التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد في القانون المغربي: دراسة مقارنة

Contractual limitation of the judge's power to characterize the contract under Moroccan law: A comparative study

Dr. Jamal EL MANSOURI د.جمال المنصوري

أستاذ باحث في قانون الأعمال

المدرسة الوطنية للتجارة والتسيير

ABDELLAH AIT OUBAAI عبد الله أيت أبعي

طالب باحث في سلك الدكتوراه، قانون خاص، مختبر البحث قانون الأعمال

كلية العلوم القانونية والسياسية

بجامعة الحسن الأول بسطات

الملخص:

يعد التكييف إحدى أهم وظائف القاضي في مجال القانون الخاص، إذ يمر تطبيق القاعدة القانونية على النزاع عبر مرحلتين أساسيتين: تفسير النص وتكييف الوقائع بإدراجها ضمن القالب القانوني الملائم، وهو ما يجعل التكييف مسألة قانون من صميم عمل القضاء ولا يقتصر على الإرادة الاتفاقية للأطراف. تنطلق هذه الدراسة من التساؤل حول مدى إمكانية الأطراف تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد من خلال بنود تعاقدية، وما إذا كان القانون المغربي يسمح بمثل هذا التقييد، خاصة في ظل غياب نص صريح مماثل للمادة 12 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي التي كرست مبدأ "الاختصاص المقيد" للقاضي في حالات معينة.

وتبين الدراسة أن القاعدة العامة تظل هي إلزامية التكييف الصحيح للعقد من طرف القاضي، واستقلاله عن الوصف الذي يخلعه الأطراف على تصرفهم، مع الاعتراف بإمكانية العمل بنظرية "الاختصاص المقيد" على سبيل الاستثناء متى تعلق الأمر بحقوق خاصة يجوز التصرف فيها، ولم يمس الاتفاق مجال النظام العام أو قواعد آمرة أو قواعد الاختصاص القضائي.

الكلمات المفتاحية: التكييف القانوني للعقد؛ سلطة القاضي؛ التقييد الاتفاقي؛ العقد شريعة المتعاقدين؛ النظام العام.

Abstract:

Legal characterization is one of the judge's core functions in private law, since applying a legal rule to a dispute proceeds through two fundamental stages: interpreting the statutory provision and characterizing the facts by fitting them into the appropriate legal category. This makes characterization a matter of law that belongs essentially to the judiciary and cannot be reduced to the parties'

contractual intent. This study asks to what extent the parties may limit the judge's power to characterize the contract through contractual clauses, and whether Moroccan law admits such a limitation, particularly in the absence of an explicit provision comparable to Article 12 of the French Code of Civil Procedure, which enshrines the principle of "restricted jurisdiction" of the judge in specific situations. The paper shows that the general rule remains the judge's duty to correctly characterize the contract, independently of the label chosen by the parties, while acknowledging that the "restricted jurisdiction" theory may exceptionally operate where the agreement concerns disposable private rights and does not affect public policy, mandatory rules, or jurisdictional rules.

Keywords: Legal characterization of contracts; judge's power; contractual limitation; the contract is the law of the parties; public policy.

تقديم:

إن المصدر الأساسي للقانون في الوقت المعاصر هو التشريع، و يتسم التشريع بخصائص من أهمها العمومية والتجريد، و بهاتين الخاصيتين تكون القاعدة القانونية قابلة للتطبيق على وقائع لا متناهية، و تطبيق القانون يحمل في حد ذاته مشكلتين هما التفسير والتكييف، فتطبيقها على الواقع يمر بعدة مراحل أهمها تفسير النص القانوني وتكييف الواقع أي إدخاله في إحدى القوالب القانونية من أجل تطبيق حكم قانوني عليه فهو يرتبط بكل فروع القانون بحيث ما هناك قانون إلا ونجد نظرية للتكييف،[1] هذا الأخير عرف عدة تعريفات، فقد عرفه أحد الفقهاء[2] بكون التكييف عملية ذهنية تتوقف على فحص بنود وشروط العقد بين المتعاقدين ونية هؤلاء في اتفاقهم للوصول إلى القانون الواجب اعماله حلا للنزاع المثار بشأن العقد وذلك بإبراز وصفه القانوني.

وعلى هذا الأساس فالقاضي غير ملزم بالوصف الذي يعطيه المتعاقدين خطأ للعقد، بل يبحث عن الوصف الذي ينظمه القانون،[3] بل الأكثر من ذلك فالقاضي ملزم بتكييفه للعقد حتى ولو كان هناك اتفاق بين طرفي العلاقة التعاقدية بموجبه يقيد سلطة القاضي.

ويرجع أصل مصطلح التكييف إلى الفعل اللاتني (QUALIFICARE)، ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة، أهمية نظرية تتمثل في إلزامية تكييف العقد من طرف القاضي حماية لأطراف العلاقة النزاعية، وتحقيق استقرار المعاملات وتطبيق سليم للقانون. واهمية عملية التي تجد تبريرها في الحاجة إلى محاولة جمع شتات القرارات القضائية التي تبدو متناثرة وأحيانا متناقضة والحاجة إلى وضع نظرية عامة ومبادئ موجهة يسترشد به القاضي لتكييفه للعقود.

من خلال هذا يطرح الموضوع مجموعة من المشاكل تتجلى في معرفة الأساس القانوني والقضائي لتقييد سلطة القاضي في تكييف العقود؟ وماهي حدود سلطة هذا الأخير في التكييف؟ وما مدى الزامية هذا التكييف لسلطة القاضي في تكييف العقد؟ وهل يخضع هذا التكييف لرقابة محكمة النقض؟

كل ذلك يؤدي إلى طرح إشكالية محورية حول مدى إمكانية تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد.

وكفرض لهذه الإشكالية فإنه لا يمكن تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد وذلك بتضمين شروط في العقد تقيد من خلالها تلك السلطة الممنوحة للقاضي، إلا أن هناك حالات استثنائية توجب القاضي بذلك التقييد، وأن المشرع المغربي لم ينظم هذه الحالة بشكل صريح عكس ما عليه في التشريع الفرنسي.

من خلاله يمكن تناول هذا الموضوع وفق ما يلي:

أولا: أساس الأخذ بالتقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد

ثانيا: حدود سلطة القاضي في تكييف العقد

---

[1] مُحَمَّد الإدريسي، تكييف العقود في القانون المدني على ضوء التشريع والقضاء المغربي ج 1، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم الرباط، السنة 2011، الصفحة 5.

[2] مُحَمَّد العروصي " المختصر في بعض العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة والكراء " الطبعة الرابعة، مطبعة مرجان مكناس، السنة 2015/2014، الصفحة 6.

[3] السعدية مجيدي " الضوابط القانونية لتكييف العقد" سلسلة الندوات والأيام الدراسية، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100سنة، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، بكلية الحقوق بمراكش ونادي قضاة المغرب يومي 14 و15 يونيو 2013، العدد 42، الصفحة 146.

أولا: أساس الأخذ بالتقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد

باستقراء مقتضيات القانون الإجرائي الشكلي (ق.م.م) والقانون الموضوعي (ق.ل.ع والقوانين الخاصة) لابد من الإشارة إلى أنها تنعدم من نص مشابه للمادة 12 من (ق.م.م الفرنسي). وبالرجوع إلى بعض القرارات القضائية لا يوجد تكريس صريح لقاعدة التقييد الاتفاقي السلطة القاضي في تكييف العقد. لكنه يمكن الأخذ بها مع مراعاة شروط معينة. والسؤال المطروح هو معرفة ما الأساس القانوني والقضائي للأخذ بهذه القاعدة في القانون المغربي؟

هذا ما سيتم تبيانه في **–أ–** قبل معرفة كيفية تطبيق العمل القضائي لهذه النظرية في **–ب–**

أ: الأساس القانوني للتقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد

في فرنسا قنن المشرع التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد من خلال المادة 12 من ق.م.م الفرنسي.[1] ويرى أحد الفقه الفرنسي[2] أن مبدأ سلطان الإرادة يهيمن على ق.م.م الفرنسي حيث أن المادة 12 منه تجسد هذا المبدأ[3] إذ أنه يمكن الاتفاق على تقييد القاضي بالتكييف المعطى للعقد. وذلك على الحقوق التي يملكون حق التصرف فيها وليس على حقوق من النظام العام وإلا يعد التكييف غير نافذ[4] ومنه لا يمكن الاتفاق على تغيير قواعد الاختصاص التي تشكل حدودا لهذه السلطة. فمثلا لا يمكن تقييد القاضي بتكييف عقد تجاري الذي يتم البت فيه من طرف المحكمة التجارية كأنه عقد مدني لتبث بشأنه المحكمة الابتدائية ولتطبق عليه القواعد العامة التي تحمي الأطراف. وأضاف أحد الفقه[5] على أن تكييف العقد لا يجب أن يكون متعارضا مع ادعاءات المتقاضيين. وكمثال على ذلك يذكر هذا الفقه المثال التالي: عند الاتفاق على تكييف العقد على أساس أنه هبة ويأتي أحد المتعاقدين ليدعي الملك موضوع الهبة ويطلب استرداده فالقاضي لا يمكنه سوى أن يرفض الطلب ويحكم بعدم قبول الدعوى.

---

[1] L'article 12 C.P.C.F. al.3 permet de lier le juge par la qualification du contrat en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition.

[2] V.J. VINCENT et S. GHINCHARD.

أشار إليهما محمد الإدريسي، مرجع سابق، الصفحة 147.

[3] L'article 12 C.P.C.F. dispose que : *... le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement Juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès, le lie par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat*.

[4] Selon JACQUES GHESTIN dans son ouvrage TRAITE DE DROIT CIVIL *les effets du contrat* 2éme édition DELTA. Sous la direction de J. GHESTIN avec le concours de CHRISTOPHE JAMIN et MARC BILLIAU. L.G.D.J 1996. P :154.

*la limite posée par les parties ne doit pas entraîner la violation d'une règle d'ordre public de direction ou d'ordre public processuel *.

[5] Selon J. GHESTIN : *la qualification choisie ne doit pas être en contradiction avec ce qui est demandé, elle doit être possible par rapport à la situation de fait et aux véritable fins de demande, * op.cit., p :155.

فقد يتم التساؤل حول ما إذا كان الاتفاق الصريح لتقييد القاضي في تكييف العقد يجب تجديده أم لا في مرحلة الاستئناف؟

يرى الفقيه ميكي[1] على أن الأطراف أحرار من هذا الاتفاق أمام قضاء الاستئناف حماية للطرف الذي أعطى موافقته دون تبصر والذي شعر أن هذا الاتفاق أضر به في المرحلة الابتدائية. كما أن الدعوى في الاستئناف متميزة وتخضع غالبا لنصوص جديدة ما عدا الحالات التي تستلزم الاحتفاظ بعوارض المسطرة الأصلية.

و قد خالفه رأي الفقيه غيستان[2] الذي يرى أن اتفاق الطرفين يشكل عقدا ويطبق عليه مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في الفصل 230 من ق.ل.ع الذي يقابله الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي وبالتالي هذا الاتفاق لن يقتصر على المرحلة الابتدائية نظرا لكون محكمة الاستئناف ليست إلا بالدرجة الثانية من التقاضي للدعوى المفتوحة أمام الابتدائية وهو ما أكده قرار ماتيني Matinier الصادر عن الغرفة المدنية الثانية من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10/2/1961 وجاء فيه أن "محكمة الاستئناف ليست سوى استمرارية للدعوى المفتوحة بمقتضى المقال الافتتاحي.[3] كما أن الاتفاق يضل ملزم للقاضي و مقيدا له فقط عندما تضل الأمور كما هي دون جديد في مرحلة الاستئناف التي تعد امتداد واستمرارية للمرحلة الابتدائية وبالتالي اذا كان للنزاع منحى جديد فان هذا الاتفاق يصبح لاغيا. ومنه فالأمر يختلف من قضية لأخرى وذلك حسب معطيات كل واحدة "le caractère original"[4]

هذا فيما يخص مرحلة الاستئناف. فماذا عن تقييد القاضي أثناء مرحلة النقض؟

يرى الفقيه ميكي[5]أن هذا الاتفاق لا يلزم قاضي النقض لكون محكمة النقض محكمة مستقلة. وبالمقابل ينحو الفقيه غيستان[6] منحى مغايرا ويرى أنه يكفي ملاحظة ما تنص عليه المادة 604 من ق. م. م. ف.[7] والمادة 4 من ق.م.م.ف. للقول

---

[1] أشار إليه "محمد الإدريسي" ج 2، م س، ص 155.

[2] J. GHESTIN, op.cit. p :158.

[3] Ibid.

[4] *L'accord n'est donc pas ipso facto remis en question. Mais si le litige se présente sous un jour véritablement nouveau, l'accord exprès des parties devrait être considéré comme caduc car il visait une situation différente. Il n'est donc pas possible a priori de prétendre que la liaison du juge ne s'impose pas aux parties au cours de l'instance d'appel et inversement ; car tout dépend des circonstances propres à chaque espèce*. J. GHESTIN, op.cit. p : 159.

[5] Ibid.

[6] أشار إليه "محمد الإدريسي" ج 2، م س، ص 158.

[7] Selon l'article 604 C.P.C.F « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de Cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Le juge n'a donc pas à porter une appréciation sur la qualification du contrat retenue par les parties même au cas où elle serait inexacte.

على أنه لا يمكن لقاضي النقض إعطاء تقديره حول التكييف الذي اتفق عليه المتعاقدين حتى ولو كان هذا الأخير غير دقيق لأن وظيفته هي فقط التأكد إذا كانت المحكمة الدنيا قد احترمت القانون.

وبالتالي إذا كانت هذه هي شروط القاعدة في التشريع والفقه الفرنسي، فهل يمكن الأخذ بمثلها في ظل التشريع المغربي امام غياب نص قانوني؟

نص الفصل 119 وما يليه لغاية 123 من ق.م.م على حق التنازل عن الدعوى في جميع القضايا طالما أن هذا التنازل ينصب على حق مسرح بالتخلي عنه ويملك التصرف فيه.

وفي نفس الإطار نصت الفصول من 306 إلى غاية 327 من ق.م.م على جواز الاتفاق على التحكيم في جميع الحقوق التي للأطراف حق التصرف فيها وثم تحديد مجالها في الأعمال التجارية فقط دون الأعمال المدنية والمختلطة أو تلك المستثنى لكونها متعلقة بالنظام العام.

هذا فيما يخص المقتضيات القانونية الإجرائية فماذا عن القواعد الموضوعية؟

إن الفصل 230 من ق.ل.ع ينص على أن "العقد شريعة المتعاقدين" وهي قاعدة عامة تسري على كل الاتفاقات. بالإضافة إلى أنه من المعلوم أن القواعد المكملة يمكن الاتفاق على مخالفتها ومنه اتفاق كهذا يقع صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية.

كما نجد الفصل 1098 من ق ل ع من ذات القانون الذي نظم الصلح وعرفه كما يلي "الصلح عقد يحسم بمقتضاه الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا معينا أو حقا". كما نص الفصل 1100. 1101. 1102 و 1103 من ق ل ع، على الحالات التي لا يجوز فيها الصلح بالتنصيص صراحة على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل أو الصلح على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه" لكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية ويكون له طابع نهائي ولا يجوز الطعن فيه إلا للأسباب المحددة في الفصل 1111 و1112 من ق ل ع.[1] وطبقا للمادة 1116 من ق ل ع، لا يكفي أن يتم الاتفاق على اسم معين للعقد بل لابد أن ينسجم الاتفاق على تقييد القاضي في تكييف العقد مع التكييف القانوني لذات العقد حتى يكون نافذا في مواجهة القاضي. فلا يمكن إلزام القاضي بتكييف العقد على أساس انه هبة والحال أن كل العناصر الواقعية المقدمة تثبت أنه عقد بيع.

ومنه إذا كان التشريع المغربي يقبل بقاعدة التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد إلى حد ما. فان الأخذ بها يستلزم توفر بعض الشروط كما سبق الذكر.

---

[1] ينص الفصل 1111 من ق.ل.ع على أنه: "يجوز الطعن في الصلح: أولا: بسبب الإكراه أو التدليس؛ ثانيا: بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع؛ ثالثا: لانتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجري: أ – على سند مزور؛ ب – على سبب غير موجود؛ ج – على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده.ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية."

كما ان الفصل 1112 من ق.ل.ع أكد على:" لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغَبْن إلا في حالة التدليس."

ب: الأساس القضائي للتقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد

إن للقضاء دور في تحقيق و تطبيق القاعدة القانونية إلا إنه ومقابل عدم وجود نص قانوني ينص على الحالة التي يقيد فيها أطراف العقد سلطة القاضي في تكييفه له، لا يجعل للقضاء أساس قانوني في تكييف أو عدم تكييف ذلك العقد، إلا إنه بالرجوع لأحد القرارات القضائية نجده يذهب إلى القول على أن الاتفاق القضائي وبالأخرى الاتفاق الصريح حول طبيعة العقد وتقييد القاضي بهذا التكييف هو أمر جائز، كما أن هذا الاتفاق ليس من اثاره تقييد القاضي حول طبيعة العقد ما لم تكن هناك مستندات أو وثائق و بشكل عام وقائع تؤكده و تعززه، كما أن تكييف العقد مسألة قانون من صميم اختصاص القاضي الذي يخضع بذلك لرقابة محكمة النقض.[1]

وبالتالي فإن هناك قرارات قضائية لا تجيز هذا التقييد لكون تكييف العقد مسألة قانون، وأنه من النظام العام وبحكم أن القانون الفرنسي نص على حالة تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد صراحة، فإنه من البديهي أن يسايره القضاء وبالتالي فإن الاساس المعتمد عليه في فرنسا هو الأساس القانوني لينعكس على القضاء.

أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد أكدت محكمة النقض في أحد قراراتها على أن محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق، وتكييفها الصحيح دون أن تتقيد في ذلك بتكييف الخصوم. وقد أقرت محكمة الموضوع في تكييفها للخطأ المتعلق بتخلف المكتتبين عن تغطية رأس المال بأنه خطأ تعاقدي موضحة أنها التزمت بتصحيح القانون.[2] وقد أكدت محكمة النقض على مبدأ رقابة التكييف في قرارها الصادر بتاريخ 12/21/ 1961،[3] الذي جاء فيه أن العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه الخصوم، ويستنتج من هذه القرارات أن محكمة النقض المصرية لم تتقيد بالمذاهب الفقهية وعلى رأسها نظرية الرئيس باريس.

وفيما يتعلق بمحكمة النقض السورية فقد راقبت تكييف العقد وهكذا جاء في قرارها الصادر بتاريخ 05/10/1963[4] أنه "إذا قدم أحد الشركاء عقاره إلى الشركة للانتفاع به كحصة في رأس المال ثم تنازل عن حقوقه في الشركة لشريك اخر مقابل مبلغ من المال، فإنه يصبح بحكم المؤجر وتمتنع عليه المطالبة باسترداد العقار" وقد راقبت تكييف عقد البيع الذي هو في حقيقته عقد وصية وتتلخص وقائع القضية الواردة في هذا القرار أن المدعية تقدمت بعد وفاة زوجها بدعوى تثبت شرائها ل 2400/1200 سهما من العقار ونقل ملكية المبيع باسمها في السجل العقاري وقد قضت المحكمة الابتدائية ومن بعدها محكمة

---

[1] قرار المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا – عدد 8921/91، الملف الاجتماعي بتاريخ 2/8/1993، منشور بمجلة الإشعاع السنة الخامسة، يوليوز، 1993، العدد 9، ص 129. أشار إليه محمد الإدريسي، ج 2، م س، ص 160.

[2] محمد الإدريسي، ج 2، ن.م، ص: 214.

[3] قرار رقم 460 بتاريخ 10/05/1963، منشور بمجلة القضاء والقانون، يونيو يوليوز 1964، العدد 70/71، ص 455. اشار إليه محمد الإدريسي، ج 2، ن.م، ص: 229.

[4] قرار محكمة النقض السورية في قضية رقم 2171/1987، برقم 624، بتاريخ 04/07/1987، منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء، أبريل نيسان 1989، العدد 9، ص: 290. أشار إليه محمد الإدريسي، ج 2، ن.م، ص: 231.

الاستئناف برد دعوى المدعية تأسيسا على أن التصرف مضاف لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية عملا بالمادة 878 من القانون المدني. وبعد أن طعنت المدعية في القرار بالنقض ردت محكمة النقض الطعن بعلة أن احتفاظ البائع بحيازة المبيع بعنصريها القانوني والمادي وركون المحكمة إلى شهادة شاهد العقد الذي أكد أن عقد البيع نظم ظاهريا لتأمين الزوج لزوجته بعد الوفاة إنما يستر وصية مضافة إلى ما بعد الموت، وأنه لا يوجد بيع أصلا، لأن البيع الذي يستر وصية عقدا واحدا هو وصية مستترة عليها أحكام الوصية، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له.

وفي قرار اخر لها راقبت محكمة التمييز السورية تكييف العقد واعتبرته بيعا ناجزا وليس تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، و تتلخص وقائع هذا القرار،[1] في أن الجهة المدعية رفعت دعوى بإبطال عقدي شراء عقارين محفظين على أساس أن هذا البيع حصل لأحد الورثة في مرض الموت وأن الهالك باعها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع لمدة خمسين سنة وبالتالي فالعقد عقد وصية، هذا القرار الذي يوضح إلى أي حد تبسط محكمة النقض رقابتها على التكييف بشكل عام وتكييف العقد بشكل خاص ومن أهم المبادئ التي يمكن استخلاصها أن محكمة النقض راقبت التكييف الذي انتهت إليه محكمة الموضوع في القول بصحة البيع، واعتبرته تكييفا صحيحا لانتفاء شروط وعناصر عقد الوصية، التي اشترط لها المشرع شرطين قانونيين هما احتفاظ المتصرف بالعين المبيعة وثانيا احتفاظه بحق الانتفاع مدى الحياة.

وعليه، وبالرغم من الخصوصيات التي قد تظهر على كل عقد غير منظم تشريعيا، فإنه يتعين على القاضي ألا يلجأ إلى فكرة " العقد من نوع خاص" إلا بكيفية احتياطية أي في الحالة التي يتعذر فيها إدراج العقد موضوع النزاع ضمن أي قالب من القوالب القانونية الموجودة لأن اللجوء إلى هذا المفهوم ليس معناه أن العقد موضوع النزاع عقد غير مسمى ففي المثال النموذجي، أي العقد بين الطبيب والمريض، فهو وإن كان عقدا غير منظم تشريعيا في القانون الفرنسي. فهو منظم في القانون المغربي. وذلك عندما أدرجه المشرع ضمن أنواع المقاولة.[2]

هذا فيما يخص الأساس القانوني والقضائي للتقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد. فماهي حدود سلطة القاضي في تكييف العقد ودور محكمة النقض في هذا المجال؟

ثانيا: حدود سلطة القاضي في تكييف العقد

لا يستطيع القاضي أن يطبق قاعدة قانونية تتسم بالتجريد والعموم على واقع مطروح عليه يتسم بالتحديد والتعيين، إلا عن طريق التكييف القانوني، فيقوم القاضي بتجريد ذلك الواقع تجريدا قضائيا وذلك بتخليص الواقع من ذاتيته وتنقية عنصره الشخصي المحض. فيرتب عن ذلك، واقع خالي تماما من أي عنصر ذاتي وشخصي فيخلع على هذا الواقع وصفه القانوني أي يضعه في قالب قانوني.[3]

---

[1] قرار المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا، في القضية رقم 740 لعام 1987 رقم 522، بتاريخ 25/03/1987، منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء، أكتوبر تشرين الأول 1989، العدد 10، ص: 241. أشار إليه محمد الإدريسي، ج 2، م.س، ص:232.

[2] السعدية مجيدي، م س، ص: 176.

[3] السعدية مجيدي، مرجع سابق، ص: 141.

على هذا الأساس سيتم التطرق إلى سلطة القاضي في تكييف العقد **–أ–** على أن تتناول دور محكمة النقض في مراقبة تكييف العقد **–ب–**.

أ – سلطة القاضي في تكييف العقد

لما كان التكييف هو عملية ذهنية تتوقف على فحص بنود وشروط العقد بين المتعاقدين ونية هؤلاء في اتفاقهم للوصول إلى القانون الواجب إعماله حلا للنزاع المثار بشأن العقد، وذلك بإبراز وصفه القانوني.[1] حيث أصبح التكييف يطرح مشكلا قانونيا يتعلق بمدى إمكانية سلطة القاضي في تكييف عقد رغم وجود اتفاق بين طرفي العقد يقيده في ذلك؟ جوابا على ذلك سيتم الحديث عن إلزامية التكييف دون الخضوع لأي تقييد وهو القاعدة –1– واستثناء يمكن الأخذ بنظرية الاختصاص المقيد في القانون المغربي مع ضرورة توفر شروط –2–.

1–إلزامية التكييف

التكييف عملية قانونية تروم إلباس الواقع الذي أثبته قاضي الموضوع الثوب القانوني المناسب. وهو غاية الحقيقة القضائية، وتتحقق هذه الغاية بعدما يكون القاضي قد بحث عن النية المشتركة الأطراف العقد وهم أسياد المادة النزاعية، إما عن قصد أو عن غيره، فقد يسمى المتعاقدين عن جهل عقدهما بوصف معين، ثم يرى القاضي أن من بين عناصر العقد عنصرا يتنافى والتسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد، كما قد يكون المتعاقدان على بينة من حقيقة ما يعقدان، فهما يعرفان الاسم القانوني الصحيح ولكنهما يسميانه مع ذلك باسم غير اسمه الحقيقي، بقصد إخفاء الطبيعة القانونية الحقيقية لهذا العقد، إما للإضرار بمصالح الغير وإما للتحايل على القانون.[2]

ومن هنا فالقاضي ملزم بالتكييف الصحيح للعقد حتى يتسنى له الوصول إلى التطبيق القانوني السليم للعقد وذلك بصرف النظر عن التكييف الذي يخلعه الأطراف على العقد.[3] سواء كان الاتفاق المبرم بينهما بسيطا أو مزيجا من عقود مختلفة[4] أو وضع ضمن بنود العقد شرطا أو تقييدا اتفاقيا لتقييد القاضي في التكييف.

وفي جميع هاته الحالات يجب على القاضي التحري عن الطبيعة القانونية الحقيقة للعقد، استنادا إلى الضوابط القانونية التي تميز كل عقد من العقود، فإذا تعلق الأمر بعقود مسماة وقع فيها نزاع بين المتعاقدين وجب على القاضي الرجوع في بادئ الأمر إلى التنظيم الخاص بها، فإذا لم يجد فيها حلا للنزاع المعروض عليه، حق لهذا الأخير الرجوع إلى قواعد الالتزام العقدي الواردة في الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، أما في العقود غير المسماة فإن القاضي المعروض عليه النزاع يعود مباشرة إلى القواعد العامة والخاصة بالالتزام العقدي، لأن المشرع لم يرى ضرورة لتفصيل أحكامها. وفي حالة عدم انطباق أي نص من

[1] مُحَمَّد العروصي، مرجع سابق، ص: 6.

[2] السعدية مجيدي، م.س، ص 145.

[3] السعدية مجيدي، ن.م، ص 145.

[4] مُحَمَّد العروصي، م.س، ص 5.

النصوص سواء من العقود المسماة أو غير المسماة، إلا وتعين على القاضي العودة إلى باقي مصادر القاعدة القانونية الأخرى، كالعرف والدين ومبادئ الشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي والفقه والقضاء وأخيرا القانون المقابل.[1]

ومن الملاحظ أن التشريع المغربي يخلو من صياغة شبيهة بالمادة 12 من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم القضاة بتكييف الوقائع والتصرفات المتنازع حولها إلا أن الزامية التكييف مستمدة في التشريع المغربي أساسا من الفصول 3 و50 و359 و375 و392 من قانون المسطرة المدنية والإلزام مسطر في قرارات محكمة النقض من حرصها على مراقبة تطبيق القانون الواجب التطبيق وكذا مراقبة التعليل وتسبيب الأحكام وكذا النصوص. المنظمة لعملية التأويل أي التفسير[2] المنظمة قانونا من الفصل 461 إلى 473 من ق ل ع.[3]

إذن فأساس التفسير هو الواقع وأساس التكييف هو القانون، فيتعين على القاضي في تحديده للوصف الذي ينطبق مع العقد أن يتبع قواعد التفسير المختلفة لاستخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وإذا انتهى من ذلك وجب عليه أن يستخلص من العقد موضوع النزاع الوقائع التي تطابق العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود.[4]

فعملية التكييف تمر من ثلاث مراحل:

- المرحلة الأولى: تقتضي وضع تعريف عملي لكل عقد من العقود المسماة، وهذا من عمل المشرع بالاشتراك مع الفقه والقضاء.
- المرحلة الثانية: تقوم على تفسير إرادة المتعاقدين.
- المرحلة الثالثة: تتمثل في إدخال إرادة المتعاقدين في أحد التعريفات المقررة للعقود.[5]

---

[1] محمد العروصي، ن.م، ص: 6.

[2] السعدية مجيدي، م.س، ص: 146.

[3] يستشف من خلال الفصوص من 461 إلى 473 من ق.ل.ع ما يلي: " إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها.
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 تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.
3 – إذا كان الغموض ناشئا **عن** مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول **مدلول** تلك البنود.
وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل.
التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق، ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل.
والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها.
إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالأرقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط.
إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات، وجب الاعتداد عند الاختلاف بالمبلغ أو المقدار الأقل، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط.
عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم."

[4] محمد العروصي، م.س، ص: 6.

[5] محمد العروصي، م.س، ص: 7.

ويمكن الحديث عن نموذج في تصنيف العقود من خلاله يتم التعرف على الطبيعة القانونية للعقد. حيث جاء في الفصل 619 من ق ل ع، على أن عقد المعاوضة أو المقايضة يعتبر من التصرفات الناقلة للملكية كعقد البيع غير أن ما يميز هذا الأخير عن الأول هو أن البيع يتم في مقابل نقدي، أما في المعاوضة فإن كلا من المتعاقدين يلتزم بأن يعطي للآخر شيئا للحصول على شيء آخر دون وجود مقابل نقدي، إلا أنه قد يثور مشكل في الحالة التي تكون هناك مقايضة بمعدل. وفي هذه الحالة يتم الأخذ بالاتجاه الموضوعي الذي يميز بين حالة إذا كان المعدل النقدي تافها أو ضئيلا بالنظر إلى الأشياء موضوع المقايضة، فإن العقد يضل عقد مقايضة. وحالة إذا كان المعدل النقدي من الأهمية بمكان بالنسبة لمحل التزام أحد الطرفين فإن العقد يعتبر عقد بيع لا عقد مقايضة.[1]

هذا فيما يخص بضرورة تكييف العقد من طرف القاضي وإلا اعتبر منكرا للعدالة طبقا للفصل 392 من ق.م.م.[2] فماذا عن إمكانية تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد وشروطه.

2 – شروط الأخذ بالاختصاص المقيد في القانون المغربي

باستقراء قواعد القانون وأحكام القضاء يمكن القول بأن الشروط الواجب إعمالها للأخذ بهذه النظرية في القانون المغربي هي كما يلي:

– أن ينصب الاتفاق على حقوق يملك الأطراف حق التصرف فيها

نصت الفصول المتعلقة بالصلح على المسائل التي يجوز الصلح فيها و اعتبرت أن الأصل هو جواز الصلح واستثنت المسائل التي يمكن أن تكون محلا لعقد الصلح (الفصول 1100 و 1101 و 1102 و 1103 من ق ل ع) كما نصت الفصول المتعلقة بالتنازل عن الطلب على مجاله، بحيث اشترط الفصل 120 من ق.م.م على أنه لا يمكن أن ينصب التنازل عن الطلب إلا عن حق مسموح بالتخلي عنه و يملك التصرف فيه، وفي الباب الثامن من المسطرة المتعلقة بالتحكيم نص المشرع في الفصول 306 و ما يليها، على حالات جواز عقد التحكيم بحيث استبعد صراحة المسائل المتعلقة بالنظام العام من مجال عقد التحكيم.[3]

ويستنتج من هذه الفصول أنه لا يجوز الاتفاق على تقييد القاضي بخصوص تكييف معين للعقد، إلا إذا تعلق الأمر بحق من الحقوق الخاصة التي للأطراف حق التصرف فيها، وأن تقييد كهذا لا يقبل في المسائل التي تكتسي صبغة النظام العام في كذا في المجالات التي تنظمها قوانين آمره حتى و لو لم تكن من النظام العام، فجميع العقود التي تحكمها قوانين آمرة سواء تعلق الأمر بمدونة التجارة أو الشغل... و غيرها، و إلا كان الاتفاق المقيد للقاضي بخصوص تكييف العقد فيها غير ملزم له، فالقواعد الآمرة

---

[1] محمد العروصي، ن.م، ص: 24 و25.

[2] ينص الفصل 392 من ق.م.م على أنه: " يعتبر القاضي منكرا للعدالة إذا رفض البت في المقالات أو أهمل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة".

[3] محمد الإدريسي، ج 2، م.س، ص: 166 و167.

لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وأن اتفاقا كهذا إن حصل يقع باطلا وفي القانون المسطري كقواعد الاختصاص النوعي (ف 16 من ق.م.م).[1]

– الا يتعارض التكييف المتفق عليه مع طبيعة العقد القانونية وعناصره المستمدة من وثائق الملف

وهذا مؤداه أن الاتفاق سواء كان صريحا أو ضمنيا بين الطرفين ليس من شأنه أن يقيد القاضي حول تكييف العقد ما لم يكن هذا الاتفاق منسجما مع طبيعته القانونية المستمدة من وثائق الملف غير المتنازع فيها، ذلك أن تكييف العقد هو مرور به من الواقع إلى القانون أو إعطائه الاسم القانوني الذي يناسبه. فالمشرع من خلال الفصول 344،[2] 345،[3] 479،[4] 1116[5] من ق ل ع، وبالرغم من وجود تكييفات معينة لهذه العقود (الصلح والبيع والإبراء) حرص على التأكيد أن مثل هذه التكييفات التي يسبغها الأطراف على عقودهم، وإذا كانت لا تنسجم مع العناصر القانونية المحددة لذات العقد، فإن التكييف لا يصح ولا يعمل به ويؤخذ بالتكييف الصحيح.[6]

فالبيع المعقود من المريض في مرض الموت إذا كان بقصد المحاباة[7] وبالرغم من تكييف الطرفين له بأنه عقد بيع فلكونه يستجمع العناصر القانونية لعقد آخر وهو الوصية طبقت عليه قواعد هذا الأخير، ولا عبرة بتكييف الأطراف، وكذلك عقد الصلح الذي تبين أن التكييف المعطى له من قبل الطرفين لا ينطبق مع عناصره القانونية والواقعية فإنه لا يعمل بهذا التكييف ويؤخذ بالتكييف الصحيح وهو البيع أو الهبة (ف 1116 من ق ل ع)[8]

–أن يقتصر هذا التقييد على تكييف العقد دون القانون

حسب الفصل 3 من ق.م.م فإن مؤدى هذه القاعدة ما يلي:

- ✓ أن القانون هو من صميم اختصاص القاضي ولا يمكن الاتفاق على تفويضه للغير فمهما كانت طبيعة القاعدة القانونية فإن مهمة التطبيق موكولة للقاضي وحده

---

[1] محمد الإدريسي، ج 1، م س، ص: 167.

[2] الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة.

[3] الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

[4] البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشتري منه شيء بثمن يجاوز قيمته.

أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345.

[5] إذا كان الاتفاق الذي سمي صلحا، يتضمن في الحقيقة، وبرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعا، أو أي علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وآثاره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح.

[6] محمد الإدريسي، ج 1، ن.م. ص: 168 و170.

[7] للمزيد من المعلومات حول بيع المريض مرض الموت راجع – محمد العروصي، م.س، ص: من 117 إلى 124.

[8] محمد الإدريسي، ج 1، م.س، ص: 170 و171.

✓ أنه لا يمكن لاتفاق الطرفين أن يقيد القاضي في مسائل القانون، فالاتفاق المقيد لسلطة القاضي له ارتباط وثيق بالواقع ولا يمكن إلزام القاضي بنقطة قانونية معينة إلا إذا تعلق الأمر بقواعد قانونية مكملة

إضافة إلى ذلك فإن الاتفاق وحتى يكون ملزما للقاضي والأطراف لابد أن يتم بعد حصول النزاع، وبالتالي لابد من الإقرار والتأكيد بأن المتعاقدين في القانون المغربي لا يمكنهم تقييد القاضي بتكييف العقد إلا بعد وقوع النزاع.[1]

ب: دور محكمة النقض في مراقبة تكييف القاضي للعقد

تعتبر مرحلة تكييف العقد تلك المرحلة التي لا يتأتى من الناحية القانونية إلا بعد استنفاد مرحلة التفسير، فالتكييف يرتبط بالتفسير، فالتكييف يرتبط بالتفسير بوتيرة طردية.[2]

و بالرجوع إلى الفصل 230 من ق ل ع الذي يقرر قاعدة مهمة في المجال المدني وفي مبدأ سلطان الإرادة أي للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، و أنها هي قانون طرفيها بالنسبة لإنشاء العقد الاتفاقي بل إن هذا الأخير يعتبر مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة، ولمعرفة مضمون العقد فإن هناك مجموعة من الوسائل التي تعتمد عليها المحكمة بهدف استقراء معالم الاتفاق، و يتم ذلك عادة عن طريق تكييف العقد ووضعه في إطاره القانوني الذي قصده الأطراف،[3] فحسب أحد الفقه[4] أن القاضي ملزم بالتكييف الصحيح للعقد حتى يتسنى له الوصول إلى التطبيق القانوني السليم للعقد وذلك بصرف النظر عن التكييف أو التقييد الذي يخلعه الأطراف على العقد. ولا يمكن للأطراف أن يتفقوا تحت دريعة العقد شريعة المتعاقدين بالتنصيص على شرط تقييد سلطة القاضي في تكييف العقد.

والمراحل التي يمر بها تطبيق القانون هي ثلاثة مراحل أساسية و هي مرحلة ملاحظة الواقع ومرحلة تكييف الواقع و المرحلة الثالثة هي مرحلة ترتيب الآثار القانونية.[5] هذه الأخيرة تخضع للمراقبة من طرف محكمة النقض، و يعتبر الفقه و معه الاجتهاد القضائي على اعتبار التكييف مسألة قانون خاضع لرقابة محكمة النقض، و هو يراقب هذا التكييف انطلاقا من الوقائع الثابتة التي انتهى إليها قضاة الموضوع، فالتمييز إذن بين الواقع و القانون يشكل أساس رقابة محكمة النقض على تكييف العقد، و قد استقرت محكمة التمييز الأردنية على اعتبار التكييف مسألة قانون خاضع لرقابتها، و ميز بينه و بين التفسير في معظم الحالات.[6]

---

[1] محمد الإدريسي، ج 1، م س، ص: 171 و172.

[2] عبد القادر العرعاري "مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد"، الطبعة الثالثة، مطبعة دار الأمان الرباط، سنة 2013، ص: 326.

[3] عبد القادر العرعاري، ن م، ص: 315.

[4] السعدية مجيدي، م س، ص: 147.

[5] محمد الإدريسي، ج 2، م. س، ص: 4

[6] محمد الإدريسي، ج 2، ن.م، ص، 221.

ويستتبع ذلك أن كل خطأ في تكييف العقود أو التصرفات القانونية يعتبر خرقا للقانون عن طريق تطبيق خاطئ له ما دام أنه يؤدي إما إلى تطبيق قانون على وضعية لا ينظمها، أو إلى رفض تطبيقه على وضعية ينطبق عليها، وبالتالي فإن كل تكييف يجب أن يخضع كمبدأ لرقابة محكمة النقض، وكل خطأ من طرف القاضي يجب أن ينتج عنه نقض قراره.[1]

وقد صبغت عدة نظريات فقهية حول مبدأ الرقابة بين من يضيق من نطاقها و بين من يوسع منها ليجعلها عامة شاملة لكل التكييفات و كل مراحله، فمحكمة النقض بالمغرب تارة تأخذ بالنظرية التي تضيق من مراقبته لقاضي الموضوع حيث تراقب تعليل الحكم فقط دون الغوص في الوقائع و كل الوثائق المؤيدة لملف الدعوى...، وتارة تأخذ بالنظرية الواسعة من خلالها تنظر إلى كل الوقائع و منطوق الحكم...، و لكن محكمة النقض الفرنسية والمصرية والبلجيكية ومعها بعض المحاكم العليا العربية كليبيا والأردن اختطت لنفسها خطا متميزا في الرقابة يميل عموما إلى التوسع في نطاقها و مهما كانت هذه الرقابة التي أجمع عليها الفقه والقضاء، فإن هناك حدودا لا يمكن أن تتخطاها.[2]

فمسألة موقف محكمة النقض من التكييف يجعل على عاتقها مراقبة التكييف واستثناء يترك أحيانا ولاعتبارات خاصة للسلطة التقديرية القاضي الموضوع.[3] مما يمكن القول على أن موضوع التكييف هذا يكون في حالات خاضعا لمحكمة النقض وفي أحيان أخرى غير خاضع لها.

فبالنسبة للتكييف الخاضع لرقابة محكمة النقض – حسب المتفق عليه فقها وقضاء رغم عدم وجود نصوص تشريعية تقضي بذلك – تكييف وقائع النزاع بالإضافة إلى تكييف الأحكام و الدعاوى، و فيما يتعلق بهذه الأخيرة فإن الوصف الذي يتمسك به أطراف النزاع أو يتفقون عليه لا يقيد قاضي الموضوع، الذي يتعين عليه أن يبحث عن التكييف القانوني الصحيح للعقد مستندا في ذلك إلى عناصره و كذا إلى الظروف التي رافقت إبرامه، و هو نشاطه هذا يخضع لرقابة محكمة النقض،[4] أما بالنسبة للتكييف غير الخاضع لرقابة محكمة النقض فإن الكثير من التكييفات تخرج عن رقابة محكمة النقض و تحفظ لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، إما لأن المسألة تتعلق مثلا بوقائع بحثة أو بحالة نفسية أو بتقدير كمي، أو لأنها تحتاج إلى خبرة فنية.[5] و على هذا الأساس فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير سوء النية و مبلغ التعويض في المسؤولية المدنية و مبلغ النفقة غير أنه ملزم – من حيث التعليل – بأن يبين في حكمه العناصر التي أوجب عليه المشرع مراعاتها.[6]

---

[1] محمد الإدريسي، ج 2، م س، ص: 173.

[2] محمد الإدريسي، ج 2 ن.م، ص 175.

[3] نورة غزلان الشنيوي " الوسط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الأعمال"، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط، س 2017، ص: 89.

[4] نورة غزلان الشنيوي، ن م، ص 90.

[5] محمد الكشبور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع، في المواد المدنية: محاولة التمييز بين الواقع والقانون "، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 1، 7 يناير 1976، ص 331 /330.

[6] نورة غزلان الشنيوي، م س، ص: 89.

إلا أنه إذا كان هناك تقييد اتفاقي وقام قاضي الموضوع بتكييف العقد على أساس هذا التقييد فما موقف محكمة النقض من هذا التكييف؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول على أن كثيرا ما تنقض محكمة النقض قرارات محاكم الموضوع على سوء التكييف، بنقصان التعليل الذي استقر الاجتهاد القضائي على أنه ينزل منزلة انعدامه، أو بخرقه القانون، وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا –[1]

وبالتالي فإن محكمة النقض لها دور في مراقبة تكييف العقود من طرف قاضي الموضوع كمبدأ باعتبار أن هذه العملية من النظام العام، إلا أن هناك استثناءات لا يمكن لمحكمة النقض أن تراقب تكييف العقد.

خـاتمـة:

خلاصة الأمر، أن عملية التكييف تعد من أهم المهام الجوهرية لقاضي الموضوع، ولا تمثل سوى تتويج منطقي لمرحلة التفسير التي تسبقها، بحيث لا يتصور قيام القاضي بتفسير بنود العقد وإرادة الأطراف ثم يُحرم من سلطة منح هذا العقد وصفه القانوني الصحيح، مهما حاول المتعاقدون تقييد ولايته باتفاقات تعاقدية. فالتكييف، بهذا المعنى، يظل من صميم الوظيفة القضائية، ويمثل الأداة الأساسية لضمان التطبيق السليم للقانون وتحقيق الأمن التعاقدي واستقرار المعاملات.

وعلى ضوء ما سبق، يبدو ضروريا تدخل المشرع لسد الفراغ التشريعي في مجال التكييف، سواء على مستوى القواعد الموضوعية أو على مستوى القواعد المسطرية. فمن الناحية الموضوعية، يقترح إضافة فصل جديد إلى الفرع الثاني من الباب الثاني من القسم السابع من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، يحمل رقم 477 مكرر، يتضمن مقتضى من قبيل: «يعتد القاضي، في تكييف مختلف التصرفات القانونية، بطبيعة الالتزامات الناشئة عنها وعناصرها الواقعية والقانونية، دون تقيد بالتسمية التي يمنحها لها الأطراف». ومن الناحية الإجرائية، يستحسن تدعيم المادة 3 من قانون المسطرة المدنية بنص صريح يلزم المحكمة بـ«تكييف الوقائع والتصرفات المتنازع حولها التكييف الصحيح»، بما يعزز مكانة التكييف كالتزام قانوني ملقى على عاتق القاضي ويحصنه في مواجهة أي محاولة لتقييد سلطته في هذا المجال.

[1] قرار المجلس الأعلى، عدد 32/73، الصادر بتاريخ 24/1973، في الملف عدد 38367 أوردته السعدية مجيدي، م.س. ص: 175.

لائحة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

المصادر:

ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 أغسطس 1913، المتعلق بقانون الالتزامات والعقود تم تحيينه بظهير 1.11.140 صادر في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011) ص: 4678

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق ل 28 شتنبر 1974 المتعلق بالمسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 بتاريخ 30/09/1994.

Décret 75-1123 ; 1975-12-05 JORF 9 décembre 1975 rectificatif JORF 27 janvier 1976

المراجع العامة:

عبد القادر العرعاري "مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد"، الطبعة الثالثة، مطبعة دار الأمان الرباط، سنة 2013.

مُحَمَّد العروصي " المختصر في بعض العقود المسماة؛ عقد البيع والمقايضة والكراء " الطبعة الرابعة، مطبعة مرجان مكناس، س 2014/2015.

نورة غزلان الشنيوي " الوسط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والإجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الأعمال"، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط، س 2017.

المراجع المتخصصة:

مُحَمَّد الإدريسي، "تكييف العقود في القانون المدني على ضوء التشريع والقضاء المغربي،" ج 1، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم الرباط، س 2011.

مُحَمَّد الإدريسي" تكييف العقود في القانون المدني على ضوء التشريع والقضاء المغربي. الجزء الثاني، الطبعة الأولى. مطبعة دار القلم الرباط. سنة 2011.

الندوة:

السعدية مجيدي " الضوابط القانونية لتكييف العقد" سلسلة الندوات والأيام الدراسية، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، بكلية الحقوق بمراكش ونادي قضاة المغرب يومي 14 و15 يونيو 2013، العدد 42.

المقالات:

مُحَمَّد الكشبور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع، في المواد المدنية محاولة لتمييز بين الواقع والقانون"، الصادر في 7 يناير 1976، المنشور بمجلة الإشعاع، العدد 1.

المجلات:

مجلة الإشعاع السنة الخامسة، يوليوز، 1993، العدد 9.

مجلة القضاء والقانون، يونيو يوليوز 1964، العدد 70/71.

المجلة العربية للفقه والقضاء، أبريل نيسان 1989، العدد 9.

المجلة العربية للفقه والقضاء، أكتوبر تشرين الأول 1989، العدد 10.

L'ouvrage:

JACQUES GHESTIN « TRAITE DE DROIT CIVIL » les effets du contrat ; Sous la direction de J. GHESTIN avec le concours de CHRISTOPHE JAMIN et MARC BILLIAU. 2ème édition DELTA. L.G.D.J 1996.