

المملكة المغربية
وزارة العدل
المعهد الوطني للدراسات القضائية

العدد 26

ماي 1993

مجلة المحاماة
القضائية

- * المحاضرة الافتتاحية للحلقة الدراسية المتخصصة في مادة الاحوال الشخصية والتوثيق
- * التنسيق والبحث في ميدان حوادث الشغل وطب الشغل
- * الجنسية المغربية من خلال بعض الدراسات الجامعية
- * النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في المبيع
- * قراءة في تاريخ القضاء الاداري
- * المحاماة ومساعدة القضاء
- * المذاهب الفقهية في الاندلس وابن حزم الظاهري

p.31 → p.48

009548-AN

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 009548 تاريخ 07/05/14
مجذبة 87

سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية

الأستاذ عبد العلي العبودي
رئيس غرفة بالمجلس الأعلى
رئيس شعبة الأحوال الشخصية
بالمعهد الوطني للدراسات القضائية

بناء على مقتضيات المقطع الثالث من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه :

« يجوز للقاضي بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية، واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها ».

مقدمة :

1 - إذا كانت العلاقة الزوجية، قد حظيت ولدى مختلف الأمم والشعوب باهتمام كبير، واعتبرت الديانات شأنها عظيما، وكل خطأ قد يؤدي إلى عدم إسعاد الزوجين في حياتهما جسيما، فإنها رغم ذلك عرفت، وعلى مر السنين، اضطرابات هددت أركانها بالسقوط في أحسن الأحوال، أو حطمت بنيانها بالمرّة في أسوأها، وما أكثر ما يشاهد من ذلك الآن، وفي العديد من الأوساط الاجتماعية، على اختلاف مستوياتها.

وعقد الزواج الذي يعتبر تنظيمه، من أولى الأولويات، لما يحاط به عادة من ضمانات قانونية، وهالات اجتماعية متنوعة، كان ولازال من أهم العقود التي نالت من الدراسات ما يناسب غاياته النبيلة، والتي يوجد من أهمها

حفظ الجنس البشري من الانقراض، والنسل الانساني من الاضمحلال، هذا الانسان، الذي يسعى جهده، لتوفير كل ما يضمن استمرار وجوده، واطراد بقائه وازدهاره، سواء في حاضره الذي يعيشه، أو كذلك في المستقبل الذي ينتظر فيه عيش ذريته من بعده، ولعل الزواج الذي أبرم عقده صحيحا، يحقق العديد من أسباب ذلك الوجود المستمر والبقاء المزدهر.

ولا يخفى أن المسؤولين في أي أمة، لا ينسون أنهم مطالبون بتوفير أسباب العيش الكريم، في مجتمع صالح، تحيا الاسرة فيه سعيدة مطمئنة، بعيدة عن جميع ما يؤدي بها الى التنافر والاضطراب، لاي سبب من الاسباب.

وفي المجتمع الاسلامي خاصة، كان الزواج، ولازال أيضا مقصودا به تحقيق روح الالفة والمودة، والانس والرحمة، والتكافل والتضامن بين الزوجين، في مختلف الظروف وسائر الاحوال، حيث يقول سبحانه وتعالى :

- « هو الذي خلقكم من نفس واحدة، وجعل منها زوجها ليسكن إليها⁽¹⁾ كما يقول جل شأنه :

- « ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم أزوجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »⁽²⁾

وجاء المشرع المغربي في الفصل الاول من مدونة الاحوال الشخصية بتعريف للزواج قائلا :

(1) الآية 189 من سورة الاعراف.

(2) الآية 21 من سورة الروم.

« الزواج ميثاق ترابط و تماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحسان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة لتكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام »، جامعا في هذا التعريف، تلك المعاني السامية التي يهدف أساسا الزوجان -والشرع معهما أيضا - إلى تحقيقها، من عقد زواجهما، إذ من المعروف شرعا وقانونا أنه لا قيمة لزواج لم يتم الإشهاد على عقده، ولم يراع عاقده ذلك الهدف منه وتلك الغاية المرتبطة به بل بني فقط على محض مصلحة مادية، أو وجد لنزوة طائشة سرعان ما تذهب غايتها بزوال لذتها.

- أركان الزواج وشروطه :

2 - ولعقد الزواج أركان، لا تتحقق ما هيته إلا بها، وشروط لا ينعقد صحيحا إلا بتوفرها، فالأركان هي : الزوجان، والصيغة، والمهر، والولي، على تفصيل في احكام هذه الأركان، وفي الألفاظ التي تعتبر صيغة معبرة شرعا عنها، وفي شروط الولي، وترتيب الأولياء إن تعددوا.

أما شروط الزواج، فمن أهمها، الإشهاد، على اختلاف في الوقت الذي يتعين القيام به، هل هو وقت العقد أو هو وقت الدخول، ولو كان بعد ذلك.

قال صاحب التحفة :

المهر والصيغة والزوجان	ثم الولي جملة الأركان
وفي الدخول الحتم للإشهاد	وهو مكمل في الانعقاد

3 - والذي يعيننا شرح مدلوله وأحكامه في هذا المقام هو المقتضيات القانونية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية، المطبقة حاليا قبل

غيرها، والمتعلقة خاصة إما :

1 - بشروط صحة عقد الزواج، كما تضمنها المقطع الأول من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، والذي ينص على أنه :
« يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد، الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه، ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتفويضها له ».

2 - أو بطلب تصحيح زواج ما، تم دون احترام للمقتضيات السابقة ولكن يطلب اعتباره صحيحا، تطبيقا لأحكام المقطع الثالث من الفصل المذكور، والذي ينص على أنه :
« يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية، واعتماد البينة الشرعية في إثباتها ».

ولقد طرحت الصفة الاستثنائية هذه عدة إشكالات، وحملت معاني مختلفة، تبعا للتباين الحاصل حولها في الآراء، لم يخل منها ميدان حتى ميدان التطبيق العملي للمقتضيات السابقة، نتج عنه أحيانا من الآثار ما يدعو إلى الإسراع بوضع حل مناسب لها، سواء بالنسبة لمن يرى أن الصفة الاستثنائية كانت لوقت محدود يتحتم قصرها عليه، أو لمن يرى بأن صفة الاستثناء هذه لازالت تحدث، بسبب بقاء موجباتها، لهذا الاعتبار أو ذاك.

مما يبرر العمل بها حتى الآن، وخاصة في الحالة التي تكون فيها البينة الشرعية، هي الوسيلة الوحيدة، والمعتمدة في إثبات دعوى الزوجية، وكان الحكم في النزاع متوقفا على اعتمادها، اعتبارا للقاعدة المشهورة : « كل نازلة لها حكم خاص بها » .

ولذلك فسنحاول بقدر ما يسمح به الوقت ويقبله المقام، إجمال حديثنا في
المطالب الآتية :

- **المطلب الأول** : وبحث في الصفة الاستثنائية التي قصدت في
الفصل الخامس، وذلك عن صياغته ودواعيها التي كانت تبيح قبول الإثبات
بغير شهادة العدول.

- **المطلب الثاني** : ويتناول بالشرح البيئة الشرعية غير العدلية
المقبولة في إثبات دعوى الزوجية.

- **المطلب الثالث** : ويتعلق بالتطبيقات القضائية لنص الفصل
الخامس من مدونة الأحوال الشخصية.

وفي خاتمة نطرح فيها ملاحظات وتساؤلات يجب البحث بجد عن الجواب
عليها.

المطلب الأول : الصفة الاستثنائية : الأصل في إيجادها،

ودواعي اعتمادها

4 - سيكون اعتمادنا أساسا، بالنسبة للصفة الاستثنائية خاصة، على ما
قيل عند صياغة النص المذكور، وأثناء مناقشته من طرف لجنة التدوين من
موجبات، ليصبح في شكله الحالي، هذه الموجبات التي كان من أهمها، الظروف
التي دعت اللجنة إلى اعتبارها آنذاك، حفاظا على الحقوق من الضياع، وصيانة
للأنساب من الانقطاع، كما أثبتها مقرر لجنة التدوين في عرضه الذي قدمه
للجنة المناقشة.

- فما هو إذن قصد المشرع وغرضه من صياغة النص الأولي للفصل الخامس من المدونة ؟

ولماذا وقعت إضافة المقطع الأخير منه حاليا على الخصوص من طرف لجنة التدوين فيما بعد ؟

وهل كان ذلك مرتبطا بالزمان الذي يوجد به شاهدان عدلان أو لا يوجدان ؟ أو بالمكان الذي وقع فيه الزواج ؟ أو بحالة الأشخاص الاجتماعية والفكرية ؟ أو لغير هذه الاشياء ؟

ليتأتى على ضوء ما ذكر كله أو بعضه مراعاة ما يجب ، دون إهمال لهذا الجانب أو ذلك، مما يكون سببا داعيا لسماع دعوى الزوجية، واعتماد البينة الشرعية في إثباتها، وعند فقدان ذلك في عدم سماع تلك الدعوى، ترك الاعتماد على تلك البينة وطرحها حاليا، ورفض الدعوى المبنية عليها.

5 - وبالرجوع إلى التقرير الذي حرر أثناء التدوين للنص المذكور يتبين لنا أن الفصل الخامس من المدونة في المشروع الأولي الذي قدمته وزارة العدل للجنة التدوين سنة 1957 نجده حاليا من الصفة الاستثنائية، ومقتصرا على ما يجب أن يشترط في عقد الزواج من حضور شاهدين عدلين، سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوجين (وموافقة الولي مع التي لم تصل سن الرشد القانوني، فاهمين المقصود بهما، وتسمية مهر للزوجة).

وفي مذكرة التقديم التي بينت فيها وزارة العدل السبب الداعي لصياغة النص على الشكل المقدم به للجنة، جاءت العبارة التالية : « وذلك حسما للنزاع الذي قد يحدث في تقدير المهر، وما قد يحدث من التردد عند الفصل



بين الإيجاب والقبول، ولو لمدة يسيرة (مع ما قد يحدث من اعتراض ولي
الزوجة لها، إذا كانت قاصرة) **كل ذلك حفظا للمصلحة** ..

وأثناء مناقشة المشروع من طرف لجنة التدوين، ظهر لها أن المقصود
بحفظ المصلحة هناك، هو تعليل لعدم الفصل بين الإيجاب والقبول، لا للشهادة
نفسها، كما جاء ذلك موضحا في عرض مقرر هذه اللجنة، بعد نقله الآراء
الفقهية التي تتعلق بزواج السر، أو بالإشهاد على الزواج.

وهل هو شرط في الزواج ؟ وما هو وقته المحدد له : هل هو عند العقد،
أو عند الدخول ؟ حيث قال :

والخلاصة أنهم - أي الفقهاء المشار لأرائهم فيما قبل عنده - متفقون
على أنه لا يجوز نكاح السر، واتفقوا على اشتراط الإشهاد، واختلفوا هل يقوم
الإعلان مقامه أم لا ؟ والذي جرى به عمل المتأخرين هو التشدد في الإشهاد
على أنه شرط في صحة العقد، وهو ما مشى عليه المشروع - أي مشروع وزارة
العدل - والمفهوم من المذكرة - أي مذكرة وزارة العدل أيضا - اشتراط وقوع
الإشهاد في مجلس واحد من باب الاحتياط للمصلحة، فإذا أقره ولي الأمر كانت
من باب سد ذرائع الفساد، التي هي من أسس التشريع الإسلامي (1).

وحيث إنه سد الذريعة، فينبغي أن يبقى حق إثبات الزوجية قائما للذين
لم يسبق لهم كتابة العقود، وهم الأغلبية الساحقة من رجال البادية، ونظرا لما
جرى به العمل من ثبوت الزوجية ولو بالبينة (2).

(1) وفي المذهب المالكي بالخصوص، إذ هناك أقوال وتفصيلات خارجة عنه بشأنها.

(2) مضافا مقرر لجنة التدوين : إذا كان إثبات القتل يقع بالبينة، وقد ينبنى عليه إعدام القاتل، فكيف
لاتثبت الزوجية بها، وهي مقارنة لها وجاهتها.

6 - ولقد أثبت المرحوم الأستاذ علال الفاسي في كتابه التقريب، وهو الذي كان مقررا للجنة التدوين، تعليقا له على نص الفصل الخامس - محل درسنا - قائلا : «وسد الذريعة لا يعني إلغاء حالة اعتبارها الفقه الإسلامي في المغرب موافقة لروح الشرع، ولذلك ينبغي أن يعد الأصل هو وجوب الإشهاد، ولكن يبقى على إمكان إثبات الزوجية بالبينات عدلية، أو لفيفية، وطلبت (1) إضافة الفقرة الثالثة من الفصل الخامس، وقد صادقت اللجنة على ذلك، فأقرت ماجرى به العمل من إثبات الزوجية بالبينات المعروفة، ولكن بصفة استثنائية، إلى أن يتعود الناس عادة الإشهاد على الزواج في مجلس العقد، أي بواسطة شاهدين عدلين سامعين للإيجاب والقبول في مجلس واحد» (2).

- وهكذا أصبح الفصل الخامس المذكور يتكون من ثلاثة مقاطع، الأول : يشترط في عقد الزواج الإشهاد بعدلين، بالشكل والصفة المذكورة في هذا المقطع، والثالث المضاف، يجوز للقاضي سماع دعوى الزوجية وقبول إثباتها بغير شهادة العدلين.

ولعل هذا يظهر لنا بما فيه الكفاية أسباب الإتيان بصفة الاستثناء، التي طرحت منذ سنة 1958 إشكالات يتعين حلها بما يناسب المصلحة (3).

(1) الضمير في طلبت بالرفع، أي أن علال الفاسي هو الطالب.

(2) كتاب التقريب شرح مدونة الاحوال الشخصية للمرحوم علال الفاسي ص : 116 وغيرها.

(3) ونعتقد أن الحل يجب أن يكون بعد البحث عن الأصلح من الحلول، حيث إنها كثيرة، وأقربها هو إلغاء

المقطع الثالث برمته

المطلب الثاني : التعريف بالبينة الشرعية

7 - نظرا لما لأسباب إضافة المقطع الأخير للفصل الخامس من المدونة، والذي جاء بذكر البينة الشرعية وصفة الاستثناء هذه.

ونظرا لما لهذه البينة بالذات من أهمية في موضوعنا أيضا، فإنه لا بد من كلمة حولها تبين القصد والحقيقة من أمرها كما تبين سبب العمل بها عند من سبقنا، حتى وصلت إلينا على الشكل الذي نعرفها به الآن، كحجة في الإثبات. فالبينة بمعناها العام، هي كل ما يتبين به الحق، بيانا يجعل الحاكم يقتضاها مطمئنا إلى صدق ماورد في فحواها، صدقا يقتنع هو به أولا، ويقنع غيره به بعد ذلك ثانيا، أي يقنع غيره بكون تلك البينة مطابقة للحقيقة، ومن ذلك شهادة اللفيف التي يتم بها عند توفر هذه الصفة الاستثنائية إثبات واقعة الزواج.

8 - وإذا كان الوقت الذي بدأ العمل بقبول شهادة اللفيف، لا يعرف بكيفية مضبوطة، فإننا نجد في كلام الفقهاء السابقين ما يؤكد وجود ما يشبه هذا النوع من البيئات، إما بشكل أو بآخر، وذلك منذ أمد بعيد، إذ جاء في التبصرة نقلا لقول ابن أبي زيد : إنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدل، أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثله في القضاء ليلا تضيع الحقوق، وعلق الإمام القرافي على هذه العبارة بقوله : ما أظن أحدا يخالف في هذا، وقال ابن عات من الفقهاء المشهورين : إن أهل البادية إذا شهدوا في حق ولم يكن فيهم عدول، أنه يستكثر منهم، ويقضى بشهادتهم، وفي الدر النشير

لأبي الحسن الصغير : لا بد من شهادة العدول، ولا مستند اللفيف، ولا أصل لعدده المحدد في اثني عشر شاهدا، وإنما هو شيء اصطلاح عليه المتأخرون لتعذر وجود العدول في كل وقت، وفي كل موضع، وفي كل نازلة... واللفيف غير العدول في الموضع الذي لا عدول فيه، تقبل شهادته، إذ لو أهدرت هذه الشهادة لما جاز للناس بيع ولا شراء، ولاتم لهم عقد نكاح، ولا غير ذلك من الأشياء التي تتوقف عليها الشهادة، والعمل باللفيف مما أجزى للضرورة، وهي تقريبا المعبر عنها حاليا في المقطع الأخير من الفصل الخامس من المدونة - بالصفة الاستثنائية - وذلك كي لاتهمل الحقوق أو يضيع كثير منها.

والناس دائما في معاملاتهم - زواج وغيره - أحوج ما يكونون إلى من يشهد لهم، وإلا ضاع الكثير من حقوقهم.

قال أحد فقهاء القرن الحادي عشر الهجري: « وسبق لبعض الشيوخ قبل وقتنا هذا أن منعوا قبول شهادة اللفيف، حتى اشتكى الناس من ضياع الأموال والحقوق فأجازوا قبولها، فيما يتفق حدوثه حيث لم يحضر العدول» (1).

9 - فإذن فالبينة الشرعية التي يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية بناء عليها، واعتمادها في إثباتها، لاتعدو أن يكون من بينها اللفيفيات المعروفة، وهي التي جرى عمل المتأخرين بها ممن سبقوا عصرنا بعدة قرون، واستمر ذلك العمل جاريا عليها، ومسترسلا دون انقطاع بها إلى الآن، وفي العديد من المنازعات، تعلق الأمر بإثبات دعوى الزوجية أو بإثبات حقوق أخرى غيرها.

(1) من كتاب : العرف والعمل للدكتور عمر بن عبد الكريم الجيدي - طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وكتاب شهادة اللفيف للمرحوم العربي الفاسي، طبعة دار إحياء التراث المغربي بتصرف.

وسميت باللفيف لاجتماع جملة من الشهود، صالحين وغير صالحين فيها، وصاروا بجماعتهم تلك كأنهم كانوا ملتفين حول الواقعة للشهادة لما علموه فيها، أو طلب منهم الأداء بما في علمهم حولها لفائدة هذا الشخص أو ضده.

والبينة باللفيف التي تسمع الدعاوى التي تقام بناء عليها، ومنها دعوى الزوجية في ظروف خاصة أو بصفة استثنائية كما عبر عنها المقطع الثالث من الفصل الخامس من المدونة، اشترط الفقهاء فيها شروط خاصة (1) زيادة على الشروط العامة، ومن تلك الشروط الخاصة التي يجب أن يعتبر هنا، هو شرط وجوب التنصيص في شهادة اللفيف على أركان عقد الزواج، وذلك كحضور الولي، وبيان قدر الصداق، وكيفية دفعه أو قبضه، إن تم القبض لكليه أو لبعضه، وصيغة الإيجاب والقبول، ولم يقل أحد بترك شرط الإشهاد على العقد بل إنهم قالوا بفسخه إن تم الدخول بدونه : قال خليل : « وفسخ إن دخلا بلاه » أي : أن الزواج الذي تم بدون إشهاد يفسخ، إن دخل الزوجان دون أن يقيما إشهدا على زواجهما مع اعتبار ما يمكن ان يترتب على ذلك ودون شك من حقوق لهذا الطرف أو ذاك، أو لغيرهما.

ولذلك ورغم الحاجة إلى شهادة اللفيف، سواء في السابق أو اللاحق، فإن الذين أجازوها، وقبلوا العمل بها اشترطوا للشهادة فيها شروطا عامة وشروطا خاصة - كما يتقدم - لا ينبغي غض الطرف عنها.

ففي لامية الزقاق : « وكثرن بغير عدول » أي : يشترط لإعمال شهادة غير العدول أن يكون عددهم كثيرا ولا يكتفى في البينة بهم باثنين كشهاد

(1) زيادة على ما هو مشروط هنا في لفيفية إثبات الزوجية.

العدول، وقد تتعدى الكثرة المذكورة في بعض الحالات اثني عشر شاهداً، ولكن حدد بعضهم أقل عدد لها في اثني عشر شخصاً، حتى تكون شهادتهم مساوية في القيمة لشهادة العدلين، كما اشترطوا في هؤلاء الشهود أن يكونوا مستوري الحال، أي : لا يعرف عنهم ما يعتبر قدحا في شهادتهم، أو يقلل من قيمتها في الإثبات، بل يجب أن يكونوا ممن تتوسم فيهم المروءة ولا يوصفون بحال بأوصاف دنيئة.

قال صاحب العمل الفاسي :

« لا بد في الشهود في اللفيف من ستر حالهم على المعروف »

كما قال : « وحده في الغالب اثنا عشر ».

10 - ومن دون شك، فإننا لا نبعد عن الحقيقة كثيراً، إن لم نقرب منها كذلك، إذا قلنا بأن نفس الأسباب والموجبات التي دعت لقبول العمل بشهادة اللفيف سابقاً، ولا زالت نسبياً موجودة، وإن اختلفت أشكالها في بعض الأحيان، رغم المجهود الجبار الذي قامت به وزارة العدل في السنوات الأخيرة، من العمل على توفير العدول وملء أقسام التوثيق بالعديد منهم في كل ناحية مهما بعدت، قصد إغناء الناس عن الالتجاء لغيرهم من الشهود غير العدول.

المطلب الثالث : التطبيقات القضائية للفصل الخامس من مدونة

الأحوال الشخصية

11 - وفيما يرجع للتعامل مع نص الفصل الخامس من المدونة بمقطعيه،

وخاصة عند طلب الخصوم تطبيقه على دعاويهم، أو رفضهم لتطبيقه على تلك الدعاوى، فإن ذلك يتم بالبحث عن رأي القضاء حوله فيما صدر عنه من قرارات خلال الفترة الممتدة منذ تاريخ بداية العمل بهذا النص، وذلك لمعرفة ما تقرر

على ضوءه عند البت في النوازل التي عرضته على المحاكم، من خلال عرضنا لعدد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى والتي أعطى فيها رأيا ما، سلبا أو إيجابا.

12 - ونعتقد أنها كافية لتعكس ما يمكن أن يكون قد استفاده المهتمون خاصة والمواطنون عامة من النص المذكور ومن التطبيقات القضائية حوله، في فترة تجاوزت الثلاثين سنة، كما قد تبين تلك القرارات تفاعلات المقتضيات المذكورة وتأثيراتها على الوقائع والنوازل الداخلة في مشمولات أحكام هذا الفصل بمقتضيه، تلك التفاعلات التي تفرز ما يجب عمله في المستقبل.

1 - فالمجلس الأعلى في قرار، ولعله من أوائل القرارات الصادرة له، تطبيقا لصفة الاستثناء في الموضوع، صرح : إن الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية تنص على أنه : يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية، واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها... ولذلك، حين يجد القاضي نفسه أمام واقع يفرض عليه شرعا أن يحفظ على زوجين - تم زواجهما بواسطة جماعة من المسلمين لاسباب قاهرة، بعد فاتح يناير من سنة 1958 - وهو وقت العمل به - (يحفظ عليهما) ترابطهما ونسلمها، يجوز له بصفة استثنائية أن يطبق مقتضيات الفقرة الأخيرة المذكورة(1).

وإمكانية اعتبار الصفة الاستثنائية، لأسباب قاهرة مذكورة نصا وروحا في هذا القرار، ولكن الى أي تاريخ، أو في أي مكان ينتهي أمرها ؟ لا ندري

(1) القرار الصادر بتاريخ 1962.3.19 مجلة القضاء والقانون عدد 54 س 6 دجنبر 1962 ص : 182

ذلك لأن المجلس علل رأيه بقوله : متى كان الأمر يتعلق بحفظ الترابط واتصال النسل، وهو أمر قد يحدث في كل زمان ومكان، دون تخصيص بأمد ينتهي إليه، وفيه أيضا ما يفيد جواز العمل باللفيف كهيئة شرعية، متى كانوا جماعة من المسلمين، وليس في شهادتهم ما يخالف روح الشرع أو نص القانون.

2 - أما في قرار آخر بعده، فصرح بأنه : إذا كان لا يصح عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد، الإيجاب والقبول، وجب على القاضي - إذا ارتأى تطبيق الصفة الاستثنائية المقررة في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية - (وجب عليه) - أن ينص في الحكم على أنه يطبق هذه الصفة الاستثنائية، وأن يذكر جميع الأحداث التي أباحت له أن يحكم بإثبات الزوجية، مع عدم إبرام عقد الزواج بحضور شاهدين عدلين (1).

3 - وفي هذا القرار، نلاحظ أن المجلس كان متشددا نوعا ما عندما ألح على وجوب ذكر جميع الموجبات والمبررات الداعية لاعتبار صفة الاستثناء، لإثبات زواج لم يتم إبرامه بحضور شاهدين عدلين، خلافا لما سبق له أن قال به من أن اعتبار حفظ الترابط واتصال النسل هو كاف في تصحيح عقد الزواج ولو بعد سنة 1958، وسنرى مزيدا من تشدده، ولربما كان بهدف التضييق من دائرة صفة الاستثناء والتقليل من إمكانية تطبيق المقطع الأخير من الفصل الخامس المذكور، في القرار الذي صرح فيه بأن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية : اشترط لصحة عقد الزواج، حضور شاهدين عدلين وإنما أجاز

(1) القرار الصادر بتاريخ 10 مارس 1969 مجلة القضاء والقانون عدد 96 س 10 برباير 69 : ص : 93

مجلة قضاء الاعلى عدد 5 برباير 69 ص 65.

للقاضي سماع دعوى الزوجية، واعتماد البينة في إثباتها استثناء، ويجب على المحكمة أن تبين الدواعي التي حملتها على إعمال هذا الاستثناء، حتى يتمكن المجلس من مراقبة وجود دواعي الاستثناء وأسبابه (1).

وقرر إبطال الحكم المطعون فيه، والذي كان قد اعتبر الصفة الاستثنائية، وحكم بصحة الزواج تبعا لذلك، واعتمادا على شهادة غير العدول من اللفيف.

4 - كما علل المجلس رأيه في قرار آخر بأنه : إذا كانت التبريرات التي ساقتها المحكمة لاتشعر بالأعذار الحقيقية للعدول عن إظهار العدلين، ولاتبرر الأخذ بالاستثناء الوارد في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، فإن الحكم يكون غير موضح للأسباب ويتعين نقضه.

فهل نستفيد من تعليله المذكور: إن المحكمة، إذا أوضحت صفة الاستثناء، يكون حكمها صحيحا ولاداعي لنقضه ؟ أم إن الأمر بخلاف ذلك، حيث يتنافى الأمر مع هذا الفهم ؟ لأن صفة الاستثناء قد لايتفق عليها، ولو كانت هناك ظروف تدعو إلى حفظ الترابط الزوجي والنسل من الانقطاع، وعلى كل حال فإن الأمر الذي لايمكن إغفاله، هو أنه لا أحد يتمكن من القول بجواز سماع البينة وإعمال صفة الاستثناء، إذا كان هناك ما لايمكن تجاهله أو ما هو مخالف لأمر الشرع، كحالة الزواج في العدة مثلا، لأن هذا لايقبل، ولو كان بشهادة شاهدين عدلين.

5 - وتعرض في الأخير لقرار صدر سنة 1986، حيث وضع المجلس فيه، بأن حالة صفة الاستثناء المبررة لسماع دعوى الزوجية ليست مقيدة بحالة

(1) القرار الصادر بتاريخ 1 فبراير 1971 مجلة القضاء والقانون عدد 24 نوفمبر 1971 ص 28.

معينة بل هي مرتبطة بوجود صعوبات اضطر معها المتعاقدان إلى عدم إظهار العدلين.

وكانت محكمة الاستئناف التي طعن في حكمها ، ورفض المجلس الطعن المقدم ضده ، قالت بأن زواج الطرفين ثابت بشهادة الليف المدلى به وباستفسار شهوده أمام القاضي الابتدائي ، مما دعا هذا القاضي إلى قبول شهادة الليف المستفسر في دعوى صحة الزوجية وإعماله لإثباتها ، رغما عن عدم إدلاء مدعي الزوجية بالإشهاد على طرفيها بواسطة شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الايجاب والقبول.

ولنتساءل هنا ، هل يمكن الاتفاق على تحديد نوع الصعوبة التي يجب اعتبارها لتبرير اعتماد البينة الشرعية بسببها ؟ لأظن ذلك يتم الآن ، كما لم يتم من قبل.

13 - وبناء على كل ما تقدم فإننا نستطيع استخلاص وإبداء الملاحظات

التالية :

1 - إن نص المشروع المقدم للجنة التدوين سنة 1957 كان مرتكزا على وجوب انعقاد الزواج بالحضور أمام شاهدين عدلين سامعين الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، وذلك - كما عبر عنه - **حفظا للمصلحة** ، أي : خوفا على الحقوق من الضياع ، فيما إذا تراجع أحد الطرفين عن العقد ، بناء على أن زواجا بدون عقد هو كالوعد به ، وهذا يعد زواجا باطلا لعدم الإشهاد عليه ، واعتبارا

لكون شرط الإشهاد عند المتأخرين كأنه ركن للماهية (1) لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل (2) ولما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل (ثلاثا) وهو ما يدل على أن الاتجاه كان هو عدم اعتبار أي زواج يتم بدون إشهاد العدلين، للشكل والكيفية المنصوص عليها في المقطع الأول من الفصل الخامس.

2 - إن مناقشة المشروع الأولي لوزارة العدل من طرف اللجنة، نتج عنها تغيير الاتجاه المذكور، كما يثبته مقررها في تعليقه على كلمتي **حفظا للمصلحة**، بكون المقصود بها هناك، وهو تعليل لعدم الفصل بين الإيجاب والقبول، لا للشهادة نفسها.

3 - إن إضافة المقطع الثالث للفصل الخامس كان بقصد تعديل الحكم الذي أوجبه المقطع الأول المشترط لوقوع الزواج صحيحا، يجب أن يتم وقوعه أمام شاهدين عدلين، والذي أصبح الأمر بعد إضافته هو إمكانية سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، ولو تم زواج مادون حضور هذين الشاهدين العدلين...

4 - إن التعديل أو التتميم المذكور، بني أساسا على فكرة إعطاء مهلة للناس حتى يتعودوا على عملية الإشهاد على عقد الزواج بواسطة شاهدين عدلين ... لاعلى وجه البقاء لمدة دون تحديد، ولكنه كان من أجل أن ينتهي

(1) التقريب ص 116 للمرحوم علال الفاسي.

(2) شرح السنة للبغوي ج التاسع طبعة المكتب الإسلامي.

العمل به بمجرد ما يتعود الناس الإشهاد بعدلين وتصبح عادتهم تلك فتزول صفة الاستثناء، ولربما تلقائيا.

وأخيرا، لعل هذه الملاحظات تبيح لنا وضع هذه الأسئلة :

1 - هل تعود الناس على عقد زواجهم بحضور شاهدين عدلين سامعين الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بعدما أمهلوا لذلك هذه السنوات التي تزيد على الثلاثين ؟

2 - هل زالت صفة الاستثناء - لهذا أو لغيره - بعد مرور الزمان المذكور أو انعدمت الموجبات والمبررات التي كانت السبب في اعتبارها من قبل ؟

3 - هل يمكن أن يعتبر الآن كل زواج تم بدون إشهاد عدلين باطلا، ولاعمل على إثباته بغير العدلين، من البيئات الأخرى كشهادة اللفيف ؟

4 - هل إن هذا الاعتبار لا يؤثر على حقوق الناس ؟ زوجين كانا أو

غيرهما ؟

14 - إننا، نظرا لهذه الاشكالات المطروحة، في الملاحظات والأسئلة السابقة، نرى أنه لا بد من دراسة الأمر دراسة ميدانية معمقة، لمعرفة كيفية العقود المرتبطة بالصفة الاستثنائية أو بغيرها، ولعله يتضح الأمر بما فيه الكفاية بعد ذلك للمهتمين والمسؤولين على السواء - إدارة وقضاء وغيرهما - وبعد التعرف على حقيقة الأمر ومداه، مما سيثبت من الواقع وعلى ضوءه يمكن اتخاذ القرار المناسب، وشكرا على حسن الانتباه.

والله الموفق، والسلام عليكم ورحمة الله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه.

عبد العلي العبودي.

م. 49 → م. 73

007549-Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007549 - تاريخ 19/10/07
جريدة Ar

التسيق والبحث في ميدان حوادث الشغل وطب الشغل

الأستاذ محمد سعيد بناني
مستشار

رغم العناية التي أحاط بها المشرع المغربي طب الشغل والطبيب في حوادث الشغل، ورغم جهود السلطات العامة ووفرة النصوص القانونية في هذا المضمار، ورغم تسرب المبادئ التي يتركز عليها هذا الطب إلى أذهان أرباب العمل والاجراء بطريقة بطيئة ولكنها ملموسة، فإن ذلك لا يمنع من القول بضرورة السير نحو تطوير أكبر وتنسيق أكثر في مجال طب الشغل وحوادث الشغل.

إن التطرق إلى «التسيق والبحث في ميدان حوادث الشغل وطب الشغل» يجر إلى تقسيم البحث إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : طب الشغل : ويتضمن البوادر الأولى لطب الشغل، ومهام طبيب الشغل، ثم الصعوبات التي تعترضه كمستشار للمؤسسة.

القسم الثاني : الطبيب في حوادث الشغل، ويتضمن الحرية في اختيار الطبيب المعالج، والطبيعة القانونية للخبرة الطبية في حوادث الشغل، والترابط بين القاضي والطبيب في حوادث الشغل، ثم الخبرة الطبية كعنصر لتقدير الوقائع.

القسم الثالث : ارتسامات في امكانية التسيق بين طبيب الشغل والطبيب في حوادث الشغل.

القسم الأول

طب الشغل

أولا : البوادر الأولى لطب الشغل :

لقد توجه المشرع المغربي منذ صدور قانون الإلتزامات والعقود سنة 1913 إلى وضع البادرة الأولى الهادفة إلى حماية صحة الأجراء واستقرارهم الاجتماعي، فنص على وجوب استيفاء كل الشروط اللازمة لإبعاد الضرر عن الأجراء وتأمين صحتهم، وذلك بجعل أماكن العمل في مأمن من مخاطر الشغل، ووضع الأدوات والآلات في وضعية لا يخشى معها أحداث الضرر بهم، صيانة لحياتهم وصحتهم من كل أذى أو خطر⁽¹⁾. كما تشدد القضاء في قراراته قصد احترام هذه المقتضيات، وذلك بالحث على أخذ الاحتياطات بالنسبة لعمل الأجراء، والتي تجعلهم في وضعية تسمح لهم بممارسة عملهم دون تعريضهم لأي خطر. فاعتبر العمل بلباس فضفاض يتسبب في جر الأجير أو إصابته من طرف الآلة، بمثابة خطأ فادح من طرف رب العمل اتجاه هذه المقتضيات القانونية⁽²⁾.

على أن المشرع لم يفتأ أن أظهر تدخلاته بصفة استثنائية في بعض القطاعات التي تحتاج إلى رعاية أكبر، فأصدر ظهير 13 يوليوز 1926 المتعلق بتنظيم الشغل، إذ أشار إلى بعض القواعد الواجب احترامها بالنسبة للأجراء العاملين في المناجم والمقالع⁽³⁾. ولقد اعقب هذا الظهير عدة ظهائر أخرى⁽⁴⁾، توسعت في الاحتياطات والأجراءات الواجب اتخاذها من طرف أرباب العمل، حفاظا على صحة الأجراء، خصوصا في المعامل التي تشتغل بالمواد المضرة بالصحة.

وإذا كان طب الشغل قد عرف بوادر ظهوره في مراسيم وقرارات مبعثرة⁽⁵⁾، فإن ظهير 2

(1) الفصل 749 من قانون الإلتزامات والعقود، راجع بهذا الصدد الدكتور امال جلال، مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل

والامراض المهنية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - طبعة 1977، صفحة 17.

(2) محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 12 أبريل 1921 وآخر بتاريخ 20 فبراير 1924 - 72 (Répertoire XXIV)

Vol. 12, p. 72.

(3) الفصل 23 من ظهير 13 يوليوز 1926 المتعلق بتنظيم الشغل.

(4) ظهير 22 مايو 1928 وظهير 9 مايو 1931 على سبيل المثال.

(5) أشار الفصل الثاني من القرار الوزيري المؤرخ في 14 مارس 1946 المتعلق بالوسائل الواجب اتخاذها في ميدان الزواج

والنفع بالقم إلى الطبيب المعين في اطار المصلحة للشغل والذي يتقاضى أتعابه من طرف المؤسسة.

يوليو 1947 المتعلق بتنظيم الشغل — الذي حل محل ظهير 13 يوليو 1926 — يعتبر الانطلاقة النوعية المهمة، التي أبانت عن توجهات المشرع وتطلعاته في ميدان حفظ الصحة والسلامة، إذ نظم المبادئ المتعلقة بالنظافة والأمن والآداب كقاعدة عامة على كل المؤسسات، كما أضاف عدة استثناءات لا تتعلق بالمهنة فقط، بل بسن وجنس الأجير كذلك، وأظهر حرصا خاصا لصالح بعض الأجراء الذين يتميز عملهم بنوع من الخطورة كالأجراء العاملين في المقاولات المنجمية(6)، مقابل عدم الحرص الشديد بالنسبة للقطاع الفلاحي، وذلك لقلّة مخاطره على العمل بالمقارنة مع بقية القطاعات(7).

ولما لهذه المقتضيات من أهمية فقد دعهما المشرع بعقوبات زجرية، الهدف منها ردع ارباب العمل عن المخالفات المتعلقة بهذا الشأن(8).

والواقع أن المشرع المغربي لم يتناول طب الشغل بمعزل عن المقتضيات التي تساعد على حماية الصحة والأمان، إذ أن سلامة الأجراء لا تتأق إلا بسلامة العمل، حيث وجوب احترام مجموعة كبيرة من المبادئ والقواعد، وهذا ما أدى به إلى إصدار عدة مراسيم وقرارات تجاوزت السبعين، وهي تضم ما يزيد على 600 فصل، هذا بالإضافة إلى المقتضيات المتعلقة بأطباء الشغل، وكذا النصوص ذات العلاقة بمحوادث الشغل(9).

ثانيا : مهام طبيب الشغل

يعتبر طب الشغل تخصصا طبيا يتسم بخاصية تقنية أصلية، لأنه يتوجه نحو الوقاية، ولميدان خاص يتعلق بالأجراء العاملين فقط(10). وهو لم يبرز بصفة واضحة إلا بصدور ظهير 8 يوليو 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل، ومرسوم 8 فبراير 1958 المخصص لتطبيقه،

(6) القسم العاشر من ظهير 24 دجنبر 1960 المتعلق بالنظام الاساسي لمستخدمي المقاولات المنجمية، الذي أوكل إلى المندوبين مهمة احترام المقتضيات المتعلقة بالأمان والصحة وذلك بصفة مستمرة.

(7) تخصص ظهير 24 أبريل 1973 المتعلق بشروط تشغيل المأجورين الفلاحين وأداء أجورهم في الجزء الثالث المتعلق بالمحافظة على الصحة والسلامة ثلاثة فصول — 36 و 37 و 38 — فقط بهم بالأجراءات اللام احترامها.

(8) القسم الخامس من ظهير 2 يوليو 1947 والقسم الثاني عشر من ظهير 24 دجنبر 1960 والجزء الرابع من ظهير 24 أبريل (1973).

(9) راجع في هذا الصدد، على سبيل المثال النصوص المشار إليها في Paul LANCRE, Législation marocaine du travail, Imprimeries Réunies, 2ème, Tome I, F 83, - F202.)

(10) Pierre CATALINA, Conclusion, Droit social, Juillet - Août 1987, P 613. (10)

والذي أخذ في فصله الأول بالزامية طب الشغل على كل المؤسسات، سواء كانت صناعية أو تجارية أو فلاحية أو تعاونية أو مدنية، أو هيئات نقابية أو جمعيات وغيرها..

ولقد أخذ طب الشغل من خلال هذين النصين صبغة المؤسسة الاجتماعية، التي تدار من طرف رب العمل، ودون ان تقتصر على المؤسسات الكبرى، بل تمتد إلى المؤسسات الصغرى التي تستطيع أن تستقطب مصلحة طبية مستقلة، وذلك من خلال حل يقضي بهذا الالتزام من طرف المؤسسات مشتركة، مع ابقاء ادارة المصلحة الطبية من اختصاص رب العمل أو رئيس المصلحة المشتركة بين المؤسسات(11).

والملاحظ أن تطور التشريع قد لعب دوره في إعطاء مندوبي المستخدمين حق المراقبة، مادام الأمر يعني الاجراء مباشرة(12).

وبالرجوع إلى المقتضيات التشريعية في هذا المضمار تبرز الخطوط العريضة لطب الشغل متمثلة في مهمتين جوهريتين : طب الشغل وقائي، ويساهم في معرفة المراكز الملائمة لصحة الأجير.

1 — طب الشغل طب وقائي :

أكد المشرع المغربي في الفصل الأول من ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل، على أن المهمة الجوهرية لأطباء الشغل مهمة وقائية، تتركز على تدارك كل انحراف يقع في صحة الاجراء من جراء قيامهم بالشغل، وعلى الأخص مراقبة شروط المحافظة على الصحة والنظافة فيما يرجع لاختطار العدوى وحالة الاجراء الصحية، بالاضافة إلى استشارته في جميع المسائل المتعلقة بالتنظيم التقني للمصلحة الطبية للشغل(13)، وكذا فيما يخص تحضير جميع التقنيات الخاصة بالانتاج، والاطلاع على تركيبة المواد المستعملة في المؤسسة(14).

(11) الفصل 5 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق الظهير الصادر في 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(12) مرسوم 6 أبريل 1970 الذي أضاف فقرة جديدة بهذا الشأن إلى الفصل 5 من مرسوم 8 فبراير 1958.

(13) مرسوم 6 أبريل 1970 المعدل للفصل 9 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق الظهير الصادر في 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل.

(14) الفصل 16 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق الظهير الصادر في 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل.

وإذا كان المشرع قد أبان منذ البداية بأن الهدف وقائي لا يسعى إعطاء العلاج، فإنه يكون قد وضع حلاً يقي في إطار القاعدة العامة⁽¹⁵⁾ التي لا تخلو من استثناء، وهو ما يتجلى في دور طبيب الشغل العلاجي، إذ يسمح له بمعالجة الاجراء في الحالة التي يصابون فيها بحادثة شغل لا يترتب عنها انقطاع عن العمل، وان يقوم في الحالات الأخرى وبكل استعجال بالمعالجة التي تتطلبها حالة الأجير، على أن لا يمنع هذا الأجير في أي حال من الأحوال من حرية اختيار طبيب بمحض إرادته⁽¹⁶⁾. وبذلك يكون المشرع المغربي قد سار على نسق متناسك مع مقتضيات ظهور حوادث الشغل، التي تترك الخيار للأجير المصاب بالحادثة في التوجه إلى أي طبيب يختاره⁽¹⁷⁾، ومنسجم من جهة أخرى مع الواجبات العامة للطبيب⁽¹⁸⁾.

2 - مساهمة طب الشغل في معرفة المراكز الملائمة لقدرة الأجير الصحية :

يبدأ دور طبيب الشغل تقليدياً في إعطاء مفتش الشغل الحق في عرض الأجير الحدث الذي يتراوح عمره ما بين 12 و 16 سنة على طبيب قصد معرفة مدى ملاءمة العمل لطاقته، فإذا كان العمل غير مناسب لقدرته أمر بتسريحه من العمل أو بتوجيهه إلى عمل مناسب⁽¹⁹⁾. ولقد اعتمد المشرع هذا الحل الأخير بالنسبة للاجراء الفلاحين⁽²⁰⁾، وذلك عندما خول مفتش الشغل الحق في المطالبة بتشغيل الحدث في عمل يتلاءم وسنه.

(15) الفصل 15 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق الظهور الصادر في 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل :

— ان الطبيب المكلف بالشغل هو مستشار للمديرية، ولرؤساء المصلحة ولل مصلحة الاجتماعية فيما يتعلق على الأخص بالمسائل الآتية :

أولاً : الحرص على النظافة العمومية للمؤسسة على الأخص من حيث النظافة والتسخين والانارة وخرانة الملابس والمعاسل ومخلات بيع المأكولات وأنواع المياه والمشروبات.

ثانياً : نظافة المعامل ووقاية العملة من الغبار والأبخرة الخطرة والآفات.

ثالثاً : حراسة تدهيب الماجورين بمركز عملهم.

رابعاً : تحسين أحوال الخدمة وخصوصاً البنائات والتهينات الجديدة وتطبيق الكيفيات الفنية للشغل على الجسم الانساني واخراج المواد ودرس السرعة في الشغل.

(16) الفقرة الأخيرة من الفصل 15 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(17) راجع الفقرة 26.

(18) الفصل 5 من قرار 8 يونيو 1953 الخاص بواجبات الأطباء.

(19) الفصل 10 من ظهير 2 يوليوز 1947 المتعلق بضابط الخدمة والعمل.

(20) الفصل 13 من ظهير 24 أبريل 1973 المحدد لشروط تشغيل الماجورين الفلاحين وأداء أجورهم.

والملاحظ أن هذا المبدأ لم يعد وقفا على الحدث، بل أصبح قاعدة عامة تطبق على كل الاجراء، وهو ما أكده المشرع عندما اعتبر طبيب الشغل مستشارا للادارة، لاسيما فيما يخص مراقبة وملاءمة الأجير لمنصب العمل⁽²¹⁾، وهو بذلك يراقب الحالة الصحية للاجراء وفق النصوص القانونية المحددة لاجراءات الفحص ومدده، وتبعاً لنوعية المؤسسة وحجمها ومدى الاخطار التي تهدد الاجراء بها⁽²²⁾، والتي تكتسي طابع الالتزام، إذ أن الأمر في هذه الحالة لا يتعلق باختيار الطبيب من طرف الأجير كما هو الشأن عند اصابته بحادثة شغل، حيث تقتضي القاعدة العامة الحرية التامة في التوجه إلى أي طبيب يختاره المصاب.

إن الهدف من الفحوص الطبية في هذا المجال مرتبط بالتأكد من مدى موافقة قوة الاجير البدنية مع العمل الذي يقوم به منذ التحاقه به لأول مرة، وكذا عدم تعرضه لأضرار معدية قد تصيب زملاءه، أو بعد إصابته بالمرض أو الحادث أو أثناء فترات العمل، حيث تكون المراقبة دورية ويقتضي الأمر من طبيب الشغل في كل هذه الحالات أن يكون على اطلاع بمكان ونوعية العمل الذي يقوم به الأجير، وكل تغيير لظروف العمل أو خطورته يجعل المراقبة ضرورية، ولو كان تغيير مكان العمل قد لا يدخل ضمن تغيير البنود الجوهرية لعقد الشغل⁽²³⁾.

ثالثا : الصعوبات التي تعترض طبيب الشغل كمستشار للمؤسسة :

يمارس طبيب الشغل — باعتباره مستشارا لرب العمل⁽²⁴⁾ في كل ما له علاقة بصحة الاجراء، ووقايتهم من مخاطر حوادث الشغل — دورا مؤثرا، يفترض أنه شريك حقيقي في المؤسسة⁽²⁵⁾، وتمتد مهمته أساسا إلى الاطار الطبي، بالاضافة إلى ما ينبغي أن يتوفر عليه من امكانيات تؤهله للتأثير على الناحية الاجتماعية بل والاقتصادية، فعمله يمارس داخل هذه الخانات الثلاث، ودون اهمال لضرورة التحكم في الخصائص التقنية المستعملة بالمؤسسة والمناهج المتبعة فيها.

(21) الفقرة الثالثة من مرسوم 8 فبراير 1958 المتعلق بتطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل .

(22) الفصل 19 وما يليه من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق ظهير 8 يوليوز 1957، بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب علاقات الشغل الفردية الجزء 1 المؤسسة ونظام الاجراء فقرة 258 وما يليها.

(23) محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، الجزء 2 — عقد الشغل والتدريب المهني، الفقرة 436 وما يليها.

(24) راجع الفقرة أعلاه المتعلقة طب الشغل وطب وقائي.

(25) Bernard TEYSSIE, Prolégomènes sur la médecine du travail, droit social, juillet - Août 1987, P 561.

وإذا كان لطبيب الشغل دور في توجيهات المؤسسة قصد العمل على ما من شأنه أن يبعد أخطار الآلة، أو تحسين ظروف العمل بالنسبة لشخص الأجير، فهل يعد بتوجيهاته فعلا حتى تنتقل هذه الأخيرة من ميدان الرغبات إلى ميدان الحقيقة ؟ وكيف يستطيع طبيب الشغل وهو وفق الاجتهاد القضائي المغربي أجير تابع — وهو الاتجاه الذي سلكته بعض الاجتهادات العربية (26) — أن يحافظ على حرته وفق القواعد العامة، وان يشعر من لهم صلاحية المتابعة كمفتش الشغل (27) أو الطبيب المفتش للشغل (28) ؟

إن تسيب طبيب الشغل لرأيه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار في المسؤولية المدنية لرب العمل، وهو ما يتضح عادة في القضايا التي يطرد فيها الأجير من عمله بسبب عجزه عن القيام بالعمل المنوط اليه، اعتمادا على نقصان قدرته البدنية، وذلك عندما يصرح طبيب الشغل بخلاف ذلك، أو عند عدم احترام رأيه المسبق في أمر أدى إلى وقوع حادثة شغل.

وإذا كانت التجربة قد ابانت في فرنسا أن استقلالية وحماية طبيب الشغل لا تكفيان لحل المشاكل المتولدة عن نشاط الطبيب (29)، فإن المقولة قد تطبق على طبيب الشغل في المغرب، إذ قد تصبح المجابهة قائمة حول الرأي بين سلطة الطبيب وسلطة المؤسسة من جهة، وبين ما قد يتهدد طبيب الشغل من طرد لعدم وجود حماية خاصة، كما هو الشأن بالنسبة لمندوبي المستخدمين مثلا (30).

والواقع أن الفصل 15 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل قد وضع طبيب الشغل في موقع محرج يلزمه بالاطلاع على

(26) محمد سعيد بناني، تشريعات عقد العمل بالدول العربية — دراسة مقارنة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 1989، الفقرة 27، وهي تتضمن الإشارة إلى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 13 ابريل 1974 في الملف عدد 1569. غير منشور).

(27) حيث يتمتع باختصاص عادي طبقا لظهير 2 يوليوز 1947 المتعلق بضابط الخدمة أو العمل.

(28) الفصل 9 من مرسوم 8 فبراير 1958 المعدل بمرسوم 6 ابريل 1970 المتعلق بتطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(29) Jean LORIOT, Le rôle du médecin du travail dans l'organisation de l'entreprise, droit social, juillet - août 1987, P 595.

(30) يتمتع مندوب المستخدمين طبقا للفصل 15 من ظهير 29 أكتوبر 1962 المتعلق بتمثيل المستخدمين في المؤسسات بعدة ضمانات، كما توجه المشرع في الفصل 12 إلى بطلان اي اجراء تأديبي من طرف رب العمل لم يتخذ فيه رأي مفتش الشغل.

مبادئ صعبة، بل وتقنية دقيقة، والعمل لمصلحة المؤسسة التي يرتبط معها بعقد شغل الذي يتميز بالتسيير من طرف رب العمل، ويفرض عليه في نفس الوقت العمل لصالح الاجراء في إطار طب الشغل، وهو من منطلق هذه الأرضية التي تتجلى فيها الصراعات الاجتماعية، وتفتقد إلى نوع من التناسق القانوني، قد يحس بالضيق اتجاه مصالح الأطراف المختلفة، وذلك من خلال عدة صعوبات :

أ - الصعوبات القانونية والتقنية التي تعترض طبيب الشغل :

لاشك أن النصوص القانونية المتعلقة بالصحة والامان، والتي يعتمد عليها طبيب الشغل في عمله تأخذ حجما كبيرا لا يتوقف عن الانتفاخ، وهي تؤثر في نوعية الأعمال التي يقوم بها أطباء الشغل، اذ تعتبر نواة ضرورية وجيدة، وذلك بالنسبة للدور الذي يتقمصه في نصح الاجراء وقاية من الأمراض والمخاطر، وعلى الأخص فيما له علاقة بحوادث الشغل التي تشغل بال المؤسسات من حيث الأضرار. ولهذا فإن طب الشغل يبرز من خلال عدة ظواهر ومراسيم وقرارات احتكاكه بعدة قطاعات، الشيء الذي يؤدي إلى التساؤل حول مدى قيام أطباء الشغل بالمهام المنوطة اليهم، سواء لقلة عدد الساعات المخصصة لهم بالمؤسسة⁽³¹⁾، أو لتبعثر النصوص القانونية التي قد تجعل البعض منهم في منأى عن المعلومات الكافية للقيام بعملهم على أحسن وجه. ولهذا فإن وفرة النصوص القانونية لا تعني عدم وجود الصعوبات أو العراقيل العملية، واعتقد أن الآفاق المستقبلية للتشريع في هذا المجال ينبغي أن تهدف من بين ما تهدف اليه فتح الابواب لأعمال مشتركة في هذا الميدان، قصد تدعيم الاتجاه الرامي إلى التفكير في إيجاد الحلول التشريعية المناسبة، وتبرز في ذات الوقت. المكانة التي ينبغي أن يتبوأها طب الشغل.

ب - العقبات المالية :

إن تطور وتوسع مهام أطباء الشغل ادت بالمشرع المغربي إلى تنظيمهم داخل كل مؤسسة على حدة، أو على صعيد المؤسسات وذلك تبعا لعدد الاجراء العاملين بها⁽³²⁾، فالالتزام المؤسسة بنظام طب الشغل أصبح واجبا بقوة القانون، وهو يكبدها عبءا ماليا دون ان تجني

(31) الفصل 2 من مرسوم 8 فبراير 1958 المتعلق بتطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(32) محمد سعيد بناني، المؤسسة - نظام الاجراء، المرجع السابق الفقرة 261 وما يليها.

دائما الفائدة التي تريد انتزاعها منه، لاسيما عندما يستعين طبيب الشغل بتقنيين في الميادين التي يرى ضرورة الاستعانة بهم⁽³³⁾. وهنا تكون الاشكالية مطروحة في معرفة مدى سلطات طبيب الشغل في مواجهة رب العمل الذي يتحمل كذلك المصاريف التي تؤدي إلى التقنيين، اذن لن يكون له أي تأثير على مصير الأجير وصحته إلا إذا استطاع أن يؤثر على قرارات المؤسسة في ميدان تهيئة ظروف العمل.

وبالطبع، إذا كان طبيب الشغل أجيرا تابعا، فإنه لا يخول إمكانية المشاركة قانونا في تدبير المؤسسة، لان ذلك سيكون مخالفا لأبسط قواعد قانون الشغل، وهو أمر لا يتحقق حتى لبعض أصناف الاجراء الذين لهم علاقة بالريح المادي للمؤسسة، مثل الاجير الذي يتقاضى قسطا من أجرته بواسطة نسبة من الارباح.

إن المسألة تتعلق في الواقع بالجانب المادي للمؤسسة، فلا يستطيع طبيب الشغل إرغامها بمصاريف قصد تحسين ظروف العمل، ومع ذلك فإن الادبيات في الطب، بالاضافة إلى المقتضيات القانونية التي تعانق طب الشغل بالمؤسسة تؤدي إلى القول بأنه لا ينبغي ترك مصير الاجراء بيد رب العمل، ودون تدخل من طرف طبيب الشغل ضمن الشرعية القانونية التي يتمتع بها، والتي تحد من سلطة المؤسسة في التدبير، وإلا أصبحت أعماله دون آثار أو صدى، أي مجرد آراء ونصائح لا ترقى إلى ما يمكن اتخاذه عادة في إطار العمل الجماعي، كالضغط من طرف مندوبي الأجراء⁽³⁴⁾، وإشعار من يهمهم الأمر كمفتش الشغل، والطبيب مفتش الشغل⁽³⁵⁾، حيث إمكانية اتباع المسطرة لانزال العقوبات الجزية، وذلك دعما للخبرة بسلطة القرار.

ج - صعوبات طبيب الشغل في مواجهة الواجبات العامة للأطباء :

إذا كان طبيب الشغل بإمكانه استثناء معالجة الأجير المصاب بحادثة شغل عندما لا يترتب عنها أي انقطاع عن العمل، أو في الحالات الأخرى إذا كان الأمر يقتضي الاستعجال⁽³⁶⁾،

(33) الفصل 13 من مرسوم 8 فبراير 1958 المتعلق بتطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(34) راجع الفقرة أعلاه، مهام طبيب الشغل.

(35) مرسوم 6 أبريل 1970 المعدل للفصل 9 من مرسوم 8 فبراير 1958 المتعلق بتطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل.

(36) راجع الفقرة أعلاه، طب الشغل، طب وقائي.

فإن أهميته لا ينبغي أن تظهر مقلصة، أو أن نأخذ عنه صورة الطبيب الذي لا يعالج، إذ إن طب الشغل لا يعتبر طباً هامشياً أو ثانوياً⁽³⁷⁾، وإن كانت القاعدة العامة في هذا الميدان هي العمل الوقائي. وهو من هذا المنطلق عندما يتعارض مع مبادئ أخرى تجد سندها في طب الشغل قد يتخلى عن واجبات الطبيب بصفة عامة ليلتحق باختصاص ضيق لا يجد فيه نفسه ضمن ظروف العمل الطبيعية بل الجيدة والمتطورة.

إن توسيع مهام طبيب الشغل بهذا الاستثناء البسيط لا يضيف أهمية كبرى على القاعدة المتمثلة في عمله الوقائي ويتركه دائماً في حرج دقيق، لوجود قواعد عامة أخرى تلزمه مهنيًا وتدخل في إطار واجبات الأطباء الملزمة بعدم إيقاف العلاج إلا بابتعاد الخطر الذي يصيب الضحية، أو بعد إحالته على طبيب آخر⁽³⁸⁾، بل هناك من المقتضيات التي ترغمه تحت طائلة عقوبات زجرية إذا أمسك عمدًا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، إذا كان بإمكانه أن يقدمها أما بتدخله الشخصي أو بطلب الأغاثة⁽³⁹⁾.

د - الصعوبات العملية لطبيب الشغل في مواجهة أطراف العلاقة الشغلية :

إن طبيب الشغل لا يستقبل في غالب الأحيان استقبالًا إيجابيًا سواء من طرف أرباب العمل أو من طرف الاجراء⁽⁴⁰⁾.

— فمن جانب أرباب العمل يعتبر طبيب الشغل مكلفًا من الناحية المادية ويحسبهم بنوع من الضيق، لأنه يراقبهم في تدبير مؤسساتهم، وهو ما يؤدي إلى التساؤل : هل تعود أرباب العمل على التخلي عن بعض الامتياز المخول لهم في تدبير المؤسسة، وذلك بالانصات الجيد إلى ملاحظات أطباء الشغل، فيما يتعلق بكل ما يصيب الاجراء من أضرار ؟

إذا كانت هذه المقتضيات قد تحدث نوعًا من الصعوبات لأن طبيب الشغل يعتبر ضمن الاجراء الخاضعين للمقتضيات العامة لقانون الشغل، ولا يستطيع بالتالي أن يتصرف بمحض إرادته في الوسائل المادية والمالية التي تخضع لمراقبة رب العمل، سواء كان تابعًا للمؤسسة واحدة أو عدة

Jean CLOSIER, Médecin du travail et déontologie, droit social, Avril 1980, P 15. (37)

الفصل 5 و 25 من قرار 8 يونيو 1953 الخاص بواجبات الأطباء. (38)

الفصل 431 من ق الجنائي. (39)

Bernard TATIER, La médecinEYSSIE, Op cit, P 561. (40)

مؤسسات، فإن نصائحه من الناحية العملية قد تكون عديمة الصدى الإيجابي الذي يضيء على اجراء المؤسسة ضمان صحتهم، مما يؤدي إلى عدم أداء واجبه في مراقبة السلامة على الوجه المطلوب(41).

— ومن جانب الاجراء، فإن طبيب الشغل قد يظهر في أعينهم بأنه طبيب رب العمل، سيما وأنه لا يعتبر أداة لأداء المهمة التي ينتظرها منه الاجراء، وابتعاده عما يروونه ضروريا بالنسبة لهم في حل مشاكلهم الصحية الشخصية، علاوة على أنه لا ينظر في المخاطر التي تتفاقم عادة من جراء العمل. فعنصر التتبع قد يعتبرونه منعدا، وهذا ما جعل البعض يصرح : هل يمكن القول بأن طب الشغل قد ساهم على الأقل في التقليل من حوادث الشغل ؟ وإذا كان عمل طبيب الشغل وقائيا، فكيف يمكن اقناع الاجير بالمبرر القانوني الذي لا يسمح بالاستفادة من بعض العلاجات الممكنة داخل هذا الإطار، والتي بإمكان طبيب الشغل القيام بها عوض توجيهه إلى طبيب آخر ؟ وما هو الضرر في أن يحدد فترة العلاج والراحة مادام الأجير المصاب لا يمانع في ذلك ؟

ان طبيب الشغل في أعين الكل هو طبيب في كل الأحوال، وقد يكون من الصعب اقناع البعض بكونه يراقب ولا يعالج، كما قد يرى البعض في اقتصار النصوص التشريعية على المقتضيات الحالية ضياع لوقت الاجراء وضياع المالم.

ولقد تساءل في هذا الصدد الاستاذ J. Savatier ألا يكون التفريق بين الوقاية والعلاج موجها قبل كل شيء إلى حماية الطب الحر ضد المنافسة التي قد يسببها أطباء الاجراء الذين يمنحون خدماتهم مجاناً لمصلحة الاجراء في إطار المؤسسة(42) ؟

انه مهما يكن للنص التشريعي من مميزات قد تكون من جملة حماية قطاع الطب الحر، فإنه لا ينبغي نسيان أن عمل طبيب الشغل موجه لمصلحة الأجير، هذا الأخير الذي يبقى له مع ذلك الصلاحية التامة عند المرض أو الإصابة في اختيار الطبيب المعالج، وهو في هذا الجانب لا يرتبط بعنصر التبعية الذي يلزمه بطاعة رب العمل.

(41) فريق الاتحاد الاشتراكي وممثلو الكنفدرالية الديمقراطية للشغل يطرحون الصعوبات التي تعترض مناديب السلامة في قطاع المناجم، وذلك في سؤال شفوي وجه إلى وزير الطاقة والمعادن من طرف نائب برلماني من الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية وممثل عن الكنفدرالية الديمقراطية للشغل، جريدة الاتحاد الاشتراكي، العدد 2413 بتاريخ 15 مارس 1990، صفحة 2.

(42) Jean SAVe du travail dans le système de protection de la santé, Droit social, Avril 1980, P 10.

القسم الثاني

الطبيب في حوادث الشغل

إذا كان ميدان طب الشغل ميدانا نظريا لم يصل علم القضاء، وذلك لبقائه في إطار الجدل العملي القائم أساسا داخل المؤسسات، وبالتالي عدم تطوير نصوصه القانونية من الوجهة القضائية، فإن هذه الأخيرة قد أوجدت لها مجالا خصبا في قضايا حوادث الشغل المعروضة على المحاكم بكثرة، والمتسمة بالارتباط الوثيق بالشواهد الطبية اللازمة في كل ملف، وهو ما أبان الاشكاليات المتولدة عن النصوص القانونية المتعلقة بالطبيب المعالج. لقد خصص المشرع المغربي حيزا هاما للمقتضيات القانونية ذات العلاقة بالطبيب أو الشهادة الطبية، إذ اعتمد في هذا الصدد 76 فصلا من أصل 361 فصلا تكون ظهير 6 فبراير 1963 يغير بمقتضاه من حيث الشكل ظهير 25 يونيو 1927 بالتعويض عن حوادث الشغل، وهو ما يبين أن علاقة الطبيب بالحادثة علاقة قانونية متميزة تتضح في كثرة الفصول، وفي كثرة الحالات التي تجعله مرتبطا بها، إذ أن الشواهد الطبية التي يسلمها تبين مدى صعوبات التحديد في الكثير منها، وهي تتمثل في ستة أنواع: الشهادة الأولية، وشهادة التمديد، وشهادة استئناف العمل، وشهادة الانتكاس، وشهادة الشفاء وشهادة الوفاة⁽⁴³⁾، وتبرز كذلك أن عمل الطبيب موجود في كل ملفات حوادث الشغل ابتداء بالشهادة الأولية وانتهاء بالشواهد الطبية الأخرى، بما فيها شهادة الوفاة في الحوادث المؤدية إلى الوفاة.

وللشهادة الطبية التي يمنحها الطبيب تأثير كبير في تحديد الأيراد السنوي المخصص للضحية أو لذوي حقوقه عند الوفاة، إذ أنها تبين تاريخ بداية الانتفاع من الأيراد الذي يستفيد منه الضحية انطلاقا من اليوم الموالي لبرء الجرح، أو ذوي حقوقه ابتداء من تاريخ الوفاة، فإن عدم المنازعة في إمكانية استئناف العمل في الوقت المناسب يتخذ القاضي بمثابة بداية الانتفاع بالأيراد⁽⁴⁴⁾.

كما أن للشهادة الطبية تأثير كبير في حياة المصاب بالحادثة الذي بإمكانه مراجعة الحقوق في التعويضات المرتكزة على تقادم أو انخفاض عاهته وهو نفس الحق المخول لرب العمل أو مؤمنه

(43) الفصلان 26 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(44) الفصلان 136 و 137 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.



القانوني بل وعلى الغير المسؤول في حالة اقامة الدعوى على مرتكبي الحادثة(45)، وذلك داخل مدة 5 سنوات ابتداء من تاريخ الشفاء الظاهري أو براء الجرح(46).

والواقع أن الطب في حوادث الشغل يتسم ببعض المميزات التي نحاول تصنيفها فيما يلي :

1 - الحرية في اختيار الطبيب المعالج :

لقد أخذ المشرع بمبدأ حرية الاختيار المتروكة للمصاب بالحادثة(47)، وذلك بتعيين طبيب المؤسسة التي ينتمي إليها أو طبيب شركة التأمين التي تؤمن رب العمل، أو طبيب آخر يختاره من تلقاء نفسه(48)، شريطة أن يكون هؤلاء الأطباء من بين الاختصاصيين المرخص لهم قانونا في مزاوله مهنتهم بالمغرب(49).

ومع ذلك فإن حرية الأجير في اختيار الطبيب المعالج لا تعفيه من مراقبة رب العمل أو القاضي :

أ - إذ أن من حق رب العمل أو مؤمنه أن يعين للقاضي طبيبا واحدا أو عدة أطباء يطلعونه أثناء المعالجة على المصابين بحوادث الشغل، وذلك تحت طائلة وقف أداء التعويض اليومي، فيما إذا لم يساعد المصاب على اجراء هذا الفحص بيومين(50)، وإذا كان دور الطبيب مهما في كل هذه الحالات فإن المراقبة قد أبانت أنها تتميز بنوع من التوافق والتوازن، وذلك بترك المبادرة للطبيب المعالج الذي بإمكانه أن يأذن للمصاب بالحادثة بمباشرة عمل خفيف مع احتفاظه بالتعويض اليومي كلا أو بعضا، شريطة إقرار الطبيب المستشار لرب العمل أو المؤمن بأن استئناف العمل من شأنه أن يساعد على الشفاء أو براء الجرح(51).

ب - كما يمكن للقاضي أن يعين طبيبا بعد البحث اذا تبينت له عدم كفاية الشهادة الطبية، أو رأي فائدة في ذلك، وينبغي في هذا الحالة أن يودع تقرير الخبير في أجل أقصاه شهر

(45) الفصول 276 و 289 و 292 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(46) الفصلان 276 و 294 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(47) الفصل 33 و 43 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(48) الدكتور امال جلال المرجع السابق، صفحة 354.

(49) الفصل 43 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(50) الفصلان 50 و 51 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(51) الفصل 62 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

واحد ابتداء من يوم تبليغ الأمر الخاص على اجراء أعمال الخبرة، ماعدا إذا منحت المحكمة أجلا أطول رعيا للظروف المحيطة بالخبرة⁽⁵²⁾، ويكون بالطبع — في حالة عدم النزاع — لتقرير الخير تأثير على مبلغ التعويض الذي يحدد على أساس عدة عناصر من بينها نسبة العجز المحددة من قبل الطبيب، بل وعلى⁽⁵³⁾ المبلغ الاحتياطي الذي يمكن منحه من طرف القاضي وهو يبت في الطلب بصفته قاضيا للامور المستعجلة⁽⁵⁴⁾.

ولئن كان من السهل على القاضي مراقبة الطبيب — وهو الخير المسجل بقائمة الخبراء في بعض الاحيان — عند الخطأ في كيفية تقدير العجز، لأن الامر يتعلق أساسا بكيفية التطرق إلى الهدف القانوني، فإن مراقبته من ناحية تقدير هذا العجز قد يكون أمرا مستحيلا، خصوصا عندما تكون الاصابة ذات ارتباط بأعضاء اخرى في الجسم قد تتأثر بدورها بهذه الاصابة. ويظهر ذلك جليا عند الخلاف بين الطرفين — الأجير المصاب ورب العمل أو مؤمنه القانوني — حول نسبة العجز الجزئي الدائم، أو علاقة السببية بين العمل والحادثة أو بين الحادثة والوفاة، وهذا ما قد يجعل الخبرة المنجزة منبع عدة مناقشات تتخذ صبغة الحدة في كثير من الأحيان. ولقد أبانت التجربة أنها قد تكون مرتبطة بعدم اليقين، مما يؤدي إلى طرح السؤال : على أي شيء يعتمد التعارض القائم بين النشاط الذي يأخذ عادة طابعا علميا أو تقنيا وبين الجهاز القضائي ؟ إذا كنا لا نريد التطرق إلى العقوبات التي يمكن انزالها بالطبيب في حالة مخالفته للمقتضيات القانونية⁽⁵⁵⁾، فإن الذي يهمننا من خلال هذه المعالجة هو إبراز آثار الشهادة الطبية سواء من حيث طبيعتها القانونية أو على الصعيد المسطري أمام القضاء، أو ما تخلفه من مصاريف ينبغي تأديتها من طرف رب العمل أو مؤمنه القانوني.

ولهذا فإن الاختلاف البين في تقدير العجز بين طبيب وآخر قد تكون له انعكاسات سلبية وسيئة تتمثل في استغلال المسطرة القضائية وما يترتب عن ذلك من ضياع للوقت والمال.

-
- (52) الفصول 33 و 216 و 238 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.
(53) الفصلان 218 و 219 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.
(54) الفصول 225، 226 و 228 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.
(55) الفصلان 354 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.
(56) الفصول 301 و 306 و 307 و 308 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

2 - الطبيعة القانونية للخبرة في حوادث الشغل :

إن مهمة الطبيب الخبير هي توضيح النقط التي تخرج عن فهم القاضي لعدم تخصصه بها، فالطبيب شخص تقني ينبغي أن يهتم بالقيمة القانونية مع الحفاظ على عدم اعتبار الرأي حكما قضائيا، وهو ما أكدته المشرع المغربي عندما أبرز بأن القاضي ليس ملزما في أي حال من الأحوال بالأخذ برأي الخبير أو الخبراء⁽⁵⁷⁾.

إن الطبيب الخبير يتحلى بمميزات خاصة، تحوله لاختيار يتم تبعا لصفته التقنية التي يكتفيها وفق الظروف المختلفة للحوادث، وضمن الأسئلة الموجهة إليه من طرف القاضي في نقط محددة، فمهمته تجسد المفارقة بين كونه تقنيا أصلا وغالبا تقنيا مهنيا، وهو بذلك يجبر على متابعة الايقاعات في الأنشطة التطبيقية قصد القيام بمهمته بدقة، إذ أن الشخص التقني الجيد ليس بالضرورة خبيرا جيدا⁽⁵⁸⁾، لأن الأمر يتطلب الدخول في حوار مع الطرف القانوني، هذا الأخير الذي يعتبر الطبيب شاهدا لا يمكن تعويضه. وإذا كان تقريره عنصرا مهما لتقدير الوقائع فإنه لا يرقى إلى مصاف الحججة، ولا يملك سلطة الزام القاضي بأي رأي. ومع ذلك فإنه لا ينبغي انكار أن هذا الاطار يضع القاضي أمام مشاكل لا نهائية لأنها تتعلق بعدة اختصاصات طبية معقدة رغم انتائها كلية إلى عائلة الطب.

من هنا يتضح أن القاضي والطبيب ليسا عاملين مستقلين في الدعوى، بل عنصرتين يساهمان في الحل ضمن إطار السير الحسن لمرفق العدالة، مع احتفاظ القاضي دائما بصلاحيته تسيير الدعوى مستقلا عن أطرافها، وذلك لكي يلعب دوره كاملا في الحفاظ على مهام المرفق العدلي.

لكن هل يكون القاضي مستقلا فعلا في اتخاذ القرار؟ وهل يمكن القول بأن المسؤولية ملقاة على الطبيب دون القاضي؟

3 - الترابط القائم بين القاضي والطبيب في حوادث الشغل :

لاشك أن القاضي هو المصدر للحكم أو القرار بناء على مصادقته على الخبرة أو رفضه

(57) الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية.

Hélène RISER, L'expertise neuro - psychiatrique devant les juridictions criminelles, L.G.D.J. (58)

إياها أو تعديله محتواها، وبناء على القتضيات القانونية التي تجعله في موقع المسؤولية، وهو بذلك قد يكون مصدر الازمة الظاهرة — نتيجة الخلافات في الرأي والافتناع — النابعة عن نتاج أحكامه.

لكن، إذا اعتبرنا القاضي والطبيب في حوادث الشغل بمثابة عنصرين لا يمكن فصلهما في هذا الميدان، فإن نوعا من التناقض قد يكون بارزا واقعيا، إذ المعادلة تجر إلى القول بأن القضاء في هذه المادة لا يستطيع أن يعيش دون خبراء، لكونه يجد لديهم البيانات اللازمة لحكمه أو قراره، رغم معاناته أحيانا في نفس الوقت صعوبة العيش معهم⁽⁵⁹⁾.

إن الترابط القائم بين القاضي والطبيب يطرح على القضاء اشكالية التقدير، وبالتالي ما ينبغي القيام به ابعادا لتفجر الانتقادات، سواء من حيث المقدرة التقنية القانونية، أو الصعوبات التي تؤدي إلى التأخير في البت نتيجة التباطؤ في انجاز الخبرة، ذلك أن الخبير ليس قاضيا في القانون ولا في الواقع، فهو يدلي برأيه المطالب به من طرف المحكمة فقط⁽⁶⁰⁾، والقاضي في اعتماده على تقرير الخبرة الذي يشير أحيانا إلى الصعوبات التي اعترضته في معرفة الترابط أو العلاقة القائمة بين الحادثة والوفاة مثلا — خصوصا إذا كانت هذه الأخيرة وقعت في تاريخ قديم — لا يكون إلا في موقع الحكم الحاسم، وذلك مهما كثرت ثغرات النظام القانوني للخبرة الطبية.

والحقيقة أن الناحية العلمية قد أبانت في كثير من الحالات التفاوت في التقدير من طرف الأطباء، وهو أمر محرج للقاضي يتمثل في كيفية اعتماد رأي دون الآخر، خصوصا بالنسبة للاصابات التي يصعب إيجاد خبراء مختصين بشأنها، الشيء الذي يكون معه تعيين خبراء جدد مدعاة لتأخير الدعوى لعدة أشهر دون طائل.

إن بإمكان القاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة في النقط التقنية والتي لا علاقة لها مطلقا بالقانون⁽⁶¹⁾. وذلك في كل مرة يرى فيها فائدة لتقدير أفضل — وإن كان ذلك بصفة منتظمة في غالبية الحالات التي يتقدم فيها أحد الطرفين بإجراء خبرة طبية جديدة — لكن التباعد بين التقدير بين نسبة العجز

Marcel CARTINI, Expertises dans la législation civile française, Gazette du palais, jan - fev 1985, P 44. (59)

Raymond BARRAINE, Connexité et expertise; Gazette du palais, mai - juin 1985 (60)

الفصلان 55 و 59 من قانون المسطرة المدنية. (61)

الجزئي الدائم المقدرة من طرف الطبيب المعالج وبين النسبة المقدرة طبقا لتقرير الخبير المعين من طرف المحكمة، وهما في الحقيقة طبيبان مؤهلان قانونيا للقيام بتحديد العجز الجزئي الدائم، يجعل من المنطقي أحيانا التساؤل حول الاعتبارات المأخوذة في الفحص والمراقبة، سيما إذا كانت الفترة الزمنية قصيرة بين المعاينة الطبية الأولى والثانية، وهذا أمر لا ننكر صعوبة حله من حيث الاقناع القانوني وان كانت المحكمة غالبا ما تسعى إلى إجراء خبرة أخرى كحد شبه فاصل بين الرايين السابقين.

وإذا كان لابد للقضاء أن يجد الحل في جميع الأحوال فإن الأمر قد يبقى مع ذلك لصيقا بالطرف المتضرر ليتساءل، ما السبب في عدم أخذ المحكمة بالتقدير الأول دون الثاني أو العكس؟

اننا لا نظن هذه الاشكالية وليدة اليوم، مادام المشرع نفسه قد سمح بإمكانية الطعن في الخبرة، لكن المثير للانتباه من الناحية العملية ان بعض الاختصاصات الطبية، كالرأس والعيون مثلا تعتبر نادرة ضمن الاختصاص التراي لكثير من المحاكم، بل المحاكم الكبرى، علاوة على الأتعاب الزهيدة المحددة قانونا في هذا الميدان، ولا يقبل بها في غالب الأحيان الأطباء الاختصاصيين غير المدرجين بمداول الخبراء⁽⁶²⁾، الشيء الذي يؤدي أحيانا إلى الاستعانة بأطباء المستشفيات العامة وفق مساطر مطولة ومعقدة قد تكون سببا في تأخير البت، بل وإلى عدم احترام المسطرة الواجب اتباعها قانونا، مما تكون معه عرضة سهلة للطعن من جانب الطرف الذي لا مصلحة له فيها.

ولكن كانت مقتضيات المسطرة المدنية قد أكدت على امكانية اجراء الخبرة، فهل نحن في حوادث الشغل أمام الامكانية أم أمام الالزام تحت ستار الامكانية؟ وهل لا نلزم فعلا الأخذ برأي الخبير أو الخبراء⁽⁶³⁾؟ وهل يمكن صرف النظر عن هذا الاجراء للبت في الدعوى ورفض الطلب الرامي إلى اجراء الخبرة⁽⁶⁴⁾.

طبعاً، إذا كان الاجراء اختياريا فإن قرار الرفض ينبغي أن يكون معللا، والتعليل في هذه الحالة قد يكون كافيا بمجرد ابعاد الخبرة لكونها غير ملائمة أو نافعة، ولأنه اتضح درس السبب بصفة كافية⁽⁶⁵⁾. ومع ذلك فإننا لا ننكر بان الحرج قائم في التقديرات الطبية المتباينة جدا، مما

(62) الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية.

(63) الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية.

(64) الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية.

(65)

يجعلنا نحس بأن الطبيب الخبير يملك امتيازاً كبيراً تجاه القضاء، ويجسد نقطة ضعف هذا الأخير، مما قد يؤدي بالمحكمة إلى التوجه الرامي إلى اعتماد ثلاثة خبراء أو أكثر⁽⁶⁶⁾، وغالباً بسبب حدة الإصابة. وإذا كانت الخبرة في هذه الحالة قد تضمن أفضل الحلول الممكنة، إلا أنها مع ذلك محاطة بعدة عراقيل مثل قلة الاختصاصيين المدرجين بمداول الخبراء، والخبرات الحضورية، حيث تطرح مسطرتها صعوبات كثيرة سواء بالنسبة للخبرة الجماعية، أو الخبرة التي تجرى بحضور طبيب رب العمل أو مؤمنه⁽⁶⁷⁾، الشيء الذي يؤدي عادة إلى بطء اجراءات الخبرة. ومن الصعوبة الزام الخبير غير المدرج بالجدول القيام بها، مما يساعد بالتالي في البطء في اجراءات الدعوى عوض السرعة التي يرمي إليها المشرع في هذه القضايا⁽⁶⁸⁾.

4 - الخبرة الطبية عنصر لتقدير الوقائع :

نعلم جيداً أن تقرير الخبير الطبي ليس حجة ولكنه عنصر لتقدير الوقائع، فالخبرة مسألة تقنية لا علاقة لها بالقانون، ولا تمتلك سلطة القاضي ولا الزامه بأي رأي، إلا أن الواقع العملي ابان بأن القضاء يقدر رأي الطبيب الخبير ويصادق على تقريره في أغلب الحالات، لأنه بدون شك وسيلة الاثبات الجيدة.

والحقيقة أن الخبرة الطبية قد تكون واضحة في معانيها إلا أنها مع ذلك قد تقرر لنفسها بضعف امكانية المعرفة المؤكدة وذلك باستعمالها لبعض العبارات التي تفيد الصعوبة في تأكيد الخبير لمادية الحادثة في إطارها القانوني المتعلق بحوادث الشغل. وهنا يطرح السؤال : هل من اللازم أن يجبر الطبيب الخبير على اعطاء الرأي الصريح والدقيق، أم يبقى له الحق في استعمال الكلمات الفضفاضة، وليترك حل المشكلة في يد القضاء اعتماداً على هذه المعطيات ؟

إذا كنا لا ننكر من الناحية العملية اتباع مضمون الخبرة عند وضوحها ودقتها، فإن الغموض وعدم الدقة من العناصر التي توزع عادة الى نسبية الظروف ومدى تأثيرها في العلوم الطبية، لأن هذه الأخيرة قد لا تستقر على أرضية صلبة ونتيجة نهائية، مما يجعل الحقيقة العلمية بالنسبة للطبيب والقانونية بالنسبة للقاضي أمراً ارتيابياً، وان الاحتمال يحل محل الدقة، وبالتالي فان

(66) الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية.

(67) الفصل 50 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

(68) الفصل 222 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

الحجة المعتمدة في الحكم أو القرار قد تنذر بالخيبة، بل تركزها، وهذا ما يؤدي الى القول بأن الحل لا يخلف الأرباح بالنسبة لهذه الاشكالية⁽⁶⁹⁾. وقد يجز الأمر بالطرف المتضرر الى النقد من مختلف الجوانب، سواء على الصعيد القانوني إذا كان عالما بجزياته، أو على الصعيد القضائي إذا اعتبر الحل والعقد بيد القضاء، فكيف ينبغي التصرف؟ هنا يقتضي الأمر التفريق بين تقدير العجز الجزئي الدائم، وإثبات علاقة السببية بين الحادثة والعمل.

أ — تقدير العجز الجزئي الدائم :

لئن كان الاختلاف بينا بين طبيين يمتلكان من وسائل العلم ما يفرض عليهما تقريب المقدارين المحددين من جانبيهما للعجز الجزئي الدائم — لأن الطب هو في بدايته ونهايته علم — وفق اللائحة المنصوص عليها قانونا، اذ يقتضي الأمر من الخبير تشخيص الاصابات بدقة وتحديد المصطلح، ثم النسبة المئوية المخصصة في نسبة تتراوح بين الحدين الأدنى والأقصى^(69مكرر) فإن القضاء قد يفتقر الى أبسط المعلومات الطبية التي يمكن طرحها بالنسبة لكل نازلة، ولهذا فإننا لا نستطيع إلا أن نلقي المسؤولية والثقة بالخصوص على كاهل الأطباء والخبراء، ومن الصعب في هذه الحالة — ونحن أمام قضاء اجتماعي لا يعتمد الاختصاص النوعي — أن نطلب من القاضي الذي يبت في مختلف النوازل ضرورة التوفر على ثقافة عامة كافية لفهم تقرير الخبير من حيث كيفية الوصول الى النتيجة، بل كيف نطلب منه أن يكون حكما بين خبرتين طبييتين في أسئلة علمية تقنية لا يفقه فيها شيئا، وهو في هذه الحالة لا يستطيع أن يجابه ولا أن يتخلى عن الخبراء في استنتاجاتهم⁽⁷⁰⁾، ويقع في حيرة لمعرفة التقرير الخاطيء، ويبقى المخرج المسطري متمثلا في امكانية الأمر بإجراء خبرة طبية جديدة. وهنا يبقى السؤال قائما حول الأهمية القصوى لكيفية الاختيار؟ وهل من الضروري اجراء خبرة جديدة ولو على حساب تمديد حياة الملف دون التوصل الى الحل الشافي؟

(69) Odile GODARD, Le régime de la preuve en matière d'accidents du travail, éd. strey, 1973, P 164.

(69م) قرار مدير المواصلات والانتاج الصناعي والشغل المؤرخ في 21 مايو 1943، والجدول البياني الاستشاري للعجز الملحق به، وراجع أحمد المجدوبي، النصوص القانونية المتعلقة بحوادث الشغل والامراض المهنية والضمان الاجتماعي صفحة 184 الطبعة الأولى.

Héline PRISER, Op cit, P 179.

(70)

ب - اثبات علاقة السببية بين الحادثة والعمل :

اننا نعلم جيدا مدى المواجهة التي تعترضنا من المعطيات الطبية، اذ من الصعب القول بأن ميدانها أصبح دقيقا، لأنه يتأكد من خلال عدة نوازل ان البحث عن السببية بين العمل والحادثة أمر قد يركز على القرينة، بل ان الشك يعتمد لصالح هذه الأخيرة.

ان البحث في العلاقة السببية قد يتعقد في حالة الانتكاس، أو عند وجود عوامل أخرى تؤثر في الحادثة لتجر الى امراض قد لا تكون لها علاقة بالحادثة اساس النزاع، إذ أن تحديد العجز الجزئي الدائم يقتضي ملاحظة عواقب الحادثة الباقية من براء الجرح من جهة، وتقدير أهمية هذه العواقب من جهة ثانية، وتقديرها يستدعي بالأساس وجود علاقة السببية بين الآثار والحادثة، ولهذا فإنه ينبغي على الخبير في كل مرة يطلب فيها لتحديد العجز أن يبين تاريخ الشفاء أو تاريخ استئناف العمل، وان يذكر مدى ارتباط الحادثة بالآثار المتولدة عنها.

من هنا أصبح ضروريا فحص ميكانيزمات الحجة اعتمادا على رأي الطبيب في معرفة وجود رابطة السببية أو انعدامها، وآثار ذلك على الحجة، وبالتالي الحل القانوني الذي يميز بين مهمة الطبيب الخبير المجردة والسلطة التقديرية للقاضي تحت مراقبة المجلس الأعلى. فحل الصعوبات المتولدة عن الحجة المعاكسة أمر يستوجب في الغالبية القصوى للقضايا أخذ رأي الطبيب الخبير، إلا أن هذه النتيجة قد لا تقنع الطرف المتضرر، الشيء الذي يجبر الى تحليل موقع الاستشارة أو الخبرة الطبية داخل ميكانيزمات الحجة المعاكسة، إذ أن مهمة الطبيب، وان كانت تتمتع بحرية التقدير الطبي، فإنها لا يمكن مع ذلك أن تغطي على الجانب القانوني ورأيه لصالح وجود علاقة السببية بين الحادثة والعمل لن يكون الا في إطار العلاقة السببية، وهو ما يتضح عمليا في تقارير الخبراء عندما يقتصرون على المعطيات الطبية المعتمدة في العلاقة دون الاستعانة بالتفكير القانوني، إلا فيما كانت له علاقة بالمسطرة القانونية.

ورغم ضرورة التفريق بين نتيجة الخبرة الطبية ومحتواها الطبي وبين المضمون القانوني، فإن هذا الأخير يكون في الواقع العملي وفي غالبية الدعاوي أمام حرج الضعف في فهم المضمون الطبي. ولا نخفي أن مواضيع من هذا الصنف تأخذ وقتا كبيرا في التحليل ويظهر ذلك جليا في القضاء الجماعي، لأن السؤال يطرح باستمرار : على أي أساس ينبغي على القضاء أن يعتمد في سلطته التقديرية، وذلك في مواجهة الحجج المتناقضة ؟

ان القاضي لا يبحث مبدئيا في العناصر الطبية لأنه لا يستطيع ان يكون في مستوى امكانية تقدير القيمة العلمية للخبرة، ولكنه يستطيع ممارسة سلطة الخيار بين الخبرتين الطبيتين المتعارضتين اعتمادا على قناعته، وذلك بادخال بعض القواعد العامة المكملة للتعليل، حتى يدعم الاتجاه الذي يأخذ به في التأويل، وهو في هذه الممارسة يأخذ بعين الاعتبار الحذر في التقدير، خصوصا عندما تتسم الخبرة نفسها بنوع من الغموض.

على أن الناحية العملية قد أبانت بأن إعادة التقرير الى الطبيب الخبير قصد اعطاء الرأي الواضح في النقطة الغامضة أمر يؤدي الى إطالة المسطرة دون طائل، وذلك إما لتأكيد الطبيب على نفس الرأي، أو عدم اجابته بالمرّة، ويبقى السؤال قائما ومطروحا : هل نؤاخذ الطبيب الخبير لعدم الجواب الواضح ؟

القسم الثالث

ارتسامات في امكانية التنسيق بين طيب الشغل والطبيب في حوادث الشغل

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى لطب الشغل والطبيب في حوادث الشغل أهمية جديدة بكل اعتبار، وذلك من خلال التطور الملحوظ في نماء النصوص التشريعية⁽⁷¹⁾، فإننا في بحث مجمل الخبرات، سواء على صعيد طب الشغل وآثاره في الوقاية وحفظ الصحة والأمان أو على صعيد التقارير المدلى بها من طرف الأطباء الخبراء في حوادث الشغل، قد نتطرق إلى الأزمة القائمة في طب الشغل، اذ كيف سنقيم دور هذا الأخير في الوقاية من حوادث الشغل، وفي السهر على وقاية صحة الاجراء، وذلك داخل نظام يأخذ بمبدأ الازدواجية في الارغام على أرباب العمل والاجراء، دون أن يغطي من الناحية العملية الهدف من التشريع المنظم له، اذ الملاحظ من خلال الجداول التي توزع على المحاكم أن أطباء الشغل داخل نظام الصحة لا يكونون إلا حجما ضعيفا ضمن لائحة الأطباء المسجلين في هذه الجداول، كما أن بعض الاختصاصات الطبية في حوادث الشغل لم تكن أحسن حظا، وهذا ما يؤدي إلى القول بأن طب الشغل وطب حوادث الشغل يحتاج إلى دفعة كمية ونوعية حتى يؤدي مهمته بطريقة مجدية ترقى إلى معرفة المشاكل الحقيقية، وهنا تتساءل حول أهداف النصوص التشريعية في هذا الميدان، هل تتمتع فعلا بسياسة متناسقة ؟

(71) راجع الفقرة أعلاه، الطبيب في حوادث الشغل والفقرات الأولى من البحث.

يمكن القول بأن المراقبة في طب الشغل لم تطور المفهوم التقليدي لظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية للشغل، الذي اعتمد قواعد عامة وفلسفة معينة لا تتعدى أساسا إطار الوقاية، هذا ما يحننا على التفكير في الأهمية المعطاة للسياسة الوقائية لطب الشغل.

إن الأهداف المستقبلية في هذا المجال ينبغي أن ترمي إلى الرفع من مردودية طب الشغل، والحد من أخطار حوادث الشغل، ولهذا لا بد من الأخذ بعين الاعتبار الاشكاليات القانونية والواقعية، والتي تكون انشغالا بارزا يقتضي العمل على تسهيل الحاجيات، لما لها من آثار إيجابية أو سلبية على صحة الأجير، وكذا أمام القضاء في ميدان تحديد العجز الجزئي، أو العلاقة السببية بين الحادثة والوفاة في مضمار حوادث الشغل.

ولهذا فإن النصوص القانونية بالإضافة إلى الناحية العملية قد تفرز بعض الملاحظات :

1 — الملاحظ عمليا أن طبيب الشغل يقضي قسط عمله الأكبر في فحص الاجراء، مع العلم أن عمله لا يقتصر على ذلك فقط، ولهذا أوجب أن تمتد الرعاية إلى مدى ملائمة المنصب مع طاقة الأجير الصحية، سعيا وراء الحماية من أكبر الأخطار التي يتعرض لها الأجير أثناء حياته العملية، وهي الأخطار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار كل ما له علاقة بظروف العمل الاجتماعية والنفسية.

2 — إن من مهام الطبيب الأساسية معالجة المرضى، في حين يجد نفسه في طب الشغل مكتوف الأيدي، وذلك بالاقصرار على الفحص والوقاية فوضعيته دقيقة، بل وحرجة في بعض الأحيان، تتدرج بين التبعية كعنصر في عقد الشغل، الذي يربطه بالمؤسسة، وبين واجباته القانونية، سواء على مستوى مقتضيات الصحة والامان بالمؤسسة، أو على ما يستوجب من امكانية المعالجة بالنسبة للاجراء، ولهذا فان التناقضات قد تخلق بعض اللبس في ماهية الطب الشغل إذ أن فرز طبيب الشغل عن حقل الطب بصفة عامة ليس بالأمر الهين. ولهذا كان من الأجدر أن تمتد التغطية إلى العلاجات الأولية في حوادث الشغل التي تصيب الاجراء، مادام الأمر يعينهم وبرغبتهم، عوض الاقتصار على المراقبة عند بداية الاستخدام أو عند الدورية المحددة قانونا، أو عند توقف الأجير بسبب المرض⁽⁷²⁾، فهذه الحالات توضح أن الفحص موجه إلى تقدير المقدرة بالعمل، ولا وجود لاية وصفة طبية أو أدوية معينة، ولا لشهادة طبية تقدر فترة الراحة، مادام امر التقدير بالنسبة لحادثة الشغل بيد الطبيب المعالج الذي يختاره الأجير بمحض ارادته،

(72) راجع الفقرة أعلاه، مساهمة في طب الشغل في معرفة المراكز الملائمة لقدرة الأجير الصحية.

وكان من الأفضل وضع نظام يتعايش مع عدة قوانين، القانون المهني من جهة والمترتب عن واجبات المهنة، والقانون الاجتماعي الناتج عن المقتضيات التشريعية والتنظيمية والاتفاقية من جهة ثانية(73).

3 — إن اخذ المشرع المغربي بمبدأ حرية الاختيار بالنسبة للمصاب بالحادثة لا تقتصر على العلاج فقط، بل تمتد إلى الحالة التي يأمر فيها القاضي باجراء خبرة طبية، حيث لا تناط هذه الأخيرة بالطبيب الذي عالج المصاب بالحادثة، ولا بطبيب رب العمل، ولا بالطبيب التابع للمؤسسة أو شركة تأمينها إلا عند الموافقة الصريحة للمصاب(74). وفي هذه الحالة الأخيرة قد ينتقل طبيب الشغل من طبيب في اطار العمل الوقائي إلى طبيب معالج في حوادث الشغل، وبالتالي فإن الاستثناء الضيق الذي وضعه المشرع في اطار طب الشغل والمتمثل في المعالجة الأولية قد يتمدد بفعل الأجر المعني مادام الأمر يمهّمه شخصيا، وفي ذلك دعم لمبدأ حرية الاختيار وعنصر لتطوير عمل أطباء الشغل في نفس الوقت، وهو ما نرى تشجيعه في الميادين الأخرى العلاجية، أي في الحوادث والأمراض والإصابات التي لا تنتج عن حوادث الشغل.

لا أظن أننا نستطيع في غياب التخصص بالنسبة لأطباء الشغل أن نحصل على حلول مريحة إذ أن الصعوبات ستبقى قائمة وستلوحها بالطبع ترددات المحاكم في هذا الشأن، مما سيؤثر على أطراف النزاع فيما يتعلق بأزمة الثقة التي تمتد أساسا إلى الخبير من خلال الحكم.

وإذا كنا لا نفاجأ كثيرا إذا علمنا أن طب الشغل يدخل في إطار قانون الشغل، الذي أبان عن عدة قواعد متشعبة استقلت في الكثير منها عن القانون المدني، فإن التطلعات النابعة أساسا عن النصوص القانونية وعن بعض ثغراتها وغموضها في بعض الاحيان أصبحت تقتضي الآن جمع كل ما له علاقة بطب الشغل والطبيب في حوادث الشغل، وما ذلك إلا وسيلة لمحاولة إيجاد تناسق بين مختلف القواعد القانونية في هذا المضمار، وتقريبها من الواقع العملي المتغير والمتطور.

5 — إن رأي طبيب الشغل، وهو مدعو للمساهمة في الحفاظ على الحقوق الجوهرية المتمثلة في حماية الصحة والحق في العمل، قد يصبح عديم الجدوى اذا لم يمارس كل سلطاته التي

(73) Yves FORMONT, Le statut des médecins du travail, Droit social. Juillet - Août 1987, P 584.

(74) الفصل 237 من ظهير 6 فبراير 1963 بشأن التعويض عن حوادث الشغل.

تسمح له بإرغام رب العمل على الأخذ بعين الاعتبار الآراء التي يتقدم بها لفائدة الاجراء. وباعتباره أجيروا في اطار عقد الشغل، أصبح من الضروري تمتيعه بنوع من الضمانة في الاستقرار بالعمل أسوة بمندوبي المستخدمين مثلا(75).

6 — قد يكون من المستحيل مطالبة القاضي مهما تعددت اهتماماته الثقافية العامة أوالخاصة بميدان الطب، تقدير أو اعطاء رأي حول نتيجة تستند في أساسها على معطيات علمية، أو حول صعوبات نابعة عن تباين كبير بين خبرتين طبيتين، وإذا كان هذا الخلاف في التقدير أمر يتكرر في كثير من الدعاوي، ويثير عدة عراقيل تؤدي إلى البطء في تصفية القضايا، فإن هذه المرحلة من المسطرة قد تضيف إلى حياة الملف عدة أشهر بل عدة سنوات، ولتصبح الخبرة وهي نقطة ضعف بالنسبة للقاضي أحد العوامل الباعثة على أزمة الثقة في القانون، ولهذا قد يكون الاختصاص النوعي في القضايا الاجتماعية أحد الأسباب التي تساعد على تطوير الثقافة العامة للقضاء فيما يتعلق بطب الشغل، والاصابات التي تصيب الاجراء في حوادث الشغل.

خاتمة :

إنه من الصعب علينا كقانونيين أن نزن الأعمال الايجابية المنجزة من طرف طبيب الشغل، فحياته العلمية تكمن داخل عدة اجراءات تنجز يوميا، وهي تهدف إلى القيام بدور اجتماعي في المؤسسة، وذلك للوضعية التي يتبوأها في معرفة كل ما يتعلق بالأجيروا، بحياته الصحية، بل والنفسية وهو بذلك يستطيع ان يلعب دور المستمع والناصح. وكل عمل من هذا القبيل قد يولد عدة اختلافات في الرأي لا تصل علم المحاكم.

إن الاقرار لطبيب الشغل بالخصائص والمؤهلات العلمية والعملية التي تنمي تكوينه الجامعي تجعل من الصعب على القانون أن يتحكم في في آرائه، وبذلك فإنه لا أحد يجهد ما قد يكون لاثار قرار طبيب الشغل أو الطبيب في حوادث الشغل على الحكم القضائي، لأن المشرع سعى ضمان الحق لصحة الاجراء حتى لا تكون الحياة المهنية سببا في الحاق الضرر، اذ أن حوادث الشغل والامراض المهنية لا ينبغي اعتبارها دائما وليدة حالات لا يمكن تجنبها.

(75) أشار الفصل 12 من ظهير 29 أكتوبر 1962 المتعلق بتمثيل المستخدمين في المفاوضات إلى وجوب أخذ رأي مفتش الشغل بالنسبة للاجراءات التأديبية المتمثلة في الانتقال من مصلحة أو معمل وكل طرد مؤقت أو نهائي وذلك حماية لمندوبي المستخدمين.

ومن الأهمية الكبيرة التي اعطاها المشرع المغربي لطبيب الشغل والطبيب في حوادث الشغل وما قد يتولد عن المقتضيات القانونية في هذا الشأن من ثغرات ومن عدم انسجام في بعض الاحيان، فان الامر يبدو طبيعيا، يمكن تداركه بالدراسات والتحليلات المستمرة، وإذا كان المشرع قد غير الفصل 28 من مرسوم 8 فبراير 1958 في تطبيق ظهير 8 يوليوز 1957 بشأن تنظيم المصالح الطبية الخاصة بالشغل لعدة مرات والمتعلق بتغيير تواريخ المطالبة بشهادة الدروس العليا لطبيب صحي في الشغل طبقا للفصل الثالث من هذا الظهير الأخير، وذلك لقلة التخصص في هذا الميدان بالمقارنة مع عدد المؤسسات المتزايد، فإنه ينبغي وضع حل لهذا التمديد وذلك بإيجاد نوع من التناسق بين الوزارات المعنية قصد الاعتناء بطب الشغل لكونه اختصاصا طبيا مهما، والا أصبح في طور الانقراض، مع أننا أحوج إلى هذا الاختصاص الذي يفترض وجود تناسب بين عدد المتخصصين فيه وبين عدد المؤسسات القائمة، والتي تنامي في عددها دون مقابل لأطباء الشغل يستطيعون تغطيتها، فالحقيقية أن المعادلة بين أطباء الشغل وبين المؤسسات المعنية تفتقد إلى التوازن، ولا يمكن في هذه الحالة تحميل وزارة التشغيل هذه المسؤولية، إذ ينبغي اثاره الانتباه إلى دور وزارة التربية الوطنية والتعليم ووزارة الصحة إلى ذلك.

p.75 → p.96

007550 - Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007550- تاريخ 15/10/08
جنينة Ar

الجنسية المغربية من خلال بعض الدراسات الجامعية

بقلم : الدكتور أحمد زوكاغي
أستاذ بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية — الرباط

مقدمة تمهيدية :

كانت الأبحاث المنجزة داخل كليات العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمغرب تقتصر على الدراسات والبحوث التي ينجزها أساتذة الكليات المذكورة إما في شكل مؤلفات عامة تتضمن تحليل وتفصيل محتويات المواد التي يدرسونها أو في شكل مقالات وتعليق علمية تنشر في المجلات والدوريات المتخصصة، كما كانت تلك الأبحاث تتخذ شكل دراسات تقدم داخل الكليات المشار إليها إما لنيل دبلوم الدراسات العليا أو للحصول على درجة دكتوراه الدولة، سواء في العلوم القانونية، أو السياسية، أو الاقتصادية.

لكن، ابتداء من السنة الجامعية 1984—1985، أصبحت كليات العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمغرب تحتضن نوعا آخر من البحوث ينجزها طلبة السنة الرابعة من الاجازة في الحقوق أو في العلوم الاقتصادية، إما في صورة دراسة نظرية لموضوع معين يرتبط بإحدى المواد التي درسها الطالب خلال السنوات الأربع التي قضاها بالكلية، أو في شكل بحث ميداني لظاهرة قانونية معينة، وذلك بهدف تمرين الطالب وتدريبه على طرق وأساليب البحث العلمي وعلى كيفية الاعتماد على النفس في البحث عن المعلومات ومناقشتها وإخراجها في صورة علمية سليمة تؤهله لخوض غمار الحياة العملية التي هو مقبل عليها.

وقد مضى على هذه التجربة، لحد الآن، ما يناهز ستة أعوام ومن المؤكد أنه تجمعت بخزانات كليات العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمغرب مئات البحوث والدراسات التي

أنجزها طلبة السنوات الرابعة من الاجازة في الحقوق أو في العلوم الاقتصادية الذين اختاروا تهيء بحث عوض اجتياز مادة العرض والمناقشة.

واعتبارا لأن البحوث والدراسات المشار إليها عديدة ومتنوعة، في مواضيعها والاشكاليات التي تتصدى لها، فإنه من الصعب تناول تلك البحوث بالتحليل والمناقشة والتعليق لذلك، وانطلاقا من كون كاتب هذه السطور ينتمي إلى شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، فإن التعليقات المراد إجرائها سيتم التركيز فيها على الأبحاث المنجزة داخل فرع واحد من فروع القانون الخاص، وعلى وجه التحديد سوف يقتصر التعليق على البحوث المتعلقة بمادة القانون الدولي الخاص، وخاصة منها تلك التي تنصب على دراسة الجنسية المغربية.

وتجدر الإشارة إلى أن خزانة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط تتوفر، في الآونة الراهنة، على عدد لا بأس به من الأبحاث المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وإذا كان أغلبها يركز على دراسة الجنسية المغربية، فإن البعض الآخر منها يتعلق بجمع الاجتهادات القضائية الخاصة بهذا المجال.

ومن الممكن ذكر الأبحاث المنجزة في هذا السبيل، وترتيبها انطلاقا من اسم الاستاذ الذي أشرف على تحضيرها، على أن نذكر اسم منجزها والسنة الجامعية التي حررت ونوقشت خلالها عندما تتصدى لكل بحث بالتحليل والتعليق على حدة.

أولا : الأبحاث المنجزة تحت إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد :

1 — «منشير وزارة العدل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص».

2 — «التجنيس بالمغرب : دراسة قانونية واحصائية».

ثانيا : الأبحاث المنجزة تحت إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور محمد الوكيل.

1 — «نظام التجنيس في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق».

2 — «الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي».

3 — «الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى في القضايا المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ما بين

سنة 1981 و1988».

ثالثا : الابحاث المنجزة تحت اشراف عبد ربه كاتب هذه السطور.

- 1 — «اكتساب الجنسية المغربية بفضل القانون».
- 2 — «التجنيس، دراسة مقارنة بين القانون المغربي وبعض القوانين الافريقية».
- 3 — «اثر الزواج المختلط على جنسية المرأة في التشريع المغربي».
- 4 — الجنسية المكتسبة في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية».
- 5 — «اكتساب الجنسية، دراسة مقارنة بين القانون المغربي والقانون العماني».
- 6 — «اثبات الجنسية في التشريع المغربي».
- 7 — «أهم الأحكام المنشورة الصادرة عن القضاء المغربي في ميدان القانون الدولي الخاص».
- 8 — «بعض الأحكام غير المنشورة الصادرة عن المجلس الأعلى في مجال القانون الدولي الخاص».
- 9 — «بعض الأحكام غير المنشورة الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط في مجال الجنسية المغربية».
- 10 — «مقدمة حول وضعية اللاجئ في القانون الدولي الخاص المغربي».

ويحسن لفت النظر إلى أن غرضنا لا ينحصر في سرد وبيان هذه البحوث من خلال عناوينها، وأسماء كاتبها، والسنة التي نوقشت فيها، بل ان قصدنا يتجه إلى غاية أخرى تتمثل في إجراء وقفة إزاء هذه البحوث التي بذل فيها منجزوها جهودا مشكورة وتحملوا فيها ضغوطا مادية ونفسية جديرة بالمراعاة والاعتبار، وذلك قصد تعريف جمهور القراء، بصفة عامة، والباحثين على وجه الخصوص، بأن الخزانة القانونية المغربية أصبحت تتوفر على كتابات مغربية بحثة في مجال القانون الدولي الخاص، علما منا بأن هذه المجلة الوطنية القراء تستقطب عددا كبيرا من القراء والمتبعين في مختلف أنحاء العالم، والذين نرجو أن نكون قد قدمنا لهم خدمة علمية جلييلة، قال فيها رسول الله ﷺ : «من سلك طريقا يتبغي فيه علما سهّل الله له طريقا إلى الجنة».

وعلى هذا الأساس، ننطلق لدراسة بحث حديث، قدم برسم السنة الجامعية الحالية 90-1991، لنيل الاجازة في الحقوق، فرع القانون الخاص، بكلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية بالرباط، تحت عنوان : «التجنيس بالمغرب، دراسة قانونية وإحصائية»، أنجزه كل من الطالبة كريمة نعيم والطالب كريم سلهومي، تحت إشراف صديقنا وزميلنا المحترم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد.

1 - التجنيس بالمغرب

«التجنيس بالمغرب، دراسة قانونية وإحصائية»، بحث لنيل الاجازة في الحقوق، فرع القانون الخاص، انجز برسم السنة الجامعية الحالية 90-1991، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتامية بالرباط، من قبل كل من الطالبة كريمة نعيم والطالب كريم سلهومي، تحت اشراف الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، أستاذ القانون الدولي الخاص والأحوال الشخصية بالكلية المذكورة.

يستهل الكاتبان بحثهما بمقدمة يحددان فيها مفهوم التجنيس، باعتباره وسيلة تحول للشخص الأجنبي أو الذي لا جنسية له امكانية الدخول في جنسية دولة من الدول التي توطلدت علاقته بها، اما لكونه استقر فيها مدة زمنية طويلة، أو أصبح يمارس بها أنشطته ومصالحه المهنية. وفي هذه المقدمة يشير الكاتبان إلى أن التجنيس يقوم، من جهة، على رغبة المعني بالأمر في اكتساب جنسية الدولة، ومن جهة أخرى على موافقة السلطات العامة المختصة على الطلب المقدم إليها.

وبعد الفراغ من دراسة مفهوم التجنيس، ينتقل الكاتبان إلى بحث التطور التاريخي للتجنيس في المغرب، حيث ينطلقان من المرحلة السابقة لاقامة نظام الحماية سنة 1912، ويؤكدان أن نظام التجنيس لم يكن معروفا خلال هذه الحقبة التاريخية، وهو نفس الاستنتاج الذي يخرجان به من رصد الفترة الممتدة من سنة 1912 إلى عام 1958، وهو العام الذي صدر فيه ظهير 6 شتنبر بمثابة قانون الجنسية المغربية، وهو الظهير الذي درسا على ضوءه نظام التجنيس، حيث تطرقا للشروط العادية للتجنيس كما ورد النص عليها في المادة الحادية عشرة من الظهير المذكور، أي إقامة طالب التجنيس بالمغرب اثناء تاريخ امضاء وثيقة التجنيس، وتوفره على اقامة اعتيادية وقانونية بالمغرب خلال السنوات الخمس السابقة لتقديم طلب التجنيس، وبلوغه واحدا وعشرين سنة ميلادية كاملة، وكونه سليما من الناحيتين البدنية والعقلية، وان يكون حسن السلوك والسيرة غير محكوم عليه بسبب جنائية أو جنحة، وأن تكون له معرفة كافية باللغة العربية ووسائل كافية للعيش، بعد ذلك يعرض الكاتبان لمقتضيات المادة الثانية عشرة من قانون الجنسية المغربية، التي تقضي بمنح الجنسية المغربية لبعض الأشخاص ولو لم تتوفر فيهم كل الشروط السابقة، وذلك في حالة ما إذا كان المعني بالأمر قد أصيب بعاهة أو مرض من جراء عمل قام به خدمة للمغرب أو لفائدته، أو في حالة ما إذا كان طالب التجنيس قد أدى للمغرب خدمات استثنائية أو كان من شأن تجنيسه تحقيق فائدة استثنائية بالنسبة لبلادنا.



ثم يتصدى الكاتبان لدراسة الاجراءات الادارية المقررة لتقديم طلب اكتساب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس، والوثائق التي يتعين أن يتضمنها الملف الذي يودع لدى الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرة نفوذها موطن أو محل اقامة طالب التجنيس.

وعلى مدى خمسة عشر صفحة يتحدث الكاتبان عن الآثار الناجمة عن التجنيس، سواء النسبة للمعني بالأمر نفسه أو بالنسبة لابنائ القاصرين غير المتزوجين، وخلال ذلك يتطرقان لامكانية سحب التجنيس، إذا كانت الاستجابة للطلب قد نتجت عن أعمال احتيالية قام بها طالب التجنيس، عن طريق تقديم بيانات غير صحيحة أو معلومات مزورة.

وإلى هذا الحد، يكون البحث الذي نحن بصدده ذا قيمة عادية تجعله مستوفيا للمعلومات والطرق المطلوبة في أي بحث يراد منه تعويد الطالب على جمع المعلومات، ومناقشتها، وصياغتها في قالب علمي مقبول.

غير أن الناحية التي تشد الانتباه في هذا البحث فتجعله يتفوق على غيره هي الناحية التي تتمثل في الجانب الاحصائي للتجنيس بالمغرب، وهو الجانب الذي خصص له الكاتبان الجزء الثاني من بحثهما، حيث أوردا جداول تبين العدد الاجمالي للأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية المغربية عن طريق التجنيس، منذ سنة 1960 إلى عام 1990، وكذا النسبة المئوية لهؤلاء الأشخاص انطلاقا من الدول التي كانوا يحملون جنسياتها.

وبالرجوع إلى الجدول المرفق بالصفحة 50، يتبين أن عدد الأشخاص، الأجانب أو عديمي الجنسية، الذين اكتسبوا الجنسية المغربية عن طريق التجنيس، من سنة 1960 إلى سنة 1990 يصل إلى 1141 متجنسا، حيث يمثل الجزائريون أكثر من النصف، يليهم التونسيون بحوالي 96 شخصا، ويأتي الفرنسيون في المرتبة الثالثة بما يناهز 90 شخصا.

وفي نهاية البحث، يورد الكاتبان قائمتين للمراجع التي اعتمدا عليها، احدهما خاصة بالمصادر المكتوبة باللغة العربية، والثانية للمراجع الصادرة باللغة الفرنسية. وان كنا نلاحظ أنهما، بالنسبة للقائمة الخاصة بالدراسات العربية، لم يشيرا لبعض الأبحاث القيمة التي تكتسي أهمية بالغة والتي لا غنى عنها بالنسبة لأي باحث في الجنسية المغربية، وفي مقدمتها الدراسة التي أنجزها مؤرخ المملكة المغربية، العلامة عبد الوهاب بن منصور، في العدد الرابع من مجموعة «الوثائق» الصادرة عن المطبعة الملكية بالرباط سنة 1978، وكذلك الدراسة التي حررها المرحوم محمد حصار بشأن الجنسية المغربية سنة 1932 والمرحوم بن عبود في كتابه «مركز الأجانب في

مراكش» الذي طبع أول مرة بالقاهرة سنة 1950 ثم أعيد طبعه بعناية ابنه سنة 1980 بمدينة تطوان، وأخيرا ما كتبه المفتش العام بوزارة العدل الأستاذ أحمد أفراز بجريدة «العلم»، عدد 20 يناير 1985، حول «الجنسية المغربية في التشريع المغربي»، وبمجلة «الميادين» الصادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، العدد الأول السنة 1986، ص 95، بشأن «الجنسية من منظور الفقه الاسلامي والتشريع المغربي».

2 - بعض الأحكام غير المنشورة الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط

طيلة الفترة الزمنية التي استغرقها انجاز هذا البحث، ومراجعته، والاشراف عليه، كانت تطاردني فكرة ملحة حاولت أن أدفعها عن ذهني، وهي أن عنوان البحث يتعين أن تنتزع منها عبارة «غير منشورة»، وإن تستعمل مكانها كلمة أوردها مركز تنسيق التعريب بالرباط، ونشرها في موسوعة اللسان العربي، سنة 1981، وهذه الكلمة هي «غميسة» التي تعني : غير منشور أو غير مطبوع، والتي تقابلها في اللغة الفرنسية، كلمة «inédit»، بحيث ينبغي أن يكون عنوان البحث كما يلي : «بعض الأحكام الغميسة الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط في مجال الجنسية المغربية»، ولكن معني من ذلك أي لاحظت أن كلمة «غميسة»، وإن كانت مستعملة ومعروفة لدى دارسي تايخ المغرب، بصفة خاصة، إلا أنها ليست ذائعة بما فيه الكفاية لدى بعض الباحثين والقراء بوجه عام، وإن كان من المؤكد ان كلمة «غميسة» سوف يكتب لها الانتشار والذيع، وعلى نطاق واسع، بعد ان نهت إليها جريدة «العلم» المغربية، حين استخدمتها في الصفحة الأولى، للاعلان عن ملحق سوف تصدره يتعلق بالفكر الاسلامي.

اذن، نحن اليوم بصدد بحث يدور حول «بعض الاحكام الغميسة الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط في مجال الجنسية المغربية»، انجزه السيدان عبد الرحيم صحيف وعبد الحق بونو، برسم السنة الجامعية الحالية 90-1991، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، تحت اشراف العبد الفقير إلى ربه، كاتب هذه السطور.

وقد كان الحافز الذي دفع الأستاذ المشرف إلى اقتراح بحث من هذا النوع هو اطلاعه بنفسه، داخل رباط (ارشيف) المحكمة الابتدائية بالرباط على مجموعة هائلة من الأحكام الصادرة عن المحكمة المذكورة في ميدان الجنسية المغربية، وحينئذ حز في نفسه ان تظل هذه الأحكام

غميسة سجيبة الرفوف، ولذلك اتصل بالمسؤولين في المحكمة المشار إليه ولقى منهم كل تفهم وترحاب وسعة صدر.

وبناء على ذلك، اقترح الاستاذ المشرف على بعض طلبة السنة الرابعة من الاجازة في الحقوق القيام بعمل علمي يختص بجمع الاحكام الغميسة، وطبعها، والتعليق عليها قدر الامكان. ولعل الحاجة لا تستدعي ذكر المزايا والفضائل التي يمكن أن تنجم عن عمل من هذا القبيل، سيما إذا علمنا أن عدد الاحكام المنشورة، المتعلقة بالجنسية المغربية، لا يكاد يتعدى مجموع أصابع اليدين، إذا أضفنا إليها الفقرات الوجيزة التي أوردها سيادة الأستاذ أحمد افزاز في بحثه المنشور بمجريدة «العلم» عدد 20 يناير 1985.

ومن هنا، تظهر الأهمية البالغة التي يشغلها البحث المائل، إذ علاوة على الفوائد الجمية، المادية والمعنوية، التي سوف يحققها بدون أدنى شك للباحثين والمختصين الذين يرتادون خزانة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، فإنه سيغري الخزانة القانونية المغربية بمصدر كانت في ميسس الحاجة إليه.

وبالفعل، جمع الباحثان الاحكام التي استطاعا الحصول عليها في (134) مائة واربعة وثلاثين صفحة من الحجم الكبير، تتضمن (26) ستة وعشرين قرارا من القرارات الصادرة خلال عامي 1988 و1989، مهدا لها بمقدمة بينا فيها موضوع الأحكام التي جمعناها والاشكالية التي جابهت المحكمة فيها.

* * *

ومع تقديرنا للجهود المضنية التي تبذلها الباحثان وللقيمة العلمية الرفيعة التي يكتسبها عملهما، فقد لاحظنا انهما لم يتقيدا ببعض القواعد المتبعة في جمع الأحكام القضائية، إذ أنهما لم ينهيا بحثهما بخاتمة تعكس افاق المستقبل كما تترأى لهما من خلال الاحكام التي جمعها كما انهما كانا يوردان الحكم دون أن يخصصا له فقرة مستقلة تبين المبدأ والقاعدة القانونية المستخلصة من الحكم، وفقرة تتضمن تلخيصا للوقائع التي يتعلق الحكم بها.

3 - أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة في التشريع المغربي

«اثر الزواج المختلط على جنسية المرأة في التشريع المغربي» بحث لنيل الاجازة في الحقوق، فرع القانون الخاص، قدمه إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، خلال السنة الجامعية 1987-1988، السيد محمد المولى، تحت اشراف عبد ربه كاتب هذه السطور. في بداية البحث، يشير الكاتب إلى أن الزواج المختلط يعني العلاقة الشرعية، أي المعترف بها قانونا، القائمة بين رجل وامرأة، يحمل كل منهما جنسية تختلف عن جنسية الطرف الآخر. وبغض النظر عن الآثار المختلفة التي تترتب على الزواج المختلط، يقول الكاتب أن دراسته سوف تنصب على الآثار التي يخلفها الزواج المختلط بالنسبة لجنسية المرأة، دون جنسية الرجل، على أساس ان التشريع المغربي يتشابه مع غيره من التشريعات الصادرة في العالم العربي التي تنظر إلى تأثير الزواج المختلط على جنسية المرأة وحدها.

وبعد القاء نظرة تاريخية على هذه المسألة بالنسبة للمرحلة السابقة لصدور ظهير 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية، وملاحظته ان المحاكم، في عهد الحمايةين الفرنسية والاسبانية، لم تكن تعترف بأي أثر للزواج بين رجل مغربي وامرأة أجنبية بالنسبة لجنسية هذه الأخيرة، استنادا لعدم وجود نص تشريعي صريح، يعلن الكاتب عن التصميم الذي سيتبعه لدراسة الموضوع.

وفعلا، يخصص الباحث القسم الأول من دراسته لمناقشة تأثير الزواج المختلط على جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة من رجل مغربي، حيث يبين ان المرأة المذكورة يجوز لها أن تكتسب الجنسية المغربية، بناء على المادة العاشرة من الظهير المشار اليه اعلاه، إذا كان زواجها من الرجل المغربي زواجا صحيحا بمقتضى قانون الأحوال الشخصية المغربي وقانون الأحوال الشخصية الجاري على المعنية بالامر، وإذا اثبتت إقامتها هي وزوجها في المغرب بكيفية اعتيادية وقانونية، مدة سنتين على الأقل بعد ابرام الزواج، وعبرت عن رغبتها في اكتساب الجنسية المغربية، عن طريق تصريح، يودع في شكل ملف مرفق بالوثائق المطلوبة لدى الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرة اختصاصها محل اقامة الزوجين، وحينئذ تكتسب هذه الاخيرة الجنسية المغربية اذا لم تصدر أي معارضة عن وزير العدل خلال الستة أشهر الموالية لايداع التصريح.

أما القسم الثاني من الدراسة فيعقده الكاتب لبيان أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة المغربية التي تتزوج رجلا أجنبيا.

جنسية المرأة المغربية. ولمعالجة هذا التساؤل، يرجع الكاتب إلى المادة التاسعة عشرة من قانون الجنسية المغربية، ويوضح ان التشريع المغربي، خلافا لبعض التشريعات المقارنة، لا يجعل لزواج المرأة المغربية اي أثر على جنسيتها الا إذا توفرت بعض الشروط الخاصة، ومنها ابرام الزواج بكيفية صحيحة بين المرأة المغربية والرجل الاجنبي، وان تعبر المرأة، بمقتضى تصريح، عن رغبتها في التخلي عن الجنسية المغربية، وأن يكون القانون الوطني الجاري على زوجها الاجنبي يسند إليها جنسية زوجها نتيجة لذلك الزواج، وأخيرا ان يصدر عن الحكومة المغربية، قبل انعقاد الزواج، مرسوم، ينشر في الجريدة الرسمية، ويسمح للمرأة المغربية بالتخلي عن جنسيتها. وقد ناقش الباحث هذا الشرط الاخير وبين أنه عسير التطبيق من الناحية العملية، ولذلك اقترح الغاء المقطع الثالث من المادة التاسعة عشرة من قانون الجنسية المغربية وتعويضه بحكم مشابه للحكم المقرر في قانون الجنسية التونسية القاضي بأن «المرأة التونسية لا تفقد جنسيتها عند زواجها من رجل أجنبي».

4 - اكتساب وزوال الجنسية المغربية عن طريق التبعية

تحت إشراف كاتب هذه السطور، قدم السيدان وظيفي ابراهيم ويحياوي نور الدين، خلال السنة الجامعية 89-1990، إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، بحثا لنيل الاجازة في الحقوق، فرع القانون الخاص، في موضوع «اكتساب وزوال الجنسية المغربية عن طريق التبعية»، يقع في ثمانين صفحة من الحجم الكبير المطبوع على الراقنة، ويتضمن مقدمة تمهيدية، وقسما أولا تطرق فيه الكاتبان لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق التبعية، وقسما ثانيا يتعلق بزوال الجنسية المذكورة بالتبعية، ثم خاتمة، وأخيرا قائمة بالمراجع المعتمدة.

في بداية البحث يشير الكاتبان إلى أن اكتساب وزوال الجنسية المغربية «عن طريق التبعية» يعني الآثار الجماعية التي تتولد عن اكتساب أو زوال الجنسية، بحيث ينجم عن اكتساب الجنسية من قبل شخص معين أن يمتد هذا الاكتساب إلى أبنائه بشروط معينة، وإلى زوجته، في بعض الاحيان، وهو ما ينجم أيضا عن الخروج من الجنسية.

ولدراسة اكتساب وزوال الجنسية المغربية عن طريق التبعية، اضطر الكاتبان إلى تخصيص تمهيد لكل من الاكتساب والزوال، طبقا لمقتضيات ظهور 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية، كي يتأتى لهما دراسة الآثار الجماعية بكيفية لا تسبب للقارئ التعب والارهاق.

وهكذا، فمن المعلوم أن الجنسية المغربية تكتسب، وفقا لأحكام ظهير 6 شتنبر 1958 بإحدى الطرق الآتية :

أولا : الولادة والاقامة في المغرب

وهذه الطريقة تشمل نوعين من الحالات، حالات دائمة تتعلق بالشخص المزداد في المغرب من أم مغربية وأب أجنبي، والشخص المولود بالمغرب من أبوين أجنبيين ازدادا بدورهما في المغرب بعد فاتح اكتوبر من سنة 1953، والشخص المزداد بالمغرب من أب أجنبي ازداد بدوره في المغرب وكان الأب ينتسب إلى بلاد تتألف أكثرية سكانها من جماعة لغتها العربية أو دينها الاسلام وكان الأب ينتسب إلى تلك الجماعة. أما النوع الثاني من الحالات المذكورة فيشمل حالتين مؤقتين احدهما انتهى العمل بها منذ واحد وثلاثين سنة في حين لم تدخل الثانية حيز التنفيذ بعد.

وبالنسبة للحالات الدائمة، يقول الكاتبان :

«يترتب على اكتساب الاجنبي الجنسية المغربية أثر جماعي ينصرف إلى أولاده القصر، إذ أنهم يتمتعون بهذه الجنسية بالتبعية لتمتع أبيهم بها». ويستشهدان في ذلك بما ورد في المادة 18 من قانون الجنسية المغربية التي تقضي بها يلي :

«إن الأولاد القاصرين المنحدرين من الأشخاص الذين يكتسبون الجنسية المغربية بمقتضى المادة التاسعة من هذا القانون يصبحون وآباءهم مغاربة في آن واحد».

أما بالنسبة للحالات المؤقتة لاكتساب الجنسية المغربية، فيشير الكاتبان إلى أن الجنسية المغربية التي يكتسبها الشخص الذي يرجع أصله إلى بلاد لغتها العربية أو دينها الاسلام يمتد أثرها تلقائيا إلى أبنائه القاصرين غير المتزوجين، كما يمتد إلى زوجته، بصفة تلقائية والزامية، إلا إذا كانت هذه الاخيرة حاملة للجنسية المغربية.

ثانيا : الزواج المختلط

بمقتضى المادة العاشرة من قانون الجنسية المغربية، يجوز للمرأة الأجنبية المتزوجة من رجل مغربي أن تكتسب جنسية زوجها، إذا كان الزواج المعقود بينهما صحيحا طبقا للقانون الوطني لكل من الزوجين، وثبت أن الزوج والزوجة اقاما في المغرب بعد الزواج، بكيفية اعتادية وقانونية

مدة سنتين على الأقل، علاوة على تقديم تصريح لوزارة العدل تعبر فيه الزوجة عن رغبتها في اكتساب الجنسية المغربية وأن لا تصدر أي معارضة في ذلك من قبل وزير العدل.

وبعد تحليل الكاتبين لهذه الشروط، تساءلا عن الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج المختلط ؟ فتوصلا إلى أن :

«اكتساب الزوجة الاجنبية الجنسية المغربية... لا يكون له أي أثر بالنسبة لأولادها الذين ولدتهم من زوج اخر أجنبي، وذلك قبل زواجها من الرجل المتمتع بالجنسية المغربية».

«أما بالنسبة للابن المزداد بفضل هذا الزواج المختلط، أي زواج أب مغربي وأم أجنبية، فيتم اسناد الجنسية المغربية له عن طريق النسب، ولا تعتبر الام سواء كانت مغربية أو أجنبية».

ثالثا : التجنيس

إذا اكتسب الشخص الجنسية المغربية عن طريق التجنيس جاز أن يمتد هذا الاكتساب إلى أبنائه القاصرين غير المتزوجين، لكن شرط أن يكونوا مقيمين، بصورة فعلية، مع أبيهم، وان تنص على ذلك وثيقة التجنيس التي حولت لأبيهم التمتع بالجنسية المغربية، مع مراعاة الامكانية الممنوحة لابن المتجنس القاصر البالغ من العمر ستة عشر سنة ميلادية كاملة في تاريخ نشر وثيقة التجنيس، بحيث يجوز للابن المذكور أن يقبل أو يرفض الجنسية المسندة إليه.

رابعا : الاسترجاع

في قوانين الجنسية، يقصد بالاسترجاع استرداد الشخص لجنسيته التي كان يتمتع بها قبل أن يفقدها لسبب من الأسباب، ووفقا لظهير 6 شتنبر 1958 يشترط لاسترجاع الجنسية المغربية أن يكون قد سبق للشخص ان كان متمتعا بالجنسية المغربية، بصفتها جنسية أصلية، قبل أن يفقدها بإحدى طرق الفقد المنصوص عليها في القانون المغربي، علاوة على وجوب تقديم طلب لوزارة العدل يعبر فيه المعني بالامر عن رغبته في استرداد الجنسية المغربية.

وإذا استرجع الشخص الجنسية المغربية، امتد هذا الاسترجاع إلى أبنائه القاصرين غير المتزوجين، بشرط أن يكونوا مقيمين معه بصورة فعلية.

وبعد الانتهاء من دراسة الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية المغربية، يتصدى الكاتبان

لمعالجة زوال الجنسية عن طريق التبعية، وذلك ابتداء من الصفحة 39 إلى غاية الصفحة 75.
وبالرجوع إلى قانون الجنسية المغربية يتبين أن الخروج من الجنسية يتحقق بإحدى طريقتين فهو إما أن يتم عن طريق الفقد، أي أن الشخص يساهم بإرادته ويعبر عن رغبته في الانسلاخ من الجنسية المغربية، وإما إن يتم نتيجة تجريده منها بسبب أعمال قام بها تتنافى مع حملة للصفة المغربية.

وبعد أن يستعرض الكاتبان حالات فقد الجنسية المغربية، يستخلصان ان الفقد يمتد إلى الأبناء القاصرين غير المتزوجين إذا كانوا يقيمون فعلا مع المعني بالأمر، وذلك في حالة المغربي الراشد الذي يكتسب، في الخارج، عن طواعية واختيار، جنسية أجنبية، والمأذون له في التخلي عن الجنسية المغربية بمقتضى مرسوم، وحالة المغربي، ولو كان قاصرا، الذي له جنسية أجنبية أصلية، والمسموح له بالخروج من الجنسية المغربية بناء على مرسوم، وأخيرا المغربي الذي يعلن عن تخليه عن الجنسية المغربية التي اكتسبها عن طريق التبعية، أما بالنسبة للمغربي الذي يشغل وظيفة في مرفق عمومي أجنبي ويحتفظ بها أكثر من ستة أشهر بعدما تنذره الحكومة المغربية بالتنازل عنها فإن أثر فقد الجنسية المغربية بالنسبة لابنائها لا يمتد إليهم إلا إذا نص على ذلك صراحة من المرسوم.

وفيما يخص التجريد من الجنسية المغربية، يحلل الكاتبان الآثار الجماعية للتجريد على ضوء مقتضيات المادة 24 من ظهير 6 شتنبر 1958 التي ورد فيها ما يلي :

«يمكن تمديد التجريد من الجنسية المغربية إلى زوجة الشخص المعني بالأمر وأولاده القاصرين، على شرط أن يكون هؤلاء من أصل أجنبي ومحتفظين بالجنسية الأجنبية.
«غير أنه لا يجوز تمديد أثر التجريد إلى الأبناء القاصرين غير المتزوجين، إذا لم يكن شاملا الأم بدورها».

وفي نهاية البحث، يحزر الكاتبان خاتمة حاولا فيها صياغة تقييم عام لأحكام القانون المغربي بشأن الآثار الجماعية لاكتساب وزوال الجنسية المغربية، كما أثارا فيها مجموعة من التساؤلات حول بعض الثغرات التي توصلنا إلى ملاحظتها في مجال بحثهما.

ولاشك أن القارئ لهذا البحث الذي نحن بصدد التعليق عليه، سوف يدرك الجهد المشكور الذي بذله الكاتبان في سبيل الاحاطة بموضوع علمي هام يقتضي من الباحث الدقة والانتباه والتركيز.

بيد أن الملاحظة الأساسية التي أخذها الأستاذ المشرف على كتابي البحث انصبت على ناحية جوهرية تهيمن على قانون الجنسية المغربية، وكان بإمكان الباحثين استغلالها كموضوع لخاتمة بحثهما، ألا وهي أن تقنية فقد الجنسية المغربية ليست سوى تقنية قانونية بحتة مثلها في ذلك مثل تقنية الاسترجاع، على أساس أن الجنسية المغربية، ومنذ أقدم العصور، لا يمكن أن يطرأ عليها الفقد، اعتباراً لكونها تقوم على مبدأ البيعة الدائمة، ذلك المبدأ الذي جعل الفقهاء، في عهد الحماية الفرنسية، يعبرون عنه بعبارة شائعة ومشهورة، وهي ان «المغربي يولد مغربياً ويموت مغربياً» وهو نفس المبدأ الذي قرره صراحة المادة 15 من معاهدة مدريد لسنة 1880، والمادة 79 من مشروع دستور 1908، هذا إضافة إلى أنه لم يسبق أن نشر في الجريدة الرسمية، على حد علمنا، نص يميز الخروج من الجنسية المغربية.

* * *

«الجنسية المكتسبة في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية»، بحث لنيل الاجازة في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص — علم السياسة — تقدم به السيد أحمد محمد سالم الوهبي، تحت إشراف كاتب هذه السطور، إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، خلال السنة الجامعية 89—1990.

ويعتبر هذا البحث من أفضل وأحسن الدراسات التي يعتز الأستاذ المشرف بتسييرها والسهر على تحريرها وانجازها، كما يهيب بكاتب البحث المذكور بالعمل على طباعته ونشره وتوزيعه لتعم فائدته كافة القراء المهتمين في الوطن العربي، وذلك على أساس أن البحث الذي نحن بصدد التعليق عليه ساهم، من جهة، في تقديم خدمة علمية جلييلة، الا وهي دراسة مجموعة من النصوص التشريعية المتعلقة بالجنسية والمعمول بها في ست دول عربية اسلامية شقيقة، ومن جهة ثانية، كانت دراسة تلك النصوص دراسة عميقة مطبوعة بالجدية والدقة والشجاعة في الملاحظة وابداء الرأي.

وبالفعل، على الرغم من رجوع الباحث إلى كثير من الدراسات الفقهية، المصرية والمغربية، الصادرة خلال الفترة الممتدة من سنة 1959 إلى عام 1989، إلا أنه اعتمد اعتماداً مباشراً، ويتمكن ووعى، على النصوص التشريعية وعلى احداث التعديلات الطارئة عليها، وهي كما يلي :

1 — قرار مجلس الوزراء 4 المؤرخ بـ 25 محرم 1374 هـ (1956م) المتعلق بالجنسية في المملكة العربية السعودية.

- 2 — المرسوم الأميري رقم 15 لسنة 1959م المعدل سنوات 1960، و1965 و1966، و1970 و1972، و1980 و1982 الخاص بالجنسية الكويتية.
- 3 — القانون رقم 2 لسنة 1961 المعدل في أعوام 1963، و1966 و1969، و1973 بشأن الجنسية القطرية.
- 4 — القانون المؤرخ بـ 16 شتنبر 1963 المعدل سنتي 1963 و1981 المتعلق بالجنسية البحرينية.
- 5 — المرسوم رقم 1-72 بتاريخ فاتح يناير 1972 المعدل بالمرسوم السلطاني المؤرخ بـ 12 يناير 1983 والمرسوم السلطاني رقم 86/5 بتاريخ 23 يناير 1986 المتعلق بالجنسية العمانية.
- 6 — القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 1972 المعدل سنة 1975 في شأن الجنسية وجوازات السفر بدولة الامارات العربية المتحدة.

عندئذ توصل الكاتب إلى صياغة دراسة استغرقت مائة وخمسين صفحة (150) من الحجم الكبير المطبوع على الراقنة، خصصت منها الصفحات من 95 إلى 143 لتحرير النصوص التشريعية المتعلقة بالجنسية في دول مجلس التعاون لبلدان الخليج العربية، والصفحتان 93 و94 لبيان الفوارق الموجودة بين قوانين دول المجلس المذكور، في حين كرس الصفحات من 144 إلى 147 لقائمة غنية بالمراجع الهامة تضم كتباً ومقالات وتقارير رسمية بعضها يعتبر في حكم الفقود من قبيل كتاب عبد الرحمان عبد العزيز القاسم «القانون الدولي الخاص واحكامه في الشريعة الاسلامية وتطبيقه في النظام السعودي»، مطبعة السعادة القاهرة، 1973.

ومن هنا، يتبين أن الكاتب قد خصص لدراسة جوهر الموضوع اثنين وتسعين صفحة، بل واستطاع فيها السيطرة على مختلف الجوانب المتصلة بالكيفيات والطرق التي يمكن أن يتأتى عن طريقها اكتساب الجنسية في أي دولة من دول مجلس التعاون لبلدان الخليج العربية. وبما أن موضوع البحث يتعلق بالجنسية المكتسبة فقد نأى الباحث بنفسه عن كيفية اسناد الجنسية الاصلية في قوانين دول المجلس المشار اليه، فذلك موضوع آخر لم يكن له به شأن.

وقد اتبع الكاتب، في دراسة لاساليب اكتساب الجنسية في الدول المذكورة، منهجية علمية ذكية تقوم على أساس النظر إلى قوانين الجنسية محل الدراسة بوصفها وحدة تامة يمكن تقسيمها إلى جزئيات فرعية تشكل أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين القوانين المذكورة، وبعبارة أخرى، عمد الكاتب إلى رصد مختلف الطرق التي تكتسب بها الجنسية في دول مجلس التعاون الخليجي،



وعندما توصل إلى أن هذه الطرق تتمثل في التجنيس والزواج المختلط، والاسترجاع، لجأ إلى دراسة كل طريقة من الطرق السالفة البيان على ضوء القوانين الصادرة في كل دولة من الدول الست الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي.

وهي نفس المنهجية التي اتبعتها حينما تصدى للآثار المترتبة عن اكتساب الجنسية في الدول المذكورة.

وهكذا، قسم الكاتب بحثه إلى قسمين اثنين، بحيث تناول في القسم الأول طرق اكتساب الجنسية في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، أما القسم الثاني فقد خصصه للخروج من الجنسية المكتسبة بالفقد أو السحب أو التجريد، ممهداً للقسمين معاً بمقدمة يبرز فيها اختياره لهذا الموضوع بالكيفية التالية :

«إن السبب في هذا البحث هو أن دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لا تزال بحاجة إلى البحث في جوانب عديدة من أوضاعها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وإن الدراسات العلمية الجادة محدودة حول هذه المنطقة حتى الآن، بعكس دول الاتحاد المغاربي أو العربي التي توجهت حولها الدراسات من كل حذب وصوب».

وبعد ذلك، ينطلق الكاتب، في الفصل الأول، لدراسة طرق اكتساب الجنسية في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ويقسمه إلى ثلاثة مباحث، يعقد المبحث الأول لاكتساب الجنسية المذكورة، عن طريق التجنيس، ويكرس المبحث الثاني لاكتسابها نتيجة للزواج المختلط، أما المبحث الثالث فيخصصه لتقنية الاسترجاع.

في المبحث الأول من الفصل الأول، يتطرق الكاتب لاكتساب الجنسية عن طريق التجنيس، موضحاً أن قوانين بلدان مجلس التعاون الخليجي، شأنها في ذلك شأن كل دول العالم، تشترط مدة زمنية معينة يتعين على طالب التجنيس أن يقضيها بأرضها كي يتأق للمعنى بالأمر الاندماج في الجماعة الوطنية التي يرغب في أن يصبح عضواً فيها.

غير أن الخاصية الأساسية التي تطبع قوانين الجنسية في دول مجلس التعاون الخليجي تتمثل في طول الفترة الزمنية التي ينبغي لطالب التجنيس أن يقيم خلالها بأرض الدولة الراغب في اكتساب جنسيتها، وهي فترة طويلة بالمقارنة مع القانون المغربي التي يحصرها في خمس سنوات تسبق تقديم طلب التجنيس، مثله في ذلك مثل قانون الجنسية في المملكة العربية السعودية.

وهكذا، فبغض النظر عن ضرورة كون الإقامة قانونية، أي مأذونا بها، فإنه يشترط، في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، أن يكون المعني بالأمر مقيما في الإمارة منذ سنة 1940 أو قبلها وحافظ على إقامته العادية فيها حتى تاريخ نفاذ قانون الجنسية الإماراتي الصادر سنة 1972، باستثناء المواطنين العماني والقطري والبحريني والمواطن العربي، حيث حدد القانون الإماراتي الإقامة، بصورة مستمرة ومشروعة، بمدة لا تقل عن ثلاثين سنة، يقضي منها عشرين سنة على الأقل بعد نفاذ القانون المذكور. وفي المقابل تتفق قوانين الجنسية الصادرة في الكويت وعمان وقطر في اشتراط إقامة طالب التجنيس بها مدة لا تقل عن عشرين سنة، خلافا للقانون البحريني الذي تطلب الإقامة لمدة خمس وعشرين سنة.

وعلاوة على شرط الإقامة، تتطلب قوانين الجنسية الصادرة ببلدان مجلس التعاون الخليجي أن يكون طالب التجنيس عارفا باللغة العربية باعتبارها وسيلة من وسائل الاندماج في الجماعة الوطنية. وان كان قانون الجنسية السعودية لم ينص على هذا الشرط، فإن قوانين دول المجلس الأخرى اختلفت في طريقة صياغة الشرط المذكور، بحيث قرر القانون العماني ضرورة «الالمام باللغة العربية كتابة وقراءة» في حين اقتصر القانون الكويتي على كون طالب التجنيس «يعرف اللغة العربية» خلافا للقانون القطري الذي أوجب في المعني بالأمر «أن يعرف اللغة العربية معرفة كافية» والقانون الإماراتي الذي تطلب في المتجنس «أن يحسن اللغة العربية»، ومن هذه الناحية تتفق القوانين المذكورة مع قانون الجنسية المغربية الذي يشترط في طالب التجنيس «أن تكون له معرفة كافية باللغة العربية».

وعلى مهيع مختلف القوانين الوضعية الحديثة، توجب تشريعات الجنسية لدول مجلس التعاون الخليجي أن يكون طالب التجنيس حسن الخلق، أو حسن السلوك والسمعة والسيرة، غير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف والأمانة. كما تتطلب أن يكون طالب التجنيس صحيح العقل والبدن، حتى لا يصبح عالة على الدولة التي تمنحه جنسيتها، وهذا الشرط هو الذي عبر عنه القانون الإماراتي بقوله: «ان تكون له وسيلة مشروعة للعيش»، والقانون البحريني بنصه على «أن يكون لديه في البحرين عقار ثابت مسجل»، والقانون السعودي باشتراطه في طالب التجنيس «أن يثبت ارتزاقه بطرق مشروعة»، والقانون العماني بقوله: «ان يكون لديه وسيلة مشروعة للرزق تدر عليه ما يكفي لسد حاجته وحاجة من يعولهم».

وإذا كان الولاء نتيجة حتمية للجنسية التي يكتسبها الشخص اكتسابا، يترتب على عدم تحققه امكان سحب الجنسية ممن أسندت اليه، فمن الملاحظ أن القانون العماني، خلافا لمعظم

القوانين الوضعية، وخلافا لقوانين دول مجلس التعاون، قد احدث رقابة مسيقة على ولاء طالب التجنس بالجنسية العمانية، حيث اشترط اداء طالب التجنس ليمين الولاء واحترام قوانين وتقاليد وعادات سلطنة عمان.

واعتبارا لأن التجنس عمل ارادي، يقوم على أساس الاختيار والادراك، فقد اشترطت قوانين الجنسية الصادرة في دول مجلس التعاون الخليجي، أن يكون الراغب في التجنس «كامل الأهلية».

على حد تعبير كل من القانون الاماراتي والقانون البحريني، أو بالغا سن الرشد، طبقا لما ورد في قوانين كل من المملكة العربية السعودية، وعمان، وقطر والكويت.

وبالمقارنة مع قانون الجنسية المغربية، يلاحظ أن قوانين دول مجلس التعاون الخليجي تشترط في طالب التجنس أن يتخلى عن جنسيته السابقة، بحيث يشترط القانون القطري أن يقدم طالب التجنس «وثيقة رسمية تثبت جنسيته وقت تقديم الطلب وتعهده بالتنازل عنها فور منحه الجنسية القطرية» كما يقرر القانون الاماراتي أنه «لا يمنح التجنس لأي شخص إلا إذا تخلى عن جنسيته الأصلية، كذلك يقضي القانون السعودي بأن «يشفع طالب التجنس بطلبه كل وثيقة تتعلق بالجنسية التي ينسلك منها» هذا علما بأنه اذا كان القانون العماني يسمح بالجمع بين جنسيتين، فإن القانون الكويتي يعطي للمتجنس فترة معينة حتى يتخلص من جنسيته الاولى، وهذا على عكس قانون الجنسية البحرينية الذي لا يتطلب خروج المتجنس من جنسيته السابقة، وهو يتفق في هذه المسألة، مع القانون المغربي.

ومن المعلوم أن رابطة الجنسية، في العصر الحديث، تقوم على أساس علماني صرف، بحيث لا تعتد بالديانة أو العقيدة الدينية التي يعتنقها الشخص، وقد سارت قوانين الجنسية الصادرة ببلدان مجلس التعاوني الخليجي على النهج السابق، باستثناء قانون الجنسية الكويتية رقم 1 لسنة 1982 الذي أوجب أن يكون قد اعتنق الدين الاسلامي واشهر إسلامه وفقا للطرق والاجراءات المتبعة، ومضت على ذلك خمس سنوات على الأقل قبل منحه الجنسية الكويتية. وتسقط عنه هذه الجنسية بقوة القانون، ويعتبر المرسوم الصادر بمنحه اياها كان لم يكن بازتداده عن الاسلام أو سلوكه مسلكا يقطع بنيته في ذلك، ويترتب على سقوط الجنسية الكويتية عنه في هذه الحالة سقوطها عمن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية»، وإذا كان القانون الكويتي يتفق مع قانون الجنسية المغربية في هذا الشرط المتعلق بالانتماء إلى الديانة الاسلامية، فإنهما يختلفان مع ذلك، من

حيث كون القانون الكويتي يجعل الشرط المذكور عنصراً من عناصر ملف طلب التجنيس، في حين يعتبر القانون المغربي الشرط المشار اليه عنصراً من العناصر المكونة للملف اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولاء والاقامة في المغرب، طبقاً لأحكام المادة 9 من ظهير 6 شتنبر 1958، شأن القانون المغربي في ذلك شأن القانون التونسي لسنة 1956 الذي قرر القاء هذا الشرط في التعديل الذي طرأ المحلة التونسية سنة 1963.

وعلى غرار مختلف التشريعات الوضعية الحديثة، تقضي قوانين الجنسية الصادرة في دول مجلس التعاون الخليجي بإمكان اسناد الجنسية عن طريق التجنيس الاستثنائي، أي بأمر من رئيس الدولة، وحتى لو لم تتوفر كل الشروط المطلوبة في التجنيس العادي، وذلك لفائدة «أي شخص قدم خدمات جليلة للدولة»، على حد تعبير القانون الاماراتي والقانون البحريني والقانون السعودي والقانون الكويتي، والقانون العماني، وان كان القانون القطري قد حصر هذا الامتياز في «أي عربي ينتمي إلى بلد عربي اذا كان قد أدى لحكومة قطر خدمات عادت على البلاد بنفع كبير» وغني عن البيان ان المقصود بعبارة «الخدمات الجليلة» مسألة متروكة، في كل القوانين، السلطة التقديرية المطلقة للجهة المختصة بالنظر في طلب الجنسية.

وانطلاقاً من نهاية الصفحة 36 إلى الصفحة 45، يتطرق الكاتب للآثار الناجمة عن اكتساب الجنسية عن طريق التجنيس في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، حيث يعرض، في البداية للآثار الفردية للتجنيس ومن أهم تلك الآثار أن المتجنس بالجنسية الاماراتية لا يجوز له ممارسة الحقوق السياسية إلا إذا كان من أصل عماني أو قطري أو بحريني حيث يحق له ممارسة الحقوق المذكورة بعد مرور سبع سنوات على تجنيسه، وهو نفس القيد الذي اخذ به القانون البحريني وان كان قد حدد المدة في عشر سنوات، مثله في ذلك مثل القانون القطري خلافاً للقانون الكويتي الذي لم يجز «للاجنبي الذي اكتسب الجنسية الكويتية عن طريق التجنيس حق الانتخاب لأية هيئة نيابية قبل انقضاء عشرين سنة». وبعد ذلك تطرق الكاتب للآثار الجماعية للتجنيس، حيث بين أن قوانين الجنسية في دول مجلس التعاون الخليجي تأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة عن طريق التبعية للزوج مع اعتراف القوانين المذكورة للزوجة بالحق في الاعلان عن رغبتها في عدم الدخول في جنسية زوجها، باستثناء القانون البحريني الذي قرر أنه «اذا منح الشخص الجنسية البحرينية... اعتبرت زوجته وأولاده القاصرين بحرينيين بالتجنس ابتداء من التاريخ الذي منحت فيه تلك الجنسية». أما بالنسبة للابناء، فقد ذهبت قوانين الجنسية في الدول المذكورة إلى امتداد جنسية الاب المتجنس إلى ابناؤه القاصرين، وان كان يحق هؤلاء التعبير عن رغبتهم في التخلي عن الجنسية المسندة اليهم بالتبعية لأبهم خلال فترة زمنية معينة سابقة لبلوغهم سن الرشد.

وفي المبحث الثاني من الفصل الأول، يتعرض الكاب لطريقة ثانية من طرق اكتساب الجنسية في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وهي طريقة اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، حيث يبين ان قوانين دول المجلس المذكور يأخذ بعضها بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة إذ يترتب على زواج المرأة الاجنبية من رجل سعودي أن تصبح ذات جنسية سعودية، في حين تتمسك بقية قوانين دول المجلس بمبدأ استقلال الجنسية في الأسرة مع منح كل من الزوج أو الزوجة بعض الامتيازات كتقليص مدة الاقامة مثلاً.

وعلى كل، يشترط في المرأة الأجنبية المتزوجة من رجل يحمل جنسية احدى دول مجلس التعاون الخليجي، إذا كانت ترغب في اكتساب جنسية زوجها ان يكون الزواج المقصود بينهما صحيحاً من الناحيتين الجوهرية والشكلية، وان تعبر المرأة عن رغبتها في التمتع بجنسية زوجها، عن طريق ابلاغ السلطة المختصة في الدولة المعنية بهذه الرغبة كتابة، علاوة على أنه يتعين على المرأة المذكورة اقامة الدليل على الاقامة في الدولة التي يحمل الزوج جنسيتها مدة زمنية معينة، حددها القانون الاماراتي «بثلاث سنوات من تاريخ اعلانها بهذه الرغبة» في حين حددها القانون البحريني والقانون العماني والقانون الكويتي بخمس سنوات، بينما جعلها القانون القطري تنحصر في سنتين، أما القانون السعودي فلم يحدد الاقامة بفترة زمنية معينة وإنما حددها بالزواج فقط، أي أن المرأة الاجنبية بمجرد زواجها من رجل سعودي تصبح سعودية.

وتتفق دول مجلس التعاون الخليجي على ضرورة توفر شرط رابع يتعين بمقتضاه على المرأة المعنية أن تتنازل عن جنسيتها السابقة، كما سبقت الاشارة إلى ذلك من قبل، واخيراً ينبغي أن توافق السلطة المختصة على الطلب المقدم اليها في هذا الشأن.

وفي المبحث الثالث من الفصل الاول يعرض الكاتب لاسترداد الجنسية في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث يبين أن شروط الاسترداد تكاد تكون واحدة بالنسبة لقوانين دول المجلس المذكور. ويؤكد أن هناك شرطين من الشروط يغلب النص عليها، وهما، أولاً : زوال سبب فقد جنسية الدولة، كاتهاء الزوجية بالنسبة للزوجة التي فقدت هذه الجنسية نتيجة الزواج من أجنبي أو بتجنس زوجها بجنسية أجنبية، وكبلوغ الولد الذي فقد جنسية الدولة بالتبعية لوالده، وكالتخلي عن الوظيفة لدى دولة اجنبية، إذا ما كان اداؤها هو سبب فقدة الجنسية دولته. وثانياً : الاقامة في الدولة أو العودة للاقامة فيها، وهو شرط يكتسي أهمية بالغة لكونه يدل على عودة الفرد للاندماج في جماعته الوطنية وكذلك التخلي عن جنسيته المكتسبة.

وبعد أن يفرغ الكاتب من دراسة الشرطين السابقين وبيان الآثار الفردية والجماعية الناجمة عن الاسترداد، ينتقل إلى الفصل الثاني من دراسته، ويخصصه لمعالجة اسباب زوال الجنسية المكتسبة، في المبحث الأول، ثم آثار زوال الجنسية المكتسبة، في المبحث الثاني.

في المبحث الأول من الفصل الثاني، يتطرق الكاتب لأسباب الخروج من الجنسية المكتسبة «بفقدائها أو بسحبها أو باسقاطها أو بالتجريد منها في قوانين الجنسية ببلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

ولعل القارئ قد لاحظ هذا العنوان الطويل المخصص للمبحث الأول من الفصل الثاني، والسبب في ذلك يرجع، في الواقع، إلى تردد الكاتب بين استعمال المصطلحات السائدة في المشرق العربي وبين التعبير المستخدم في المغرب للدلالة على الخروج من الجنسية. وقد كان من المستحسن، في تقديرنا، أن يقتصر الكاتب على التعبير المعمول به في القانون المغربي، وإن يقول «التجريد من الجنسية المكتسبة» أو «الخروج من الجنسية المكتسبة» ثم يبين بعد ذلك أسباب هذا الخروج.

ومهما يكن من أمر، فإن أسباب الخروج من الجنسية المكتسبة، في ظل قوانين بلدان مجلس التعاون الخليجي، كما أوردها الكاتب، تتمثل فيما يلي :

أولاً : قد يكون الخروج من الجنسية امرا اختياريا تندفع اليه ارادة المعني بالامر عن طواعية وبصيرة، وذلك في حالتين، الحالة الأولى تتعلق بالخروج من جنسية احدى دول مجلس التعاون نتيجة اكتساب جنسية اجنبية، فقد ورد في قانون الجنسية الاماراتي انه : «تسقط جنسية الدولة عن كل من يتمتع بها... اذا تجنس مختارا بجنسية دولة اجنبية»، كما جاء في قانون الجنسية القطرية أنه «يجوز بمرسوم اسقاط الجنسية القطرية عن كل من يتمتع بها... اذا تجنس بجنسية اجنبية» أما بقية قوانين دول المجلس فلم تتعرض للمتجنس، بالنسبة لهذه الحالة، وإنما تعرضت للمواطن الأصيل. أما الحالة الثانية فتخصص المرأة الخليجية التي تزوج رجلا أجنبيا والتي «تحتفظ... بجنسيتها ولا تفقدها إلا إذا دخلت في جنسية زوجها»، على حد تعبير القانون الاماراتي، في الوقت الذي قرر فيه القانون البحريني «ان المرأة البحرينية التي تزوج من أجنبي لا تفقد جنسيتها إلا إذا ادخلت في جنسية زوجها الاجنبي ومن تاريخ دخولها هذه الجنسية»، بينما ذهب القانون السعودي إلى انه «لا تفقد المرأة العربية السعودية جنسيتها إذا تزوجت بأجنبي الا إذا سمح لها بالخروج مع زوجها خارج المملكة، ثم قررت وأعلنت التحاقها بجنسية زوجها ودخلت في هذه

الجنسية بحكم القانون الخاص بها» وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه القانون العماني والقانون الكويتي، خلافاً للقانون القطري الذي صرح بأن «المرأة القطرية التي تتزوج من أجنبي تدخل في جنسية زوجها اذا كان قانون هذا الزوج يقضي بذلك، والا جاز لها أن تحتفظ بجنسيتها القطرية في خلال سنة من تاريخ الزواج».

قد يكون الخروج من الجنسية، في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية امراً اجبارياً نتيجة اتيان مكتسب الجنسية في احدى الدول بالمجلس لبعض الاعمال والتصرفات المنافية لاعتباره مواطناً من مواطني تلك الدول، مثل الإقامة الطويلة والممتدة في الخارج، وهي الإقامة التي اعتبرها القانون الاماراتي سبباً يودي إلى أن «تسحب الجنسية عن المتجنس... إذا قام خارج الدولة بصورة مستمرة، ودون مبرر، مدة تزيد على أربع سنوات. كما قرر في شأنها القانون القطري انه «يجوز بمرسوم سحب الجنسية القطرية من القطري المتجنس في حالة انقطاعه عن الإقامة في قطر مدة سنتين متتاليتين بدون مبررات قوية مشروعة». أما بقية دول مجلس التعاون فلم تنظر إلى الإقامة بالخارج بوصفها سبباً يمكن ان يفضي إلى سحب الجنسية من المتجنس.

ومن بين الأسباب التي تؤدي إلى التجريد من الجنسية، في نطاق قوانين دول مجلس التعاون : الحكم على المتجنس من أجل جريمة مخلة بالشرف. بحيث تسحب الجنسية من المتجنس، وفقاً للقانون الاماراتي، «في حالة تكرار الحكم عليه بجرائم مشينة»، وطبقاً للقانون البحريني «إذا أدين في البحرين خلال عشر سنوات من تجنسه بجريمة تمس شرفه أو أمانته» وبموجب القانون السعودي «إذا حكم عليه بحكم جنائي أو عوقب بالسجن لجريمة اخلاقية لمدة تزيد عن سنة» وذلك خلال السنوات الخمس الأولى من تجنسه، وبمقتضى القانون العماني «إذا صدر حكم عليه في جريمة مخلة بالشرف»، أما القانون الكويتي فقد اجاز سحب الجنسية من الكويتي المتجنس، اذا حكم عليه خلال عشر سنوات من منحه الجنسية الكويتية في جريمة مخلة بالشرف أو الامانة او اذا عزل من وظيفته الحكومية تأديبياً. لأسباب تتصل بالشرف أو الامانة خلال عشر سنوات من منحه الجنسية الكويتية، أو «إذا توافرت الدلائل لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويض النظام الاقتصادي أو الاجتماعي في البلاد أو على انتهاه إلى هيئة سياسية اجنبية» أو «إذا استدعت مصلحة الدولة العليا أو امنها الخارجي ذلك».

كذلك من بين الأسباب التي تبرر سحب الجنسية، في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي عدم الأمانة في اكتساب جنسية الدولة، كما لو اكتسبها الاجنبي بناء على أقوال كاذبة، أو بطرق الغش، مثل اخفاء الحقيقة واستخدام مستندات مزورة، بل ان قوانين الجنسية في دول

مجلس التعاون الخليجي لا تقتصر على سحب الجنسية ممن اكتسبها عن طريق الغش والاحتيال، بل تقرر في مواجهة الأجنبي المختال عقوبة حبسية ومالية نشير منها، على سبيل المثال، إلى ما ورد في القانون السعودي من انه : مع عدم الاخلال بأي عقوبة أخرى اشد، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تتجاوز الف ريال عربي سعودي كل من أبدى امام السلطة بقصد اثبات الجنسية العربية السعودية له أو لغيره، أو بقصد نفيها عنه وعن غيره أقوالا كاذبة أو قدم اليها أوراقا غير صحيحة مع علمه بذلك، وتصدر الموافقة بقرار مسبب من وزير الداخلية.

أما المبحث الثاني من الفصل الثاني، فيخصه الكاتب للآثار الناجمة عن الخروج من الجنسية، في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ويبين هذه الآثار بالنسبة لكل حالة من الحالات المتعلقة بالخروج من الجنسية.

وبعد الانتهاء من دراسة أسباب اكتساب الجنسية وكيفيات زوالها، في قوانين بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، يخلص الكاتب إلى تحرير خاتمة عامة، لا ريب أنها تطلبت منه مجهودا ضخما، إذ أنها شكلت زبدة الدراسة التي جند لها طاقته وإرادته، وحينئذ توصل إلى عقد مقارنة ختامية دقيقة بين قوانين دول المجلس المذكور.

وإذا كان لنا من ملاحظة نبدتها بالنسبة لهذا البحث، فإننا ننصح الكاتب ان عزم على طباعة دراسته القيمة، ان يعزز الملاحق التشريعية التي أوردتها بمقتضيات المواد من 9 إلى 24 من ظهير 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية، وان يضيف إلى المراجع المغربية التي ذكرها بعض الدراسات الهامة المنجزة في اطار القانون المغربي، ومنها، على سبيل المثال، المحاضرات التي كان يلقيها على طلبة السنة الرابعة من الاجازة في الحقوق فضيلة الأستاذ الدكتور امال جلال عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، وكذلك المحاضرات المطبوعة على الراقنة من قبل الأستاذ الدكتور محمد عبد الحليم، تحت عنوان «قانون حقوق الأشخاص الخاصة عبر الدول أو القانون الدولي الخاص» والتي القاها خلال العام الجامعي 82-1983 على طلبة السنة الرابعة من الاجازة في الحقوق بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، ثم الدراسة التي أنجزها الاستاذ الدكتور العياشي السعودي حول اثبات الجنسية المغربية الاصلية من خلال اجتهاد اخير للمجلس الاعلى المنشورة بمجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، العدد الأول، ص 75 وما بعدها.

(يتبع)

p. 97 → p. 102

007551-A~

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم: 007551-
تاريخ: 10/10/12
جديدة
Ar

النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في المبيع

الأستاذ حسن بن علي الورياغلي
رئيس المحكمة الابتدائية بالعرراش

ينص الفصل 478 من ظهير الالتزامات والعقود على أن «البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه» ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، فمن جهة فإن البائع ملزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي للمشتري مقابل التزام المشتري بدفع مقابل لذلك، ومن جهة أخرى فهو إذن عقد معاوضة، كما أنه عقد رضائي، وهو عقد ناقل للملكية، وقد ينصب على عقار أو منقول أو حقوق مالية، كما يمكن أن تكون محل البيع حقوق شخصية على صورة حوالة الحق وحقوق الملكية الأدبية والفنية، كما أن الثمن لا بد أن يكون من النقود حياذا على البيع بالمقايضة مثلا.

ويرتب البيع على عاتق البائع التزامين هامين هما الالتزام بتسليم الشيء المبيع والالتزام بضمانه طبقا لما ورد في الفصل 498 من الظهير المذكور آنفا، والالتزام الثاني هو محور بحثنا هذا، ذلك أن المبيع لاسيما اذا كان عقارا أو منقولا قد تشوبه عيوب تحتمل أن تكون ظاهرة للعيان أو خفية يصعب اكتشافها بالفحص العادي أو إلا بعد مرور مدة من الزمن، فالبائع ملتزم بتسليم المشتري مبيعه بالكيفية المتفق عليها في العقد وعلى الحالة التي كان عليها وقت البيع وكذا بالقدر المعين في العقد الرابط بينهما، والالتزام بالمحافظة على المبيع من طرف البائع هو التزام يبذل العناية الى حين التسليم، وأن أي تقصير منه يعتبر خطأ يرتب مسؤوليته عنه ومبررا للتعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالمشتري، إما طبقا للقانون أو بمقتضى العقد، ما دام أن العقد شريعة المتعاقدين والكل طبقا للحالات التي سنراها فيما بعد.

إن العيوب الخفية بالمبيع لا يمكن اكتشافها وظهورها إلا بعد وقوع التسليم، وهي عيوب لا يمكن حصرها اذ تتشكل وتنوع حسب طبيعة المبيع من منقول أو عقار، وهي قد تكون جسيمة

أو ضئيلة، كثيرة أو قليلة، ومهما كانت فإنها لا تمنع من أن يتعقد البيع صحيحاً ولازماً في حق البائع، غير أنها بالنسبة للمشتري فلا يلزمه، وهي لا تتجلى إما لطبيعتها أو لكون الشخص بالفحص العادي لا يمكن له التنبيه لها إلا بعد الفحص الدقيق أو بعد مرور مدة من الزمن، مما يحق معه للمشتري أن يلتجأ إلى استصدار قرار استعجالي باثبات حالة مبيع يعتمد عليه عند إقامة دعواه في مواجهة البائع وبالتالي يمكن لمحكمة الموضوع اتخاذ الخبرة أو محضر إثبات حالة سنداً لها في موضوع الدعوى.

وقد وردت عيوب الأصول — العقار — في الفقه المالكي على ثلاثة أقسام : قليل فهو كالعدم، وكثير يثبت له بالرد، ومتوسط يتعين فيه الرجوع بالارش.

وما من الأصول بيع وظهر للمشتري عيب به كان استتر

فإذا ادعى البائع مثلاً أن المشتري أحاط بالدار معرفة وعلمها وكتب ذلك في الوثيقة فإن ذلك لا يشفع له إذا كان بالعقار عيب خفي، وإذا كان هذا العيب لا تأثير له في ثمن المبيع، كسقوط شرافات فلا يعتد بهذا العيب ولا يؤخذ بعين الاعتبار.

وهناك مجموعة من الاجراءات يتعين على المشتري اتخاذها من أجل المحافظة على حقوقه في إطار ضمان العيوب الخفية الواردة على الشيء المبيع، منها أن يبادر الى معاينة هذا الشيء فور استلامه له وإخطار البائع بها إن ظهرت له أثناء هذا الاستلام وسيكون أي إهمال منه من اتخاذ هذا الاجراء بمثابة قبول للمبيع على الحالة التي وصل اليها ورضاه به، سيما وأن عدم المعاينة الفورية قد تترتب عنها ضياع معالم هذه العيوب وانذارها، اللهم إذا كانت من العيوب التي يصعب الاطلاع عليها إلا بعد مرور مدة من الزمن قد تطول ولا سيما في المنقولات، وهو ما نص عليه الفصل 553 من ظهير الالتزامات والعقود من اشتراط إخطار البائع خلال السبعة أيام التالية للتسليم وما أكد عليه المجلس الأعلى في قراره الصادر تحت عدد 441 وتاريخ 29 غشت 1979 في الملف المدني عدد 60652 والذي جاء فيه : «ان تاريخ انطلاق الاجل المحدد لاختار البائع بعيوب الشيء المبيع يتبدى حساباً فور اكتشاف هذه العيوب» والفور يقتضي الحالة الزمنية التي لا يبطء فيها وعلى أي حال يجب ألا تتعدى السبعة أيام التالية لاكتشاف العيب المحددة في الفقرة الاولى من الفصل 553 من ق. ل. ع .

ويقع على المشتري عبء اثبات إخطار البائع بهذه العيوب وهو إخطار لم يحدد له المشرع شكلاً معيناً إذ يمكن أن يتم بواسطة رسالة مضمونة أو عادية أو بانذار شبه قضائي، كما يجوز أن

يكون شفويا، والتزام البائع بضمان العيوب الخفية يترجم في الواقع إخلالا صادرا عنه بمجرد ظهورها في المبيع، وهو التزام مستمر الى غاية انقضاء أجل التسليم المحدد قانونا، ما لم يتفق المتعاقدان على تمديد هذه الاجالات أو تقصيرها، كما أن الاخطار الذي يتم من طرف البائع للمشتري لا يغنيه عن رفع دعوى الضمان داخل الاجالات المذكورة، بعدما يكون التسليم الواقع في المبيع هو تسليميا فعليا أي ناقلا للحيازة المادية.

إن المشتري له الخيار في أن يرد الشيء المبيع إذا ما ظهر له فيه عيب أو يقبله بثمنه المتفق عليه في العقد، ويكون هذا الرد عن طريق فسخ العقد واسترداد الثمن، وهذا الخيار يضع عليه مجموعة من الالتزامات: منها رد المبيع بكامله أي ما يشتمله حتى من التوابع وكذا الزيادات الناجمة عن العقار مثلا كالتصاق أو كالثمار التي استفاد منها ابتداء من وقت ابرام العقد الى حين الرد وكذا الامتيازات الناتجة عن ذلك من جراء التصرف في المبيع، وبالمقابل فإن البائع عليه جملة من الالتزامات اتجاه المشتري ومنها رد الثمن المدفوع والتعويض فيما إذا كان سيء النية، وتتجلى سوء النية فيما إذا كان عالما بالعيوب الموجودة في المبيع ورغم ذلك أقدم على البيع وأخفى تلك العيوب وكذا إذا كان مرتكبا لغش أو تدليس أو كما ورد في الفصل 574 من ظهير الالتزامات والعقود «يعتبر سيء النية كل بائع يستعمل طرقا احتياطية ليلحق بالشيء المبيع عيوباً أو ليخفيها» وهذا التعويض يشمل ما أصاب المشتري من خسارة وما فاته من ربح، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1936/11/16 اذ ورد فيه : «عند بيع أصل تجاري يكون هناك مجال للرجوع للفصول 549 وما يليها من ظهير الالتزامات والعقود لتقدير امكانية قبول طلب انقاص الثمن المرتكز على أعمال غش منسوبة الى البائع ويعني بأعمال التدليس التأكيدات الكاذبة والاعمال المدبرة لخداع المشتري حول طبيعة وصفات الشيء المبيع وحمله على قبول شروط أكثر كلفة».

ويحق للمشتري مقاضاة البائع عن المصروفات الضرورية التي صرفها في صيانة المبيع من تاريخ التسليم الى تاريخ الرد، سيما المصروفات النافعة التي أدت الى الزيادة في قيمة المبيع، وفي حالة ما إذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع فلا يحق له بعد ذلك أن ينقص من الثمن ويبقى له حق التعويض فقط طبقا للحالات المذكورة آنفا.

ويذهب بعض الفقه وكذا بعض القوانين المدنية بالنسبة للضمان الى وجوب التمييز بين الحالة التي يكون فيها بالمبيع عيبا جسيما والاخرى حينما لا يكون هناك عيب جسيم: ففي الحالة

الأولى: لو اطع عليها المشتري لما أبرم البيع، فيرد المبيع وما استفاد منه ويبقى له باب التعويض مفتوحاً، ذلك أنه في مثل هذه الحالة يستحيل عليه القيام بتنفيذ عيني ويكون بالتالي التعويض مقابلاً لذلك، وفي الحالة الثانية: فإنه يحتفظ بالمبيع وبطالب بالتعويض الذي يكون أساسه إما حسن النية أو سوءها، كما أن المبيع إذا كان قابلاً للإصلاح فليس هناك ما يمنع المشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني، وقد أشار الى ذلك قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1956/12/21 والذي ورد فيه : «إن العيب في الشيء المبيع يتعين اعتباره فاسخاً للعقد :

- 1 — عندما يكون جسيماً بشكل يجعل من الشيء غير صالح للاستعمال المعدل.
- 2 — وأنه كان موجود قبل انتقال الملكية وقت البيع.
- 3 — كان مخفياً.

ودعوى الفسخ لا تنتج كامل آثارها الا عندما يكون العيب مما لا يمكن اصلاحه، وفي غير ذلك يكون في المجال فقط الامر بالاصلاح أو استبدال الجزء المتعيب ومن قبل شخص غير البائع اذا لزم الامر ولكن على عاتقه. ويكون العيب قابلاً للإصلاح :

- 1 — أن لا تكون كلفة الاصلاح هي بشكل غير طبيعي بالنظر لقيمة الشيء.
- 2 — أن يكون الاصلاح ممكناً تقنياً.
- 3 — أن لا ينقص بشكل محسوس قيمة الشيء.
- 4 — أن يجعل الشيء صالحاً للاستعمال المخصص له بطبيعته أو بالعقد».

وفيما يتعلق بالاثبات فان المشتري هو الملزم باثبات سوء نية البائع لكون حسن النية هو المفترض أصلاً، ويقع هذا الاثبات بشتى الوسائل والطرق مادام الامر يتعلق بوقائع مادية.

ويشكل طلب فسخ العقد أو دعوى إنقاص الثمن صورتين من صور التنفيذ الغير المباشر وهو خيار أعطي للمشتري في سلوكه، أو المطالبة بالتنفيذ العيني وهو الأصل والذي غالباً ما يتصور تطبيقه في المثليات خلافاً لبعض المبيعات التي يصعب فيها هذا التنفيذ.

ومتى كانت القاعدة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فإنه إذا اتفق المتعاقدان على أنه في حالة وجود عيب بالمبيع، فإن البائع يلتزم بإصلاحه، فإن المشتري والحالة هذه لا يستطيع المطالبة بفسخ العقد طالما أن الاتفاق المذكور يعتبر التزاماً من طرف البائع بالضمان عينا ويبقى للمشتري الحق في المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام، وبالتالي فإن قيام البائع بإصلاح العيب يسقط حق

المشتري في الضمان، ويتعين في جميع الحالات الاخذ بعين الاعتبار بكون التنفيذ ن يلحق ضرر بأي طرف منهما.

إن المشتري في بعض الحالات لا يمكن له رد المبيع وتبقى له فقط إمكانية حق المطالبة بإنقاص الثمن ويتم ذلك طبقاً للفصل 560 من قانون الالتزامات والعقود «بتقويم المبيع على أساس خلوه من العيب ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها، وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة حصل التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة».

ويعود أمر تقويم المبيع إلى أهل الخبرة والمعرفة، والخبرة هي التي تساعد محكمة الموضوع في تقدير عناصر التقويم لتكون رأياً شاملاً ومتكاملاً في موضوع النزاع المطروح أمامها مادام أن الخبرة غير ملزمة للمحكمة وتأخذ بها على سبيل الاستئناس.

وتنقضي دعوى الضمان في بعض الحالات إما طبقاً للقانون أو بحسب الاتفاق المبرم بين المتعاقدين، كما أنه يجوز استخلاص هذا الانقضاء من كون نية المشتري الضمنية قد اتجهت إلى ذلك، كعدم قيام فحص المبيع فحصاً كافياً أو التصرف فيه رغم الاطلاع على العيب الموجود به، أو صدور تعبير من المشتري يفيد تنازله عن حقه في الضمان، طالما أن هذا التنازل حق مخول له — كما أنه لا يكفي بالنسبة للمشتري الاطلاع على العيوب وإعلام البائع بها بل إنه وحفاظاً على حقوقه يتعين عليه إقامة دعواه ضمن الأجل المنصوص عليها قانوناً وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً بالنسبة للعقارات وثلاثون يوماً بالنسبة للأشياء المنقولة والحيوانات، وتبتدىء هذه الاجالات من يوم التسليم الفعلي — وقد قضت محكمة الدار البيضاء بتاريخ 1938/2/10 بأنه حسب نص الفصل 573 من ظهير الالتزامات والعقود كل دعوى ناشئة عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب إقامتها تحت طائلة السقوط خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التسليم بالنسبة إلى الأشياء المنقولة، وهذا الاجل (ثلاثون يوماً) يمكن تمديده باتفاق الفرقاء وأنه من المبادئ أن يعلق أثناء المفاوضات بين الفرقاء بهدف الوصول إلى حل ودي.

ولكن هذا الاجل يعود للسريان عند انتهاء فترة التمديد المتفق عليها أو الانقطاع النهائي للمفاوضات، كما صدر قرار عن محكمة فاس بتاريخ 1948/2/12 بالنسبة للعقارات جاء فيه : «فيما يتعلق بالعيوب الخفية الموجبة للضمان أو خلو المبيع من الصفات الموعود بها حسب نص الفصل 573 من ظهير الالتزامات والعقود يتعين إقامة الدعوى بالنسبة إلى العقارات خلال أجل ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً من تاريخ التسليم تحت طائلة السقوط.

والتسليم يقع يوم إشغال الأماكن دون تحفظ الأمر الذي يعادل التسليم المؤقت». وجدير بالذكر أن دعوى ضمان العيوب لا تسري على البيوعات الجبرية الإدارية منها أو التي تم بواسطة القضاء، وذلك ما أكد عليه الفصل 575 حينما نص على أنه «لا دعوى لضمان العيب في البيوع التي تجري بواسطة القضاء». وبه تم والله ولي التوفيق والسلام.

المراجع :

- 1 — الوسيط في شرح القانون المدني — المجلد الأول — للدكتور عبد الرزاق السنهوري.
- 2 — مجلة العدالة — مركز البحوث القانونية بوزارة العدل العراقية العدد الثالث لسنة 1979.
- 3 — مجلة رابطة القضاء — رابطة القضاة بالمغرب — العدد 6 — 7 يونيو 1983.
- 4 — مجموعة التشريع المغربي ليوسف نسيب عبود.

پ. 103 → پ. 128

007552 - An

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007552 تاريخ 15/10/07
جريدة

قراءة في تاريخ القضاء الاداري

الأستاذ محمد السفريوي

مستشار بمحكمة الاستئناف بطنجة

إن إنشاء المحاكم الادارية بالمغرب حدث مهم من شأنه أن يعزز بناء دولة القانون ويقر مبدأ ازدواجية القضاء الذي كان موحدا قبل المصادقة على القانون رقم 4190 من طرف مجلس النواب يوم : 91/7/11 ولقد أتاحت لي فرصة قراءات متعددة أطلعت خلالها على المراحل التاريخية التي مر بها القضاء الاداري فاستأثر الموضوع باهتمامي فدونت ذلك في بحث ارتأيت تقسيمه إلى عدة محاور بدأتها بتعريف القضاء الاداري ثم تعرضت لنشأة هذا القضاء في مهده وهو فرنسا فانتقلت للحديث عن القضاء الاداري في الدول الانجلوساكسونية مع دول أخرى ذات قضاء مزدوج ثم القضاء الاداري في الدول الاشتراكية والدول العربية، وفي الأخير تعرضت للقضاء المغربي والمراحل التي قطعها إلى تاريخ المصادقة على قانون احداث المحاكم الادارية.

تعريف القضاء الاداري :

منذ أن بدأ الانسان يشعر بضرورة تنظيم حياته في مجتمع تسود فيه الحرية المنضبطة عمل على خلق مؤسسة وجهاز عهد إليه بالث في مختلف النزاعات التي تنشأ بينه وبين غيره ويوقف حريته عندما تبدأ حرية غيره، وهذا الجهاز وهذه المؤسسة هي ما يسمى بالقضاء.

فالقضاء إذن هو الجهاز الذي يحقق العدالة، وهذه الأخيرة عنصر أساسي في المجتمع هدفها المقدس هو تعميم ونشر السلم الاجتماعي بين الناس.

وورد في كتاب الله تعالى في سورة غافر الآية 20 : «الله يقضي بالحق والذين تدعون من

دونه لا يقضون بشيء...»

وفي الدنيا كلف الله عباده من أولي الأمر من القضاة والحكام والعلماء وفرض عليهم العدل بينهم في الحكم : «إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما» الآية 105 من سورة النساء.

والقضاء في الاسلام : الفصل بين المتخاصمين اما بصلح عن تراضي وإما بإجبار على حكم نافذة(1).

وفي الاصطلاح الحديث :

القضاء هو السلطة الثانية في الدولة التي تختص بتطبيق وتفسير القانون الذي يوضع من طرف السلطة التشريعية وينفذ بواسطة السلطة الثالثة وهي التنفيذية وذلك على التقسيم التقليدي منذ مونتسكيو الذي قسم السلطات إلى ثلاثة : سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية.

وفي الدستور المغربي القانون الأساسي للدولة ورد في الباب السادس الفصول : 76 . 78 و79 ثم 81 وما بعدها : القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية ويستمرسل الدستور في أكثر من عشر فصول لتنظيم هذا الجهاز وإيلائه الأهمية التي يستحقها في الدولة بالنص على الضمانات الممنوحة لأجهزته ولرجاله.

ولكي تمارس السلطة القضائية مهامها يتعين أن تتوفر لها جميع الوسائل التي تجعلها مستقلة عن الأفراد وعن الإدارة، فالعاملون في القضاء لا يأتمرون بأوامرها ولا يخضعون لتوجيهاتها وبالتالي فإن أحكامهم تركز على تطبيق القانون ومراقبة شرعية القرارات الادارية، إذ أن مبدأ المشروعية يعني احترام القانون بمفهومه الواسع سواء من طرف الأفراد أو الإدارة، ومن هنا نرى أن مبدأ الشرعية يعني أن تحترم الإدارة في نشاطها أحكام القانون والا تعرضت أعمالها للبطلان ويقوم القضاء الاداري بدور أساسي في ذلك بناء السلطة المخولة له بنص القانون(2).

إن مبدأ سيادة القانون أو المشروعية المشار إليها آنفا يعني خضوع الأفراد والأجهزة الحكومية للقانون، والاحلال بذلك يقتضي وجود جهاز مختص للمراقبة، وهذا الجهاز هو إما هيئة إدارية أو هيئات قضائية، وإذا كانت الهيئة الأولى هي من الإدارة وجزء منها فهي غير مقصودة في

(1) القوانين الفقهية لابن جزء الصفحة 221.

(2) القضاء الاداري للدكتور عبد القادر باينة الصفحة 12.

هذا المقام بل المقصود هو الهيئة القضائية التي تختص بالنظر في النزعات التي تنشأ بين الإدارة وأجهزة الدولة من جهة وبين الخواص من جهة أخرى وتقضي حسب الأحوال إما بالالغاء أو بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية الإدارية.

وستبين: بعده أن هناك جهة قضائية متميزة للنظر في المنازعات الإدارية في البلاد التي أخذت بالنظام القضائي المزدوج أما في نظام القضاء الموحد فإن المنازعات الإدارية تنظر امام نفس المحاكم التي تنظر نزاعات الأفراد وإن كان هذا لا يمنع من وجود قواعد قانونية موضوعية لحكم النشاط الإداري(3).

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري له دور أساسي في ظهور القانون الإداري ويتفق جميع الفقهاء على أن القانون الإداري قانون قضائي لما للقاضي الإداري من مساهمة أساسية في خلق القاعدة القانونية الإدارية، وذلك من أجل ضمان حسن سير الإدارة ومن أجل ضمان حقوق المتعاملين معها ورغبة في احترام روح القانون، كما أن دور القاضي الإداري ليس فقط في الدفاع عن امتيازات الإدارة لما لها من سلطة أو أسبقية في تحقيق الصالح العام ولكن أيضا في دفاعه عن الحريات الفردية والعامّة واحترام المصالح الخاصة(4).

وإذا كان الاجتهاد القضائي له دور مهم في تطوير التشريع، فإن هذا الدور يبرز بشكل كبير في القضاء الإداري الذي يخلق قواعد جديدة وفقا للتطورات الخاصة بكل مجتمع، وفي القانون الإداري المقارن، وبصفة خاصة القانون الإداري الفرنسي كثير من المبادئ والنظريات التي هي من خلق وابتكار القضاء الإداري الذي استنتجها من تفسير النصوص القانونية المكتوبة والمبادئ العامة للعدالة، فأصبحت قواعد عامة تبناها المشرع في محاولة منه لتقنين القانون الإداري الذي هو بطبيعته قانون متطور مرن لا يعرف الاستقرار.

القضاء الإداري في فرنسا :

اشتهرت فرنسا واتفق على ذلك جميع الفقهاء انها مهد القانون والقضاء الإداري وقد ارتبط تطور هذا القانون بالقضاء الإداري الفرنسي والظروف التاريخية التي مرت بها مؤسساته إلى أن انتهت إلى الوضع الذي هي عليه في آخر سنة 1991.

(3) الوجيز في القانون الإداري للدكتور محمد مرغني الصفحة 211.

(4) مدخل عام لدراسة القانون الإداري للدكتور بابة الصفحة 76.

ويرجع الفصل في تطور القضاء الاداري إلى مجلس الدولة الفرنسي وبداية الثورة الفرنسية سنة 1789 التي نادى مفكروها كمونتسكيو وجان جاك روسو بمبدأ الفصل بين السلط حتى لا تخضع الادارة في القضايا التي تكون طرفا فيها للمحاكم العادية، مما يهدر استقلالها أمام السلطة القضائية، وفي ذلك صدرت قوانين تنص على استقلال الوظائف القضائية وانفصالها عن الوظائف الادارية وعلى عدم تعرض القضاة لأعمال الهيئات الادارية بأية وسيلة من الوسائل، والا اعتبروا مرتكبين لجرمة الخيانة العظمى (قانون 16 - 24 غشت 1790) وبذلك كانت الادارة معفية من الرقابة القضائية، الأمر الذي جعلها تخلق رقابة ذاتية لنفسها، وهو ما سمي بالقاضي الوزير أو الادارة القاضية.

ونظرا لأهمية الظروف التاريخية التي مر بها القضاء الاداري الفرنسي واثرت ذلك على القانون الاداري نفسه، فإننا سنحاول رصد هذا القضاء منذ القرن الثامن عشر أي قبل الثورة الفرنسية ثم بعد الثورة واثرها على جهاز القضاء الاداري والمراحل التي مر بها مجلس الدولة كمؤسسة رئيسية كانت ولازالت قمة القضاء الاداري الفرنسي وما انتهى إلى الأمر من إحداث محاكم استئناف إدارية سنة 1987.

قبل الثورة الفرنسية، أي في عهد الملكية، كان القضاء يتكون من محاكم عادية تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، أما المنازعات التي تنشأ بين الدولة والأفراد فقد كان موكول بها إلى محاكم أخرى يطلق عليها (البرلمانات القضائية) وقد انشئت هذه الأخيرة لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية، ولم يكن لأعضائها مرتبات محدودة تصرف لهم من خزينة الدولة وإنما تمثلت مواردهم مما كانوا يحصلون عليه من هبات وهدايا ومصاريف من الخصوم، مما جعلها تعمل على توسيع اختصاصها حتى تتزايد مواردها، وهنا كانت لهذه البرلمانات الكثير من التدخلات في أعمال الادارة لصالح الأفراد⁽⁵⁾، مما نتج عنه صراع بين البرلمانات والجهات القضائية الأخرى، ولم يكن عمل البرلمانات مقبولا من طرف المواطنين، لأنه بالمقابل ولا من الادارة التي كانت تعتبر ذلك تدخلا في أعمالها وعرقلة لسيرها، خاصة وان هذه البرلمانات كانت تدعى الحق بإصدار بعض الأوامر للادارة وتوقف تنفيذ أوامرها وتحاكم موظفيها كما وقفت في وجه الاصلاحات التي أريد تنفيذها في عهد لويس الخامس عشر رغم الشعور العام بالحاجة إلى تلك الاصلاحات⁽⁶⁾، ولقد

(5) القانون الاداري دراسة مقارنة للدكتورة مليكة الصروح الصفحة 11.

(6) - (7) القانون الاداري للدكتور عبد الغني بيسوني الصفحة 46.

أدى ذلك إلى تشويه صورة القضاء الفرنسي في تلك الفترة وإلى تعميق العداء بين البرلمانات ورجال الإدارة من جهة والكرهاية بين الشعب الفرنسي والبرلمانات من جهة ثانية(7).

ومن أجل ما سبق، قام رجال الثورة الفرنسية بإلغاء البرلمانات وإصدار قانون يمنع تدخل القضاة في أعمال الإدارة (غشت 1790) ويعلن وحدة وتكامل السلطة الإدارية بالدولة ومنع الإدارة من المساس باستقلال القضاء أو التدخل في الوظائف القضائية لكن قطع كل صلة بين القضاء والإدارة أبرز للوجود معزلة جديدة هي : لمن يكون الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ؟

إن الجواب على هذا السؤال هو ما يؤدي إلى شرح عبارة الإدارة القضائية أو القاضي الوزير الذي سبقت الإشارة إليها أعلاه، ذلك أنه في نفس السنة التي صدر فيها قانون غشت 1790 صدر قانون 6 - 11 سبتمبر 1790 يمنح لحكام الأقاليم الحق بالفصل في القضايا التي تكون الإدارة المحلية طرفا فيها وفي أكتوبر من نفس السنة صدر قانون 7 - 14 نص على اختصاص رئيس الدولة والوزراء كل فيما يخصه بالفصل في الدعاوي التي تكون الإدارة المركزية طرفا فيها، بمعنى أن الإدارة هي المختصة في النزاع الذي يقع بينها وبين الأطراف، فهي من جهة خصم ومن جهة أخرى حكم في نفس الوقت، لكن تطور الأوضاع ومنع القضاء العادي نتيجة للمنادات بمبدأ فصل السلط وعدم إنشاء محاكم إدارية جعل الوضع مقبولا لفترة زمنية بالإضافة إلى مواقف كبار الموظفين الذين كان يعهد اليهم بوظائف فيحسنون صنعاً، وعلى كل حال فإن مبدأ استقلال الإدارة وعدم خضوعها للرقابة القضائية سرعان ما تبين خطأه نظراً لمعارضته للعقل والمنطق، إلا أنه كما يقول الفقيه جان ريفيو(8) كان ذا جانب إيجابي هو إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بجوار المحاكم العادية في السنة الثامنة للجمهورية وهو الجهاز الذي اعتبر منذ انشائه حكماً ومستشاراً للإدارة وعنصراً للحماية القانونية للمتعاملين معها.

لقد كان مجلس الدولة في بداية الأمر وبمقتضى المادة 11 من دستور 12 ديسمبر 1799 هيئة استشارية للإدارة المركزية، كما كانت هناك مجالس الأقاليم هيئات استشارية للعمال، كما اختصت بالنظر في القضايا الإدارية باختصاص محدود يخضع لتصديق الفصل الأول ولذلك سمي قضاء محجوزاً ذلك أن المجلس لم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام وإنما كان يقوم بإبداء الرأي في المنازعات وإعداد مشروعات الأحكام ولا تصبح هذه المشروعات أحكاماً إلا بعد

(8) القانون الإداري جان ريفيو الصفحة 175 الطبعة الثالثة عشرة.

تصديق رئيس الجمهورية عليها نابليون بونابرت وفي الميدان التشريعي يقوم بتحرير مشاريع القوانين يطلب من رئيس الجمهورية فيقدمها له ليبيدي رأيه فيها ولا تصحح قوانين إلا بعد تصديقه عليها ويقول الدكتور عبد القادر بابنة⁽⁹⁾ ان المجلس قام بدور مهم في تحرير معظم القوانين التي عرفها عهد نابليون الأول وعلى سبيل المثال مدونة نابليون الخاصة بالقانون المدني لسنة 1804.

ولقد استمر العمل بالقضاء المحجوز إلى سنة 1872 حيث مر المجلس بتطورات متعددة وهزات عنيفة عصفت به فألغى من طرف حكومة الدفاع الوطني لكنه عاد إلى الوجود ليواصل دوره في ترسيخ ازدواجية القضاء الاداري في فرنسا بل وليدا دورا جديدا ذا فعالية أقوى وهو ما اطلق عليه القضاء المفوض بقانون 24 ماي 1872 والذي بمقتضاه أصبح قضاء المجلس نهائيا وأحكامه ملزمة للادارة وغير معلقة على تصديق كما وضع نفس القانون أسسا فعلية لتركيز ازدواجية القضاء في تنازع الأحكام بين جهتي القضاء الاداري والعادي، وأنشأ محكمة تنازع الاختصاص وبذلك أقام المشرع الفرنسي نظام القضاء المزدوج : القضاء العادي ويشمل المحاكم القضائية وعلى رأسها محكمة النقض والقضاء الاداري ويشمل المحاكم الادارية وعلى رأسها مجلس الدولة الذي احتفظ بمهمته الاستشارية وصياغة مشاريع القوانين.

إن اختصاص مجلس الدولة بمقتضى قانون 1872/5/24 بقي على سبيل الحصر وبذلك بقيت نظرية القاضي الوزير أو الادارة القضائية هي السائدة حيث كانت الادارة هي صاحبة الاختصاص العام للفصل في المنازعات الادارية وأن المحاكم لا تختص بما نص عليها القانون صراحة وتبعاً لذلك فإن الافراد كانوا ملزمين بالتوجه الى الادارة باعتبارها قاضي القانون العام قبل التوجه إلى مجلس الدولة باعتبارها هيئة استئنافية⁽¹⁰⁾ وقد استمر الوضع على ذلك الى أن وضع المجلس بنفسه حدا له عندما قرر في حكمه الشهير (كادوط) بتاريخ 1889/12/13 قبول طعن دعوى مباشرة دون أن يسبقها الاحتكام الى الوزير القاضي وبذلك بدأت مرحلة جديدة عزز فيها القضاء المفوض بإيقاف تطبيق نظرية الوزير القاضي فأصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام إلا ما استثني بنص خاص وظل يتمتع بهذه الصفة الى أن فقدها بمقتضى مرسوم 1953/11/28 حيث دخل حيز التطبيق ابتداء من فاتح يناير 1954⁽¹¹⁾ حيث حدد المشرع اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر وإنشاء محاكم بمجالس العمالات فأصبحت محاكم إدارية بمقتضى مرسوم

(9 - 10) القضاء الاداري للدكتور بابنة الصفحة 72 و74.
(11) - (12) القانون الاداري دراسة مقارنة للدكتور ملكة الصوخ الصفحة 15.

53/9/30 وبذلك أصبح القضاء الاداري في فرنسا يشتمل على مجلس الدولة والمحاكم الادارية.

ومنذ أن أنشئ مجلس الدولة وهو يعتبر نفسه غير ملزم بتطبيق قواعد القانون المدني الذي تحكم علاقات ذات أطراف متساوية لأن في الالتزام بتطبيقها ما يهدد حسن سير المرافق العامة ويعرضها للخطر لذلك عمل على استنباط قواعد القانون الاداري قصد حسن الموازنة بين المصلحة العامة التي تمثلها الادارة من جهة ومصالح الافراد وحقوقهم من جهة ثانية(12) وبذلك أرسى مجلس الدولة قواعد القانون الاداري الفرنسي الذي يعتبر لحد الآن قدوة لجميع الدول التي اخذت أو اخذت الادراجية في القضاء.

وبعد مرور أقل من عشرة سنوات على إصلاح شتنبر 1953 أصدر المجلس قرار (كنال) بتاريخ 62/10/19 الذي كان بالنسبة للحكومة الفرنسية بمثابة موقف سياسي من مجلس الدولة فوجهت بعض الاتهامات إليه في محاولة للمس باستقلال أعضائه(13) وانتهى الأمر بتكوين لجنة ترأسها رئيس المجلس الدستوري الفرنسي أعدت اصلاحات جاءت بها المراسيم الأربعة المؤرخة في 63/7/30 وتعلق بتحديد النظام الأساسي للعاملين بالمجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه القضائي دون مساس بأي مبدأ جوهرى كما ادخلت على المجلس تعديلات بمرسوم 68/9/9 و 73/2/24 و 75/8/26 ومرسوم 80/1/10 و 81/1/16 وكان اخر تعديل هو الصادر في 87/12/31 الذي أحدث محاكم استئنافية إدارية للنظر في احكام المحاكم الادارية باستثناء بعض القضايا.

وبتاريخ 88/5/9 صدر مرسوم تطبيقي لقانون دجنبر 67 ينص على الاجراءات الواجب اتباعها لرفع الطعون أمام المحاكم الادارية والاستئنافية وذلك لتخفيف العبء في مجلس الدولة مع بقاء هذا الأخير محكمة عليا ادارية وبذلك اصبح القضاء الاداري في فرنسا يتكون من ثلاثة أنواع من المحاكم : مجلس الدولة، محاكم الاستئناف الادارية والمحاكم الادارية.

عدد المحاكم الادارية الفرنسية حاليا يبلغ : 33 محكمة

عدد المحاكم الادارية للاستئناف حاليا يبلغ : 5 فقط.

والقضاء الاداري جماعي يصدر الأحكام في الدرجة الأولى بثلاثة فضاة بحضور مفوض الحكومة وخمسة مستشارين بحضور مفوض الحكومة كذلك في الاستئناف ومجلس الدولة.

(13) تطور القضاء الاداري للدكتور باينة الصفحة 77.

وباختصار يفرضه الحرص على عدم الخروج عن الموضوع الذي هو تاريخ القضاء الاداري نشير الى أن النظام الفرنسي نظام مزدوج بمعنى أن هناك قضاء عادي وقضاء إداري وأن معايير الاختصاص بين الجهتين لازالت موضوع نقاش واجتهادات قضائية لم تحسم تبعاً لاختلاف المعايير المعتمدة لاعتبار وتمييز العمل الاداري عن غيره من الأعمال الذي تقوم بها الادارة العصرية في الوقت الحاضر، وذلك ما دفع المشرع الفرنسي لاحداث محكمة المنازعة أو المنازعة في الاختصاص.

القضاء الاداري في الدول الانكلوساكسونية :

المقصود بهذه الدول هي إنجلترا والولايات المتحدة مع الدول التي سارت في نهجها وبجمع بين هذه الدول أنها جميعاً تطبق نظام القضاء الموحد بحيث أن القضاء العادي هو الذي ينظر في المنازعات الادارية مع فارق بين الأنظمة نبينه بعده :

فبالنسبة للنظام البريطاني فالقضاء موحد بمعنى أن المحاكم العادية هي المختصة للنظر في المنازعات التي تقع بين الأفراد فيما بينهم وما يقوم منها بينهم وبين الادارة والهيئات الادارية كما أن القانون موحد كذلك فالقواعد والنصوص والمبادئ لا تميز بين الادارة والفرد ولا تتوقف رقابة القضاء في ابريطانيا على مجرد الغاء القرارات الادارية بل تمتد الى اصدار القاضي الانجليزي أوامر ونواهي ملزمة الى الادارة وفي حالة الامتناع للاستجابة تنسب الى المسؤول جريمة امتهان كرامة القضاء⁽¹⁴⁾، ولا يعترف النظام الانجليزي باستقلال الادارة في مواجهة القضاء كما لا يوجد قضاء إداري مستقل وخضوع الادارة الانجليزية للقضاء جعل البعض يسميها (الادارة القضائية).

إلا أن الوضع المشار إليه لم يبق على حاله إذ عرف تطوراً في منتصف القرن العشرين إذ بدأت إنجلترا بإنشاء مجالس وهيئات خاصة كلفت بالنظر في منازعات إدارية كانت من اختصاص القضاء العادي⁽¹⁵⁾، مثل مجلس السكك الحديدية ومجلس التربية والتعليم وهي هيئات مختصة بالنظر في منازعات والغاء قرارات إدارية معينة بسبب مخالفتها للقانون أو المبادئ العامة للعدالة وذلك ما اعتبر من طرف البعض توجها نحو النظام المزدوج، ولقد كانت هذه الهيئات تصدر قرارات نهائية لكن الانتقاد الذي وجه إليها جعل المشرع يقرر قابلية الطعن في قراراتها امام المحاكم العادية.

(14) - (15) - (16) القانون الاداري للدكتورة الصروح الصفحة 19.

ويعتقد بعض الفقهاء أن القضاء الإنجليزي ينهل من القانون والقضاء الفرنسي وعلى الخصوص عندما يقرر للسلطة الادارية حق اتخاذ بعض الاجراءات ذات النفع العام كالاستيلاء المؤقت على الأموال وأعمال الضبط الاداري وغيرهما لكن النظام الانجليزي بفتقر للتطور والتجديد في قواعده ومبادئه لأنه يعتمد القانون الخاص فلا يسمح للقضاء العادي الانتقال إلى قواعد أخرى غيره إلا بنص خاص.

وفي الولايات المتحدة الامريكية كذلك يؤخذ بمبدأ وحدة القضاء ووحدة القانون تطبيقاً لمبدأ فصل السلط من جهة ومبدأ المساواة بين الحكام والمحكومين من جهة ثانية كما تطور النظام الأمريكي قدوة بالنظام الانجليزي فأنشأ مجالس وهيئات متخصصة عهد إليها بالنظر في المنازعات الادارية كاللجنة الفدرالية للتجار والهيئة الوطنية لمتابعة العمال وهي تتكون من أعضاء من المهنة وتصدر قرارات إدارية وليس قضائية لكن النظام الامريكي يتميز على الانجليزي بكونه أصدر قانون الاجراءات الادارية لسنة 1946 والذي يتضمن⁽¹⁶⁾ كافة الاجراءات الواجب اتباعها أمام المجالس المهنية والهيئات المشار إليها وتخضع قرارات تلك الهيئات للطعن أمام المحاكم العادية.

ويمكن القول كذلك ان النظام الامريكي بدا يتجه نحو النظام المزدوج لأن المشرع هناك أحدث سنة 1982 المحكمة الثالثة عشرة للاستئناف الفدرالية وهي جهة قضائية إدارية مختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالوظيفة العمومية — مسؤولية الادارة العمومية وكذلك التجارة الدولية (انظر محاضرة لرئيس مجلس الدولة الفرنسي القاها بتاريخ 85/6/10).

وفي استراليا بدا الاتجاه نحو الازدواجية كذلك بأحداث محكمة الاستئناف الادارية التي تنظر في الغاء أو تعديل قرارات الهيئات سنة 1975.

وفي الدنمارك بدأت تحضر اجتماعات مجالس القضاء الاداري العليا بالمجموعة الاوروبية وحدثت هيئتها العليا سنة 1982.

وفي اليابان بدا التراجع منذ سنة 1962 عن التنظيم الذي فرضه الاحتلال الامريكي سنة 1946 وتم احداث جهات قضائية مختصة للنظر في المنازعات الادارية وبفضل التعاون الياباني الفرنسي فإن القانون الاداري الفرنسي يدرس بالجامعات اليابانية⁽¹⁷⁾.

(17) — (18) — (19) مجلس الدولة جان ماسون الصفحة 44.

دول أخرى ذات قضاء إداري مزدوج :

من هذه الدول : اسبانيا — البرتغال وألمانيا هذه الاخيرة التي يجد نظامها أساسه في اتحاد الرايخ الألماني لمتخلف شعوب المنطقة منذ سنة 1871 وهذه مثل فرنسا قد خصصت للنزاعات الادارية جهات متخصصة عن القضاء العادي لكنها على خلاف النظام الفرنسي لم تسند لها مهام استشارية.

إن جمهورية ألمانيا التي أصبحت الآن متحدة بعد أن انضم إليها الجزء الذي كان يسمى ألمانيا الديمقراطية، تعرف نظاما قضائيا إداريا يتكون من 34 محكمة للمرحلة الأولى و 12 محكمة استئنافية ومحكمة إدارية فدرالية مقرها ببرلين ويعمل بالمرحلة الأولى حوالي احدى عشر ألف قاضي وفي الاستئناف 564 مستشار (400 بالمحاكم الادارية الفرنسية و 100 بالاستئناف)⁽¹⁸⁾.

ويتبع النظام الألماني بعض الفوارق الخاصة كل من دول أوروبا الوسطى كما هو الحال بالنسبة للنمسا وسويسرا والسويد وفيلاندا وكلها ذات نظام قضائي إداري متوج بمحكمة إدارية عليا. وفي تركيا انشئ مجلس للدولة على شاكلة مجلس الدولة الفرنسي ذو اختصاص مزدوج استشاري وقضائي سنة 1868 وكذلك باليونان سنة 1911 وفي بلجيكا سنة 1946.

القضاء الاداري في الدول الاشتراكية :

في النظام الماركسي الليني المطبق في الاتحاد السوفياتي قبل تصدعه سنة 1991 لا يمكن تصور نزاع بين الادارة والمواطنين وان أي نزاع أن وجد موكول بالنظر فيه للمحاكم العادية طبقا لدستور سنة 1977 ومن هنا يمكن القول بأن النظام الاشتراكي لا يتوفر على قضاء أو قانون اداري بمفهومه الدقيق وإنما هناك قواعد وأنظمة لتسيير الجهاز الاداري وضبط نشاطه.

ويتميز النظام القضائي للاتحاد السوفياتي سابقا بكثرة المحاكم العادية فهناك المحكمة العليا لكل جمهورية ومحاكم الاقاليم ومحاكم المدن ومحاكم الاحياء ثم المحاكم الشعبية واخيرا المحاكم العسكرية.

وبالنسبة لدول المنظومة الاشتراكية غير السوفياتية. هناك يوغسلافيا منذ سنة 1952 ورومانيا منذ سنة 1967 بولغاريا منذ 1970 وبولونيا منذ سنة 1980 انشأوا جميعا رقابة قضائية على الادارة بواسطة المحاكم العادية.

وفي الصين الشعبية منذ سنة 1970 أصبح من الممكن الطعن امام القضاء العادي في بعض تصرفات الادارة وخاصة في الميدان المالي والاشغال العمومية إلا أن تلك الطعون لازالت قليلة لكن من علامات تفتح الصين على العالم الخارجي زيارة وفد مهم في مارس 1986 من مجلس الدولة الفرنسي ليكين وشنغاي برئاسة نائب رئيس المجلس لالقاء محاضرات حول النظام القضائي الفرنسي كما قام نائب رئيس المحكمة العليا بالصين سنة 1987 مرفوقا بوفد صيني من سامي الموظفين ومن بينهم المدير العام للمعهد الاصلاحات الادارية والاقتصادية بالصين إلى القصر الملكي مقر مجلس الدولة بباريس (19).

وان من شأن الانفتاح الجديد واعتماد اقتصاد السوق في جميع الدول الاشتراكية التي تفككت عن الاتحاد السوفياتي سابقا وبقية الدول التي كانت تدور في فلكها من شأن ذلك أن يحدث اثره على القوانين الادارية والقضاء الاداري تبعا للعلاقة الجديدة التي تطبع سلوك الأفراد مع الادارة وهذه الأخيرة في تنظيماتها الجديدة التي ينتظر أن تطول مدة غير قصيرة لتعرف طريقها نحو اختيار صحيح ينتهي بتبني القضاء المزدوج أو الاستمرار في القضاء الموحد حسب ظروف وتطورات الأوضاع في كل بلد.

القضاء الاداري في الدول العربية :

انقسمت الدول العربية في موقفها من القضاء الاداري تبعا للظروف التاريخية التي مرت بها كل دولة وتبعا لموقفها من فكرة القانون الاداري والرقابة القانونية على الادارة فنتج عن ذلك أن بعض الدول العربية خصصت قضاء إداريا للفصل في الدعاوي الادارية والبعض الآخر اختصت محاكمه العادية بالنظر في المنازعات بما فيها الادارية.

المجموعة الأولى ذات قضاء إداري

وهذه المجموعة اتجهت منهج النظام الفرنسي إذ انشأت جهازا مختصا للنظر في المنازعات الادارية مستقلا عن المحاكم العادية وهي التي عرفت بالدول ذات الازدواجية في القضاء والقانون، ونفصل القول في ثلاثة منها وهي : مصر — لبنان وتونس.

القضاء الإداري في مصر

قبل سنة 1875 لم تكن مصر تعرف مبدأ الفصل بين السلطات إذ كانت الإدارة تقوم بوظائف التنفيذ والتشريع والقضاء جميعاً ولم يكن لأحد الحق في أن يطعن في تصرفاتها إلى أن تم إنشاء المحاكم المختلطة التي حلت محل المحاكم القنصلية وقد منحت هذه المحاكم حق البحث في مشروعية العمل الإداري توطئة للحكم بالتعويض دون أن تمنح حق إلغاء القرار الإداري وكانت هذه المحاكم تطبق كقاعدة عامة قواعد القانون الخاص.

وفي 1883/7/4 انشأت المحاكم الوطنية أو الأهلية لكنها أيضاً حرمت من سلطة إلغاء القرار الإداري واقتصر دورها على التعويض فيما عدا العلاقات التي يكون طرفاً فيها أجنبياً ويستوي بعد ذلك أن يكون موضوعها من روابط القانون الخاص أو من روابط القانون العام⁽²⁰⁾.

ونص دستور 1923 على مبدأ فصل السلطات وبذلك أصبح للسلطة القضائية حق النظر في جميع المنازعات إلا ما استثني منها بنص خاص وبذلك استطاع القضاء العادي أن ينظر في قرارات إدارية معينة بعدم المشروعية وطلبات التعويض المرفوعة ضد الإدارة ويقوم بتقرير مبادئ هامة في مجال القانون الإداري (قرار محكمة الاستئناف المختلطة في 41/6/26 أن مبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرافق العامة ليس سوى تطبيقاً لمبدأ من مبادئ القانون العام يقضي بمساواة جميع المواطنين أمام التكاليف العامة) إضافة إلى تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة وإخضاعها للقانون العام ونظرية إساءة استعمال السلطة وقد تطورت هذه المبادئ وتم التوسع في معناها بعد إنشاء مجلس الدولة المصري الذي اختص بالنظر في المنازعات الإدارية (1946).

لقد أسند المشرع المصري في القانون رقم 112 لسنة 1946 لمجلس الدولة مهمة أسداء الرأي والتشريع وجعل منه محكمة القضاء الإداري تبث في المنازعات دون التقيد بنصوص القانون الخاص.

وفي سنة 1952 أنشأ لجنا قضائية للنظر في المنازعات الخاصة بالموظفين وسنة 1954 صدر قانون بإنشاء وتنظيم محاكم إدارية في الوزارات للنظر في المنازعات الخاصة بالموظفين والمستخدمين وأوكل إلى محكمة القضاء الإداري النظر في الأحكام المستأنفة من تلك المحاكم⁽²¹⁾.

(20) - (21) القانون الإداري، دراسة مقارنة للدكتورة مليكة الصروخ الصفحة 27.

وفي سنة 1955 صدر قانون يقضي بتنظيم القسم القضائي لمجلس الدولة مقسما إياه الى أربعة فروع هي :

المحكمة الادارية العليا — محكمة القضاء الاداري والمحاكم الادارية وهيئة مفوضي الدولة.

وتوضيحا لأهمية الدور الذي اضطلع به مجلس الدولة في القضاء الاداري جاء في المذكرة الايضاحية رقم 165 لسنة 1955 الخاصة بمجلس الدولة المصري : «يتميز القضاء الاداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الاغلب قضاء انشائي يتتبع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الادارة في تسييرها للمرافق العامة بين الأفراد.

وقضت المحكمة الادارية العليا في السنة الاولى لانشائها «أن القضاء الاداري ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما بل هو في الأغلب قضاء انشائي، لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها وإيجاد مركز التوازن والموأمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، فاقترح نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون المدني (حكم رقم 157 للسنة القضائية الثالثة للمحكمة الادارية العليا).

وقد نص دستور سنة 1971 (ان مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وتختص بالفصل في المنازعات الادارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى) وتطبيقا لذلك نص القانون رقم 47 لسنة : 1972 بشأن مجلس الدولة : يختص بالنظر في جميع المنازعات الادارية بعد أن كان اختصاصه محددا على سبيل الحصر.

وبواسطة القواعد والمبادئ الادارية التي ابتدعها مجلس الدولة المصري استطاع إرساء قواعد متعددة وأوجد حلولاً لمشاكل ومنازعات إدارية توازن بين تحقيق مصلحة الادارة وبين مصلحة الأفراد وبفضل ذلك وصل القانون الاداري المصري درجة مهمة من التطور جعلت مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر نموذجه يقتبس منه وخاصة فيما يتعلق باقتباسه لمسطرة اعداد تقرير سنوي يقدم لرئيس الجمهورية ذلك ان مجلس الدولة المصري هو أول من قام بتقدير سنوي يقدم لرئيس الجمهورية ذلك أن مجلس الدولة المصري هو أول من قام بتقديم تقرير سنوي لرئيس الجمهورية يوضح فيه الصعوبات التي تفترض تطبيق القرارات القضائية والعيوب التي توجد في بعض القوانين ومن النموذج المصري أخذ مجلس الدولة الفرنسي عند تعديله لنظامه سنة 1963

الذي اسفر عن احداث شعبة التقرير والدراسات بالمجلس وهي تقوم بإعداد التقرير السنوي الذي يقدم خلال شهر فبراير لرئيس الجمهورية الفرنسية(22).

القضاء الاداري في لبنان :

تأثر النظام القضائي في لبنان بالنظام السائد في الدولة العثمانية طوال فترة خضوعه لحكم هذه الدولة منذ أوائل القرن السادس عشر الميلادي حتى نهاية الحرب العالمية الأولى(23).

فقد انشئ مجلس الاحكام العدلية ثم ديوان الأحكام العدلية ومجلس شورى الدولة التي كانت له وظيفة قضائية وهي الفصل في المنازعات الادارية وكذلك اعداد مشروعات القوانين واللوائح.

وبعد دخول الجيوش الفرنسية لبنان سنة 1919 أعلن في مؤتمر سان رسمو سنة 1920 عن ميلاد دولة لبنان الكبير فانتهد بذلك سيطرة العثمانيين وتحقق الوجود القانوني للدولة.

وفي سنة 1924 انشأ المفوض الفرنسي مجلس الشورى في لبنان وجعل مقره في بيروت وأعطى الولاية العامة في المنازعات القضائية ثم الغي بعد أربع سنوات وحولت اختصاصاته الى محكمة التمييز.

وعندما ألغيت محكمة التمييز سنة 1939 انشئت المحكمة العليا للقضايا الادارية التي استمرت الى سنة 1941 حيث أعيد مجلس الشورى لكنه ما لبث أن ألغي سنة 1950 وأعيد سنة 53 لكن باختصاص قضائي فقط دون الاختصاص التشريعي.

وفي سنة 1954 انشئت محكمة إدارية خاصة منحت حق النظر في جزء محدود من المنازعات الادارية الى جانب مجلس شورى الدولة صاحب الولاية العامة لكنها الغيت سنة 1959.

وفي سنة 1975 تمت إعادة تنظيم مجلس شورى الدولة فأصبح قاضيا للقانون العام في كافة المنازعات الادارية الى جانب اختصاصه في الجانب التشريعي بالفتوى.

وبذلك يتضح أن لبنان اخذت بالازدواجية في القضاء فالى جانب القضاء الاداري المتمثل في مجلس شورى الدولة هناك القضاء العدلي وهناك ازدواجية في القانون حيث عمل مجلس شورى

(22) مجلس الدولة : جان ماسون الصفحة 49.

(23) القانون الاداري : للدكتور عبد الغني بسيوني الصفحة 51.

لدولة رغم ظروفه غير المستقرة على خلق قواعد إدارية تعتبر مصدرا من مصادر القانون الإداري اللبناني.

القضاء الإداري في تونس :

إن أول بادرة لمقاواة الإدارة وضعها المشرع التونسي بالأمر الصادر في 1888/11/27 عن طريق إحداث محاكم مختصة تتركب من قضاة مختصين لكن هذا الأمر كان مقصورا على المحاكم الفرنسية المنتسبة بتونس اذناك أما المحاكم التونسية فلم تؤسس إلا في سنة 1896 لكنه كان محصور عليها التعرض لأعمال الإدارة مع حفظ حق التظلم من أي قرار إداري بقصد حمل الإدارة على الرجوع فيه، والجنسية هي الضابط في تحديد الاختصاص فالفرنسيون يتقاضون امام المحاكم الفرنسية والتونسيون أمام المحاكم المختصة بتونس.

ولم يكن التوزيع في الاختصاص متبعا في جميع الحالات بل وقع خرقه في المنازعات المتعلقة بالملك العام للدولة، كما أن اجتهاد المحاكم التونسية في ذلك العهد لم يكن مستقرا فقد صدرت بعض الأحكام تنكر على المحاكم اختصاصها للنظر في شرعية القرارات الادارية ولو بطريقة غير مباشرة وبذلك كان المشرع التونسي يحصن الإدارة من تدخل المحاكم في شؤونها لكنه بأمر مؤرخ في 1927/1/31 عهد الى مجلس الدولة الفرنسي بالنظر في طلبات الالغاء في مجال تطبيق القانون الأساسي للوظيفة العمومية فقط دون بقية المنازعات الادارية الأخرى وظل الحال على ذلك حتى بعد الاستقلال.

وفي سنة 1972 أحدثت محكمة إدارية اسند لها مهمة الغاء القرارات الادارية المشوبة بعدم المشروعية والبت في طلبات التعويض.

وما سبق يتبين ان المشرع التونسي كان يمنع القضاء العادي من النظر في مشروعية القرارات الادارية قبل الاستقلال لكن بعد ذلك احدث محكمة إدارية متجها نحو الازدواجية في القضاء.

المجموعة الثانية : ذات قضاء عادي ينظر في منازعات إدارية

وهذه المجموعة سارت على النهج الأنجلوساكسوني الذي سبقت الإشارة إليه وهي لم تأخذ بنظام القضائي الإداري المستقل وإنما اسندت النظر في المنازعات الادارية لمحاكمها العادية وهي

الدول التي عرفت بنظام وحدة القضاء مع عدم الزامية وحدة القانون اذ من بين هذه الدول من تطبق محاكمها العادية مبادئ وقواعد خاصة عندما يكون احد أطراف الخصومة مرفقا عموميا اي إدارة، ويطبق هذا المبدأ في عدد من الدول نذكر من بينها : الأردن — ليبيا — السودان والعراق.

القضاء الاداري في الأردن :

طبقا لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952 فإن المحكمة العليا هي أعلى قمة النظام القضائي في الأردن وهي من جهة محكمة تمييز أي نقض مدنية وجنائية ومن جهة ثانية فهي تقوم بتطبيق مبادئ القانون الاداري إذا لم يمنعها المشرع من التعرض للقرارات الادارية بالالغاء أو التأويل أو وقف التنفيذ.

فالمحكمة العليا الأردنية إذا ذات اختصاص ثنائي بحيث أنها محكمة نقض للقضاء العادي ومحكمة إدارية للبت في المنازعات التي تكون الادارة احدا أطرافها على أن ذلك لم يمنعها من تطبيق ازدواجية في القانون رغم وحدة الجهة القضائية إذ أن المشرع لم يقيد بها بوجوب تطبيق أحكام القانون الخاص.

القضاء الاداري في ليبيا :

تختص بالفصل في المنازعات الادارية في ليبيا دائرة أو أكثر بكل محكمة استئنافية وذلك منذ 1971 وهي تملك حق الالغاء والتعويض على القرارات الادارية وهي غير ملزمة بتطبيق قواعد القانون الخاص بل أن لها حرية إيجاد قواعد للقانون الاداري تقوم بتطبيقها على المنازعات المعروضة عليها وقد وقع التراجع في ليبيا عن ازدواجية القضاء الذي كان معمولا به منذ سنة 1953 إذ كانت هناك المحكمة الاتحادية العليا هي محكمة القضاء الاداري.

القضاء الاداري في السودان والعراق :

إن كلا من السودان والعراق تعتمد كذلك نظام القضاء الموحد ويطبق هذا النظام مع بعض الاختلافات بين دولة وأخرى على أنهما متفقان في أن المحاكم العادية التي تنظر في المنازعات الادارية غير ملزمة بتطبيق قواعد القانون الخاص لأن هذه الأخيرة لا تصلح لحكم العلاقات

الادارية مما جعل القضاء في هذين الدولتين يهتدي في وضعه لقواعد القانون الاداري بالاجتهادات القضائية الصادرة في المادة الادارية عن مجلسي الدولة الفرنسي والمصري.

القضاء الاداري في المغرب :

نتعرض لتطور القضاء الاداري في المغرب عبر محاور متعددة نبدأها بوضعية القضاء الاداري قبل الحماية ثم القضاء الاداري في عهد الحماية والقضاء الاداري بعد الاستقلال وانشاء المجلس الأعلى والاصلاح القضائي لسنة 1974 الخطاب الملكي بإحداث المحاكم الادارية، مصادقة البرلمان على القانون رقم : 90.41 والمرسوم المحدد لمقر هذه المحاكم بالمناطق والجهات الاقتصادية السبع.

القضاء الاداري قبل الحماية :

منذ أن اعتنق المغرب الدين الاسلامي في القرن الثامن الميلادي وهو ينعم بحريته واستقلاله فكان البلد العربي الوحيد الذي بقي خارج الامبراطورية التركية العثمانية التي بسطت سيطرتها ونظامها في معظم الأقطار العربية ودول المغرب العربي إذ وصلت الى الجزائر وظل ذلك منذ أوائل القرن السادس عشر الميلادي حتى نهاية الحرب العالمية الأولى وإذا كانت جميع هذه الدول قد تأثرت بالنظام السائد في الدولة الحاكمة فإن المغرب بقي متشبثا بقواعد الشريعة الاسلامية واحكامها في جميع الميادين.

فقد كانت أجهزة الدولة المغربية صورة طبقا لأصلها الأندلسي الأموي وكانت هناك ثلاثة عناصر هي : دار المخزن والوزراء والقضاة والحكام(24).

ومن بين الوزراء كان هناك وزير الشكايات أو ما يسمى بديوان المظالم ومهمته النظر فيما يرد على السلطان من شكايات وإبلاغ أصحابها بما يتخذ من قرارات، ولم يكن للسلطان إي اختصاص في ميدان الشرع ولو كان عالما إلا أنه كان له حق جمع العلماء لاستفتائهم في قضية فقهية قبل احالتها على قاضي جديد فيكون مجلس المفتشين بمثابة هيئة عليا للنقض والابرام أحيانا يبيت العلماء كأنهم هيئة استئنافية(25).

(24 - 25 - 26 - 27) مقال للدكتور عبد العزيز بن عبد الله تحت عنوان : النظام الاداري بالمغرب منذ ثلاثة قرون منشور بمجلة الشؤون الادارية العدد الاول.

ومن هنا يتضح أن جهاز وزير الشكايات كان يتلقى تظلمات من الناس ضد الحاكمين أو القضاة أي ضد الإدارة فيبث فيها في مجلس استشاري لدى السلطة العليا في البلاد بالإضافة الى ذلك كانت هناك أجهزة أخرى مكلفة بمراقبة سير عدة مرافق من أجل الحفاظ على الصالح العام وجعل حد لأي تعسف ومن هذه الأجهزة المحتسب الذي كان يسهر على حسن احترام النصوص الخاصة بعلاقات المواطنين مع بعضهم في معاملاتهم اليومية ومراقبة الاسعار وزجر الغش ومعاقبة المخالفين وقد أدرك المغرب أهمية دور المحتسب فأعاد تنظيم هذه المؤسسة بمقتضى ظهير رقم 82.70 بتاريخ 28 شعبان 1402 (82/6/21) المتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 02.82 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الحرف.

ولقد كان القضاة في هذه المرحلة يقومون بدور سياسي هام بصفتهم منفذي الشرع (الشرعية الاسلامية) نيابة عن السلطان لذلك كان القاضي يختار من العلماء النزهاء الورعين وهو ملزم بالحكم بالمشهور من الآراء بما جرى به العمل وبالعرف والعادة تبعاً لمذهب الامام مالك وينص ظهير التعيين على ذلك بوضوح ولم يكن حكم القاضي يستأنف إلا بالشكوى للسلطان الذي يستدعي العلماء لابداء رأيهم.

وعليه فالرقابة على الادارة كانت تشمل حتى الجهاز القضائي إذ لم يكن هناك فصل للسلطات وكانت جميع اجهزة الدولة تستمد سلطتها من السلطان وكان القضاة ممنوعين من إصدار أحكامهم ضد الادارة.

على أن المغرب وإن لم يعرف قضاء إداريا في هذه المرحلة فقد كان به نظام إداري وإدارة مركزية وهيأة قضائية ومؤسسات اقتصادية بدأت في التطور خلال القرن التاسع عشر للميلاد تبعاً للمقتضيات المتجددة إلا أن الأطماع الاستعمارية حالت دون متابعة التطور واستمراره للاتحاق بركب الدول المتقدمة.

لقد ظهرت الأطماع الاستعمارية في المغرب بمعاهدة الجزيرة الخضراء الموقعة بتاريخ 7 أبريل 1906 التي عملت على تحضير اقتسام المغرب الى منطقة فرنسية ومنطقة اسبانية وفي خصم تلك الدسائس الاستعمارية التي لم تتحقق إلا بعد ست سنوات صدر مشروع دستور مغربي في 15 رمضان 1326 هجرية الموافق 11 أكتوبر 1908 في عهد السلطان مولاي حفيظ تضمن أربعة فصول وثلاث وتسعين مادة كانت مرآة لما كان يخالج في صدور المغاربة من تطلع لحياة نيابية تضمن للأمة سيادتها وللبلاد نظاما قويا تتوازن فيه المقومات في جميع مرافق حياة الدولة

وقد تبين أن الدستور لم يعرف طريقه للتطبيق نظرا للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي كان يعيشها المغرب نظرا للضغوط الاستعمارية التي انطلقت من معاهدة الجزيرة الخضراء وقد عثر على وثيقة تشير الى وجود فكرة مجلس الأعيان في عهد السلطان مولاي عبد العزيز أناط به دراسة قرارات المؤتمر وكان الاتجاه هو البحث عن وسيلة للخلاص من الضغط الأجنبي على شكل يرضي الأمة والدولة معا ويوضح رفض الأمة المغربية لها للأسباب التالية :

(1) التخوف من التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية.

(2) ما تؤدي إليه من توظيف ضباط أجنبية باسم الخبرة الفنية.

(3) نظرا لعدم كفاية ميزانية الدولة لانجاز الاصلاحات يتعين الاقتراض من الدول الأخرى وفرض رقابة على الواردات، كما اقترح قانون أساسي وتنظيم مجالس نيابة بانتخاب الشعب لممثليه. وأشارت الوثيقة كذلك الى تشكيل مجلس الأمة وتشكيل قوة عسكرية وتمويل داخلي لانجاز الاصلاحات المقترحة من أوروبا دون حاجة الى مساعدتها كما نصت الوثيقة على استقلال القضاء واستئناف أحكامه لدى مجلس الأمة وعزل كل قاضي يحكم بغير الشريعة(27).

القضاء الاداري اثناء الحماية :

أعلنت الحماية على المغرب كما هو معروف يوم 1912/3/30 وبذلك حجرت فرنسا على السلطان رمز السيادة والمؤتمن على التشريع فصارت تحضر ما تشاء من الظواهر وتدفعها للختم السلطاني وتحكم المغرب حكما مطلقا من وراء السلطان والوزراء وثلة من رجال الخزن وكان الحاكم الحقيقي هو المقيم العام الذي استغل نفوذه كموظف فرنسي ومغربي في آن واحد لفرض التشريعات وتمثيل السلطان مع الدول الاجنبية والاشراف على المصالح الادارية وفي هذا الاطار صدر ظهير 9 رمضان 1331 هجرية (12 غشت 1913 والذي تم بالنصوص الأخرى الموجودة في الظهير الخاص بالمسطرة المدنية بنفس التاريخ، وقد احدثت الحماية الفرنسية بجانب المحاكم الشرعية والمحاكم العبرية محاكم عصرية سميت في البداية محاكم فرنسية وهذه الأخيرة هي المختصة للنظر في تطبيق مختلف القوانين التي أصدرتها الحماية(28).

والمحاكم العصرية هي التي كانت مختصة للنظر في جميع الدعاوي التي ترمي إلى تقرير مديونية الإدارة العمومية بسبب تنفيذ العقود المبرمة من جانبها أو بسبب الأشغال التي أمرت بها أو بسبب أي عمل من جانبها الحق الضرر بالغير، إلا أن هذه المحاكم لم تكن مختصة للنظر في الغاء القرارات الإدارية أو طلب وقف تنفيذها⁽²⁹⁾، وكان حكم هذه المحاكم قابلاً للاستئناف أمام محاكم الاستئناف أما طلب النقض فلم يكن هناك إمكانية طلبه من طرف الأفراد أما الإدارة فلها الحق في الطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية وكذلك بالنسبة للمنطقة الشمالية التي كان يطعن في أحكام محاكم الاستئناف وكذلك بالنسبة للمنطقة الشمالية التي كان يطعن في أحكام محاكم الاستئناف بها أمام محكمة النقض الإسبانية.

وعلى الرغم من أن فرنسا خلال تلك الفترة كانت تشهد ازدواجية في القضاء فلم ير مشروع الحماية ضرورة لاحدائه في المغرب نظراً لقلّة المنازعات الإدارية وحماية لمصالحه وللامتيازات الأجنبية في البلاد.

وتجدر الإشارة إلى صدور ظهير 1918/8/4 الذي نص على أن السلطان يمثل السلطة القضائية بصفته الامام الاعظم وينوب عنه القضاة الشرعيون بإصدار أحكام يراجعها مجلس الاستئناف الشرعي في خصوص الشؤون العقارية والأحوال الشخصية كما نظم ظهير 1924/1/10 مهنة المحاماة ضمن نقابات تضطلع بالدفاع في المحاكم.

وخلال فترة الحماية التي دامت إلى سنة 1956 توضحت معالم قضاء إداري مستقل من خلال تحميل الإدارة مسؤولية الأضرار الناتجة عن تسييرها وعن الأخطاء التي يرتكبها مستخدموها وذلك ما وقعت الإشارة اليه في الفصلين 19 و 80 من قانون الالتزامات والعقود الصادرة سنة 1913 إلا أن الاجتهادات القضائية في ميدان تطبيق الفصلين جاءت قليلة مما حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لم يكن في عهد الحماية قانون إداري مغربي مستقل.

وفي ميدان قضاء الالغاء تجدر الإشارة إلى أن التنظيم القضائي في 1913/8/12 كان يجمع على المحاكم أن تعرقل أعمال الإدارة مما جعل دعوى الالغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة تغيب عن فترة الحماية لسببين اثنين : أولهما التفسير الجامد لمبدأ فصل السلط الذي عمل به رجال الثورة الفرنسية وثانيهما طبيعة الإدارة الاستعمارية التي منعت مراقبة مسيرها عن طريق دعوى الالغاء⁽³⁰⁾.

(30) — 31 تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب للدكتور عبد القادر باينة الصفحة 15.

وفي عجلة نشير إلى أن مبدأ منع المحاكم العصرية من النظر في شرعية القرارات الادارية قد وقع التخفيف منه بواسطة الفقه والقضاء ودافع بعض الفقهاء عن أحقية تلك المحاكم في فحص شرعية القرارات الادارية كما حاولت المحاكم توسيع اختصاصاتها إلى ذلك بالنسبة لقرارات تنظيمية وفردية(31).

وعلى كل حال فإن القضاء الاداري المغربي لم يعرف انطلاقته ولم تُعرف قواعده ومبادئه الاساسية ولم يبدأ في التطور الحقيقي إلا بعد الاستقلال وخاصة مع انشاء المجلس الأعلى بظهير 57/9/21.

القضاء الاداري بعد الاستقلال :

من بين التشريعات التي سارع المغرب بعد حصوله على الاستقلال لاصدارها الظهير الخاص بإنشاء المجلس الاعلى حرصا منه على استقلال القضاء المغربي عن الفرنسي، ولقد اسند للمجلس النظر في نقض الأحكام الصادرة نهائيا عن المحاكم القضائية المغربية واختص أيضا في دعاوي الالغاء ضد القرارات الصادرة عن السلطات الادارية بسبب الشطط في استعمال السلطة وذلك كأول وآخر درجة(32).

وتنظيم المجلس الأعلى قد احدث قضاء إداريا مغربيا مستقلا وأخضعه إلى محكمة عليا واحدة، وإذا كان بالمجلس غرفة إدارية هي التي يناط بها النظر في القضايا الادارية فإن ذلك لا يمنع من إحالتها على أية غرفة من غرف المجلس، وأن هذا الاختيار جاء لتأكيد وحدة القضاء.

وبعد صدور ظهير 20 يناير 1966 بشأن توحيد المحاكم ومغربة القضاء أصبحت المحاكم المغربية موحدة وتكونت من محاكم السدد — المحاكم الاقليمية ومحاكم الاستئناف ثم المجلس الأعلى، وبذلك فإن المنازعات الادارية المتعلقة بالتعويض كانت تنظر فيها المحاكم الاقليمية ابتدائيا وتستأنف أمام المحاكم الاستئنافية ويطعن فيها بالنقض امام المجلس الاعلى أما المنازعات الادارية المتعلقة بالالغاء لعدم المشروعية فبقيت من اختصاص المجلس الأعلى.

ومن الاصلاح القضائي لسنة 1974 الذي استهدف تبسيط المسطرة وتقريب القضاء من المتقاضين وخلق محاكم جديدة أصبح التنظيم القضائي للمملكة يتكون من محاكم الجماعات

(32) — (33) القضاء الاداري د. باينة الصفحة 126 و130.

والمقاطعات — المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ثم المجلس الأعلى، فأُسند الاختصاص في المادة الإدارية للمحاكم الابتدائية فيما يتعلق بالتعويض (القضاء الشامل) أما قضاء الالغاء فبقي من اختصاص المجلس الأعلى.

وتجدر الإشارة الى أن الاصلاح القضائي لسنة 1974 قد أدخل تعديلا على اختصاص المحاكم في القضايا الادارية، فبعد أن كان اختصاصها مقصورا على النظر في قضايا محددة وتعلق بال عقود الادارية أو الأشغال العامة أو المسؤولية الادارية فإن اختصاص المحاكم الابتدائية أصبح وفقا للفصل 18 و 25 من قانون المسطرة المدنية الجديدة يشمل كل القضايا الادارية إما كدرجة أولى وأخيرة أو كدرجة أولى قبل أن تستأنف أمام محاكم الاستئناف(33).

ومن خلال نص الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية الصادر في 74/9/28 يختص المجلس الأعلى في المادة الادارية بالنظر كمحكمة نقض في القضايا النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، وذلك بالنسبة لجميع القضايا الادارية ما عدا دعوى الالغاء التي ينظر فيها ابتدائيا ونهائيا، بل هو الوحيد المختص في مثل هذه الدعوى سواء في غرفته الادارية أو في أية غرفة من غرفه كما تنص على ذلك الفقرة الاخيرة من الفصل العاشر من الظهير المتعلق بالتنظيم القضائي المؤرخ في 74/7/15 تأكيداً لمبدأ وحدة القضاء ولإيجاد حلول عملية لما هو معروف في الدول التي تتبع ازدواجية القضاء من تنازع الاختصاص.

وأخيرا يتبين أن المغرب في هذه الفترة وإلى حد الآن، يتبع نظام القضاء الاداري الموحد مع ازدواجية القانون الذي حرصت المحاكم والمجلس الأعلى على أن يتميز عن القانون المدني، فتطبق في المنازعات الادارية قواعد متميزة مبنية على التوازن بين مصلحة الأفراد والمصلحة العامة، وذلك ما أبرزته اجتهادات المجلس الاعلى المتواصلة الهادفة الى انشاء قانون إداري مغربي مستقل بمبادئه ونظرياته بمساهمة من الفقه والتشريع، تمهيدا لدخول مرحلة جديدة في النظام القضائي وهي نظام القضاء المزدوج واحداث محاكم إدارية.

الاعلان عن إحداث محاكم إدارية :

في بداية سنة 1990 برزت الحاجة لقيام قضاء إداري مستقل بمحاكم خاصة تنظر في القضايا الادارية لاتمام بناء دولة القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق المواطنين بالنسبة للسلطة

والادارة والدولة، وهكذا أعلن في الخطاب الملكي السامي المؤرخ في 90/5/8 عن احداث محاكم إدارية في جميع الجهات الاقتصادية في انتظار تعميم تلك المحاكم على مستوى كل عمالة أو إقليم، مع الاحتفاظ بالغرفة الادارية بالمجلس الأعلى كمرجع قضائي لتقول كلمتها النهائية في الاطار الحقيقي لدولة القانون(34).

وبعد حوالي سنة تقدمت الحكومة بمشروع القانون المحدث للمحاكم الادارية الذي نوقش في الجلسة العمومية بمجلس النواب يوم الخميس 91/7/11 بعد دراسته في لجنة العدل والتشريع وكانت المصادقة عليه بنفس الجلسة (10 ساعات من المناقشة) وفي ختامها تدخل السيد وزير العدل الذي اعتبر ان المصادقة على المشروع تعتبر حدثا بارزا في مسار اقرار المؤسسات التي تصون الحقوق والحريات واعتبر أن نجاح المشروع يقتضي تصميما مرحليا وانجازا في مجال الهيكلة على أسس ودعائم راسخة(35).

ويمكن تلخيص ظروف انشاء القضاء الاداري المستقل بالمغرب الى الدوافع الاتية :

أولا : المصرح بها :

أ) حسب الخطاب الملكي المعلن لانشاء هذه المحاكم فإن الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى وحدها لا يمكنها النظر في كل القضايا الادارية التي أصبحت متعددة ومتشعبة، وأصبح تدخل الدولة والادارة في جميع الميادين يضطرها للاضرار بمصالح الأفراد ووضع يدها على الملك الخاص.

ب) بعض التجاوزات الصادرة عن رجال السلطة والتحرير الواقع من طرفهم لهدفها.

ج) القضايا الانتخابية التي يجب النظر فيها ابتدائيا امام المحاكم الادارية ثم تستأنف أمام الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى.

د) وأخيرا الملفات الجبائية، والمقصود بها امكانية اللجوء الى المحكمة الادارية للتظلم من الضرائب المفروضة على المزمين بها.

ثانيا : غير المصرح بها

أ) إذا كانت بعض الدول قد أنشأت القضاء الاداري من أجل حماية الادارة من تدخل

(34) - انظر نص الخطاب الملكي منشور بمجلة الامن الوطني عدد : 161 السنة الثلاثون.

(35) انظر جريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم 91/7/13.

القضاء العادي، فإن إحداث القضاء الإداري في المغرب استهدف حماية وحقوق الأفراد من تعسفات الإدارة واعتداءاتها.

ب) إن المغرب بواسطة اجتهادات المجلس الأعلى أصبح يتوفر على اجتهاد قضائي في المادة الإدارية يعتبر مادة دسمة ومصدرا للمحاکم الإدارية، يمكنها تطبيقه على المنازعات المطروحة أمامها من غير أن تبتعد عن المبدأ العام الذي يتميز به القضاء الإداري، وهو أنه قضاء منشئ للقواعد الإدارية باعتبار التطور الذي يطرأ على الحياة العامة والتعامل بين الأفراد والإدارة.

ج) إن الانتقال من النظام القضائي الموحد الى النظام المزدوج لاشك سيكون له نتائج عملية مهمة ستعمل في اعتقادي على تعدد المنازعات الإدارية والاقبال على الطعون الإدارية، نظرا لدرجة الوعي الذي أصبح عليه المواطن المغربي في السنين الأخيرة من جهة، ولكون الإدارة المغربية لازالت محافظة على بعض التقاليد والأنظمة العتيقة التي تدفعها أحيانا للابتعاد عن المشروعية والمساس بحقوق المواطنين من جهة ثانية.

د) على أنه من الضروري في هذه المرحلة- كما أشار الى ذلك الخطاب الملكي- العمل على تكوين قضاة المحاکم الإدارية لهم دراية كافية بالعلوم الإدارية وتجربة كافية لتحقيق الموازنة بين مصلحة الإدارة وحقوق الافراد والقاضي الإداري هو الذي يستطيع مواكبة التغيير المستمر في حاجيات الإدارة ومستلزماتها وتحقيق التوازن بين حاجيات الإدارة وما تتمتع به من سلطة وبين حريات وحقوق الافراد.

وفي إطار التكوين والاعداد لمواجهة المرحلة المقبلة عملت وزارة العدل على إرسال بعثة من القضاة والمستشارين في دورة تدريبية بالمعهد الدولي للإدارة العمومية في باريس بفرنسا بتاريخ 90/11/6 بالنسبة للفوج الأول ثم خلال شهر فبراير 92 بالنسبة للفوج الثاني، ولقد تيسر لي أن كنت ضمن البعثة الأولى التي تلقت محاضرات بالمعهد المذكور في القانون والقضاء الإداري بفرنسا ألقاها خلال اسبوعين عدد من المستشارين بمجلس الدولة ومفوضي الحكومة، كما كان الأسبوع الثالث مخصصا لحضور أشغال تطبيقية بالمحاکم الإدارية والمحاکم الإدارية للاستئناف التي لم يكن قد مر على بداية عملها سوى سنة واحدة، كما أشرت الى ذلك عند الحديث عن تطور القضاء الإداري الفرنسي.

وفي الأسبوع الأخير كان للبعثة جولة واستقبال بمجلس الدولة الفرنسي حيث تمكنت من

الاطلاع على مسطرة سير المجلس بجميع شعبه واستمعت لعدد من المستشارين في محاضرات وكلمات رحبت جميعها بالقضاة المغاربة وبالتجربة المغربية لإحداث المحاكم الادارية.

وهكذا، بعد نشر القانون المصادق عليه رقم 41.90 يصبح القضاء المغربي مزدوجا، بمعنى أنه يخص المحاكم الادارية بالنظر في منازعات على سبيل الحصر وهي جميعا تنظم العلاقة بين الادارة والافراد (المادة 8 من المشروع) الى جانب بقاء المجلس الأعلى كمحكمة الدرجة الثانية بالنسبة لأحكام المحاكم الادارية (المادة 43) مع اختصاصه بالنظر ابتدائيا وانهائيا بالنسبة لطلبات الالغاء بسبب تجاوز السلطة فيما يخص التصرفات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول وقرارات السلطات الادارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة ادارية (المادة 9).

ولقد صودق كذلك على نصوص اصلاحات قضائية اخرى مع قانون إحداث المحاكم الادارية، وهي بصفة خاصة مشروع معدل للتنظيم القضائي للمملكة، بحيث وقع إدماج المحاكم الادارية في التنظيم القضائي، فأصبح هذا الأخير يتكون من محاكم الجماعات والمقاطعات، المحاكم الابتدائية، والمحاكم الادارية، ثم محاكم الاستئناف والمجلس الأعلى.

كما صودق على مشروع قانون معدل للقانون الخاص بالنظام الأساسي للقضاة ليضم كذلك قضاة ومسؤولي المحاكم الادارية مع درجتهم ورتبهم في ذلك النظام.

وفي انتظار نشر القانون 41/90 المحدث للمحاكم الادارية والقوانين الملحقه به ثم المرسوم التنظيمي المحدث لمقر هذه المحاكم والذي نوقش في بداية سنة 1992 بمجلس الحكومة، نبادر الى القول في ملاحظة خاصة بالازدواجية في القضاء المغربي أنها، وان تحققت في المحاكم وفي القانون، فإنها لا تعتبر كاملة لبقاء المجلس الأعلى كجهة قضائية مختصة في نظر الاستئنافات وبعض القضايا الادارية، الامر الذي دفع جميع من تعرض للمشروع بالدراسة يطالب بإحداث محكمة إدارية عليا ولو بفصل الغرفة الادارية عن المجلس الأعلى حتى يتحقق للقضاء الاداري استقلاله التام عن القضاء العادي كما هو الحال في فرنسا ومصر (36).

ويمكن من الوجهة الفقهية اعتبار القضاء المغربي بعد نشر المشروع قد أصبح مزدوجا في مرحلته الأولى مع بقائه موحدا في مرحلته الثانية، علما بأن المشروع قد سكت عن طلب النقض باعتباره كان موكولا به للغرفة الادارية في الاختصاص الموحد، فهل يبقى الامر كذلك أم أن

(36) انظر مناقشة المشروع امام مجلس النواب في الصحف الوطنية لشهر ماي 91.

القرارات والأحكام الإدارية لا يمكن نقضها ؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فكيف يمكن للغرفة الإدارية النظر في قضية إدارية استئنافية ونقضا ؟

إن الجواب على الأسئلة المشار إليها مع عدة أسئلة أخرى طرحت أثناء مناقشات متعددة للمشروع المحدث للمحاكم الإدارية المغربية هو القصد من تدوين هذه الملاحظات المتعلقة بتطور القضاء الإداري عبر الزمن، وفي أقطار متعددة ظهر من خلالها أن القانون والقضاء الإداري يعرف تطورا مستمرا تبعا للظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل بلد، ويكفي أن نسجل بكل موضوعية أنه في بلادنا أصبح العزم معقودا على توطيد وتعزيز مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان وتمكين المواطن المغربي من الوسيلة القانونية والسريعة والجديّة للدفاع عن حقوقه في مواجهة الإدارة والسلطة أو الدولة نفسها⁽³⁷⁾.

(37) انظر نص الخطاب الملكي منشور بمجلة الأمن الوطني عدد : 161 .

p. 129 → p. 138

007553 - A2

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007553
تاريخ 15/10/07
جذينة
AT

الحماية ومساعدة القضاء

الأستاذ إدريس فجر
نائب رئيس المحكمة الابتدائية
بابن مسيك سيدي عثمان

مقدمة :

إن جهاز القضاء مهما توفرت لديه من وسائل مادية وبشرية مهمة فإنه لا يستطيع ان ينهض وحده بأعباء العدالة، بل لابد له من مساعدين يشاطرونه تحمل هذه المسؤولية(1).

ومساعدو القضاء قد يكونون موظفين تابعين للدولة، كما هو الشأن بالنسبة لأعوان كتابة الضبط، وقد يكونون أشخاصا أحرارا ومستقلين في مهنتهم، أي أنهم يمارسون مهنة حرة كما هو الامر بالنسبة للخبير أو المحامي.

وهذا الأخير- أي المحامي- يساهم في نشاط ادارة مرفق العدل، بل هناك اجماع على أن كلا من هيئة الدفاع والسلطة القضائية مكمل للطرف الآخر(2)، لذلك ظفرت هيئة الدفاع من المشرع بنظام قانوني محكم تغير عدة مرات آخره هو القانون الأساسي لمهنة المحاماة المؤرخ في 79/11/8 الذي ينص في فصله الأول :

«المحامون جزء من أسرة القضاء مهنتهم حرة ومستقلة تنظم — مع مراعاة الحقوق المكتسبة — طبقا لمقتضيات هذا القانون».

وبعد الرجوع إلى الفصل 4 من القانون يتضح أن دور المحامي في الحقيقة هو دور مزدوج

(1) هانزي صوليس وروجي بورو القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، سيرى، فقرة 892 باريس — 1961.

(2) مجلة المحاماة عدد 30 دجنبر 1988 تصدرها جمعية هيئات المحامين بالمغرب ص 26.

لأنه يقوم من جهة بالدفاع عن موكله ثم انه من جهة ثانية يقوم بمساعدة القضاء التي يقصد منها الوصول إلى الحقيقة والمساهمة في حسن سير العدالة.

لاشك أن المحاماة مرت من مرحلة قوة كما مرت من مرحلة ضعف، ومع مرور الأيام حان الوقت لكي نتساءل فيه عما إذا كانت الأهداف من مساعدة القضاء قد تحققت أم لا ؟ وما هي الأسباب الكامنة وراء النجاح أو الفشل ؟ خاصة وان أهل المهنة شهود على أزمة المحاماة وما هو البديل للخروج من الأزمة وان كنت ارى من جهة بأنه ليس هناك أزمة... بل مآزق ظرفي عابر وقابل للزوال إن تحققت بعض الشروط سوف أذكرها في ختام هذا العرض.

أولاً : ماهية مساعدة المحاماة للقضاء

«... المحامون موضع ثقة القضاء والمتقاضين على السواء وعونا على اظهار الحقيقة وايصال إلى اصحابه وتيسير مهمة القضاء وسرعة الفصل في القضايا ومن المحقق ان جانبا كبيرا من سير العدالة وتوفيق القضاء في احكامه يتوقف على قدر ما يبذله المحامون من جهد واخلاص وأمانة في الاضطلاع بعبء مهنتهم»⁽³⁾.

لم أجد أحسن من هذا القول للاستاذ العشماوي من أجل تفسير مساعدة المحامي للقضاء والتي تنحصر في مبدئين أساسيين هما : الوصول إلى الحقيقة، ثم حسن سير العدالة.

أ - الوصول إلى الحقيقة :

ليس المقصود بالحقيقة تلك الحقيقة بمفهومها الفلّسفي أو تلك الحقيقة المطلقة أو الطوبواوية، بل المقصود بها الحقيقة التي يرسم حدودها القانون ويعلم عنها القضاء، لأن الأحكام هي عنوان الحقيقة أو بمعنى آخر هي مدى انسجام وتطابق ادعاءات وحجج المدعي مع مقتضيات القانون.

وهكذا فبالنسبة لرجل الشارع ليس من حق المكري مثلا أن يطلب الزيادة في كراء شقة يكتريها منه رجل عاطل عن العمل وأب لعدد من أطفال، لكن في نظر القانون والقضاء فالمكري

(3) محمد العشماوي ودكتور عبد الوهاب العشماوي قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن الجزء الأول فقرة 260 المطبعة النموذجية سنة 1957.

حق في طلبه إن توافرت شروطه القانونية، والرغبة في الوصول إلى الحقيقة تظهر من جانب المحامي في التزامه بعدم إخفاء وقائع معينة أو حاسمة عن أنظار القضاء، واذكر هنا واقعة حاول فيها متهم بارتكابه سرقة أن ينفي عنه الأفعال المنسوبة إليه أمام قضاء الحكم، لكن محاميه كانت له الشجاعة الأدبية الكافية لكي يسلم بارتكاب موكله لفعل السرقة والتمس الحكم لفائدته بعقوبة مخففة بدلا من البراءة.

وفي نازلة أخرى رفع أجير دعوى التعويض عن الطرد التعسفي حضر محامي رب العمل وعضو أن يقول بأن الطرد قانوني أوجب بأن الطرد لم يكن في محله والتمس الحكم بتعويضات معقولة تناسب الضرر اللاحق بذلك الأجير.

والمحامي يملك من الوسائل ما لا يملكه القاضي لأجل بلوغ الهدف المنشود ألا وهو الحقيقة، لأن هذا الأخير مقيد بقواعد الاختصاص الترابي والنوعي وبقواعد اجراءات التحقيق من خبرة وبحث ومعاينة قضائية، وكل محاولة من القاضي لبلوغ الحقيقة خارج هذا الاطار القانوني سيكون مألها البطلان، في حين أن المحامي-باعتباره صاحب مهنة حرة مستقلة-فهو يبحث عن الحقيقة بكل الوسائل وتراه يلعب دور ضابط شرطة أو يتقمص شخصية الخبير وربما يقوم ببعض التدريبات الخاصة أو التقنية لكي يكون على حقيقة من الأمر هذه الحقيقة التي سيبسطها أمام القضاء في شكل مرافعة قيمة أو مذكرة غنية بالحقائق التي تتبع مصادرها في مدينته أو خارج مدينته.

ومن أجل تنوير المحكمة ومساعدتها على الوصول إلى الحقيقة أوجب المشرع حضور المحامي في عدد من القضايا، كأن يكون المتهم حدثا يبلغ عمره 16 سنة أو إذا كان المتهم سيتعرض لعقوبة التغريب (ف 311 ق م ج).

وفي حالة التلبس بجريمة الجنحة يشعر القاضي المتهم بأن له الحق في طلب أجل لإعداد دفاعه لا يقل عن ثلاثة أيام (ف. 396 ق.م.ج).

واعداد الدفاع يعني في الغالب تعيين محام للدفاع عن المتهم، ويكون جزاء مخالفة هذا الفصل (396 ق م ج) هو البطلان.

وفي القضايا الاجتماعية، يستفيد العامل بحكم القانون من المساعدة القضائية أو ذوي حقوقه سواء كان مدعيا أو مدعى عليه (ف 285 ق.م.ج).

وفي القضايا الاجتماعية، يستفيد العامل بحكم القانون من المساعدة القضائية أو ذوي حقوقه، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه (ف 285 ق م م).

وفي الميدان المدني والتجاري نص الفصل 34 من القانون المؤرخ في 8/11/79 المنظم لنقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة على أن تنصيب محام ضروري كلما كانت المسطرة كتابية، ما لم يرخص للطرف بصفة خاصة بتتبع المسطرة بنفسه.

ولقد سار اجتهاد المجلس الأعلى على اعتبار ان المتقاضى الذي لا يحترم هذا الفصل 34 فإن مصير طلبه سيكون هو عدم القبول، بعد انذاره طبعاً بوجوب تصحيح المسطرة.

بعد استعراض موجز لهذه النصوص، اعتقد بأن المشرع لما نص مباشرة أو بصفة غير مباشرة على ضرورة حضور المحامي في هذا النوع من القضايا فإنه يبتغي من ذلك مساهمة هيئة الدفاع في الوصول إلى الحقيقة قبل أن يسلب القضاء سيف الحكم في النزاع، وربما قد تكون النتيجة عكسية لو ترك المتهم أو المدعي يتدبر أمره كيفما اتفق، سيما وان هذا الأخير لا يفقه من أمور القانون شيئاً وهو لا يعلم من خبايا المسطرة او الاجراءات المعقدة التي لا يعرف لها أولها من آخرها...

ولو أفسح المشرع المجال لأي كان في الدفاع عن نفسه بدون مساعدة القضاء لما ظهرت الحقيقة كاملة من جهة وسوف يؤثر هذا الاختيار سلبياً على حسن سير العدالة الذي سنتحدث عنه في الفقرة الموالية.

ثانياً : مبدأ حسن سير العدالة :

قلنا بأن التزامات المحامي مزدوجة، فهي من جهة تتمثل في الدفاع عن موكله، ومن جهة أخرى تتجسد في مساعدة القضاء.

ويقول الأستاذ صوليس بأنه بالنظر إلى صفة المحامي كمساعد للقضاء، وبالنظر إلى مساهمته في سير المرفق العمومي للعدل، فإنه ينجز عملية محضة للمرفق العمومي⁽⁴⁾.

هكذا إذن يكون المحامي في خدمة العدالة ويعمل على حسن سيرها، الشيء الذي أدى

(4) هانري صوليس وروجي بورو — المرجع السابق ص 787.

بعض التشريعات الأجنبية بالسماح للمحامي في النيابة عن القاضي في مهامه وفق شروط خاصة في حالة كون عدد القضاة بمحكمة معينة ليس كافياً(5).

ولعل أبرز مظهر لحسن سير العدالة من جانب المحامي هو حينما يظهر حسن نية موكله في التقاضي وفي تلافي ببطء الاجراءات المسطرية.

ولقد جاء في موسوعة دالوز في معرض الحديث عن واجبات المحامي نحو القضاة ما يلي :
«إن المحامي بصفته مساعدا للقضاء يتحمل بالتزامات الدقة والسرعة في القضايا التي يكلف بها»(6).

وحسن سير العدالة من جهة أخرى يقتضي من القاضي حفظ نظام الجلسة (الفصل 43 ق م م) ويتعين على المحامي ألا يصدر خطبا تتضمن سبا أو إهانة أو قذفا، سيما وان الجمهور قد يكون حاضرا بالقاعة التي تناقش فيها القضايا (الفصل 44 ق م م) والنظام الداخلي لهيئة المحامين بالدار البيضاء يسير في نفس الاتجاه(7).

كما أن هذا المبدأ يقتضي من المحامين عدم اتفاهمهم على إيقاف المساعدات الواجبة عليهم إزاء القضاة كيفما كان السبب سواء في المسطرة الكتابية أو خلال الجلسات (ف 43 من قانون 79/11/8) المنظم لمهنة المحاماة. وهذا دليل آخر على مساهمة المحاماة في سير مرفق القضاء الذي لا يجوز تعطيله بالاضراب.

وفي السياق ايضا أوجب المشرع في حالة انتهاء علاقة المحامي بموكله أن يسلم الأول للثاني كل أوراق ملفه، ما لم يخصص له النقيب بذلك (ف 47 من قانون المهنة).

ومن أجل حسن سير العدالة أيضا أوجب المشرع الا يسحب المحامي نيابته عن موكله فجأة دون اتباع الاجراءات المنصوص عليها في الفصل 45 من قانون المهنة، بل إن البعض يرى في التحلي المفاجيء عن قضية زبون خطأ جسيما(8)، قد يسأل عليه المحامي مسؤولية مدنية الشيء

(5) الفصل 96 من المرسوم الفرنسي رقم 468 — 72 بتاريخ 72/6/9 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

(6) دالوز، الموسوعة القانونية تحت اشراف امانويل فرجي وجورج ريبير، في المسطرة المدنية والتجارية الجزء الأول 1955 الصفحة 304.

(7) الفصل 34 من النظام الداخلي لهيئة المحامين بالدار البيضاء مطبعة دار النشر المغربية الدار البيضاء — دجنبر 1980.

(8) دالوز، الفهرس الجديد للقانون — الطبعة الثانية تحت ادارة امانويل فرجي وجوزيف هاميل الجزء الأول — باريس 1962 الصفحة 470 فقرة 95.

الذي يؤدي بنا إلى التساؤل عن حق فيما إذا كانت الغاية من مساعدة المحاماة للقضاء قد تحققت فعلا أم لا ؟

ثالثا : مدى نجاح المحاماة في مساعدة القضاء

لست بصدد إصدار حكم قيمي على دور المحاماة في مساعدتها للقضاء للقول فيما إذا كانت هيئة الدفاع قد نجحت في مسعاها هذا أم لا ؟ لكن هذا لا يمنعنا من رصد موافق بعض السادة المحامين للقول فيما إذا كانت الغاية من مساعدة القضاء قد تحققت أم لا... ؟

ومن باب المصارحة، ينبغي القول بأن بعض السادة المحامين يجدون أحيانا صعوبة في التوفيق بين الالتزام بالدفاع عن موكله وبين مبدأ الوصول إلى الحقيقة، كما أنه من جهة أخرى قد يتعثر مبدأ سير العدالة بفعل قيام بعض المحامين ببعض الاجراءات أو الدعاوي التي تولد وهي ميتة نظرا لافتقارها إما لسند قانوني أو لحجة مادية دامغة، ويكون القصد من الدعوى ربح الوقت فقط الشيء الذي يثقل كاهل المحكمة ورفوفها ببعض الملفات الزائدة ما كان لها لأن تكون لو تحققت مساعدة القضاء حقا في شطريها أي الوصول إلى الحقيقة ومبدأ حسن سير العدالة.

أ — صعوبة التوفيق بين الالتزام بالدفاع عن الموكل وبين الدفاع عن الحقيقة.

هل كل الموكلين أو الزبناء يريدون الحقيقة بناء على النصح أو المشورة التي يقدمها لهم محاموهم ؟ بالطبع لا... ولو كان جوابنا بالإيجاب لكننا خياليين غير واقعيين، خاصة وأنا نعيش في مجتمع كثر فيه التهافت على الماديات.

لن يخجل أحد ان قال هنالك من المتقاضين أو الخصوم من يسعى إلى الاصطياد في المياه العكرة وإلى الجعل من دعوى قضائية صفقة مربحة على حساب الشرف والاخلاق بواسطة الكذب والتزوير.

لكن ما يهنا في هذا المقام، هو شخص المحامي كرجل قانوني أولا وكرجل مثقف وواع بمسؤوليته ثانيا، يجب عليه ألا ينساق وراء أكاذيب وأباطيل موكله.

ولقد جاء في موسوعة دالوز عن المحامي والتزاماته تجاه موكله بأنه ملزم بالاخلاص لهذا الأخير وأن يتحلى بصفة الكرامة وهذا يعني بأن لا يكون متواطئا ولا شريكا مع موكله حتى لا

يضعف الاحترام الذي يكنه له هذا الأخير⁽⁹⁾ وأن يتصف أيضا بصفة الاستقلال المادي والمعنوي تجاه موكله، بمعنى أن أتعاب المحامي لن تكون نصيبا في ثمار الدعوى التي رفعها موكله، وأن المحامي حر في توجيه الدعوى⁽⁹⁾.

ويظهر للبعض عن حق أنه يجب على المحامي ألا ينوب في قضية غير عادلة، وأن يتخلى عنها إن كانت عديمة الأساس القانوني⁽¹⁰⁾، ولو تصرف كل المحامين على هذا النحو لنجحت حياة الدفاع في مسعاها وهو التوفيق بين الدفاع عن الموكل وبين تحقيق الحقيقة ولتقلص عدد المتقاضين ذوي النيات السيئة، والقول بخلاف هذا المنظور قد يجعل العدالة تتعثر في سيرها.

ب - تعثر مبدأ سير العدالة :

كما سبق ذكر ذلك، الهدف من العدالة هو الوصول إلى الحقيقة بسرعة وتمكين صاحب الحق أو المدعي من حقه بسرعة أو في أحسن الظروف والآجال وبوسائل ناجعة رغم المسالك العديدة التي ينبغي المرور منها والتي تسمى بلغة القانون الإجراءات المسطرية.

وإذا كانت رغبة المدعي على العموم هي الحكم في قضيته بالسرعة المرجوة، فإن هدف المدعي عليه هو العكس تماما، أي أنه يسعى التماطل والتسويق خاصة إذا كان يعلم في قرارة نفسه بأنه ظالم وأن المدعي صاحب حق مشروع وهكذا يتعثر مبدأ العدالة وتصحح النتيجة عكسية.

وبالطبع، كل هذه المناورات يكون القصد منها التشويش على حقوق المدعي أو المدعية سيما وإذا كان الطلب واضحا ثابتا لا شك فيه مثل دعوى أداء نفقة أو واجبات كراء.

وحتى إذا فاز المدعي بحكم قضائي ابتدائي أصبح انتهائيا أو أيدته محكمة الاستئناف ويتأهب لتنفيذه، يفاجأ المحكوم له بدعوى استعجالية يثير فيها المحكوم عليه صعوبة في التنفيذ مفتعلة وخيالية مريدا بذلك اللعب بآخر ورقة في يده من أجل تعطيل مبدأ حسن سير العدالة وجعله يتعثر في طريقه الواضح.

ولعل أبرز مثال على ذلك هو أن شركة ما يقدر رأسمالها بمئات الملايين وحينما يحجز لها

(9) موسوعة دالوز - المرجع السابق فقرة 196 وما بعدها.

(9) دالوز، الفهرس الجديد للقانون - المرجع السابق - فقرة 95، صفحة 470.

(10) دالوز الفهرس الجديد للقانون - المرجع السابق ص 470 فقرة 95.

الدائن بواسطة عون التنفيذ بعض الكراسي وآلات الطبع أو بعض المنقولات الخفيفة من أجل حملها على تنفيذ حكم قضائي لصالح الدائن، تراها تهب مسرعة بناء على نصيحة وكيلها - ربما إلى رفع دعوى إيقاف تنفيذ ذلك الحكم إلى حين بيع أصلها التجاري بيعا اجماليا الذي يقدر بمئات الملايين من أجل تنفيذ حكم قضائي تقدر قيمته المالية بمليون أو مليونين من الستتيمات.

وإذا كان الأستاذ يوسف جبران يرى في حق الدفاع بأنه حرب ضارية بين فريقين⁽¹¹⁾ فإنني أرى في الدعوى القضائية مباراة رياضية يجب أن تسود فيها الروح الرياضية العالية بين الخصمين تنتصر فيها نهاية كلمة الحق والعدل وعلى المنهزم أن يسلم بالحقيقة وبالأمر الواقع لأن التراجع عن الخطأ فضيلة....

ومازلت بصدد الحديث عن تعثر مبدأ سير العدالة، لا يفوتني أن أذكر هنا بمرارة وحسرة أنه في الوقت الحاضر لم تبق للمرافعات ولا للمقالات أو المذكرات ذلك الروتق والجمال الذي كان لها منذ سنوات خلت... نعم كانت تلك المذكرات غنية بالافكار والاجتهادات والنظريات الفقهية، أما اليوم فأصبحنا نرى مذكرات اختلط فيها الحابل بالنابل ولم نعد نتميز فيها بين ملخص الوقائع وبين الجانب القانوني وانعدمت فيها هوامش الفقه والقضاء...

فما هو السبب يا ترى في كل ذلك؟ هل هو ضيق الوقت أو التسابق مع الزمن وكثرة الملفات أم هناك أشياء أخرى؟

ربما الأستاذ عبد القادر الوزان المحامي بهيئة الرباط كان أكثر صراحة حينما سمى الاشياء بمسمياتها وعزا ذلك إلى تدني مستوى المهنة⁽¹²⁾.

مع العلم بأن مستوى المرافعات والمذكرات له انعكاس مباشر على العمل القضائي وتحضرنى هنا قولة للمرحوم الأستاذ عبد النبي ميكو جاء فيها: «.. ولأمر ما قيل بأن الأحكام الجيدة ليست الا مرآة تعكس مذكرات المحامين، إذ أن القضاة يختارون أجودَ مذكرات المحامين ويطبقون عليها أحكامهم»⁽¹³⁾ وتمشيا مع هذا القول يسوغ لي التعقيب بأن العمل القضائي الجيد

(11) مجلة رسالة المحاماة عدد 2 بتاريخ فبراير 85 ص 125 تصدرها هيئة المحامين بالرباط.

(12) مجلة المحاماة تصدرها جمعية هيئة المحامين بالمغرب مايو 1990 الصفحة 88 عدد خاص (32) بالمناظرة الوطنية حول المحاماة: الأزمة والبدل.

(13) المرحوم الأستاذ عبد النبي ميكو المدخل لدراسة القانون الجزء الأول نظرية القانون الطبعة الثانية سنة 1973 - المطبعة الملكية الدار البيضاء الصفحة 154.



صانعه القاضي ومهندسه المحامي.

لم يكن في نيتي أن أرسم صورة قائمة لعلاقة المحاماة بهيئة القضاء بوصفها مساعدة لهذه الأخيرة بقدر ما كنت أرغب في تسليط بعض الأضواء على هذه العلاقة، حتى نشخص جميعا أو نكشف عن واقع لا بد أن يزول.

وإذا كانت جمعية هيآت المحامين بالمغرب قد عقدت ندوة خاصة في مطلع هذه السنة حول أزمة المحاماة والبحث عن البديل، فإنني أرى وجود مؤسسة مساعدة القضاء في مأزق ظرفي يمكن الخروج منه إذا اتبعت الحلول المقترحة في تلك المناظرة (14) نذكر منها مع بعض الاقتراحات ما يلي :

- السهر على التكوين الجيد للمحامين المتميزين والرجوع إلى نظام 3 سنوات.
- إحداث معهد مركزي أو مراكز اقليمية أو جهوية يتكون مكتبها من اساتذة جامعيين ومحامين وقضاة قدامى.
- مدة التدريب بالمعهد يجب الا تقل عن 3 أشهر ويلتحق به وجوبا حتى من اعفاهم القانون من التدريب او الامتحان.
- تدرس في المعهد مواد مختلفة منها أساسا : القانون الاساسي للمهنة والقواعد العملية في الاجراءات والمرافعات وتمارين تطبيقية حول كيفية تحرير المقالات والمذكرات الجوابية والاحكام والعقود والاستشارات والمراسلات وقواعد واعراف واخلاق المهنة والانظمة الداخلية للمهنة النموذجية.
- من أجل الوصول إلى الحقيقة لابد من توسيع دائرة أو نطاق المسطرة الكتابية (ف45 ق م م) مثلا في بعض دعاوي الأحوال الشخصية : كاسقاط الحضانة ودعوى انكار النسب وكذا بعض دعوى الاداء التي تفوق مبلغا معينا أو يطبق فيها القانون الصرفي.
- وجوب مراجعة نظام المساعدة القضائية، وتأسيس صندوق لأداء أتعاب المحامي تشرف عليه وزارة المالية أو بمعية وزارة العدل والنقابات والهدف من ذلك فهو تشجيع المحامي للقيام بواجبه نحو العدالة.

(14) مجلة المحاماة عدد 32 المرجع السابق.

- يجب أن يكون المحامي قاضي نفسه ويمارس على مكتبه مراقبة ذاتية، فلا يقبل إلا القضايا التي يطمئن إلى نتائجها بنسبة كبيرة، ولأجل بلوغ هذا الهدف لا بد من فسح المجال أمام النقابات والمحاكم لمساءلة المحامي عن أخطائه المهنية والمدنية بسبب عمله كمحامي من أجل تحسيسه بأن المحاماة هي أولاً وقبل كل شيء التزام بمساعدة القضاء، أي الوصول إلى الحقيقة والسهر على حسن سير العدالة ولم تكن هذه المهنة في وقت مضى مشكلة أتعاب، ولا يفوتني أن أضيف فكرة أخرى حول ضرورة إعادة النظر في نظام المحامين المساعدين، هؤلاء الجنود (المجهولين الذين يعملون في مكاتب المحامين) فلا بد من نظام قانوني يحفظ كرامتهم واستقلالهم⁽¹⁵⁾.
- وان تحقق بعض هذه الشروط يمكن القول آنذاك بأننا قد قطعنا شوطاً على درب تحقيق العدل المنشود.

الدار البيضاء، 24 نونبر 1991

(15) الفصل 74 من قانون مهنة المحاماة الفرنسي رقم 71-1130 بتاريخ 31 دجنبر 1971 ينص على أن عقد التعاون يلزم بموجبه بعض أو كل نشاطه بمكتب محامي آخر الذي يلتزم بأن يضمن له أجره عادلة. وينص الفصل 76 من نفس القانون على أن المحامي المتعاون يظل حراً في جميع أدلة — قضية ما — وان اختلف مع المحامي صاحب المكتب عليه أن يشعره بذلك كما له أن يطلب منه إعفاء من القيام بمهمة تتعارض مع ضميره وأفكاره.

p.139 → p.142

007554 - Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007554 تاريخ 15/10/07
جذيدة Ar

التدخل في الدعوى أمام محكمة التحفيظ

الأستاذ شعيب محمد ناجي
قاض بالمحكمة الابتدائية بوجدة

إن التدخل حدث عارض يتبع دعوى جارية ويخول لشخص أجنبي عن النزاع — أي لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيه — بأن يأخذ المبادرة لحماية مصالحه أو يدخل من طرف أحد الخصوم الأصليين بصفته ضامناً أو لأجل سبب آخر⁽¹⁾.

ومن هذا التعريف الموجز يتبين أن التدخل نوعان : تدخل طوعي وتدخل إجباري.

وقد نظم التدخل بالفصول 111 . 112 . 113 والفصل 144 من قانون المسطرة المدنية إلا أن مسطرة التدخل غير واردة في مسطرة التحفيظ التي هي غير خاضعة لمقتضيات قانون المسطرة المدنية، ما عدا في الأحوال المنصوص عليها فيها كما استقر على ذلك الاجتهاد القضائي. ومن ثمة يبقى التساؤل عما إذا كان من حق محكمة التحفيظ أن تقبل طلبات التدخل أم لا ؟

أولاً : التدخل الطوعي :

التدخل الطوعي هو الفعل الذي يقوم به الخصم تلقائياً بمشاركته في دعوى جارية.

وإذا كان قانون التحفيظ العقاري — كما سبق القول — لم يتعرض لمسطرة التدخل فإنه مع ذلك وردت فيه إشارة إليها وذلك في الفقرة الأخيرة من الفصل 43 منه والمتعلق بالمسطرة أمام محكمة الاستئناف والتي جاء فيها : «... ويطبق في الموضوع الفصل 234 من المرسوم الملكي المتعلق بالمسطرة المدنية القديم — والذي يقابله حالياً الفصل 144 من ق.م.م. نجد فيه «لا يقبل أي تدخل إلا ممن قد يكون لهم الحق في أن يستعملوا تعرض الخارج عن الخصومة».

(1) طرق الطعن — سلسلة الدلائل والشروح القانونية — م. و. د ق ص 134.

وإذا كان تعرض الخارج عن الخصومة غير مقبول في مادة التحفيظ العقاري، فهل معنى هذا أن التدخل أيضا غير مقبول في قضايا التحفيظ العقاري؟ إن تفسيرا كهذا سيجرد الفقرة الأخيرة من الفصل 43 من ظهير التحفيظ من كل معنى، بل وسيجعل وجودها من باب العبث والمشرع منزعه عن العبث.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن نص الفصل 43 يتعرض للمسطرة أمام محكمة الاستئناف فهل معنى هذا أن التدخل في الدعوى ممكن أمام محكمة الاستئناف دون المحكمة الابتدائية؟ إن هذا التمييز بين محكمة الدرجة الأولى وبين محكمة الاستئناف يبدو غير منطقي مع انعدام نص صريح بذلك، لذا من الأفضل اعتبار التدخل الإرادي مقبولا في الدرجتين معا على السواء⁽²⁾.

لكن بما أن التحفيظ مادة خاصة، فإن مسطرة التدخل في قضايا التحفيظ يجب أن تخضع أيضا لقواعد خاصة تنسجم مع المبادئ والقواعد التي تحكم قضاء التحفيظ العقاري كقضاء استثنائي له اختصاص "محدود" ومرتبطة بما يحال عليه من طرف المحافظ على الملكية العقارية.

فالطلب طبعاً يجب أن يؤدي عنه الرسم القضائي، والمتدخل مطالب بإبراز مصلحته في النزاع، وزيادة على ذلك كله ليس للمتدخل أن يطلب من المحكمة التي تنظر النزاع سوى أن تحكم وفق طلبات ومستنتجات طالب التحفيظ أو أحد المتعرضين، ذلك أن محكمة التحفيظ ليس لها أن تبث سوى في التعرضات كما أحييت عليها من طرف المحافظ لتقرر ما إذا كانت مبنية على أساس صحيح فتحكم بصحتها أو تقرر بأنها غير مؤسسة وتحكم بالتالي بعدم صحتها، وتبعا لذلك ليس للمتدخل أن يتدخل في الدعوى الجارية لممارسة حقوق خاصة به متميزة عن حقوق المتعرضين أو طالبي التحفيظ، فالطلب الذي يهدف إلى الحصول على حكم ضد طالب التحفيظ أو المتعرض لا يمكن قبوله بتاتا كما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط⁽³⁾ «التدخل الإرادي لا يمكن التصريح بقبوله إلا إذا كان موضوعه هو تعزيز مزاعم أحد أطراف النزاع، أما إذا كان يهدف إلى الحصول على حق ما لطرف أجنبي عن النزاع فإنه يكون غير مقبول» وفي هذا الاتجاه أيضا سار المجلس الأعلى حيث جاء في أحد قراراته⁽⁴⁾ «أطراف الدعوى

La procédure Judiciaire de l'immatriculation - Quelques questions particulières par (2)
JACQUES CAILLE - G.T.M. n° 1203, 25 Janv. 1957, p. 9.

(3) الرباط 1 يوليوز 1954 غير منشور الملفات رقم 5828.5809 و5846.

(4) قرار المجلس الأعلى عدد 2639 بتاريخ 85/11/13 في الملف عدد 74015 مجلة المحاكم المغربية عدد 43 ص 73.

تحدد في مسطرة التحفيظ بدءا بالتعرض أمام المحافظة العقارية حيث يتضح المدعي من المدعى عليه. وأن التدخل في مسطرة التحفيظ غير مسموح به إلا إذا كان لتأييد أحد أطراف الدعوى».

وخلاصة القول أنه في مادة التحفيظ العقاري يجب التمييز بين نوعين من التدخلات :

— تدخل يكتسي طابعا تحفظيا ودفاعيا لا يرمي من ورائه المتدخل سوى أن يكون له الحق في الاطلاع على الملف ومراقبة سير الدعوى. إما من أجل أخذ احتياطاته إزاء كل تواطىء محتمل ضد مصالحه أو بقصد دعم وتعزيز الطرف الذي يشترك معه في المصالح وهذا النوع من التدخلات وحده الذي يكون مقبولا أمام المحكمة التي تنظر في نزاعات التحفيظ العقاري.

— وتدخل يكتسي طابعا تحفظيا ودفاعيا لا يرمي من ورائه المتدخل سوى أن يكون له الحق في الاطلاع على الملف ومراقبة سير الدعوى. إما من أجل احتياطاته إزاء كل تواطىء محتمل ضد مصالحه أو بقصد دعم وتعزيز الطرف الذي يشترك معه في المصالح وهذا النوع من التدخلات وحده الذي يكون مقبولا أمام المحكمة التي تنظر في نزاعات التحفيظ العقاري.

ثانيا : التدخل الاجباري

يكون التدخل اجباريا عندما يفرضه أحد الخصوم في النزاع على الغير فيقوم بادخاله في هذا النزاع.

ويمكن تصور التدخل الاجباري في مادة التحفيظ العقاري عندما يطلب المتعرض أو طالب التحفيظ الادخال في الدعوى الشخص الذي باعه حقوقا على العقار موضوع مطلب التحفيظ عندما تظهر هذه الحقوق غير ثابتة أثناء سريان المسطرة⁽⁵⁾.

وما قيل في التدخل الطوعي أمام محكمة التحفيظ يقال أيضا عن التدخل الاجباري.

فيجب أن تكون الغاية من مطلب ادخال الغير في الدعوى الجارية أمام المحكمة التي تنظر نزاع التحفيظ تعضيد ادعاءات الطالب — أي طالب ادخال الغير — وليس إلا.

أما طلب ادخال الغير الذي تكون الغاية منه الحكم على المدخل في الدعوى شخصيا أو ادخاله بهدف الضمان أو بهدف جعل الحكم ساريا في حقه من أجل منعه من اثاره المفعول النسبي للنشيء المقضي به، فإنه يكون غير مقبول أمام محكمة التحفيظ.

(5) جاك كابي في نفس المقال المنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 1203 يناير 1957.

وهكذا قضت محكمة الاستئناف⁽⁶⁾، بإلغاء حكم صادر عن ابتدائية مراكش قضى بقبول طلب ادخال البائع في الدعوى بهدف الضمان وحكم على البائع بالضمان وإحلاله محل طالب التحفيظ في جميع الاحكام الصادرة عليه (ابتدائية مراكش 12 مايو 1947 غير منشور ملف رقم 3581).

وجاء في قرار استئنافية الرباط بأن «طلبنا كهذا بادخال الغير في الدعوى من أجل الضمان يكون دعوى شخصية محضة لا تدخل في اختصاص محكمة التحفيظ العقاري، إذ أن هذه المحكمة لا يمكنها النظر إلا في نزاعات التحفيظ المحالة عليها من طرف المحافظ» وتبعاً لذلك فمع غياب هذه الاحالة تعرض المسطرة للبطلان وتكون محكمة التحفيظ غير مختصة، كما هو الشأن في هذه الحالة حيث عرضت مسألة ادخال البائع في الدعوى من أجل الضمان بواسطة مقال تقدم به طالب التحفيظ مباشرة أمام المحكمة.

وفي هذا الصدد أيضاً جاء في أحد قرارات المجلس الاعلى بأن : «طلب إدخال البائع في الدعوى كضامن لما باع يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة العقارية التي لا تنظر إلا في المنازعات المتعلقة بالتحفيظ التي يحيلها عليها محافظ الاملاك العقارية⁽⁷⁾».

وعليه، إذا كان قانون التحفيظ العقاري لا يجيز التدخل الاجباري في الدعوى بهدف الضمان، فإنه لا مانع من قبول طلب إدخال الغير في الدعوى اذ اكتفى الطالب بدعوة الغير فقط لتدعيمه ومساندته في النزاع في إطار اعداد دفاعه، إذ في هذه الفرضية لا يعدو الطرف الذي طلب إدخال الغير في الدعوى من أجل تدعيم مزاعمه أنه فعل ما يسمح به للمتدخل الطوعي الذي يتدخل في الدعوى لدعم وتعزيز الطرف الذي يشترك معه في المصالح⁽⁸⁾.

(6) استئنافية الرباط 17 يونيو 1948 غير منشور ملف رقم 4366.

(7) قرار مدني عدد 2 السنة الأولى نوفمبر 1968 ص 18.

(8) جاك كابي في نفس المقال المنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 1203 يناير 1957.

p. 143 → p. 166

007555-Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007555
تاريخ 15/10/07
جذيفة
Ar

المذاهب الفقهية في الأندلس وابن حزم الظاهري

من إعداد : السيد محمد محجوبي

خريج دار الحديث الحسنية
عضو رابطة علماء المغرب
ملحق قضائي (الفرج 19)

مقدمة تمهيدية :

الحمد لله وحده، الذي لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه، وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد عبده ورسوله وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

أما بعد :

فقد تناولت بالدراسة في هذا الموضوع علما من أعلام الغرب الاسلامي، ألا وهو الامام ابن حزم الظاهري، وذلك بعد إعجابي بهذا الرجل من خلال بعض مؤلفاته القيمة... ولا أخفي ابتداء، أنني لن أعطي ابن حزم حقه من الدراسة الوافية كما وكيفا، لأن بحثا من هذا الحجم سوف لن يفي بالمرام..

وهكذا، وبكثير من التحفظ، وباختصار شديد، قسم الموضوع إلى مبحثين اثنين :

مبحث أول : ويتعلق بالمذاهب الفقهية في الأندلس (وهي : المذهب الأوزاعي، والمذهب الشافعي، والمذهب الظاهري، والمذهب المالكي).

ومبحث ثان : اهتم بدراسة شخصية ابن حزم الظاهري : ابتداء من مولده وتحقيق نسبه، ومرورا بنشأته وآرائه وأقوال العلماء فيه.

ثم خاتمة : تضمنت بعض مواظ ابن حزم وحكمه.

فباسم الله أبدأ وعليه المعول في كل شيء.

المبحث الأول المذاهب الفقهية في الأندلس

«المذهب» لغة : الطريق ومكان الذهاب، وفي الاصلاح الفقهي، هو بمثابة «حقيقة عرفية فيما ذهب اليه إمام من الأئمة في الأحكام الاجتهادية استنتاجا واستنباطا...»⁽¹⁾.

والملاحظ أن «المذهب» بالمعنى المشار اليه أعلاه، لم يكن معروفا بين المسلمين عند أصحاب المذاهب وأقطابها أنفسهم، ولم يعرف هذا الا في أواخر ق 4هـ⁽²⁾ : فالامام مالك رضي الله عنه كان يقول : «ما من أحد الا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه، إلا رسول الله ﷺ»⁽³⁾، وروى الحاكم والبيهقي عن الامام الشافعي رضي الله عنهم أنه كان يقول : «إذا صح الحديث فهو مذهبي» وفي رواية : «إذا رأيت كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث واضربوا بكلامي الخاطئ»⁽⁴⁾، وروى عن الامام أحمد رضي الله عنه أنه قال : «ليس لأحد مع الله ورسوله كلام»، وقال أيضا لرجل : لا تقلدني، ولا تقلدنا مالكا ولا الأوزاعي، ولا النخعي، ولا غيرهم، وخذ الأحكام من حيث أخذوا»⁽⁵⁾.

أما عند المذاهب الفقهية في الأندلس، فإن الملاحظة الجديرة بالاهتمام هي : أن غالبية الناس قد رأوا — ويرون — أن الأندلس لم تعرف إلا مذهبا واحدا، الا وهو المذهب المالكي، الا أنه عند استقراءنا المصادر والمراجع المهمة بالموضوع، يتضح أن العكس هو الصحيح، وذلك من خلال ما يلي :

وهكذا يلاحظ أن تلك المذاهب قد بدأت تنتشر هناك (في الأندلس) منذ أواسط ق 2هـ، وازداد انتشارها في النصف الأخير منه، وأن أول مذهب عرفه أهل الأندلس هو المذهب الأوزاعي، الذي تم انتشاره على يد العرب الشاميين الذين كانوا على مذهب إمامهم الأوزاعي رضي الله

- (1) محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الاسلامي لأستاذنا الدكتور عمر الجديدي، ص. 7.
- (2) اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري، ص. 14.
- (3) حجة الله البالغة للامام ولي الله الدهلوي : 126/1.
- (4) د. عمر الجديدي في المرجع السابق، ص. 8.
- (5) نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.

عنه⁽⁶⁾، وبقي الأمر هكذا إلى أن بدأ طلاب الأندلس يرحلون إلى المشرق بقصد اخذ العلم عن فقهاء وعلمائه، ونظرا لكون هذه المرحلة كانت في البداية مقصورة على الحجاز، فقد كان من الطبيعي أن يأخذوا عن عالم المدينة الامام مالك رضي الله عنه، وهذا ما حصل فعلا⁽⁷⁾.

وقد تحدثت كتب التاريخ والطبقات عن مجموعة من هؤلاء الطلبة الأندلسيين الذين رحلوا إلى الحجاز في منتصف ق 2 هـ، من بينهم: زياد بن عبد الرحمن المعروف بشبطين (ت 204هـ) الذي يذكر الحميدي أنه أول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس، وقرعوس بن العباس، وأبو عبد الله محمد بن سعيد بن بشير بن شرحبيل (ت 198هـ) ويحيى بن يحيى الليثي (ت 234هـ)، وأبو محمد عيسى بن دينار القرطبي (ت 212هـ)...⁽⁸⁾.

هؤلاء وغيرهم، هم أول من أخذوا عن الامام مالك علمه وفقهه (رواية ودراية)، ولما عادوا إلى بلادهم نشروا علمه بين الناس بسبب تصديهم للتدريس والفتيا والقضاء والشورى، وغيرها من وظائف الدولة، فالتزموا مذهبه في الأصول والفروع، والعقيدة والسلوك، وترسموا مذهبه في التأليف، وطريقته في الاستنباط والبحث...

ولم ينتقل إمامنا مالك رحمه الله إلى جوار ربه، حتى كانت مدرسته في الأندلس من أقوى المدارس في العالم الاسلامي، حتى أن قرطبة أصبحت تضاهي سائر المراكز العلمية في المشرق العربي، ذلك أن الرحلة إلى الامام مالك كانت دائما في تزايد مستمر، لأن من كان يجتمع به ويأخذ عنه، يرتفع قدره في نظر الناس ويشرف فيهم، فتدفع هذه الرفعة من لم يرحل إلى الاغتراب ليحظى بشرف الأخذ عن عالم المدينة...⁽⁹⁾.

وفي الوقت الذي كان المذهب المالكي ينتشر ويزداد أتباعه في الأندلس، كان المذهب الأوزاعي يتخلى عن مواقعه بنفس الوتيرة، فلم يبق له ممن يناصره إلا أفراد قلائل، في مقدمتهم المحدث الراوية صعصعة بن سلام الدمشقي رائد المدرسة الحديثية في الأندلس وشيخ المفتين بقرطبة، مع جماعة كانت تحذو حذوه وتنهج نهجه⁽¹⁰⁾.

(6) عن محاضرة ألقاها د. عمر الجدي بدار الحديث الحسنية بالرباط بتاريخ 13 مارس 1990، ص. 8 (مطبوعة على مستنسخ).

(7) نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.

(8) جذوة المقتبس، ص. 218.

(9) نفع الطيب للمقري : 46/2.

(10) المدارك للقاضي عياض 26/1.

أما عن أول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس، فإن رأى الجمهور متفق على أنه هو زياد بن عبد الرحمن اللخمي المعروف بشبظون، هذا مع الإشارة إلى أن ابن القوطية يرى أن الغازي بن قيس هو أول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس، ويمكن الأخذ بالرأين معا، باعتبار السبق للغازي بن قيس، والشهرة والذويوع في الناس على نطاق واسع يرجع فيه الفضل لشبظون، والدليل على ذلك قول المقرئ في النفح : «هو — أي شبظون — أول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس مكملا متقنا»⁽¹¹⁾.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن أهل الأندلس قد عرفوا عدة مذاهب فقهية كان أولها المذهب الأوزاعي، وإن كانت الشهرة والذويوع للمذهب المالكي خاصة، وهذا عكس ما ادعاه المقرئ الذي يرى أن «لا مذهب» لهم إلا مذهب مالك⁽¹²⁾، في حين أنه مباشرة بعد تصريحه هذا يعود ثانية ليقول بأن «خواصهم يحفظون من سائر المذاهب ما يباحثون به بمحاضر ملوكهم ذوي الهمم في العلوم»⁽¹³⁾.

وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أن الأندلس قد عرفت عدة مذاهب فقهية...

• وبالإضافة إلى المذهبين : الأوزاعي والمالكي فقد تعامل الأندلسيون مع المذهبين : الشافعي والظاهرى.

1) المذهب الشافعي :

ويعزى دخوله إلى الأندلس إلى قاسم بن محمد بن سيار القرطبي الذي رحل إلى المشرق أواسط ق 3 هـ، ودرس على كبار شيوخ الشافعية، ولما عاد إلى الأندلس، أنكر على فقهاءه تقليدهم الأعمى لما كان عليه شيوخهم، وانصرف إلى نشر مذهب الشافعي بين أهل بلده عن طريق التدريب والتأليف، وتكونت حوله طائفة من التلاميذ (توفي سنة 276 هـ)...

ومن كبار الشافعيين الأندلسيين كذلك : بقى بن مخلد (201 — 272 هـ) القرطبي

(11) النفح : 46/1 والمدارك : 117/3.

(12) النفح : 221/1.

(13) نفس المصدر ونفس الصفحة.



الذي رحل إلى المشرق في طلب العلم، وسمع عددا كبيرا من الشيوخ في مكة والمدينة ومصر ودمشق وبغداد وغيرها من مراكز العلم، ولم يرض فقهاء الأندلس عن مذهبه، بدأوا يتكلمون في حقه ويستشيرون الأمير محمد بن عبد الرحمن عليه، محتجين بأنه يقرأ على الناس مسند ابن أبي شيبة الذي لا يعرض وجهة نظر المدنيين وحدها، بل يعرض آراء غيرهم كذلك، ومضوا يؤلبون عليه الناس، وتكلموا في اصدار فتوى باباحة دمه، فعول بقي على الرحيل من الأندلس جملة (14)، فاستحضره الأمير محمد واياهم وتصفح الكتاب (مسند ابن أبي شيبة) جزءا جزءا حتى أتى على آخره، ثم قال لخازن كتبه : هذا الكتاب لن تستغني خزانة كتبنا عنه، فانظر في نسخه لنا، ثم قال لبقني : «انشر علمك وارو ما عندك» ونهاهم أن يتعرضوا له (15).

ويعتبر بقي بن مخلد أول من أدخل كتب الشافعي إلى الأندلس، وخلف وراءه نفرا طيبا من تلاميذه الذين درسوا المذهب الشافعي على يديه، من بينهم : هارون بن نصر القرطبي (ت : 302هـ) (16)، وعثمان بن وكيل القرطبي، وأسلم بن عبد العزيز، وابن أمينة الحجازي الذي قال فيه ابن حزم : «كان شافعي المذهب، بصيرا بالكلام على اختياره» (17).

ومن فقهاء الشافعية بالأندلس أيضا : عبد العزيز بن عبد الملك بن نصر، أبو الأصبع الأموي الأندلسي المولود بقرطبة والمتوفى ببخارى سنة 365هـ (18)، والقاضي أبو البقاء خالد البلوي الأندلسي : وهو خالد بن عيسى بن أحمد بن ابراهيم بن أبي خالد البلوي، ووصفه الشاطبي بأنه الشيخ الفقيه القاضي الأعدل (19)، وأبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان النفري الأثري الغرناطي قائل هذين البيتين :

إن الذي يروي ولكنه يحفظ ما يروي ولا يكتب
كصخرة تتبع أمواجهها تسقي الأراضي وهي لا تشرب (20)

ويشير الباحث الاسباني بالنشيا إلى أن الأمير الحكم الثاني كان يظلل بحمايته نفرا من

(14) تاريخ الفكر الأندلسي لأنجيل جنثاليت بالنشيا، ص. 408.

(15) النفع : 273/3.

(16) محاضرة د. عمر الجيدي، المرجع السابق، ص. 4.

(17) النفع : المصدر السابق : 163/4.

(18) نفس المصدر : 531/2.

(19) المصدر السابق : 532/2.

(20) نفس المصدر : 535/2.

الشافعيين تحولوا إلى مذهب الاعتزال، وكان يحتفظ في مكتبته بنسخة من كتاب «الأم» للشافعي⁽²¹⁾... إلى غير هؤلاء من الأعلام الذين كانوا يتمذهبون بهذا المذهب، وتبقى القائمة طويلة ليس هذا مجال متابعتها، وانتقل إلى المذهب الظاهري بالأندلس، الذي يعتبر ابن حزم أهم رواده بتلك الديار.

(2) المذهب الظاهري :

أما بالنسبة للمذهب الظاهري، فإن أول من نشر مبادئه في الأندلس وعرف به أهله فهو : عبد الله بن محمد بن قاسم بن هلال المتوفى سنة (272هـ، 885م) وكان من أوائل الظاهريين عامة، كان في بدايته مالكيًا، لكنه رحل إلى المشرق وتلمذ على صاحبه المذهب داوود الظاهري، ونسخ كتبه بخطه، وأقبل بها إلى الأندلس، وكان يجمع بين المذهبين الشافعي والظاهري، غير أنه في نهاية المطاف انقطع إلى المذهب الظاهري فاجتهد في نشره⁽²²⁾.

وإذا كان عبد الله هذا لم يؤثر بشكل واضح في نشر المذهب الظاهري، لأن هذا المذهب لم يظهر بوضوح إلا في ق 3هـ، فإن الفقيه الشهير القاضي منذر ابن سعيد البلوطي يعتبر المدافع الحقيقي عن المذهب الظاهري في الأندلس، واسمه الكامل هو : منذر بن سعيد بن عبد الله بن عبد الرحمن البلوطي (272—355هـ) وأصله من فحص البلوط وتسمى اليوم (Campo de Calatrava) أي (فحص قلعة رباح)، رحل منذر هذا إلى المشرق ودرس على شيوخه : فقد سمع بمكة من محمد بن المنذر النيسابوري وروى بمصر عن أبي العباس بن ولاد وأبي جعفر النحاس⁽²³⁾، وعندما عاد إلى بلده أنكر تقليد المالكيين، واجتهد في إذاعة مبدأ دراسة الأصول بحرية (وهو الذي قال به داوود وابن حزم)، واستطاع رغم ذلك أن يلي القضاء بلاردة وطرطوشة، كما ولي قضاء الجماعة بقرطبة والصلاة والخطابة في المسجد الجامع بالزهراء⁽²⁴⁾، وقال فيه المقرئ في النفع : «وكان منذر متفتنا في ضروب العلوم، وغلب عليه التفقه بمذهب أبي العباس داوود بن علي الأصفهاني المعروف بالظاهري، فكان منذر يؤثر مذهبه ويجمع كتبه ويحتج لمقالاته، ويأخذ به نفسه وذويه، فإذا جلس للحكومة قضى بمذهب الامام مالك وأصحابه، وهو الذي عليه العمل

(21) بالثبنا في المرجع السابق، ص. 11.

(22) د. عمر الجديدي في محاضراته السابقة، ص. 6، نقلا عن ابن الفرضي، رقم 655.

(23) النفع : 228/2.

(24) بالثبنا في المرجع السابق، ص. 440.

بالأندلس... وكان خطيبا بليغا عالما بالجدل حاذقا فيه، شديد المعارضة، حاضر الجواب، ثابت الحجة، ذا أشعار عجيبة ومنظر جميل وخلق حميد...»⁽²⁵⁾.

وهو — أي منذر بن سعيد البلوطي — الذي قال الآيات الآتية، معينا على المالكية تقليدهم للإمام مالك وتابعيه، وإن كان علوه واضحا في ذلك، حيث يقول :

عذيري من قوم يقولون كلما طلبت دليلا، هكذا قال مالك
فان عدت قالوا: هكذا قال أشهب وقد كان لا تخفى عليه المسالك
فان زدت قالوا: قال سحنون مثله ومن لم يقل ما قاله فهو آفك
فان قلت: قال الله، ضجوا وأكثروا وقالوا جميعا أنت قرن ماحك
فان قلت: قال الرسول، فقولهم أتت مالكا في ترك ذلك المسالك⁽²⁶⁾

هذا، وقد توقف انتشار المذهب الظاهري أيام الحاجب المنصور بن أبي عامر، بسبب تظاهر المالكية عليه، لكن أيام المنصور لم تكف تنقضي حتى ظهر المذهب من جديد، وانصرف إلى اذاعته في قرطبة أبو الخيار مسعود بن سليمان بن مفلت الأديب القرطبي (ت 426هـ) شيخ ابن حزم، وهذا الأخير موضوع هذه الدراسة.

وبفضل ابن حزم ومؤلفاته خاصة، كثر أتباع المذهب الظاهري، وراجت كتب أبي محمد إلى أن تم إحراقها في قصة معروفة أمام الملأ، بسبب حدة مؤلفها في كلامه المقصود ضد المالكية في عقر دارهم : الأندلس.

وهكذا تمذهب كثير من أعلام الأندلس بالمذهب الظاهري، من بينهم : الامام الحافظ أبو عبد الله محمد بن فتوح الأزدي تلميذ ابن حزم، والحافظ ابن عامر محمد بن سعدون العبيدي الميورقي، والحافظ أبو الخطاب ابن وصية، وأبو بكر محمد بن الحسين المشهور بالميورقي تلميذ الامام الصديقي، والشيخ محيي الدين بن عربي الحاتمي الصوفي، وأبو العباس بن مفرج الاشبيلي المعروف بابن الرومية، وابراهيم بن أحمد بن محمد بن خلف الأنصاري الطرطوشي... وغير هؤلاء⁽²⁷⁾.

(25) النفع : 228/2.

(26) مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ص. 319، نقلا عن جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر : 210/2

(27) النفع : الجزء الثاني : الصفحات : 21 — 99 — 112 — 138 — 155 — 161 — 596 — 655.

ويرجع الامام أبو زهرة سبب انتشار المذهب الظاهري إلى الامام ابن حزم خاصة، إلى ثلاثة أمور :

1- إن ابن حزم هو واضع أصول المذهب في كتبه التي لا تزال تذكر إلى اليوم، وأعظمها كتابه «الاحكام في أصول الأحكام» وكتابه «المحلى» الذي يعتبر ديوان الفقه الاسلامي حقا وصدقا.

2 — أنه حاول نشر المذهب بالدعوة إليه، رغم كافة الصعاب التي واجهته بسبب ذلك.

3 — أن ابن حزم كان يجتذب الشباب اليه⁽²⁸⁾.

وقد انتقل المذهب الظاهري، أو على الأرجح : مذهب ابن حزم، إلى المشرق العربي وذاع بين أهله، وأثنى أبو حامد الغزالي على بعض كتبه، واختصه الجغرافي المؤرخ ياقوت الحموي بترجمة طويلة وافية⁽²⁹⁾.

ويرى كثير من الباحثين والمؤرخين للفكر الأندلسي، من بينهم الاسباني بالنثيا والمصري أبو زهرة : أن يعقوب المنصور الموحد قد كان ظاهريا، وهو الذي قال — لما وقف على قبر ابن حزم قولته المشهورة : «كل الناس عيال على ابن حزم»⁽³⁰⁾.

وخلال القرن الثالث عشر الميلادي (السابع الهجري) لم يبق من أتباع ابن حزم الا عدد قليل من الناس مثل : اثير الدين أبي حيان النحوي، وأحمد بن صابر القبيسي الشاعر⁽³¹⁾، وأما في مصر، فإن آخر مظهر لوجود المذهب الحزمي الظاهري : أواسط ق 16 م (العاشر الهجري)...⁽³²⁾.

وأما عن أصول الظاهرية، فقد نظمها ابن حزم في قصيدة تحتوي على ستين بيتا أولها قوله :

تعدى سبيل الرشد من جار واعتدى وضاء له نور الهدى فتبلىدا
وخاب امرؤ وافاه حكم محمد فقال بأراء الرجال وقلدا
نبي أتى بالنور من عند ربه وما جاء من عند الاله هو الهدا

(28) تاريخ المذاهب الاسلامية للامام أبي زهرة، ص. 597.

(29) بالنثيا في المرجع السابق، ص. 237.

(30) نفس المرجع الصفحة 238 وأبو زهرة في المرجع السابق، ص 597.

(31) بالنثيا في المرجع السابق، ص. 238.

(32) نفس المرجع ونفس الصفحة.

إلى أن يقول :

وما فرط الرحمان شيئا ولم يكن نسيا ولم يترك، بريته سدى

إلى آخر القصيدة...⁽³³⁾، حيث يختمها بقوله :

ولله حمدي سرمدا غير منقض على ما هدى حمدا كثيرا مرددا.

فمن هو ابن حزم هذا ؟ وكيف نشأ ؟ وما هي آراؤه ؟ وما أقوال غيره فيه ؟ تلك أربعة أسئلة نجيب عنها بكل اقتضاب فيما يأتي :

المبحث الثاني

شخصية ابن حزم الظاهري

أولا : مولد ابن حزم ونسبه :

* هو الامام الوزير، العالم، ابن الوزير : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الفارسي⁽³⁴⁾، القرطبي اللبي، الفقيه الحافظ الظاهري، صاحب التصانيف⁽³⁵⁾، ولد كما كتب بخط يده بقرطبة في الجانب الشرقي من ريبض قبل طلوع الشمس وبعد سلام الامام من صلاة الصبح — آخر ليلة الأربعاء، آخر يوم من شهر رمضان المعظم سنة 384هـ الموافق 7 نونبر من سنة 994م⁽³⁶⁾، أما عن وفاته فقد تمت بأوئبة، وهي قرية في غرب الأندلس على خليج المحيط، كما كتبه ابنه الفضل، بخط يده : عشية يوم الأحد لليلتين بقيتا من شعبان سنة 456هـ، فكان عمره رحمه الله : احدى وسبعين سنة وعشرة أشهر وتسعة وعشرين يوما⁽³⁷⁾.

* هذا عن مولد ابن حزم، ووفاته، أما عن نسبه فقد ثار حوله جدل حاد بين الكتاب

القدامى والمحدثين على حد سواء.

(33) كتاب الاشارة للباحي وقصيدة في أصول الظاهرية لابن حزم، ص. 33.

(34) المغرب في حلي المغرب لابن سعيد، ص. 335.

(35) لسان الميزان لابن حجر : 198/4 فقرة 531.

(36) معجم فقه ابن حزم الظاهري : 12/1، ودائرة المعارف الاسلامية العدد 1، المجلد الأول ص : 136 أكتوبر 1933.

(37) نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.

أما أغلب القدماء، فقد ذهبوا إلى القول بنسبه الفارسي⁽³⁸⁾، وعلى هذا الرأي يوافق عدد من الكتاب المعاصرين أيضاً، من بينهم المرحوم أبو زهرة الذي قال عن أصل ابن حزم نسبه ما يلي : «علا ابن حزم يعلمه ولم يعل بنسبه... وقد ذكر أنه ينتمي لأسرة فارسية، وذلك أن جده يزيد «كان فارسياً، وكان مولى ليزيد بن أبي سفيان أخي معاوية الذي ولاه الخليفة أبو بكر رضي الله عنه إمرة الجيش الأول الذي ذهب لفتح الشام، وعلى ذلك فهو قرشي بالولاء فارسي بالجنس، وأنه لذلك الولاء كان يتعصب لبني أمية : يعادي من عداهم ويوالي من والاهم... وقد رحل جده الأعلى مع البيت الأموي إلى الأندلس... وقد نزلت أسرته في قرية «منت ليشم» من إقليم الزاوية من عمل أونية التي هي من كورة «لبلة» من غرب الأندلس، وأول من وفد إلى الأندلس جده الأعلى خلف، وقد كان لهم شأن من يوم أن نزلوا، حتى لقد قال الفتح بن خاقان : «بنو حزم فتية علم وأدب، وثنية مجد وحسب، فلهم رفعة العلم، ورفعة الجاه والمجد»⁽³⁹⁾.

هذا ما قرره أغلب المؤرخين، إلا أن أبا مروان بن حيان يخالفهم، حيث روى عنه ياقوت في معجمه ما نصه : «كان من غرائب انتاؤه لفارس واتباع أهل بيته له في ذلك بعد حقبة من الدهر...»⁽⁴⁰⁾.

أما المقرئ فلم يشذ عن باقي المؤرخين عندما نسب ابن حزم إلى أصل فارسي⁽⁴¹⁾، وهذا ما قرره الذهبي في تاريخه حيث قال : «هو العلامة أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح الأموي... الفارسي الأصل، الأندلسي القرطبي»⁽⁴²⁾.

ومن بين الباحثين المعاصرين من لم ينسب ابن حزم إلى أصل فارسي، وإنما قال بأنه عجمي الأصل من أجداد اسبانيين كانوا نصارى ثم اعتنقوا الاسلام مع من أسلموا من الاسبان بعد الفتح، من بين هؤلاء الدكتور سالم يفوت من المغرب الذي دافع عن فكرته بشدة قائلاً : «ويوافق على هذا الرأي العديد من الدارسين المعاصرين لابن حزم، شريقين وغربيين، ومن بين هؤلاء على الخصوص بعض كبار المستشرقين الاسبان، ونحن — أي د. سالم يفوت — حينما نلتقي معهم في التأكيد على «اسبانية» فقيهننا، فإننا لا نرمي من ذلك، الانسياق وراء النتائج التي

(38) الصلة لابن بشكوال : 415/2، والبدية والنهاية لابن كثير : 2 / 91، ووفيات الأعيان لابن خلكان : 2 / 425، ومعجم الأدباء لياقوت : 225/2 و 234.

(39) معجم الأدباء المصدر السابق : 137/12.

(40) المصدر السابق : 350/12.

(41) النفع، المصدر السابق : 203/6.

(42) نفس المصدر السابق ونفس الصفحة، وابن حزم لأبي زهرة، ص. 25.

يسخرجه بعضهم كالمفكر المعاصر «ألبرنث» والتي يمكن اجمالها في القول بأن انتساب ابن حزم وغيره من مفكري الأندلس إلى السلالة الاسبانية، جعله يرث خصائصها ويظهر عن عبقرية لا نظير لها، لأنها خصلة عرقية، لذا كان «قمة اسبانية» نتيجة الدم الاسباني الذي يجري في عروقه»⁽⁴³⁾، ويختتم الدكتور سالم يفوت رده على «ألبرنث» وغيره قائلا : «لم يكن غرضنا من التأكيد على اسبانية ابن حزم، الاندفاع وراء هذه العرقية، بل كنا نريد فقط أن نحقق نسبه، اعتمادا على شهادات معاصريه، لاسيما ابن حيان وغيره، ورجوعا إلى أفكار ابن حزم ذاته»⁽⁴⁴⁾.

وبعد هذه الاشارات التي كان لابد منها، لا يسعنا إلا القول برأي غالبية المؤرخين الذين أرجعوا نسب ابن حزم إلى فارس، وليس اسبانيا، لأن الفكرة الأولى (فارسية ابن حزم) كاد يتعقد عليها الاجماع، ومن جهة أخرى فإن ابن حيان مجرد مشكك في ذلك النسب (خاصة وأن اسبانية ابن حيان لا يجادل فيها أحد لا من القدامى ولا من المحدثين)، خلافا لكافة معاصري ابن حزم «الذين ناضلهم وكان عنيفا في نضاله معهم ومجادلته اياهم، ولذلك لا نستطيع أن نكذب دعواه، لمجرد ما يثيره خصومه من قول قد تكون العداوة هي الدافعة اليه»⁽⁴⁵⁾، خاصة وان ابن حزم «لم يكن في حاجة إلى نسب يزهى به، وقد ازدهى بحليتين هما : العلم والجاه بين الناس، فلا مطعم له في هذا الباب»⁽⁴⁶⁾.

وأخيرا، نسبة الدكتور الطاهر أحمد مكّي من مصر إلى العربية «الاسبانية» حيث قال : «ومن الواضح أنني حين أدعو ابن حزم عربيا اسبانيا، فإنما أنسبه إلى العربية جادا وإلى الاسبانية بصورة غير جدية»⁽⁴⁷⁾، ومع ذلك نجده يصرح قبل ذلك قائلا : «اما ان ابن حزم من أصول غير عربية فحقيقة لا نرفضها، وكان عالم قرطبة مسلما طيبا، والاسلام فوق عصبية الجنس واللون والدم، واما أنه من سلالة يمكن أن توصف بأنها اسبانية ففيه شك كبير، لأن لفظ «اسبانيا» لحظة الفتح الاسلامي كانت تعني امتدادا جغرافيا فحسب، دون أن تكون لها دلالة أبعد من هذا : قومية أو دموية أو فكرية، والقول بهذا ليس من عندي، وإنما هي فكرة اهتدى اليها المفكر والمؤرخ والفيلسوف أميركو كاسترو، وظل يبشر بها طوال حياته (1885 — 1973م)، ويرى في

(43) ابن حزم والفكر الفلسفي بالمغرب والأندلس للدكتور سالم يفوت، ص. 36.

(44) المرجع السابق، ص. 40.

(45) أبو زهرة في المرجع السابق، ص. 26.

(46) نفس المرجع ونفس الصفحة.

(47) دراسات عن ابن حزم وكتابه طوق الحمامة للدكتور الطاهر أحمد مكّي، ص. 211.

تجاهل الاسبان تضليلا وتحريفا للتاريخ، وانحرافا بسير الثقافة في وطنه، وألف في ذلك كتابا قيما :
«حقيقة اسبانيا التاريخية»⁽⁴⁸⁾.

فمقتضى هذه الأقوال، اتضح أنها ثلاثة آراء، رأي أول اعتبر ابن حزم فارسي الأصل،
ورأي ثان اعتبر أنه اسباني مسلم، ورأي ثالث قال بعروبة ابن حزم «بصورة جدية» وباسبانيته
بصورة غير جدية على حد تعبير د. الطاهر أحمد مكّي أعلاه.

وقد سبق لنا تأييد الرأي الأول لوجهته اعتمادا على مؤيداته، وفضلا عن ذلك فإنه يمكن
الرد على من قال بـ «اسبانية» ابن حزم، استنادا إلى سياق أفكاره ذاته، بما يلي :

إن اعتزاز ابن حزم بانتمائه إلى الغرب الاسلامي (وليس اسبانيا كما قيل) لم يقصد من ورائه
ابن حزم في نظرنا الا شيئا واحدا، وهو : أنه ولد ونشأ في الأندلس، وبها تلقى تعليمه، ولم يرحل
عنها قط إلى المشرق العربي الاسلامي... عكس ما فعله كثير من علماء الغرب الاسلامي الذين
كبر شأنهم بعد رحلتهم تلك، ومع ذلك تحداهم وجلس لناظرتهم حتى كاد أن يتفوق على
أشهرهم، وهو القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت 474هـ).

وابن حزم عندما أشاد بالغرب الاسلامي، إنما اعتبر ذلك فخرا وتحديا لعصره، ومؤدى ذلك
أنه تغنى بالأندلس وليس باسبانيا، لأن هذه الأخيرة لم يكن لها كيان قائم حينئذ... أما نسبه
الفارسي فلم ينكره أبدا، كما أشير إلى ذلك أعلاه.

والذي يستغرب له للأسف، أن ما حدث وقت ابن حزم مازال يحدث في وقتنا الراهن، إذ
يكفي أن يأتينا أجنبي أو عربي أيا كان، حاصلا على شهادة عليا في أي فرع من فروع المعرفة،
من جامعة بواشنطن أو لندن أو باريس ليقوم له القائمون ويقعد له القاعدون ابتداء، بغض النظر
عما تتضمنه أفكاره، ولو كانت هدامة، ولا مقدار نصيبه من العلم، ولو كان يسيرا، وربما هذه
هي سنة الحياة منذ عصر ابن حزم إلى عصرنا الراهن، ونطلب من الله السلامة والثقة في النفس
وفي الأوطان، ولله ذر ابن حزم الذي قال رحمه الله :

أنا الشمس في جو العلوم منيرة ولكن عيبي أم مطلعي الغرب

كان ذلك عن مولد ابن حزم ونسبه، فكيف نشأ الرجل ليصبح موسوعيا نظارا ليسمو

بعلمه عن نسبه ؟

(48) المرجع السابق، ص. 11 - 12.

ثانيا : نشأة ابن حزم

ليس من قبيل المصادفة أن يتلقى ابن حزم تعليمه الأولي في قصر أبيه الوزير على يد النساء لما آلت اليه الحياة الاجتماعية في قرطبة من فساد وتفسخ، فكان ابعاده عن الرجال عندئذ أولى، خاصة وإن بعض نساء قرطبة كن فقيهاً وراويات شعر ومقرئات ومحدثات وطبيبات وعالمات بالفلك والفلسفة⁽⁴⁹⁾.

لقد ربي ابن حزم في حجور النساء كما قال : «ولقد شاهدت النساء، وعلمت من أسرارهن ما لا يكاد يعلمه غيري، لأنني ربيت في حجورهن، ونشأت بين أيديهن، ولم أعرف غيرهن، ولا جالست الرجال الا وأنا في حد الشباب وحين تفيل وجهي، وهن علمنني القرآن، وروينني كثيرا من الأشعار، ودرينني على الخط، ولم يكن وكدي (أي همي) واعمال ذهني وأنا في سن الطفولة الا تعرف اسبابهن، والبحث عن اخبارهن... وأنا لا أنسى شيئا مما أراه منهن»⁽⁵⁰⁾... ثم يقسم بأغلظ الايمان على عفته، وأنه لم يقترف حراما قط.

وكان أبوه يزوره خلال الدرس ليطمئن عليه، وقد أقام عليه رقباء ورقائب من الشيوخ والنساء العجائز، كما كتب بخط يده قائلا : «كنت وقت تأجج نار الصبا، وتمكن غزارة الفتوة مقصورا محظرا علي بين رقباء ورقائب»⁽⁵¹⁾.

ولما بلغ سن السادسة عشرة بدأ الجلوس إلى شيخه المفضل الذي اختاره له أبوه الوزير، وهو الشيخ الورع أبو علي الحسين بن علي الفاسي الذي صحبه إلى حلقات علماء التفسير والحديث واللغة فيما بعد، وبعد وفاة هذا الأخير (الذي كان حصورا) في طريقه إلى الحج، استقل ابن حزم بحضور حلقات الدروس التي كانت تلقى بالجامع الكبير بالجانب الغربي من قرطبة، حيث عني — إلى جانب علوم الدين — بدراسة النحو وعلوم اللغة والفلك والفلسفة والمنطق، وسائر المعارف الانسانية التي كانت موجودة في عصره⁽⁵²⁾.

وبعدما بلغ في كل العلوم التي اشتهرت في عصره المبلغ الذي أوصله المرتبة العليا، اتجه إلى دراسة الفقه، وبدأ بفقه الامام مالك⁽⁵³⁾، وسبب ذلك ما رواه الحافظ ابن حجر قائلا : «حدثني

(49) أئمة الفقه التسعة لعبد الرحمن الشراقي، ص. 275.

(50) طوق الحمامة في الألفة والألاف لابن حزم الظاهري، ص. 50.

(51) المصدر السابق، ص. 126.

(52) أئمة الفقه التسعة، المرجع السابق، ص. 277.

(53) لأنه مذهب أهل الأندلس والغرب الاسلامي عامة.

عمر بن واجب قال : كنا باشبيلية ندرس الفقه، فدخل أبو محمد فسمع، ثم سأل عن شيء من الفقه فأجبت فاعترض، فقبل له : ليس هذا من مسجلاتك، فقام وقعد ودخل منزله وحلف، فما كان بعد أشهر قريبة حتى قصدنا إلى ذلك الموضوع فناظره أحسن مناظرة...» (54)، وكان ذلك جرى له بعد القصة التي ذكرها عبد الله بن محمد بن العربي ولد القاضي أبي بكر، فانه حكى أن ابن حزم ذكر أنه شهد جنازة، فدخل المسجد فجلس قبل أن يصلي، فقبل له : قم فصل تحية المسجد ففعل، ثم حضر أخرى فبدأ بالصلاة، فقبل له : اجلس ليس هذا وقت صلاة، وكان بعد العصر، فحصل له خزي، فقال للذي رياه دلني على دار الفقيه، فقصدته وقرأ عليه الموطأ ثم جد في طلب العلم بعد ذلك إلى أن صار منه ما صار (55).

بينما يرى القاضي أبو بكر بن العربي ان أول مذهب اعتنقه ابن حزم هو المذهب الشافعي، ثم مذهب داوود الظاهري، «ثم خلع الكل واستقل وزعم أنه امام الأئمة يضع ويرفع ويحكم ويشرع...» (56).

وما أن بلغ ابن حزم سن الثانية والعشرين، حتى أصبحت قرطبة مسرحاً للحرب بين الجماعات المتصارعة، وانتهت منازل أسرته في غربي قرطبة... فرحل إلى «المرية» ليقيم في ضيعة لأهله هناك، ويتفرغ للأخذ عن شيوخ قرطبة، الذين رحلوا بدورهم فرارا من الفتنة، فسقط كافة أمراء قرطبة، وقتل الأمير سليمان الظافر، وظهرت دولة الطالبية، وبويع علي بن حمود الحسني (وهو علوي) — وبين العلويين والأمويين عداوة شديدة معهودة — فتوجس ابن حزم خيفة مما قد يقع له، خاصة وأنه ينتمي — بالولاء — إلى أسرة أموية.

ولم يتجاوز ابن حزم الخامسة والعشرين من عمره حتى اعتقله «خيران» والي «المرية» هو وصديقه محمد بن اسحاق، بسبب مناصرتهم الدولة الأموية، واستمر ذلك الاعتقال أشهراً، ثم أمر بعد ذلك بإبعادهما على وجه التغريب، فتطوع أحد أصحاب حاكم «المرية» (وهو أبو القاسم عبد الله بن هذيل التجيبي المعروف بابن المقفل، الذي أقامه عنده شهوراً) « في خير دار اقامه، وبين خير أهل وجيران، وعند أجل الناس همة وأكملهم معروفاً، وأتمهم سيادة» على حد تعبير ابن حزم في طوق الحمامة (ص 118) فاستضاف ابن حزم وصاحبه شهوراً، ليقتصدا بعدها

(54) لسان الميزان : 199/4.

(55) نفس المصدر ونفس الصفحة.

(56) المصدر السابق : 201/4.

«بلنسية» التي ظهر بها «المرتضي عبد الرحمن ابن محمد حفيد عبد الرحمن الناصر» الذي دعا لنفسه بالخلافة (57)، فبادر ابن حزم بتأييده وبايعه، عسى أن يستطيعا معا بناء قرطبة والأندلس من جديد على البر والتقوى والعدل، كما كانت عليه أيام عبد الرحمن الناصر، حيث كان ملوك أوروبا وأمراؤها يسعون اليه ويقدمون له الجزية، حين كان العلماء والفقهاء هم قسماات الوجه المضيء لقرطبة دولة الاسلام في الأندلس (58).

لكن هيهات، فما أن اجتمع «للمرتضي» المذكور جيش يصلح للزحف، وقرر أن يستولي على قرطبة — مرورا بغرناطة — حتى اغتيل وهزم جيشه قبل أن يتم له ما أراد، فوقع ابن حزم في الأسر مرة أخرى، مما جعله — بعد اطلاق سراحه سنة 409هـ (59)، يعود إلى قرطبة ليتفرغ إلى دراسة الفقه والحديث — كما ابتداء بها — ثم زاد على ذلك، حيث أخذ يدافع عن الاسلام ويبطل ما يثيره اليهود والنصارى حوله حتى أفاد في ذلك فائدة جلييلة (60).

ثم تجذبه السياسة مرة أخرى، رغم أنه كان ينبغي لابن حزم أن يهجرها بعد تجربته الفاشلة، الا أن وفاءه لبني أمية جعله يبايع مرة أخرى احد أحفاد «الناصر» وهو هشام المعتمد بالله بن محمد بن عبد الملك بن عبد الرحمن الناصر (61)، وقد بايعه كذلك ابن جمهور عميد قرطبة سنة 418هـ وأيده أهل قرطبة إلى غاية 422هـ، حيث خلعه الجند وفر إلى «لاردة» فهلك بها سنة ثمان وعشرين وأربعمائة، وانقطعت الدولة الأموية من الأرض، وانتشر سلك الخلافة بالمغرب، وقام الطوائف بعد انقراض الخلائف، الشيء الذي جعل ابن حزم ينصرف إلى العلم مطلقا (62)، كما ذكره المقرئ في النفتح.

فلنحاول الوقوف على قليل من علمه من خلال بعض آرائه فيما يأتي :

ثالثا : آراء ابن حزم

إن المقام لا يتسع لتعداد كافة آراء ابن حزم في هذه العجالة، لأنها كثيرة ومتنوعة : فمنها

- (57) طوق الحمامة، المصدر السابق، ص. 118.
- (58) أئمة الفقه التسعة، المرجع السابق، ص. 280.
- (59) تاريخ المذاهب الاسلامية، المرجع السابق، ص. 556.
- (60) المرجع السابق، ص. 557.
- (61) وقد أفاد أبو زهرة في نفس المرجع أعلاه ونفس الصفحة، أن ابن حزم وزر لعبد الرحمن المستظهر بالله بن هشام، ثم هشام المعتمد بالله بن محمد بن عبد الملك بن عبد الرحمن الناصر.
- (62) النفتح : 50/4.

على سبيل المثال لا الحصر : آراء له في السياسة، وآراء في العقائد، وآراء في الأصول، وأخرى في الفروع، كما نجد له مواقف صريحة وجريئة من المرأة، حتى أنه ذهب إثر دفاعه عنها إلى القول بإمكانية توليها الوظائف العامة عدا الخلافة، كما دافع ابن حزم بقوة عن حقوق العبيد، وأكد أنهم لا يختلفون في شيء عن الأحرار في صفة أو موهبة... ناهيك عن كونه قد سبق غيره بعدة قرون في عدة مسائل علمية محضة كالذرة، مما سبب له نكبات ومصائب جمّة (63)، فمن أين أبدأ وإلى أين انتهى من هذه الآراء وغيرها؟ لذلك سأكتفي — تلافيا للاطناب — بالوقوف قليلا جدا على رأيه في القياس، محور الخلاف بينه وبين غيره من القائلين به من بقية المذاهب الفقهية السنية الأخرى.

* رأي ابن حزم في القياس :

لقد أشار ابن حزم إلى منهجيته وأصول مذهبه في مقدمة كتابه «الأحكام» انطلاقا من قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، فإن تنازعتكم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر﴾، إذ يرى أن هذه الآية جامعة لكل ما تكلم الناس فيه، وأولهم عن آخرهم، مما أجمعوا عليه واختلفوا فيه من الأحكام والعبادات التي شرعها الله عز وجل لهم، ولا يشذ عنها شيء من ذلك» (64)، ومن ثم كان كتابه هذا (الأحكام) كله في بيان العمل بهذه الآية، وكيفية، وبيان الطاعتين المأمور بهما لله تعالى ولرسوله ﷺ، وطاعة أولي الأمر، ومن هم أولو الأمر... (65).

وهكذا، واستنادا إلى قوله تعالى : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم...﴾ فإن الدين قد كمل وتناهى، وكل ما كمل فليس لأحد أن يزيد فيه ولا أن ينقص منه ولا أن يبدله، فصح بهذه الآية يقينا — يقول ابن حزم — أن الدين كله لا يؤخذ إلا عن الله عز وجل، ثم على لسان رسوله ﷺ، فهو الذي يبلغ إلينا أمر ربنا عز وجل ونبيه وإباحته... وهو عليه السلام لا يقول شيئا من عند نفسه، لكن عن ربه تعالى، ثم على ألسنة أولي الأمر منا، فهم الذين يبلغون إلينا — جيلا بعد جيل — ما أتى به رسول الله ﷺ عن الله تعالى، وليس لهم أن يقولوا من عند أنفسهم شيئا

(63) أئمة الفقه التسعة، المرجع السابق، من ص. 442 إلى ص. 445.

(64) الأحكام في أصول الأحكام، ج 1 من المجلد 1 ص. 9.

(65) نفس المصدر ونفس الصفحة.

أصلاً، لكن عن النبي عليه السلام، هذه صفة الدين الحق الذي كل ما عداه فباطل وليس من الدين ان لم يكن من عند الله تعالى فليس من دين الله أصلاً...» (66).

أما عن القياس، فقد عبر ابن حزم صراحة عن نفيه القياس والاجتهاد عامة في الآيات التالية حيث قال رحمه الله: (67)

أشهد الله والملائك أنسى لا أرى الرأي والمقاييس ديننا
حاش لله أن أقول سوى ما جاء في النص والهدى مستبيناً
كيف يخفى على البصائر هذا وهو كالشمس شهرة وبقينا (68)

وإذا رجعنا إلى كتاب ابن حزم في الأصول، نجد أنه ينطلق في الرد على القائلين بالقياس، من قول «لا إله إلا الله»، أي أن الله واحد ولا معبود سواه، بعث رسوله ﷺ إلى الجن والانس من أجل التوحيد الذي يبنى عليه الاسلام، وقبل نزول الشرائع كان كل شيء مباحاً، وبعدها أتى الله تعالى بالأوامر والنواهي «فما أمر به فهو واجب، وما نهى عنه فهو حرام، وما لم يأمر به ولا نهى عنه فهو مباح» مطلق حلال، «كما كان، هذا أمر معروف، ضرورة بفسطحة القول من كل أحد، ففي ماذا يحتاج إلى القياس أو إلى الرأي»، ثم يضيف قائلاً: «أليس من أقر بما ذكرنا، ثم أوجب ما لا نص بإيجابه، أو حرم ما لا نص بالنهي عنه: قد شرع في الدين ما لم يأذن به الله تعالى، وقال ما لا يحل القول به؟» (69).

أما فيماذا يحتاج إلى القياس، أفيما نص عليه القرآن أو السنة؟ أم فيما لم ينص عليه؟ أجاب ابن حزم قائلاً: «فإن قالوا فيما نص عليه، فارقوا الاجماع وقاربوا الخروج عن الاسلام، لأنه لم يقل بهذا أحد، وهو مع ذلك قول لا يمكن لأحد أن يقوله، لأنه لا قياس إلا على أصل يرد ذلك الفرع إليه، ولا أصل إلا نص أو إجماع، فصح على قوله، أن القياس إنما هو مردود إلى النص، وإن قالوا: فيما لم ينص عليه، قلنا لهم، وبالله تعالى التوفيق: قال الله تعالى «اليوم أكملت

(66) المصدر السابق، ص. 10.

(67) كما بين بدقة أصول مذهبه حيث أشار إلى نفيه القياس صراحة وبين سبب ذلك في قصيدته المشار إليها سابقاً، والمتكونة من ستين بيتاً لا يتسع المقام لتعدادها كاملة في عمالة كهذه.

(68) ذكر هذه الآيات السبكي في طبقات الشافعية: 285/9، انظر د. الطاهر أحمد مكّي في المرجع السابق، ص. 395 — 396.

(69) الأحكام، المصدر السابق: 2/8.

لكم دينكم...»، وقال تعالى : «ما فرطنا في الكتاب من شيء»، وقال تعالى : «لتبين للناس ما نزل إليهم» وقال صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع : «اللهم هل بلغت ؟ قالوا : نعم، قال : اللهم اشهد»⁽⁷⁰⁾.

ويرد الفقيه المالكي القاضي النظار أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت474هـ) على ابن حزم انطلاقاً من قوله تعالى : «فاعتبروا يا أولي الأبصار» (الحشر الآية 2)، قائلاً : «والاعتبار عند أهل اللغة هو تمثيل الشيء بغيره، واجراء حكمه عليه، ومساواته له، وقد روى عن ثعلب (ت291هـ) أنه فسر قوله تعالى : «فاعتبروا يا أولي الأبصار» بأن المراد به القياس، وأن الاعتبار هو القياس، وهو ممن يعول على قوله في اللغة والنقل عن العرب... فكأنه قال في هذه الآية : «اعلموا أنكم اذا صرتم إلى الخلاف والشقاق ساوت حالكم حال بني النضير، واستحققتم من العذاب مثل الذي استحقوه»⁽⁷¹⁾.

وعن تحريم القياس من قبل ابن حزم، يجيبه الباجي قائلاً : «فأنتم : (أي الظاهرية) قد حكمتم في القياس بغير ما أنزل الله، وإلا فاذكروا لنا فيه ما أنزل الله من النص بتحريمه»⁽⁷²⁾.

ولا شك أن ابن حزم قد بالغ كثيراً في دفاعه عن المذهب الظاهري الذي تبناه ونفيه القياس إلى تكفير القائلين به، وإلا فكيف القول بكمال الشريعة الاسلامية دون الجواب عن أي سؤال تعلق بكل كبيرة أو صغيرة في كل زمان ومكان، دون اللجوء إلى الاجتهاد عامة وإلى القياس خاصة (عند توفر شروط الأخذ به كما حددها الأصوليون) مع أن النصوص في (القرآن والسنة) محدودة، بعضها ظني الدلالة، أما الوقائع والأحداث فهي لا متناهية، ويستحيل القول بحليتها كلها دون استثناء، لا لشيء إلا لانعدام النص الصريح على تحريمها، وإلا فما حكم أطفال الأنابيب، والتلقيح الاصطناعي، وكراء الرحم، والتأمين، وقوانين الملاحة البحرية، وغير ذلك من الأحداث المستجدة في العصر الراهن خاصة ؟

ونكتفي بهذا القدر اليسير جدا لنتقل إلى أقوال العلماء في ابن حزم.

(70) المصدر السابق : 3/8 - 4.

(71) د. عبد المجيد تركي في كتابه : مناظرات في أصول الشريعة الاسلامية بين ابن حزم والباجي، ص. 342.

(72) المرجع السابق، ص. 356.

رابعا : أقوال العلماء في ابن حزم :

ومن خلال أقوال العلماء في ابن حزم ربما تتضح شخصيته أكثر :
وهكذا قال عنه د. الطاهر أحمد مكّي ما يلي : «... ومع ذلك كان ابن حزم فقيها وعالما
في آن واحد»⁽⁷³⁾.

وقال عنه الدكتور محمد بن عبود ما يلي : «ومن الطريف أن نشير إلى أنه كان محترما من
طرف أبرز الشخصيات الثقافية والفكرية في عصره، وذلك بالرغم من خلافاته وكثرة جلاله :
فعلى سبيل المثال، انتقده المؤرخ الكبير ابن حيان بشدة... إلا أنه لم يتردد عن وصفه بالعالم
الفريد، لاجئا في ذلك إلى أسمى العبارات، بينما لم يتردد ابن حزم هو الآخر في مدح أبي الوليد
الباجي، حتى بعد لقائهما ونقاشهما في ميورقة، ورغم ادانته لأفكار ابن حزم واقتراح منع نشاطه
على بعض ملوك الطوائف، بحيث وصف ابن حزم أبا الوليد الباجي، بكونه أعظم فقيه مالكي...
وبعبارة أخرى، لقد اعترف غيره بعلمه كما اعترف هو بعلم غيره، وذلك رغم اختلافه مع عدد من
معاصريه في الرأي، وهذا أمر معقول، اعتبارا للطابع الموسوعي الذي تتميز به أعماله، واعتبارا
للمساهمة الفريدة التي تميزه في جميع المجالات التي عالجها، فعلى سبيل المثال : قام بتأليف أول
كتاب في مقارنة (الأديان المقارنة في التاريخ العالمي)، كما أن تطورات الأحداث أثبتت صحة
وصواب معتقداته السياسية القوية»⁽⁷⁴⁾.

أما المستشرق بالنيثيا فيقول عن ابن حزم : «وربما كان أهم شعراء الأندلس الذين عاشوا
في فترة انهيار الخلافة : ابن حزم القرطبي، المكثّر في كل ناحية من نواحي الفكر والآداب»⁽⁷⁵⁾
إلى أن يقول : «كان ابن حزم من أكثر خلق الله كتابة وتأليفا، ويبدو أنه درس وألف في كل
صنف من أصناف العلوم، عدا الرياضة، ومن أسف أن معظم مؤلفاته قد ضاع»⁽⁷⁶⁾.

وهذه كلمات لنخبة من أعلام التاريخ، وأئمة العلم والآداب، في التعريف بابن حزم
والشهادة له والاشهادة بذكره.

(73) مرجعه السابق، ص. 368.

(74) جوانب من الواقع الأندلسي في القرن الخامس الهجري للدكتور محمد بن عبود، ص. 73.

(75) مرجعه السابق، ص. 74.

(76) نفس المرجع، ص. 217.

قال ابن حيان (هو أبو مروان حيان بن خلف بن حسين بن حيان) (377 - 469هـ) أعظم مؤرخي عصره، الذي كان من كتاب المنصور بن أبي عامر : ما يأتي : «كان أبو محمد حامل فنون، من حديث وفقه وجدل ونسب، وما يتعلق بأذيال الأدب، مع المشاركة في كثير من أنواع التعاليم القديمة، من المنطق والفلسفة، وله في بعض تلك الفنون كتب كثيرة، وكان يحمل علمه هذا ويجادل عنه من خالفه فيه، ولا يدع المثابرة عليه، والمواظبة على التأليف والاكثار من التصنيف، حتى كمل مصنفاته في فنون من العلم وقر بعير، ان تحرك بالسؤال تفجر منه بحر علم... ولأبي محمد مع يهود لعنهم الله، ومع غيرهم من أولي المذاهب المرفوضة من أهل الاسلام مجالس محفوظة، وأخبار «مكتوبة»⁽⁷⁷⁾.

وقال عنه القاضي أبو القاسم صاعد بن أحمد بن عبد الرحمن بن محمد بن صاعد الطليطلي (420 - 462هـ) - وهو تلميذ لابن حزم - ما يأتي في كتابه : أخبار الحكماء وطبقات الأمم⁽⁷⁸⁾.

«وكان أبو محمد أجمع أهل الأندلس قاطبة لعلوم الاسلام، وأوسعهم معرفة، مع توسعه في علم اللسان، ووفور حظه من البلاغة والشعر والخطابة، والمعرفة بالسير والأخبار، وأخبرني ابنه أبو رافع الفضل، أنه اجتمع عنده بخط أبيه من تأليفه نحوًا من أربعمائة مجلد، تشتمل على قريب من ثمانين ألف ورقة : في الفقه والحديث، والأصول، والنحل والملل، وغير ذلك من التاريخ والنسب، وكتب الأدب، والرد على المعارض».

وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني، الامام المصري (773 - 852هـ) : «ابن حزم، الفقيه الحافظ، الظاهري، صاحب التصانيف، اشتغل في صباه بالأدب والمنطق والعربية، ثم أقبل على العلم، وكان واسع الحفظ جدا... وقد اعترف لابن حزم بالاجتهاد المطلق في الفقه وعلوم الاسلام طائفة من العلماء، فيهم معاصروه وتلاميذه كالحافظ الحميدي (420 - 488هـ) المحدث المؤرخ، ومن جاء بعده كابن خلكان (608 - 681هـ) والحافظ الذهبي (673 - 648هـ)⁽⁷⁹⁾.

ونكتفي بهذا القدر اليسير، لنختم الموضوع ببعض مواضع ابن حزم وحكم تتم عن تجاربه في الحياة، أفاده إياها واهب التمييز تعالى، بمرور الأيام وتعاقب الأحوال.

(77) تاريخ الفكر الأندلسي، المرجع السابق، من ص 208 الى ص 211.

(78) المرجع السابق، من ص. 230 الى ص. 240.

(79) معجم فقه ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ص. 13، ولسان الميزان لابن حجر العسقلاني، ص. 199.

الخاتمة

قال رحمه الله : «لذة العاقل بتمييزه، ولذة العالم بعلمه، ولذة الحكيم بحكمته، ولذة المجتهد لله عز وجل باجتهاده...»⁽⁸⁰⁾.

وقال أيضا : «إذا تعقبت الأمور كلها فسدت عليك، وانتهيت في آخر فكرتك باضمحلال جميع أحوال الدنيا، إلا أن الحقيقة إنما هي العمل للآخرة فقط، لأن كل أمل ظفرت به فعقباه حزن : إما بذهابه عنك، وإما بذهابك عنه، ولابد من أحد هذين الشيعين، إلا العمل لله عز وجل، فعقباه على كل حال سرور في عاجل وآجل : أما العاجل فقلة الهام بما يهم به الناس، وإنك به معظم من الصديق والعدو ، وأما في الآجل فالجنة»⁽⁸¹⁾.

وقال رحمه الله عن حق : «من قدر له أنه يسلم من طعن الناس وعيبيهم فهو مجنون»⁽⁸²⁾.
«لا ترغب فيمن يزهد فيك، فتحصل على الخيبة والخزي»⁽⁸³⁾.

«من امتحن بقرب من يكره، كمن امتحن ببعد من يجب، ولا فرق»⁽⁸⁴⁾.

«أصول الفضائل كلها أربعة، عنها تتركب كل فضيلة، هي : العدل، والفهم، والنجدة، والجود. وأصول الرذائل كلها أربعة، عنها تتركب كل رذيلة، وهي : أضداد الذي ذكرنا، وهي : الجور، والجهل، والجبن، والشح»⁽⁸⁵⁾.

(80) رسالة الأخلاق والسير في مداواة النفوس لابن حزم الظاهري، ص 13.

(81) المصدر السابق، الصفحة 17.

(82) نفس المصدر، ونفس الصفحة.

(83) المصدر السابق، ص. 39.

(84) نفس المصدر، ص. 53.

(85) أيضا نفس المصدر، ص 59.

وقال :

إذا مزجت الحق بالباطل
وفيها فرق صحيح له
كالتبر إن تمزج به فضة
وإن تصادف صائغا ماهرا

وقال رحمه الله :

لا تنه عن خلق وتأتي مثله
وإبدأ بنفسك فأنهها عن غيرها
فهناك يقبل إن وعظت ويقتدى

وخير خاتمة للموضوع قوله رحمه الله :

وماذا عن الشمس المنيرة بالضحي
إذا قصرت عنها ضعاف البصائر⁽⁸⁸⁾

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته، والله ولي التوفيق

وحرر بالرباط في : 25 ذي الحجة 1411 هـ

7 يوليو 1991 م

(86) طوق الحمامة، المصدر السابق، ص. 64.

(87) الأخلاق والسير، المصدر السابق، ص. 78.

(88) طوق الحمامة، المصدر السابق، ص. 76.

قائمة المصادر والمراجع مرتبة بحسب أهمية الرجوع إليها

- 1 — ابن حزم للشيخ أبي زهرة، دار الفكر العربي : ط 1977م.
- 2 — دراسات عن ابن حزم وكتابة طوق الحمامة : د الطاهر أحمد مكّي، دار المعارف القاهرة، ط 3 : ذو الحجة 1401هـ/أكتوبر 1981م.
- 3 — طوق الحمامة في الألفة والألاف لابن حزم الظاهري : تحقيق ذ. حسن كامل الصيرفي، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- 4 — تاريخ الفكر الأندلسي لأنجيل جنثالث بالثيا، نقله عن الإسبانية حسين مؤنس، ط 1 القاهرة 1955.
- 5 — الأخلاق والسير في مداواة النفوس، لابن حزم الظاهري، ط 2 دار الكتب العلمية، بيروت : 1405هـ/1985م.
- 6 — أئمة الفقه التسعة لعبد الرحمن الشرفاوي، ط 2 : 1406هـ/1985م، العصر الحديث للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 7 — ابن حزم والفكر الفلسفي بالمغرب والأندلس : أطروحة لنيل دكتوراة الدولة في الفلسفة للدكتور سالم يفوت، ط 1986/1، المركز الثقافي العربي بالدار البيضاء، المملكة المغربية.
- 8 — الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري : طبع مكتبة الخانجي ط 1، مطبعة السعادة بمصر، بدون تاريخ.
- 9 — كتاب الصلة لابن بشكوال، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مطابع سجل العرب، القاهرة 1966م.
- 10 — جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، لأبي عبد الله محمد بن نصر الأزدّي الحميدي، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط 1966م.
- 11 — المذاهب الفقهية في الأندلس : محاضرة ألقاها د. عمر الجيادي بدار الحديث الحسنية بتاريخ 15 شعبان 1410 هـ/ 13 مارس 1990م، مطبوعة على مستنسخ، غير منشورة.
- 12 — نفع الطيب في غصن الأندلس الرطيب للمقري، الأجزاء 1 — 2 — 3 — 4 — 6، تحقيق د. احسان عباس، ط 1388هـ/1968م، دار صادر بيروت، لبنان.
- 13 — ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي : الجزءان الأول والثالث.
- 14 — كتاب الاشارة الى معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، يليه قصيدة في أصول فقه الظاهرية لابن حزم الظاهري، أعدها مصطفى الوظيفي ومصطفى ناجي : مركز احياء التراث المغربي بالرباط، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، المملكة المغربية 1988م.

- 15 — لسان الميزان للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت لبنان، بدون تاريخ.
- 16 — معجم فقه ابن حزم الظاهري، دار الفكر، بدون تاريخ.
- 17 — المغرب في حلى المغرب لابن سعيد، تحقيق وتعليق د. شوقي ضيف، دار المعارف القاهرة 1978م.
- 18 — جوانب من الواقع الأندلسي في القرن الخامس الهجري، د. محمد بن عبود، مطبعة النور بتطوان بالمملكة المغربية : 1408هـ/1987م.
- 19 — معجم الأدباء لياقوت الحموي : ج 12، القاهرة : 1937م.
- 20 — مجلة دار الحديث الحسنية، العدد الثاني : 1401هـ/1981م، مطبعة فضالة، المحمدية، المملكة المغربية.
- 21 — محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي : د. عمر الجدي منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، ص 1987م.
- 22 — مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباجي : د. عبد المجيد تركي، ترجمة وتحقيق د. عبد الصبور شاهين، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 1 / 1406هـ/1986م.
- 23 — تاريخ المذاهب الإسلامية للشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.
- 24 — وفيات الأعيان لابن خلكان ج 2، نشر د. احسان عباس، بدون تاريخ.
- 25 — البداية والنهاية للحافظ ابن كثير الدمشقي : ج 12.
- 26 — طبقات الشافعية للسبكي : ج 9.
- 27 — جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر : ج 2/ط المدينة المنورة.
- 28 — حجة الله البالغة للامام ولي الله الدهلوي، الطبعة الخيرية، بدون تاريخ.
- 29 — اختلاف الفقهاء للطبري.