحدد في تقريره العقد الذي أنصب عليه التحريف .

2- عدم جوازه إثارة الطعن بالتحريف لأول مرة أمام محكمة النقض :

ينبغي أن يكون المحرر قد سبق وطرح على قاضي الموضوع ، كما يجب أن لا يكون الطاعن قد أجاز في طلباته في الاستئناف التفسير محل الطعن ، سواء صراحة أو ضمنا بامتناعه عن مناقشة الحكم الأول الذي تبناه الحكم المطعون فيه ، أو سلم في طلبات الاستئناف بغموض الشرط المطعون به للتحريف .

1 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 29 مارس 1972 ، مجموعة المكتب الفني ، س 3 ، رقم 88 ، ص 564 .
2 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 26 أبريل 1956 ، مجموعة المكتب الفني ، س 7 ، رقم 76 ، ص 533 .
3 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 13 نوفمبر 1961 ، مجموعة المكتب الفني ، س 8 ، ص 568 .

فمحكمة النقض ، وإن كانت محكمة قانون فذلك لا يعني أن تثار أمامها مسائل القانون لأول مرة إذا كانت لم تثر قبل ذلك أمام محكمة الموضوع ، ذلك أن بحث مسألة التحريف يعني الوقوف على واقع ليس من شأن محكمة النقض الخوض فيه ، ويعتبر بذلك من الأسباب الجديدة التي يخالفها واقع حتى والتي لا تجوز إثارتها لأول مرة (1) .
بيد أنه إذا كان الطعن وإن لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع إلا أنه متعلق بسبب قانوني كانت عناصره الواقعية مطروحة على محكمة النقض فإنه يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (2) .

3- ضرورة تقديم العقد أو المحرر محل التحريف :

لا يجوز أن ينصب الطعن على التحريف المباشر على واقعة، وإنما يتعين أن ينصب الطعن على واقع مترجم في محرر ، لأن محكمة النقض لا تتعرض مباشرة للوقائع .
ويعتبر هذا الشرط بديها ، فالطاعن بتحريفه للحكم المطعون فيه مكلف بتقديم الدليل ، إذ من يطلب من محكمة النقض أن تقرر بحدوث تحريف للعبارات الواضحة في العقد عليه أن يتقدم به للمحكمة لتناظر هذه العبارات للوقوف على مدى صحة الطعن ، وما إذا كان العقد يتطلب تفسيراً من عدمه إلا إذا كان الحكم قد حصل بالألفاظ أو العبارات محل التحريف نقلاً عن العقد ، فللمحكمة أن تكتفي بذلك .
وفضلاً عن ذلك يجب أن يكون المحرر المطعون به للتحريف واضحاً صحيحاً ، كما يجب أن يكون للمحرر المدعى تحريفه انعكاساً على ما انتهى إليه الحكم ، أي أن يكون الحكم قد بني على هذا التحريف .

ثانياً - الشروط الموضوعية : وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- 1- أن يكون التحريف لتصرف مكتوب .
- 2- أن يكون التحريف قد انصب على تصرف واضح .
- 3- أن يكون الحكم قد انتهى إلى تفسير متعارض مع إرادة الطرفين .
- 4- عدم كفاية أسباب الحكم المطعون فيه .

1- أن يكون التحريف لتصرف مكتوب :

لما كانت محكمة النقض مهمتها رقابة مسائل القانون فمن الطبيعي أن يكون التحريف منصبا على محرر . فإذا أنصب على مسائل واقع أو عقود شفوية فإنه يخرج عن اختصاصها . إذ أن تقدير الواقع من إطلاقات قاضي الموضوع وتحريفهم له ينأى عن مجال رقابة محكمة النقض (3) .

1 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 31 ديسمبر 1970 ، مجموعة المكتب الفني ، س 21 ، ص 1035 .
2 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 30 نوفمبر 1977 ، مجموعة المكتب الفني ، س 28 ، ص 1724 .
3 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 19 ديسمبر 1962 ، مجموعة المكتب الفني ، س 9 ، ص 894 .

ويستوي أن يكون المحرر هو العقد محل النزاع في الدعوى أو عقد آخر معاصر أو سابق أو لاحق لإبرامه طالما أنه ذو أثر على العقد الأصلي من حيث تحديد نية الطرفين بشأن ما ورد به أو كان العقد الآخر عقدا تكميليا ملحقا بالعقد الأصلي أو عقدا مستقلا بذاته لكنه مرتبط بالعقد الأصلي ويوضح كل منهما الآخر (1) .

كما يستوي أيضا أن يكون هذا العقد رسميا أو غير رسمي ، ويستوي أن ينصب التحريف على كلمة فيه أو شرط من شروطه أو شمل تصرفات طالما أن هذه التصرفات متصلة بالعقد محل النزاع ومؤثرة على الحل الذي انتهى إليه قاضي الموضوع (2) .
ويجب أن يكون العقد محل التحريف قد عرض على محكمة الموضوع فناقشته وعولت عليه في حكمها . أما إذا كانت لم تحصله أو حصلته لكنه لم يكن ذا تأثير على نتيجة الحكم ، بحيث لم يعتمد عليه قاضي الموضوع في حله للنزاع بل عولت على أسباب أخرى ، فإنه بذلك لا يعد محرفا له إلا إذا كان هذا المسلك من جانبه يشكل تحريفا بالترك ، بحيث يكون قد أغفل عمدا الاستناد إليه ليصل إلى نتيجة مضادة لمضمونه عن طريق آخر تحايلا على أحكامه (3) .

2- أن يكون التحريف قد انصب على تصرف واضح :

إن اشتراط وضوح التصرف أمر طبيعي ، فالتصرف الواضح لا يحتاج إلى تفسير . والمقصود بالوضوح ليس وضوح الألفاظ في ذاتها بل وضوح الإرادة . فالتحريف كما سبق أن ذكرنا هو تحريف للإرادة وليس للألفاظ (4) .
والمفروض أن التصرف الواضح يكشف بوضوحه عن الإرادة المشتركة للطرفين ولكن هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، والعكس يأتي من الظروف الخارجية التي تكشف عن سراب الإرادة الظاهرة .
وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية (5) على أنه إذا كان التفسير ضروريا فإن ذلك يستبعد كل تحريف ، وفي المقابل إذا كان التصرف واضحا فليس هناك مبرر لتفسيره .
فالتفسير الذي يجريه قاضي الموضوع إذا قام مبرره ، فإن تحريفه لا يخضع لرقابة النقض ، بخلاف التفسير للعبارات الواضحة والجلية في الكشف عن الإرادة فليس هناك محل أصلا للتفسير ، وإذا قام به قاضي الموضوع فقد تجاوز سلطته (6) .

1 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 8 ديسمبر 1960 ، مجموعة المكتب الفني ، س 11 ، رقم 102 ، ص 626 .

2 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 13 جوان 1957 ، مجموعة المكتب الفني ، س 8 ، رقم 64 ، ص 876 .

3- نقض مدني مصري ، بتاريخ 27 ديسمبر 1978 ، مجموعة المكتب الفني ، س 29 ، رقم 400 ، ص 2053 .

4- نقض مدني مصري ، بتاريخ 25 أكتوبر 1978 ، مجموعة المكتب الفني ، س 29 ، رقم 313 ، ص 1621 .

5- Cass - Civ., 1 iere .5 Fev, 1974, Bull. Civ 1974, n° 44, p 39.

6 - وهذا ما قضت به أيضا محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 30 نوفمبر 1988 .

نقض مدني ، مجموعة المكتب الفني ، س 28 ، رقم 296 ، ص 1824 .

3- أن يكون الحكم قد انتهى إلى تفسير متعارض مع إرادة الطرفين :

يعتبر هذا الشرط من أهم شروط تحقيق الرقابة ، حيث يعتمد قاضي الموضوع إلى تفسير الشروط الواضحة رغم عدم حاجتها إلى التفسير بأن يسند للطرفين إرادة ليست لهما محرفاً بذلك العقد .

ويشترط لسريان رقابة التحريف أن لا يكون ما ارتكبه القاضي مجرد خطأ مادي ، لأن ذلك يعد خطأ لا إرادياً في الواقع يتطلب التصحيح فقط . فالخطأ المادي البسيط كخطأ القلم لا تؤثر على النتيجة التي ينتهي إليها الحكم بشأن حل النزاع بخلاف التحريف حيث يأتي التأثير مباشراً⁽¹⁾ .

ولا تتطلب محكمة النقض في نقضها للحكم بسبب التحريف أن يكون هذا التفسير المخالف متناقضاً تماماً وعلى وجه الإطلاق مع الشرط الواضح أو أنه غير قابل للتوفيق معه بالكامل ، إذ ترى أن هذا الاقتضاء غير ذي جدوى ، وما يهمننا في هذا الصدد أن لا يكون تفسير قاضي الموضوع متعارضاً مع مفهوم الشرط الواضح حتى لا يؤدي إلى الانتهاء إلى حق مغاير ينبو عن مفهوم الشرط⁽²⁾ .

4- عدم كفاية أسباب الحكم المطعون فيه :

هذا الشرط الذي تتطلبه الرقابة على التحريف أثرها بنقض الحكم محل الطعن تكشف عنه حقيقة الاتجاه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي والمصري .
فالحكم المطعون فيه إذا فسر الشرط الواضح والمحدد وساق من الأسباب ما يكفي لحملة فإنه يكون بمنأى عن الرقابة ، إذ أن الوضوح كما ذكرنا مجرد قرينة بسيطة بحيث يمكن أن يكون وضوحاً ضرورياً لا يتفق والإرادة الحقيقية الأمر الذي يتطلب تفسيراً .
وإذا اعتنى القاضي بذكر ظروف الواقع التي رجحت لديه العدول عن المعنى الظاهر فإنه يكون قد أعمل إرادة الطرفين الحقيقية ، ولا مأخذ عليه في ذلك من محكمة النقض . مما يعني أن الرقابة في حقيقتها رقابة على الأسباب للوقوف على مدى كفايتها⁽³⁾ .

1- في فرنسا وقع خلط لدى مواطني فرنسا بشأن التفرقة بين الفرنكات القديمة والجديدة ، وهو اللبس الذي وقع فيه حتى القضاة أنفسهم ، ولذا فلم يكن أمامهم سوى تصحيح هذه الأخطاء دون حاجة لتدخل جهة النقض .

2- Cass Com, 17 juin 1970 . J.C..P . 1970

3- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 291 ، ص 551 .

3- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض " ، المرجع السابق ، ص 159 .

الفرع الثالث : الأساس القانوني لرقابة التحريف

حتى منتصف القرن التاسع عشر ظلت محكمة النقض الفرنسية تعتبر مخالفة قضاة الموضوع لنص المادة 1134 مدني فرنسي لا تصلح سببا للطعن بالنقض . وأن تفسير العقود عموما من اطلاقات قاضي الموضوع سواء انصب على عبارات العقد أم على ظروف الواقع طالما أن ذلك من أجل الكشف عن نية الطرفين .

ولم يدم على هذا المنوال ، إذ ما لبثت محكمة النقض أن عدلت عن رأيها من خلال حكمها المبدئي الصادر في 20 جانفي 1868 ، حينما نقضت حكما ، مستتدة في ذلك إلى أنه وإن كان تفسير الوصية من إطلاقات قاضي الموضوع ، إلا أن ذلك لا يعني الترخيص لقاضي الموضوع بتغييرها باستبدال شرط غير منصوص عليه فيها ، بشرط صريح واضح تضمنته ، رغم اختلاف الحكم في الشرطين ، إذ يكون قاضي الموضوع بذلك قد مسخ المحرر وخالف حكم القانون⁽¹⁾.

وفي حكم آخر لها صدر في 15 أبريل 1871⁽²⁾ ، نقضت فيه حكما لمخالفته نص المادة 1134 مدني فرنسي مستتده في ذلك إلى أنه ليس لقضاة الموضوع تحريف الالتزامات التي ترتبها العقود عندما تكون ألفاظها واضحة ومحددة . ومنذ ذلك الحين ولدت نظرية جديدة تسمى "نظرية التحريف العقد" أرست مبادئها محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾.

وترجع كثرة الأحكام التي أعملت نظرية التحريف إلى انتشار عقود الإذعان بما تضمنته من شروط أسدية كانت تدفع القضاة لتعديلها تحت ستار من العدالة الأمر الذي يخل بشريعة العقد⁽⁴⁾ .

وإذا كان التحريف ينصب على وضوح إرادة الطرفين من خلال نصوص العقد الواضحة فإن غموضها ينفي قيام نظرية التحريف . إذا أن ذلك يطلق يد القاضي في التفسير . ومهما أخطأ فإن ذلك لا يعد وأن يكون خطأ في الواقع في ظل أوضاع معينة ومن ثم ومن خلال وضوح عبارات العقد استطاعت محكمة النقض أن تبنى نظرية التحريف فدمجت بذلك نظريتي التحريف والتمييز بين الشروط الواضحة والغامضة ، وجاءت صياغتها في نقض الأحكام دالة على الدمج بوضوح .

وكانت بداية رقابة المسخ بصدد تجاهل حجية الأوراق الرسمية ومخالفة القاضي في شأنها نص المادتين 1317 و1319 مدني فرنسي بمخالفة الثابت بها . ثم اتجهت إلى التعميم حيث شملت المحررات العرفية و التصرفات القانونية عامة والعقود بصفة خاصة⁽⁵⁾ . ورغم ذلك فإن الملاحظة أن القضاة البلجيكي لا يعرف نظرية التحريف وإنما يصل إلى نفس النتيجة بواسطة نظرية الحجية الواجبة للتصرفات⁽⁶⁾ .

1- Cass. Civ 20 jan 1868 . Dalloz. 1868 - 1 - 22.

2- Cass. Civ 15 Avr .1871 , Bull. Civ. n° 18 . p 13. . 1871-.1-.176. ..

3- Cass. Civ. liere , 16 fev.1965 , J.C.P., 65.11.ed.G. 1914.

4 - Marty, «Rôle du juge dans l' interprétation des contrats » . O.P .Cit , n°150. p.313-314.

5- Marty, «Rôle du juge dans l' interprétation des contrats » . O.P. Cit , n°144 .p .295-297.

6- يراجع : د/عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، ص 441 .

أولاً- حقيقة رقابة التحريف في فرنسا :

يرجع الفضل الأول إلى الفقيه مارتي (Marty) في الكشف عن حقيقة قضاء النقض الفرنسي بخصوص الرقابة على التحريف وذلك في رسالته حول التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض (1) .

ويرى صاحب هذه النظرية أن الوضوح الذاتي للشروط التعاقدية لا يمنع تفسيره (2) ، وإن كان مجرد وضوح ظاهري ، إذ ليس الوضوح والتحديد هو المعيار المطلق لقيام رقابة التحريف أو انتقائها ، ذلك أن الأفراد غالباً ما يستخدمون عند تحرير تصرفاتهم تعبيرات ذات معانٍ قانونية محددة ولكن رغم وضوح هذه التعبيرات فإنه ليس من الضروري أن يكون الأفراد قد قصدوا هذه المعاني ، فقد لا يعي المتعاقد الدلالة القانونية لها ويقصد منها في واقع الأمر معنى آخر . وعندئذ يجب تغليب الإرادة الحقيقية رغم وضوح المعنى القانوني... .

ويضيف (مارتي) أنه من الضروري أن يقوم بأسباب الحكم ما يبرر عدول القاضي عن هذه الدلالات القانونية الواضحة وإلا كنا بصدد التحريف الموجب للنقض .

فرقابة التحريف التي تنسبها محكمة النقض عادة للمادة 1134 مدني فرنسي يتبين بالبحث والتحليل أنها في الحقيقة ترد إلى اختبار مدى كفاية وجدية أسباب الحكم المطعون فيه ، والتي من شأن قيامها على هذا النحو انتفاء التناقض بين التفسير المعطى بواسطة قضاة الموضوع والمعنى العادي لشروط التعاقد .

وعلى ضوء ما تقدم تكون عدم كفاية وجدية الأسباب هي الشرط الأساسي الرئيسي لتقضى الحكم لخطأ التحريف .

أما شرط الوضوح فهو شرط ثانوي لا يترتب على مخالفته عند كفاية التسبب نقض الحكم (3) ، ولا يوجب التحريف ، ولا تتدخل محكمة النقض لمحاربة السلطة القضائية .

كما يرى مارتي أن النقض للتحريف إنما هو تأنيب لقضاة الموضوع لما ارتكبه من أخطاء واضحة وتعسف في ممارسة سلطتهم التقديرية في تفسير إرادة المتعاقدين . وأن محكمة النقض عندما تنقض حكماً لا تؤكد أن هذا التفسير أو ذاك هو الصحيح فقط ، وإنما تكتفي بإثبات الحالة التي عليها الأسباب والانتهاة إلى أن التفسير المعطى بواسطة قضاة الموضوع لا يتوافق مع المعنى الواضح والمحدد للشرط ومن ثم فهو تفسير غير مقبول .

وفي نفس الاتجاه يذهب الفقيه ديريه (Dereux) إلى القول أن محكمة النقض الفرنسية لا تنقض الحكم لمجرد أن قاضي الموضوع عدل عن المعنى الظاهر للشرط الواضح ، ولكن تتطلب أن يكون العدول بلا مقتضى باعتبار أن المعنى الذي حصله معنى مغاير ولا يتفق مع إرادة الطرفين . وإذا كان على العكس متفقاً معها رغم العدول فإنها تقضي برفض الطعن .

1-Gabriel .Marty. « la distinction du fai et du droit ..essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fai » . thèse. Toulouz.1929..

2- محكمة النقض الفرنسية ذاتها لم تمنع في تفسير العبارات الواضحة في الكثير من القضايا .
و نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة العرائض بتاريخ 15 ماي 1926 .

وينظر في نفس المعنى :

. Cass .Soc . 25 oct. 1961 . Dalloz , 1961 . 749 . note . G .Lyon- Caen

3-Cass. Soc.2 8 oct 1968 . Bull. Civ .1968 - 475- p.394.

والحقيقة أن المحكمة عند الطعن بالتحريف تولى الشرط المدعي بتحريفه كل عنايتها من القراءة والتمحيص ، وإذا تبين لها أن معناه ظاهر وواضح ورغم ذلك عدل عنه قاضي الموضوع فإنها تنتظر إلى الأسباب التي ساقها لتبرير هذا العدول ، فإذا وجدت سائقة ومقبولة لدرجة تكفي لحمل النتيجة التي انتهى إليها أيدت الحكم المطعون فيه وإن لم تجد أسبابا على الإطلاق أو وجدت أسبابا شكلية بحثة أو ناقصة أو متناقضة فإنه يستقر في وجدانها أن هذا العدول لم يكن له ما يبرره . وأن القاضي بذلك يكون قد حرف العقد عن مواضعه . فالرقابة إذن ليست على التزام الشرط الواضح أو العدول عنه في ذاته مجردا عن الدوافع المبررة لذلك ، بل هي في الحقيقة رقابة على كفاية الأسباب .

ثانيا- الأساس القانوني لرقابة التحريف في فرنسا و الجزائر:

1- الأساس القانوني لرقابة التحريف في القانون الفرنسي :

أغلب القضاء و الفقه في فرنسا، حاليا ، يذهب إلى اعتبار مخالفة قانون العقد هو بمثابة مخالفة للقواعد العامة للقانون ، وهو أمر يبرر نقض الحكم ، إنطلاقا من نص المادة 1134 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ ، وهي أشبه بمادة مقدسة لا يمكن الحياد عنها ، وهو ما ناد به الفقيه الفرنسي " كارييه " في الكثير من كتاباته⁽²⁾.

فالمادة 1/1134 مدني جعلت العقد المبرم على وجه صحيح بين طرفيه بمثابة القانون له نفس القوة الملزمة التي ينص بها القانون في معناه الدقيق ، وبالتالي فطالما استقر للقاضي قيام العقد صحيحا انتهى إلى طبيعته وثيقة الطرفين بشأنه يكون عليه أن يأخذهما بحكمه . وذلك باستخلاص الآثار التي رتبها العقد أو القانون عليه .

وهو في ذلك يأتي عملا من أعمال القانون يخضع في شأنها لمراقبة محكمة النقض ، بحيث إذا انحرف عن العقد مراعاة موجبات العدالة وروح الإنصاف سواء كان من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم بأن أعفاه من الالتزامات التي قطعها على نفسه بحرية فإنه يكون بذلك قد حرف العقد وعدل مضمونه واستبدل إرادته بإرادة الطرفين مخالفا بذلك القوة الملزمة للعقد وهو أمر محذور وعلى محكمة النقض أن تبطله .

وليس هذا قاصرا على شروط العقد الصريحة بل حتى في حالة سكوت الطرفين إذ نتجه إرادتهما إلى تطبيق أحكام القانون المفسرة أو المكملة ، وإذا أساء القاضي اختيار المادة المطبقة فإنه مما لا شك فيه ، ومن باب أولى ، يكون مخالفا للقانون بطريق مباشر .

1- V.I. Art. 1134/1 de c.c. fran : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.."

2- يذهب الفقيه كارييه إلى القول بوجود التمييز بين شروط العقد الواضحة ، والشروط غير الواضحة ، ففي الأولى لا محل لتفسير العقد ، وفي الثانية يوجد المبرر لإجرائه.

ومن هذا المنطلق حصر الفقه (1) والقضاء (2) في فرنسا أساس رقابة النقض في مخالفة نص المادة 1/1134 مدني فرنسي . فإذا رفض القاضي تطبيق شروط العقد أو عمد إلى تعديلها تحت أي حجة كانت فإنه بذلك يخالف حكم المادة سالفه الذكر ، ويعرض حكمه للنقض تحت بند التحريف .

وقد تبنى القضاء الفرنسي نظرية " كاريه " القائلة بأن " مخالفة العقد مخالفة للقانون " ، ولذا جرى هذا القضاء على تصدير كل حكم تهدف إلى نقضه محكمة النقض الفرنسية لهذه العبارة : " Vu L'art. 1134 du C. Civ fran . "

لكن نظرية " كارييه " منتقدة كثيرا من غالبية الفقه الفرنسي الحديث (3) ، فتشبيه العقد بالقانون ، تشبيه في غير محله ، إذ أن هذه المادة تعني الاعتراف للعقد بالقوة الملزمة أسوة بالقانون المادي ، ولكن هذا التشابه لا يعني أن يكون العقد مماثلا للقانون في الحكم فتكون مخالفته مخالفة للقانون . فهو وإن كان قانونا إلا أنه قانون خاص لا يتمتع بالسمعة الجوهرية للقوانين العادية وهي العمومية والتجريد التي هي الباعث على اهتمام محكمة النقض في مراقبة هذه القوانين للمصلحة العامة .

وهذه المادة في حقيقتها تتحدث عن احترام القوة الملزمة للعقود التي ثبت وجودها على نحو صحيح وتم تفسيرها ، فهي تتعلق إذا بالتطبيق لا بالتفسير .

ويرى الفقيه جوجييه (Gauguier) أن مخالفة القانون ليست هي السبب الوحيد للنقض ، إذ يمكن تأسيس الطعن على فكرة " تجاوز السلطة " ، فالقاضي عندما يستقل بسلطة التفسير يجب أن يقدم المبرر لإجرائه ، خاصة إذا كانت عبارة العقد واضحة ، إذ يعد تفسير قاضي الموضوع عندئذ تجاوزا للسلطة الأمر المبرر لنقض الحكم . مع أن وضوح التعبير لا يمنع من إجراء التفسير طالما ثار النزاع بشأنه بين طرفي التعاقد ، وعندئذ يكون تفسير القاضي في حدود السلطة . وهذا التجاوز لا يقوم إلا عندما يعدل القاضي معنى التعبير الواضح دون أن يثور نزاع بشأنه .

وخلاصة هذه الرأي أن نص المادة 1134 مدني فرنسي لا تصلح أساسا لرقابة محكمة النقض على تحريف تفسير العقود ، إذ أن الجور في استخلاص معاني التعبيرات لا يؤدي إلى إهدار حقوق الأفراد بالكامل . فمن الممكن أن يعاد طرح النزاع أمام قضاة الاستئناف ، ذوي الخبرة الأوفر ، مما لا تكون معه الحاجة ماسة إلى تورط محكمة النقض لتكون محكمة موضوع بمثابة درجة ثالثة للتقاضي .

1 - ومن هؤلاء الفقهاء : الفقيه هنري مازو . Mazeau ، و الفقيه جوسران . Jossierand ، و الفقيه بلانيول . Planiol ، وإيزمان . Esmein ، و كاربنييه Carbonnier ، وهم من عمالقة القانون المدني في فرنسا .

2- Cass .Civ. 22 avr 1950. , Dalloz .1950. p 611..

3 - ومن أبرز هؤلاء الفقهاء : الفقيه " بول فابر - P. Fabre " ، ويسانده الفقيه "دي باج- De page " و الفقيه " جوجييه- Gauguier " ، و الفقيه " بوري - J.Bore " .

في عرض مجمل انتقادات الفقه الفرنسي والحلول البديلة :

ينظر : د / سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض " ، المرجع السابق ، ص 160 وما بعدها . وكذا د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد " ، المرجع السابق ، فقرة 270 ، ص 439 وما بعدها .

وإذا لم يصح الاستئناف هذا الخطأ فلا شك أن في التضحية ببعض المصالح الخاصة أفضل من التضحية بالمصالح العامة بشغل أوقات محكمة النقض في التعرض لمسائل أكثر من الواقع وذلك دون نتيجة موجودة ، إذ أن أحكام الرفض التي أصدرتها محكمة النقض أكثر بكثير من أحكام النقض للتحريف ، وينتهي صاحب هذا الرأي إلى القول أنه لا سند من القانون أو الواقع يبرر هذه الرقابة من جانب محكمة النقض .

ويقول الدكتور عبد الحكم فودة في معرض تعليقه على مختلف الانتقادات الفرنسية بشأن رقابة التحريف المؤسسة على نص المادة 1134 / 1 مدني فرنسي :
" أن التحريف في حقيقته ما هو إلا تجاهل إرادة طرفي التعاقد ولا ينطوي ذلك على تجاهل للقانون بطريق مباشر ، وأن القاضي لما يؤدي إليه هذا الاستخلاص من تكيف خاطئ ينبئ عن فهم القانون لمثلها ، إلا أن وأن القاضي بتحريفه للعقد لا يخالف القانون مباشرة بمخالفته للمادة 1134 من القانون المدني ، وإنما يخالف الإرادة المشتركة لطرفي التعاقد .
وأن الأساس القانوني لرقابة التحريف في فرنسا في رأيه هو تجاهل الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين بالإضافة إلى مخالفة القانون بطريق غير مباشر" (1) .

2- الأساس القانوني لرقابة التحريف في القانون الجزائري :

الحقيقة أننا لم نتحصل على قرارات قضائية تشفي غليلنا فيما يتعلق برقابة المحكمة العليا على تحريف العقد ، وتبين لنا الأساس القانوني المعتمد من طرف القضاة ، خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية السابق لم يكن ينص على حالة التحريف كسب للطعن بالنقض .
غير أن الأمر قد يختلف مستقبلا بشأن هذه المسألة بالنظر إلى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، وتحت تأثير الفقه و القضاء الفرنسيين ، أدخل صراحة حالة تحريف المستندات والعقود كإحدى الأسباب الثمانية عشر (18) للطعن بالنقض ، وذلك ما لم نجده في الكثير من تشريعات المرافعات العربية ، وهي ميزة تحسب لصالح المشرع الجزائري عكس القضاء في هذا البلد .

حيث جاء في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ما يلي :

" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية :

الفقرة 12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار ."

ويبدو أنه مع دخول قانون الإجراءات المدنية حيز التنفيذ ستطرح عدة قضايا حول التحريف ، وحينها سنرى موقف محكمة العليا منها .

وبغض النظر عن هذا القانون ، فإن نصوص القانون المدني الجزائري مشابهة لمثيلتها في القانون المصري ، ولذا من الطبيعي أن نجد القضاء الجزائري يسير على هدي نظيره المصري .

وفي هذا الصدد وجدنا قرارا للمحكمة العليا جاء فيه (1) :
" من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق
الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة
الأطراف الصريحة بما يتنافى معها....

....و متى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار
من الطاعنين بمخالفة أحكام هذا المبدأ "

ولكن تفحص أسباب هذه القرار لم تحدد لنا الأساس القانوني الذي اعتمده قضاة المحكمة
العليا ، حيث لم يشر لنص المادة 111 من القانون المدني رغم أهميته في تأسيس الحكم ،
وإن كان أشار بصفة صريحة لنص المادة 106 منه التي جاء فيها : " العقد شريعة
المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين التي يقررها القانون " (2) ، وهو ما
يؤكد حرص القضاء على وجوب احترام قضاة الموضوع لإرادة الطرفين في العقد تلك
الإرادة التي يقوم عليها العقد في تكوينه وتفسيره .

والقضاء الجزائي يعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين ، لذلك فهو يعترف بقوة
الالتزامات الاتفاقية ويعمل على تنفيذها ، كما يعمل على تنفيذ الالتزامات المترتبة على
الأعمال أو على القانون .

وبالرجوع إلى نص المادة 111 من القانون المدني نجدها تميز بين العبارات الواضحة
في العقود والعبارات الغامضة ، وألزم القاضي بعدم الخروج عن العبارات الواضحة في
العقد بحجة تفسيرها .

وكثيرا ما نجد المحكمة العليا (3) تردد في قراراتها عبارة : " من المقرر أن العقد
شريعة المتعاقدين ... " ، وعبارة : " أن قضاة الموضوع حرفوا الشروط الواضحة
والمحددة.. " وغيرها من العبارات التي تتم عن احترام هذا مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "
سواء في تنفيذ العقد أو في تفسيره أو حتى في تكييفه في بعض الأحيان (4) رغم أن اتفاق
الطرفين كما هو مستقر عليه فقها وقضاء لا يلزم قاضي الموضوع .

ويظهر أن الأساس هو حرص القاضي على احترام حرية التعاقد لئلا يقوم باستبدال
إرادة العاقدين بإرادة وهمية تحت حجة تفسير العقد ، لما في ذلك من تهديد لمصالح الأفراد
وتأثير سلبي على استقرار المعاملات .

ويبدو أن اجتهاد القضاء الجزائي يصب في نفس مجرى قضاء محكمة النقض
الفرنسية ، معتمدا في أساسه القانوني على نص القانون بالدرجة الأولى ، والدليل على ذلك
أنها عادة ما تصدر قراراتها بعبارة " بعد الاطلاع على المادة 106 من القانون المدني " ،
ولو أن القضاء الجزائي لا يقدر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كما يفعل القضاء الفرنسي .

1- قرار الغرفة المدنية بتاريخ 03 أبريل 1985 ، ملف رقم 33528 ، م. ق ، سنة 1989 ، العدد الرابع ، ص 48 .

2- و تقابل في حكمها نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي و إن اختلفت معها في الصياغة الفنية .
كما تقابلها في النصوص العربية : المادة 147 مدني مصري ، و المادة 148 مدني سوري ، و المادة 213 مدني أردني ،
والمادة 147 مدني ليبي ، و المادة 128 مدني بحريني ، و المادة 257 مدني إماراتي .

3- ينظر على سبيل المثال :

قرار الغرفة التجارية ، بتاريخ 16 جوان 1991 ، ملف رقم 80816 ، م. ق ، سنة 1993 ، العدد الرابع ، ص 151 .

4- ينظر على سبيل المثال :

قرار الغرفة المدنية بتاريخ 23 جويلية 1997 ، ملف رقم 149300 ، م. ق ، سنة 1997 ، العدد الثاني ، ص 51 .

ويظهر أن وضوح الشرط أو غموضه هو معيار قيام التحريف أو انتفائه ، ومع ذلك فإن القضاء في فرنسا أجاز في بعض الأحيان لقاضي الموضوع العدول عن عبارات العقد الواضحة ، إذا تطلبت ذلك دواع قوية ومبررات سائغة يمكن حملها ، وهو أمر مستقر في القضاء الجزائري .

ونخلص إلى القول أن الأساس القانوني لرقابة التحريف في القانون الجزائري ومبرراته هو مخالفة نص القانون الذي يضع القواعد المنظمة لمباشرة قاضي الموضوع في تفسير العقود ، سواء ما تعلق منها بتفسير العقود العادية ، أو ما تعلق بتفسير عقود الإذعان . والمقصود بالقانون في معناه الدقيق والذي تسهر محكمة النقض على مراعاة تطبيقه وتوحيد تفسيره .

فالمعروف أن تكيف العقد يقوم على مجموعة وقائع يستخلصها القاضي ثم يردّها إلى القانون لمعرفة نوع العقد ليطبق عليه القواعد القانونية التي تخص جنسه فهو إذا تعسف في هذا الاستخلاص رغم وضوح الإرادة وعدم قيام ما يناقضها بأن حصل من العقد ما ليس منه في الواقع فإنه سيكيف هذا التحصيل تكيفاً لا يتفق وما أراه القانون بالفعل . وقد رأينا كيف أن الفقه والقضاء يعتبر أن قواعد التفسير في حالة الشك تعتبر قواعد أمرة ، ومنها قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المذعن " .

فإذا انحرف القاضي عن تفسير الشرط المبهم وفسره في لصالح الدائن وليس المدين يكون قد أخطأ في تفسير العقد وعرض حكمه للنقض .

وإذا انحرف عن تفسير الشرط الغامض وأضر بمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان يكون حكمه مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون .

وإذا تجاهل القاضي إعادة التوازن الاقتصادي لطرفي العقد بأن خرج على مدلول الإرادة الواضحة وترتب عن ذلك أن أصبح العقد مشوباً بالشرط الجائر فإن حكمه يعتبر محرّفاً لعبارة العقد والخروج عن قصد المتعاقدين .

وفضلاً عن ذلك أجاز المشرع للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها إذا كانت مرهقة جداً وتجافي العدالة ، وجعل كل اتفاق مخالف باطلاً ، مما يؤكد أن الأمر يتعلق بمسائل أمرة (1) .

فالمشرع الجزائري قد وضع من خلال نص المادة 110 مدني رخصة للقاضي إذا شاء أعملها وإذا شاء أنكرها . فإن ذلك لا يجعل القاضي يدخل في دائرة التحكم ، لأن خروجه لا يعدو أن يكون مخالفة لنص القانون أو تحريفاً لعبارة العقد ، وكلاهما وجهان من أوجه الطعن بالنقض .

ويبدو في مجال عقود الإذعان أنه تتوفر مبررات قانونية قوية تدفع المحكمة العليا للتدخل من أجل بسط رقابتها على أي تحريف ، بالنظر إلى ما تتميز به هذه العقود من عدم توازن بين طرفيه .

1 - ينظر المادة 110 المتعلقة بالرقابة القضائية على عقود الإذعان (المقابلة للمادة 149 مدني مصري) ، حيث جاء فيها : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك لما تقتضيه العدالة ويقع كل اتفاق على خلاف ذلك " .

ونشير في الأخير إلى أن المشرع الجزائري ، وتعزيزا منه لمبدأ الرقابة القضائية ، خول لقضاة المحكمة العليا حق إثارة أي وجه من أوجه الطعن بالنقض المنصوص عليها قانونا في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، وذلك بصفة تلقائية ، أي حتى ولو لم يثرها أحد الخصوم في صورة طلب أو دفع ، ويستوي الأمر هنا إذا تعلق سبب النقض بالمسائل القانونية المحضة أو بالأسباب القانونية المختلطة بالواقع . ولكن إثارة هذه الأسباب لا تكون إلا بمناسبة الفصل في الطعن بالنقض ، و يتعذر نقض الحكم دون وجود طعن من طرف أحد الخصوم (1) .

1 - يستثنى من ذلك حالة الطعن لصالح القانون الذي يمارسه النائب العام لدى المحكمة العليا . ينظر المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية السابق ، المقابلة لنص المادة 353 من القانون الجديد.

الفرع الرابع : تطبيقات قضائية عن رقابة التحريف

سنركز في هذا الفرع على أهم التطبيقات القضائية لرقابة التحريف في المحاكم العليا العربية ، وحتى وإن بدى بعض التشابه في أحكامها ، وهذا ما سبق وأن أشرنا إليه في عدة مواضع سابقة .

فالعقد في جل التشريعات العربية هو بمثابة قانون خاص يجب احترامه ، كما يحترم القانون العام في قواعده وأحكامه وأصوله ، فإن انحراف القاضي لدى تفسير العقد فيعتبر مخالفاً للقانون ، والحكم باطل ويمكن الطعن به بالنقض .

وجل التشريعات العربية تميز ما بين حالة وضوح العبارات وحالة عدم وضوحها ، ففي حالة الوضوح تنقلص سلطة القاضي التقديرية ، وفي نفس الوقت تتوسع سلطة جهة النقض في الرقابة كلما انحراف القاضي عنها .

غير أنه وفيما يخص العبارات الغامضة ، فتتوسع سلطة قاضي الموضوع ، ويقتصر دور جهة النقض على رقابة الأسباب لا غير ، وهنا لا ينقيد القاضي بالمعنى الحرفي للألفاظ ، ولكن عليه أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، بشرط أن لا ينحرف عن مقصود العاقدين في تفسير شروط العقد ، بحجة افتقاره إلى التفسير يكشف عن غامضة وعن مقصود العاقدين ، وهو أمر استقر عليه القضاء المقارن .

أولاً- موقف القضاء المصري :

لقد استقرت محكمة النقض في مصر على رقابة التحريف منذ زمن بعيد ، متأثرة بنظيرتها الفرنسية ، رغم أن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 حدد صورتين فقط للطعن بالنقض⁽¹⁾ ، وجاء خالياً من ذكر حالة التحريف صراحة كسبب للطعن بالنقض . ومن الأمثلة التي نسوقها في هذا الإطار ما يلي :

ففي ظل القانون القديم قضت محكمة النقض المصرية : " إن تفسير محكمة الموضوع لشروط عقد ما متى كان تفسيراً تحتمله عبارة تلك الشروط وليس فيه تشويه لأصل العبارة فإن محكمة النقض لا يكون لها تدخل فيه " (2) .

وفي ظل القانون المدني الحالي ، قضت محكمة النقض أن : " الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد مسخ له ، فإذا كان قد نص في العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل وهو نص عام يحكم جميع شروط التعاقد بما في ذلك تحديد السعر فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوي على مسخ للعقد " (3) .

1 - جاء في المادة 248 من قانون المرافعات المصري :

" - للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية (الحالتين التاليتين) :
أولاً - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ،
ثانياً - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم " .

2 - نقض مدني ، بتاريخ 28 فيفري 1933 ، طعن رقم 6 ، لسنة 4 ق .

وفي نفس المعنى : نقض مدني بتاريخ 10 أفريل 1952 ، طعن رقم 45 ، لسنة 20 ق .

3 - نقض مدني ، بتاريخ 8 ديسمبر 1961 ، طعن رقم 314 ، سنة 26 ق ، س 12 ، ص 68 .

وقضت أيضا أنه : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " (1) .
وفي اجتهادات حديثة نسبيا قضت : " على القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك ، ولما كان ما تقضي به المادة 1/150 مدني المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة ، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض " (2) .
وقضت ذات المحكمة أيضا : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز للقاضي عند تفسير العقد الانحراف عن عباراته الواضحة ، والمقصود بالوضوح ، هو وضوح الإرادة لا اللفظ ، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك ، وهو يخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض " (3) .

ثانيا- موقف القضاء السوري:

تبسط محكمة النقض السورية رقابتها على قاضي الموضوع لدى تفسيرها العبارات في العقد، وانحرافه عن مضمون هذه العبارات تفسيرها ، فذكرت في حكم لها عام 1981 :
" بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة ، لزم أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة الطرفين المشتركة كما لا يجوز الانحراف عنها طريق التفسير أو التأويل " (4) .
وقضت أيضا أن : " محكمة القانون الرقابة على قاضي الموضوع مسخه شروط العقد. أو إذا اغفل على احترام النصوص الصريحة القاطعة فيه . وهذه الرقابة هي رقابة على أسباب الحكم من ناحية عدم كفايتها ، والبطلان هنا لعدم التسبب أو بسبب قصورها " (5) .
وفي قضية أخرى حديثة جاء فيها : " يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقة من غموض أو إبهام .
فالمشرع حدد مفهوم الغموض في منطوق القرار إذا كانت عبارته قد وردت على غموض من شأنه أن يخلق سبيل تفهم المعنى المراد منه .
وإن توافر الغموض والإبهام في المنطوق شرط لقبول دعوى التفسير .
وإذا تجاوز القرار التفسير حدود التفسير على تعديل بمنطوق القرار فإن ذلك يخرج عن مفهوم التفسير الذي قصده المشرع ويتعين نقضه .
وإذا كان حكم النقض لم تمارس فيه محكمة النقض سلطة الفصل في موضوع النزاع كمحكمة موضوع وإنما بوصفها محكمة رقابة على حسن تطبيق القانون فإن محكمة الاستئناف مصدره الحكم المطلوب تفسيره هي المختصة بالنظر في طلب التفسير " (6) .

- 1 - نقض مدني ، بتاريخ 18 مارس 1975 ، س 26 ، ص 621 .
- 2 - نقض مدني ، بتاريخ 18 ديسمبر 1988 ، المكتب الفني ، س 39 ق ، رقم 109 ، ص 493 .
- 3 - نقض مدني ، بتاريخ 24 جانفي 1990 ، المكتب الفني ، س 41 ، رقم 21 ، ص 298 .
- 4- قرار نقض مدني ، سنة 1981 ، أساس 144 ، تقنين أصول المحاكمات ، أ/ شقيق طعمة ، ص 671 ، قاعدة 369. وفي نفس المعنى : نقض مدني ، رقم 1903 تاريخ 1984 ، الاجتهاد المدني ، فاضل النبنواني ، ط 01 ، ص 2771 .
- 5- قرار نقض مدني ، بتاريخ 16 نوفمبر 1974 . رقم 954 . مجلة المحامون . عام 1974 . عدد 12 . ص 318 .
- 6- نقض مدني ، الغرفة الثانية ، بتاريخ 23 أكتوبر 2005 ، قرار 2005/1509 ، القضية 874 ، أساس لعام 2005 .

وفي قضية أخرى حول بتفسير بند يتعلق بالعربون ، قضت محكمة النقض السورية :
" قاعدة صلاحية القاضي في تفسير العقود والاتفاقات بسلطة تامة لا رقابة فيها لمحكمة
النقض، لا يؤخذ بها على إطلاقها . ولمحكمة النقض أن تراقب كل حكم مسخ فيه قاضي
الموضوع شروط العقد ، أو أغفل عن احترام النصوص الصريحة القاطعة فيه . وهذه
الرقابة هي رقابة على أسباب الحكم من ناحية كفايتها ، أو عدمها ، والبطلان لعدم التسبب
أو القصور . وإذا دفع العربون وقت العقد ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه
إنما دفع لتأكيد الثبات في التعاقد ، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل
منهما الحق في العدول ، ولكن ضمن المدة القانونية " (1) .

ثالثاً- موقف القضاء اللبناني :

يستعمل القضاء اللبناني عدة مصطلحات تدل على التحريف ، ومنها " فساد التفسير " .
فقد قضت محكمة التمييز اللبنانية أن : " تفسير محكمة الأساس لأقوال الطرفين المدرجة في
ضبط المحاكمة يخضع لمراقبة محكمة التمييز عندما تكون محكمة الأساس قد أفسدت في
تفسيرها المعنى الحقيقي لهذه الأقوال " (2) .
وقضت أيضاً أن: " إن تفسير العقود ، لاسيما الغامضة منها والتي تحتل التأويل،
يعود لمحكمة الأساس ، ولا تطاله رقابة محكمة التمييز، إلا إذا أفسدت محكمة الأساس
معنى ومدى بنود تلك العقود الصريحة الواضحة " (3) .

كما تستعمل أحياناً مصطلح " تحوير التفسير " ، وفي ذلك قضت محكمة التمييز أن :
" تقدير الوقائع وتفسير إفادات الشهود يخضع لسلطان محكمة الأساس المطلق، ما لم يكن
هناك تحوير من قبل المحكمة في التفسير، من شأنه أن يغير المعنى الحقيقي للمستندات
وإفادات الشهود " (4) .

وقضت كذلك : " أن تقدير الوقائع في تفسير الشهادات يعود لمحكمة الأساس،
وسلطانها فيه مطلق، ولا يصبح تحت رقابة محكمة التمييز ما لم يكن هناك تحوير من
المحكمة في التفسير من شأنه أن يغير المعنى الحقيقي للمستندات وشهادة الشهود " (5) .
وفي أحيان أخرى تستعمل مصطلح " التشويه " ، حيث قضت ذات المحكمة أن :
" تفسير عقد الإيجاز واستخلاص نية الفرقين المتعاقدين منه يدخل في نطاق تقدير محكمة
الاستئناف الذي لا يقع تحت رقابة محكمة التمييز ما لم تكن شوهدت معنى بنود الصريحة (6) .
وقضت كذلك : " أن تفسير العقود تستقل به محكمة الأساس دون أن تخضع بشأنه
لرقابة محكمة التمييز ، لاسيما إذا لم يتبين أن ثمة تشويهاً ، في هذا التفسير ، للمعنى النص
الحرفي والمعتاد للعقد ولما ثبت إليه إرادة المتعاقدين .

- 1- نقض مدني سوري ، بتاريخ 16 نوفمبر 1974 ، رقم 954 ، أساس 1357 ، مجلة المحامون ، لعام 1974 ، ص 318 .
وفي نفس المعنى : نقض مدني ، بتاريخ أول أكتوبر 1987 ، رقم 1476 ، أساس 1074 .
- 2- تمييز مدني لبناني : بتاريخ 20 نوفمبر 1970 ، قرار 93 ، طعن 107 - 19 .
- 3- تمييز مدني لبناني : بتاريخ 26 أوت 1952 ، رقم 370 - 52 .
وأيضاً حكم صادر بتاريخ 19 جويلية 1962 ، رقم 519-62 .
- 4- تمييز مدني لبناني : بتاريخ 3 فيفري 1952 ، رقم 718 - 52 .
- 5- تمييز مدني لبناني : بتاريخ 14 جانفي 1963 ، رقم 471 - 23 .
- 6- تمييز مدني لبناني ، غرفة أولى ، بتاريخ 8 جويلية 1968 ، رقم 73 ، طعن رقم 22 - 84 .

وأن هذا الاستقلال في التفسير يتأكد أيضا عند وجود التباس في مداول النص وما ابتغاه المتعاقدون بحيث يكون قرار محكمة الاستئناف في هذا الصدد غير خاضع بالنتيجة لرقابة المحكمة العليا " (1) .

كما لم تنسى محكمة التمييز اللبنانية استعمال مصطلح "التحريف" ، وذلك في قرار جاء فيه : " إن تفسير الأعمال القانونية كالعقود والتصاريح الصادرة عن فريق يعود مبدئيا إلى تقدير قضاة الأساس ، إلا إذا تبين ، بصورة جلية أن المحكمة المذكورة قد شوهدت وحرفت نية المتعاقدين أو الفريق الصادرة عنه التصاريح " (2) .

رابعا- أحكام قضائية متفرقة :

من التطبيقات التي تبين ضرورة الالتزام بعبارات العقد وعدم الخروج عنها كحد على حرية القاضي في التفسير، ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية حينما نقضت حكما فسر عقد كفالة خلاف ما هو ثابت في بنود عقد الكفالة ، حين مددت التزام هذا الكفيل بديون نشأت بعد انقضاء هذا الأجل ، إذ أن ذلك يشكل حيادا عن القصد الذي عناه العاقدان في الكفالة، كما يظهر من عباراتها الواضحة في هذا الخصوص، والتي تحدد أجلا معيناً للكفالة وفقا لما تقضي به أحكام المادة 751 من القانون المدني (3).

وفي نفس المعنى نقضت محكمة التمييز الكويتية حكما ألزم الشريك في شركة محاصة، بالديون القائمة على الشركة ، في حين أن توقيعه على عقد الفسخ المتضمن تسوية أمور الشركة ، جاء واضحا بأنه ورد بوصفه ممثلا عن الشركة ، لا بصفته الشخصية ، في ذلك خروجاً عن المعنى الذي يحتمله توقيعه على عقد الفسخ (4) .

كما قررت محكمة التعقيب التونسية أنه : " يرجع لتفسير العقد وتأويله وبيان مقاصد الطرفين إلى محكمة الموضوع بشرط التعليل ، إلا أنه لا يسوغ للمحكمة تأويل الكتب قانونا إذا كانت عباراته صريحة ، وإذا تم ، فإن الحكم المطعون فيه قد جاء خارقا للقانون بصورة تعرضه للنقض من هاته الناحية " (5) .

وفي المغرب قرر المجلس الأعلى أن عقد التأمين القائم على وجه صحيح يكون شريعة بين الأطراف في حضور التزام واضح وصريح للبوليصة يحدد مباشرة الخطر المؤمن عليه ، فإن القرار الذي يحاول تفسير الشرط المتضمن لإبعاد الخطر يتعرض للنقض من أجل تحريف العقد (6) .

1- تمييز مدني ، غرفة رابعة ، بتاريخ 11 نوفمبر 1974 ، رقم 13 ، طعن رقم 162-279 .

وأيضا حكم صادر بتاريخ 30 أكتوبر 1941 ، رقم 876 - 41 .

2- تمييز مدني ، ، بتاريخ 29 مارس 1954 ، طعن رقم 202 - 54 .

2- تمييز تجاري ، في 22 جانفي 1986 ، الطعن رقم 85/58 ، ق.ق ، السنة 14 العدد 1 ، ماي 1993 ، ص 79 .

3- تمييز تجاري ، في 26 ديسمبر 1988 ، الطعن رقم 87/310 ، ق.ق ، السنة 16 ، العدد 2 ، جوان 1995 ، ص 262 .

وفي نفس المعنى أيضا : تمييز كويتي ، عمالي ، جلسة 5 أوت 1988 ، الطعن 68/187 ، ص 240 ، رقم 110 .

5- قرار مدني ، بتاريخ 2 نوفمبر 1976 ، عدد 192 ، نشرية التعقيب ، القسم المدني ، س 1976 ، ج 3 ، ص 93 .

وفي نفس المعنى : قرار تعقيبي مدني ، بتاريخ 21 ماي 1981 ، عدد 3746 ، نشرية التعقيب ، سنة 1982 ، ص 57 .

6- قرار بتاريخ 23 نوفمبر 1963 .

وبالنظر الفاحصة لرقابة المحاكم العليا أو جهات النقض على تفسير العقود في مختلف هذه الدول التي عرضناها ، نجدها رقابة واسعة كاملة على مسألة التفسير ، بحيث يكفي أن يتقدم الطاعن طعنا في الحكم الاستئنافي لتحريفه العقد ، حتى تقوم جهة النقض بمراقبة تفسير قضاة الموضوع لعبارات التعاقد سواء كانت واضحة أم غامضة.

ورقابة جهة النقض شاملة ولا تقتصر على تفحص العقد هل هو واضح أم غامض، بل تمتد لتشمل أي محرر أو وثيقة استعملت في الدعوى كمحاضر الإنذارات والمعاینات ومحاضر التنفيذ ومحاضر التحقيق والخبرات القضائية والشهادات الطبية ، وتطبق بشأنها نفس قواعد التحريف .

وختاما لما سبق يظهر أن معيار رقابة التحريف أيا كان أساسها القانوني سواء في فرنسا أو في الجزائر وفي مصر وحتى في سائر الدول العربية . فالقضاء ينزع في كل هذه الدول نزعة عملية فيراقب خطأ التحريف من خلال أسباب الحكم المطعون فيه .

وأن القضاء العالي في أي دولة يسهر قبل كل شيء على مراعاة تطبيق القانون وكفالة احترامه وتوحيد تفسيره ، وهذه هي المهمة الأساسية التي أنشئت من أجلها محاكم النقض . وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الحكم القضائي هو الآخر قد يكون محلا للتفسير من أجل توضيح مدلوله تحديد مضمونه في حالة غموض منطوقه يصعب من مهمة تنفيذه .

والمقصود بتفسير الحكم القضائي هو إزالة ما يشوبه من غموض أو إبهام ، وذلك بتوضيح المعنى المراد في عبارات منطوق هذا الحكم حتى يكون من السهل فهمه وإدراك معناه فلا يحتمل منطوقه أكثر من معنى ، وبمفهوم المخالفة لما عناه المشرع فإنه إذا لم يكن بالحكم أي غموض أو إبهام فلا محل للتفسير حتى لا يؤخذ منه ذريعة للعدول عنه والمساس بحجيته. وينبغي أن يقتصر الغموض على منطوق الحكم لا على أسبابه إلا إذا كانت تلك الأسباب تكون جزء من ذلك المنطوق .

ومبدأ التفسير يسري على جميع الأحكام بما فيها قرارات الجهات القضائية العليا ، بمعنى أن الحكم الغامض يلجأ إلى تفسيره ولو كان حكما حائزا لقوة الشيء المقضي به . ويتم ذلك بناء على دعوى قضائية (بعريضة فردية أو مشتركة) ترفع بنفس الأشكال القانونية لرفع الدعاوى .

غير أن تفسير الحكم لا يؤثر بأي حال من الأحوال على ما قضى به من حقوق والتزامات لصالح طرفيه (1) .

ويعتبر الحكم التفسيري متما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره وليس حكما مستقلا ، ومن ثم يسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم المفسر من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية سواء أكان قد مس الحكم المفسر بنقص أو بزيادة أو بتعديل فيما قضى به معتدياً بذلك على قوة الشيء المحكوم فيه ، أم كان لم يمسه بأي تغيير مكتفياً بتوضيح ما أبهم منه (2) .

1- ينظر المادة 285 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائرية المتعلقة بتفسير الأحكام بسبب الغموض .

وقارنها بالمادة 286 المتعلقة من نفس القانون المتعلقة بتصحيح الأحكام بسبب الخطأ المادي . وينظر قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 مارس 1994 ، ملف رقم 103049 ، ن . ق ، سنة 1996 ، عدد 49 ، ص 247 .

وقرار لنفس المحكمة ، بتاريخ 17 مارس 1998 ، ملف رقم 162757 ، م . ق ، سنة 1998 ، عدد 01 ، ص 163 .

2- الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه المسألة بخلاف المشرع المصري (المادة 192 مرافعات) .

ينظر نقض مدني ، جلسة 16 مارس 1976 ، الطعن رقم 742 لسنة 40 ق ، المكتب الفني ، س 27 ، ص 655 .

ونقض مدني ، جلسة 15 ماي 1986 ، الطعن رقم 161 لسنة 52 ق ، المكتب الفني ، س 37 ، ص 554 .

وقد قضى في مصر بأن غموض منطوق الحكم وإبهامه لا يؤدي إلى بطلان الحكم ، فلا يجوز الطعن فيه بالنقض بسبب هذا الغموض ، والسبيل إلى بيان ما غمض من منطوقه أو إزالة إبهامه هو الرجوع إلى المحكمة التي أصدرته لتفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام وفق ما تقضى به المادة 192 من قانون المرافعات (1) .

والحكم القضائي باعتباره ورقة من أوراق الدعوى (محرر رسمي) تسري عليه نفس القواعد الموضوعية المتعلقة بتفسير العقود (2) ، ولكن من حيث الشكل ، فإن تفسير الحكم تتبع فيه إجراءات مختلفة لاسيما من حيث الإختصاص القضائي ، حيث يتوجب أن ترفع دعوى التفسير أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المشوب بالغموض (3) .

وقد سبق لمحكمة النقض المصرية في حكم قديم لها أن ساوت بين تفسير العقود المدنية والأحكام قائلة أن لقاضي الموضوع أن يفسر الأحكام التي يحتج بها لديه تفسيره لسائر المستندات المقدمة في الدعوى وأن يأخذ بما يراه منها بشرط أن يثبت في حكمه الاعتبارات المؤدية إلى وجهة نظره (4) .

والملاحظ أن المشرع الجزائري (5) ، وكغيره من التشريعات المقارنة ، لم يحدد ميعادا معيناً لرفع دعوى التفسير ، ولكن ذلك في رأينا مقيد بشرطين :

أولهما : ألا يكون الحكم مستأنفا ، فإن طعن فيه بالإستئناف ، توجب على الطاعن تقديم طلب تفسير الحكم الغامض على جهة الاستئناف مادام أن النزاع ينقل إليه برمته .

وثانيهما : ألا يكون الحكم قد سقط لكون طلب التفسير يصير غير ذي موضوع في هذه الحالة .

- 1- نقض مدني ، جلسة 6 ماي 1982 ، الطعن رقم 649 لسنة 48 ق ، المكتب الفني ، س 33 ، ص 493.
- ونقض مدني ، جلسة 22 ماي 1980 ، الطعن رقم 1590 لسنة 48 ق ، المكتب الفني ، س 31 ، ص 1476.
- 2- جاء في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري : " يكون للحكم حجبة العقد الرسمي ... " .
- 3- قضت المحكمة العليا بالجزائر : " أن الغموض الذي قد يكتنف الأحكام القضائية يجوز رفعه عن طريق دعوى تفسيرية تختص بها الجهة القضائية التي أصدرتها دون غيرها .
- ولما أقامت المحكمة المدنية بتفسير حكم جزائي في شقه المدني ، يعتبر حكمها غير سليم ويستوجب نقضه بدون إحالة " .
- قرار بتاريخ 4 جانفي 1984 ، ملف رقم 30985 ، م . ق ، سنة 1989 ، عدد 01 ، ص 47.
- وقرار بتاريخ 13 ماي 1991 ، ملف رقم 73195 ، م . ق ، سنة 1994 ، عدد 03 ، ص 96.
- وقضت كذلك : " أن قاضي إشكالات التنفيذ لا يجوز له أن يتعرض لتفسير الأحكام الواجبة التنفيذ " .
- قرار بتاريخ 15 جوان 1985 ، ملف رقم 36907 ، م . ق ، سنة 1989 ، عدد 03 ، ص 86.
- القرارات أوردهما : أ / حمدي باشا عمر : " مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية " ، دار هومة للطباعة والنشر ، سنة 2002 ، ص 44 و 45.
- 4- نقض مدني مصري في 24 نوفمبر 1932 ، منشور بمجلة المحاماة ، س 13 ، ص 516 ، ومنشور كذلك بمجلة القانون و الاقتصاد ، س 3 ، ص 55 ، رقم 71.
- 5- يستنتى من ذلك دعاوى تفسير قرارات مجلس الدولة التي ينبغي أن ترفع خلال مهلة شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل التفسير ، وتسري نفس الأحكام على دعاوى التصحيح ، وهو أمر غريب وغير مبرر وي طرح عدة تساؤلات .
- ينظر المواد : 963 و 964 و 965 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد .

المطلب الثاني : **الرقابة على مسائل التسبيب**

إن العدالة الإلهية عدالة مطلقة ، لأنها تتطابق مع الحقيقة الواقعية المطلقة وتنفذ إلى الباطن فهي من صنع الله الحكيم العدل العليم ببواطن الأمور والأقرب للإنسان من حبل الوريد . وذلك بعكس العدالة البشرية التي تُعد عدالة نسبية ، لأنها عدالة من صنع قضاة بشر معرضين في أحكامهم للصواب والخطأ ، كل بحسب قدرته المحدودة التي تقوم على الظاهر وتعجز عن الوصول إلى الباطن الذي يترك علمه الله وحده لا شريك له .

والقاضي وإن حاول أن يكون عادلاً ، إلا أنه لا يستطيع الوصول إلى العدل المثالي المطلق بمعنى الإنصاف ، وإنما يكون قضاؤه مُعرضاً للخطأ سواءً أكان هو نفسه مصدر هذا الخطأ أم أن الخطأ يكمن في الأدلة التي استمد منها اقتناعه .

وإذا كان الشعور بالرغبة في العدل والإحساس به قائم في النفس البشرية منذ أقدم عصور التاريخ ، فنحن اليوم في أمس الحاجة إليه ، لأن النفس البشرية بحاسة العدالة لا تطمئن ولا تقتنع إلا بما هو عادل .

والأحكام هي الأخرى من صنع البشر أياً كان نوعها أو موضوعها ، فيستوي أن تكون المنازعة مدنية أو جنائية ، وحتى يكون الحكم صحيحاً عادلاً وبعيداً عن دائرة الخطأ لا بد للقاضي من بيان الأسباب الكافية والسائغة التي تبرر صدور حكمه في الواقع والقانون على النحو الذي صدر عليه وإلا كان الحكم معيباً ، فالالتزام بالتسبيب يُعد أحد الركائز الأساسية التي تحكم العملية القضائية في سائر الأنظمة القانونية .

ومن هذا المنطلق يتعين على القاضي أن يذكر مصادر تكوين سلطته من حيث الواقع ومن حيث القانون ، فعليه أن يبين " المواد " أو " المادة الأولية " التي خضعت لهذا التقدير ، وهو ما يعبر عنه في القانون بمبدأ تسبيب الأحكام القضائية ، ومن خلال بيان الأسباب تستخلص محكمة النقض عناصر رقابتها على هذه السلطة التقديرية .

فالتسبيب يعد ضرباً من ضروب الرقابة التي قررها القانون على أعمال القضاء ، وهو يعد من أشق المهمات الملقاة على عاتق القاضي ، بالنظر إلى ما يتطلبه من جهد وما يستتفذه من وقت ، حيث يجب أن يكون مقتنعاً هو بما اختاره من قضاء وانتهى إليه في منطوق حكمه ، والإقناع لا يكون ذاتياً فحسب ، بل إقناعاً للخصوم وللغير ولجهة النقض باعتبارها الجهاز المقوم للأحكام القضائية .

ونطاق الرقابة على سلطة القاضي التقديرية يمتد ليشمل تقدير القاضي لمسائل الواقع ومسائل القانون ، ولكن رقابة محكمة النقض ليست رقابة على رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى إليها ، فهي لا تملك ذلك ، وإنما هي رقابة على طريقة تكوين هذا الرأي أو الأساس الذي يقوم عليه .

وسنتعرض أحكام هذه الرقابة على تسبيب الأحكام المتعلقة بتفسير العقود فيما يلي :

الفرع الأول : المقصود بالتسبيب وشروطه

الفرع الثاني : عيوب التسبيب الموجبة للنقض

الفرع الثالث : رقابة جهة النقض على تسبيب الأحكام المتعلقة بتفسير العقود

الفرع الرابع : تطبيقات قضائية عن رقابة التسبيب

الفرع الأول : المقصود بالتسبيب وشروطه وعيوبه الموجبة للنقض

إذا كانت السلطة المخولة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه فلا ريب أن القانون لا يريد أن تكون سلطة القاضي سلطة تحكيمية . والتسبيب هو الشيء الوحيد الذي يحقق ذلك، لأنه يضمن إيقاف أي تحكم قد يحدث من القاضي ، وهو الضمان على أن القاضي قد باشر سلطته بشكل صحيح، ولم يتنازل عنها ويسيء استخدامها حتى قيل بحق أن سلطة القاضي التقديرية هي المبرر لتقرير الالتزام القانوني للتسبيب ، وأن سلطة القاضي كافية بذاتها لتبرير التسبيب .

والتسبيب فلسفياً هو عبارة عن مقدمات تؤدي إلى نتائج محددة تترتب عليها قاطعة وحتى تكون النتائج صحيحة لأبد وأن تكون المقدمات صحيحة أيضاً ، فالمقدمات (الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له) سبب النتيجة ، ومتى اجتمعت في الفعل لزممت عنهما النتيجة فكلمة سبب في لغة المنطق تُطلق على القدرة الفعلية على تفهم الأمور وفق قواعد التفكير الصحيحة بما يترتب عليه في النهاية صحة القرار الذي توصل إليه ، وأسباب الحكم وفقاً لقواعد المنطق هي مجموعة المقدمات والأسانيد المنطقية التي تقود إلى النتيجة التي انتهى إليها القاضي .

ويعد التسبيب شرطاً لصحة الحكم من حيث الشكل ، ولكن ورود بعض الأسباب بالحكم لا يعني صحة هذا التسبيب ، فلا بد أن تكون الأسباب كافية وغير غامضة أو متناقضة ، أي أن تظهر بوضوح وبتفصيل مستندة إلى أدلة صحيحة توضح كيفية اقتناع القاضي والخصوم والغير بالنتيجة التي توصل إليها ، وبهذا تستطيع محكمة النقض أن تراقب النهج القانوني الذي اتبعه القاضي وتوصل إليه قضاؤه .

أولاً- المقصود بالتسبيب وشروطه :

1- معنى التسبيب (motivation):

التسبيب ، وجمعها أسباب ، وفي اللغة العربية مصدر كلمة سبب ، والسبب هو كل شيء يتوصل به إلى غيره ، وقد يكون بمعنى الطريق ⁽¹⁾ . والسبب هو ما يوصل إلى الشيء ، فالباب موصل إلى البيت والحبل موصل إلى الماء ... وجاء في لسان العرب : السبب كل شيء يتوصل به إلى شيء غيره فهو سبب ⁽²⁾ . ووفقاً لهذا المدلول فإن أسباب الحكم هي ما تسوقه المحكمة من أدلة واقعية وحجج قانونية لحكمها .

ويقصد بالتسبيب في المدلول القانوني إحتواء الحكم القضائي على الحجج القانونية والواقعية التي أدت إلى صدوره ⁽³⁾ .

1 - قال تعالى : "...وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا ، فَأَتَبَعَ سَبَبًا " . سورة الكهف ، الآيتين 84 و 85 .
2 - ابن منظور : " لسان العرب " ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 458 .
3 - أ / علي صادق : " تسبيب الأحكام الجزائية " ، مجلة معهد القضاء ، الكويت ، ص 49 .

وفي الفقه الوضعي يُطلق التسبب على تعليل القاضي لحكمه من خلال بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي قادتته إلى هذا الحكم الذي نطق به (1) .
والأسباب الواقعية هي التأكيدات والإثباتات التي تتصل بالواقع في ماديته ، وفيما يتعلق بوجود الواقعة أو عدم وجودها وإسنادها إلى القانون (2) .
أما الأسباب القانونية فهي خضوع الواقعة الثابتة للقانون بعد تكييفها التكييف القانوني الذي ينطبق عليها ، وبالتالي تشتمل على المعنى العام المجرد للقاعدة القانونية وعلى العنصر الخاص المحدد الفردي للواقعة .

2- شروط التسبب (التعليل) :

من المتعين على القاضي أن يسبب حكمه تسبباً نموذجياً أو كافياً ومنطقياً يحقق المقصود منه. ويجري ذلك التسبب المطلوب إذا اتبع القاضي القواعد الإجرائية التي يتعلق بعضها بشكل للحكم من حيث الديباجة التي تحتوي على البيانات الكاملة مثل رقم القضية وتاريخها وفهرسها ، والقاضي الذي ترأس الجلسة وكاتب الضبط الذي حضر إلى جانبه ثم أطراف الدعوى . ليبين في حيثيات الحكم وقائع النزاع وأسبابه باختصار ، ساردا طلبات الخصوم ودفعهم ، خاصة الجوهرية منها ، ومعددا أهم وثائقهم المدفوعة ، وكذا التماسات النيابة إن كانت تدخلت وجوباً أو اختياراً . ويختتم كل ذلك بمنطوق يلخص فيها النتيجة القانونية التي توصل إليها .

ويلاحظ أن التسبب أو التعليل القضائي يقتصر هنا على الفقرة الوسطى من الحكم القضائي ، حيث يتوجب أن يحدد القاضي لماذا اختار الواقعة المعينة وأهمل الأخرى ، ولماذا قبل الوثيقة المعينة وتجاهل غيرها وهكذا ، وهذا التبرير يعتمد بالدرجة الأولى على أحكام القانون والعدالة .

ومحكمة النقض تطلع وجوباً على نسخة من الحكم محل الطعن ، فإذا تبين لها أن الأسباب التي أوردها القاضي في الحكم مجملة ، أو غامضة ، أو ناقصة ، أو متناقضة ، أو يختلط فيها الواقع بالقانون كان لها أن تنقض الحكم وتبطله (3) .

وعلى العموم يشترط في التسبب ما يلي :

- أن يكون تسبب القاضي للحكم واضحاً وكافياً ومنطقياً :
- أن تخلو أسباب الحكم الواحد من التناقض أو التخازل :

1 - د/ نبيل اسماعيل عمر : " تسبب الأحكام المدنية والجنائية " ، منشأة المعارف ، سنة 1991 ، ص 13 .
وللمزيد من التفصيل حول التسبب :

ينظر : أ/ د/ يوسف بن محمد بن ابراهيم المهوس : " تسبب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي " ، رسالة ماجستير ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، سنة 2004 ، ص 58 .

2 - في مجال الإثبات مثلاً ، يتعين على القاضي التزام مبادئ معينة وهي :

مبدأ توزيع عبء الإثبات ومبدأ الحياد ، ومبدأ عدم الحكم بعلمه الشخصي ، ومبدأ عدم اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ، وعدم قبول وتقرير الدليل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما هو الشأن في إثبات بيع عقار ، فلا يكون إلا بالكتابة وغيرها من مبادئ الإثبات التي تقيد القاضي .

3 - د/ نبيل اسماعيل عمر : " سلطة القاضي التقديرية " ، المرجع السابق ، ص 98 .

الشرط الأول : أن يكون تسبيب القاضي للحكم واضحاً وكافياً ومنطقياً :

فالوضوح والدقة مطلوبان في الحكم ، سواء تعلق الأمر ببيان الوقائع أو في التدليل الكافي السائغ لها ، بمعنى أن تستند المحكمة في قضائها على أدلة مشروعة لها مصدرها في الأوراق وأن تشمل دفوع وطلبات الخصوم الجوهرية .
فإذا لم يُبين القاضي الأدلة التي استمد منها قضاءه فإنه يخالف بذلك شرط التسبيب الكافي للحكم ، وبالتالي يكون الحكم المُعيب بعيب عدم الكفاية في الأسباب الواقعية مستوجباً نقضه وإبطاله⁽¹⁾ ، ويكون عرضة للإبطال . ومتى كان تسبيب المحكمة للحكم كافياً فإن المحكمة لا تكون مُلزمة بتعقب جميع الحجج والطلبات التي أثارها الخصوم والرد عليها استقلالاً .

الشرط الثاني : أن تخلو أسباب الحكم الواحد من التناقض أو التخاذل :

حيث يلتزم القاضي عند تسببيه للحكم أن تكون الأسباب منسقة فيما بينها⁽²⁾ ، وأن تؤدي بالفعل إلى منطوق الحكم القضائي .
وتعتمد محكمة النقض على رقابة الأسباب من حيث اتساقها وابتعادها عن دائرة التناقض أو شبهة التخاذل سواء فيما بينها وبين منطوق الحكم القضائي ومدى كفايتها لأن تترتب عليها النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع .
وبذلك يكون الطعن على الحكم لعيب تعارض الأدلة وتناقضها وعدم اتساقها يترتب عليه فرض رقابة احتمالية على الأحكام التي يصدرها القاضي . فالرقابة على الأدلة والتحقق من مشروعيتها وأن لها مصدرها في الأوراق وأنها منسقة فيما بينها وأنها تكفي لأن تتولد منها النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع كل ذلك لا يتحقق إلا من خلال الرقابة على الأسباب الواقعية التي يلتزم القاضي بتسببها للحكم الذي يصدره .
فلكي يتحقق هذا الغرض يجب أن تكون الأسباب جلية مفصلة غير متناقضة ، بحيث يُستطاع الوقوف على مسوغات ما قضت به المحكمة ، أما إفراغ الحكم في عبارات عامة أو مجملة أو متعارضة فلا يحقق الغرض الذي قصده المشرع من اشتراط تسبيب الأحكام ، وكان لمحكمة النقض حق تصويبه .

1 - تمييز أردني ، رقم 107 - 1954 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة 1954 ، ص 706 .
وكذلك : تمييز أردني ، رقم 149 - 1958 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة 1958 ، ص 635 .
نقلا منا عن : / مصطفى عبد الباقي : " الحكم القضائي في قاعدة الأحكام القضائية " ، منشورات معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت بفلسطين ، سنة 2002 ، ص 36 .
2 - تمييز أردني ، رقم 82 - 1652 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة 1956 ، ص 544 .

ثانياً - أهداف التسبيب :

العدل القضائي عدل مصنوع ، وبالتالي يحتاج إلى تبرير أي تسبيب ، فالتسبيب له أهمية كبيرة بالنسبة للخصوم والرأي العام، كما أن له أهمية كبيرة عند القاضي ، فهو معيار لصحة الحكم ومبعث للإطمئنان في جهاز القضاء .

فالتسبيب حق للخصوم ، وهو يُعد من أثنى وأعلى الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الإنسان لأنه يُعد أداة فعالة لحماية الحقوق . ولهذا فإنه يجد مصدره في القانون الطبيعي والذي من قواعده أن من يحوز سلطة فلا بد من وجود وسيلة أخرى معها تضمن عدم استبداده وتعسفه ، ولن يتأتى هذا إلا بالتسبيب ، فالتسبيب يُجنب العدالة البشرية تحكم الرأي وسيطرة العاطفة وهو يقف سداً منيعاً ضد أي اختلال قد يعيب النفس البشرية . والتسبيب وسيلة لإقناع الخصوم بصحة وعدالة الحكم ذلك أن إطلاع الخصوم على أسبابه يُؤلّد لديهم الاقتناع بصحته وعدالته بما يؤدي إلى ثقة الأفراد في القضاء ، ولاسيما منهم الطرف خاسر الدعوى .

ولكي يؤدي التسبيب هذا الدور لابد أن تكون الأسباب كافية للوصول إلى الحكم الذي انتهى إليه القاضي .

والتسبيب وسيلة لحماية الخصوم من الخطأ الشخصي للقاضي ، فقد يتعرض القاضي لظروف اجتماعية أو صحية أو نفسية قد تؤثر على قضاؤه وعدالته ، فالأسباب تكشف عما يُعيب القاضي من الظواهر الكاذبة والأهواء والمصالح لذلك كانت أخطاء القضاة هي منبع آلام المتقاضين، ومبعث انشغال بالهم ، وعن طريق التسبيب تتكشف هذه الأخطاء ويتبين جور القاضي وعدم صحة قضاؤه .

ولهذا رصد القانون عدة وسائل لعلاج مثل هذه الأخطاء ومنها جواز الطعن في الحكم أمام المحكمة الأعلى درجة .

والتسبيب يُعد ضماناً مهمة للرأي العام، فمن خلال أسباب الحكم يمكن مراقبة عدالة القاضي والتحقق من صحة حكمه وقانونية ما انتهى إليه بما يُشبع حاسة العدالة لديه ويؤدي إلى ثقته في القضاء .

خاصة إذا علمنا أن الجلسات والأحكام القضائية على اختلافها تكون علنية كما هو مستقر عليها في المرافعات وفي إجراءات التقاضي ، حتى وإن كان القاضي يقتصر على ذكر المنطوق فقط دون تلاوة كامل تفاصيل الحكم ، وكما يقال فإن التسبيب هو بمثابة عذر القاضي للناس⁽¹⁾.

والتسبيب أهمية حتى للقاضي نفسه ، فهو وسيلة لتثبيت عدالة القاضي ، فبيان الأسباب هو الوسيلة التي يكشف بها القاضي عدالته وعدم تحيزه ، فيتسببه للحكم يُقدم العذر للمقضى عليه فيما قضي فيه ، ويثبت له أنه فهم حجته ولكن القانون يقتضي القضاء ضده .

فالتسبيب بالنسبة للقضاة يظهر عما إذا كانوا قد قاموا بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر حتى يبعد عن نفسه اتهامه بالتحكم وسوء التقدير، فالتسبيب يقنع القاضي بعدالة حكمه ، فيشبع ذلك لديه حب العدالة وبنام وهو مطمئن الضمير.

1- د/ محمد فاضل زيدان ، "سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة" ، رسالة دكتوراه ، نوقشت بجامعة بغداد سنة 1997 ، مطبوعة لدى دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، سنة 1999 ، ص 249.

كما أن التسبب يدعو القاضي إلى العناية بحكمه وإخراجه الإخراج السليم حتى يتوقى نقضه عند الطعن عليه ويتلافى عيوب التسبب ، فعلم القاضي المسبق بالالتزام بالتسبب يجعله يترتب ويتروى في قضائه وأن لا يُصدر حكمه في الدعوى المعروضة عليه إلا بعد أن يلم بشناتها الإلمام الكافي الذي يمكنه من إصدار حكمه فيها .

فالتسبب يُعد بمثابة المنبه للقاضي لكي يعتني بقضائه وأن يُقدّر الأدلة التقدير الصحيح ويفند أوجه دفاع الخصوم وجميع النقاط الواقعية والقانونية التي تثيرها الواقعة وتكييفها القانوني ، والتسبب قد يكون دليل عدم التسرع وعدم السطحية من جانب القاضي . ومن هذا المنطلق فإن المشرعين ألزموا القضاة وجوبا بتسبب أحكامهم ، سواء كان قضاة محاكم أول درجة أو محاكم ثاني درجة . وحتى قضاة محكمة النقض نفسها ، فهي وإن كانت أحكامها غير قابلة للمراجعة ، إلا أنها مجبرة على تعليل أحكامها ، وهذا حتى تكون قدوة لغيرها .

ويجب دائما ربط التسبب بسلطة القاضي التقديرية (1) ، تلك السلطة تظهر دائما عند اتخاذ أي عمل أو قرار قضائي ولو كان استعجاليا أو حتى مجرد أمر ولائي . ومبدأ التسبب كما يسري في المواد المدنية يسري في المواد الإدارية خاصة في الأحكام الصادرة لصالح الإدارة ، ويسري من باب أولى في المواد الجزائية ، سواء ما تعلق منها بأحكام الإدانة أو بأحكام البراءة .

والهدف الرئيسي الذي يبتغيه المشرع من إلزامية التسبب أو اقتضاء القدر الكافي من الأسباب لتبرير النتائج القانونية هو تمكين جهة النقض من معرفة ما إذا كان قاضي الموضوع قد حكم في مسألة قانون فتخضع لنطاق الرقابة (2) . فبالإضافة إلى أن هذا ما تقتضيه الأصول العامة في الإثبات ، إذ التيقن من واقعة يعنى ذكر مبررات هذا الاقتناع . فلا يكفي إطلاق القول بثبوتها ، دون ثمة دليل أو استنادها إلى دليل مقتضب أو متهاثر .

كما أن هذا الاقتضاء للأسباب الكافية لا يعنى أن يكون الحكم قد ألم بكافة الوقائع ذات الاتصال المباشر أو غير المباشر في الكشف عن النية المشتركة إذ يكفيه يستند إلى المصادر المؤثرة مباشرة إلى الوصول إلى هذه النية وإن أغفل بعضها طالما أنها ليست بذات أثر مباشر في تعديل النتيجة القانونية التي وصل إليها (3) .

1- السلطة التقديرية للقاضي : هي ذلك النشاط الذهني الذي يبذله القاضي في تكييف الوقائع وإنزال حكم القانون عليها مسترشدا بالمعيار الذي وضعه المشرع ، فكل ذلك يدخل في صميم السلطة التقديرية لقاضي الموضوع . وهو يباشر هذا النشاط الذهني يطبق معيار قانوني استنادا إلى معايير موضوعية .

د / أحمد سعد : " السلطة التقديرية لقاضي الموضوع " ، عام 1988 ، ص 418 .
و نقض مدني مصري ، بتاريخ أول أبريل 1985 ، مجموعة أحكام النقض ، العدد الثاني ، ص 883 .

2- قضت محكمة النقض المصرية : " أن الغاية الأساسية من تسبب الحكم هي توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن إستيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه .

نقض مدني ، بتاريخ 8 جويلية 1997 ، الطعن رقم 8569 ، لسنة 66 ق ، المكتب الفني ، س 48 ، ص 1089 .

3- نقض مدني ، بتاريخ 12 نوفمبر 1959 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 10 ، ص 160 ، رقم 165 .

الفرع الثاني : عيوب التسبب الموجبة للنقض

لقد كان قانون إنشاء محكمة النقض الفرنسية يتضمن سببين للطعن بالنقض وهما : مخالفة التشريع ومخالفة الأشكال الإجرائية . وقد خلق القضاء الفرنسي عيبا ثالثا إلى جوار هذين العيبيين ، وهو عيب عدم كفاية الأسباب الواقعية الذي يسمى بانعدام الأساس القانوني للحكم أو ما يسمى كذلك بنقصان الأساس القانوني للحكم .

وهذا المصطلح "انعدام الأساس القانوني" الذي ابتدعته محكمة النقض الفرنسية مرادف لاصطلاح "عدم كفاية الأسباب الواقعية" ، مع أن الفقه يميز بين عدم كفاية الأسباب وانعدام الأسباب من جهة ، وبين عدم كفاية الأسباب الواقعية وتحريف الواقع من جهة أخرى .

حيث أن عدم كفاية الأسباب الواقعية يتميز عن خلو الحكم من التسبب :

ووجه الشبه يكمن في أن كليهما من أسباب الطعن بالنقض ، ولكنه سبب مستقل عن غيره . فهما مختلفان ، حيث أن عدم كفاية الأسباب الواقعية يعتبر عيبا موضوعيا ، أي أنه عيب في صميم موضوع الحكم ، ومن ثم لا يمكن بحثه إلا إذا كان الحكم صحيحا من حيث الشكل . بينما انعدام الأسباب يعتبر عيبا في الشكل ، فإذا انعدمت الأسباب فإن الحكم يفقد مقوماته ولا مجال لبحثه من الناحية الموضوعية⁽¹⁾ ، ورغم هذه التفرقة المهمة إلا أن قضاء النقض العربي مازال يخلط بين المفهومين⁽²⁾ .

وفي المقابل يختلف عدم كفاية الأسباب الواقعية عن مسخ أو تحريف الواقع :

ويعني مسخ أو تحريف الواقع عدول القاضي وخروجه عن المعنى المحدد والواضح لما جاء في الأوراق الرسمية والعرفية وسائر المحررات والمستندات المقدمة ، وذلك عند تفسيره لهذه المحررات رغم عباراتها المحددة والواضحة ومعناها الجلي الذي لا يحتاج إلى تفسير .

فالمسح أو التحريف يفترض وجود تقديرات معينة تتعلق بالوقائع الثابتة بالمحرر المقدم ، بينما عدم كفاية الأسباب الواقعية يفترض عدم وجود إثباتات كافية أو أن هذه الإثباتات غير محددة .

فعيب عدم كفاية الأسباب الواقعية يفترض عرضا غير كامل لوقائع الدعوى ، أما المسخ أو التحريف فيعني أن هذه الوقائع موجودة وثابتة ، ولكن القاضي قد انحرف عن معناها إلى معنى يغايرها تماما كما رأينا سابقا .

لذلك لا يوجد تشابه بين هذين السببين من أسباب الطعن بالنقض ، فعدم كفاية الأسباب الواقعية تتعلق بكمية الأسباب ومقدار كفايتها ، بينما المسخ أو التحريف يتعلق بنوعية هذه الأسباب التي على أساسها بني الحكم .

1 - د/ عزمي عبد الفتاح : " تسبب الأحكام " ، دار الفكر العربي ، سنة 1983 ، ص 381.

د/ أحمد الصاوي : " نطاق رقابة محكمة النقض " ، فقرة 100 ، ص 162.

2 - نقض مدني سوري ، بتاريخ 31 مارس 1981 ، قرار رقم 453 ، مجلة القانون العام ، عام 1981 ، العدد الأول ، ص 161.

أولاً- عيوب التسبيب :

يقوم الطعن بالنقض على عدة أسباب واقعية تتعلق بالتسبيب ، بحيث يعد إنعدام التسبيب أول صورها ، غير انه توجد عيوب أخرى للتسبيب ، كالفصور في التسبيب ، والتناقض في عرض الأسباب ، والفساد في الاستدلال ، ونوجز هذه الصور فيما يلي:

1- انعدام التسبيب :

انعدام التسبيب هو عيب شكلي يلحق الحكم فيجعله معيباً، وبمقتضاه يخلو الحكم كلیة من الأسباب أو يعد كذلك رغم ما تضمنه من أسباب أو يغفل الحكم الرد في أسبابه على جزئية جوهرية لو صحت لتغير وجه الحكم في الدعوى .

ومن هذا التعريف نستخلص بأن انعدام التسبيب إما أن يكون كلياً أو أن يكون جزئياً⁽¹⁾. ويعد صدور الحكم خالياً من الأسباب أو اعتباره كذلك رغم ما تضمنه من أسباب عامة، فيعد الحكم مسبب في الظاهر لكنه في واقع الأمر يُعد خالياً من التسبيب .

ومن صور إنعدام الأسباب : حالة بُني الحكم قضاءه على أسباب افتراضية أو ظنية تقوم على مجرد التخمين وليس اليقين ، أو حالة تناقض أسباب الحكم مع بعضها البعض وعدم تناسقها بحيث لا يبقى فيها ما يكفي لحمل الحكم عليها ، أو إشارة قاضي الاستئناف إلى حكم سابق بين طرفي النزاع دون بيان مضمونه أو منطوقه⁽²⁾ . وحالة خلو الحكم من الإجابة على طلبات ودفع الخصوم . وهو الأمر الذي لاحظناه بقوة على قرارات المحكمة العليا بالجزائر التي كثيراً ما نقضت وأبطلت أحكاماً لهذا السبب معتبرة أن انعدام الإجابة على الطلبات المقدمة يعادل انعدام الأسباب⁽³⁾ .

ولكن ينبغي أن نشير هنا إلى أن عدم الإجابة عن طلبات الخصوم أو دفعهم صورة من صور التسبيب المعيب ، ويعد إخلالاً فاحشاً بحق الدفاع ، ولكنه لا يؤدي في ذاته إلى نقض الحكم ، إلا أن تكون هذه الطلبات أو الدفع جوهرية ومنتجة في النزاع .

1 - قضت المحكمة العليا بالجزائر بأن تشويه وقائع الدعوى هو بمثابة انعدام للأسباب يبرر النقض.

قرار بتاريخ 30 أفريل 1989 ، ملف رقم 55255 ، المجلة القضائية ، سنة 1991 ، عدد 04 ، ص 148.

2 - Cass.Civ. 18 jan 1967. Bull. Civ 1968 - 1 -23.

3 - ينظر في هذا المعنى :

قرار تاريخ 06 جانفي 1982 ، ملف رقم 17885 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 02 ، ص 13 . ص 13.

والقرار المؤرخ في 07 ماي 1984 ، ملف رقم 34961 ، المجلة القضائية ، سنة 1990 ، العدد 01 ، ص 151.

والقرار المؤرخ في 21 ماي 1984 ، ملف رقم 31469 ، المجلة القضائية ، سنة 1990 ، العدد 01 ، ص 157.

والقرار المؤرخ في 26 نوفمبر 1984 ، ملف رقم 35780 ، المجلة القضائية ، سنة 1990 ، العدد 01 ، ص 172.

والقرار المؤرخ في 1 أفريل 1985 ، ملف رقم 32721 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 03 ، ص 139.

والقرار المؤرخ في 26 أكتوبر 1988 ، ملف رقم 48167 ، المجلة القضائية ، سنة 1990 ، العدد 03 ، ص 23.

و القرار المؤرخ في 21 ماي 1991 ، أحوال شخصية ، ملف رقم 73267 ، م . ق . سنة 1993 ، العدد 03 ، ص 65.

والقرار المؤرخ في 13 أكتوبر 1991 ، ملف رقم 149373 ، المجلة القضائية ، سنة 1993 ، عدد 02 ، ص 80.

2- القصور في التسبيب :

يكون هذا العيب عندما يخلص الحكم إلى نتيجة قانونية معينة دون بيان العناصر التي استقى منها هذه النتيجة ، أي أن القاضي لم يُبين في حكمه وقائع الدعوى والظروف المحيطة بها والأدلة ومضمون كل منها بياناً كافياً ، بما يشكل نقصاً في التعليل القانوني للحكم يتعذر معه على محكمة النقض أن تراقب صحة تطبيق القاضي للقانون (1).

وهذا العيب لا يُعد عيباً في الشكل وإنما يُعد عيباً في المضمون ، فالقاضي يعجز عن بيان الأسباب الواقعية لحكمه ، وبالتالي تمتد رقابة جهة النقض على هذا الحكم .

ومن صور القصور في التسبيب الاكتفاء بذكر النص القانوني دون تحديد الوقائع (2) ، أو إيراد الأسباب بشكل غامض ومبهم ، أو بشكل عام ومُجمل ، أو عدم بحث بعض أو أحد العناصر الواقعية الضرورية للحكم ، أو عدم بيان مصدر الواقعة ودليل ثبوتها أو سوء استنباط الدليل (3) ، أو الإشارة إلى حكم آخر مشابه (4) .

وقد اعتبرت المحكمة العليا بالجزائر أن تفضيل القضاة خبرة على خبرة أخرى مناقضة لها يعد مخالفة لقواعد الإثبات وقصور في التسبيب ، وكان يتعين حسبها اللجوء إلى اجراء خبرة ثالثة فاصلة تماشياً مع متطلبات العدل والإنصاف (5) .

واعتبرت أيضاً أن عدم مناقشة أقوال الطاعن وعدم إعطائها الصفة القانونية يعد أيضاً نقصاً في التسبيب (6) .

ويترتب عن القصور في أسباب الحكم الواقعية بطلان الحكم ، كما إذا أغفلت وقائع مهمة ، أو مسختها ، أو أغفلت الرد على دفاع جوهرى ، أو تجاهلت مستندا هاماً في الدعوى (7) . وبطلان الحكم يتم عن طريق طعن أمام جهة الاستئناف أو جهة النقض ، غير أنه لا يمكن رفع دعوى جديدة تتضمن طلب بطلان حكم ، ذلك أن الحكم غير الملغى بحكم يعتبر صحيحاً من الناحية القانونية إلى أن يثبت العكس .

- 1 - قضت المحكمة العليا بالجزائر أنه : " من المقرر أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى ، وما أبدي من طلبات ودفع ، فإن هذا القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبيب " .
قرار بتاريخ 19 مارس 1990 ، ملف رقم 58797 ، المجلة القضائية ، سنة 1993 ، عدد 01 ، ص 52 .
ينظر كذلك : قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 أكتوبر 1985 ، ملف رقم 34951 .
- 2 - قرار المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 9 جويلية 1989 ، ملف رقم 39957 .
- 3 - قرار المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 8 جانفي 1990 ، ملف رقم 58037 ، م . ق ، سنة 1990 ، العدد 02 ، ص 66 .
- 4 - قضى في الأردن بعدم كفاية التسبيب لأن القاضي اعتمد على حكم لمحكمة التمييز بدل أن يعتمد على نص قانوني ، فالحكم المعتمد عليه في الأسباب ليس مستندا من مستندات الدعوى ، إنما يستأنس به فقط .
محكمة استئناف حقوق عمان ، رقم 10-1956 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة 1956 ، ص 364 .
لكن في المقابل يجوز لمحكمة النقض أن تستند في أسباب حكمها على حكم محكمة دنيا بشرط أن يكون هو الحكم محل النقض أو أن يكون الحكم هو وثيقة صحيحة من الوثائق المدفوعة في الدعوى والتي تمت مناقشتها سابقاً .
- 5 - قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 نوفمبر 1998 ، ملف رقم 149.373 ، م . ق ، سنة 1998 ، عدد 02 ، ص 55 .
ينظر كذلك : القرار المؤرخ في 14 أبريل 1982 ، ملف رقم 23782 .
- 6 - قرار المحكمة العليا بتاريخ 25 مارس 1990 ، ملف رقم 65579 ، المجلة القضائية ، سنة 1991 ، عدد 04 ، ص 162 .
وكذلك القرار المؤرخ في 19 مارس 1990 ، ملف رقم 58797 .
- 7 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 14 مارس 1981 ، الطعن رقم 51 ، لسنة 46 ق .
ونقض مدني بتاريخ 16 فيفري 1982 ، الطعن رقم 7 لسنة 51 ق .
ونقض مدني بتاريخ 8 جوان 1992 ، الطعن رقم 436 لسنة 56 ق ، المكتب الفني ، س 43 ، ص 810 .
ونقض مدني بتاريخ 27 أبريل 1995 ، الطعن رقم 34 لسنة 61 ق ، المكتب الفني ، س 46 ، ص 718 .
ونقض مدني بتاريخ 8 جوان 1992 ، الطعن رقم 436 لسنة 56 ق ، المكتب الفني ، س 43 ، ص 810 .

ويرى بعض الفقه المصري أن البطلان لا يترتب إلا على حالة القصور في أسباب الحكم الواقعية دون الأسباب القانونية . بمعنى أنه إذا كان الحكم صحيح النتيجة قانونيا ، فلا يفسده مجرد القصور في أسبابه القانونية ، إذ لمحكمة النقض أن تستكمل أسبابه القانونية بما ترى استكمالها بها (1).

3- التناقض في الأسباب :

والمقصود التناقض بين أسباب الحكم الواحد ، وليس بين عدم أحكام قضائية (2) ، حيث يكون منطوق الحكم غير منسجم قانونا وعقلا مع حيثياته أو أسبابه ، فالمنطوق هو نتيجة قانونية يصل إليها القاضي بعد دراسة ملف القضية ، والنتيجة القانونية هي محصلة أسباب يقتضى المنطق عدم الجمع بينها في وقت واحد (3).

ويمكن تصور وجود تناقض في منطوق الحكم ذاته ، كأن يحكم القاضي بعدم مسؤولية المدعى عليه عن الضرر وفي نفس الوقت يحكم بعد إلزامه بأي تعويض ، أو العكس ، وهي أيضا صورة من صور الطعن بالنقض (4) . ويمكن أن تثيره المحكمة العليا تلقائيا . وقد عرف القضاء المصري التناقض في الأسباب بقوله : " تناقض الأسباب المبطل للحكم هو التهادم والتساقط ، بحيث لا يبقى شيء يصلح قواما للمنطوق . وكذا تهاتر الأسباب وما تتماحي به " (5).

ويورد الفقه عدة صور للتناقض في الأسباب :

- أن يعول الحكم في قضائه على دليلين متناقضين .
- أن يُورد الحكم واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين ويأخذ بهما معاً .
- أن يفتن قاضي الموضوع إلى حقيقة الواقعة محل الدعوى ثم يُورد أدلة لإثباتها تتناقض مع ما انتهى إليه (6).
- تخاذل الأسباب فيما بينها ، بحيث يصبح الحكم كأنه بلا أسباب تؤدي إليه ، ويُعد هذا نوعاً من التناقض المستتر الذي يحتاج إلى قدر من الفهم للكشف عنه (7) .
- أن تتناقض المسائل الموضوعية مع المسائل الشكلية أو الإجرائية (8) .
- أن تتناقض أسباب الحكم الابتدائي مع أسباب الحكم الاستئنافي ، إذ من الممكن أن تكون أسباب الحكم الابتدائي متناقضة . ومع ذلك قد يتخذها الحكم الاستئنافي أساساً لقضائه ، وتصبح بالتالي مشوبة بعيب التناقض في الأسباب .

1 - د/ أحمد أبو الوفا : " نظرية الأحكام " ، المرجع السابق ، ص 303.

2 - التناقض بين أحكام قضائية هو أيضا صورة من صور الطعن بالنقض ، ولكنها لا تعنينا في بحثنا .

ينظر المادة 358 فقرة 13 و 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد .

3 - Cass . Bull. Civ. 1970 . 11 fev 1970 - Civ. 2 - 68.

4 - ينظر المادة 358 فقرة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد .

5 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 12 نوفمبر 1974 ، الطعن رقم 163 ، سنة 39 ق ، س 25 ، ص 1213 و 1333 .

و نقض مدني ، بتاريخ 17 ديسمبر 1981 ، الطعن رقم 29 ، سنة 48 ق ، الطعن رقم 1177 ، سنة 47 ق .

6 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 29 أبريل 1981 ، الطعن رقم 647 ، سنة 48 ق .

و نقض مدني بتاريخ أول جوان 1952 ، الطعن رقم 44 ، سنة 11 ق .

7 - قرار المجلس الأعلى بالجزائر بتاريخ 9 جانفي 1984 ، المجلة القضائية ، سنة 1990 ، عدد 02 ، ص 71 .

و قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 12 نوفمبر 1984 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، عدد 04 ، ص 201 .

و نقض مدني مصري ، بتاريخ 3 جانفي 1946 ، الطعن رقم 128 ، سنة 14 ق .

8 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 24 سبتمبر 1984 ، ملف رقم 35764 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 03 .

4- الفساد في الاستدلال :

تسبب القاضي لحكمه يجب أن يُخاطب العقل والمنطق لأن المقصود من الالتزام بالتسبب الإقناع ، وهذا لن يتحقق إلا إذا كانت الأسباب التي يسطرها القاضي بحكمه تؤدي إلى الإقناع ولن تكون كذلك إلا إذا جاء بيانها وفق مقتضيات العقل والمنطق ، فلا يكفي للقول بعدالة الحكم أن تكون أسبابه كافية ، وإنما يجب أن تكون منطقية أيضاً ، بأن يكون استخلاصه للنتائج من الأدلة استخلاصاً سائعاً .

ويتحقق الفساد في الاستدلال عندما يقوم القاضي باستخلاص لنتائج قانونية لحكمه من وقائع لا تؤدي إليها عقلاً أو قانوناً ، أي أن استخلاصه للنتيجة التي انتهى إليها الحكم في منطوقه غير سائغ ومقبول وغير مستند للوقائع والمعقول .
والفساد في التعليل يأخذ عدة صور منها :

- الخطأ في تفسير الوقائع بسبب الخطأ في الدليل الذي ثبتت به هذه الوقائع ، أو بسبب مسخه وتحريفه لعناصر إثبات الواقعة ، أو بسبب الاعتماد على أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التي ثبتت لديها ، أو وقوع تناقض بين هذه العناصر (1) ، أو فساد القرائن المعتمد (2) .

فحرية القاضي في تقدير الأدلة لا تعني عدم التقيد في نشاطه بقواعد الإثبات ، لأن ذلك يعني الخطأ في فهم الوقائع .

- وأيضاً عدم فهم المحكمة لوقائع النزاع على صورتها الحقيقية ، ويترتب عن هذا الفهم الخاطئ نتائج خاطئة تشوب الحكم في النهاية بالفساد في الاستدلال .
- وقد يكون الفساد بسبب اعتماد المحكمة على وقائع متعارضة ، فطبيعي أن يصل القاضي إلى نتيجة غير منطقية .
- وقد يكون الفساد بسبب الاعتماد على وقائع وهمية لا أساس لها (3) .

ثانياً- ما لا يعد عيباً في التسبب :

هناك حالات رغم عدم التفات القاضي لها في تحرير الحكم إلا أنه لا يعد عيباً منه في التسبب ويتفق الفقه والقضاء أنه لا يعد قصوراً ولا عيباً في التسبب إهمال القاضي لبعض البيانات في حيثيات أو أسباب حكمه أو إضافة بيانات لا لزوم لها في الأصل .
فالتزيد في التسبب ليس عيباً مبطلاً للحكم ، . والمقصود بالتزيد أن يرد في الحكم ما يكفي بذاته من أسباب لحمله ومع ذلك يستطرد القاضي لتأكيد وجهة نظر، فهذا الاستطرد يعد زيادة في التسبب عن حاجة الدعوى ويستقيم الحكم بدونها ، إذ ليس من شأنه التأثير على النتيجة القانونية طالما أن الحكم حفل بالأسباب التي تبرز مضمون النية المشتركة للطرفين (4) .

- 1 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 25 جوان 1981 ، الطعن رقم 705 سنة 44 ق ...
- 2 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 17 أبريل 1969 ، الطعن رقم 250 ، سنة 35 ق ، س 20 ، ص 642 .
- 3 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 24 جانفي 1981 ، الطعن رقم 1290 ، سنة 50 ق ، 1314 .
- 4 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 27 أبريل 1961 ، الطعن رقم 496 ، سنة 25 ق ، س 12 ، ص 399 .
- 4 - نقض مدني مصري ، بتاريخ 2 ماي 1972 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 23 ، ص 790 ، رقم 123 .

كما لا يعد عيبا مبطلا للحكم إحالة الحكم في أسبابه إلى أسباب حكم آخر ابتدائي أو تقرير خبير أو ورقة من أوراق الدعوى (محضر معاينة) ، نظراً لكثرة القضايا أمام المحاكم ، الأمر الذي يقتضي توفير وقت وجهد القضاة ، لاسيما عندما يتعلق الحكم بنزاعات بسيطة.

وفلا ضير على القاضي في عدم ذكره للنصوص القانونية التي قامت المحكمة بتطبيقها، إذ أن خلو الحكم (في المواد المدنية والتجارية) من ذكر النصوص لا يشكل قصورا في التسبب ، ولا يترتب ابطاله (1) ، طالما أن مقتضى النص طبقا فعلا وجاء الحكم متققا مع أحكام القانون من حيث النتيجة ، فالعبرة هي بسلامة تطبيق القانون على الوقائع الثابتة (2) . وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بالجزائر أن عدم ذكر قضاة المجلس القضائي للنصوص القانونية المطبقة على منطوق قرارهم مخالفين المادة 144 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية لا يعد سببا من أسباب البطلان ، مادام القضاة طبقوا مضمون هذه النصوص تطبيقا سليما " (3)

غير أن عدم ذكر النصوص القانونية قد يكون موجبا للنقض والإبطال إذا تعلق الأمر بالمواد الجزائية ، أو إذا كان ذكر النصوص ضروريا للسماح للمحكمة العليا بممارسة رقابتها (4) ، أو إذا اقترن بمخالفة للقانون (5) ، غير أنه يقع على الطاعن عبء إثبات النص القانوني الذي انتهكه قضاة الموضوع (6) .

وفي المقابل لا تشكل الإشارة إلى نصوص زائدة عيبا في التسبب (7) ، ولا تعد خرقا للقانون . فعبارة " يجب " التي يوردها المشرع في الكثير من النصوص الإجرائية لا ترتب حتما عن مخالفتها البطلان ، ولكنها تفيد بأن الشكل المقرر جوهري .

- 1 - ينظر نص المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي توجب ذكر النصوص القانونية للاتهام . وقد قضت المحكمة العليا أن إغفال ذكر النصوص القانونية لا يترتب عليه نقض الحكم مادام المجلس أشار إليها في الديباجة عند عرض الوقائع .
- قرار الغرفة الجزائية ، قسم 3 ، بتاريخ 24 جويلية 1994 ، ملف رقم 113914 . غير منشور .
- كما قضت أنه لا يترتب النقض عن إفتال النصوص مادام أن حكم أول درجة ، الذي أيده القرار المطعون فيه ، قد أشار إليها .
- قرار الغرفة الجزائية ، قسم 3 ، بتاريخ 22 أكتوبر 1995 ، ملف رقم 125755 ، غير منشور .
- أوردهما : د/ أحسن بوسقيعة : " قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية " ، منشورات بيرتي ، الجزائر ، سنة 2008 ، ص 149 .
- 2 - تمييز أردني ، رقم 283-60 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة 1960 ، ص 10 .
- 3 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 9 جانفي 1985 ، ملف رقم 32802 ، المجلة القضائية ، سنة 1992 ، العدد 04 ، ص 14 .
- والقرار المؤرخ في 26 فيفري 1983 ، ملف رقم 26428 ، المجلة القضائية ، سنة 1992 ، العدد 04 ، ص 133 . وهناك قرارات عديدة ذكرها :
- د/ بويشير محند امقران : " قانون الإجراءات المدنية " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2001 ، ص 191 .
- 4 - قرار المجلس الأعلى بالجزائر ، الغرفة الاجتماعية ، بتاريخ 10 ديسمبر 1984 ، ملف رقم 38107 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 03 ، ص 132 .
- 5 - قرار المجلس الأعلى بالجزائر ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 9 جويلية 1984 ، ملف رقم 32812 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 03 ، ص 55 .
- وقرار غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 19 مارس 1990 ، ملف رقم 59156 ، م. ق ، سنة 1991 ، العدد 02 ، ص 77 .
- 6 - قرار المحكمة العليا بالجزائر ، بتاريخ 25 مارس 1992 ، ملف رقم 87672 ، م. ق ، سنة 1993 ، العدد 04 ، ص 35 .
- 7 - قرار المجلس الأعلى بالجزائر ، بتاريخ 13 ماي 1985 ، ملف رقم 32775 ، م. ق ، سنة 1989 ، العدد 03 ، ص 137 .

فعدم ذكر بعض بيانات الأشخاص طرفي النزاع في الحكم القضائي لا يرتب البطلان إلا إذا أدى على غموض أو التباس في هويتهم . وهذا ما قضت به المحكمة العليا (1) . وهو الأمر الذي أكدته المشرع الجزائري في قانون المرافعات الجديد .(2)

ونشير إلى أن التسبب القضائي للحكم يرتبط ارتباطا وثيقا بالتكليف القانوني فكلاهما عمل يقوم به القاضي ، وكلاهما يخضع لرقابة جهة النقض ، وإن كان التكليف سابق على التسبب .

ويجب ألا يفهم من ذلك أن سلامة الحكم تغني وحدها عن التكليف القانوني . فقد تبني الأسباب بناء قانونيا يتمشى والأصول الواجبة للتسبب ، ومع ذلك تتضمن وتتطوي على تكييفات قانونية خاطئة . فالخطأ القانوني مرده خطأ في التكليف لا يصاحبه قصور في الأسباب و نكون بذلك أمام وجهي من أوجه النعي على الحكم (3) .

فمادة التسبب هي في التكليف القانوني وضوح أو غموض الأسباب هي ترجمة لوضوح أو غموض التكليف القانوني للدعوى ، ويكفي في التسبب إقامة الحكم على أسباب سائغة تكمن في حد ذاتها لجعل الحكم (4) ، وألا يوجد تناقض في الأسباب ، لأن دلالة التناقض مؤداها أنه لا يفهم معه على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في المنطوق ، أي أن التكليف الذي سارت عليه محكمة الموضوع غير واضح المعالم بما يستوجب نقض الحكم لبطلانه (5) .

ولا نستطيع أن نصل إلى صحة أو خطأ التكليف للدعوى إلا من خلال التسبب ، فإذا لم يسبب القاضي حكمه تسببا كافيا مبينا فيه منهجه القضائي للتكليف القانوني فإن ذلك يؤدي إلى تعجز محكمة النقض من مراقبة تكييف الواقع وإنزال حكم القانون عليها في هذا الخصوص فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبب بما يستوجب نقضه (6) .

وهذه الرقابة تمارسها محكمة النقض دائما ، تمارسها من ناحية عندما تراقب أعمال القاضي للتكليف القانوني المراد إعطائها للوقائع . فرقابة الأسباب هي في حقيقة الأمر إلى رقابة عملية التكليف القانوني الذي يعطيه القاضي لهذه الوقائع تمهيدا لأعمال القانون (7) .

ثالثا- تكريس مبدأ تسبب الأحكام في القانون الجزائري :

بتصفح القانون الجزائري نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حدد وحصر في المادة 358 منه حالات الطعن بالنقض موسعا من عددها إلى ثمانية عشرة (18) حالة بعد أن كانت ست (6) حالات في ظل القانون السابق .
وبتفحص هذه الحالات نجد ثلاث حالات منها تتعلق بالتسبب وهي :

- 1 - قرار المحكمة العليا بالجزائر، بتاريخ 19 مارس 1990 ، ملف رقم 59140 ، م . ق . ، سنة 1991 ، العدد 04 ، ص 122 .
- 2 - قرار المحكمة العليا ، بتاريخ 13 مارس 1991 ، ملف رقم 67227 ، م . ق . ، سنة 1992 ، العدد 04 ، ص 36 .
- 3 - ينظر نص المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد .
- 3 - د/ عبد الرحمن متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد " ، المرجع السابق ، ص 357 .
- 4 - نقض مدني مصري ، جلسة 21 أبريل 1976 ، مجموعة المكتب الفني ، طعن رقم 311 ، س 42 ق ، ص 988 .
- 5 - نقض مدني مصري ، جلسة 12 مارس 1975 ، مجموعة المكتب الفني ، طعن رقم 613 و 614 ، ص 569 .
- 6 - نقض مدني مصري ، جلسة 24 فيفري 1970 ، مجموعة المكتب الفني ، طعن رقم 589 ، س 35 ق ، ص 319 .
- 7 - د/ أحمد أبو الوفا : " نظرية الأحكام في قانون المرافعات " ، المرجع السابق ، طبعة 77 ، ص 185 .

- الحالة التاسعة : انعدام التسبب ،

- والحالة العاشرة : القصور في التسبب ،

- والحالة الحادية عشر : تناقض التسبب مع المنطوق .

وهذه الحالات الثلاث ، تعتبر أسباب للطعن بالنقض متصلة بوقائع الدعوى ، وفي هذه الحالات يخول للمحكمة العليا الرقابة على قاضي الموضوع (محكمة أو مجلس قضائي) ، وهي الحالات التي يجملها القضاء الفرنسي في مصطلح واحد هو " عدم كفاية الأسباب الواقعية " ، على الرغم من أن " عدم كفاية الأسباب الواقعية " في الواقع لا يغطي كامل الحالات التي ذكرها المشرع الجزائري ، فعيوب التسبب تقتصر على مجرد القصور في التسبب وتناقض الأسباب ولا يشمل عدم التسبب ، مع أنه يوجد عيب آخر يصلح كسبب للنقض لم ينص عليه المشرع الجزائري وهو " الفساد في الاستدلال " .

ونظرا لأهمية التسبب كمبدأ من مبادئ قانون المرافعات الجديد ، فقد نص عليه المشرع الجزائري ، وذلك من خلال نص المادة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله : " يجب أن تكون والأوامر والأحكام القضائية والقرارات مسببة " .

كما أعاد المشرع النص عليه من جديد نص ضمن البيانات الجوهرية الواجب إدراجها في الأحكام القضائية ، حيث جاء في المادة 277 فقرة أولى من نفس القانون أنه : " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه ، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون ، وأن يشار إلى النصوص المطبقة " .

كما نص على نفس المبدأ في قرارات المجالس القضائية من خلال نص المادة 355 من نفس القانون التي جاء فيها :

" لا يجوز النطق بالقرار إلا إذا كان مسببا مسبقا ، مع الإشارة إلى النصوص المطبقة ، ويجب أن يكون القرار مسببا من حيث الوقائع ومن حيث القانون " (1) .

ويلاحظ أن المشرع لم يلزم المحكمة العليا بتسبب قراراتها كما فعل بالنسبة لأحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية (2) ، مع أنه كان من الواجب إلزامها بذلك ، لأن الأمر يتعلق بمبدأ قانوني عام يسري على جميع الأحكام القضائية دون استثناء ، وهذه المحكمة أولى بغيرها بمراعاة مسألة التسبب حتى تكون قدوة لغيرها ، باعتبارها الهيئة العليا المشرفة على توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على تطبيق القانون ، خصوصا إذا علمنا أن قراراتها تنشر في مجلات متخصصة ويطلع عليها كل الناس .

يضاف إلى ذلك أن التسبب يعد مبدأ دستوريا ، كرسه المؤسس الدستوري بنص صريح ، هو نص المادة 144 من دستور الجزائر النافذ - دستور سنة 1996 التي جاء فيها : " تعلق الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية " .

1 - ينظر نص المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية السابق المتعلقة بتسبب أحكام المحاكم.

ونص المادة 144 من نفس القانون المتعلقة بتسبب قرارات المجالس القضائية.

وهي المواد التي غالبا ما كانت تؤسس عليها المحكمة العليا قراراتها بالنقض لعدم التسبب أو عدم كفايته .

2 - ينظر نص المادة 582 (محكمة عليا) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ويقارن بالمادة 277 من نفس القانون الخاصة (المجالس) ، ولكن المادة 11 من نفس القانون أوجبت التسبب ، وهي مادة عامة ولا تفرق بين الجهات القضائية .

ويعد بيان التسبب من البيانات الإلزامية في المواد المدنية كذا الجزائية ، ويترتب على تخلفه بطلان الحكم (1) .

والأسباب القانونية والواقعية للحكم ليست سوى بيان للأسانيد والأدلة التي قادت القاضي إلى رأيه في القانون في الواقع على التوالي وهي تكشف عن الطريق المنطقي الذي اتبعه القاضي لتكوين رأيه.

وتعد رقابة المحكمة العليا على عدم التسبب أو على التسبب المعيب وكأنها خط الدفاع الذي يسبق الرقابة على تطبيق القانون .

ونعتقد أن رقابة محكمة النقض على التسبب لا تعدو أن تكون رقابة على تطبيق القاعدة القانونية التي تفرض هذا التسبب دون أن يغيب عن بالنا أن ذلك يتيح الفرصة لقاضي النقض أن يطلع على الوقائع، ما دام التسبب في نهاية المطاف ، هو التسجيل الدقيق للكيفية التي تم بها استخلاص الوقائع أو تكييفها، أو أعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية .

واخضاع قواعد التسبب لرقابة محكمة النقض يهدم جزئيا الفكرة التي تجعل التمييز بين الواقع والقانون مناط اختصاص كل من قاضي الموضوع وقاضي النقض ، علما بأن هذا الأخير لا يمكنه أن يذهب بعيدا عند رجوعه إلى الوقائع ، حتى لا تتحول محكمة النقض لدرجة ثالثة من درجات التقاضي .

وفي الأخير لا نجد حرجا في القول أن رقابة التسبب هي على منهج محكمة الموضوع بالنسبة للواقع والقانون معا .

1 - المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري إعتبرت أن ذكر الأسباب المنطقية هو أساس الحكم. مع الملاحظة أن هذا النص ينطبق على الأحكام الصادرة في مواد الجرح والمخالفات فقط ، دون أن يسري على مواد الجنايات أي يبنى الحكم على الاقتناع الشخصي ، ويتم ذلك بعد الإجابة عن مجموعة أسئلة مطروحة على أعضاء محكمة الجنايات . ينظر كذلك نص المادتين 307 و314 من قانون الإجراءات الجزائية .

الفرع الثالث : الرقابة على تسبب الأحكام المتعلقة بتفسير العقود

من المسلم به أن العقد يقوم بين طرفيه مقام القانون ، وإذا كانت عباراته واضحة لها دلالتها على نية الأطراف المشتركة فلا يجوز العدول عنها ، وكل تفسير لها يعد تحريفاً ، يخضع لرقابة جهة النقض ، وإذا ظهر بتفحص العقد أن الألفاظ والعبارات المستعملة لا تكشف عن حقيقة النية المشتركة للأطراف ، فإن العبرة هنا هي بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، ولكن يتوجب في هذه الحالة على القاضي أن يبين في حكمه الأسباب التي دفعته إلى ذلك ، إذ لا يجوز له الخروج عن العبارات الواضحة الكاشفة عن هذه الإرادة دون مقتضى لما في ذلك من إهدار للقوة الملزمة للاتفاقات . وهنا أيضاً يخضع لرقابة جهة النقض بشأن التسبب وليس بشأن التحريف ، ذلك أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية هي تطبيق القانون على الواقع .

وإذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى واستخلاص إرادة المتعاقدين منه دون ثمة رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ، إلا أن ذلك مشروطاً بأن يكون استخلاصه مستنداً لمصادر ثابتة فعلاً وغير متناقضة مع ما استخلصه منها . كما يجب عليه ذكر هذه المصادر في أسبابه ، وإذا هو قصر في ذلك فإنه يكون مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات الأمر الموجب لنقض حكمه .

ومما تقدم يتضح أن مسائل القانون في هذا المجال ثلاث :

الأولى- التزام العبارات الواضحة .

الثانية- الأخذ بالإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي التعاقد .

الثالثة- ضرورة التسبب الكافي عند استخلاص هذه الإرادة .

أولاً- التزام العبارات الواضحة:

إذا ما طرح نزاع على القاضي بشأن عقد ما ، فإنه يبدأ بتحميص الشرط محل النزاع لتبين ما إذا كان يتطلب تفسيراً أم أنه واضح يكشف عن إرادة الطرفين ولا حاجة به إلى التفسير .

فإذا تبين له أن الشرط واضح وينسجم تماماً مع باقي شروط التعاقد كان له أن يرفض الإجابة للتحقيق ويقضى في الدعوى بحسب المعنى الظاهر للشرط ، إذ لا شك أنه يقوم بين طرفيه مقام القانون ، وهو شريعتهما ، فإذا كانت عباراته واضحة فإنه لا يجوز البحث عن إرادة أخرى ، لأن ذلك يعتبر استبدالاً للإرادة الحقيقية التي كشفت عنها العبارات الواضحة بإرادة مغايرة .

أما إذا أسفر بحثه عن أن المعنى الظاهر للعقد لا يعبر تعبيراً دقيقاً وصحيحاً عن الإرادة الباطنة ، فإنه يسير في طريق التفسير إلى نهايته طالما وجد المبرر لذلك ، ويجوز له بالتالي العدول عن المعنى الظاهر للألفاظ إلى معنى يتناسب مع نية الأطراف المشتركة شريطة التسبب بأسباب جدية معقولة تسمح لها بمراقبته في هذا العدول .

وقد رأينا أن تفسير عبارات العقد الواضحة ، على الأرجح في رأي الفقه واجتهاد القضاء ، يعد ضمن مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقيب أو مطعن من جهة النقض طالما أورد مبررات موضوعية استمدتها من الظروف الخارجية للعقد (1) .
أما إذا شاب الحكم قصور في التسبب لدرجة لا تبرر العدول عن المعنى الظاهر ، فإن جهة النقض لها حق التدخل والرقابة بأن تعيد النظر في عبارات التعاقد لتبرير نقض الحكم (2) .

ولا يكفي لكي يفلت الحكم من رقابة النقض أن يثبت القاضي في أسبابه أن النص غامض حتى تنتفي تلقائياً هذه الرقابة . بل أن الأمر بحسب ما استقر عليه قضاء النقض (3) يتطلب منه أن يبين أيضاً حتى في هذه الحالة الأسباب الجدية المعقولة التي استطاع أن يستخلص منها هذه النتيجة ، إذ تقوم رقابة الأسباب في حالتها الغموض والوضوح . وأما السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فهي فقط في الاستخلاص والتقدير والاقتناع ، لكن يجب أن يسبب ذلك .

ومؤدى حرية القاضي في تقدير الوضوح أو الغموض أن له رفض إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات المعنى المضاد للمعنى الظاهر لعبارات العقد طالما أنه رآها واضحة ولكن عليه أيضاً أن يسبب حكمه في هذا الصدد موضحاً لم التفت عن هذا الدفاع الجوهري (4) .
وفي المقابل إذا رأى القاضي أن الشرط غامض يفتر إلى تفسير فليذكر الأسباب التي جعلته يتجه إلى ذلك ، كما يترتب على اعتبار هذا التقدير من مسائل الواقع أن الطعن بالنقض في الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق لإثبات وقائع التفسير المضاد لخطأ في تقدير قاضي الموضوع إن يعد طعناً في مسائل الواقع التي ينحسر عنها نطاق رقابة محكمة النقض (5) .

والقاضي في استعماله للمعايير الموضوعية مثل اعتبارات العدالة وحسن النية قد يوفق في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وقد لا يوفق . وعندئذ يعلن أن هناك حالة من الشك حول نيتهم . فتقدير قيام الشك في حد ذاته لا يخضع للرقابة ، أما تطبيقه لمفهوم النص القانوني على الوقائع ، فهذا ما يخضع لها ، وذلك لأنه تطبيق للقانون ، والقول بخلاف ذلك يعني أن تقم محكمة النقض نفسها في فحص مسائل الواقع وتقدير القاضي بشأنها . ولكن إذا كان هذا التقدير من مسائل الواقع فإنه مشروط أيضاً بالتسبب الكافي .

ثانياً - التزام الإرادة المشتركة الحقيقية :

هناك فرق كبير بين البحث عن النية والأخذ بأحكامها . فالأولى تعني الاستدلال على النية المشتركة بمعايير مادية يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع ، فبحثها بحث في وقائع مادية ليس من طبيعة اختصاص محكمة النقض في مجال الرقابة القضائية لها .

- 1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 10 مارس 1932 ، مجموعة عمر ، رقم 41 ، ص 83 .
- 2- تمييز كويتي ، تجاري ، جلسة 26 ماي 1980 ، طعن رقم 79/23 ، ق.ق . السنة 9 ، عدد 3 ، سنة 1980 ، ص 84 . وتمييز تجاري ، جلسة 25 أبريل 1984 ، الطعن رقم 83/119 ، ق.ق السنة 12 ، عدد 2 ، أكتوبر 1987 ، ص 72 .
- 3- نقض مدني بتاريخ ، 29 نوفمبر 1966 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 17 ، ص 1730 .
- 4- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، ص 125 .
- 5- نقض مدني مصري ، بتاريخ 10 فيفري 1944 ، مجموعة عمر ، ج 4 ، ص 207 .

أما الأخذ بحكمها فهي من مسائل القانون ويهم محكمة النقض الوقوف عليها حتى تضمن احترام قضاة الموضوع لحجية التصرفات وعدم تحريفها وتطبيق القانون على الواقع تطبيقاً صحيحاً ، إذ رغم أن العقد ليس قانوناً بالمعنى المقصود ، إلا أنه على أية حال قانون بمفهوم معين بين طرفي العقد ، وبالتالي يتعين على القاضي أن يأخذ طرفيه بما ثبت لديه أنه يشكل إرادة الطرفين وإلا عرض حكمه للنقض .

ومن هذا المنطلق إذا أخطأ القاضي في تقريره للوقائع التي استخلص منها النية فهذا قضاء فاسد لا يخضع لرقابة محكمة النقض طالما أن ما ساقه من أسباب يكفي لحمل الحكم عليه . بينما إذا ثبت أنه تأكد من وجود العقد صحيحاً بين طرفيه ، ثم حدد معناه والغرض منه وانتهى إلى معرفة حكمه في المسألة محل النزاع ولكنه رغم ذلك لم يطبقه وعزف عنه تحت أية حجة كانت فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون . إذا لم يأخذ بنية الطرفين المشتركة والتي اعترف بها في حكمه . ولا يعفيه من هذا الخطأ أن يكون مستوحياً للعدالة في هذا التطبيق (1) .

ويتعين أيضاً نقض الحكم إذا اقتنع القاضي بوضوح الشرط أن الظاهر يمثل نية الطرفين ولكنه عزف عن تطبيقه وشرع في البحث عن نية مغايرة (2) .

ثالثاً- كفاية التسبب عند استخلاص النية المشتركة :

الأصل أن لقاضي الموضوع حرية تقدير أدلة الدعوى والأخذ بما يستقر في وجدانه ويرفض ما لا يطمئن إليه . ولكن هذا الأصل ليس مطلقاً من كل قيد . بل إنه محدود بضرورة أن يستند القاضي استخلاصه إلى مصدر قائم بالفعل ، وألا يكون ، رغم وجوده ، متناقضاً مع مصادر أخرى ثابتة في الدعوى . وأن يمكن عقلاً قبول هذا الاستخلاص من مثل ذلك المصدر .

فالحكم لا بد أن يكون مبنياً على أسباب ، فإذا خلا منها فإننا نكون بصدد صورة انعدام التسبب وإذا كان مبنياً على أسباب غير واقعية فإننا نكون بصدد عيب التسبب . وعدم كفاية التسبب تشمل صورتين هما : انعدام التسبب وتعيب التسبب (3) .

1- انعدام التسبب :

يكون التسبب منعدماً إذا كان القاضي في مقام استخلاصه لنية الطرفين المشتركة لم يذكر كلية الوقائع التي ثبتت لديه ورجح أنها تولد هذه النية سواء كانت هذه النية حصيلة ظاهر العقد أو تأويله . فإذا كانت محكمة النقض في القليل من أحكامها رأيت أن التزام قاضي الموضوع بظاهر العقد لا يتطلب منه تسبباً إلا أنها في أغلب أحكامها كانت تشير إلى ضرورة تسبب ما انتهى إليه في هذا الصدد رغم التزامه الظاهر .

1- الفقيه السنهوري : " الوسيط " ، المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 388 ، ص 594.

2 - Cass Civ. 26 jan 1914 . Siery . 1917 . p 217.

3- الفقيه السنهوري ، نفس المرجع أعلاه ، فقرة 389 ، ص 595.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد : " لا رقابة لمحكمة النقض في تفسير الاتفاقات والمحركات على مقتضى مقصود العاقدین مادامت محكمة الموضوع لا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات الاتفاق مادامت تذكر في حكمها ما يقصد هذا المعنى من الاعتبارات المعقولة (1) .

فإذا كان هناك نزاع بين طرفین بشأن شرط من الشروط الجائرة وادعى كل منها معنى معين لمضمون هذا الشرط ولكن القاضي رأى التزام الظاهر لوضوحه فعليه أن يقيّد مزاعم الطرف الآخر الذي سعى إلى تأويله . إذ قد يكون في العدول عن الظاهر ما يتفق والنية المشتركة للمتعاقدین .

واقضاء التسبیب من باب أولى عند العدول عن الظاهر ، إذ يفترض في الظاهر اتفاقه مع الإرادة الحقيقية . فإذا ما رأى العدول من المعنى اللغوي للألفاظ فيجب عليه في هذه الحالة أن يبين سببا مقبولا لعدم اعتداده بالمعنى الظاهر ولأخذه بالمعنى الذي ذهب إليه (2) . كما يكون التسبیب في الحقيقة منعدما رغم ذكر أسباب شكلية في الحكم كالأسباب التقريرية التي هي مجرد تحصيل حاصل مثل ذكر قاضي الموضوع " أن في تأويل الشرط الواضح ما يتفق وإرادة الطرفين دون بيان لما دفعهم إلى هذا الاعتقاد من وقائع الدعوى " ، فمثل هذه الأسباب تكون أسبابا صورية ليس لها من الأسباب إلا الاسم فقط .

2- تعيب التسبیب :

يتضمن الحكم كعمل قانوني يقوم به القاضي عنصرين أساسيين :
النتيجة القانونية التي حصلها ، **والأسباب** التي بني عليها هذا التحصيل والنية المشتركة إذا كان تحصيلها واقعا ، إلا أنها نتيجة قانونية لمقدمات يتعين أن تؤدي إليها عقلا ، وقاضي الموضوع في تأويله لهذه النتيجة قد يأتي تسببيه معييا ، سواء من حيث القصور في التسبیب ، أو التناقض في الأسباب ، أو الفساد في الاستدلال .

ومن صور التعيب في تسبیب أحكام تفسير العقود أن يثبت القاضي استخلاصه لإرادة المتعاقدین من مصادر كاذبة وهمية إذا استخلاصه لهذه الإرادة لا يخضع في ذاته لرقابة محكمة النقض ما لم يكن ما استخلاصه من ذلك مبني على ما ينتج من الأوراق أو على أوراق غير موجودة أو على وقائع لا أصل لها أو أقوال غير ثابتة (3) .

وقد تكون مصادر هذه النتيجة القانونية قائمة فعلا في الدعوى لكنها متناقضة مع مصادر أخرى بحيث يتعذر الأخذ بها دون مراعاة هذا التناقض وقبل العمل على إزالته ، إذ أن أدلة الدعوى في مسألة معينة تتكاتف لإظهار الحقيقة وتبرها بما يخل بسلامة النتيجة القانونية مما يوصم الحكم بتناقض الأسباب (4) .

وكيف تكون هذه المصادر غير متناقضة بل متكاملة متألّفة ولكن يستحيل عقلا استخلاص نية الطرفين منها على النحو الذي انتهى إليه قاضي الموضوع في حكمه . فكل استخلاص من وقائع الدعوى يجب أن يكون متفقا مع العقل والمنطق وقواعد الخبرة العادية.

1- نقض مدني مصري ، بتاريخ 13 أبريل 1933 ، مجموعة عمر ج 1 ، ص 200 ، رقم 119 .

2- نقض مدني مصري ، بتاريخ 3 ديسمبر 1936 ، مجموعة عمر ، ج 2 ، ص 40 ، رقم 12 .

3- نقض مدني مصري ، بتاريخ 10 فيفري 1944 ، مجموعة عمر ، ج 4 ، ص 257 ، رقم 67 .

4- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، المرجع السابق ، ص 125 .

فالقاضي إذا كان في تقديره للواقعة يجافي تقديره الشخص المثقف العادي في مثل مركزه بحيث يستحيل عقلا من شخص لديه هذه الخبرة من المعلومات العامة أن يستخلص هذا الاستخلاص فإن حكمه يكون معيبا بالقصور في التسبيب .

ذلك أن القاضي بعد تقديره لهذه الوقائع يرتب عليها نتائج قانونية معينة تؤثر في المراكز القانونية لطرفي التعاقد ، وبالتالي يأتي التطبيق القانوني على وقائع تستخلص على النحو الصحيح عقلا ، وهذا ما يبرر تدخل محكمة النقض .

وقاعدة كفاية التسبيب كمسألة قانون هي قاعدة جوهرية سنتها محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها⁽¹⁾ ، أين نقضت بها أحكام قضاة الموضوع لصورية الأسباب أو لكونها لا تتعلق بموضوع الدعوى أو كونها أسبابا مبهمة أو غامضة أو مجملة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة بمجرد بعضها البعض .

وهذا يقتضى أن لا يكتفى قضاة الموضوع بالتعديل على التعبير الرئيسي المكتوب في العقد بل ضرورة ذكر الظروف الخارجية إذا اقتضى الأمر حتى يتضح مضمون إرادة الطرفين. وحتى تضم محكمة النقض هذه الظروف للتعبير الرئيسي لتري هذا استخلاص قضاة الموضوع استخلاص صائب له ما يسانده في الأوراق أم أنه على خلاف ذلك .

1- نقض مدني ، بتاريخ 12 نوفمبر 1968 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 19 ، ص 1329 ، رقم 200 .
ونقض مدني ، بتاريخ 23 فيفري 1968 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 18 ، ص 461 ، رقم 70 .
ونقض مدني ، بتاريخ 27 فيفري 1968 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 18 ، ص 1379 ، رقم 208 .

الفرع الثالث : تطبيقات قضائية عن رقابة التسبيب

بعد أن عرضنا أهم التطبيقات القضائية لرقابة التحريف ، ننتقل إلى رقابة التسبيب . وهنا نجد أن الاجتهاد القضائي المقارن يقرر قيد أيضا قاضي الموضوع في مجال تفسير العقود بأن حدد له مسلكا معيناً هو عدم الخروج على عبارات العقد إلا اقتضت ذلك مبررات منطقية ومعقولة ، ويتعين على القاضي أن يبين في حكمه هذه المبررات أو الأسباب التي دفعت على إتخاذ قراره ، ويخضع في ممارسة هذه السلطة لرقابة جهة النقض في حال تجاوزه في التفسير عن طريق رقابتها على تسبيب الحكم .

وتبرز الرقابة التي تمارسها محكمة النقض ، على تسبيب الحكم المفسر للعقد كمصدر مهم للحدود التي تنقرر على حرية قاضي الموضوع في التفسير ، بل إن بعض الفقه ، يرى في رقابة محكمة النقض ، رقابة على التسبيب في كل الحالات . وهي من صميم اختصاص محكمة النقض⁽¹⁾.

ونستعرض فيما يلي أهم هذه التطبيقات القضائية من الدول العربية .

أولاً- موقف القضاء المصري:

يحفل قضاء النقض المصري بأمثلة كثيرة عن رقابة التسبيب ، ويمكن تقديم أمثلة عنها اخترنا من قضائها القديم والحديث .

ففي حكم قديم قضت محكمة النقض المصرية : " إذا كان النزاع في الدعوى قائماً على أن العاقدين قصداً أن يكون العقد لازماً أو قابلاً للعدول عنه معقب على ما تقضي به المحكمة في ذلك على حسب تفسيرها إياه متى كانت أسباب حكمها المستقاة من نصوصه ومن وقائع الدعوى سائغة مبررة لما قالت به ، ولا يصح المعنى على الحكم أنه لم يورد نصوص العقد متى كان قد أحال عليها وكان العقد مقدماً في الدعوى " ⁽²⁾.

وقضت أيضاً : " إذا كانت المحكمة في تفسيرها ورقة من أوراق الدعوى لم تختلف ظاهر معناها ، فلا يكون عليها أن تورد أسباب لذلك ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد صرفت اللفظ عن ظاهر معناه . ويكون عليها أن تبين ما حملها على هذا الصرف " ⁽³⁾ .

وفي ظل القانون المدني الحالي أصدرت أحكاماً في نفس الإطار ، حيث قضت محكمة النقض أنه : " إذا كان لمدلول عبارات العقد معنى ظاهر فإن انحراف الحكم المطعون فيه عن هذا المعنى دون أن يبين في أسبابه لم عدل عنه إلى غيره مما أخذ به يجعله معيباً بما يستوجب نقضه " ⁽⁴⁾ .

1 - د/ أحمد السيد صاوي : " نطاق رقابة محكمة النقض " ، المرجع السابق ، فقرة 95 ، ص 157 .

2- نقض مدني ، بتاريخ 28 مارس 1946 ، طعن رقم 66 ، لسنة 15 ق .

وأيضا : نقض مدني ، بتاريخ 13 أبريل 1933 ، طعن رقم 27 ، لسنة 2 ق .

ونقض مدني ، جلسة 10 مارس 1932 ، طعن رقم 34 ، لسنة 1 و 2 ق .

3- نقض مدني ، بتاريخ 22 ماي 1947 ، طعن رقم 55 ق ، لسنة 16 ق .

4- نقض مدني ، بتاريخ 7 ماي 1964 ، طعن رقم 440 ، لسنة 29 ق ، س 15 ، ص 51 .

وفي نفس المعنى أيضا : نقض مدني ، بتاريخ 27 جوان 1967 ، طعن رقم 19 لسنة 34 ق ، س 18 ، ص 1379 .

وفي حكم آخر قضت كذلك : " مفاد المادة 1/150 من القانون المدني أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح على معنى آخر ، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة ، وعلى القاضي إذا ما أراده حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المشار إليها ، ويعد ذلك من القواعد الجوهرية التي وضعها المشرع ، حيث ينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض (1) .

وفي أحكام حديثة نسبيا قضت : " تفسير العقود واستظهار نية طرفيها هو أمر تستقل به محكمة الموضوع مادام قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، وطالما لم تخرج في تفسيرها للعقد واستظهار نية الطرفين عن المعنى الظاهر لعباراته " (2) .

ثانيا- موقف القضاء السوري:

تبنى القضاء السوري هو الآخر مبدأ تسبب الأحكام المتضمنة تفسير العقود تحت طائلة النقض . وقد قرر اجتهاد محكمة النقض السورية أن صلاحية القاضي في تفسير العقود كسلطة لا رقابة عليه . هي القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها ولمحكمة النقض أن تراقب المحكمة إذا أغفلت عن احترام النصوص الصريحة القاطعة ، وأسباب الحكم من ناحية كفايتها أو عدمها وقصور التسبب " (3) .

وقضت محكمة النقض السورية أيضا : " إن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفهم نصوص العقود ، وما قصده المتعاقدين منها ، دون أن تنقيد بألفاظها . وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ، ما دامت قد بينت في أسباب حكمها مستقر في اجتهاد محكمة النقض رقم 899 لعام 1970 " (4) .

ثالثا- موقف القضاء التونسي :

قرر القضاء التونسي مبدأ إلزامية التسبب في الكثير من أحكامه ، ولاسيما منها ما تعلق بالخروج عن عبارات العقد الواضحة ، وذلك تحت رقابة القضاء العالي . ومن أمثلة ذلك قرار لمحكمة التعقيب التونسية أن : " تفسير العقود للتعرف على حقيقة القصد منها هو من اختصاص قضاة الأصل بشرط بيان الأسباب التي أنعتهم بأن المعنى الذي أخذوا به هو المقصود " (5) .

1- نقض مدني ، جلسة 30 نوفمبر 1977 ، طعن رقم 103 ، لسنة 44 ق ، س 28 ، ص 1724 .

2- نقض مدني ، بتاريخ 4 فيفري 1988 ، المكتب الفني ، لسنة 39 ق ، رقم 22 ، ص 101 .

3- قرار نقض مدني ، بتاريخ 19 فيفري 1995 ، قرار رقم 23 لعام 1995 ، مجلة المحامون ، عام 1995 ، ص 972 .

وأیضا : قرار نقض بتاريخ 11 أبريل 2001 ، طعن رقم 1517 ، لسنة 63 ق .

4- نقض مدني ، سنة 1987 ، قرار رقم 1231 ، سنة تاريخ 1987 ، الاجتهاد المدني الحديث ، ص 1428 .

5- قرار تعقيبي ، بتاريخ 23 جانفي 2001 ، عدد 2154 ، نشرية محكمة التعقيب ، القسم المدني ، سنة 2001 ، ص 43 .

وفي قرار آخر لذات المحكمة جاء فيه: " ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون بينهما إذا انعقد على الوجه الصحيح وتفسير مثل هاتاه العقود وتقرير ما ترمي إليه أمر موضوعي يرجع لاجتهاد كاف لأساس شريعة التعليل المستوجب بدون خطأ أو تحريف" (1).

رابعا- أحكام قضائية متفرقة :

من خلال ما يتردد في العديد من أحكام قضاء محاكم النقض المختلفة بشأن قضايا تفسير العقود ، من عبارات أهمها ضرورة إقامة قضاء محكمة الموضوع على أسباب سائغة لا تتنافى مع نصوص العقد ولا تخرج عما تحتمله عباراته (2) .

وفي هذا الصدد نقضت محكمة التمييز الكويتية أحكاما كثيرة بسبب القصور في التسبب ، والإخلال بحق الدفاع في بحث المستندات التي قدمت أحد الخصوم ، طلبا لبيان صورية إيصالات تبين قبضه ما يستحقه من عمولات عن مشاركته في أعمال مقاولات ولاعتماد محكمة الموضوع على وجود توقيع هذا الخصم على الإيصالات المذكورة ، دون التأكد من تحويل المبالغ لحسابه فعلا ، واكتنائها بذلك سببا للقول بحقيقة الإيصالات ، وحيث رأت محكمة التمييز في ذلك إخلالا بحق ذلك الخصم في الدفاع ، وتفسيرا يستخلص حقيقة الإيصالات لا صوريتهما ، من دون إسناد هذا التفسير لأسباب كافية (3) .

كما قررت المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات العربية المتحدة أنه: "لمحكمة الموضوع سلطة تفسير نص موضوع النزاع طبقا لمقاصد الطرفين وأن تأخذ ما ترجحه من وجوه التفسير ، ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى اعتمدت في ذلك على اعتبارات مقبولة مؤدية إليه عقلا مستندة من ظروف الدعوى والشواهد فيها ، ولها في سبيل ذلك أن لا تتقيد بالمعنى الظاهر لصيغ العبارات المسطرة في المحرر إذا ما وجدت مسوغا للعدول عن المعنى الظاهر إلى سواه استبان أن نية الطرفين قد انصرفت إليه ، على أن تبين في حكمها الأسباب المؤدية إلى ما ذهبت إليه " (4) .

وفي سلطنة عمان قررت المحكمة العليا هناك أن تفسير العقود والمستندات والتعرف على الإرادة الحقيقية للطرفين منها ، وكذا ، إستخلاص أي منهما أخل بالتزاماته ، ومدى الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من ذلك ، ومقدار تعويض الجابر للضرر ، هو من الأمور الموضوعية التي تنفرد بها محكمة الموضوع متى بنت قضائها في ذلك على أسباب سائغة ومعقولة (5) .

1- قرار تعقيبي ، بتاريخ 2 نوفمبر 1976 ، عدد 192 ، نشرية م. التعقيب ، القسم المدني ، سنة 1976 ، ج 3 ، ص 93 .

وفي نفس المعنى : تعقيبي مدني ، بتاريخ 30 نوفمبر 1976 ، عدد 12082 ، مجلة القضاء و التشريع ، عدد 02 ، لعام 1976 ، ص 37 و 111 .

2- تمييز مدني كويتي ، جلسة 6 فيفري 1989 ، الطعنان 25 و 88/33 ، مجموعة القواعد ، ص 240 ، رقم 114 .

3 - تمييز تجاري كويتي ، جلسة 18 جوان 1986 ، الطعن رقم 82/83 ، ق ق ، السنة 11 ، العدد 3 ، جويلية 1986 . وينظر في هذا المعنى من قضاء محكمة التمييز الكويتية :

تمييز تجاري ، جلسة 21 مارس 1984 ، الطعن رقم 83/132 . ق. ق ، السنة 12 العدد 1 ، مارس 1987 .

تمييز تجاري ، جلسة 20 جوان 1982 ، الطعن رقم 23 ، 82/25 ق. ق ، السنة 11 ، العدد 1 ، فبراير 1985 ، ص 280 .

تمييز تجاري ، جلسة 18 جوان 1989 ، الطعن رقم 88/325 ، ق. ق ، السنة 17 ، العدد 2 ، نوفمبر 1995 ، ص 51 .

4- نقض مدني إماراتي ، بتاريخ 27 سبتمبر 1983 ، رقم 57 ، ، المجلة العربية للفقہ والقضاء ، ج 3 ، ص 277 .

5- نقض مدني عماني ، الدائرة التجارية ، قرار رقم 57 في الطعن رقم 7 ، لسنة 2004 .

ومن عرض هذه التطبيقات القضائية نرى أن قضاء النقض ، الفرنسي والعربي ، يعترف لقاضي الموضوع بالسلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى واستخلاص إرادة المتعاقدين منه دون ثمة رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ، إلا أن ذلك مشروطاً بأن يكون استخلاصه مستنداً لمصادر ثابتة فعلاً وغير متناقضة مع ما استخلصه منها .

ومما سبق نصل إلى القول أن السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي إزاء تفسير العقد ليست بمنأى عن أية رقابة من جهة النقض ، ولا يكفي لكي يفلت الحكم من رقابة النقض أن يثبت القاضي في أسبابه أن النص غامض حتى تنتفي تلقائياً هذه الرقابة ، بل يتطلب منه أن يبين أيضاً حتى في هذه الحالة الأسباب الجدية المعقولة التي استطاع أن يستخلص منها هذه النتيجة ، إذ تقوم رقابة الأسباب في حالتها الغموض والوضوح .

ولا يشفع للقاضي مجرد ذكر أسباب سطحية حتى يفلت من قبضة النقض ، بل ينبغي أن يكون تسببه دقيقاً وكافياً ومقنعاً يكفي لحمله ، ولا يحتل بعده أي تأويل أو اجتهاد . فتسبب الحكم معيار لصحته ومبعث الإطمئنان إليه ، ودليل على جهد القاضي .



بعد سنوات من البحث والتمحيص والتدقيق ، وجولة طويلة بين صفحات مؤلفات القانون المدني والقانون الاجتماعي وقانون المرافعات ، وكذا الفقه الإسلامي ، وبعد عرض مختلف الآراء الفقهية وتفحص الكثير من الاجتهادات القضائية وصلنا إلى خاتمة رسالتنا والتي حاولنا من خلالها عرض وشرح قواعد تفسير العقود ، طبقا للقانون الجزائري والمقارن ، مع بيان تطبيقاتها في العقود المدنية والتجارية ، وكذا في عقود العمل بنوعيتها. فالتفسير ، أو التأويل كما يسميه مشرعنا الجزائري ، ليس فن معرفة قواعد اللغة من نحو وصرف ، وليس مجالا لإجراء العمليات المنطقية ، بل هو علم حياة القانون . فالقانون لا يحيا إلا بتطبيقه ، ولا تطبيق إلا بالتفسير .

فالتفسير واجب على القاضي سواء في مجال العقود أو في مجال القوانين ، لأن وظيفته انزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروض عليه ، وهو يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم .

ويعد التفسير من أهم الأعمال القضائية ، وهو عمل أولي وأساسي لتطبيق أحكام القانون ، سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أم تعلق بتفسير العقود ، وهو بحق ظاهرة قانونية قائمة بذاتها ، كما هو الحال في الفقه الإسلامي . وكان من أهميته أن عني به الفقه الغربي عناية فائقة لدرجة أنه تم إنشاء معهد للتفسير بجامعة كامبرينو بايطاليا سنة 1955 .

ونظرية التفسير تعتبر المحك الذي يميز ما بين النظم القانونية المختلفة ، لاسيما في نظرية العقد ، فالنشاط الذهني الذي يقوم بها القاضي لفهم عبارات العقد وتحديد النية المشتركة لأطراف العقد يعد عملا قضائيا واجتهاديا مهما وضروريا للبحث في انعقاد العقد وفي صحته وفي تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة ، وهذه هي صحة العقد . وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره .

وغني عن البيان أن التشريعات المقارنة ، وحتى الفقه التقليدي ، لم يعالج موضوع التفسير إلا بمناسبة البحث في آثار العقد ، إلا أن الفقه الحديث بدأ يميل إلى اعتبار تفسير العقد لا يقتصر دوره على تحديد مضمون العقد ، لأن نظرية التفسير تعتبر ضرورية للبحث في انعقاد العقد وصحته وتحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن إرادة كل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت الإرادتان متطابقتان ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة متفقة مع الإرادة الباطنة ، وما هو مدى الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، بمعنى أن تفسير العقد يشمل انعقاده وصحته وتحديد آثاره . فتفسير العقد إذن ، يدخل في منطقة تكوينه وصحته ، باعتبار أنه يقوم على تعيين إرادة المتعاقدين الحقيقية التي لا تتكشف إلا بالرجوع إلى وقت ظهورها للوجود ، وإلى الظروف التي رافقت هذا الظهور .

ولا ريب في أن تفسير العقد من حيث انعقاده وصحته يختلف عن تفسيره من حيث تحديد آثاره ، ففي انعقاد العقد وصحته يدور التفسير حول الإرادة التي يؤخذ بها . هل هي الإرادة الباطنة أم الإرادة الظاهرة ؟ فإذا كانت الإرادة الباطنة ، فما هو مدى انطباقها على الإرادة الظاهرة ؟ وهل هي صحيحة أم مشوبة بعيب ؟ وهل توافقت الإرادتان توافقا تاما فظهرت بالتالي الإرادة المشتركة ؟

أما تفسير العقد لتحديد آثاره ، فيستلزم ، بعد استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، الوقوف على معرفة هذه الإرادة وما وضح أو غمض منها ، وما هو مدى الإرادتين المتعاقدتين المتطابقتين . وسلطة القاضي في تفسير العقد لا تقل عن سلطته في فسحه أو تعديله أو تكييفه .

والواقع أنه عندما ينطبق نص العقد على حقيقة الإرادة التعاقدية المشتركة ، ويكون النص واضحا جليا ، لا يحتاج العقد ، عندئذ ، إلى إجهاد الفكر في تفسير بنوده ، أو إلى بحث ماهية القواعد المتبعة لتفسير العقد . ولكن إذا أتى العقد ناقصا في بنود شروطه ، أو مبهما في تعابيره ، بحيث لا تؤدي ، تماما ، إلى بيان حقيقة ما يقصده المتعاقدان ونوع العقد الذي يبغيان إجرائه ، فلا بد حينئذ من إتباع اتجاه فكري لوضع قواعد التفسير .

وقد يلجأ المتعاقدان عند حصول إبهام في التعبير أو نقص في بنود العقد إلى وضع اتفاق إيضاحي يبينان فيه ما قصده في العقد الأساسي ، ويوضحان إشكالاته ، فتزول بذلك أسباب سوء التفاهم والخلافات المتوقعة فيما لو بقي الإبهام مسيطرا على بنود العقد . أما إذا لم يتفقا على التفسير الواجب إعطاؤه لبنود العقد ، وحصل من جراء ذلك خلاف بينهما وصل إلى المحاكم ، فعندئذ تبدأ مهمة القاضي في تفسير العقد ، على أن يتبع في ذلك أصولا عينها القانون .

ويهدف تفسير العقد في إيضاح ما غمض من عباراته ، والوقوف على حقيقة ما عناه أطراف التعاقد وتبيان الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد . ولا يقتصر التفسير على عبارات العقد فقط بل يشمل أيضا ما تمثل عنه العقد من معالجة مسائل يثار بشأنها نزاع بين الطرفين لبيان حقيقة العقد .

ويجب على المفسر (أي القاضي) ، وهو بصدد تفسير أي محرر ، أن يتحقق أولا من معاني الكلمات ، فإذا كانت الكلمات تكفي لفهم الموقف الناشئ من النزاع على نحو عادل ومعقول ، فإنه لا يمكن الأخذ بالدلالة العادية للكلمات على ما هي عليه ، ولكن إذا كان تفسيرها تفسير حرفيا يؤدي إلى نتيجة غير عادية أو غير معقولة ، فإن علينا أن نعيد النظر في روية وإمعان ، إذ يجب على القاضي أن يستخدم جميع مهاراته ، كما لو كان متخصصا في علم اللغات ، وذلك لكي يتجنب الوصول إلى النتيجة غير العادية أو غير المعقولة . فالعبرة هي بالمسميات والمضامين لا بالأسماء والعناوين .

فمن الجائز أن يكون للكلمة أو العبارة المراد تفسيرها أكثر من معنى ، أحدهما واسع والآخر ضيق . فالمعنى الذي يؤخذ به يجب أن يتوافق مع العدل ومقتضى العقل ، فالقاضي يجب أن لا يكون خاضعا قائما للكلمات الواردة بالمحرر ، أي يجب ألا يكون مجرد أداة في مركز القوى المحركة لعلم دلالات الألفاظ ، بل يجب أن يكون هو المشرف على إدارة عجلة آلات الكلمات والعبارات صوب الحق والعدل .

فالكلمات إنما هي أكثر الأدوات نقصا في التعبير عما يدور بذهن الإنسان ، وإن أفضل دور للقاضي هو أن يكون سيد الكلمة ، وأن يطوع الكلمات لتلائم الغرض محل البحث ، سواء كان ذلك عن طريق الفهم أو بحث النية المفترضة أو ما يمكن أن يطلق عليه الميل صوب العدل .

ومما هو خليق بالذكر هو أن الفقه والقضاء مستقران على أن الشارع إنما ذكر بعض وسائل أو عوامل التفسير على سبيل المثال لا الحصر كطبيعة التعامل ، الأمانة و الثقة وحسن النية ، والعرف الجاري في المعاملات وقواعد العدالة ، وبعضها لم يذكره المشرع صراحة ولكن لم يمنع القاضي من استخلاص عوامل أخرى منتهلا من القواعد العامة للقانون ، وهذه القواعد في مجملها قواعد ليست ملزمة ، وإنما هي قواعد إرشادية يستأنس بها القاضي ويستهدي بها قدر الإمكان دون أن يسيء استعمالها ، لأن التفسير في نهاية المطاف هو مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة وضرب من ضروب الاجتهاد القضائي .

وقد ذكر المشرع الفرنسي تسع قواعد للتفسير ، نقل المشرع الجزائري بعضا منها مع تغيير طفيف في صيغها . ومع ذلك نرى أنه لا ضرر في الرجوع إلى القانون الفرنسي لتفسير أحكام القانون الجزائري ، مع الاستعانة في ذلك بما تواتر من أحكام قضائية وما استجد من آراء فقهية . فالقاضي غير مقيد بما نص عليه القانون فقط بل عليه أن يجتهد ، فهذا أمر واجب عليه بدهاءة ، ثم أن القاضي محكوم بمبدأ آخر هو عدم إنكار العدالة ، وهو فعل معاقب عليه جزائيا وقضائيا ، ومن ثم فلا يمكنه التوقف عند حدود ما نص عليه المشرع فقط ، إذ أن هناك حالات لم يقننها المشرع ، و ترك باب الاجتهاد مفتوحا من أجل بحثها ، وكما يقال فإن القاضي العادل يعدل بحكمه ما كان جائراً في القانون .

وقد يرى القاضي أن العقد في حاجة إلى تفسير حتى ولو كان هذا العقد رسميا وحتى ولو كانت بنوده واضحة صريحة ، ولكنها لا تتوافق مع قصد طرفي العقد . وإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه . وهذا النشاط غير المحدود للقاضي جعل البعض يشبهه بنشاط ودور المشرع في هذه الدائرة المرنة ، لأنه يستطيع أن يعيد تنظيم العلاقات التعاقدية بين الناس لما يملك من حق التعديل والتفسير والتكييف والفسخ والتعويض...

والواقع أن القاضي يكاد يكون في مركز ممتاز مقارنة بالمشرع ، لأنه أكثر التصاقا بالحياة العملية الأمر الذي يجعله أقدر منه على استنباط الحلول الأكثر ملائمة أو التي تتفق والأحوال الجديدة والمحددة . وقد قيل في هذا الصدد : " أن القانون كلام جامد لا روح فيه ولا حياة ، وأن القاضي بقضائه يمنحه الحياة والحركة " .

وعليه نقر بأن هناك عوامل طرق أو أخرى مساعدة على تفسير العقود (عوامل غير تشريعية) تخلقها الحالات الخاصة في العقود ، ولا يستطيع الشارع أن يفترضها جميعا وإنما يجب على القاضي أولا وقبل كل شيء ، فيما يعرض عليه من نزاع في تفسير العقد ، أن يتبين الكيف الذي به عالج العاقدان وضع منشأ النزاع ، أي البحث عما أراده وقت التعاقد إذا كان استخلاصها بالتجائه إلى الوسائل المادية ، على نحو ما رسمه القانون من مثل تلك الوسائل ، ومبناها العدالة وحسن النية وسلامة الذوق القضائي فيما تهدف إليه من تعرف النية المشتركة للمتعاقدين ، والتي يمكن أن تتكيف وفق التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي كثيرا ما تؤدي إلى تعقيد المعاملات ، وليس الاعتماد في هذا كله على كثرة ما يورده الشارع من طرق التفسير ، وإنما العمدة فيها على فطنة القاضي ودقته وسعة اطلاعه في تطبيقها وتكييفها لتلاءم كل حالة بذاتها .

ومن خلال بحثنا اتضح لنا سخاء المشرع في حماية بعض الأطراف على حساب أطراف أخرى ، وبدا لنا بجلاء اتساع سلطة القاضي في مجال تفسير عقود التأمين وعقود النقل وعقود الاستهلاك وعقود العمل ، وسائر عقود الإذعان ، وهي العقود التي بدأت تستقل تدريجيا عن كتلة القانون المدني ، بحيث أصبح لكل عقد قانون خاص ينظم أحكامه بعد أن كان القانون المدني هو الأسرة الواحدة التي تلم كل العقود الصغيرة والكبيرة .

وعن طريق التفسير يزيح القاضي كل الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقود وتزيح الإختلال الموجود فيها منذ بداية نشأتها . وبذلك يتوضح عنصر الرضا الحقيقي في العقد ، ويتطهر من كل شائبة أو تعسف بحكم السلطة الواسعة التي أعطتها التشريعات المقارنة للقاضي فيما يتعلق بتعديل الشروط التعسفية بل ويجوز له إهدارها كلية إذا اقتضت ذلك مصلحة الطرف المدعن واتضح له أنها مجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل .

ومن البديهي أن عقود الإذعان تتميز بخصوصيات معينة ، ولكن دون أن تخرج في طبيعتها عن باقي العقود حسب الراجح لدى الفقه المدني . فهي تجمع بين طرفين غير متكافئين ، أحدهما يتمتع بمركز قانوني واقتصادي واجتماعي قوي يملئ شروطه على الطرف الثاني الضعيف في هذه العلاقة اقتصاديا وقانونيا واجتماعيا ، مما يضفي عليه غالبا طابع الإجحاف والظلم . ولذا تمتاز قواعد التفسير بأنها من القواعد التشريعية والقضائية التي تستهدف حماية هذا الطرف الأخير ، وعن طريقها يمكن إعادة التوازن للرابطة العقدية ، وعليه فسلطة التفسير لا يمكن الإستهانة بها .

فالعامل القضائي ، وعن طريق التفسير ، بإمكانه إكمال النقص في الإرادة العقدية ، من خلال مراعاة الظروف الداخلية والخارجية للعقد ولطرفي التعاقد ، مع الاسترشاد بقواعد العدالة والإنصاف ، بل وفرض التزامات على الطرف القوي لم تكن مألوفة من قبل كالاتزام بالضمان والسلامة والالتزام بالنصيحة ، والالتزام بالإعلام...

ويسعى المشرع دوما لتوفير قواعد حمائية للأطراف المستضعفة ، ومنها قاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدين " في عقود المساومة ، وقاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدعن " في عقود الإذعان ، دائنا كان هذا المدعن أو مدينا .

ويلاحظ أن صفة الدائن أو المدين لا تفيد بالضرورة مركزا قويا أو ضعيفا في الرابطة العقدية ، فلا يوجد تلازم بين الأمرين . بمعنى أنه ليس من المحتم أن يكون الطرف الضعيف دائما هو المدين ، والطرف القوي هو الدائن ، فالطرف الضعيف قد يكون دائنا أو مدينا . ومرد ذلك ، من جهة ، أن كل طرف في العقود الملزمة للجانبين يعد دائنا ومدينا في آن واحد ، أي أن كل صفة منهما تتضمن ، بوجه عام ، عناصر من القوة والضعف ، فإذا كان للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالتزامه وأن يجبره على تنفيذه . فهو يصبح طرفا ضعيفا في شتى الممارسات التي يسعى المدين من خلالها إلى الإفلات من التزاماته أو الإضرار بالدائن .

وقاعدتا " الشك لمصلحة المدين " و " الشك لمصلحة المدعن " ، هما قاعدتان مستقرتان في القوانين المدنية ويشكلان مظهران من مظاهر الحماية التشريعية ، خاصة وأنهما تتعلقان بمسائل القانون وليس الواقع ، مع أنهما في الأصل مبنيتان على مجرد افتراض بأن المدين والمدعن كلاهما طرف ضعيف وعديم خبرة سواء في العقد ككل أو في شرط من شروطه

فقط (في الالتزام) ، إذ من المحتمل أن يكون الطرف المذعن قانونا في مركز أقوى واقعيًا من الطرف المذعن له ، كما هو الحال بالنسبة لفئة العمال المسيرين .

وعلى كل ، فالمشرع تحكمه مبررات قانونية وموضوعية ومنطقية قوية فأراد أن يبلور أو يبتكر " حيلة تشريعية " يمكن من خلالها القضاء للتدخل لحماية الطرف الضعيف بأي شكل كان ولو عن طريق " حيلة التفسير " ، مع أن الأصل هو أن التفسير هو مجرد " أداة فنية " في يد القاضي تسبق عملية تكيف العقد وإسقاط حكم القانون عليه ، ومن ثم هي أداة للوصول إلى حل النزاع ، وتسهيلا بالتالي لمهمة تنفيذه بين أطرافه .

وهناك قواعد أخرى شبيهة استقر عليها الفقه والقضاء إنطلاقا من نفس المبررات السابقة ، ومنها قاعدة تغليب الشروط الخاصة والملحقة على الشروط العامة في حالة التعارض فيما بينها ، وهي حالات كثيرا ما يقع فيها الغموض واللبس . وأيضا قاعدة تغليب الشروط المكتوبة يدويا على الشروط المطبوعة ، باعتبار أنه يمثل الشرط الأساسي الذي يترجم النية المشتركة للمتعاقدين . وقاعدة تغليب الشروط التي يتم فيها العلم يقينيا وتكون ظاهرة بشكل كاف على باقي الشروط الظنية العلم ، وهي قواعد اقترحها بعض الفقه الفرنسي . وأيضا مراعاة التفسير الأصلح والأفيد للعامل دوما بغض النظر عن نوع البنود العقدية المتعارضة ، فردية كانت أو جماعية ، وبغض النظر عن تباين النصوص القانونية حتى ولو اضطرت الأمر تغليب نص فرعي أو حتى مهني على نص تشريعي ، وهي قواعد شبيهة إلى حد بعيد بقواعد تفسير عقود الإذعان .

وطالما أن تفسير العقد في حقيقته قائم على استخلاص العقد المشترك للعاقدين ، من وقائع موجودة وثابتة في الأوراق ، وكان هذا الاستخلاص سائغا ومقبولا عقلا ومنطقيا ولم يستر وراءه خروجًا من أحكام العقد ، فإنه بذلك يعتبر مسألة من مسائل الواقع . ويخرج بالتالي عن رقابة محكمة النقض . ولا يغير من ذلك عدم تقييد القاضي وهو يفسر العقد بالأمور التي أوردها المشرع للعاقدين . فهذه الأمور لا تعدو أن استخلاص القصد المشترك للعاقدين مجرد معايير إرشادية للقاضي أن يستأنس بها وهو يقوم بالتفسير أو هي كما قيل مجرد نصائح وإرشادات للقاضي . وحيث لا يعتبر القاضي قد خالف القانون إن لم يتقيد بها . على أنه يستثنى من قاعدة أن تفسير العقد واقع ولا دخل في رحاب سلطة قاضي الموضوع التقديرية ، الحالات التي ينص عليها القانون لا على نحو إرشادي ، وإنما على نحو إلزامي وجوب أن يتحتم على القاضي الالتزام في التفسير بما يمليه عليه المشرع وإلا اعتبر قد خالف القانون ، وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض . بمعنى أن تفسير العقد يتم من ناحيتين :

إحدهما واقعية : تتعلق بالعبارات والتعابير الواردة في العقد ، وما إذا كانت واضحة أم غير واضحة . وكذا العوامل الشخصية والموضوعية التي يعتمدها القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة والحقيقة لطرفي العقد ، هنا لا معقب على القاضي من جانب محكمة النقض على شرط أن تكون الوقائع التي يعتمدها عليها في استخلاص إرادة المتعاقدين موجودة فعلا وثابتة حقيقية في الدعوى ، وليست وهمية . كما يجب أن يكون ما وصل إليه القاضي سائغا ومقبولا عقلا ومنطقيا ، فإن لم يكن كذلك كان عمل القاضي لا يعتبر في حقيقته تفسيرا لوقائع العقد وإنما خروجًا عليها وانحرافًا عنها . ومن ثم كان للمحكمة أن تعقب لتتقضه .

والثانية قانونية : أو على الأقل يختلط فيها الواقع بالقانون ، وهي تتعلق بمدى التفسير ورقابة جهات النقض على مسائل التحريف والتسبيب وعلى مسائل التحريف .

وقد حتم علينا واجب البحث التفتيش في تطبيقات رقابة جهات النقض في مجمل الدول العربية إضافة إلى فرنسا ، وحصلنا على إجتهدات كثيرة عززت هذا الكلام . وكشفت في نفس الوقت عن وجود تماسك تام بين الوقائع والقانون حتى أصبح من العسير الفصل بينهما أحيانا ، وهي الصعوبة التي يقر بها الفقه والقضاء .

ومن المفارقات أن المشرع الجزائري نص على رقابة التحريف في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وجعل تحريف العقود والمحركات سببا من أسباب الطعن بالنقض رغم أن نظرية التحريف غير مستقرة ، بل وغير معروفة لدى الفقه والقضاء الجزائري ، على الأقل بالاطلاع على المراجع التي تحصلنا عليها ، بخلاف المشرعان الفرنسي والمصري ، فهما لم ينصا على مسألة الطعن بسبب التحريف ، رغم أنها نظرية التحريف قديمة عندهما ، وقد كتبت فيها العديد من المؤلفات ، وناقشها القضاء في عديد المناسبات .

ونقترح في الأخير على مشرنا الجزائري جملة من الاقتراحات كما يلي :

أولاً- نقترح إعادة صياغة نص المادة 111 من القانون المدني على شكل عدة فقرات بنفس الأسلوب المعتمد في التشريعين المغربي والتونسي .

بحيث يحدد في الفقرة الأولى الحالات التي يجوز فيها تفسير فيها عبارات العقد ، ومنها حالات عدم وضوح عبارات العقد ، وحالة الاختلاف بين نية الأطراف وعباراته العقد ، وحالة الشك .

وأن يعدد و يحصر في الفقرة الثانية مختلف العوامل الشخصية والموضوعية التي يستند عليها القاضي في التفسير ، بإضافة تلك القواعد التي نص عليها المشرع الفرنسي ، والتي خلى منها تشريعنا في شكله الحالي ، وأيضا ما استقر عليه الفقه والقضاء المقارنين . وأن يبين في الفقرة الثالثة على طبيعة هذه العوامل هل هي ملزمة للقاضي أم مجرد عوامل إرشادية لا غير .

وأن يحدد في الفقرة الرابعة المقترحة الحالات التي لا يجوز فيها التفسير ، وكذا الجزاء المترتب عن مخالفتها .

وأن ينص في الفقرة الخامسة المقترحة على الحالات التي يجوز فيها التوسع في التفسير والحالات التي يضيق فيها التفسير .

على أن يخصص الفقرة الأخيرة لبيان العلاقة بين تفسير العقد وإثباته .

ثانيا- نقترح إعادة صياغة نص المادة 112 من القانون المدني ، بحيث يحدد المشرع القواعد الاستثنائية للتفسير ، وذلك بالنسبة للمدين ، وبالنسبة للمدعى .

ثالثا- نرى ضرورة استحداث نص خاص بفقرات (المادة 112 مكرر مثلا) يحدد فيها معنى تكيف العقود ، ويبين دور القاضي في التكيف ، ثم حكم التكيف الاتفاقي . وأخيرا الرقابة على التكيف ، هل هو مسألة قانون أم واقع .

رابعا- نرى ضرورة استحداث فصل كامل عن عقود الإذعان تجمع فيه كل الأحكام القانونية العامة المتعلقة بعقود الإذعان على شكل مواد متسلسلة الترتيب بدل أن تبقى النصوص مشتتة ومتناثرة ، بحيث يخصص مادة لتعريفها محدد عناصرها . ولا يكتفي بتعريف طريقة الإيجاب فقط .

وأن يحدد في مادة ثانية قائمة الشروط قابلة للإبطال (قائمة رماية) ، والتي يجوز فيها للقاضي تعديل الشروط التعسفية بناء على طلب من يعنيه الأمر .
وقائمة الشروط التعسفية (قائمة سوداء) ، وهي التي يجوز فيها على القاضي إبطال العقد من تلقاء نفسه .

وفي مادة ثالثة يحدد العبرة بالتعسف التي تكون وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه معا .
وفي مادة رابعة يبين حكم الاتفاقات السابقة واللاحقة التي تقضي بعدم التمسك بالإبطال .
وفي مادة خامسة يحدد حالات التفسير، وكذا عوامله .
وفي مادة سادسة يبين حالات التعارض بين بنود العقد المطبوعة والمكتوبة يدويا ،
والتعارض بين الشروط العامة والخاصة ، والتعارض الشروط المألوفة وغير المألوفة...
وفي مادة سابعة يبين حكم بعض الشروط ، وكذا تفسيرها ، مثل شرط إسقاط الضمان ،
وشرط الإعفاء من المسؤولية ، وشرط التحكيم .

خامسا- نرى ضرورة تقنين بعض القواعد الفقهية المجمع عليها في الفقه الإسلامي بصورة صريحة ، على النحو الذي قننته مجلة الأحكام العدلية وتبعتها فيه بعض التشريعات العربية في كل من العراق والأردن والإمارات والسودان ، على أن يقتصر الأمر على اقتباس بعض موادها فقط ، خصوصا مواد الكتاب الأول منها ، حتى وإن كانت المادة الأولى من القانون المدني ترجعنا على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يوجد بشأنه نص تشريعي، ولكن من الأفضل أن يتم تقنين بعض أحكام الفقه الإسلامي ، بعدما أثبتت التجربة أن القضاة عادة ما يفضلون الرجوع إلى "السوابق القضائية" على حساب الشريعة الإسلامية ، رغم أن القضاء ما هو إلا مصدر تفسيري ، وليس مصدرا ملزما من الناحية القانونية بخلاف الشريعة الإسلامية .

وبالنسبة لقانون العمل نقترح ضرورة تقنين مبدأ التفسير الأصح للعامل ، وبيان تطبيقاته صراحة في حالة الغموض ، وفي حالة التعارض بين عقد العمل والاتفاقية الجماعية من جهة ، وبين عقد العمل وقانون العمل ومختلف المصادر الأخرى القانونية والمهنية من جهة ثانية . مع ضرورة الإحالة إلى أحكام عقود الإذعان في كل مسألة لا وجود لنص خاص بشأنها ، فالتنسيق بين النصوص القانونية داخل منظومة قانونية واحدة مسلك محمود يسهل عملية فهمها ويساعد على حسن تطبيقها .

وبهذا نكون قد وصلنا إلى نهاية البحث آمليين أننا قد وفقنا في الإمام بمختلف إشكالياته رغم تشعبها ، وخاتمين إياه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم :
" من اجتهد وأصاب فله أجران ، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد " .
ونأمل أن نكون من الذين يجتهدون فيصيبون ، وهذا حتى ننال الأجرين معا ، أجر المجتهد وأجر المصيب .

وفي الأخير نحمد الله سبحانه وتعالى الذي بنعمته تتم الصالحات وبعونه تزول المعوقات .



1- قائمة المراجع باللغة العربية :

أولاً- المعاجم اللغوية :

- 1- " مختار الصحاح " : لأبي بكر السرايري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، سنة 2002 .
- 2- " معجم مقاييس اللغة " : لابن فارس ، ج 4 ، مراجعة : الدكتور عبد السلام هارون .
- 3- " القاموس المحيط " : للفيروز آبادي ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1983 .
- 4- " تاج العروس من جواهر القاموس " : لأبي الفيض محمد بن عبد الرزاق ، الملقب بمرتضى ، دون دار نشر ، سوريا ، سنة 1989 .
- 5 - " لسان العرب " : لابن منظور ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، سنة 1988 .
- 6- " الموسوعة الفقهية " ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ج 13 ، سنة 1995 .

ثانياً- المؤلفات الخاصة بنظرية التفسير:

أ- المؤلفات الخاصة بنظرية التفسير في الفقه الإسلامي :

- 1- د/ عبد الستار فتح الله سعيد : " المدخل إلى التفسير الموضوعي " ، دار التوزيع والنشر الإسلامية ، سنة 1991 .
- 2- د/ علي علي منصور: " المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، مقارنات بين الشريعة والقانون " ، سنة 1971 .
- 3- د/ محمد بن عبد العزيز الخضير : " مقدمة في التفسير الموضوعي " ، كلية المعلمين ، قسم الدراسات القرآنية ، السعودية ، بدون سنة نشر .
- 4- د/ محمد بن محمد أبو شهبه : " الإسرائيليات والموضوعات في كتب التفسير " ، بحث مقدم لمعهد البحوث الإسلامية ، س 14 ، طبعة 4 . السعودية ، دون سنة نشر .
- 5- د/ محمد حسين الذهبي : " التفسير والمفسرون " ، 3 أجزاء ، مكتبة وهبة مصر ، سنة 2003 .
- 6- د/ محمد دراجي : " محاضرات في علم التفسير ومناهج المفسرين " ، منشورات دار غبريني ، سنة 2005 .
- 7- د/ محمد عبد العظيم الزرقاني : " منهل العرفان في علوم القرآن " ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة 1996 .
- 8- د/ منصور كافي : " التفسير الموضوعي ، دراسة نظرية وتطبيقية " ، دار الخلدونية ، سنة 2005 .

ب- المؤلفات الخاصة بنظرية التفسير المدني :

- 1- د/ البشير زهرة : " التأمين البري ، دراسة تحليلية " ، نشر مطبعة عبد الكريم عبد الله ، تونس ، سنة 1985 .
- 2- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم : " تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي " ، نشر مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، طبعة أولى ، سنة 1982 .
- 3- د/ إبراهيم سيد أحمد : " الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية " ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2008 .

- 4- د / أحسن بوسقيعة : " قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية " ، منشورات بيرتي الجزائر ، سنة 2008 .
- 5- د / أحسن بوسقيعة : " قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية " ، منشورات بيرتي ، الجزائر ، سنة 2008 .
- 6- د / أحسن بوسقيعة : " الوجيز في القانون الجزائري الخاص " ، ج 1 ، دار هومة ، سنة 2007 .
- 7- د / أحسن زفور : " المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري - آثار العقود " ، منشورات دار الأديب ، الجزائر ، طبعة أولى ، سنة 2007 .
- 8- د / أحمد الزقرد : " الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مطبوعات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، سنة 2000 .
- 9- د / أحمد أبو الوفا : " نظرية الأحكام في قانون المرافعات " ، منشأة المعارف ، طبعة سنة 1997 .
- 10- د / أحمد سيد صاوي : " رقابة محكمة النقض على الموضوع ، دراسة المواد المدنية و التجارية " ، دار النهضة العربية ، سنة 1984 .
- 11- د / أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : " تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2002 .
- 12- د / أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : " قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها " ، مطبوعات جامعة المنصورة مصر ، سنة 1977 .
- 13- د / أحمد محمد الرفاعي : " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي " ، دار النهضة العربية ، سنة 1994 .
- 14- د / أحمد محمد الهواري : " حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة 2000 .
- 15- د / أحمد محمود سعد : " مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ماهيتها ، وضوابطها ، وتطبيقاتها " ، دار النهضة العربية ، سنة 1988 .
- 16- أ / اللورد ديينج : " ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون و الوصايا و العقود " ، ترجمة الدكتور هنري رياض ، دار الجيل ، بيروت ، سنة 1981 .
- 17- د / أمين مصطفى محمد : " التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض " ، مكتبة دار الإشعاع الفنية ، مصر ، سنة 2002 .
- 18- د / إلياس الشبخاني : " دور القاضي في إثارة الأسباب القانونية " ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، سنة 2008 .
- 19- د / إلياس ناصيف : " موسوعة العقود المدنية والتجارية ، أحكام العقد " ، مفاعيل العقد " ، ج 2 ، بيروت ، سنة 1987 .
- 20- د / إلياس ناصيف : " البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ " ، دون دار نشر ، سنة 1991 .
- 21- د / بوبشير محند امقران : " قانون الإجراءات المدنية " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2001 .
- 22- د / بلحاج العربي : " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري " ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1998 .
- 23- د / بودالي محمد : " مكافحة الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة " ، دار الفجر ، سنة 2007 .
- 24- د / برهان خليل زريق : " نظرية تفسير العقد في القانونين الإداري والمدني " ، مطبعة الإرشاد ، اللاذقية ، دون ذكر سنة النشر .
- 25- د / برهان خليل زريق : " نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، مطبعة عكرمة دمشق ، 1989 .
- 26- / توفيق حسن فرج : " النظرية العامة للإلتزام " ، دار النهضة العربية ، ط 3 ، دون سنة نشر .

- 27- د/ جابر محجوب علي : " ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المباعة " ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة 1995 .
- 28- د/ جاك ايستان وكريستوف جامان ، ومارك بيو : " المطول في القانون المدني . مفاعيل العقد وآثاره " ، ترجمة للعربية منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، سنة 2000 .
- 29- د/ جميل الشرفاوي : " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، دون سنة نشر ودون دار نشر .
- 30- د/ حسام الدين كامل الأهواني : " النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام " ، مطبوعات كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة 1995 .
- 31- د/ حسام الدين الاهواني : " عقد البيع في القانون المدني الكويتي " ، مطبوعات جامعة الكويت ، سنة 1989 .
- 32- د/ حسام عبد الغني الصغير : " تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع " ، دار النهضة العربية ، سنة 2001 .
- 33- د/ حسن محمود عبد الدايم : " العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة 2008 .
- 34- د/ حسين عامر : " القوة الملزمة للعقد " ، مطبعة مصر ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة 1949 .
- 35- د/ حسين عامر : " التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود " ، الطبعة الأولى ، سنة 1960 .
- 36- د/ محمد حسين منصور : " العقود الدولية " ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، سنة 2006 .
- 37- د / حمد الله محمد حمد الله : " حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية " ، دار الفكر العربي سنة 1997 .
- 38- أ / حمدي باشا عمر: " مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية " ، دار هومة للطباعة والنشر ، سنة 2002 .
- 39- د/ حمدي محمد اسماعيل سلطح : " القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية " ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2008 .
- 40- د/ رجب كريم عبد اللاه : " التفاوض على العقد ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة 2000 .
- 41- د/ رضا المزغني ، ود / عبد المجيد عبودة : " التفسير القضائي في القانون المدني " ، نشر معهد الإدارة العامة ، السعودية ، سنة 1983 .
- 42- د/ رمضان أبو السعود : " أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية " ، الدار الجامعية ، 1993 .
- 43- د/ رمضان أبو السعود : " الموجز في شرح مقدمة القانون المدني " ، الدار الجامعية ، 1994 .
- 44- د/ فايز عبد الرحمن : " الشروط التعسفية في وثائق التأمين " ، نشر دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2006 .
- 45- د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله : " التأمين قواعده ، وأسس الفنية ومبادئه " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2001 .
- 46- أ / فتون علي خير بك : " شرح القانون المدني السوري " ، دار الرفاعي ، سوريا ، سنة 2004 .
- 47- د/ فؤاد محمود معوض : " دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية وتأصيلية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1998 ، مطبوعة لدى دار الجامعة الجديدة بمصر ، سنة 2004 .
- 48- د/ سامي بديع منصور: " عنصر الثبات وعامل التغيير في القانون المدني " ، نشر دار الفكر اللبناني ، بدون سنة نشر .
- 49- أ / سامي بن فرحات : " موسوعة فقه القضاء التونسي " ، المكتبة القانونية ، سنة 2006 .
- 50- د/ سعيد أحمد شعلة : " قضاء النقص في التأمين " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1997 .
- 51- د/ سعيد عبد السلام : " سلطة محكمة النقص في الرقابة على تفسير عقود الإذعان " ، مطبعة دار الولاء للطبع والتوزيع ، القاهرة ، سنة 1992 .

- 52- أ / سلوى حمود ثابت : " أسباب الطعن بالنقض المتعلقة بوقائع الدعوى " ، مطبعة دار السلام ، سنة 1996 .
- 53- أ / سليم رستم باز : " شرح مجلة الأحكام العدلية " ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 3 ، سنة 1996 .
- 54- د/ سليمان مرقس : " الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المجلد الأول " ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1987 .
- 55- د/ السيد محمد السيد عمران : " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد " ، منشأة المعارف ، مصر ، سنة 1992 .
- 56- د/ عبد الباسط جميعي : " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " ، دار النهضة العربية ، سنة 1996 .
- 57- د/ عبد الحكم فودة : " تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه بجامعة الاسكندرية نوقشت سنة 1983 ، مطبوعة لدى منشأة المعارف ، سنة 2003 .
- 58- د/ عبد الحميد الشواربي : " المشكلات العملية في تنفيذ العقد " ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1988 .
- 59- د/ عبد الحميد الشواربي : " فسخ العقد في ضوء القضاء والفقہ " ، منشأة المعارف ، سنة 1998 .
- 60- د/ عبد الحي حجازي : " النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، دراسة مقارنة " ، مطبوعات جامعة الكويت ، سنة 1982 .
- 61- د/ عبد الحي حجازي : " النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام " ، ج 1 ، دون دار نشر ، ودون سنة نشر .
- 62- د/ عبد الحي حجازي : " المدخل لدراسة العلوم القانونية " ، الكويت ، ج 1 ، سنة 1972 .
- 63- د/ عبد الرحمان عياد : " أساس الالتزام العقدي " ، المكتب المصري الحديث ، سنة 1972 .
- 64- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " ، ج 1 و 2 ، دار إحياء التراث العربي ، ط 2 ، لبنان ، سنة 1996 .
- 65- د/ عبد الرزاق السنهوري : " نظرية العقد " ، دار الحلبي ، لبنان ، ج 1 و ج 2 ، سنة 1998 .
- 66- د/ عبد الرزاق السنهوري : " مصادر الحق في الفقہ الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقہ الغربي " ، منشورات دار الحلبي ، لبنان ، ج 6 ، سنة 1998 .
- 67- د/ عبد العزيز سعد : " جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور " ، دار هومة ، سنة 2005 .
- 68- د/ عبد المنعم البدر اوي : " النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام " ، القاهرة ، سنة 1989 .
- 69- د/ عبد المنعم فرج الصده : " مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري " ، دار النهضة العربية ، بيروت ، سنة 1974 .
- 70- د/ عبد المنعم فرج الصده : " أصول القانون " : دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، سنة 1978 .
- 71- أ / عبد الكريم بلعير : " نظرية الفسخ في القانون الجزائري " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 .
- 72- د/ عبد الودود يحي : " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، دون سنة نشر ودون دار نشر .
- 73- د/ عبد الودود يحي : " الموجز و النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام " ، دار النهضة العربية ، سنة 1986 .
- 74- د/ عزت صنورة : " سلطة القاضي في تعديل المعاملات " ، نادي القضاة ، القاهرة ، سنة 1994 .
- 75- د/ علي علي سليمان : " النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 3 ، سنة 1992 .

- 76- علي فيلاي : " النظرية العامة للعقد " ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، سنة 1997.
- 77- د/ لعشبة محفوظ بن حامد : " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1990.
- 78- د/ محمد حسين عبد العال : " الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام " ، دار النهضة العربية ، سنة 1998 .
- 79- د/ محمد عبد العال : " مفهوم الطرف لضعيف في الرابطة العقدية " ، دار النهضة العربية ، 2008.
- 80- د/ محمد حسنين : " الوجيز في نظرية القانون " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1986 .
- 81- د/ محمد فاضل زيدان : " سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة " ، (دكتوراه بجامعة بغداد ، سنة 1997) ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، سنة 1999 .
- 82- د/ محمد شريف أحمد عبد الرحمن : " عقود الإذعان " ، دار النهضة العربية ، 2006.
- 83- د/ محمد شكري سرور : " سقوط الحق في الضمان - دراسة في عقد التأمين " ، القاهرة ، 1979.
- 84- د/ محمد صبري السعدي : " تفسير النصوص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس ، سنة 1977. مطبوعة بديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1984 .
- 85- د/ محمد عبد الظاهر حسين : " الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية " ، دون دار نشر ، سنة 2000 .
- 86- د/ محمد عبد الظاهر حسين : " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد " ، مطبعة كلية الحقوق بني سويف ، القاهرة ، سنة 2003 .
- 87- أ / محمود عبد ربه محمد القبلاوي : " التكيف في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة طنطا ، مطبوعة لدى دار الفكر الجامعي ، سنة 2003 .
- 88- أ / محمود توفيق اسكندر : " وضع العقود المدنية والقانون الجنائي " ، دار هومة ، سنة 2005 .
- 89- د/ محمد جمال الدين زكي : " نظرية الالتزام ، المصادر " دار النهضة العربية ، طبعة 1976 .
- 90- د/ مصطفى أحمد الزرقا : " شرح القانون المدني السوري " ، جامعة حلب ، سنة 1964 .
- 91- أ / مصطفى عبد الباقي : " الحكم القضائي في قاعدة الأحكام القضائية " ، منشورات جامعة بيرزيت بفلسطين ، سنة 2002 .
- 92- د/ نعمان جمعه : " دروس في المدخل للعلوم القانونية " ، النهضة العربية ، سنة 1977 .
- 93- د/ نبيل اسماعيل عمر : " النظرية العامة للطعن بالنقض " ، طبعة سنة 1980 .
- 94- د/ نبيل اسماعيل عمر : " تسبيب الأحكام المدنية والجنائية " ، منشأة المعارف ، سنة 1991 .
- 95- د/ نزيه صادق المهدي : " محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الإلتزام " ، مطبوعات جامعة القاهرة ، سنة 1982 .
- 96- د/ وفاء مصطفى محمد عثمان : " توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع " ، دار النهضة العربية ، سنة 2006 .
- 97- د/ وحيد الدين سوار : " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الغربي " ، رسالة بجامعة القاهرة ، سنة 1960 ، مطبوعة لدى المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1979 .
- 98- د/ ياسر أحمد كامل الصيرفي : " دور القاضي في تكوين العقد " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2000 .

ج- المؤلفات الخاصة بنظرية التفسير الاجتماعي :

- 1- د/ أحمية سليمان : " تنظيم وتسيير المحاكم الخاصة بمنازعات العمل " ، منشورات المعهد العربي للثقافة العمالية ، وبحوث العمل ، الجزائر، سنة 1992 .
- 2- د/ أحمد حسن البرعي : " الوسيط في القانون الاجتماعي " ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، سنة 1976 .
- 3- د/ أحمد زكي بدوي : " تشريعات العمل في الدول العربية ومستويات العمل الدولية " ، مطبوعات جامعة القاهرة ، سنة 1960 .
- 4- د/ إسماعيل غانم : " شرح قانون العمل " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1976 .
- 5- د/ السيد عيد نايل : " قانون العمل " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2001 .
- 6- السيد محمود السيد عمران : " شرح قانون العمل الكويتي ، الطبعة الأولى ، وحدة التأليف والنشر ، جامعة الكويت ، سنة 1997 .
- 7- د/ أنور العمروسي : " العقود الواردة على العمل " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2003 .
- 8- د/ إيهاب حسن إسماعيل : " وجيز قانون العمل والتأمينات " ، ج 1 ، جامعة القاهرة ، سنة 1976 .
- 9- أ / بشير هدفي : "الوجيز في شرح قانون العمل" ، دار ربحانة للنشر والتوزيع ، سنة 2002 .
- 10- د/ توفيق حسن فرج : " قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد " ، الدار الجامعية ، مصر ، سنة 1991 .
- 11- د/ توفيق حسن فرج : " قانون العمل " ، الدار الجامعية ، لبنان ، دون سنة نشر ودون سنة نشر .
- 12- د/ جلال العدوي ود/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، منشأة المعارف ، سنة 1995 .
- 13- د/ جلال مصطفى القرشي : " شرح قانون العمل الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1984 .
- 14- د/ حسام الدين الأهواني : " شرح قانون العمل " ، دون دار نشر ، سنة 1981 .
- 15- د/ حسن كيرة : " أصول قانون العمل ، عقد العمل " ، منشأة المعارف ، سنة 1983 .
- 16- د/ حسين عبد الطيف حمدان : " قانون العمل ، دراسة مقارنة " ، دار الحلبي ، سنة 2005 .
- 17- أ / راشد راشد : " شرح علاقات العمل الفردية والجماعية " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1988 .
- 18- أ / رشيد واضح : " علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر " ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، سنة 2002 .
- 19- د/ سعيد أحمد شعلة : " موسوعة قضاء النقض العمالي " ، منشأة المعارف ، سنة 1996 .
- 20- د/ شاب توما منصور: " شرح قانون العمل " ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، سنة 1977 .
- 21- د / صلاح محمد أحمد دياب : " الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة " ، دار النهضة العربية ، سنة 2001 .
- 22- د / صلاح محمد أحمد دياب : " الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين " ، مطبوعات جامعة البحرين ، سنة 2005 .
- 23- د/ صلاح محمد دياب : " بطلان عقد العمل وأثره على حقوق العامل " ، مطبعة جامعة أسبوط ، سنة 2006 .
- 24- د/ صلاح محمد دياب : " مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور محاباة العمل " ، مطبعة جامعة أسبوط ، سنة 2007 .
- 25- د/ عبد الواحد كرم : " قانون العمل في القانون الأردني " ، مكتبة دار الثقافة ، سنة 1998 .
- 26- د/ عدنان العابد و د/ يوسف الياس : " قانون العمل " ، دار المعارف ، لبنان ، سنة 1980 .

- 27- د/علي عوض حسن : " الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري (الجديد) " ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، مصر ، سنة 1975 .
- 28- د /علي عوض حسن : "الفصل التأديبي في قانون العمل دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة ، مطبوعة بدار الثقافة للطباعة والنشر ، مصر ، سنة 1975 .
- 29- د /علي عوض حسن : "الوجيز في شرح قانون العمل المصري " ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1996 .
- 30- د/ عصام أنور سليم : " قانون العمل " ، بدون دار نشر ، سنة 1999 .
- 31- أ /عصمت الهواري : " قضاء النقض في منازعات العمل والضمان الاجتماعي " ، نشر وطبع المكتبة الأنجلو-مصرية بالقاهرة ، سنة 1976 .
- 32- د/ علي العريف : " شرح تشريع العمل في مصر " ، ج 1 ، دون دار نشر ، سنة 1952 .
- 33- د/ فتحي عبد الصبور: " الوسيط في عقد العمل الفردي " ، مطبعة القاهرة ، سنة 1967 .
- 34- د/ محمد حسين منصور: " قانون العمل " ، بدون دار نشر ، سنة 1997 .
- 35- د/ محمد لبيب شنب : " شرح قانون العمل . دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة 1966 .
- 36- د/ محمود جمال الدين زكي : "عقد العمل في القانون المصري " ، الهيئة العامة للكتاب ، 1982.
- 37- د/ محمود جمال الدين زكي : " قانون العمل " ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة 1983 .
- 38- د/ منير عبد المجيد : " تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية " ، رسالة دكتوراه ، مطبوعة لدى منشأة المعارف ، سنة 1995 .
- 39- د/ همام محمود زهران : " قانون العمل ، عقد العمل الفردي " ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2005.

ثالثاً- الرسائل الجامعية والمقالات والدوريات:

أ- الرسائل الجامعية :

- 1- أ/ إبراهيم بن حديد : "السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية " ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، معهد الحقوق ، الجزائر ، سنة 1995 .
- 2- د/ أعراب بلقاسم : " شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، سنة 1987 .
- 3- أ/ بشير هادفي : "عنصر العمل في علاقة العمل الفردية " ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1994 .
- 4- د/ دنيا مباركة : " الإنهاء التعسفي لعقد العمل " ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة عين شمس ، سنة 1987 .
- 5- أ /رفاعي السيد سعد : " تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، سنة 1990 .
- 6- أ / فراس علي دنيا : " أصول تفسير القوانين الجزائية " ، بحث لنيل درجة الدبلوم في العلوم الجنائية بكلية الحقوق ، جامعة سوريا ، سنة 2005 .
- 7- أ / غياث دبور : " معيارية النظام العام والآداب العامة " ، بحث لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص بكلية الحقوق ، جامعة سوريا ، سنة 2004 .
- 8- أ/ سعيد علي حسن الجدار : " دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، سنة 1992 .

- 9- أ / صلاح محمد أحمد : " القوة القاهرة وأثارها في عقد العمل " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، سنة 1995 .
- 10- أ / طاهري بلخير : " أثر القواعد الأصولية في تفسير القواعد القانونية " ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون ، كلية الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، سنة 2005 .
- 11- عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي : " سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دون ذكر سنة المناقشة .
- 12- أ / عزوز عبد الحميد : " مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات " ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2003 .
- 13- أ / علي يحي آل زمانان : " التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، دراسة مقارنة في القانونيين المصري والسعودي " ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، سنة 2004 .
- 14- د/عماد طارق عبد الفتاح البشري : " فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي ، النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية " ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة 2001 .
- 15- أ / لبنى مختار : " وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن " ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1977 .
- 16- د/ لعشب محفوظ : " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، سنة 1988 .
- 17- د/ محمد أديب صالح : " التفسير المنصوص في الفقه الإسلامي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة 1964 ، مطبوعة ومنشورة بدار المكتب الإسلامي ، سنة 1993 .
- 18- أ / محمد الهيني : " الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ، بجامعة فاس ، سنة 2006 .
- 19- د/ محمد علي الخطيب : " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، سنة 1992 .
- 20- د/ محمد سعيد المصري : " المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد العمل " ، رسالة للحصول على شهادة الماجستير ، جامعة القاهرة ، سنة 1996 .
- 21- أ / مقتي بن عمار : " نظام الإثبات في منازعات العمل والضمان الإجتماعي " ، رسالة ماجستير في القانون الإجتماعي ، جامعة وهران ، سنة 2003 .
- 22- أ / مصطفى أحمد سعفان : " تفسير النصوص في ضوء أحكام القضاء المصري " ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 2006 .
- 23- د/ ناهد العجوز : " الحماية الجنائية للحقوق العمالية " ، دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، سنة 1995 .
- 24- أ / نجاري عبد الله : " الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير في القانون معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1983 .
- 25- أ / زواوي محمود : " الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري " ، رسالة ماجستير في القانون ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1988 .
- 26- د/ يحي رزق الصرمي : " سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، سنة 1995 .
- 27- د/يوسف بن محمد بن ابراهيم المهوس : " تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي " ، رسالة ماجستير ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية بالسعودية ، سنة 2004 .
- 28- د/ وليم قلاده : " التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري " ، رسالة القاهرة ، سنة 1955 .

- 1- د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : " مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية " ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الثاني ، شهر جويلية ، سنة 1987 ، ص 11.
- 2- د/ أحمد زكي الشيتي : " تفسير المشاركات " ، بحث بالغتين العربية والفرنسية مقدم إلى ملتقى القانون المقارن بباريس ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، سنة 1949 ، ص 45 .
- 3- د/ أحمد فتحي أبو سنة : " تفسير القانون الجنائي " ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة (11) ، العددان 6 و7 ، شهري نوفمبر وديسمبر ، سنة 1941 ، ص 341 .
- 4- د/ أحمد سعيد الزقرد : " نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، دراسة مقارنة " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثالث ، س 25 ، سبتمبر 2001 ، ص 177 .
- 5- د/ أحمد سعيد الزقرد : " الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي " ، بحث منشور ضمن مطبوعات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، سنة 2000 ، ص 70.
- 6- د/ إسماعيل محمد المحاقري : " الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية ... " ، بحث مقارن منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، ديسمبر 2006 ، ص 229 .
- 7- د/ أحمد شكري السباعي : " الأسس القانونية للمنافسة غير المشروعة " ، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية ، العدد 7 ، سنة 1984 ، ص 06 .
- 8- د/ جمال فاخر النكاس : " العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد ، وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد " ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، شهر مارس 1996 ، ص 133.
- 9- د/ جمال فاخر النكاس : " الإتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات " ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الثاني ، شهر جوان ، سنة 1999 ، ص 7 .
- 10- د/ الصاوي سعيد عرف : " حسن النية في العقود " ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة 1986 ، ص 155 .
- 11- د/ إيهاب حسن إسماعيل : " مراعاة مصلحة العامل في قانون العمل " ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 35 ، العدد الأول ، شهر مارس ، 1965 ، ص 642 .
- 12- د/ ثروت عبد الحميد : " شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين " ، مجلة الأمن والقانون ، العدد الثاني ، شهر جويلية ، سنة 2003 ، ص 310 .
- 13- د/ عبد السلام شعيب : " علاقات العمل الفردية وعقود العمل الجماعية " ، بحث مقدم للمعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل بالجزائر ، سنة 1979 ، نشر وزارة الشباب والرياضة ، 1981 ، ص 101 .
- 14- د/ عبد الرزاق أيوب : " تكييف العقود في القانون المغربي والمقارن " ، مجلة طنجيس ، عدد خاص ، رقم 7 ، سنة 2007 .
- 15- د/ عبد الفتاح السيد بك : " محكمة النقض و تفسير المشاركات " ، مجلة القانون و الإقتصاد ، العدد الأول ، شهر جانفي ، سنة 1934 ، ص 457 .
- 16- د/ عبد الفتاح عزمي : " التمييز بين الواقع والقانون ، دراسة مقارنة " ، مجلة المحامي ، الكويت ، الأعداد : أكتوبر نوفمبر ديسمبر ، سنة 1986 ، ص 100 .
- 17- د/ عبد المنعم فرج الصده : " عقد الإذعان " ، مجلة الأمن والقانون ، العدد الأول ، شهر يناير ، سنة 1996 ، ص 243 .
- 18- د/ عبد الوهاب خلاف : " تفسير النصوص القانونية وتأويلها " ، مجلة المحاماة المصرية ، العدد الأول ، السنة 1950 ، ص 51 . ومجلة القانون و الإقتصاد ، العدد 2 ، سنة 1948 ، ص 178 .
- 19- د/ سعيد سعد عبد السلام : " التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان " ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنوفية ، العدد 13 ، السنة السابعة ، أبريل ، سنة 1998 ، ص 3 .

- 20- د/ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام : " القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي " ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ، بطنطا ، جامعة الأزهر ، العدد 23 ، سنة 2008 ، ج 4 ، ص 2495 .
- 21- د/علي أحمد صالح المهداوي : " التكييف وأثره في القانون تشريعاً وتطبيقاً " ، بحث منشور بمجلة الزرقاء الأهلية للبحوث والدراسات ، الأردن ، العدد الثاني ، سنة 1997 ، ص 85 .
- 22- د/ صالح بكر الطيار : " مفهوم و آثار الشروط التعاقدية الهادفة إلى إبعاد أي دور في تفسير العقد للوثائق المتبادلة قبل إبرامه " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد ، سنة 1999 ، ص 47 .
- 23- د/ صلاح محمد أحمد : " التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية " ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، العدد 01 ، المجلد الأول ، جانفي ، سنة 2004 ، ص 41 .
- 24- د/ طالب حسن موسى : " صياغة عقود التجارة الدولية " ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المملكة الأردنية الهاشمية ، العدد رقم 4 المجلد رقم 15 ، سنة 2000 ، ص 36 .
- 25- د/ لاشين محمد يونس الغاياتي : " عقد الإذعان في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية " ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، طنطا ، العدد الأول ، سنة 1986 ، ص 3 .
- 26- د/ محمد السيد عرفة : " حسن النية في قانون الجنسية الاتحادي " ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون الإماراتية ، العدد رقم 15 ، شهر جوان ، سنة 2001 ، ص 53 .
- 27- د/ محمد خليل موسى : " تفسير الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان " ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول ، السنة 28 ، شهر مارس ، سنة 2004 ، ص 225 .
- 28- أ / محمد شرفي : "مقالة حول علاقات العمل " ، منشورة بالمجلة القضائية ، عدد خاص بمنازعات العمل والأمراض المهنية ، جزء 2 ، سنة 1997 ، ص 48 .
- 29- أ / محمد شرفي : "سريان علاقة العمل ونشأتها ونهايتها " ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1996 ، ص 13 .
- 30- د/ محمد لبيب شنب : " الجحود المبتسر للعقد " ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، سنة 1961 ، ص 61 .
- 31- د/ مزهر بن محمد بن ظاهر القرني : " الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة " ، مقال منشور بمجلة العدل ، السعودية ، العدد الثالث ، رجب ، سنة 1420 ، ص 26 .
- 32- د/ مصطفى عبد الحميد عدوي : " مفهوم الشرط الضمني في القانون الانجلو أمريكي " ، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، العدد 13 ، السنة السابعة ، شهر أبريل 1998 ، ص 170 .
- 33- د/ يزيد أنيس نصير : " التطابق بين القبول و الإيجاب في القانون الأردني و المقارن " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، شهر ديسمبر ، سنة 2003 ، ص 51 .
- 34- د/ نزيه كما حداد : " عقد الإذعان " ، مقال منشور بمجلة العدل السعودية ، العدد 24 ، سنة 2003 (1424 هـ) ، ص 53 .
- 35- د/ نعمان خليل جمعة : " أركان العقد الظاهر ، التنازع بين القانون والواقع المستقر ، بحث منشور في مطبوعات معهد البحوث و الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، سنة 1977 ، ص 134 .

A – Droit Civil :

- 1- **Barrau (R)** : « L'interprétation des testaments », thèse bordeaux, 1927.
- 2- **Bosshert (F)** : « L'interprétation des contrats », thèse, Genève, 1939.
- 3 - **B. Boccara** : «Le clair et l'obscur (à propos de l'interprétation judiciaire des clauses (types). » R J C. 1978 .
- 4 - **Jacques Bore**: « Le contrôle par la cour de cassation », R.T.D.C. 1972.
- 5 - **E. Causin** : « La preuve et l'interprétation en droit privé, in La preuve en droit» Ch. Perelman et P.Forriers. 1967 .
- 6 -**Y- Derains** : « La Valeur Interprétative des négociations .»,.1990.
- 7 - **G. Dereux** : «De l'interprétation des actes juridiques privé .thèse 1929.
- 8 - **Fardjat (Gérant)** : « l'ordre public économique.» , thèse .1962
- 9 - **Josserand . Louis** : « Cours de droit civil positif française », T, II, Paris.
- 10 -**J. Lopez Santa Maria** : « les systèmes d'interprétation des contrats » . thèse. Paris .1968.
- 11- **Gaudin de lagrange (E . de)** : « L'interprétation des Contrats .», J.C.P, 1976.
- 12 -**Gallatay** : Etudes sur l'interprétation des conventions.» , thèse . Paris, 1947.
- 13 -**Ghestin . J** : « Droit civil , les obligations, le contra.»t , L.G.D.J. Paris. 1980.
- 14 - **Geny François**: « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.» Paris. 1919.
- 15 -**Gabriel .Marty** : « la distinction du fait et du droit .essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fai.» . thèse. Toulouz .1929
- 16 - **G. Marty** : « Rôle du juge dans l' interprétation des contrats.» .de l'ass. H. Capitant. thèse. 1949. public. D. 1950.
- 17 - **Marty et Verynaud** : « Droit civil.» , T.L, Introduction, 1972
- 18 - **Mazeud (H)** : « Leçon de droit civil. Tom 2 ». 4ieme Ed . p 373.
- 19 - **Mazeud** : « La notion de clause pénal » . L G D J .1992.
- 20 - **Max Bomergue** : « Etude d' ensemble sur le contrat,d'adhésion.» , thèse, Toulouse .1935.
- 21 - **Y. paclot** : « Recherche sur l'interprétation juridique . Thèse. Paris.1988.
- 22 - **R. Plaisant** : « Le contrôle de la cassation en matière de contrat .G .P .1946..
- 23 – **Salleilles (Idem one)** : « De la déclaration de volonté contribution a l .étude de l. acte juridique dans le code civil Allemand. » . Paris , 1978.
- 24 -**Pichon (Victore)** : « des contrats d'adhésion – leur interprétation et leur nature.» . Thèse . Lyon . 1972.
- 25 - **A. Riege** : « Rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand.» . thèse. Strasbourg. 1961.
- 26- **J. Schmidt** : « L'interprétation des Contrats Internationaux », par la Commission Arbitrale de Commerce Extérieur de l'URSS . R. D. 1985.
- 27 -**Talamon (c)** : « Les pouvoirs de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats.» , thèse. Paris, 1926.
- 28 -**Zaki Chiti (Ammed)** : « La formation du contrats et l'interprétation.» , Revue de Al Qanoun wal Iqtisad. Tom 1 et 2 . S 9 annee.1949.

B- Droit social :

- 1- Andre Brun et Henri Galland :** « droit du travail.(Les rapports individuels de travail). ». 2ime édition 1978.
- 2-Bernard Boubli :** « Les avantages acquis », Semaine Soc. Lamy, 2001.
- 3 -Boyer :** « L. avantage acquis en droit du travail ». Thèse. Toulouse. 1989.
- 4 - B. Boubli :** « la nome et le droit du travail ,», P.U.F , 1999.
- 5 -Fabrice Boquillon :** « Qui reste-t-il du " principe de faveur " ? ». D r. Soc,2001
- 6 - I. Chevalier :** « La clause pénale dans le contrat de travail », Sem. Soc. 1993.
- 7-Yves Chalaron :** « L'application de la disposition la favorable, in "Les transformation du droit du travail », Dalloz, Paris, 1989.
- 8 -G.H Camerlynck :** « Le contrat de travail , traité de droit du travail » T. L Dalloz , 2 éd , 1982 .
- 9 - A. Chevillard :** « La notion de disposition plus favorable» , Dr, Soc, 1993.
- 10 - G .Couturier :** « pot pourri auteur des modification du contrat du travail ». Dr. Soc . 1998.
- 11-M. Despax :** «Négociation, Convention et accords collectives, Dalloz, 1989.
- 12 - P. Durand et Vitu :** « Traité de droit du travail » Tome.3 . Dalloz , 1956 .
- 13 -F. Eudier:** « Ordre public substantiel et office de juge ». Thèse .Rouen .1994.
- 14 -A . Jeammaud :** « Le principe de faveur, Enquête sur règle émergente », 1999.
- 15 -Gérard Lyon-Cæn :** « Traité de droit du travail les scolaires ». Dalloz .1998.
- 16 -G. Lyon Caen :** « La solution du confit de normes entre code du travail et statuts des entreprises publiques ... » , Dr Soc , 1996.
- 17- Garabar :** « La résistible théorie de l'applicabilité du code du travail au personnel d' entreprises publiques à statuts », R J S , 5- 1998.
- 18 - G. Gouterier :** « l'ordre de protection et heur et malheur d'une vieille notion neuve , in mélanges » . J fluor , 1979.
- 19 - Mazeaud :** « les clause pénales en droit du travail » . Dr .Soc. 1994.
- 20 - J. Michel.Olivier :** « Les conflits de sources en droit du travail interne » , Sous la dir. B. Teyssie, P U F.1998.
- 21 - Catherine. Puigelier:** « La pratique de la cour de cassation en matière social », Ed. LITEC, 1996.
- 22 -Th. Revêt :** « l'ordre public dans les relations de travail » : « colloque en avignon du 7 oct 1994 » , Dalloz , 1996.
- 23 - Louis Rozes :** « Remarque sur l'ordre public en droit du travail» Dr soc,1977.
- 24 - Savatier et Revero :** « Droit du travail ». Dalloz. 1985.
- 25 - J. Savatier :** « réflexion sur les .indemnités de licenciement » . Dr. Soc. 1989.
- 26 - B. Tessie :** « réflexion sur les conséquences de la nullité des clauses d'un contrat ». Dalloz . CHR , 1976.
- 27 -G. Vachet :** « Les conflits entre convection collectives » , Thèse. Lyon, 1977.
- 28 – Ph .Waquet :** « les renouveaux du contrat de travail » , R J S . 5/ 1999.



فهرس الموضوعات :

- أ : بسملة
ب : تشكرات
ج : إهداءات
1 : مقدمة

الفصل التمهيدي :

ماهية التفسير و أنظمته وطرقه الفنية

- 11 *المبحث الأول : ماهية التفسير وأنظمته في مجال العقود.
- 12 **المطلب الأول : معنى تفسير العقد ومجاله وعلاقته ببعض المفاهيم المشابهة.**
- 13 **الفرع الأول : معنى التفسير لغويا وإصطلاحا وتمييزه عن بعض المصطلحات.**
- 27 **الفرع الثاني : مجال التفسير والحاجة إليه.**
- 31 **الفرع الثالث : العلاقة بين تفسير العقد وبعض المفاهيم المشابهة.**
- 49 **المطلب الثاني : أنظمة أو مذاهب تفسير العقود.**
- 50 **الفرع الأول : المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين.**
- 59 **الفرع الثاني : النظامين الموضوعي والشخصي في تفسير العقود.**
- 67 **الفرع الثالث : نظام تفسير العقود في الفقه الإسلامي.**
- 76 **الفرع الرابع : نظام التفسير المتبع في القانون الجزائري والقوانين العربية.**
- 82 *المبحث الثاني : الطرق الفنية المعتمدة في تفسير العقود.
- 83 **المطلب الأول : طريقة التفسير اللفظي (اللغوي).**
- 84 **الفرع الأول : معنى التفسير اللغوي وعلاقته بالتفسير الحرفي.**
- 86 **الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى التفسير اللغوي.**
- 87 **المطلب الثاني : طريقة التفسير المنطقي.**
- 88 **الفرع الأول : معنى التفسير المنطقي والهدف منه.**
- 89 **الفرع الثاني : وسائل التفسير المنطقي وأنواعه.**

الباب الأول :

القواعد العامة لتفسير العقود وتطبيقاتها القانونية والقضائية

الفصل الأول : القواعد العامة لتفسير العقود

- 93*المبحث الأول : مجالات تدخل القاضي لإعمال لسلطته في تفسير العقود
- 94المطلب الأول : سلطة القاضي في التفسير في حالة الوضوح
- 95الفرع الأول : حالة وضوح العبارة ووضوح الإرادة
- 105الفرع الثاني : حالة وضوح العبارة وعدم وضوح الإرادة.
- 120المطلب الثاني : سلطة القاضي في التفسير في حالة عدم الوضوح
- 121الفرع الأول : حالة غموض العبارة
- 128الفرع الثاني : حالة قيام الشك في حقيقة معنى العبارة الغامضة.
- 144*المبحث الثاني : العوامل الخارجية و الداخلية المعتبرة في تفسير العقود
- 145المطلب الأول : العوامل الخارجية المعتبرة في التفسير (العوامل الموضوعية)
- 146الفرع الأول : عوامل التفسير الخارجية المستقر عليها في القانون الجزائري
- 161الفرع الثاني : الوثائق المتبادلة طيلة مراحل ابرام العقد ودورها في تفسير العقود.
- 174الفرع الثالث : طرق الإثبات ودورها في تفسير العقود.
- 190المطلب الثاني : العوامل الداخلية المعتبرة في التفسير (العوامل الشخصية)
- 191الفرع الأول : عوامل التفسير الداخلية المستقر عليها في القانون الجزائري
- 198الفرع الثاني : قواعد التفسير الداخلية المكرسة في القانون الفرنسي.
- 215الفرع الثالث : أحكام قانونية مشتركة عن عوامل وقواعد التفسير.

الفصل الثاني : التطبيقات القانونية والقضائية لقواعد التفسير في بعض العقود

- 223*المبحث الأول : التطبيقات القضائية للتفسير الموسع والتفسير الضيق للعقود.
- 224المطلب الأول : التفسير الموسع للعقود وتطبيقاته القضائية.
- 225الفرع الأول : معنى التفسير الموسع وصوره.
- 228الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الموسع.
- 232المطلب الثاني : التفسير الضيق للعقود وتطبيقاته القضائية.
- 233الفرع الأول : معنى التفسير الضيق وكيفية إجرائه.
- 238الفرع الثاني : بعض التطبيقات القضائية للتفسير الضيق.

247*المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التفسير في مجال عقود الإذعان
248المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى وشروط تطبيقها
249الفرع الأول: مبررات حماية الطرف المدعى في عقود الإذعان
255الفرع الثاني: معنى قاعدة "الشك لصالح المدعى" وشروطها وطبيعتها
264الفرع الثالث: موانع تطبيق قاعدة "الشك لصالح المدعى"
267المطلب الثاني: قواعد تفسير عقود الإذعان في القوانين المقارنة
268الفرع الأول: قواعد تفسير عقود الإذعان في القانون الجزائري والقوانين العربية
280الفرع الثاني: قواعد تفسير عقود الإذعان في القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية
305الفرع الثالث: الحلول الفقهية المقترحة لحل مشكلة تفسير عقود الإذعان
الباب الثاني:	
تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي	
الفصل الأول: قواعد التفسير الخاصة في مجال عقود العمل الفردية والجماعية	
311*المبحث الأول: إعمال قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي
312المطلب الأول: ذاتية وواقعية قواعد القانون الإجتماعي مقارنة بالقواعد العامة
313الفرع الأول: خصائص نظرية التفسير في قانون العمل
323الفرع الثاني: انعكاسات قواعد التفسير العمالية على فكرة النظام العام
329المطلب الثاني: تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الاجتماعي
330الفرع الأول: تطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل الفردية
361الفرع الثاني: العناصر المعتمدة من القاضي الاجتماعي في تفسير عقود العمل
379الفرع الثالث: تطبيقات قواعد التفسير في منازعات الضمان الاجتماعي
381الفرع الرابع: تطبيقات قواعد التفسير في منازعات القانون الدولي الخاص
390*المبحث الثاني: مبدأ التفسير الأصلح للعامل وتطبيقاته القانونية والقضائية
391المطلب الأول: مدلول التفسير الأصلح للعامل شروطه وضوابط تحديده
392الفرع الأول: مدلول التفسير الأصلح للعامل
400الفرع الثاني: شروط الأخذ بالتفسير الأصلح للعامل ومبرراته
409الفرع الثالث: ضوابط تحديد الشرط الأفضل للعامل
416الفرع الرابع: طرق المقارنة بين المزايا ودورها في تحديد الشرط الأفضل
439المطلب الثاني: آثار تطبيق قاعدة التفسير الأصلح للعامل
440الفرع الأول: مصير النصوص الأقل فائدة للعامل
453الفرع الثاني: دور القاضي في مراعاة المزايا المكتسبة عند إعمال الشرط الأفضل

الفصل الثاني : رقابة جهة النقض على عمليات تفسير العقود

- 460*المبحث الأول : حدود التفسير القضائي للعقود بين رقابة القانون والواقع.
- 461المطلب الأول : رقابة جهة النقض بين مسائل القانون ومسائل الواقع.
- 462الفرع الأول : نطاق رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع.
- 464الفرع الثاني : ضرورة التمييز بين القانون والواقع و المعايير المقترحة.
- 475المطلب الثاني : حالات تدخل جهة النقض للرقابة على تفسير العقود.
- 476الفرع الأولى : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل القانون.
- 487الفرع الثاني : مدى رقابة جهة النقض فيما يتعلق بمسائل الواقع.
- 495*المبحث الثاني : رقابة جهة النقض على مسائل التسبيب والتحريف.
- 496المطلب الأول : الرقابة على مسائل التحريف.
- 497الفرع الأول : المقصود بالتحريف ومعاييره وأنواعه.
- 515الفرع الثاني : شروط قيام رقابة التحريف.
- 519الفرع الثالث : الأساس القانوني لرقابة التحريف ومبرراته.
- 527الفرع الرابع : تطبيقات قضائية عن رقابة التحريف.
- 533المطلب الثاني : الرقابة على مسائل التسبيب.
- 534الفرع الأول : المقصود بالتسبيب وشروطه.
- 539الفرع الثاني : عيوب التسبيب الموجبة للنقض.
- 548الفرع الثالث : الرقابة على تسبيب الأحكام المتعلقة بتفسير العقود.
- 553الفرع الرابع : تطبيقات قضائية عن رقابة التسبيب.
- 558خاتمة :
- 566قائمة المراجع :
- 579فهرس الموضوعات :



رسالة دكتوراه في القانون الخاص بعنوان :

القواعد العامة للتفسير
وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي
دراسة مقارنة

تخصص القانون الاجتماعي

من إعداد : مقني بن عمار

وتحت إشراف الأستاذ : الدكتور حبار محمد (الابن)

نوقشت علنية بمقر كلية الحقوق - جامعة وهران

يوم الخميس : 2010/03/18

ونالت درجة : مشرف حدا

* التعريف بموضوع الرسالة وأهميته :

وبعد فإن موضوع رسالتنا كما هو ظاهر من عنوانها يتعلق بالقواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي ، دراسة مقارنة .

ومن خلال العنوان ، يظهر أن الرسالة تحمل شقين ، شق مدني من جهة ، و شق إجتماعي أو عمالي من جهة ثانية . وعند عرضه ، وبحكم الدراسة المقارنة وجدت نفسي أحيان أغوص في الدراسة المقارنة مع الفقه الإسلامي ، وأحيانا في دراسة إجرائية من خلال استعراض رقابة المحكمة العليا وجهات النقض على القاضي عند تفسير وتكييف العقود .

ولاشك أن نظرية التفسير أو التأويل كما يسميه المشرع الجزائري تعتبر من أهم الأعمال القضائية ، والتفسير عمل أولي وأساسي لتطبيق أحكام القانون ، سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أم بتفسير العقود . وهي المحك الذي يميز ما بين النظم القانونية المختلفة ، لاسيما في نظرية العقد حيث أن النشاط الذهني الذي يقوم بها القاضي لفهم عبارات العقد وتحديد النية المشتركة لأطراف الاتفاق يعد عملا قضائيا واجتهاديا مهما وضروريا للبحث في انعقاد العقد وفي صحته وفي تحديد آثاره ، وغني عن البيان أن التشريعات المقارنة ، وحتى الفقه التقليدي ، لم يعالج موضوع التفسير إلا بمناسبة البحث في آثار العقد .

ومن المسلم به أن العدل هي الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع ، وسنت من أجلها القوانين ، فإن بلوغ هذه الغاية يتوقف على سلامة الوسيلة التي يتولى تحقيقها ، وإن الوسيلة في القاضي الذي يتوقف على قضائه "صحيح التصرفات" التي أخل بها الناس في معاملاتهم وصيانتها لكي تقوم علاقات الأفراد وارتباطهم ببعضهم ببعض على أساس قويم متين . وقد قيل بأن المشرع أقر الحرية وجعل العدل عليها رقيباً ليصلح العدل ما أفسدته الحرية في التصرفات " .

وقد استقر الفقه والقضاء على "مبدأ القوة الملزمة للعقد" باعتباره " قانون" واجب التطبيق من قبل أطرافه . وهذا المبدأ يستند إلى اعتبارات دينية وأخلاقية وفلسفية هي وجوب الوفاء بالعهد ، ومع ذلك فإن العقد قد تواجه عقبات وإشكالات عملية أو قانونية بالنسبة لأطرافه وللغير أحيانا تحول دون تنفيذه على النحو الذي تم الاتفاق عليه ، مما قد يخلق نزاعا بشأنه يتطلب اللجوء إلى القضاء لحله . ومن هنا يبدأ دور القاضي في تصحيح وتأويل ما عجزت إرادة أطراف العقد عن التعبير عنه بشكل سليم وواضح لا ريب فيه .

والأصل أن المتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد وفي حدود ما أفصحت عنه إرادته ونيته الحقيقية حتى ولو كان أحدهما في مركز ضعيف وقت التعاقد ، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لتهديب مبدأ سلطان الإرادة وتطويعه أملا في تحقيق نوع من التوازن بين الطرفين ، لأن الحرية المفرطة قد تغدر بالعدل وتخل بمبدأ المساواة وتعدم التفاوض بين الطرفين .

وحتى بفرض حالة التكافؤ بين الإرادتين فإنه من المحتمل أن يسيء أحدهما أو كلاهما التعبير عن الإرادة المشتركة ، لسبب من الاسباب إما جهلا أو سهوا أو خطأ أو حتى عمدا ، فعندها قد يجد القاضي نفسه في حرج اتجاه الأطراف ، لأن العبرة هي بإرادة الطرفين المشتركة لا بإرادة طرف على حدى .

- فهل يعتد بالألفاظ والمباني أم يرجح المقاصد والمعاني ؟ أي هل يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة أم العكس ؟

- وما هي العوامل الموضوعية والشخصية التي عليه أن يستهدي بها للوصول إلى تحديد النية المشتركة لأطراف العقد وقت التعاقد ؟

- وهل يخضع القاضي في عمله التفسيري لرقابه جهة النقص ؟
ونقطة البداية في بحثنا تكون بالحديث عن الإرادة وطرق التعبير عنها ، فعندما يتعاقد طرفان في العقد ، فإنهما يستخدمان القول أو الكتابة أو الإشارة المفهومة للتعبير عن إرادتهما المشتركة ، وعلى هذا فإن العقود جميعا تستلزم وجود عنصرين أساسيين هما :
- إرادة المتعاقدين (مظهر ذاتي للعقد) ، - والإفصاح عن تلك الإرادة (المظهر الخارجي)

وهذا العنصران لا بد لأحدهما من الآخر ، إذ أن كلا منهما يكمل الآخر ، فالنية بغير الإفصاح عنها لا تنتج أي أثر قانوني ، وليس ثمة من تعبير بغير نية . ولا بد من مطابقة الإرادة لما صدر من التعبير عنها .

والتعبير عن الإرادة يتم على طريق اللغة التي يتواضع عليها الناس أو على الأقل أطراف العقد . وإذا كانت الرياضيات تملك وسائل تعبير لا تترك مجالاً للغموض ، فإن التعبير عن الإرادة في مجال القانون يفسح مجالاً للغموض والإبهام والشك ، حينما يحدث أن يدعي أحد طرفي العقد عدم مطابقة ما أراده لما جرى التعبير عنه .

فالكلمات إنما هي أكثر الأدوات نقصاً في التعبير عما يدور بذهن الإنسان ، وإن أفضل دور للقاضي هو أن يكون سيد الكلمة ، وأن يطوع الكلمات لتلاءم الغرض محل البحث ، سواء كان ذلك عن طريق الفهم أو بحث النية المفترضة أو ما يمكن أن يطلق عليه الميل صوب العدل .

وهذا القصور أو الغموض بمختلف صورته يستدعي طرح النزاع على مفسر (قاض) يتولى كشف خفايا العقد وبيان حقيقة تلك المطابقة وقت إبرام العقد ، وهو ما يعبر عنه بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، والقاضي يفترض أنه رجل قانون متخصص ومحام ، ومع ذلك قد تكون مهمته دقيقة ومعقدة ، بما يضطره إلى الربط بين عناصر عقدية غير متجانسة ، بعضها موضوعي ، وبعضها الآخر شخصي . فتعيين مدى التعبير هو عنصر مادي محسوس ، وربطه بالإرادة أو النية ، وهي عنصر نفسي غير محسوس .

ومما هو ظاهر للعيان أن أهمية التفسير ازدادت بعد أن فرضت الشكلية نفسها في غالبية العقود وما ترتب عنها من تباين بين الإرادة الباطنة للمتعاقدين من جهة ، والتعبير المادي عنها من جهة أخرى .

ويعتبر موضوع تفسير العقد من الأهمية بمكان ، لأنه يشكل حجر الزاوية في القانون المدني ، إن لم يكن في جميع فروع القانون الأخرى ، ويرجع ذلك لكون أن آليات التفسير القانونية تعتبر خادمة للعقد ومساعدة على الوقوف والحياة في أرض الواقع ، لأنه إذا كان الهدف من التعاقد هو تنفيذ ما تم الاتفاق بشأنه ، فلن يتم هذا التنفيذ إن لم يكن رفع كل المعوقات التي تعترض طريقه ومن بينها رفع الغموض واللبس في العبارات أو المقاصد ، والمترجمة لعنصر الرضا في العقد . ، إذا فالتفسير ضروري لإنقاذ العقد من الخروج عن الغاية التي أبرم من أجلها وحماية المتعاقدين من الإرهاق .

ودور القاضي في تقصي إرادة الأطراف المشتركة يبرز الخدمة الحقيقية التي يقدمها لنظرية سلطان الإرادة في هذا المجال ، لأن احترام القاضي لإرادة الأطراف هو احترام للقانون الذي ساوى في القوة القانونية بين الإرادة والقانون في شأن الالتزام . ومن هنا يبرز الدور المحوري للقاضي في عملية التفسير خاصة عندما يحسن استعمال للوسائل القانونية لخدمة العقد .

وإذا كانت القواعد العامة للتفسير يصح اعتمادها كأساس في مختلف المعاملات التعاقدية من بيع وإيجار ووكالة وكفالة وغيرها من العقود المدنية والتجارية ، فإن الأمر يبدو مختلفا في نطاق عقود الإذعان التي تتميز بخصائص معينة ، تتمثل في وجود مراكز عقدية متباينة بين طرفين أحدهما طرف قوي يتمتع باحتكار فعلي وقانوني لخدمة معينة تمكنه من إملاء شروطه ، وهي الشروط التي يسميها البعض بشروط الأسد ، وذلك في مواجهة طرف ضعيف لا حول ولا قوة له سوى الموافقة على شروط غريمه من غير مفاوضة ولا مناقشة.

وهذه الوضعية " غير العادلة " تدعو بالمشرع إلى وجوب التدخل عن طريق قواعد تفسير خاصة ذات مرونة أكبر تستهدف في أساسها مساعدة الطرف الضعيف من أجل الوصول إلى تحقيق نوع من التوازن العقدي بين أطراف هذا العقد .

وتتنوع الاعتبارات والأسباب ، الموضوعية والشخصية ، التي تقود المشرع إلى التدخل لحماية الأطراف المستضعفة في الرابطة العقدية ، سواء اعترافا هذا الضعف من الناحية الاقتصادية أو من الناحية المعرفية أو حتى من الناحية الاجتماعية .

ونكتفي بالإشارة إلى أهم هذه الاعتبارات وأكثرها شيوعا . والفضل يعود فيها للفقهاء الذي عني بها وبرز وأرسى دعائمها القانونية . بعد أن ساندته القضاء مساندة غير مشروطة . وتتعدد مظاهر الحماية القانونية التي تستهدف الطرف الضعيف في العقد وتتخذ أشكالاً مختلفة ، وفي مراحل مختلفة من حياة العقد ، إذ لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد فحسب ، بل تمتد إلى تعجيله ، وكذا عند تنفيذه ، حيث يلجأ القانون في سبيل تحقيقها إلى وسائل متعددة .

ويميل بعض الفقهاء إلى تقسيم هذه الوسائل إلى قسمين : أحدهما يضم وسائل للحماية من طبيعة وقائية ، تتعلق أساسا بقواعد إبرام العقد . والآخر يضم وسائل علاجية ، في حالة حدوث نزاع بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد .

ومن بين الوسائل الوقائية مثلا فرض التزام مشدد بالإعلام والنصيحة على عاتق الطرف المحترف . كما تعتمد التشريعات أسلوب التنظيم المقنن لبعض العقود يحتم على أحد الطرفين (المنتج أو المحترف) بأن يبرز للطرف الآخر ، قبل انعقاد العقد ، عددا من البيانات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة محل العقد كالثمن والمكونات والموصفات ، وهذا باللغة التي يفهمها المستهلك .

وأما الوسائل العلاجية فيتم الالتجاء إليها حيثما لا تفلح الوقاية ، أي بهدف تصحيح أو إزالة ما تعذر تجنبه ، وأهم هذه الوسائل هو تقرير بطلان العقد الذي جرى إبرامه ، فالبطلان وفقا لهذا الرأي يوفر حماية من طبيعة علاجية للطرف الضعيف . وهو في الغالب بطلان نسبي ، بحيث لا يجوز أن يتمسك به إلا الطرف الذي قرر البطلان لمصلحته .

وثمة أسلوب آخر لحماية الطرف الضعيف إزاء مضمون العقد يتمثل في استبعاد ما يعرف بالشروط التعسفية .

والى جانب هذه الأساليب الموضوعية توجد هناك وسائل تشريعية إجرائية مقررة للحماية عند التنازع ، ومنها تسهيل قواعد الإثبات للطرف الضعيف . وإعفاءه مبدئياً من عبء الإثبات كما هو الحال في الدعاوى العمالية ودعاوى الاستهلاك . وزيادة على ذلك أقرت هذه التشريعات قواعد إختصاص قضائي أكثر مرونة تراعى فيها مصالح الطرف الضعيف بالدرجة الأولى .

وفي إطار متطلبات الحماية نجد المشرعين وفروا قواعد وطرق للتفسير ، مبينين حالات استعمالها وحدودها ، إذ كثيراً ما يقتضي مضمون العقد ، بسبب غموضه أو وجود شك يحوطه سواء في العقد كله أو في بند من بنوده ، بشكل يعرقل عملية تنفيذه . فهنا يتدخل القاضي لتأويل عباراته بحثاً عن النية المشتركة للعاقدين ، إعتقاداً على وسائل معينة يحددها المشرع . ومما هو خليق بالذكر أن عقود المساومة تختلف عن عقود الإذعان من عدة جوانب لكون هذه الأخيرة تتميز بوجود طرفين متباينين ، أحدهما قوي ، والآخر ضعيف قانونياً وإقتصادياً ومعرفياً ، وأن من يتولى صياغة العقد وإملاء شروطه هو الطرف الأول دون السماح للطرف الثاني بمناقشة مضمون العقد . ومن الطبيعي أن ينعكس هذا التباين على قواعد التفسير ، حيث من المفروض أن الطرف الذي انفرد بإعداده هو من يتحمل في هذه الحالة تبعات سوء صياغته لعبارات العقد أو أي غموض بشأنها أو أي شك يحوطها .

* تحديد إشكالية الرسالة :

الإشكالية التي تولينا معالجتها عبر هذه الأطروحة تتمحور أساساً في مدى ومجال تأثير النظرية العامة لتفسير العقود والالتزامات على عقود العمل ، ونطاق سلطة القاضي وحدودها في تفسير العقود والمشارطات الفردية والجماعية للعمل .

حيث يثور التساؤل عن قواعد التفسير في حالة تعارض شروط العقد فيما بينها ، وكان بعضها مكتوباً والآخر مطبوعاً (كما في عقود التأمين) ، فلمن تكون الأفضلية : هل للشروط المحررة يدوياً أم للشروط المطبوعة؟ ، وهل تسبق الشروط العامة على الشروط الخاصة؟

وهل يمكن التوسع في تفسير الشروط الاستثنائية التي تتضمن خروجاً عن القواعد العامة كشرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل ، وشرط سقوط الأداءات في عقود التأمين ، وشرط عدم الضمان في عقود الاستهلاك ، وشرط عدم المنافسة في عقود العمل...؟

ونتساءل أيضاً في مجال علاقات العمل : هل تغلب عقود العمل على الإتفاقيات الجماعية وعلى قانون العمل نفسه رغم أن قانون العمل قد يتضمن مزايا ومنافع أفضل وأفيد للعامل ؟ وما هو التفسير الذي يمكن الأخذ به في هذا الإطار ؟ وهل نرجع إلى القواعد العامة أم هناك قواعد خاصة يمكن تطبيقها بمعزل عن القواعد العامة للتفسير ؟

وهي مسائل على الرغم من أهميتها إلا أن غالبية التشريعات لم تعالجها ، والقليل الذي تعرض لها كان بشكل محتشم جداً ولا يفي بالغرض .

وقد أردنا من خلال اختيار هذا الموضوع إظهار مدى أهمية التفسير في مجال العقود ، وهي أهمية لا تقل عن تفسير القانون ، ذلك أن العقد هو في الأخير قانون الطرفين ، وهناك سبب آخر دفعنا للخوض في البحث هو أننا نود استخلاص أهم تطبيقات قواعد القانون المدني على المنازعات العمالية ، ذلك أن القانون الاجتماعي له ذاتي خاصة متعددة المظاهر ، سواء فيما يتعلق ببرام العقود، أو بقواعد البطلان (النظام العام الاجتماعي) ، أو قواعد التفسير ، أو قواعد الإثبات .

وقد سبق لنا وأن بحثنا في رسالتنا للماجستير نظرية الإثبات الاجتماعي ، ورأينا أنه توجد قواعد خاصة في الإثبات لا وجود لها في القانون المدني ، لاسيما ما يتعلق منها بعبء الإثبات ، وأردنا من خلال هذه الرسالة بحث أحكام " نظرية التفسير الاجتماعي " وإبراز إختلافاتها مع " نظرية التفسير المدني العقود " .

والحقيقة أن نظرية التفسير (تفسير العقود) قد نشأت في أحضان الفقه المدني ، وأن قانون العمل رغم خصائصه المميزة ، واتسام قواعد بالصفة الواقعية والأمره فإنه يعد جزء من منظومة القانون الخاص (حسب غالبية الفقهاء) ، وهو ما دفعنا للرجوع إليها في كل مرة على سبيل التوضيح لا أكثر ولا أقل ، في حين اقتصرنا في الجزء الثاني من هذه الرسالة على بحث مدى تطبيق القواعد العامة في التفسير المذكورة أنفا على قانون العمل والقانون الاجتماعي ككل ، ولاسيما منها على العقود الفردية والجماعية للعمل . وهي دون شك ستكون قواعد مختلفة بالنظر إلى الخصائص المتفرقة التي تطبع هذه العقود وتميزها عن غيرها من العقود والاتفاقات المدنية والتجارية ، وبالنظر كذلك إلى ذاتية قواعد قانون العمل بصفة خاصة وقواعد القانون الاجتماعي بصفة عامة التي تسعى دائما إلى حماية مصالح العمال على حساب مصالح أرباب العمل .

وهذه الإشكاليات ، وما يتفرع عنها من أسئلة ، حاولنا قدر المستطاع استعراضها والإجابة عنها بدراسة مقارنة ، جزائرية وعربية وفرنسية ، مدعين ذلك بنصوص قانونية كثيرة ، وآراء فقهية سديدة ، واجتهادات قضائية قديمة وحديثة ، وأحيانا عقبنا عليها بملاحظات شخصية متواضعة .

* تحديد منهجية البحث والصعوبات العلمية في إعداد الرسالة :

لأشك أن أي عمل بشري تواجهه عقبات ذات طابع قانوني و ذات طابع مادي ، وأخرى ذات طابع منهجي ، وعلى الباحث أن يحاول تجاوزها بسرعة و إتقان . ولا نخفي القول بأنه أكبر مشكلة واجهتنا هي العقبات المنهجية الشكلية (منهجية) ، بدرجة أقل عقبات موضوعية بالنظر إلى نقص المراجع في مجال نظرية تفسير العقد مقارنة بنظرية تفسير القانون . وتزداد الصعوبة أكثر عند الخوض عن ما يسمى " نظرية التفسير العمالية " .

وكل هذه الصعوبات لم تثن من عزمنا وإصرارنا على استكمال هذا البحث العلمي على وجهه اللائق ، انطلاقا من المادة العلمية المتوفرة التي تحصلنا عليها طيلة سنوات من البحث .

مع الإشارة على أن رغم ثراء قائمة المراجع المستعملة في هذه الرسالة إلا أنه بنظرة بسيطة يتضح أن عددا قليلا منها فقط ما أفادنا في معالجة هذا الموضوع المتخصص أما بقيتها فهي عبارات عن مجرد مراجع عامة .

وأمام غياب المراجع المتخصصة في الموضوع ، لاسيما في شقه الثاني خاصة بتطبيقات نظرية التفسير في المواد الاجتماعية كان علينا تبني منهج تحليلي مقارن بين التشريع الجزائري وباقي التشريعات العربية والغربية من جهة ثانية ، حيث ارتكزنا على دراسة موقف القانون والقضاء والفقهاء الجزائري من مختلف الإشكاليات التي يثيرها موضوع البحث رغم قلة ما تحصلنا عليه أو بالأحرى مما نشر في المجالات والنشريات المتخصصة ، وحاولنا مقارنته بنظرائه ، خصوصا في كل من فرنسا ومصر باعتبارهما تشريعين مرجعيين (مرجع مادي وتاريخي) بالنسبة لتشريعنا الوطني .

وهذه الدراسة المقارنة اتخذت عدة جوانب ، مدنية من جهة (الأصل) ، وعمالية أو اجتماعية من جهة ثانية (تطبيق خاص)، وإجرائية من جهة ثالثة (رقابة جهة النقص) ، وهو ما زاد من صعوبة المقارنة بين عدة فروع قانونية لكل منها سماته وتطبيقاته التي تختلف عن الآخر حتى داخل الدولة الواحدة ، فما بالنا إذا تعلق الأمر بعدة تشريعات مقارنة تتعدد وتتنوع خصوصياتها . ومن حسن حظنا أننا وفقنا في الحصول على جل التشريعات العربية والفرنسية مدنية وعمالية وإجرائية .

ولم نتوقف عند هذا الحد بل كنا ملزمين في بعض الأحيان بالبحث عن موقف الفقه الإسلامي من بعض مسائل التفسير ، واستندنا أيضا على مجلة الأحكام العدلية الذي يعد أو تقنين مدني بصيغة إسلامية ، طبق في كل الدول التابعة للخلافة العثمانية ، وهي قانون وضعي وشرعي لم يعد له وجود في تركيا نفسها بعد سقوط الخلافة العثمانية ، ومع ذلك تأثرت به العديد من التشريعات العربية كالعراق والأردن والإمارات وغيرها عندما نقلت بعض موادها حرفيا إلى تقنيناتها المدنية ، وبعض هذه أصرت على العمل لغاية بداية الثمانيات من القرن الماضي كما هو الحال في الكويت والأردن .

وقد قمنا بجمع المعلومات مستخلصة من عموم الدراسات ثم عمدنا إلى تركيبها في إطار عملي وعلمي محض وفق اتساع منطقي ، مستترين بأراء الفقه من خلال أكثر من 400 مرجع على الأقل بين جزائرية فرنسية وعربية ، وقد حاولنا احترام الأمانة العلمية قدر الإمكان لدرجة أن ربع صفحات الرسالة هو عبارة عن هوامش ، الأمر الذي أوصل حجم المذكرة دون أن نشعر بذلك إلى أكثر من 580 صفحة . وهو بحد ذاته تطلب وقتا إضافيا من أجل مراجعتها أكثر من مرة من حيث الشكل والمضمون .

وقد اتخذنا من القواعد القانونية أساسا في استقصائها من خلال جميع النصوص المقارنة ، سواء التقنيات المدنية أو العمالية أو تقنيات الضمان الاجتماعي ، أو تقنيات المرافعات من مختلف دول العامل العربي إضافة إلى التشريع الفرنسي الذي يعد التشريعي المرجعي (المادي والتاريخي) لتشريعنا ، وأنه لحسن حظنا استطعنا أن نتحصل عليها جميعها ، وبما فيها بعض التشريعات العربية الملغاة ، وقد تجاوز عددها حسب إحصائنا أكثر من 200 نص قانوني بين تشريع وتنظيم .

ولم ننسى أن نستفيد من العمل القضائي كمادة علمية وسيلة فهم لبعض النصوص القانونية ، وهذا بالرجوع على عشرات القرارات القضائية تجاوزت 400 قرار قضائي من مختلف المحاكم والجهات القضائية الجزائرية والعربية والفرنسية ، ولو أن عددها ونوعها في الجزائر يبقى ضئيلا إذا ما قورن بفرنسا ومصر ، على الأقل فيما هو متاح للنشر ، ولاشك لأن عملية الربط بين القاعدة الثابتة وتطبيقاتها العملية تظهر لنا مدى التوافق بين النص القانوني وسبل تطبيقه .

وقد تحصلنا فعلا على العديد من قرارات جهات النقض بالعديد من الدول ، لاسيما في فرنسا ومصر ، ووجدنا تشابها أحيانا وإختلافا في أحيان أخرى مع التشريع والقضاء الجزائريين ، وقد أشرنا إلى ذلك في مواضعه .

وهذه الدراسة المقارنة بقدر ما أفادتنا في إثراء البحث ومعرفة مواطن الاتفاق والاختلاف بين التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية ، فهي في نفس الوقت أرهقتنا وشكلت لنا صعوبة لأن قراءة النصوص جامدة قد لا تتضح ولا تفهم إلا بعد الإطلاع على الممارسات القضائية في هذه الدول مع استعراض رأي الفقه بشأنها . لذا كان علينا أيضا التفتيش عن مختلف المجالات والمؤلفات والمواقع الالكترونية التي تهتم بنشر قرارات وأحكام المحاكم من أجل جرد كل ما يتعلق منها بموضوعنا .

* الخطة المتبعة في البحث :

ولمعالجة الإشكاليات المطروحة في البحث أثرنا إتباع خطة كلاسيكية مكونة من بابين يسبقهما فصل تمهيدي ، بحيث تناولنا في الفصل التمهيدي ماهية التفسير ، وأنظمتها القانونية ، وطرقه الفنية .

وتطرقنا فيه على الخصوص لمعنى التفسير لغويا وإصطلاحا وطرقه اللغوية والمنطقية ومجاله ، وعلاقته ببعض المفاهيم المشابهة كالتكييف والتعديل وتحديد نطاق العقد . كما تعرضنا لأنظمة أو مذاهب تفسير العقود . وهي ترتبط بفكرة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

- أما الباب الأول : فخصصناه لعرض القواعد العامة لتفسير العقود ، وتطبيقاتها القانونية والقضائية في القانون الجزائري والمقارن ، وقسمناه إلى فصلين : حيث تعرضنا في الفصل الأول : للقواعد العامة لتفسير العقود مبينين مجالات تدخل القاضي لإعمال لسلطته في تفسير هذه العقود ، سواء في حالة وضوح العبارات أو عدم وضوحها . ومحددن العوامل الموضوعية والشخصية التي يستند عليها في تحديد إرادة الطرفين المشتركة .

في حين خصصنا الفصل الثاني : لأهم التطبيقات القانونية والقضائية لقواعد التفسير في بعض العقود ، ومنها التفسير الموسع والتفسير الضيق ، مركزين على التطبيقات الخاصة في مجال عقود الإذعان ، وبالخصوص منها عقود التأمين والاستهلاك .

- أما الباب الثاني : فتعرضنا فيه لتطبيقات قواعد التفسير في منازعات العمل والضمان الإجتماعي ، وقسمناه بدوره إلى فصلين :

حيث تعرضنا في الفصل الأول : إلى قواعد التفسير المتعلقة بعقود العمل الفردية ، وهي تقترب إلى حد ما مع عقود الإذعان . مبرزين أهم التطبيقات القضائية لمبدأ التفسير الأصلح للعامل ، وشروطه وآثاره .

أما **الفصل الثاني** : فخصصناه لرقابة جهة النقض على عمليات تفسير العقود ، وهو في الحقيقة فصل جامع يشمل جميع العقود بما فيها عقود العمل .
وتعرضنا فيه لحدود التفسير القضائي للعقود في الحالات التي يوصف فيها بأنه مسألة قانون ، وكذا في الحالات التي يختلط فيها الواقع بالقانون .
وركزنا البحث على رقابة جهات النقض على سلطة القاضي في التفسير ، وهي رقابة على نوعين رقابة على مسائل تسبب الأحكام ، ورقابة على مسائل تحريف عبارات العقود .

* النتائج المتوصل إليها :

من خلال بحثنا ومقارنتنا توصلنا إلى عدة نتائج لعل أهمها ما يلي (15 نتيجة) :

1- أن التفسير يعد من أهم الأعمال القضائية ، وهو عمل أولي وأساسي لتطبيق أحكام القانون ، سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أم تعلق بتفسير العقود ، وهو بحق ظاهرة قانونية قائمة بذاتها ، كما هو الحال في الفقه الإسلامي . وكان من أهميته أن عني به الفقه الغربي عنايته فائقة لدرجة أنه تم إنشاء معهد للتفسير بجامعة كامبرينو بإيطاليا سنة 1955 .
فالتفسير أو التأويل ، كما يسميه مشرعنا الجزائري ، ليس فن معرفة قواعد اللغة من نحو وصرف ، وليس مجالا لإجراء العمليات المنطقية ، بل هو علم حياة القانون . فالقانون لا يحيا إلا بتطبيقه ، ولا تطبيق إلا بالتفسير .

2- أن تفسير القانون يختلف عن تفسير العقود ، وإن تشابها في مجالات تدخل القاضي ، فإنهما يختلفان في الوسائل . وإذا كان القانون يحتاج إلى تفسير في حالة غموضه أو تناقض نصوصه أو نقصه أو وجود عيوب مادية به ، فإنه من باب أولى أن يكون العقد هو الآخر محلا للتفسير عند قيام حالاته .
والتفسير واجب على القاضي سواء في مجال العقود أو في مجال القوانين ، لأن وظيفته إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروض عليه ، وهو يقوم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم .

ومن حيث طبيعة العمل القضائي التفسيري فهو عمل موضوعي لا يختص به قاضي الاستعجال ولكنه ليس حكرا على القاضي المدني ، فحتى القاضي الإداري يمكنه تفسير العقود ، وكذا الشأن بالنسبة للقاضي الجزائي في حالة ما أثير الأمر أمامه بصورة عرضية ، لاسيما فيما يتعلق بجرائم خيانة الأمانة .

3- إن العقد مهما كانت صياغته الفنية ودقة تحريره فهو بحاجة إلى تفسير ، مادام أن نزاعا أثير بشأنه ، خاصة في ظل العقود الإذعائية ، ولا تمنع رسمية العقد من تفسيره أو تصحيحه مادام قد اتضح أن بنوده غير متوافقة مع قصد طرفي العقد حتى ولو كانت واضحة في دلالتها .

ومن ثم يتعين على القاضي عدم التقيد بالجانب اللفظي للعقود الحرفي ، ذلك أن تفسيرها حرفيا قد يؤدي إلى نتيجة غير عادلة أو غير معقولة ، فإن علينا أن نعيد النظر في روية وإمعان ، إذ يجب على القاضي أن يستخدم جميع مهاراته ، كما لو كان متخصصا في علم اللغات ، وذلك لكي يتجنب الوصول إلى النتيجة غير العادية أو غير المعقولة . فالعبرة هي بالمسميات والمضامين لا بالأسماء والعناوين .

ومن الجائز أن يكون للكلمة أو العبارة المراد تفسيرها أكثر من معنى ، أحدهما واسع والآخر ضيق . فالمعنى الذي يؤخذ به يجب أن يتوافق مع العدل ومقتضى العقل ، فالقاضي ينبغي ألا يكون خاضعا قائما للكلمات الواردة بالمرحور ، بل ينبغي أن يكون هو المشرف على إدارة عجلة آلات الكلمات والعبارات صوب الحق والعدل .

والواقع أن القاضي يكاد يكون في مركز ممتاز مقارنة بالمشروع ، لأنه أكثر التصاقا بالحياة العملية الأمر الذي يجعله أقدر منه على استنباط الحلول الأكثر ملائمة أو التي تتفق والأحوال الجديدة والمحددة . وقد قيل في هذا الصدد : " أن القانون كلام جامد لا روح فيه ولا حياة ، وأن القاضي بقضائه يمنحه الحياة والحركة " .

4- لا ريب في أن تفسير العقد يعتبر ضروري للبحث في انعقاد العقد وصحته وتحديد آثاره ، وهذا التفسير يأتي قبل تحديد نطاقه ، إذ يتوقف عليه تحديد التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين .

والعمل القضائي التفسيري بإمكانه إكمال النقص في الإرادة العقدية ، من خلال مراعاة الظروف الداخلية والخارجية للعقد ولطرفي التعاقد ، مع الاسترشاد بقواعد العدالة والإنصاف ، بل وفرض التزامات على الطرف القوي لم تكن مألوفة من قبل كالتزام بالضمان والسلامة والالتزام بالنصيحة ، والالتزام بالإعلام...

ويأتي التفسير قبل تكييف العقد وإطباق نص القانون عليه . وهي مراحل تتطلب تدخل القاضي فيها ، وهذا النشاط غير المحدود للقاضي جعل البعض يشبهه بنشاط ودور المشروع في هذه الدائرة المرنة ، لأنه يستطيع أن يعيد تنظيم العلاقات التعاقدية بين الناس لما يملك من حق التعديل والتفسير والتكييف والفسخ والتعويض...

5- لقد اتضح لنا سخاء المشرع في حماية بعض الأطراف على حساب أطراف أخرى ، وبدا لنا بجلاء اتساع سلطة القاضي في مجال تفسير عقود التأمين وعقود النقل وعقود الاستهلاك وعقود العمل ، وسائر عقود الإذعان ، وهي العقود التي بدأت تستقل تدريجيا عن كتلة القانون المدني ، بحيث أصبح لكل عقد قانون خاص ينظم أحكامه بعد أن كان القانون المدني هو الأسرة الواحدة التي تلم كل العقود الصغيرة والكبيرة .

6 - إنه بفضل بعض حيل التفسير المخولة لصالح الأطراف المستضعفة أمكن للقاضي إزاحة كل الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقود وتزيج الإختلال الموجود فيها منذ بداية نشأتها . وبذلك يتوضح عنصر الرضا الحقيقي في العقد ، ويتطهر من كل شائبة أو تعسف بحكم السلطة الواسعة التي أعطتها التشريعات المقارنة للقاضي فيما يتعلق بتعديل الشروط التعسفية بل ويجوز له إهدارها كلية إذا اقتضت ذلك مصلحة الطرف المدعن واتضح له أنها مجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل .

وهو ما جعلنا نكتشف قواعد خاصة متميزة يمكن تطبيقها بمعزل عن القواعد العامة للتفسير ، أو لنقل هو تطويع للقواعد العامة على النحو الذي يضمن الفعالية والانسجام والملائمة مع خصوصية عقود العمل التي تحاول من خلال نظرية التفسير حل إشكالية التكافؤ بين مراكز المتعاقدين . كما يمكن اعتبارها مظهرا من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة في عقود الإذعان الذي يعتبر عقد العمل واحدا منها على الأرجح لدى الفقه والقضاء وهو رأي نؤيده وندعمه .

ومن البديهي أن عقود الإذعان تتميز بخصوصيات معينة ، ولكن دون أن تخرج في طبيعتها عن باقي العقود حسب الراجح لدى الفقه المدني . فهي تجمع بين طرفين غير متكافئين ، أحدهما يتمتع بمركز قانوني واقتصادي واجتماعي قوي يملئ شروطه على الطرف الثاني الضعيف في هذه العلاقة اقتصاديا وقانونيا واجتماعيا ، مما يضيف عليه غالبا طابع الإجحاف والظلم . ولذا تمتاز قواعد التفسير بأنها من القواعد التشريعية والقضائية التي تستهدف حماية هذا الطرف الأخير ، وعن طريقها يمكن إعادة التوازن للرابطة العقدية .

7- لقد سعى المشرع دوما لتوفير قواعد حماية للأطراف المستضعفة ، ومنها قاعدة " تفسير الشك لمصلحة المدين " في عقود المساومة ، وقاعدة " تفسير الشك لمصلحة المذعن " في عقود الإذعان ، دائنا كان هذا المذعن أو مدينا . وهما قاعدتان مكرستان فقها وقضا وتشريعا ، ويشكلان مظهران من مظاهر الحماية التشريعية .

والواقع أن هاتين القاعدتين في الأصل مبنيتان على مجرد افتراض بأن المدين والمذعن كلاهما طرف ضعيف وعديم خبرة سواء في العقد ككل أو في شرط من شروطه فقط (في الالتزام) ، إذ من المحتمل أن يكون الطرف المذعن قانونا في مركز أقوى واقعا من الطرف المذعن له ، كما هو الحال بالنسبة لفئة العمال المسيرين .

فصفة الدائن أو المدين في عقود الإذعان لا تفيد بالضرورة مركزا قويا أو ضعيفا في الرابطة العقدية، فلا يوجد تلازم بين الأمرين . بمعنى أنه ليس من المحتم أن يكون الطرف الضعيف دائما هو المدين ، والطرف القوي هو الدائن ، فالطرف الضعيف قد يكون دائنا أو مدينا .

ومرد ذلك ، من جهة ، أن كل طرف في العقود الملزمة للجانبين يعد دائنا ومدينا في آن واحد ، أي أن كل صفة منهما تتضمن ، بوجه عام ، عناصر من القوة والضعف ، فإذا كان للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالتزامه وأن يجبره على تنفيذه . فهو يصبح طرفا ضعيفا في شتى الممارسات التي يسعى المدين من خلالها إلى الإفلات من التزاماته أو الإضرار بالدائن .

8 - إن هناك مبررات قانونية وموضوعية ومنطقية قوية دفعت المشرع لحماية الأطراف المستضعفة في العقود فأراد أن يبيلور أو يبتكر عدة حيل قانونية ومن خلالها يمكن القضاء التدخل لحماية الطرف الضعيف بأي شكل كان ولو عن طريق " حيلة التفسير لصالح الطرف الضعيف " .

9- الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم بشكل جيد مسألة عقود الإذعان ، ومنها عقود الاستهلاك ، عقود التأمين ، وعقود النقل ، وعقود العمل بشكل جيد ، وتركها متناثرة ، مع أنها تحتاج لتجميعها في قواعد خاصة تشمل قواعد التعاقد ، وعيوبه ، وبطلانه ، وتصحيحه ، وإثباته ، وتفسيره .

10- أن الفقه والقضاء مستقران على أن الشارع إنما ذكر بعض وسائل أو عوامل التفسير على سبيل المثال لا الحصر كطبيعة التعامل ، الأمانة و الثقة وحسن النية ، والعرف الجاري في المعاملات وقواعد العدالة ، وبعضها لم يذكره المشرع صراحة ولكن لم يمنع القاضي من استخلاص عوامل أخرى منتهلا من القواعد العامة للقانون . وهذه القواعد في مجملها قواعد ليست ملزمة ، وإنما هي قواعد إرشادية يستأنس بها القاضي ويستهدي بها قدر الإمكان دون أن يسيء استعمالها ، لأن التفسير في نهاية المطاف هو مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة وضرب من ضروب الاجتهاد القضائي .

وعليه نقر بأن هناك عوامل طرق أو أخرى مساعدة على تفسير العقود (عوامل غير تشريعية) تخلقها الحالات الخاصة في العقود ، ولا يستطيع الشارع أن يفترضها جميعا وإنما يجب على القاضي أن تتكيف وفق التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي كثيرا ما تؤدي إلى تعقيد المعاملات ، وليس الاعتماد في هذا كله على كثرة ما يورده الشارع من طرق التفسير ، وإنما العمدة فيها على فطنة القاضي ودقته وسعة اطلاعه في تطبيقها وتكييفها لتلاءم كل حالة بذاتها .

11- ويظهر أن هناك قواعد تفسيرية مهمة لم ينص عليها المشرع الجزائري ، ولكن استقر عليها الفقه والقضاء إنطلاقا من نفس المبررات السابقة ، ومنها قاعدة تغليب الشروط الخاصة والملحقة على الشروط العامة في حالة التعارض فيما بينها ، وهي حالات كثيرا ما يقع فيها الغموض واللبس . وأيضا قاعدة تغليب الشروط المكتوبة يدويا على الشروط المطبوعة ، باعتبار أنه يمثل الشرط الأساسي الذي يترجم النية المشتركة للمتعاقدين . وقاعدة تغليب الشروط التي يتم فيها العلم يقينيا وتكون ظاهرة بشكل كاف على باقي الشروط الظنية العلم ، وهي قواعد اقترحها بعض الفقه الفرنسي .

وفي مجال قواعد العمل نجد عدة قواعد تفسيرية للعقود ومنها مراعاة التفسير الأصلح والأفيد للعامل دوما . وقاعدة تغليب الشرط الاتفاقي على نصوص اتفاق الجماعي وحتى على نصوص القانون مادام أنه يرجع بالفائدة على العامل ، وهي قواعد شبيهة إلى حد بعيد بقواعد تفسير عقود الإذعان .

12- أن المشرع الفرنسي ذكر تسع قواعد للتفسير نقل المشرع الجزائري بعضا منها مع تغيير طفيف في صيغها . ومع ذلك نرى أنه لا ضرر في الرجوع إلى القانون الفرنسي لتفسير أحكام القانون الجزائري ، مع الاستعانة في ذلك بما تواتر من أحكام قضائية وما استجد من آراء فقهية . فالقاضي غير مقيد بما نص عليه القانون فقط بل عليه أن يجتهد ، فهذا أمر واجب عليه بدهاءة ، ثم أن القاضي محكوم بمبدأ آخر هو عدم إنكار العدالة ، وهو فعل معاقب عليه جزائيا وقضائيا ، ومن ثم فلا يمكنه التوقف عند حدود ما نص عليه المشرع فقط ، إذ أن هناك حالات لم يقننها المشرع ، وترك باب الاجتهاد مفتوحا من أجل بحثها ، فالقاضي العادل يعدل بحكمه ما كان جائرا في القانون .

13- ما شد انتباهنا أن المشرع لم يعالج نظرية التفسير إلا في مواد معدودة ، كما غاب الحديث في تشريعنا عن نظرية تكييف العقود ، رغم الفرق الشاسع بينها وبين نظرية التفسير ، إذ بعد قيام القاضي ببحث حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين يستطيع في مرحلة لاحقة تكييف العقد وتحديد النص القانوني المناسب للتطبيق عليه . وبالتالي بيان آثاره بالنسبة لطرفيه وللغير ، ومن هنا تظهر أهمية التفسير كمرحلة سابقة على التكييف ولزامه لها أحيانا . مع الإشارة أن القاضي غير مقيد بوصف العقد الذي يعطيه له أطرافه ، لأن العبرة هي بحقيقة العقد لا بوصفه الظاهر .

14- أن تفسير العقد في حقيقته قائم على استخلاص العقد المشترك للعاقدين من وقائع موجودة وثابتة في الأوراق ، وبذلك يعتبر مسألة من مسائل الواقع . ويخرج بالتالي عن رقابة محكمة النقض . بخلاف قواعد تكييف العقود التي تخضع لرقابة جهات النقض .

فصحيح أن سلطة القاضي واسعة في مجال العقود ، وبالأخص في مرحلة التفسير ، مقارنة مثلا بمرحلة التكوين ، ولكن هذه السلطة لا بد لها من ضوابط منعا للتعسف والشطط ، ومن اللازم إخضاعها لرقابة جهة النقض ضد أي تحريف في عبارات العقد أو أي تسبب معيب يورده قاضي الموضوع في حكمه أو ربما يكون هذا التسبب منعدم أصلا .

وأن التفسير ليس عملا مطلق التقدير للقاضي بل يخضع لضوابط قانونية وقضائية واتفافية ، وحينها يصبح من صميم مسائل القانون بحيث يخرج عن رحاب سلطة قاضي الموضوع ليخضع لسلطة جهة النقض بمناسبة الفصل في الطعن بالنقض على اعتبار أن المحكمة العليا هي محكمة قانون لا جهة درجة ثالثة من درجات التقاضي .

ومن الحالات التي تراقبها تلك التي ينص عليها القانون لا على نحو إرشادي ، وإنما على نحو إلزامي ، فهنا يتحتم على القاضي الالتزام بها في التفسير بما يمليه عليه المشرع وإلا اعتبر قد خالف القانون ، وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض . بمعنى أن تفسير العقد يتم من ناحيتين :

إحدهما واقعية : تتعلق بالعبارات والتعبير الواردة في العقد ، وما إذا كانت واضحة أم غير واضحة . وكذا العوامل الشخصية والموضوعية التي يعتمدها القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة والحقيقة لطرفي العقد ، هنا لا معقب على القاضي من جانب محكمة النقض على شرط أن يحيد عنها لدرجة تحريف وتشويه العبارات ، فهنا يخضع لرقابة النقض .

والثانية قانونية : أو على الأقل يختلط فيها الواقع بالقانون ، وهي تتعلق بمدى التفسير ورقابة جهات النقض على مسائل التحريف التسبب وعلى مسائل التحريف . وقد اتضح لنا بعد البحث والتفتيش في تطبيقات رقابة جهات النقض في مجمل الدول العربية إضافة إلى فرنسا وجود تماسك تام بين الوقائع والقانون حتى أصبح من العسير الفصل بينهما أحيانا ، وهي الصعوبة التي يقر بها الفقه والقضاء . وكما يقول أحد الفقهاء أن الفصل بين الواقع والقانون هو أشبه بالفصل بين ألوان الطيف المتداخلة.

15- من المفارقات أن المشرع الجزائري نص على رقابة التحريف (ومنها تحريف العقود) في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 358 فقرة 12)، وجعل تحريف العقود والمحرمات سببا من أسباب الطعن بالنقض رغم أن نظرية التحريف غير مستقرة ، بل وغير معروفة لدى الفقه والقضاء الجزائري ، على الأقل بالاطلاع على المراجع التي أتيج لنا وأن تحصلنا عليها ، بخلاف المشرعان الفرنسي والمصري ، فهما لم ينصا على مسألة الطعن بسبب التحريف ، رغم أنها نظرية التحريف قديمة عندهما ، وقد كتبت فيها العديد من المؤلفات ، وناقشها القضاء في عديد المناسبات .

لقد كان لزاما علينا ، ونحن في ختام هذا البحث بعد سنوات من البحث والتمحيص والتدقيق ، وجولة طويلة بين صفحات مؤلفات القانون المدني والقانون الاجتماعي وقانون المرافعات ، وكذا الفقه الإسلامي ، وبعد عرض مختلف الآراء الفقهية وتفحص الكثير من الاجتهادات القضائية .

أن نخرج بجملة من الاقتراحات المتواضعة نقدمها لمشرعنا الجزائري في مجال تفسير وتكييف وإثبات وتنظيم عقود الإذعان .

أولاً- نقترح إعادة صياغة نص المادة 111 من القانون المدني على شكل عدة فقرات بنفس الأسلوب المعتمد في التشريعين المغربي والتونسي .

بحيث يحدد في الفقرة الأولى الحالات التي يجوز فيها تفسير فيها عبارات العقد ، ومنها حالات عدم وضوح عبارات العقد ، وحالة الاختلاف بين نية الأطراف وعباراته العقد ، وحالة الشك .

وأن يعدد ويحصر في الفقرة الثانية مختلف العوامل الشخصية والموضوعية التي يستند عليها القاضي في التفسير ، بإضافة تلك القواعد التي نص عليها المشرع الفرنسي ، والتي خلى منها تشريعنا في شكله الحالي ، وأيضا ما استقر عليه الفقه والقضاء المقارنين .

وأن يبين في الفقرة الثالثة على طبيعة هذه العوامل هل هي ملزمة للقاضي أم مجرد عوامل إرشادية لا غير .

وأن يحدد في الفقرة الرابعة المقترحة الحالات التي لا يجوز فيها التفسير ، وكذا الجزاء المترتب عن مخالفتها .

وأن ينص في الفقرة الخامسة المقترحة على الحالات التي يجوز فيها التوسع في التفسير والحالات التي يضيق فيها التفسير .

على أن يخصص الفقرة الأخيرة لبيان العلاقة بين تفسير العقد وإثباته .

ثانيا- نقترح إعادة صياغة نص المادة 112 من القانون المدني ، بحيث يحدد المشرع القواعد الاستثنائية للتفسير ، وذلك بالنسبة للمدين ، وبالنسبة للمدعى .

ثالثا- نرى ضرورة استحداث نص خاص بفقرات (المادة 112 مكرر مثلا) يحدد فيها معنى تكييف العقود ، ويبين دور القاضي في التكييف ، ثم حكم التكييف الاتفاقي . وأخيرا الرقابة على التكييف هل هو مسألة قانون أم واقع .

رابعا- نرى ضرورة استحداث فصل كامل عن عقود الإذعان تجمع فيه كل الأحكام القانونية العامة المتعلقة بعقود الإذعان على شكل مواد متسلسلة الترتيب بدل أن تبقى النصوص منشئة ومتناثرة ، بحيث يخصص مادة لتعريفها محدد عناصرها . ولا يكتفي بتعريف طريقة الإيجاب فقط .

وأن يحدد في مادة ثانية قائمة الشروط قابلة للإبطال (قائمة رماية) ، والتي يجوز فيها للقاضي تعديل الشروط التعسفية بناء على طلب من يعنيه الأمر .

وقائمة الشروط التعسفية (قائمة سواداء) ، وهي التي يجوز فيها على القاضي إبطال العقد من تلقاء نفسه .

وفي مادة الثالثة يحدد العبرة بالتعسف التي تكون وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه معا .
وفي مادة رابعة يبين حكم الاتفاقات السابقة واللاحقة التي تقضي بعدم التمسك بالإبطال .
وفي مادة خامسة يحدد حالات التفسير، وكذا عوامله .
وفي مادة سادسة يبين حالات التعارض بين بنود العقد المطبوعة والمكتوبة يدويا ،
والتعارض بين الشروط العامة والخاصة ، والتعارض الشروط المألوفة وغير المألوفة...
وفي مادة سابعة يبين حكم بعض الشروط ، وكذا تفسيرها ، مثل شرط إسقاط الضمان ،
وشرط الإعفاء من المسؤولية ، وشرط التحكيم .

خامسا- نرى ضرورة تقنين بعض القواعد الفقهية المجمع عليها في الفقه الإسلامي بصورة صريحة، على النحو الذي قننته مجلة الأحكام العدلية وتبعتها فيه بعض التشريعات العربية بعدما أثبتت التجربة أن القضاء عادة ما يفضل الرجوع إلى "السوابق القضائية" على حساب الشريعة الإسلامية ، رغم أن القضاء ما هو إلا مصدر تفسيري ، وليس مصدرا ملزما من الناحية القانونية بخلاف الشريعة الإسلامية .

سادسا- بالنسبة لقانون العمل نقترح ضرورة تقنين مبدأ التفسير الأصح للعامل ، وبيان تطبيقاته صراحة في حالة الغموض ، وفي حالة التعارض بين عقد العمل والاتفاقية الجماعية من جهة ، وبين عقد العمل وقانون العمل ومختلف المصادر الأخرى القانونية والمهنية من جهة ثانية . مع ضرورة الإحالة إلى أحكام عقود الإذعان في كل مسألة لا وجود لنص خاص بشأنها . فالتنسيق بين النصوص القانونية داخل منظومة قانونية واحدة مسلك محمود يسهل عملية فهمها ويساعد على حسن تطبيقها .

وبهذا نكون قد وصلنا إلى نهاية البحث أملين أننا قد وفقنا في الإمام بمختلف إشكالياته رغم تشعبها ، ونختم بحثنا وعرضنا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من اجتهد وأصاب فله أجران ، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد " .

ونأمل أن نكون من الذين يجتهدون فيصيبون ، وهذا حتى ننال الأجرين معا ، أجر المجتهد وأجر المصيب . وفي الأخير نحمد الله سبحانه وتعالى الذي بنعمته تتم الصالحات ويعونه تزول المعوقات . وبفضله عز وجل وفقنا إلى الوصول إلى هذا اليوم التاريخي في مسارنا العلمي والمهني . وهو عمل لا ندعي به الكمال ، لأن بلوغ الحقيقة بأكملها من المحال ، والله وحده سبحانه الكمال .

ونردد في الأخير ما قاله العميد الأصفهاني في كلمته الشهيرة :
" لا يكتب إنسانا كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر ومن دلائل إستيلاء النقص على البشر " .

الأستاذ : مقني بن عمار
جامعة وهران في 18 مارس 2010