

06/10/2015

007504
ج1
007512

العدد 21

يوليو 1989

مجلة المدحّق القضائي

- توليية كراء المحلات المهنية
- المجرم والجريمة من وجهة التشريع الإسلامي
- بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر
- اقامة الدليل واستكمال البيانات الناقصة بين العمل القضائي والتشريع في ضوء قرار المجلس الأعلى عدد 401
- هل يعتبر التعرض على حيازة عقار ، صورة من صور انتزاع الحيازة
- الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي
- تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 1300
- طبيعة دور النيابة العامة في القضايا الشرعية
- دعوى رجوع المؤاجر أو مؤمنه على الغير
- معوقات حسم الدعاوى القضائية وسبل معالجتها

المملكة المغربية
المركز الوطني للموثيق
مصلحة الطباعة والاستئناف

رقم 00204 تاريخ 02/10/2015 جنسية فرنسي

تولية كراء المحلات المهنية

ملاحظات حول قرار محكمة الاستئناف بالرباط 1982 (1)

بقلم : السيد احمد ادريوش
أستاذ بكلية الحقوق

تتلخص وقائع النازلة، التي بثت فيها محكمة الاستئناف ، في نزاع بين ممرضة تدعي بأنها اشتترت «أصلا تجاري» لمارسة مهنة التمريض من زميلة لها بمقتضى عقد مؤرخ بـ 11/14/1977 ، وبين ربة الملك وأبنائها باعتبارهم المالكين للمحل الذي كانت تمارس فيه المهنة ، الذي منعوها من استغلاله على أساس انتهاء عقد الكراء بموت المكتوية السابقة من جهة، وعدم احترام المسطرة التي يقتضيها بيع الأصل التجاري من جهة أخرى.

في المحكمة الابتدائية ، أصدر القاضي الابتدائي حكمه (2) وفقا لطلب المدعية (الممرضة) قاضيا لها بالانتفاع بالمحل المذكور على وجه الكراء واستغلاله فيما أعد له ، ما دامت قد التزمت بعدم استغلاله الا في ممارسة مهنة التمريض ، وهي نفس المهنة التي كانت تمارسها فيه المكتوية السابقة ، كما قضى لها بمبلغ ألف درهم تعويضا عن عدم الاستغلال منذ سنة 77 بسبب تعرض ربة الملك وأبنائها.

أما في المرحلة الاستئنافية ، فقد أصدر قضاة الاستئناف قرارهم وفقا لطلب المستأنفين (ربة الملك ومن معها) ، حيث الغوا الحكم الابتدائي

(1) تراجع نسخة القرار في «رابطة القضاة» عددا 4 و 5 1982.

(2) المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - ملف تجاري عدد 5276، بتاريخ 14/6/1980.م.س.

« الذي أصبح على المحل صبغة تجارية خلافاً لواقع الحال... ومن تم فلا يسوغ أعمال مقتضيات ظهير 55/5 عناصر المحل التجاري» لذلك ، وبعد التصدي حكموا «بقبول الطلب مع رفضه موضوعاً وتحمل الصائر للمستأنف عليهما» ، وقرروا ارجاع تنفيذ ذلك الى المحكمة التي صدر عنها الحكم المستأنف.

- أولاً -

الاشكال القانوني الاساسي الذي طرحته قضاة الاستئناف للبث في القضية المعروضة عليهم هو : هل تعتبر مهنة التمريض مهنة تجارية ؟ ليبرطوا به مجموعة أخرى من الاسئلة تتعلق بما اذا كان يمكن تطبيق قواعد القانون التجاري أم لا : ظهير 24 ماي 1955 ، ظهير 31 دجنبر 1914 ؟

وتقييد عناصر القرار بالحلول التي أعطيت لتلك الاسئلة ، فبالنسبة للاشكال الاول والاساسي، هو أنه لا يمكن اعتبار مهنة التمريض منه تجارية لأنها لا تتميز بعنصر المضاربة وتحقيق الربح». فالاصل هنا هو أن عنصر المضاربة وتحقيق الربح يعتبر المعيار الذي يضفي الصبغة التجارية (مقدمة أولى) لكن حيث أن مهنة التمريض لا تتميز بعنصر المضاربة وتحقيق الربح (مقدمة ثانية)، فإنها لذلك لا تكتسي صبغة تجارية. وعليه : يكون الحل بالنسبة لباقي الاسئلة أن المحل موضوع النزاع ، باعتباره كان مخصصاً لممارسة مهنة التمريض ، لا يكتسي صبغة تجارية، وبالتالي لا يمكن تطبيق مقتضيات القانون التجاري لا سيما تلك التي تتعلق بكراء المحلات أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف وذلك التي تنظم رهن وبيع الاصل التجاري.

لكن يظهر أن القضاة قد ذهبوا هنا بعيداً عن طرح الاشكال الجوهرية الذي يشكل العمود الفقري للنازلة ، فوقعها تقييد بطرح أسئلة أخرى أساسية : هل يجوز تولية كراء محل معه لاستعمال مهني ؟ وهل يجوز

التنازل عن العيادة ؟ هل يجوز لورثة الممرضة أن يتنازلوا عن المحل الذي كانت تستغله في مهنة التمريض لفائدة ممرضة أخرى ؟ وبالتالي هل يجوز التنازل عن الزبائن ؟ وتشكل هذه الاسئلة الاسلوب السليم الذي يمكن من ايجاد حل قانوني سليم للنزاع المعروض. صحيح أن التساؤل عن طبيعة المهنة ، وما اذا كانت تكتسي صبغة تجارية أم لا ؟ ، يطرح هنا ، ولكن كسؤال مرتبط بالاسئلة السابقة ، ذلك أن طرحة كمشكل رئيسي (ال...) من شأنه أن يؤدي الى النظر الى وقائع النازلة من جانب معين فقط ، هو ما يقتضيه ظهير 24/5/55 وظهير 31/12/14.

- ثانيا -

وعلى كل ، واعتمادا على نفس المنطق الذي يقتضي « بتحصيل الحكم القانوني الوجود وتبيان الحالة النموذجية التي وضع بالنظر اليها ومعرفة عناصرها الموضوعية وأوصافها المكونة لها ، ثم التتحقق من مطابقة الحالة الواقعية لتلك الحالة النموذجية واجراء حكم هذه على تلك » ، فإن قضاة الاستئناف لم يتمكنوا من تحصيل الحكم القانوني الواجب التطبيق، وذلك باعتمادهم معيارا منا غير دقيق (أقول غير متفق عليه) لتحديد العمل التجاري من جهة وطبيعة مهنة التمريض من جهة أخرى وماذا كانت تكتسي صبغة تجارية أم لا .

فالمضاربة ، باعتبارها « السعي أو التهافت على تحقيق الارباح » (3) أو «قصد تحقيق الربح» (4) أو هي « توخي الكسب بطريق تداول المعاملات (5). تتفق مع طبيعة التجارة. بل تعتبر من أهم عناصرها ، فهي . (التجارة)

(3) أحمد شكري السباعي : « الوسيط في القانون التجاري ..» ج - 1 ص 243 ط 1983.

(4) عبد العزيز العكيلي : « نطاق القانون التجاري»، مجلة الحقوق والشريعة ، ع 1، س 6 فقرة 8.

(5) المادة 13 من القانون التجاري العراقي : «الاعمال التجارية هي التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة. والمضاربة هي توخي الكسب بطريق تداول المعاملات. وتختلف المضاربة من

=

مجموع العمليات التي تسعى إلى تحقيق الربح عن طريق المضاربة ، سواء تحقق الربح أو حصلت الخسارة ، وسواء كان الربح ايجابياً أو سلبياً (6). لكن ذلك المعيار يظل في نظر الفقه قاصراً عن أن يفي بالمراد. (7) ولو سلمنا باعتبار المضاربة وتحقيق الربح عنصراً أساسياً لاضفاء الصبغة التجارية وأخذنا في تحديد العناصر الجوهرية لمهنة التمريض ، تطبيقاً لما يقتضيه منطق القياس من اتحاد في العلة أو في العناصر الجوهرية، فإننا قد نصل إلى نتيجة معاكسة لما توصلت إليه المحكمة.

يمكن القول ، بصفة عامة ، بأن مهنة التمريض تتميز بكونها تمارس خارج إطار الوظيفة العمومية ، وخارج إطار عقد الشغل . (8) بمعنى أن الممرض الذي يمارس المهنة وفقاً لظهير 1960 ، (9) إنما يمارسها لحسابه الخاص دون أن تربطه بالدولة بسبب الوظيفة ، علاقة نظامية أو تعاقدية ، ودون أن يرتبط بأي مؤجر بواسطة عقد شغل. وإنما يمارس مهنته بحرية واستقلال لا يقيده في ذلك إلا ما تقتضيه مزاولة المهنة من

عمليتين متفرقتين يجريان على المضارب ، وتؤديان إما إلى خسارة يتجلبها (المضارب ، أو ربح يسعى إليه ، وهي الغاية من المضاربة. ويجب أن يقصد المضارب إجراء هاتين العمليتين بالتعاقب منذ البداء».

(6) انظر أحمد شكري السباعي ، م.س.ص. 243 و 224 والادريسيي العلمي المشيشي : «العقارات والقانون التجاري» ، أطروحة من باريز ، دار النشر المغربية 1975 ، ص 99.

(7) انظر على سبيل المثال : أحمد شكري السباعي م.س.ص. 245 - على سلمان العيدyi : «دراسات في القانون التجاري المغربي» ، مطبعة الأمانة ، الرباط 1966 ، ص 66. عبد العزيز العكيلي ، م.س ص فقرة 8 وما بعدها.

(8) لا يعني هذا أن مهنة التمريض تتنافى مع الوظيفة العمومية ومع عقد الشغل ، كل ما هناك هو أن وقائع النازلة التي صدر فيها القرار موضوع التقليق تتعلق بممارسة مهنة التمريض بكيفية حرة.

(9) ظهير شريف 19/2/60 في ضبط حمل صفة ممرض ومزاولة مهنة التمريض، ج ر عدد 2790 ص 682. وكذلك ظهير 1/9/60 ص 2089.

شروط وقيود (10) تحت طائلة الجزاءات التي حددها المشرع. ولم يشترط هذا الاخير مكانا معينا لممارسة المهنة ، : اما «في المنزل» (11) أو في أي مكان يخصه لذلك ، بحيث يهيئه بما يلزم من المعدات لاستغلال خبراته الفنية ، أي لاستغلال صناعته بحيث يعرف هناك بها ، ويأخذ الازبناء في التردد عليه طلب الخدماته. وعليه : فالمرضى ، باستغلاله خبراته الفنية والصناعية بائعا خدمته للجمهور ، فهو يضارب من أجل فائدة أو كسب من الزبائن.

- ثالثا -

وموقف محكمة الاستئناف ، لئن كان يشكل استمرارا لاجتهاد قضائي مغربي سابق (أ) ، فإنه يظل مختلفا عن الطرح الذي اعتمدته القضاة الفرنسي بمواجهة مثل هذه النازلة (ب).

(أ) ففي نزاع بين طبيبين جراحين للاسنان حول ثمن العيادة التي فوتها الاول منها للثاني ، حيث رفض هذا الاخير أداء قسط من الثمن مطالبًا بالمقاصدة باعتباره دائن للأول ، مما جعل هذا الاخير ينماز في ذلك الطلب ملتزمًا من المحكمة اعتباره غير مبني على أساس. الا أن المحكمة الابتدائية بوجدة ، (12) بدل أن تتصدى مباشرة للمشكل المطروح عمدت إلى البحث في

(10) وتعلق بالأعليية ، أي صلاحية الشخص لحمل صفة ممرض وممارسة مهنة التمريض - ويشترط لذلك الحصول على إجازة أو شهادة (الف.2) ، وإن من طرف الكاتب العام للحكومة (الف.3) ، وأن يسجل بالنيابة العامة (الف. 4) ، يضاف إلى ذلك ما يتعلق بطبيعة النشاط الممارس وهو عبارة عن «العلاجات يأمر بها طبيب أو يشير إليها» (الف.1).

(11) ينص ظ. 60 على أنه «يعتبر مزاولا لهنة التمريض ، كل شخص يباشر عادة ، إما في المنزل أو في منظمات خصوصية لاستشفاء أو للوقاية ، علاجات يأمر بها أو يشير إليها طبيب». وهذا النص يحدد نطاق تطبيق الظهير المذكور أعلاه، بحيث يطبق فقط على من يمارس المهنة إما في إطار عقد الشغل (التعاقد مع منظمات خصوصية)، أو بصفة حرة (يمارسها في المنزل أو في غيره من الأماكن).

(12) بتاريخ 24/05/1961 منشور بالجريدة الغربية للقانون 1961 ص 415.

طبيعة مهنة طبيب الأسنان وما إذا كانت تعتبر تجارية أم لا : «وحيث يتبين من الوثائق المدرجة بالملف، ومن أقوال الخصوم ، أن السيد (الطبيب المتنازل) كان مسجلاً بالسجل التجاري بوجدة ، وحيث أن هذا التسجيل لا يمكن أن يكون قد تم إلا بناء على غلط أو غش».

« واستناداً إلى الفصل الأول من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري ، والذي ينص على أن «كل من زاول الاعمال التجارية واتخذها مهنة معتادة له فهو تاجر». وحيث أن الفصلين الثاني والثالث من نفس القانون يعدان الاعمال المعتبرة تجارية في نظر القانون وحيث أن التسجيل بالسجل التجاري لا ينهض سبباً لاكتساب صفة التاجر ،

وحيث أن فن طب الأسنان لا تتوفر فيه الشروط القانونية التي تتطلبها صفة التاجر ، وأن الطبيب جراح الأسنان لا يمارس أعمالاً تجارية وإنما مهنة حرفة ، لا هي بالمهنة التجارية أو المدنية .

«وحيث أن قواعد القانون التجاري لا تطبق إلا على مجموعة من الاعمال أو التصرفات القانونية (الاعمال التجارية) ولا على طبقة من الناس (التجار) فإنها لا تطبق على عيادة مستقلة من طبيب/جراح للاسنان لزميل له» .
(أ.هـ) .

(ب) وعلى عكس هذا المنحى الذي سلكته المحكمة الابتدائية بوجدة ، نجد محكمة النقض الفرنسية ، (13) وفي نازلة مشابهة ، قد تصدت رأساً للمشكل المطروح.

ففي نزاع بين ورثة طبيب (زوجته) وطبيب آخر سبق أن تنازلت له الارملة بمقتضى عقد.. عن عيادة زوجها ملتزمة بتقديمه للزبناء ، الا أن المتنازل له امتنع عن أداء القسط المتبقى من مقابل التنازل ، بدعوى أن

(13) الغرفة المدنية بتاريخ 17/05/1961، مجلة القصر سنة 1961 ج 2 ص، + تعليق. وكذلك المجلة الفصلية للقانون المدني 1962 ص 131، تعليق جيرار كورني CORNU Gerard

العقد باطل لعدم مشروعية المحل. الا أن محكمة الاستئناف لم تستجب له ، فطعن في قرارها أمام محكمة النقض الفرنسية التي لم تتردد في رفض الطعن على أساس انه « لا يوجد هناك ما يمنع قانوننا ورثة متمرس من أن يتنازلوا عن العيادة الطبية لモرثهم لطبيب آخر ، ملتزمين في نفس الوقت بتقديم المتنازل له للزبائن».»

وهذا ، وفضلا عن أي اعتبار ، (14) فان قضاة محكمة النقض الفرنسية ، وفقوا في طرح المشكل القانوني – على خلاف قضاة المحكمة الابتدائية بوجدة ومحكمة الاستئناف بالدار البيضاء – وبتالي في التكيف القانوني تمهدا لتحصيل الحكم القانوني الذي ينبغي ان يطبق على النازلة.

رابعا -

يبقى المشكل مطروحا على القضاة المغربي الذي ينبغي أن يهتمي الى طرحه بشكل واضح، لا سيما وأن الاتفاقيات المتعلقة بالتنازل يجري بها العمل. (14 مكرر) فهل تجوز اذن تولية كراء محل معه لاستعمال مهني ؟

(14) فقد اعتبره الفقه الفرنسي ، فضلا عن كونه قد وضع حدا للخلاف الذي كان يسود بين القضاة ، منشأة لمبدأ جيد واضح فيما يتعلق بالتنازل عن العيادة (تعليق م التصر ، بل إن البعض الآخر قد اعتبره منشأة لمبدأ آخر هو إعتبار الزبائن عنصرًا أساسيا بالتنمية للعيادة الطبية بشكل يمكن من التنازل عنهم la patrimonialité de la clientèle du cabinet médical وعي اتفاقيات يجري بها العمل بين الأطباء والمهندسين والمحاسبين.. أمكن للثقة أن يصنفها على أساس أنها «عند تنصيب» انظر كورني ، تعليق مشار Convention d'établissement de paetre d'installation إليه ص 131 – 134

- انظر في تحليل موقف القضاة والفقه الفرنسيين : عمر عزيzman = «المهنة الحرة بالمغرب» - أطروحة ص جامعة نيس ، منشورات كلية الحقوق الرباط 1980 ، 172
 (14 مكرر) ولا سيما كذلك أن الأحكام التي بين أيدينا تدل على أن القضاء المغربي لم يتناول المشكل رأسا. انظر المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ، حكم عدد 2269 بتاريخ 18/02/1984. منشور بالملطة المغربية للقانون (السلسلة الجديدة) عدد 3 ، ص 224 .
 وقارن محكمة الاستئناف (غ. العقارية) حكم عدد 3523 بتاريخ 24/07/1984 ، ملطف عدد 82/384. غير منشور.

يتميز في القانون المغربي بين نوعين من المحلات المعدة للاستعمال المهني
(بالمفهوم الواسع لهذه الأخيرة).

الاول : يشمل الأماكن المعدة للاستعمال المهني ذو طابع تجاري أو صناعي أو حرفني، أو ما يسمى المحلات التجارية. وتخضع عقود إكريية هذه المحلات ، لظهير 24 ماي 1955 حتى ولو كان جزء منها مستعملاً للسكنى. (15) وقد جاء هذا الأخير بمقتضيات تمكن المكتري من الحق في الإيجار ومن تولية المحل ، بحيث «ليس من الضروري الحصول على إذن من المالك او استصدار حكم لبيع ، الاصل التجاري » (16) بل « تكون باطلة الانتقادات ، كيما كانت صيغتها ، اذا كان القصد منها منع المكتري المتوفدة غبيه الشروط المأمور بها في الفصل الخامس... ، من التخلص عن عقد الكراء من اقتني منه الاصل التجاري أو مؤسسته ». (17) الا أن الاحالة أو التنازل « لا ينفذ في حق المواجر الا من وقت اعلامه به أو قبوله له » (18).

الثاني : ويشمل الأماكن المعدة للاستعمال المهني وليس لها طابع تجاري أو صناعي أو حرفني. ويتسع هذا التحديد ليشمل جميع المهن المعترفة في نظر الفقه والقضاء غير تجارية. (19).

(15) محكمة الاستئناف بالرباط ، بتاريخ 1957/03/01 ، م.ق.ق عدد 2 من 253 المجلس الأعلى ، قرار عدد 221 ، 1978 /04/14 ، ن.م. عدد 124 ص 79.

(16) المجلس الأعلى ، قرار عدد 91 ، ملف مدني رقم 32777 ، بتاريخ 1976/03/26 ، م.ق.ق عدد 126 ص 92.

(17) الفصل 37 من ظهير 1955/05/24.

(18) المجلس الأعلى ، قرار عدد 91 ، مشار إليه. وانظر كذلك القواعد انعامة المنصوص عليها بخصوص الحوالة في ق.ل.ع لا سيما تلك التي يضمنها الفصل 195.

(19) وهذه هي حالة المهن الحرة عموماً. وهي التي يقصدها البعض عند الحديث المحل المهني Local professionnel أو الكراء المهني bail professionnel . انظر بوسكي ، مجلة المحاكم المغربية 1951 (68) 1952 (100).

- وانظر بخصوص موقف القانون المغربي من التنازل عن زبائن المهن انحرة ، ع. عزيzman ، م.س. ص 183 وما بعدها.

وتحضن هذه الأماكن - حاليا - ظهير 25 جنبر 1980 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكري لاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني.. ما لم تكن هذه الاخيرة خاصة لتشريع خاص ، وذلك بتصريح عبارات الفصل الاول من الظهير المذكور. وعليه : فاذا وجد تشريع خاص كان هو الاولى بالتطبيق ، أما اذا لم يكن هناك نص خاص فان أحكام ظهير 1980 هي الواجبة التطبيق على «تولية الكراء والتخلی عنه» والمنظمة بمقتضى الفصول من 19 الى 22 ، مع مراعاة الاحوالات التي يتضمنها الفصل الاخير.

والقاعدة العامة المقررة هنا هي تلك التي نص عليها الفصل 19 من من الظهير المذكور : «يمنع على المكري أن يتخلى عن كراء المحلات المعدة للسكنى أو توليتها للغير كيما كان نوع التخلی أو التولية وذلك خلافاً لمقتضيات الفصل 668 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود ، اللهم الا اذا ورد في عقد الكراء نص مخالف، أو وافق المكري على ذلك كتابة». ويثير هذا النص ملاحظتين أساسيتين :

الأولى : وتعلق بالقاعدة نفسها ، لماذا هذه (منع التولية) عوض تلك التي كان ينص عليها قانون الالتزامات والعقود (اباحة التولية) ؟ مثل هذا التدبير سبق أن أكد المشرع المغربي بمقتضى الفصل 11 من ظهير 30 يونيو 1955 الخاص بأكيرية أماكن السكناي الكائنة بالمدن الجديدة ، وهو تدبير حام للملك العقاريين. (20).

الثانية : وتعلق بنطاق تطبيق القاعدة أعلاه هل تتسع لتشتمل المحلات المعدة للاستعمال المهني أم أنها تقصر فقط على المحلات المعدة

(20) لقد جاء في تقديم مشروع القانون ، ضمن باب «الاختيارات الأساسية للمشروع»، ان الحكم الذي ينقضي به فيما يخص التولية «يحمي المكرين تحقيقاً للتوازن من التصرفات الاعتراضية للمكريين». انظر مجلة «المحامة» عدد 15 من 12 1979، ص 111 وما بعد وخاصة 115 فقرة ج.

للسكنى ؟ المسألة هنا هي مسألة تأويل للنصوص ، وذلك بالنظر للأهمية التي تعلق على الصياغة الفنية التي يعتمدها المشرع ، لا سيما وان الفصل 19 استعمل عبارة «المحلات المعدة للسكنى» فقط مع أن الفصل 1 ، الذي يحدد نطاق التطبيق ، استعمل صيغة «الاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني».

التأويل الأول : يعتمد موضعه نص الفصل 19 ضمن ظهير 1980 بصفة عامة : باعتباره جاء ليطبق على أكريية الأماكن المشار إليها في الفصل الأول، وبالتالي تطبيق القاعدة التي يتضمنها الفصل 19 على تولية أكريية «المحلات المهنية» على الرغم من أن عبارة «الاماكن المعدة للاستعمال المهني» ، لم ترد في النص ، اذ يكفي في هذا الصدد ما حدد في الفصل الأول.

التأويل الثاني : يعتمد صياغة الفصل 19 وحدها ، وبالتالي القول بحرية تولية «المحلات المهنية» ، ما دام أن المشرع لم يورد العبارة ضمن نص الفصل الذي يمنع التخلص أو تولية كراء المحلات المعدة للسكنى فقط ، اذ لو أراد اخضاعها لتلك القاعدة لنص على ذلك صراحة.

ويشير في نفس السياق ، تأويل آخر يعتمد الصياغة الفنية للنص الأول المحدد لنطاق الظهير ، متسائلا لماذا استعمل المشرع «أو» بدلاً «و» (الاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني) ؟ مبينا أن «أو» هي للتمييز، في حين أن «و» هي للعطف. وحيث أن المشرع لم يقصد أن تكون «الاماكن المعدة للاستعمال المهني» معطوفة على «الاماكن المعدة للسكنى» ، وإنما استعمل حرف أو «ليتبين القضاة عند التطبيق ما يتعلق بكل منها فهو أراد بذلك أن يطبق الظهير بالتناوب ، بمعنى أنه وان جاء ليطبق على النوعين من الكراء ، فان الاحكام الواجبة التطبيق تختلف حسبما اذا تعلق الامر بكراء محل معد للسكنى أو بكراء محل معد للاستعمال المهني (21).

(21) وقد قال بهذا التأويل أحد الاساتذة من الدار البيضاء : عمر منير في تعليقه على حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ، 18/02/84 ، مشار إليه (م 14).

وعليه : فان كراء هذه الاخيره لا يخضع للفصل 19 في حين انه يخضع
للفصل 22.

هل لابد من قانون تفسيري ؟ نلاحظ ، على كل حال، أن مشروع القانون الذي تقدمت به الحكومة لمجلس النواب 1980، (22) لم تكن صياغته لتشير هذا المشكل ، لأن المنع جاء عاما «يمعن على المكتري أن يتخلّى عن كراء المحلات المشار إليها في الفصل الأول» (ف 20 من المشروع) ، وهي غير الصيغة التي أصبح عليها عند المصادقة عليه (ف 19). وهو ما قد يفيد أن المسألة نوقشت داخل البرلمان. (23) وقد نوقشت فعلاً بمناسبة أخرى وهي مناسبة مناقشة قانون المحاماة لسنة 1979 لا سيما الفصل الثالث منه الذي كان يتضمن في مشروعه فقرة تقضي «بعدم جواز التنازل عن مكتب محام»، الا ان المناقشة داخل لجنة العدل بمجلس النواب أسفرت عن حفتها لانه - يقول أحد المتدخرين في اللجنة - «يجب أن تتفق مع الواقع ، فإذا وجدنا صعوبة في تقيين فكرة التقويت فمن الأحسن حذف الفقرة الثانية من الفصل الثالث». (24).

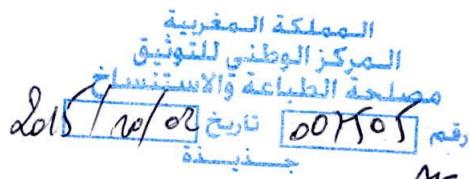
وعليه : نعتقد أننا لسنا في حاجة الى دليل أقوى من هذا للقول بأن نية مشروع ظ. 1980 انصرفت الى حصر المنع الوارد في الفصل 19 في المحلات المعدة للسكنى دون تلك المعدة للاستعمال المهني. وقد يثير هذا الموقف تساؤلا لدى الفقه حول ماذا كان توجه مشروع ظ. 1980 ي sisir في نفس اتجاه مشروع القانون التجاري مع الاحتفاظ بالتمييز بين المحل التجاري والمحل المهني ؟

احمد ادريوش
الرباط شتنبر 1986

(22) م المحاما عدد 16. نفس المطبيات السابقة.

(23) انظر مداولات مجلس النواب ، دورة أبريل 1980 ، الجلسة التاسعة ، ج و عدد 533 من 1980/06/30

(24) انظر مجلة «رسالة المحاما» ، العدد الاول 1980، ص 30. ويتضمن هذا العدد القانون الجديد لهلة المحاما مع أعماله التحضيرية.



Ar

المجرم والجريمة من وجهة التشريع الإسلامي

الأستاذ الكبير بوخيمه
نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بمكناس

لما كان الاجرام يشكل قاعدة اضطراب خطير وسلوك منحرف مردود من شأنه التأثير على انسانية الفرد داخل المجتمع والمس بأمنه وطمأنينته ، ومن تم بأمن وطمأنينة الجماعة ككل.

ولما كان الامن ضرورة ملحة باعتباره مبدأ من المبادئ الأساسية والهامة التي جاء بها القرآن الكريم لبناء الحياة الكريمة للانسان وضمان تقدمه وازدهاره ، كان طبيعيا أن ينال هذا الموضوع بمختلف جوانبه بحثا شاملا وكاملا من طرف التشريع الإسلامي.

- المجرم :

لقد جاء الدين الإسلامي بتشريع شامل يخص الحياة الاخروية والحياة الدنيا فسن قوانين وأحكاما كاطار عام لتصرفات البشر حناظا على التوازن المطلوب الذي يقتضيه تعاملهم في الحياة سواء في العلاقة فيما بينهم أو مع ربهم فيما هو ملزمون به من واجبات ، وإذا كان الامر كذلك فان كل مخالف للمقتضيات الابدية الآمرة أو الناهية يكون قد خالف أوامر الله أو نواهيه فيعد عاصيا ، ويكون بذلك مجرما.

وعليه ، يمكن تعريف المجرم من خلال ما قال به الفقهاء الشرعيين في هذا الباب بأنه الشخص الذي يأتي أحد المحظورات الشرعية التي زجر الله عنها بحد أو تعزير.

- الجريمة

ان الحديث عن المجرم يرتبط وجودا وعدما بالحديث عن الجريمة ، فهما عنصران متلازمان ، فالجريمة بطبيعة الحال لا يقترفها الا شخص يجب أن نسميه مجرما .

وإذا كان المجرم في نظري هو الغير المطيع لما أمر الله به وما نهاه عنه ، فالجريمة هي الأخرى تبقى في هذا الإطار ولا تخرج عنه فتكون معصية تتمثل في فعل ما نهى الله عنه ومخالفة ما أمر الله به ، وهذا ما قال به الفقهاء حين عرفوها بقولهم هي : « اتيان فعل حرام معاقب على فعله ، أو ترك فعل حرام معاقب على تركه » ..

فالجريمة اذن في التشريع الإسلامي هي عصيان الله عز وجل وكذلك فعل ما هو منهي عنه ، ولذلك روي أن اعرابيا سئل لماذا آمنت بمحمد ؟ فقال : لاني ما رأيت محمدا يقول في أمر افعل والعقل يقول لا تفعل ، وما رأيت محمدا يقول في أمر لا تفعل والعقل يقول افعل ». .

وأساسها في نظر الاسلام هو عدم احترامها تطبيق الاوامر الدينية ومخالفتها لها تأسيسا على أن هذه الاوامر جاءت خدمة وحماية للمصالح الانسانية المعتبرة المتمثلة فيها أمور خمسة تعتبر الركائز الملازمة التي يقوم عليها استقرار الانسان في حياته وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

وعليه فكل فعل يمس مصلحة من هذه المصالح يشكل جريمة تختلف من حيث قوتها وضعفها باختلاف مدى درجة قوة الاعتداء على هذه المصلحة، لذلك قسم العلماء المسلمين بحسب مراتبها الى ثلاثة هي كما يلي :

- المصالح الضرورية التي يتم بها حفظ الحياة
- المصالح الحاجية التي تحفظ الحياة من غير جلب ضيق أو مشقة
- المصالح التحسينية وهي ما تؤدي إلى الحفاظ على الحياة بشكل غير مهين.

وما تجدر الاشارة اليه انه لما كانت الجريمة في الشريعة الاسلامية أساسها هو المس بالدين ، كان هذا الأساس هو الحافز الرئيسي للدفاع ضد الجريمة ومكافحتها هذا الدفاع وهذه المكافحة اللذان نجد لهما مصادر متعددة في التشريع الاسلامي نبرز منها ما هو على الترتيب التالي :

أولاً : الدين الاسلامي مصدره الوحي الرباني الدائم الابدي ويشمل القرآن الكريم وسنة النبي (ص) ومثل هذه المعطيات كفيلة بجعل الانسان يخاف ربه في كل ذنب قبل على ارتكابه ، اذ يكون الوازع الديني هنا سبباً مباشرـاً في ابعاد وقوع الجريمة ابتعاداً مرضـاً الله سبحانه وتعالـى في الدنيا وفي الآخرة.

وفي هذا المجال نسوق مثلاً موضوعه واقعة ماعز والغامدية، حين جاء الى الرسول (ص) بمحض ارادتهما واعتبرـا بجرم الزنا على الرغم من علمهما بالعقاب المترتب على كل منهما ، وهي الرجم بالحجارة حتى الموت ، وحاول الرسول (ص) أن يصرـفهما ولكنـهما تمسـكا باقرارـهما معلنـين بذلك عن استعدادـهما للعقوبة تكفيـرا عن معصـيتـهما وطـمعـا في رحـمة ربـهما في الدارـ الآخرـى ، فأقامـ عليهمـ الحـد وصلـى علىـ الغـامـدـية صـلـاةـ الـجـنـازـةـ ، فـسـئـلـ النبيـ كـيفـ تـصـليـ عـلـيـهـاـ وـهـيـ زـانـيـةـ ، أـجـابـ أـنـهـ تـابـتـ تـوـبـةـ لـوـ قـسـمـتـ عـلـىـ سـبـعـيـنـ مـنـ أـهـلـ الـمـدـيـنـةـ لـوـسـعـتـهـمـ.

ثانياً : الدين الاسلامي امتاز في مكافحته للجريمة بجعلـهـ الثوابـ والعـقـابـ مـرـتـبـطـينـ بـالـحـيـاـةـ الـدـنـيـاـ وـالـآخـرـةـ ، وـجـعـلـ الـجـزـاءـ الـآخـرـويـ يـتـسـمـ بطـابـعـ الـصـرـامـةـ وـالـشـدـةـ أـكـثـرـ مـنـ الـجـزـاءـ الـوـاجـبـ فـيـ حـيـاـةـ الـبـشـرـ ، الـأـمـرـ

الذى زاد من وعي الفرد والجماعة بمدى جسامه المسؤولية الملقاة على عاتقهما وزاد أيضاً في رغبتهما في اتباع الأوامر واجتناب النواهي وأبرز دليلاً على هذا عقوبة جريمة قطع الطريق ، فقد ورد فيها قوله تعالى : «انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم».

ثالثاً : امتياز الشريعة الإسلامية بمبادئها الأخلاقية السامية ، وهي دفاع أخلاقي ضد الجريمة له مجاله الواسع في المعاملات اليومية التي تقتضيها حياة الناس ومثال ذلك احترام حقوق الجار فقد قال تعالى : «واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احساناً وبذى القربي واليتامى والمساكين والجار ذي القربي والجار الجنب والصاحب الجنب» وقول النبي الكريم «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سبورثه» وقوله «من كان يؤهّن بالله والآخرين فليكرم جاره».

رابعاً : مكافحة الدين الإسلامي للجريمة يأخذ وجهين : باطني وظاهري ، فالتشريع الإسلامي كما نعلم نظر إلى الأمور بمقاصدها والاعمال بالنيات انبنت عليها ، وفي هذا نجد قول النبي الكريم «انما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهو هجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهو هجرته إلى ما هاجر إليه».

لذلك كان الحال بين الحرام وبين ، ومن ثم فلا إشكال بطرح أمام هذا الوضع إلا من أراد أن يظلم نفسه وهذا على عكس ما ذكره في ميدان القضاء ، إذ أن هذا الأخير يحكم بالظاهر لا غير وهو تبعاً لهذا قد يخطيء وقد يصيب ولذلك قال النبي عليه السلام «انكم تختصرون إلى وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم يكون أحن بحجه من الآخر ، فأقضى له على نحو ما

أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقتطع له قطعة من النار».

ومن هنا كان الافتاء الى جانب القضاء أمراً ضرورياً في التشريع الإسلامي على اعتبار أن كلاً منها يكمل الآخر ، اذ الافتاء يتعلق بالباطن والقضاء يتعلق بالظاهر ومن هنا تتحقق بجمعهما النظرة الإسلامية المتكاملة الى الأشياء.

خامساً : اتسام التشريع الإسلامي بالمرونة المتميزة وملائمة لكل زمان ومكان وأسباب هذه الميزات المتعددة تكمن في التطور الذي يصاحب مصادره التشريعية الذي هو مؤسس عليها مثال ذلك : الاجتماع - والقياس والمصالح المرسلة والعرف وما فيه من قواعد تيسيرية تقتضيها حالات الضرورة وبالتالي تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية مثل قاعدة «المشقة تجلب التيسير» والامر اذا ضاق اتسع . والضرورات تبيح المحظورات . ومثال ذلك من الاحكام في مكافحة الجريمة ودفعها جواز القتل دفاعاً عن النفس وأكل لحم الميتة عند هلاك النفس وكاغفاء عمر (رضي الله عنه) قطع يد السارق عام المجاعة لأنّه سرق خوفاً من الهلاك - الى غير ذلك.

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم ٥٥٦٥٥٢ تاريخ ٢٠١٥/١٠/٢
جذبة Ar

بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر

الاستاذ عبد المجيد غبطة
قاض بالمحكمة الابتدائية بطنجة

تقديم :

● لا تعتبر الدعوى هي الأصل في التعامل بين الأفراد ونيل الحقوق فيما بينهم ، بل هي اجراء استثنائي يلجأ اليها عندما تخرق القواعد الأصلية والعاديّة فسي معاملات الأفراد . والدعوى بهذه الصفة الاستثنائية تفترض أن أطرافها سواء كانوا ذاتيين أو معنوين - يتمتعون بكل الأهلية والصلاحية لممارسة حقوقهم بما في ذلك حق التقاضي .

غير أنه قد يوجد من بين أطراف الدعوى قاصرون (1) وناقصو أهلية، ففي هذه الحالة تصبح الدعوى استثناءً من الاستثناء . وإن هذا الوضع المعقد هو الذي حذا بالشرع إلى فرض قيود قانونية تقيد بها الدعوى في هذه الحالة حماية ل未成年 القاصر وذلك باقرار مقتضيات تخص قانون الشكل كما تخص قانون الموضوع هدفها حماية المصلحة المذكورة .

ان هدف هذا البحث هو ابراز كيفية تعامل القضاء المغربي مع بعض المقتضيات التي تهم الدعوى التي يكون أحد أطرافها قاصر ؟ وعلى ذلك

- يطلق اصطلاح القاصر في القانون والقضاء على الاشخاص الذين اتموا الثانية عشرة من العمر ولم يبلغوا سن الرشد القانوني (21 سنة ميلادية كاملة) - انظر : شكري احمد السباعي «نظرية بطلان العقود وابطالهما في قانون الالتزامات والعقود» ط 1. سنة 1971 بالرباط ص 238.

فهو ليس بحثا في المقتضيات المتعلقة بالأهلية بصفة أساسية بل الهدف هو استقراء عمل القضاء المغربي بخصوص المقتضيات المذكورة وسيكون المعتمد - بطبيعة الحال - هو عمل أعلى سلطة قضائية بالمملكة أي المجلس الأعلى الموكول اليه أمر مراقبة تطبيق القانون وتوحيد الاجتهادات والحلول القانونية.

الا أنه وقبل مباشرة الموضوع ينبغي التذكير ببعض المعطيات التالية :

- ان القواعد التي تنظم مادة الأهلية متفرقة بين نصوص : مدونة الأحوال الشخصية وقواعد الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود والقانون التجاري وقانون التحفظ العقاري.. وان القاضي ليجد نفسه أحيانا مختارا في الأخذ بالنص الواجب تطبيقه في دعوى أحد أطرافها قاصر. ويرجع ذلك لتضارب بعض النصوص الناظمة لموضوع الأهلية وهناك عدة أمثلة على ذلك.

وهكذا فاذا كان الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية يقصر ضرورة اشتراط الاذن لاجراء بعض التصرفات التي تهم أموال القاصر - على الوصي والمقدم ، فان الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود يعمم ضرورة الاذن المذكور ليشمل حتى الأب (1) فمن المتصور في حالة خيام أب بالتصريف في مال ابنه القاصر أن يقوم هذا الأخير مطالبا بابطال التصرف لعدم حصول الأب على اذن من القاضي بذلك طبقا للفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود. غير أن الأب المدعى عليه سيدفع بمقتضيات الفصل 158 من المدونة التي تقصّر الاذن على الوصي والمقدم. ولا شك أن القاضي سيقوم بمحاولة للترجيح بين النصين ويرجع نص المدونة لعدة اعتبارات دينية وفقهية واعتبارا لكون المدونة نصا خاصا يقدم على النص العام

(1) يراجع بهذا الصدد الدكتور أحمد الخميسي «التعليق على قانون الاموال الشخصية» ج 1 ط 1 الرباط 1984 ص 5 هامش 3.

وأنها نص لاحق ينسخ النص السابق. لكن الجنوح إلى هذا الحل هو من باب الترجيح فقط وهو لن يؤدي إلى القول بأن الفصل 11 من ق.ل.ع. ملغي ما دام لم يتم الغاؤه بطريقة دستورية من قبل السلطة التشريعية.

ومما يلحق بنفس الوضع ما ينص عليه الفصل 6 من القانون التجاري بشأن أهلية المرأة المتزوجة لممارسة التجارة وتقيد أهليتها بضرورة اذن الزوج وهو ما يخالف مقتضيات الفصل 133 و 35 من مدونة الأحوال الشخصية. وكذلك ما ينص عليه الفصل 8 من القانون التجاري بشأن تقيد تصرفات المرشد بالشكليات المنصوص عليها في بيع أملاك القاصرين وهو مخالف لمقتضيات الفصل 165 من المدونة الذي يعتبر المرشد كامل الأهلية⁽³⁾ وكذلك ما ينص عليه الفصل 336 من قانون المسطرة الجنائية بشأن حصول المرأة على الاذن لتقديم طلب بالحق المدني ضد زوجها⁽⁴⁾ وهو ما يخالف مقتضيات الفصل 133 و 35 من م.ح.ش. التي تقرر حرية المرأة في التصرف.

ولا شك أنه ينبغي توحيد أحكام الأهلية على صعيد واحد بشكل ينتفي معه مثل هذا التضارب بين النصوص.

وبعد التذكير بهذه المعطيات التي تتصل بموضوع الأهلية نبين النقطة التي يتمحور حولها البحث. هكذا سيتم استعراض موقف المجلس الأعلى من بعض المقتضيات القانونية التي تنظم الدعاوى التي يكون فيها طرف قاصر. ولأسباب منهجية نتناول بيان ذلك من زاوية قانون الشكل ومن زاوية قانون الموضوع.. وذلك في مباحثين كما يلي :

(2) انظر عبد الرزاق مولاي رشيد «أوضاعية المرأة بالغرب» :
بالفرنسية الرباط 1981 ص 303 وما يليها.

- كذلك هشام فرعون «مبادئ القانون التجاري المغربي» ج 1. ط 2 1879 بفاس ص 88.

(3) أحمد الخميسي «للتعليق على ق.م.ش» مرجع سابق ص 6 هامش 3.

(4) أحمد الخميسي «شرع قانون المسطرة الجنائية» ج 1. ط 2 الرباط 1983 ص 115.

المبحث الأول

العمل القضائي فيما يخص بعض المقتضيات الشكلية التي تهم القاصر

سيتم التركيز في هذا الباب على موقف المجلس الأعلى من مقتضيات الفصل 9 من ق.م.م والموقف من أهلية القاصر في التقاضي سواء بوصفه مدعياً أو مدعى عليه ، والموقف من أهلية القاصر في تسلمه للإجراءات والاستدعاءات الصادرة عن المحاكم .

أولاً : موقف المجلس الأعلى من مقتضيات الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية : انه منقيود الشكلية التي تحاط بها الدعوى التي يكون فيها قاصر ما نص عليه الفصل 9 من ق.م.م . فقد جاء فيه في فقرته الثالثة : (5) يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة : القضايا المتعلقة باتفاقية الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائباً أو مؤازراً لأحد الأطراف ونصت الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور على ما يلي : يشار في الحكم إلى إيداع مستنتجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة والا كان باطلاً.

وفي البداية تجدر الإشارة إلى أن الكتاب الرابع من م.ح.م.نتناول مسائل الأهلية والنيابة الشرعية (ف 133 – 172 من المدونة) 181 وما يليه من ق.م.م نظم مسائل النيابة القانونية «ويلاحظ أن هناك فرقاً بين هذا النوع من القضايا التي يكون أحد الأطراف المتقاضين محجوراً ويكون له مثل قانوني ينوب عنه وبين قضايا النيابات الشرعية التي تعنى القضايا التي تتعلق بمسطرة تنظيم وتسخير النيابات القانونية».

(5) محمد بوزيان «دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية»، الرباط ط 1982 ص 28.

ان تقيد اجراءات الدعوى بضرورة تبليغ قضايا القاصرين الى النيابة العامة وضع لمصلحة القاصر كطرف ضعيف في الدعوى يجب ان تخول له كافة الضمانات حفاظا على حقوقه بحيث يكون تدخل النيابة العامة دافعا لكل اهمال يقع في الدفاع عن تلك المصالح من قبل النائب عن المحجوز.

ونظراً للهدف المتوخى من الاجراء المذكور فان عدم التقيد به في مثل هذه القضايا (6) بحق اثارته في جميع المراحل بما في ذلك الدفع بخرقه لأول مرة أمام المجلس الأعلى (7) من طرف من تقرر مصلحته (8) ويرجع سبب ذلك لتعلق هذا النوع من القضايا بالنظام العام؛ وهو يجد محله هنا :

- 1) في نقص الأهلية لدى القاصر. والأهلية من النظام العام.
- 2) وفي حقوق الدفاع التي يضمنها الاجراء المذكور للقاصر ، وحق الدفاع من مقومات نظام التقاضي وهو بذلك متصل بالنظام العام (9).
- المبادئ، التي أقرها المجلس الأعلى بشأن الفصل 9 من ق.م.م ووضع عدة مبادئ حولها وهي المبادئ الخمسة التالية :

المبدأ الأول :

لا يبطل الحكم الصادر لمصلحة القاصر ان لم يحترم الاجراء.

ينص الفصل 9 بصيغة الوجوب على تبليغ القضايا المتعلقة باتفاقية الأهلية الى النيابة العامة وأنه يشار في الحكم الى ايداع مستنتجات

(6) كالقضايا المتعلقة بالدولة والجماعات وقضايا الاحوال الشخصية.. وباقى القضايا المنصوص عليها في الفصل 9 من ق.م.م

(7) قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بال المجلس الأعلى عدد 132 بتاريخ 1971.7.5 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 - أكتوبر 1971 ص 42.

(8) سيأتي توضيح هذه النقطة فيما يلي.

(9) احمد مجید بنجلون «حقوق الدفاع» المطبقة الملكية، الرباط 1971 ص 27 وكذلك نفس المؤلف «المحاماة وفضائلها» بمجلة الملحق القضائي عدد 16 - أبريل 1086 ص 27.

النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة والا كان باطلًا. ففحوى المقتضيات المذكورة أن البطلان يترتب عند عدم التنفيذ بالإجراء المذكور.

لكن المجلس الأعلى لم يقرر ذلك بصفة مطلقة بل تقيد بالهدف الذي من أجله تقرر وضع الاجراء المذكور ، فقرر أنه عند الحكم لمصلحة القاصر وعدم التقيد بتبليغ الملف الى الناشية العامة لابداء مستنتاجاتها ، فإنه لا يمكن الاحتجاج بالبطلان من طرف الخصم لأن الاجراء إنما تقرر لمصلحة القاصر وقد تحققت هذه المصلحة بالحكم له فلا موجب لتحصيل الحاصل والتقيد بالاجراء في هذه الحالة. غير أن المجلس الأعلى وبال مقابل يوجب التقييم بمقتضيات الفصل 9 المذكور حين يحكم ضد القاصر ولا يتم تبليغ الملف الى الناشية العامة لأن الاخلاقي بذلك في هذه الحالة يخل بحق الدفاع الذي يضممه الاجراء المذكور للقاصر.

ويتetting عن ذلك أن المجلس الأعلى طبق مقتضيات الفقرة 3 من الفصل 9 من ق.م.م بصفة نسبية ودون اطلاق : فقد جاء في قرار صادر عن الغرفة الشرعية عدد 52 (10) «إذا كان ما يهدف اليه الفصل 9 من ق.م.م من الحفاظ على الانساب وحماية حقوق القاصرين قد تحقق بالحكم لصالح القاصرين فإن اشارة عدم احالة الملف على الناشية العامة لا يشكل مطعنا في الحكم». كما جاء في قرار آخر صادر عن الغرفة المدنية عدد 324 (11) «تبليغ الناشية العامة بملفات قضايا القاصرين اجراء وضع لفائدة هؤلاء فلا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في هذه الدعوى».

ان هذا الاتجاه الذي سلكه المجلس الأعلى يعني من تكرار المسطرة مراعاة لإجراءات تستهدف رعاية مصالح القاصر وقد تتحقق بالحكم

(10) بتاريخ 1982.2.9 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 س 8 أكتوبر 1982 ص 84.

(11) بتاريخ 7 يوليو 1978 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25 - ماي 1980 ص 63.

لصالحه رغم عدم التقيد بها تطبيقاً لمقوله : من تقرر الاجراء لصالحه ولم يضره خرقه فلا موجب للدفع بالبطلان من طرف خصمته. غير أن صدور الحكم ضد مصالح القاصر والحال أنه لم يتم تبليغ الملف إلى النيابة العامة فان ذلك يتحقق البطلان نظراً لنصرة القاصر من خرق اجراء يخوله ضمانة في الدفاع عن حقوقه. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر عن الغرفة المدنية عدد 267 (12) «في الحالة التي يكون فيها أحد الاطراف في الدعوى قاصراً يمثله نائب القانوني فإنه يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة ويشار في الحكم إلى إيداع مستنجلاتها أو تلاوتها والا كان الحكم باطلاً».

المبدأ الثاني :

لا يجوز لخصم القاصر في الدعوى أن يتحقق بخرق مقتضيات الفصل 9
من ق.م.م.

ان هذا المبدأ هو الوجه الآخر للمبدأ الأول لانه اذا كان المجلس الأعلى لم يقرر البطلان رغم عدم التقيد بالاجراء المنصوص عليه في الفصل 9 من ق.م.م. لتحقق مصلحة القاصر بالحكم له فان الخصم لم يتقرر الاجراء مصلحته وبذلك فلا صفة له في الاحتجاج والطعن بالبطلان عند خرق الاجراء المذكور.

وقد أكد المجلس الأعلى هذا المبدأ في القرار عدد 324 الصادر عن الغرفة المدنية (13) والسابق ذكره فقد ورد فيه : «تبليغ النيابة العامة بملفات قضايا القاصرين اجراء وضع لفائدة هؤلاء فلا يجوز الاجتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في الدعوى» اذ كان من جملة وسائل الطعن بالنقض التي أثارها الطاعن أن القضية لم تبلغ إلى النيابة العامة فرد المجلس بأن ائصفة الدفع بهذا الدفع متروكة للقاصرين اذ أن الاجراء المذكور مقرر لمصلحتهم.

(12) بتاريخ 4.4.1979 منشور بمجلة المحاماة عدد 16 س 12 - 1979 ص 151.

(13) بتاريخ 7 يوليو 1978 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25 مايو 1980 ص. 63.

و هذا الاتجاه يتفق وما قرره المشرع في قانون الالتزامات والعقود
ن بعد أن نص الفصل 6 منه على أنه يجوز الطعن في الالتزام (الذي يبرمه
القاصر بصفة غير قانونية) من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه سن الرشد»
نص الفصل 10 من ق.ل.ع على أنه حد لا يجوز للمتعاقدين الذي كان أعلا
لللتزام أن يتحقق بنقص أحليه الطرف الذي تعاقد معه».

المبدأ الثالث :

ليس من البيانات الالتزامية التنصيص على تبليغ الملف الى النيابة
العامية ويكتفى الاشارة الى ايداع مستنتاجاتها أو تلاوتها بالجلسة

ينص الفصل 9 من ق.م.م تحت طائلة بطلان الحكم على وجوب الاشارة
الى ايداع مستنتاجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة - لكن هل لابد
بالاضافة الى ذلك من النص على أن ملف القضية المتعلق بالقاصر بلغ
الى النيابة العامة؟

لقد أثيرت هذه المسألة بقصد الطعن بالنقض في قرار استئنافي نص
على أنه بعد تقديم الوكيل العام للملك لاستنتاجاته الكتابية ثم حجز القضية
للمداولة. والنطق بالحكم. وقد احتاج الطاعن بخرق مقتضيات الفصل 9 لأن
ملف خال من المستنتاجات الكتابية المذكورة وهو ما يدل على عدم تبليغ
الملف الى النيابة العامة فقال المجلس ان الفصل 9 ينص على انه يجب
تحت طائلة البطلان الاشارة الى ايداع مستنتاجات النيابة العامة أو تلاوتها
بالجلسة وقد أشار الحكم الى ايداع مستنتاجات النيابة العامة كتابة وأن :
«تبليغ الملف الى النيابة العامة ليس من البيانات الالتزامية الواجب التنصيص
عليها في قرارات محاكم الاستئناف المنصوص عليها في الفصل 345 من
ق.م.م فضلا عن أن النيابة العامة لم تكن لقواعد مستنتاجاتها لو لم يبلغ

إليها الملف» وبما أن الطاعن لم يدل بما يثبت عكس ذلك فقد رفض المجلس الأعلى طلب النقض (14).

وهذا القرار وإن كان يتعلق ببيانات المتعلقة بقرارات محاكم الاستئناف (ف 345 من ق.م.م) فإنه ينطبق حتى على بيانات الأحكام الابتدائية (ف 50 من ق.م.م) فلا يتوجب النص على تبليغ الملف إلى النيابة العامة ويكفي بالإشارة إلى مستنتاجات النيابة العامة عند الاقتضاء (الفقرة 4 من الفصل 50 من ق.م.م).

المبدأ الرابع :

وجوب إيداع مستنتاجات النيابة العامة كتابة أمام محاكم الاستئناف

لقد أقر المجلس الأعلى هذا المبدأ تمشيا مع المسطرة الكتابية المتبعه أمام محاكم الاستئناف (ف 329 من ق.م.م) وما يليه ؛ وقد يقال بأنه من غير المتصور ألا تقدم النيابة العامة أمام هذه المحاكم مستنتاجاتها كتابة. لكن حدث أن أشير في أحد القرارات فقط إلى سماع ملاحظات النيابة العامة أمام محكمة الاستئناف وقد نقضه المجلس الأعلى في قراره عدد : 25 الصادر عن الغرفة الاجتماعية. (15) لاكتفائء بسماع ملاحظات النيابة العامة بالرغم من أن الفصل 9 يوجب إيداع المستنتاجات (16) والإيداع لا يكون الا للشيء

(14) قرار عدد 428 صادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 14.12.1978 منشور بمجلة القضاء ، والقانون عدد 129 س 18 يوليوز 1978 ص 144.

(15) صادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 19.12.1979 وقد جاءت الاشارة إليه مع ادراج حياثاته في بحث للمستشار فاطمة الحسيني بمحكمة الاستئناف بمكناس يعنوان : «دور النيابة العامة ووظيفتها أمام القضاء المدني في التشريع المغربي» بمجلة الملحق النقائحي عدد 14 مارس 1985 ص 115 وما بعدها.

(16) أو تلاوتها بالجلسة أمام المحكمة الابتدائية تبعاً لمبدأ المسطرة الشفوية أمام هذه المحاكم ما لم يكن الامر يتعلق بمسألة تطبق فيها المسطرة الكتابية طبق الفصل 45 من ق.م.م

المكتوب. كما لاحظ المجلس الأعلى أن أوراق الملف لا تقييد أن هذا الاجراء المسطري تم مما كان معه القرار معرضًا للنقض.

ولقد استنبطت الباحثة المذكورة (17) أنه يستضاء من القرار المذكور :

1) وجوب الاشارة في الحكم إلى ايداع مستنتاجات النيابة العامة عندما يكون النزاع مطروحا أمام محاكم الاستئناف.

2) وجوب كون هذه المستنتاجات بالفعل ضمن وثائق الملف

3) وجوب الاشارة في الحكم إلى ايداع مستنتاجات النيابة العامة الشفوية عندما يتعلق الامر بالمحاكم الابتدائية.

هذا ومما يتعلّق بمسألة ايداع مستنتاجات النيابة البحث فيما ان كان حضور ممثلها الزامي بالجلسة عندما يبلغ الملف إلى النيابة العامة.

ولقد أجاب المجلس على هذه النقطة في قراره عدد 285 الصادر عن الغرفة الاجتماعية (18) فنص على أن «حضور ممثل النيابة العامة بالجلسة غير التزامي الا اذا كانت طرفا رئيسيا أوجد نص خاص بذلك وأن الفصل 9 يوجب تبليغ الدعوى إليها في حالات معينة ولا يوجب حضور ممثلها بالجلسة».

المبدأ الخامس :

يحق الدفع بخرق مقتضيات الفصل 9 عند تعلق الامر بقاصرين حتى لأول مرة أمام المجلس الأعلى

(17) فاطمة الحسيني «دور النيابة العامة» مرجع سابق ص 116.

(18) بتاريخ 2.7.1979 منشور بمجلة قضاة المجلس الأعلى عدد 26 س 5 ص 193

لقد تمت الاشارة الى هذا المبدأ سابقا وتبين أن سبب ذلك هو ارتباط القضية بالنظام العام (19) وقد أكد المجلس الأعلى على هذا المبدأ في قراره عدد 132 (20).

هل تملك محكمة الاستئناف بعد ابطالها الحكم الذي لم يتقييد فيه بمقتضيات الفصل 9 من ق.م.م أن تتصدى للبت في القضية عندما تكون جاهزة ؟

انه وطبق الفصل 146 من ق.م.م فان محكمة الاستئناف اذ أبطلت أو ألغت الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تتصدى للجوهر ان كانت القضية جاهزة للبت فيها ؛ وعليه اذا ما تم ابطال الحكم لعدم التقييد بمقتضيات الفصل 9 هل ترجع محكمة الاستئناف الملف الى المحكمة الابتدائية أم تتصدى للبت في الجوهر ان كانت القضية جاهزة ؟

تذكر الأستاذة فاطمة الحسني (21) أن محكمة الاستئناف بمكناس كانت تقضي بارجاع الملف الى المحكمة الابتدائية لبت فيه من جديد طبقا للقانون. الا أن هذه المحكمة غيرت اتجاهها وأخذت تتصدى للبت كلما كانت القضية جاهزة في حال ابطال الحكم المستأنف لخرق مقتضيات الفصل 9 من ق.م.م وان هذا الاتجاه حري بالتأكيد لما يضمنه من سرعة البت في القضايا.

ثانيا - موقف المجلس الأعلى من أهلية القاصر في التقاضي
يتم بيان هذا الموقف من ناحية رفع الدعوى من قبل القاصر أولا ومن ناحية رفع الدعوى ضد القاصر ثانيا.

(19) تراجع الصفحة الخامسة من هذا البحث.

(20) الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1971.7.5 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 ص 42.

(21) «دور النيابة العامة» مرجع سابق ص 116 و 177.

الفقرة الاولى : أهمية القاصر في رفع الدعاوى :

ينص الفصل 1 من ق.م.م على انه : «لا يصح التقاضي الا من له الصفة والأهلية والمصلحة لاثبات حقوقه.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الاذن بالتقاضي ان كان ضروريا وينذر الطرف بتصحیح المسطورة داخل أجل يحدده.

ويتمتع بأهلية الادعاء من له مباشرة حقوقه المدنية :

1) كل من بلغ سن الرشد (21 سنة ميلادية) مقيما بكامل قواه العقلية ف 133 و 137 من المدونة

2) القاصر الذي تم ترشيه بعد بلوغه 18 سنة - ف 165 من المدونة.

3) الصغير المميز الذي بلغ 15 سنة وأذن له في التصرف - ف 142 من المدونة (22).

غير أن النائب الشرعي يجب عليه الحصول على الاذن بالتقاضي طبق الفقرة 9 من الفصل 158 من المدونة (24)

الا انه قد لا يتطلب الاذن المذكور ان كان من شأن اجراءات الحصول عليه أن تسبب تأخيرا يضر بالقاصر .

(22) مامون الكزبرى وادريس العلوي العبدلاوى - «شرح قانون المسطرة المدنية - الدعوى» ج 3 على استانسيل دون تاريخ ص 23 و 24.

(23) غير أنه ان تم رشد أو ترشيد القاصر أثناء سريان الدعوى فإنه لا يصح أن تتبع الدعوى من قبل النائب الشرعي الذي كان يمثل القاصر بل يجب أن يتم ذلك من قبل من أصبح يمتلك بأهليته - المرجع السابق ص 24.

(24) يعاد التذكير إلى التضارب الواقع بين نص الفصل 158 من المدونة والفصل 11 من ق.ل.ع تراجع الصفحة 2 من هذا البحث.

ولقد طبق المجلس الأعلى في عدة قرارات مقتضيات الفقرة 9 من الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية وهكذا رد المجلس الأعلى في قراره الصادر عن الغرفة المدنية عدد 314 (25) طعن طالب النض المتخذ من خرق الفصل المذكور لعدم الحصول على الاذن بالتقاضي وان الدعوى قبلت في الشكل رغم ذلك ، وقال المجلس معتمدا على مقتضيات الفقرة 9 من الفصل 158 بأنه يمكن رفع الدعوى بدون احتياج الاذن بالتقاضي حين يكون في تأخير رفعها ضرر على القاصر والضرر هنا قائم من حيث امكان التقادم (26) كما أقر المجلس نفس المبدأ في قراره عن 394 (27)

وعليه فلا أثر لدفع خصم القاصر بعدم الحصول على الاذن بالتقاضي ما دام الحصول على الاذن المذكور يستوجب تأخيراً يسبب ضرراً للقاصر تطبيقاً للفقرة 9 من الفصل 158 من المدونة.

كما أن المجلس الأعلى في قراره عدد 819 (28) لم يقبل الادعاء بخرق الفصل 158 المذكور الذي أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى قائلاً : «حيث أن الوسيلة المستدل بها من عدم اداء الوصية باذن القاضي يخولها المطالبة بالحق المدني نيابة عن أبنائهما القاصرين تعتبر جديدة اذ لم يسبق ان أثيرت أمام قضاة الاستئناف وبهذه الصفة تكون غير مقبولة أمام المجلس الأعلى» فالمجلس هنا لم يقبل الدفع باعتباره جديداً ولم يرفضه باعتباره عديم الأنثر طبق الفصل 158 في فقرة التاسعة المذكورة.

(25) بتاريخ 1978.7.7 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 29 ماي 1980 ص 63.

(26) وكان الامر يتعلق بطالبة التغويض عن وفاة أب التناصرين وقد طالبت به الام الوصية نيابة عن أبنائهما التناصرين دون الحصول على الاذن المذكور.

(27) الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1979.9.29 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 س 5. 1980 ص 131.

(28) الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1970.6.18 منشور بمجلة قضاء والقانون عدد 118 س 12 ص 447 وكذلك بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 18. من 3 اكتوبر 1970 ص 40.

وتجدر الاشارة الى أن الاستناد على مقتضيات الفصل 158 المذكور هو محض تطبيق للهدف الذي يتضمنه مبدأ عدم جواز تحجير القاصر رعاية مصالحه (29).

غير أن المجلس الأعلى اعتمد في حالة أخرى على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود وذلك في قراره عدد 394 (30) فقد ادعى أولاد قاصرون على أبيهم بالنفقة نظراً لعجزهم وكونهم يتابعون دراستهم. فدفع أبوهم المدعى عليه بعدم أهليةتهم فحكم لهم في مواجهته ابتدائياً واستئنافياً فطعن الأب بالنقض بعلة خرق الحكم لمقتضيات الفصل 147 من م.ح.ش (31) فرد المجلس الأعلى طلبه باعتبار أن الفصل المذكور لا ينطبق على النازلة وهو قاصر على الخوف من سوء تصرف القاصر وأن مطالب القاصرين بالنفقة تدخل في باب المنفعة كما نص على ذلك الفقهاء ولو تم ذلك من غير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم «وهذا أمر أقره المشرع في الفصل 5 من ق.ل.ع في قبول الهبة وأي تبرع آخر فبالأحرى في طلب القاصر ونافض الأهلية قوت يومه من الواجب عليه الانفاق عليهم شرعاً وقانوناً».

وهذا الاتجاه يتفق مع ما يستفاد بمفهوم المخالف مما نص عليه المتحف:
«وفي التبرعات قد جرى العمل... بمنعه ولا يجاز ان فعل».

(29) التحييز في مصطلح المطردة الشرعية هو : الحكم بانقطاع الحجة. بحيث لا يمكن لمن وقع تعجيذه أن تقبل منه حجة بعد صدور الحكم عليه - انظر أبو الشتاء ابن الغازى الحسيني في حاشيته على شرح التأویل للادمية الزفاقي. ج 1 . طن 2. الرباط 1955 ص 158 وكذلك انهل العذب السلسبيل لللازاريفي في شرح لنظم الجشتيمى أبي زيد ج 3 ط 1980 ص 132.

(30) صادر عن الغرفة الاجتماعية في 26.9.1979 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 5 - 1980 ص 131

(31) ينص الفصل 147 على أن : «النيابة الشرعية عن القاصر اما ولاية او وصاية او تقديم» والمدعى أن الدعوى يجب أن ترفع من قبله شخصياً لانه هو ولي القاصر.

فإن كان القاصر يمنع من التبرع لانعدام أهلية التبرع لديه فإن لديه أهلية اغتناء تمكّنه من الافادة من التبرعات وجلب المنفعة لنفسه.

ومما يستفاد من قرار المجلس الأعلى المذكور عدد 394 أن الولي الذي توجه صده دعوى النفقة من قبل محجوره يفقد صفة الولاية الشرعية لانه لا يجوز أن تكون له في آن واحد صفة المدعي المطالب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطالب بهذه النفقة.

الفقرة الثانية : توجيه الدعوى ضد القاصر

ان المبدأ العام يقتضي توافق الأهلية للتقاضي فـ(1) من ق.م.م) فلا تقبل الدعوى الموجبة مباشرة ضد شخص القاصر لانعدام الأهلية، اذ الأهلية من الشروط الالزامية في التقاضي (32) بل توجه الدعاوى في مواجهة النائب الشرعي لقاصر.

غير أن عمل المجلس الأعلى بين حالة يمكن أن توجه فيها الدعوى ضد شخص القاصر مباشرة. فقد جاء في ثانياً قراره الصادر عن الغرفة الاجتماعية عدد 50(33) أن المدعي طالب برجوع زوجته إلى بيت الزوجية فطالبت هي بمقابل مضاد بتطليقها منه للضرر فحكم برفض طلبه واستجيب لطلباً بالتطليق وأيد الحكم استثنائياً فطلب المدعي نقضه واعتمد المطاعن في طعنه على كون المحكمة لم يثبت لها الضرر - وقد نقضه المجلس الأعلى لهذا السبب - فدفعت المدعي عليها بعدم قبول طلب التنصيص الموجه ضدها شخصياً مع أنها لاتزال قاصرة فرد المجلس على دفعها بأنه : «يجوز توجيه الدعوى على القاصر اذا كان النزاع لا يتعلق بالتصيرات المالية وإنما يهم علاقة شخصية لا دخل للحاجز فيها».

(32) قرار المجلس الأعلى عدد 265 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1966.2.16
منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 85 - 87 س 9 - 1968 حيث نقض المجلس

حيما صدر ضد قاصرين ليس لهم أهلية مباشرة حقوقهم المدنية.

(33) بتاريخ 1972.1.24 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 24 س 6 1971 ص 43

وهذا المبدأ الذي أقره المجلس الأعلى يجد مستنته مخيمًا هو مقرر فقها من عدم الحجر فيما يخص الحالة الشخصية. وقد نظم ذلك أبو الشتا بن الحسن الغازى الحسيني فقال :

«وكل ما يرجع للابدان .. لا حجر فيه واضح البرهان» (34).

ولا أدلى بذلك من أن الزواج ينعقد برضى الزوجين ولو كانوا قاصرين عن سن الرشد القانوني إن كانوا متوفرين على أهلية الزواج بالنسبة لكل واحد مهما (35). إلا أنه وطبق الفصل 9 من م. ج. ش. فإن «الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة الوالى فإن امتنع من الموافقة وتمسك كل برغبته رفع الامر إلى القاضي» (36).

ومن صور تطبيقات المبدأ الذي أقره المجلس الأعلى ونصت عليه القاعدة الفقهية السابقة الدعاوى الآتية : - دعاوى التطبيق للعيوب (ف 57 من المدونة) ودعاوى التطبيق للاحياه والهجر (ف 58 من المدونة) ودعاوى طلاق التمليك (ف 44 من المدونة) وطلب فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بالشرط الذي اشترطته عليه الزوجة بعدم التزوج عليها (ف 31 من المدونة). وقضايا الاحسانه ودعاوى الزوجية والنسب - ويبدو تبعاً لذلك أن الدعاوى التي تهم النفقة والخلع باعتبارها من الآثار المالية لعقد الزواج بالنسبة للنفقة والأثار المالية المترتبة عن طلاق الخلع بالنسبة للنزاع في مقابل الخلع لا توجه ضد القاصر شخصياً بل في واجهة نائبه الشرعي لارتباط الدعاوى بالمال ما لم يكن تم ترشيد القاصر.

(34) في كتابه «التدريب على تحرير الوثائق العدلية» ج 1. ص 1. الرباط 1964. ص 37.

(35) حدد الفصل 8 من المدونة «أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام الخامسة عشر سنة».

(36) تراجع تعليلات أحمد الخليبي على الفصل المذكور - «التعليق على قانون الأحوال الشخصية» مرجع سابق ص 206 - 209.

وأنه من نافلة القول في هذا الباب الاشارة الى أنه وطبق قواعد الفقه الاسلامي تقسم الدعوى على المحجور الى ثلاثة أقسام :

1) أن يدعى عليه بما لا يلزمه ولو امت عليه بينة (كالبائع) فلا تسمع الدعوى ضده.

2) أن يدعى عليه بما لا يلزمه ولو ثامت عليه بينة (كالبائع) فلا تسمع (كالغصب).

3) ما يلزم المحجور ان أقر به كالطلاق والجراح.

كما تجدر الاشارة الى أن الرشيد ان كان يحلف في الدعوى فالصبي لا يحلف الا بعد رشده (37) وهو ما أكدته المجلس الأعلى في قراره عدد 201 الصادر عن الغرفة الشرعية بتاريخ 14.3.1972. (38)

ثالثاً - موقف المجلس الأعلى من صفة القاصر في تسلم الاستدعاءات والتبلغ بالاجراءات بدلا عن المعنى بالأمر.

ينص الفصل 38 من ق.م.م. على أنه : «يسلم الاستدعاء تسلیماً صحيحاً الى الشخص نفسه أو في موطنه الى اقاربه أو خدمه أو لكل شخص آخر يسكن معه» وعلى ذلك يعتبر التبليغ لاقارب المعنى بالأمر تبليغاً صحيحاً ؛ ومن أقرب الأقارب الابناء فهل يتشرط سن معين في هؤلاء لصحة التبليغ الواقع اليهم بالنيابة عن أبيهم الذي هو المعنى بالأمر بالاستدعاء ؟

(37) النهار للغذب السادس - لازاري في مرجع سابق ج 3 ص 132 و 135.

(38) منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 123 س 13 ص 106 وكان الامر يتحقق بدعوى استحقاق.

ان المجلس الأعلى أكد في قراره عدد 246 (39) «أن تسلیم الاستدعاة للقاصر يعد تبليغاً صحيحاً إذا لا يشترط الرشد في هذا الشأن» وتتلخص وقائع النازلة في أن الطاعن بالنقض عا悲 على قرار استئنافي خرقه الفصل الفصل 38 و 39 من ق.م.م. لأن المحكمة أذنرت به بتصحيح المسطرة وتوصلت عنه بنيته القاصرة فلم يصحح المسطرة وفق ما طلب منه فقصي بعدم قبول استئنافه وكان مستنده في النقض أن الاستدعاة لم يسلم له شخصياً بل بواسطة ابنته القاصرة. أن المجلس الأعلى رد طلبه قائلاً : لكن حيث أن الثابت من شهادة القسليم المؤرخة في 26/12/1977 أن التسلیم تم بواسطة ابنة الطاعن يامنة وأن الفصل 38 من ق.م.م لا يشترط أن يكون المسلم اليه راشداً».

ولقد أثار هذا القرار بعض التعاليف التي تفتقد الاتجاه المذكور (40) :

- 1 - من حيث عدم أهلية القاصر في التصرف باعتبار أن تسلیم الاستدعاة تصرف قانوني تترتب عليه آثار من حيث مرور الآجال وصف الحكم - 2 - ومن حيث عدم بيان ما إذا كان القرار مطلقاً يتعلق بكل قاصر بما في ذلك صحة التبليغ للرضيع أم لابد من اشتراط سن معين للتمييز - 3 - ومن حيث خرق المبدأ المقرر بشأن حماية القاصرين وخرق الفصل 521 من ق.م.م. بشأن وقوع التبليغ لنائب القاصر وليس للقاصر نفسه وأنه طبق الفصل المذكور أن كان القاهر يفقد الصفة في تسلیم الاستدعاة فيما يخص نفسه فكيف تكون له الصفة في تسلیم الاستدعاة عن الغير. ولذلك تمت المطالبة بالتراجع عن الاتجاه المذكور.

ان هذه الملاحظات وجيبة بالفعل ؛ لكن المجلس الأعلى ربما ذهب في ذلك الاتجاه ليس كل تذرع بالقصور من قبل المبلغ لهم وفتح الباب أمام سيئي النية.

(39) الصادر عن الغرفة الجنائية دون تاريخ منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 أكتوبر 1982 ص 8.

(40) من ذلك تعليق المحامي عبد الرحمن فريتش المنشور بمجلة رابطة القضاة السلسلة

وتجدر بالذكر بهذا الصدد أن المجلس الأعلى كان قضى في قرار سابق عدد 265 (41) بأن المحكمة لا تصادف الصواب ان قضت بتصحيح الحكم المستأنف لعدم حضور أحد الاطراف رغم التوصل بالاستدعاء اذا تبين ان هذا الطرف قاصر وليس أهلا ل مباشرة حقوقه المدنية طبق الفصل 134 من م.ح. ش كما أن المجلس الأعلى في قراره عدد 33 (42) نص على أن المقتضيات المتعلقة بالتبليغات القضائية هي قواعد جوهرية للمرافعات نظرا لما تهدف اليه من صيانة حقوق الدفاع». فهل يمكن الحديث عن تراجع في موقف المجلس الأعلى بخصوص ما أفره من مبادئ، بهذا الصدد ؟ ان المشكل الذي يطرحه القرار المذكور (عدد 246) بشأن صحة التبليغ للقاصر مشكل عملي بالإضافة لبعاده القانونية ويتجلى ذلك في الصعوبات التي تعرّض عمل أقسام التبليغ. والى حين تبلور موقف محدد للمجلس الأعلى بهذا الخصوص يجب وفي اطار الدورات التدريبية التي تعقد لأطر الأقسام المذكورة ان يتم التنبيه الى ضرورة تلافي تبليغ الاجراءات الصادرة عن المحاكم للأطفال القاصرين الظاهر صغر سنهم.

المبحث الثاني

العمل القضائي فيما يخص بعض المقتضيات الموضوعية التي تهم القاصر

لعل أهم ما أفره المجلس الأعلى من حيث قانون الموضوع وله ارتباط بالقاصر هو ما يتعلق بمسؤولية الطفل غير المميز ؟ غير أن هذا الموضوع

(41) الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1866.2.16 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد س 21 - عدد 14 - 15 سنة 1985 ص 134 - 137 المذكور ملخص تعليقه بالمنت 85 - 87 س 9 1968 ص 287 وقد ورد ذكره في الصفحة 12 من هذا البحث.

(42) الصادر عن الغرفة الاجتماعية في 1872.3.16 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 17 س 2 ماي 1972 ص 42.

سبقت معالجته من قبل بعض الباحثين كما سيأتي وستتم الاشارة الى ما استقر عليه عمل المجلس في الموضوع على أن يتمحور هذا المبحث على التعليق على قرار صادر عن المجلس الأعلى . ويتم ذلك في فقرتين :

الفقرة الاولى : قرار وتعليق

فقد جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة المدنية عدد 212 (43) ما ملخص وقائعه : أن مدعية تقدمت بمقال ضد أبيها طالبه فيه بأداء مبلغ = 1575 = درهم ترتب بذمته من جهة السلف من قبلها فحضر نائب المدعي عليه وصرح أن منوبه كان وقت انشاء الالتزام قاصرا . فحكمت عليه المحكمة الابتدائية بالاداء لوجود سند مؤرخ وموقع عليه من الطرفين يثبت عمارة ذمة المدعي عليه وأنه لم ينكره وأقربه ، وأنه لا دليل على نقص الاهلية بل أدلى فقط ببطاقة التعريف الوطنية وهي ليست بحجة فلا يبرئ ذمته إلا الوفاء فطعن بالنقض وكان من جملة وسائل طعن طالب النقض مخالفة الحكم للفصل 3 و 4 من ق.ل.ع والفصل 137 من المدونة عندما قضى على الطاعن بالاداء بناء على وثيقة محررة في 11.6.1976 في حين أنها تتضمن آن الطاعن مزداد سنة 1957 بالإضافة إلى أن ورقة التعريف حجة ما دامت صادرة من مصلحة عمومية ويكون الحكم لذلك ناقص التعليل لأنه قضى بالتزام قاصر باذن النائب الشرعي - فرد المجلس : «لكن حيث انه على فرض أن الطاعن كان قاصرا وقت الالتزام فإنه لا يترتب على أبطال الالتزام الا وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس الحالة التي كان عليها وقت نشأته والالتزام كل منهما أن يرد للأخر كل ما أخذه منه أو بنتيجة العقد الذي تقرر أبطاله وذلك حسبما نص عليه الفصل 316 من ق.ل.ع وبهذا يتضح أن حكم المحكمة بالاداء لا يعود الا أن يكون الازام قاصر برد ما أخذه من أخيه نتيجة العقد الباطل وأن هذه العلة القانونية الصرفية تحل محل العلة المنتقدة

(43) بتاريخ 30.4.1980 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في الماددة المدنية 1966 - 413 - 1982 -

الشيء الذي يتبيّن منه أن الوسيلة غير مبنية على أساس ولذلك رفض المجلس الأعلى للطب.

ان هذا القرار اعتمد تطبيق مقتضيات الفصل 316 من ق.ل.ع بصفة مطلقة وعامة بحيث جعل مقتضيات الفصل المذكور تطبق حتى على القاصر. وهو ما يخالف نصوص ق.ل.ع من ناحية ونصوص الفقه الإسلامي عن ناحية أخرى.

أولاً : فمن حيث مخالفة القرار لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود وبعد أن نص الفصل 4 من قانون الالتزامات (44). على عدم التزام القاصر وناقص الأهلية بالتعهادات التي يبرمانها بغير إذن نائبهما وأن لهما أن يطلبوا إبطالها وفق مقتضيات القانون المذكور - نص الفصل 6 من نفس القانون على أنه : «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر (45) بعد بلوغه رشهده ، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقاً احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشهده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجراً . ويبقى القاصر مع ذلك ملتزماً في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام، وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظاهر».

وقد بين هذه الشروط الفصل 9 من ق.ل.ع حيث نص على أن : «القاصر وناقص الأهلية يلتزمان دائمًا بسبب تنفيذ الطرف للالتزام في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ؛ ويكون هناك نفع إذا أتفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصارف الضرورية أو النافعة أو

(44) ينص الفصل 4 من ق.ل.ع - «إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الآب أو الوصي، أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهادات التي يبرمانها ولهم أن يطلبوا إبطالها وفقاً للشروط المقررة بمقتضى هذا الظاهر».

(45) وكذلك ناقص الأهلية فلا موجب للتفرقة بينهما طبق المبادئ العامة لا سيما وأن الفصل 9 سوى بينهما - مامون الكزبرى «نظرية الالتزام في صك قانون الالتزامات والعقود المغربية»، ج 1 - ط 1974 هامش 11.

اذا كان هذا الشيء لازال موجودا في ماله.

فيتبين من الفصل 6 و 9 من ق.ل.ع أنهما ينظمان تنظيمًا خاصًا الآثار المترتبة عن ابطال الالتزامات الناشئة عن القاصر (46) وبذلك يتعين استبعاد تطبيق النسخ العام الوارد في الفصل 316 من ق.ل.ع وهو ما ألغفه قرار المجلس الأعلى.

وان مقتضيات الفصلين 6 و 9 من ق.ل.ع تشابه مقتضيات الفصل 1312 من القانون المدني الفرنسي حيث «يسمح للقاصر استثناء بالاسترداد ولو ارتكب تدليسًا» (47)

ولقد أكد الدكتور مامون الكزبرى على مسألة تطبيق مقتضيات الفصلين 6 و 9 من ق.ل.ع عندما نص على أنه : «إذا تقرر الإبطال فلا تطبق القاعدة العامة التي تقضي في حالة إبطال العقد باعادة العاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد (ف 316) بل ان القاصر وناقص الأهلية لا يكونا ملتزمين الا في حدود النفع الذي استخلصاه من العقد (فقرة أخيرة من الفصل 6 من ق.ل.ع) » . (48) و (49).

وأورد نفس المؤلف بعض الحالات التي يحصل فيها النفع للقاصر من جراء تصرفه مع الرشيد مبينا أنه يكون «من تعاقد مع القاصر أو ناقص

(46) وهو هنا الصغير الميّز كحال النازلة إذ أن الطاعن من مواليد 1957 والالتزام أ'Brien سنة 1976. أما إن كان غير ميّز فلا أثر لالتزاماته لأنها باطلة (ف 134 من المدونة)

والفصل 306 من ق.ل.ع
(47) شكري أحمد السباعي - نظرية بطلان العقود وأبطالها في قانون الالتزامات والعقود المغربي - ط 1 سنة 1971 ص 353 .

(48) مامون الكزبرى - نظرية الالتزامات - مرجع سابق ص 147.
(49) وكذلك ناقص الأهلية فلا موجب للتنصيص على القاصر وحده كما سبقت الاشارة إلى ذلك كما جاء بالهامش 45 من هذا البحث ص 17.



الأهلية الحق في الحالة التي يكون فيها هو وحده أن يلزم القاصر وناقص الأهلية على رد ما عاد عليهما من نفع بسبب تنفيذ هذا الالتزام ويكون هناك نفع بسبب تنفيذ هذا الالتزام ويكون هناك نفع حسبما أوضحت المشرع في الفصل 9 اذا استعمل القاصر أو ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصاريف الضرورية كوفاء دين أو شراء حاجة لا غنى عنها أو دفع قسط درسي أو تعلم علم أو فن مما يزيد في ثقافته وقدرته الانتاجية أو في المصاريف النافعة (كرميم بناء أو تسويير أرض) أو اذا كان هذا الشيء لازال موجودا في ذمته المالية (كأن يكون أودع الثمن الذي قبضه في مصرف).

كما أن كتاب «شرح قانون الالتزامات والعقود» الصادر عن وزارة العدل (51) بين ما سبقت الاشارة من حيث عدم اعمال مقتضيات الفصل 316 من ق.ل.ع بالنسبة للقاصر مبينا أن القاعدة المنصوص عليها في الفصل المذكور برد الاطراف الى نفس الحالة التي كانا عليها قبل اجراء الاتصال «لا يمكن أن تطبق بتمامها على القاصر وناقص الأهلية وذلك لأن كلا منهما يتتعاقد غالبا لاجل الحصول على نقود بقصد صرفها باسراف أو لأجل التمكّن من أموال بقصد تبديدها». ولهذا تطبق مقتضيات الفصلين 6 و 9 من ق.ل.ع حيث يجب على القاصر أو ناقص الأهلية «أداء تعويض للمتعاقدين معهما خاصة في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام».

كما نبه الدكتور شكري أحمد السباعي (52) على هذا الاستثناء الهام مشيرا الى أن أعمال هذا الاستثناء يعده بعض الفقهاء من تطبيقات دعوى دفع غير المستحق.

(50) مامون الكزبرى - نظرية الالتزامات - مرجع سابق ص 147.

(51) يدون تاريخ ص 46.

(52) شكري أحمد السباعي - نظرية بطلان العقود - مرجع سابق ص 394.

بقيت الاشارة الى أن بعض التشريعات كالقانون الفرنسي يميز بين المجنون وبين القاصر بحيث يمكن للأول أن يحصل على البطلان من غير أن تحمل عبء اثبات الضرر الذي حدث له والذي من أجله فرضت الحماية في حقه بحيث لا تكتفي صفة القصور في الابطال (53) وأنه وحسب الفصل 4 من ق.ل.ع لا يتبيّن منه أنه قيد طلب الابطال بوجود الضرر «وفي حالة ما اذا لم يتّخذ المجلس الأعلى موقفا مخالفا فانه ينبغي عدم تقييد الابطال بوجود الضرر» (54) ولعل اشتراط ذلك سيكون اضرارا بالقاصر.

وإذا كان القاصر محقا في طلب ابطال العقد لنقص الأهلية ولو أنه استعمل طرقا احتيالية ليخفى نقص أهليته ؛ فإنه يكون مسؤولا عن الغش الصادر منه (55) ويلزم بالتعويض باعتبار أن عمله هذا غير مشروع يؤدي إلى الالتزام بالتعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر. وهنا لا يأس بمقتضيات الفصل 16 من ق.ل.ع التي تشترط توفر القاصر على قدر من التمييز للتحمل بالمسؤولية عن العمل الخطأ.

ثانيا :

هذا عن مخالفة القرار موضوع التعليق لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود أما عن مخالفته لقواعد الفقه الاسلامي فتتجلى مما يلي :

فقد نص المتحف :

«وكل ما أتلفه المحجوز فغرمه في ماله المشهور
«الا لمن طوعا اليه صرفه وفي سوى مصلحة قد أتلفه»

(53) شرح قانون الالتزامات - وزارة العدل - مرجع سابق ص 44 و 45

(54) نفس المرجع ص 45

(55) ادريس العلوى العبدلاوى «المدخل لدراسة القانون ج 2 ط 1975 ص 252

وقد أورد الشيخ مياره شارحه بعض النقول فقال : «سئل مالك عن رجل بعث يتيمًا له في طلب عبد آبق فأدركه وباعه وأتلف ثمنه فقام صاحبه فيه - فقال يأخذه ولا شيء على الغلام من المال الذي أتلفه ولا يكون دينا عليه» وأورد كذلك : «وما باعه الصبي من ماله فانه مأخوذ من ذمة المشتري ومردود إلى مال الصبي ولا شيء للمشتري فيما دفع من الثمن إلى الصبي لا في ذمة الصبي ولا في ماله الا أن يكون الصبي أتفق ذلك الثمن في مصالحة التي لابد منها فيلزم الولد ذلك الثمن» (56) والنصوص في المسألة متشابهة (57)

فيتبين من النصوص المذكورة أن الاسترداد مشروط في الفقه الإسلامي في حالة ابطال التصرف بما اذا صرف الشيء فيما فيه مصلحة ضرورية للقاصر.

وعليه يستنتج أن القرار موضوع التعليق (عدد 212 بتاريخ 1980.4.30) طبق الفصل 316 من ق.ل.ع بصفة عامة دون مراعاة للفصل 6 والفصل 9 من ق.ل.ع ولا لافتنيات الفقه الإسلامي المذكور أعلاه ؛ فكان يتعين الاستجابة لطلب النقض واحالة القضية على محكمة الموضوع للبت في القضية في ضوء الفصلين 6 و 9 من ق.ل.ع

الفقرة الثانية : موقف المجلس الأعلى من مسؤولية الطفل غير المميز

فتكتفي بالإشارة إلى أن عمل المجلس الأعلى بهذا الصدد قد تطور ابتداء من سنة 1966 نحو عدم مسؤولية الشخص غير المميز سواء بالنسبة للأضرار التي يحدثها لنفسه (خطأ المضرور) وبالنسبة للغير. وذلك بخلاف الاتجاه الذي كان يسير عليه قبل التاريخ المذكور اذ كان يقتضي على غرار

(56) مياره على التحفة ج 2 طبعة دار الفكر دون تاريخ ص 211.

(57) «القوانين الفقهية» لابن جزي ط 3 الرباط 1962 ص 235.

القضاء الفرنسي بتشطير المسؤولية بين الطفل غير المميز وبين مارس العربية في حوادث السير. ولقد تناولت بعض الكتابات هذا الموضوع ونقتصر على الاشارة الى تلك الكتابات في هذا الصدد. فهناك بحث هام للاستاذ ادرييس لضحاك بعنوان : «مسؤولية الطفل غير المميز في حوادث السير» تعرض فيه لتطور القضاء المغربي في الموضوع .⁽⁵⁸⁾ وبحث بعنوان : «النظرية الشخصية والنظرية المادية في المسؤولية التقصيرية» للاستاذ محمد اللعبي ⁽⁵⁹⁾. وبحث بعنوان : «خطا القاصر في نطاق المسؤولية التقصيرية» للاستاذ محمد بلهاشمي .⁽⁶⁰⁾.

(58) والبحث منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 127 س 17 ص 23 - 34

(59) والبحث منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 103 س 11 ص 79 وما بعدها.

(60) والبحث منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 123 س 13 ص 67 وما بعدها .

المملكة المغربية
المرصد الوطني للتحقيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007507 تاريخ 20/10/2015
جذبة AR

اقامة الدليل واستكمال البيانات الناقصة بين العمل القضائي والتشریع في ضوء قرار المجلس الأعلى عدد 401 بتاريخ : 27 - 1985

عبد الكرييم الزمالك
قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بالعيون

ان القرار الذي نشر ضمن صفحات العدد الخامس من المجلة المغربية للقانون لسنة 1986 في متناوله لمقتضيات الفصل 32 من قانون المساطرة المدنية قد فتح الباب على مصراعيه لكل تأويل بل ذهب الى اعطاء الفصل المذكور أكثر من محتواه . وبالتالي فان طرح خلقيات هذا القرار على الصعيد العملي لن يتاتي الا بوضعه ضمن الاتجاهات التي تحكم ميدان الاشتات على صعيد المحاكم ، وبيان المبادئ القانونية التي تهم الموضوع في تشريعنا، وستتناول ذلك من خلال عرض أولاً مسألة اقامة الدليل ثم بيان مسألة استكمال الادلة او البيانات الاخرى الناقصة ثانياً وكذا صلاحيات المحكمة ازاء كل ذلك.

اقامة الدليل بين العمل القضائي والتشریع وسلطة المحكمة في ذلك

يلاحظ عملياً أن المحاكم الابتدائية تسير فيما يخص تقديم الحجج والمستدات في اتجاهين اثنين ، البعض يعتبر اقامة الدليل الزامي ولا يتوقف اطلاقاً على تنبيه المحكمة أو ردود الاطراف ، والثاني الذي يرى

خلاف ذلك اذ يتركز على موقف المدعي عليه ، فاذا حضر ونفى ما ورد في الطلب أو المقال على اعتبار أن تخلفه يعد اقرار او تسليمها ضمنيا بما ورد في الطلب . ونجد دفاع طالب النقض في القرار أعلاه قد عاب على الحكم الابتدائي الصادر في النازلة انه خرق القانون ، اذ كان عليه أن يحكم بما جاء في المقال لتأخر المدعي عليه رغم توصله على اعتبار أن تخلفه يعد اعتراضاً عنه بما ورد بالمقال .

اما على صعيد محاكم الاستئناف فنجد أن الاتجاه الغالب هو الاول ويستفاد ذلك من خلال القرارات التالية وكذا تلك الذي لم تنشر ويمكن الرجوع اليها لمن أراد المزيد .

القرار رقم 111 بتاريخ 31/1/1983 في الملف الاجتماعي 825 صادر عن استئنافية البيضاء الذي جاء في حيثياته « - حيث ان المشغل عندما استعمل عباراته لتشويه سمعة القضاة فانه لم يكن يحسن أبسط قواعد الأثبات في قانون الشغل ذلك أن ثبوت العلاقة التشغيلية يجعل المشغل ملزماً باثبات المبرر الداعي الى الطرد ولا يسأل الاجير في اثبات التعسف علاوة على ان الدفع الذي يجعل الأثبات على عاتق الاجير لا يتركز فيما يتعلق بالأجر والعطلة على أساس». .

والقرار عدد 1107 بتاريخ 12/12/84 في الملف الشرعي عدد 76.13 صادر عن نفس المحكمة الذي تضمن القاعدة التالية « ان طالب التحفيظ يعتبر قانوننا مدعى عليه وأن المحكمة غير ملزمة بالبث في حجج طالب التحفيظ حتى يدعم المترض ادعاءه بحججه ». .

والقرار عدد 303 صادر عن الغرفة الاجتماعية بنفس المحكمة بتاريخ 7/3/83 في الملف رقم 81.718 الذي أتى بالقاعدة التالية « ان ارغام العامل على تقديم استقالته واقعة تستوجب الأثبات من طرفه ». .

والقرار عدد 147 بتاريخ 12/6/1986 صادر عن الغرفة التجارية بنفس المحكمة التي تتضمن المبدأ التالي « تبليغ الطyi للخادم يتعين ثبوث أن الخادم يعمل لدى المحكوم عليه عند حصول التبليغ »

والقرار عدد 1569 بتاريخ 12/21/1986 عن الغرفة العقارية بنفس المحكمة الذي جاء فيه «المتعرض في قاضيا التحفيظ يعتبر مدعيا يقع عليه عبء الإثبات وفي حالة عدم انكار طالب التحفيظ ادعاءات المتعرض يتحتم على هذا الاخير أن يدللي تلقائيا بما لديه من حجج ومستندات ليتاتي لمحكمة التحفيظ ممارسة سلطتها التقديرية...»

اما فيما يخص المجلس الأعلى بجميع غرفه فقد أخذ بالاتجاه الاول ونورد القرارات التالية التي تؤكد هذا :

القرار عدد 383 بتاريخ 27/03/1961 الذي جاء في حيثياته «... فيما يتعلق بالسبب الثالث المستدل به من طرف طالب النقض من ان الحكم على داود بن الحسين بتمكينه أخته دامية بنت الحسين مما طلبه في مقالها طبقا للاراثة التي ادلت بها دون تكليفها باثبات ملك أمها للمدعي فيه وقع مخالف المسطرة عند الفقهاء لأنهم لا يحكمون على المتغيب الا اذا أثبت الطالب تملكه موروثه - للمدعي فيه.

بناء على الفصل 13 من ظهير تأسيس المجلس الأعلى ، ونظرا الى ان المتغيب عن حضور مجلس الشرع لا يحكم عليه الا بعد أن يثبت الطالب حقه وأنه اذا حضر بعد الحكم يقبل حجته وانه ليس بمنزلة المالك الذي لم تقبل منه حجة بعد الحكم عليه كما هو مقررا فقها.

ونظرا الى ان تعرض المتغيب على الاحكام ليس خاصا بأحكام قضاة المحاكم الابتدائية طبقا للالفصل 20 من ظهير المسطرة المؤرخ في 1957/12/16 .

والقرار عدد 8 بتاريخ 9 نوفمبر 1970 صادر عن الغرفة الاجتماعية الذي جاء من حيثياته «فيما يتعلق بالوسائلتين الاولى والثالثة المتذكرين من خرق حقوق الدفاع اذ ان محكمة الاستئناف لم تسأل الطالبة عن حججها ولا طلبت منها احضارها مع ان بيدتها حججا أخرى تتعلق بالموضوع.

لكن حيث أن الخصوم مدعون تلقائيا للادلاء بالحجج التي تفيدهم وبذلك تكون الوسائلتان غير مبنية على أساس...»

والقرار عدد 826 بتاريخ 31/5/1983 صادر عن نفس الغرفة الذي ورد فيه «لأن حيث أن المسطرة كتابية والخصوم مدعون تلقائيا للادلاء بما لديهم من حجج والمحكمة فسحت المجال للطرفين للادلاء بما لديهم من حجج ولم تصدر حكمها في القضية الا بعد ان استندت الطرفان ما عندهما وأسند النظر للمحكمة الامر الذي كان معه الحكم المطعون فيه معللا تعليلا كافيا وبالتالي كان ما بالسبب الاول غير جدير بالاعتبار...»

والقرار عدد 886 الصادر بتاريخ 29 يوليو 1981 في الملف المدني عدد 35917 الذي تضمن ما يلي «يعتبر طالب التحفيظ مدعى عليه في دعوى التعرض ولهذا فهو غير ملزم بان يدللي أمام المحكمة بالحجة حتى يدعم المتعرض دعواه بحجة أقوى يقتصر نظر المحكمة على البث في الحقوق المدعى بها من طرف المتعرض وفي حالة عدم اقتناعها بوجود تلك الحقوق لا تكون مؤهلة للبث في حجة طالب التحفيظ الذي يتخذ المحافظ بشأنه ما يراه مناسبا...»

والقرار عدد 469 الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1978 عن الغرفة الادارية الذي جاء فيه (لما لم تدل الادارة بما يثبت تبليغ المعنى بالمقرر المطعون أو بما يفيد علمه به يقيينا بسائر عناصر الاثبات فان تاريخ رسالة التظلم من هذا القرار يعتبر منطلقا لبدء تاريخ علمه بالقرار المطعون فيه...»

والقرار عدد 378 بتاريخ 23/2/1983 في الملف المدني عدد 78348 الذي أورد ما يلي - يقع عبء إثبات الالتزام على المدعى - فيকفي المدعى عليه أن يتذرع بهذه القاعدة ولا يكلف هو بالاثبات الا اذا أثبت المدعى قيام الالتزام وأدعي هو انقضائه واى المحكمة لما قضت على الطاعن باداء الدين الذي ادعى به خصمه ولم يثبته بعلة انه اتخذ موقفا سلبيا لما طالبه باثبات الدعوى تكون قد خرقت القانون النصان 400.399 من ق.ل.ع وعرضت قرارها للنقض...».

والقرار عدد 1726 بتاريخ 23 نوفمبر 1983 في الملف المدني عدد 82/82 الذي جاء في حيثياته «... حيث يعيّب الطاعن على القرار خرق القانون لكون المحكمة رغم تصريحها بأن المدعى لم يدل بما يثبت انه انفق فعلاً المبالغ المطلوب بها قضت عليه باداء مع اليمين المتممة في حين أن اليمين المتممة لا توجه الا اذا قدم المدعى دليلاً لاثبات دعواه اعتبرته المحكمة غير كامل في الاثبات ولا يمكن ان تكون وحدتها أساساً للقضاء بحق وقوع انكاره. وأن المحكمة لما بثت في الدعوى على هذا النحو قد بنت قضاها على غير أساس وعرضت قرارها للنقض...».

حقاً فان المحكمة رغم تأكيدها على ان المدعى لم يثبت دعواه قضت على الطاعن باداء مبلغ اليمين المتممة في حين ان هذه اليمين كما تفيد تسميتها لا توجه الا اذا قدم المدعى دليلاً اعتبرته المحكمة غير كامل في الاثبات ولا يمكن ان تكون وحدتها أساساً للقضاء بحق وقوع انكاره. وأن المحكمة لما بثت في الدعوى على هذا النحو قد بنت قضاها على غير أساس وعرضت قرارها للنقض...».

فاذن ان ما استقر عليه المجلس المؤقر وكذا محاكم الاستئناف اي الاتجاه الاول يوافق المباديء العامة التي تنظم الاثبات في الفقه والتشريع، ذلك ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى وأن مبدأ ايجابية الطرف في الاثبات يجعل على كاهل المدعى الادلة - تلقائياً بحججه ومشتبهاته التي تدعم ادعاه كما يلزم الطرف المدعى عليه بالاطلاع على تلك الحجج والمستندات ، وأن الفصل 399 من ق.ل.ع كبقية القوانين اللاتينية ينص

على أن «اثبات الالتزام يقع على مدعيه» والفصل 32 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثانية يوجب أن يرفق المقال بالمستندات التي ينوي الطرف استعمالها ، ويتجلى وضوح الازامية تقديم الدليل في النص الفرنسي أكثر منه في النص العربي اذ ورد فيه .

«... Ces requetes ou procés-verbaux doivent, en outre, énoncer sommairement l'objet de la domande, les faits et moyens invoqués les pièces dont le demandeur entend éventuellement se servir doivent être annexées à la demande ... »

وبالتالي فإن الاتجاه الثاني لا سند له في القانون ولا في العمل القضائي المتوازير ، خصوصاً وأن الاقرار أو التسليم الضمني بالمقال لا يمكن نسبته إلى الطرف المختلف بتصريح الفصل 406 من ق.ل.ع بل انه حتى في ظل قانون المسطرة المدنية القديم لم تكن هذه الامكانية متاحة .

ثم ان الفصل 47 من قانون المسطرة المدنية الجديد الذي اعتمد لدى البعض لاباحة الحكم على المدعى عليه دون وجود دليل من طرف صاحب الزعم المدعى ، لا يمكن اعتباره هذا التفسير ذلك ان الفصل المذكور نص : أولاً : «إذا استدعي المدعى أو نائبه بصفة قانونية ولم يحضر في الوقت المحدد أو كمن للمحكمة إذا لم تتوفر على أي عذر يسمح بالبث في الطلب إن تقرر التشطيب على القضية من جدول الجلسة . وتحكم بالغاء الدعوى على الحالة إذا لم يطلب المدعى متابعة النظر في قضيته خلال شهرين من قرار التشطيب .

وإذا كانت المحكمة تتتوفر على العناصر الضرورية للفصل في مطلب المدعى بث استناداً إلى هذه العناصر يحكم بمثابة حضوري بالنسبة للمدعى الذي تغيب أو نائبه .

يحكم غيابياً إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله رغم استدعائه طبقاً للقانون ما لم يكن قد توصل بالاستدعاء بنفسه وكان الحكم قابل للاستئناف في هذه الحالة يعتبر الحكم بمثابة حضوري اتجاه الأطراف المختلفة ...»

أي انه ركز أساساً على وصف الاحكام التي تصدرها المحكمة في غيبة المدعي او المدعى عليه. ثم انه اذا كان مكن المدعي الذي تخلف ولم يدل باثباته من التسطيب على الدعوى كمرحنة اولى والغاءها على الحال في المدة التالية. أي مكنه من فرصة تدارك الدعوى فانه لا يمكن بالمقابل القول بوجوب الحكم على المدعى عليه بالمقال بمجرد تخلفه اذ ان يتلقى ذلك ما دامت المحكمة أساساً ووفقاً لمقتضيات الفقرة الأولى والثانية لهذا الفصل تتأكد بدءاً من وجود عناصر البث في الدعوى أي المستندات والحجج.

ولئن كان ما ورد في حيثيات القرار محل البحث خصوصاً العبارة العامة «... فكان على المحكمة أن تشعر المدعي بضرورة الأدلة بما يؤيد دعواه...» قد حملت أيضاً بعض الدارسين على اعتبار ان المقصود هو حالة انعدام الدليل «يراجع تعليق الاستاذ بلهاشمي المنشور بمجلة المحامي العدد 10. ومبداً القرار بالمجلة المنشور بها - فان السياق العام للقرار لا يفيد ذلك اطلاقاً، اذ الامر يتعلق باستكمال الدليل الناقص - الذي ستناوله فيما يستقبل - فقد ورد ضمن حيثيات هذا القرار ان المدعي ادى بعقد التزام وأغفل الأدلة بما يثبت ان المدعى عليه تسلم المبالغ المدعي بها. فهذا حجة ادلية بها لكن غير كافية في الاثبات.

وعليه لا يمكن اطلاقاً تصوّر ضرورة تدخل المحكمة في حالة انعدام الدليل، وذلك بانذارها للطرف المدعي في الدعوى للادلة - بحججه ومستنداته سواء أكان المدعي عليه حاضراً أم لا لأن مدى جدية الطلب تتضح من خلال ارفاق المقال بالمستندات.

استكمال البيانات الناقصة وصلاحية المحكمة :

ان أول ما يلاحظ في العمل القضائي على صعيد المجلس الأعلى ان هذه الحالة ، يحكمها اتجاهان اثنان بعد تمييز القرارات بين حالة نقص الادلة وحالات البيانات الأخرى الواجب توفرها في الادعاء أو الطلب. وأيضاً

أقام العمل القضائي تمييزاً بين هذه الاختيره اذ لكل حالة على حدة عدد مدى دور المحكمة فيها. وعليه يجب، أولاً أن نعرض لمختلف الاجتهادات التي تهم الحالات الأولى ثم ايضاً مختلف الاجتهادات التي تهم الحالات الثانية ثم ننهي هذه النقطة بنظرة التشريع في الموضوع.

وهكذا وكما سبق القل يتضح من خلال القرارات التي سنعرضها ان المجلس الموقر منقسم فيما يخص نقصان الدليل وصلاحية المحكمة ازاء الى اتجاهين الاول يقضي بالزامية الانذار والثاني ينافقه اذ لا يرى ضرورة الى ذلك، وربما القرار الذي نحن بصدده كان تجسيداً للاتجاه الاول، لكن اذا كانت امكانية تواجد الخلاف في هذه النقطة متاحة في ظل قانون المسطورة المدنية القديم ، فان تدخل المشرع في قانون المسطورة المدنية الجديد لاعطاء حل للمسألة قد اوجب مراعاة ذلك ولا سبيل بعده للتفسير او التأويل.

فمن القرارات التي تحبذ الزامية انذار الاطراف :

القرار عدد 43 بتاريخ 30 يونيو 1969 الذي ورد ضمن حيثياته «... حيث ان غرفة استئناف أحكام قضية تازة لم تسأل طالبة النقض هل لها حجة أخرى غير التي بني عليها الحكم المستأنف عندما لاحظت أنها حجة ناقصة عن درجة الاعتبار لما وجهته إليها من مطاعن.

وحيث لا يكفي في هذه الحالة توجيه الاعذار بل بقيت لك حجة ولابد من سؤال من ظهر ان حجتها ناقصة عن درجة الاعتبار هل له حجة أخرى ولذلك يكون ما نعاه طالب النقض على الحكم من مخالفة للقواعد الجوهرية للمسطورة بعدم سؤال الطاعنة هل لها حجة أخرى غير التي رأى حكم الاستئناف عدم كفايتها منتجاً...

والقرار الشرعي عدد 1 بتاريخ 4 نوفمبر 1969 الذي جاء فيه «... حيث يتجلى من نسخة الحكم المطعون فيه ان محكمة الاستئناف حينما كان موجباً

الضرر المدى به من وكيل الزوجة ناقصا في نظرها ولم تسأل المدى به» هل في استطاعته اتمامه أو الأدلة بمحض آخر تام غيره فأخلت بقاعدة جوهريّة من قواعد المرافعات وصح ما نعته العريضة مما ذكر الامر الذي أحدث خللا في الحكم وادى بالتالي الى بطلهن...»

والقرار الصادر عن نفس الغرفة عدد 2 بتاريخ 4 نوفمبر 1969 الذي تضمن المبدأ التالي : «يكون غير معمل تعليلاً كافياً ومعرضًا للنقض الحكم القاضي بنقصان لفيفية عن درجة الاعتبار لخطوها من شروط الإثبات دون أن يتوفّر على مضمون اللفيفية المشار إليها والتي هدفها ولا عن أوجه نقصانها من حيث شروط الإثبات ولا ما يشعر بجان الحاكم سائل المدى بها هل في استطاعته اتمامها أو الاتيان بغيرها.

والقرار عدد 476 بتاريخ 9/4/1983 صادر عن الغرفة المدنية الذي تضمن أيضاً المبدأ التالي : «لما لم تكتف المحكمة باقرار المدعى عليه بالشراء كان عليها اما ان تطلب من المدعية الأدلة، بعقد الشراء أو تقتضي بالغاء الدعوى على الحال وإنها لما صرحت بعدم استحقاق الشفعة والحال ان الحكم بالاستحقاق أو عدمه يقضى بوجود حق يتنازعه الطرفان يكون قضاوتها غير مرتكز على أساس». .

ثم بالمقابل نورد القرارات التي تبين وجهة النظر الثانية ومنها : القرار عدد 38 بتاريخ 16/3/1970 صادر عن الغرفة الاجتماعية الذي جاء في حبياته «... وفيما يهم الوسيلة الثالثة. حيث ان طالب النقض يعيّب على المحكمة المطعون في حكمها عدم استفساره عن حجة أخرى غير التي ادلى بها. لكن حيث ان الخصوم مدعون تلقائياً للادلة بحجتهم التي تقيدتهم وأن المحكمة التي هي ملزمة فقط بمراقبة سير الاجراءات لم تصدر حكمها المطعون فيه الا بعد ان خولت للطرفين جميع الضمانات التي تكفل لهما معاً - وعانياً وجه التساوي - حقوق الدفاع المشروعة الامر الذي تكون معه الوسيلة غير جديرة بالاعتبار...».

والقرار عدد 64 بتاريخ 18/3/1970 عن نفس الغرفة الذي تضمن المبدأ التالي «من الواجب على الخصوم أن يذلوا بما لديهم من حجج تلقائياً ومن غير حاجة لتنبيههم إلى ما فيها من أوجه الخلل كما أن المحكمة من واجبها أن تحكم استناداً إلى ما استنتجته من تلك الحجج ضمن نطاق سلطة التقدير المخولة لها».

والقرار عدد 224 بتاريخ 20/4/1976 الصادر عن الغرفة الشرعية الذي أتى بمبداً أن «المحكمة لا يجب عليها ان تنبه الخصوم الي ما في حججهم من عيب بل الواجب على طالب الحق أن يكون حجة سالمة مما يبطلها تلقائياً من غير توقف الى ارشاد المحكمة لأن موقفها موقف حياد»

والقرار عدد 342 بتاريخ 20/9/1978 الذي جاء في حيثياته «وفيما يخص الوسيلة الثالثة المستدل بها على خرق قاعدة جوهرية للعرفات التي هي من حقوق المتقاضين وتعتبر من الحق العام وهي عدم توجيه الانذار الاخير للطاعنة التي لازالت بيدها حجة تزيد الادلة بها ولم تتمكن من ذلك لسرعة جريان المسطرة في النازلة، لكن حيث ان قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 11 رمضان 1394 (28 سפטمبر 1974) - المطبق في النازلة لا ينص على اجراء الاعدار بحيث يكون أطراف الدعوى ملزمين بالادلاء تلقائياً أمام المحكمة بما لديهم من وسائل الدفاع عن حقوقهم ، فالوسيلة على غير أساس...».

أما عن البيانات الأخرى فقد وردت في عدة فصول من قانون - المسطرة المدنية وذكر منها على سبيل المثال موضوع الدعوى ومهنة الاطراف وعناوينهم وأسماؤهم العائلية والشخصية وأن يكون المقال بعدد الأطراف وأن تكون لرفع الدعوى الامثلية والصنفة والمصلحة والاذن بالترافع إذا كانت المسطرة كتابية إلى غير ذلك من الامور التي يشترط القانون وجوبها لتكون الدعوى أو الطلب مقبولاً، وفي هذا الاطار نجد العمل القضائي قد يميز بين كل حالة على حدة من هذه الحالات بالنظر إلى أهميتها ودورها

في الدعوى، كما ميز بين اثر ذلك ومدى صلاحية المحكمة فيه على الجهة المرفوع اليها الطالب او الدعوى ، فهكذا استقر اجتهاد المجلس الاعلى على ان طلبات النقض يجب أن تتضمن جميع البيانات المطلوبة ولا يمكن المحكمة النقض اصدار الاطراف بتصحيح هذه البيانات أو استكمالها وإنما أوجب عدم قبول طلب النقض عند نقصان أو إغفال بيان معين، فهكذا جاءت القرارات القائلية بهذا المعنى.

القرار عدد مذ بتاريخ 16 يونيو 1969 وبدءه « أداء الوجيبة القضائية يكون في نفس الوقت الذي تقدم فيه عريضة طلب النقض وهذا الشرط من الشروط الشكلية لصحة قبول الطلب » .

والقرار عدد 268 بتاريخ 4 يونيو 1969 الذي تضمن « بمقتضى الفصل 8 من ظهير تأسيس المجلس الاعلى يجب ان تكون عريضة النقض مشتملة على ملخص الواقع والوسائل القانونية وان كانت غير مقبولة وان البيان المفصل المحتفظ في العريضة بتقاديمه ليس من شأنه ان يسد هذا الخلل او اودع خارج الاجل المحدد لرفع طلب النقض ... » .

اما على صعيد محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية فان الامر يختلف، فبالنسبة للبيانات الجوهرية التي نص القانون على ضرورة الانذار فيها لا اشكال بخصوصها كالصفة والاهلية والمصلحة او كالاذن بالترافع الذي استقر اجتهاد المجلس الاعلى بغرفتيه الاجتماعية والمدنية على ضرورة الانذار فيه. وبين البيانات الاخرى التي ترك أمرها الى السلطة التقديرية للمحكمة ، مع وجود خلاف بين من يذهب الى ضرورة الانذار في جميع الحالات ومن يرى عدم الزامية في الحالات الغير الجوهرية.

وبخصوص نظرية المشرع في هذا الشأن نستعرض أولا الفصول التي اهتمت بموضوع البيانات الواجب توفرها في الدعوى فهكذا نص الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي : « يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة ومهنة وموطن او محل اقامة

المدعى عليه والمدعى وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعى ،
وإذا كان أحد الاطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها
ونوعها ومركزها.

ويجب ان يبين بايجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع
الدعوى والواقع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي
المدعى استعمالها عند الاقتضاء ، اذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة
مدعى عليهم وجب على المدعى ان يرفق المقال بعدد النسخ مساوا لعدد الحصوم
ويطلب القاضي عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة او التي
«أغفل عنها....»

كما نص الفصل 142 من نفس القانون على انه «يجب أن يتضمن
المقال الأسماء الشخصية والعائلية وصفة أو مهنة وموطن او محل إقامة
كل من المستأنف والمستأنف عليه وكذا اسم وصفة وموطن الوكيل عند
الاقتضاء وأن يبين اذا تعلق الامر بشركة اسمها الكامل ونوعها ومركزها
وأن يتضمن كذلك موضوع الطلب والواقع والوسائل المثارة وترفق
المستندات التي ي يريد الطالب استعمالها بالمقال.

يجب أن يرفق هذا المقال بنسخ مصادق على مطابقتها للأصل من لدن
المستأنف بعدد الاطراف المستأنف عليهم...».

كما نص الفصل 355 من نفس القانون على انه «يجب ان تتتوفر في
المقال تحت طائلة عدم القبول.

- 1 - بيان أسماء الاطراف العائلية والشخصية وموطنهم الحقيقي
- 2 - ملخص الواقع والوسائل وكذا المستندات
- 3 - ارفاقه بنسخة الحكم النهائي أو نسخة المقرر الاداري - المطعون
فيه ، وارفاقه علاوة على ذلك اذا كان الامر يتعلق بطلب الالغاء للشطط في

استعمال السلطة بالمقرر الذي يرفض التظلم الاولى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 360، وبمستند يثبت تقديم الطالب المذكور اذا كان قد قدم.

«يجب أن يكون المقال كذلك مردوفاً بنسخ مساوية لعدد الأطراف»

ان ما يثير الانتباه من عرض الفصول المذكورة ان المشرع ميز بين الجهة المرفوع اليها الطلب وذلك انه اعتبر أن طلبات النقض اذا أغلق فيها أحد البيان المنصوص عليها في الفصول 355 وجوب الحكم بعدم قبول الطلب أي ان المشرع استبعد ان امكانية انذار الاطراف بتصحيح طبقاتهم. وقد سار المجلس الموقر حتى قبل صدور قانون المسطرة المدنية الجديد في هذا الاتجاه وعممه على جميع البيانات حتى التي لم تتضمنها المقتضيات القانونية.

في حين انه بالنسبة للمقاولات او الدعوى المرفوعة لدى محاكم الاستئناف نص فقط على وجوب تضمين المقال البيانات المذكورة ، دون الاشارة الى دور المحكمة في ذلك كما فعل الفصل 32 فهل ان المشرع قصد بعدم النص على دور المحكمة في ذلك الى عدم اعتبار الانذار ضروري أمام هذه الجهة ؟ حقيقة بالرغم من عدم نص المشرع ضمن الفصل 142 على صلاحيات المحكمة حين وجود اغفال من الاغفالات ، فان فصول أخرى قد تعرضت لهذا الدور أو الصلاحية فهكذا نجد الفصل 329 مذفترته الثالثة والرابعة الاخيرة والفصل 330.

فاذن مبدئيا يمكن القول بأن الانذار فيما يخص محكمة الاستئناف ضروري نظرا للصياغة العامة التي تضمنتها تلك الفصول لكن هذا لا يعني انه الازمي أن يبقى فيما يخص الحالات التي لم يشر فيها إليه أمر متترك لسلطة المحكمة وفعلاً هذا ما سار عليه الاتجاه الغالب لدى محاكم الاستئناف في اعتقادي.

اما مقتضيات الفصل 32 فقد كانت اوضح في هذا المجال اذ انها فعلاً
أوجبت كبالية الفضول أن يكون المقال المرفوع أمام المحاكم الابتدائية
متضمنا لتلك البيانات لكنها أعطت لقاضي دوراً ايجابياً تجلى في تنفيذه
للاطراف او انذارهم لاتمام البيانات الناقصة او التي أفلت عنها ، لكن
الذى يوجب الاشارة إليه هو ان - مقتضيات الفقرة الأخيرة لم تأت بصيغة
الزامية وانما كما هو مستفاد سواء من النص العربي أو النص الفرنسي
لهذه الفقرة ان الامر متزوك لتقدير المحكمة وللحالات التي تستوجب الانذار
قائمنا حالات الفصل 1 مثلاً . فاذن لا مجال للقول بان هذه الفقرة قد تتضمن
صيغة الزامية للانذار فتعبيرها صريحاً - عند الاقتضاء Le cas ceheant
على ان الامر متزوك لتقدير المحكمة ، وقد توخي المشرع من صياغته هذه
وضع حد للخلاف الذي كان سائراً لدى العمل القضائي سواء على صعيد
المجلس الأعلى او المحاكم الأخرى كما سبق بيانه أعلاه ، لكن على ما يظهر
انه على الرغم من النص صراحه على هذه الاهكانيه التي لا طابع أمر او
الزامي لها نجد المحاكم وكذا المجلس المؤقر أحياناً لازال يسير في ركاب
الاتجاه الذي يقضي بضرورة انذار الاطراف وخصوصاً المدعى بتصحيح
المقال أو الدعوى التي تعتبر ناقصة ، ولقرار الذي هو محل هذا النقاش
خير تعبير على ذلك ، بالرغم من كونه استند على مقتضيات هذه الفقرة
بل انه صاغها حرفياً في حيثياته ورغم ذلك أحد الاتجاه الذي يجب
انذار الطرف ، وانه في اعتقادي وأمام وضوح الفقرة الأخيرة من الفصل
32 لا يمكن القول بصيغة الالزام فيما يخص الانذار في هذه الحالات لانه لا
اجتهاد مع نص.



* هل يعترض العرض على حيازة عقل أو صورة من صور انتزاع
الحيازة طبقاً للفصل 570 من القانون الجنائي *

الاستاذ عبد الله التسراي
نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية
بميطلت

لقد حرصت التشريعات الدولية على حماية حق الملكية باعتباره من الحقوق القانونية التي حافظت عليها كل التشريعات ، فالقانون المغربي بدوره نص في الفصل 15 من الدستور لسنة 1972 على أن حق الملكية حق مضمون. ويظهر من هذا التعريف أنه يشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف.... الخ وقد تابعت هاته الإجراءات القانونية التي صدرت بصفة عامة في الدستور نصوص تشريعية أخرى نص عليها كل من ظهير 5 يونيو 1963 المعدل والمتمم بظهير فاتح يوليوز 1961 وظهير 21 ماي 1974 والظهير الشريف الصادر في 6 ماي 1982 (1). كما خص قانون المسطرة المدنية القسم الخامس للمساطر الخاصة حيث تعرض لدعوى الحيازة في كل من الفصول 166 إلى 170 (2) كما نص في الظهير الشريف المتعلق بمحاكم الجماعات والمقاطعات على حماية هذا الحق. (3).

(1) صدرت مجموعة القانون الجنائي بالظهير الشريف رقم 1.59.413 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1983 (5 يونيو 1963) وتم تعديليها مرات عديدة وذلك بالمرسوم الملكي 66 - 181 في فاتح يوليوز 1967 وبالظهير الشريف رقم 1/74.232 في 21 ماي 1974 والظهير الشريف رقم 1.77.58 في 19 سبتمبر 1977.

(2) الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 موافق 28 شتنبر 1974.

(3) الظهير الشريف بمثابة قانون المتعلق بمحاكم الجماعات والمقاطعات رقم 1.74.339 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق 15 يوليوز 1974 الفصل 23.

ولا بأس أن نتعرض لهذه الفصول كل على حدة حتى نتمكن من من دراستها دراسة قانونية ليكون جوابنا المتعلق بالسؤال المطروح أعلاه عنوان موضوع جدل قانوني ودفاعاً عن ايجابيته ندرج الفقرات التالية ...

بالنسبة لقانون المسطرة المدنية :

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية وبالأخص القسم الخامس منه المتعلق بدعوى الحيازة يتضح أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة المنتزعه بالعنف أو الاكراه بعد اثبات حوزة العقار المدعي فيه حيازة هادئة متصلة غير منقطعة وغير مجردة وخالية من كل التباس على أساس أن تقدم خالل السنة المولية للفعل الذي يخل بالحيازة .

كما تعرضت هذه الفصول إلى أنه في حالة انكار الحيازة أو التعرض لها فإن القاضي يأمر ببحث لا يكون موضوعه الحق المتنازع عليه لأن في هذه الحالة يكون موضوعها هو دعوى الملكية التي تستهدف الاعتراف بحق عيني حتى لا يكون محل تناقض مع الفصل 169 من المسطرة المدنية الذي ينص على أنه من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحيازة الا اذا وقع الاخالء بحيازته بعد تقديم دعوى الملكية ..

ومن هنا وجوب القول أن عمل التعرض للحائز الذي يحوز عقاراً معيناً حيازة هادئة ومتصلة وخالية من كل التباس تشكل خرقاً قانونياً سافراً أساسه انتزاع الحيازة ويعاقب عليه بمقتضى الفصل 570 من القانون الجنائي ، فلهذا كانت نصوص المسطرة المدنية المذكورة أعلاه هي النبراس القانوني لاظهار أن فعل التعرض عمل يحق به وجبه للمدعي أن يتتجأ إلى القضاء المدني أو القضاء الجنائي لأخذ حقوقه القانونية بعد اثبات المطلوب منه .

فإذا ما لجأ إلى الدعوى العمومية بعد تقديمها شكاية مباشرة إلى النيابة العامة يكون مضمونها أنه يحوز العقار الم تعرض عليه وأن المشتكى به قام

بالتعرض له داخل السنة من حيازته لهذا العقار ، مع اثبات هذه الوقائع بواسطة شهود اثبات أو محضر معاينة الضابطة القضائية للوقائع المذكورة، وأن يطلب من المحكمة الجنحية أن تبت في الدعوى العمومية وذلك عن طريق التصريح في منطوق حكمها بارجاع الحالة إلى ما كانت عليه. وحتى لو لم يطلب هذا الطلب فإن المحكمة الجنحية تقضي بارجاع الحالة إلى ما كانت عليه حتى يكون حكمها محققاً لبتغاه القانوني والواقعي.

فعمل التعرض هذا يجد أساسه في قانون المسطرة الجنحية التي سبقت الاشارة إليه بكل وضوح وأن التعرض على ملك الغير هو صورة من صور انتزاع الحيازة.

بالنسبة لقانون الجماعات والمقطوعات :

لقد سبق القول أن القانون المغربي عمل على حماية حق الملكية ولهذا حدد في القانون المتعلق بحاكم الجماعات والمقطوعات وضمن اختصاصها بالفصل 23.... بأنه يجوز لحاكم الجماعات والمقطوعات وضمن اختصاصهم الترابية أن يأمروا بكل التدابير التي تضع حداً للاحتلال الحال والمانع من الانتفاع بحق الملكية فإذا ما تعرض زيد لعقار يحوزه عمرو فهل يحق لزيد أن يلتقي السيد حاكم الجماعات والمقطوعات طالباً منه أن يأمر عمرو بأن يضع حداً للاحتلال الحال والمانع من انتفاعه بحق الملكية اعتباراً أن تعرضه هذا يعتبر صورة من صور انتزاع الحيازة؟ فيبقى لهذا الأخير إما اللجوء إلى حاكم الجماعات والمقطوعات أو اللجوء إلى النيابة العامة فيما يخص الدعوى العمومية ، أو اللجوء إلى القتل بمدعى قاضي الموضوع بدعوى استرداد الحيازة.

غير أنه لابد من الاشارة إلى التدابير التي يمكن لحاكم الجماعات والمقطوعات اصدارها لوضع حد للاحتلال الحال والمانع من الاستفادة من حق الملكية وكذا إلى مذكرة نطاقها ؟ سواء من حيث الموضوع أو من حيث

الزمان ؟ وهل هناك تشابه بين اختصاص حاكم الجماعات والمقاطعات في هذا الباب مع ما يمكن أن يصدره السيد قاضي الامور المستعجلة (1).

وهذا لا يتناقض مع القانون في حد ذاته اذا كانت تنصب هذه الاوامر على المنازعات الشخصية والمنقوله ، وقد استثنى المشرع من الدعوى العقارية التي لم يعط الاختصاص فيها لحاكم الجماعات والمقاطعات الاوامر بوضع حد الاحتلال الحال المانع من الانتفاع بحق الملكية وهذا الاستثناء جاء بمقتضى القانون ولا سيما الفصل 23 من ظهير 15 يوليوز 1974 وبالتالي يكون المشرع قد أدخل هذا الفصل الذي يتعلق بالملكية العقارية التي يمكن أن تكون عرضة للاحتلال أو التعرض أو نزع الحياة أو الاغفاء.

ومن هنا كان لابد من أن نقول بأن التعرض على ملك الغير يعتبر صورة من صور انتزاع الحياة ومعاقب عليها بمقتضى الفصل 570 من القانون الجنائي.

وأن أوامر السيد قاضي الامور المستعجلة وأوامر السيد حاكم الجماعات والمقاطعات باصدارهما أمر وضع حد للاحتلال الحال والمانع من الانتفاع بحق الملكية تبقى من الاوامر التي تدخل في اطار القوانين المدنية ، وبالتالي فان المتضرر من جراء هذا الاحتلال أو التعرض يبقى له الاختيار بين القضاء المدني والقضاء الجنحي.

وفيما يخص القانون الجنائي :

فقد نص المشرع المغربي في القانون الجنائي المغربي ولا سيما في الفرع الخامس على جنحة الاعتداء على الاموال العقارية أو ما يسمى أيضا بالاملاك

(1) راجع حول الاختصاص المدنى لحاكم الجماعات وإقطاعيات لاستاذ احمد زوكاغي أستاذ مساعد بكلية الحقوق والنشرى بمجلة الحق القضائى عدد 14 مارس 1985.

العقارية اذ نص بالحرف أنه يعاقب بالحبس من شهر الى ستة أشهر وغرامة من 120 الى 500 درهما من انتزاع عقارا من حيازة غيره خلسة او باستعمال التدليس ، فاذا وقع انتزاع ليلا أو باستعمال العنف أو التسلق أو الكسر أو بواسطة الاشخاص المتعددة او كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحا ظاهرا أو مخفيا فان الحبس يكون من ثلاثة أشهر الى سنتين و الغرامة من 120 الى 750 درهما .

فالعناصر التكوينية لهذه الجريمة هي الفعل المادي بانتزاع عقار ثم كون هذا الانتزاع واقع على مال غير منقول وأن يكون وقوعه خلسة او باستعمال التدليس او تكون هناك النية التدليسية كما أن هناك ظروف مشددة اذا ما وقع هذا الانتزاع ليلا مع التهديد او العنف او بواسطة تسلق او كسر او اشتراك اعدة اشخاص مع حمل السلاح الظاهر أو المخفي والذي يهمنا في هذا الباب هو العنصر المادي بانتزاع حيازة في الدرجة الاولى وذلك أن المشرع عندما قسم الجرائم إلى مادية وغير مادية أكد أن الجرائم المادية هي التي لا توجد ولو لم يتحقق الغرض الذي قصده الفاعل كالسرقة وخيانة الأمانة...الخ. أما الجرائم الغير العمدية وهي التي تعدد من الجرائم التي توجد ولو لم يتحقق الغرض الذي أراده الفاعل كصنع النقود المزيفة دون التحامل بها.

فعندهما يتعرض زيد على عمرو والذى يحوز عقارا معينا «أرض فلاحية» مثلاً مريراً بذلك منعه من حرش هذه الأرض فإنه يقصد من منعه من التصرف في ماله العقاري ولو أنه لم يدرك بذلك زيد أن يأخذ لنفسه هذا العقار بعدما تنتهي هذه العملية ويذهب كل واحد إلى حال سبيله وبالتالي أي معنى بيبقى لحق الملكية؟ . وأين هو عنصر التصرف القانوني؟ وأين هي العناصر القانونية من التصرف والاستعمال؟ ! السخ كما تظهر أهمية هذا التقسيم من جهة الشروع في انتزاع الحيازة بواسطة التعرض كونه من الجرائم المادية أو بعدها يتحقق الغرض الذي من شأنه يوقف تنفيذ هذا العمل ، وعندما تصبح عملية التعرض قائمة بحيث أنها أصبحت مستحيلة

بعدما استطاع عمرو الانتصار على زيد وواصلة عملية الحرق أو جاءت السلطة المحلية وقامت بحماية زيد المالك فيعتبر التعرض هنا جريمة خائبة باعتبار أنه لا دخل لرادة الفاعل فيها.

فلهذا فاننا نرى الجرائم المادية تكون من الصعب التمييز بين الجريمة الخائبة وحالة الشروع باعتباره ركن مادي من أركانها وأنه لا يمكن تصور الجريمة الخائبة بعد بداية عمل التعرض على ملك الغير باعتباره تأكيدا للركن المادي في جنحة انتزاع الحياة.

ومن هنا وجب علينا أن نقول بأن التعرض على ملك الغير يعتبر من الأفعال المادية التي هي لصيقة للعنصر المادي بانتزاع الحياة. ذلك أنه عندما يشرع الم تعرض باستعمال هذه الوسيلة قصد منع الحائز من التصرف في ملكه يكون قد استعمل الجانب السلبي في فعله هذا ما دامت كل جريمة يمكن أن تقوم أما بفعل أو امتناع وبذلك تتحقق النتيجة المطلوبة ويصبح لركن المادي قائما ما دام أن الجاني أراد بفعله هذا منع الحائز من التصرف في ماله العقاري وأنه لا يمكن القول بأن عمل التعرض يقصد منه الاعمال التحضيرية بل هو إجرامي مخالف لمقتضى القانون ومعاقب عليه فسي إطار الفصل 50 من القانون الجنائي إذ ذاك نستوعب أن التعرض على ملك الغير يدخل في إطار الفعل المادي بانتزاع العقار من حيازة الغير.

ولبيان العنصر المعنوي لهذه الجنحة لابد لنا أن نبين بعض الحالات العملية التي تعرض على النيابة العامة بواسطة محاضر الضابطة القضائية مفادها أن بعض المشتكين يقدمون شكايتهم إلى النيابة العامة يكون مفادها زيد الذي يحوز عقارا معينا عندما أراد القيام بعملية الحرق وأثناء عمله هذا جاء عمرو ومه مجموعة من أنصاره وتعرضوا عن عملية الحرق هذه فدخلوا المزرعة بعصيهم مريدين بذلك منع الحائز من حرق أرض لعدة اعتبارات تكون في ظنهم أنها قانونية معتبرين عن ذيهم الواضحة التي تتجلى في كونهم يريدون منع الحائز من هذه الحيازة بواسطة تعريضهم.

كما قد تعرض على النيابة العامة واقعة أخرى تتمثل في كون أن زيد قام بإضافة مزلاج (قفل) بباب المتجر الذي يكتريه «عمرو الذي يمارس - عمليّة التجارة به معترضاً أن تعرّضه هذا عمل مشروع مريداً بذلك استغلال المتجر المذكور باعتباره أحد الورثة المالكين لهذا المتجر وأنه لا يتقادسي حقه من واجب الکراء. ويتبّع جلياً من هذه الواقع أن نية المتعارضين المذكورين ذهبت إلى منع الحائز من التصرف في حقه المشروع وأن هذا العمل يعتبر اعتداءاً على هذه الأموال العقارية التي هي في حوز غيره وتتضح النية التدليسية أو الخلسة التي يستعملها هؤلاء المتعارضون من خلال هذه الأعمال وما يقال عن الظروف العادلة لهذه الجريمة يقال أيضاً عن ظروف التشديد التي يمكن أن تصاحب هذا التعرض مع مراعاة الفقرة الثانية من الفصل 570 من القانون الجنائي.

هذا ولا يأس أن نطال اطلاع سريعة عن الجانب القانوني لهذه الجريمة لنؤكد المشرع المغربي لما نص بالحرف على أنه من انتزاع عقاراً من حيازة غيره أو استعمال السلاح وأن هذا الانتزاع إذا وقع ليلاً أو باستعمال العنف أو التهديد أو الكسر... الخ أراد أن يعاقب المعتدين على الأموال العقارية طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا الفصل مؤكدين أن المشرع ولو أنه لم يستعمل عبارة التعرض في الفصل المذكور ولكنه يمكن لنا أن نستنتج أن التعرض هو نوع من أنواع الانتزاع وأن المشرع المغربي لما جاء بالفصل 570 من القانون الجنائي مريداً بذلك حماية الأموال العقارية قد قصر بتوضيع هذا الفصل على غرار ما جاء عليه القانون المصري والقانون الهندي والسوداني ذلك أن هذه القوانين نصت بصريح العبارة على انتهاك حرمة ملك الغير والدخول إلى العقار بقصد منع حيازته بالقوة وارتكاب جريمة فيه⁽¹⁾ فالمقصود في الحيازة الفعلية ولو كانت غير قانونية بصرف النظر عن حق الملكية أو وضع اليد القانونية.

(1) الموسوعة الجنائية (في انتهاك حرمة ملك الغير المواد من 323 إلى 327) الجندي عبد المالك.

والمشرع المذكور أراد أن يعاقب على أفعال التعرض بالقوة إلى واضع اليد على عقار دون أن تكون هناك ضرورة لأن يكون حائزًا شرعاً ، والمقصود من الشارع هي الحيازة الكاملة التي للملك في ملكه والتي تدخل فيها الحيازة الناقصة كحيازة المتاجر وحيازة المرتهن وكل حيازة فعلية تكون مرتكزة على حق ولو كان محل نزاع ويعاقب من يتعرض للحيازة ولو كان هو المالك للعقار وكان الحق بالحيازة من الحاجز بالفعل فلا يجوز للملك أن يتعرض لحيازة المتاجر به . وفي هذا الباب لابد من عرض واقعة مشهورة في مصر تخلص في كون ناظر الاوقاف الذي يقوم بكراء العقار في ملك الوزارة و بعدها يتوجه إلى المحكمة مريداً بذلك بطalan العقد لسبب قانوني مسيطر في البنود لعقد الكراء ، وقبل أن تصدر المحكمة حكمها قام وبمساعدة رجاله ودخلوا الأرض موضوع العقد وتعرضوا للطرف الآخر ومنعوه من حيازتها وذلك بالقوة (2).

وهنا لابد من الاشارة أيضاً إلى أنه يعاقب من يتعرض للحيازة الفعلية - ولو كانت الملكية شائعة أو متنازع عليها بين الم تعرض والحائز وقد حكم بأن القانون يعاقب التعدي على مجرد الحيازة الفعلية بقطع النظر عما إذا كان سببها الملكية مفرزة كانت أم شائعة أم كان سببها الآخر غير الملكية فإذا ثبت أن الحيازة هي للمدعي بالحق المدني وأن المتهمين تعرضوا له بقصد منع هذه الحيازة فليس لهم أن يحتاجوا أن الأرض التي اتهموا بال تعرض فيها مملوكة لهم وللمدعي المدني على الشياع وأنها لم تقتسم بعد (3).

كما أن المشرع المصري قد حل باطناب ويتوسع أعمال التعرض فنص على موقف المشرع من الابن الذي يتعرض لوالده وأعفى هؤلاء من المسؤولية

(2) الاجتهد صادر عن محكمة النقض المصرية . فتتبعوا من أجل التعرض على ملك الغير والقيام بمنع حيازته .

(3) الاجتهد صادر عن محكمة النقض المصرية في 5 ديسمبر 1939 مجلة المحاماة عدد 199.

الجنائية كما تعرّض أيضاً لبعض الأعمال التي يقوم بها بعض المتعارضين لأشخاص ليست لهم الحيازة - الفعلية ولو كانوا هم المالكين لهذا العقار.

واستناداً لما ذكر أعلاه يتضح جلياً أن ما قصده المشرع المصري في هذا الباب هو جدير بأن يتبناه المشرع المغربي في موضوع الاعتداء على الأموال العقارية وعليه أن يفصله تفصيلاً حتى لا يعود هناك غموض أو التباس في المادة 570 من القانون الجنائي. فنحن عندما ذهبنا إلى اعتبار أن المشرع الغربي اعتبر أن التعرض على حيازة عقار هو صورة من صور انتزاع الحيازة فإننا لم نتوسع في تفسير القانون الجنائي بل علّنا الفصل 570 من القانون الجنائي تعليلاً قانونياً مبينين الوقائع المادية المكونة لتلك الجريمة وكيفية ارتكازها وأعطيناها الوصف القانوني المعطى لها حتى يكون الفصل 570 من القانون الجنائي منطبقاً والقانون الواجب التطبيق مریدين بذلك من المجلس الأعلى تأكيد هذه الواقع في فيجاً أحدي اجتهاداته لأننا لم نثر على أي اجتهاد في الموضوع وأن جمل المحاكم المغربية تتناقض أحكامها في نفس الموضوع وما يقال عن الابتدائية⁽¹⁾ يقال أيضاً عن محكمة الاستئناف فيبقى السؤال المطروح أعلاه - عنوان هذا الموضوع - موضوع جدل قانوني ، ونكون قد فتحنا باب المناقشة ، فهل من دافع عن الفصل 570 من القانون الجنائي ؟ وهل من دافع عن المتعارض على الحيازة...؟ حتى يصبح لهذا الموضوع أهمية قانونية.

(1) حكم مركز القاضي المقيم بحد كورت ملف عدد 357/84 (أرشيف المحكمة) حكمي مركز القاضي المقيم بمشرع بلقصيري في الملفين عدد 22/87 و 28/87 مستأنفين. ذهبت إلى اعتبار التعرض صورة من صور انتزاع الحيازة وأحياناً اعتبرتها خلافاً لذلك.

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنادات
2015/20/02 تاریخ
002509 رقم
جذیدة Ar

الرهن الرسمي في الفقه الاسلامي

الدكتور الفصيلي الطيب
أستاذ بكلية الحقوق بمراكش

تمهيد وتقسيم :

ينقسم الرهن - في التشريع الوضعي - إلى نوعين : رهن حيازي ورهن رسمي . فالرهن الحيازي حق عيني تبعي يكسبه الدائن على شيء (عقار أو منقول) يسلمه له الراهن لضمان دينه ، وتخول هذه السلطة للدائن المرتهن حبس الشيء لحين استيفاء دينه وأن يتقدم على الدائنين العاديدين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد كان.

أما الرهن الرسمي فهو حق عيني تبعي يكسبه الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه يخوله أن يتقدم على الدائنين العاديدين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.

وتبعاً لهذا التعريف فإن الرهن الحيازي يستوجب حيازة الشيء (عقارات أو منقولاً) في حين أن الرهن الرسمي يرد على العقار فقط ولا يستوجب هذه الحيازة.

وإذا كان بعض الباحثين يرون أن التشريع الإسلامي لم يعرف إلا الرهن الحيازي ، فإن البعض الآخر أبان عن قصور هذا الرأي من متصور الفقه الجعفري ، ولهذا سوف أتكلم عن كلا النوعين - موضحاً مختلف الآراء الفقهية - وذلك في المباحثين التاليين .

المبحث الأول :

الرهن الحيازي في الفقه الاسلامي

تعريف الرهن :

يعرف الرهن شرعاً بأنه «جعل مال محبوساً في يد المرتهن توثيقاً لدين يمكن استيفاؤه من المال المرهون كلاً أو بعضاً» (1)

فإذا استدان شخص ديناً من شخص آخر وأعطاه نظير ذلك الدين عقاراً أو حيواناً محبوساً تحت يده حتى يأخذ منه دينه كان ذلك هو الرهن شرعاً (2).

وقد عرفته المادة 589 من مرشد الحيران بأنه : «جعل شيء مالسي محبوساً يمكننا استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً».

فالرهن أذن هو احتباس ، وهذا الاحتباس هو الذي يمكننا من استيفاء الدين من ثمن المرهون (3) والرهن حق عيني ، لأنه يتعلق بالعين المرهونة نفسها حيث يخول للمرتهن سلطة مباشرة على هذه العين المرهونة ، وهو حق تبعي لأنّه ضامن للدين الأصلي لذلك فهوتابع له (4).

مشروعية الرهن : اجمع الفقهاء على أن الرهن جائز ، وهو ثابت بالكتاب ، والسنة والاجماع ، والقياس.

أما الكتاب : فقوله تعالى : «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فرمان مقبوضة» (5)

1) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي : د. خالد عبد الله عبد . ص 376

2) فقه السنة : السيد سابق . ص 204

3) انظر كامل مرسي : المراجع السابق : صفحة 40

4) دروس في الفقه الاسلامي . د. نزيه الصادق المهدى . ص 324

5) الرهن غالباً ما يكون في السفر لعدم التمكن من الاستئناف بغيره ، فهو ليس ولجاً في السفر ولا محظوراً في الحضر بدليل قوله تعالى : «فَإِنْ أَمْنَ بَعْضَكُمْ بَعْضاً فَلِيؤْدِيَ الَّذِي أَوْتَمْ أَمَانَتَهُ وَلِيَتَقَرَّبْ إِلَهُ رَبِّهِ».

اًلا ان الفقهاء قد اختلفوا في مشروعية في الحضر. فذهب البعض الى عدم جوازه في الحضر لقوله تعالى «وَان كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ». (1) وذهب الجمهور الى ان الرهن يشرع في الحضر كما يشرع في السفر ، لأن الرسول (ص) قد رهن درعه وهو مقيم بالمدينة ، والتقييد بالسفر إنما خرج مخرج المألف (2).

واما بالسنة : فقد روى البخاري وغيره عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : «اشترى رسول الله (ص) من يهودي طعاماً ورهنه درعه».

واما الاجماع : فأئمة المسلمين كلهم قد أخذوا بالرهن وأجمعوا عليه بالجملة دون اعتراض من أحد (3).

واما القبض : فهو قياس الرهن على الكفالة لأن كلاً منهما عقد تابع لعقد أصلي وهو العقد الذي التزم فيه المدين بالدين ، والذي استوتقه الدائن بعقد الرهن أو الكفالة (4).

* قبض الرهن *

اشترط الفقه الاسلامي حيازة الدائن للشيء المرهون ، فلا رهن بدون حيازة استناداً الى قوله تعالى «فِرْهَانَ مَقْبُوضَةً» ، الا ان الفقهاء قد اختلفوا في حكم قبض الرهن

فذهب المالكية : الى انه شرط في العقد ، بمعنى أن العقد يلزم بمجرد

1) سورة البقرة آية 284

2) وروي الترمذى والنسائي وابن ماجة «عَنْ عَكْرَمَةَ عَنْ عَبَّاسٍ قَالَ: قَبْضُ النَّبِيِّ (ص)

وَانْ دَرْعَهُ مَرْهُونٌ» عند رجل من يهود على ثلاثين صاعاً من شعير أخذها رزقاً لعياله.

3) انظر محمد فوزي فحص الله «الفقه الاسلامي وفق منهاج السنة الرابعة من كلية الشريعة» الطبعة الثانية 1978 ص 315 . وما بعدها .

4) انظر الفقه الاسلامي : محمد يوسف موسى طبعة 1956 صفحة : 495

الإيجاب والقبول (1) ويجب على الراهن على تسليم الرهن إلى المرتهن ، فلو ترافق المرتهن في المطالبة به أو رضي بتركه في يد الراهن بطل الرهن (2) لأن الرهن وإن انعقد دون اقتسام فإنه لا يتم إلا به (3).

وقد استدل المالكية على ذلك بأن عقد الرهن مثل العقود المالية الملزمة للجانبين كعقد البيع والإجازة حيث لا يشترط القبض لزومهما . واستدلوا أيضاً بقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» والرهن عقد ، وقوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» وهذا شرط .

ويترتب على قول المالكية هذا أن المرتهن له حق التنفيذ العيني بحيث يمكنه مقاضاة الراهن لاجباره على تنفيذ عقد الرهن عينياً . ولكن احتجاجه بعقد الرهن لا يسري في حق الغير إلا بعد القبض أما قبل ذلك ، فهو لا يتحقق بأي تقدم على بقية الدائنين العاديين ، كما أن تصرفات الراهن في الرهن قبل القبض تكون صحيحة . (4).

أما الحنفية والشافعية والحنابلة : فقد ذهبوا إلى أن القبض شرط لزوم في العقد بمعنى أن العقد لا يلزم إلا بالقبض فلو حصل الإيجاب والقبول دون أن يقبض المرتهن الرهن ، كان للراهن أن يرجع عن العقد لأن عقد الرهن غير لازم عند الحنفية بالإيجاب والقبول (5).

1) انظر أحمد سلامة ، المرجع السابق ، حيث يقول في هذا الصدد : «ولا خلاف في المذهب أن القبض ليس منحقيقة الرهن ولا شرطاً في صحته ولا لزومه بل ينعقد ويتحقق ب مجرد القبول ثم يطلب المرتهن الاقتسام».

2) محمد فوزي فيض الله : «الفقه الإسلامي وفق منهج السنة الرابعة من كلية الشريعة الطبعة الثانية 1978 ص 315 = 319

3) أحمد سلامة : المرجع السابق صفحة 330

4) وهكذا نجد الفقرة الأولى من المادة 1109 مدني مصرى تتضمن صراحة على أنه « يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المأهون في يد الدائن أو إلجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان».

5) وهذا هو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 1375 من القانون الأردني ، عندما اشترطت «اتمام الرهن الحيادي ولزومه أن الدائن أو العدل . والراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم».

وقد استدل الأحناف على ذلك بقوله تعالى «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوسة». فالقبض هنا أريد به الوجوب والامر (1) فهو مثل قوله تعالى «فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب». واستدلوا أيضاً بأن الرهن وثيقة ضمان للدين والتوثيق والضمان لا يلزم إلا بالقبض. ويترتب على قول الأحناف وعلى ما ذهبت إليه المادة 1375 مدني أردني، أن المرتهن لا يتمتع بالتنفيذ العيني في هذه الحالة، فان لم يقم الراهن بتسليمه المرهون فليس لهذا الاخير إلا الحق في فسخ عقد الرهن.

ومن جهة أخرى ، فان الراهن لا يتمتع بحق التقدم ، فهو في مرتبة متساوية مع الدائنين العاديين قبل القبض.

- **تفعيم الرأيين :** نرى بان الرأي الذي ذهب اليه فقهاء المالكية يمثل تقدماً كبيراً في مادة الرهن الحيادي ، فهو يوازي ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة في هذا المضمار كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري (2).

أما التشريع المغربي فقد سلك مذهب الأحناف والشافعية والحنابلة على غير عادته ، وجعل من عقد الرهن عقداً عيناً، لا يتم بمجرد الایجاب والقبول ، بل لابد من تسليم الشيء المرهون. (3).

1) انظر : محمد فوزي فيض الله ، المرجع السابق ، ص 315 = 319 حيث يقول «أن المصدر المقرر بالفاء إذا وقع جواباً أو جزاءً أريد به الوجوب والامر».

2) فالتشريع المصري قد واكت أحكام الفقه المالكي وجعل من عقد الرهن عقداً رضائياً يتم بمجرد الایجاب والقبول. أما التسليم فهو ليس شرطاً للزوم هذا العقد وإنما هو التزام يقع على الراهن بتنفيذ عقده. 1099 تنص على أن : « ١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقد إن تسلمه».

2) ويسري على الالتزام بتسليم الشيء إلارهون أحكام إلتزام بتسليم الشيء المبيع». 3) فالمادة 1188 تنص على أن الرهن الحيادي يتم :

«أولاً : بتراضي طرفه على إنشاء المرهن».

ثانياً : وزيادة على ذلك بتسليم الشيء إلارهون فعلياً إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتلقى عليه المتعاقدون». وتنص المادة 1189 في فقرتها الأولى على أن «الرهن الحيادي [الذي يرد على حصة مشاعة في منقول لا يتم إلا بتسليم الشيء كله للدائن]».

* **كيفية قبض الرهن** : يتم القبض بنقل الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو بنقلها إلى شخص ثالث - وهو ما يسمى بالعدل - بعد اتفاق الراهن والمرتهن على ذلك (1).

فالقبض هو الحوز ، ويتحقق هذا الحوز المرتهن حتى كانت له السيطرة المادية دون الاستيلاء الفعلي على المال المرهون (2).

وقد ذهب الحنفية إلى أن قبض الرهن يكتفي فيه «بالتخلي» ، وهي عبارة عن رفع المانع من القبض ، فإذا ما خلى بين المرهون والمرتهن ، ولم يوجد عائق يمنع هذا الأخير من الاستيلاء المادي على الرهن ، توافر القبض.

فالحنفية يكتفون بالقبض الحكمي فقط ، في حين يستلزم المالكية القبض الحقيقي

- **انفصال المرتهن بالرهن** : عقد الراهن ليس المقصود منه الاستثمار والربح ، وإنما الاستيلاد وضمان الدين وتبعاً لذلك ، لا يحل للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة لأن سلفاً جر نفعاً وربما (3) : وهذا عمل من أعمال الجاهلية (4).

1) ان تخلي الراهن عن حيازة المرهون الدائن المرتهن أمر تستدعيه ضرورة إعلام الغير بما تحت يده من مال ، فيحصل على قروض من دائنين جدد.

2) انظر أحمد سالم ، المراجع السابق حيث يقول : «أنه لا يشترط اتمام القبض أخراج الراهن من الدار بل يكتفي أن يحوز المرتهن مفاتيح الدار». وانظر في هذا الشأن أيضاً : نزية الصادق الماهدي : المراجع السابق ص 326 .

أحمد سالم ، المراجع السابق صفحه 333

وكامل مرسي ، المراجع السابق ص 40 ، 41.

3) انظر : القوانين الفقهية لابن حزم = الطبعة الثالثة 1962 238 المسالة الخامسة حيث يقول بأن : «المنفعة في الراهن هي للراهن فإذا اشتريتها المرتهن جاز إن كان الدين بيع أو شبهة ولم يجز أن كان سلفاً لأنه سلف جزي منفعة ، فإن لم يشترطها المرتهن ثم تطوع له الراهن بها لم يجز لأنها حدية مديان».

4) انظر : المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلسي والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي الجزء السادس ، صفحة 497.

وعلى هذا قرر البعض من الفقهاء ان المنفعة والعين المرهونة ، ملك للراهن ، ولا يحل المرتهن الانتفاع بشيء منها الا اذا اذن له بذلك الراهن او اذا كان الرهن حيوانا او دابة تحلب (1). ففي هذه الحالة الاخيرة يجوز للمرتهن ان ينتفع بها نظير النفقه عليها (2).

فعن أبي هريرة عن النبي (ص) انه كان يقول : «الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقه» (3)

وجمهور الفقهاء يرون ان المرتهن لا ينتفع من المرهون بشيء ، ويؤولون هذا الحديث بكونه ورد على خلاف القياس من وجهين احدهما التجويز لغير المالك ، ان يركب ويشرب بغير اذنه ، والثاني تضمينه ذلك بالنفقه لا بالقيمة (4).

* **غلق الرهن** : ونشير أخيرا الى أن غلق الرهن يبطله الشارع الاسلامي ، وغلق الرهن هو :

«بقاء الرهن في يد المرتهن فلا يقدر راهنه على تخلصه ، أي اذا لم

1) وهذا خلاف ما ذهب إليه محمد فوزي فيفس الله في مرجعه السابق ص 328 حيث يقول بيان الفقهاء مجتمعين قرروا أن عين الرهن ومنفعته للراهن وأن المرتهن لا يحل له أن ينتفع بشيء من الرهن اذا لم يأذن له الراهن أو اذا لم يكن الرهن حيوانا يركب أو يحلب.

وجل الرابع التي وقعت بين ايدينا تذهب الى أن هذا قول أحمد وإسحاق أما الجمهور وجل الفقهاء فيرون عدم انتفاع المرتهن بشيء من الرهن حتى ولو كان حيوانا يركب أو يحلب.

2) السيد سايفي : المراجع السابق . ص 208.

3) رواه الجماعة إلا مساما والنمسائي وفي لفظ «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، وابن الدر يشرب ، وعلى الذي نفقته» رواه أحمد بن حنبل

4) سنن أبي داود : الجزء الثاني ، صفحة 246

بؤد الراعن ما عليه في الوقت المدين ملك المرتهن الرهن» (1).

ففي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر ، أن رجلا رهن دار بالمدينة إلى أجل مسمى ، فمضى الأجل ، فقال الذي ارتهن : منزلتي فقول النبي (ص) «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنه وعليه غرمه». (2) وغلق الرهن تحريم جل التشريعات وإن لم نقل الكل - سواء منها القديمة أو الحديثة نظرا للمخاطر التي يحتوي عليها (3).

المبحث الثاني : الرهن دون حيازة في الفقه الإسلامي

ساد الاعتقاد لدى جل فقهاء القانون الوضعي ، ان الفقه الإسلامي لا يعرف الا نوعا واحدا من الرهن ، هو الرهن الحيالي ، وسندهم في ذلك هو الآية الكريمة : «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوسة» وكذلك رهن الرسول درعه ليهودي بثلاثين صاعا من شعير. (4).

1) أحمد سالمة : الرجع السابق .صفحة 334.

2) رواه الشافعي والأترم والدارقطني

3) انظر ما تقدم صفحة ...

4) انظر عبد للرزاق السنوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، طبعة 1969 ص 747 حيث يقول : «وقد عرفت الشريعة الإسلامية رهن الحيازة ، وكانت الحيازة تنتقل فيه بخلاف الملكية التي كانت تنتقل في أول إلام ، ولا تقاد الشريعة الإسلامية تعرف الرهن الرسمي». - وفي مؤلفه ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء 6 سنة 1953 ص 222 يقول : «الرهن - ويراد في الفقه الإسلامي رهن الحيازة دائما».

- وانظر أيضا موضوع الرهن الرسمي والشريعة الإسلامية للأستاذ محمد الفلاح ، نشر في مجلة رابطة القضاة ، السنة الثانية العدد الأول صفحة 58 - 59 حيث يقول : «اجهذت نفسي أن أجد عند الفقهاء فكرة عن الرهن الرسمي ، فلم أظر بشيء». - وإنظر أحجم سالمة ، المقدمة السابق ص 41 حيث يقول : «لا يقر الفقه الإسلامي - حسب المصادر التي وقعت عليها أعيننا - الرهن دون تجدد من الحيازة ، يستوي عنده العقار والمنقول».

- وانظر رسالة كامل سمير ، المراجع السابق ، حيث يقول : «عرفت الشريعة الإسلامية ، الكفالة والتضامن وبيع الوفاء كما عرفت الرهن الحيالي... ولكنها لم تعرف الرهن الرسمي أصلا».

ولكن اذا كانت المذاهب الفقهية الاربعة التي هي :

المذهب المالكي (1) والشافعى ، والحنفى ، (2) والحنفى لا تعرف
الرهن دون تجرد من الحيازة ، فان المذهب الجعفرى الشيعي يعرف هذا النوع
الاخير ويضع احكاما شاملة له (3)

وما انكار فقهاء القانون الوضعي لذلك الا بسبب جهلهم بهذا المذهب
الاخير وعدم اتساعهم في البحث الى ما وراء المذاهب الاربعة المشهورة .

وبما ان الرهن دون حيازة يقوم على عدم القبض ، أي عدم حيازة الرهن ،
فانني سوف استعرض في البداية - بكل ايجاز - موقف فقهاء الشرعية
الاسلامية من خروج المرهون من يد المارتهن وعودته الى الراهن او بعبارة
اخري ، هل استدامة التقبض مشروطة في المارتهن ؟

وبعد ذلك سوف أتطرق لاحكام الرهن غير الحيزي في الفقه الجعفري
الشيعي .

1) لقد سبق أن تطرقنا الى الرأى الذى يأخذ به فقهاء ، المالكية من حيث جعلهم التقبض
شرطًا في عقد الرهن وليس شرط لزوم فيه ، غير أنه يتبعى بعدئذ لدعيمهم وجدت من
ينسب إليهم رأيا آخر يقتضى بعدم اشتراطهم القبض ، لا تشترط صحة في العقد ، ولا
تشترط لزوم ، معنى أن عقد الرهن «يلزم بمجرد الإيجاب والقبول دون حاجة إلى القبض أو
إلى أي عنصر آخر» كما يبدو من مظاهر كلام الوانوغرى في «توضيح الكلام على تحفة
الحكام».

كما ينسب هذا الرأى أيضًا للفقيه المعروف (بابي ثوري)
2) وخلافاً للرأى الذي يأخذ به الحنابلة والذي تطرقت له في موضوع التقبض أيضًا ، فقد
ذهب صاحب الانصاف (ج 5 ص 150) بأنه قد ورد عن ابن حنبل أن «القبض ليس بشرط
في المتعين فيلزم بمجرد العقد».

انظر الرهن التاميني حكمه ومحتواه في الشريعة الإسلامية ، بحث مقدم للمؤتمر التاسع
لاتحاد المحامين العرب : (القاهرة 1967) من طرف الاستاذ / المحامي محمود المظفر .
3) انظر رسالة راتب الجنيدى في : الاتجاهات الحديثة لرهن المنشول في القوانين
التجارية ، رسالة مقدمة لجامعة القاهرة ؛ سنة 1980. صفحة 28 .

أولاً : حكم خروج المرهون من يد المترهين.

قد يخرج الشيء المرهون من يد المترهين ويعود إلى الراهن فهل في هذه الحالة يعتبر الرهن قد انتهى وبطل ، أم أنه لازال قائما ؟ لا خلاف بين الفقهاء من يد المترهين دون رضاه . (1).

ولكن الخلاف يثور في حالة عودة المرهون إلى الراهن برضاء و اختيار المترهين – وذلك على ثلاث اتجاهات :

* **الاتجاه الأول** : ويترعنه المالكية وبعض فقهاء الحنابلة الذين يرون بأن المرهون متى عاد إلى الراهن ، بطل عقد الرهن ولو كان ذلك برضاء المترهين ، لأنه في هذه الحالة ينعدم القبض لأن الحق في الحبس تابث للمرهون على الدوام . (2).

ومن هذا القول يتبيّن لنا أن استدامّة القبض شرط لزوم عند المالكية ، لأن الرهن توثيق للمدين ، وعودته إلى المترهين ينقص هذا التوثيق.

* **الاتجاه الثاني** : ويتبناه الشافعية ، وهم على نقيس المالكية والحنابلة ، إذ يرون أن حبس الرهن من طرف المترهين لا يكون على وجه الدوام ، فليس هناك أي مانع من استرداد الراهن للمرهون والانتفاع به بصفة مؤقتة كأن يستأجره من المترهين أو يستعيده . ولكن لا يجوز له أن يتصرف فيه بالبيع أو الشراء . (3).

فوقاً لاقوال فقهاء الشافعية ، لا يبطل عقد الرهن متى كان الاسترداد

1) راتب جبريل الجنيدى : الرسالة السابقة ، صفحة 27

2) يدائع الصنائع : الجزء السادس ، صفحة 146

3) انتظر محمد فوزي فيض الله المرجع السابق ، صفحة 321 حيث يقول بأن الشافعية يرون «جواز استرداد الراهن للعين بإرهوننة للانتفاع بها نهاراً والرد ليلاً للمرهون الاشهاد عليه بالاسترداد للانتفاع في كل مرة ، لكن ليس له أن يتصرف فيها».

من طرف الراهن عرضيا ، ولا يهم بعدئذ الطريقة التي وقع بها الاسترداد
هل هي اجارة أم اعارة أم ايداع ...الخ.

* الاتجاه الثالث : وهو الذي أخذ به فهتماء الحنفية ، حيث يقونون
موقعا وسط بين الاتجاهين السابقين ، فهم من جهة كالشافعية يرون ان
استرداد الراهن للشيء المرهون لا ينجم عنه بطalan العقد متى كان ذلك ببراءة
ولكنهم يختلفون معهم من حيث ان هذا البطalan لا يكون الا عندما يكون
الاسترداد بعد لازم - وهو العقد الذي لا يمكن أن ينتقل أحد طرفيه بفسخه
دون رضى الطرف الآخر - مثل عقد الاجارة أو المزارعة .

اما العقد غير اللازم - وهو الذي يستقبل العاقد بفسخه دون رضى
الطرف الآخر - مثل عقد العارية أو الوديعة أو الوكالة، يرتبون على هذا النوع
البطalan متى تم الاسترداد بهذه الطريقة (1).

ويلاحظ ان الحنفية الذين يرون أن القبض شرط لزوم في العقد « لا
يتزمتون في أمر عودة الراهن الى الراهن بقدر تزمه المالكية الذين يجعلون
من القبض شرط تمام أو أثر » (2) فغالبية الفقهاء اذن تذهب الى ان الراهن
متى عاد الى الراهن بارادة المرتهن لا يبطل عقد الراهن بل تبقى كل آثاره
نافذة نسبياً مواجهة الراهن ، وكذلك الغير ، بحيث يكون للراهن حق التقدم
على باقي الدائنين رغم خروج الراهن من يده ، كما يحق له منع الراهن
من التصرف في المرهون وفي حالة التصرف حلول الثمن محل المبيع .

وبطبيعة الحال ، فان عودة المال المرهون الى الراهن فيه فوائد بالنسبة
للراهن ، وقد تكون هناك فوائد أيضاً للمرتهن ، غير انه بقي أن نعرف مدى
اقرار الفقه الاسلامي لبقاء الراهن في يد الراهن ابتداءً وعدم خروجه أصلاً ،
وفي هذا الشأن سوف نتعرض الى الفقه الجعفري الشيعي الذي عرف دون
سواء الراهن دون تجرد من الحياة .

(2) احمد سالم ، المراجع السابق صفحه 334
1) راتب الجنيد ، الرسالة السابقة ، صفحه 29

ثانياً : احكام الرهن دون حيازة في الفقه الجعفري.

ان مسألة القبض تعتبر من أهم المسائل التي أثارت جدلاً ، وبطبيعة الحال فهي تستحق مثل هذا الجدال لانه متى اشتربنا القبض كركن لانعقاد الرهن وتمامه فقد استبعينا معرفة الشريعة الاسلامية بالرهن دون حيازة، اما اذا اعتبرنا القبض ليس بركن ولا أصل في عقد الرهن فقد أقررنا بوجود هذا الشكل من الرهن في الشريعة الاسلامية.

وإذا كان القبض لدى المالكية يعتبر شرطاً في العقد ، ولدى الحنفية والشافعية والحنابلة شرط لزوم ، (1) فان القبض لدى الفقه الإمامي الجعفري ليس بشرط صحة ولا بشرط لزوم في العقد.

فقد جاء في الجوهر : « القبض ليس بشرط اطلاقاً لا في صحة الرهن ، ولا في لزومه ، لأن عقد الرهن كغيره من العقود يتم بالإيجاب والقبول...» (2)

وبطبيعة الحال فان الفقهاء الذين قالوا باشتراط القبض قد استندوا على نص الآية الكريمة «فرهان مقوضة» غير أن الفقه الجعفري استدل بنفس الآية لدحض شرط القبض في الرهن ، قائلين ان الآية تعرضت لحكم الرهن في السفر. – عند عدم وجود كاتب يقوم باستئناف الدين – دفعاً للافكار حالة بقاء الرهن في يد الراهن. أما في الحضر مع وجود الكاتب فليس هناك من ضير ان لم يوثق الرهن بالقبض أو الدين بالرهن.

كما استندوا على عدم شرطية القبض بقول الرسول (ص) «الرهن مركوب ومحظوظ» (3) وقد ذكر صاحب البحر الزخاركون الرهن محظوظ ومرکوب أن يختص به الراهن فكان على حد قوله «القبض غير شرط» (4).

(1) انظر ما تقدم ، صفحة

(2) انظر راتب جبريل الجندي : المراجع السابق صفحة 32

(3) انظر ما تقدم صفحة

(4) انظر يحيى الأستاذ / المحامي محمود المظفر ، المراجع السابق صفحات 18 و 19

وبما أن القبض ليس بشرط في عقد الرهن ، فقد ذهب الفقه الجعفري إلى تعریف خاص للرهن ، حيث عرّفه بأنه «حبس الشيء المرهون ، ومنع الراهن من التصرف فيه بالبيع ونحوه ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه من المرهون عند الاقتضاء». (1).

وحبس الشيء لا يقتضي أن يكون مقبوضا كما هو معلوم بل يكفي تخصيصه للدين الذي وثق به لضمانه عند عدم السداد.

ومن كل ما تقدم يتبيّن لنا أن القبض ليس بركن ولا بشرط في عقد الرهن لدى الفقه الجعفري ، فإذا ما تم الإيجاب والقبول فقد تحقق «الرهن» حتى ولو لم يتم القبض.

ـ ما تم الإيجاب والقبول فقد تحقق «الرهن» حتى ولو لم يتم القبض.

ـ وحيث أن القبض ليس بشرط ولا بركن في عقد الرهن عند الإمامية ، فكان طبيعياً أن تكون استدامة القبض ليست شرطاً فيه أيضاً (2).

* محل الرهن :

ـ التقادمة في هذا الصدد هي أن : «كل ما يصح بيعه يجوز رهنه» فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرهون يجب أن يكون قابلاً للبيع وأن يكون مملوكاً للراهن ، ومعلوماً غير مجهول كما يشترط أن يكون ممكناً تسليمه (3).

ـ وقد وقع خلاف بين الفقهاء في جواز رهن الحقوق العينية (الواردة على ثمار ، وكذلك رهن الدين ، فمن اشتترط منهم القبض في الرهن لم يجز رهن

1) انظر ، راتب جبريل الجندي ، الرسالة السابقة ، صفحة 32.

2) انظر ما تقدم ، في خروج المرهون من يد الراهن حيث يتفق الشافعية مع المذهب الجعفري في هذا الرأي ، صفة :

3) محمد فوزي فيض الله ، المراجع السابق ، صفحة 303

مثل هذه الحقوق لعدم امكانية قبضها وحيازتها ، اما من لم يجعل الحيازة والقبض شرطا في الرهن ، فقد أجاز رهن مثل هذه الحقوق ، وكذلك رهن الدين وهذا ما يسبر عليه مذهب الشيعة الإمامية (1)

* تقييم رأي الشيعة الجعفرية في الرهن غير الحيازي :

استخلصنا مما تقدم ، بأن الفقه الشيعي الجعفرى لم يستلزم القبض كركن أو شرط لازم في الرهن، بل ان الرهن يقوم بمجرد الايجاب والقبول ولو لم يتم القبض ، لأن الرهن عندهم ، استثنائي بالدين ، وأن الراهن مثل المحgor عليه في التصرف في المرهون ، لذلك لا ضير في بقاء الرهن في حوزته ما دام محضور عليه التصرف فيه.

وفي الحقيقة فإن النظرة التي ذهب إليها الفقه الشيعي وكذلك بعض الفقهاء الآخرين كالفقير ابن ثور ، تعتبر أساسا فقهيا لبناء نظرية الرهن دون حيازة في النظام القانوني عموما (2).

ويبدو أن الباحثين الذين أكدوا لنا عدم وجود الرهن غير الحيازي في الإسلام «قد نظروا إلى القضية من وجهة نظر ضيقة» مكتفين بالمذهب الحنفي أو بالمذهب الشافعي دون تعديهم هذا النطاق بالكشف في مذاهب أخرى عن «آفاق رحبة لانتزاع آراء أخرى تمتاز بأصالتها وخصوصيتها» (3)

ولا يفوتنا قبل رفع يدنا عن دراسة الرهن في الشريعة الإسلامية أن نتساءل ، وإن كان تساؤلنا هذا هو الذي أجبرنا على الأصالة في بحث مادة الرهن في الشريعة الإسلامية ، وسؤالنا هو :

1) انظر راتب جبريل الجندي ، المرجع السابق صفحة 33

2) راتب جبريل الجندي ، نفس المرجع صفحة 37

3) الاستاذ / المحامي محمود إلماظر المرجع السابق ، صفحة 32

ومن كل هذا نخلص بأن الشريعة الاسلامية تقر بالرهن غير الحيالي سواء في مادة العقار أو في مادة المنقول - كرهن السفن - متى توافرت شروط التبات والتخصيص ، ولا يفوتنا أن نثوه بأن الفضل في هذا يرجع إلى المذهب الشيعي الجعفري الذي وضع قواعد محكمة للرهن غير الحيالي ، فاقت في دقتها كل القواعد الوضعية قديمة كانت أم حديثة. كما أن التطور الطويل الذي عرفه القانون الروماني بشأن «الرهن» لم يكن متماثلا مع أحكام الشريعة الاسلامية التي جاءت واضحة بهذا الصدد منذ البداية «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة» ، فالقانون الروماني قد قطع مرحلة طويلة لنقرير الرهن ومراحل أخرى لتطوирه ، في حين أن الشريعة الاسلامية قد أقرت الرهن ابتداء ولم تخضع إلى عامل الزمن الا فيما يتعلق بمناقشة مسألة «قبض الرهن» ولقد رأينا ان هذه المسألة قد حللت على يد المذهب الجعفري حيث جعل الرهن متحققا حتى ولو لم يتم القبض ، وبذلك وصل إلى تقرير الرهن دون حيازة «بالغا بذلك أوجا لم يصل اليه لا القانون الروماني من قبل ، ولا القوانين الوضعية من بعد.

د. الفصايلي الطيب

طبيعة دور النيابة العامة في القضايا الشرعية

الاستاذ نافع عبد الغني
نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية
بمراكش

للنيابة العامة دور مهم في القضايا الشرعية كما هو الحال بالنسبة
لباقي القضايا المدنية الأخرى.

و قبل التعرض إلى هذا الموضوع يجب التعرض إلى جانب منه كان
محظ جدل قانوني، ذلك الجانب المتعلق بقضايا الأحوال الشخصية المنصوص
عليه في الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية ، فما
المقصود بالاحوال الشخصية ؟ هل هي جميع قضايا الأحوال الشخصية أم
بعض القضايا التي يكون فيها تدخل النيابة ضروريًا لفائدة القانون.

يجب الاشارة أولا إلى أن الصياغة الفرنسية لقانون المسطرة المدنية في
فصله التاسع وخصوصا الفقرة الثانية حددت المعنى صراحة في جملة
Etat de personne وهذه الجملة تعني بالعربية الشخصية ، ثم
هناك اشكال آخر ، ففي حالة تعارض النص الفرنسي مع النص العربي فإن
هذا الأخير هو الذي ي العمل به نظرا لكون اللغة الرسمية للبلاد - دستوريا -
هي العربية.

هذه التساؤلات دفعت المجلس الأعلى لل要考虑 إلى الموضوع في عدة
اجتهادات فحسب الرأي المستقر للمجلس يقصد بقضايا الأحوال الشخصية
المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة
المدنية : القضايا المتعلقة بالحالة الشخصية كأداء زوجية أو انكارها

والمنازعة في نسب الأولاد وما ماثلها نظراً لما لهذه القضايا من أهمية ولعلاقتها الوثيقة باستقرار حال المجتمع وثبات الأسر وضبط الأنساب ، وقد تأكّد اتجاه المجلس الأعلى هذا في قرارين الاول عدد 20 الصادر بتاريخ 6/3/1977 المنشور بمجلة القضاء والقانون عدد 126 والثاني عدد 61 الصادر بتاريخ 24/5/1977 في الملف الاجتماعي عدد 57513 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 سنة 1980 الصفحة 127 ، وهناك قرارات أخرى لاحقة أكدت هذا الاتجاه.

بعد هذه التوطئة ينبغي التعرض إلى مختلف القضايا الشرعية التي أباح المشرع للنيابة العامة التدخل فيها والتي تم تصنيفها بحسب نوعيتها :

1 - قضايا النزاع في الزوجية أو الطلاق أو اللعان :

أ) النزاعات المتعلقة بالزوجية :

ويقصد بها الاحوال التي يدعي فيها الزوج قيام الزوجية والزوج الآخر ينفي هذه العلاقة لسبب أو آخر ، ويظهر جلياً أن هدف المشرع في ضرورة تبليغ الملف إلى النيابة العامة يرجع أساساً إلى خطورة الموقف فانكار زوجية ثابتة أو فرض زوجية غير مشروعة قد تترتب عنه نتائج وخيمة داخل المجتمع تؤدي في الأخير إلى زعزعة نظام الأسرة الذي يحميه القانون والشريعة الإسلامية ، لذلك كان تدخل النيابة العامة في هذه القضايا ضرورياً لحماية الأسرة وبالتالي المجتمع الذي يتكون انطلاقاً من الأسرة.

ب) النزاعات المتعلقة بالطلاق :

ليس خفياً ما يحدث الطلاق من آثار على صعيد الأسرة والمجتمع فيخلق تشتيتاً في الأسرة واضطرباباً واضحاً في المجتمع ، لذلك كان تدخل النيابة العامة ضرورياً فيها لابداء رأيها الحاسم فيما يتعلق بأي نزاع حول فك عصمة الزوجية بغرض حماية الأسرة ، فلا تؤيد النيابة العامة أحد

الطرفين في طلبه فك العلاقة الزوجية الا اذا كانت هناك ظروف خطيرة وآنية يكون معها استمرار العلاقة الزوجية مستحيلا او قد تنتج عنه آثار اوخم لوبقيت العلاقة مستمرة بين الزوجين كما هو الحال في وجود سبب من اسباب التقليق المحددة قانونا.

ج) قضايا اللعان :

ويقصد اللعان تلك المسطرة الشرعية الاسلامية والتي بمقتضاه يحفظ الزواج بالله مرات معدودة على أن الحمل ليس من صلبه ويلاعن نفسه ان كان كاذبا ، ومن المعلوم أنه لا ينبغي التساهل في هذه المسطرة لأن ذلك من شأنه فتح الباب للتحايل على حق الله المتمثل في النسب وذلك حفاظا على الأسر لأنه ي عدم الزوج أي وازع أو ضمير فينكر حتى أبناءه من صلبه ففي هذا الاطار على النيابة العامة عندما تبلغ بالملف المتعلق بقضية لعان أن تحرض على حق الله وأن تسعى في رأيها الحاسم الى حماية الأسرة من كل تملص من المسؤولية الأبوية لبعض الازواج من عدمي الضمير.

2 - قضايا الأنساب والاستلهاق والخضانة :

أ) قضايا الأنساب

تحكم مقتضيات النسب في القانون المغربي الفصول 83 وما بعده إلى غاية الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية ، فالتبني العادي غير مسموح في القانون المغربي ، والبنوة الحقيقية يتبع فيها الولد أباه في الدين والنسب ويرثه ، وتنتج عنها موانع الزواج ، أما البنوة غير الشرعية فهي غير قائمة في حق الأب وقائمة في حق الأم لانه ابنها بالطبيعة.

والولد للفراش خلال المدة المحددة شرعا - الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية - ما لم تكن قد حدثت أسباب استثنائية تتقرر بمقتضى الخبرة الطبيعية.

وعموماً يثبت النسب باقرار الأب أو بشهادة السماع على أنه ولد ولد على فراشه من زوجته، ولا ينافي النسب الا بحكم القضاء، اذن على النيابة العامة عندما تتبلغ بملفات قضایا النسب أن تسهر على تطبيق المقتضيات المذكورة آنفاً وأن تثير رأي المحكمة بكل ملتزم تراه مفيدة لتحقيق العدالة وأثبات الحقوق.

ب) - قضایا الاستلحاق :

ويقصد بالاستلحاق الاقرار بالبنوة وهناك شروط لكي يكون الاقرار شرعياً حددت في الفصل 92 من مدونة الاحوال الشخصية ، ومن المعلوم أن الاقرار بتحميل النسب للغير لا يثبت به النسب ومتى أصبحت البنوة ثابتة بالاستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعاً ، والنيابة العامة تتدخل في هذه القضایا لمراقبة توافر الشروط الاستلحاق من عدمها وتلتزم تبعاً لذلك قبول الطلب أو رفضه بحسب الاحوال.

ج) - قضایا الحضانة :

وهي المنظمة بالالفصول 97 وما بعده إلى غاية الفصل 111 من مدونة الاحوال الشخصية ويقصد بها أعمال الاعتناء بالولد والقيام بشؤونه على قدر المستطاع غالباً يثور النزاع حول الأحقية في الحضانة ، تلك الأحقيقة التي تثبت من الترتيب المحدد في الفصل 99 من مدونة الاحوال الشخصية، فالحضانة للوالدين حال قيام الزوجية ، فإذا انفك كانت الأم أولى من غيرها ما لم تتزوج وتواترت شروط الفصل 105 من مدونة الاحوال الشخصية أو كانت غير أهل للقيام بتربية الولد . وعلى مستحق الحضانة أن يطالب بها والا سقط حقه فيها بعد انصرام أجل سنة كاملة من علمه بالدخول حسبيما نص عليه الفصل 106 من مدونة الاحوال الشخصية، ويختار القاضي الأصلح للحضانة في حالة تساوي الحاصنين في الرتبة تطبيقاً للفصل 101 من مدونة الاحوال الشخصية ، والنيابة العامة يكون عليها أن ترافق احترام

هذه المقتضيات حتى لا يتطاول على حضانة الولد شخص لاحق له فيها قانونا.

3 - النبابات القانونية :

إن هذه القضايا تحكمها مقتضيات الفصول 181 وما بعده إلى غاية الفصل 196 من قانون المسطرة المدنية وفصول الكتاب الرابع من مدونة الأحوال الشخصية وتعلق بقواعد تنظيم وتسخير النبابات القانونية تحت مراقبة وشراف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتكون النيابة القانونية ضرورية عند وجود قصر أو سفهاء أو عديمي أهلية نعم قد يكون لهم ولد أو وصي وفي حالة عدم وجودهما يعين لهم القاضي مقدماً يقوم بشؤونهم وبسيير أموالهم تحت مراقبته وبادنه ، وفي هذه القضايا تتدخل النيابة العامة لحماية حقوق المحجور عليهم في إطار القانون

4 - القضايا التي يكون فيها نائب قانوني ومثلاً لأحد الأطراف :

وتتدخل النيابة العامة لحماية حقوق القاصر أو عديم الأهلية أو السقية وتنير السبيل للمحكمة بما تراه مفيدها في تحقيق العدالة وأثبات الحقوق بجلب المنفعة لهؤلاء ودفع المضار عنهم خصوصاً في قضايا الأموال المتعلقة بهم.

5 - القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم :

من المعلوم أن الغائب تكون حقوقه وأمواله معرضة للضياع بغير علمه واقعياً بمصيرها لذلك وضع المشرع نصوصاً في قانون المسطرة المدنية بالتحديد الفصول 263 و 264 و 265 حماية لحقوق الغائبين وأموالهم من الضياع ، وقد تتضرر زوجة الغائب فتتقدم بطلب التطليق للغيبة، ومفهوم الغيبة تعرضت له آراء الفقهاء المسلمين بالدرس والتمحیص وحددت آجالاً لها يعتبر بعدها الغائب مفقوداً يقضى بتمويته اذا تقدم بهذا

الطلب ورثته او يقضى بطلاقه من زوجته اذا تقدمت هذه الأخيرة بدعوى في هذا الشأن او يعين من يسير أمواله في الحالات الأخرى اذا لم يعين الغائب وكيله عنه.

وتتدخل النيابة العامة في جميع هذه القضايا وتتقدم بملتمساتها بما فيه مصلحة الغائب والمحافظة على حقوقه في اطار القانون ما لم يكن الطلب مشروعًا فتلتمس قبوله.

6 - القضايا المتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لصالح الفاسرين ضد الحاجزين أو غيرهم :

ويتقدم بطلب اتخاذ التدابير المذكورة وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية حتى لو استهدفت الوصي في أحوال معينة كما هو الحال اذا امتنع الوصي او المقدم من تقديم حساب او ايداع ما بقي عنده من اموال الممحور ، فيقع القاضي على امواله حجزا تحفظيا ولكن بعد ان يكون قد وجه اليه انذارا ومر على توجيهه شهر كامل بدون جدوى وقد يقضي عليه بغرامة تهديدية او يضع امواله تحت الحراسة القضائية وقد يصل الأمر الى حد عزله اذا اقتضت الضرورة ذلك.

7 - قضايا التصریح بوفاة الغائب :

ويحكمها الفصلان 265 و 266 من قانون المسطرة المدنية وذلك بعد القيام بمسطرة خاصة مقتبسة أساسا من الفقه الاسلامي وآراء الفقهاء المسلمين ، فإذا لم يظهر بعدها الغائب وتوافرت الشروط صرح القاضي بتمويته وصفيت تركته تبعا لذلك ، وعلى النيابة العامة أن تراقب قانونية المسطرة - مسطرة الغيبة - وتوافر شروط رفع الدعوى وتتقدم بملتمساتها بقبول الطلب أو رفضه بحسب الأحوال ، وعلى النيابة العامة أن تساعد في البحث عن الغائب بكلفة الوسائل المتاحة لها قانونا تيسيرا منها لسير اجراءات مسطرة الغيبة.

8 - قضايا التحجير على السفيه والمجنون والمعتوه :

وهذه القضايا تحكمها الفصول 197 وما بعده إلى غاية الفصل 200 من قانون المسطرة المدنية ويعتمد القاضي في دعوى التحجير على أية وسيلة اثبات ومن بينها الخبرة الطبية وشهادة الشهود. وتتدخل النيابة العامة لتدلي برأيها القانوني لما فيه مصلحة المعني بالأمر أو مصلحة المجتمع، فلها النقدم بملتمس يقضي بالتحجير إذا ثبت السفه أو العته أو الجنون وقد تلتمس رفض الطلب إذا ثبت أنّه غير مرتكز على أساس سليم أو غير مدعم بالحجج اللازمة.

والجدير بالذكر أنه باستثناء القضايا المحددة في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية وحالـة احـالـة المـلـف تـلـقـائـيـاً من طـرفـ المـحـكـمةـ عـلـىـ الـنـيـابـةـ العـامـةـ أوـ طـبـ هـذـهـ الـاخـرـىـ تـلـقـائـيـاًـ الـاطـلاـعـ عـلـىـ مـلـفـ ماـ ،ـ وـالـتـيـ تكونـ فـيـهاـ الـنـيـابـةـ العـامـةـ طـرـفـاـ مـنـضـمـاـ بـمـقـضـىـ الـقـانـونـ حـيـثـ يـحـقـ نـهـاـ الـادـلـاءـ بـمـلـتـمـسـاتـهـ الـحـاسـمـةـ فـيـ الـقـضـيـةـ لـفـائـدـةـ الـقـانـونـ وـلـاـ يـحـقـ لـهـ اـسـتـعـماـلـ أيـ طـرـقـ منـ طـرـقـ الـطـعـنـ .ـ فـاـنـ الـنـيـابـةـ العـامـةـ تـكـوـنـ طـرـفـاـ رـئـيـسـيـاـ إـذـ كـانـتـ هيـ الـتـيـ تـقـدـمـتـ بـالـطـلـبـ ،ـ وـفـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ يـكـوـنـ لـهـ الـحـقـ فـيـ اـسـتـعـماـلـ الـطـعـنـ ،ـ كـمـاـ هـوـ مـشـارـكـ فـيـ قـضـيـاـ التـحـجـيرـ وـالـغـيـرـةـ وـاتـخـاذـ تـدـابـيرـ ضـدـ الـمـاجـزـينـ الخـ...ـ كـمـاـ يـمـكـنـ أـنـ تـكـوـنـ الـنـيـابـةـ العـامـةـ مـدـعـىـ عـلـيـهـ فـيـ الدـعـوـةـ وـفـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ يـكـوـنـ لـهـ حـقـ الـطـعـنـ بـالـاستـئـنـافـ وـطـلـبـ التـقـضـ ضـدـ الـأـحـکـامـ الصـادـرـةـ فـيـ موـاجـهـتـهـاـ.

وفـيـماـ يـخـصـ تـبـلـيـغـ الـقـضـيـاـ الـمـنـصـوصـ عـلـيـهـ فـيـ الفـصـلـ التـاسـعـ منـ قـانـونـ الـمـسـطـرـةـ الـمـدـنـيـةـ إـلـىـ الـنـيـابـةـ العـامـةـ فـهـوـ وـاجـبـ تـحـتـ طـائـلـةـ الـبـطـلـانـ وـهـذـاـ مـاـ ذـهـبـ إـلـيـهـ الـمـجـلـسـ الـأـعـلـىـ فـيـ عـدـةـ اـجـتـهـادـاتـ مـنـ بـيـنـهـ قـرـارـهـ عـدـدـ 267ـ الصـادـرـ بـتـارـيخـ 4/4/19ـ فـيـ الـمـلـفـ الـمـدـنـيـ عـدـدـ 63979ـ مـنـشـورـ فـيـ مـجـلـةـ الـمـحـاـمـةـ عـدـدـ 16ـ يـولـيوـزـ /ـ غـشـتـ 1979ـ الصـفـحةـ 151ـ .ـ

الهواش :

- كتاب دور النيابة العامة في القضايا المدنية للأستاذ محمد بوزيان
- كتاب المواريث - دروس جامعية - للدكتور عبد الرحمن بلعكيد
- مجلة القضاء والقانون عدد 126
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 - سنة 1980
- مجلة المحاما 16 يوليو / غشت 1979

المملكة المغربية
المركز الوطني للنقوش
مصلحة الطباعة والاسناد
رقم ٥٦١ / ٥٢ / ٢٠٢٢
جذبة Ar

دعوى رجوع المؤاجر أو مؤمنه
على الغير والفصل ٧ من قانون المسطرة الجنائية

الاستاذ البشير ببركة

المحامي بهيئة القنيطرة

يمكن تقسيم هذا الموضوع الى ثلاثة فروع :

- الفرع الاول : مقدمة مع رأي بعض الفقهاء
- الفرع الثاني : النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع
- الفرع الثالث : حسن سير العدالة يضيف الى الرأي تبريرا.

- الفرع الاول : مقدمة مع رأي بعض الفقهاء

بعد احداث المجلس الأعلى وقبل مغربة القضاء صدر عن الغرفة الجنائية «العصيرية» قراران جاء في أولهما الصادر بتاريخ 1960.3.10 رقم 579 ما يأتي :

«وحيث ان مباشرة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزرية حق استثنائي لا يمكن ممارسته نظرا لطبيعته الا في الحالات المنصوص عليها في القانون، وأنه يستخلص من مقتضيات الفصلين 1 و 2 من قانون التحقيق الجنائي المطبق في المغرب بظهير 12 غشت 1913 والتي أخذ عنها الفصل 7 من قانون المسطرة الجنائية ، ان الدعوى المدنية لا تقبل أمام المحكمة الجزرية

الا اذا كان الطرف الذي باشرها قد تضرر شخصياً و مباشرة من الجريمة
أنساس المتابعة.

- وفي النشرة الفرنسية طبع كلية الحقوق 1961 جاء فيها عن نفس القرار :

« يكون غير مقبول الطلب المعروض على المحاكم الجزائية من طرف شركة تأمين قصدت به الحصول على استرجاع مبالغ دفعتها لمن هي مؤمنة له بـموجب عقد تأمين ضد كل خطر وذلك لكون الضرر اللاحق بها غير ناشيء عن الجريمة ذاتها ولكن عن عقد التأمين....»

- وفي نفس التعليل جاء في القرار رقم 892 الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 22.6.1971 المنصوري بالمجموعة الجنائية صفحة 270.

- يبديو أن المجلس الأعلى أخذ عما كان عليه العمل بمحكمة النقض الفرنسية آنذاك اذ جاء عن هذه الاختير ما نقله الدكتور حومد في كتابه الموجز في قانون المسطورة الجنائية ص 115 وقائعاً وحكمها.

اذ «أمن شخص على نفسه لدى شركة تأمين وقد جرمه شخص جرحاً غير عادي فدفعته له شركة التأمين أجور التطبيب وثمن الأدوية وأقامت الدعوى المدنية على الفاعل وعللت دعواها «بأن» العقد هو تأمين عن الضرر وليس تأميناً على الشخص أي أن العقد يحلها حكماً محل المتضرر تجاه الفاعل ، ولكن القضاء رفض دعواها معللاً مذهبة بان المصلحة المباشرة والشخصية تصلح وحدها لأن تكون أساساً للدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ، ومن الضروري إثبات أن الضرر الشخصي قد وقع نتيجة مباشرة للجريمة... قرار صدر بتاريخ 1958.10.5.

وعن هذا القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية يقول الاستاذ «مازو» المجلد الثالث ملخصه : - ان محكمة النقض لم تجعل لقرارها هذا أي أساس وانه قرار لا يمكن الا أن يؤسف له.

- بالرجوع الى كتب الفقه المغربي - مع أن محرر هذه الملاحظات قد يكون منه قصورا في عدم الاطلاع على كتب أخرى حول الموضوع - نجد أن الدكتور الخمليشي في كتابه شرح قانون المسطرة الجنائية تحدث باسهاب عن الموضوع كما أشار اليه في كتابه المسؤولية للأبوين عن ابنائهم القاصرين في الصفحة 294.

يقول الدكتور الخمليشي في الجزء الاول من كتاب شرح قانون المسطرة الجنائية «أن المشرع عندما اشترط في المادة السابعة وجودضرر الشخص المباشر لم يقصد ابعاد من يحل محل المتضرر في حقوقه وإنما استبعد من لم يلحقه ضرر أصلا أو لحقه ضرر من فعل آخر غير الجريمة موضوع المتابعة فالنص في الواقع مجرد تأكيد للقاعدة العامة المطبقة في المسؤولية التقصيرية وأمام المحاكم الجنائية دائم (...) فلا فرق إذن بين القضاء الجنائي والقضاء المدني في اشتراط وجود ضرر شخصي و مباشر وكل ما بينهما من فرق هو أن الضرر الذي يعوض عنه القضاء المدني يكفي أن مصدره خطأ المدعى عليه أو فعل الاشياء أو الاشخاص الذين يسأل عنهم....»

- وقد ناقش الدكتور الخمليشي في الصفحات بعده حجج المعارضين لقبول طلب الغير المتضرر مباشرة من الجريمة.

مع مناقشة الدكتور الخمليشي لقراري المجلس الأعلى المشار اليهما أعلاه الا أنه يمكن اضافة بعض الملاحظات التي ستكون موضوع الفرع الثاني.

- الفرع الثاني : النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع /

لقد صدر قانون المسطرة الجنائية بتاريخ 2.10.195 (وهو كما ذكر الاستاذ الخمليشي) الا أن الفصل 7 منه لم ينص صراحة على ابعاد المؤمن القانون بل المؤاجر الذي تضرر أحيره من فعل المتهم.

- وكما أشير سابقاً بأن المجلس الأعلى فسر الفصل 7 المذكور بالاعتماد على الفصلين 1 و 3 من قانون التحقيق الجنائي الصادر في المغرب بظهير 12 غشت 1913 والمأمور من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي قبل صدور حتى قانون 1927 المتعلق بحوادث الشغل.

- فإذا كان الفصل 7 من قانون المسطرة الجنائية كما هو فان الذي أعطى الحق للمؤاجر عند الاقتضاء مؤمنه حق الرجوع. على الغير هو ظهير 6 فبراير 1963 الذي غير ظهير 1927 وصدر بعده قانون المسطرة الجنائية والقرارين الصادرين عن الغرفة الجنائية العصرية بال مجلس الأعلى.

وقبل التطرق للفصول المتعلقة بالموضوع تجدر الاشارة الى الفصل 20 من قرار وكيل وزارة المالية رقم 668 - 64 بتاريخ 1964.11.24 الذي تحدد بموجبه الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين عن حوادث الشغل والاغراض المهنية.

«تحل الشركة طبق الشروط المحددة في الفصول 171 وما يليه إلى الفصل 197 من الظهير الشريف رقم 223 - 5 - المؤرخ في 12 رمضان 1982 (6 فبراير 1963) محل المؤمن له في جميع حقوقه ودعاويه على الغير بخصوص الكارثة».

- اذن مسألة الغير محددة في الفصول المذكورة.

- لقد عنو مشروع ظهير 1963 الباب الخامس من الجزء الرابع منه «باقامة الدعوى على الشخص مرتكب الحادثة».

ثم جعل القسم الاول : للمسنيدين من الدعوى

والقسم الثاني للمسطرة : وهذا يعني ان ظهير 1963 قانون شكل موضوع.

لقد جاء في الفصل 171 ما يلي يحتفظ المصايب أو ذوو حقوقه بصرف النظر عن الدعوى المترتبة عن ظهيرنا الشريف هذا بالحق في مطالبة مرتكبي الحادثة طبقاً لقواعد الحق العام بتعويض الضرر اللاحق».

- والفصل 172 يقول بأنه وإن كان يخرج عن الموضوع فإنه لم يعط الحق للأجير في مسألة مشغله إلا في الحالتين المذكورتين فيه.

والالفصل 173 نص على أن الدعوى على الغير المسؤول يمكن أن يقيمهما المؤاجر أو مؤمنه لتمكينهما من المطالبة بحقوقهما الخاصة.

هذا وتتجدر الاشارة إلى ملاحظة بسيطة وهي أن المشرع وإن ذكر كلمة «الدعوى» بالنسبة للمؤاجر ضد الغير فإنه في الفصل 173 أشار إلى «المطالبة» «بحقوقهما» كما فعل ذلك مع الأجير في الفصل 171 «بالحق في مطالبة...»، وحسب باقى الفصول لم يفرق بين الاصطلاحات فمرة يذكر الدعوى وأخرى يشير إلى المطالبة للأجير أو المؤمن له.

وهكذا يكون المشرع في هذا القسم حدد الأشخاص الذين لهم حق مطالبة مرتكب الحادثة وهم : الأجير أو ذوو حقوقه والمؤاجر أو مؤمنه.

وفي القسم الخاص بالمسطرة والذي هو بيت القصيد بالنسبة عن الجنة لكي تكون مقبولة في غضون الخمس سنين المولالية لوقوع الحادثة غير أن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى يجب أن تؤخر البث فيها حتى تنتهي الدعوى الناجمة عن ظهيرنا الشريف هذا ما لم تتقادم.

- إن هذا الفصل الذي جاء في الفصل الثاني المذكور جمع في قواعده ما يمكن تطبيقه سواء على الأجير أو المشغل.

- ذلك أنه أوجب عليهم إقامة الدعوى أو المطالبة داخل خمس سنوات ومن تاريخ الحادثة. والمهم فيه هو العبارات أو المصطلحات «الجنحة» و « المحكمة المرفوعة إليها الدعوى » اذ كان يمكن الاكتفاء بكلمة الجنحة

للقول بأن المشرع قصد فقط المحكمة الجنحية الا أن هذا قد يؤدي الى محظور آخر وهو أن الأجير أو المشغل لا يحق لهما مساعلة الغير الا أمام المحكمة الجنحية، الا ان هذا مستبعد بدليلين أولهما أن ظهير الالتزامات والعقود عنون ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية بالالتزامات، الناشئة عن الجرائم واشباه الجرائم.

ثانيهما : ان المشرع لم يلزم الاطراف باتباع مسطرة محددة او محكمة معينة الا ما يتعلق بالاختصاص الترابي الذي يحكم الموضوع بل أنه ترك لهم الخيار في اقامة اما دعوى مدنية اصلية او دعوى مدنية تابعة أمام المحكمة الجنحية بدليل قوله «**غير أن المحكمة المرفوعة اليها الدعوى**» التي قد تكون المحكمة الجنحية وهي تنظر في الدعوى المدنية التابعة وقد تكون المحكمة المدنية الصلبة.

ومن خلال هذا الفصل ايضا يمكن الرد على القائل بأن المحكمة الجنحية اذا كانت تنظر في الدعوى المدنية التابعة استثناء فلا يحق لها الخوض في مسائل أخرى تخرج عما يتعلق بالمخالفة أو الجنحة موضوع المتابعة.

و قبل التطرق لهذا تجدر الاشارة الى أن بعض أحكام الحكم الاولى تذكر في منطوقها «ايقاف البث الى حين انتهاء مسطرة الشغل او الادلاء بما يفيد تقادمها او الى حين تقادمها»

وانني لا أعتقد بأن الفصل 174 لم يقل بهذا ..

- ذلك أنه حسب صياغته فقد أعطى الحق للمحكمة التي تنظر في الدعوى في اطار القواعد العامة أو تراقب هي نفسها قبل الاقدام على ايقاف البث هل دعوى حادثة الشغل تقادمت أم لا طبقا لما ينص عليه ظهير 1963، بدليل قوله (... حتى تنتهي الدعوى الناجمة عن ظهيرنا الشريفي هذا ما لم تقادم). ولم يقل الى أن تقادم.

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن المشرع أعطى الحق للمحكمة الجنحية بأن تنظر في مسائل وان كانت تخرج عن المتابعة فان لها علاقة بالموضوع كما هو عليه العمل حيث تنظر هل هناك تأمين أم لا مع أن عقد التأمين قد لا تكون له أية علاقة بالمتابعة موضوع الدعوى المعروضة عليها.

ولقد نص المشرع في الفصل 175 على ما يلي : اذا أتيمت الدعوى من المصايب أو ذوي حقوقه أو من طرف المؤاجر عند الاقتضاء مؤمنه ،فإن الطرف المعنى بالامر يجب عليه أن يدخل الطرف الآخر في تقرير اشتراك الحكم».

- ان المشرع في هذا الفصل أوجب ادخال المؤاجر ومؤمنه عند الاقتضاء في الحالة التي يكون مثلا المصايب هو المحرك للدعوى الجنحية التابعة.

فلم أوجب المشرع هذا الادخال ؟ فهو فقط من أجل سلامنة المسطرة أم انه اوجب ادخاله حتى يقع اشتراكه في الحكم الذي سيصدر عن المحكمة الجنحية ؟.

لذا يمكن القول بان الفصل 175 اما ليس واضحاً اولاً يفي بالغاية او لا يؤيد الرأي المذكور أعلاه لكن الفصل 176 جاء بقاعدة أخرى أوضح وأسلم تفييد وتؤكد على ان المشرع لم يقصد ما بقي العمل مستقراً عليه منذ 1960 الى الآن.

كما جاء في نفس الفصل 176 ما يلي اذا (لم يقع من جراء) اغفال ادخال الطرفين المذكورين في تقرير الاشتراك في الحكم وكان كل طرف قد أقام دعواه فيجري ضم الدعويين لدى المحكمة التي أحال عليها الدعوى المصايب أو ذوي حقوقه».

ومن المستقر عليه قضائيا ان المصايب له حق تقديم طلبه بالابرار التكميلي أمام المحكمة الجنحية، وان المؤاجر ومؤمنه ليس له طريق لمسائلة

الغير الا أمام المحكمة المدنية الأصلية فعلى هذا الاساس والحالة ان الفصل 176 أمر بضم الدعويين فان المؤاجر بعد ان يقييم دعواه أمام المحكمة المدنية وتكون صحيحة حسب ما هو مستقر العمل عليه فانه عند عدم دعواه الى دعوى المصاب أمام المحكمة الجزئية فان هذه الاختير ستقبل دعوى المصاب وترد دعوى المؤاجر.

ويمكن القول بأن الفصل 7 من قانون المسطرة الجنائية اذا كان لم يبعد مطالبة المؤاجر أمام المحكمة الجنائية اذا كان ولو بصفة ضمنية فان العمل القضائي المستقر قد أبعد من التطبيق الفضول المذكور أعلاه واعطى بالخصوص الفصل 176

- مع الاشارة ان واقعة محكمة النقض الفرنسية المشار إليها أعلاه كانت مغایرة لواقعة التي عرضت على الغرفة الجنائية العصرية قبل مغربة القضاء مضيماً الى هذا كيف يمكن تبرير رأي المجلس الأعلى السابق لو كان المؤاجر هو الذي تقوم بطلبها أمام المحكمة الجنائية حول طلبه في الاسترجاع الذي لم ينتفع عن عقد التأمين، وإنما عن الفعل أو الخطأ الذي بسببه دفع تعويضات لمتبوعه أو أجيره.

- اذا كانت قواعد المسطرة الجنائية يمكن التوسيع في تفسيرها عكس القانون الجنائي كما يقول الفقهاء ونخص بالذكر منهم الاستاذ محمود اسماعيل في كتابه شرح قانون العقوبات س 149 بند 72 غير انه لما كانت قوانين الاجراءات ترمي الى تعبيد سبل العدالة (....) وجب ان يسمع في تفسير قوانين الاجراءات بقدر من التوسيع والقياس مما هو محظوظ في تفسير القوانين الموضوعية... فان فصول ظهير 1963 تسمح بتفسيير الفصل 7 المذكور على أساس ان المؤاجر له حق مطالبة الغير أمام المحكمة الجنائية.

- مع هذه الملاحظة الاخيره يمكن اضافة غاية أخرى لها أهميتها وهي موضوع الفرع الثالث.

الفرع الثالث : حسن سير العدالة يضيف الى الرأي تبريرا : /

- اعتبارا لازدياد حوادث السيز على الخصوص حيث تتضخم الملفات المعروضة على المحاكم فان المسؤولين سواء السلطة التشريعية أو الادارية حاولوا التخفيف على المحاكم ان لم يكن ذلك بالنسبة للحوادث فانه كان بالنسبة للملفات.

وقبل التنظيم القضائي الجديد كانت الاحكام التمهيدية في ظل قانون المسطورة المدنية القديم يمكن استئنافها قبل صدور الحكم الباث في الموضوع فجاء الفصل 140 من قانون المسطورة المدنية لسنة 1974 ولم يسمح باستئناف الاحكام التمهيدية الا بعد صدور الحكم الباث في الموضوع وفعلا كانت خطوة ايجابية حيث قلت نسبيا الملفات المعروضة على انتظار محكمة الاستئناف.

- وقريبا وفي اطار اداري فقط أصبحت كتابات الضبط بالمحاكم الابتدائية لا توجه الى محكمة الاستئناف الاحكام الجنحية والمدنية التمهيدية الا بعد صدور الحكم الباث في المصالح المدنية وان كان هذا أحدث بعض المشاكل فانهم أو هن بكثير من عرض القضية مرتبين على محكمة الدرجة الثانية، وأصبح يلاحظ «عملا» أن الملف قد يعرض برقم معين أمام محكمة الدرجة الثانية ويتعلق أما بالحكم التمهيدي أو الفاصل في الموضوع وتكتفي المحكمة بالنظر في الحكمين فقط بالادلة، بصفة الاستئناف ونسخة من الحكم المقصد ، وهكذا تم التخفيف من العبء

- فكيف يستمر العمل وحتى سنة 1986 بالزام المؤاجر بتقديم دعوه أمام المحكمة المدنية حيث يفتح ملف جديد في حين أن نفس الحادثة يتقتاضى عنها المصايب أمام المحكمة الجزرية في ملف آخر مفتوح أمام نفس المحكمة

- هذا ما يسمى بالعمل المزدوج .

بل أن المصاب عليه أن يتقدم بمطالبه ويشرك في الحكم المؤاجر ومؤمنة القانوني أمام المحكمة ونفس العمل يقوم به المؤاجر وبالتالي يعرض حكم المحكمة الجنحية على أنظار محكمة الدرجة الثانية عن نفس الحادثة، وكذلك الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة المدنية.

ـ انه مع وضوح فصول ظهير 63.2.6 وسكت الفصل 7 من قانون المسطورة الجنائية أو على الأقل غموضه ومن أجل حسن سير العدالة والتخفيف على المحاكم من كثرة الملفات فإنه يستحسن بأن يعيد المجلس الأعلى النظر في القرارات المذكورين ، أو صفة عامة فيما هو مستقر عليه العمل أمام محاكم الموضوع وإن هذه الأخيرة من حقها تطبيق الفصول المذكورة أعلاه والمجلس الأعلى يصادق على عملها.

المملكة المغربية
المركز الوطني للنوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007512 تاریخ ٢٤/١٠/٢٠١٥
جذبنة آن

معوقات حسم الدعوى القضائية وسبل معالجتها

المقدمة :

الدعوى القضائية هي أهم الوسائل التي يقررها المشرع لافتضاء الحقوق وفض المنازعات وتوقيع العقوبات ، وتمر هذه الدعوى بخطوات واجراءات شكلية معقدة قد تستغرق زمنا طويلا (1). والدعوى لا ترفع أمام المحاكم التي يتولى ادارتها قضاة يختارون أو يعينون وفق الشروط وضوابط معينة.

ونتيجة لتعقد اجراءات التقاضي وتشابكها ، فإن الشخص العادي ، على الأكثر ، لم يعد قادرا على رفع الدعوى بنفسه مما يضطره ذلك إلى الاستعانة بمحام.

ويفترض كل طلب بالحماية أمام القضاء خصمين ، من يقدمه ومن يوجه إليه ، يسمى الأول المدعي والثاني المدعي عليه.

وقد يقوم شخص ، من غير أطراف الدعوى ، بالحضور أمام المحكمة ،

(1) بخلاف إجراءات التقاضي في الدولة الإسلامية ، حيث كانت لا تستغرق أكثر من يوم واحد ، بل جلسة واحدة ، إذ يتوجه الخصوم إلى الرسول (ص) أو إلى قاضي المسلمين ، يعرضون عليه خصومتهم فيسمع أنوالهم فيرتكبون حكمه ، غير القابل للطعن ، ويقوم المحكوم عليه بتنفيذ طوعا ودون حاجة إلى إجبار.

سواء بنفسه أو بناء على طلب المحكمة ، بالادلاء بما لديه من معلومات عن الجريمة أو بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع تطع محلا للاثبات، ويدعى بالشاهد.

وبالنظر لتشعب المعاشر الانسانية وصعوبة المام القاضي بها فيجوز له أن يستعين بالخبير بالنسبة لاي فرع من فروع المعرفة التي لا يفترض فيه العلم.

فكل من هؤلاء المشرع والقاضي والمحامي والخصوم والشهود والخبراء قد ساهم مساهمة فعالة بقصد أو بدونه ، في جعل اجراءات التقاضي بطيئة ومكلفة.

ومن هنا تأتي أهمية هذا البحث وسبب اختيار هذا المحور بالذات لتشخيص معوقات حسم الدعاوى، ومحاولة ايجاد الحلول أو السبل الكفيلة بمعالجتها وذلك في الفصول التالية :

الفصل الأول : دور المشرع

الفصل الثاني : دور القاضي

الفصل الثالث : دور اطراف العملية القضائية

«الفصل الأول»

دور المشرع

● تنص الدساتير العربية على ان دين الدولة الرسمي الاسلام (1). وبما ان الاسلام عقيدة وشريعة فان ذلك يعني ان الشريعة الاسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع.

1) المادة الرابعة من الدستور العراقي الصادر سنة 1970 وإمادة الثانية من الدستور المصري سنة 1971. [

ومما يتميز به التشريع في هذا العصر التيسير ، قال تعالى وهو أصدق القائلين «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» وقال تعالى «ما جعل الله عليكم في الدين من حرج» وفي الحالات التي يكون فيها حكم العزيمة شافعا شرعت الرخصة ، فالضرورات تبيح المحظورات ، وابيح ترك الفرض والواجب اذا كان في أدائهما حرج . كما راعى التشريع في هذا العهد مصالح الناس ، وان الاحكام تدور وجودا وعد ما مع عللها.

ولكن نتيجة لسيطرة فكر الغالب على المغلوب ، فقد سادت التشريعات العربية موجة التأثر بالفكر الغربي وطمس الكلوز الاسلامية الارائعة في هذا المجال ، حتى ان معظم أساتذة القانون في الكليات المتخصصة بتدريس القانون يجهلون احكام الشريعة الاسلامية ، ولا يعرفون منها الا ما استطاعوا ترجمته من كتب الغرب.

وتمشيا مع فلسفة الديمقراطية الحديثة وتأثرها بأفكار المذاهب الفردية في الغرب فان اجراءات التقاضي قد أحبطت بشكليات كثيرة ومعقدة الهدف منها حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، وقد تأثرت التشريعات العربية بمثل هذه الاجراءات . واذا كانت هذه الشكليات والاجراءات المطلوبة لا تشكل في المجتمعات المستوردة منها عائقا كبيرا في سبيل تحقيق العدالة نتيجة لزيادة الوعي لدى المواطنين واستيعابهم للنصوص القانونية التي تشير الى حقوقهم والتزاماتهم وتوافق الأجهزة القادره على ايصال التبليغات (الاعلانات) القضائية بسرعة ، الا أنها في المجتمعات النامية وما فيها من تخلف في الاجهزه الادارية والقضائية قد تكون بمثابة العقبات أو المعوقات التي تؤدي الى ضياع الكثير من الحقوق او التأخر في استيفائها ، وهذا ما يؤدي الى عزوف الكثير من الافراد عن الاتجاه الى المحاكم للمطالبة بحقوقهم.

ولمواجهة هذه الاجراءات يتبعن على المشرع العمل على تبسيط اجراءات التقاضي وتقليل طرق الطعن في الاحكام واتخاذ الاجراءات الامری

التي تساعده على إزالة العوائق المضدية إلى البطل القضائي والأسباب التي تحول دون تصفية القضايا في أوقات ملائمة.

وهذا ما سنبحثه في الفروع التالية :

الفرع الأول : تبسيط إجراءات التقاضي

الفرع الثاني : تقليص طرق الطعن في الأحكام

الفرع الأول

تبسيط إجراءات التقاضي (1)

حيث أن القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية ، التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها (2). لذا يجب أن يكون القانون أكثر دقة وشمولاً ومرنة ، بحيث يكون مضمونه واضحاً لكل مواطن بعيداً عن التعقيد والجمود ، ضاماً لتحقيق عدالة سريعة وناجزة ، وقليلة الكلفة ، مستوفية للضمانات ، وبالتالي تقع على المشرع مهمة تنقية وتطوير القوانين لكي تحقق للمواطنين عدالة أسرع، وبإجراءات مبسطة ، وفي هذا الصدد نوصي بما يلي :

أولاً : تبسيط إجراءات رفع الدعوى :

هناك بعض الدعاوى البسيطة وبمبالغ زهيدة ، وهي تشكل معظم الدعاوى التي تخص الطبقة الفقيرة الذين لا علم لهم بكيفية كتابة عريضة

(1) راجع في ذلك : الاستاذ ضياء شيت خطاب ، تبسيط إجراءات التقاضي ، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل العراقية في العدددين (1 و 2) 1975 من 355 وما بعدها.

(2) د. سمير عبد السيد تناهى : النظرية العامة للقانون ، الاستثنائية ، 1986 ص 7 ونفس المعنى : د. حسن كيرو ، المدخل الى القانون ، الاسكندرية 1974 ص 19

(طلب) الدعوى وشروطها القانونية فنرى انه من الأفضل أن يكون رفع أمثال هذه الدعاوى أمام القضاء شفافاً وذلك في الدعاوى الصلحية التي لا تزيد مبالغها على مائة دينار ، وكذلك بعض الدعاوى الشرعية كدعوى النفقه وذلك تبسيطاً لإجراءات التقاضي وتقليلاً لنفقات الدعوى.

ولهذا نقترح تعديل نص الفقرة (1) من المادة (44) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وهو «كل دعوى يجب أن تقام بعريضة» بحيث يجوز اقامة الدعاوى سالفة الذكر شفافاً.

وقد أحاز المشرع ذلك في الدعاوى الجزائية (المغانية) ، اذ تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية أو تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق أو المحقق أو أي مسؤول في مركز الشرطة (1).

ثانياً : جواز تغيير موضوع الدعوى :

نصت الفقرة (2) من المادة (59) من قانون المرافعات المدنية سالف الذكر على ان : «للطرفين تنقيص أو تعديل دعواهما في التوائح المتبادلة أو بالجلسة بشرط لا يغير من موضوع الدعوى» (2).

يفهم من هذا النص بان نطاق الدعوى يتحدد بالعرىضة أو الطلب الذي يقدمه المدعي الى المحكمة وبالتالي ليس له أن يغير من موضوع الدعوى أو ان يضيف اليها طلبات أخرى لا تتصل بها ، ويصبح كما يقول الفقيه Morel سجين طلبه (3).

1) الفقرة 1 من المادة (1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971.

2) ولكن المشرع في المادة (21) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 قرر بان لا يكون لهذا الترك تأثير على الدعوة الجزائية إلا في إحوال التي ينص عليها 3) Morel في المرافعات المدنية ص 288 - نقالا عن إلستاذ ضياء القانون.

شيت خطاب ، المرجع السابق ص. 360.

وحيث ان هذه القيود والشكليات تؤدي الى تعقيد اجراءات التقاضي واطالتها دون ضرورة ، لأن ذلك يؤدي الى رفع دعوى جديدة ، مما يزيد العبء على كاهل المحاكم والعبء على المتقاضين بدفع رسوم وأجور محاماة جديدة. لهذا يكون من الأفضل تعديل هذا النص القانوني الى جواز تغيير موضوع الدعوى ضمن الحق الشخصي أو العيني أي بشرط أن لا يؤدي ذلك الى تغيير موضوع الدعوى في حق شخصي الى حق عيني أو بالعكس ، وفيما عدا ذلك يجوز تغيير موضوع الدعوى ضمن هذا الحق.

ثالثا : في حالة عدم حضور الطرفين جلسات المحاكمة :

نصت المادة (1/54) من قانون المرافعات المدنية على ان «ترك الدعوى للمراجعة اذا اتفق الطرفان على ذلك او اذا لم يحضررا رغم تبليغهما بالحضور أمام المحكمة في اليوم المعين لنظر الدعوى دون عذر مشروع ، يفهم منه عدم اكتراث الخصوم بالمواعيد المحددة لحضورهم وبالتالي عدم احترام لسوح القضاء ، الامر الذي يؤدي الى اطالة اجراءات التقاضي ، اذ ان حق الالتجاء الى القضاء حق كفله القانون نظراً للامدافت الاجتماعية والاقتصادية المبتغاة منه ، وعليه فاذا استخدم هذا الحق بطريقة تناهى به عن هذا الهدف ، سواء تم ذلك بسوء نية او اهمال جسيم اعتبر صاحبه متعسفاً في استعماله وتحمل كل ما يتربت على هذا التعسف من آثار قانونية (1).

كما ان توجيه اجراءات التقاضي لغرض غير مشروع وان يسيء الفرد حقه في الالتجاء للقضاء فيستخدم هذا الحق بقصد التشهير بخصمه والكيد

1) د. ايم وهيب (النداوي) - شرح قانون الأثبات ، ط 2 - 986 ص 65
- د. فؤاد العطار - كتابة حق التقاضي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية من 621
ع 1 س 1 القاهرة ص 621 وما بعدها.

له أو يقصد تكبده تكاليف مادية ومعنوية فهو لا يقره القانون ولا تبيحه النصوص الواجب اعمالها واحترامها (1).

ولما تقدم ولمواجهة الخصم المهمل الذي لا يتبع دعوه رغم تبليغه بتاريخ وموعد الجلسة نقترح تعديل هذا النص القانوني وأخذ بعكس هذه الحالة ، وهي انه اذا تخلف الطرفان عن الحضور أمام المحكمة في اليوم المعين لنظر الدعوى دون عذر مشروع ، فعلى المحكمة أن تقضي ببطلان عريضة الدعوى ويجوز للطرفين او أحدهما مراجعة المحكمة لتعيين يوم جديد للمرافعة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار بطل العريضة. وهذا الاقتراح يؤدي الى التزام الخصوم بالحضور أمام المحكمة في اليوم المعين للمرافعة بهذا النظر أخذ المشرع المصري (2).

رابعا : توحيد اجراءات القضاء المستعجل والقضاء الولائي :

عرفت المادة (1/141) من قانون المرافعات المدنية العراقية القضايا المستعجل بقولها « 1 - تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ». وعرفت المادة (151) القضايا الولائي أو الاوامر على العرائض بأنه «من له حق في الاستحصال على أمر من المحكمة للقيام بتصريف معين بموجب القانون ان يطلب من المحكمة المختصة اصدار هذا الامر في حالة الاستعجال بعريضة يقدمها الى القاضي المختص وتقدم هذه العريضة من نسختين مشتملة على وقائع الطلب واسانيده ويرفق بها ما يعززها من المستندات ». وقضت المادة 152 بان «يصدر القاضي أمره كتابة بالقبول أو الرفض على احدى نسختي العريضة في اليوم التالي لتقديمها على الاكثر، ويعطي الطالب صورة رسمية من الامر بذيل النسخة الثانية من العريضة ويحفظ الاصل في قلم كتاب

1) الاستاذ صلاح الدين عبد الوهاب - الدعوة الكيدية - مجل⁴ المحاماة بمصرية العدد السادس س 34 ، 1954 ص 907.

2) المادة (82) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 12 سنة 1962

المحكمة ، ويبلغ من صدور الامر ضده صورة منه» وقد نصت المادة (1/216) على أن يجوز الطعن في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل بطريق التمييز ، أما الأوامر الصادرة عن عريضة أحد الخصوم فلا يقبل الطعن فيها تمييزا بل يجب انتظام فيها أمام نفس المحكمة التي أصدرتها وعند صدور القرار بتأييد الامر أو الغائه أو تعديله فيكون هذا القرار قابلا للطعن به تمييزا (م 153/3) ولهذا كثيرا ما اختلط الامر على بعض المحاكم والمحامين، فقد يحدث ان يقدم الخصم تظلما على القضاء المستعجل ، بينما هو غير قابل للتظلم، أو قد يعطى الخصم بالامر الولائي ، تمييزا، بينما كان الواجب عليه التظلم منه أمام نفس المحكمة التي أصدرت الامر وعند صدور القرار بتأييد الامر أو الغائه ، أو تعديله ، فيكون هذا القرار قابلا للطعن به تمييزا . ولهذا نقترح توحيد الاجراءات في القضاء المستعجل والقضاء الولائي ، بحيث ينص فيه اما على الغاء التظلم على القرار الولائي والطعن به تمييزا ، أو تعميم هذا التظلم على القضاء الولائي والمستعجل قبل الطعن فيما عن طريق التمييز.

الفرع الثاني

تفصيص طرق الطعن في الأحكام

قد تكون اجراءات الطعن في الأحكام القضائية مجالا لاسوء الاستعمال والخروج عن المألوف الواجب مراعاته ، فطرق الطعن في الأحكام لا يجوز الالتجاء إليها الا بقصد الوصول إلى حق مشروع أو حماية قانونية لحق متنازع عليه، أما ان يسرخ الطاعن (طعنه) مثلا بغية اطالة أمد النزاع وتعويق تنفيذ الحكم الصادر باصلاح المستأنف ضده فهو الامر الذي لا يقره القانون (1) وتأبه العدالة.

1) الاستاذ صلاح الدين عيد الوهاب ، المرجع السابق ص 917

وقضى بأنه يجوز الحكم للمستئنف عليه بالتعويض ، اذا لم يكن الغرض من الاستئناف (الطعن) سوى تعطيل الاجراءات . (1).

حدد المشرع العراقي في المادة (168) من قانون المرافعات طرق الطعن في الاحكام وهي :

1 - الاعتراض على الحكم الغيابي 2 - الاستئناف 3 - اعادة المحاكمة 4 - التمييز 5 - تصحيح القرار التمييزي 6 - اعتراض الغير . والطعن في الحكم هو الرخصة المقررة لاطراف الداعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها ، والمطالبة - لدى القضاء المختص - بالغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه (2).

والحكمة من اباحة الطعن في الاحكام هي منح ضمان لمن حكم عليه ضد خطا القاضي ، باجازة عرض الامر على القضاء من جديد قبل ان يصبح الحكم حجة بما ورد فيه وعنوانا عند الكافية على الحقيقة المطلقة (3).

ويرى الاستاذ ضياء شيت خطاب رئيس محكمة تمييز العراق السابق ، ان الطعن في الاحكام وان كان قد وجد لاصلاح الخطأ في الحكم الا ان كثرة هذه الطعون تؤدي الى اطالة أمد النزاع ، وقد يستخدمها الخصم المماطل في سبيل كسب الوقت والكيد لخصمه ، ومنعه من الوصول الى حقه ، كما انه يرهن الطرفين بمصاريف زائدة ، ولهذا اقترح الغاء طريق الطعن بالاستئناف وتصحيح القرار التمييزي (4). وسنوضح ذلك مع التوصيات التالية :

1) حكم المحكمة الاستئنافية المختلطة في مصر بتاريخ 1933/11/31 الجدول العشري الثاني للمحاماة مرافعات نبذة (1648) مشار اليه في المرجع السابق ص 917

2) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الاجراءات الجنائية ، القاهرة ، 1982 ، ص 984

3) د. رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري ، القاهرة ، 1978 ، ص 685.

4) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المراجع السابق ص 366 وما بعدها.

أولاً : الغاء طريق الطعن لدى محكمة الاستئناف للأحكام البدائية القابلة للاستئناف :

نصت المادة (185) من قانون المرافعات المدنية على انه «يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في أحكام محاكم البداية الصادرة بدرجة أولى في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها ألف دينار والأحكام الصادرة منها في قضايا الانفاس وتصفية الشركات».

وبالنظر إلى جواز الطعن في هذه الأحكام أمام محكمة التمييز فلا نرىمبررا لاستئنافها لدى محكمة الاستئناف ، ذلك لأن الداعي قد عرضت أمام محكمة البداية واستوفت إجراءاتها القانونية واستغرقت شهورا عديدة ، فما الفائدة من عرضها مجددا أمام محكمة الاستئناف ما دامت الكلمة النهائية هي لمحكمة التمييز ، وإذا كان الحكم البدائي مخالف للقانون فللخصم أن يطعن به أمام محكمة التمييز (النقض).

ثانياً : الغاء طريق الطعن بتصحيح القرار التمييزي :

أشارت المواد من (219-223) من قانون المرافعات إلى طريق الطعن بتصحيح القرار التمييزي ، وهو طريق استثنائي من طرق الطعن لا وجود له في التشريع المقارن (1) ، ويؤدي إلى اطالة إجراءات التقاضي ولا فائدة منه ، وهو من مخلفات العهد العثماني.

لهذا نقترح الغاء هذا الطريق من طرق الطعن . وقد أخذ المشرع العراقي بهذا النظر في بعض التشريعات ، فالغلي هذا الطعن في قانون الخدمة والتقاعد العسكري رقم (1) لسنة 1975 وقانون تنظيم إيجار العقار رقم 17 لسنة 1973 . وقانون إيجار العقد الجديد رقم 87 لسنة 1979

(1) ومنها التشريع المصري الذي قصر طرق الطعن على ثلاثة طرق (الاستئناف والتامس إعادة النظر والنقض انظر المواد من (211 - 273) من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968.

ثالثاً : تشجيع اللجوء إلى التحكيم (١)

يعترف التنظيم القانوني بأمكان تحقيق المصالح المعتدي عليها وبالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة بوسائل أخرى غير الاتجاء إلى قضاء الدولة ، ومن هذه الوسائل التحكيم ، فالتحكيم يمثل أهم وسيلة بقتضاهما يستغلي الأطراف عن قضاء الدولة. فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم ، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم ، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة (٢).

والاعتبارات العملية التي قد تدعو الأطراف إلى الاتجاء إلى التحكيم اعتبارات مختلفة. فقد تكون الرغبة في عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ، أو علىأشخاص محل ثقة ، وقد تكون الرغبة في تجنب بطء القضاء ونفقاته الوصول إلى حل النزاع بطريقة أكثر سرعة وأقل نفقات ، وقد يكون اعتبار خاص يدفع الأطراف إلى الرغبة في عدم التعرض

ويرى البعض أنه بسبب توسيع القطاع العام وتعدد المؤسسات الاقتصادية والفنية ظهرت خلافات كثيرة بين مشاريع الدولة ذاتها ، خلافات تستلزم تطبيق قواعد قانونية ذات صفة تكنيكية أكثر من تطبيق قواعد قانونية تستند إلى اعتبارات العدالة بصورة عامة ، لذا يجري اللجوء في الدول الاشتراكية ، وفي الدول التي توسع فيها القطاع العام ، إلى التحكيم الذي يساعد على حسم القضايا بسرعة تتطلبها طبيعة المجتمع الحديث. (٣).

١) انظر أحكام التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي (المواد من 251 - 276) وفي قانون المرافعات المصري (المواد من 501 - 513).

٢) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ط ٣ القاهرة ٩٨١ ص ٥٥ وما بعدهما

٣) د. صفاء الحافظ ، آراء في اصلاح الأجهزة القضائية في العراق ، مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في العراق (بغداد) ع ١ و ٢ ، سنة ١٩٧٢ ص ٤١

وحيث أن اللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى تقليص عدد الدعاوى لدى المحاكم وحل النزاع بطريقة أسرع وبنفقات أقل ، وكذلك تقليص طرق الطعن في الأحكام فنوصي بتشجيع اللجوء إلى التحكيم وتيسير اجراءاته.

وتطبيقاً لهذه التوصية نقترح تعديل نص الفقرة (1) من المادة (272) من قانون المرافعات العراقي (1) الذي أوجب تصديق قرار المحكمين من قبل المحكمة المختصة ، هذا النص جعل قرار المحكمة يعرض أمام القضاء ، وقد يعاد النظر في النزاع مرة أخرى ، مما يؤخر الفصل في تلك الخصومة.

ويرى من الأفضل الأخذ بخلاف ذلك وهو أن قرار المحكمين ينفذ لدى دوائر التنفيذ ما لم يطعن به أحد الطرفين ويطلب بطلازه لأحد الأسباب القانونية ، وبالتالي لا لزوم لتصديق المحكمة على قرار المحكمين.

وهذا ما أخذت به بعض التشريعات العربية ومنها التشريع السوداني الصادر سنة 1972 وقانون المرافعات المصري الصادر سنة 1968 ، وليس من شك أن ذلك سيؤدي إلى احترام قرارات المحكمين وسرعة الفصل في النزاع . (2).

1) وهذا نصها : «لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء أو إتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع ببناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة»

2) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المراجع السابق ، ص 368 .

الشرع الثالث

مقررات أخرى على التشريع

أولاً : اخراج المخالفات من قانون العقوبات (1).

للحظ بعد الحرب العالمية الثانية فشو النزعة إلى تجريم افعال وامتناعات كان يكفي فيها من قبل بجرائم غير عقابية ، أو بجرائم المخالفات ، مما أدى إلى تضخم قانون العقوبات وارهاق الجهات القضائية وأغرق السجون وعجزها عن تحقيق رسالتها . ومن هذه الجرائم ما لا يدل على نزعة اجرامية ، كبعض الجرائم الاقتصادية . مثلاً الشخص الذي يضطر لشراء سلعة بأزيد من الثمن المقرر أو المسافر الذي يحمل نقداً أجنبياً غير مصرح بحمله ليستعين به على سد نفقاته في الخارج ، وهكذا.

وقد دعا ذلك إلى اهتمام المشرعية بالبحث عن وسائل لكافحة هذا التضخم فأخذت بعض التشريعات بنظام الازدواج ، بحيث يقتصر قانون العقوبات على الجنایات والجناح واستبعدت المخالفات من عداد الجرائم حيث افردت لها جرائم ادارية . ومن التشريعات التي أخذت بهذا الازدواج تشريعات ألمانيا الغربية ويوغوسلافيا (2).

وحيث أن هذا النظام يؤدي إلى تبسيط الاجراءات القضائية وتقليل عدد الدعوى ولغرض تخفيف العبء عن المحاكم في جرائم قليلة الضرر أو

1) انظر في ذلك الدكتور محمود محمود مصطفى «شرح قانون العقوبات - القسم العام» ، الطبعة 9 سنة 1974 ص 31 وما بعدها . د. محمود محمود مصطفى نموذج لقانون العقوبات الطبعة الأولى القاهرة ، 1976 ، ص 12 وما بعدها

2) المرجع السابق ص 31 وبهذا النظام أخذ الشرع الكويتي في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 ، (م/2) الذي قسم الجرائم إلى جنایات وجناح ، أما المخالفات فقد أخرجها من نطاقه وأشارت المذكرة التفسيرية إلى أنه سيصدر بها قانون خاص .

الخطر ، فنوصي باخراج المخالفات من قانون العقوبات لا سيما وان المخالفات هي أكثر الجرائم تعرضا للتعديل وادماجها في قانون العقوبات لا يوفر له القدر اللازم من الاستقرار ، ثم انها لا تخضع لبعض الاحكام العامة في التجريم والعقاب والاجراءات ، فلا يعاقب على الشروع فيها أو الاتفاق الجنائي عليها ، ولا يوقف تنفيذ العقوبة الصادرة فيها ، ولا تشدد عقوبتها في حالة العود (1).

ثانياً : انشاء مجالس للصلح :

ان الصلح سيد الاحكام وهو الذي ينهي الكثير من القضايا المعروضة على المحاكم وتصفيتها ويخفف الضغط على القضاة ، ويؤدي أيضا إلى إزالة الحقد والضيق بين الأفراد والخصوم والتخلص عن العنف وطلب الأخذ بالثار.

ولهذا نقترح انشاء مجالس للصلح يعرض عليها النزاع للتوفيق بين الخصوم في الدعاوى التي يجوز الصلح فيها ويكون للمحكمة صلاحية عرض الصلح في أول جلسة لها ، على المتقاضين أو إيداع الخلاف على التحكيم (2).

وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع المصري في المادة (64) من قانون المرافعات المدنية والتجارية (3).

أما المشرع العراقي فقد أجاز قبول الصلح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة اذا طلبه المجنى عليه او من يقوم مقامه قانونا في الدعاوى التي

1) د. محمود محمود مصطفى «شرح قانون العقوبات - القسم العام» المرجع السابق ص 32

2) انظر في ذلك : د. صفاء الحافظ ، المرجع السابق ص 35

3) وهذا نصها «يكون حضور الخصوم في الدعاوى الجزائية التي ترفع إبتداء في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعاوى أمام مجلس صلح يتولى التوفيق بين الخصوم وذلك فيما عدا الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستجدة ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الاداء».

يُثُوق تحرِيكها على شکوی المجنى عليه (١) . وإذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس مدة سنة فلا يقبل الصلح دون موافقة القاضي أو المحكمة (٢) . وإذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على سنة فلا يقبل الصلح الا بموافقة القاضي أو المحكمة (٣) . ويقبل الصلح بموافقة القاضي أو المحكمة في جرائم التهديد والايذاء واتلاف الاموال أو تخريبها ولو كان معاقباً عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة (٤) .

ويرى البعض انه يمكن تخفييف العبء القضائي بوسائل شتى ، منها التوسيع في تطبيق نظام وقف التنفيذ ، والتتوسيع في الالتجاء الى جهات غير قضائية لمحاكمة المتهمين في جرائم بسيطة ، كمحاكم الزملاء في الدول الاشتراكية ، ومجالس الهيئات الدينية كما يصح التوسيع في نظام العفو القضائي لا على أساس شخصي فقط ، وإنما كذلك على أساس موضوعي هو ان الفعل لا ينم عن خطورة او ان خطورته قليلة لا تستنهال العقاب (٥) .

ثالثاً : التظلم الاداري قبل الطعن القضائي (٦) .

قد يلجأ الشخص المتضرر من قرار الادارة اما الى التظلم الاداري او الى الطعن القضائي ، والتظلم الاداري قد يكون ولائياً او رئاسياً ، ويقصد بالتأليم الولائي أن ينتقم الموظف او ذو المصلحة الى من أصدر القرار المخالف للقانون طالباً منه ان يعيد النظر في قراره اما بسحبه أو بالغائه أو

(١) انظر المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١

(٢) إملادة (١٩٥ - ١) من القانون السابق الاشارة اليه

(٣) المادة (١٩٥ - ب) من القانون ذاته

(٤) المادة (١٩٥ - ج) من القانون ذاته

(٥) د. محمود محمود مصطفى ، نموذج لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص ١٣

(٦) انظر في تفصيل ذلك : الدكتور علي جمعة محارب ، التأديب الاداري في الوظيفة العامة ، دراسة ، مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس. القاهرة ، ١٩٨٦ ص ٩٨٦

- د. علي جمعة محارب ، التظلم الاداري والطعن القضائي ، مقالة منشورة في جريدة العراق بتاريخ ٢٥/٧/١٩٨٧

بتتعديله أو باستبدال غيره به وذلك بعد أن يوضح له وجه الخطأ الذي ارتكبه. أما التظلم الرئاسي يعني أن يتظلم المضرور إلى رئيس مصدر القرار، فيتولى هذا الرئيس، بناء على سلطاته الرئاسية، سحب القرار أو الغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون. وقد يتولى الرئيس من تلقاء نفسه هذه السلطة دون تظلم.

اما الطعن القضائي : هو أن يلجاً ذو المصلحة في الطعن ، اذا لم تسعفه الادارة عن طريق التظلم الاداري ، الى القضاة طالبا الغاء القرار الاداري غير المشروع.

ولغرض تقليص عدد الدعاوى المطروحة على القضاة ، خاصة الدعاوى التي تقام على الحكومة سواء في محاكم البداية أو مجلس الانضباط العام ، وتخفيف العبء عن كاهل المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ندعو المشرع إلى النص بوجوب سلوك طريق التظلم الاداري أولاً أمام الرئيس الاداري ، مصدر القرار ، أو أمام رئيس مصدر القرار ، وإذا رأت الادارة ان صاحب العلاقة على حق وان القرار معيب أو غير مشروع ، ستحبّت هذا القرار خلال مدة معينة وبالتالي تنتهي المنازعة الادارية في مراحلها الأولى ، وتنتهي الحاجة إلى اللجوء إلى الطعن القضائي ، أما إذا رفضت الادارة التظلم الاداري ولم تتبّت فيه خلال المدة المحددة للطعن ، فيجوز للمتهم في هذه الحالة اللجوء إلى الطعن القضائي.

الفصل الثاني

دور القاضي (1)

• القاضي هو الشخص الذي أنابت به الدولة مهمة تطبيق القانون الموضوعي والإجرائي في الدعاوى التي ت تعرض عليه بعد أن نال تأهيلًا قانونياً كافياً في هذا الصدد.

1) إن ما يكتب بشأن القاضي ينسحب على عضو الادعاء العام، ل لهذا لم نفرد له فصلاً خاصاً

والعمل القضائي ذو هدف اجتماعي وانساني ، اذ يتولى القاضي اقامة العدل بين الخصوم في الدعوى بتقرير حكم القانون فيما يرفع اليه من منازعات ، وهو الذي يقرر حقوق المواطن ، اذا انكرها الغير او اعتدى عليها ، ويحكم بالعقوبة المقررة قانونا على المدان اذا ارتكب جريمة ، وان العمل القضائي لا يقوم على معرفة القانون فحسب بل هو أعمق وأشمل من ذلك ، انه اعطاء حل عادل لمشكلة انسانية وقد أثبتت التجارب القضائية أن القانون لا يتضمن كل حق ، فالعدالة الحقة هي التي تؤدي الى انتصار الحق بواسطة القانون ، وليس الى خسارة الحق باسم القانون ⁽¹⁾.

ويقينا ان العمل القضائي قد وجد مع وجود أول تشريع عرفته البشرية طالما ان هدف التشريع تنظيم الحياة الاجتماعية وحمايتها ، فلابد من وجود سلطة للفصل فيما يقع من تجاوزات أو منازعات حول تطبيق هذا التشريع.

ومنذ فجر الدولة الاسلامية فقد عرف منصب القضاء ولقد اولى النبي الكريم ومن بعده خلفاؤه وفقهاء الشريعة الاسلامية ، القضاء العادل واختيار القاضي الكفء عنابة تلائم ما يتبعه هذا المرفق الحيوي الهام من مرافق الدولة لأن القضاء بالحق من أقوى التراصض بعد اليمان بالله ⁽²⁾.

كان الرسول عليه الصلاة والسلام أول قاضي في الاسلام ، فكان يفصل بين المسلمين في جميع نوازلهم ويقيم الحدود على المذنبين بمقتضى القرآن الكريم والوحى والاجتهاد والالهام الرباني ⁽³⁾ ، قال تعالى وهو أصدق القائلين «فاحكم بينهم بما أنزل الله» ⁽⁴⁾ وقال جل شأنه : «فلا وربك

¹) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، المنظم⁴ العربية للتربية والثقافة والعلوم ، مهد البحث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 ، ص 5

²) د. ادم وهيب النداوى ، شرح قانون إثبات ، ط 2 بغداد 1986 من 7

³) المستشار انور العمروسي ، التشريع والقضاء في الاسلام ، الاسكندرية 1984 ص 80

⁴) سورة المائدة الآية 48

لَا يَؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُنَّ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حِرْجاً
مَا قَضَيْتُ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيْمًا (1)

وقد أمر الله في كتابه الكريم بالعدالة القضائية في آيات كثيرة منها
(وَاذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ اُنْ تَحْكُمُوْ بِالْعَدْلِ) (2) وفي آية ثانية (وَإِنْ حَكَمْتُ
فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ اِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (3).

وقال الرسول (ص) القضاة ثلاثة : قاضي في الجنة ، وقاضيان في النار ، فاما الذي في الجنة ، فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف
الحق وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في
النار (4).

وقال عليه الصلاة والسلام أيضا اذا اجتهد الحاكم فاصاب فله
اجران وان اجتهد واخطأ فله اجر واحد وقال أيضا (ان الله مع القاضي
ما لم يجر ، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان).

وهذه الآيات الشريفة والأحاديث النبوية ترسم لنا صورة صادقة لما
يحب أن يكون عليه القاضي ، ذلك لأن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد
الإيمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات ، والعدل هو ا يصل كل ذي
حق حقه ، وقد قرر الاسلام ان يكون العدل أساس الحكم بين الناس جميعا ،
وان يبنى عليه المشرع تشريعه وبيني عليه القاضي قضاه ، اذ لا يامن
الناس على أرواحهم وأموالهم الا بالعدل (5).

1) سورة المائدۃ الآیة (48)

2) سورة النساء الآیة (65)

3) سورة النساء الآیة (58)

4) سورة المائدۃ الآیة (42)

5) تيسير الوصول للشیعاني ج 4 ص 52، أدب القاضي الماوردي ج 1 ص 18 تحقيق د.
محی هلال السرحان (مشار اليهما لدى الاستاذ ضياء شيت خطاب، المراجع السابق ص 14

وكان طريق القضاء سهلاً وبسيطاً ، يتناسب والبداية التي كانت سمات ذلك العصر ، فلا كتبة ولا محضرون ولا اعلانات (تبلیغات) ، ولا مذكرات ، لا دفع ، ولا معارضات ، ولا استئذافات ، بل كان الخصوم يتوجهون الى الرسول عليه الصلوة والسلام يعرضون عليه خصوصتهم فيسمع أقوالهم فيرتضون حكمه ، ويقوم المحكوم عليه بتنفيذ ذوايا دون حاجة الى اجبار ، وكان صلى الله عليه وسلم شديد الميل الى اصلاح ذات البين فقد كان (ص) يقول (ردوا الخصوم كي يصلوا طلاقوا) ، وهو منهج جليل أخذت به أغلب القوانين العصرية ⁽¹⁾.

ولما توفي الرسول عليه الصلوة والسلام ، وابتدأ عهد الصحابة بخلافة أبي بكر الصديق ، كانت سلطة القضاء يتولاها الخليفة بنفسه ، لأن الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في الدعوة إلى الدين والمحافظة عليه وسياسة أمور الناس به ، ومن مقتضيات أمور الخلافة أن تكون له سلطة القضاء لأن له ان يتولى كل ما يقتضيه تدبير شؤون المسلمين من تشريع وقضاء وتنفيذ ⁽²⁾.

ونظراً لانشغال الخليفة عمر بن الخطاب (رض) بتفرغه للسياسة العامة ، والحروب التي قامت بين الدول الإسلامية والدولتين الفارسية والرومانية ، والتي انتجت اتساع نطاق الإسلام فقد عمد إلى تعيين قضاة متخصصين بالفصل في الخصومات وفض المنازعات ⁽³⁾.

وقد ازدهر القضاء الإسلامي ، شأنه في ذلك شأنسائر العلوم والفنون ، في مختلف العصور الإسلامية ، وارسى أسلافنا قواعد في مقاييس العدل وتقاليداً في تولية القضاء كانت هدى نبراساً لمن جاؤوا بعدهم. ⁽⁴⁾.

¹) شرح اللائحة الشرعية للأستاذين قمحة وعبيد الفتاح ص 28 (مثار اليه لدى المستشار انور العمروسي ، المراجع السابق ص 81).

²) د. عطية مصطفى مشرفة ، القضاء في الإسلام ط 2 1966 ص 76 وما بعدها.

³) المراجع السابق ص 94

⁴) المستشار انور العمروسي ، المراجع السابق ص 53

والقضاء مهنة مقدسة عند جميع الأمم المتدينة ، وقد كانت وظيفة القضاء ولاتزال – من اسمى الوظائف ذلك ان القاضي يعمل على تمكين سيادة القانون وتدعم السلام بين الناس بايصال الحقوق الى أربابها وتتوقيع العقاب على المجرمين الاثميين . (1).

ولأهمية وخطورة مرفق القضاء ، ولغرض زيادة فاعليته . وواجهة العوائق المفضية الى البطء القضائي فقد سعت الدول الى الاهتمام بحسن اختيار القضاة واعدادهم وتوفير الضمانات اللازمة التي تمكّنهم من أداء رسالتهم على أحسن ما يرام والعمل على تخصيص القضاة مع تهيئة الكوادر والاجهزة المساعدة لعمل القاضي وما يجب ان يقوم به القاضي ، وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية :

الفرع الاول : اختيار القضاة واعدادهم

الفرع الثاني : ضمانات القاضي

الفرع الثالث : التخصص القضائي

الفرع الرابع : الكوادر والاجهزة المساعدة لعمل القاضي

الفرع الخامس : ما يجب على القاضي القيام به

الفرع الاول

اختيار القضاة واعدادهم

ان ضمان قضاء عادل يتوقف على حسن اختيار من يقوم به ، وهذا الاختيار في الواقع مسألة تتصل في كل بلد بتقاليده الموروثة ، ونظامه

1) الاستاذ حافظ ساقيق ، نظرة عام^{هـ} في القضاء في الجمهورية العربية المتحدة وفي الشريعة الإسلامية بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية س 40 ع 1 ص 102 وما بعدها.

السياسي والاجتماعي (1).

وبالنسبة لتحقيق العدل و اختيار القاضي الكفء ، في بداية العصر الاسلامي يكفي أن نذكر رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الانشعري قاضي الكوفة حيث قال : (.. القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة .. أمن بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيف ولا يبأس ضعيف من عدلك ..) (2)

وكذلك رسالة الخليفة علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى الاشتراخنخي حول كيفية اختيار القاضي وما هي الشروط الواجب توافرها فيمن يجلس للقضاء فقال : (.. ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك بما لا تضيق به الامور ولا تكتئ الخصوم ، ولا يتتمادي في الزلة ولا يحصر من الفيء إلى الحق متى عرفه ، ولا تشرف نفسه على طمع ولا يكتفي بادنىفهم دون اقتداء ، وأوقفهم بالشبهات وأخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرما بمراجعة الخصوم ، واصبرهم على كشف الامور ، وأحرمهم عند اتضاح الحكم من لا يزدريه اطراء ولا يستميله اغراء ..) (3).

ان هاتين الرسالتين قد تضمنتا المبادئ الاساسية في القضاء وصفات القاضي وكيفية اختياره وطرق التقاضي وهم يصلاحان دستورا للقضاء في كل عهد وزمن ويقوم على أساسها أو بحسب ان يقوم على أساسها كل تشريع حيث (4).

1) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 193

2) انظر في نص هذه الرسالة كاملة وشرح واف لها في كتاب اعلام المؤقعين لابن القيم الجوزية ، ج 1 ص 91 وما بعدها . (مشار إليه لدى الاستاذ ضياء شيت خطاب المرجع السابق ص 16).

3) نقل عن شرح محمد عده لكتاب نهج البلاغة للإمام علي بن أبي طالب ، بيروت ، دون ذكر رقم الطبعة والسنة ج 3 ص 94 مشار إليه لدى الاستاذ ضياء شيت خطاب المرجع السابق ص 16

4) انظر الاستاذ حافظ السابق «نظرة عامة في القضاء» بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية سنة 40 العدد 1 ص 11.

ولغرض اختيار قضاة اكفاء واعدادهم اعداداً جيداً لممارسة العمل القضائي يتبعنا اتخاذ الاجراءات الكفيلة بتحقيق ذلك في مراحل ثلاثة :

1 - مرحلة الدراسة 2 - مرحلة التعيين 3 - مرحلة ما بعد التعيين

أولاً : مرحلة الدراسة :

ان مرحلة الدراسة في كلية الحقوق تمثل الركيزة الاولى والاساس القويم لاعداد القاضي لهذا يجب أن نولي هذه المرحلة العناية القامة في شروط قبول الطلبة وفي المناهج الدراسية والدروس التطبيقية والتدريب في المحاكم وفي الامتحانات المؤدية إلى تخرجهم من الكلية :

1 - شروط القبول في كليات الحقوق : نرى ان معدلات الطلبة في الدراسة الثانوية غير كافية لتأهيل الطالب لدخول كلية الحقوق، ومن حيث المعدل المطلوب نرى ان لا يقل معدل الطالب عن 80% في الثانوية العامة وان يعد للطالب الحائز على هذا المعدل اختباراً شفوياً لبعض المواد الدراسية ذات العلاقة بالقانون وبعض المعلومات العامة التي تدل على مدى ثقافة الطالب وتمكنه من استيعاب مواد الدراسة.

وبهذا الصدد فقد اعتمدت كلية صدام للحقوق في العراق على هذه القواعد اذ أنها تشترط فيمن يتقدم للقبول في الكلية ان يكون حاصلاً على معدل 80% على الأقل في الدراسة الثانوية ، ويتم اجراء اختباراً شفوياً وتحريرى لمعرفة مدى تأهيله للدراسة في هذه الكلية.

2 - المناهج الدراسية : ان القوانين ما هي الا انعكاس للاواعدا وللظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لبلد ما ، فلابد ان تستجيب هذه القوانين للتغيرات او التطورات التي تطرأ على هذه النواحي لهذا ينبغي تعديل المناهج الدراسية بين وقت وآخر بحيث تستوعب هذه التحولات ، وبالتالي يستطيع طالب المحقق مواكبة كل جديد.

3 - الدروس التطبيقية : يجب التأكيد على الجوانب العملية والواقعية واعطائها الأهمية الازمة على حساب الجوانب الافتراضية الصرف وتشجيع روح البحث والتحقيق والمناقشة المنطقية وتنمية الحرارة على طرح الافكار القانونية وحسن الدفاع عنها . (1).

ثانياً : مرحلة التعيين :

ان مرحلة تعيين القضاة هي من أهم وأدق المراحل السالفة ، لذا ينبغي وضع قواعد جديدة لانتقاء القضاة الجدد ، بما يتافق والتطورات الاشتراكية ، وتنضم على وجه التخصيص وجود تأهيل واختبار يكشف عن أهمية المرشح لاشغال هذه الوظيفة واستيعابه لطبيعة مرحلة التطور . (2).

والقضاء أهمية كبرى في حياة المجتمع وأفراده ، باعتباره مرتكزا أساسيا للعدالة ويسعى إلى تحقيقها دوماً . ولكي يؤدي القضاء هذه الرسالة السامية ، لابد من اعداد رسيل العدالة من هنا فرضت فكرة (المعهد القضائي) نفسها بل فرضها منطق العدالة ومتطلباتها . فبعد ان تسمية القضاة وأعضاء الادعاء العام تعتمد مبدأ التعيين أساسا لها ، ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد جديدة لانتقاءهم ، بما يؤمن تأهيлем والتثبت من اهلية لامتحانهم لاسغال هذه الوظيفة الخطيرة وأصبح تعيين القضاة وأعضاء الادعاء العام يتم من قبل خريجي المعهد القضائي الذي أنشيء بالقانون رقم 33 لسنة 1976 ومدة الدراسة فيه سنتان دراسيتان (3) . وحددت المادة السابعة منه الشروط الواجب توافرها في المتقدم للمعهد . أهمها أن تكون للمتقدم ممارسة فعلية بعد التخرج من كلية القانون (الحقوق) مدة لا تقل عن ثلاثة سنوات في

1) د. صفاء الحافظ ، المراجع السابق ص 49

2) المعهد القضائي ، وزارة العدل ، ٩٧٦ - ١٩٨٦ (٢) يفاد من ٧

3) نعتقد أن هذه المدة غير كافية لأن ينال الطالب العلم الكافي في المعهد والتدريب في المحاكم لذا نرى مدها إلى ثلاثة سنوات بحيث تخصص منها سنتان للدراسة النظرية في المعهد والسنة الثالثة للتدريب والتطبيق العملي في المحاكم . -

المحاماة ، أو في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر ومؤسسات الدولة الرسمية وشبه الرسمية.

كما اعتبر القانون الموظف الذي يقبل في المعهد مجازا دراسيا لمدة سنتين، لأنها اشترطت التفرغ لغرض الدراسة ، أما غير الموظف فتحدد علاقته بوزارة العدل بعقد خاص ، ويمنح مخصصات شهرية تعادل ما يستحقه من راتب ومخصصات فيما لو عين موظفا.

ولم يقتصر القبول في المعهد القضائي على العراقيين ، بل منح وزير العدل صلاحية قبول الطلبة العرب دون التقيد بشرط القبول التي اشتريتها في الطلبة العراقيين ، عدا شرط التخرج من كلية القانون.

وقد حصل تطور على مسيرة المعهد اذا صدر القانون رقم 16 لسنة 1988 بتعديل قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 اذا أجازت الفقرة (ثالثا) في المادة الرابعة من هذا التعديل تعيين المحامي قاضيا بمرسوم جمهوري اذا أمضى مدة ممارسة في مهنة المحاماة لا تقل عن عشر سنوات ولم يتجاوز عمره الخامسة والأربعين استثناء من شرط التخرج من المعهد القضائي . (1).

ثالثا : مرحلة ما بعد التعيين :

لفرض مواكبة القاضي للتغيرات القانونية وما يستجد من معلومات تتعلق باختصاصه يتبع تطوير المستوى القانوني والثقافي للقضاة عن طريق اعداد البحوث القانونية وحضور الدورات والدورات التي تقرر بهذا الشأن وربط نتاجهم وجهودهم بالترقية (2). وكذلك المتابعة الشخصية للقاضي وعضو الادعاء العام لما يصدر من احكام القضاء وخاصة

1) الوقائع العراقية عدد 3188 في 8/2/988

2) قانون اصلاح النظام القانوني سالف الاشاره ص 58

أحكام محكمة التمييز في العراق والنقض في مصر وما يكتبه شراح وفقهاه
القانون في مؤلفاتهم وفي المجلات القانونية داخل القطر وخارجها.

وحيث ان القاضي هو الذي يمسك الميزان بين الطرفين المتنازعين
فيحكم بينهما بالعدل طبقا لاحكام القانون ، فعليه أن يتسامى عند نظر
الدعوى ، متجردا من كل شائبة من شوائب الغرض أو الهوى ، وان يكون
ذا انسانية ، وهي احساس القاضي بحق غيره واحساسه بالمشاركة
الوجданية مع المواطنين ، يشعر بشعورهم ويتألم لألمهم ، يفرح لفرحهم
ويرحم ولا يقسو ويلين ولا يغفل ، ويحترم كل شخص مهما كان مرکزه ،
دون النظر الى جنسه أو لونه ، أو دينه أو نسبة أو حسبه ، لا فرق عنده
بين غني وفقير أو قوي وضعيف ، بل كلهم سواسية أمام القانون (1).

ان صفات القاضي التي يجب أن يتحلى بها كثيرة ، نذكر بعضها منها
على سبيل المثال (2).

- 1 - ان يكون مثقفا وعالما ، اذ يجب ان يتتفقه في القوانين ودارسا
للفقه والفلسفة والطب العدلي وعلم النفس ، وعلم الاجتماع ، والاقتصاد
والتاريخ والمنطق ، واداب البحث والمناظرة ولغة العربية ولغة أجنبية
واحدة على الاقل ، لأن العلم والدراسة والمعاناة والتدريب الشاق هي القادرة
على أن تصوغ شخص القاضي وعقله.
- 2 - ان يكون صادقا مع نفسه ، وصادقا مع الآخرين.

- 3 ان يكون شجاعا في ابداء واسع الصدر ، نزيها مستقيما ذا قدرة
على مقاومة اهوائه .
- 4 - أن يكون ذا شخصية ومن مستلزمات الشخصية أن يكون القاضي
أنبيقا في مظهره وملبسه .

1) الاستاذ ضياء شيت خطاب - فن القضاء ص 34

2) الرجع السابق ص 34



الفرع الثاني

ضمانات القاضي

لكي يقوم القاضي بمهمته يجب أن يكفل له الاستقلال في الرأي والوحيدة في أحکامه وهناك ضمانات أخرى للقاضي تكفل له استقلاله سنتناولها بالبحث تباعاً:

أولاً : مبدأ استقلال القضاء :

تحرص الدولة الحديثة على تأكيد مبدأ استقلال القضاء كأحد المبادئ الأساسية في الدستور ، فتنص المادة (63) من الدستور العراقي الصادر سنة 1970 على أن «القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون» (1).

وقد دعم هذا المبدأ في العراق السيد رئيس الجمهورية الرئيس صدام حسين في حديثه إلى وزير العدل بمناسبة أدائه اليمين الدستورية بتاريخ 19/1/1988 حيث قال «إن أي ضغط على قاضي مرفوض من أية جهة كانت وكذلك فإن ضغط القاضي على الشعب مرفوض وضغط الشعب على القاضي مرفوض أيضا.. وكذلك ضغط الوزير على القاضي» (2).

هذا القول يمكن ان نحلله الى المضامين أو المبادئ التالية :

1 - حماية القاضي من الحكومة :

وذلك وارد يقول السيد رئيس الجمهورية (ضغط الوزير على القاضي مرفوض).

1) ويقابلها في الدستور المصري المادة (166) وقد نص على هذا المبدأ في المادة (2) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 ولا نرى ضرورة لهذا النص طالما نص عليه الدستور .
زك33كب

2) صدام حسين «تطبيق العدالة بباب مباشر الى قيم إله سبحانه وتعالى بدون حارس وفواصل دار الحرية للطباعة - بغداد 1988 ص 8 وما بعدها

كما أن الفقرة (أولاً) من المادة (٤٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ قضت بان «لا يحال القاضي على التقاعد الا عند اكماله الثالثة والستين من عمره ويجوز احالته على التقاعد قبل ذلك بناء على طلبه وفقا لاحكام قانون التقاعد المدني».

والفقرة (أولاً -) من المادة (٤٩) من القانون المذكور قررت بانه « لا يجوز نقل القاضي الى وظيفة غير قضائية الا بموقفته التحريرية».

كما أجازت الفقرة (ثانياً -) من نفس المادة انتداب القاضي بموافقتة التحريرية وبأمر من وزير العدل الى مركز وزارة العدل وأجهزتها من غير المحاكم على أن يحتفظ بصفته القضائية وحقوقه فيها.

كما أن هناك قواعد خاصة بالنسبة لترقية القضاة ونبلتهم ومرتباتهم وانضباطهم (تأديبهم) وانهاء خدمتهم.

حيث يتم ترقية القاضي بقرار من مجلس العدل (م ٣٩ - أولاً) من قانون التنظيم القضائي سالف الذكر ونقله بقرار من مجلس العدل (م ٥٠ - ثانياً).

وتتم اجراءات انضباطهم من قبل لجنة شؤون القضاء (م ٥٨). ولا يجوز توقيف القاضي او اتخاذ الاجراءات ضده فسي غير حالة ارتكابه جنائية مشهودة ، الا بعد استحصل ادن من وزير العدل (م ٦٤).

2 - حماية القاضي من المصوم :

وذلك وارد أيضا بقول السيد رئيس الجمهورية (ضغط الشعب على القاضي مرفوض).

القاعدة في القانون الحديث ، ان كل خطأ يرتب ضررا يؤدي الى مسؤولية فاعلة عن التعويض ، واذا طبقت هذه القاعدة على اطلاقها بالنسبة للقاضي في علاقته بالخصوم لتعريضه للكثير من دعوى التعويض التي

يرفعونها عليه ، فلا شك أن كثرا من الحكم عليهم يعتقدون أنهم ضحايا لأخطاء القاضي ، ولو ترك القاضي تحت تهديد دعوى التعويض فإنه لن يشعر بالاستقلال في الرأي عند اصدار أحكامه ، كما أنه سينشغل بالدفاع في هذه الدعوى عن أداء واجبه مما يؤدي إلى تعطل وفق القضاء مع أنه لا يمكن أن يكون مؤدي هذا اعتداء القضاة من كل مسؤولية مدنية ، ذلك أنه إذا كان خطأ القاضي بحيث يشكك في حياده . وفي حسن تطبيقه للقانون فإنه يجب أن يكون للخصم الذي أصابه ضرر دعوى مسؤولية ضده (1).

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين ترسم التوانين الحديثة قواعد خاصة لمسؤولية القضاة المدنية عن أعمالهم (2) وهي (شكوى) على القضاة في القانون العراقي (ومخاصمة) القضاة في التشريع المصري.

3 - حماية القاضي من التأثر بعواطفه أو مصالحه الخاصة :

وهذا المبدأ أيضا وارد في حديث السيد رئيس الجمهورية بقوله (وضغط القاضي على الشعب مرفوض).

القاضي كبشر له عواطفه ومصالحه الخاصة ، وهو لا يمكن أن يكون مستقلأ في عمله ومحايدا بين الخصوم اذا وضح في موقف لابد وأن يتاثر بهذه العواطف والمصالح لهذا تعتمد التشريعات في الدول الحديثة الى وضع بعض الضوابط والقواعد التي من شأنها حماية القاضي عن التأثر بهذه الاعتبارات لصيانة كرامة القضاة فكان مما تقرر في هذا الصدد. (3).

- عدم مزاولة التجارة أو عمل آخر لا يتنقق ووظيفة القضاء.

1) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 205 وما بعدها

2) انظر تفصيل ذلك في المرجع السابق ص 205 وما بعدها

3) لقد حددت واجبات القاضي المادتان 7 و 8 من قانون تنظيم القضاي رقم 160/1979

- المحافظة على كرامة القضاة، والابتعاد عن كل ما يبعث الريبة في استقامته.

- لا يجوز أن يشترك القاضي في هيئة قضائية واحدة تضطاحها بينهم معاهدة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة ، والحكمة من ذلك هي تعزيز الثقة في القضاء.

ثانياً : مبدأ الحيدة :

اما عن عدم تحيز القاضي لأحد الخصوم ، فهو أن القاضي محيد يمكن الاطمئنان إلى حكمه بالاطمئنان إلى عدم تحizه ، وعدم تأثيره بأي مؤثر وذلك هو روح القضاء وجوهر العدالة ، اذ يجب على القاضي أن يراعي جانب الحق في قضائه فلا يميل مع الهوى (1).

ان تحيز القاضي لأحد الخصوم في الدعوى يعطي الحق للخصم الآخر ان يرفع شكوى عليه لمخالفته أداء وظيفته بداعم التحيز (2).

وعلى القاضي ان لا ينظر الدعوى اذا كانت له مصلحة شخصية في نظرها كأن تكون له مع أحد الخصوم عداوة أو صدقة أو يجوز في هذه الحالة رد القاضي عن نظر الدعوى (3).

وعلى القاضي أن لا يحكم بعلمه الشخصي المتحصل خارج المحكمة ، دفعا للتحيز ومع ذلك فله أن يأخذ بما حصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافية بها (4).

1) وقد عاقب قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 كل من يتوسط لدى القاضي (م 233) كما عاقب القانون القاضي ذاته الذي يصرخ حكما ثبت أنه غير حق وكان نتيجة التوسط لديه (م 234).

2) المادة (286) من قانون المخالفات الجنائية رقم 83 لسنة 1969

3) وهذا يتعلق بموضوع رد القاضي (م 2/93) مراقبات

4) المادة (8) من قانون الأثبات رقم 107 لسنة 1979

وفي سبيل تحقيق مبدأ الحيدة تنص التشريعات على رد القضاة أو عدم صلاحيتهم لنظر الدعوى وتنحيتهم⁽¹⁾.

ثالثا : الحصانة القضائية :

لغرض تمكين القاضي من ممارسة واجبات وظيفته بطمأنينة النفس ومهوءاً بالحال يقتضي عدم اتخاذ الاجراءات الجنائية ضده الا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أو وزير العدل. وقد نص على هذه الضمانة المشرع العراقي في قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1978 (م 64) ⁽²⁾.

رابعا : الاكتفاء المالي :

لما كان منصب القضاة يفرض على شاغله ان ينأى بنفسه عن مواطن الشبهة ، وان يتفرغ لعمله، وكان بيد القضاة ميزان العدل، فان الدول تجري عادة على أن تخصص للقضاة مرتبات مجانية ، فضلاً عن ما تضفيه على مركز القاضي من مكانة سامية ⁽³⁾.

وقد قرر المشرع العراقي وثبات مجانية للقضاة قد تفوق مرتبات نظائرهم في الوطن العربي ⁽⁴⁾ كما قضى بمنحهم مخصصات قضائية بالإضافة إلى المرتب ⁽⁵⁾ ومخصصات سكن ⁽⁶⁾ وغيرها من الحوافز المادية والمعنوية

1) انظر قانون المرافعات إلدية العراقي الباب الثامن (رد القضاة) المواد 91 - 97 وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الباب الثامن أيضاً (عدم صلاحيّة القضاة وردّهم) إلى المواد من (146 - 165).

2) وهذا نصها «لا يجوز تزكيت القاضي أو اتخاذ إجراءات ضده ، في غير حاله إرتكاب جنائية مشهودة ، الا بعد استحصلان إذن من وزير العدل».

3) د. مليمان محمد الطماوي : السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي المذكر السياسي الإسلامي - دراسة مقارنة ، دير الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 ص 297

4) مصدر مؤخراً قرار مجلس قيادة الثورة رقم 65 في 18/1/1988 منح القاضي بالإضافة إلى راتبه والمخصصات القضائية مخصصات شهرية مقطوعة أخرى

5) المادة 38 - خامساً من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979

6) الفقرة سادساً من المادة 38 من القانون المذكور

الفرع الثالث

التخصص القضائي

بعد زيادة تدخل الدولة في شئون مناحي الحياة زاد عدد القوانين وتنوعت التشريعات. وتوسّع التشريع هذا أدى إلى صدوره الالامام بكلفة القوانين والأنظمة وتعديلاتها وذريولها تفصيلاً، لذا يسير الاتجاه الحديث نحو تخصص القضاة بفروع معينة كتخصص القاضي بالقضاء الجنائي والقضاء المدني، أو القضاء الإداري، أو في منازعات العمل... الخ

وليس من شك بأن تخصص القاضي بنوع معين من الدعاوى يجعله أكثر فهماً للدعوى ويكون فصله فيها شريعاً للتخصصه وممارسته لنوع من القضايا، مما يتيسر عليه تطبيقاته القضائية لنوع معين من الخصومات إذ يزيد ذلك في اطلاعه على تلك الدعاوى ذات الطابع الواحد، وتجعله أكثر قدرة على حل المشاكل القانونية فيها (1).

وإذا كان النظام القضائي المصري يعرف نظام التخصص القضائي إذ فيه قضاء مدني يختص بنظره القاضي المدني وقضاء جنائي يختص بنظر القاضي الجنائي وقضاء إداري يختص بنظر المنازعات الإدارية ويجلس لينظر فيها قضاة أو مستشاري مجلس الدولة، فلا زال نظام القضاء العراقي لا يأخذ بهذا التخصص.

فالقاضي العراقي قد يجلس للنظر في قضايا البداوة والاحوال الشخصية، يجلس بصفة قاضي جنح أو عضو في محكمة الجنائيات وقد يصار إلى ترك التحقيق بيد قاضي البداوة أن لم يعين قاضي تحقيق خاص (2).

1) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، تبسيط إجراءات التقاضي ، المراجع السابق ص 363

2) الاستاذ عبد الامير العكيلي والدكتور سليم حربة ، أصول المحاكمات الجزائية ، ج 2 بغداد 1980 - 1981 ص 4

كما ينظر القاضي الواحد دعاوى مختلفة منها ما يختص بالأوراق التجارية أو بعقود النقل ، وبعقود المقاولة ، وبالقضاء المستعجل والقضاء الأولائي ، ودعاوى الشخصية ، ودعاوى التعويض ، المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية أو عقود التأمين وغير ذلك من الحصومات التي تعرض على المحاكم بينما كان من الخير أن يقوم القاضي الأول المسؤول عن إدارة المحكمة بتوزيع نوع من الدعاوى على قاضي معين لكي نصل إلى مبدأ تخصص القضاة (1) .

ان عدم تخصيص القانون قضاة للدعوى الجنائية لا يعني ان ليس هناك قضاة قد اختصوا بالمارسة والخبرة في القضايا الجنائية (الجنائية) في بلادنا ، لأن القاضي الذي يستغل في التحقيق في المحاكم الجنائية وعضوية محاكم الجنائيات مدة طويلة ، قد تؤدي به هذه الممارسة وكثرة العمل فيها ، إلى التخصص من الناحية الواقعية (2) ، هذا وقد أوصت مؤتمرات مكافحة الجريمة المنعقدة في عدة مناسبات وأماكن مختلفة في العالم بضرورة العمل على تخصيص قضاة جنائيين . وكمثال ذلك فقد أوصت الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة التي عقدت في القاهرة سنة 1963 بضرورة تخصص القاضي الجنائي بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تعينه في منصبه (3) .

وقد قبل نظامنا القضائي وبصورة جزئية نظام التخصص في المحاكم وذلك عندما شرع قانون رعاية الأحداث ، رقم 76 لسنة 1983 وأوجب عدم جواز محاكمة الحدث وهو من اتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة (م 3 - ثانياً) (من القانون المذكور) الا أمام قاضي له خبرة بمحاكمة الأحداث ومتخصص فيها.

1) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المرجع السابق ص 363

2) الاستاذ عبد الامير العكيلي ، ود. سليم حرية ، المراجع السابق ص 4 و 5

3) المرجع السابق ص 5

ولجاز المشرع في قانون التنظيم القضائي (م 52 – أولا) بان للقاضي أن يتمتع بسنة تفرغ ، داخل العراق أو خارجه ، لتقديم دراسة أو بحث في موضوع له علاقة بالاختصاصات العدلية أو القضائية باقتراح من وزير العدل وقرار من مجلس العدل .

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون المعهد القضائي رقم 33 لسنة 1976 (1) بأن « لوزير العدل استحداث دراسات قانونية متخصصة في المعهد القضائي للقضاة وأعضاء الادعاء العام...».

وبهذا الشأن نقترح انشاء قضاء اداري مستقل بالإضافة الى القضاء المدني والقضاء الجنائي ليعين على حسم المنازعات الادارية بسرعة ، وذلك لما للخصومات الادارية من خصائص أساسية تميزها عن غيرها ، ويدعم هذا الرأي الكتاب الذي أصدرته حلقة الدراسات الاولى التي عقدت في القاهرة سنة 1960 حيث عقدت مقارنة بين القضاء الموحد – وهو ما زال يأخذ به النظام العراقي – والقضاء المزدوج الذي انتهت الى ايثار الازدواج، وقد ناشدت الهيئة العامة للحلقة الدول العربية أن تعمل على تطوير نظامها القضائي بحيث تتولى الفصل في المنازعات الادارية جهة قضائية خاصة(2).

(1) المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1983

(2) د. عثمان خليل عثمان ، دور القضاء الاداري في نشاط الجهاز الحقوقي بحث قدمه للدورة الثانية للبحوث في القانون والعلوم السياسية المنعقدة في الكويت في تشرين اول (اكتوبر) 1965 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني في عددها الاول ، حزيران 1966.

الفرع الرابع

اعداد الكوادر العلمية واللوازم الفنية المساعدة لعمل القاضي

قد يكون من الأسباب المفضية إلى البطء القضائي ، والأسباب التي تحول دون تصفية الدعاوى أو القضايا المعلقة في أوقات ملائمة هو عدم وجود أو قلة الكادر العلمي المساعد للقاضي ، وكذلك عدم استخدام الأساليب والاجهزة الحديثة المتطرورة في العملية القضائية بالإضافة إلى حاجة القاضي إلى جهاز لجمع وتصنيف أحكام المحاكم. ولهذا نقترح على المشرع العراقي ما يلي :

أولاً : انشاء منصب (قاضي مساعد) :

يمكن ايجاد وظيفة (قاضي مساعد) الى جانب القاضي على غرار ما هو معهول به في مجلس شورى (مستشار مساعد) وفي الجامعة (أستاذ مساعد) وفي مركز البحوث القانونية (باحث مساعد). وتكون مهمة القاضي المساعد دراسة ملف الدعوى الذي يحتوي على وقائع الدعوى وطلبات الخصوم وأسانيدها وتحديد نقاط النزاع المتفق عليها بين الخصوم ثم المختلف عليها وغيرها من الامور قبل عرضها على القاضي الذي يقوم بحسمها.

ان تحقيق هذا الاقتراح يساعد على اختصار الوقت واحتزال كثير من الاجراءات وتسهيل مهمة القاضي في الاسراع بحسم الدعوى.

ثانياً : استخدام الاساليب والاجهزة الفنية الحديثة :

لازال القضاء يستخدم أساليب التحقيق الجنائي البدائية والبطيئة التي تعرقل ليس فقط الكشف عن المجرم الحقيقي بل تؤدي الى تأخير البت في الدعوى وبالتالي يفوت الاثر الاجتماعي للعقاب أو تقل فاعلية العقوبة والغرض الردعى منها اذا تأخر توقيعها.

وكذلك ، في مجال الدعاوى الحديثة تطول الاجراءات وتنتضم الملفات ويهدى الوقت وتتعدد الاموال ... الخ في وقت يقدم العلم والتكنولوجيا وسائل حديثة مذهلة تعجل في الاجراءات وضبط الدعاوى كمسجلات الصوت والاجهزة الالكترونية بدلا من أن يهلي القاضي على كتابة الضبط ببطء ممل ودون احتفال لاقوال الخصوم (1).

ثالثا : ايجاد اجهزة لجمع وتصنيف واعداد احكام المحاكم :

ان في العراق ، كما في مصر ، ثروة تشريعية وفقية وقضائية هائلة، ولما كانت هذه هي أدوات القاضي التي يرجع إليها ويستعين بها للوصول إلى قرار شم حكم صائب ، لهذا ينبغي أن تكون هذه المصادر ولا سيما احكام القضاء في متناول يد القاضي.

لهذا نقترح توفير اجهزة حديثة لجمع وتصنيف واعداد احكام المحاكم اسوة بما هو معمول به في الدول المتقدمة حيث يجري استخدام أسلوب (Ordinateur) الذي يقوم بتقديم احصاءات ومعلومات عن الاحكام التي صدرت في قضية معينة ، وهذه الطريقة تمنع صدور قرارات وأحكام متناقضة في قضيتيين مشابهتين من ممكنتين مختلفتين أو حتى من هيئتين في محكمة التمييز ذاتها.

وبهذه المناسبة نقترح على وزارة العدل اعادة العمل بمجموعات القوانين والأنظمة التي كانت تصدر سنوياً اذ أنها تقتصر على القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات مما يسهل على القضاة والمحامين والمواطنين سبيل التعرف على القانون أو القرار الذي يحتاجونه.

1) د. صفاء الحافظ ، المجمع السابق ص 31.

1) المنظم في جهاز الكتروني يزود القاضي بما يريد من معلومات ونصوص... الخ.

الفرع الخامس

ما يجب على القاضي القيام به

بعد أن انتهينا من بحث ما يجب على الدولة اتخاذة تجاه القاضي ، بما في ذلك كيفية اختيار واعداد القضاة ، والضمانات التي يجب تحقيقها للقاضي ، وضرورة التخصص القضائي واعداد الكوادر العلمية واللوازم الفنية المساعدة لعمل القاضي ، ننتقل إلى عرض وتأكيد ما يجب على القاضي القيام به ، خلال ممارسة نشاطه القضائي ولهذا نقترح ما يلي :

أولاً : في حالة عدم اكمال مستمسكات الدعوى :

يجب أن تستقبل عريضة (صحيحة) الدعوى على وقائع القضية موضوع النزاع وادلتها وطلبات المدعى وأسانيدها والهدف من ذلك هو أن يكون لدى المدعى عليه صورة وافية وكاملة من المطلوب منه وبالتالي يتمكن من اعداد دفاعه على هذا الاساس ، ومن جهة أخرى فإن بيان وقائع الادعاء بحقة يعطي الفرصة للقاضي حتى تكون لديه فكرة واضحة عن موضوع النزاع ، وبالتالي لا يحتاج هو نفسه إلى تأجيل النظر في القضية للسبب المذكور.

وتطبيقاً لذلك أوجب قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (59) على الخصوم أن يقدموا لوايدهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة الاولى من المرافعة أو في المواعيد التي تحددها المحكمة ، وللمحكمة أن ترفضها إذا قدمت بعد ذلك بدون عذر مشروع.

ولكن في الواقع نجد أن هذا النص شبه معطل ، إذ نادر ما نسمع أن أحد القضاة رفض قبول لائحة ومستمسك مقدم من قبل المحامي بعد الجلسة الاولى ، بحجة أن المحامي حيث التوكيل ولم يطّلع بعد على أوراق القضية . وحيث أن التقضاء هو المظاهر العملي للقانون وهو الذي يبعث فيه الحياة فيجعله يعيش وينمو ويتطور فلابد للناهبي ان يعمل النص القانوني ويطبقه على

الجميع دون استثناء والا أصبح نصاً جاماً لا فائدة منه ولرفع الحرج عن القاضي نقترح تعديل نص المادة (59) مرفعات بحيث يكون للقاضي سلطة تحديد مدة معينة لتبادل اللوائح وأجوبتها بين الخصوم مع المستندات خلال مدة محددة لكل جواب على أن لا يمتد مجموعها أكثر من شهرين أو ثلاثة.

ثانياً : تحديد نقاط النزاع :

على القاضي أن يبدأ بتحديد مشاكل أو نقاط النزاع المتفق عليها بين الخصوم ، ثم الآخر المختلف عليها ، وبعد ذلك يبدأ بحل كل مشكلة بقرار يصدره قبل صدور الحكم الحاسم للدعوى وان لا يتحول من مشكلة إلى أخرى قبل اتخاذ الحل أو القرار للمشكلة الأولى.

وبعد أن يقوم بعملية الهضم القضائي لوقائع الدعوى فعليه أن يفصل فيها بحكم حاسم دون أن يكون متربداً أو هابطاً لأن بعض القضاة يتهمون من اصدار الحكم ، فيؤجلون الدعوى من حين لآخر لأسباب شتى وان دل ذلك على شيء فانما يدل على ضعف ثقتهم بكتاباتهم القانونية أو ضعف شخصيتهم (1) فالقاضي الجيد هو من يكون تفكيره القضائي واضح ومنظماً وحاسماً ولهذا عليه أن يقرأ ويفهم ثم يحكم.

ثالثاً : المنطق القانوني والمنطق القضائي :

يبحث المنطق القانوني ، في نشأة القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقاتها ، بطريقة نظرية بينما يبحث المنطق القضائي ، في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقاتها من قبل القاضي بمناسبة الفصل في الدعوى المنظورة أمامه ، ولهذا يتخذ المنطق القضائي طابعاً عملياً ، فهو يعمل على صياغة الحكم القضائي في حالة محددة مما ثبت لديه من وقائع الدعوى، بينما المنطق القانوني يعمل على صياغة حكم بصورة عامة ، كما ان المنطق

(1) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ص 44

القانوني يركز فيه على النظريات المجردة دون أن يعبأ بالناحية الإنسانية فيما نطبق عليهم أوامر القانون ونواهيه بينما المنطق القضائي ، على القاضي أن يجعل العنصر الأول في أحكامه هو العنصر الانساني الكامن وراء النظريات القانونية المجردة (1). فالقاضي الجيد هو من سمت الناحية الإنسانية فيه ، لأن الدعوى ظاهرة انسانية تكون الكلمة الأخيرة فيها للقاضي .

رابعا : سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى :

تكييف القاضي لوقائع الدعوى هو وصفها بالوصف الذي نص عليه القانون ، فالقاضي يتولى معانى القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى فيرد هذا الواقع إلى حكم القانون فتكييف القاضي لأى تصرف قانوني أو واقعة قانونية هو اعطاء الوصف القانوني لذلك التصرف أو تلك الواقعة (2).

وتكييف القاضي لوقائع الدعوى عملية قانونية يقوم بها القاضي دون أن يكون مقيدا بتكييف المدعى للدعوى ، أو تكييف المدعى عليه لها ، بل على القاضي أن يصل إلى حقيقة النزاع ثم يكتيفها التكيف القانوني السليم. لأن الاوصاف القانونية للدعوى وتكييفها ليست ملكا للخصوم بل هي من حق أو سلطة المحكمة المختصة ، فالخصم الآخر أو المدعى عليه ينازع في هذا التكيف ويكتيف الدعوى تكييفا آخر بما يتفق ومصلحته (3).

1) انظر في تفصيل ذلك : د. أحمد فتحي سمور، الوسيط في قانون إجراءات ج 3 ص 190
- د. محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانونية للدعوى ص 124
وما يعدما

- الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المراجع السابق ص 45

2) حامد فهمي و محمد حامد فهمي ، النقض في المواد الجنائية والتجارية ص 164 ود.
محمد محمود إبراهيم النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ص 11 وما بعدها
(مشار إليهما لدى الاستاذ ضياء شيت خطاب للرجوع السابق 59).

3) حكم محكمة تمييز ، العراق (النقض) ، الهيئة العامة رقم 643/ج/67 في
1967/11/11

ولهذا فالقاضي وحده هو المسؤول عن تكثيف وقائع الدعوى لا يتقييد فيها بتكييف الخصوم أو أحدهم، إذ العبرة في الدعوى ليست بما يصفه الخصوم بل بما تثبتته المحكمة من وقائع الدعوى (1).

والسند القانوني الذي يجعل القاضي هو المسؤول عن تكثيف الدعوى دون الخصم هو المادة الاولى من قانون الاثبات (2).

أما المشرع الفرنسي فقد نص على ذلك صراحة في قانون المرافعات المدنية الصادر سنة 1975 بقوله «للقاضي تكثيف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداد بتكييف الخصوم» (3) وليس في قانون المرافعات المدنية العراقي نص مماثل للنص الفرنسي ، ولكن القاضي العراقي يستمد سلطته في تكثيف وقائع الدعوى من أحكام المادة الاولى من قانون الاثبات كما أسلفنا.

وبذلك قضت الهيئة الموسعة المحكمة تمييز العراق وجاء في قضاياها (ان تكثيف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقييد فيها القاضي بتكييف المدعى لدعواه ، ولا بما يرتبه على هذا التكثيف من اثار قانونية لأن المدعي قد يخطأ في تكثيف دعواه عن جهل أو يتعمد تكثيف دعواه تكينا خاطئا للوصول الى غرض يريده ، فعلى القاضي أن يصل الى حقيقة دعوى المدعي فإذا وصل اليها كيفها التكثيف القانوني الصحيح ثم أصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكثيف (4).

كما قضت بحكم آخر بان (للمحكمة سلطة فعالة في توجيه في الدعوى،

1) حكم محكمة تمييز العراق (النقض) الهيئة العامة رقم 643/2/67 في 11/11/1967
2) وهذا نصها (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة).

3) المادة (12) من قانون المرافعات إمتنانية الفرنسي الصادر سنة 1975

4) حكم الهيئة الموسعة المحكمة تمييز العراق (النقض) رقم 221/221/جنة موسعة أولى 1981 في 25/7/81 (ومشار إليها لدى الاستاذ خباء شيت خطاب المراجع السابق ص 60)

فليئن كانت المحكمة ملزمة بالحكم بالدعوى فان هذا الالزام مستمد من القانون لا من مشيئته الافراد.. (1).

خامسا : الازام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون :

تفسير القانون « هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكمل ما اقتضب من نصوصه ، وترجح ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة » (2).

والتفسير على ثلاثة أنواع :

- 1 - التفسير التشريعي
- 2 - التفسير الفقهى
- 3 - التفسير القضائى

وموضوع بحثنا التفسير القضائى ، وهو الذي يقوم به القاضى عند الفصل فى الدعوى لتحديد معنى النص القانوني الذى تضمنه لتطبيقه على وقائع القضية المعروضة عليه أثناء المرافعة لغرض اصدار الحكم فيها (3).

وقد ألزم المشرع العراقي ، في قانون الاثبات القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه (4).

والحكمة من التشريع ، هي الغرض الذي ينبغي القانون تحقيقه ، وهي سبب وجوده اذ ان لكل نص قانوني هدفا يسعى اليه ومن ثم يجب تفهم

1) حكم الهيئة العامة رقم 189/هيئة عامة/ 972 في 13/5/972 (مشار اليه لدى الدكتور وهيب أدم النداوي المرجع السابق ص 448).

2) د. عبد الرزاق السنفوري ، علم أصول القانون ، بغداد ، 1986 ص 936

3) د. صالح محسوب ، فن القضاء الطبعة الاولى بغداد ، 1982 ص 63

4) إلمادة (3) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979

النص القانوني ادراك حكمته التشريعية ، اذن الحكمة من القانون هو مناط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة (1)

فالتفسير المقتطع للقانون ومراعاة الحكمة من تشريعيه ، يوفر للقانون مرونة تتجدد مع الايام وتجعلها متماشية مع تطور ظروف المجتمع يطبق على الحالات الجديدة.

ولزيادة الايضاح نورد أمثلة لبعض أحكام محكمة التمييز في التفسير المتتطور للقانون ومراعاة الحكمة من تشريعيه عند التطبيق :

- في حكم لها قضت «بان تفسير قانون العمل يكون لصالح العامل ، ان كان النص القانوني غامضاً أو متعارضاً مع نص آخر ، او كان به خطأ أو نقص فان الشك يفسر لصالح العامل لأن قانون العمل إنما شرح لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف الذي تجب حمايته (2) .

وفي حكم آخر حول تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة رقم 1837 في 20/12/1979 المتضمن منع المحاكم من سماع دعاوى التخلية الخاصة بالمخابز والافران ، فأقام المدعى دعوى منع معارضته المدعى عليه بالتصريف بالمخبز ولم يرفع دعوى تخلية ، لكي يتفادى تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة سالف الذكر بالنظر لاختلاف دعوى التخلية عن دعوى منع المعارضه ولكن محكمة التمييز قضت (بان قرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه قد منع المحاكم من سماع دعاوى التخلية الخاصة بالمخابز والافران ، وجعل نطاق سريانه على دعاوى التخلية المقدمة قبل نفاذه ، عدا الدعاوى التي صدرت فيها احكام بالتخلية واكتسبت الدرجة القطعية قبل نفاذه ، ولما

4) د. عبد الحي حجازي ، المدخل دراسة العلوم القانونية ج 1 ص 522

د. أنطيس ثروت الأسيوطى ، مبادئ القانون ج 1 ص 2275

الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المراجع السابق ص 65

5) حكم محكمة التمييز (النقض) رقم 543 / عمل 82 بتاريخ 12/8/1982 [غير منشور]

كان العقار موضوع الدعوى (مخبراً) وان الدعوى المقامة هي دعوى مدعى معارضة المستأجر بالانتفاع به ومثل هذه الدعوى وان اختلفت لفظاً عن دعاوى التخلية التي عبر عنها المشرع الا أنها تتفق معها مالاً لأن من مقتضى الحكم في الدعويين رفع يد الشاغل عن العقار وتعطيل العمل بالمخبر أو الفرن الامر الذي نهى عنه قرار مجلس قيادة الثورة ومنع المحاكم من التحوض فيه) (1).

ويتبين من هذا الحكم بأن محكمة التمييز قد أخذت بمبدأ الحكم من التشريع ولم تأخذ بمفرد اللفاظ أو المصطلح القانوني.

والقاضي العراقي في هذا الصدد يقع تحت طائلة الزام قانوني في اتباع مثل هذا النمط من التفسير ، لذا فانه اذا لم يلتزم بذلك فان الحكم الذي يصدره بهذا الصدد يتعرض للنقض

وفي هذا الصدد تقول محكمة استئناف ذي قار ، بصفتها التميزية في قرار لها (... فاقدام المؤجر بمحض مشيئته ببيع داره التي يشغلها والصالحة لسكناه مع عائلته لغرض تخلية الدار المستأجرة لا تعنيه الفقرة (17) من القانون (قانون تنظيم ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979) ولا تستقيم مع الحكم من التشريع ، والتي الزمت المادة (3) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1970[القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه..] اذان القرار جانب التفسير السليم للنص القانوني مما اخل بصححة قرار نقض القرار المميز) (2).

1) حكم الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز بعدد 257/هيئة موسعة أولى/ 980 في 1982/2/27

2) حكم محكمة استئناف منطقة ذي قار يصفتها التميزية رقم 137/ج/ 980 في 980/5/26 غير منشور في مجلة الوقائع العلية عدد 26 ص 454 (ومشار إليه لدى د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون إثباتات ص 62).

سادساً : دور القاضي في سد النقص والقصور في القانون :

النقص أو الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود حكم فيه يتناول التزاع المعروض أمام القاضي ، وكذلك التصور في القانون وهو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية.

المشرع العراقي أو كل مهمة سد النقص أو التصور بالقاضي كما يفهم ذلك بن نص المادة (30) من قانون المراهنات المدنية بانه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتثل عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق).

وفي هذا الصدد تميز بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية (الجزائية) ففي الدعوى المدنية ينبغي على القاضي أن يطبق قواعد العدالة عند عدم وجود النص أو عدم وجود العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية عملاً بأحكام المادة الأولى من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 إذ تعتبر قواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون المدني.

أما في الدعوى الجنائية (الجزائية) فلا أشكال في ذلك ، إذ يطبق القاضي الجنائي مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون) (١) وبالتالي لا يجوز للقاضي توقيع العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه. أما الافعال غير المنصوص على تجريمه فتعتبر مباحة (٢).

1) وقد نص على المبدأ في الدستور العراقي الصادر سنة 1970 في الفقرة (ب) من المادة 21.
2) وهذا ما قرره المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 في المادة الأولى (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير إحتزازية لم ينص عليها القانون).

أما في الفقه الإسلامي ، فقد روى عن الرسول (ص) انه أرسل (معاذ) قاضياً إلى اليمن فسئل الرسول (ص) كيف تقضي ان عرض لك قضاء فقال : أقضسي في الكتاب الله ، قال فان لم يكن في كتاب الله ، قال سنة رسول الله ، قال فان لم يكن في سنة رسول الله قال : اجتهد رأي ولا لو ، فضرب صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله . فالتشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيراً في التشريع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع حلاً ، ولهذا يتعيين على القاضي أن يجتهد للوصول إلى الحكم العادل ، ولكن اجتهاد القاضي لا يبني على مجرد الهوى أو التحكم ولكنه يبني على حسن ادراك المقاصد الكلية للقانون ، والاجتهاد يجب أن يخدم أهداف القانون ويحدد خطوات القاضي نحو حمل القضايا العملية اذ يجبربط الحكم العادل الذي سيصدره عند فقدان النص القانوني بالواقع الحي للمجتمع (1).

كما قد يلجأ القاضي أحياناً إلى القياس وهو اعطاء واقعة مسكونة عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتخاذ العلة في الواقعتين.

ومن تطبيقات محكمة التمييز العراقية (النقض) ذكر ، على سبيل المثال ما جاء في أحد أحكامها قولها : (وحيث الذي تراه هذه المحكمة هو ان العقد المبرم بين الطرفين عقد توريد لم ينظم أحكامه القانون المدني ولا القانون التجاري ، لذا تطبق عليه أحكام عقد البيع .(2).

وفي حكم آخر جاء فيه (ترى هذه الهيئة بان التعويض العادل في هذه الدعوى يقتضي احتسابه بالقياس على ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قرار مجلس قيادة الثورة رقم 72/636 الخاص باستبدال للوصيات الوقنية المؤجرة بالاجارة الطويلة). (3).

¹ رابع في ذلك الاستاذ ضياء شيت خطاب المرجع السابق ص 73

² حكم محكمة التمييز العراقية (النقض) رقم 402 / مدنية أولى/ 1979 الصادر في 980/4/16

³ حكم محكمة التمييز رقم 565/ هيئة عامة/ 979 في 4/4/981

والعملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون ، بل انها أيضا قضاء انسائي يبتعد الحلول العادلة لجسم النزاع ، وهذا يقتضي من القاضي أن يبذل مجهودا شاقا مضنيا في البحث والتأصيل والملازمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى⁽¹⁾.

وخلاصة القول ، ان العدالة هي الغاية التي يجب على القاضي أن يضعها نصب عينيه و يجعلها هدفه في عمله القضائي ، وصوت العدالة ينادي القاضي في جميع اجراءاته وأحكامه فلا تقر له عين الا اذا حقق العدالة ، في أحکامه القضاية.

الفصل الثالث

دور أطراف العملية القضائية

درسنا في الفصل الأول دور المشرع في تأخير حسم الدعاوى القضائية واقتربنا السبيل الكفيلة لمواجهة ذلك.

وفي الفصل الثاني بحثنا دور القاضي في هذا التأخير ، وأثبتنا التوصيات التي يتعين على القاضي الأخذ بها عند ممارسة عمله القضائي ليتسنى له التغلب على معوقات حسم الدعاوى المفضية الى البطء القضائي.

وفي الفصل الثالث والأخير سنتكلم عن دور اطراف العملية القضائية في زيادة لبطء القضائي وعرقلة حسم الدعاوى القضائية في الفروع التالية :

الفرع الاول : دور المحامي

الفرع الثاني : دور الخصوم والشهود

الفرع الثالث : دور الخبرير

(1) د. حسن علي الخنون ، فلسفة القانون ص 254 بند (241)

الفروع الاول

دور المحامي

تمهيد :

لم تعرف معظم قوانين المحاماة ، ومنها القانون العراقي ، المحامي ، الا أن قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 عرف مهنة المحاماة بقوله : «المحاماة مهنة حررة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم». (1).

لا ان الفقه تولى ذلك فقد عرفه الفقهاء الفرنسيين (2) بما يلي : «ان المحامي هو المقييد قانونا في جدول نقابة المحامين وهو الذي يزجي النص ويعطي الاستشارة القانونية ، ويقوم بالدفاع أمام القضاء شنونيا أو بالكتابة فيما يمس شرف المواطنين وحرياتهم ومصالحهم سواء بالمعاونة أو التمثيل اذا اقتضى الحال ذلك».

كما يعرفه بعض الفقهاء المصريين (3) بالقول «ان المحامين طائفة من رجال القانون غير الموظفين يقوهون بمساعدة المتقاضين بابداء النص اليهم ومبشرة اجراءات الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة».

كما عرفه أحد الفقهاء العراقيين (4) بقوله «انه من اتخاذ من اعاونة القضاء في تحقيق العدالة مهنة له باظهار الحقائق لتبرئة البريء وادانة

1) المادة الاولى من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983

2) أبلتون بحث في مهنة المحاماة ، ياريس ، رالوز ، 1923

3) د. أحمد أبو الوفا ، المراجعات إلمنية بالتجارية، مطبعة دار المعارف ، 965 بند 79 ص 128

4) عبد الباقى محمود سوادى ، مسؤولية المحامي إلمنية عن أخطائه إلمنية ، رسالة ماجستير ، بغداد 1979 ص 10

المجرم والزام المسؤول بجبر الضرر وفي تقرير القضاء من قلوب المواطنين باختزال سبل احقاق الحق وفي رعاية مصلحة المجتمع اسهاما منه في بناء المجتمع الأفضل وهو المجتمع الاشتراكي الديمقراطي.

ومن سياق هذه التعاريف يتضح لنا مدى أهمية المحامي في معاونة القضاء في تحقيق العدالة واظهار الحق ، والدفاع عن حقوقه وكله أمام القضاء وتقديم الاستشارات القانونية لمن يطلبها.

ونتيجة لتعدد القوانين الحديثة وتتنوع المحاكم على اختلاف درجاتها واختصاصاتها ، لم يعد باستطاعة كثير من الافراد معرفة السبيل الصحيح الذي يجب عليهم سلوكه في التقاضي للحصول على حقوقهم لهذا أجازت التشريعات الحديثة اللجوء الى المحامي ليتولى مهمة الدفاع عنهم بل أوجبت بعض النصوص القانونية الاستعانة بهمما خاص في جرائم الجنایات .(1).

وقد تأتي ضرورة الاستعانة بمحامى الى عدة اعتبارات : فمن ناحية الخصوم عادة ليس لديهم معرفة بالقانون وبفن الاجراءات وخاصة بعد تشعب فروع القانون بتشعب مشاكل المجتمع ، فالاستعانة بمحام تمكّن الخصم من الادفاع عن وجهة نظره بفعالية أكثر ومن ناحية أخرى ، حضور الخصوم بأنفسهم أمام القضاء يدخل في القضية سلوكا عاطفيا قد يضر بالسير المنظم للوظيفة القضائية ، فالمحامون يستطيعون بما يتوفرون لديهم من ثقافة وخبرة معاونة القاضي في أداء رسالته في تطبيق القانون.

وان المتمعن في بعض آيات القرآن الكريم يدرك انها توحى بفكرة

(1) أوجبت المادة (144/أ) على رئيس محكمة الجنایات ندب محام للتهم في الجنایات إن لم يكن قد وكل محامياً عنه وتحدد المحكمة أتعاب المحامي عند الفصل في الدعوى.. والزمرة الفقرة من هذه المادة المنتسب أن يحضر المرافعة ويدافع عن المتهم أو ينوب عنه من يقوم من المحامين ولا فرضت = المحكمة عليه غرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً ، مع عدم الالحاد بمحاكمته إنضباطياً (تأديبياً) وفق قانون إلحاقة.

المحاكمة ففي سورة القصص على لسان موسى عليه السلام «قال رب ابني قتلت منهم نفساً أخاف أن يقتلون ، وأخي هارون أفضح مني لساناً فأرسله معي رداً يصدقني ابني أخاف أن يكذبون ، قال سنشد عضنك بأخيك ونجعل لكما سلطاناً فلا يصلون إليكما بآياتنا ، انتقاماً ومن اتبعكمَا الغالبُون» (1).

ان هذا النص القرآني الكريم يوضح لنا مدى حاجة الإنسان إلى من هو أفضح منه لساناً وأقدر منه بياناً للحجّة في سبيل الوصول إلى الحق ورفع الظلم (2).

وقد قال الرسول (ص) إنما أنا بشر مثلكم ، وإنكم تختصرون بي ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أقطع له قطعة من نار) (3).

وبعد هذا التمهيد الموضح لمهمة المحاكمة وضرورتها مشاركتها السلطة القضائية في تحقيق العدالة وهي تأكيد سيادة القانون ونبي كفالة حق الدفاع عن حقوق وحرمات المواطنين ، نبحث فيما يلي ما يجب أن تكون عليه علاقة المحامي بموكله ثم علاقة المحامي بالقضاء أو بالمحكمة التي يترافع أمامها.

أولاً : علاقة المحامي بموكله :

بالنظر لتشابك أعمال المحامي واحتلاطها ، فهو يقوم بتصرفات قانونية وبأعمال مادية وتبدو أعماله مختلطة أحياناً ، لهذا اختلف الفقه والقضاء حول تحديد مصدر التزامه . وذهب رأي وهو الغالب ، بان الأساس

1) سورة القصص ، الآيات (35،34،33)

2) طه أبو الخير ، حرية الدفاع ، الاسكندرية ، 1971 ص 158

3) سنن أبي داود ج 3 ص 301

القانوني لمسؤولية المحامي تجاه موكله هو عقد الوكالة ورأي آخر قال هو عقد مقاولة أو عمل ورأي ثالث ، عقد احارة خدمات ورأي رابع ، عقد غير مسمى .

اما الرأي الخامس والحديث فقال ان مصدر التزام المحامي عقد من عقود القانون العام وقد نادى بهذا الرأي الفقيه الفرنسي (ابلتون)⁽¹⁾. فقد كيف العلاقة بين المحامي ومن يدافع عنه بانها رابطة خدمة عامة هي الاسهام في حسن سير العدالة ، فالمحامي عندما يقدم الاستشارات ويعد المذكرات أو يقوم بالمرافعات إنما يسهم مع القاضي في خدمة العدالة وفي الحالات التي يرتبط بها عقد وكالة مع عميله فان هذه الوكالة تختلف عن وكالة القانون الخاص وتخصيص لاحكام القانون العام الذي له روابطه وقواعد الخاصة ، واذا كانت بعض هذه الاحكام غير منصوص عليها فان على القضاة الاجتهاد في استنباطها من قواعد العدالة و حاجات المجتمع⁽²⁾ وفي ذلك يقول (ابلتون) «ان القانون والعرف هما اللذان يجعلان من المحامي القاضي الاول لسم النزاع الذي يعتقد به دور القاضي للفصل فيه . ان نظام المحاماة الكامل الذي أنشيء لينظم علاقات المحامي بموكليه ، ليس مستلهما من الرغبة في ضمان نتائج العقود المبرمة بينهم ولكنها حاجة الضرورة القائمة لضمان حسن سير الخدمة العامة ، التي يضطلع بها المحامي ...» .

ومن تحليل النصوص القانونية وما استقر عليه الفقه والقضاء والعرف وما نراه ضروريا ، في علاقة المحامي بموكله ، ولاجل الاسراع في حسم الدعاوى يتquin على المحامي أن يتلزم بما يلي :

1) أبلتون ، محيط المحاماة علما وعملا ، ترجمة محمود عاصم ، مجلة دنيا القاهرة، 964 ص 193 (مشار اليه لدى عبد الباقى محمود سوادى المرجع السابق ص 80).

2) انظر تفاصيل هذه الآراء لدى عبد الباقى محمود سوادى ، المرجع السابق ص 43 ويعدها

1) على المحامي ان يدافع عن موكله بكل أمانة واحلاص ويكون مسؤولا في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطئه الجسيم. (1).

2) يتولى المحامي تمثيل موكله في النزاع الموكلي فيه في حدود ما يعهد اليه وطبقا لطلباته مع احتفاظه بحرية دفاعه في تكييف الدعوى وعرض الاساليب القانونية طبقا لأصول الفهم القانوني السليم (2).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية (ان وجود محام بجانب المتهم في المواد الجنائية للدفاع عنه لا يقتضي ان يلزم المحامي خطة الدفاع التي يرسمها المتهم لنفسه ، بل للمحامي ان يرتب الدفاع كما يراه في مصلحة المتهم ، فإذا وجد ثبوت التهمة على المتهم من اعترافه بها أو من قيام ادلة أخرى ، كان له أن يبني دفاعه على التسليم بصحبة نسبة الواقعه اليه مكتفيا ببيان أوجه الرأفة التي يطلبها (3).

3) على المحامي ابلاغ موكله بمراحل سير الدعوى أول بأول وأن يقوم له النصح فيما يتعلق بالطعن في الحكم اذا كان في غير مصلحته (4).

4) لا يجوز للمحامي ان يفضي سرا أو تمن عليه أو عرفه عن طريقة مهنته ولو بعد انتهاء وكالته (5).

5) على المحامي أن يمتنع عن ابداء أية مساعدة ولو من قبيل المشورة لخصم موكله في النزاع ذاته أو في نزاع مرتبط به اذا كان قد أبدى فيه رأياً للخصم أو سبقت وكالة عنه فيه ثم تناهى عن وكالته (6)

1) المادة 43 من قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 المعدل

2) المادة 77 قانون المحاماة المصري

3) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 23/يناير/1939 ، مجموعة القواعد القانونية ،

ج 4 ص 446

4) المادة 58 من قانون المحاماة المصري

5) المادة 44 من قانون المحاماة العراقي و (م 79) مصرى

6) المادة 80 مصرى وم 46 عراقي

6) لا يجوز للمحامي شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها في القضايا التي هو وكيل فيها (1).

7) لا يستحق المحامي باقي أجوره بعد عزله من قبل موكله اذا كان عزله لسبب مشروع ، وبهذا قضت محكمة التمييز العراقية ، حيث ايدت حكم محكمة بداعه الكرادة الشرقية القاضي برد دعوى المحامي بالطالية باباقي أجوره بعد عزله من قبل موكله لاماله واجبات وكالته حيث ترافق في تعقب قضية موكله مما أدى الى اطالة حسم الدعوى (2).

ثانياً : علاقة المحامي بالمحكمة التي يترافع أمامها :

المحامي من حملة لواء الحق والعدل دائمًا، وهو عن للقاضي للوصول الى الحكم العادل طبقاً لاحكام القانون في الدعوى المنظورة. ولأجل المحافظة على كرامة القضاء والمحاماة وعدم الضرار بموكله باطالة اجراءات حسم الدعوى نؤكد التوصيات التالية :

1 - على المحامي ان يسلك الطريق الذي يتفق مع مباديء الشرف والاستقامة وتقاليد المحاماة لانه يقوم بخدمة العدالة ، وان لا يحاول تضليل القضاء بتقديم وقائع او معلومات خاطئة اذ ان هذا يتنافى مع كرامة المحاماة.

2 - ان يكون صادقاً في عرضه لوقائع الدعوى وان لا يحاول تأجيل الدعوى لأسباب تافهة وان يتتجنب كل ما يؤخر حسم الدعوى وان لا يطلب تأجيل الدعوى الا لسبب مشروع ولا يجوز التأجيل أكثر من مرة واحدة للسبب ذاته (3).

1) المادة 41 عراقي و 81 مصرى

2) حكم محكمة التمييز رقم 164 هيئة / عامه / 1976 في 1986/10/30 ،

مجموعة الاحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل العراقية ع 4 س 7 1986 ص 287

3) المادة (2/62) مرفوعات عراقي

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بقولها «لقد استمهد المدعي ستة مرات متتالية لابراز المستندات دون ان يراجع موكله بشأنها خلال فترات التأجيل ثم تغيب عن الحضور ، فقررت المحكمة ترك الدعوى للمراجعة ، فكان على المحكمة أن تقوم بنفسها بالتحقيق عن هذه التأجيلات وأسبابها في ضوء المادة (22/6) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على عدم جواز التأجيل أكثر من مرة للسبب ذاته الا اذا رأت المحكمة ما يقتضي ذلك لحين سير العدالة ، فهذا النص القانوني والقيود الذي ورد فيه بشأن التأجيل يلزم طالب التأجيل أن يبين سبباً مشروعاً لطلبه ، وعلى المحكمة في حالة استجابتها ان تعلل سببه ، أما التأجيل الاعتباطي وبدون سبب فانه يجعل المحامي مقصراً في دعواه...» (1).

3 - على المحامي ان يعرض على القاضي وقائع الدعوى عرضاً واضحاً ومجزاً دون الاطالة في تقديم اللوائح والاسهام في المرافعات الشفوية والتحريرية لا يهم موكله بأنه قد بذل جهداً اذ ليس أكراه على القاضي من المحامي المهدار الذي يبعثر الادلة التي يستند اليها في ادعائه ولا يعرف نهاية لأقواله (2).

4 - يميل بعض المحامين الى الاكثر من طلب تأجيل المحاكمة ، اعتقاداً منه ان زيادة عدد الجلسات تؤدي الى زيادة أجوره لا سيما اذا حصل خلاف عليها وبينه وبين الموكل ، ومما يؤيد ذلك فانه ما قضت به بعض المحاكم وصادقت عليه محكمة التمييز ، في قضية اعتمدت فيها محكمة بغداد تقرير الخبرير حول أجور محامية حيث راعى الخبرير (وهو من المحامين المسجلين في قائمة الخبراء) تقدير أجر المثل والجهد الذي بذله

(1) حكم محكمة التمييز / قرار 179 / هيئة موسعة أولى / 31/10/980 في 981/مشار اليه لدى الاستاذ ضياء ثابت خطاب المراجع السابق ص 79

(2) د. صالح محسوب ، المراجع السابق ص 12

المحامي في الدعوى وعدد الجلسات التي حضرها وقد صادقت محكمة التمييز على هذا الحكم (1).

اما محكمة النقض المصرية فقد وضعت معيارا آخر مفاده : (على ان يدخل في تقرير الاتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذي بذله المحامي ..) (2) ولم تتطرق الى عدد الجلسات.

5 - وما يؤسف له أن معظم المحامين قد اعتادوا على ان لا يقدموا لواحهم الا للمحكمة مباشرة وفي يوم المرافعة، ولا يقدموا لزملائهم اللواح ليطلعوا عليها الا قبل دقائق من بدء المرافعة.

ومع صراحة نص المادة (59/1) من قانون المرافعات الذي الزم الخصوم ان يقدموا لواحهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة الاولى من المرافعة او في المواعيد التي تحددها المحكمة ولها أن ترفضها اذا قدمت بعد ذلك بدون عذر مشروع. ولكن لم نسمع ان محكمة ما قد رفضت اللواح المقيدة خلاف نص هذه المادة مما يؤدي ذلك الا ان تقوم المحكمة ، في يوم المرافعة ، بتبلیغ اللائحة للخصم فتمهل للاطلاع عليها فتؤجل الدعوى شهرا أو أكثر وفي احابة الخصم يسلك الخصم الثاني نفس المسار وتأجل الدعوى أيضا شهرا أو أكثر.

وبسبق ان اقترحنا تعديل نص المادة (59) بالشكل الذي يواجه هذه الحالات (3).

1) حكم محكمة التمييز رقم 192 / هيئة عامة أولى / 975 في 15/11/975 مجموعه الاحكام العدلية ع 4 س 6 975 ص 182

2) الطعن 482 لسنة 39 - جلسة 23/2/977 سنة 28 ص 511 محج مج فني مدنى - (مشار اليه لدى معرض عبد التواب - شرح قانون المحاماة الجديد ، إسكندرية ، 1983 ص 100

3) راجع ص 28 من هذا البحث

6 - وقد قررت معظم التشريعات التي تنظم مهنة المحاماة ان كل محام اخل بواجب من واجبات المحاماة أو تصرف تصرفا يحط من قدرها أو أقام بعمل يمس كرامة المحامين أو خالف حكما من أحكام هذا القانون يحاكم تأديبيا (1).

الفرع الثاني

دور الخصوم والشهود

للخصوم والشهود أيضا دور في تأخير انجاز العملية القضائية وبالتالي تراكم الدعاوى وتكدسها لدى المحاكم ، وسنسلك في طريقة بحث الخصوم والشهود نفس المسلك الذي سلكناه في دراسة دور المحامي ، أي نعرف كل منهما ثم نحدد ما يجب أن يتلزم به كل من الخصوم والشهود لدفع عجلة التقاضى وجسم الدعاوى بأسرع وقت ممكن.

أولا : دور الخصوم :

أ - التعريف بالخصوم :

الخصم أو الطرف في الخصومة، هو من يقدم باسمه طلبا إلى القاضي للحصول على حماية قضائية أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب (2).

ويفترض كل طلب بالحماية أمام القضاء خصمين من يقدمه ومن يوجه إليه ، ويسمى الأول المدعي والثاني المدعى عليه ، وبغير مدع ومدعى عليه لا توجد خصومة مدنية وقد يحضر الخصم بنفسه أمام المحكمة أو ينوب عنه ممثله القانوني المحامي بوكالة رسمية.

1) انظر المادة 108 من قانون المحاماة العراقي والمادة 98 من قانون المحاماة المصري

2) د. فتحى والي ، المراجع السابق ص 352

ب - ما يجب أن يلتزم به الخصوم :

وبطبيعة النفس البشرية وما جبت عليه من حب الذات والاثرة والانانية ، فقد يلجا بعض الخصوم الى الحصول على ما ليس بحق له وذلك بسلوك وسائل ملتوية قد تنطلي على القضاء مما يجعل مهمة القضاء صعبة ومعقّدة . كما قد يسيء الخصم حقه في الاتجاه للقضاء فيستخدم هذا الحق بقصد التشهير بخصمه والكيد له أو بقصد تكبده تكاليف مادية ومعنوية أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة . أو قد يلجا الخصم الى الغش والتسليس والتزوير وغيرها من الوسائل غير المشروعة بقصد تعقيد الاجراءات واطالة أمد الفصل في الدعوى .

ولمواجهة هذه الحالات والحد منها ولفرض اظهار الحقيقة وتحقيق العدالة والاسراع في انجاز حسم الدعاوى نوصى بأن يلتزم الخصوم بما يلي :

- 1) بيان المحل المختار الذي يختاره الخصم لغرض قبول تبليغ (اعلان) الاوراققضائية فيه على ان يتم ذلك في أول جلسة يحضر فيها الخصوم (1)
- 2) على الخصوم أن يقدموا لوا testimoniales ومستمسكاتهم قبل الجلسة الاولى من المرافعة أو في المواعيد التي تحددها ، وللمحكمة أن ترفضها إذا قدمت بعد ذلك بدون عذر مشروع (2).
- 3) يقع على عاتق كل خصم بان يسعى الى قول الحقيقة والصدق أثناء المرافعة ، وقد يكون مرد هذا الالتزام واجب أخلاقي وديني اذ تحت الاخلاق والاديان السماوية بالإضافة الى القوانين على قول الحق والصدق في القول.

1) المادة (58) مرافعات عراقي
2) المادة (59) مرافعات عراقي

4) يجب على الخصوم ابراز ما لديهم من مستندات ووثائق تتعلق بالدعوى لتسهيل مهمة حسمها. وقد ألزمت الكثير من التشريعات الخصوم بالافصاح عما لديهم من مستمسكات ووثائق متعلقة بالدعوى. ومن هذه التشريعات قانون المرافعات الانجليزي اذ ذهب الى فرض الالتزام على الحombok أمم المحكمة العليا في لندن بالافصاح عما لديه من مستندات ووثائق متعلقة بالدعوى خلال موعد معين وذلك في الامر الرابع والعشرين منه (1).

وفي التشريع السوفيaticي يجوز للمحكمة أن تأمر المؤسسات أو الاشخاص الذين لديهم مستندات أو أية أوراق تفيد في اظهار الحقيقة بتقديم هذه المستندات والأوراق الأخرى إلى المحكمة (2).

وفي قانون الاثبات المصري (م.2) «يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده :

أ - اذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو بتسليمه

ب - اذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركا على الاخص اذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لانتزاعهما وحقوقهما المتبادلة.

ج - اذا استند اليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى (3) ولكن على المحكمة أن تبين مدى جدية المصلحة من وراء تقديم الطلب الى المحكمة (أي طلب ابراز الدليل من الخصم) لأن الطلب حتى لو استوفى كافة الشروط القانونية للمحكمة أن ترفض طلب الزام الخصم بتقديم سند أو دفتر تحت

1) مشار إليها لدى د. أدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات المرجع السابق ص 146

2) المرجع السابق ص 147 .

3) ولهذا النص مقابل في القانون البيانات الاردني (م 20) وفي قانون إثبات الكويتى لسنة 980 (م 20).

يده اذا كان في تقديمها ما يضر بمصلحة الغير ، اذ قد يكون القصد من تقديمها تعطيل الدعوى ، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا المجال باعتبار ان الامر متعلق بأوجه الاثبات وبحسب ما يراه من ضرورة أو عدم ضرورة اجابة الطلب (1).

وفي قانون الاثبات العراقي نص مماثل يقرر بأن (المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السنن الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيها (2).

وإذا ما انتهينا من أن المصلحة العامة للعدالة تسмо على مصلحة الأفراد الخاصة ، وإذا ما استعنا بالحجة المستمدّة من أحكام الشرط في نظرية الالتزام فاننا نستطيع القول بعد ذلك انه يجوز الجبار الخصم على أن يقدم دليلا تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه (3).

(5) على الخصوم الالتزام بمبدأ حسن النية في مباشرة اجراءات التقاضي كافة وفي تقديم الادلة (4). وقد أقر هذا المبدأ قانون الاثبات العراقي بقوله (القضاء ساحة للعدل ولاحقاق الحق ما يقتضي صيانته من العبث والاساءة ويوجب على المتخاصمين ومن ينوب عنهم الالتزام بأحكام القانون وبمبدأ حسن النية في تقديم الادلة والاعرض المخالف نفسه للعقوبة) (5).

1) انظر في ذلك : د. أدم وهيبي النداوي ، المرجع ص 156

2) المادة (53) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 979

3) د. سمير عبد السيد تناجو ، النظرية العامة في الاثبات و ط 1 الاسكندرية 973 ص 30 .31 -

4) راجع في ذلك تفصيلا : عبد الجبار ناجي صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير بغداد ، 97٤ ص 2 - 24.

5) المادة 5 من قانون الاثبات العراقي

ويذهب الفقه (١) والقضاء (٢) في فرنسا إلى أن من واجب الخصوم الالتزام بحسن النية في مباشرة إجراءات التقاضي كافة ، سواء أكان ذلك في اتخاذ إجراء أم الامتناع في اتخاذ إجراء لأن واجب حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم.

(٦) ويجب أن يكون القاضي عادلا ، وإن لا يتأثر بمركز الخصم ونفوذه ، قال تعالى «وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل». ولا يصح أن يتأثر القاضي بمظهر الخصم فقد يوقعه ذلك في خطأ جسيم ، وقد روى في ذلك أن امرأة جاءت إلى القاضي تبكي بكاء مرا ، فقال أحد الحاضرين : إن هذه المرأة لا شك مظلومة ، فقال القاضي : إن بكاءها لا يصح الاستدلال به على صحة دعواها ، فقد قال تعالى في سورة يوسف «وجاءوا إباهم عشاء يبكون».

ثانياً : دور الشهود :

أ - التعريف بالشهادة :

الشهادة هي قيام شخص من غير أطراف الدعوى (الخصومة) بعد حلف اليمين بالأخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع تصلح محلا للإثبات (٣) وتنصب الشهادة على عرض للوقائع المعروضة للشاهد مسبقا ، والشهادة خبر ، والخبر يتحمل الصدق والكذب ، ولكن يقوى احتمال الصدق على الكذب فيها ، كان الشاهد يلتف على صدق ما يقول .

والشهادة في لا دعوى الجزائية (الجنائية) تعني أدلة الشخص بالمعلومات التي لديه عن الجريمة والتي أدركها بأحدى حواسه سواء أكانت

^١ و ^٢ راجع د. أمم وهيب النداوي ، المرجع السابق ص 146 والمراجع الأجنبية التي أشار إليها.

^٣ د. فتحي والي ، المراجع الساقية ص 602.

تلك المعلومات لها علاقة باثبات الجريمة أو ظروف وقوعها أو الملابسات التي أحاطت بها والأشخاص الذين تسمع أقوالهم قد يكونوا شهود دفاع أو قد يكونوا شهود اثبات ، وقد تسمع شهادتهم بناء على طلب الخصوم او من تلقاء أنفسهم أو بأمر من القائمين بالتحقيق نظراً للمعلومات المتوفرة لديهم عن الجريمة وملابساتها (1).

ب - ما يجب أن يلتزم به الشهود :

1 - تعتبر الشهادة الحد الفاصل بين الحق والباطل ، لذا يجب على الشهود الحضور للادلاء بشهادتهم . ولقاضي التحقيق ان يصدر أمرا بالقبض على الشاهد المختلف عن الحضور واحضاره جبرا لاداء الشهادة (2).

ولأهمية الشهادة في الاثبات ولما يتربى على عدم حضور الشاهد او تأخره في الحضور من تأخير حسم الدعوى فقد حدد القانون اجراءات لطلب استحضار الشهود ، سواء تم طلبهم للشهادة بناء على طلب أحد الخصوم او قررت المحكمة من تلقاء نفسها (3) .

وإذا بلغ الشاهد بالحضور وتختلف دون عذر مشروع ، يحكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد على عشرين دينارا وتأمر المحكمة باحضاره جبرا بواسطة الشرطة (4) .

2 - لا يجوز كتمان الشهادة لأنها تساعد العدالة على اظهار الحق واذهاق الباطل والاسراع في حسم الدعاوى ولأهمية الشهادة فقد حث القرآن

1) انظر الاستاذ عبد الأمير العكيلي ود. سليم حرية ، المرجع السابق ج 1 ص 110
- راجع ايضا الفصل الثاني (سماع الشهود) من قانون الأصول المحاكمات اليزانية

العربي ص 58

2) راجع المادة (59/ج) من قانون الاصول العراقي

3) المادة 91 من قانون الاثبات العراقي

4) المادة 93 من قانون الاثبات العراقي

للكريم على وجوب أدائها وعدم كتمانها من ذلك قوله تعالى «ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا» (1) وقال تعالى «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه» (2) واعتبر القرآن الكريم كتمان الشهادة ظلماً كبيراً ، وقال تعالى «ومن أظلم من كتم شهادة عنده من الله وما الله بغافل عما تعملون» (3).

3 – وقبل أن يدل الشاهد بشهادته يتبعين على المحكمة تحليفة اليمين بالله العظيم ويوضع يده على المصحف الكريم أو كتابه المقدس ان كان من غير المسلمين وعند امتناعه عن حلف اليمين أو الادلاء بالشهادة المطلوبة دون عذر مشروع يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً (4).

وحيث ان المشرع قد حدد الحد الأدنى للغرامة دون الحد الأعلى فهنا يجوز للمحكمة ان تحكم بما تشاء دون تحديد الحد الاقصى وبالقدر الذي يجعل الشاهد يستجيب لمستلزمات تحقيق العدالة ، لانه بامتناعه هذا يكون قد اعاق سير العدالة ولم يحترم سوح القضاء ، وبالتالي ادى الى تأخير حسم الدعوى.

4 – على المحكمة أن توفر الحماية للشاهد وان تمنع كل اهانة توجه اليه ، وان اهانة الشاهد تعتبر اهانة للمحكمة وتوجب المسؤولية المدنية الجزائية (5) بالإضافة الى ذلك يؤدي الى احجام الشهود عن الخضور والادلاء بشهاداتهم.

1) سورة البقرة الآية 282

2) سورة البقرة الآية 283

3) سورة البقرة الآية 140

4) الفقرة (2) من المادة 94 من قانون الاثبات العراقي

5) المادة 90 من قانون الاثبات.

الفرع الثالث

دور الخبير

أولاً : التعريف :

اذا تطلب تاكيد واقعة او استخلاص نتائج موضوعية من هذه الواقعة معرفة فنية عملية او نظرية لا تتوافر لدى المثقف العادي، فان القاضي وهو الخبير فقط في القانون ، يسعى إلى هذه المعرفة لدى غيره ، أي يستعين بخبرة غيره (1) بغية الوصول إلى الحقيقة التي تمكّنه من الفصل في النزاع. ولا يلجأ القاضي إلى الخبير الا اذا صعب عليه ادراك المسألة الفنية بنفسه، ويلجأ إليها بوجه خاص في القضايا التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن كالقضايا التجارية والقضايا المدنية التي يكون الإثبات فيها ممكناً بجميع الطرق ، ولا سيما القضايا المستندة إلى المسؤولية المدنية ، اما اذا سهل عليه فهم هذه المسألة والاحاطة بها ، فيقوم القاضي شخصياً بتدقيقها وتطبق عندئذ أصول المعاينة لا الخبرة (2).

ثانياً : سلطة القاضي في تقدير الحاجة للاستعانة بالخبراء :

قد تكون الخبرة بالنسبة لكثير من الحالات ضرورية كالقضايا الجنائية مثل تحديد أسباب الوفاة ، أو تحديد نوع السلاح المستعمل في ارتكاب الجريمة ، أو القضايا الفنية المعقدة فيكون للقاضي أن يستعين بخبير بالنسبة لاي فرع من فروع المعرفة التي لا يفترض فيه العلم بها ، على انه ايا كانت مهمة الخبير فإنها يجب الا تتمتد الى التقدير القانوني ، فهذا التقدير هو عمل القاضي دون غيره ، عليه وحده ان يقوم به (3). ولكن

1) د. فتحي والي ، المرجع السابق ص 632

2) د. ادم وهيب إلنداوي إلمرجع السابق ص 267

3) د. فتحي والي ، المرجع السابق ص 630

لواحد في الأونة الأخيرة زيادة الاتجاه إلى الخبراء ليس فقط بسبب تشعب المعارف الإنسانية لصعوبة المام القاضي بها ، إنما أيضاً رغبة من القضاة في كثير من الأحيان في التخفف من القيام بمهمة المعاينة والقائها على الخبراء وهذا الاتجاه ضار بسير العدالة ففضلاً عما يؤدي إليه من زيادة نفقات الخصومة (الدعوى) وبطئها فإنه بسبب ميل القضاة إلى الأخذ برأي الخبراء يحول هؤلاء في الواقع إلى قضاة وحيث أن القاضي هو خبير الخبراء قوله الكلمة الأخيرة في الفصل في الدعوى وأنه غير ملزم باجابة طلب باستعانته بأهل الخبرة ، بل الامر في ذلك متزوك لتقديره فنرى أن زيادة الاتجاه إلى الخبراء ضار بسير العدالة ويفيد إلى تأخير حسم الدعاوى ولنا من بعض النصوص التشريعية وتطبيقات القضاء ما يؤيد هذا الرأي :

- تنص المادة (135/ثانياً) من قانون الإثبات على «إن للمحكمة أن ترفض اجابة طلب الخصم تعين خبير إذا ثبتت لها عدم لزوم ذلك» إذ لها سلطة تقديرية في الأخذ برأي الخبر من عدمه (1).

- رأي الخبر لا يفيد المحكمة «م 140/ثانياً».

- قد يجهل الخبر الأصول القانونية وبالتالي لا يصح الاعتماد على خبرته ، ففي حكم لمحكمة التمييز العراقية قضت فيه بأن الخبر الذي قدر كلفة البناء وقت الكشف غير صحيح ، إذ أن مقتضى القانون ان تقدر كلفة البناء وقت التشحيم لا حين الكشف لها (3) وفي حكم حيث حددت المحكمة تمهيز العراق قضت فيه بأن اعتماد المحكمة على تقدير الخبراء الذي بني على أساس غير صحيحة قد أخل بصحة حكمها المميز لهذا تقرر نقضه (3).

1) حكم محكمة التمييز العراقية رقم 670 / منتهية أولى / 976 في 1/10/1977 مجلة إلأحكام العدلية ع 1 س 8 1977 ص 150

2) حكم محكمة التمييز العراقية رقم 453 / منتهية رابعة / 76 في 10/2/1977 في المراجع السابقة ص 149.

3) حكم محكمة التمييز العراقية عدد 111 / موسعة أولى / 984/83 في 29/10/1986 (غير منشور).

الخاتمة

قبل أن أختتم بحثي هذا لابد لي أن أقدم جزيل شكري وتقديرني للأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب لاتاحته هذه الفرصة لاسهامنا في بحث المحور الأول من موضوعات لندوة التي ستعقد في الرباط للفترة من 8 - 10/11/1988.

كما أود أن أعبر عن اعتذاري للنقص أو القصور الذي قد يشوب البحث والذي قد يكون سببه ضيق الوقت وقصر المدة المحددة لكتابته وهي لا تزيد على شهر ونصف.

ان اجراءات التقاضي قد أحياطت بشكليات كثيرة ومعقدة قد تكون بمثابة العقبات أو المعوقات التي تؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق أو التأخر في استيفائها ، وهذا ما يؤدي إلى عزوف الكثير من الأفراد عن الالتجاء إلى المحاكم للمطالبة بحقوقهم.

ولمواجهة هذه الاجراءات يتبعن على المشرع العمل على تبسيط اجراءات التقاضي ، تقليل طرق الطعن في الاحكام واتخاذ الاجراءات الأخرى التي تساعده على إزالة العوائق المضدية إلى البطل القضائي.

ولأهمية مرافق القضاء ولغرض زيادة فاعليته والقضاء على الاسباب التي تحول دون تصفية القضايا في أوقات ملائمة لهذا يجب الاهتمام بحسن اختيار القضاة واعدادهم وتوفير الضمانات الازمة التي تمكّنهم من أداء رسالتهم على أحسن وجه والعمل كذلك على تخصص القضاة مع تهيئة الكوادر واللوازم المساعدة.

وحيث ان المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وهي تأكيد مبدأ سيادة القانون وفي كلالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحربياتهم فإن هذه الدراسة قد أوضحت ما يجب أن تكون عليه علاقة

المحامي بموكليه ثم علاقته بالقضاء أو المحكمة التي يترافق امامها.

كما ان للخصوم والشهود دور بارز في تأخير انجاز العملية القضائية لهذا حددنا في هذا البحث ما يجب أن يلتزم به كل من الخصوم والشهود لدفع عملية القضاء وجسم الدعوى بأسرع وقت ممكن.

كما لوحظ ميل القضاة الى الاتجاه الى الخبراء ليس فقط بسبب تشعب المعرف الانسانية ولصعوبة المام التقاضي بها ، وإنما أيضا رغبة من القضاة في كثير من الاحيان ، في التخفف من القيام بمهمة المعاينة والقائتها على الخبراء ، وهذا الاتجاه ضار بسير العدالة ، ففضلاً عما يؤديه من زيادة نفقات الدعوى وبطئها فإنه قد يحول هؤلاء الخبراء ، في الواقع ، الى قضاة.

وبهذه الدراسة الموجزة نكون قد انتهينا من تشخيص دور كل من المشرع والقاضي والمحامي والخصوم والشهود والخبراء في تأخير حسم الدعوى القضائية ، كما حاولنا علاج ذلك بتحديد السبل الكفيلة لمواجهة هذه المعوقات.

ولا يفوتنـي أن أذكر أن تبليـغ (اعلان) الوراقـ القضائيـ يعتبر مفتـاحـ الدعـوىـ القضـائيـةـ ، وـمعـ ذـلـكـ لمـ نـذـلـهـ ضـمـنـ العـوـاـمـلـ السـابـقـ درـاسـتـهاـ وـذـلـكـ لـسـبـبـينـ :

الأول : ان مشكلة التبليغات القضائية تعتبر في الواقع مشكلة داخلية او مسألة نسبية تختلف أهميتها من بلد آخر ، فهي في البلدان المتقدمة ، كدول أوروبا مثلاً والدول المتأثرة بنظامها القضائي لا تكاد تشكل التبليغات القضائية عائقاً كبيراً نتيجة لزيادة الوعي القانوني لدى المواطنين واستيعابهم للنصوص القانونية التي تشير إلى حقوقهم وانتظاماتهم وتوافر الأجهزة القادرة على إيصال هذه التبليغات بالسرعة المطلوبة . أما في بلدان أخرى كالدول النامية ، وما فيها من تخلف في الأجهزة الادارية والقضائية قد تكون التبليغات القضائية بمثابة المعوقات التي تؤدي إلى ضياع الكثير

من الحقوق أو التأخر في استيفائهما بسبب تأخر وصولها واجرائهما أو تهرب الاشخاص المطلوب تبليغهم من التبلغ بها.

لهذا نرى ان دراسة الموضوع أو عامل التبليغات القضائية هي مسألة داخلية بحث بحيث لا يمكن تعميم هذه الدراسة او تطبيقها على بلدان أخرى.

والسبب الثاني يرجع الى ان وزارة العدل العراقية قد قررت اجراء دراسة خاصة عن التبليغات القضائية/المعوقات والحلول. وطلب مني اعداد هذه الدراسة ، لهذا وخشية من التكرار في موضوعات البحوث فقد افردنا لموضوع التبليغات القضائية بحثا خاصا ، فطعنا فيه شوطا كبيرا ، نأمل الانتهاء من اعداده قبل نهاية هذا العام ان شاء الله.

والله ولي التوفيق

الدكتور علي جمعة محارب
الأباحت في مركز البحوث القانونية
بوزارة العدل العراقية - بغداد
1988/9/28

مراجع البحث

أولاً : كتب ورسائل وأبحاث ومقالات :

- 1 - د. أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، القاهرة
- 2 - د. ادم وهيب النداوي : شرح قانون الاثبات ، ط 2/ 1986
- 3 - د. ادم وهيب النداوي : فلسفة قانون المرافعات في قضاء محكمة التمييز، مجلة العدالة ، ع 3 س 4 ، 1978
- 4 - د. انيس ثروت الاسيوطي مبادئ القانون ، الجزء الاول
- 5 - المستشار انور العمروسي : التشريع والقضاء في الاسلام ، الاسكندرية 1984
- 6 - الأستاذ حافظ سايق : نظرة عامة في القضاء في الجمهورية العربية المتحدة وفي الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية س. 4 ع 1
- 7 - حامد فهمي ومحمد فهمي : النقض في المواد المدنية والتجارية
- 8 - د. حسن علي الذنون : فلسفة القانون
- 9 - د. حسن كبيرة المدخل الى القانون ، الاسكندرية ، 1974
- 10 - د. رؤوف عبيد : مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري ، القاهرة ، 1978
- 11 - د. سليمان محمد الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الاسلامي ، القاهرة ، 1979
- 12 - د. سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، الاسكندرية ، 1968
- 13 - د. سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة في الاثبات ، الاسكندرية،

- 14 - د. صالح محسوب : فن القضاء ، ط 1 بغداد ، 1982
- 15 - الأستاذ صدام حسين : تطبيق العدالة بباب مباشر الى قيم الله سبحانه وتعالى بدون حارس وفواصل ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1988
- 16 - د. صفاء الحافظ : آراء في اصلاح الاجهزة القضائية في العراق ، مجلة القضاة التي تصدرها نقابة المحامين في العراق ع 1 و 2 بغداد 1972
- 17 - الأستاذ صلاح الدين عبد الوهاب : الدعوى الكيدية ، مجلة المحاماة المصرية ، ع 6 س 34 1954
- 18 - الأستاذ ضياء شيت خطاب : فن القضاء ، النظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984
- 19 - الأستاذ ضياء شيت خطاب : تبسيط اجراءات التقاضي ، مجلة العدالة يصدرها مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ع 1 و 2 ، 197
- 20 - طه أبو خير : حرية الدفاع ، الاسكندرية ، 1971
- 21 - الأستاذ عبد الامير العكيلي ود. سليم حربة : أصول المحاكمات المزائية ، ج 1 و ج 2 1980 - 1981
- 22 - الأستاذ عبد الباقى محمود سوادى : مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، بغداد ، 1979
- 23 - عبد المبارى ناجي صالح : مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، بغداد ، 1975
- 24 - د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الاول

- 25 - د. عثمان خليل عثمان : دور القضاة الاداري في نشاط الجهاز الحكومي ،
بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني
التي تصدرها وزارة العدل ع 1 1966
- 26 - د. عبد الرزاق السنوري : علم أصول القانون : بغداد ، 1936
- 27 - د. عطية مصطفى : القضاء في الاسلام 1967
- 28 - د. علي جمعة محارب : التأديب الاداري في الوظيفة العامة ، رسالة
دكتوراه القاهرة ، 1986
- 29 - د. علي جمعة محارب : التظلم الاداري والطعن القضائي مقالة منشورة
في جريدة العراق/بغداد بتاريخ 987/7/25
- 30 - د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ط 2 القاهرة 1981
- 31 - د. محمد محمود ابراهيم : النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى
- 32 - محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،
ط 1974/9
- 33 - د. محمود محمود مصطفى : نموذج لقانون العقوبات ، القاهرة/ 1976
- 34 - د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الاجراءات الجنائية ، القاهرة ،
1982
- 35 - معاوض عبد التواب : شرح قانون المحاماة المصري ، الاسكندرية 1983
- ثانياً : الدساتير والقوانين :
- 1 - الدستور العراقي الصادر 1970
 - 2 - الدستور المصري الصادر 1971
 - 3 - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 سنة 1968
 - 4 - قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري 1968/13

- 5 - قانون حول المحاكمات الجزائية رقم 3 / 1971
- 6 - قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم 150 / 1950
- 7 - قانون الخدمة والتقاعد العسكري رقم 1 / 1975
- 8 - قانون تنظيم ايجار العقار رقم 17 / 1973
- 9 - قانون الجزاء الكويتي رقم 16 / 1960
- 10 - قانون المعهد القضائي رقم 33 / 1976
- 11 - قانون الاثبات رقم 107 / 1979
- 12 - قانون العقوبات رقم 111 / 1969
- 13 - قانون التنظيم القضائي رقم 160 / 1979
- 14 - قانون الادعاء العام رقم 159 / 1979
- 15 - قانون رعاية الاحداث رقم 76 / 1983
- 16 - قانون مركز البحوث القانونية رقم 101 / 1979
- 17 - قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 / 1979
- 18 - قانون المدني العراقي رقم 40 / 1951
- 19 - قانون المحاماة العراقي رقم 173 / 1965
- 20 - قانون المحاماة المصري رقم 17 / 1983
- 21 - قانون اصلاح النظام القانوني رقم 35 / 1977
- 22 - قانون الاثبات الكويتي 1980

ثالثا : المجالات القانونية ومجموعات الاحكام القضائية