

# مجلة الملاحق القضائي

- الأصل الحرفي في القانون والفقہ والقضاء
- ضمان حرمة الحياة الخاصة في المواثيق الدولية
- مقارنات بين المصطلحات القانونية العربية والأجنبية
- تسوية النزاعات التجارية الدولية الواقع والآفاق
- المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات
- إشهار العقود السينمائية
- قاعدة ضرورة تنصيب محام أمام المجلس الأعلى
- المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية
- مسطرة تجديد العقد بين اللزوم والاستغناء
- أهلية الوكيل
- الجريمة وعلم الجريمة

007564 - Ar → p. 11

007564 - Ar

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007564- تاريخ 15/10/09  
مدينة Ar

# الأصل الحرفي في القانون والفقه والقضاء

الدكتور : أحمد شكري السباعي

أستاذ كرسي القانوني بكلية العلوم

القانونية والاقتصاد والاجتماعية الرباط

يجب، رفعا لكل التباس أو خلط، أن نحدد المقصود بالأصل الحرفي، ونعني به حرفة الصناعة اليدوية أو التقليدية - وهناك من يطلق عليها الصناعة الفنية التراثية-، وبمعنى آخر أن هناك نوعين من الصناعة : صناعة آلية أو عصرية تعد عملا تجاريا، والقائمون بها تجارا، ممارسين لحرفة تجارية (طبقا للفصل 1، والفقرة الأولى والثانية من الفصل الثاني من قانون التجارة المغربي الصادر بتاريخ 12 غشت 1913)، وصناعة فنية تراثية أو تقليدية تخضع لقوانين خاصة وللقانون المدني (قانون الالتزامات والعقود المغربي)، ويسمى القائمون بها بالحرفيين أو الصناع اليدويين (les professions artisanales)، وهم غير تجار، وحرفتهم اليدوية أو التقليدية غير تجارية في الأصل، مالم تتجاوز هي الأخرى الحدود الوظيفية المرسومة لها.

ويعد من الحرفيين أو الصناع اليدويين التقليديين : الاسكافي، والحلاق، والخياط، والحياك، وصانع الزرابي أو البسط أو الفرش، والنجار، والصباغ، والحداد، والمرصص، والميكانيكي، والكهربائي، والبناء، والمجلد أو المسفر، والدباغ، والرسام، والنحات، وغيرهم كثير.

ترتبط هذه الحرف اليدوية الصغيرة بالتراث الحضاري الأصيل لأمة

وشعب، وتقوم أساسا على الابداع اليدوي الفني والفكري أكثر من اعتمادها على الآلة، حتى وان استعملت بعض الأدوات، وأهمها اشراقا في المغرب صناعة البسط - الزرابي - والبلغة، والطربوش، والبرنس، والجلباب، والتطريز وصناعة الأواني الخزفية والفضية والنحاسية والذهبية، والجبص، والنقش، والخشب، وغيرها.

وقد زاول الانسان القديم، في المغرب وغيره من دول العالم، هذه الحرف منذ العهود البدائية الأولى، واخضعها لقوانين متميزة وللعادات والأعراف، وحافظ الخلف على روح وابداع السلف، وعلى هذا الارث الجميل والمفيد.

وقد أخذت دول كثيرة تهتم بهذا النوع من الصناعات والحرف اليدوية التقليدية أو الفنية وتشجعها، لدورها الحضاري، ولمالها من آثار ايجابية على الاقتصاد الوطني، والميزان التجاري، والعملية الأجنبية خاصة، والسياحة عامة، هذا الاهتمام الذي جعل القطاع يعرف في الوقت الحاضر نهضة حقيقية دفعت الفقه الفرنسي إلى أن يصف الفئات التي تتعاطاها بالطبقة الوسطى التي تقع بين العمال والبورجوازية<sup>(1)</sup>.

ولا يختلف تعريف الأصل الحرفي عن تعريف الأصل التجاري - مع الفارق - ؛ فالأصل الحرفي هو الآخر : مال معنوي منقول، يتجسد في حق الاتصال بالزبناء، سواء منهم القارين أو العارضين الواردين، على المحل للسمعة.

ويتألف الأصل الحرفي، كالأصل التجاري، من عناصر مادية، كالأدوات، والبضائع أو المنتوجات، والمهمات والأثاث وغيرها، ومن عناصر معنوية، كالزبناء القارين أو العارضين أو السمعة، والعنوان، والاسم، والشعار، ويضاف إليها، في فرنسا، وفي سائر الأحوال، الحق في الكراء.

إن أوجه الشبه هاته بين الأصل الحرفي والأصل التجاري هي التي دفعت الحرفيين أو الصناع اليدويين، في فرنسا، إلى القيام بحملة كبيرة، قصد الحصول

(1) روللو، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، طبعة 1980، ص 122.

على الضمان والامتيازات التي يحظى بها أصحاب الأصول التجارية، بمعنى الاعتراف لهم بالقيمة الاقتصادية التي هي للأصل التجاري، والاستفادة من القوانين التي تنظم هذا الأخير، قصد الحصول على الائتمان الضروري لاستمرار وتقدم أنشطتهم، أي الاعتراف لهم ببيع الأصل الحرفي، ورهنه، وحماية ملكيته؛ إلا أنهم لم ينالوا لحد الساعة سوى الحق في الكراء أو تجديد عقد الكراء بعد انتهائه، طبقا للمقتضيات المطبقة على الأصل التجاري.

وعلى الرغم من أوجه الشبه أعلاه، فإن هناك فروقا كثيرة أيضا، تجعل من الأصل الحرفي والأصل التجاري مؤسستين مختلفتين في طبيعة نشاطهما، وفي النظام القانوني الحالي الذي يحكم كل واحدة منهما، وتتركز أهم الفروق الجوهرية أو الجذرية في أن النشاط الذي يمارسه الأصل الحرفي نشاط مدني، وأن النشاط الذي يمارسه الأصل التجاري نشاط تجاري، وأن القائم بالنشاط الحرفي غير تاجر، أما القائم بالأصل التجاري فهو تاجر، ومن هنا اختلفت القوانين المطبقة على كل منهما.

ولقد عمل الفقه على تعريف الحرفي أو الصانع الآلي أو العصري - الذي ماهو إلا تاجر - اللذين عرفهما المشرع المغربي، في الفصل الأول من قانون التجارة المؤرخ ب 12 غشت 1913 - الفصول 7 و8 و9 من مشروع قانون التجارة المعد سنة 1988 - الذي جاء فيه : « كل من زاول الأعمال التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر». ومن هؤلاء الذين عرفوا الحرفي، أو الصانع اليدوي التقليدي، كل من ديبوا وهلال القائلين : « الحرفي عامل مستقل، يمارس حرفة يدوية - حتى وإن استعمل شخصيا المكننة -، ويبيع منتوجه دون مضاربة على أعمال الغير، ولاعلى ثمن المواد الأولية الضرورية لممارسة حرفته». وجو كزاروا بوليتو « الحرفي عامل مستقل، يمارس حرفة يدوية في مقابلة متواضعة».

ولقد استخرجت هذه التعاريف وما يماثلها من القانون الفرنسي القديم المنشئ للغرف الحرفية المؤرخ ب 26 يوليوز 1925 المتتم بقانون 27 مارس 1934،



وما ادخل عليهما من تعديلات وتنظيمات جديدة، وقد عرف هذا القانون الحرفي تعريفا واسعا هو التالي : « يعد حرفيين : العمال المتمتعون بذاتية مستقلة، ذكورا كانوا أم إناثا، الذين يمارسون بصورة شخصية ولحسابهم، دون أن يكونوا تابعين لإدارة رب عمل أو مقاول، حرفة يدوية، سواء كانت في البيت أو خارجه، ويستخدمون قوة محرّكة أم لا، يملكون شعارا وحانوتا - دكانا - أم لا، ويعمدون بصفة رئيسية إلى بيع منتوج شغلهم الخاص، الذي يتقنونه بعد تدريب مهني وممارسة طويلة، سواء زاولوا أعمالهم وحدهم أو بالاستعانة بالزوجة أو أفراد العائلة، أو بشركاء أو متعلمين لايزيد عددهم عن خمسة، وأن يتولى الحرفي وحده إدارة أعماله». (2).

ولقد أقدمنا على إدراج هذا التعريف لا للتزيين، وإنما لأنه المصدر التاريخي للقانون المغربي، المتضمن لتعريف الحرفي ومعايير تمييزه عن التاجر، من جهة، وعن الصانع العصري أو الآلي، من جهة ثانية.

ولقد قام التشريع المغربي، فعلا، بتعريف الحرفي أو الصانع اليدوي التقليدي، وتحديد طبيعة الأصل الحرفي في عديد من القوانين ذات الأغراض والأهداف المختلفة، منها ما يرمي إلى تحديد الانتماء إلى غرفة الصناعة التقليدية - الناخب والمنتخب - ومنها ما يهدف إلى إعفاء هذه الفئة من المجتمع من الضرائب وتخفيف العبء عنها، تشجيعا للأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي يحققها الأصل الحرفي، أو للاستفادة من نظم الاستثمارات، أو تخفيف السومة الكرائية بالنسبة لمن يكتري منهم عقارا أو محلا من محلات الأوقاف أو الأحياس.

وتفرض طبيعة الدراسة القيام بجرد هذه القوانين كلها، وإن كان أهمها الذي يجب أن يعتمد، إداريا وقضائيا، هو ظهير 5 صفر 1333 الموافق 23 يونيو 1963 المنظم لغرف الصناعة التقليدية.

(2) جاء هذا التعريف في رسالة صغيرة لنيل الدكتوراه، قدمها جان تلفر، سنة 1943، ص 70 و71.

## أ - ظهير 28 يونيو 1963 المنظم لغرف الصناعة التقليدية

لقد وضع المشرع، من خلال هذا الظهير، عدة معايير موضوعية، يمكن اعتبارها قضائية وإدارية في ذات الوقت - لعدم وجود غيرها - : قضائية تعتمد لتمييز الاصل الحرفي عن الأصل التجاري، ولتمييز الحرفي أو الصانع اليدوي التقليدي عن التاجر والصانع العصري، وإدارية، تعتمد في تنظيم غرف الصناعة اليدوية التقليدية، خاصة أن ظهير 1963 عرف بدقة الحرفي أو الصانع اليدوي التقليدي، المنتخب والمنتخب، وفرق بين الحرفي أو الصانع التقليدي أو الفني وبين صانعي الخدمة التقليديين (Artisans de service).

ولقد عرفت الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل الثاني من ظهير 28 يونيو 1963 الحرفي أو الصانع اليدوي التقليدي بقولها : « الصانع التقليدي شخص يقوم بعمل يدوي يتقنه بعد تعلم أو بعدد ممارسة طويلة، وهو يقوم به لفائدته الخاصة، وبمساعدة أفراد عائلته، أو شركائه، أو متعلمين، أو ماجورين، يكون عددهم لا يتعدى العشرة، وباستخدام طاقة محركه ان اقتضى الحال ذلك، لاتفوق عشرة خيول، ويتولى بنفسه عمليات الانتاج، وتصريف المنتوجات التي يحصلها، ويزاول حرفته اما في مقالة أو في البيت».

ويمكن ان نستخرج من هذه الفقرة العناصر التي بمقتضاها تعتبر الحرفة من حرف الصناعة التقليدية أو الفنية، وليست من الصناعة العصرية أو الالية، أي ليست من الحرف التجارية، وان القائم بها حرفي أو صانع تقليدي أو فني وليس بتاجر، وهي أربعة أساسية :

- 1- طبيعة النشاط : ان يقوم الحرفي أو الصانع التقليدي بعمل يدوي لفائدته الخاصة، يتقنه بعد تعلم أو تدريب، أي بعد ممارسة طويلة.
- 2- التحويل اليدوي : ان يتم تحويل المواد الأولية أو السلع بعمل يدوي يستلزم مهارة مهنية واستخدام يد عاملة متواضعة.

ويميز هذا العمل اليدوي الأصل الحرفي عن المهن الحرة التي يغلب عليها الطابع الفكري أو العلمي، كالطب والمحامات والهندسة والتمريض وغيرها.

3- حجم المعاملات والطاقة المستعملة : ان يزاول الحرفي صناعته التقليدية أو الفنية بنفسه، ولكن يمكن له ان يستعين بأفراد عائلته، أو شركاء له، أو متعلمين، أو ماجورين لا يتعدى عددهم العشرة وأن يستخدم طاقة محرّكة، ان اقتضى الحال ذلك، على شرط الاتفوق عشرة خيول.

4- الاستقلال وعدم التبعية : يلزم أن يقوم الحرفي أو الصانع لفائده الخاصة، ويتولى بنفسه ومستقلا عن غيره - غير تابع لغيره - بعمليات الانتاج، وتصريف المنتوجات التي يحصلها، سواء كان يزاول حرفته وعمله في مقالة أو في البيت.

ويسوغ للحرفي أو الصانع التقليدي - الذي تتوفر فيه الشروط أعلاه - أن يبيع بالتبعية منتوجات ليست من صنعه، بشرط ألا تكون عمليات البيع هذه نشاطا أساسيا، وبمعنى آخر أن تكون عمليات البيع ثانوية، تابعة لنشاطه الحرفي الأساسي.

أما الحرفي، أو الصانع التقليدي الفني للخدمة، فهو الذي يحصل، فضلا عن الشروط أعلاه، على أجرة مقابل ما يبذل من خدمات. وقد أطلق التصميم الخماسي 1973-1977 على عمل مثل هؤلاء «الصناعة التقليدية للخدمات»، التي تضم الصناع الذين يقومون بأعمال التوميم والاصلاح.

ولم ينتبه بعض القضاء المغربي إلى هذه المعايير، واستعمل معايير عامة يمكن أن تستخدم هي الأخرى للتمييز بين الحرفي أو الصانع التقليدي وبين التاجر، لاعتمادها على نظرية المضاربة، وكان ذلك بمناسبة تحديد طبيعة النجارة. وبعبارة ثانية تحديد ما إذا كانت النجارة، موضوع النزاع، داخلية في نطاق الصناعة التقليدية، أم تحولت إلى مضاربة تجارية، في حكم صدر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، بتاريخ 5 أبريل 1972، وهو غير مشور، يحمل عدد 53 377 ملف عدد 2142 جاء فيه :

« يتبين من وقائع النزاع، ومن شهادة السجل التجاري، والأوراق المتعلقة بمتجر المتعرض، وطبيعة المعاملات التجارية بين الطرفين، وجود عناصر كافية لأن تقوم قرائن قوية تثبت صفة الاتجار بالنسبة للمتعرض، وهي قرائن لم يترجع لدى المحكمة ما يعاكسها.

### ب - في ظل مشروع قانون تشجيع الاستثمارات في ميدان الصناعة الفنية أو التقليدية (3)

لقد وضع هذا المشرع، ذو الطابع الاقتصادي والاستثماري، ضوابط جديدة لمفهوم حرفة الصناعة التقليدية والصانع التقليدية، ليتسنى لهذا الأخير الاستفادة من منافع ومزايا التدابير التشجيعية في مجال الصناعة التقليدية، وهذه الضوابط عامة، وغير دقيقة، وهي كالتالي :

- 1- استعمال الطاقة البشرية بهدف تحويل المواد الأولية، بغية صنع منتج تام الصنع أو نصف مصنع، سواء باللجوء إلى قوچ محرك أو بدونها.
- 2- أن يصنف مرسوم المنتج أو يجعله ضمن الصناعة التقليدية.
- 3- عدم جواز تجاوز مبلغ الاستثمار عن المعدات والأدوات عن كل منصب شغل قار محدث عشرة آلاف درهم.

### ج - في النظام الضرائبي

اهتم النظام الضرائبي الخاص بالقيمة المضافة أيضا، والمتعلق بصغار الصناع أو صغار مقدمي الخدمة، الذين يساوي رقم معاملاتهم السنوي مائة وعشرين ألف درهم أو يقل عن ذلك ؛ وعمد بمقتضى المادة 7 من القانون رقم 3085 الصادر عن مجلس النواب في 28 نونبر 1985 إلى إعفاء البيوع والخدمات التي ينجزها هؤلاء من الضريبة على القيمة المضافة، والمهم، بالنسبة إلى موضوعنا، التعريف الذي وضعه هذا القانون «للصانع الصغير» أو «مقدم الخدمات الصغير» ؛ إذ يراد بهما في ظله :

(3) وقد صدر قانون المنافع والمزايا التشجيعية، بتاريخ 13 غشت 1973.



« كل شخص تنحصر مهنته في مزاوله صناعة يدوية، بصورة أساسية، يقوم بصنع أشياء من مواد أولية، ويستدر كسبه من عمله اليدوي - الذي يجب أن يظل راجحا بالنسبة إلى عمل المكنتات المحتمل استخدامها، وكذلك الصناع الذين يعالجون لحساب الغير ما يسلمه لهم من مواد اوليه».

ولم يفت القانون رقم 33.3 المتعلق بوضع اطار الاصلاح الضرائبي، الذي وافق عليه مجلس النواب، بتاريخ 20 ديسمبر 1932<sup>(5)</sup>، أن يمنح عطفه وتشجيعه لهذه الفئة الهامة من المواطنين حتى وان لم يضع تعريفا للحر في أو لحرف الصناعة التقليدية، في الفصل 11 منه، الذي جاء فيه :

سيراعى في فرض الضريبة على الحرفيين والمقاولات الحرفية، ماتقتضيه روح العدالة، ومتطلبات الواقع الاجتماعي والاقتصادي لهذه الفئة، خصوصا بمراجعة المعاملات المستخدمة لتحديد الأرباح المفروضة عليها الضريبة، مع مراعاة رأي ممثلى الحرفيين في ذلك.

#### د- في نظام اكرية الأحباس

ان ظهير 4 يوليوز 1916، وان لم يعرف حرفة الصناعة التقليدية أو الحرفي، فإنه قدم امثلة هامة لهذه الحرف التقليدية التراثية وللحرفيين، ونهج مسيرة العطف والتشجيع نحو هذه الفئة المحافظة على تراثنا واصالتنا، ذات الدخل المحدود، الذي وصف في ذلك الوقت بدخل الفقير.

ووصفت ديباحتة الحرفيين بالفقراء، وان كان وضعهم قد تحسن اليوم كثيرا، نظرا للازدهار النسبي للسياحة، واقبال المواطنين على هذا المنتج الوطني.

ولقد جاء في ديباجة هذا الظهير مايلي :

« بما ان دكاكين الأحباس، المخصصة لبعض طوائف واهل الحرف المهمة،

---

(5) ظهير الامر بالتنفيذ رقم 38-83-1 الصادر في 23 ابريل 1984، الجريدة الرسمية، عدد 3731 بتاريخ 2 ماي 1984.

كالحدادين، والصباغين، والاسكافيين، والبيطريين الذين يركبون الحدوة أو الصفحة للخليل<sup>(6)</sup>، المسوكة من طرف حرفيين فقراء، والتي أصبح عددها محدودا بالنسبة للدكاكين الواقعة بالحلي الذي يجري فيه العرف، وبما انها لم تعد مطلوبة، فلا يمكن بالتالي عرضها للكراء عن طريق المزاد العلني.

وبما أنه ينبغي، تبعا لذلك، الترخيص بكراء دكاكين الاحباس الى الحرفيين الذين يعتمرونا كراء رضائيا، ولحين تحسن وضعيتهم أو تخليهم عن الانتساب إلى هذه الطائفة».

وجاء بعد هذه الديباجة الفصل الفريد أو الوحيد التالي :

« يرخص وزير الأحباس، مؤقتا، وخروجا على مبدأ الكراء عن طريق الزيادة المنصوص عليها في ظهيرنا المؤرخ في 21 يوليوز 1913 المتعلق بكراء دكاكين الأحباس إلى الحرفيين الذين يعتمرونها كراء رضائيا، بواسطة اجرة تحدد من طرف لجنة الاحصاء، ولمدة سنة قابلة للتحديد».

ونلمس من هذه التشريعات الجهود التي بذلها المشرع المغربي لتعريف الحرفي وتحديد طبيعة حرفة الصناعة التقليدية أو الفنية، ومدى العطف والتقدير الذي تحظى به هذه الفئة من المواطنين من قبل المشرع وبالتالي المجتمع بأكمله، وللدور الذي أصبح يؤديه الحرفيون في الاقتصاد القومي أو الوطني، كلها ضوابط ومعايير يستعين بها القاضي والباحث والمحامي لتأصيل وتحديد الأصل الحرفي.

ويعتبر نشاط الأصل الحرفي نشاطا مدنيا، ولايشكل، بناء على ذلك، أصلا تجاريا،<sup>(7)</sup> الامر الذي يدعو إلى التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على الاصل الحرفي، وعلى العقارات المعدة لاستثمار الاصول الحرفية ؟

سبق ان قلنا، أن لا التشريع الفرنسي ولا المغربي يعترف بأية قيمة

(6) ويقصد بهؤلاء البيطريون أو الحدادون المختصون بتركيب الحدوة أو الصفحة للخليل لا البيطريون الأطباء الذين يدخلون في صنف أصحاب المهن الحرة.

(7) نقض تجار فرنسي 29 أكتوبر 1963، دالوز، مدونة التجارة، 1987 - 1988، ص 882.

اقتصادية أو تجارية للأصل الحرفي قابلة للتفويت والائتمان تباع وترهن بالطرق التجارية.

ويترتب على هذا المبدأ، أو رفض الاعتراف هذا، نتيجتان هامتان هما :

1) لا يطبق على الأصل الحرفي ظهير 31 دجنبر 1914 المنظم لبيع ورهن الأصل التجاري، وإنما يخضع بيعه ورهنه للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، الصادر بتاريخ 12 غشت 1913، المنظمة لبيع ورهن المنقولات (الفصول من 475 إلى 618 و1170 إلى 1240) وكذلك للقواعد المنظمة لاجارة الصنعة (الفصول من 723 إلى 745 مكرر ثلاث مرات، والفصول من 758 إلى 780 ق.ل.ع).

وخلاصة القول، ان من حق الحرفيين ان يفوتوا الأصل الحرفي، إلا أن هذا التفويت، باجماع الفقه والقضاء الفرنسيين، لا يكتسي طابع تفويت الأصل التجاري<sup>(8)</sup>.

2) لا يستفيد اصحاب الاصول الحرفي من الحماية التي منحها المشرع لاصحاب الأصول التجارية.

وبمعنى آخر، لم يعترف المشرع المغربي، لحد الساعة، للحرفي بالحق في الكراء، طبقا لمقتضيات ظهير 24 ماي 1955، لان المشرع اشترط في هذا الظهير، لكي يستفيد الحرفي من الملكية التجارية او الحق في الكراء ان يكون مالكا لاصل تجاري، وذلك طبقا للفصل الاول الذي جاء فيه :

« تطبيق مقتضيات هذا الظهير على العقارات أو المحلات - الامكنة - التي يستغل فيها اصل تجاري، سواء كان مملوكا لتاجر أو لصانع أو لحرفي»<sup>(9)</sup>.

(8) ريبير وروبلو، الوسيط فقرة 533 ص 407.

(9) ويلاحظ ان الترجمة العربية جاءت معينة اذ لم تذكر كلمة « الاصل التجاري » وإنما ذكرت « اعمال تجارية » زيادة على أخطاء اخرى ما يبدو من نصها التالي « تطبيق مقتضيات هذا الظهير على عقود كراء الاملاك أو الأماكن التي تستغل فيها اعمال تجارية سواء كانت هاته الأعمال ترجع إلى تاجر أو الحارب صنعة أو حرفة ».

وقد طبق القضاء المغربي، الفصل السابق تطبيقا جيدا، ينسجم مع روح النص، - وان كنا لا نتفق مع جمود موقف المشرع، الذي لم يتطور على خلاف موقف زميله الفرنسي، على ما سوف نرى - ووقت وضعه.

وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط، في قرار بتاريخ 13 أبريل 1962، وهي تنظر امرا استعجاليا صدر عن ابتدائية الدار البيضاء، يوم 30 مارس 1961، ووفقا للفقرة الأولى من الفصل الأول من ظهير 24 ماي 1955، بما يلي: « ان التمييز بين الحرفي التاجر، الخاضع لظهير 24 ماي 1955 وبين الحرفي المهني، الخاضع لظهيري 25 ماي 1949 و5 ماي 1928، يكمن في وجود أو غياب أصل تجاري.

ان مسألة معرفة ما إذا كان كراء المحلات المستعملة كصالون للحلاقة، ذا طبيعة تجارية أو مهنية، يشكل صعوبة جدية لها مساس بجوهر الحق. لا يختص قاضي المستعجلات في البت في هذه المسألة » (10).

قضى المجلس الأعلى، حديثا نسبيا، بتاريخ 16 يناير 1985 - القرار رقم 136، في الملف المدني عدد 97254 بما يلي :

« يطبق ظهير 24 ماي في حق المكتري الذي يمارس الأعمال التجارية، بالمعنى المنصوص عليه في القانون التجاري.

الحلاق الذي ينتمي إلى طبقة الحرفيين الذين يباشرون بانفسهم اعمالهم اليدوية، ولا يستعينون إلا بعدد محدود من العمال ورأس المال ... فأعمال هؤلاء أعمال مدنية.

ولما اعتبرت المحكمة دكان الحلاق عملا تجاريا -دون ان تبين ما هي العناصر التي سيتعين بها ليرقى إلى درجة التاجر، تكون قد حرمت المجلس من مراقبة هذا التكييف وعرضت قرارها للنقض » (11).

(10) ورد هذا المبدأ في عديد من المراجع هي التالية : جوريس كلاسور، المجلة المغربية للقانون، بتاريخ 1 أبريل 1963، ص 71 نصوص واجتهادات، لزعيم وفركت، ص 219.

(11) مجلة القضاء والقانون العدد 137، مارس 1987 ص 121 إلى 123.



وتعقبا على حكم استنافية الرباط، الذي يشير إلى ظهير 24 ماي 1949 وظهير 5 ماي 1928، يكون من الواجب في الوقت الحاضر، احلال ظهير 25 ديسمبر 1980 المنظم للعلاقات الكرائية بين المكربن والمكربن للمحلات المعدة للسكنى والاستعمار المهني، محلها، لان هذا الاخير أقدم على الغائهما طبقا للفصل 26 الذي ذكر خطأ ظهير 28 ماي 1949، في حين ان الامر يتعلق بظهير 26 رجب 1363 موافق 28 ماي 1949، المنظم لحرية اثمان اكرية المحلات المعدة لاستعمال المهني.

ويمكن ان يتحول الأصل الحرفي الى أصل تجاري، وذلك في الحالتين التاليتين:

1) إذا تجاوز الحرفي أو الصانع اليدوي أو التقليدي الحدود المرسومة في القوانين المغربية المشار إليها سابقا، خاصة اذا تجاوز لتعريف الوارد في ظهير 28 يوينه 1963 المنظم لغرف الصناعة التقليدية السابق بيانه. ولا يمكن هنا، في رؤيتنا الرجوع إلى المبادئ العامة التي كان يتبناها القضاء المغربي قبل وجود هذا الظهير، او التي يعتمدها الفقه والقضاء، في بعض الدول التي لم تقدم تشريعاتها على تعريف من هو الحرفي، وذلك تحت قاعدة « أعمال النص خير من اهماله ». ومن الامثلة على تبني القواعد العامج، قوله الاستاذ التونسي من القضاة - التالية :

« ولا تعتبر أصولا تجارية دور الحرف، إلا إذا اقترنت الحرفة بالاتجار، فعندئذ يكون عدها أصولا تجارية، وخاصة اذا تغلبت الصبغة التجارية عليها، كدور الخلاقة التي تتعاطى الاتجار في العطورات والثياب الداخلية ».

2) إذا اتخذ الأصل الحرفي شكل شركة مساهمة، أو شركة مضاربة، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، لأن هذه الشركات في بلادنا (يضاف إليها في مشروع قانون الشركات المعد سنة 1989 شركات التضامن والتوصية البسيطة، اي جميع الشركات، في المشروع ماعدا المحاصة، مع ملاحظة أقدام المشروع المذكور على الغاء شركة التوصية البسيطة أي جميع الشركات، في المشروع

ماعدا المحاصة، مع ملاحظة أقدام المشروع المذكور على إلغاء شركة التوصية بالاسهم، طبقا للفصلين 2 و406) شركات تجارية من حيث الشكل، وبصرف النظر عن الغرض.

ويعتبر الحرفي في هاتين الحالتين تاجرا، مالكا أو مستثمرا لأصل تجاري، يستفيد تبعا لذلك من ظهير 31 ديسمبر 1914 المنظم لبيع ورهن الاصل التجاري، وظهير 24 ماي 1955 المنظم لكراء العقارات أو المحلات المعدة لاستغلال اصل تجاري، سواء كان هذا الاخير مملوكا لتاجر أو صانع أو حرفي (الفصل الأول السابق).

ولقد طبق القضاء المغربي هذا المبدأ تطبيقا سليما، وكان ذلك من قبل محكمة الاستئناف بالرباط - التي كانت تنظر في نازلة بشت فيها ابتدائية مكناس في 4 أبريل 1962، بتاريخ 13 يوليوز 1962، التي جاء في قضائها المبدأ التالي :

« يطبق ظهير 24 ماي 1955 على الحرفيين الذين معاينة قضاة الموضوع ».

ولا يمتنعنا التطبيق السليم للنصوص من ابداء الرأي، وانتقادها لبقالها جامدة لم ينلها التطور منذ 24 ماي 1955. والانتقاد الاذع الذي يمكن لنا توجيهه، في هذه المسألة، إلى هذا القانون، أنه قانون قد يوصف بالطبقي بالرغم عنه أو دون شعور، لانه يحمي بصفا/الحرفيين أو الحرفيين المهنيين غير التجار، إذ يمنح / لاوائل، المالكين للأصل التجاري، الحق في الكراء، ويحرم الصنف الثاني المالك لمجرد الأصل الحرفي من الحق في الكراء، خاصة ان ظهير اكرية دكاكين الأعباس، المؤرخ في 4 يوليوز 1916 وصف، في وقته، وفي ديباجته، الحرفيين بالفقراء، بمعنى ان دخلهم كان قليلا، الأمر الذي قد يجعل في هذه النقطة بالذات، قانون 24 ماي 1955 قانونا يميز بين الحرفيين ولايسوي بينهم.

ومن المستبعد أن يكون هذا هو قصد أو روك التشريع، وانما كانت تشغله في ذلك الوقت حماية الاستثمارات التجارية والصناعية والسعي إلى ضمان



استقرارها ببقائها في محلاتها أو عقاراتها، وإما الحصول عند الاخلاء على التعويض الكامل الذي لا يقل عن قيمة الأصل التجاري، وكان ينشغل الدرجة الأولى بالتسوية بين المكري والمكترى، فإذا كان دخل المكترى الحرفي هزيلا زهيدا، فإن الاجرة الكرائية التي كان يدفعها هذا المكترى إلى المكري لاستغلال حانوته أو دكانه، تكون هي الاخرى اهزل وازهد، لاتستوجب نوعا جديدا من الحماية يرهق المكري المرهق هو الاخر اصلا.

ولكن القانون الفرنسي، الصادر في 30 يونيو 1926 المصدر التاريخي للقانون المغربي - تطور تطورا ايجابيا، فزال هذه التفرقة بين الحرفيين التجار والحرفيين المهنيين أو غير التجار، وعمم الحماية، أو الحق في الكراء التي شملت كل الحرفيين، سواء كانوا صغارا أو كبارا، تجارا أو غير تجار، يملكون اصلا تجاريا أو اصلا حرفيا، وذلك في الفصل الأول من مرسوم 30 شتنبر 1953 - تعديل 2 ماي 1965 - الذي جاء فيه :

« تطبق مقتضيات هذا المرسوم على كراء العقارات أو المحلات المعدة لاستغلال أصل، سواء كان هذا الأصل مملوكا لتاجر أو صانع مقيد في السجل التجاري أو لرب مقاوله مقيد في قائمة المهن يزاول الأعمال التجارية، أم لا ».

ويلاحظ ان هذا الفصل استبدل عبارة « الأصل التجاري » التي كانت مدرجة في القانون القديم بكلمة « الاصل » دون نعت أو تخصيص، وذيل المشرع هذا النص بعبارة « رب مقاوله مقيد في قائمة المهن، سواء كان يمارس الأعمال التجارية أم لا »، وهو التوجه الذي قضى فعلا على التمييز بين الحرفيين فيما يخص الاستفادة من حماية الملكية التجارية أو الحق في الكراء.

ومن المثير لانتباه، أن قضية صالون الحلاقة والحلاق، شغلت القضاء المغربي والباحثين المغاربة، من أساتذة وقضاة ومحامين، واثارت ضجيجا ما كان ليكون، لدرجة أن صيتها تجاوزت المجالات المتخصصة ليحتل مكانا على اعمدة الجرائد اليومية مع أن حلها بسيط، تجسده المبادئ السابقة، وأوجدت المحاكم المغربية الحلول التشريعية السليمة لها.

ومع ذلك، يكون من المفيد ان تخصص لمعضلة الحلاق، أن كانت هناك معضلة، حيزا لما يمكن ان نصفه بالمواقف غير الملائمة أو المخالفة للنصوص، رفعا للبس والخلط والخطأ.

لقد اعتبرت بعض الأحكام الفرنسية القديمة الحلاق فنا، ممارسا للفن، لامارسا لحرفة تجارية ولا مهنية. (12) ولكن استقر الامر اليوم على ان الحلاق يعتبر حرفيا مهنيا مدنيا، طبقا للضوابط التي وضعها القانون الفرنسي المؤرخ في 26 يوليوز 1928 المنشئ للغرف المهنية، ولظهير 28 يونيو 1963 المنشئ والمنظم لغرف الصناعة التقليدية بالمغرب، الذي عرفت الفقرة ما قبل الاخيرة من فصله الثاني الصانع التقليدي بأنه :

« شخص يقوم بعمل يدوي، يتقنه بعد تعلم أو بعد ممارسة طويلة ... »

والحلاق، فعلا، يعمل بيده بعد تعلم وممارسة طويلة، ويجتاز امتحانا اختباريا أمام لجنة، ويحصل على شهادة تعترف بفنه، من قبل غرف الصناعة التقليدية بالمغرب، ومن « نادي الفنون والتقنيات للحلاقة المغربية ».

ولكن هذا الحرفي المهني يعتبر غير تاجر، مادام دخله الأساسي يعتمد على يده وعمله، - مراعاة لضوابط ظهير 1963 - لاعلى المضاربة - الاشرية من أجل البيوع - ويعتبر أصله في هذه الحالة اصلا حرفيا لا أصلا تجاريا، الامر الذي يحرمه من الاستفادة من حماية الملكية التجارية المنصوص عليها في ظهير 24 ماي 1955 - مع معارضتنا السابقة لذلك ... أما إذا تجاوز الحلاق الحدود المرسومة في الظهير، ولجأ إلى المضاربة، أو اعتمد في دخله المضاربة على المنتوجات، انقلب إلى حرفي تاجر، مالك لاصل تجاري، خاضع ومستفيد من ظهير 24 ماي 1955، لتوفر شروط الاستفادة المقررة في الفصل الأول لفائدة من يملك اصلا تجاريا، سواء كان تاجرا، أو صانعا، أو حرفيا.

ويعد الجزائر - على خلاف الحلاق - الذي قد يكون حرفيا مهنيا مدنيا أو

(12) محكمة السين الجنحية، 17 شتنبر 1941 جان تاليفر، رسالة الدكتوراه، سنة 1943، ص 71.



حرفيا تجاريا - دائما وابدا حرفيا تاجرا، مستثمرا لاصل تجاري، لان دخله لا يعتمد على عمل يده، وإنما على المضاربة القائمة على الاشرية والبيع، طبقا للفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون التجارة الصادر بمقتضى ظهير 24 ماي 1955، ويستفيد في سائر الأحوال من ظهير 24 ماي 1955.

ان هذا التعليل والتحليل لظهير 24 ماي 1955 - وان كنا نعارض كثيرا من نصوصه لعدم تطورها - هو الذي دفعنا إلى الوقوف وتأييد قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 16 يناير 1985، حتى وان كان التعليل لا يشير إلى ظهير 28 يونيو 1963، الذي يشكل أساسا قانونيا جوهريا، والذي جاء في احد حيثياته:

« حقا فإن ظهير 24 ماي 1955 انما يطبق في حق المكتري التاجر، والتاجر، كما يعرفه الفصل الأول من القانون التجاري، هو الشخص الذي يمارس الأعمال التجارية واتخذها حرفة معتادة له، والأعمال التجارية، كما جاءت في الفصلين الثاني والثالث من القانون التجاري، ليس فيها أعمال الصناع والحرفيين الصغار، الذين يقومون بأنفسهم بأعمالهم اليدوية، دون ان يستعينوا إلا بعدد محدود من العمال، ولا يستثمرون رؤوس أموال كبيرة، معتمدين على كفاءتهم ونشاطهم الفردي، فاعمال هؤلاء التي يقل فيها عنصر المضاربة، تعتبر أعمالا مدنية بطبيعتها. وان المحكمة، لما اعتبرت الحلاق تاجرا، دون ان تبين ماهي العناصر التي استعان بها ليرتقى إلى درجة التاجر، تكون قد حرمت المجلس من ممارسة مراقبته لهذا التكييف الذي اعطته لنشاط المكتري، وعرضت قرارها للنقض»<sup>(13)</sup>.

تعتبر وجهة نظر الاستاذ عبد الكريم الزمالك - قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بالعيون - المناهضة لقضاء المجلس الأعلى السابق، لاترتكز على أساس قانوني صحيح، ومخالفة لصراحة النصوص لا لروحها فقط. ويكون من المفيد للحوار ادراج هذه الرؤية، خاصة انها تعرضت للترقية بين العمل الحرفي

(13) مجلة القضاء والقانون، عدد 137، مارس 1997، ص 121.

والعمل المهني، وان ركز على الآلات والمعدات، واهملت دور اليد في العمل الحرفي، حيث جاء فيها :

«وبالتالي يمكن التساؤل عن الاتجاه الذي سلكه المجلس الموقر في قراره هذا الذي جاء في حيثياته : ان الخلاقة عمل حرفي، وربما قد انساق مع التعبير السائد عمليا والذي يقتصر على لفظ كراء المحلات التجارية، مع العلم ان هذا ليس بوارد اطلاقا، مادام ان النص القانوني قد جاء صريحا، لشموله المحلات التي يمارس فيها عمل حرفي، فالفصل الول من ظهير 1955 ينص على أنه تطبق مقتضيات هذا الظهير على عقود كراء الأملاك أو الأماكن التي يستغل فيها أصل تجاري، سواء أ كان هذا الاصل يعود الى تاجر أو صانع أو رب حرفة...».

فالعمل الحرفي، في نظره، هو الذي يرتكز أساسا على عوامل الانتاج، من آلات ومعدات وغيرها، وان المؤهلات الفنية أو الفكرية أو الثقافية، مجرد عامل مساعد، في حين أن العمل المهني يستند على المؤهلات الثقافية والفكرية والعقلية، باعتبارها العمود الفقري له، وان عوامل الانتاج، من الآلات ومعدات، مجرد عامل مساعد، والدليل على ذلك مهنة المحاماة، والطب، والصيدلة، والمحاسبة... التي تقتضي، أولا، توفر درجة علمية ومؤهلات ثقافية لامندوحة من وجودها، وان عوامل الانتاج تعتبر ثانوية بالنسبة لها، والعمل الحرفي عكس ذلك، وان تحديد هذين المصطلحين هو الكفيل بمعرفة أي قانون واجب التطبيق على النازلة المعروضة، فباستعمال المعيار المذكور، نجد ان الخلاقة تشكل عملا حرفيا، وعلى هذا الاساس تكون المحلات الكرائية التي تباشر فيها الخلاقة أعمالا تدخل ضمن مقتضيات ظهير 24 ماي 1955، المنظم لكراء المحلات التجارية والصناعية والحرفية، وبالتالي كان الاتجاه الذي سارت فيه المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف مطابقا للمقتضيات القانونية السالف ذكرها (14).

(14) مجلة المحاكم المغربية، العدد 53، ونشرته جريدة «العلم» في صفحة المجتمع والقانون، عدد يوم السبت 21 أكتوبر 1989، ص 8.

كذلك الأستاذ عبد العزيز توفيق - من القضاة - إلى التفرقة ما بين الحرفي غير التاجر الذي يستثمر اصلا حرفيا لا أصلا تجاريا، والحرفي التاجر الذي يستثمر اصلا تجاريا، ويستفيد وحده من مقتضيات ظهير 24 ماي 1955، حيث يقول :

« وهكذا، يعتبر محلا حرفيا، يخضع لاحكام ظهير 24 ماي 1955 : محلات الحلاقين، والخباطين، وصانعي الأسنان وهم غير أطباء الاسنان، وان كانت بعض المحاكم ترفض اعتبار محلات الحلاقين مشمولة بظهير 24 ماي 1955، بعلة ان عمل الحلاق يخلو من المضاربة على عمل غيره، كما يخلو من هدف الربح، ولكن هذه العلة مردودة، لانه، من جهة، فان بعض صالونات الحلاقة تتوفر على عدد من الحلاقين المستخدمين، يعملون بنسبة معينة من دخلهم تحت اشراف صاحب الصالون، وهو بمثابة المقاول في الحلاقة، ان صح التعبير، وهذه هي المضاربة بعينها، ومن جهة أخرى، فان أي عمل يقوم به شخص ويتعيش منه لابد وان يسعى من ورائه إلى الربح، والا كان عليه ان يقوم بعمله مجانا وهذا غير ممكن، ولا عبرة بمبلغ رأس المال المستثمر في الميدان الحرفي أو بتقدير الأرباح التي يحققها، كمعيار لاضفاء حماية ظهير 24 ماي 1955 على محلات الحرفيين، فقد يحقق الاسكافي، مثلا، من الأرباح أكثر مما يحققه التاجر في المواد الغذائية بالتقسيط، وقد يحقق الحلاق من الأرباح أكثر مما يحققه تاجر في المواد الغذائية بنصف الجملة، بل قد يحقق بائع النعناع من الأرباح أكثر مما يحققه التاجر الصغير، الذي يعتبر، بحكم الفصل الثاني من القانون التجاري، تاجرا، ويعتبر المحل الذي يباشر فيه تجارته، إذا كان مكتريا له لمدة سنتين، بعقد كتابي أو أربع سنوات بدونه، محميا بأحكام ظهير 24 ماي 1955، فالمعيار الذي يجب أن يميز به المحل الحرفي عن غيره اذن هو مظهر العمل ووسيلته، فإذا كان يغلب عليه الطابع اليدوي ويتخذه صاحبه وسيلة عيش بصفة نظامية، لا على سبيل الهواية، كان محلا حرفيا، وبالتالي يعد محلا متمتعا بحماية ظهير 24 ماي 1955.»

وبعد التحليل، الاول والثاني، بعيدا عن صراحة وروح الفصل الاول من ظهير 24 ماي 1955، ولكن يبقى رأيا مدافعا عن الحرفيين المهنيين، داعيا إلى تمتيعهم بالحماية، اسوة بالحرفيين التجار، وهو ما ينتفي ان يؤخذ به، على رأينا، في أي تعديل مقبل.

ونتتظر بالفعل من المشرع ان يقوم، في أقرب وقت، بازالة التفرقة بين الحرفيين المهنيين والمستثمرين لاصل حرفي، الذين لا يتمتعون بحماية ظهير 24 ماي 1955، وبين الحرفيين التجار المستثمرين لاصل تجاري، الذين ينعمون وحدهم بالحق في الكراء أو حماية الملكية التجارية، طبقا لمقتضيات ظهير 24 ماي 1955.

ولا يعني تمديد أو تعميم الحماية، لتشمل الصنفين معا، إن الحرفي المهني، المستثمر لاصل حرفي مدني، سيصبح تاجرا وينقلب أصله أصلا تجاريا، بل سيبعى الحرفي التقليدي محافظا على مركزه المهني المدني مالم يتجاوز الحدود المرسومة السابقة، التي قد تخرجه، ان توفرت، من فئته إلى فئة أو طائفة التجار، ولاتناقض بين بقاء الصفة المدنية والاستفادة من الحماية، لان ظهير 24 ماي 1955، في صورته الحالية، يطبق، فعلا، وتارة، على أنشطة غير تجارية، أي مدنية أو مهنية، وهذه حالة التعليم، سواء كان خاصا أو عموميا (الفقرة الثانية من الفصل الثاني). ولا يطبق، تارة، على أنشطة تجارية، كحالة ادارة المرافق أو المصالح العمومية عن طريق الاستغلال غير المباشر أو عن طريق الامتياز، طبقا للفصل الثاني من ظهير 24 ماي 1955، الذي يشترط الادارة المباشرة للانتفاع من الحماية، وبمعنى آخر، ان صاحب الامتياز لا يحظى بالحماية ولو كان نشاط المرفق الذي يديره نشاط تجاريا أو صناعيا.

لقد أضاف التشريع المغربي - أخذا من التشريع الفرنسي القديم - فقرة مشوشة، تضر ولاتنفع، تجعل معقضيات ظهير 24 ماي 1955 تطبق، وفقا للفقرة الثالثة من الفصل الثاني، على عقود كراء العقارات أو المجالات التي يشغلها الصناعون (Faconniers).



وبالاحظ، أولا، على هذه الفقرة انها :

(1) ذات مضمون ومفهوم واسع، لان الكلمة الفرنسية تعني تغيير او تحويل شكل الأشياء والمواد، سواء كان ذلك عن طريق الصناعة أو النجارة، أو النحت، أو الحفرط، أو الصباغة، وسواء تعلق الأمر بالفخار، أو الحديد، أو الرصاص، أو النحاس، أو الذهب، أو الفضة، أو الخشب، أو الرخام، أو غيره.

(2) ان كلمة « الصناعون : » جاءت مطلقة، لاتفرق بين الصناعين الحرفيين التقليديين الذين يعتمدون اليد ويرتبطون بالتراث، وبين الصناعين العصريين الذين يعتمدون الآلة ويرتبطون بالتكنولوجيا واستخدام العلم، والذين يعتبرون تجارا مستثمرين لاصل تجاري (الفصلان الأول والثاني من قانون 12 غشت 1913) في سائر الأحوال، على خلاف الحرفيين الذين يكونون تارة تجارا وتارة اخرى غير تجار.

(3) تخصيص فقرتين للصناعين في قانون واحد، مرة في هذه الفقرة الثالثة من الفصل الثاني، ومرة أخرى في الفقرة الأولى من الفصل الأول، التي تجعل مقتضيات هذا الظهير تطبق على كراء العقارات أو المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري، سواء كان مملوكا لتاجر أو لصانع أو حرفي أو صانع تقليدي، خلق الغموض والابهام.

ولقد تسأل الأستاذ على الادريسي عن طبيعة هذه الازدواجية : أهى فقرة احتياطية، بمعنى ان رب الحرفة أو الصانع التقليدي قد يكون متمتعا فعلا بأصل تجاري وقد لا يكون، وعندما تشمله الفقرة الثالثة - وتهدف هذه النظرة إلى تعميم الحماية، لتشمل سائر الحرفيين، تجارا كانوا أم غير تجار - وقد يكون المقصود منها الصانع التاجر المستثمر لأصل تجاري فقط، سواء كان هذا الأخير يشتري المواد الأولية، أو كانت هذه المواد تقدم اليه من الزبناء لتصنيعها (15).

---

(15) على الادريسي، نطاق تجديد الاجار التجاري في القانون المغربي « لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وقد كنا من لجنة المناقشة، وكان المعنى بالأمر من طلابنا.

ولا يمكن ان يكون صحيحا الا التأويل الأخير، الذي يجعل الصانع التاجر يحظى بالحماية، سواء كان يضارب على المواد الأولية، أو قدمت له هذه المواد من الزبناء لتصنيعها، وذلك لسببين. يكمن الأول في الفرق الجوهرى بين اللفظتين، الصانع (Façonner) وبين الحرفى التقليدى، والثانى ان القواميس التى ترجمت كلمة (Façonner) ترجمتها بالملتزم بالصنع أو ملتزم عمل.

وتعتبر هذه الفقرة الثالثة من الفصل الثانى دون جدوى، وزيادة تزيد النصوص بلبلة واضطرابا، الأمر الذى جعل القانون التونسى (قديمه 27 شتنبر 1954) وجديده 25 ماي 1977) والقانون الجزائرى (26 شتنبر 1975) والفرنسى (مرسوم 30 شتنبر 1935) والتعديلات التى ادخلت خاصة عبر مجال التطبيق سنة 1965، 1983، 1985) يتخلون عنها نهائيا.

ووضعت فرنسا نظاما خاصا للحرفيين، اكثر أهمية من النظام القانونى السائد ببلادنا، اذا نشأت غرضا مهنية، فى كافة التراب الوطنى الفرنسى، تمنح شهادات المهنة : دبلوم الحرفى أو الصانع التقليدى، ودبلوم رب الحرفة، وتمسك قوائم أو جداول الحرفيين التى تقابل السجل التجارى الخاص بالتجار فقط، وتؤدي دوره الوظيفى وبعد القيد فى هذه القوائم الزاميا تحت طائلة الغرامة المالية، ويحمل المقيد رقما معيناً، يجب ان يضعه على سائر الوثائق والمراسلات التى يستعملها.

وتبدو أهمية هذا التنظيم، فى ان صفة حرفى أو صانع تقليدى لا يتصف بها إلا من كان حاملا للدبلوم السابق، ومقيدا فى قائمة الحرفيين. وهذا القيد لا يتم إلا بعد قبوله من لجنة خاصة، يعهد لها بفحص طلبات القيد، ويقبل قرار هذه اللجنة الطعن أمام لجنة المهن الوطنية.

ويجوز ان يكون الشخص مستثمرا لاصل تجارى واصل حرفى فى وقت واحد، ويجب عليه، اذا كان الاصلان معا رئيسيين ان يقيد فى السجل التجارى وفى قائمة أو جدول الحرف، مالم يكن أحد الأصلين رئيسيا والثانى ثانويا

أو تبعياً، فإن كان النشاط الرئيسي أو الأصل الرئيسي، في هذه الحالة، هو الأصل التجاري، وقع الاكتفاء بالقيود في السجل التجاري، أما إن كان الأصل الحرفي هو الأصل الرئيسي فيقع الاكتفاء بالقيود في قائمة أو جدول الحرف.

ويعترف الفقه، في فرنسا، بوجود صعوبة جدية في تحديد طبيعة المؤسسة، فهي أصل تجاري، أم أصل حرفي، أو مهنة حرة، وبالتالي صعوبة معرفة مؤسسة القيد، فهي السجل التجاري أم قائمة أو جدول الحرف وهذه حالة الخباز، والحلواني، والجزار، وكذلك الشأن فيما يتعلق ببعض المهن الفنية، كالرسام، أو المصور، والنحات، والنقاش، والحلاق بائع العطور أو العطار بمعنى هل تدخل هذه الأنشطة ضمن حرف الصناعة التقليدية أو المهن الحرة ؟

ولقد صدرت، في المغرب، ظهائر ومراسيم وقرارات لتنظيم الصناعة التقليدية أو الحرفية. نذكر منها ظهير 27 يونيو 1957، المنشئ للمجلس الوطني للصناعة التقليدية، الذي يهدف إلى مد الحكومة بالرأي الاستشاري وأخبارها بقضايا هذا القطاع الحيوي، بغية توجيه سياستها الاتجاه الصحيح، وتحديث والوسائل وتوسيعها، وترويج المنتج في الداخل والخارج (الفصل 4)، والمنشئ كذلك لدار الصانع التقليدي، وهي مؤسسة عمومية، ذات شخصية معنوية واستقلال مالي (الفصل 6)، مركزها بالدار البيضاء (الفصل الثاني من مرسوم 28 فبراير 1958). وقرار وزير الاقتصاد والمالية، الصادر بتاريخ 9 غشت 1960 الخاص بالتنظيم المالي والمحاسبي لدار الصانع التقليدي، وأخيراً ظهير 28 يونيو 1963 المنظم لغرف الصناعة التقليدية.

وتعد غرف الصناعة التقليدية، في المغرب، مؤسسات عمومية، خاضعة لوصاية وزارة الشؤون الاجتماعية والصناعة التقليدية، وتتكون ذمتها من الأموال الثابتة والمنقولة (الفصل 52)، ويمكن أن تكون مدعية ومدعى عليها أمام القضاء، ولها عديد من الاختصاصات، نذكر منها :

1) تمذ الحكومة بالرأي الاستشاري وبالمعلومات عن مسائل الصناع التقليدية.

(2) تقديم كل المطالب التي تهتم هذا القطاع.

(3) التوسط أو الوساطة بين الحرفيين والتجار، في الداخل والخارج، قصد تطوير وتنمية العلاقات التجارية.

وبلاحظ ان هذا الظهير الاخير ركز على الانتخابات، مع مراعاة التعديلات الأخيرة التي دخلت على هذا النظام، (الفصول 2 إلى 45) وتنظيم السلط (الفصول 46 إلى 52) والتنظيم المالي والقانوني (الفصول 52 إلى 56) والاختصاصات (الفصول من 57 إلى 61) وانشاء فيدرالية غرف الصناعة التقليدية (الفصل 62).

ولم نعتز في هذه القوانين، اللهم إذا كانت هناك لوائح وانظمة خاصة، ولافي اختصاصات الغرف ما يجسد العمل اليدوي المتقن، بعد تعلم أو بعد ممارسة طويلة، أو ما يفيد حصر المهنة وجعلها حكرا على حاملي دبلوم أو شهادات خاصة، ولاأثر لوجود قائمة أو جدول للحرف وللحرفيين.

وعلى العكس من ذلك، نجد التشريع يلزم بعض هيئات أو نقابات المهن الحرة بتنظيم جداول للمهنيين المنتمين إليها، كما هو الشأن في القانون رقم 19.79 المؤرخ في 8 نونبر 1979، المنظم لنقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة (الفصول 20 إلى 24 و 97 إلى 99)، الذي يلزم مسك جدول للمحامين الرسميين ووضع لائحة للمحامين المترنين، وخاصة الفصل 32 الذي جاء فيه :

« لا يحق لاي كان مزوالة مهنة المحاماة، والتمتع بامتيازاتها وتحمل اعبائها إلا للمحامين وحدهم، المقيدون بالجدول أو بلائحة التمرين ».

وكذلك الفقرة الأولى من الفصل 33 التي نصت على أنه :

« لا يؤهل لتمثيل الأطراف أو مؤازرتهم أمام المحاكم المغربية إلا المحامون المقيدون بجدول احدى نقابات المملكة ».

ولايمكن القيد في الجدول ولا بلائحة التمرين إلا الحصول على الاجازة في



الحقوق - أما ما يعادلها (الفقرة 3 من الفصل 9) واجراء التمرين (الفصول 10 إلى 24).

واشترط التشريع المغربي كذلك، وعلى سبيل التمثيل لا الحصر، الشهادة العلمية والقيد في اللائحة، بمقتضى ظهير 19 فبراير 1960 المنظم لمهنة الطب، والصيدلة وطب جراحة الأسنان، والطب بالأعشاب.

ويجب على الطبيب، والصيدلي، وطبيب الأسنان الجراح، والطبيب الأعشابى، والمولدة أو القابلة، ان يتوفروا على الشروط التالية :

(1) الشهادة العلمية أو الدبلوم أو ما يعادلها (الفصل 1).

(2) الحصول على رخصة من الأمانة العامة للحكومة (الفصل 2)

(3) التصريح إلى السلطات المحلية بالرغبة في التمرکز (الفصل 2).

ويجب على الأمين العام للحكومة (الفصل 3 المكمل بظهير 15 فبراير 1977)، ان يعد سنويا لائحة بجميع المزاولين، سواء كانوا حاملين للشهادات، أو مرخص لهم، عاملين في المصحات أو الدور أو المستشفيات الخصوصية أو العمومية (الموظفون)، وان تنشر هذه اللائحة في الجريدة الرسمية ابتداء من فاتح يناير من كل سنة، وان ترسل نسخة منها إلى النيابة العامة لدى المحاكم الابتدائية وإلى وزارة الصحة.

ويلاحظ ان من الواجب على الصيدلي ان يعيد اسمه في السجل التجاري، لانه تاجر، إلى جانب القيد في اللائحة.

ونكون بهذه الدراسة قد قدمنا فكرة عن الأصل الحرفي، والفروق التي تميزه عن الأصل التجاري، ومدى الأهمية المتصاعدة لهذا القطاع، ودوره في دعم الاقتصاد الوطني، الذي يحتاج إلى نظام تشريعي يحميه خاصة من المتطفلين والدخلاء عليه.

# ضمان حرمة الحياة الخاصة في المواثيق الدولية

الدكتور : موسى مسعود رحومه

محاضر بكلية القانون

جامعة قاريونس بليبيا

توطئة :

كانت حياة الإنسان الخاصة على مر العصور والأزمان عرضة للتجسس عليها من قبل الآخرين، سواء كانوا أفرادا عاديين أم رسميين، وإن تفاوتت صور هذا التطفل وأساليبه. فبينما اقتصر في السابق على مجرد استراق السمع أو إختلاس النظر عبر الأبواب الموصدة عن طريق الحواس مباشرة، نجدها اليوم تتعدى ذلك بكثير، حيث باتت تعتمد على الوسائل التكنولوجية المتطورة، كما هو الحال في التنصت على المكالمات الهاتفية والتسجيل الخفي للأحداث الشخصية والتصوير بتقنياته وفنونه المختلفة، واللجوء إلى المراقبة البصرية بواسطة عدسات غاية في التعقيد الخ<sup>(1)</sup>.

وبذلك، أضحي الإنسان أمام هذه الابتكارات الحديثة شبه مكشوف<sup>(2)</sup>، فأينما حطت قدماه، أو انتهى به المقام لا يكون بأمن من رصد حركاته، وضبط أحاديثه وهمساته مهما كانت درجة خصوصيتها<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر : د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوارة، دار النهضة العربية، القاهرة 1983م، ص 10 وما بعدها.

(2) حتى أنه شبه أمام هذا الإختراق الفاضح لحياته الخاصة كما لو كان سمكة ملونة تسبح في إناء زجاجي على حد تعبير ف. لونغ عضو الكونجرس الأمريكي. (أنظر : لواء محمد صبري لبيب : "مشروعية التسجيل الصوتي في الاثبات الجنائي"، مجلة الشرطة (دولة الإمارات العربية المتحدة)، العدد 192، ص 16، ديسمبر 1986م، ص 37).

(3) راجع بالخصوص : بحثنا لنا بعنوان : "الطفل الالكتروني على الأحداث الخاصة وحماية حقوق الانسان"، بحث مقدم إلى الندوة الأولى حول الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في ضوء الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان في المجتمع الجماهيري، كلية القانون/جامعة قاريونس (بنغازي) في الفترة من 29 يوليو إلى 1 أغسطس 1991م، ص 3).

وحق الإنسان في الخصوصية أو الألفة<sup>(4)</sup> قديم قدم التاريخ، فقد أولته جميع الشرائع بدون استثناء تقريبا عناية خاصة لضمان حمايته وصونه ضد كل ما يؤدي إلى انتهاكه أو المساس به. إذ كفلته الدساتير والقوانين لمختلف الدول قديما وحديثها على حد سواء، كما كان مناط إهتمام الشرائع السماوية قبل ذلك، وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية الغراء التي جاءت مقررة أقصى درجات الحماية للحياة الخاصة وصونها، وذلك من خلال حظر التجسس والتلصص على حرمان الناس وتتبع عوراتهم وكشف خصوصياتهم<sup>(5)</sup>. قال تعالى: «ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا»<sup>(6)</sup>. كما تجلّى ذلك في أنها كفلت حرمة المسكن، ولم تجز اقتحامه دن إذن صاحبه، وهو ما عبر عنه القرآن الكريم أصدق تعبير في قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم»<sup>(7)</sup>.

فضلا عن ذلك، أن المواثيق والعهود الدولية تقرر هي الأخرى حرمة الحياة الخاصة للإنسان، وحمايتها ضد أي تدخل فيها بصورة تعسفية ودون مسوغ قانوني.

وسنكتفي في هذه الورقة المتواضعة بتسليط الضوء بشيء من الإيجاز على هذا الموضوع من خلال تلك المواثيق، سواء منها ذات البعد العالمي أو ذات البعد الإقليمي، بحيث نفرد مطلبنا خاصا للأول وآخر للثاني على التوالي.

(4) اختلف الفقه بشأن تحديد مفهوم الخصوصية ومداهما، ولم يكن ثمة اتفاق حول مدلولها، فهناك من ذهب إلى إعطائها مفهوما واسعا قضايا، وهناك من أضفى عليها مدلولاً ضيقاً، وبين هذا وذاك ذهب البعض إلى تبني اتجاه وسط. (راجع: د. مدوح بحر، المرجع السابق، ص 163 وما بعدها).

(5) لمزيد من التفصيل انظر: د محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، الطبعة الأولى 1982، دار الشرق، بيروت - القاهرة، ص 80.

(6) الآية 11 من سورة الحجرات.

(7) الأيتان 27، 28 من سورة النور.

## المطلب الأول

### الحماية المقررة من خلال المواثيق الدولية ذات البعد العالمي.

وهنا يتعين أن نتناول موقف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ثم العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأخيرا الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية، كل في فقرة مستقلة.

#### أولا : موقف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

منذ ما يربو على خمسة وأربعين عاما تقريبا صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من شهر ديسمبر 1948<sup>(8)</sup>، والذي جاء متضمنا جملة من المبادئ العامة المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

وهو يعد من أهم المواثيق الدولية في هذا المضمار، إذ يمثل النبراس الذي ينبغي أن تهتدي به الأمم والشعوب في سبيل توطيد وترسيخ احترام تلك الحقوق والحريات التي أقرها الإعلان المذكور، ويحث الدول الموقعة عليه على الإعراف بها والعمل على وضعها موضع التطبيق الفعلي<sup>(9)</sup>.

ومن بين المبادئ التي كرسها الإعلان وأقرها صراحة، التأكيد على حرمة الحياة الخاصة، وضمان حضانة الفرد ضد انتهاك خصوصياته، وذلك من خلال  
نص المادة 12

(8) ثم اعتماد الإعلان المذكور بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د 3) المؤرخ في 10 - 12 - 1948 م. (راجع بالخصوص : د. محمود شريف بسيوني وآخرين : حقوق الإنسان. المجلد الأول - الوثائق العالمية والإقليمية، الطبعة الأولى، دار العلم للسلاطين، قام بتعريبها ونشرها للمعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، سيراكوزا - إيطاليا، نوفمبر 1988م، ص 17 وما بعدها).

(9) راجع في هذا المعنى ديباجة الإعلان المشار إليه، نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.



منه التي تحرم التدخل التعسفي في حياة الإنسان الخاصة بجميع صورته وأشكاله، مقررة حق كل شخص في الحماية القانونية ضد كل ما من شأنه أن يعد تدخلا تعسفيا لا يبرره القانون.

ويمثل هذا التذييل الذي أوردته المادة المذكورة في عجزها إيعازا لكافة الدول الأعضاء في المنتظم الدولي (الجمعية العامة للأمم المتحدة) بأن تضمن من خلال قوانينها الوطنية الحيلولة دون انتهاك خصوصيات الأفراد في غير الأحوال التي يقرها القانون.

ويحظر الإعلان المذكور بموجب المادة 29 منه تقييد ممارسة أي شخص لحقوقه وحرياته الأساسية التي جاء بها - ومنها حقه في احترام حياته الخاصة - إلا في إطار ما يفرضه القانون نفسه من قيود. وهذا أيضا لم يكن متروكا لهوى ومشية الدولة، إذ لا يمكنها أن تلجأ إلى سن القوانين التي من شأنها تكبيل حريات الناس أو سلب حقوقهم، بل إن الإعلان قد وضع أمامها ضوابط وموجهات عامة، يمكنها الاسترشاد بها في هذا الشأن، ومجملها أن تكون الغاية من التقييد إما : أ - لضمان الاعتراف بحقوق وحرريات الآخرين واحترامها. ب- أو تلبية لمقتضيات النظام العام، وبما يحقق الرفاه في مجتمع ديمقراطي<sup>(10)</sup>.

وبالتالي، فإن الإعلان لا يتسامح قط في المساس بحرمة الحياة الخاصة إلا للضرورة القصوى، ولا اعتبارات الصالح العام التي ترجح مصلحة المجتمع ككل على مصلحة الفرد في المساس بخصوصياته.

غير أن المبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس لها - في رأينا - وكما يرى بحق - جانب كبير من الفقه، سوى إلزام أدبي ليس إلا، مما يجعل الإمتثال لها أو الإنصياع لمقتضياتها من قبل الدول الموقعة عليه متروكا

---

(10) إذ تنص المادة 29 - 2 من الإعلان المذكور على أنه : "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفا منها حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحرريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعاقل من مقتضيات الفضيلة والنظام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي.

لتقديرها وفقا لمصالحها وظروفها، وهو أمر تحكمه في أغلب الأحيان درجة النضج السياسي والثقافي لدى كل مجتمع من المجتمعات من جهة، ومدى التثبت بالديمقراطية واحترام حقوق الإنسان من جهة أخرى (11).

### ثانيا : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية :

بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنحو ثمانية عشر عاما، تم اعتماد هذا العهد وعرضه للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 (ألف) بتاريخ 16 ديسمبر 1966م (12).

ويعتبر هذا العهد في حقيقة الأمر بمثابة تقنين دولي لحقوق الإنسان، باعتباره يفرض على الدول الأطراف الموقعة عليه إلتزامات قانونية بضمان احترام الحقوق التي نص عليها، خلافا للإعلان العالمي الذي يفتقر - كما أسلفنا القول - إلى مثل هذا الإلزام، فكل ما يحظى به لا يعدو أن يكون إلزاما أدبيا ليس أكثر.

وقد جاء العهد المذكور ليعزز هو الآخر احترام حقوق الإنسان، ومنها الحق في حرمة الحياة الخاصة، في المادة (17 منه)، والتي لا تخرج عن كونها ترديدا لما ورد بالمادة 12 من الإعلان العالمي سابق الإشارة إليه.

(11) ومع ذلك فهناك اتجاه يرى بأن المبادئ التي تضمنها الإعلان جاءت مفصلة لنصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان، الأمر الذي يحظى بذات القوة، واستشهد صاحب هذا الرأي بحكم لمحكمة العدل الدولية بشأن إحدى القضايا المعروضة عليها (قضية برشلونة - تراكش)، حيث اعتبرت أحكام الإعلان قواعد امرة ملزمة للكافة.

(راجع حول هذا الرأي : الأستاذ محمد ميكو (الأمين العام للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان بالمغرب) : "نظرة المنتظم الدولي لحقوق الإنسان"، وهو عرض تقدم به الباحث ضمن أعمال الدورة الثانية لأكاديمية المملكة المغربية برسم 1991 م، منشور بمجلة الملحق القضائي، للمعهد الوطني للدراسات القضائية التابع لوزارة العدل المغربية، العدد 25، أكتوبر 1992، ص 140 وما بعدها.

(12) وقد بدأ في النفاذ في 23 مارس 1976 م طبقا للمادة 49 منه التي تنص في فقرتها الأولى على أنه : "يبدأ نفاذ هذا العهد بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك الإنضمام أو التصديق الخامس والثلاثين لدى الأمين العام للأمم المتحدة".

والمقتضى هذا العهد يقع على عاتق كل دولة طرف فيه الإلتزام باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة ذلك لكافة الأفراد الموجودين فوق إقليمها والمنضوين تحت لوائها وولايتها دون تمييز.

كما أن الدول الأطراف في هذا العهد ملتزمة باتخاذ التدابير التشريعية وغير التشريعية بما يكفل إعمال الحقوق المعترف بها فيه وفقاً للمقتضيات الدستورية في كل بلد على حدة.

والأهم من ذلك، أن العهد المذكور ألزم كل دولة طرف فيه بأن تكفل لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها فيه سبيل التظلم، حتى وإن كان ذلك الإنتهاك من طرف أشخاص ذوي صفة رسمية<sup>(13)</sup>.

ومع ذلك، فإن المادة 4 من العهد المذكور تجيز، في حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية التي تهدد الأمة، للدول الأطراف في اتخاذ التدابير التي تخرج فيها عما يفرضه هذا العهد من إلتزامات، غير أن ذلك مشروط بأن يكون في أضيق الحدود ووفق ما يقتضيه الوضع ليس إلا، وبما لا يخل بالإلتزامات الأخرى المترتبة عليها بموجب أحكام القانون الدولي.

وعلى ضوء ذلك، يجوز في حالة الطوارئ التي من شأنها تعريض سلامة الأمة للخطر فرض قيود على حق الإنسان في احترام حياته الخاصة، والتدخل فيها بما يحد من التمتع بهذا الحق سواء عن طريق مراقبة المحادثات الهاتفية، وتسجيلها أو التنصت السري على الأحاديث الشخصية باستخدام الميكروفونات الخفية، وغير ذلك من أساليب التطفل على حياة الفرد الخاصة.

أما في غير هذه الأحوال الاستثنائية، فإن العهد الدولي يحظر - كما يبين من الفقرة الأولى من المادة الخامسة - مباشرة أي عمل يقصد إهدار أي من الحقوق أو الحريات التي يقرها أو فرض قيود عليها تتجاوز ما هو منصوص عليه في هذا العهد.

---

(13) أنظر المادة 2 من العهد المذكور، المرجع السابق.

ثالثا : حماية الحياة الخاصة في ضوء الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية سنة 1975 م .

شعورا من المنتظم الدولي بالمخاطر التي تهدد حقوق الإنسان من جراء التقدم العلمي والتطور التكنولوجي، وما يمكن أن ينجم عن ذلك من مشاكل اجتماعية، صدر الإعلان المذكور عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 - 11 - 1975 بموجب القرار رقم 3304 (د - 30)، متضمنا ضرورة إنترام جميع الدول الأعضاء بالأمم المتحدة باتخاذ التدابير الملائمة لمنع استخدام المنجزات العلمية والتكنولوجية التي من شأنها الحد من تمتع الفرد بحقوقه وحرياته الأساسية التي كفلتها المواثيق والصكوك الدولية، وفي طبيعتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وغيرهما من الصكوك الأخرى ذات الصلة بالموضوع، أو لعرقلة هذا التمتع (بند 2 من الإعلان).

وجاء الإعلان المذكور في البند الثاني منه ليلزم جميع الدول باتخاذ تدابير فعالة، بما في ذلك التدابير التشريعية التي تحول دون تسخير المنجزات العلمية والتكنولوجية في المساس بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية أو إهدار كرامة الشخص البشري (البند 9 من الإعلان).

ومن أمثلة التطور التكنولوجي الذي صار يهدد حرمة الحياة الخاصة للإنسان، انتشار أجهزة التجسس الإلكتروني على المكالمات الهاتفية وعدسات التصوير، ووسائل المراقبة باستخدام أدوات جد متقدمة.



## المطلب الثاني

### الحماية التي تكفلها المواثيق الدولية ذات البعد الإقليمي.

حرصت أغلب المواثيق والعهد الدولية التي صدرت على الصعيد الإقليمي - إن لم يكن كلها - على إقرار حرمة الحياة الخاصة أسوة بما جاءت به المواثيق العالمية التي سبقت الإشارة إليها.

ويأتي في مقدمة المواثيق ذات البعد الإقليمي، وأكثرها أهمية، الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المبرمة بالعاصمة الإيطالية روما في 4 نوفمبر 1950 م<sup>(14)</sup> بين بعض الدول الأوروبية المنضوية تحت لواء ما يسمى بالمجلس الأوربي<sup>(15)</sup>، والتي كانت قد جاءت تكريسا للمبادئ التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 م، بهدف تقنين تلك المبادئ ووضعها موضع التطبيق والتنفيذ في نطاق الدول الموقعة عليها، حيث أضحت إلتزامات قانونية واجبة الإحترام<sup>(16)</sup>.

---

(14) وقد صارت الاتفاقية المذكورة نافذة اعتبارا من 3 سبتمبر 1953 م بعد التصديق عليها من قبل عشر دول وفقا لما تقضي به أحكامها.

(أنظر : د محمد أمين الميداني، النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان الأردن 1989م، ص 41). وهي معدلة بموجب قواعد البروتوكول رقم (3) الذي بدئ العمل به اعتبارا من 21 سبتمبر 1970 م، وكذا البروتوكول رقم (5) الذي صار نافذا منذ 20 ديسمبر 1971 م.

(أنظر : د محمود شريف بسبوني وآخرين، حقوق الإنسان، المجلد الأول، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 329 وما بعدها).

(15) ويضم المجلس الأوربي كل من : فرنسا، اليونان، النمسا، بلجيكا، ألمانيا الإتحادية (سابقا)، بريطانيا، تركيا، سويسرا، الدانمارك، النرويج، ايسلندا، إيطاليا، لوكسمبرغ، قبرص، هولندا، السويد، أيرلندا، مالطا، البرتغال، اسبانيا، ليشنتلين، سان ماران.

(انظر : د محمد أمين الميداني، المرجع السابق، ص 17 - 18).

(16) محمد أمين الميداني، نفس المرجع السابق، ص 43.

وقد نصت الإتفاقية المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الثامنة منها على حق كل انسان في احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه، ومراسلاته.

ثم جاءت في الفقرة الثانية من ذات المادة، فقررت فرض قيود على السلطات العامة في كل دولة من الدول الأطراف فيها تحد من تدخلها إلا بموجب القانون، وبالقدر الضروري لحماية الأمن القومي، وبما تحتمه مصلحة الوطن الإقتصادية، أو من أجل حفظ النظام العام ومنع الجريمة، أو لحماية الصحة العامة والآداب، أو لحماية حقوق وحریات الآخرين.

وهكذا يبدو من خلال هذه الفقرة أن المساس بخصوصيات الإنسان غير مسموح به بمقتضى الاتفاقية الأوربية إلا في ظروف جد استثنائية، وفي حالة ما تكون ثمة ضرورة تتطلب ذلك على النحو الذي حددته المادة المذكورة في فقرتها الثانية التي سبقت الإشارة إليها.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، باعتبارها إحدى الهيئات التي أنشئت بموجب أحكام الاتفاقية المذكورة من أجل السهر على احترام مقتضياتها ووضع ما تضمنته موضع التنفيذ الفعلي<sup>(17)</sup>، أوضحت في

(17) وتشمل هذه الهيئات - بالإضافة إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان - اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ولجنة مجلس أوروبا.

(أنظر : محمد أمين الميداني، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها).

وقد أسست المحكمة الأوربية بمقتضى المادة 38 من الإتفاقية، وهي عبارة عن هيئة قضائية عليا سعيًا لضمان احترام الدول الأطراف فيها للأحكام التي جاءت بها.

وجدير بالذكر، أن هذه المحكمة لم تشرع في مباشرة مهامها إلا في سنة 1959، وذلك بعد حصول قبول 8 دول من الأطراف المتعاقدة بالصلاحيّة الإلزامية لأحكام المحكمة طبقًا لما تقرره المادة 56 من الاتفاقية الأوربية. وتتألف المحكمة من عدد من القضاة مساو لعدد الدول الأعضاء في مجلس أوروبا بواقع واحد عن كل دولة.

ولا تكون أحكام المحكمة المذكورة ملزمة بحق الدولة المتعاقدة إلا متى كانت هذه الأخيرة قد اعترفت بقضاء المحكمة واختصاصاتها.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أيضا، أن كافة الدول الأعضاء قد اعترفت بالإختصاص الإلزامي للمحكمة باستثناء دولتين اثنتين منها فقط وهما تركيا وسان هاران.

ولا ندري ساعة تحرير هذه الوريقات ما إذا كانتا قد بقيتا على حالهما أم لا.

(راجع : محمد أمين الميداني، مرجع سابق، ص 77 وما يليها).

عدة مناسبات مضمون الفقرة الثانية من المادة الثامنة من خلال الأحكام التي أصدرتها في القضايا المعروضة عليها، ومن أهمها قضية كلاس (Klass) (6 سبتمبر 1978)، وهي تتعلق بخمسة من المحامين الألمان قاموا برفع دعوى ضد حكومتهم بصدد قانون فيدرالي صادر سنة 1968 يجيز مراقبة المكالمات الهاتفية. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية أن القانون المذكور، رغم أنه يشكل تدخلا في حياة المواطن الخاصة، يعد نتيجة لما يواجه المجتمع الديمقراطي من أخطار ناجمة عن أعمال التجسس والأعمال الإرهابية، ومن ثم فإن اتخاذ تدابير رقابة خاصة له ما يبرره من أجل المحافظة على الأمن الوطني ولحماية النظام والوقاية من الجرائم. وانتهت المحكمة في نهاية المطاف إلى رفض الطعن الموجه للقانون سالف الذكر، معتبرة أن الحكومة الألمانية أتخذت ما يلزم من احتياطات لضمان عدم إساءة السلطة ضد المواطن. أضف إلى ذلك أن التدابير المقررة تتناسب مع ما تمثله تلك الأعمال من أخطار<sup>(18)</sup>.

وفي قضية أخرى (قضية مالون malone)<sup>(19)</sup> عرضت على المحكمة الأوروبية في 2 أغسطس 1984 م، أديننت فيها الحكومة البريطانية لقيامها بالتنصت الهاتفي على خط أحد تجار التحف الأثرية الذي كان قد حامت حوله

---

l'affaire Klass. Arrêt de la cour européenne. 6 sept. 1978, Série A no. (18)  
28 : voir Berg.

Juris Prudence de la cour européenne des droits de l'homme, Sirey 1984  
P. 92 et 93.

د. مصطفى العرجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت - لبنان  
ص 638 هامش (1).

وكذلك راجع بخصوص هذه القضية :

Pierre Kayser : "La conformité à la convention européenne des droits de  
l'homme et à la constitution de la France des écoutes téléphoniques  
administratives Dalloz Sirey, 1991, no.3 17 janvi 1991, Chro IV P 17 et S.

L'affaire Mallonne-Arrêt du 2 Aout 1984. Série A N. 82-G-P. 1984, II Som (19)  
441, note Moray

أنظر : العرجي، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 638.

شبهات بإخفائه بعض المسروقات، معتبرة أن القانون الذي استندت إليه الحكومة الإنجليزية غامض مما يتعذر معه الوقوف على مدى توافق أحكامه مع المبادئ التي تحمي الحرية الفردية، وبالتالي فهي ترى بأن التدخل الذي تم في حياة المعنى الخاصة لا يتلاءم وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الإتفاقية الأوربية، مما يجعله غير مبرر (20).

كذلك روعي عند إبرام الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الصادرة في 22-11-1969 م تضمينها نص يلزم الأطراف فيها باحترام الحياة الخاصة (م 11 منها)، والذي لا يعدو أن يكون تكرارا شبه حرفي لما ورد بالمادة (17) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966م سابق الإشارة إليه.

وضمانا لإيجاد وسائل فعالة لحماية الحقوق الواردة بها، فقد نصت هي الأخرى على إنشاء اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، وذلك على غرار ما ذهبت إليه الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان تقريبا.

كما أن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة في دورته العادية رقم 18 بنيروبي (كينيا) في يونيو سنة 1981 م (21)، أورد في مادته الرابعة بأنه لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان ومن

---

Renée Koenig-Joulin : "Des implications repressives du droit au respect de (20) la vie privée de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme Rev. Sc. Cr. 1986, P. 721 et S

(21) وتعود فكرة وضع هذا الميثاق إلى القرار الصادر عن مؤتمر القمة لمنظمة الوحدة الإفريقية المنعقد في (منروفيا) في دورته السادسة عشرة في الفترة من 17 - 20 يوليو 1979م، وهو قرار رقم 115 القاضي بضرورة وضع الميثاق المذكور. وبناء على ذلك تم تنظيم مؤتمر مصغر لعدد من الخبراء الأفارقة في مجال القانون في دكار (عاصمة السنغال) لإعداد مشروع الميثاق المشار إليه.

وقد دخل هذا الميثاق حيز التنفيذ اعتبارا من 21 - 10 - 1986 م بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل أغلبية الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية.

(راجع حول هذا : د. محمد الإدريسي العلمي، "الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب"، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية التابع لوزارة العدل المغربية، العدد 25، أكتوبر 1992م، ص 51 وما بعدها).



حقه احترام حياته وسلامة شخصيته البدنية والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا.

وقد نص الميثاق المذكور - في سبيل النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها في إطار منظمة الوحدة الإفريقية - على تشكيل اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (م 30 منه). إلا أن المؤسسات التي تضطلع بوضع المبادئ التي جاء بها هذا الميثاق موضع التطبيق غير كاملة، إذ أغفل النص على تشكيل محكمة خاصة لحقوق الإنسان على نحو ماهو معمول به وفقا لأحكام الاتفاقيتين السابقتين.

وعلى الصعيد العربي، يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى مشروع الميثاق العربي بها هذا الميثاق موضع لحقوق الإنسان الذي تم إعداده في إطار جامعة الدول العربية، حيث تضمن نصا مشابها يؤكد على حرمة الحياة الخاصة، وفوق هذا لم يكتف فقط بما رددته المواثيق السابقة، بل جاء كما يبدو من صياغته، أكثر حرصا على حماية الحق في الخصوصية، إذ اعتبر المساس بهذا الحق جريمة (مادة 6 من الميثاق المذكور) (22).

ونشير في هذا الإطار كذلك إلى مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي الذي تم إعداده من قبل مؤتمر الخبراء العرب الذي نظمته المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية بسيراكوزا في الفترة من 5 - 12 ديسمبر 1986 م.

وقد أمكن التوصل إلى هذا المشروع المقترح بعد استعراض الوثائق ذات العلاقة بحقوق الإنسان الصادرة عن الأمم المتحدة والمجلس الأوروبي والاتفاقية

---

(22) أنظر بحثنا سابق الإشارة إليه، ص 36.

الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي ومشروع الاتفاقية العربية لحقوق الإنسان بجامعة الدول العربية التي ألحنا إليها سابقا (23).

وما يهمنا في هذا المشروع أنه نص في المادة 12 منه على أن "للحياة الخاصة لكل إنسان حرمة، وتشمل هذه الحياة الخاصة خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن وسرية المراسلات وغيرها من سبل المخابرة الخاصة، ولا يجوز المساس بها إلا في حدود القانون".

خاتمة : وهكذا، فإن جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية سواء منها العالمية أو الإقليمية، تقرر احترام الحياة الخاصة للإنسان وحمايتها من أي مساس بها، وتحظر التدخل فيها أو انتهاكها إلا في حدود ضيقة يقررها القانون، وفي حالات جد استثنائية تقتضيها المصلحة القومية العليا، كحفظ الأمن والنظام العام والصحة العامة وحماية الأخلاق والأداب أو حماية حقوق حريات الآخرين.

إلا أن المشكلة تكمن أساسا في عدم إلتزام كثير من الدول الموقعة على هذه المواثيق أو الاتفاقيات بما تعهدت به. وهنا تظل المبادئ الواردة بها حبرا على ورق ما دامت الدول غير ملزمة بالإنصياح لها (24)، خاصة مع غياب المؤسسات

---

(23) وعقب الفراغ من إعداد المشروع النهائي للميثاق المذكور، ثم ارسال نسخة منه إلى كل من رؤساء الدول العربية ووزراء الخارجية العرب ووزراء العدل العرب، وإلى الأمين العام لجامعة الدول العربية والأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي. فضلا عن تعميم ما يزيد على 500 نسخة على شخصيات من الوطن العربي.

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع الميثاق المذكور لقي تأييدا من قبل اتحاد المحامين العرب الذي يمثل ما يزيد على مائة ألف محام، وذلك أثناء انعقاد مؤتمر الاتحاد بالكويت في شهر أبريل 1987 م.

وكان لهذا المشروع صدى واسع في الصحافة العربية، إذ تناولته أقاليم الصحفيين في الصحف والمجلات الصادرة في بعض الدول العربية، ومنها مصر وسوريا والمغرب والجزائر والمناطق المحتلة بفلسطين

(24) ومع هذا فإن بعض الدول - ومنها مصر وفرنسا على سبيل المثال - استجابت لمقتضيات هذه المواثيق فيما يخص حماية الحياة الخاصة، حيث ذهبت في تشريعاتها إلى تحريم المساس بها متى تم ذلك عن طريق التنصت على المكالمات الهاتفية والأحاديث الشخصية بدون رضا صاحب الشأن، وفي غير الأحوال المسموح بها قانونا متى ما وقع ذلك في مكان خاص. = =

التي من شأنها أن تجعل مثل هذه المواثيق والعهد الدولية موضع التطبيق الفعلي، على غرار ما هو معمول به في إطار القانون الداخلي. يضاف إلى ذلك عامل آخر، ألا وهو غياب وعي المواطن في أغلب الأحيان بالحقوق التي تكفلها له هذه المواثيق، وبالتالي لا يكثر بالدفاع عنها ضد كل ما من شأنه أن يؤدي إلى انتهاكها أو المساس بها من قبل سلطات الدولة.

ومن تم، يقتضى إيلاء مضمين هذه المواثيق قدرا من الإهتمام من خلال برامج التعليم المختلفة كي يتعمق الوعي لدى الأفراد بحقوق الإنسان منذ الطفولة، فهذا كفيل بأن يجعلهم يتشبثون بها، ولا يقبلون التنازل عنها أو التسامح في النيل منها.

وبطبيعة الحال فإن هذا الأمر يتطلب مناخا سياسيا ديمقراطيا، إذ لا تحظى حقوق الإنسان بأي قدر من الإحترام في ظل الأنظمة السياسية الديكتاتورية القائمة على القمع والاستبداد وما أكثرها في عالم اليوم.

---

== راجع : Gabriel roujou de bou boubée :

La protection des droits de l'homme en droit pénal francais Rev. Int.dr Pén.  
47ème année 1976, No. 1 et 2, P. 93 et S. XIIème congrés International de  
droit pénal (septembre 1979)

وكذلك راجع : د. محمد محيي الدين عوض، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة 1989 م (بدون مكان النشر)، ص 250 وما بعدها. م. د. محمد خليل بحر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 420 وما يليها.

p. 49 → p. 57

007566-A

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007566- تاريخ 12/10/07  
جريدة

# مقارنات بين المصطلحات القانونية العربية والأجنبية

للأستاذ : عبد الرحيم بن سلامة  
مستشار بالمعهد الوطني للدراسات  
القضائية

تعرضنا في البحوث والدراسات القانونية الفاظ ومصطلحات حقوقية نكف  
ازاءها حائرين لاختلاف معانيها في اللغات الأجنبية من جهة، ولعدم وجود  
مصطلحات بالعربية تعبر عنها في المدلول واللفظ من جهة أخرى.

ولذلك سنحاول في هذا البحث القيام بمقارنة بسيطة بين الألفاظ القانونية  
العربية وما يقابلها من اصطلاحات والفاظ في اللغات الأجنبية، ولاسيما  
الفرنسية باعتبارها اللغة المتداولة في كثير من الدول العربية :

## 1 - القانون

تطلق كلمة القانون، ويراد بها عدة معان، فهناك من يجعل لها مقابل Law  
في الانجليزية أو Loi أو Droit في الفرنسية، ومثل هذا الاختلاف في اللفظ  
نجده حتى في اللغة العربية نفسها فكثير من رجال القانون لا يفرقون بين كلمة  
قانون وحق مع أن الفرق كبير بينهما.

ونحن يهمننا أن نذكر هنا بعض المصطلحات القانونية العربية وما يقابلها من  
اصطلاحات في اللغة الفرنسية، وأهمية ذلك تظهر في تقسيم القانون الى قانون  
عام (Droit Public) وهو الذي ينظم شؤون الدولة وسلطاتها التشريعية  
والقضائية والتنفيذية، وإلى قانون خاص (Droit Privé) وهو الذي ينظم



المعاملات التجارية ومن ضمنها التجارة البحرية التي يحكمها قانون خاص هو القانون التجاري البحري Droit commercial maritime وهو خاص بتجارة السفن والصفقات التجارية التي يتم نقلها بواسطة السفن البحرية، وأحيانا قد تحدث منازعات بشأن هذه التجارة البحرية يحكمها قانون خاص، هو قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit de procédure civile et commerciale.

أما أنواع القانون الأخرى فمتعددة مثل القانون العسكري Loi militaire (military law) وقانون العقوبات Droit Pénal والقانون الجنائي الدولي Droit Pénal international والقوانين عامة مختلفة، فهناك القانون التفسيري Loi interprétative والقانون الطبيعي أو القوانين الطبيعية Droit naturel (laws ure) والقانون الوضعي Droit positif. والقانون المكتوب (المسنون) يقابله في الإصطلاح الفرنسي Droit écrit وغير المكتوب (أو غير المقتن) وكذلك القانون الموضوعي Droit de fonds, Droit de tification والقانون الشكلي Théorie أو المنفذ Sanctionnateur , وتعرف القوانين المتعلقة بالنظام العام Lois d'ordre public والقوانين المقررة أو السامحة Permissives أو Déclaratives أو الملزمة Supplétives والأولى هي كل القواعد الملزمة Les règles obligatoires أو الأمرة أو الناهية Impératives ou Prohibitives وهي القواعد التي لا يجوز لأي إنسان أن يخالفها، ومن هنا جاء القانون النظامي-Loi organique وكثيرا ما يقع إلغاء القوانين أو نسخها Abrogation des lois أو جمعها Codification وأحيانا يكون القانون للإعتراض Droit de veto والقانون عندما يصدر يطبق ويكون سريانه شاملا للناس كافة Application des lois

إلى هذا الحد نكون قد زدونا القارىء ببعض الإصطلاحات القانونية العربية ومايقابلها في مصطلحات (قانونية) في اللغة الفرنسية.

## 2 - الحق

هناك من لايفرق بين القانون والحق ولا سيما في اللغة الفرنسية مع أن هناك خلافا واضحا بينهما في اللغة العربية والإنجليزية، فالحق Right:

والقانون : Law اما في الفرنسية، كلمة Droit تستعمل فيراد بها القانون والحق دون أي فرق، فنقول الحقوق العامة : Droit Publics والحقوق الخاصة Droits Privés والحقوق السياسية Politiques Droits والحقوق المطلقة Droits Absolus والنسبية Droits relatifs والحقوق العينية Droit Réels والحقوق الشخصية Droits de Créance وهناك الحق التبعية Droit de Suite والحقوق الذاتية Antécédents والوصفية Remédial وهناك الحق التام Parfait والحق الناقص Imparfait والحق الأصلي Droit Principal ونقول الحقوق العائلية Droit de Famille والحقوق المالية Droit du Patrimoine وكذلك الحقوق الذاتية Antécédents والوصفية Remédial إلا أنهم يسمونها بالغائية أو الوسيلة، غير أن الحق الأصلي Droit Principal هو ما لا يترتب وجوده على حق سابق كحق الملكية، والحق التبعية Accessoire أو Droit de suite وهو ما يترتب وجوده على حق سابق كالرهن Pacte comissoire والحق لا بد له من محل objet .

### 3 - الأشخاص

الأشخاص : Personnes في القانون نجدهم نوعين : شخص حقيقي Réelle أو طبيعي Physique وهو الإنسان أو الفرد Individu أو شخص أدبي أو اعتباري أو معنوي أو قانوني : Personne morale, fictive ou juridique

وليس للشخص حقوق ولا يتحمل واجبات إلا أثناء حياته. ولكن بعض الأشخاص كانت الكنيسة تحكم عليهم بالموت المدني Mort civile فيسلبون من جميع الحقوق العامة والخاصة.

أما الشخص الاعتباري Personne morale فقد اختلف رجال القانون في وجوده، فهناك من أنكره وهناك من جعله شخصا وهميا مجازيا لا بد من أن يصرح بأن الشخص المعنوي أو الإعتباري تكون لمنفعة عامة Déclaration d'utilité publique وعليه لا يخرج عن السلطة المخولة له، فإذا تجاوزها يقال عنه أنه يخرج عن سلطة الشخص الاعتباري Ultra vires والأشخاص

الاعتبارية ليس كلها واحدة، فهي إما عامة كالدولة والحكومة وفروعها مثل  
Personne morales de droit public والجامعة والمختلفة

وإما خاصة De droit Privé وهذه إما أن تكون مكونة بقصد الربح أو  
الكسب المالي كالشركات Sociétés التي تكون أحيانا شركات مدنية Sociétés  
civiles وهي ماكن الغرض منها القيام بأعمال مدنية Sociétés commerciale  
كشركات استغلال الأراضي. وأحيانا أخرى تجارية وهي ماكان الغرض منها  
القيام بأعمال تجارية. والشركات التجارية قد تكون شركات أشخاص Sociétés  
de personnes وهي التي تتكون من أشخاص معروفين على أساس الثقة  
المتبادلة بينهم بحيث لو حصل خطأ في شخص الشريك أو توفي حلت الشركة،  
وقد تكون شركات أموال Sociétés de capitaux وأهمها شركات المساهمة  
Sociétés Anonymes وهي تتكون من أعضاء مساهمين شخصياتهم غير  
معتبرة أساسا للدخول في الشركة، فلا يؤثر فيها موتهم أو تغييرهم، ومن  
الأشخاص الإعتباريين نجد الجمعيات Associations: وهي أنواع متعددة  
كالجمعيات الخيرية والرياضية والثقافية والدينية الخ. فكلها تأخذ طابع  
الشخصية المعنوية أو الإعتبارية.

#### 4 - الأشياء والأموال

كل حق لا بد له من محل Objet ومحل الحق هو الأشياء: Choses أو  
الأموال Biens والأشياء التي يملكها الجميع يسمونها Choses communes  
فلا تكون جزء من ثروة الإنسان: Son patrimoine ولا تقدر بالنقود  
مثل الهواء والشمس، وهناك الأشياء القابلة للتملك ap-Suceptibles  
propriées وغير القابلة للتملك Non susceptibles d'être appropriées ou  
non appropriées: إما حسية Corporelles: وغير حسية معنوية  
Incorporelles والأشياء يمكن تقسيمها إلى عقار Immeuble و  
ومنقول Movable وقد يكون العقار عقارا بالتخصيص Immeuble par  
destination وفي هذه الحالة تصبح بعض المنقولات في حكم العقارات

كالأشجار بالنسبة للأرض وكذلك الماشية. ويلاحظ أن وضع اليد بحسن نية في حالة المنقول يفيد الملك En fait de meuble la Possession vaut titre وفي العقار لا يفيد وضع اليد.

أما الأموال فيمكن تقسيمها إلى خاصة Biens privés وعامة Biens publics وهناك أموال الدولة أو المخزنية Domaine privé de l'Etat فللحكومة بيعها وتأجيرها واستغلالها بأية كيفية معقولة، والأموال في حد ذاتها إما مباحة Biens libres أو مملوكة Biens Milks ou appropriés أو موقوفة أو محبسة Biens Wakfs وقد تكون قابلة للإستهلاك Consomptibles وغير قابلة للإستهلاك Non consomptibles الأولى مالا يمكن استعمالها إلا باستهلاك كالخبوب والمأكولات وتعتبر النقود مستهلكة حكما لأنها لا تستعمل إلا بخروجها من يد صاحبها، والثانية هي ما يمكن استعمالها بدون استهلاكها كالأرض والبناء والآلات. وهناك الأموال القيمة Non fungibles والمثلية Fongibles فالأولى لا يقوم غيرها مقامها، فمثلا حصان السباق لا يمكن تعويضه بآخر، والثانية هي ما يقوم بعضها مقام بعض، كزغيف الخبز يقوم مقام زغيف آخر، والأموال أيضا إما قابلة للتجزئة Indivisibles وغير قابلة للتعامل Dans le commerce ، وأصلية Principale وتبعية Accessoires ، وهناك قاعدة معروفة في القانون وهي أن الأصل يتبع الفرع :

Accessorium sequitur principale هذه قاعدة معروفة في الفقه الإسلامي بعكس ما هو معروف في القوانين الأجنبية.

## 5 - التصرفات والعقود

التصرفات القانونية Actes Juridiques كثيرة تقع بسبب البيع أو الشراء أو الوصية أو الزواج أو الشركة أو الأيجار، وكل عمل من هذه الأعمال تطلق عليه عبارة تصرف Acte أو حدث Fait والتصرف القانوني هو عمل ارادي Acte de volonté يصدر عن الشخص بقصد أن يحدث أثرا محسوسا



بغير موقفه القانوني إزاء الغير<sup>(1)</sup> وقد ترتب عن هذا الموقف حق الطرف الآخر نتيجة وقوع حوادث قانونية Faits juridiques ، والمثل الأعلى للتصرفات القانونية هو العقود Contrats، وقد تبرم تلك العقود باطلة Nul أو قابلة للبطلان Annulable بسبب الوقوع في الغلط Erreur أو التدليس والغش Dol أو الإكراه المعنوي Violence ويحصل ذلك إما عمدا أو مقصودا Intentionnel أو عن غير قصد Non intentionnel ويؤكد عند ذلك عنصر الباعث Motif أو النية Intention أو الغرض But immédiat أو الحافز But déterminant، وعندما يقع اعتداء على الأموال يجوز لصاحب المال أن يمارس حقه في الدفاع الشرعي للحفاظ على أمواله L'Égitime défense.

## 6 - الملكية والحقوق المترتبة عنها

الملكية هي حق مالك المال في استعماله والانتفاع به والتصرف فيه بصفة مطلقة، أما حق الاستعمال Usus فمعناه استخدام الشيء فيما وضع له بحسب طبيعته كزرع الأرض وسكنى المنزل وركوب السيارة الخ .. وأما حق الاستعمال أو الإنتفاع Fructus فهو التمتع بالثمار التي ينتجها المال سواء أكانت طبيعية كالصوف واللبن من الماشية أم كانت مدنية كالأجرة التي يحصل عليها المالك من استعمال الغير للملكه كإيجار المنزل مثلا، وأما حق التصرف Abusus فهو إخراج المالك المال من ملك نفسه بإعطائه للغير سواء بمقابل كبيعه أو بدون مقابل كهبته (الهبة Donation) فاستغلال الحق: Abus du droit هو الذي يوضح لنا كفيته القانونية، فالملكية الفردية Propriété individuelle وهي التي يكون فيها للمالك حق الإنفراد باستعمال ملكه والإنتفاع به والتصرف فيه، تختلف عن ملكية الشيوع Indivision وهي التي يكون فيها المال مملوكا لأكثر من شخص واحد فيكون الشخص غير مجبر على فيكون الشخص غير مجبر على البقاء في الشيوع أو الشياخ Nul n'est tenu de rester dans l'indivision

(1) راجع دوجي (كتاب القانون العام ص 75=76 كابيتان جزء 1 ص 60، وكذلك كتاب (القانون والقضاء)

فإذا لم يحصل الإتفاق جاز لكل شريك أن يطلب القسمة Partage لأن الملكية مشتركة Propriété collective

ويوجد نوع آخر من الملكية يسمى بالملكية الفنية والأدبية Propriété artistique et littéraire وهي عبارة عن حق المخترع والرسام والموسيقي والمؤلف - في عمله - وباختصار فإذا ماعدنا أنواع الحقوق المترتبة عن الملكية نجد مايلي:

(1) حق ملك الرقابة Nue propriété

(2) حق الإنتفاع Usufruit

(3) حق الإرتفاق Servitude

(4) حق الرهن Hypothèque.

ويمكن للمالك أن يحتفظ بكل هذه الحقوق أو بعضها. والرهن إما حيازي Gage وإما تأميني Hypothèque. وإلى جانب هذه الحقوق هناك الحق في الإرث Succession والوصية Testament والشفعة Prémption. وقد يحدث أن يقع التملك بالأشياء Occupation ou appropriation أو بمضي المدة (التقادم) Perscription أو بالحيازة Possession ولكل مصطلح مفهومه القانوني الخاص.

## 7 - القضاء والمحاكم

نقول النظام القضائي ويقصد به L'organisation judiciaire والمحاكم تختلف من بلد لآخر، فهناك من يأخذ بنظام المحاكم العامة Tribunaux de Droit Commun التي لها الإختصاص العام Compétence générale وهناك المحاكم المدنية Tribunaux Civils والمحاكم التجارية Tribunaux de Commerce والمحاكم الجنائية Tribunaux de justice sommaire ومحاكم الاستئناف Cours d'appel والمحاكم الإدارية Tribunaux administratifs

وتوجد بداخل كل محكمة هيئة عامة تسمى النيابة العامة Parquet التي قد تطلب من قاضي التحقيق Juge d'instruction أن يستجوب المتهمين بعد أن يقع استدعاؤهم من طرف الشرطة القضائية Police judiciaire وبعض الدول تأخذ بنظام المحاكم المختلطة Tribunaux mixtes تصدر أحكامها في جريدة رسمية خاصة Bulletin officiel des Tribunaux وتتنشر أحكام المحاكم (ماجري به العمل بها) La jurisprudence في بعض الأحيان في مجلة أو نشرة. Gazette des Tribunaux وهذه الأحكام تشكل القانون كما يقول كثير من الفقهاء La jurisprudence fait la loi وتعتبر هذه الأحكام في المحاكم الإنجليزية سابقة قضائية Précédent تنقيد بها المحاكم التي تصدرها والمحاكم الأخرى الأقل منها درجة، وبعض المحاكم لا تنقيد إلا بالقوانين الدستورية التي يقع التصديق عليها من طرف البرلمان، فاللوائح Règlement لا يمكن أن تأخذ صبغة القوانين لأنها لا تصدر عن السلطة التشريعية ولذلك فالمحاكم غير ملزمة بتطبيقها في الدعاوي المعروضة أمامها.

## 8 - معان واصطلاحات قانونية

تصادفنا في بعض الأحيان معان ومصطلحات قانونية مثل النظام Uni-formité والترتيب Conformité والاطراد Régularité والطاعة Obéissance والسلطة Autorité والقوة Force وهي القدرة على الإكراه Coercition أي إجبار الناس على احترام القانون وتنفيذه : Exécution والذي يخالفه يتعرض للعقاب Punition أو الجزاء Sanction وكل هذه حتى تكون روح العدالة Justice سائدة ومحترمة وتسهر على ذلك المحاكم الجنائية Tribunaux de justice sommaire أو محاكم العدل Courts of justice بالإنجليزية وأحيانا يكون العقاب معنويا بسخط الرأي العام Opinion publique ولكن هذا لا يكفي لأن القانون أمر Command من السلطة أو الحاكم Souverain. Sovereign الذي له الكلمة العليا فلا يمكن للرأي العام أن يخالف رأي السلطة. وعندما نقول السلطة فإننا نقصد الهيئات الثلاث في الدولة، وهي :

التشريعية والقضائية والتنفيذية التي تقتضي الفصل بينها، طبقاً للمبدأ القانوني الشهير فصل السلطات المعمول به في معظم الدول الديمقراطية -Principe de séparation des pouvoirs

#### 9 - خلاصة قصيرة

تلك هي المصطلحات القانونية التي أرتأينا أن نجعل منها تمريناً عملياً Apprentissage حتى لا يبقى هناك أي إلتباس في مصطلحاتنا القانونية التي من مميزات الشمول في المعنى والدقة في المفهوم اللفظي، وإلى حلقة ثانية من بحثنا في عدد قادم بحول الله.



٠٥٨ → ٠٨٨  
٠٠٧٥٦٧ - A٨



المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007567  
تاريخ 15/10/07  
جذينة  
Ar

# تسوية النزاعات التجارية الدولية الواقع والآفاق

للأستاذ : غزيول برادة محمد  
المستشار بمحكمة الاستئناف  
بفاس

تعرف التجارة الدولية في عصرنا هذا نشاطا موسعا لم يسبق له مثيل وذلك بسبب ما افرزته الثورة العلمية والتكنولوجية من تسهيل عملية تصنيع منتجات كثيرة وبشكل يفوق الوعاء الداخلي للدول وساهم في انجاح هذه العملية طرق الاتصالات السلكية واللاسلكية الجديدة وتوفير وسائل النقل المتعددة وبالسرعة اللازمة ووجود منافسة تجارية دولية وظهور تكثلات اقتصادية وتكامل دولي لتخصص بعض الدول في انتاجات معينة و اجزاء من السلع أو مكوناتها وأخرى في إتمام بعض المنتجات. وكان من نتيجة ذلك أن اخذت التجارة الدولية بعدا جديدا مواكبه للتطور الصناعي وتلبية لحاجة السوق الخارجية. ولانجاح الصفقات التجارية الدولية أصبح من اللازم على القائمين بها ان يكونوا على علم ودراية بمجموعة من القواعد القانونية والتنظيمية.

ذلك أن عملية تمرير البضائع خارج الحدود الجمركية تصديرا او استيرادا تقتضي التعامل مع أطراف أجنبية مباشرة أو عن طريق الوسطاء على بيع أو شراء سلع معينة يتم تحديد مواصفاتها وكيفيه نقلها والتأمين عليها وتسليمها وطريقة اداء ثمنها إلى غير ذلك من الالتزامات المتقابلة والتي تتم صياغتها في عقود ويعبر عنها عادة في التجارة الدولية بالمصطلحات التجارية الدولية

"لانكوترم" وطبيعي أن هذه الالتزامات بحجمها الكبير تطرح في بعض الأحيان مشاكل قد يقع التنبه لها مسبقا حيث يشار في عقد البيع الدولي الى كيفية حلها وديا أو قضائيا أو عن طريق التحكيم. وإذا كانت الاستشارة الحبية LA CONSULTATION AMIABLE تقتصر على ابداء الرأي بشأن عيب في البضاعة أو نقص فيها وتحديد المسؤولية فإن المصالحة أو التوفيق LA CONCILIATION تهدف إلى وضع حد للخلافات عن طريق ابرام صلح وتتسم بالسرعة.

وفي حالة ما إذا لم تلجأ الأطراف الى المصالحة أو التوفيق يبقى أمامها طرح النزاع أمام القضاء أو أمام جهة التحكيم التجاري الدولي.

وطرح النزاع أمام القضاء يثير مشكل تنازع القوانين إضافة إلى المصاريف القضائية وما يمكن ان يعانيه المحكوم لفائدته من مشاكل بعد صدور الحكم أثناء عملية تنفيذ المقرر القضائي بدولة المحكوم عليه خصوصا عندما لا توجد اتفاقية بين دولة المصدر والمستورد بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية وحتى في حالة وجودها فإن الأمر يتطلب تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية ومع الوصول إلى هذه النتيجة فإن تنفيذ الحكم يكون صعبا عندما توجد أموال وأمتعة المنفذ عليه بدولة غير الدولة التي يقيم بها.

وتلافيا لهذه الصعوبات فقد تمكن التجار من تجاوزها وذلك باختيار أشخاص يتمتعون بكفاءة وخبرة في موضوع النزاع وبحدتهم لفض نزاعاتهم في أي مكان باستعمالهم قانونا غير قانون أحد طرفي العقد وبمرونة تامة مع السرية التي ينشدهونها لاعمالهم ولسمعتهم وبالسرعة التي يفرضها التعامل التجاري وبأقل تكلفة وذلك بلجوئهم إلى التحكيم التجاري الدولي.

ونظرا لأهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة نافعة لحل الخلافات التجارية الدولية سوف نعرف به، وبالمؤسسات والمنظمات التي يجري في ظلها. ثم سنتعرف بعد ذلك على طبيعته لنقف عند المحكم والمواصفات التي ينبغي أن تتوفر فيه والالتزامات ومسئوليته وكيفية تحديد اتعابه.

والتحكيم كعمل قضائي خاص يفرض تطبيق قواعد قانونية سواء من حيث الاجراءات المسطرية أو من حيث الموضوع، وحتى تتم الاحاطة بجوانب الموضوع لا بد من الوقوف عند اشكال التحكيم وكيفية تنفيذ مقررات المحكمين وموقف المشرع المغربي منه. ومن أجل الوصول إلى الآفاق المستقبلية لحل النزاعات التجارية الدولية اكتمالا للعنوان الذي اخترناه سنذلي برأينا المتواضع كما نتصوره في المستقبل.

### التعريف بالتحكيم وطبيعته وأنواعه

يقصد بالتحكيم اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى جهة قضائية اختيارية لفض نزاعاتهم القائمة أو المحتملة بواسطة شخص أو عدة أشخاص معينين من طرفهم أو من طرف هيئة متخصصة فهو "عبارة عن رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة ويعبر عن إرادة ورغبة أطراف النزاع في التخلص من القانون بحل نزاعاتها طبقا لمبادئ أكثر اتساعا من تلك التي ينظمها القانون الوضعي" (1). وانطلاقا من هاته الصورة التي أصبح عليها التحكيم يمكن اعتباره جهة قضاء خارج نطاق القضاء العام يتنازل بمقتضاه الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء بمحض إرادتهم ويطرحون نزاعاتهم على محكم ARBITRE أو أكثر للبت فيه بحكم يقبلونه مسبقا متحللين بذلك من شكليات القضاء النظامي. وقدما قال ارسطو أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما لايعتد القاضي إلا بالتشريع.

ويقول عنه عميد فقه القانون التجاري الدكتور محسن شفيق "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلف فهو في أوله اتفاق وفي وسطه اجراء، وفي آخره حكم وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصورة عند تعيين القانون الواجب التطبيق" (2).

(1) الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ذ : أبو زيد رضوان 1981 والتحكيم الإختياري والإجباري الدكتور أحمد أبو الرفا 1983

(2) الدكتور شفيق محسن التحكيم التجاري الدولي 1974.1973 ص 73.

وأصبح التحكيم يلعب الآن دورا أساسيا في تكوين وصياغة قانون مهني خاص بالتجارة الدولية وهو قانون غير وطني يبتعد عن قانون الدولة كما يبتعد عن القانون الدولي العام الذي ينظم علاقات الدول مع بعضها البعض.

لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي بهذه المثابة نظاما قضائيا يعلو فوق النظم القانونية الوطنية وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية لم يعد قاصرا على فض النزاعات بعد نشوبها بل أصبح أداة فعالة يجب استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة أو أثناء تنفيذ هذه العقود<sup>(1)</sup> وعرف التحكيم التجاري الدولي في فرنسا بأنه الوسيلة التي تخول حل مشكل تجاري له فوائد تجارية تتعدى الإطار الوطني بين طرفين أو أكثر بواسطة طرف أو أطراف من الغير يستمدون سلطتهم من اتفاق ويعملون على أساس هذه الاتفاقية دون أن تتم تسميتهم من طرف الدولة :

والتحكيم قد يتم بناء على اتفاق يوقعه الأطراف بشأن نزاع حيث يطلق عليه اسم مشاركة التحكيم CLAUSE COMPROMISSOIRE وقد يأتي في شكل شرط ينص عليه أطراف النزاع في العقد أو تقع الإشارة إليه في العقود النموذجية ويشيرون بمقتضاه إلى أنهم سيطرحون ماقد يطرأ من نزاع بشأن تفسير العقد أو تنفيذه على محكم أو محكمين أو هيئة تحكيمية نظامية ويسمى مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم COMPROMIS

وللإشارة فإن التحكيم كان موضوع كتابات متعددة من طرف الباحثين كما تناولته عدة مؤتمرات دولية ولقاءات مهنية<sup>(2)</sup> وهو ليس بالغريب على المسلمين

---

(1) كمال إبراهيم "التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية دارالفكر العربي 1991.

(2) للمزيد من المعلومات انظر اللغة العربية.

دراسة في قانون التجارة الدولية الدكتور ثروت حبيب منشأة المعارف، ص 102 وما بعدها وأيضا أحمد أبو الوفاق كتابة عند التحكيم وإجراءاته 1974 منشأة المعارف الإسكندرية وبالفرنسية



الذين ركزوا عقلية التحكيم في فض النزاعات الفردية والجماعية في شمال أفريقيا، وكان التاريخ العربي والإسلامي حافلا بالتحكيم على غرار ماكان موجودا في المدن اليونانية التي كان لها مجلس دائم للتحكيم في كل مدينة. ويحضرنا بهذه المناسبة التحكيم الذي قام به الرسول صلى الله عليه وسلم بين قبيلة قريش والقبائل الأخرى حول وضع الحجر الأسود في ركن الكعبة والتي حكموا فيها الرسول صلى الله عليه وسلم باعتباره أول من دخل من باب بني شيبه حيث بسط رداءه على الأرض ووضع فيه الحجر ومسك كل ممثل لقبيلته الرداى الأرض ووضع فيه الحجر ومسك كل ممثل لقبيلته الرداء من جهة ورفعوه جميعا إلى مكانه ووضع الرسول في موضعه وحل بذلك الخلاف الذي كان قائما. وعلى مستوى الحروب الأهلية يمكن الإشارة إلى التحكيم الذي استعمل لإنهاء الحرب بين علي ومعاوية في معركة صفين. ومادنا تشير إلى موقف الإسلام من التحكيم واهتمام العرب به على المستوى الداخلي والخارجي لابد من الإشارة إلى أصل ثابت ونص واضح في القرآن الكريم في شأن اللجوء إلى التحكيم في سورة النساء الآية 35 عندها قال سبحانه وتعالى "وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما".

وقد ازداد اهتمام العرب بالتحكيم عبر المراحل التاريخية. ونظرا للإهتمام المتزايد بالتحكيم نجد عدة منظمات وهيئات عامة وخاصة تديره (1) وكل واحدة تطلق على نفسها التسمية التي تراها مناسبة : من ذلك محكمة تحكيم COUR D'ARBITRAGE

---

== - L'ARBITRAGE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE DR DALLAS T. 1

- PROBLEMES RELATIFS A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

- L'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL RENE DAVID

(1) للمزيد من المعلومات انظر البحث الذي اصدرته اللجنة الاقتصادية الأروبية التابعة للأمم المتحدة والمتعلق

بمختلف المنظمات التحكيمية الوطنية أو الدولية في أنحاء العالم تحت عنوان

REPertoire DES INSTITUITS NATIONALES EXERCANTE UNE ACTIVITE DANS LE DOMAINE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

انظر أيضا : قيمة الحكم الأجنبي في ضوء التشريع والاتفاقيات القضائية التي صادق عليها المغرب مقال منشور مجلة الحاماة العدد 23.

ASSOCIATION CENTRE D'ARBITRAGE أو جمعية تحكيم  
D'ARBITRAGE أو غرفة تحكيم CHAMBRE D'ARBITRAGE أو مكتب  
تحكيم D'ARBITRAGE BUREAU (1) وفي إطار تقنين بعض الجوانب المتعلقة  
بالتحكيم ظهرت جهات علمية متخصصة تهتم به منذ زمن بعيد وفي هذا  
الإطار نسجل من بينها:

- معهد المحكمين في بريطانيا سنة 1915
- المؤسسة الأمريكية للتحكيم سنة 1923
- الإتفاقية الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية التي أقرتها عصبة الأمم.
- الإتفاقية الأوربية للتحكيم التي أصدرها المجلس الأروبي.
- وعلى مستوى الجهات العامة والعلمية فقد صدرت قواعد ولوائح إجراءات التحكيم من ذلك مثلا :
- القواعد التي وضعتها جمعية القانون الدولي سنة 1950 والمعروفة بقواعد "كوبنهاغن"
- القواعد التي وضعها معهد القانوني الدولي سنة 1959 والمعروفة بقواعد "نيوشاتل".
- القواعد الموضوعة من طرف اللجنة الاقتصادية لدول آسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة سنة 1966 (2)
- وفي جميع الأحوال فإن نشاط المؤسسات التحكيمية لا يخلو :  
أما أن يكون عاما يبيث في جميع النزاعات التجارية بحكم خضوعه لغرفة تجارية أو منطقة معينة مثل :
- محكمة تحكيم لندن.
- محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة في مانشيستر
- غرفة التحكيم في باريس إلخ ...

(1) دراسة في قانون التجارة الدولية هامش ص 110 مرجع سابق.

(2) نفس المرجع.

وقد يكون خضوعها تابعا لجمعية أو هيئة وطنية مثل :

- المعهد الهولاندي للتحكيم

- محكمة التحكيم التابعة للجنة الألمانية للتحكيم التجاري.

- المجلي الهولاندي للتحكيم.

- جمعية التحكيم الأمريكية الخ ...

وأما أن يكون نشاطها متخصصا. هذا التخصص قد يكون

أ - في فرع معين من فروع التجارة الدولية.

ب - أو نوع معين من المنتجات ينصب نشاطها على التأكد من صفة البضاعة

مثلا :

- غرفة تحكيم القطن في "الهافر"

- محكمة التحكيم التابعة لبورصة الأقطان في "بريم"

- غرفة التحكيم التابعة لجمعية "لفربرول" للقطن وعلى هذه الشاكلة هناك

تخصصات أخرى في تجارة القمح البن - بعض المواد الغذائية.

## طبيعة التحكيم التجاري الدولي

يقع الخلاف بين المشتغلين بالمادة القانونية حول طبيعة التحكيم التجاري الدولي هل له طبيعة قضائية أم أن له طبيعة تعاقدية ؟ أم أنه ذو طبيعة مختلطة ؟

ومرد هذا الخلاف يرجع للفوائد التي تبدو في التطبيق العملي وفي تحديد القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها بصدده وحتى يتأتى لنا الإلمام بجوهر الخلاف المذكور لا بد من الوقوف عند مختلف هذه الآراء.

1- انصار الطبيعة القضائية : يرى أنصار هذه النظرية أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم باعتبار أن ما يصدر عن المحكم من قرارات هي أعمال قضائية كما هو الشأن في القضاء النظامي الذي ترعاه الدولة مادام عمل المحكم - بصفته قاضيا وقع اختياره من الأطراف - هو فض النزاع وعلى اعتبار أن "التحكيم يبدأ بعقد وينتهي بحكم، ويخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده ولقواعد قانون المرافعات من حيث آثاره، ونفاذه واجراءاته وببطل بما تبطل به العقود ويطعن في حكمه في كثير من التشريعات، كما يطعن في الأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام"<sup>(1)</sup>. "ولعل هذه النظرة هي أقرب إلى الواقع وهي التي تحضى الآن بتأييد كبير في أحكام القضاء الفرنسي وبعض الدول الأوروبية"<sup>(2)</sup> على اعتبار أن طبيعة الإجراءات المتبعة أمام المحكم وكونها بمثابة خصومة قضائية فتعد إجراءاتها قضائية بمعنى الكلمة ويكون حكمه بمثابة حكم قضائي وعمل قضائي لأنه يحل محل القاضي فتكون له وظيفته وصفته"<sup>(3)</sup>.

(1) التحكيم الإختياري والإجباري الدكتور أحمد أبو الوفا الطبعة الخامسة 1988.

(2) للمزيد من المعلومات، يمكن مراجعة أبوزيد وضوان في كتابه التحكيم التجاري الدولي.

(3) التحكيم الإختياري والإجباري مرجع سابق ص 202.



## 2 . انصار الطبيعة التعاقدية :

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم لا يتم إلا بناء على اتفاق الأطراف وبارادتهم سواء من حيث اختيار المحكم أو طريقة فض النزاع أو المسطرة المتبعة أو المحكمة المختصة سلطة المحكمين واختصاصاتهم وتنفيذ مقرراتهم الخ ... فعمل المحكم يستمد قوته من طبيعة التعاقد بين أطراف النزاع على اللجوء إليه على أساس مشاركة التحكيم. ومن ثم ينظر إليه على أنه "عقد عرفي لا يمكن أن تترتب عليه أحكام تكون لها طبيعة الأحكام القضائية ومن تم يكون التحكيم في خاتمة مطافه بمثابة صلح"<sup>(1)</sup>.

## 3 . أنصار الطبيعة المزدوجة للتحكيم :

يرى أنصار هذه النظرية أن للتحكيم طبيعة مزدوجة قضائية وتعاقدية حيث يكون اختيار المحكم بإرادة الأطراف وتعاقدهم قصد فض النزاع وفق القانون الذي ارتضوه والإجراءات المسطرية التي يفضلونها وينتقل التحكيم من هذا الوصف إلى الوصف القضائي عندما يتم تصديق القرار التحكيمي من طرف القضاء الوطني وتؤكد هذا الأخير من عدم خرقه لأية قاعدة قانونية داخلية عند المطالبة بإعطائه الصيغة التنفيذية فيصبح حكما قضائيا على غرار الأحكام الأجنبية. واعتقد أن الإتجاه الصحيح في هذا الصدد أن ينظر إلى الموضوع برمته ومن جميع زواياه. فعقد التحكيم وحده لا يكفي ليكون أساسا لتحديد طبيعة وظيفة المحكم لأنه لا يعتد بأي أثر من آثاره إلا لأن المشرع في قانون المسطرة المدنية يجيز التحكيم ويحدد من الإجراءات الآمرة ما لا يمكن بأي حال من الأحوال الإتفاق على مخالفتها وهذه الإجراءات وإن كان مبعثها في الأصل هو التعاقد إلا أنها تعد بمثابة إجراءات أساسية للتقاضي أمام المحكم وهي تحمل محل الإجراءات القضائية بنص القانون. ومنها ماقره المشرع بصدد حكم المحكم وكتابته وهذا الحكم يقف من الخصومة موقف أحكام القضاء وذلك بمجرد صدوره ولا يفترق عنها من ناحية حجيته وآثاره والظعن فيه وإن اختلف عنها من ناحية اجراءات

(1) التحكيم الإختياري والإجباري مرجع سابق.

التنفيذ بمجرد التحقيق من أنه قد صدر بالفعل بناء على مشاركة التحكيم وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون.

## أنواع التحكيم التجاري الدولي

إن أغلب النزاعات التجارية الدولية تتم تسويتها عن طريق التحكيم الذي يكون في الأغلب الأعم تحكيماً اختيارياً يتم بناء على اتفاق الأطراف وينص عليه في العقد (مشاركة التحكيم) وقد يتم باتفاق بين المتنازعين بعد وقوع الخلاف. والتحكيم التجاري الدولي بصفة عامة إما تحكيم حر أو نظامي.

### 1 - التحكيم الخاص :

فالتحكيم الخاص هو الذي يتم بناء على اتفاق الأطراف فيما يخص اختيار المحكمين وطريقة التحكيم والإجراءات التي ينبغي للمحكمين اتباعها لفض النزاع وهو تحكيم اختياري في غالب الأحيان عندما يتعلق بالنزاعات التجارية الدولية. والملاحظ أن الناحية التطبيقية أظهرت إقبال التجار على هذا النوع من التحكيم<sup>(1)</sup>.

أما التحكيم النظامي L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL فهو الذي "يجري في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحته أو قواعد التنظيمية، أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة ولا يهتم حينئذ كون المنظمة تتناول بنفسها أو لا تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه<sup>(2)</sup>."

### تشكيل هيئة التحكيم :

#### المحكمون :

نظام التحكيم قد يكون فردياً وقد يكون جماعياً على غرار ما هو موجود في النظام القضائي النظامي في الدولة.

(1) للمزيد من المعلومات انظر L'arbitrage dans le commerce international مرجع سابق ص 47.

(2) دروس في قانون التجارة الدولية مرجع سابق ص 110.

وإذا كان هناك، من يفضل نظام التحكيم الفردي لما يتمتع به هذا الأخير من مزايا السرعة والإستعجال وقلة التكاليف فإن هناك على العكس من ذلك من يفضل نظام التحكيم الجماعي باعتبار أن القضايا الشائكة يصعب حلها بواسطة حكم فرد. فمن هو إذن المحكم وماهي مواصفاته وكيف يباشر عمله وماهي المسطرة التي يتبعها ثم ماهي حقوقه والتزاماته وكيف يتم تعويضه وإلى أي حد يعتبر مسؤولاً.

للجواب عن ذلك نشير إلى أن المحكم هو شخص أولاه الأطراف حق الفصل في خصوماتهم القائمة أو المحتملة نظراً للثقة التي حضي بها لديهم أو لكونه عضواً في منظمة أو هيئة تحكيمية يلزمهم العقد النموذجي الذي أبرموه فيما بينهم بضرورة اللجوء إليه في حالة نشوب نزاع.

ويتم اختيار المحكم اعتماداً على اعتبارات قد يتم تحديدها بالقانون أو عن طريق التنظيمات التحكيمية وقد يتم على أساس الكفاءة أو الجنسية أو عناصر أخرى تحددها الاتفاقيات أو الغرفة أو الهيئة التحكيمية أو بناء على قوائم محددة لأسماء هؤلاء الحكام الخ ...

وطبيعي أن المحكم يحل محل القاضي رغم أنه ليست له هذه الصفة وليس بالموظف وقد ورد في الموسوعة القانونية Encyclopedie juridique أن المحكم ماهو إلا قاض بكل معنى الكلمة يخضع حتماً لكل ما نص عليه القانون من مبادئ وقواعد<sup>(1)</sup> كما ورد بنفس الموسوعة بأن المحكم كالقاضي يتعين عليه مباشرة مهمته بحرية تامة<sup>(2)</sup> والمحكومون هم قضاة وليسوا بوكلاء<sup>(3)</sup> . والمحكومون إما أنهم متعددون أو أفراداً، ويفرق القضاء الفرنسي في نظام التحكيم المتعدد بين المحكم الأول PREMIER ARBITRE وبين المحكم المرجع الذي يتم تعيينه من أجل ترجيح رأي على آخر عندما يقع الخلاف بين محكمين.

(1) Encyclopedie juridique الجزء الأول سنة 1955 ص 252

(2) نفس المرجع ص 233.

(3) والوز 1955 ص 253 الفقرة رقم 306.

أو عندما لا يكون العدد وترا ويعبر عنه باللغة الفرنسية باسم TIERS  
ARBITRE أما المحكم الثالث أو مايعبر عنه باللغة الفرنسية باسم TROISIEME  
ARBITRE فيقصد به المحكم الذي يتدخل لإعادة التحكيم من جديد بواسطة  
نفس المحكمة السابقة<sup>(1)</sup>.

ومادام المحكم يتم اختياره من الأطراف فيمكن تعيينه باسمه أو صفته أو  
قربته من أحد الأطراف أو بالمنصب الذي يشغله في القطاع العام أو الخاص.  
ومعلوم أن الأطراف هم الذين يحددون الشروط التي يرونها ضرورية في المحكم  
وفي حالة عدم تحديدهم لها فإن جنس المحكم لا أثر له سواء كان ذكرا أو  
أنثى<sup>(2)</sup> ولا أثر لديانة الأطراف التي قد تختلف مع الدين الذي يتبعه المحكم.  
ويمكن تعيين محكم لا يفهم لغة الخصوم وليست له خبرة في موضوع النزاع أو  
لا يفهم القانون بل أن الأمر يتعدى ذلك إذ يمكن تعيين محكم حتى ولو كان  
أصم أو بكم أو أعمى ويرى البعض أنه يمكن تعيين المحكم حتى ولو كان جاهلا  
بالقراءة والكتابة شريطة أن لا يكون ذلك في التحكيم المتعدد لا في التحكيم  
الفردى. وفي حالة ماإذا كان هذا المحكم فرديا فإنه ينبغي أن يعين إلى جانبه  
شخص آخر قصد كتابة الحكم. كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم شخصا  
أجنبيا عن بلدي أطراف النزاع<sup>(3)</sup> أو موظفا عموميا وقد ورد في ربرتوار دالوز  
رقم 64 إمكانية تعيين القاضي بأحد المحاكم النظامية حكما<sup>(4)</sup>.

ويتضح مما ذكر أن شرط الجنس أو الدين أو العيوب الخلقية أو صفة الحكم  
كموظف أو كقاض لا تتقف حاجزا دون تعيين من توفرت فيه تلك الصفات، على

L'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL PAR RENE DAVID (1)  
1982 P. 312.

(2) وبرتوار دالوز رقم 62.

(3) برنار رقم 251

(4) نص الفصل 3 من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 بأن التحكيم الذي يخضع لهذه الإتفاقية يمكن أن يتم  
بواسطة حكام "أجانب". كما أن اتفاقية بنا ما لسنة 1975 نصت على أن الحكام يمكن أن يكونوا مواطنين  
أو أجانب وللمزيد من المعلومات حول تحكيم شخص أجنبي يمكن مراجعة كتاب

L'Arbitrage DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

مرجع سابق



أن هناك بعض المسائل التي تهم المحكمين وتقف حاجزا دون تعيينهم وتنظيف مع ماهو معروف في قواعد المسطرة المدنية من ذلك أنه لايمكن أن يكون حكما من كان طرفا في النزاع اعتمادا على قاعدة تعتبر من النظام العام والتي تقول بأن الشخص لايمكن أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت<sup>(1)</sup> مما لايمكن أن يكون محكما في الخصومة من كان دائنا أو كفيلا بين المدين والغير ولا بين المساهم في شركة المساهمة والغير ولا القاصر ولا المجنون والسفيه.

وقد يري المحكم أن صلته بأحد الأطراف تمس الإستقلال والمحيدة أو قد تؤدي إلى المس بذلك حيث يطلب تنحيته من القضية أو قد يقبل العمل مع إشعار الأطراف بنوع العلاقة التي تجمعهم بأحد الطرفين حيث يكون هنا أمام الطرف الآخر قبوله أو رفضه.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك "فرقا بين رد المحكم ورفض تعيينه فالرد يتعلق بشخص تم تعيينه محكما وقبله الأطراف ولكن تبين بعد التعيين مايمس استقلاله فيطلب أحد الخصوم رده في نظر القضية وتعيين بديل له. أما إذا لم يكن قد عين محكما وإنما كان مرشحا فقط فإنه يرفض تعيينه ابتداء ولاتثور بالنسبة له مسألة الرد"<sup>(2)</sup>.

ورد المحكم والتجريح فيه تبت فيه محكمة التحكيم التي قد تقبله أو ترفضه في جلسة سرية وبدون تعليل<sup>(3)</sup>.

ونشير في الأخير إلى أن المحكم الذي سبق له أن قدم اقتراحا أو فتوى أو قام بإجراء الخبرة لأحد الطرفين في النزاع يمكن للطرف الآخر إذا أثبت ذلك أن يكون ذلك سببا في عدم صلاحيته للتحكيم.

---

(1) للمزيد من المعلومات انظر L'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL.

(2) في فرنسا يرجع على المحكم الذي اعتذز عن إتمام مهمته بالتعويض إذا أثبت الأطراف أن تصرف المحكم قد ألحق بهم ضررا.

(3) منصة التحكيم التجاري : الدولي الدكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين الجزء الأول طبعة 1986 ص55.

وتنظم الإتفاقيات الدولية أو يشير العقد في بعض الأحيان إلى كيفية الطعن في المحكم والأجل الذي يتم فيه ذلك.

وتعيين المحكم ليس معناه أنه ملزم بالقيام بهذه المهمة إذ يمكنه قبولها أو رفضها وفي هذه الحالة الأخيرة لا يطبق عليه ما يعرف في القانون المدني بإنكار العدالة لأن عمله حر واختياري إلا أنه إذا قبلها وبدأ العمل فإنه يكون ملزماً. بإنهاء القضية وإلا فإنه يكون ملزماً (بتعويض الأطراف عما أصابهم من ضرر بسبب تراجه (1) هذا شريطة أن لا يكون تراجه هذا خارجاً عن إرادته بسبب طراً بعد شروعه في عمله كالمريض الذي يمنعه من إتمام مهامه.

ويترتب على وصف المحكم بأنه قاضي أن لجوء الأطراف إلى هذه الوسيلة يقطع أمامهم اللجوء إلى القضاء النظامي في الدولة على ما رأينا في مقدمة هذا العرض وقرار المحكم يكتب ويعلل وينفذ ويحوز قوة الشيء المقضى به.

- ويعتبر المحكم في حكم الموظفين العموميين في حالة ارتكابه لجنحة الرشوة كما أنه لا يؤدي اليمين القانونية قبل مزاولته لمهامه كما هو الشأن في القضاء النظامي ولا يتمتع بالإمتياز القضائي أثناء مخاصمته هو وزوجته وعائلته ولا يعتبر مرتكباً لإنكار العدالة في حالة امتناعه عن مزاولته مهامه.

- أما سلطة المحكم فإنها محصورة في الخصومة المعروضة عليه من حيث الأطراف والنزاع فقط دون أن يكون من هذا النزاع محكمة للنظام العام، وفي حدود الجانب المدني والتجاري وذلك يعني أنه لا يملك تغريم الشهود الذين لم يحضروا أو التشطيب على الخبراء أو توقيع غرامة لفائدة الخزينة.

- وليس للمحكم أن يحكم بعدم الإختصاص الذي يعتبر من ولاية القضاء وكلما في الأمر أنه يصرح أن سلطته منتفية في النزاع المعروض عليه ويمكنه أن يعين خبيراً للإستعانة برأيه في بعض المسائل التي تخرج عن اختصاصه.

---

(1) للمزيد من المعلومات، والإطلاع على بعض الحالات التي عرضت على الغرفة التجارية الدولية ورفضت أوقبلت يمكن مراجعة المرجع السابق ص 56.

- وفي جميع الأحوال فإن عمل المحكم منحصر في ما وقع الإتفاق عليه أو النص عليه في عقد مشاركة التحكيم ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك وإلا فإنه يسأل عن كل خطأ يصدر عنه حيث يرفع الخصوم بهذا الشأن دعوى ضده أمام القضاء النظامي بشأن خطئه أو امتناعه عن إتمام الإجراءات المتعلقة بالتحكيم التي بدأ العمل فيها أو بسبب صرفه مبالغ كثيرة عند إجراء التحقيق في القضية والتي لا تتناسب مع قيمة النزاع المعروض.

- **أتعاب التحكيم** : هناك من ينادي بعدم أداء أتعاب المحكم مادام عمل هذا الأخير هو عمل حبي و وقع اختياره من أحد الأطراف أو من طرف منظمة أو هيئة تحكيمية وأن أداء الأتعاب من شأنه أن يرهق الأطراف المتنازعة وأنه ينبغي معاملة المحكم كالقاضي بالمجان. ويجاب عن ذلك بأن المحكم ينتقل من مكان إقامته إلى دولة الأطراف وله مهام خارج وظيفة التحكيم ويكون ملزماً باتباع برامج المتنازعين ويضحي بعمله ووقته من أجل فض نزاعاتهم، ولذلك ينبغي أن يعرض عن عمله هذا لكن كيف يتم تحديد أتعابه ومن طرف من ؟ للجواب عن ذلك نشير بادية ذي بدء إلى أن المحكم لا يكون محقاً في الأتعاب إلا إذا أتم عمله أما إذا أخل بعمله أو قام بخطأ فإنه لا يستحق أتعابه وكذا الشأن في حالة ما إذا طرأ ما يمنع من إتمام عمله.

- والمقصود بالأتعاب تلك التي تهم تعويضه عما عاناه من مجهود في الوصول إلى حل النزاع وتبعاً لأهمية هذا الأخير وقيمته/ وتحديد هذه الأتعاب قد يتم من طرف المحكم بناء على تفويض خوله له الأطراف<sup>(1)</sup> حيث يكون له الخيار بين وضع هذه الأتعاب على الطرفين معاً مناصفة أو على أساس نسبة معينة وقد يحملها أحد الطرفين دون الآخر ويمكن مراجعة هذا التقدير من طرف المحكمة التي تنظر في النزاع الأصلي.

وقد يتم تحديد أتعاب المحكم ونسبة كل واحد من أطراف الخصومة بناء على

(1) للمزيد من المعلومات انظر TERNATIONALL'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE IN

مرجع سابق ص 376 و 377.

ص 376 و 377 والتحكيم الإختياري والإجباري للدكتور أحمد أبو الوفا مرجع سابق ص 217 إلى 220.

اتفاق مسبق قبل الخصومة، وللإشارة فإن تحديد أتعاب المحكم تبدو سهلة عندما يتعلق الأمر بالتحكيم النظامي حيث تكون الأتعاب محددة من طرف المؤسسات بناء على جدول معروف مسبق من طرف المعني بالأمر وتبعاً للمنطقة التي يوجد بها المحكم.

- أما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الحر adhoc فإن المحكم لا يبدأ عمله إلا بعد الإتفاق مع الأطراف على الأتعاب وهناك بعض الأنظمة كالقضاء الفرنسي الذي يوجب تحديد أتعاب المحكم من طرف القضاء الوطنيين يلتجأ للخواص لتحديدها بينما يحددها المحكمون بأنفسهم مع إمكانية مراجعتها من طرف القضاء في بعض الدول دون أخرى.

وفي هذا السياق يمكن الإشارة مثلاً إلى المصاريف الإدارية أمام محكمة التحكيم بغرف التجارة الدولية والتي وقع النص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الملحق رقم 3 المتضمن جدول مصاريف التوفيق والتحكيم. والتي توجب على من إلتجأ إليها للتحكيم أن يودع الطلب مصحوباً بمبلغ ألفي دولار أمريكي تحت طائلة عدم قبول الطلب في حالة عدم إيداع المبلغ المذكور، ولا يمكن سحب هذا المبلغ في حالة ما إذا تراجع الطالب عن طلبه مادام هذا المبلغ مخصص للتكاليف الخاصة بالمراسلات السريعة التي ترسل بالبريد الخاص وتغطية مصاريف تشكيل هيئة التحكيم من وقت واتصالات من جانب الغرفة.

وقد نصت الغرفة التجارية الدولية ضمن مصاريفها على الحد الأقصى للمصروفات الإدارية في التحكيم وحددته في 50500 دولار أمريكي أياً كانت قيمه الدعوى وفي حالة ما إذا انتهت الدعوى دون إصدار حكم فيها فإن المصروفات الإدارية تقدرها بنسبة مخفضة.

وتؤدي الأتعاب المشار إليها أعلاه على مرحلتين :



في المرحلة الأولى تؤدي فيها 50% من مصروفات الأتعاب تقسم بين طرفي النزاع مناصفة وقبل أن تقوم المحكمة بإحالة القضية على المحكم والمحكمين وفي حالة رفض المدعى عليه الأداء يؤدي عنه المدعى هذه المصاريف مادام المدعى عليه قد اختار أسلوب التحكيم.

أما المرحلة الثانية فتؤدي فيها 50% أيضا الباقية مناصفة بين طرفي النزاع وبنفس الطريقة المشار إليها سابقا على أن يتحمل المدعى عليه المتعنت أكبر قسط من المصاريف بسبب تعنته.

### المسطرة المتبعة في التحكيم

تنص أغلب قوانين المسطرة المدنية في الدول على مسطرة التحكيم المحلي انطلاقا من رفع الدعوى إلى حين صدور المقرر التحكيمي وتنفيذه.

أما بالنسبة للنزاعات التجارية الدولية فإن الأطراف هم الذين ينظمون المسطرة التي يرونها ضرورية لفض نزاعاتهم إذا تعلق الأمر بالتحكيم الخاص.

أما إذا تعلق الأمر بالتحكيم النظامي INSTITUTIONNEL فإن الأمر يخضع للوائح والمساطر المنصوص عليها في قانون المنظمات والهيئات التحكيمية وكمثال على ذلك نشير إلى المسطرة المتبعة أمام الغرفة التجارية الدولية.

وهكذا فإن الطرف الذي يعنيه الأمر يتقدم بطلب مكتوب إلى الغرفة التجارية الدولية يعرض فيه النزاع المطروح ويحدد طلباته ثم يلتزم تشكيل هيئة للتحكيم ويشير في طلبه إلى اسم المحكم الذي اختاره لتمثيله في عملية التحكيم ويرفق طلبه بالعقد والوثائق المثبتة لطلبه ويودع الطلب بسكرتارية محكمة التحكيم<sup>(1)</sup>.

وعلى ضوء الطلب المذكور توجه المحكمة نسخة من هذا الطلب للمعني بالأمر وتشعره باختيار المحكم الذي يمثله إن أراد ذلك والجواب عن المقال ويتم بعد ذلك

(1) للمزيد من المعلومات يمكن مراجعة المادة الرابعة من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعنونة بـ "بتنظيم التحكيم" والمشتملة على سبع فقرات تحدد المسطرة المتبعة في عملية التحكيم.

اختيار رئيس هيئة التحكيم إما باتفاق الطرفين أو من طرف الغرفة المذكورة وبعد تشكيل هيئة المحكمة تبدأ هذه الأخيرة عملها اعتمادا على الإجراءات التي وقع الإتفاق عليها بين أطراف النزاع أو بالقانون الداخلي للغرفة وعلى المحكمة أن تبث في النازلة المعروضة عليها داخل الأجل المحدد وفي حدود الطلبات المعروضة عليها والتي وقع الإتفاق عليها قبل رفع النزاع موضوعا وسببا وأطرافا.

وبعد مناقشة القضية وتبادل الردود بين طرفي النزاع واتخاذ الإجراءات الضرورية وما تتطلبه القضية من تحقيقات تصبح جاهزة للبت فيها حيث يتم حجزها للمداولة ويصدر مقرر التحكيم بأغلبية الآراء التي حضرت المداولة في شكل حكم يشار فيه إلى اسم الهيئة الحاكمة وإلى المشاركة كما يتضمن مقرر التحكيم عرضا للوقائع ومختلف الإجراءات والردود والمستندات المعتمدة والعلل التي أشار إليها مقرر التحكيم في الوصول إلى نتيجة المقرر وتاريخ صدوره ومكانه.

### القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم.

ماهو القانون الذي ينبغي تطبيقه بشأن الإجراءات أو الموضوع أثناء فض النزاع التجاري الدولي بواسطة التحكيم على اعتبار أن هذا الأخير أصبح في عصرنا هذا يتميز بخصوصيات تميزه . للجواب عن هذا السؤال نشير إلى أن الأمر يختلف حسبما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الحر Adhoc أو النظامي -INSTITUTIONNEL فالتحكيم الحر يتميز بأنه يخضع لإرادة الأطراف ولما وقع الإتفاق عليه وهكذا وبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك نجدها قد خولت الأطراف الصلاحية في تحديد إجراءات التحكيم. وهو ما نصت عليه أيضا الإتفاقية الأوروبية التي اعتبرت أنه في استطاعة الأطراف الإتفاق على تحديد الإجراءات التي يتبعها المحكم (المادة 1/4 ب 3) كما أن المادة السادسة (الفقرة 2) توجب على محاكم الدول المتعاقدة حينما يعرض عليها النزاع بشأن وجود اتفاق تحكيم أو صحته أن تعتمد القانون الذي رغب الطرفان في إخضاع التحكيم له. كما كرست نفس

القاعدة قواعد بانجكوك (اللجنة الإقتصادية الآسيوية) في المادة P4/7  
واعتبرت أن للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

لكن ما الحل في حالة عدم تحديد الأفراد لقانون الإجراءات أو الجوهر الذي  
ينبغي للمحكم اتباعه ؟ وماهي صلاحية هذا الأخير في حالة سكوت الأطراف  
عن ذلك ؟

للجواب عن هذه الإشكالية يمكن الرجوع إلى نصوص الإتفاقيات المشار إليها  
أعلاه ذلك أن الفقرة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة تعطي للأفراد الحرية في  
اختيار إجراءات التحكيم على ما رأينا سالفاً وهو ما يطبقه المحكم وفي حالة عدم  
اتفاقهما يمكنه الإلتجاء إلى قانون الدولة التي سيصدر فيها قرار التحكيم.

بينما أخذت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بالقانون الذي  
تعينه قاعدة الإسناد والتي يراها المحكم صالحة للحالة المعروضة عليه مع مراعاة  
شروط العقد وعادات التجار.

أما قواعد بانجكوك فقد أعطت حلاً مناسباً لهذه الحالة وخولت للمحكم  
تطبيق القانون الذي يتضح له وجوب تطبيقه وفقاً لقواعد النزاع مع مراعاة  
شروط العقد والممارسات التجارية.

وانطلاقاً من الصلاحية التي منحتها الإتفاقيات المذكورة للمحكمين في  
اختيار القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد أو قواعد التنازع نرى الإتجاه الحالي  
للتحكيم الحر أصبح ينظر إلى المحكمين على أنه بإمكانهم إبداء قواعد قانونية  
"متى اقتضى الأمر القدرة على تقرير أو إيجاد قاعدة التنازع المناسبة دوفاً  
تقيد بنظام وطني معين لتنازع القوانين أو باتجاهات وضع صيغ العقود  
النموذجية ويتوجه عام بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ومن تم يمكن أن

يوجدوا قواعد خاصة لتنازع القوانين متميزة عن النظام الذي يقوم لدى أي دولة<sup>(1)</sup>.

أما التحكيم النظامي الذي يتم عن طريق منظمات أو هيئات تحكيمية دائمة والتي تعد بالمثل فإن لكل واحدة منها قواعدها الخاصة التي تنظم طريقة التحكيم والإجراءات الشكلية والموضوعية التي يتم اتباعها في التحكيم أمامها. وبمجرد النص في العقد على التحكيم بواسطة واحدة منها فإن الأطراف يكونون ملزمين باتباع قواعدها.

#### LEX MERCATORIA

#### دور الأعراف التجارية الدولية

بعد أن تعرفنا على القواعد القانونية التي تنظم التحكيم النظامي وعلى اتفاق الأطراف في التحكيم الحر نقف هنا عند دور الأعراف التجارية الدولية في التحكيم والذي كان السبب الرئيسي في تخوف الدول النامية أو السائرة في طريق النمو من التعامل مع التحكيم أو التعامل معه في تشريعاتها الداخلية بحد.

فالمحكم الدولي يلجأ أحيانا إلى تطبيق الأعراف عندما يكون أمام نازلة يستحيل عليه تطبيق قانون معين عليها أما بسبب نقص في العقد موضوع النزاع، أو بسبب تعارض مواقف أطراف النزاع وعدم إمكانية الربط بين المنازعة وقانون معين، فيكون المحكم مضطرا للجوء إلى الأعراف والعادات التجارية الدولية واعتمادها في حكمه أو تفسير التزامات الأطراف وحقوقهما.

وقد يكون المحكم مضطرا في بعض الأحيان إلى اللجوء إلى العادات والأعراف الدولية عندما يكون القانون الوطني المختص يتعارض مع النظام العام الدولي (مثل النص في القانون الداخلي على منع اللجوء إلى التحكيم وهو مبدأ يتنافى مع مبادئ التجارة الدولية).

ومعلوم أن المحكم لا يلجأ إلى الأعراف والعادات التجارية إلا في الحالة التي يكون فيها غير مقيد بأي قانون في العقد أي أن قراره يكون طليقا Sans loi

(1) قانون التجارة الدولية الدكتور ثروت حبيب منشأة المعاون ص 185 وانظر أيضا بهذا الشأن للزيادة المعلومات



ليقوم أنذاك المحكم بإنشاء قاعدة قانونية تلائم حل النزاع انطلاقا من العادات والأعراف الدولية فيكون بذلك قانون القاضي<sup>(1)</sup> LEX FORI قد حل محل القانون الذي لم يحدده الأطراف لفض نزاعاتهم وتلافي في نفس الوقت مايمكن أن يثار بشأن تنازع القوانين.

وعندما نتحدث عن الأعراف والعادات الدولية فإننا نعني بذلك تلك القواعد المقننة دوليا كتلك التي تهم الإعتمادات المستندية أو عقد البيع الدولي للبضائع أو الإتفاقيات التي تهم النقل البحري أو البري أو الجوي الخ ... والتي تعتبر هي الأخرى بمثابة قواعد قانونية ملزمة لأطراف التجارة الدولية مما يكون معه المحكم قد طبق القانون تطبيقا سليما واستعمل مقدرته ومؤهلاته القانونية في استخراج القاعدة التي تناسب حل النزاع من منطلق ما هو موجود في الأعراف والعادات التجارية الدولية ومن هنا يمكن القول بأنه "بقدر كمال المحكم تكون سلامة التحكيم". AUTANT VAUT L'ARBITRAGE, AUTANT VAUT L'ARBITRAGE.

### تنفيذ المقررات التحكيمية

بعد صدور المقرر التحكيمي تأتي المرحلة الموالية وهي تنفيذه وإذا كانت المحاكم الوطنية تقوم بدور مهم في تنفيذ أحكامها فإن دور المحاكم أو هيئات التحكيم ينتهي بصدور المقرر التحكيمي وفي نطاق المجهودات التي تبذلها المنظمات والهيئات الدولية لإقرار نظام التحكيم الدولي تقوم هذه الأخيرة بإصدار معاهدات واتفاقيات من أجل الإعتراف وتنفيذ المقررات المذكورة وتتجلى هذه الأهمية المبدولة من خلال الإتفاقيات والمعاهدات التي يفوق عددها تلك التي أبرمت من أجل الإعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية.

ونشير من جهة أخرى إلى وعي المجتمع الدولي بأهمية التحكيم والإقدام

---

(1) للمزيد من المعلومات انظر عدد من القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المنشورة بكتاب "منصة التحكيم التجاري الدولي الجزء الأول للدكتور محبي الدين اسماعيل علم الدين عضو محكمة التحكيم العليا الدائمة بغرفة التجارة الدولية الجزء الأول طبعة 1987.

الطوعي على تنفيذ مقرراته بحيث أن أغلب المقررات يتم تنفيذها (90% من المقررات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية قد تم تنفيذها<sup>(1)</sup>).

والمعاهدات التي تهدف إلى تنفيذ المقررات التحكيمية تحدد :

- من جهة المقررات التي تطبق عليها المعاهدة.

- الظروف التي يمكن معها تنفيذ المعاهدة أو رفضها.

وفي هذا السياق نشير على المستوى الدولي إلى معاهدة نيويورك التي وقعت سنة 1958 تحت رعاية الأمم المتحدة والتي صادق عليها المغرب بموجب ظهير 1960/2/11<sup>(2)</sup>.

وقد نصت الفقرة الأولى منها على أنها " تنطبق على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في اقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف بالقرار أو تنفيذه المنبثقة عن منازعات تجري بين أشخاص طبيعيين أو معنويين " كما أشارت الاتفاقية إلى أنها " تنطبق أيضا على قرارات التحكيم التي تعتبر من قبيل القرارات الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف بهذه القرارات أو تنفيذها " ومعلوم أن القرارات التي تنفذ ليست تلك

---

(1) للمزيد من التفصيل انظر العرض الذي ألقاه المحامي بياريس TERRY BERNARD تحت عنوان تنظيم المقررات التحكيمية L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES أمام الجمعية الدولية للمحاميين الشباب بملتقى الجزائر 28/25 أكتوبر 1990 تحت عنوان تسوية المنازعات التجارية بالإتحاد العربي المغاربي.

(2) للمزيد من المعلومات، حول هذه الإتفاقية يمكن مراجعة : - العرض الذي ألقاه الأستاذ محمد شلغوم بملتقى الجزائر بتاريخ 25 = 28/10/1990 تحت عنوان "تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بتونس" هذا اللقاء المنظم من طرف الجمعية الدولية للمحاميين الشباب تحت عنوان تسوية المنازعات التجارية بالإتحاد العربي المغاربي.

- La convention des New York du 10/6/58 pour La reconnaissance des sentences arbitrales etrangeres, Dalas (Croniques) 1985.

- J. D PREDIN' LA CONVENTION DU NEW YORK DU 10-6-58 CLUNET 1960

- P. SANDERS, "VINGT ANNEES DE LA CONVENTION DE NEW YORK 1958" DROIT PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL.

الصادرة عن المحكمين الذين كلفوا بالفصل في نزاع معين بل يتعدى ذلك الى القرارات الصادرة عن منظمات التحكيم الدائمة وهكذا فإن على طالب التنفيذ وفقا لاتفاقية نيويورك (المادة 7) أن يتقدم بطلب التنفيذ إلى الجهة المختصة في البلاد التي سيتم التنفيذ بها وان يرفق طلبه بالوثيقتين التاليتين :

(1) قرار التحكيم (النسخة الأصلية الصورة المصادق على صحتها مع الترجمة الرسمية لها ان كانت بلغة غير لغة البلد الذي سيقع به التنفيذ).

(2) اتفاق التحكيم النسخة الأصلية أو الصورة المصادق على صحتها وتقديم هذه الوثائق لايعني بالضرورة أن قرار التحكيم سينفذ بقوة القانون كما هو الشأن في القوانين الوطنية بل يمكن رفض طلب التنفيذ من طرف المنفذ عليه أو من القاضي نفسه.

والمطلوب ضده الحق في رفض تنفيذ مقرر التحكيم ان هو قدم الدليل علي وجود احدى الأسباب المشار إليها في الفصل الخامس من الاتفاقية.

(1) نقص اهلية أحد أطراف التحكيم أو بطلان اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف أو وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم.

(2) إذا لم " يعلن بتعيين المحكمة أو بافتتاح اجراءات التحكيم أو أنه استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه " .

(3) اخلال المحكمين باتفاق التحكيم.

(4) إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو جريان اجراءات التحكيم غير موافق لما اتفق عليه أطراف النزاع أو قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف.

(5) ان القرار لم يصبح ملزما للطرفين أو انه وقع ابطاله أو تم إيقاف تنفيذه من طرف الجهة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار.

اما رفض تنفيذ القرار التحكيمي من طرف القاضي أو الجهة المطلوب منها  
إلا تنفيذه من تلقاء نفسها فإن ذلك لا يتم إلا بعد توفر احد السببين :

(1) اما ان الدولة المطلوب منها التنفيذ لايجيز قانونها التحكيم في النزاع  
المطلوب تنفيذه.

(2) أو أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام لهذه الدولة أما  
معاهدة جنيف لسنة 1961 التي وضعت أسسها 13 دولة فإنها تهدف بالأساس  
الى خلق مسطرة التحكيم بالنسبة للعلاقات بين الشرق والغرب ولاتناول إلا  
بطريقة غير مباشرة تنفيذ المقررات التحكيمية وتبين طرق الغاء المقررات  
التحكيمية وتشير إلى أنه لا يمكن الامتناع عن تنفيذ المقرر التحكيمي إلا بعد  
الحكم بالغائه أما في البلد الذي صدر فيه المقرر، واما حسب القانون الذي  
بمقتضاه صدر هذا المقرر حسب الأسباب المحددة في المادة التاسعة بينما اعتبرت  
معاهدة موسكو لسنة 1972 والتي تهم الدول الاشتراكية مقررات التحكيم نهائية  
وملزمة لاطرافها وتنفذ في الدول الموقعة على هذه المعاهدة.

واعتبرت معاهدة بناما لسنة 1975 والتي وقعتها بعض دول امريكا  
اللاتينية حول التحكيم التجاري الدولي ان مقررات التحكيم يجب ان ينظر اليها  
كانها أحكام قضائية وعلي الخصوص فيما يخص التنفيذ.

وعلى المستوى العربي هناك معاهدة الجامعة العربية لسنة 1952 تخص  
تنفيذ الأحكام والمقررات الأجنبية (المملكة العربية السعودية -مصر-  
الاردن-سوريا- العراق-ليبيا-الكويت) وتقضى بان محاكم الدول الموقعة على  
الاتفاقية إذا ما طلب منها تنفيذ مقرر صادر في دولة عضو في المعاهدة ينبغي  
تنفيذها دون مناقشة وأن رفض المقرر التحكيمي لايمكن ان يكون لسبب من  
الأسباب المنصوص عليها في المعاهدة. والملاحظ أن المقررات التحكيمية تنفذ  
في اغلبها بصفة تلقائية (90% من مقررات التحكيم الصادرة عن الغرفة  
التجارية نفذت بكيفية تلقائية).



لكن ماهو موقف القانون المغربي من تنفيذ المقررات التحكيمية ؟ وماهي المسطرة المتبعة في ذلك، والاشكاليات التي يطرحها تنفيذ المقررات التحكيمية؟ ان الجواب عن هذا السؤال يكمن في معرفة موقف المشرع المغربي من التحكيم ككل.

### موقف المشرع المغربي من التحكيم

تناول المشرع المغربي الحديث عن التحكيم والاجراءات المتعلقة به في الفصول من 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية حيث تحدث عن المواصفات الواجب توفرها في شخص المحكم وعدم جواز الالتجاء إلى التحكيم إلا في الحقوق التي يملك المحتكمون التصرف فيها وهي طبعاً جميع الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها واجازت المسطرة المدنية التحكيم في الالتزامات الطبيعية والأشياء المستقبلية باستثناء التعامل في الشركات المستقبلية (الفصول 57 و61 من قانون الالتزامات والعقود)، والملاحظ ان المشرع المغربي لم يتطرق للشروط الواجب توفرها في شخص المحكم، وعن الكيفية التي ينبغي ان يتعقد بها صك التحكيم أوجب الفصل 307 ضرورة انعقاده كتابة واعتبرها شرط انعقاد لاشراط اثبات، كما اشار الى ان التحكيم قد يتم في صورة محضر يحرر أمام المحكمة أو المحكمين الذين وقع اختيارهم من الأطراف أو في صورة وثيقة امام عدلين او موثق، وقد يتم بناء على سند عرفي يحرره الأطراف أو في صورة تصريح يدلي به الخصوم اثناء المحاكمة ويقترن باشهاد المحكمة.

واعطيت المسطرة المدنية للمحكمين ضمانات خاصة بحيث لايمكن عزلهم خلال مدة التحكيم إلا إذا اجمع الأطراف على ذلك صراحة أو ضمناً بتعيين محكم اخر وطبعاً فإن هذا العزل ينبغي ان يكون مبرراً.

وعن المسطرة التي ينبغي اتباعها أوجبت المسطرة المدنية على المحكمين ان يعملوا وفقاً للمسطرة المتبعة امام المحاكم الابتدائية، إلا إذا اعفاهم الأطراف من

ذلك صراحة وتناول الفصل 312 م م الأسباب الخاصة التي ينتهي بتوفرها التحكيم كما تناول الفصل 313 التخلي عن مهمة التحكيم وتجريح المحكمين، وإذا كان التحكيم بين الأفراد قد ورد في نصوص المسطرة المدنية صريحا ولايثير اي اشكال فإن التحكيم الذي تلجأ اليه الدولة لحل المشاكل التي قد تطرأ لها في اطار علاقتها بالطرف الاجنبي يطرح أكثر من مشكل وذلك بسبب تعارض النصوص القانونية في الموضوع، ذلك أنه بالرجوع الى قواعد المسطرة المدنية نجد انها تحرم التحكيم على الدولة والأشخاص والمعنوية العامة المغربية.

وهكذا فقد منعت الفقرة الثانية من الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، اللجوء الى التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام، وهذا المنع لا يقتصر على النزاعات المتعلقة بالعقود والأموال الخاضعة للقانون العام بل تمتد إلى تلك التي تهم القانون الخاص ويفهم ذلك ضمنا من مراجعة الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية عندما يتحدث عن القضايا التي يجب ان تبلغ للنياحة العامة « جميع القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية»، وكما نعلم فإن القضايا التي تعرض على التحكيم لا تبلغ للنياحة العامة بل أكثر من ذلك فإن الفصل 9/28 من قانون المسطرة المدنية تنص على وجوب رفع الدعاوي التي تتعلق بالعقود التي تكون فيها الدولة او جماعة معينة عمومية اخرى طرفا فيها يجب ان تعرض امام محكمة المحل الذي وقع فيه العقد ومعنى ذلك انه في حالة نشوب نزاع بين الدولة المغربية والقطاع الخاص الاجنبي فإن المقر الرئيسي للمؤسسة العمومية المتعاقدة يكون هو محل الاختصاص وبالتالي يكون هذا سببا جديا لمنع اللجوء إلى التحكيم.

لكن مع وجود هذه النصوص التي يستشف منها صراحة منع التحكيم في علاقة التجارة الخارجية للدولة والمؤسسات العامة مع الغير فاننا نجد نصوصا صريحة تميز حق اللجوء الى التحكيم في مثل هذه الحالات وهذه النصوص اما تشريعية وطنية أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة أو معاهدات، فعلى مستوى

النصوص التشريعية الوطنية يمكن الاشارة إلى مقتضيات الفصل 39 من ظهير 21 يوليوز 1958 الخاص بالتنقيب عن المحروقات واستغلالها والذي يجيز اخضاع العقود المبرمة بين الدولة من جهة والشركات النفطية الاجنبية من جهة اخرى للتحكيم كما ان الفصل 39 من ظهير 17 يناير 1983 حول الاستثمارات الصناعية يجيز هذا الحق أيضا للمؤسسات العامة في حالة نشوب نزاع بين الدولة المغربية والشركات الاجنبية في مجال الاستثمارات الصناعية.

وينص قانون المالية في اغلب الأحيان على امكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بين الدولة المغربية والمؤسسات المالية التي يضطر المغرب للاقتراض منها.

كما ان مصادقة المغرب على المعاهدات الثنائية والمتعددة والتي تهم الاستثمارات الأجنبية والتحكيم وتنفيذ مقرراته يجعلنا أمام تعارض هذه النصوص مع ما هو وارد في قانون المسطرة المدنية، وللخروج من هذا الأشكال المطروح يمكن اعتبار هذه النصوص الخاصة بمثابة ترخيص واستثناء ا من مبدأ المنع العام بهدف تشجيع المبادرات الاستثمارية والانفتاح على العالم الخارجي وسندنا في ذلك هو المبدأ القانوني المعروف في مثل هذه الحالات، حيث ان النص الخاص يرجح على النص العام، كما ان نصوص المعاهدات الدولية تتمتع بقوة الزامية اكبر من النصوص القانونية الداخلية.

ونصل في الأخير إلى الجواب على السؤال الذي طرحناه من قبل بشأن موقف المشرع المغربي من تنفيذ المقررات التحكيمية والمسطرة المتبعة في ذلك والاشكاليات التي يطرحها تنفيذ هذه المقررات.

للجواب على ذلك نشير إلى أن الفصل 1/430 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه " لاتنفذ في المغرب الاحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل اقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودها، كما تناولت الفصول 431

و432 من قانون المسطرة المدنية تنفيذا للأحكام الأجنبية وإذا كان قانون المسطرة المدنية قد اشار في الفصل 320 منه وإذا إلى مسطرة الأمر بتنفيذ مقررات التحكيم المحلية فانه بالمقابل، لم يشر لا من قريب ولا من بعيد الى كيفية تنفيذ مقررات التحكيم للدول الأجنبية الشيء الذي جعل الاتجاه القضائي يتضارب بشأن شروط تنفيذ المقررات التحكيمية الدولية والأجنبية التي لاتنظمها اتفاقيات ثنائية أو لا تتعلق بدول غير الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك بين اعتبار المقرر التحكيمي الأجنبي كحكم قضائي اجنبي وبين اعتباره بمثابة قرار تحكيمي وطني.

ومرد هذا التضارب يرجع لكون القضاء المغربي " لم يحسم في الطبيعة القانونية لمقررات التحكيم هل هي ذات طبيعة قضائية أم ذات بعد تعاقدية اتفاقي ؟

باعتبرها ذات طبيعة اتفاقية يتعامل معها كمقررات التحكيم الوطنية وبالتالي يخضع تنفيذها للشروط والمسطرة المذكورة في الفصل 320 ومايليه اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية التاكد من ان حكم المحكمين غير معيب ببطلان يتعلق بالنظام العام وخاصة خرق مقتضيات الفصل 306 الخ...

اما اعتبارها ذات طبيعة قضائية فانه يتعامل معها بنفس الأسلوب الذي يتعامل به مع الأحكام القضائية الأجنبية ويجعل تنفيذها خاضعا لنفس الشروط التي تنفذ بها هذه الأخيرة<sup>(1)</sup>.

واعتقد أن الخروج من التضارب الواضح في موقف القضاء المغربي بشأن تنفيذ المقررات التحكيمية والنظر اليها ينبغي أن يحسم وذلك بالسير على الأقل في النهج الذي تسير عليه أكثر الدول وذلك بمعاملة المقررات التحكيمية الدولية بنفس الأسلوب الذي تعامل به مقررات التحكيم الوطنية<sup>(2)</sup>.

(1) محاولة تقييم قانون المسطرة المدنية الحالي من زاوية القانون الدولي الخاص ذ. المسعودي العياشي مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد السادس سنة 1990 ص 204 - 205.

(2) للمزيد من المعلومات يمكن مراجعته. V.P Rason "L'Arbitrage en Droit Marocain R.H.D 1985.n 1 P 21.



## الإفاق المستقبلية لتسوية النزاعات التجارية الدولية

بعد أن تعرفنا على مختلف الوسائل المستعملة دوليا لفض النزاعات التجارية الدولية بما تحمله كل وسيلة من إيجابيات وسلبيات وانتهينا الى ان التحكيم التجاري الدولي يعتبر احسن وسيلة يمكن اللجوء اليها باعتباره نظاما قضائيا يعلو فوق النظم الثانوية الوطنية وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية وانتهينا الى أن واقع التحكيم يبرز جهل جل الأفراد والمؤسسات بوجوده اضافة الى انه يبقى خاضعا للقضاء المحلي الذي يمارس حرية الرقابة للحفاظ على القوانين والتقاليد الأساسية المتمثلة في النظام العام.

واكتمالا للعنوان الذي اخترناه لهذا العرض فإن النظرة المستقبلية تفرض توعية الفعاليات الاقتصادية بوجوده على المستوى الوطني والدولي وباهميته، ومن هنا فاني سأقدم بجملة من المقترحات المتواضعة ارى ان تحقيقها سيؤدي إلى الاقبال على التحكيم وازالة شبح التخوف الحاصل لدى بعض المؤسسات والأفراد التي تعلم بوجوده وتتخوف من الأقدام عليه وهذه المقترحات هي :

(1) على المستوى الداخلي فإن صدور نص تشريعي يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي بالمغرب أصبح يفرض نفسه وذلك من أجل إزالة التعارض الذي رأيناه من قبل بين قانون المسطرة المدنية ونصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

(2) كما أن خلف مركز للتحكيم بالمؤسسات الوطنية (القطاع العام والخاص) يتضمن نصوصا تنظيمية تهم الاجراءات والجوهر تضاف إليه لائحة من المحكمين مكونة من قضاة ومحامين واساتذة جامعيين معززة بلائحة الخبراء.

(3) التشجيع على خلق غرف تحكيم أو هيئات تحكيمية مهنية.

4) إدراج مادة التجارة الدولية وخاصة الجزء الذي يهتم المنازعات الدولية ضمن مقررات الاجازة في الحقوق من أجل تهيئ اطر لمستقبل التحكيم.

5) ان تخصص نقابات المحامين بالمغرب ضمن ندوات التدريب ولو ندوة واحدة لمسألة فض المنازعات التجارية.

6) أن تعمل الغرف التجارية على توعية التجار بأهمية التحكيم المحلي والدولي وذلك بتنظيمها محاضرات وبشكل مبسط داخل هذه الغرف.

### وعلى المستوى الدولي :

1) ينبغي ان يعمل المجتمع الدولي على تشجيع التحكيم النظامي لما يطرحه التحكيم الحر من مشاكل تهم تشكيل اللجنة وتنفيذ مقرراتها.

2) ان يعمل المجتمع الدولي على مساندة التطور الاقتصادي والقانوني الذي يعرفه مجتمع التجارة الدولية وذلك بتوحيد رؤيا هذا الجهاز والسهر على توحيد نظرة الدول له عن طريق ايجاد قانون دولي موحد يهتم الجانب الذي يعمل في ظله الحكام بغض النظر عما إذا كانوا ينتمون لغرفة تجارية أو هيئة تحكيمية ما.

3) إن توحيد قوانين الموضوع بين دول العالم اصبح من الضروريات الاساسية التي يفرضها واقع التجارة الدولية ولو دور ينبغي أن تطلع به المؤسسات التجارية والاقتصادية.

4) ينبغي ان تعمل المؤسسات التجارية والاقتصادية والقانونية على توحيد قوانين الموضوع بين دول العالم.

5) أصبح من الضرورة وجود هيئة دولية عالمية تسهر على مراجعة والغاء المقررات التحكيمية مع وجوب تضمين جميع القوانين الوطنية قواعد تشير إلى

تنفيذ المقررات التحكيمية داخل دولها دون خضوعها لاية مراجعة من طرف الجهاز القضائي .

(6) اعتبار التحكيم الزامي في النزاعات التجارية الدولية.

(7) ينبغي ان تعمل المنظمات التحكيمية الدولية على اصدار لائحة سوداء تهم الأشخاص الذين اخلوا أو عرقلوا مسطرة التحكيم.

وأخيرا فإن المعطى الجديد فيا الاقتصاد العالمي هو عالمية اقتصاد السوق مما يتعين توسيع شبكة العلاقات الاقتصادية بين الفاعلين الخواص وبالتالي زيادة الحاجة إلى التحكيم التجاري الدولي خصوصا وان المعطى الجديد دفع بدول ما كان يعرف بالكتلة الشرقية الى تبني القواعد والمؤسسات القانونية وحتى السياسية للمعسكر الغربي.

ولعل هذا الانفتاح سيسهل عالمية القوانين بسبب عدم وجود عراقيل ايدولوجية تحول دون هذا التوحيد والعالمية في القوانين.

وان تحقيق نجاح التحكيم والآفاق المستقبلية رهين بتوعية الشعوب بدون اللجوء إلى هذه الوسيلة وحث المنظمات والهيئات التجارية على النص عليها في عقودها وازالة اللبس الحاصل لبعض أفراد المجتمع من هذا النظام إنما يخدم مصالح الدول المتقدمة.

121 p. — 89 p.

007568-A

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007568- تاريخ 15/10/07  
جريدة

# المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات

أحمد زوكاغي

استاذ بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية

الرباط

## تقديم :

نشرت المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، في العدد الأول، يناير - مارس 1992، المجلد 81، حكما، في الصفحة 91-108، صدر عن محكمة الدرجة الكبرى بباريس، يندرج في اطار علاقات القانون الدولي الخاص القائمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، المنظمة بمقتضى اتفاقية 05 اكتوبر 1957، الخاصة بالتعاون القضائي واتفاقية 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص والاسرة وبالتعاون القضائي.

واعتبارا لان الحكم المشار إليه يكتسى اهمية بالغة من عدة زوايا، اهمها انه يشكل تحولا ملفتا للنظر في موقف القضاء الفرنسي تجاه مسألة الطلاق الذي يوقعه الزوج المسلم بارادته المنفردة، وهو الطلاق الذي ثابر القضاء الفرنسي على اعتباره مخالفا للنظام العام في فرنسا، وبالتالي كان يمتنع عن الاعتراف به.

ومن جهة ثانية، تكمن أهمية الحكم المذكور في كونه يطبق نظرية من النظريات الجديدة تماما في مجال الجنسية، وهي النظرية التي اصطلح الفقه على تسميتها نظرية « المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات »، وبمقتضاها قررت



محكمة الدرجة الكبرى بباريس، يوم 27 شتنبر 1990، صرف النظر عن الجنسية الفرنسية التي اكتسبها الزوجان عن طريق التجنس، واعتدت فقط بالجنسية المغربية التي تمثل الجنسية الأصلية للزوجين، ومن ثم، طبقت عليهما أحكام الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، المشار إليها من قبل، معللة الحل الذي توصلت إليه بالكيفية التالية :

« إن الطلاق الواقع بين زوجين مقيمين في فرنسا، حيث اكتسب كل منهما الجنسية الفرنسية، دون ان تنقطع بالنسبة لهما معا رابطة الولاء التي تجمعهما بالملكة المغربية، ان الطلاق المذكور، المعلن عنه في المغرب لفائدة الزوج، ينتج آثاره في فرنسا، تطبيقا للاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، مادام ان الزوجة لم تعترض على ان ينفذ، في فرنسا، الحكم المشار إليه.»

وتجدر الإشارة، من ناحية أولى، الى ان الاتجاه الذي قررت محكمة الدرجة الكبرى بباريس السير فيه، بمقتضى الحكم الذي نحن بصده، يشكل استمرارا لاجتهاد سبق لمحكمة النقض الفرنسية ان اخذت فيه بفكرة « المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات»، وذلك في الحكم الصادر عنها بتاريخ 22 يوليوز 1987، في قضية تتعلق بزواجين وقع الطلاق بينهما، ثم تنازعا بشأن حضانة طفلهما القاصر، وقد كان الزوجان من جنسية بولونية، تزوجا في بولونيا، ثم استقرا معا في فرنسا، حيث اكتسبا الجنسية الفرنسية، دون ان يفقدا جنسيتهم الاصلية، وبعد ان افترقا بقى الزوج مستقرا في فرنسا، في حين عادت الزوجة وابنها، إلى بولونيا، علما بأن الابن بدوره يحمل جنسيتين وفي هذه النازلة، صرحت محكمة النقض الفرنسية ان الاتفاقية الفرنسية البولونية، المؤرخة ب 05 أبريل 1967، كانت واجبة التطبيق :

« على الرغم من أن الطرفين، في نظر القانون الفرنسي، كانا معا من جنسية فرنسية « على أساس « ان روح الاتفاقية المذكورة تستدعي معالجة المشاكل الناجمة عن الروابط القانونية، ذات الطابع الدولي، في مجال قانون

الأشخاص والاسرة. ومن ثم، ينبغي تطبيق الاتفاقية المذكورة، كلما كان النزاع يتعلق بأشخاص يحملون الجنسية البولونية، حتى ولو كانوا يتمتعون بالجنسية الفرنسية ايضا».

كما تجدر الاشارة ، من ناحية ثانية، إلى ان النهج الذي سلكته محكمة الدرجة الكبرى بباريس، في الحكم الذي نحن بصدد الحديث عنه، يتجاوب مع الاتجاه الذي سارت فيه محكمة الاستئناف بباريس، في قرار بتاريخ 29 أبريل 1988، صرحت فيه هذه الأخيرة :

« ان اتفاقية مدريد الدولية، التي تمت المحافظة على مقتضيات الواردة فيها ضمن المادة 123 من ميثاق الجزيدة الخضراء، تعتبر ملزمة للدول التي وقعت عليها، وخاصة منها فرنسا، كما انها قررت استثناء على القاعدة القاضية بترجيح القانون الفرنسي على القانون المغربي في ميدان الجنسية، وبالتالي فان تجنس الرعية المغربي بالجنسية الفرنسية يعتبر عديم الاثر حتى بالنسبة لفرنسا نفسها، في حالة رجوع المعنى بالأمر إلى الامبراطورية الشريفة ».

ومع ذلك، يحسن لفت النظر إلى ان الاتجاه الجديد الذي دشنته محكمة النقض الفرنسية، وسابرتها فيه محكمة الدرجة الكبرى بباريس، والذي اخذت فيه المحكمتان المذكورتان بفكرة « المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات»، لم يصل بعد إلى درجة من العموم والثبات والاستقرار، تكفل له الانتشار والذبوع، وتسوغ بالتالي اعتبار الاتجاه الجديد اتجاها عاما في القضاء الفرنسي، ذلك ان محكمة الاستئناف بباريس، في حكم بتاريخ 15 مارس 1990، ذهبت مذهباً مخالفاً، في نازلة تتشابه وقائعها بالقضية التي نظرت فيها محكمة الدرجة الكبرى بباريس، والتي اصدرت فيها الحكم الذي نحن بصده، فقد كانت القضية التي بتت فيها محكمة الاستئناف بباريس تتعلق بزواج جزائري، يقيم في فرنسا مع زوجته التي تحمل نفس الجنسية التي يتمتع بها زوجها، غير أن القضاة الفرنسيين رفضوا تنفيذ الحكم الجزائري القاضي بالطلاق، استناداً إلى :

« ان المشاكل التي لها طابع شخصي او عائلي، والتي تثار بسبب الطلاق، سواء كانت فيما بين الزوجين او تتصل بالأبناء، يعتبر ان مكانها الذي نشأت فيه هو مدينة باريس، حيث يقيم الزوجان، ويقيم ابناؤهما، وحيث يتلقون جميعا المداخيل الخاصة بهم، وبالتالي يرتبط النزاع ارتباطا وثيقا بالمحاكم الفرنسية التي يرجع اليها الاختصاص وحدها، دون القاضي الجزائري الذي لجأ إليه الزوج، ذلك القاضي الذي لا يربط بين نظامه القانوني وبين الطلاق سوى عنصر الجنسية الجزائرية المشتركة بين الزوجين، بوصفها ضابطا من ضوابط الاسناد».

انطلاقا من الأهمية البالغة للاجتهاد الجديد، الذي عبرت عنه محكمة الدرجة الكبرى بباريس، في الحكم الصادر بتاريخ 27 شتنبر 1990، اعتبرنا ان تعميم الفائدة يقتضى ان تنشر على صفحات هذه المجلة الرائدة، ترجمة نرجو ان تكون موفقة للحكم المذكور، مع الاشارة إلى ان الحكم نشرته المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، مذيلا بتعليق يشكل، في الواقع، دراسة تأصيلية وتحليلية، أنجزها باحث من كبار الباحثين الفرنسيين الشباب، ونعني به ايض لوكيث (Yves le quette)، وفيها يحلل نظرية المقترَب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات، ويوجه إلى الحكم موضوع هذا التعريب، انتقادات حادة وعنيفة وللاجتهاد الذي توصلت اليه المحكمة.

وفي الختام نشير إلى ان الحكم المائل، نشر، باللغة الفرنسية، متضمنا للأسماء العائلية والشخصية للأطراف في القضية، ولكننا سيرنا على عادة قد يعتبرها البعض محمودة وقد ينظر إليها البعض الآخر على انها ليست كذلك، قررنا اغفال اسماء الاطراف، خصوصا وان الأمر يتعلق بالنشر في مجلة ينتشر توزيعها في ارجاء مختلفة في العالم.

# حكم محكمة الدرجة الكبرى بباريس 27 شتنبر 1990

## المبدأ القانوني

ان الطلاق الواقع بين زوجين مقيمين في فرنسا، حيث اكتسب كل منهما الجنسية الفرنسية، دون ان تنقطع بالنسبة لهما معا، رابطة البيعة التي تجمعهما بالمملكة المغربية ؛ ان الطلاق المذكور، المعلن عنه في المغرب، ينتج آثاره في فرنسا، تطبيقا للاتفاقية الفرنسية المغربية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، مادام ان الزوجة لم تعترض على تنفيذ الحكم المشار إليه في فرنسا.

\* \* \*

- بناء على الاستدعاء المؤرخ به 23 فبراير 1990، الرامي، وفقا لطلب الزوج، الى تنفيذ السند المؤرخ ب 4 شتنبر 1987، الذي طلق بموجبه زوجته أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء.

- بناء على المستنتجات التي اعلنت فيها الزوجة انها لاتعترض على دعوى زوجها، وتلتمس بالتالي تخويلها مساهمة مالية بمبلغ (900) فرنك في الشهر، تخصص لرعاية وتربية الطفل المنحدر منها ومن مطلقها.

- بناء على المستنتجات التي صرح فيها الزوج انه يوافق على اداء نفقة شهرية، في حدود (700) فرنك، وحيث ادلى بمطلب اضافي عارض، يرمي إلى الاعتراف له بحق الزيارة والايواء.



- بناء على المستنتجات التي اوضحت فيها المرأة المطلقة انها لا تقانع في ممارسة الحق المذكور.

- بناء على الحكم الصادر عن هذه المحكمة، يوم 14 يونيو 1990، الذي امر بتبليغ ملف القضية للنيابة العامة.

- بناء على مستنتجات النيابة التي وافقت فيها على طلب التنفيذ وعلى قبول الطلبات العارضة.

- حيث ان الزوج والزوجة، اللذين ينتميان معا إلى الجنسية المغربية، تزوجا يوم 21 ماي 1982، لدى القنصل العام المغربي بمدينة ستراسبورغ، وان الرسم الذي حرر بمناسبة الزواج قد تم قيده في سجلات الحالة المدنية الفرنسية. وان الزوجين، بموجب مرسوم 22 غشت 1985، اكتسبا معا الجنسية الفرنسية، دون ان تنقطع بالنسبة لهما معا رابطة البيعة التي تجمعهما بالمملكة المغربية.

- حيث ان الزوج عاد الى المغرب، وهناك طلق زوجته طلاقا رجعيا لدى قاضي مدينة الدار البيضاء، بحضور شاهدين عدلين، واحتفظ بحقه في مراجعة زوجته قبل انقضاء فترة العدة، وان الطلاق قد خاطب عليه قاضي التوثيق وسجل، على الوجه الصحيح، لدى المحكمة المختصة. وانه يستنتج من المادة 13 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، ان الرسوم المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية، المخاطب عليها من قبل القاضي المغربي، وفقا للمسطرة والاشكال المقررة في القانون الوطني للزوجين اللذين ينتسبان إلى الجنسية المغربية، تتولد عنها، في فرنسا، نفس الآثار التي تنتج عن احكام الطلاق المعلن عنه في الخارج، واعتبارا لان الطلاق المعلن عنه بتاريخ 4 شتنبر 1987 يكتسي نفس القيمة التي يتحلي بها اي حكم قضائي بمعنى ان الاعتراف به في فرنسا، يمكن التماسه لدى القاضي المختص بتنفيذ الاحكام الاجنبية، وان السلطة القضائية المغربية كانت مختصة للنظر في النازلة، وان السند المطلوب تنفيذه لا يظهرانه قد تم الحصول عليه بصورة احتيالية. وان التفريق بين الزوجين

قد تم بصورة صحيحة في الخارج، ووفقا للقانون الواجب تطبيقه في حالة التنازع بين القوانين، وعلاوة على ذلك، من المؤكد ان الطلاق الذي يقع بارادة الزوج ومشيئته وحده من شأنه ان يتعارض مع النظام العام، ومع ذلك، فان الزوجة، في هذه النازلة تستفيد بشكل واضح من ضمانات كافية تكفل لها حقوقها، اذ انها استدعت فعلا لمباشرة الاجراءات، وانه عقب هذه الاجراءات لم يقتصر الامر على ان تسند للأم حضانة الطفل الناتج عن الزواج، وانما منحت كذلك مبلغا جزافيا قدره ثمانية آلاف فرنك يؤديها الزوج برسم المتعة، علاوة على ان مصالحتها لم يلحق بها أي ضرر، وانها لم تعترض اطلاقا على تنفيذ الحكم المعلن عن الطلاق الذي اصبح باثنا في الأونة الراهنة، والذي يتشابه، سواء من حيث اجراءاته او اوصافه بالطلاق الذي يطلبه احد الزوجين ويوافق عليه الزوج الآخر ولايتعارض بالتالي مع النظام العام، ونتيجة لذلك، ليس هناك ما يحول دون الاستجابة للطلب الاصلي.

- حيث ان الطلبات العارضة، المتعلقة بتحديد نفقة للطفل المشترك بين الزوجين، وكذا تنظيم حق الزيارة والايواء، بالنسبة للأب، تدخل في نطاق الاجراءات الواجبة الاتباع بين الزوجين، وهي الاجراءات التي لم يتقرر بالنسبة لها أي شيء في السند المتعلق بالطلاق، وبالتالي اصبح من حق المحكمة، بعد ان غدت مكلفة بتنفيذ حكم اجنبي في فرنسا، ان تنظر في الادعاءات العارضة التي لا ترمي بتاتا الى تعديل حكم الطلاق، وانما تشكل طلبات مستقلة.

- من المؤكد، حيث ان النظر في الطلبات العارضة، وكما بينت النيابة العامة ذلك، يثير، في المقام الأول، مسألة تتعلق بالاختصاص، وان القاضي المكلف بالنظر في النزاعات العائلية، اضافة لكونه يعبر عن وجهة نظر محكمة الدرجة الكبرى، يعود اليه، طبقا للمادة 247 من التقنين المدني، اختصاص يخوله، بعد الاعلان عن الطلاق، وكيفما كان سبب الطلاق، ان يبت في حضانة الأطفال وفي تعديل مقدار واجب النفقة، ومع ذلك فان الاجراءات المتعلقة بتنظيم طرق ممارسة حق الزيارة والايواء، واداء واجب النفقة، لا تدخل في

الاختصاص الممنوح للقاضي المختص بالنظر في المنازعات العائلية، ومن ثم، فإن النظر في الطلبات العارضة المتعلقة بهذه العناصر التابعة لانحلال ميثاق الزوجية، يرجع لمحكمة الدرجة الاولى تطبيقا لاحكام المادة 51 من قانون الاجراءات المدنية الجديد.

- اعتبارا لعدم وجود اي اعتراض من قبل الام، وللعلاقات الحالية القائمة بين الزوجين المطلقين، فان الامر يقتضى تحديد طرق ممارسة حق الزيارة والايواء الذي سيشاشر تجاه الطفل المشترك.

حيث ان درارسة الوثائق التي يتألف منها ملف القضية، تمكن من تحديد المصادر والاعباء الخاصة بكل من الطرفين، وكذا حاجيات الطفل وانطلاقا من هذه العناصر، ينبغي تحديد مبلغ النفقة الشهرية في ثمانمائة (800) فرنك يؤديها الزوج لطليقتة.

- بناء على الاسباب السابقة :

- تصرح المحكمة بأن ينفذ، في فرنسا، السند الصادر بتاريخ 4 شتنبر 1987 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، ذلك السند الذي يقوم، من حيث آثاره، مقام حكم قضائي يتعلق بالطلاق بين الطرفين في هذه القضية، حيث تعهدت الزوجة المطلقة بان لانتشراي عقبه في سبيل الزيارات الدورية التي يزور فيها الوالد ابنه.

- تعلن المحكمة ان عناصر الرسم او السند المشار إليه، وكذا عناصر هذا الحكم المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية، سوف يتم قيدها في سجلات الحالة المدنية لدى وزارة الشؤون الخارجية بمدينة نانت، وكذا في طرة رسم الزواج المودع في سجلات الحالة المدنية لمدينة ستراسبورغ، وذلك يوم 26 يونيه 1989.

- تقرر المحكمة، اعتبارا لأن الطرفين لم يتفقا على اجراءات اخرى، ان الزوج يستفيد من حق الزيارة والايواء، ويباشر الحق المذكور تجاه ابنه، خلال اليوم الأول، واليوم الثالث، وعند الاقتصاء في اليوم الخامس من كل اسبوع،

وذلك ابتداء من لحظة الانصراف من المدرسة مساء يوم السبت وإلى غاية الساعة السابعة مساء من يوم الأحد، وايضا خلال منتصف كل عطلة دراسية (النصف الأول، بالنسبة للسنوات البسيطة، والنصف الثاني بالنسبة للسنوات الكبيسة).

- تحكم المحكمة على الزوج بأن يؤدي لتطبيقه النصيب الواجب عليه برسم رعاية وتربية الطفل، الى ان ينهى هذا الاخير دراسته، وان يؤدي نفقة شهرية مقدارها ثمانمائة (800) فرنك.

- تعلن المحكمة ان المبلغ المشار إليه يتعين أدائه مسبقا، وعلى اكثر تقدير قبل حلول اليوم الثالث من كل شهر، وان المبلغ المذكور يخضع للمراجعة، خلال اليوم الأول من شهر يناير من كل سنة، وفقا لمؤشر اسعار استهلاك الاسر الحضرية، المعمول به داخل منطقة باريس.

- تصرح المحكمة بأن كل طرف من الطرفين يتحمل اعباء المصاريف التي تكبدها، والتي سوف يتم استخلاصها، بالطرف المعمول بها في مجال التعاون القضائي.

\* \* \*

يتبين من الحكم السابق، اذن، ان محكمة الدرجة الكبرى بباريس تحولت عن منهج ظل العمل جاريا به، منذ أمد، في مجال التنازع الايجابي بين الجنسيات، ذلك المنهج الذي استقر على انه اذا كان الشخص يحمل جنسيتين او جنسيات متعددة، وكانت احدى الجنسيات التي يحملها المعنى بالامر هي جنسية دولة القاضي المعروض عليه النزاع، تعين على القاضي المذكور ان يصرف النظر عن كل الجنسيات الاخرى التي يتمتع بها الشخص المذكور، والايعدت الا بجنسية الدولة التي يحكم القاضي باسمها.

وعلى الرغم من ان التشريع المغربي لا يتضمن نصا صريحا بشأن المنهج المشار إليه، الا ان المجلس الأعلى، في قرار أورده الاستاذ الحسين الصفيوي، في كتابه مركز الاجانب في المغرب، ص 115، قرر بالنسبة لشخص مزداد



بمدينة وهران من اب مغربي وأم فرنسية، ان اي قانون اجنبي لم يعد من الجائز، بعد الاستقلال، ان يترتب عليه اي اثر في المغرب، وخاصة بالنسبة لميدان الجنسية التي يحملها الرعايا المغاربة، وبالتالي فان الشخص المذكور لا يتمتع، في نظر السلطات الغربية، الا بالجنسية المغربية، واعتبارا لانه يعتنق الديانة اليهودية، فهو يخضع، في مجال الأحوال الشخصية، لاختصاص القضاء العبري.

وخلافا للتشريع المغربي، ذهبت كثير من القوانين الوضعية الحديثة إلى تقرير المنهج المشار إليه من قبل في نص تشريعي صريح ومن جملة التشريعات التي سارت في هذا الاتجاه مختلف القوانين العربية المأخوذة عن التقنين المدني المصري الصادر سنة 1948، ومن بينها القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي، الذي نصت المادة 70 منه على مايلي :

« يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية، او الذين تبثت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على ان الأشخاص الذين تثبت لهم، في وقت واحد، بالنسبة إلى الكويت، الجنسية الكويتية، وبالنسبة إلى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول، يطبق عليهم القانون الكويتي».

\* \* \*

## تعليق بقلم ايڤ لو كيت

1- (1-2) على الرغم من ان القرار موضوع هذا التعليق، يرجع إلى تاريخ قديم نسبيا، إلا أنه قرار جدير بالنشر، اعتبارا لكونه، حسب علمنا، يشكل اول حكم قضائي يحتك بوضعية حساسة إلى حد بعيد، وهي وضعية الاعتراف بالطلاق الانفرادي المعلن عنه خارج فرنسا، وهي الوضعية التي يستحسن تسميتها « المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات »، وكما أكد علي ذلك هنرى باتيفول، بمناسبة تعليقه على القرار الصادر في قضية بيسبال (Bisbal). يحتاج رجال القانون الى « حالات واقعية » كي يتمكنوا من دراسة الآثار الناجمة عن بعض الأوضاع المحددة.

وتتميز وقائع القضية، التي صدر فيها الحكم موضوع هذا التعليق، بأنها أصبحت عادية في المجتمع الفرنسي، خلال السنين الأولى للعقد الثامن من هذا القرن، حيث تتعلق القضية بزوجين مغربيين يعيشان في فرنسا التي تزوجا فيها، سنة 1982، امام القنصل العام المغربي بمدينة ستراسبورغ، وحينئذ تم تسجيل رسم النكاح بسجلات الحالة المدنية الفرنسية. وفي يوم 22 غشت 1985 اكتسب الزوجان الجنسية الفرنسية عن طريق التجنيس، غير أن هذا الاكتساب لم يمنع الزوج من العودة إلى المغرب، خلال شهر شتنبر من سنة 1987، حيث طلق زوجته هناك، ثم طالب، في فرنسا، بتنفيذ حكم الطلاق، ورغم ان الزوجة لم تعترض على الحكم القاضي بالطلاق، إلا انها اكتفت بأن

طلبت من القاضي الفرنسي المكلف بتنفيذ الأحكام الأجنبية بأن يقوم بتحديد النفقة الواجبة لولدها، وهو الطلب الذي واجهه الزوج بطلب اعتراضى اضافي يرمي إلى الاعتراف للزوج بحق الزيارة. وتجدر الاشارة، في هذا المقام، إلى أن محكمة الدرجة الكبرى بباريس، عندما تعرض عليها اي دعوى تتعلق بتنفيذ حكم اجنبي، تفصل ايضا في الطلبات التبعية، وبالتالي تسائر الاجتهاد القضائي الذي دشنته بنفسها منذ عشر سنوات، وعلى العكس من ذلك، يقتضى الأمر الاشارة إلى الطابع الجديد الذي اصبح يكتسبه موقف المحكمة المذكورة تجاه الطلب المتعلق بتنفيذ الأحكام الاجنبية - ذلك ان المحكمة، عندما استندت إلى الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981، وعندما قررت ان الزوجين المعنيين بالأمر عندما اكتسبا الجنسية الفرنسية، فانهما لم يهدفا إلى «قطع رابطة البيعة التي تجمعهما بالملكة المغربية» ؛ ان المحكمة عندما سارت على هذا المنوال فكأنها اقتنعت بان الزوجين المذكورين لازالا يحملان الجنسية المغربية، الأمر الذي اتاح للطلاق ان ينتج آثاره في فرنسا، وبناء على ذلك، يقتضى الأمر البحث في قيمة الحل الذي توصلت اليه المحكمة، قبل التعمق في مدلوله.

إذا كانت المساهمة الأساسية التي جاء بها القرار، موضوع هذا التعليق، تكمن في الحل الأصيل الذي خصه للتنازع بين الجنسيات، فان هذه المساهمة يتعين الا تشغلنا عن أهمية التحديدات التي اوردها القرار المذكور بالنسبة للميدان الاتفاقي.

## أولا :

2 - هل تعتبر الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981، واجبة التطبيق على الزوجين اللذين يحملان معا جنسيتين، احدهما فرنسية والثانية مغربية ؟ لقد تصدى المعلقون السابقون على الاتفاقية المذكورة لهذه المسألة وتوصلوا إلى الرد عليها بالايجاب، ومع ذلك، فان وجوب تطبيق الاتفاقية المذكورة، في هذه الحالة، يثير الشك، وذلك اعتبارا « لغموض ديباجة

الاتفاقية التي تؤكد في آن واحد على « أهمية الروابط الشخصية والعائلية بين رعايا كل دولة من الدولتين المتعاقدتين » وعلى « ضرورة المحافظة للأشخاص على المبادئ الاساسية الخاصة بالهوية الوطنية » لكن على الرغم من الغموض المشار إليه، فان محكمة الدرجة الكبرى بباريس طبقت، دون ادنى تردد كما يبدو، الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981. قصد معالجة المسألة التي عرضت عليها، ولاريب ان السبب في ذلك يعود إلى التصور الذي حملته المحكمة بالنسبة للتنازع بين الجنسيات، والذي سنعود إليه بعد حين.

3 - ويحسن لفت النظر الى ان الآثار الناجمة عن الموقف الذي اتخذته المحكمة تكتسي أهمية بالغة، ذلك انه في الحالة التي تكون فيها اتفاقية عام 1981 غير واجبة التطبيق، فان المحكمة كانت سوف ترجع، لا إلى القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بل إلى الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 5 أكتوبر 1957، وحينئذ قد يبدو من غير المحتمل، استنادا إلى الاتفاقية الاخيرة وحدها، تنفيذ حكم الطلاق في فرنسا، ومن المؤكد ان اتفاقية سنة 1957 لا تتشدد في شروط تنفيذ الأحكام الاجنبية، اعتبارا لانها تلغي الرقابة على القانون المطبق، وعلى العكس من ذلك، تقر الاتفاقية المذكورة الرقابة على اختصاص القاضي الاجنبي، تلك الرقابة التي يتعين ممارستها « وفق قواعد القانون الدولي الخاص المسلم بها في الدولة التي يراد فيها تنفيذ الحكم الاجنبي »، كما يتعين ان تؤدي الى بحث مطابقة الحكم الاجنبي للنظام العام، ومن الملاحظ انه اذا كانت هذه المطابقة لا تثير ادنى صعوبة بالنسبة للقضية التي نحن بصدها، على اساس ان الطلاق الذي يوقعه الزوج بارادته المنفردة لا يتعارض مع التصورات السائدة في المجتمع الفرنسي، عندما يقوم الطلاق المذكور مقام طلاق حاصل بالتراضي المشترك بين الزوجين، وذلك حتى ولو كانت الزوجة فرنسية ؛ فانه يمكن، في المقابل التساؤل حول اختصاص المحاكم المغربية، من جهة اولى يلاحظ ان المحاكم الفرنسية، عندما تتصدى لمعالجة التنازع بين الجنسيات، ذلك التنازع الذي اشارت إليه المادة 16 من اتفاقية 1957 واجتهاد



محكمة النقض الفرنسية، تعتبر نفسها مختصة بالاستناد الى المادة 15 من التقنين المدني، ومن جهة ثانية، لو فرضنا ان موقف أَلصمت الذي التزمت به المرأة المدعى عليها، في المرحلة الابتدائية، تجاه تنفيذ حكم الطلاق، يعادل التنازل عن الامتياز المخول لها، حينئذ يمكن ان يخامرنا الشك حول وجود «رابطة حقيقية» يمكن ان تجمع بين النزاع وبين القاضي الاجنبي كيما يتأتى تنفيذ حكمه في فرنسا، ومن المعلوم ان مجموعة العناصر التي يعتمد عليها الاجتهاد القضائي لاثبات وجود الرابطة المذكورة تؤدي الى ان يصبح النزاع، في هذه القضية، خاصا بفرنسا وحدها، فهي البلاد التي تزوج فيها المعنيان بالأمر، وهي التي اكتسبا جنسيتها، وهي التي يقيمان فيها مع طفلهما وهناك سابقة قضائية صدرت عن محكمة استئناف باريس، يوم 15 مارس 1990، نعتقد انها بالغة الدلالة في هذا المقام، وتتعلق بزواج جزائري يقيم في فرنسا مع زوجته التي تحمل نفس الجنسية التي يحملها هو، واثناء اقامة الزوج في الجزائر طلق زوجته، غير ان القضاة الفرنسيين رفضوا تنفيذ الحكم القاضي بالطلاق، استنادا الى ان «المشاكل التي لها طابع شخصي او عائلي، والتي تثور بسبب الطلاق، سواء كانت فيما بين الزوجين، او تتصل بالأبناء، يعتبر ان مكانها الذي نشأت فيه هو مدينة باريس، حيث يقيم الزوجان، وقيم ابناؤهما، وحيث يتلقون جميعا المداخل الخاصة بهم، وبالتالي فان النزاع يرتبط ارتباطا وثيقا بالمحاكم الفرنسية التي يرجع إليها الاختصاص وحدها دون القاضي الجزائري الذي لجأ اليه الزوج، ذلك القاضي الذي لايربط بين نظامه القانوني وبين الطلاق سوى عنصر الجنسية الجزائرية المشتركة بين الزوجين، بوصفها من روابط الاسناد» لقد كان الامر يقتضي السير على نفس النهج بالنسبة للنازلة التي نحن بصدها. بل، اننا اذا سايرنا هذا المنطق الى نهايته، فاننا نتوصل الى اعتبار القضية المذكورة قضية داخلية بحتة، على اساس ان الزوجين يحملان الجنسية الفرنسية، وقيمان في فرنسا، وان اي محكمة اجنبية ليست لها اية صفة تجعلها تفصل في القضية، كما ان الامر لم يكن يستدعي تطبيق اي اتفاقية دولية.

4 - ومع ذلك، فإن المقرب الذي اختارته المحكمة مقرب يختلف تماما، ذلك أن محكمة الدرجة الكبرى بباريس، عندما اعتبرت اتفاقية 10 غشت 1981 واجبة التطبيق، استندت، لا إلى الاجتهاد المعبر عنه في قضية سيميتش (Simitch)، وإنما ارتكزت على المادة 11 من الاتفاقية المذكورة. تلك المادة التي تقضي بأنه « في مدلول الفقرة -أ- من المادة 16 من الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي المشترك وبتنفيذ الأحكام الأجنبية، المؤرخة ب 5 أكتوبر 1957، فإن انحلال ميثاق الزوجية يمكن الاعلان عنه من قبل محاكم اي دولة من الدولتين المتعاقدتين يوجد داخل اقليمها الموطن المشترك، للزوجين او كان يوجد فيه موطنهما المشترك، ومع ذلك، في الحالة التي يحمل فيها الزوجان معا جنسية احدى الدولتين، فان محاكم الدولة المذكورة تكون مختصة كذلك اينما كان موطن الزوجين في تاريخ عرض الدعوى علي القضاء»، وتبعاً لهذا النص، تعتبر المحاكم المغربية مختصة، بصفة غير مباشرة، إذا كان الزوجان معا يحملان الجنسية المذكورة، لكن محكمة الدرجة الكبرى بباريس قررت، بكل بساطة، ان الزوجين، إذا كانا قد اكتسبا الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم، فإن ذلك لم يجعلهما يرميان إلى قطع «رابطة الولاء التي تجمعهما بالمملكة المغربية». وهذا الاعتبار هو الذي يبرر، في نظر قضاة المحكمة المذكورة، كون الحكم المغربي القاضي بالطلاق قد صدر « تطبيقاً للقانون الواجب تطبيقه»، وإذا كان التحقق من هذه المسألة غير ذي فائدة، على اساس ان الرقابة التي من هذا النوع قد تم الغاؤها بموجب اتفاقية سنة 1957، ومن ثم ليس من المجدي التصريح بأن حكماً أجنبياً يمكن ان ينتج آثاره في فرنسا مع ان الحكم المذكور لم يحترم قاعدة التنازع المقررة بمقتضى المادة 310 من التقنين المدني.

## ثانياً :

5 - على الرغم من الطابع الوصفي للتعليل الذي استخدمته المحكمة، فمن الممكن اعتبار الحكم الذي نحن بصدد التعليق عليه يندرج، على وجه التحديد، في الأفق الجديد للتنازع بين الجنسيات، ذلك الأفق الذي تم تحليله بعمق في

المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة 1988، وسنة 1990، والذي اصطلح على تسميته « المقرب الوظيفي ».

ولعل الحاجة تدعو، الآن، إلى رصد بعض الملامح العامة لذلك المقرب الوظيفي.

من الملاحظ ان الباحثين الذين تصدوا لدراسة المقرب الوظيفي قد صوبوا انتقادات عنيفة للاتجاه التقليدي الذي يذهب إلى أنه في الحالة التي يحمل فيها الشخص جنسيتين، احدهما هي جنسية دولة القاضي، يتعين ترجيح جنسية دولة القاضي، وذلك مع مراعاة بعض الاستثناءات المحدودة في هذا المجال (مثل الحماية الدبلوماسية)، وبناء على ذلك، يدعو الباحثون الجدد إلى معالجة مشكلة التنازع بين الجنسيات، لا على اساس « مبدأ عام مجرد »، وانما عن طريق البحث عن « الوظيفة التي تؤديها الجنسية في الحالة المعروضة »، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية اول جهة طبقت فكرة المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات، وذلك في القرار الصادر عنها في قضية ديجاك (Dujaque)، ومن الممكن، استنادا إلى القرار الأخير، ان نتوصل الى تكملة التعليل الذي استخدمته محكمة الدرجة الكبرى بباريس، دون ان يؤدي بنا ذلك الى تقويل المحكمة ما لم تقصد.

في نازلة ديجاك، كان الأمر يتعلق بزوجين وقع الطلاق بينهما، ثم تنازعا بشأن حضانة طفلهما القاصر، وقد كان الزوجان من جنسية بولونية، تزوجا في بولونيا، ثم استقرا معا في فرنسا، حيث اكتسبا الجنسية الفرنسية دون ان يفقدا جنسيتيهما الأصلية، ثم بعد ذلك افترق الزوجان، وبقي الزوج مستقرا في فرنسا، في حين عادت الزوجة وابنها إلى بولونيا، علما بأن الابن بدوره يحمل جنسيتين، وقد اصدر القضاء الفرنسي حكما، في هذه القضية، يخول الحضانة للأب، لكن صدر فيما بعد، عن احدى المحاكم البولونية، وتطبيقا للقانون البولوني، اي القانون الوطني للطفل، قرار يسند الحضانة للمرأة التي طالبت القضاء الفرنسي بتنفيذ الحكم المذكور في فرنسا. وبموجب الحكم المؤرخ بـ 18

يونيه 1985، منحت محكمة استئناف باريس الصيغة التنفيذية للحكم المشار إليه، وذلك استنادا، الى الاتفاقية الفرنسية البولونية المؤرخة بـ 5 ابريل 1967، اعتبارا من المحكمة ان القاضي البولوني الذي فصل في الدعوى المباشرة لم يكن بإمكانه سوى مراعاة الجنسية البولونية للطفل، وعند الطعن بالنقض في قرار محكمة استئناف باريس، رفضت محكمة النقض الطعن المعروض عليها بموجب قرار معلل تعليلا سليما، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان الاتفاقية الفرنسية البولونية كانت واجبة التطبيق « على الرغم من ان الطرفين، في نظر القانون الفرنسي، كانا معا من جنسية فرنسية»، على أساس « ان روح الاتفاقية المذكورة تستدعي معالجة الروابط القانونية ذات الطابع الدولي في مجال قانون الأشخاص والاسرة، ومن ثم، ينبغي تطبيق الاتفاقية المذكورة كلما كان النزاع يتعلق بأشخاص يحملون الجنسية البولونية، حتى ولو كانوا يتمتعون بالجنسية الفرنسية ايضا». اما بالنسبة لتنفيذ الحكم البولوني في فرنسا، وهو الحكم الذي عدل من كيفية اسناد حضانة الطفل، فمن الملاحظ، في هذه الحالة، ان الفقرة الثانية من المادة العاشرة من الاتفاقية المذكورة، تقضى بانه في حالة انفصال موطن الأبوين ينبغي تطبيق القانون الوطني للطفل، وبناء على ذلك، قررت المحكمة « لقد كان قضاة الاستئناف على صواب عندما قضاوا بأن المحكمة الأجنبية كان من حقها ان تحدد القانون الواجب تطبيقه، كما كان من حقها ان تراعي ؛ تماما كما سيفعل القاضي الفرنسي لو ان النزاع عرض عليه ؛ الجنسية المسندة للطفل بمقتضى القانون المحلي، وهو القانون البولوني، في هذه النازلة».

6 - وهكذا، يتضح الاستنتاج الذي توصل إليه قضاة محكمة الدرجة الكبرى بباريس، من خلال الاجتهاد الذي اقرته محكمة النقض في نازلة ديجاك، إذ كما أن محكمة النقض اعتبرت ان « دور الجنسية - الفرنسية او البولونية، أو الفرنسية والبولونية - هو جعل الرابطة المعروضة تندرج في اطار العلاقات الدولية القائمة بين فرنسا وبولونيا»، كذلك ذهبت محكمة الدرجة الكبرى بباريس



في نفس الاتجاه بالنسبة للجنسيتين الفرنسية والمغربية وبالنسبة للعلاقات الدولية الجامعة بين فرنسا والمغرب وبالتالي فإن « القاضي الفرنسي الذي كان يتعين عليه، وفقا للمقرب التقليدي ان يتجاهل الجنسية » الأجنبية (أي البولونية بالنسبة لقضية ديجاك، والمغربية بالنسبة لقضيتنا هذه) التي يحملها ايضا هؤلاء الأشخاص الذين يتمتعون بالجنسية الفرنسية « لم يكن بإمكانه ان يلجأ الى اسلوب التجاهل، على اساس ان التمتع بالجنسية الثانية يمنع من تطبيق القواعد الخاصة المقررة لمعالجة هذه الروابط » الفرنسية البولونية او الفرنسية المغربية الخاصة للقانون الدولي الخاص، ولهذا السبب طبقت، في هذه النازلة، الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981.

وبالنسبة لتطبيق الاتفاقية المذكورة، من الملاحظ انه ينبغي الاعتراف بالحكم الاجنبي وان لا تراعي في ذلك سوى الجنسية الممنوحة للطرفين بمقتضى قانون القاضي، على اساس ان هذا الاخير، في مجال الاختصاص المباشر، لا يرجح سوى جنسية الدولة التي يحكم باسمها، وبهذه الكيفية، يتمكن الزوجان اللذان يحملان جنسيتين من الوصول الى الاعتراف، داخل احدى الدولتين اللتين يحملان جنسيتها، بالحكم القضائي الصادر في الدولة الاخرى، ويفضل التصور الوظيفي للتنازع بين الجنسيات تحقق احترام وحدة قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للطرفين المعنيين - كما ان محكمة الدرجة الكبرى بباريس، توصلت، بموجب هذا القرار، الى اتباع التوصيات التي نادى بها الاستاذ پول الاكارد، وقررت ترجيح الجنسية المغربية.

وعلاوة على ما تقدم، تجدر الاشارة إلى ان الحكم الذي نحن بصدد التعليق عليه ذهب الى ابعاد مما ذهبت اليه محكمة النقض في قضية ديجاك، وذلك بالنسبة للمقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات، فقد استخدمت محكمة الدرجة الكبرى بباريس المقرب الوظيفي قصد معالجة تنازع بين الجنسيات، وهو تنازع لا يتطلب حله تحديد القانون الواجب تطبيقه، بل يقتضي تعيين القاضي المختص، ومن المعلوم ان الاجتهاد القضائي الفرنسي يحترس كثيرا في هذا

المجال، الأمر الذي يبين ان الموقف الذي اتخذته المحكمة موقف حافل بالمخاطر : ففي الوقت الذي نلاحظ فيه ان الحل الذي توصلت اليه محكمة النقض في قضية ديجاك لا يمكن ان يعاب عليه انه يشجع التسكع، وذلك بفضل قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي المقررة بموجب المادة الحادية عشرة من الاتفاقية الفرنسية البولونية، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للقضية التي نحن بصددھا، على اساس ان الزوج المدعي كان بإمكانه ان يعرض دعواه اما على المحكمة التي يوجد بدائرتها الوطن المشترك للزوجين، او محكمة الجنسية المشتركة بين الزوجين ولكن، يبدو أن الاستاذ پول لاكارد لم يتصور ان هذا النوع من المخاطر يمكن ان يسوغ استبعاد المقرب الوظيفي، وعلى هذا الأساس، يبدو ان القرار، موضوع هذا التعليق، يقتضي امعان النظر في المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات.

## -II-

إذا كان المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات مفهوما مغربا وجذابا بالنسبة لمجال التعاون الدولي، فانه يتضمن مع ذلك بعض المخاطر الجلية، فمن الناحية القانونية، يعتبر التعقيد الشديد الذي يتميز به المقرب المذكور مصدرا لازعاج الطمأنينة، كما انه، من الناحية السياسية، يتضمن انكارا لمفهوم الجنسية.

### أولا :

7 - تتميز الفكرة التي يستند إليها المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات بأنها فكرة جذابة، على اعتبار ان الأمر يتعلق بتقرير حرية توسع العلاقات بين الأفراد بشكل لا تصطدم فيه مع تقسيم العالم إلى دول ذات سيادة، فمن بين «مراكز التجميد» التي يؤدي إليها «التفضيل الحتمي والمطلق» المقرر لجنسية دولة القاضي، هناك دون ريب تلك الوضعية الرئيسية التي تمس الشخص الذي يحمل جنسيتين، عندما يطالب بالاعتراف له، في احدي الدولتين



اللتين يحمل جنسيتها، بالحقوق التي اكتسبها في دولة اخرى يحمل ايضا جنسيتها وهكذا، واستنادا إلى مفهوم المقرب الوظيفي يسعى الشخص المعنى بالأمر الى ان لا يحول مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي دون ان يطبق في فرنسا حكم قضائي حصل عليه في الخارج ذلك الشخص الذي يحمل في آن واحد، جنسية دولته الأصلية التي صدر فيها الحكم و جنسية الدولة التي يراد فيها الاعتراف بالحكم المذكور، ولعل الحاجة تدعو إلى ايراد مثال شبيه بالوقائع التي حصلت في القضية التي نحن بصدها، لنفترض ان رجلا وامرأة يحملان، في نفس الوقت، الجنسية المغربية والجنسية الفرنسية، ويعيشان في فرنسا، لو فرضنا ان الرجل والمرأة عزا على عقد الزواج بينهما في فرنسا، فان الجنسية التي يتمتعان بها تحدد بناء على القانون الفرنسي، وبالتالي يتعين اشهار زواجهما امام ضابط الحالة المدنية الفرنسي، لكن، في الحالة التي يعن فيها للزوج ان يطلق زوجته، اثناء اقامته في المغرب، حينئذ يتعين ألا يعامل هذان الزوجان بمقتضى النظام القانوني الفرنسي نفسه، في اطار دعوى تنفيذ حكم اجنبي، بوصفهما فرنسيين، وانما يتعين معاملتهما باعتبارهما مغربيين، وهذه هي «الروح» التي تتوخاها الاتفاقية المغربية الفرنسية، وكما اشار الى ذلك الاستاذ پول لاكارد « يتعين على السلطة التي عرض عليها أمر الاعتراف بحكم قضائي صدر في الدولة الاخرى، وعندما تقضي الاتفاقية بالاختصاص غير المباشر للسلطة الوطنية للشخص أو بتطبيق قانونه الوطني، يتعين على السلطة المذكورة اذن ان تقبل بالحل المقرر للتنازع بين الجنسيات في الدولة الأصلية » وبالإضافة إلى ان المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات « يفجر » جنسية الأفراد، اعتبارا لان هؤلاء ينظر إليهم تارة بوصفهم فرنسيين وتارة اخرى بانهم اجانب، فان المقرب المذكور يسهم في وأد المراكز القانونية مثل الفرنسيين، ويعتبرون ان الزواج الذي وقع اشهاره في فرنسا يحظى بالاعتراف به في المغرب، تماما كما هو الشأن بالنسبة للطلاق الانفرادي المعلن عنه في المغرب والمعترف به في فرنسا، وبعبارة اخرى ، وعلى غرار الصيغة التي استخدمها الفقيه الفرنسي هوريو، يتعلق الأمر ب «استمرار» قانون

الأحوال الشخصية للفرد، وضمان ذلك الاستمرار بفضل « مرونة » الجنسية التي يحملها الفرد المذكور.

## ثانيا :

8 - لكن، أليس من شأن معالجة التنازع بين الجنسيات، في كل حالة على حدة، استنادا وانطلاقا من « الوظيفة التي تضطلع بها الجنسية في الحالة المعروضة»، أليس من شأن هذا الأسلوب أن يؤدي إلى الاضرار بتناسق النظام القانوني؟

من الملاحظ ان الصعوبة المشار اليها اعلاه لم تغب عن ذهن الفقيه الفرنسي لاكارد، حيث نادى بمعالجتها استنادا الى صيغة توصل اليها باتيفول، وبمقتضاها: «يكن التناقض في التأكيد على ان شيئا معيننا ليس واحد في ظل رابطة قانونية محددة»، ومن ثم، ينتهي لاكارد الى القول بعدم وجود اي تناقض في معالجة التنازع بين الجنسيات بكيفية مختلفة عندما يقتضي الامر النظر الى التنازع المذكور من زوايا مختلفة، وهكذا، يمكن ان نلاحظ، بالنسبة للفرضية التي سقناها من قبل، أنه ليس هناك اي تنافر في اعتبار نفس الشخصين اللذين لم تتغير جنسيتهما خلال الفترة الفاصلة بين تاريخ الزواج وتاريخ الطلاق، وانهما، على وجه التتابع، يعتبران فرنسيين ثم ينظر اليهما على انهما مغربيان، وذلك لأن ربط العلاقة مع فرنسا وقطعها مع المغرب ليس شيئا واحدا.

9 - مع ذلك، لننطلق بالتحليل بعيدا دون ان ننأى عن القضية التي فصل فيها القرار، موضوع التعليق، ولنلاحظ، عندئذ ان التوجه التي سارت فيه المحكمة يتميز بدقة بالغة يتعذر معها استخدام التوجه المذكور، ولهذا السبب سوف ننطلق من وضعية شبيهة بتلك التي عاجلها قرار محكمة الدرجة الكبرى بباريس : لتتصور ان المرأة اعترضت على الطلاق الذي اوقعه الزوج بارادته المنفردة، على الرغم من ان الطلاق احيط بالضمانات المادية والمسطرة المطلوبة،



وفقا لآخر الاجتهادات التي توصلت اليها محكمة النقض الفرنسية، وذلك كي يتم التمكن من تجاوز عقبة النظام العام، على الأقل إذا لم يكن احد الزوجين فرنسيا، فهل ينتج الطلاق، في هذه الحالة، آثاره في فرنسا ؟ من الواضح ان الاجابة عن السؤال السابق ترتبط بالحل المقرر للتنازع بين الجنسيات، فاذا اعتبر الزوجان مغربيين، فان الحكم المتعلق بالطلاق، المصادق عليه من قبل السلطات المختصة، طبقا لاحكام المادة الحادية عشرة من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، هو حكم لا يمكن الاعتراض عليه لا بالاستناد الى الدفع بالنظام العام، ولا بناء على الدفع بالتحايل على القانون، اما اذا نظرنا الى الزوجين باعتبارهما فرنسيين، حينئذ يصبح الحكم القاضي بالطلاق صادرا عن سلطة غير مختصة ويصطدم، علاوة على ذلك، مع الدفع بالنظام العام الدولي، خصوصا في الحالة التي يتم فيها تقدير النظام العام تقديرا صارما لكون احد الطرفين في الرابطة الزوجية يحمل الجنسية الفرنسية، وبالفعل، من المعلوم ان الليبرالية التي يظهرها القانون الفرنسي تجاه الطلاق الانفرادي المعلن عنه في الخارج، انما ينحصر نطاقها بالأزواج الذين هم من رعايا دول تميز مثل هذا النوع من الطلاق، في حالة ما إذا كان احد الزوجين، على الأقل من جنسية فرنسية، عندئذ يصبح الطلاق الانفرادي غير ذي مفعول، وهكذا قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين بتاريخ 26 أبريل 1986، حيث صرحت بأن الزوج الجزائري الذي دخل في الجنسية الفرنسية لايجوز له، بارادته المنفردة، ان يطلق احدي زوجاته، كما اعلنت أن المرأة التي اصبحت من جنسية فرنسية لايمكن الاحتجاج في مواجهتها بالطلاق الصادر عن الزوج بارادة منفردة، وعلى هذا الأساس، كان ينبغي الحكم في القضية التي نحن بصدها، خاصة وان الزوجين معا من جنسية فرنسية. فهل كان من الممكن الوصول الى ذلك بالاستناد الى التحليل الوظيفي للتنازع بين الجنسيات ؟

ان الاجابة عن السؤال المطروح لاتبدو واضحة، فاذا سايرنا المنطق الوظيفي الى نهايته، تبين لنا عندئذ ان الأمر يقتضي اقامة تفرقة حتى في النطاق الخاص

بتنفيذ الأحكام الاجنبية، من جهة أولى، وبالنسبة للتحقق من اختصاص السلطة الاجنبية التي صدر عنها الحكم، نلاحظ انه لم يطرأ اي تغيير على الأسباب التي دفعت الفقه الى مراعاة الجنسية المغربية ودفعت بالتالي محكمة الدرجة الكبرى بباريس الى مسايرة الفقه المذكور، ومن جهة ثانية، بالنسبة للبحث في عدم تعارض الحكم المذكور مع النظام العام، نلاحظ، في المقابل، ان المس قد لحق بالمجتمع الفرنسي، الأمر الذي لا يتيح فهم صرف النظر عن جنسية دولة القاضي مادامت حدة النظام العام تقاس استنادا الى معيار شخصي وفي هذه الحال يبرز اضطراب خطيرين الجنسيات، وهو اضطراب يؤدي اليه المقرب الوظيفي نفسه اذ في قضية واحدة ولمعالجة نفس المشكل، اي مشكل تنفيذ الحكم الاجنبي، يجد الشخص نفسه تارة ينظر اليه باعتباره فرنسا وتارة اخرى بوصفه اجنبيا، وعلى الرغم من ان معالجة مشكلة التنازع بين الجنسيات تتم من خلال زاويتين مختلفتين، فمن الجائز التساؤل عما اذا كان الحل المقرر للمشكلة المذكورة حل خال من كل تناقض، ذلك انه من المحتمل، في مثل هذه الحال، ان يجتهد القضاة في اقامة تفرقة سطحية تمكنهم من تطبيق فكرة المقرب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات، وألا يعتبروا الا بالجنسية التي تمكنهم من الوصول إلى النتيجة التي ينشدونها، وبعبارة اخرى، ان الجنسية التي يحملها الشخص لن تكون نفس الجنسية حسبما اذا قرر القاضي قبول او رفض الحكم الاجنبي.

10- هناك نوع آخر من الصعوبات التي تثور في هذا المجال، لنفترض ان «بطل» القضية التي نحن بصدد التعليق عليها، بدلا من ان يطلق زوجته، عقد خلال اقامته في المغرب، زواجا ثانيا مع امرأة تحمل بدورها الجنسية المغربية، ألا يكون من حقه ان يحتج بهذا الزواج الثاني في فرنسا؟ ان «روح» الاتفاقية المغربية المغربية الفرنسية ينفخ ايضا في هذه الحالة تماما كما هو الشأن بالنسبة للحالة موضوع هذا التعليق اذ ان الاتفاقية المذكورة تنبئ الاختصاص بالسلطات الوطنية للقانون الوطني للزوجين، قصد الحكم بالطلاق، كذلك تقضى نفس الاتفاقية بأن الشروط الشكلية للزواج تخضع للقانون الوطني

المعمول في اي دولة من الدولتين المتعاقدتين تم فيها اشهار الزواج لدى السلطة المختصة، وان الشروط الجوهرية للزواج يسرى عليها قانون الدولة التي يحمل الزوجان جنسيتها، ورغبة في ضمان وحدة قانون الأحوال الشخصية للمعنيين بالأمر، ألا يعتبر الاعتراف بالزواج الذي يمكن ان ينتج عنه طفل مهما بدوره كأهمية الطلاق؟ وهكذا، يتضح ان الحل الذي من هذا القبيل يتعذر التسليم به، ماعدا اذا اردنا التنكر للأسس التي يقوم عليها المجتمع الفرنسي، بل ان هناك سؤالا يطرح نفسه، اذ كيف يمكن التوفيق بين الحل المشار اليه وبين بعض الأحكام الأخرى المقررة في القانون الوضعي الفرنسي؟ وعلى سبيل المثال، ماهو الحكم بالنسبة للممارسة الادارية التي ترفض ان تمنح للأجانب الذين يجوز لهم تعدد الزوجات، رخصة تقديم التصريح المتعلق باسترجاع الجنسية الفرنسية، ذلك التصريح المنصوص عليه في المادة 153 من قانون الجنسية الفرنسية، وذلك تفاديا لأن يحتضن النظام القانوني الفرنسي نموذجين متعارضين من نماذج التكوين العائلي، كذلك، ماهو الحكم، ايضا، في حالة تغيير قانون الأحوال الشخصية، ذلك التغيير الذي فرض على المسلمين الجزائريين الذين اختاروا، بعد الاستقلال، الادلاء بالتصريح الرامي الى الاعتراف لهم بالجنسية الفرنسية، ومن الممكن اضافة حالات اخرى من هذا القبيل، ولكن لحسن الحظ، وجدت تقنية النظام العام لتفادي مثل هذا التنافر، وعلى هذا الأساس: ينظر إلى الشخص على انه مغربي بغية التحقق مما اذا كانت الوضعية القانونية الخاصة به قد نشأت وفق قواعد التنازع المقررة بموجب اتفاقية سنة 1981، ولكن ينظر الى الشخص المذكور بوصفه فرنسيا رغبة في التأكد من توافق زواجه مع المبادئ الأساسية للقانون الفرنسي، وبعبارة اخرى، يخضع تحديد الجنسية، في هذا المجال ايضا، للنتيجة التي يريد القاضي الوصول اليها، فهل بقى شيء من التوقع اكثر من هذا؟ ان المنهج الوظيفي لاجدوى منه.

11 - وانطلاقا مما تقدم، نلاحظ العيوب التي يحفل بها مقترح يحاول خلق نظام من عدم، فيؤدى بالتالي الى انعدام الاستقرار، وقد سبق للفقهاء

الكبير هنرى باتيفول أن لاحظ ذلك وأكد على ضرورة تحقق الفائدة من « الجدل حول المبدأ وحول الاستثناءات التي يمكن ان ترد عليه »، واعتبر ذلك هو «السبيل العادى للحياة القانونية» والواقع أنه بفضل هذا الجدل يمكن معالجة التعقيد التي يشوب المراكز القانونية، عن طريق مجموعة من القواعد المتميزة واغناؤها، حسب الحالات القانونية، ذلك انه بعد تحديد مضمون الاستثناءات، يمكن التوصل حينئذ الى القاعدة التي تسرى على المركز القانوني المقصود : ومعنى هذا انه اذا كانت المسألة لا تتجاوب مع الفرضيات المقررة بموجب الاستثناءات، فانها تدخل حتما في نطاق تطبيق المبدأ.

ومن الملاحظ، ان باتيفول صرح بوجود اتباع المنهج السابق بالنسبة لمجال قريب وشبيه بالمجال الذي نحن بصده، وهو مجال جنسة الشركات، وهنا يحسن التذكير بأن محكمة النزاع سبق لها، في قضية مايول أريونا، ان اخذت بفكرة المقرب الوظيفي، عندما صرحت «ان جنسية الشركات لايتأتى تحديدها الأبناء على الأحكام التشريعية او التنظيمية التي يخضع تطبيقها او عدم تطبيقها على الشركة المعنية لمسألة ما اذا كانت الشركة المذكورة فرنسية او غير فرنسية»، فمن المؤكد ان الغرض الذي يطبق من أجله المقرب المذكور هو غرض يختلف، على اساس انه لايتعلق بالنزاع بين الجنسيات، بل يهم جنسية الشركات، وهنا نلاحظ ان المنهج المتبع ليس واحدا، وفي هذا الصدد، يقول باتيفول : «نتمنى الا يتقيد الاجتهاد القضائي بالنص الحرفي للصيغة، وبعبارة اخرى، فان الأمر يقتضي اثاره القضية بالنسبة لكل نص صامت، بحيث يغدو والحل المقرر قائما على مجرد التكهن نتيجة لذلك الصمت ولعدم وجود موجبات تتعلق بالمبدأ»، بمعنى ان الجدل حول المبدأ وحول الاستثناء هما اللذان يهدف المقرب الوظيفي الى معالجتهما.

ومن هنا، يتجلى التأثير القانوني الذي يهدم كل توقع بالنسبة للحلول التي تعتبر لصيقة وغير منفصلة عن فكرة العدالة، وعلى هذا الأساس نرى ان الحاجيات التي حاول القضاء تلبيتها، في نازلة ديجاك، لا ترقى الى درجة يمكن



معها خلق قاعدة تتخذ شكل استثناء على المبدأ الذي يقضي بترجيح جنسية دولة القاضي، ذلك المبدأ الذي اخذت به كل التقنينات الحديثة .

12 - وتجدر الاشارة إلى ان الاستثناء السابق يتعين تقييده بمضامين كافية - وهنا نجد انفسنا في مواجهة سبيلين ؛ هناك سبيل حر . عندما تتعلق القضية بالاعتراف بحكم قضائي تم الحصول عليه في الخارج من قبل اشخاص يتمتعون، في آن واحد، بجنسية الدولة التي صدر فيها الحكم وجنسة الدولة المراد الاعتراف فيها بذلك الحكم، في هذه الحال، يتعين ترجيح جنسية الدولة الأصلية التي صدر فيها الحكم، بناء على نوع من « الأثر الانعكاسي للمبدأ السائد في مجال التنازع بين الجنسيات ». وهناك سبيل آخر، ولكنه مقيد، بحيث يكون الاعتراف بالحكم رهينا بالتثبت من ان جنسية الدولة الأصلية كانت هي الجنسية الفعلية بالنسبة لأطراف القضية.

وقد كان السبيل الأول، من السبيلين المشار اليهما اعلاه، يتركز على نص المادة 23، الفقرة 3، من القانون السويسري المؤرخ ب 18 دجنبر 1987، كما دافع عنه پول لاكارد بقوله إنه « يتميز بكونه يكفل الاعتراف بالحكم القضائي الاجنبي»، وعلى ضوء المادة السابقة، نعتقد ان السبيل المشار إليه لا يصلح للأخذ به، بل ان التمسك به حرفيا يؤدي الي الاعتراف، في فرنسا، بالطلاق الانفرادي الصادر على الرغم من ارادة الزوجة، ويبدو ان الوضعية الحالية للقانون الوضعي لا تحول دون التسليم بالمراكز القانونية التي من هذا القبيل واعتبارها غير متعارضة مع النظام العام، اذا كان الزوجان يحملان جنسية الدولة التي نشأت فيها المراكز المذكورة.

أما السبيل الثاني، الذي تم الأخذ به في الخارج، خلال مناسبات متعددة، فهو يعالج جزءا من الصعوبات التي اثارها القرار، موضوع التعليق، ذلك انه يسهم في تجنيب الشخص الذي يحمل الجنسية الفرنسية عن طريق التجنيس، والذي يفترض فيه، طبقا للمادة 69 من قانون الجنسية انه « من منهج المجتمع الفرنسي» لكونه يقيم في فرنسا، ونتيجة لذلك لا ترجع بالنسبة له اي جنسية

اخرى، قصد الاعتراف، في فرنسا، بحكم قضائي لايمكن النطق به في حقه، وبهذه المثابة، يتم الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالطلاق الانفرادي.

وعلاوة على ما تقدم، يبدو ان القيد السابق لا يكفي على اساس انه اذا فرضنا ان المعنيين بالأمر يحملون جنسية فعلية هي جنسية دولة اجنبية، فان الحكم الذي حصلوا عليه، ليس له اي اثر في فرنسا، اذا كانوا يحملون الجنسية الفرنسية بدورها وكان الحكم المشار اليه يتعارض مع النظام العام.

وتجدر الاشارة إلى ان الانطباع السابق، المتعلق بالقيد المشار اليه لا يحول دون الاعتراف بالاختصاص المنفرد المستنتج من المادة 15 من التقنين المدني ذلك انه من الصعب ان نتصور كيف ان شخصا يحمل جنسيتين، احدهما فرنسية والاخرى اجنبية، والذي لم يتنازل عن الامتياز القضائي، يتعين ان ينظر اليه على انه اجنبي من قبل السلطات الفرنسية، حينئذ نجد انفسنا ازاء احد أمرين : اما ان المعنى بالأمر، الذي كان مدعى عليه من حيث الجوهر في الخارج، والذي سلك مختلف طرق الطعن، قد قبل باختصاص المحاكم الأجنبية، وعندئذ لا يثور أى اشكال اعتبارا لكونه قد تنازل عن الامتياز القضائي، واما ان اي تنازل لا يمكن استنتاجه من موقفه ازاء القاضي الاجنبي او القاضي الفرنسي المختص بمنح الصيغة التنفيذية، فلا يكون من المفهوم كيف ان هذا الشخص المزدوج الجنسية الذي واجه الدعوى بصفته فرنسيا كان راغبا في معاملته باعتباره اجنبيا، وبناء على ذلك، لا يبدو ان هناك اي سبب لحرمان الاشخاص مزدوجي الجنسية من الاستفادة من القاعدة المذكورة من قبل، تلك القاعدة التي اشارت اليها محكمة النقض، في الآونة الاخيرة، في قضية توضح المسألة بجلاء. وتتعلق برجل ايراني تزوج امرأة فرنسية، ونتيجة لذلك اكتسب كل زوج جنسية الزوج الآخر، وكانا يعيشان في فرنسا ولكنها انفصلا، وحينئذ عاد الزوج الى ايران حيث حصل هناك على طلاق ضمن شروط مثيرة للجدل. غير ان تطبيق المادة 15 من التقنين المدني وضع حدا للاجراءات، من هنا، نلاحظ كيف ان الزوجة عوملت من قبل المحاكم الفرنسية بوصفها اجنبية مع انها هي

نفسها تحتج بكونها فرنسية، وكيف تتباعد الروابط التي تجمعها بالدولة التي تحمل جنسيتها.

### ثالثا :

13 - ان المقرب الوظيفي، الذي يراد من وائه ضمان استمرار معاملة المراكز القانونية، لا يمكن ان يصل إلى هذه الغاية إلا اذا فجر مفهوم الجنسية، على اساس ان الجنسية، بالنسبة لمزدوجي الانتماء الوطني، تقتضي ان تكون قابلة للتغيير حسب تصرفات الأشخاص ومزاج القاضي، وهكذا، نجد انفسنا ازاء وضعية معاكسة لتلك الناتجة عن المادة 27 من قانون الجنسية، التي تقضي بانه اذا كانت البنية شرطا لمنح الجنسية الفرنسية، فانها يتعين ان تكون ثابتة، لايمقتضى القانون الشخصي، ولكن وفقا للطرق المنصوص عليها في التقنين المدني الفرنسي، وعلى الرغم من ان بعض الباحثين يصرفون النظر عن الحكم السابق، لكونه يؤدي الى خلق فئة خاصة من فئات الجنسية الناتجة عن النسب، الا انهم يتفقون على تعريف محدد للجنسية، يختلف، بالنسبة، لمزدوجي الجنسية، حسب الشكل المطروح، الأمر الذي يؤدي الى الاعتراف بوجود جنسية خاصة بالطلاق، وجنسية خاصة بالنسب، وجنسية خاصة بحضانة الأطفال ...

بناء على ذلك، ماهو هذا المفهوم الذي يقوم بدور الجنسية الثانوية، او الجنسية المساعدة، او الجنسية الخادمة ؟ من الواضح ان المفهوم السابق يتحدد بالمكونات الأساسية التي تتألف منها الدولة، يعني عنصر السكان، ولهذا، فإن القانون الدولي العام يمنح الاختصاص المطلق لكل دولة في ان تعالج مسألة الجنسية، فهل من المستحسن اعمال هذا العنصر الأساسي بشكل يجعل المسألة تابعة بصورة كلية للقواعد المقررة في القانون الدولي الخاص ؟ من الجائز التشكك في ذلك، اذ ان نقطة الانطلاق المنهجية التي انطلق منها الاستاذ لاكارد تتمثل في أن « صعوبات تطبيق القاعدة القانونية يتعين معالجتها انطلاقا من اساس القاعدة المذكورة » تبدو، في نظرنا، وكأنها نتجاهل اعتبارا آخر، وهو ان هناك بعض القواعد ذات اسس مختلفة يمكن ان يوجد بينها بعض التوازن وهكذا

إذا كانت قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص القضائي ترمي الى تنمية العلاقات الخاصة الدولية، فان هذه الغاية يجب الا تتحقق على حساب الهوية الوطنية التي يضطلع بها قانون الجنسية.

ومن الملاحظ ان الاستاذ لاكارد قد تصدى، بصفة مسبقة، للرد على الاعتراض السابق، وقرر ان الانطلاقة التي سار فيها « تحترم تماما مفهوم جنسية الأشخاص الذاتيين » على اساس انها « لاتتشكك اطلاقا في طرق تحديد الجنسية المذكورة، وانما تهدف وبكل بساطة الى الربط بن الحل المقرر للتنازع بين الجنسيات وبين الوظيفية المنوطة بالجنسية بمقتضى قاعدة القانون الدولي الخاص التي تستخدمها ». ومع ذلك، هناك تساؤل يفرض نفسه، مفاده مامعنى ان تكون الجنسية مجردة من امتداداتها الطبيعية ؟

من الجدير بالذكر ان الاستاذ لاكارد يوافق على الاعتراض السابق، ويقول « ان مبدأ سمو جنسية دولة القاضي لايمكن ان يثور حوله اي شك نتيجة مشاكل التمتع بالحقوق، والا ادى الأمر الى افراغ مفهوم الجنسية من محتواه بصورة كلية ». ولكن مامعنى هذا، اذ ان استبعاد المبدأ المذكور من ميدان التنازع بين القوانين، ومجال الاختصاص الدولي والاعتراف بالأحكام، يجرد الجنسية من جزء هام من جوهرها ويمس بما هيته، على اعتبار أنه يحيلها إلى مجرد قاعدة من قواعد الأمن المتعلقة بالأجانب.

وهذا امر صحيح، يؤدي الى عدم فهم كيف ان الانطلاقة السابقة يمكن ان يترتب عليها التوفيق مع مبدأ هام من مبادئ الجمهورية الفرنسية اكد عليه المجلس الدستوري، وهو مبدأ المساواة. بحيث يمكن التساؤل عن النتائج المترتبة عن وجود طائفتين من الفرنسيين، طائفة يجوز لها ايقاع الطلاق من قبل الزوج بارادته المنفردة، وطائفة اخرى لايجوز لها ذلك، وبمعنى آخر طائفة يحق لها الاحتجاج بالامتياز غير المباشر المقرر بموجب المادة الخامسة عشرة من التقنين المدني، وطائفة ثانية لايمكنها ذلك، على الرغم من ان افراد الطائفتين معا يوجدون في وضعية مسطرية واحدة ؟ واذا اجبنا على هذا التساؤل بان البعض



من افراد الطائفتين يعتبرون ايضا اجانب، حينئذ يبدو ان الأمر لا يتعلق بمجال يمكن ان نقيم فيه تفرقة مقبولة، بل نجد انفسنا، خاصة بالنسبة للحالة الثانية، ازاء ميز حقيقي، ومن المعلوم ان احترام القواعد المحددة للجنسية الفرنسية يقتضي النظر الى الجنسية المذكورة بوصفها ترتب كل الآثار المرتبطة بها وباعتبارها وحدة غير مجزأة.

14 - ان النظر الى المسألة التي نحن بصدد الحديث عنها بطريقة براغما تية، يفضى الى اعتبار التحليل الوظيفي تحليلا مغلوطا في دولة تقبل مجالات ازدواج الجنسية بصورة ليبرالية يمكن الا يكون لها مثيل في الآونة الراهنة. لذلك، نعتقد انه ليس من الحكمة في شيء ان نشعر الاشخاص الذين يحملون جنسيتين - خاصة عندما تكون الجنسية الفرنسية مفروضة عليهم ولكنهم يلتسمون الدخول فيها - بان في امكانهم، في نظر المجتمع الفرنسي، ان يتصرفوا، حسبما يروق لهم، اي سواء باعتبارهم فرنسيين او بوصفهم اجانب، وإلا فان الأمر يعني تشجيع هؤلاء على الظهور بمظهرين، اي التصرف انطلاقا من مصالحهم المباشرة ودون اهتمام بهوية المجتمع الذي يعيشون فيه، والاستفادة، في نفس الوقت من التسهيلات التي يخولها لهم انتماءهم المزدوج.

وبالاضافة الى ماسبق، نجد في المسألة التي نحن بصدها بعدا إحصائيا وسيسولوجيا لا يمكن التغاضي عنه، علاوة على انه يفرغ الأهمية الناتجة عن المقارنة بين القوانين الليبرالية، وفي مقدمتها القانون الفرنسي وبين بعض القوانين الاخرى، مثل القانون السويسري، والدليل على ذلك، يتمثل في الاحكام القضائية التي يستصدرها مزودجو الجنسية في البلدان التي ينتمون اليها ايضا، بحيث لا يترتب عليها نفس الأثر، حسبما اذا كان هؤلاء كثيري او قليلي العدد، وحسبما اذا كانوا ينتمون الى دول تتشابه انظمتها القانونية مع الانظمة السائدة في البلدان المضيفة، ام انها، على العكس من ذلك، تصطدم في كثير من احكامها مع المبادئ الأساسية في البلدان المذكورة، وهنا تجب الاشارة الى الاختلاف بين الموجودين القانون الفرنسي والقانون السويسري، ففي الوقت

الذي يفتح فيه النظام القانوني السويسري على رؤوس الأموال العائدة لرعايا اجانب، بحيث يصل هذا الانتفاخ الى درجة رفض رخصة تملك العقارات في سويسرا، نجد ان النظام القانوني الفرنسي لقي نفسه مضطرا، نتيجة للوزن التاريخي، ووضعية فرنسا الديمغرافية، وعدم قدرتها على تحديد سياسة عادلة وعملية، لمواجهة هجرة مكثفة قادمة من البلدان الاسلامية خلقت ازمة كبرى بالنسبة لمزدوجي الجنسية، وقد لا يخفى على أحد ان البلدان المذكورة تتبنى نظاما يختلف عن النظام الفرنسي، خاصة في مجال المساواة بين الجنسين، ذلك ان الضرر الناتج، الى يومنا هذا في نطاق الفقه الفرنسي، على ممارسة الطلاق الانفرادي المعلن عنه بالنسبة للزيجات التعددية المعقودة خلال اقامة قصيرة في البلدان الأصلية، من قبل ازواج مغاربيين يعيشون في فرنسا ويرغبون بعد ذلك في الاحتجاج بها تحت غطاء الانحراف الحقيقي بالمؤسسة، والذي يشكل الأثر المخفف للنظام العام، كل ذلك لا يشجع على تمديد التجربة الى رعايا بلدان المغرب العربي الذين يعتبرون فرنسيين في نفس الوقت.

15 - لهذا السبب، نعتقد ان الامر لا يتعلق بأي دوغماتية، بل ان المقصود هو خط اتجاه صحيح عن طريق نصب عناصر المشكل في مكانها الطبيعي وتقرير المبدأ القاضي بأنه في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بشخص يحمل جنسيات متعددة تكون من بينها الجنسية الفرنسية، فان هذه الاخيرة هي التي يتعين على السلطات الفرنسية ان تاخذها بعين الاعتبار، ماعدا اذا كانت هناك استثناءات محددة وسائغة بصفة دقيقة، ويبدو ان الاستاذ لاكارد يتفق على هذه النقطة، فهو، عندما يتعرض لموقف الباحثين الذين ينادون بمعالجة مشاكل التنازع بين الجنسيات، ومن ضمنها تلك التي تكون فيها جنسية دولة القاضي طرفا، انطلقا من مبدأ الجنسية الفعلية، يعترض على منح هؤلاء الباحثين بكونه منهجا يتجاهل « الاهتمام السياسي السائد في البلدان التي تعاني من تكاثر المهاجرين اليها، القاضي بتفادي المخاطر الناتجة، في ميدان الأحوال الشخصية عن التجمعات متعددة الثقافات ومن ثم، فان فرنسا من حقها ان لا

تعترف لشخص فرنسي يحمل أيضا جنسية احدى الدول الاسلامية بان يحتج، في فرنسا، بقانون احواله الشخصية الاسلامي الاجنبي، بناء على ان جنسيته الثانية تتميز بانها جنسية فعلية اكثر من الجنسية الفرنسية». ومن جهتنا، نضيف الى ما قاله لاكارد ان من الجائز ايضا الاعتراض في مواجهة الشخص الاجنبي الذي اصبح فرنسيا بان يحتج بقانون احواله الشخصية الاصلي بدعوى انه يقوم بزيارة الى بلاده الاخرى كي يتمكن من ممارسة ما يمكنه القيام به في البلاد التي يقيم فيها والتي يعتبر من مواطنيها، واذا وقع الاعتراض على مثل هذه الأوضاع ببعض الاساليب الخاصة - مثل النظام العام والغش نحو القانون - فمن الواجب علينا ان نلاحظ ان اسلوب النظام العام يتواجد وجده في الحالة المتقدمة، في حين يمكن ان يؤدي اسلوب الدفع بالغش نحو القانون الى طريق مسدود اذا كان المعنيون بالأمر، طبقا للتصور الوظيفي، يعتبرون متمتعين بجنسية الدولة التي صدر فيها الحكم.

ومن المؤكد ان الاحتجاج بجنسية دولة القاضي لاينسجم مع مقتضيات القانون الفرنسي الخاصة بالجنسية، لكن، كيف يمكن اعتبار النظام القانوني امرا مطلقا يتعين ان تنسجم معه كل الاسس القانونية ؟ في هذا المجال، نلاحظ ان القوانين المتعلقة بالامن تقطع مثل هذا الانسجام بين قواعد التنازع الثنائية، وتوضح ان اي نظام قانوني لايتردد في صرف النظر عن الانسجام المذكور عندما تغدو المصالح الأساسية للدولة محل تهديد، وهنا يجب التذكير بما قاله باتيفول وفرانسيسكاكيس، حينما صرحا بأن « العلاقات الدولية تندرج عادة في اطار القانون الداخلي - ويتعين ان تندرج فيه دون قلاقل، وبالتالي فان النظام الداخلي يتعين التسليم بأن له الأولوية بالنسبة للأحكام الواردة فيه والتي يمكن ان تمس بالتعايش»، وتلك هي الحال بالنسبة للجنسية التي تستجيب، كما يبدو واضحا، لجوهر وحقيقة الدولة نفسها.

وهكذا نجد انفسنا في مواجهة منطقتين متعارضتين، الأول، ويتمثل في المقرب الوظيفي، يمكنه التضحية بالاهتمام بالمحافظة على الهوية الوطنية

وعلى التناسق بين الانظمة القانونية الداخلية في سبيل تنمية العلاقات الخاصة الدولية اما المنطق الثاني، وانطلاقا من كونه يعتبر المجتمعات الداخلية اقل وجودا من المجتمع الدولي - على حد تعبير فرانسيسكاكيس - فانه لا يرغب في بذل مثل هذه التضحية، وذلك، على ما يبدو، من اجل مصلحة النظام الدولي، على اساس ان الدول هي التي لاتزال تشكل وتكون المجتمع الدولي.

\* \* \*

Yves Lequette  
Note sous Tribunal de grande  
instance de Paris  
27 septembre 1990  
Revue critique de droit  
international privé  
N° 1, janv-mars, 1992 tome 81  
pp 91-108

\* \* \*



## إشهار العقود السينائية

الاستاذ حسن الورياغلي  
مستشار بمحكمة الاستئناف بطنجة

### مقدمة :

يعرف العقد فقها وقانونا بأنه " توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله " ويعرف، الاتفاق بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه.

وكل عقد يكون اتفاقا إما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له فإذا انصرفت الإرادة إلى تعديل التزام أو إنهاءه فلا يسمى عقدا وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن العقد أخص من الاتفاق.

ويرى أغلب الفقه أنه لا أهمية للتمييز بين العقد والاتفاق إذ أن الأهم في العقد أن يكون ثمة اتفاق على إحداث أثر قانوني يقع في إطار القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

وتنقسم العقود إلى عدة أصناف منها العقود الرضائية والعقود الشكلية أو العينية وعقود مسماة أو غير مسماة وبسيطة أو مختلطة وهناك كذلك عقد ملزم للجانبين أو ملزم لجانب واحد فقط وعقود محددة واحتمالية وأخرى فورية وزمنية.

أما أركان العقد فهي : التراضي والمحل والسبب.

والمحل ركن في الالتزام لافي العقد لكن أهميته تبرز في الالتزام الذي ينشأ من العقد.

ويطلق العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماعه لاركانه كاملة مستوفية لشروطها فلا يسرى أثره على المتعاقدين وكذا بالنسبة للغير تبعاً لذلك.

وقد يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يسرى أو لا ينفذ في حق الغير، ويتميز بطلان العقد عن فسخه في كون الأول يعود إلى سبب عيب في ركن من أركانه أما الثاني فإن أركان العقد فيه قد تكون سليمة إلا أن أحد المتعاقدين قد لا يقوم بتنفيذ التزاماته فتسقط التزامات الطرف الآخر.

إن الاطار القانوني لحماية حقوق المؤلفين الأدبية منها أو الفنية والداخلية فيها المصنفات السينماتوغرافية يستمد جذوره من الاتفاقيات الدولية التي تكملها القوانين الوطنية وكما هو الشأن بالنسبة لبلدنا المغرب فإن بيان هذه الحقوق وطرق ممارستها والحفاظ عليها وردت في الظهير المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1390 الموافق 29 يوليوز 1970 والذي تناول في الفصل الأول منه شرح هذه الحقوق إذ نص على : " ان الانتاج الفكري أو الأدبي أو العلمي أو الفني كيفما كانت قيمته أو الغرض منه أو طريقة أو كيفية التعبير عنه يعتبر ملكاً لمؤلفه الذي يخول سلطة التصرف فيه واستعماله والانتفاع به والاذن في استعماله أو الانتفاع به كلاً أو بعضاً ويكتسي هذا الحق صبغة حق أدبي ومادي" وينصب الحماية على عنصر الابتكار الذي يتخذ التعبير عنه شكلاً معيناً أو الاطار الذي يوضع فيه هذا الابداع وبمعنى آخر فإن الابداع يتعين أن يعبر عن فكرة ما تتجسد في صورة مادية أي في قالب متميز يساعد على إظهار شخصية مؤلفه وذلك عكس الاقتباس الذي يستند على عناصر موجودة من قبل.

وقد نظم الظهير المؤرخ في 25 يونيو 1949 النصوص المتعلقة بأشهار العقود والاتفاقات والاحكام التي ترجع إلى الامور السينمائية وحدد المسطرة الواجب اتباعها والجهة المختصة وحقوق المتفعين وامتيازاتهم كما بين الجزاءات الناجمة عن اغفالها .

وسأتناول دراسة هذا الموضوع في ثلاثة محاور رئيسية :

المحور الأول : مفهوم الاشهار

المحور الثاني : أحكام الظهير

المحور الثالث : نازلة وتعليق

## 1 - مفهوم الاشهاد

إن نقل حقوق المؤلف يتم عادة عن طريق العقود التي تتخذ اشكالا عديدة والتي قد تكون كتابية أو شفاهية، غير أن أغلبية القوانين تشترط أن يكون العقود في هذا الميدان كتابة.

وتتضمن شروط العقد فيما تتضمنه الفترة التي تنتقل خلالها هذه الحقوق ومسؤولية أطرافه وطرق تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الفرقاء وحقوق وواجبات كل واحد منهم كما يمكن أن تشير إلى طرق تعديله أو إلغاءه وقد تضمن الفصل الرابع والعشرون من ظهير 25 يونيو 1949 المتعلق بأشهار العقود والاتفاقات والاحكام فيما يرجع إلى الامور السينمائية اشارة إلى ذلك حينما نص على إمكانية نقل حقوق المؤلف عن طريق التخلي بعوض أو بغير عوض عن هذه الحقوق كما أشار إلى كونها تنتقل كذلك عن طريق الارث أو الوصية غير أنه أوجب أن يكون التخلي مثبتا كتابة إذ يكتسى العقد صبغة مزدوجة : مدنية بالنسبة للمؤلف وتجارية بالنسبة للطرف الآخر إذا كان تاجرا .

ويتجه بعض الشراح إلى أن حماية حقوق المؤلف لا تخضع لاي إشهار أو إجراءات شكلية تكفل حمايته بالنسبة للغير إذ يعتبرون أن هذه الحماية

متأصلة من عملية الابداع ذاتها والتي تتخذ قالباً معيناً في شكلها ومضمونها إلا أن بعض النظم اتجهت إلى خلق إجراءات معينة لا لاكتساب الحقوق وإنما لممارستها كإجراءات إدارية تحفظ هذه الممارسة من أي اعتداء وبأية وسيلة كانت، وتختلف هذه النظم من حيث اعتبارية التسجيل أو الابداع الذي قد يكون اختيارياً أو إجبارياً لما لا يتبع أحد الطرفين من آثار قانونية أقل ما يقال عنه أن التسجيل في منظور المحاكم قرينة على صحة الوقائع الواردة به إلى أن يثبت ما يخالفه - الفصل 5 من ظهير 1970 المتعلق بحماية حقوق المؤلفين - .

وعلى هذا الأساس فإن الأشهار هو نتيجة للتسجيل والذي يقصد به في الواقع إعلان الغير ويكون التسجيل حينذاك حجة في حالة وقوع نزاع قضائي في إطار الحقوق المالية للأطراف وحتى تصير الحقوق مصانة في حالة انتقالها عن طريق العقود أو الاتفاقات أو بموجب أحكام وقرارات قضائية أو تحكيمية.

والجدير بالذكر أن الأشهار المطلوب لا يقتصر على العقود والاتفاقات التي تبرم بين الأطراف بل ويسري كذلك على الأحكام الصادرة عن المحاكم أو المحكمين وجميع الإجراءات التحفظية، وضروري أن المقصود بالأحكام هي القرارات الصادرة عن المحاكم المشكلة طبقاً للقانون والتي لها ولاية القضاء أما ما يصدر عن المحكمين فهي تعتبر من قبيل القرارات الصادرة عن هيئات ليست لها ولاية القضاء وإنما هي هيئات أنشأها المشرع وأقرها كنظام احتراماً لارادة الخصوم في نزاع معين يعرض على هيئة تسمى الهيئة التحكيمية وهدف المشرع من إنشائها هو تبسيط الإجراءات وتسهيل للفرقاء المتخاصمين وتجنبيهم بعض الدعاوى التي تتصف بطبيعتها بالبطء وطول المساطر، أما الإجراءات التحفظية فهي المطالبات التي يقصد منها اتخاذ قرارات مؤقتة لدرء الخطر الذي يحيط بالحق المطلوب صيانته الى حين البث في النازلة من طرف محكمة الموضوع.

إن العقود المتعلقة بالميدان السينمائي كثيرة ومتنوعة وليس هناك تحديد خاص لنوعيتها فهي تشمل عقود شراء حق التأليف لنقله مباشرة أو ترجمته للسينما وعقود التمثيل التي يبرمها الفنانون مع المنتج-شخصاً كان أو شركة-



للممثل في فيلم معين أو مجموعة من الأفلام كالمسلسلات وقد تشمل الاتفاقات المبرمة بين شركتين أو أكثر لأنجاز فيلم ما تم هناك عقود خاصة تتعلق بعرض الأفلام والتي تتضمن في أغلبيتها شروط حجز الفيلم والتزامات الموزع مع أصحاب دور العرض حول عدد الأفلام والفترة الزمنية والامتياز الممنوح لدار العرض من الدرجة الأولى، كما تشمل هذه العقود التخليات عن حق الملكية أو الاستغلال والرهون وكذا التخليات على وجه الضمان عن مداخل الأفلام مع الإشارة إلى أن مسطرة التسجيل ليست إجبارية في سائر العقود أو الاتفاقات إلا ما ورد ذكره على سبيل الحصر في أحكام ظهير 25-6-1949 كما سنرى في المحور الثاني من هذا البحث.

### - أحكام الظهير -

إن إشهار العقود والاتفاقات والأحكام التي ترجع إلى السينما نظمها الظهير المؤرخ في 25 - يونيوه - 1949 وأسد الاختصاص فيها للمركز السينمائي المغربي الذي أعيد تنظيمه بمقتضى الظهير المؤرخ في 28 شتنبر 1977، هذا المركز الذي عهدت من بين صلاحياته كما ورد ذلك في الفصل الثاني منه :

السهر على تطبيق التدابير النظامية المتعلقة بالمهنة السينماتوغرافية ولاسيما منها التدابير المتعلقة برخص مزاولة المهنة وتنظيم المؤسسات السينمائية ونظام العروض السينمائية.

وقد أوضح المشرع في ظهير 25-6-1949 المشار إليه أنفا ان المركز المذكور يعتبر مرفقا عموميا لاشهار العقود والاتفاقات والأحكام المتعلقة بانتاج الافلام السينمائية بالمغرب، وأوجب من اجل ذلك مسك سجل من طرف محافظ يعين بقرار وزيري، وعلى هذا الأساس فانه يتعين على اي منتج اذا أراد تصوير فيلم ما بالمغرب أن يقدم تلخيصا من تسجيل الفيلم للسجل العمومي قبل الشروع في العمل وأنه إن وقع تقديم طلب في شأن اجراء بعض التقييدات في السجل قبل أن يسلم له الاذن بتصوير الفيلم فإنه يتعين على المحافظ أن يذكر هذه

الاجراءات في السجل وكذا في النسخاؤ في الخلاصات من التقييدات المذكورة وأن المطالب المتعلقة بالتسجيل لا يكون لها أي أثر إلا لم يكون هناك تقييد مماثل لذلك في السجل العمومي المذكور ويثبت ذلك بشهادة يسلمها المحافظ تسمى بشهادة عدم تقييد الفيلم، وأنه إذا جرى نفس التقييد فلا يمكن إجراؤها مرة أخرى إلا بموجب عقد اتفاق مبرم مع المنتفعين بتلك الحقوق.

وتودع بالسجل العمومي صور أو نسخ مطابقة للاصل من العقود او الاتفاقات أو الاحكام أو القرارات الاستعجالية أو الاجراءات التحفظية ويذكر فيها العدد الترتيبي للفيلم ومحل السكنى الذي اختاره الفريقان للمخابرة وأن رتبة التقييدات ترد بحسب تسلسل الطلبات.

إن أهمية التسجيل وآثاره القانونية ونعني هنا بالتسجيل تسجيل الفيلم أو تقييد العقود والاتفاقات والاحكام بصورها المختلفة وكذا الاجراءات التحفظية تبرز عند نشوب النزاعات سواء بين الفرقاء أو الغير وهكذا نجد أن الفصل الخامس من الظهير يؤكد على ضرورة القيام بهذا الاجراء تحت طائلة كون الحقوق لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الذي يكون قد سعى الى طلب تقييدها ويتمثل ذلك في عقد الرهن على سبيل المثال الذي يقرر له الامتياز بمجرد التقييد والذي تسري مدته على طول المدة الزمنية التي يستغرقها منح الفيلم حقوق الاستغلال.

وقد حدد الفصل الخامس من الظهير كذلك أنواع التقييدات التي يتعين القيام بها وهي كالتالي :

1 - التخليات عن حق الملكية أو الاستغلال والحصص التي يؤتى بها إلى الشركة وكذلك منح امتيازات في حق استغلال فرع من الأفلام أو أية مادة من موادها في الحال والاستقبال.

2 - رهن كل الحقوق المشار إليها في الفقرة السابقة أو رهن البعض منها .

3 - التخليات بوجه الملك أو بوجه الضمان عن كل مداخيل فيلم من الأفلام في الحال أو الاستقبال أو البعض من تلك المداخيل ونقلها والنيابة بقبضها.

4 - الاتفاقات المتعلقة بتوزيع فيلم.

5 - الاتفاقات التي تتضمن تقييدا أو حصرا في حرية التصرف في كل المواد ومداخيل فيلم ما في الحال أو الاستقبال أو البعض من ذلك.

6 - التخليات عن السابقية والاحالات والتشطيبات كلية كانت أو جزئية الراجعة إلى الحقوق أو الاتفاقات المشار إليها أعلاه.

7 - الاحكام سواء كانت صادرة عن المحاكم أو من المحكمين وكذلك الأحكام الاستعجالية وكافة الاجراءات التحفظية المتعلقة بأي حق من الحقوق المشار إليها في الفقرة السابق ذكرها.

ويشير كذلك الفصل الخامس المذكور " أن كل تقييد يتعلق بحق من الحقوق المبينة في الفقرة الأولى وما بعدها الى الفقرة الخامسة لا يمكن طلبه إلا بموجب عقد أو اتفاق يبرم مع المنتج. "

وهذا ما يؤكد إجبارية الكتابة في هذا النوع من العقود والاتفاقات.

وأكد الظهير فيما أكد عليه من ضمن مقتضياته على أن المحافظ على السجل العمومي يقوم بتسليم نسخ أو خلاصات من التقييدات المضمنة بالسجل لطالبيها وكذا من بعض الحجج المودعة لصحة تلك التقييدات أو شهادة تفيد عدم التقييد وكما يسلم في ورقة خصوصية النسخ والخلاصات من تلك التقييدات إذا كان موضوعها يتعلق بالرهن أو التخليات كما أن الظهير أوضح كيفية عمل المحافظ في هذا الاطار إذ أوجب عليه مسك سجل يقيد فيه كل يوم بيومه وبحسب الترتيبات التي ترد بها الطلبات وما يتم تسليمه إليه من عقود مؤكدا على ضرورة التقييد بتاريخ التسليم وحسب ترتيبه.

وحرصا من المشرع على أهمية هذه الاجراءات وما يترتب عليها من آثار

قانونية وتفاديا لاي ضرر قد يلحق بالفرقاء فإنه أكد على كون المحافظ يعتبر مسؤولا عن الضرر الناجم لما يحرره في الدفتر العمومي من التقييدات بمكتبه الخصوصي وكذا عن عدم التنصيص في القوائم أو الشهادات التي يسلمها مالم يكن هناك خطأ ناشئ عن إشارات غير كافية إذ لا يمكن حينذاك نسبها إليه.

وإنه لابرز أهمية اتخاذ اجراءات التقييد والمبادرة بها ضمنا لحقوق مستحقيها - كالدائنين مثلا - فإن المشرع أكد في الفصل الخامس عشر من الظهير على عدم إمكانية بيع فيلم من الأفلام أو جزء من مادته بالمزايدة العلنية وسواء أكان هذا البيع اختياريا أم جبريا إلا بعد ان يقوم طالب البيع بتوجيه إنذار بالحضور للبيع بسبعة أيام قبل تاريخ هذا البيع وذلك إلى كل واحد من الدائنين المقيدين بالسجل العمومي بمحل السكنى الذي اختير في السجل لاجل المخابرة تحت طائلة وقوع البيع باطلا.

## المراجع

- 1 - السينما آلة وفن للكاتب ألبرت فولتون - ترجمة صلاح الدين ومن معه - منشورات الفنون الدرامية - إصدار مكتبة مصر.
- 2 - تاريخ السينما في العالم للمؤلف جورج سادول - ترجمة الدكتور ابراهيم كيلاني ومن معه منشورات عويدات - بيروت.
- 3 - الظهير الشريف المؤرخ في 19-9-1977 المتعلق بإعادة تنظيم المركز السينمائي المغربي.



٥٠١٤٢ -> ٥٠١٣٥

٥٠٧٥٧٠-٨٢



المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم ٥٠٧٥٧٠  
تاريخ ١٢/١٥/٩٧  
جذينة

## قاعدة ضرورة تنصيب محام أمام المجلس الأعلى واستثناءاتها في إطار المنازعات المدنية

للاستاذ : الطيب بن مقدم  
محام بهيئة الرباط (الخميسات)

إن الطعن في الأحكام أو القرارات القضائية والإدارية أمام المجلس الأعلى بطريق النقض يستوجب ضرورة تنصيب محام ليقوم بهذه المهمة.

وقاعدة ضرورة تنصيب محام للترافع أمام المجلس الأعلى في إطار المنازعات المدنية لا بد فيها من توافر شروط معينة (I) كما أن لها استثناءات متعددة (II) وبعض هذه الاستثناءات تتعارض مع قانون المحاماة (III).

### I - شروط تنصيب المحامي للترافع أمام المجلس الأعلى :

من أجل المرافعة أمام المجلس الأعلى لا بد من توافر شروط معينة في المحامي سواء من حيث التقييد في جدول من جداول إحدى نقابات المحامين بالمغرب (أ) أو من حيث مدة الممارسة لمهنة المحاماة (ب) أو من حيث القبول في لائحة المحامين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى (ج).

### أ - التقييد في جدول نقابة للمحامين بالمغرب :

لا بد أن يكون المحامي مقيدا في جدول نقابة المحامين بالمغرب. وهذا لا يعني مجرد التقييد بالجدول دون الممارسة بل لا بد من أن يكون محاميا ممارسا، وعلى

سبيل المثال كما هو الشأن في التقييد بالجدول مع وجود حالات التنافي التي عدد بعضها الفصل 92 من قانون 79/19 والتي يبقى معها المحامي مقيدا في جدول الهيئة حسب ترتيب أقدميته ولكن ليس له الحق، مع وجود هذه الحالات، في أن يرافع أو يمثل الأطراف أو يؤازرهم أمام القضاء. وكذلك بالنسبة للمحامي المتقاعد والذي يسجل بالجدول كمحامي شرفي ليس إلا.

### ب - مدة ممارسة المحامي لمهنة المحاماة :

كانت المدة المطلوبة لقبول المحامي للترافع أمام المجلس الأعلى هي أقدمية خمس سنوات، وذلك منذ تأسيس المجلس الأعلى بمقتضى ظهير 57/9/27، وهكذا فقد نص الفصل الأول من الظهير المؤرخ في 57/11/9 المنظم بمقتضاه مؤقتا مهن المحامين والمدافعين المقبولين والوكلاء الشرعيين أمام المجلس الأعلى على أنه "بصفة انتقالية وإلى أن تحضر النصوص المتعلقة بمزاولة مهنة المحاماة لدى المجلس الأعلى يسمح للمحامين المقيدين في جدول إحدى هيئات المحاماة بالمغرب بأن يؤازروا الخصوم ويمثلوهم أمام المجلس المذكور، هؤلاء المحامون الذين يثبتون أن لهم في فاتح أكتوبر 1957 أقدمية خمس سنوات في مزاولة مهنتهم".

ويقي الأمر كذلك في ظل المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 1968/12/19 المنظم بموجبه نقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة إلى أن تم إلغاؤه بمقتضى القانون رقم 79/19 بتاريخ 1979/11/8 بشأن تنظيم نقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة فأصبحت المدة هي عشر سنوات بالنسبة للمحامين الذين لم يكونوا مستشارين بصفة نظامية أمام المجلس الأعلى والذين لم يكونوا من قدماء الأساتذة أصحاب كرسي بإحدى كليات الحقوق (ف 37 قانون 79/19).

ولكن شرط المدة وحده لا يكفي في المحامي لقبول للمرافعة أمام المجلس الأعلى وإنما لا بد من أن يكون مدرجا في لائحة المحامين المقبولين أمام المجلس الأعلى.

## ج - القبول في لائحة المحامين المقبولين أمام المجلس الأعلى :

الرئيس الأول للمجلس الأعلى كان ولا زال منذ ظهير 1957/11/9 المشار إليه أعلاه هو المختص في حصر لائحة المحامين المقبولين للسنة القضائية الجارية. ويقوم رئيس كتابة الضبط بإشهارها بطريق الإعلان ونشرها بالجريدة الرسمية (ف 2 ظ 57).

وفي قانون المحاماة الحالي الصادر بتاريخ 1979/11/8 أصبحت اللائحة تـمـحـصـر في فاتح يناير من كل سنة، على أساس أن تسبقها الطلبات لهذه الغاية خلال شهر نوفمبر مصحوبة بجميع الحجج اللازمة (ف 28، 39 من قانون 79/19).

فتوفر هذه الشروط مجتمعة هي التي تعطي الحق للمحامي في أن يكون مقبولاً للمرافعة أمام المجلس الأعلى أو للطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الإدارية والقضائية.

وهكذا فقد حكمت محكمة النقض السورية من أنه "لا يحق للمحامي تقديم طعن بالنقض إذا كان متقاعداً ، ولو كانت القضية شخصية تتعلق بحقوقه التقاعدية" (1) واعتبرت أيضاً أنه : "يشترط في الطعن أن يقدم من محام مسجل في جدول المحامين الأساتذة، والمحامي المتقاعد ليس من عداد هؤلاء والطعن المقدم منه يرد شكلاً" (2).

كما أن المجلس الأعلى حكم بأنه "لـقـبـول طـلـب النـقـض، يشترط تقديم مقال موقع عليه من طرف محام مقبول لدى المجلس الأعلى في تاريخ تقديمه، ويكون غير مقبول الطعن بالنقض الموقع على عريضته من طرف الأستاذ يحيى العربي بصفته نقيب هيئة المحامين بالجديدة وممثلاً لها، والحال أنه غير مذكور ضمن قائمة المحامين المقبولين لديه خلال السنة القضائية التي تم فيها تقديم عريضة

(1) نقض مدني أساس 575 قرار 145 تاريخ 1975/6/14. أديب استانبولي. قانون أصول المحاكمات المدنية طبع دار الأنوار للطباعة دمشق 1989 ط 3 قاعدة رقم 1147 ص 283.

(2) نقض الغرفة الشرعية أساس 327 قرار 446 تاريخ 1983/6/12 أديب استانبولي. م. ص قاعدة 132 ص 283.

الطعن بالنقض" (3). وقرر أيضا أن "الأصل أن طلب النقض يجب أن يرفع بواسطة عريضة كتابية يوقع عليها أحد المحامين المقيدين في جدول إحدى نقابات المحامين بالمغرب والمقبولين للترافع لدى المجلس الأعلى..." (4).

## II - استثناءات قاعدة تنصيب المحامي أمام المجلس الأعلى :

إن لقاعدة التقييد بمؤازرة محامي مقبول لدى المجلس الأعلى حسب الشروط التي أوردناها سابقا، لها عدة استثناءات قانونية بعضها ورد في قانون المسطرة المدنية (1) وبعضها الآخر في قوانين خاصة (2) بالإضافة إلى حالة استثنائية خاصة أقرها الاجتهاد القضائي المصري (3) وكان للقضاء المغربي موقف بشأنها(4).

### 1 - الاستثناءات الواردة في قانون المسطرة المدنية :

إن قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 1974/9/28 نص على هذه الحالات المستثناة من قاعدة تنصيب محامي أمام المجلس الأعلى في الفصول : 354، 356، 373، 382.

#### أ - الإعفاء الخاص بالدولة :

لقد نص على هذه الحالة الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الرابعة والخامسة كما يلي : "تعفى الدولة من مساعدة المحامي طالبة كانت أو مطلوبا ضدها وذلك خلافا لمقتضيات الفقرتين 1 و2 أعلاه :

"يوقع في هذه الحالة على مقالاتها ومذكراتها الوزير المعني بالأمر أو موظف منتدب لهذا الغرض ويمكن أن يكون هذا الإنتداب عاما يشمل نوعا من القضايا"

---

(3) قرار عدد 133 بتاريخ 1986/7/17 الطيب بن لمقدم. الحماية في مبادئ الأحكام والقرارات القضائية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1992. قاعدة رقم 174 ص 80.

(4) قرار عدد 106 بتاريخ 1960/11/10. الطيب بن لمقدم. م. س. قاعدة 11 ص 11.



وقد أكد هذه القواعد أيضا الفصل 2/356 من قانون المسطرة المدنية في حالة تقديم المذكرات الجوابية أو تقديم المستندات. وقاعدة إعفاء الدولة أو مؤسساتها من مساعدة المحامي هي قاعدة خاصة تشمل جميع مراحل الدعوى وليس فقط مرحلة الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى. وهكذا فقد نص الفصل 35 من قانون المحاماة الصادر في 79/11/8 (قانون 79/19) على أنه : "تعفى الدولة طالبة كانت أو مطلوبة - استثناء من الفصل السابق - من وجوب الإستعانة بالمحامي ويسوغ للإدارات العمومية التي يمثلها أحد موظفيها المؤهل لهذه الغاية أن تتبع في جميع الأحوال المسطرة نفسها دون رخصة خاصة".

### ب - الإعفاء في حالة طلب تجريح قاض :

نص الفصل 373 من قانون المسطرة المدنية على أنه لا يلزم أن يكون طلب تجريح قاض من قضاة المجلس الأعلى بواسطة محام.

### ج - إعفاء الأطراف عند إحالة الأحكام على المجلس الأعلى من طرف

#### الوكيل العام للملك :

إذا علم الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى أنه صدر حكم انتهائي على وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة ولم يتقدم أحد من الأطراف بطلب نقضه في الأجل المقرر فإنه يحيله على المجلس، وكذلك يفعل بأمر من وزير العدل بقصد إلغاء الأحكام التي قد يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم (ف 381، 382/1 م).

وفي هذه المسطرة المتعلقة بالإحالة على المجلس الأعلى من طرف الوكيل العام للملك به يقع إدخال الأطراف في الدعوى ويحدد لهم أجلا لتقديم مذكراتهم دون أن يكونوا ملزمين بالإستعانة بمحام (ف 2/382 م).

### 2 - الإستثناءات الواردة في قوانين خاصة :

من القوانين الخاصة التي نصت على الإعفاء من مساعدة المحامي أمام المجلس الأعلى قانون المحاماة الصادر بتاريخ 1979/11/8 وذلك في حالتين

اثنيتن هما الطعن بالنقض من طرف النقيب (أ) ومن الوكيل العام للملك (ب) وحالتين أخرتين ورد النص عليهما في قانوني انتخاب المجالس الجماعية (ج) وتنظيم الغرفة الدستورية (د).

#### أ - الإعفاء الخاص بالنقيب :

إذا ما طعن النقيب الممارس لهيئة المحامين بالنقض في القرارات الإستئنافية الصادرة بصفة سلبية تجاه مقررات مجلس هيئة المحامين التي يمثلها، فإن طعنه هذا يكون معفى من مساعدة محام مقبول أمام المجلس الأعلى (ف 2/121 من قانون المحاماة).

غير أنه يشترط في النقيب بالإضافة إلى كونه ممارسا، أن يكون مقبولا للترافع أمام المجلس الأعلى، ومذكور ضمن قائمة المحامين المقبولين لديه<sup>(5)</sup>. والإعفاء من مساعدة المحامي يشمل أيضا حالة تقديم المذكرات وتقديم المستندات المتعلقة بملف القضية أمام المجلس الأعلى.

#### ب - الإعفاء الخاص بالوكيل العام الخاص للملك :

إن الوكيل العام للملك، شأنه شأن النقيب، هو أيضا معفى من مساعدة محام مقبول أمام المجلس الأعلى، حين الطعن بالنقض في القرارات الإستئنافية الصادرة بشأن مقررات مجلس هيئة المحامين. وكذلك الشأن في حالة تقديم مذكرات جوابية أو تقديم مستندات في القضية (ف 2/121 من قانون المحاماة).

#### ج - الإعفاء المنصوص عليه في قانون انتخاب المجالس الجماعية :

إن الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية في مادة المنازعات بشأن الإنتخابات الجماعية، يكون معفى من تدخل المحامي أمام المجلس الأعلى وذلك بنص الفصل 40 من ظهير 59/9/1 بشأن انتخاب المجالس الجماعية، والمحال عليه من قبل المادة 62 من القانون رقم 92/12 بشأن وضع

(5) راجع قرار المجلس الأعلى في الهامش رقم 3 أعلاه.

ومراجعة اللوائح الإنتخابية العامة وتنظيم انتخاب مجالس الجماعات الحضرية والقروية.

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن قاعدة الإعفاء من تدخل المحامي أمام المجلس الأعلى في مادة المنازعات الإنتخابية أضيفت كفقرة لنص الفصل 40 من ظهير 59/9/1 بمقتضى الظهير الصادر بتاريخ 1962/11/9، وقبل هذه الإضافة لم تكن القاعدة موجودة، ولهذا، كانت طلبات النقض الموجهة ضد الأحكام الصادرة في قضايا الإنتخابات ترفع للمجلس الأعلى وفق الكيفيات والآجال والشروط المقررة في مقتضيات ظ 1957/9/27 المؤسس للمجلس الأعلى، وينتج عن ذلك أنه يتعين على طالب النقض - بمقتضى ف 8 من هذا الظهير - أن يقدم طلبه بواسطة عريضة بإمضاء محام أو مدافع مقبول للترافع لدى المجلس الأعلى متضمنة لوجده الطعن<sup>(6)</sup>.

#### د - الاعفاء المنصوص عليه في قانون تنظيم الغرفة الدستورية :

إن الفصل 25 من الظهير الصادر بتاريخ 1977/5/9 بشأن القانون التنظيمي للغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى، أعفى كل من له الحق في رفع النزاع المتعلق بانتخاب النواب أمام الغرفة الدستورية من الإستعانة بمحام سواء كان ذلك من جميع الناخبين والمرشحين الذين يعينهم الأمر مباشرة وكذا العامل، وعند الإقتضاء كاتب اللجنة الوطنية للإحصاء المنصوص عليه في الفصل 43 من الظهير الشريف رقم 1.77.117 الصادر في 1977/5/9 بمثابة القانون التنظيمي المتعلق بتأليف مجلس النواب وانتخاب أعضائه (ف 2/23 من ظهير 1977/5/9 بشأن القانون التنظيمي للغرفة الدستورية).

#### 3 - الاستثناء الخاص المقرر في الاجتهاد القضائي المصري

هناك استثناء خاص من قاعدة تنصيب محام أمام محكمة النقض أقره الاجتهاد القضائي المصري. وهذا الإستثناء هو المتعلق بقبول رفع الطعن بالنقض

(6) قرار المجلس الأعلى عدد 176 بتاريخ 1960/12/22. مجلة القضاء والقانون عدد 38 ص 397.

من طرف الشخص نفسه إذا كان محاميا مقبولا أمام محكمة النقض دون الإستعانة بمحام في هذا الصدد.

ورغم كون محكمة النقض المصرية قضت بوجود التقرير بالنقض من محام موكل عن الطاعن لامن الطاعن نفسه ولو كان محاميا لأن القانون يقتضي الغيرية بين الطاعن والمحامي بالطعن وإلا كان الطعن باطلا (6) فإنها ناقضت بذلك ماسبق لها أن قررته في حكمها الصادر بتاريخ 56/1/19 والذي جاء فيه مايلي : "أنه وإن كانت المادة 436 مرافعات قد أوجبت توقيع المذكرات وحفاظ المستندات المدوعة بإسم الخصم من محام مقبول أمام محكمة النقض إلا أنها لم تنص صراحة على البطلان، ولما كانت المادة 25 من هذا القانون تقتضي ببطلان الاجراء إذا نص القانون على ذلك وشابه عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم وكانت الحكمة فيما أوجبه القانون على الخصوم من إنابة محامين عنهم في القيام بالإجراءات والمرافعة أمام محكمة النقض أن هذه المحكمة لاتنظر إلا في المسائل القانونية فلايصح أن يتولى تقديم الطعون إليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون، وكانت هذه الحكمة متحققة إذا كان الطاعن وهو محام مقبول أمام محكمة النقض قد وقع شخصيا المذكرة الشارحة لطعنه وحفاظ مستنداته، فإن الدفع بعدم قبول الطعن شكلا لعدم توقيعه من محام آخر مقبول أمام محكمة النقض يكون على غير أساس ذلك أن هذا الإجراء وإن وقع مخالفا لنص المادة 436 مرافعات إلا أنه لا يبطل مادام القانون لم ينص على هذا الجزاء صراحة ومادام الإجراء وقد تحققت به حكمة التشريع لم يشبه عيب جوهرى ولم يترتب عليه ضرر للخصم" (7). غير أنها ومع ذلك، قضت هيئة المواد المدنية بمحكمة النقض في 1974/3/4 بجواز حصول التقرير بالطعن بالنقض من نفس الخصم الطاعن إذا كان محاميا مقبولا

(6) نقض 70/2/24 أحمد أبو الفا. التعليق على قوانين المرافعات ج 31 من موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة 1980 ص 854.

(7) طعن رقم 180 لسنة 22 ف جلسة 1956/1/19 الموسوعة الذهبية. لإصدار المدني حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني. الدار العربية للموسوعات القاهرة 1982 ج 10 قاعدة 85 ص 37.



أمام محكمة النقض، ولا محل لاشتراط الغيرية بين الطاعن والمحامي الحاصل منه التقرير بالظعن<sup>(8)</sup>، وبشأن هذا القضاء الأخير فإن الدكتور أحمد أبو الوفا لايشك في سلامته<sup>(9)</sup>، فماذا عن الاجتهاد القضائي المغربي ؟

#### 4 - موقف القضاء المغربي من الطعن بالنقض المرفوع

من نفس الخصم إذا كان محاميا مقبولا أمام المجلس الأعلى :

لقد أتيحت للقضاء المغربي - في هذا الصدد - فرصة أصدر فيها المجلس الأعلى حكما بتاريخ 1989/5/3 قرر فيه من أنه "باستثناء الدولة فإن طلبات النقض يجب أن توقع من طرف محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى تحت طائلة التشطيب على القضية. فالفصل 354 من قانون المسطرة المدنية الذي يستثني الدولة فقط لايسمح للمحامي الذي يكون طرفا في النزاع أن يقدم عريضة النقض موقعة باسمه"<sup>(9)</sup>.

وقد قضى المجلس الأعلى في هذه القضية أثناء النظر في الطعن بالنقض الذي تقدم به الطاعن الاستاذ جورج بردوكو شخصيا وهو طرف في الدعوى دون تنصيب محام عنه، معتبرا ذلك خرقا لمقتضيات الفصل 354 من ق. م. م.

فبالرجوع إلى الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية وخاصة الفقرتين الأولى والثانية منه اللتين تنصان على مايلي :

"ترفع طلبات النقض والإلغاء المشار إليها في الفصل السابق بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى.

"يمكن للمجلس عند عدم تقديم مقال أو تقديمه موقعا عليه من طرف طالب النقض نفسه أو من طرف مدافع لا تتوفر فيه الشروط المقررة في الفقرة السابقة أن يشطب على القضية تلقائيا من غير استدعاء الطرف".

(8) أحمد أبو الوفا. م.س. ص 854.

(9) قرار المجلس الأعلى ع 1154 بتاريخ 1989/5/3 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 127.

يتبين من هاتين الفقرتين أن ليس هناك أي منع صريح من طرف المشرع في حالة الطعن بالنقض من طرف محام هو طرف في الدعوى تتفرغ فيه شروط القبول للمرافعة أمام المجلس الأعلى كما سبق بيانه أعلاه، إذ أن الفقرة الأولى من الفصل 354. م. م. تبين فقط شكليات طلبات النقض التي توجب أن يكون الطلب بواسطة مقال مكتوب وأن يكون هذا المقال المكتوب يحمل توقيع أحد المحامين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى ليس إلا، إي أن المشرع لم يلزم أن يكون المحامي هو كاتب المقال وإنما أن يكون هذا المقال يحمل توقيع فقط. كما أن الفقرة الثانية من الفصل المذكور قبل قليل تعطي إمكانية فقط للمجلس الأعلى في اتخاذ نتيجة التشطيب على القضية تلقائياً من غير استدعاء الأطراف في الحالات المذكورة فيها. وهذه الإمكانية تقتضي من المجلس الأعلى في شخص المستشار المقرر في القضية انذار الطالب لتصحيح مايمكن تصحيحه كتعزيز مذكرة النقص المذيلة بإمضاء صاحبها، بعريضة موقعة من طرف محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى داخل الأجل القانوني<sup>(10)</sup> أو التأكد من كون الطاعن هو محام مقيد بإحدى نقابات المحامين بالمغرب ومقبول لدى المجلس الأعلى كما هو الحال في نازلتنا أعلاه، إذ أن الأستاذ جورج بردوكو هو محام ممارس وله أقدمية تفوق الأقدمية المطلوبة للترافع أمام المجلس الأعلى، ومقبول لديه، فكيف لايقبل طعنه لمجرد رفعه بصفة شخصية من قبله وعن نفسه رغم توافر الشروط المطلوبة للمرافعة أمام المجلس الأعلى من جهة، وتوافر الكفاءة والأهلية لبحث مسائل القانون من جهة أخرى، إذ أن الحكمة من تقرير المرافعة فقط للمحامين المقبولين أمام المجلس الأعلى هي أن المجلس الأعلى لاينظر إلا في المسائل القانونية فإذا رفع المحامي المقبول للترافع أمام المجلس الأعلى مذكرة النقض باسمه الشخصي تكون الحكمة المتوخاة من طرف المشرع قد توفرت، وقد عبر عنها المشرع - ربما لتشمل هذه الحالة أيضا - بإعطاء إمكانية التقرير للمجلس الأعلى ؟

(9) قرار المجلس الأعلى عدد 283 بتاريخ 1980/6/11. الطيب بن لقدم. م. س قاعدة 33. ص 17.

### III - الاستثناءات المتعارضة مع قانون المحاماة :

إذا ما استثنينا الإعفاء الخاص بالدولة بشأن الإستعانة بمحام أمام المجلس الأعلى لوجود نص عليه في قانون المحاماة نفسه، وكذا الشأن بالإعفاء الخاص بالنقيب والوكيل العام للملك المنصوص عليهما أيضا في نفس القانون، والإعفاء في حالة طلب تجريح قاض الوارد النص عليه في قانون المسطرة المدنية ولأسباب تتعلق بقاعدة اعتبار المحامي جزء من أسرة القضاء، فإن باقي الاستثناءات التي سبق عرضها في الفقرات السابقة من المقطع الثاني تتعارض مع قاعدة من قواعد قانون المحاماة تعارضا جزئيا بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية حديثة من جهة (1) وتعارضاً بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص من جهة أخرى (2).

#### 1 - التعارض الجزئي بين قانون المحاماة وقانوني انتخاب المجالس الجماعية وتنظيم الغرفة الدستورية :

يتجلى هذا التعارض الجزئي بين مانص عليه قانون المحاماة في الفصل 37 من كونه "لايقبل لموازرة الأطراف وتمثيلهم أمام المجلس الأعلى إلا المحامون المتمون لأحد الصنفين الآتين أسفله بعد تقديم طلب بذلك إلى الرئيس الأول لهذا المجلس.

(1) المحامون الذين كانوا مستشارين بصفة نظامية بالمجلس الأعلى أو قداماء الأساتذة أصحاب كرسي باحدى كليات الحقوق.

(2) المحامون الذين ليسوا من الصنف السابق وأثبتوا في فاتح يناير من السنة التي قدموا فيها الطلب أنهم مقيدون بالجدول منذ عشر سنوات على الأقل مع مراعاة حقوق المكتسبة. "من جهة وتبين مانص عليه قانون انتخاب المجالس الجماعية في الفصل 40 من كون أن طلب النقض يعني من تدخل المحامي" والفصل 25 من القانون التنظيمي للغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى من كون أن طالب النقض "لايلزم بالاستعانة بمحام" من جهة أخرى.

فالتعارض الجزئي بين هذه القواعد يتجلى في أن قواعد قانون المحاماة هي حديثة إذ أنها صدرت في 1979/11/8 بينما قواعد قانوني انتخابات المجالس الجماعية وتنظيم الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى هي قديمة صدرت في 1959/9/1<sup>(11)</sup> و1977/5/9، وهنا وطبقا لقاعدة التشريع الحديث يلغي التشريع السابق فيما يقع بينهما من تعارض، يكون قانون المحاماة هو الواجب التطبيق بشأن تنصيب المحامي أمام المجلس الأعلى حسب مانص عليه في الفصل 37 وما بعده باعتبار أن القاعدة المتعارضة مع هذا النص والواردة في الفصلين المذكورين أعلاه من قانوني انتخابات المجالس الجماعية وتنظيم الغرفة الدستورية ملغاة.

وتجدر الملاحظة إلى أن هذه الطعون أمام المجلس الأعلى في إطار قانوني انتخابات المجالس الجماعية وتنظيم الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى، رغم كونها لاتقع إلا بصفة دورية وعلى رأس حوالي 6 سنوات فأكثر فقط أثناء تجديد أعضاء المجالس البلدية والقروية والمجلس التشريعي بواسطة الانتخابات، فإنه لاينبغي أن تبقى تلك القاعدة فيهما رغم تعارضها مع قانون المحاماة كما سبق بيانه أعلاه.

## 2 - التعارض بين قانون المحاماة وقانون المسطرة المدنية :

نص الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية على الحالة التي يحيل فيها الوكيل العام للملك على المجلس الأعلى، الأحكام التي قد يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم، والتي يقع فيها ادخال الأطراف في الدعوى ويحدد لهم أجلا لتقديم مذكراتهم دون أن يكونوا ملزمين بالاستعانة بمحام.

وهذه القاعدة التي تعفي الأطراف من الاستعانة بمحام أمام المجلس الأعلى

---

(11) يلاحظ أنه رغم صدور القانون رقم 92/12 بتاريخ 1992/6/4 المتعلق بوضع ومراجعة اللوائح الانتخابية العامة وتنظيم انتخابات مجالس الجماعات الحضرية والقروية، الذي نسخ الظهير الصادر في فاتح شتمبر 1959 بشأن انتخاب المجالس الجماعية فإن الجزء المتعلق فقط بالشروط والإجراءات الخاصة بالطعون لازالت قائمة الذات ولم تُلغى، إذ أن القانون رقم 92/12 أحال عليها (ف 62 و99 من قانون 92/12).



تتعارض مع القاعدة الواردة في قانون المحاماة في الفصل 37 منه التي تلزم الأطراف بالاستعانة بمحام أمام المجلس الأعلى.

وهذا التعارض هو في الواقع بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص، أي أن التعارض قائم بين قاعدة قانونية قديمة تضع حكما عاما وهي القاعدة الواردة في قانون المسطرة المدنية (ف 382) وبين قاعدة قانونية حديثة تأتي بحكم خاص ورد في قانون المحاماة (ف 37)، ومؤدى ذلك أن الحكم الجديد قد نسخ أو عطل ضمنا الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط.

وهنا، كما في الفقرة السابقة، يلاحظ أن هذا النوع من الطعون (إحالة الوكيل العام للملك) لا يقع إلا نادرا في الحياة العملية، ورغم ذلك فإنه لا ينبغي أن يترك للأطراف الفرصة في الدفاع عن أنفسهم أمام المجلس الأعلى بدون محام وذلك لتعارضها مع قاعدة إلزامهم بالاستعانة بمحام أمام المجلس الأعلى حسب ما نص عليه الفصل 37 وما بعده من قانون المحاماة.

p. 143 → p. 162

007571-Ar

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 1007571 تاريخ 15/09/07

# المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية

للأستاذ : محمد محجوبي

قاض بالحكمة الابتدائية بالرباط

خريج دار الحديث الحسنية

عضو عامل برابطة علماء المغرب

منذ خلق الإنسان وهو مسؤول عن تصرفاته، سواء نحو خالقه او نحو غيره من الخلق، أو نحو نفسه ؛ فظهرت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية لتنظيم ذلك السلوك بكل أنواعه في الزمان والمكان ...

وجزاء مخالفة تلك الضوابط إما أخروي أو دنيوي، وفي الحالة الأخيرة : إما أن يقتصر الجزاء على مجرد الاستنكار من لدن الغير أو تأنيب الضمير من الفاعل، وإما أن ينصب الجزاء على الشخص نفسه أو على أمواله.

والشريعة الإسلامية، التي انفردت بشموليتها، نظمت دين الفرد وديناه، واقتصرت القوانين الوضعية على الجانب الدنيوي، عن طريق سن قواعد ملزمة، يعتبر كل إخلال بها موجبا للمسؤولية « القانونية »، متى لحق أحد الأفراد أو المجتمع ضرر مادي أو معنوي.

وقسمت المسؤولية القانونية - في عرف " القانونيين " - إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وهذه الأخيرة إلى مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية.

**والمسؤولية التقصيرية هي :** « إخلال بواجب يفرضه القانون على الناس بعدم الإضرار بالغير »<sup>(1)</sup>، وهو ماتضمنه الحديث الشريف « **لا ضرر ولا ضرار** »<sup>(2)</sup>، أو هي ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود (ق ل ع)<sup>(3)</sup>.

**أما المسؤولية العقدية فتتمثل في « الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، والتي كثيرا ما يعبر عنها الفقهاء المسلمون بضمـان العقد »**<sup>(4)</sup>، وتجد سندها بخاصة في الفصول 230 و231 و259 و263 من ق ل ع<sup>(5)</sup>.

(1) راجع بحثا قيما لأستاذنا د. شكري أحمد السباعي، تحت عنوان : « الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية »، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق بالرباط، العدد المزدوج : 13- 14 ص : 26.

(2) ورد هذا الحديث في « الموطأ » في باب القضاء في المرفق، هكذا : (حدثني يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لا ضرر ولا ضرار** »).  
راجع : موطأ الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه (95-179هـ) برواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى : 1409هـ / 1989م.

(3) **نص الفصل 77 :** « كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.  
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر ».

**نص الفصل 78 :** « كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لافعله فقط، ولكن بخطئته أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.  
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.  
والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر ».

(4) د. شكري أحمد السباعي في المرجع السابق، في نفس الصفحة.

(5) **نص الفصل 230 :** « الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون ».  
**نص الفصل 231 :** « كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف، وفقا لما تقتضيه طبيعته ».  
**نص الفصل 259 :** « إذا كان المدين في حالة مظل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين ».

ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابيا، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص.

وبالتالي، فالمسؤولية التقصيرية جزاء العمل غير المشروع، والمسؤولية العقدية جزاء العقد<sup>(6)</sup>.

وإن كلا من المسؤوليتين يقوم على أركان ثلاثة هي : الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر...

ومنذ زمن بعيد (نسبياً) احتلت المسؤولية المدنية نصيباً وافراً من الدراسات على ضوء نصوص القوانين الوضعية، كما أسهم القضاء بدوره في تطوير أحكامها ...

ومع تطور المجتمعات وتقدمها في كافة الميادين، لاسيما الصناعة والتجارة والخدمات، أصبح الإنسان «العصري» يؤمن بمبدأ «التخصص»، الذي فرض عليه نفسه نتيجة تعقد الحياة اليومية وتشعبها.

وبما أن القانون (بكافة مصادره) هو مرآة المجتمع، وصانعه هو الإنسان (مادام قانوناً وضعياً)، فإنه بدوره لم يشذ عن قاعدة التخصص، فقد أعاد «المشروعون» صياغة تشريعاتهم من جديد، موازاة مع الثورة الصناعية والعلمية التي عرفتتها البشرية ...

وهكذا ظهر ما أطلق عليه «المهن الحرة»، إلى جانب الوظائف العمومية، ولكل مهنة خصص تقنين مستقل، لاتصافها بمميزات خاصة تميزها عن غيرها من المهن<sup>(7)</sup>، وإحدى هذه المهن الحرة هي مهنة المحاماة موضوع هذا المقال.

== إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكناً، وإما فسخه، وذلك مع التعويض في الحالتين.

وعلاوة على ذلك، تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.

لايقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة.

نص الفصل 263 : «يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين».

(6) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للمرحوم د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 1 مصادر الالتزام ص:

737 فقرة 424، درا النهضة العربية، القاهرة، ط : 1964م.

(7) مع الإشارة إلى أن التنظيمات التشريعية للمهن الحرة - رغم ذلك - لم ترق بعد إلى درجة استقلالها عن القواعد العامة، فيما يتعلق بتنظيم المسؤولية المدنية بنوعها، ومنها القانون المنظم لمهنة المحاماة في المغرب.



وإن الدافع إلى الكتابة عن هذا الموضوع هو ندرة البحث فيه من لدن المعنيين بالأمر، إن لم أقل انعدام الاهتمام به بالمرّة، مع أن الوقت قد حان لذلك أكثر من ذي قبل لعدة اعتبارات ... هذا باستثناء رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص تمت مناقشتها في السنوات الأخيرة بجامعة الحسن الثاني بكلية الحقوق بالدار البيضاء، لم أتمكن - للأسف - من الاطلاع عليها بعد لأنها غير منشورة، ولم أعر على نسخة منها حتى بخزانة كلية الحقوق بالرباط، وإن كل ماكتب من لدن الفقه المغربي عن المحاماة (مع مراعاة الاستثناء) يتعلق : إما بالمسؤولية الأدبية للمحامي (وهذا ما يقتصر عرضه حتى على القضاء)، وإما بتاريخ وأخلاقيات المهنة وآدابها بصفة عامة.

وبعد هذه التوطئة التي كان لابد منها، سأقتصر بدوري على تناول نقطتين اثنتين فقط، وهما :

**طبيعة مسؤولية المحامي عن أخطائه المهنية في مبحث أول ؛**

**وأساس تلك المسؤولية في مبحث ثان.**

فباسم الله أبدأ وعليه المعول في كل شيء.

## المبحث الأول

### طبيعة المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية

سبقت الإشارة إلى أن المسؤولية المدنية تنحصر في نوعين اثنين من أنواع المسؤولية القانونية، وهما : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية.

فأي نوع منهما ينطبق على مسؤولية المحامي ؟

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول الجواب عن هذا السؤال :

**فوأبي أول** يتزعمه " Fosse " (فوس)<sup>(8)</sup> : يرى أن مسؤولية المحامي لا يمكن أن توصف إلا بكونها تقصيرية في جميع الحالات، حيث خلص من خلال الحجج التي ساقها لتبرير رأيه أنه لا وجود لأي عقد بين المحامي وزبونه، لأن ذلك العقد لا يقوم في نظره مادام مفتقدا لسببه، إذ يرى أنه « إذا كان سبب العقد هو أتعاب المحامي، فإن الأنظمة النقابية لمهنة المحاماة وقواعد المهنة لا تسمح باستيفاء تلك الأتعاب بالقوة فيما لو رفض الزبون دفعها، وبالتالي يصبح العقد بدون سبب»، كما أنه بإمكان المحامي أن يتخلى عن مواصلة الدفاع عن زبونه ومصالحه في أي لحظة شاء، دون أن يكون مضطرا إلى تبرير تصرفه هذا، ولا إلى تقديم أسباب موجبة لفعله ...<sup>(9)</sup>.

**وأبي ثان**، وهو الغالب في الفقه الفرنسي : يتفق على أن «مسؤولية المحامي في حقيقتها تعاقدية في مواجهة الزبائن وتقصيرية في مواجهة الغير»، وهذا ما يقول به علي سبييل المثال كل من " Yves Avril " (10) والأخوان

(8) هو صاحب أطروحة بعنوان " La responsabilité civile de l'avocat " نوقشت بكلية الحقوق بجنيف سنة 1935، وقد أشار إليه " AVRIL " في مؤلفه : تحت عنوان " La responsabilité de l'avocat Dalloz, Paris, 1981 " ص 2، هامش 3.

(9) انظر في هذا الصدد د. عبد اللطيف الحسيني في مؤلفه : " المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية (الطبيب المهندس المعماري والمقاول والمحامي) ، الشركة العالمية للكتاب : دار الكتاب اللبناني - دار الكتاب العالمي، الطبعة الأولى 1987م.

(10) المرجع السابق، ص : 2.



مازرو، وإن كان هذان الأخيران يخضعان المحامي للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وذلك بغض النظر عن نوع الخطأ الصادر عنه، فيما إذا كان خطأ مهنيا أم لا، كما أن " فليپ لوتورنو " بدوره يشاطر هذا الرأي، مؤكداً على أن مسؤولية المحامي تجاه زبائنه ليست إلا مسؤولية تعاقدية (11).

**أما الفقه المصري :** فلا يشذ عن هذه القاعدة، حيث يتفق على أن مسؤولية المحامي تجاه زبائنه هي مسؤولية عقدية، استناداً على العقود التي تربط بين الطرفين ... (12).

**وهكذا نلاحظ أن الرأي الأول قد جانبه الصواب، لا من حيث الفكرة التي قال بها، ولا من حيث الحجج التي ساقها لتأييد فكرته :**

فالقول بأن مسؤولية المحامي هي دائماً مسؤولية تقصيرية هو في نظرنا قول شاذ في حد ذاته، إذ أن العلاقة التي تربط المحامي بزبونه لا بد وأنها تقوم على عقد ما، إلا أن هذا العقد قد يكون مكتوباً وقد يكون شفاهياً فقط ... (13).

أما الادعاء بأنه ليس بإمكان المحامي استيفاء أتعابه عن طريق القوة والقسر فلا أساس له من الصحة، لأن في إمكان أي محام مقاضاة زبونه من أجل أداء كامل الأتعاب أو ما بقي منها في ذمته (14)، وبالمقابل فقد نص الفصل 45 من ظهير 79/11/8 المنظم لنقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة بالمغرب على

(11) مشار إلى ذلك في مؤلف د. الحسيني، مرجع سابق، ص 314 هامش 8.

(12) الوسيط في شرح القانون المدني المصري للمرحوم د. السنهوري، مرجع سابق ج 2 فقرة 548، راجع كذلك : "المسؤولية المدنية" لمؤلفه : حسين عامر وعبد الرحيم عامر، الطبعة الثانية 1979، دار المعارف، مصر، ص : 212 و 213 فقرة 292.

(13) فقد نص الفصل 49 من قانون المحاماة المغربي على مايلي : « تحدد أتعاب الاستشارة والمرافعة باتفاق (أي : عن طريق عقد ) بين المحامي وزبونه ...»، وفي جميع الأحوال، يتعين على أي محام أن يسلم زبونه وصلاً بكل ما توصل به منه من نقود مقابل الأتعاب (الفصل 55 من قانون المهنة المغربي)، وذلك الروصل - لما يتضمنه من بيانات دقيقة - هو في حد ذاته عقد بين المحامي وموكله.

(14) حيث يحق للمحامي استيفاء الأتعاب والصوائر « بجمع الطرق (القانونية) » الفصل 47 من قانون المحاماة، وخاصة لدى نقيب هيئة المحامين التي ينتمي إليها المحامي المعني بالأمر ( الفصل 53).

مايلي : « يتعين على المحامي أن يتتبع القضية المكلف بها إلى نهايتها، ولايسوغ له أن يتخلى عن مهمته إلا بعد إشعار موكله في وقت يتأتى له فيه إعداد دفاعه، وذلك برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، توجه لآخر محل معروف للمخابرة، ويتعين أيضا عليه أن يشعر الطرف الآخر لموكله أو محاميه ورئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي تنظر في القضية».

وما هذا الالتزام الملقى على عاتق المحامي من لدن المشرع (المغربي) إلا احتراما لعقد قائم بين المحامي وموكله، ليس في إمكان أحدهما أن ينهيه بإرادة منفردة، إلا طبقا للقانون، وإلا كان مسؤولا أمام الطرف المتعسف (بتشديد السين وفتحها) في حقه.

وإن كان بإمكان الموكل أن « يجرّد محاميه من التوكيل المسند إليه في أيّ مرحلة من المسطرة»، لكن « بشرط أن يعلم الموكل المحامي (الوكيل) بقراره، ويبلغه إلى الطرف الآخر أو محاميه، وكذا إلى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي تنظر في القضية، وذلك برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، على أن يحيطهم علما باسم المحامي الجديد للمخابرة معه».

لكل ذلك، نؤيد الرأي الثاني الذي يقول بالتمييز بين مسؤوليتين عند الكلام عن مسؤولية المحامي، وهما : المسؤولية التقصيرية تجاه الغير، والمسؤولية العقدية بالنسبة للزبائن.

فبالنسبة للنوع الأول من المسؤولية، يمكن أن ينشأ إما أثناء قيام المحامي بمهنته أو بمناسبة ممارسته إياها، كما لو أدلى بمذكرة تتضمن عبارات مشينة أو قذفا في حق خصم موكله بمناسبة الدفاع عن هذا الأخير...وقس على ذلك (15).

أما بالنسبة للنوع الثاني من المسؤولية (وهو المسؤولية العقدية)، فلا شك أنه ينشأ عن إخلال المحامي بالتزام تجاه موكله، مصدره عقد يربط بين الطرفين،

---

(15) وإن كان ذلك لا يحدث إلا عن طريق غيرة المحامي على موكله ومحاوله منه لرد الاعتبار إليه (أي إلى الموكل)، مما قد يجعله يتعدى حدود اللياقة، خاصة إذا كان موكله ضحية نصب أو طرفا ضعيفا أمام خصمه.



أصبح مختلا تنفيذه من جهة المحامي فألحق بموكله ضرراً يستوجب التعويض، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة، منها : أن يتقاعس المحامي عن التصريح باستئناف حكم جنحي صدر بإدانة موكله، فيمر أجل الاستئناف، رغم اتفاق الطرفين على تمثيل المحامي للزبون في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية، أو يتقدم المحامي بطلب صعوبة في تنفيذ حكم نهائي على موكله ولا يعلم كتابة الضبط بطلبه فتواصل التنفيذ إلى نهايته، وفي آخر المطاف يصدر قرار بوجود صعوبة في التنفيذ، فيصيب المنفذ عليه ضرر كما في حالة الحكم عليه بإفراغ محل مثلا، وبعد التنفيذ عليه يلتجئ إلى كراء محل آخر بشروط قاسية، وهكذا ...

### فما هي إذن طبيعة العقد الموجب لمسؤولية المحامي ؟

لا شك أن رأي عامة الناس <sup>(16)</sup> يعتبرون أن العقد الذي يربط بين المحامي و«موكله»، بما أن المحامي «وكيل» للزبون في القضايا التي ينصبه لمؤازرته والدفاع عنه فيها، إنما هو عقد «وكالة» ليس إلا، كما أنه قد يخطر على بال آخرين أن ذلك العقد قد يوصف بكونه عقد «إجارة الخدمة» <sup>(17)</sup> أو «إجارة الصنعة».

وإذا أخذنا ذلك بعين الاعتبار، لم نجد عيبا، بل إن رأيهم مستوحى من نصوص تشريعية أو أعراف وصلهم صداها داخل المجتمع الذي يعيشون فيه، وبعض تلك النصوص التشريعية متفرقة في ق ل ع المغربي (على سبيل المثال).

فإذا رجعنا إلى النصوص القانونية المنظمة لعقد الوكالة، وجدنا الفصل 879 ينص على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه...»، وهذا على ما يبدو من منطوقه نص

(16) ونقصد بالعامة هنا : الذين لهم مبادئ عامة في القانون، سواء عن طريق الوظائف التي يمارسونها أو بسبب احتكاكهم بالمحاكم وكثرة ترددهم عليها، وما أكثرهم.

(17) د. الحسيني في مؤلفه السابق، ص : 314 وما بعدها.

عام، حتى إذا ما وقفنا عند حدوده وصفنا العقد الذي يربط بين المحامي وزبونه عقد وكالة بدون تردد.

وبالرجوع إلى رأي المشرع المغربي عند تعريفه لعقد إجارة الصنعة، فهو لا يستثني خدمات المحامي لفائدة زبائنه من محل هذا العقد، حيث نص في الفصل 724 من ق ل ع على ما يلي : « يعتبر القانون بمثابة إجارة الصنعة : العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهنة والفنون الحرة، بتقديم خدماتهم لزبائنهم ... » (18).

### فأي الآراء إذن هي على صواب ؟

نبادر إلى القول بأن المشرع المغربي - بعد تعريفه عقد الوكالة - قد نص في الفصل 895 ق ل م ع على ما يلي : « على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها، فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة ».

فهل أن المحامي يستجيب فعلاً إلى المقولة المشهورة : « وكييله كهو » ؟

إن الجواب الطبع لا يمكن أن يكون إلا سلبياً في نظرنا، لأن القواعد العامة المنظمة لمهنته المحاماة تقضي بأن يترك للمحامي قسط لا يستهان به من الحرية في اختيار الوسيلة التي يسلكها من أجل الدفاع عن موكله والنيابة عنه، ولو عارضه هذا الأخير في ذلك، مادام الأول متأكداً أو شبه متأكد (كرجل قانون) بأن فكرة الثاني مآلها الفشل ؛ فالمحامي - وهو بصدده مباشرة قضاياه - هو في حقيقة الأمر لا يقتصر على مجرد رعاية مصالح زبونه، بقدر ما هو حريص كل الحرص على نصرة الحق، عن طريق الفهم السليم لكل من قانون الشكل وقانون الموضوع، ومن جهة أخرى فإن ضميره الإنساني وواجبه المهني يلزمانه على اختيار أحسن السبل وأقربها إلى إنصاف موكله (19).

(18) كما أن المشرع المغربي قد أشار صراحة إلى « المحامين » في الفصل 731 من ق ل ع، وهو بصدده الكلام عن عقدي إجارة الخدمة الصنعة.

(19) وفي هذا الصدد العبقري "Victor Hugo" في كتابه القيم « أشياء رأيتها » ما يلي : « بدري مثل =

أما من حيث اعتبار العقد المتحدث عنه عقد إجارة الخدمة فلا تصح نسبته إلى المحامي، لأن من أهم مميزات عقد إجارة الخدمة (أي : عقد العمل) بصفة عامة هو عنصر التبعية، أي : تبعية العامل لرب العمل، وهو ما لا يمكن حتى تصوره في العلاقة التي تربط بين المحامي والزيون، إن لم يكن العكس أقرب إلى الصواب، مادام المحامي هو مبدي النصيحة والمشورة، وأن الزيون هو الذي "يأتمر بأوامر المحامي" وهو المستمع.

لكل ما تقدم، لا يسعنا إلا تأييد من قال بأن «مسؤولية المحامي تجاه زيونه تقوم بدون حاجة لأن يكون مرتبطا بعقد مسمى ومنصوص عليه في القانون، وبالنتيجة يكون من الواقعي أن نفسر العقد الذي يرتبط فيه المحامي مع الزيون عقداً من نوع خاص»<sup>(20)</sup>، إلا أنه يبقى في نظرنا أقرب إلى عقد الوكالة منه إلى أي عقد آخر من العقود المسماة<sup>(21)</sup>.

---

== أمام المحكمة فقال : سيدي الرئيس، بما أنني مطالب بقول الحقيقة فقط، فإنني لم أنصب محامياً للدفاع  
عني» مذكور في كتاب : « Les avocats » لمؤلفه : « Roland DUMAS » ص 7 Editions )  
Grasset et Fasquelle, Paris 1977).

(20) د. الحسيني في المرجع السابق، ص 315.

(21) ويبدو أن كلمة «موكل» مصدرها عقد الوكالة، وكلمة «زيون» مصدرها عقد إجارة الصنعة، وإن كان كل من المصطلحين شائعين في عرف المحامين بخاصة ورجال القانون بصفة عامة.

## المبحث الثاني

### أساس المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية

أجمع الفقه والقضاء في فرنسا على أن أساس مسؤولية المحامي يجد سنده في المسؤولية العقدية، باستثناء الفقيه " Fosse "، وذلك بعد إثبات أركان هذه المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما) طبقاً للقواعد العامة، كما أشار إلى ذلك الفقيه " AVRIL " في مؤلفه حول مسؤولية المحامي<sup>(22)</sup>.

وهكذا قررت محكمة (Nice) الفرنسية على سبيل المثال بأن «مسؤولية المحامي تقوم على أساس القواعد العامة في المسؤولية العقدية، التي تتطلب وجود خطأ يلحق ضرراً بالغير، مع علاقة سببية بين الخطأ والضرر»<sup>(23)</sup>.

ومع ذلك فسأقتصر على بحث ركن الخطأ، وبخاصة خطأ المحامي (موضوع هذا البحث)، دون التطرق إلى ركني الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث إنه لامتسولية بدون ضرر من جهة، ومن جهة أخرى يمكن الرجوع إلى الركنين المذكورين في كتب النظرية العامة للالتزامات<sup>(24)</sup>.

---

(22) مرجع سابق، ص : 10 فقرة 12.

(23) قراره الصادر في 1959/12/22م، مجموعة دالوز 1960م، ل ص : 440، مشار إليه في مؤلف د. الحسيني، مرجع سابق، ص 328 هامش 28.

(24) راجع على سبيل المثال : الوسيط للمرحوم د. السنهوري، مرجع سابق، ج 1 ص : 732 و ص 841، انظر كذلك : المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة لمؤلفه زهدي يكن، ص 35 فقرة 9، ط 1 بدون تاريخ، منشورات المكتبة العصرية : صيدا - بيروت، وأيضاً : نظرية الالتزامات في ضوء ق ل ع المغربي، ج 1، للدكتور سامون الكزبري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1970م، ويراجع شرح ق ل ع، الكتاب الأول ج 1، وزارة العدل المملكة المغربية، طبعة بدون تاريخ، المطابع الفرنسية والمغربية بالرباط (الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشياء الجرائم، ص 111، وأخيراً : النظرية العامة للالتزام للدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين، ج 2، طبع إيزيس بالدار البيضاء، ط : 1977م.



فما هو خطأ المحامي إذن ؟ وماهي أنواع هذا الخطأ ؟

أ - مفهوم خطأ المحامي :

لقد نصت المادة 17 من قانون تنظيم المحاماة في فرنسا الصادر في 71/12/31 على مايلي: " المحامون مسؤولون عن إهمالهم وأخطائهم المرتكبة أثناء قيامهم بمهامهم "، كما أن القانون اللبناني (رقم 70/8 المعدل بقانون 78/18 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة) " قد فرض على المحامي التزامات وواجبات أثناء ممارسة مهامه، تقتضي منه أن يقوم بها بكل أمانة " (م 10 منه) (25).

ومما جاء في قانون 1968/12/19 المنظم لمهنة المحاماة بالمغرب (القانون القديم) حول مسؤولية المحامي، أنه " يتحمل بناء على قانون المهنة مسؤولية :

- 1) الوثائق المودعة لديه.
  - 2) المستندات المؤمنة عنده للدفاع بها.
  - 3) المبالغ المالية التي ترجع لزبونه (عن الفقرة 2 من المادة 42 والمادة 43 من نفس القانون).
  - 4) كل مس منه بسر التحقيق.
  - 5) إضافة محام آخر في القضية المنصب فيها دون موافقة موكله (26).
- كما أن الفقه بدوره يرى أن مسؤولية المحامي تفرض لقيامها خطأ أو إهمالا من قبله، بغض النظر عن نوع هذه المسؤولية (27).
- وأخيرا، قرر القضاء في فرنسا أن مسؤولية المحامي لا تتحقق في الحالة التي ينعدم فيها صدور خطأ أو إهمال عنه أثناء ممارسته مهامه المهنية (28).

(25) انظر مؤلف د. عبد اللطيف الحسيني في مرجعه السابق، ص : 330 وما بعدها.

(26) انظر " قانون مهنة المحاماة " لمؤلفه الأستاذ حسين الصفرى ص 77 ط 1973 دار الكتاب الدار البيضاء، المغرب، وللزيد من الإيضاح، يستحسن مراجعة المواد : 45-48-56-69 من ظ 1979/11/8 (الذي حل محل قانون 68/12/19).

(27) انظر لالو، في كتابه حول المسؤولية المدنية 1962 : ص 309 بند 433، وكذلك " أفريل " في مرجعه السابق ص 11 وما بعدها.

(28) محكمة ستراسبورغ في 1958/7/9 منشور في غازيت دوبالي 1958 ج 2، ص 365، وقد جاء في هذا الحكم مايلي : " لا يوجد لمسؤولية المحامي في حالة انعدام أي إهمال، أو جهل بالتصريح ".

## فما مفهوم هذا الخطأ في حد ذاته ؟

إن خطأ المحامي العقدي هو صورة من صور الخطأ في مجال هذا النوع من المسؤولية المدنية، تطبيقاً للمبادئ العامة المتعارف عليها في القانون المدني، وهو الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، وبما أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار مركز المحامي في الموضوع، فلا شك أن هذا الخطأ يتقرر " عند كل خروج من المحامي على تنفيذ التزاماته المهنية إزاء زبائنه، والتي توجب عليه أن يقوم بمهامه بكل حذر، وأن يبذل الاهتمام والعناية المهنية التي تشترطها أصول مهنته (29) ... إلا أن ذلك لا يعني أن أي فشل في مهمته يشكل منه خطأ يستوجب مساءلته ... نظرا للمخاطر المحتملة التي تكتنف مجال الأعمال القانونية " (30).

وعليه، فإن الخطأ المهني للمحامي يتجلى في إهماله تنفيذ بنود العقد الذي يربطه بزبونه، طبقاً لأصول مهنة المحاماة وأعرافها، وتبعاً لما استقر عليه الفقه والقضاء في الموضوع بناء على ذلك، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار عدم حتمية نجاحه في كل قضية تولى الدفاع فيها، مادام ملتزماً بالحیطة والحذر والعناية عند توليه القيام بالإجراءات المتعلقة بالقضايا التي ينوب فيها.

وإذا قيل بخطأ المحامي، الذي يلحق ضرراً بزبونه بسبب إخلاله ببنود العقد الذي يربط بينهما، فأی خطأ يسأل عنه إذن ؟

### ب - أنواع خطأ المحامي :

لقد درج الفقه على تقسيم أخطاء المحامي إلى نوعين اثنين :

(29) وهكذا قرر القضاء المصري أن "المحامي الذي يكتب في مذكرته المقدمة للمحكمة أفاظاً تعد طعناً في خصم موكله، مسؤول بالتعويض المدني عن الضرر الذي ينشأ عن هذا الطعن، فإن المفروض أن المحامي يقوم بواجب الدفاع عن موكله في الحدود التي يبيحها له القانون مهما استفزه خصمه، وأنه ممنوع عن مقابلة العدوان بمثله، خصوصاً وأن علاقة المحامي بموكله ليست علاقة وكيل بموكل عاديين، ولا علاقة خادم بمخدوم، بل هي علاقة خاصة نظمها قانون خاص فرضت فيه واجبات معينة من أهمها الامتناع عن سب الخصوم"، حكم محكمة مصر الابتدائية في 1930/3/13 الجريدة القضائية عدد 20 ص 33، مذكور في موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية لعبد المعين لطفي، جمعية الكتاب الأول ج 1 ص 120 بند 14، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1977.

(30) د. الحسيني في المرجع السابق ص 332 وما بعدها.

**نوع أول :** يشمل الإخلال بالتزام الحيطة والحذر ؛

**ونوع ثان :** يشمل الإخلال بالتزام العناية والاهتمام.

### 1) الإخلال بواجب الحيطة والحذر :

إن هذا الالتزام، يتجلى في نظر الفقه عامة،<sup>(31)</sup> في تجاوز المحامي الوكالة وأحكامها، وكذلك في عدم الأخذ بتعليمات الزبون، حيث إن المحامي "يلزم بأن يتم مهمته تجاه زبونه، سواء بالدفاع عنه أو بحضور الجلسات، وهذا الالتزام يستوجب منه أيضا إتمام الإجراءات القانونية، وخطؤه يظهر في كل مرة يخالف فيها هذا الواجب"<sup>(32)</sup>.

مما لا شك فيه أن المحامي مكلف بتتبع إجراءات كل قضية نصب للدفاع فيها إلى نهايتها، ولا يسوغ له أن يتخلى عنها إلا بعد إشعار موكله في وقت يتأتى له فيه إعداد دفاعه، وإلا اعتبر مسؤولا عن كل ضرر لحق الزبون على إثر ذلك<sup>(33)</sup>،<sup>(34)</sup> كما أن عليه أن يتقيد بما كلف به دون تجاوز الحدود المرسومة لذلك، طبقا لقواعد المهنة، واستنادا إلى العقد الخاص الذي يربطه مع زبونه كما أوضحناه أعلاه<sup>(35)</sup>، إلا أن الذي يعاب على الدكتور الحسيني وغيره في هذا الصدد، هو القول بأن "التخلف عن حضور الجلسات" وحده كاف لتقرير مسؤولية المحامي مطلقا، إذ لا يعقل أن يحضر المحامي شخصا - أو ممثلا من طرف أحد زملائه - في جميع الجلسات المعين للدفاع فيها، دون التمييز بين

(31) انظر المرجع السابق ص 334.

(32) نفس المرجع ونفس الصفحة.

(33) باستثناء الحادث الفجائي والقوة القاهرة، اللتان ترى ضرورة إعفاء المحامي من المسؤولية عند حلوله أحدهما دون قيام المحامي بالواجب، دون مطلق منه بطبيعة الحال، وإلا كان مسؤولا طبقا للفصل 266 من ق ل ع الذي ينص على أن «المدين الموجود في حالة مطلق يكون مسؤولا عن الحادث الفجائي والقوة القاهرة».

(34) وهذا ما قرره المشرع المغربي في ف 45 من ظ 79/11/8 المنظم لتقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة.

(35) ويستحسن الرجوع إلى الهامش رقم (29) السابق للموقف على نظر القضاء في طبيعة العقد الموجب لمسؤولية المحامي تجاه زبونه، وإن اعتبر مسؤوليته تجاه موكل زميله مسؤولية تقصيرية، على ما يبدو لنا من خلال مساقه الحكم المذكور المشار إليه في ذلك الهامش.

نوعية القضايا المنصب فيها ... حيث إن التمييز بين القضاء المدني والقضاء الجنائي له أهمية قصوى في الموضوع، كما أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت القضية جاهزة للمناقشة أم لا، وما إذا كانت المسطرة كتابية أم شفوية، وهل تم تسجيل حضور المحامي أول جلسة أم لا، بعد وضع نيابته بملف النازلة ... حتى إذا ما كان حضور المحامي ضرورياً أم لا، بحيث تقرر مسؤوليته في الحالة الأولى وتنعدم في الحالة الثانية، وإن كان الحضور الشخصي ليس هو المقصود ...

ومن جهة أخرى، فقد اعتبر نفس الفقيه أن عدم الأخذ بتعليمات الزبون من طرف محاميه " يشكل إخلالاً بموجب الحذر، يتمثل بشكل خطئ مهني تقوم معه مسؤوليته " (36).

والذي يعاب على هذا الرأي أيضاً هو اتصافه بالعمومية والغموض وعدم الدقة في التعبير، فلا شك أن المحامي ملزم بتنفيذ تعليمات زبونه المتعلقة بالدفاع عن مصالحه في قضية ما، إلا أنه مع ذلك ليس آله في يد زبونه، بل إنه ذلك الرجل المتخصص في مجال الادعاء عامة ... مما يعني أن مسؤوليته لا تنشأ إلا عند ارتكابه خطأ مهنيًا، مناطه أصول المهنة وقواعدها، لتعليمات الموكلين (37) وإن كانت في غير صالحهم، كما يحدث في غالب الأحيان في الناحية العملية، فهل يعقل أن يتذرع المحامي بكون تعليمات زبونه هي التي كانت السبب في ارتكابه الخطأ محل متابعته والحالة هذه ؟

## 2) الإخلال بالتزام العناية والاهتمام :

بما أن المحامي إنسان متخصص في مجال الادعاء، فإنه مكلف بالعناية

(36) انظر مؤلفه السابق ص : 335.

(37) انظر مثلاً المادة 59 من مشروع قانون المحاماة المرحد للبلاد العربية " الذي قدم للمؤتمر الحادي عشر لاتحاد المحامين العرب، والتي تنص على مايلي : " للمحامي أن يسلك الطريق التي يراها ناجعة في الدفاع عن موكله، ولا يكون مسؤولاً عما يورده في مرافعاته خطية كانت أو شفوية، مما يستلزم حق الدفاع "، منشور بمجلة "المحامون" السورية ص 31 وما بعدها عدد 8 السنة 35، 1970.



والاهتمام بالقضايا التي ينوب فيها، لذلك تنشأ مسؤوليته في هذه الحالة أيضاً، وهذه المسؤولية يمكن أن يكون مصدرها، إهمال كلي، كما لو ترك ملف قضية ما مهملاً حتى فات أوان رفع الدعوى بسبب تقادمها مثلاً، أو قد يكون الإهمال جزئياً ليس إلا، وصور ذلك كثيرة ومتنوعة : كعدم طلب المحامي من زبونه موافاته بالوثائق والمستندات اللازمة لتعزيز دعواه رغم توفر الزبون عليها، أو عدم مراعاة آجال الطعن ... وبصفة عامة، فإن الالتزام المتحدث عنه يمكن أن ينشأ إما عن إخلال المحامي بالإجراءات الشكلية الواجب اتباعها في كل قضية (بغض النظر عن قانون الموضوع) أو عن الخروج عن أصول المهنة وأعرافها ...

### (3) تدرج خطأ المحاسبي :

هناك رأيان فقهيان حول هذه النقطة، كل واحد منهما يخالف الآخر، ولكل رأي حجة :

**ف رأي أول :** يقول بوجود التمييز بين أخطاء المحامي العادية والجسيمة، وأنه تبعاً لذلك، فلا يسأل إلا على النوع الثاني منها دون النوع الأول، لأن أصول المهنة تقتضي توفر المحامي على حرية كافية للقيام بمهامه بكل طمأنينة، تلافياً لشعوره بالخوف من إمكانية مساءلته حتى عن الأخطاء العادية الصادرة منه أثناء ممارسته مهامه.

ومن بين الذين يقولون بهذا الاتجاه «هيبرت فوس» (38) و«جون لوب» (39).

وقد لقي هذا الرأي استجابة من لدن بعض المحاكم الفرنسية التي قررت إحداها أن " هذا الخطأ يقوم في جهل المحامي بما لا يمكن أن يجهله أصحاب هذه

(38) انظر الهامش رقم 4 السابق.

(39) انظر مؤلف د الحسيني، مرجع سابق ص : 339 وهو نفس الاتجاه الذي تبناه " مشروع قانون المحاماة الموحد للبلاد العربية " في مادته 84 التي نصت على مايلي : " على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص، وهو مسؤول في مجال مجازته حدود الوكالة أو خطئه الجسيم، منشور بمجلة "المحامون" السورية، مرجع سابق ص 99.

المهنة من شؤون، ويقوم أيضا في الإهمال المبالغ فيه أو في إغفال ما تقتضيه المهنة من واجبات " (40).

وهناك وأبي شان : يقول بوجود مسؤولية المحامي عن أخطائه المهنية، بغض النظر عن مدى جسامته هذه الأخطاء.

ويتزعم هذا الاتجاه كل من "أثريل" (41) "وفليب لوتورنو" (42)، كما أن بعض القضاة الفرنسي قد تبني نفس الرأي، مؤكدا على أن المحامين يخضعون للقواعد العامة في المسؤولية المدنية دون التمييز بين خطأ مهني وآخر عادي (43).

وخلاصة القول : أن مسؤولية المحامي تجاه زبائنه تتحقق في نظرنا كلما حصل ضرر للزبون، وكان هذا الضرر ناشئا عن خطأ المحامي بمناسبة القضية التي تجمع بينهما (كنايب ومنوب عنه) بغض النظر عن درجة الخطأ وجسامته، مراعاة للقواعد العامة في المسؤولية (44)، واستجابة لقواعد العدالة والإنصاف، مع مراعاة أصول المهنة وقواعدها.

(40) حكم منشور في غاريت دويالي : 1942 - 2-35 بتاريخ 1942/5/6 مشار إليه في مؤلف د. الحسيني، مرجع سابق ص 340، كما أن بعض القضاة العربي قد سار في نفس الاتجاه، حيث صدر حكم من الدائرة التجارية الخامسة بالمحكمة الكلية بالكويت بتاريخ 1967/6/6 في القضية رقم 67/21، حول مسألة المحامي، جاء فيه مايلي : " يشترط لمسألة المحامي طبقا للمسؤولية العقدية في علاقته بموكله، أن يكون الخطأ جسيما يمس مهنة المحاماة في أصولها الفنية، ومايجب فيها من استقامة ودقة، فلا تقوم مسؤولية المحامي إلا عما يصدر عنه من غش، لذا لايسأل المحامي عن عدم الكفاية في المرافعة ولا عن أخطائه القانونية فيما يقدمه من دعوى، إذ المرجع فيها للقاضي المطروح عليه النزاع، إنما يسأل عن فقدده مستندا لموكله، أو قيامه بإجراء في الدعوى ينطوي على الغش نحو موكله.

حكم منشور بمجلة "الحق" العدد الأول سنة 75، هذا وقد نص الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية المغربي على أن " القاضي يبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

(41) انظر مؤلفه السابق ص 10 بند 12.

(42) مشار إليه في مؤلف د الحسيني، مرجع سابق ص 341.

(43) حكم محكمة "Dijon" في 39/5/17 منشور في "Gazette de Palais" 1939 - 2-133، كما أشير إليه في المرجع السابق ص : 341 هامش 48.

(44) خاصة وأن قوانين تنظيم مهنة المحاماة لاتغطي جانب المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية، بقدر ماتنظم مسؤوليته التأديبية.

وأخيراً، أختتم هذه الدراسة "المستعجلة" بما قاله أحد الحكماء عن حق :  
"تستوجب الحضارة الحقيقية أن يعود المجتمع أكثر كمالاً، بفضل  
الإنسان الفاضل" (45)، تاركاً باب النقاش مفتوحاً.

والله الموفق للصواب.

وحرر بالرباط في 26 محرم الحرام 1414 هـ الموافق 17 يوليوز 1993 م.

---

(45) مذكور في كتاب : المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة لمؤلفه السيد زهدي يكن، مرجع سابق في الصفحة الأولى منه.

## لائحة المصادر والمراجع

(مرتبة بحسب أهمية الرجوع إليها)

- 1 - **المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية** (الطبيب والمهندس المعماري والمقاول والمحامي) للدكتور عبد اللطيف الحسيني، الشركة العالمية للكتاب : "دار الكتاب العالمي - دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى : 1987م.
- 2 - La responsabilité de l'avocat : Ives AVRIL, Dalloz, Paris 1981.
- 3 - **قانون مهنة المحاماة للأستاذ حسين الصفريوي**، دار الكتاب بالدار البيضاء، ط : 1973 م.
- 4 - **قانون المحاماة بالمغرب** (القانون رقم 79. 19 الذي تنظم بموجبه نقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة، ج ر عدد 3499 بتاريخ 11 محرم 1400 هـ موافق 21 نونبر 1979 م.
- 5 - **قانون الالتزامات والعقود** (ق. ل.ع) الصادر بتاريخ 9 رمضان 1313 هـ موافق 12 غشت 1913 م (مثابة القانون المدني بالملكة المغربية).
- 6 - مجلة "المحاضون" السورية عدد 8، السنة 35 : 1970 م.
- 7 - مجلة "الحق" العدد الأول السنة 75.
- 8 - **الوسيط في شرح القانون المدني** (المصري) للمرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول والثاني، دار النهضة العربية، القاهرة : 1964م.
- 9 - **المسؤولية المدنية** : حسين عامر وعبد الرحيم عامر، الطبعة الثانية : 1979 م، دار المعارف، مصر.
- 10 - **موطأ الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه**، برواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى : 1409 هـ - 1989 م.



11 - المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج رقم : 14.13 (تصدرها كلية الحقوق بالرباط).

12 - موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية لعبد المعين لطفي، جمعية الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط : 1977 م  
13 - Les avocats : Roland DUMAS, Editions Grasset et Fasquelle.

14 - المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة لمؤلفه زهدي يكن، الطبعة الأولى بدون تاريخ، منشورات المكتبة العصرية : صيدا - بيروت.

15 - نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، للدكتور مامون الكزبري، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط : 1970 م.

16 - شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الأول، الجزء الأول، وزارة العدل بالملكة المغربية، طبعة دون تاريخ، المطابع الفرنسية والمغربية بالرباط.

17 - النظرية العامة للالتزامات : للدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين، الجزء الثاني، طبع إيزيس بالدار البيضاء : 1977 م.

p. 163 → p. 170  
007592-Ar

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007592-  
تاريخ 15/10/07  
Ar

## مسطرة تجديد العقد بين اللزوم والإستفناء، تعلق على قرار المجلس الأعلى عدد : 1264 وتاريخ : 92/5/6

الاستاد : رشيد مشقاة

قاضي بالمحكمة الابتدائية بسلا

مافتىء الجدل محتدما حول مقتضيات الفصل 27 من ظهير : 55/05/24 المتعلق بكراء المحلات التجارية في محاولة لإضعاف مفعوله حتى أصدر المجلس الأعلى قراره المشار إلى مراجعه أعلاه، وإنها لبادرة وازنت في كفيها بين العدالة والقانون، واعتبرت أن الإجراء الشكلي متى لم ترج منه غاية فلا مجال لسلكه ولا أثر يترتب عن استغناء ذي المصلحة عنه، ولعله أن يكون موقفا يكبح جماح كل متربص بالإجراءات الشكلية من حيث الصحة والبطلان لترتيب الآثار القانونية عليها، ولعله أن يكون أيضا مثالا يقتدى به في حالات مشابهة كتلك التي سوف نوردها في عجالتنا هذه، وسوف نعرض ضمنها لنص القرار ووقائعه وارتساماتنا بشأنه حسب الفقرات التالية :

أولا : نص القرار والوقائع التي بني عليها :

"صدر هذا القرار يوم : 92/5/6 في الملف المدني عدد : 83/4339 تحت رقم 1264 وورد ضمن حيثيته الأخيرة ماييلي : "حيث أن المكتري الذي وفي ماعليه من واجبات الكراء داخل الأجل المحدد له ضمن الإنذار بالأداء تحت طائلة الإفراغ، يكون قد عطل مفعول هذا الإنذار استنادا إلى مقتضياته وتبعاً لذلك لا يترتب عن عدم رفعه دعوى المصالحة كونه تنازل عن تجديد عقد الكراء حسبما



ذهب إليه القرار المطعون فيه باعتبار أن الإنذار غير مؤسس على الإفراغ للتماطل بل على الأداء داخل أجل معين روعي من طرف الطاعن مما يفيد أنه نفذ الشرط المقترح عليه للإبقاء على عقد الكراء وفق مقتضيات الفصل 27 من ظهير : 55/05/24 والقرار المطعون فيه الذي حاد عن هذا الإعتبار بعلّة أن عدم رفع دعوى المصالحة يجعل حصول الأداء داخل الأجل المحدد في الإنذار غير متمشي مع مقتضيات الفصل 27 من ظهير أعلاه يكون غير معلل بما فيه الكفاية ومعرضا للنقض.

وتتلخص وقائع النازلة التي صدر بشأنها هذا القرار هو أن أحد المالكين لمحل معد للتجارة أرسل الى مكترهه انذارا يطالبه بالوفاء بواجبات كرائية معينة خلال أجل ضمنه صلب الانذار الذي ذيله بمقتضيات الفصل 27 الذي يستوجب سلوك مسطرة تجديد العقد خلال أجل شهر من تاريخ التوصل والاسقط حق المكترى واعتبر كما لو أنه تنازل عن تجديد العقد أو عدل عن المطالبة بالتعويض عن الافراغ أو قبل الشروط المقترحة عليه لابرام العقد الجديد.

فما ان توصل المكترى بالانذار حتى عمد إلى الوفاء بالتزامه التعاقدي خلال الأجل المعطى له وأدى ما عليه مستغنيا عن سلوك مسطرة الصلح، فما كان من المالك إلا أن يلجأ راسا إلى القضاء للمطالبة بافراغ المكترى بدعوى أنه استنكف عن ممارسة حقه في تجديد العقد فيعتبر بذلك قد تنازل عنه، فاستجابت لدعواه محكمة الدرجة الأولى وأيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي فصدر قرار المجلس الأعلى موضوع هذا النقاش ومارس حقه في التصدي معتبرا ان الاداء قد تم خلال الاجل وبذلك يكون المكترى قد نفذ الشرط المقترح عليه للابقاء على العقد وفق ما يقره الفصل 27 من الظهير وبالتالي فلا مجال للالتجاء الى مسطرة تجديد العقد، فمن خلال وقائع النازلة وحيثيات القرار نورد الارتسامات الآتية :

ثانيا : الجوانب القانونية التي أحاط بها القرار : سوف نورد هذه الجوانب تباعا بحسب التفصيل الآتي :

أ - الإفراغ لعدم الاداء تستغرقه مسطرتان : ان التمييز بين هذه المسطرة وتلك يقتضي منا قراءة الانذار الذي توصل به المكتري، فالصيغة التي كتب بها الانذار هي التي تعتمد - حسب قرار المجلس - في سلوك دعوى الصلح من عدمها. فإذا وردت الصيغة بالشكل الاتي : « انك أي - المكتري - لم تف بواجبات الكراء عن الفترة الفاصلة بين كذا وكذا، واني بمقتضى هذا الانذار أمنحك أجل سبعة أيام للوفاء وإلا وجب عليك الافراغ. مع الاشارة الى مقتضيات الفصل 27 فان وفاء المكتري بواجب الكراء خلال أجل الاسبوع سواء بطريق الايداع أو عن طريق البريد أو يدا بيد فإن ذلك يعفيه من ممارسة دعوى الصلح خلال الثلاثين يوما، ولايحق للمكري ان يقاضيه من اجل الافراغ، أما إذا وردت الصيغة بالطريقة الآتية : انك أي - المكتري - متماطل في أداء واجب الكراء. ولذلك فإنني أندرك بافراغ المحل مع الاشارة الى مقتضيات الفصل 27 من الظهير حرفي « ففي مثل هذه الحالة، وسواء نفذ المكتري التزامه التعاقدى بأي من الطرق السالفة فذلك لا يغني عن سلوك مسطرة الصلح، ويحق بعدها للمكري أن يقاضيه من أجل الافراغ ولو لم يكن المكتري ينازع في الوجيبة الكرائية. فصيغة الانذار والكلمات التي دون بها هي التي أضحت تتحكم في مصير دعوى الصلح، اذ أن لزومها من عدمه غدا بين يدي المكري وتترتب عن هذه النتيجة الاثار الاتية :

أضحى لزاما على القضاء أن يتفحص الكلمات التي دون بها الانذار، فإذا أيقن أن الصيغة تسرع الخطى نحو الافراغ للتماطل قبل دعوى المكري الرامية إلى الافراغ لعدم سلوك مسطرة الصلح أما متى أيقن بعكس ذلك رفض دعوى المكري لقيام المكتري بتنفيذ التزامه وهذه القراءة المتأنية للانذار قد تسفر أحيانا عن نتائج متباينة بحسب اختلاف الصيغ مما قد يؤدي الى تضارب الأحكام أحيانا سيما إذا كان الانذار موجه من طرف أشخاص عاديين لادفاع لهم.

إن دعوى الصلح في حد ذاتها تغير مجرى الادعاء رأسا على عقب، فقد يكون أساس الانذار هو الوفاء بالالتزام، وفي المكتري بالتزامه التعاقدى، وفي



ذات الوقت يمارس دعوى الصلح خلال الاجل المنصوص عليه قانونا، فأمام قاضي الصلح لاينازع اي من الطرفين في مبدأ التجديد مع التحفظ بشأن الشروط ويكتفي القضاء بتدوين الصيغة التقليدية العادية « التجديد بين الشروط القديمة والجديدة». ثم يلجأ رأساً إلى مقتضيات الفصل 30 من الظهير أي الاحتكام الى الخبرة، فمن دعوى الوفاء بالالتزام إلى دعوى تجديد العقد استثناسا بالخبرة يبدو هناك نوع من عدم الانسجام، فغالبا ما نجد القضاء يأمر باجراء خبرة لتحديد السومة الكرائية المناسبة للمحل والحال أن الانذار يتعلق بالوفاء بالالتزام التعاقدي أي «أجرة الكراء».

هل دعوى الفصل 27 تعتبر من النظام العام أولا ؟ قمشيا مع القرار موضوع هذه المناقشة يمكن للمكتري أن يلجأ أو لايلجأ إلى مسطرة تجديد العقد بحسب الأحوال، أي أن صيغة الانذار هي التي تملّي عليه تلك الضرورة من عدمها، اذن فبمعنى أدق فان هذه المسطرة ليست تعدييه صرفة فارادة الأطراف هي التي تتحكم فيها، اذ أن الوفاء بواجب الكراء خارج اطار المطالبة القضائية يبطل مفعول الفصل 27 من الظهير، وشبيهة هذه الحالة بدعوى رفع السومة الكرائية، فعدم سلوك مسطرة الصلح من جانب المكري، يعتبر معه قد قبل السومة المقترحة عليه ولو لم يجنح إلى مسطرة الصلح وبهذا المعنى صدر بتاريخ : 1981/11/13 عن المجلس الأعلى في الملف عدد : 59 447 الحكم التالي : « لكن بالرجوع إلى الانذار الموجه إلي المكتري لرفع سومة الكراء من كذا إلى كذا، وحيث إن التنبيه يتضمن اقتراحا بإبرام عقد جديد بشروط جديدة وان المكتري بسكوته يعتبر قد قبل ذلك الاقتراح عملا بالفقرة الثانية من الفصل 27 ويبقى استغلاله للمحل ولو بعد انتهاء اجل تقديم دعوى المصالحة على وجه مشروع وتكون المحكمة قد صادفت الصواب لما رفضت افراغه ». وعليه فان دعوى الافراغ التي تقدم بعلة عدم سلوك مسطرة الصلح يجب أن ترفض متى كان سبب الانذار هو رفع السومة الكرائية مادام عدم اكتراث المكتري بدعوى الصلح ينهض قرينة على أنه قبل السومة المقترحة عليه، ولا مجال للقول

بالافراغ في هذا الصدد، وكذلك الشأن في دعوى الافراغ المقدمة على أساس عدم اللجوء الى مسطرة الصلح والمبنية على الافراغ لعدم الأداء. فأداء واجب الكراء خلال الأجل يغني عن سلوك هذه المسطرة وبالتالي فمصير دعوى الافراغ هذه هو الرفض، نخلص الى القول بشأن هذه النقطة أن مسطرة الصلح ليست اجراء شكليا اعتباريا يحقق أثره تلقائيا بل لابد من قراءة الانذار قراءة متأنية وبعدها يمكن الاستجابة لطلب الافراغ من عدمه، وهنا يكمن جانب العدل الذي تسربل به قرار المجلس.

ب - سلطة الاختيار بين يدي القضاء وليس بين يدي المكري : ان الصيغة التي وردت بها الفقرة الأخيرة من الفصل 27 هي كالاتي : وإذا انقضى الأجل المذكور فيسقط حق المكثري ويعتبر اما كونه تنازل عن تجديد العقد أو عدل عن المطالبة بالتعويض عن الافراغ أو قبل الشروط المقترحة عليه لابرام العقد الجديد»، لقد أجاد قرار المجلس الأعلى صنعا عندما اعتبر ان سلوك مسطرة الصلح ينبنى على قرينة حصول نزاع جدي معين كالمنازعة في الوجيبة الكرائية أو السومة أو غيرها من الأسباب، فما لم تكن ثمة منازعة فلا وجه لاجبار المكثري على سلوك دعوى الصلح، فإذا التمس منه رفع السومة الكرائية ورفعها حبيا، أو طولب بالأداء رضائيا أو ما شاكل ذلك، فلا سبيل للمكري لاقامة دعوى الافراغ، لان حرف « أو » الذي تضمنته صيغة الفصل 27 لم يسخر للمكري ينتقل بين جنباته بل منطبق الأمور هو بحسب الترتيب الآتي :

انذار من أجل رفع السومة تمارس دعوى الصلح المكثري يعتبر قابلا للسومة الجديدة وترفض دعوى الافراغ.

انذار من أجل الوفاء تحت طائلة الافراغ ادى واجب الكراء خلال الاجل ولم يمارس دعوى الصلح رفض دعوى الافراغ المقدمة من طرف المكري.

انذار من أجل الافراغ للتماطل - عدم سلوك دعوى الصلح تقبل دعوى الافراغ.

على أن الحالتين الأخيرتين تطرحان نقاشا جديا وهو إثبات التماطل في الحالة الثانية بمعنى أن الذي يرغب في افراغ المكتري يرسل إليه الانذار بالصيغة التالية : « إنك لم تؤد الكراء فأنت متماطل ويتعين عليك الافراغ مع ذكر مقتضيات الفصل 27 فهذا المكري جمع بين الصيغتان معا، فإذا نفذ المكتري التزامه وأدى واجب الكراء دون أن يسلك مسطرة الصلح، هل يحق للقضاء افراغه ؟ ان قرار المجلس الأعلى بمفهوم المخالفة يبسر هذا السبيل. ولشرح هذه الفكرة نورد فقرة من التعليق الذي ورد أسفل قرار المجلس المذكور والمنشور بمجلة القضاء والقانون عدد : 144 السنة التاسعة والعشرون وهي كالآتي : « ان المكتري الذي يجب عليه ان يلتجئ الى طلب التجديد تحت طائلة سقوط حقه هو الذي ينازع في مديونيته بوجوبية الكراء موضوع الانذار أما الذي سارع إلى تنفيذ مضمون الانذار وأدى فعلا الوجيبة التي ينص عليها فانه يكون قد نفذ الشرط الذي علق عليه استمرار العقد فالتجاءه إلى مسطرة التجديد غير ضروري لان العقد لم ينهه الانذار حتى يكون عليه أن يطالب بتجديده.» فإذا أضفنا إليها الفقرة الاخرى التي جاء فيها : « ... إذ أنه أي - المجلس - فرق بين الانذار الذي يكون سببه أن المكتري يتماطل في أداء الكراء ... وسبب الانذار الذي يطلب من المكتري أن يؤدي الكراء تحت طائلة الافراغ» أمكننا ايراد الشرح التالي : إذا كان المكتري غير متماطل، وتوصل بانذار يطلب منه المكتري الافراغ لهذا السبب، وكان قد أودع المبالغ الكرائية بصندوق المحكمة أو بمصلحة البريد، واعتقد في نفسه حازما أن لاجابر يلزمه بسلوك دعوى الصلح مادام لا ينازع في الوجيبة الكرائية أداء وسومة، أي أنه بحسب ما ورد في التعليق الانف الذكر مسالم وقابل وراض، فهل تسمع دعوى الافراغ المقدمة من لدن المكري لعدم سلوك مسطرة الصلح ؟ فليس هناك تعبير شرطي بالانذار ؟ ولا مجال لاستظهار المكتري أمام القضاء بوصولات الابداع مادام قد أخل بمقتضيات الفصل 27، ان مقتضى القرار والتعليق الذي اصطحبه يسير في نفس هذا السبيل، وقد يتخذ ذريعة من طرف بعض المتقاضين للمطالبة رأسا بالافراغ للتماطل ولو كان الوفاء قد تم ما يستدعي معه طرح السؤال التالي :

هل العبرة في الانذار بالمبنى أو المعنى أي قصد ؟ وهو ما سنعرض له في الفقرة اللاحقة.

ثالثا : ارتسامات حول القرار : سوف نورد هذه الارتسامات بحسب الترتيب الاتي:

أ - ان أهمية هذا القرار تتجلى في كونه بوأ المكتري المنفذ للالتزامه مركزا حسنا، إذ لا يمكن مواجهته بين الفينة والآخرى بدعوى الافراغ لسبب غير معقول والحال أنه راغب في تجديد العقد وتمسك به بكل قواه.

ب - ان مسطرة الصلح ليست اجراء تعديدا واعتباطيا، فالصلح يقتضي أن تكون ثمة منازعة وبانتفاء العلة ينتفي المعلول. فسلوك مسطرة الفصل 27 هكذا لغير سبب لا يصح عدلا وقانونا.

ج - وتتجسد أهمية هذا القرار أيضا في ربطه بين سبب الانذار ودعوى الافراغ، فلا مجال لرفع دعوى الافراغ لعدم سلوك مسطرة الصلح والحال أن الانذار بني على رفع السومة الكرائية، ويمكن للقضاء أن يتصدى لمثل هذه الدعاوي مباشرة ولو تخلف المكتري أثناء اجراءات دعوى الافراغ.

د - إن أخطر ما ينبغي لفت الانتباه اليه بصدد قراءتنا للقرار هو أن الصيغة التي كتب بها الانذار يجب أن تقف عند حدود الالفاظ أي المباني، فالعبرة - من وجهة نظرنا - يجب أن تكون للمعنى وللغاية التي توخاها المكري في أغلب الحالات يورد المكرون عبارة التماطل هكذا جزافا وبدون تراث أو قد يتعمدها لافراغ المکتري خاصة متى كان هذا الأخير قد نفذ التزامه، فالصيغة الشرطية يجب أن تكون للمعنى وليس للألفاظ.

هـ - نرى أن يتسع موقف القضاء هذا الى بقية الحالات المشابهة فإذا ما تحقق الشرط خارج اطار المطالبة القضائية أمكن الاستغناء عن دعوى الصلح كما هو الحال في التولية وأحداث اضافات أو تغيير أوجه الاستعمال متى تم تفادي المکتري ذلك قبل اللجوء إلى القضاء.



وأما أهم مقترح يفرزه هذا الموضوع، وقد شئنا أن نختم به ليبقى راسخا، وهو اشكالية الصلح الذي يبرمه المكري مع المكتري في كافة أسباب الانذار المشار إليها أعلاه، ومع ذلك تستغل فرصة عدم سلوك المكتري لدعوى الصلح ليطالبه المكري بالافراغ، فالمكري الذي يريد افراغ خصمه يرسل إليه انذارا مسببا ومذيل بالفصل 27 ثم بعد ذلك يشعره بأنه لا يرغب في مقاضاته بعد ذلك ويبرم معه صلحا شفويا ثم يباغته بدعوى الافراغ لعدم احترام مقتضيات الفصل 27، فإذا كان الصلح يقطع دابر النزاع، فإن فسح المجال أمام المكتري لاثباته بكافة وسائل الاثبات مادام الأمر يتعلق بواقعة مادية من شأنه أن يثبت قدم المكتري ويمنع عنه كل حيف وختاما فان ازدواجية مبدأي العدل والقانون التي توجت هام هذا القرار لن تضيرها ان تتسع لبقية الحالات المشابهة.

p. 171 → p. 175  
007573 - Ar

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007573 - تاريخ 18/10/09  
جنيبة Ar

# أهلية الوكيل

الأستاذ : عبد اللطيف تجاني

قاض بالمحكمة الابتدائية بالرباط

من المعلوم أن الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن يكون محلا للحق والالتزام، وهي تلازم الشخصية ولا ترتبط بالتمييز والإدراك، أما أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية التي تكسبه الحق وتحمله بالالتزام.

ومحل الوكالة هو القيام بتصرف من التصرفات القانونية إذ جاء في تعريف قانون الالتزامات والعقود للوكالة في الفصل 879 بأنه "عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه ..."

والأهلية المطلوبة لإجراء التصرفات القانونية - أي أهلية الأداء - لا تثبت للشخص إلا إذا بلغ سن الرشد وهي عشرين سنة شمسية كاملة<sup>(1)</sup>، فهل سار قانون الالتزامات والعقود على هذا المنوال واشترط الرشد القانوني في عقد الوكالة شأنه شأن سائر العقود الأخرى كالبيع والمعاوضة والصلح وغيرها أم أنه خرج عن هذه القاعدة في الوكالة ؟

بالرجوع إلى الفصل 880 منه نجد أنه اشترط أهلية الأداء في الموكل، إلا أنه لم يشترطها في الوكيل مكتفيا بوجوب توفره على التمييز<sup>(2)</sup> وقواه العقلية وهكذا جاء في الفصل المذكور، « يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن

(1) راجع الفصلين 137 و165 من مدونة الأحوال الشخصية.

(2) سن التمييز في القانون المغربي هو اثنتا عشرة سنة، راجع الفصل 138 من المدونة.



يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلها ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل حيث يكفي فيه أن يكون متمتعاً بالتمييز وبقواه العقلية ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه، فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة من نفسه».

وبالرغم من وضوح النص وصراحته فإن بعض قضاة التوثيق (3) لم يستسيغوا كون الوكيل قاصر ويرفضون تبعاً لذلك الخطاب علي رسم الوكالة كلما كان الوكيل دون سن الرشد.

ومما يلاحظ أن المشرع المغربي عند صياغته للفصل المذكور لم يكتف بالصياغة العامة كما هو مألوف في صياغة القواعد القانونية، بل تولى بنفسه تفسير القاعدة وتوضيحها إذ قال: «... ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه، فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه»، وكان يكفي أن ينص المشرع كما يلي: «يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلها، ويكفي في الوكيل تمتعه بالتمييز وبقواه العقلية» (4)، ولعل المشرع أراد بإطنابه أن يحصر كل نقاش فقهي وتضارب في أحكام القضاء حول أهلية الوكيل.

ومن التشريعات التي ذهبت إلى الصياغة العامة في هذه النقطة دون تفسير القانونان الفرنسي واللبناني، فقد نص الفصل 1990 من القانون المدني الفرنسي على أن «القاصر غير المرشد يمكن أن يكون وكيلاً» (5)، وجاء في تقنين الموجبات والعقود اللبناي «... ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل بل يكفي أن يكون من ذوي التمييز» (6)، بل إن القانون الفرنسي لم ينص حتى على شرط التمييز كما هو واضح من النص تاركاً تفسير ذلك للفقهاء والقضاء.

وهناك تشريعات لم تجد حاجة للنص على أهلية الوكيل اكتفاء منها بالقواعد

(3) وهذا ما حدا بنا إلى كتابة هذا المقال.

(4) لأن مهمة التفسير يتولاها الفقه والقضاء.

(5) ترجمة شخصية للنص الفرنسي.

(6) راجع الوسيط في شرح القانون المدني (المصري) الجزء 7 المجلد 1 ص 415 هامش رقم 1 للدكتور السنهوري طبعة 1964 دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

العامة في باب بالوكالة كالقانون المدني المصري، فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشتمل على نص في أهلية الوكيل، فكانت الفقرة الثانية من المادة 974 من هذا المشروع تنص على مايلي: « أما الوكيل فيكفي فيه أن يكون قادرا على التمييز، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (7).

وتكتفي مختلف التشريعات - ومنها التشريع المغربي - بالتمييز لأن أثر التصرف القانوني محل الوكالة لا ينصرف إلى الوكيل بل ينصرف إلى الموكل (8) أما الفقه الإسلامي فقد تضارب في شأن موضوع أهلية الوكيل (9)، فالبعض يرى أن الرشد لازم في الوكيل (10)، فلا يجوز لهذا الأخير أن يكون محجرا عليه لانه تضييع للمال (11)، بينما ذهب البعض الآخر إلى عدم اشراط الرشد في الوكيل، فقد جاء في المعيار (12): « وسئل أبو إبراهيم اسحاق بن إبراهيم عن امرأة وكلت ابنا لها سفيفا في نظر وصي لبيع نصيب لها في دار، فباع النصيب وقبض الثمن، فلما أرادت أمه قبض الثمن الذي باع به النصيب زعم أنه تلف منه وضاع فقامت الأم على الذي ابتاع النصيب فطلبت منه ثمن ما ابتاع وزعمت أنه لم

(7) المرجع السابق ص 414.

(8) المرجع السابق ص 415 وأصول القانون المدني الجزء الثاني العقود المسماة ص 367 للدكتور محي الدين اسماعيل علم الدين.

(9) وهذا هو السبب على ما نعتقد في اتجاه البعض كما أشرنا في الهامش رقم 3.

(10) الشيخ الكافي في كتابه أحكام الأحكام على تحفة الحكام ص 63 إذ قال: « ويشترط في الوكيل بلوغه ورشده » وما جاء في كتاب قواعد الفقه لؤلؤه الشريف محمد العربي العلوي العاهدي المدغري ص 44 من أنه « لا يصح أن يكون المحجور وكيلا ولا موكلا فالوكالة لا تكون إلا من رشيد لرشيد ». وما جاء في كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ص 215 دار القلم بيروت « أما الوكيل فكل من جاز له التصرف لنفسه في شئ جاز له أن ينوب فيه غيره ». وفي شرح ميارة على تحفة الحكام الجزء الأول ص 129 « فيشترط في الموكل (بالفتح) الرشد أيضا وفهم من ذلك أن المحجور لا يوكل غيره على حقوقه ولا يكون وكيلا لغيره ».

(11) وهذا قول للخصي وابن شاسي ومن تبعهما، راجع البهجة على التحفة في اللامام التسولي المجلد الأول ص 200.

(12) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب الجزء 9 ص 470 نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية 1981.



يدفع إلى وكيلها شيئا والوكيل مقر بقبض الثمن ويزعم أنه ضاع منه، فهل - رضي الله عنكم - ضياع الثمن من البائع أم من المبتاع ؟ فأجاب : هذه مسألة قد جاوبت فيها أنها إن كانت وكلته وهي عالمة بأنه محجور فقد لزمها بيعه بما باع عليها وعلى المشتري اثبات دفعه لثمن النصيب إلى هذا البائع، فإن أثبت ذلك بمن عاينه قبضه ورضيت أمانته في قبض ثمن البيع لأن من وكل على بيع شيء فهو موكل على قبض ثمن ما باع مالم يشترط عليه ألا يقبضه إلا أن تكون أمه الموكلة له محجورة أيضا فلا يلزمها من توكيلها له ولا من فعله شيء إن شاء الله".

وقد اشترط الفقهاء الذين أجازوا توكيل المميز شروطا ثلاثة :

أولا : أن يكون الموكل رشيدا.

ثانيا : أن يكون عالما بحجره.

ثالثا : أن يكون توكيله مخصوصا لا مفوضا (13).

ويعلق العلامة التسولي على الشروط الثلاثة بقوله : أما تقييد يكون الموكل رشيدا فظاهر لما مر أن المحجور لا يوكل على ما فيه معاوضة ولا يقبض حقوقه الواجبة له وإذا لم يقبضهما بنفسه فكذلك بوكيله وإلا بطلت فائدة الحجر، وأما التقييد بكونه عالما بحجره، فلا تظهر له ثمرة لأن تصرفه بالبيع والقبض ونحوهما لا يرد لدعوى الموكل عدم العلم بحجره ولا يوجب تضمين المحجور أو الغريم كما لا يخفى بل لو ثبت عدم علمه حين التوكيل لم يرد تصرفه لتعلق حق الدافع المشتري بذلك وإنما التفريط جاء من قبله حيث لم يثبت (14).

وبعد هذه الإشارة الموجزة لموقف الفقه الإسلامي من الموضوع، يحق لنا أن نتساءل فيما إذا كان هذا الخلاف يبرر الاتجاه الذي يذهب إلى ضرورة توفر الأهلية في الوكيل.

(13) راجع مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق الجزء الثاني ص 87 الطبعة الثانية سنة 1955 لمؤلفه ابي الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي والتدريب على تحرير الوثائق العدلية لنفس المؤلف الجزء الأول ص 238 والبهجة على شرح التحفة للتسولي المجلد 1 ص 201.

(14) البهجة على شرح التحفة الجزء الأول ص 202.

الواقع أنه بغض النظر عما إذا كان أمر الاتجاهين الفقهيين راجحا على الآخر، فإن إيراد المشرع المغربي لنص في قانون الالتزامات والعقود يجيز للمميز أن يكون وكيلا، يجعل كل نقاش عديم الجدوى وعقيم الفائدة إذ لا اجتهاد مع النص.

ورب قائل يقول إن المشرع عالج موضوع الأهلية في مدونة الأحوال الشخصية، وهذه المدونة اشترطت الأهلية في جميع التصرفات القانونية المالية ولم تورد أي استثناء، ومما يزيد هذا التساؤل حجية ما ورد في الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود من أن « الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، وكل شخص أهل للالتزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك »، إلا أننا نبادر إلى الرد على هذا التساؤل بأن الموضوع المناسب والمكان الملائم والطبيعي للأهلية هو قانون الأحوال الشخصية، لذلك فيعتبر هذا القانون هو الشريعة العامة بخصوص هذه النقطة، وما ورد بشأنها في قوانين أخرى يعتبر نصا خاصا ومعلوم أن القانون الخاص يقدم على القانون العام في حالة تعارضهما، ومن ثم فإن قانون الالتزامات والعقود هو الواجب التطبيق.

وقد أكدت محكمة الاستئناف بالقنيطرة هذا الاتجاه أي امكانية توكيل القاصر مستندة على الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود المشار إلى نصه أعلاه في قرارها الصادر عن غرفة المنشورة بتاريخ 91/12/25 في الملف المدني عدد 91/5<sup>(15)</sup>.

وخلاصة القول إن المشرع المغربي أجاز صراحة للمميز أن يكون وكيلا إذ جاء متفقا مع الرأي الراجح في الفقه المالكي وغير معارض مع مدونة الأحوال الشخصية.

وحرر بالرباط في 1993/10/24

---

(15) غير منشور، والحكم يتعلق بمناجعة تأديبية أحوالها الوكيل العام إلى المحكمة بناء على كتاب قاضي التوثيق بابتدائية وزان الموزخ في 1990/4/11 والذي أشار فيه إلى وجود مخالفات مهنية منها ان العدلين تلقيا عقد وكالة بتاريخ 89/9/17 رغم أن الوكالة قاصة.

198 p. → 176 p.

007594-A2

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007594  
تاريخ 17/10/07  
جريدة

# الجريمة وعلم الجريمة

الدكتور : وحيد حمزة هاشم

هل هناك فرق بين الجريمة وعلم الجريمة ؟ بالطبع نعم فالجريمة سلوك انساني شاذ يشذ عن قاعدة السلوك الانساني القويم. ويغلب على الاجرام طابع القوة والعنف والوحشية ويخالف بذلك طبيعة الانسان وفطرته السوية، ولذلك يعتبر مخالفة واضحة للقوانين وللأنظمة وللأعراف الإنسانية وللشريعة السماوية.

وترتكب الجريمة في حق الغير (الانسان الضحية) مما يجعلها تعديا واضحا على حياة الانسان أو ماله أو عرضه أو عندما يكون التعدي على حقوق الانسان وحرية، ولذلك تضع المجتمعات الانسانية منذ القدم وحتى اليوم مختلف أنواع العقوبات الجسدية (كالقصاص والسجن وغيرها) لمعاقبة المجرم على ما يقترفه من جرم تجاه الآخرين، ولتكون تلك العقوبة عبرة لمن اعتبر أو بمعنى آخر أن تستخدم كرادع أو كابح للآخرين.

أما علم الجريمة فيهتم بدراسة الجريمة ومسببات ودوافع الجريمة من جميع أبعادها الانسانية والنفسية والمادية والاقتصادية والاجتماعية والعلمية والتقنية ... ولايعترف هذا العلم بأن الجريمة وحل أغازها تعتمد فقط على الحظ والحدس الشخصي، وإنما يعتمد علم الجريمة على دقة الملاحظة وعمق الدراسة وتحليل الظواهر والأمور والأحداث المتعلقة بالجريمة وربطها مع بعضها البعض والتقصي الدقيق عن أبعادها وملابساتها للوصول إلى استنتاج منطقي ومقبول يكشف عن مرتكبها.

كما ويهدف علم الجريمة إلى دراسة الجريمة كظاهرة انسانية وكسلوك انساني

وكوسيلة لتحقيق غاية أم كغاية في حد ذاتها (الجريمة المنظمة والمحترفة) ... ولا يقف علم الجريمة عند هذا الحد وحسب وإنما يسعى بطرق منطقية وموضوعية منظمة إلى دراسة الوسائل والسبل والطرق العلمية لمكافحة الجريمة ولعلاجتها ومعرفة مسببات ودوافع ارتكاب الجريمة ولعلاجتها ومعرفة مسببات ودوافع ارتكاب الجريمة إلى جانب إيجاد الوسائل والطرق الرادعة التي تؤدي إلى التقليل من نسبة وقوع الجريمة ويهدف منع وقوع أو ارتكاب الجريمة إن أمكن.

وتعتبر السلوكيات الاجرامية (الجريمة) من أخطر الأمراض الاجتماعية التي تصيب المجتمعات الانسانية مهما اختلفت مستويات تطورها وتقدمها المادي والتقني ... بل انه وكلما تقدمت المجتمعات الانسانية وتعددت مستوياتها وطبقاتها، وتشابكت سلوكياتها وتداخلت مع المجتمعات الأخرى (وخصوصا العمالة الوافدة) وارتفعت نسبة الجريمة وتنوعت الى جانب ميلها لأن تصبح أكثر تنظيماً وتعقيداً.

والجريمة أنواع ومستويات، وتتدرج الجريمة من حيث مستوى القوة ونسبة العنف المستخدم فيها، ومن حيث نوعية السلوك والتفكير الانساني، وتختلف من حيث الدوافع والمسببات التي تؤدي إلى ارتكابها، ومن حيث التخطيط والتنظيم والتنفيذ، ومن حيث مستوى الذكاء لمرتكب الجريمة والوسائل التي يلجأ إليها لإخفاء معالم الجريمة.

وللجريمة مسببات ودوافع انسانية ومادية بل وعقائدية تلعب دورا كبيرا في ظهورها من عدمه، فعلى سبيل المثال فإن الدوافع النفسية للانسان مرتكب الجريمة عادة ما يكون لها مسببات اجتماعية واقتصادية، ولذلك تتداخل هذه العوامل مع بعضها البعض وتتفاعل لتؤدي إلى ارتكاب الجريمة.

وللجريمة خيوط عديدة تبدأ من مكان وقوع الجريمة مروراً بدوافع ارتكاب الجريمة وأدوات ارتكاب الجريمة وآثار الجريمة (كالبصمات والمخلفات) وبشهود العيان وتنتهي بفك غموض وطلاسم الجريمة ومعرفة مرتكب الجريمة ومن العمل على القبض عليه.



وتعتبر سياسات مكافحة الجريمة من أصعب السياسات التي يمكن تطبيقها في المجتمعات الانسانية وخصوصا تلك التي تتسم بالحضارة والمدنية والتقدم، إلا ان سياسات مكافحة الجريمة تهدف إلى التقليل من نسبة وقوع الجريمة وليس منعها أو القضاء عليها ... فمنع الجريمة من الأحلام التي تراود عقول رجال السياسة والأمن والقضاء، والقضاء على الجريمة لايمكن أن يتحقق في الحياة الدنيا، بل أنها لايمكن أن تصبح حقيقة طالما أن مرتكب الجريمة هو الانسان بسلوكياته وبمشاعره وأفكاره وتصوراته وقيمه وعاداته.

إلا أن وضع الخطط الاستراتيجية لمكافحة الجريمة وردعها وذلك باستخدام الامكانيات المادية والقدرات البشرية والأجهزة التقنية الحديثة المتقدمة بطرق علمية موضوعية صحيحة ومزجها بمعادلات ادارية وتقنية صحيحة عادة ما ما تلعب دورا كبيرا في ردع الجريمة والتخفيف بشكل ملموس من نسبة ارتكابها. وبالطبع فإن وجود قوات أمن واعية ومدربة مثقفة ومتعلمة، متمرسه وذات خبرة، إلى جانب وجود قوانين وأنظمة رادعة وعقوبات شديدة ستعمل على المدى الطويل بمشيئة الله على القضاء نسبيا على الجريمة ومسبباتها ودوافعها.

ولكن الخوف والخطر هو ان تتحول الجريمة النمطية إلى جريمة منظمة ومعقدة، ويستخدم المجرمون فيها التقنية العلمية والتخطيط المنظم ... هذا النوع من الجريمة يتحول بسرعة وبفاعلية (وخصوصا فيما لو تدخلت فيها العوامل السياسية) إلى مايسمى بسلوكيات الارهاب والعنف السياسي ... عندها يتوجب استخدام وتطبيق استراتيجيات مكافحة الارهاب.

عن جريدة عكاظ السعودية.