

المملكة المغربية  
وزارة العدل  
المعهد الوطني للدراسات القضائية

# مجلة الملاحق القضائي

العدد 30

أكتوبر 1995

- طرق اثبات الالتزام
- المسطرة المنظمة لمهام الخبير
- الخبرة القضائية والحجية القانونية
- نظرية العقد في الشريعة والقانون
- عقد الايجار في شريعة الاسلام
- الردة والزندقة بين الفقه والتشريع
- آثار التقييد الاحتياطي على طلب الشفعة في عقار محفظ
- القضاء الفرنسي والجالية المغربية
- اشكالية التعويض عن سرقة مال خارج عن دائرة التعامل
- قراءة في كتاب نظام الخبرة في القانون المغربي

p. 15 → p. 38  
007586 - A1

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم - 007586 تاريخ 15/10/07  
جذبة Ar

## طرق اثبات الالتزام

رشيد العراقي

مستشار بالمجلس الأعلى

إن موضوع طرق الالتزام يعتبر في طليعة الوقائع التي اشتمل عليها القانون المدني، وقد كان بوجدنا ان نتناول الكلام فيه مقسما على عدة عروض، وذلك ليتسنى لنا ان نفصل بحثنا فيه، وان نذكر باسهاب جميع آراء رجال الفقه، وما ذهبت اليه مختلف التشريعات من اتجاهات ومذاهب حوله، ولكننا محافظة على وحدة الموضوع فضلنا ان نتناول الكلام عليه في عرض واحد، محاولين ان لا نغفل ذكر ما هو ضروري ومهم بالنسبة لهذا الموضوع.

وتكتسي دلائل الاثبات أهمية كبيرة في القضاء، لانها هي الوسيلة الوحيدة للوصول الى الحق، وابعاد الناس عن الادعاءات الباطلة، وهذه حقيقة يواجهها القضاء وواقع لا مفر منه، رغم انها في بعض الأحيان قد تؤدي الى اهدار حق من يدعى بشيء لا يتمكن من اثباته على الرغم من ان ادعاءه صحيح، اذ العبرة للأمور الثابتة، ولان القاضي يحكم بالظاهر، وبما لديه من حجج، والله يتولى السرائر.

لقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم خير معبر عن هذه الحقيقة في الحديث الشريف « انكم لتختصمون الي، ولعل بعضكم احق بحجته عن بعض فمن قضيت له بحق اخيه شيئا بقوله، فانما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها ».

وأثبات امر معناه تقديم الحجة عليه، إذ الدعوى هي ادعاء امام القاضي موجه الى المدعي عليه، فاما ان يقر بما هو مدعى به عليه، وحينئذ لا يكلف المدعى باثبات دعواه، ويحكم على المدعى باثبات دعواه، على ان الاثبات ليس عبئا واجبا على المدعى وحده، فقد يجب على المدعى عليه كما اذا اثبت المدعى دعواه بعد انكار المدعى عليه، فانه لا بد من ان يثبت المدعى عليه ما ينقص دعوى المدعى والاحكم عليه.

وقد عالج القانون المدني طرق الاثبات ووسائله بكثير من الدقة والتفصيل، وحصرها في خمسة دلائل، ورتبها قانون الالتزامات والعقود كما يلي :

الاقرار - الكتابة - البينة - القرينة - اليمين.

ولسنا ندرى هل قصد المشرع المغربي ان يجعل الاقرار في المرتبة الاولى من طرق الاثبات ويعطيه قوة تفوق قوة الدلائل الاخرى معتمدا على قاعدة « اقرار المرء اقوى من قيام الحجة عليه » مخالفا في ذلك اغلبية القوانين التي تجعله في المرتبة الثالثة بعد الكتابة والبينة، ام ان المشرع المغربي لم يقصد ذلك، وانما ابتداء به كطريق عادي من طرق الاثبات، ومن غير أن يقصد ترتيبها حسب قوة كل واحد منها.

وعلى أي حال فسنسلك في عرضنا هذا الترتيب الذي سلكه قانون العقود والالتزامات. وسنوضح بايجاز هذه الطرق ونقتصر في ذلك على ذكر المبادئ العامة، وعلى الفصول القانونية التي تنطبق عليها، دون التعرض للمسائل التفصيلية التي سنعود اليها في سلسلة عروض ننوي ان نقوم بها ان شاء الله اذا ما سمحت لنا الظروف بذلك.

## الباب الاول : الإقرار

الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا او التزاما على قائله سواء قصد المقر ترتيب هذا الحق في ذمته او لم يقصد ذلك، وعليه فان شهادة الشاهد على المدين بوجود الدين في ذمته لا يعتبر اقرارا لان الشاهد انما يقر بوجود الحق لا في ذمته هو بل في ذمة غيره.

وإذا كان يغلب في الإقرار ان يقصد المقر ان يؤخذ بإقراره وأن يترتب في ذمته نتائج القانونية، الا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار، فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون ان يقصد او يعرف النتائج القانونية التي تترتب على إقراره، بل ان نية الإقرار ذاتها لا تشترط، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفا بها، وهو في صدد الدفاع عن حقه او في صدد استجواب المحكمة او الخصم له، دون ان يشعر انه ادلى بأي إقرار، اذ المهم ان يكون الإقرار قد صدر عن طوعية واختيار لا عن اكراه، وقد نص الفصل 409 من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي :

« يلزم في الإقرار ان يصدر عن اختيار وادراك، هذا وان الاسباب التي تعد عيبا في الرضى تعد عيبا في الإقرار» ويعتبر الإقرار من جهة ذا قوة مطلقة، حيث إنه يصلح للاعفاء من اثبات اية واقعة مادية او اي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته فهو من هذه الناحية كالكتابة.

ومن جهة اخرى يعتبر الإقرار ذا قوة محدودة ، ذلك ان الاعفاء من الفقهاء الذين قدموا طرق الاثبات مقصور على الخصمين، ومن ثم تكون حجيته قاصرة، ولعل بعض الفقهاء الذين قدموا طرق الاثبات الاخرى على الإقرار نظروا اليه من هذه الوجهة الاخيرة.

أما التشريع الاسلامي، فقد اتجه الى ان أقوى الحجج لاثبات دعوى المدعى، اقرار المدعى عليه، اي اعترافه بالأمر المدعى به حتى اجمع الفقهاء على ان اقرار المرء اقوى من تمام الحجة عليه.

وللاقرار صورتان : قضائي، وغير قضائي.

### الفصل الاول :

#### الاقرار القضائي

ينص الفصل 405 من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي : « الاقرار قضائي أو غير قضائي : فالاقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به امام المحكمة الخصم او نائبه المأذون له بذلك اذنا خاصا.

والاقرار الحاصل امام قاض غير مختص، او الصادر في دعوى اخرى، يكون له نفس اثر الاقرار القضائي».

فالاقرار القضائي اذن هو الذي يحصل من طرف الخصم او نائبه القانوني، امام قاض مختص وفي واقعة جارية امام المحكمة، ويتبين من هذا ان الاقرار القضائي يجب لكي يكون كذلك ان تتوفر فيه الارقان الثلاثة المذكورة والتي سنفصل الكلام عليها فيما يلي :

#### الركن الاول :

اعتراف من طرف الخصم او نائبه القانوني : الاقرار هو اعتراف الخصم وذلك بتقريره لواقعة معينة على أنها وقعت، ولا حاجة في قيامه على قبول من الخصم الذي صدر الاقرار لصالحه، ومن هنا لا يجوز للمقر ان يرجع في اقراره بدعوى ان الذي وقع الاقرار لصالحه لم يظهر قبوله بعد، لان الاقرار انما ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد، فلا يحتاج الى قبول الخصم، وانما يجب ان يكون المقر اهلا للالتزام بالواقعة، وان لا تكون ارادته مشوبة باحدى عيوب الارادة : الغلط والتدليس والاكراه.

ثم ان الاقرار كما يقوم به الخصم نفسه يقوم به نائبه المصرح له بذلك تصريحاً خاصاً، فلا بد اذن من وكالة خاصة على الاقرار، ولذلك فلا يصح الاقرار من وكيل عام.

### الركن الثاني :

امام المحكمة المختصة : ولكي يكون الاقرار قضائياً يجب ان يقع امام المحكمة، وهذا هو الفرق بين الاقرار القضائي وغير القضائي، كما يجب ان تكون هذه المحكمة مختصة للنظر في الدعوى، اما إذا كانت غير مختصة، فانه لا يكون اقراراً قضائياً، ولكن يكون له اثر الاقرار القضائي.

### الركن الثالث :

في واقعة جارية امام المحكمة : واخيراً يجب ان يكون الاقرار بمناسبة واقعة جارية امام المحكمة، اما الاقرار الصادر في واقعة اخرى، فلا يعتبر اقراراً قضائياً، ولكن يكون له أثر الاقرار القضائي كذلك.

### الفرع الاول :

## حجية الاقرار القضائي

ينص الفصل (410) من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي :

« الاقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير الا في الاحوال التي يصرح بها القانون ».

ومعنى هذا انه متى توافرت في الاقرار الاركان الثلاثة المتقدمة أصبح اقراراً قضائياً وكان حجة قاطعة على صاحبه، فتصبح الواقعة التي اقربها الخصم، في غير حاجة الى الاثبات، وليس ذلك بالنسبة له فقط، ولكن يسرى مفعوله على ورثته، واذن فلا يجوز الرجوع فيه حتى ولو لم يكن الخصم الاخر عالماً به، وهذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من الفصل 414 من ظهير الالتزامات

والعقود التي جاء فيها « لا يسوغ الرجوع في الاقرار ولو كان الخصم الاخر لم يعلم به ».

ولكن هذا لا يمنع من ان يطعن فيه بأنه صوري، او أنه مشوب باحدى عيوب الارادة او بعدم توفر الاهلية، فاذا أمكن اثبات ذلك قانونيا بطل الاقرار، وحينئذ لا يعتبر ذلك رجوعا فيه، ولكن الغاء لاقرار باطل.

### الفرع الثاني :

#### عدم تجزئة الاقرار

ينص الفصل 414 من ظهير الالتزامات والعقود في فقرته الاولى على ما يلي :

« لا يجوز تجزئة الاقرار ضد صاحبه اذا كان هذا الاقرار هو الحجة الوحيدة عليه»، بمعنى انه لا يؤخذ من كلام المقر ما هو ضار به، ويترك ما هو في صالحه، ويتبين من هذا ان كل أجزاء الاقرار القضائي لها قوة متساوية في الاثبات، فلا يجوز للخصم الذي يقبل اقرار خصمه دليلا على صحة مزاعمه ان يتمسك بما هو مؤيد لتلك المزاعم، وينازع في الاجزاء الاخرى التي تدحضها، ولكنه كما جاء في الفصل المذكور لا يجوز تجزئة الاقرار القضائي الا عندما يكون هو الدليل الوحيد الذي يتمسك به الخصم في اثبات ما يدعيه، اما اذا كانت الدعوى تعتمد على مستندات اخرى تكفي لاثبات الامر المتنازع فيه فانه لا يؤخذ بهذه القاعدة.

كذا لا يؤخذ بهذه القاعدة فيما اذا انصب الاقرار على وقائع منفصلة بعضها عن البعض الاخر او اذا اثبت كذب جزء من الاقرار، وقد نص الفصل 414 المذكور على ما يلي :

« وتمكن تجزئته :

- 1 - اذا كانت احدى الوقائع ثابتة بحجة اخرى غير الاقرار.
  - 2 - اذا انصب الاقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض.
  - 3 - اذا ثبت كذب جزء من الاقرار.
- ولبيان كيفية تطبيق قاعدة عدم تجزئة الاقرار القضائي يجب ان نفرق بين انواع ثلاثة من الاقرار :
- الاقرار البسيط الشامل.
- الاقرار الموصوف.
- الاقرار المركب.
- اولا : الاقرار البسيط :**

الاقرار البسيط هو الذي يقتصر على الاعتراف بالمسألة المدعى بها بدون تحوير فيه او اضافة ويكون بتصديق المدعى عليه في جميع ما ادعاه. وعدم التجزئة هنا واضحة، ذلك ان الخصم سلم بجميع ما ادعاه خصمه، فلا محل اذن للبحث في تجزئة الاقرار او عدم تجزئته.

#### **ثانيا : الاقرار الموصوف :**

الاقرار الموصوف هو الذي يقر فيه الخصم ببعض ما ادعاه الخصم الاخر او يضيف الى اقراره تعديلا يغير من طبيعة هذا الادعاء، مثال ذلك ان يدعى شخص على اخر بأنه اقترضه الف درهم لاجل ينتهي الى سنتين وقد مر هذا الاجل واستحق الاداء، فيعترف المدعى عليه بالقرض ولكن لاجل ينتهي الى ثلاث سنوات لا الى سنتين، وبذلك فان الدين غير حال الاداء، فالاقرار هنا ليس اقرارا بسيطا بل هو اقرار موصوف لان المدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذي ذكره المدعى بل أقربه على انه غير حال.

وحكم الاقرار الموصوف انه لا يتجزأ على صاحبه، فاما ان يأخذ اقرار



المدعى عليه كاملا واما ان يدعه كاملا ، ويلجأ الى طريق اخرى من طرق الاثبات.

### ثالثا : الاقرار المركب :

اما الاقرار المركب فيكون عندما يقر الخصم بصحة الواقعة المدعى بها اقرارا شاملا، ولكنه يردفها بواقعة اخرى مستقلة عنها تصلح ان تكون دفعا في مصلحته مثاله : أن يقول المدعى في دعواه انه اقترض المدعى عليه ألف درهم، فيقرر المدعى عليه بأنه اقترض الالف درهم ولكنه وفاها او وفى جزءا منها، فالاقرار هنا يكون مركبا، وحكمه انه لا يتجزء على صاحبه، فاذا قبل الدائن الاقرار كله برئت ذمة المدين من الدين او من جزء منه، واذا لم يقبل الدائن الاقرار كله اعتبر الاقرار كأن لم يكن، وكان على الدائن ان يثبت الدين، وعلى المدين ان يثبت الوفاء.

اما موقف الفقه الاسلامي من هذه القاعدة فهو العكس، وعلى الاخص في المذهبين الحنفى والمالكي اللذين يقولان بالتجزئة، وعليه فيؤخذ ببعض ما أقره المدعى عليه لصالح المدعى، وي طرح البعض الآخر، فيلزم على المقر اثبات ما زاده في اقراره، ففي مثالنا السابق لزمه الدين باقراره واعتبر مدعيا بالايفاء، ووجب عليه حينئذ اثبات ادعائه الوفاء.

ورأى ان هذا هو الاصول، اذ المدعى عليه عندما اعترف بالدين، فقد اقر بوجود التزام في ذمته، وعندما صرح بأنه وفاه، فقد اصبح مدعيا فعليه ان يثبت ما ادعاه، وهو الوفاء، وذلك عملا بقاعدة جوهرية «البينة على المدعى» على ان هذه القاعدة، قاعدة التجزئة، ما تزال محل خلاف في الفقه الفرنسي ذاته، اذا اغلبية الفقهاء الفرنسيين يوردون صورا عديدة لتجزئة الاقرار، وصورا اخرى لعدم تجزئته.

## الفصل الثاني :

## الاقرار غير القضائي

والاقرار غير القضائي هو الذي يحصل بعيدا عن مجلس القضاء، مهما كانت الظروف التي يحصل فيها، وقد جاء في الفقرة الاولى من الفصل 407 من ظهير الالتزامات ما يلي : « الاقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم امام القاضي ويمكن ان ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه ».

والاقرار غير القضائي، اما ان يكون شفويا او كتابيا، فان كان شفويا وانكر من نسب اليه وجب على من يحتج به ان يثبت اولا صدوره من خصمه ويخضع في ذلك للقواعد العامة في الاثبات، الا ان ظهير الالتزامات والعقود استثنى من ذلك صورة واحدة لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود، وذلك اذا تعلق الاقرار بالالتزام يتطلب القانون فيه الكتابة لاثباته، وهذا ما نص عليه الفصل 413 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء فيه « لا يجوز اثبات الاقرار غير القضائي بشهادة الشهود اذا تعلق بالالتزام بوجوب القانون اثباته بالكتابة ».

اما اذا كان الاقرار غير القضائي مكتوبا، فتكون له قوة الحجة الكتابية حسب ما إذا كان واردا في ورقة رسمية او ورقة عرفية، حسب التفصيل الذي سنورده في الدليل الكتابي التالي.

## الباب الثاني :

## الدليل الكتابي

والدليل الكتابي هو ما يستفاد من ورقة محررة لاثبات عمل قانوني او واقعة مادية تنشأ عنها حقوق والتزامات.

وتعتبر الكتابة في عصرنا الحاضر من أهم طرق الاثبات وأقواها، ذلك انها يجوز ان تكون طريقا لاثبات جميع الوقائع والتصرفات القانونية.

ولم تكن لها هذه القوة في القديم، بل كانت الشهادة تحتل المقام الاول في الاثبات في وقت كانت فيه الامية غالبية، والكتابة غير منتشرة او معدومة ومن هنا كانت طريقة الاثبات الرئيسية عند فقهاء الاسلام الاقرار والبينة واليمين.

### أنواع الأوراق المحررة :

والاوراق المحررة التي تتضمن الدليل الكتابي نوعان : أوراق رسمية، وأوراق عرفية.

### الفصل الاول :

#### الأوراق الرسمية :

فالاوراق الرسمية هي التي يقوم بتحريرها موظف عمومي من سلطة عمومية، كالقرارات الادارية والقوانين والمعاهدات، او الأوراق القضائية التي تحرر بمناسبة الدعاوى المقدمة للقضاء، او المحاضر التي تجري فيها.

وقد نصت الفقرة الاولى من الفصل 418 من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي : « الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون ».

ومن هنا يتبين لنا ان الورقة الرسمية لكي تكون كذلك، يجب ان تتوفر فيها ثلاثة شروط :

**اولا :** ان تكون صادرة من موظف عمومي، او شخص مكلف بخدمة عمومية، والموظف العمومي هنا شخص معين من طرف الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء أجرته على ذلك او لا.

**ثانيا :** ان يكون تحرير هذه الورقة داخلا في وظيفة ذلك الشخص سواء

من حيث الموضوع او من حيث المكان، فلا يكفي لصحة الورقة الرسمية ان يقوم بتحريرها موظف عمومي، بل يجب ان يكون هذا الموظف مختصا بكتابتها من حيث الموضوع والمكان.

**ثالثا :** ان تكون الورقة مشتملة على جميع البيانات والأوضاع التي اوجب القانون توفرها فيها.

### الفرع الاول :

#### الجزء الذي يترتب على الاخلال بشرط من هذه الشروط :

فاذا توفرت هذه الشروط في الورقة، فانها تصبح حجة بما تضمنته من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، او وقعت من ذوى الشأن بمحضره، ما لم يطعن فيها بالتزوير، وهذا ما نص عليه الفصل 419 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء في فقرته الاولى ما يلي : «الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك الى ان يطعن فيه بالتزوير».

اما إذا اختل شرط من هذه الشروط، فان الورقة الرسمية تكون باطلة، كما اذا قام بتوثيق الورقة الرسمية شخص ليس موظفا عاما، او كان موظفا عاما ولكنه عند توثيق الورقة كان قد عزل على انه لا يستدعى بطلان الورقة حتما بطلان التصرف القانوني، بل يبقى هذا التصرف قائما وان كان اثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم، اذ قد يصح اثباته عن طريق اخر غير الكتابة، بل قد يصح اثباته بالورقة الرسمية الباطلة ذاتها اذا صحت كورقة عرفية، وكان قد وقع عليها من الاشخاص الذين يلزم رضاهم لصحة العقد، وهذا تضمنه الفصل 423 من ظهير الالتزامات والعقود الذي نص على ما يلي :

«الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية بسبب عدم اختصاص، او عدم اهلية الموظف او بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا اذا كان موقعا عليها من الاطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة ...»

## الفصل الثاني :

## الاوراق العرفية :

اما الاوراق العرفية فهي التي يقوم بتحريرها من لهم مصلحة فيها بغير تدخل موظف عمومي، وهي نوعان :

اوراق معدة للاثبات، وأوراق غير معدة للاثبات.

**اولا :** اوراق معدة للاثبات :

هي الاوراق المعدة لاثبات التصرفات القانونية من بيع او ايجار او شركة او هبة او وكالة او نحوها، وتستمد قوتها الكاملة من توقيع من تشهد عليه بما هو وارد فيها. والتوقيع يكون بالامضاء او ببصمة الأصبع او بالختام، وهذا هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية.

على انه للأوراق العرفية التي تكون مكتوبة من تشهد عليه دون توقيعه عليها قوة محدودة في الاثبات اذ تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبيننة والقرائن.

اما الاوراق العرفية التي تكون مكتوبة بخط شخص آخر غير من تشهد عليه، فلا تكون لها قوة الاثبات الا اذا كانت موقعة من طرف من تشهد عليه بأسفل الورقة، وقد جاء في الفصل 426 من ظهير الالتزامات والعقود ما يلي : « يسوغ ان تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط ان تكون موقعة منه.

ويلزم ان يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وان يرد في أسفل الورقة، ولا يقوم الطابع، او الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه».

**ثانيا :** أوراق غير معدة للاثبات :

وتوجد اوراق غير معدة للاثبات ولكن القانون يجعل لها حجية معينة

في الاثبات، وذلك كدفاتر التجار، والدفاتر والأوراق المنزلية، والرسائل (الفصل 433 وما بعده من ظ.ت.ع.) وكذا البرقيات (الفصل 428 وما بعده من ظ.ت.ع. وأكثر هذه الاوراق لا تكون موقعة من هي حجة عليه والقانون لا يشترط فيها ان يكون موقعا عليها.

### الفصل الثالث :

#### حجية الورقة العرفية

تختلف الاوراق العرفية عن الرسمية في قوتها في الإثبات فهي لا تدل وحدها على صحة صدورها من هي منسوبة اليه مالم يقر بها، او تثبت صحتها بعد الانكار، واذا انكرت وجب على المتمسك بها ان يثبت صحتها، وليس المنكر ملزما بأن يطعن فيها بالتزوير او يقيم الدليل على ذلك، وقد نص الفصل 431 من ظ.ت.ع. في الفقرة الاولى على ما يلي : « يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه ان ينكر صراحة خطه او توقيعه فان لم يفعل اعتبرت الورقة معترفا بها ».

فمادامت الورقة العرفية لم يحصل الاقرار بصحتها ولم تثبت حقيقتها باتباع الاجراءات اللازمة لذلك فهي عارية من كل قيمة في الاثبات.

### الباب الثالث :

#### البينة او شهادة الشهود :

البينة في اللغة مؤنث البين، او الواضح الظاهر، واصطلاحا الحجة القوية لانها تبين الحق وتظهره وهي بهذا المدلول الأخير لها معنيان :

- 1) معنى عام، وهو الحجة والدليل كيفما كان، كتابة او شهادة او قرائن، وبهذا المعنى القاعدة الفقهية « البينة على المدعى واليمين على من انكر ».
- 2) معنى خاص، وهو شهادة الشهود، والشهود هم الأشخاص الذين يؤيدون صحة الحادث او العمل القانون المدعى به باعتبار انهم على علم بوقوعه.

وقد كانت الشهادة في الماضي في مقدمة ادلة الاثبات وأقواها نظراً للجهل الذي كان متفشياً، ولعدم انتشار الكتابة والقراءة، وبعد شيوع الكتابة وخروج الناس من الامية، بالاضافة الى خوف الناس من نسيان الشهود، او كتمهم للشهادة، أو الكذب بداعي الاغراء او التعصب لفريق دون آخر، نزلت الى مرتبة ادنى.

ولذا نرى ان القوانين المدنية وفي طبيعتها ظهير الالتزامات والعقود شددت في قبول البيينة لاثبات التصرفات القانونية، الا في حالات استثنائية، وقد نص الفصل 443 من ظ.ت.ع. في ففرته الاولى علي ما يلي : «الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التي يكون من شأنها ان تنشئ او تنقل او تعدل الالتزامات او الحقوق، والتي تتجاوز قيمتها 250 درهما لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود، ويلزم ان تحرر بها حجة امام الموثقين او حجة عرفية».

### الفصل الاول :

#### انواع الشهادة :

الشهادة ثلاثة انواع : مباشرة ، وسماعية وبالتسامع.

#### اولا - الشهادة المباشرة :

وهي الصورة الغالبة للشهادة، وذلك بأن يدلى الشاهد بما وقع تحت بصره او بما سمع ورأى وهو هنا يعتمد في شهادته الشخصية للواقعة على ما رأى او سمع وتكون الشهادة عادة شفوية يدلى بها الشاهد الى مجلس القضاء ولمن لا قدرة له على الكلام ان يؤدي الشهادة اذا أمكن بأن يبين مراده بالكتابة او الاشارة.

#### ثانيا - الشهادة السماعية :

وهي شهادة الشاهد بما سمع نقلا عن غيره الذي رآها بعينه او سمعها بأذنه، وهي اقل قيمة من الشهادة المباشرة من حيث اقتناع القاضي بها.



### ثالثا - الشهادة بالتسامع :

وهي الشهادة بما هو شائع بين الناس، فصاحبها لا يروى عن شخص معين، ولا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما تتسامعه الناس وتتفاقمه عن هذه الواقعة، ولذلك فهي غير قابلة للتحري.

وحكمها في القانون المصرى والفرنسى انها غير مقبولة، الا فيما نص عليه القانون.

وفي الفقه الاسلامي لا تقبل الشهادة بالتسامع الا في مسائل معينة، منها الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح، وذلك محافظة على كيان المجتمع.

أما قانون العقود والالتزامات المغربي، فانه لم يعرف الشهادة، ولم يبين انواعها، وانما ذكر احكاما عامة فيها.

### سلطة القاضي في تقدير الشهادة :

اذا كان الاثبات بالبينة مسموحا به، وقدر القاضي ان الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالحق المدعى به، ومنتجة في الاثبات، وسمع الشهود في هذه الوقائع، فتبنى له بعد ذلك سلطة واسعة في تقدير قيمة الشهادة، وفيما اذا كانت كافية في اثبات هذه الوقائع ام لا، وهو ايضا لا يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم، فقد يقتنع بشهادة شاهد واحد ولا يقتنع بشهادة شاهدين او اكثر، وقد يصدق المرأة، ولا يصدق الرجل، وقد تكون شهادة صبي ابلغ في اقناعه من شهادة رجل كبير «الوسيط»، صفحة 322، ج 2».

### قوة البينة في الاثبات :

ينص الفصل 443 الذي ذكرناه سابقا، على ان التصرفات القانونية لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود اذا زادت قيمتها على 250 درهما، فلبينة اذن قوة محدودة في اثبات التصرفات القانونية المدنية، ولكنها من جهة اخرى تكون



لها قوة مطلقة في الاثبات في الوقائع القانونية (كالعمل غير المشروع، والبناء والغراس في الاثراء على حساب الغير). وفي التصرفات القانونية التجارية.

- اما في التشريع الاسلامي فقد ذكر الفقهاء للشهادة ست مراتب :

1 - شهادة أربعة رجال، وذلك في الشهادة على الرؤية في الزنا.

2 - شهادة رجلين وذلك فيما عدا الزنا.

3 - شهادة رجل وامرأة مع يمين، وذلك في المال او الآيل الى المال، كبيع واجل وشفعة واجارة وايباء او توكيل في المال ونكاح بعد الوفاة للارث والصداق.

4 - شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة.

5 - شهادة امرأتين مع يمين في الأمور خاصة.

6 - شهادة رجل مع يمين وذلك في الاموال خاصة كذلك.

كما أحاط التشريع الاسلامي بمن تقبل شهادته، ويترتب عليها الحكم بشروط متى تحققت امكن القاضي ان يحكم بموجبها.

### الباب الرابع :

#### القرائن

#### تعريف القرائن :

عرف الفصل 449 من قانون العقود والالتزامات القرائن بوجه عام بما يلي : «القرائن دلائل يستخلص منها القانون او القاضي وجود وقائع مجهولة» فهي اذن وقائع غير مباشرة، وذلك لان الاثبات لا يقع فيها على الواقعة مصدر الحق ذاتها بل يقع على واقعة اخرى اذا ثبتت امكن ان يستخلص منها الواقعة المراد اثباتها، مثال ذلك ان يدعى المدين وجود سند الدين في يده، فهذه قرينة

على الوفاء ويتبين لنا من هذا انه توجد واقعة معلومة وهي وجود سند الدين في يد المدين اذا ثبت، ويستدل القاضي من هذه الواقعة على وجود واقعة الوفاء التي هي مجهولة.

- والقرائن كما يستفاد من نص الفصل 449 السابق نوعان :

(1) قرائن قانونية

(2) وقرائن قضائية

الفصل الأول :

القرائن القانونية :

نص الفصل 450 من ظ.ت.ع. على مايلي : « القرينة هي تلك التي يربطها القانون بأفعال او وقائع معينة كما يلي :

(1) التصرفات التي يقتضى القانون ببطلانها بالنظر الى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لاحكامه.

(2) الحالات التي ينص عليها القانون فيها على ان الالتزام او التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم.

(3) الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضى.

فمن هنا يظهر ان ركن القرينة واساسها هو نص القانون، فالتصرفات التي يقضى القانون ببطلانها بافتراض انها وقعت مخالفة لاحكامه، تكون باطلة والقانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد ابطالها باطلة بقيام القرينة.

كذلك الحالات التي ينص عليها القانون بأن حق الملكية او ابراء الذمة ناتج عن بعض ظروف معينة كالتقادم، وكرد سند الدين من الدائن الى المدين (الفصل 341) من ظ.ت.ع. الفقرة الاخيرة.

واخيرا القوة التي يمنحها القانون للامر المقضى به اذ يفترض ان الحكم صحيح فيما فصل فيه فلا يجوز الرجوع الى فتح باب المناقشة فيه إلا عن طريق من طرق الطعن المعروفة، متى توفرت لذلك شروطه.

### الفرع الاول :

#### حجية القرينة القانونية في الاثبات :

ان القرينة القانونية تعفى من تقوم لصالحه من اية حجة، فهي كالاقرار واليمين كما انها لا يمكن ان تعارض، او تقبل اي دليل آخر لاعدامها، وهذا ما يقضى به الفصل 453 ظ.ت.ع. الذي جاء فيه ما يلي : «القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته من كل اثبات».

ولا يقبل اي اثبات يخالف القرينة القانونية.

### الفصل الثاني :

#### القرائن القضائية :

اما القرائن القضائية، فهي التي عبر عنها قانون الالتزامات والعقود بالقرائن التي لم يقرها القانون، وقد أناط المشرع للقاضي سلطة تقديرها، فجاء في الفقرة الاولى من الفصل 454 من ظ.ت.ع ما يلي : «القرائن التي لم يقرها القانون موكولة لحكمة القاضي» فقد يستخلص القاضي الحجة من قرائن يأخذها من ظروف الدعوى بعد ان يقتنع بأن لها دلالة معينة، ووسيلته الى ذلك ان يختار بعض الوقائع الثابتة امامه في الدعوى، وهذه الوقائع اما ان تكون موضع مناقشة بين الاطراف واما ان تؤخذ من ملف الدعوى، وربما تكون في اوراق خارج الدعوى، كتحقيق اداري، وعليه ان يستخلص من هذه الواقعة الثابتة الحجة على الواقعة التي يراد اثباتها فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة.



## الفرع الاول :

### حجية القرينة القضائية في الاثبات :

وبما ان هذه القرائن متروكة الى سلطة القاضي والى ذكائه وفطنته، فانه لا يجوز الاثبات بالبينة فهي متساوية معها في المرتبة، كما يجب ان تكون قوية وصریحة، واخيرا فان القرينة القضائية غير ملزمة وغير قاطعة لاثبات العكس باي دليل آخر من دلائل الاثبات، وهذا ما يقضى به الفصل 454 من ظ.ت.ع في فقرته الثانية التي جاء فيها « وليس للقاضي ان يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس، او القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها، واثبات العكس سائغ ويمكن حصوله بكافة الطرق ».

### الباب الخامس :

#### اليمين :

نص الفصل 460 من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي : « الاحكام المتعلقة باليمين مقررة في المرسوم الملكي الصادر بشأن المسطرة المدنية ».

يظهر من هذا الفصل ان التقنين المدني المغربي لم يتكلم على الدليل الخامس من دلائل الاثبات بالرغم من أن الفصل 404 من ظهير الالتزامات والعقود كما سبق لنا عرضه في المقدمة ذكر « اليمين والنكول » كوسيلة من وسائل الاثبات، غير أنه لم يذكر الاحكام والتقسيمات المتعلقة بها، سواء منها ما تضمنته كتب الفقه الاسلامي وآراء رجاله او ما احتوت عليه المبادئ العامة في القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني السوري.

على ان ظهير المسطرة المدنية الذي يحيل عليه الفصل 460 من ظ.ت.ع. بشأن اليمين هو نفسه لم يعط لليمين اية أهمية، بل أشار لها بصفة عابرة في الفصلين 385 و386 وذلك في كيفية أدائها وفي صيغتها.

ولكن نظرا للأهمية التي تناول بها الفقه الاسلامي والمبادئ العامة للقانون المدني وبعض القوانين المدنية الأخرى الكلام على اليمين، فاننا رأينا ان نتطرق بايجاز الى أنواعها وما يترتب عليها.

### الفصل الاول :

تعريفها : هي استشهاد الله عز وجل من طرف الحالف على صدق ما يقوله، فلا بد فيها من استشهاد الله بأن يقول الحالف أقسم او احلف بالله، على انه يجوز لمن كانت له اوضاع مقررة في دينه ان يطلب تأدية اليمين وفقا لهذه الأوضاع، وقد نص الفصل 386 من ظ.م.م في فقرته الاولى على ما يلي: «يؤدى الخصم اليمين سواء في الجلسة أو أمام القاضي المنتدب بالعبارة الآتية : أحلف على ذلك ... الخ».

ثم ان المقصود باليمين هنا اليمين التي يوجهها احد الخصوم للآخر او التي توجهها المحكمة لاحد الخصوم من تلقاء نفسها، والتي يتوقف عليها الفصل في النزاع القائم، ويلجأ الخصم اليها عادة عندما يفقد الدليل على صحة دعواه، وقد توجهها المحكمة لاستكمال دليل ناقص.

واليمين على نوعين :

1 - قضائية : وهي التي تؤدى بمجلس القضاء.

2 - وغير قضائية : وهي التي تؤدى او يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء، ويعتبر الاتفاق على توجيهها محتويا على صلح معلق على شروط اداء اليمين طبقا للصيغة المتفق عليها، وبمجرد ما يقوم الدليل على توجيهها وحلفها، فانه يترتب على ذلك كل آثار اليمين الحاسمة في وضع حد للنزاع.

### اليمين القضائية :

وهي اليمين الغالبة وهي نوعان :

1 - اليمين الحاسمة : التي يوجهها الخصم الى خصمه، يحتكم فيها الى ضميره ليقطع النزاع.

2 - اليمين المتتممة : وهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لاحد الخصوم، وسنتكلم على كل نوع من هذه الانواع على حدة لاختلاف الشروط والنتائج في كل منهما.

### الفرع الاول :

#### اليمين الحاسمة :

قلنا ان اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم الى خصمه محكما ضميره ومدى ايمانه، فهي اذن طريق يلجأ اليها الخصم عندما يعجز عن اقامة اي دليل آخر لاثبات دعواه، فيوجه اليه اليمين الحاسمة، ويكمله الى ضميره، وذلك حسما للنزاع، وقطعا للخصومة.

وهي بمجرد توجيهها الى الخصم تقرر مصير الدعوى، ويجب العمل بمقتضى ما تفضى اليه، اذا حلفها المدعى عليه، خسر المدعى دعواه، واذا نكل عنها أجيب المدعى الى دعواه واذا قلبها المدعى وحلف كسب الدعوى، واذا نكل عنها كذلك كان نكوله تصديقا للنكول الاول وخسر دعواه.

ومن هنا يتبين انها تحسم النزاع وتضع حدا له على أي حال.

#### من الذي يوجه اليمين الحاسمة ؟

لكل من الخصمين او نائبه بوكالة خاصة ان يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه، متى كان عليه اثبات واقعة قانونية، فالمدعى وعليه اثبات دعواه والمدعى عليه وعليه اثبات الدفع فيها، اي واحد منهما يستطيع ان يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه فيما يجب عليه ان يثبته، وليس من حقه توجيهها في الاجراءات الاولية للدعوى فقط بل يجوز له ان يوجهها في اي حالة كانت عليها الدعوى الى ان يصدر حكم نهائي في النازلة.

إلا انه يجب في الخصم الذي يوجه اليمين ان يكون كامل اهلية التصرف اي بالغا سن الرشد القانوني وغير محجور عليه.

كما يجب ان لا يكون توجيه اليمين من أحد الخصوم مشوبا باحدى عيوب الارادة : الغلط او التدليس او الاكراه، فاذا ثبت ذلك كان توجيه اليمين الحاسمة غير صحيح، وبالتالي جاز لمن وجه اليمين لاحدى الاسباب السابقة ان يبطله حتى بعد أن يقبل خصمه، بل وحتى بعد ان يحلف.

أخيرا يجب ان تكون اليمين موجهة الى من هو طرف الدعوى وعن وقائع متعلقة بشخصه.

### لا يمكن الرجوع في اليمين الحاسمة :

توجيه اليمين الحاسمة الى الخصم معناه التنازل عما عداها من طرق الاثبات الاخرى، وتقرير مصير الحكم على نتيجة الحلف، وترك الامر لضمير الخصم، وما يوح به ايمانه، ومن اجل ذلك فلا يجوز لمن وجه اليمين اوردتها ان يرجع عنها متى قبل خصمه حلفها.

### رد اليمين الحاسمة :

لكل خصم وجهت اليه اليمين الحاسمة الحق في ردها على خصمه متى كانت الواقعة المراد الحلف عليها متعلقة بطرفي الخصومة، فاذا كانت شخصية بالنسبة لمن وجهت اليه اليمين فلا وجود ردها، مثلا اذا وجه الشفيح اليمين الحاسمة للمشتري في خصوص مقدار ثمن المبيع، فلا يجوز للمشتري ان يرد اليمين على الشفيح، لان هذا اجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن، فلا يمكنه التأكد من مقداره.

### النكول عن اليمين :

اذا نكل من وجهت اليه اليمين عن حلفها ولم يردّها، او اذا ردت عليه

ونكل عنها، قضى عليه بمقتضى طلبات الخصم، وحكم عليه بمقتضى دعواه واعتبرت الواقعة المطلوب الحلف عليها صحيحة واعتد النكول اقرارا تترتب عليه نتائج الاقرار القضائي.

### ماذا يترتب على حلف اليمين ؟

عندما يؤدي الخصم اليمين الموجهة اليه، او المردودة عليه، تصبح الدليل القاطع على صحة الواقعة، وتغنى عن تقديم اي دليل آخر للاثبات، ولا يستفيد من اليمين ولا يضارها الا من وجهها او ورثته.

### الفرع الثاني :

#### اليمين المتممة :

اليمين المتممة هي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لاي من الخصمين، لاتمام دليل ناقص، متروكة لتقدير المحكمة تعهد اليها ان رأت موجبا لذلك.

وتختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة من عدة وجوه، فهي متروكة لتقدير المحكمة، وهي التي توجهها اذا كان هناك مشروع دليل ناقص، وليس الخصم هو الذي يوجهها كما هو الحال في اليمين الحاسمة، كما ان المحكمة غير مقيدة فيها بالنتيجة التي تؤدي اليها من حلف او نكول.

وأخيرا فان مهمة اليمين المتممة هي غير مهمة اليمين الحاسمة، ذلك ان الاولى انما توجه لاستكمال دليل ناقص، اما الثانية فهي دليل قائم بذاته يستعبد اي دليل آخر.

#### جواز الرجوع في اليمين المتممة :

واذا وجهت اليمين المتممة لخصم فحلفها او نكل عنها، فلا يترتب عليها نتائج اليمين الحاسمة، ذلك لانها لا تفيد التنازل عن الحق، او العدول عن اي



طريق من طرق الاثبات، وانما هي يمين توجيهها المحكمة الى احد الخصمين لاستكمال حجته، فمتى كشف عن أدلة جديدة تكمل الأدلة الناقصة، جاز له الرجوع فيها، وأمكن للقاضي ان يعدل عن توجيهها، وان لا يأخذ بنتيجة الحلف او النكول.

هذه طرق اثبات الالتزام على ضوء قانون العقود والالتزامات المغربي، وعلى ضوء القوانين المدنية الاخرى . فحاولنا جهد المستطاع ان نشير في بعض الاحيان الى موقف التشريع الاسلامي منها، وذلك بصفة عارضة تلافيا للطول من جهة، ولكون الموضوع لا يتعلق بمقارنات تشريعية.

وقد رأينا من اللازم ان نشير الى ملاحظة هامة، ذلك اننا لم نعثر في بحثنا هذا على اي خلاف جوهرى بين التشريع الاسلامي والمبادئ العامة في التدوين المدنى الجديد، الا في بعض المسائل التي يكاد يكون الخلاف فيها معدوما مثل نظرية عدم تجزئة الاقرار على صاحبه الذي تأخذ به القوانين المدنية الحديثة، ونظرية التجزئة التي اخذ بها الفقه الاسلامي.

على أنه حتى بالنسبة لهذه المسألة فان بعض المذاهب في الاسلام تقول بنظرية عدم التجزئة، وكذا الشأن بالنسبة للبيئة او شهادة الشهود، فان القوانين المدنية الحديثة تعطى للقاضي سلطة واسعة في تقديم الشهادة، وفي عدد الشهود وجنسهم، بينما الفقه الاسلامي يجعل للشهادة ست مراتب كما قدمنا ويشترط في الشهود شروطا متى توفرت اصبح القاضي ملزما بان يحكم بموجب شهادتهم.

من هنا يتبين ان التشريع الاسلامي غني بما اشتمل عليه من آراء ونظريات، وبالتالي يكون له الفضل الاكبر في ارساء القانون الحديث على قواعده، ولو كان هذا العرض يتعلق بتاريخ التشريع لاقمنا البرهان على ما نقول على ان الواقع والتاريخ يسجلان هذه الظاهرة معنا.

p. 52 → p. 39

007587-Av

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007587  
تاريخ 2015/10/07  
Av

## المسطرة المنظمة لمهام الخير

الأستاذ محمد لديدي

مدير إدارة السجون وإعادة التربية

من المؤكد أن القضاء هو المؤهل الوحيد لتصريف العدالة وإنصاف الناس،  
والجهر بالحق. فهو الفيصل والكم في كل المنازعات.

وإذا كان النظر في الخصومة يقتضي الدقة فإن تشعب الحياة واتساع  
مبادئ المعاملات حول القضاء - وهو بصدد البت في الخلافات - وضع يده  
على مجالات متعددة وعلى مبادئ مختلفة.

وبهذه المعطيات نضع القاضي بين أمرين :

- أولهما : وجوب الفصل في النزاع كيفما كانت طبيعته ونوعيته (مع  
مرعاة قواعد الاختصاص المسطرية) تحت طائلة انكار العدالة.

- ثانيها : وجوب اقتناعه بالاتجاه السليم والحل القانوني القويم الذي سوف  
يتبناه ويعلل به حكمه. وهذا يحتم عليه الفهم الحقيقي لكيفية النزاع لأن معرفة  
الحق والحكم به من الشروط الضرورية التي من شأنها أن تجعله أحد الثلاثة الذي  
قال عنهم رسول الله (ص) قاضي في الجنة وقاضيان في النار.

فالتوفيق بين هذين الأمرين لتحقيق المعادلة الصعبة يفترض فيه التضلع  
في القانون وفي مختلف الميادين.

إلا أن القاضي ككل إنسان لا يمكن أن يكون دائرة معارف لاسيما في  
عصرنا الحديث الذي أصبح فيه التخصص داخل التخصص هو السبيل الوحيد  
للتطور ومواجهة متطلبات الحياة.

وهكذا نرى ألا مناص من الاستعانة بأهل الرأي والخبرة ليسلطوا الأضواء الكاشفة على ما استعصى عليه الوصول إليه من المسائل التي لاعلاقة لها بالقانون.

فهؤلاء الأشخاص الذي يمكن الاستعانة بأرائهم هم الخبراء.

وإذا كان المشرع المغربي لم يفرد لهم تعريفا بل ترك الأمر للفقهاء والاجتهاد فإن الفقهاء وإن اختلفوا في صيغ التعريف فإنهم اتفقوا على نفس المضمون وذلك بالقول.

إن الخبراء أشخاص ذوو معارف فنية وتقنية في ميادين معينة يمكن للمحكمة أن تسترشد برأيهم للفصل في النزاع وذلك كلما كان البت متوقفا على مسائل تقنية دقيقة لا يستطيع القضاة معرفتها.

فمن خلال هذا يتبين أن الخبراء يعتبرون من مساعدي القضاء تنحصر مهمتهم في الإدلاء بأرائهم في نقط تقنية فنية لاعلاقة لها بالقانون. ومن المؤكد أن تصنيف السادة الخبراء ضمن مساعدي القضاء يعتبر في آن واحد تشريفا وتكليفا.

تشريفا لأن اعتماد رأي لحل نزاع قضائي لا يمكن أن يتأتى أو يقبل إلا من طرف شخص اعترف بمؤهلاته العلمية والفنية بالإضافة إلى الاعتبارات الأخلاقية التي كانت بالضرورة شرطا أساسيا في اختياره ليحظى بهذه الثقة.

تكليفا لأن المهمة جسيمة إذ المسؤولية تتجلى في تحديد موقف معين يكون غالبا حاسما في نزاع قد يمس حياة - أو حرية أو أموال الأفراد. وبذلك فهذه المسؤولية قد ترقى إلى مسؤولية الحكم والفصل.

فانطلاقا من هذه المعطيات ونظرا لجسامة هذه الرسالة كان من اللازم ورعيا لما حدده المشرع من شروط أن تعتنى وزارة العدل بهذه الطائفة من المساعدين وأن توليها ما تستحقه من عناية وتتبع وأن تتشدد في مقاييس الاختيار، رائدها في ذلك رفع وتحسين عطاءات السادة الخبراء.

فبادرت إلى وضع مقاييس ثابتة روعيت فيها الكفاءة العلمية والتجربة الطويلة والالتزام الأخلاقي، كما أعدت دورية خاصة لتتبع نشاط السادة الخبراء وذلك للوقوف على حقيقة عطاءاتهم والتصدي للمهملين منهم.

وهكذا تقوم وزارة العدل سنويا بحصر لوائح الخبراء حسب الاختصاصات، وتضع بشأنها جداول تتعلق بكل محكمة استئناف على حدة مع التشطيب على من ثبت في حقهم إهمال أو تخادل أو ضعف.

وإذا كانت الإمكانية حسب نصوص قانون المسطرة تبيح للقاضي تعيين خبير خارج الجدول. فإن هذه الإمكانية تبقى في حدود طبيعتها الاستثنائية أي عند عدم وجود خبير مسجل في الجدول يتقن ويلم بموضوع التقنية والفن المرتبط بذلك النزاع.

وهكذا أعدت وزارة العدل دورية في الموضوع للتذكير باستثنائية هذه الإمكانية سيما وقد وقعت تغطية شبة شاملة في ميدان الخبراء سواء على صعيد الاختصاص أو على صعيد التوزيع الجغرافي.

النصوص المسطرية المنظمة لمهام الخبير

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية أو الجنائية يتبين أن المشرع أفرد لهم نصوصا خاصة وهي :

بالنسبة لقانون المسطرة الجنائية

تناول المشرع موضوع الخبراء في المواد ما بين 171 إلى 189.

171 - وهو يتعلق بإمكانية الأمر بإجراء خبرة في المسائل الفنية من طرف السيد قاضي التحقيق.

172 - إمكانية اختيار الخبير من اللائحة أو خارجها.

173 - يتعلق بتقسيم الخبير.

174 - يتعلق بتعيين الخبير المعين خارج اللائحة.

- 175 - يتعلق بتحليل مهمة الخبراء وهي البت في نقط تقنية.
- 176 - تبليغ قرار الخبرة للنيابة العامة.
- 177 - إمكانية طلب إنجاز الخبرة بحضور خبير مساعد بطلب من المتهم
- 178 - كيفية اختيار هذا المساعد.
- 179 - يتعلق بتأجيل إنجاز الخبرة.
- 180 - حوار الخبراء وإنجازهم للمهام باتصال مع القاضي أو المحكمة.
- 181 - الإذن للخبراء في الاستعانة بتقنيين آخرين.
- 182 - حضور الخبراء لكسر الأختام.
- 183 - إمكانية الاستماع للمتهم من طرف الخبير بحضور قاض التحقيق.
- 184 - إمكانية الاستماع إلى الخبراء بالجلسة.
- 185 - وضع التقرير.
- 186 - تعدد الخبراء.
- 187 - التبليغ بمستنتجات الخبير.
- أما قانون المسطرة المدنية فقد خصص لها الفصل 59 إلى 66.**
- الفصل 59 إمكانية تعيين خبير من بين المسجلين في الجدول أو خارجه شريطة أداء اليمين.
- تحديد النقط الواجب البحث فيها والتي لاعلاقة لها بالقانون.
- الفصل 60 - يتعلق بطريقة تحرير التقرير مع آجال الإنجاز.
- الفصل 61 - تعذر إنجاز المهمة والجزاء الذي يترتب عن التأخير في الإنجاز.

- الفصل 62 - تجريح الخبرة.  
 الفصل 63 - حضورية الخبرة.  
 الفصل 64 - إمكانية الأمر بتحقيق إضافي.  
 الفصل 65 - الاستعانة بترجمان.  
 الفصل 66 - إمكانية تعيين ثلاثة خبراء - وكيفية وضعهم للتقرير.  
 - التأكيد على أن الخبرة وسيلة للاستئناس.

### مهمة الخبير

فمهمة الخبير يحددها المقرر القضائي، القاضي بتعيينه الذي يحصر له النقط التقنية التي يجب عليه أن يتناولها والخبير مقيد بهذه النقط.

الفصل 59 ينص في فقرته الأخيرة على مايلي :

يحدد القاضي النقط التي تجري الخبرة على أساس أن تكون تقنية لاعلاقة لها مطلقا بالقانون.

احترام الأجل يلزم الخبير بالقيام بالمهمة المسندة إليه داخل الأجل الذي يحدده له القاضي في القرار.

وهذا الأجل ينطلق من تاريخ توصله بالقرار.

فوضع التقرير داخل الأجل القانوني المحدد مسألة لها أهميتها على اعتبار أن من المآخذ التي تنسب للمحاكم : البطء في الإجراءات.

ويلاحظ أن السادة الخبراء لهم حظهم من المسؤولية في هذا المجال.

لذلك فإذا كانت المحاكم في إطار توجيهات الإدارة المركزية ولاسيما في المجال التنظيمي قد خصصت مكاتب لمراقبة الخبرات ووضعت سجلات خاصة بذلك، فقد يلاحظ أن هناك تأخيرات تتبعها تذكيرات ثم استبدال الخبير إلى غير ذلك (.....).

فهذه الآفة لا يمكن القضاء عليها إلا بالحوار المفتوح الصريح بين السيد الخبير والمحكمة إذ يتعين على الخبير إذا اعتبر أن الأجل الممنوح له لم يكن كافياً أن يكاتب المحكمة ويوضح لها موجبات التأخير ويطلب تمديد الأجل. وهذا الطلب غالباً ما يستجاب له.

وهنا لا بد من التذكير أن المشرع أفرد جزءاً عن هذه التأخيرات الغير المبررة إذ نص في الفصل 61 من ق. م. م على إمكانية الحكم على الخبير بالتعويض، عن التأخير في الإنجاز بالإضافة إلى الغرامات المدنية التي يمكن الحكم بها لفائدة الخزينة العامة.

كما يجب التذكير أن مديرية الشؤون المدنية ولاسيما في نطاق تتبعها لنشاط السادة الخبراء تأخذ بعين الاعتبار مدى احترامهم للأجال الممنوحة لهم وذلك عند تجديدها ومراجعتها لجدول الخبراء.

#### الإعفاء :

قد يحدث أن يعين خبير للقيام بمهمة إلا أن هذا الأخير وعقب توصله بالقرار يتبين له أن هناك استحالة مادية أو معنوية لسبب أو آخر تحول دون القيام بالمهمة فمن حقه أن يطلب إعفاءه ويستحسن تبرير ذلك وهذه تعتبر جراءة وشجاعة كل منا يحبدها لأن الوضوح والشفافية يدلل الصعاب ويبسط الطرق.

لذلك وكما اسلفت أعلاه لا بد أن نؤمن بالحوار الصريح بين الخبير والمحكمة هذا الحوار في إطار مسؤول يسوده التقدير المتبادل لأن رائد كل جانب هو تصريف العدالة وإنصاف الناس وأن نتخاير بشأن كل المعوقات والإشكاليات التي تعترض سبيل إنجاز المهمة.

#### الأتعاب :

إذا كان الخبراء أشخاص يمارسون مهنة حرة أو موظفين مرخص لهم بذلك فإنهم طبعاً يستحقون أتعاباً عن المجهودات التي يقومون بها وعلى هذا الأساس يحدد لهم القضاة أتعاباً.

وبذلك فإن كل تعامل بخصوص هذه الأتعاب يجب أن يتم بواسطة المحكمة وأن كل أداء أو استخلاص يجب أن يتم داخل المحكمة بواسطة ما يسمى بورقة المصروف وبذلك فالتعامل المباشر مع المتقاضي لا يمكن أن يدخل إلا في نطاق أفعال محرمة قانوناً.

ولئن كانت التجربة قد أبانت أن بعض المحاكم تحدد في بعض الأحيان أتعاباً ربما لا تتناسب والمجهود الذي تتطلبه المهمة فإن هذه الأتعاب تحدد بصفة وقتية ويمكن مراجعتها على أن ينجز الخبير تقريره ويدلي بمذكرة توضيحية يؤكد فيها مستحقته وعلى ضوئها يحدد القاضي السعر، المبلغ المستحق.

### التجريح :

لقد نص المشرع في الفصل 62 من ق. م. م. على إمكانية تجريح الخبراء وذلك لأسباب القرابة أو العداوة أو لأسباب خطيرة وهذا التجريح أمر طبيعي لأن الأطراف قد يتكون لديهم شعور وخوف من ميل الخبير أو تحيزه فلا يطمنون إليه ومن حقهم أن يجرحوا فيه ويطلبوا بإبعاده.

فهذه الإمكانية مخولة لهم داخل أجل خمسة أيام ويعلم الخبراء بهذا الطلب ليتدوا أوجه دفاعهم فيه على أن القضاء هو الذي يبت في هذا الطلب كلما كانت الأسباب وجيهة.

وفي هذا المجال يستحسن من السادة الخبراء كلما شعروا بإحراج معنوي أن يبادروا إلى تقديم طلب الإعفاء.

### إنجاز المهمة :

إن أول إجراء يمكن أن يقوم به الخبير عند توصله بالأمر بإجراء الخبرة هو استدعاء الأطراف للاستماع إليهم في ملاحظاتهم الشفوية ولتقديم أوجه دفاعهم. فهذا الإجراء هو ما يعبر عنه بحضور الخبرة.

ولعل هذا الإجراء من أهم الشروط الشكلية التي يجب أن يتقيد بها الخبير وكيف لا وهو أبرز ما يمكن أن يحظى به المتقاضي لأنه تجسيد لمبدأ الحق في الدفاع.



فالفصل 63 من ق. م. م يوجب على الخبير استدعاء الأطراف وكتابة مضمون مع الإشعار بالتوصل بخمسة أيام على الأقل قبل موعد الخبرة.

فحكمة اشتراط البريد المضمون والإشعار بالتوصل هي التأكيد من الإجراء وإثباته. وهنا لا بد من الحديث عن بعض الإشكاليات التي تطرح على بساط النزاع بخصوص هذه النقطة من رفض التوصل وعدم طلب الطي أو كون المعني بالأمر مجهول.

فبالنسبة للرفض الذي يسجل على طي التبليغ فإن الاجتهاد القضائي اعتبره توصلا قانونيا.

أما الطي الذي يرجع بعبارة غير مطلوب فلا يعتبر توصلا قانونيا ولذلك أهيب بالسادة الخبراء في مثل هذه الحالات إلى إعادة الاستدعاء من جديد.

أما إذا رجع الطي بملاحظة أن العنوان غير كاف أو مجهول فيتعين على الخبير التأكد من العنوان الصحيح إما بالاطلاع على الملف أو بمراسلة المحكمة في الموضوع وإذا تعذر معرفة العنوان جاز له إنجاز مهمته.

ويوجه الاستدعاء إلى الموطن الحقيقي للأطراف أو إلى محل المخابرة معهم.

هذا ويجب أن يفصل بين تاريخ التوصل وتاريخ إنجاز الخبرة خمسة أيام على الأقل ولا يمكن تجاوز هذا الأجل إلا إذا تنازل عنه المعني بالأمر صراحة وإلا أشعر الأطراف بتأجيل موعد الخبرة إلى موعد لاحق.

### ماهي المهمة :

تنحصر مهمة الخبراء أولا في محاولة الصلح والتوفيق بين الطرفين فإذا باءت المحاولة بالفشل انتقل إلى القيام بالمهمة المسندة إليه بعد التأكد من هوية الأطراف وتضمينها بتقريره.

ويمكن له الاستماع إلى مساعد الطرف المعني كالطبيب المستشار وبعد ذلك يقوم الخبير بوضع تقريره يضمن فيه تصريحات الأطراف وماعابنه وما انتهى إليه رأيه في النقطة الفنية التي انتدب من أجلها.

بعد هذا يتعين على الخبير وضع تقريره وهذا التقرير هو خلاصة شاملة لما أنجزه وما انتهى إليه ولقد حاول منظمو هذا اليوم الدراسي وضع نموذج تقرير يستهل بذكر مراجع الحكم الذي انتدبه وتحديد المهمة المسندة إليه تم مراجع استدعاء وتوصل الأطراف والتعريف بهويتهم تم محاولة الصلح، والتذكير بالوقائع مع تصريحات كل جانب تم معاينة الخبير وخلاصة هذا ويتعين عليه إرفاق هذا التقرير بشواهد التسليم وبكل الوثائق التي يرى أنها مفيدة.

وتجدر الإشارة إلى أنه بإمكان المحكمة تعيين عدة خبراء للقيام بالمهمة ومجموعة الخبراء يصل عددها إلى ثلاثة وذلك استنادا إلى الفصل 66 من ق. م. م. وفي هذه الحالة يتعين عليهم تحرير تقرير واحد طبق الشروط المبينة أعلاه. وإذا كان لكل واحد منهم رأي خاص فعليه أن يضمنه في ذلك التقرير وأن يتمسك كل منهم به مع التوقيع على المحضر.

هذه بعض المقتضيات المشتركة فيما يخص مهمة الخبراء بصفة عامة.

لكن ونحن بصدد هذا اليوم الدراسي للخبراء الأطباء يمكن أن نطرح تساؤلا حول موقع الخبير الطبيب من هؤلاء الخبراء. أو بعبارة أخرى ماهي الخاصيات التي تميز الخبرة الطبية عن مثيلتها من الخبرات ؟

قبل الجواب عن هذا التساؤل لا بد أن نوضح ماهي ميادين الخبرات الطبية ومتى تدعو الحاجة إلى الاستعانة برأي خبير.

إن الميادين التي يمكن أن تكون موضوع خبرة طبية هي : قضايا تحديد المسؤولية ومدى القدرات الفعلية للشخص.

- تحديد العلاقة النسبية بين الفعل والضرر.

- تحديد درجة الإصابة وما إذا كانت ترقى إلى مستوى العاهة المستديمة.
- قضايا تحديد الإصابات الناتجة عن حوادث السير.
- قضايا تحديد الإصابات الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.
- تحديد آثار العنف والضرب الذي يمكن أن يتعرض له الشخص.
- تحديد أسباب وفاة.

قد تعرض على القضاء قضايا تناقش مسؤولية الفاعل عن الفعل لأن من عناصر الجريمة الركن المعنوي، والمقصود به عنصر العمد. أي انصراف إرادته إلى الإتيان بمثل هذا الفعل وذلك لظهور بوادر تفيد أن المعني بالأمر لم يكن في كامل إدراكه العقلي وتريد المحكمة أن تتأكد من وقوع الحادثة ممتعا بكل قواه العقلية ؟

فالإجابة عن هذا الطرح لايتأتى إلا بواسطة خبير مختص في الطب النفسي والأمراض العقلية.

وقد تعرض على القضاء مسألة تحجير شخص بسبب مرض عقلي أصابه ويريد أهله ودوو حقوقه التحجير عليه خوفا من كل مامن شأنه أن يصدر عنه من تصرفات تضر بمصالحه، ففي هذه الحالة يتوقف الأمر على رأي خبير لتحديد ما إذا كان المعني بالأمر قد اختل وأصبح في وضعية يستعصى عليه فيها إدراك الأمور وتبيان المصلحة.

وقد يحدث أن ينسب لشخص تسببه في ضرر لغيره ويقع شك في العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة ولايتأتى ذلك إلا عن طريق خبرة.

وقد يتعرض شخص لإصابة يدعي بسببها تعرضه لعاهة مستديمة وتكون معرفة هذه النقطة من الأهمية بمكان لافي مجال التعويض فقط بل حتى في مجال طبيعة الجريمة لأنها تنتقل من جنحة إلى جناية.

وقد يتعرض المرء إلى حادثة سير لايمكن حصوله على تعويض نتيجة

الإصابات إلا بعد تحديد ماعلق به من أضرار بواسطة خبرة طبية وأخيرا قد يتعرض الإنسان لحادثة شغل فيلزم ذلك عرضه على خبير لتحديد نسبة العجز ومدة التوقف عن العمل ومدى علاقة الإصابات أو المرض المهني بالعمل الذي كان يقوم به مع تحديد مخلفاته.

وباستثناء قضايا حوادث السير التي رسم لها المشرع مقتضيات خاصة فإن باقي القضايا والمهام التي تسند إلى الخبراء الأطباء تخضع في مجملها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية أو الجنائية والقواعد المهنة ولأصول العلوم الطبية فيما يخص المسببات والنتائج.

ولكن مع ذلك تبقى الخبرة الطبية خبرة من نوع خاص ذلك أن الأساس في التعامل مع الخبرات هو أن اللجوء إلى الخبير يكون دائما إمكانية في حين أنه بالنسبة للميدان الطبي نرى أنه لامناس من اللجوء إليه لأن الإحاطة بالعلوم الطبية والجزم بها ليس في متناول الكل وأن القاضي مهما كان اتساع إطلاعه فإنه يبقى دائما في حاجة إلى الاستعانة برأي خبير.

كما أنه من جهة أخرى إذا كانت الخبرة كقاعدة عامة هي وسيلة استثناس لأن الفصل 66 من الفقرة الأخيرة ينص على أن القاضي لايلزم في أي حال من الأحوال بالأخذ برأي الخبير أو الخبراء فإن الأمر عمليا بالنسبة للخبرة الطبية يختلف بكثير عن باقي الخبرات وذلك لأن القاضي يرتبط دائما بها، ولايمكنه إلا أن يتبنى رأي الخبير.

فالخبرة الطبية تؤثر بشكل دقيق على مجرى ونتيجة النزاع وفي هذا المجال لا بد أن نشير إلى أن هناك تداخل بين الوقوف على النقط التقنية العلمية والنقط القانونية. فإعطاء وصف لوضعية القوى العقلية لشخص يوازي تحديد ما إذا كان مسؤولا أم لا ؟

لأجل ذلك ولخطورة هذه المهمة نريد من السادة الخبراء الأطباء أن يكونوا في مستوى مسؤولياتهم وذلك لأن موضوع وضع يدهم على القضية لا يقتصر فقط على نقط تقنية بل يتعداه إلى توجيه دفة الحكم.

## الخبرة في ميادين حوادث السير :

لقد اتجهت إرادة المشرع عند وضعه لقانون 1984/10/2 المتعلق بكيفية تحديد التعويض عن حوادث السير إلى إعطاء الخبرة الطبية في ميدان الإصابات أهمية كبرى بالإضافة إلى أنه اعتبرها إجراء ضروريا لتحديد التعويض المستحق فإنه استوجب إجراءها طبقا لقرار لاحق صدر بتاريخ 1984/1/14.

فهذا الظهير الذي أتى بشيء جديد وهو وضع حد لسلطة القاضي التقديرية وحدد ميادين التعويض وكيفية تقديرها حسب جداول معينة وعلى ضوء نتائج الخبرة استدرك غل يد القاضي فيما يخص إمكانية استعمال سلطته التقديرية وأضاف إليه الخبير وذلك بوضعه له قرارا حدد فيه مختلف الإصابات التي يمكن أن تلحق بالضحية ووضع حدا أو حذين يمكن داخلها تحديد نسبة العجز اللاحق بالضحية.

فاتباع هذا القرار أصبح ضروريا والتقييد به أصبح إلزاميا تحت طائلة عدم اعتبار الخبرة.

فالفصل الأول من القرار نص على أنه لتحديد نسبة العجز الجزئي الدائم وكذا الأضرار المنصوص عليها في الفصول 15 إلى 10 من الظهير، يتعين على الخبير الطبيب أن يتقيد بمقتضيات هذا القرار والتعليمات الملحقة به وإلى تشكيل مقياسا لتحديد نسب العجز.

ولئن كان الطبيب قد أصبح خاضعا هو الآخر لمقتضيات تغل سلطته التقديرية فإنه يبقى دائما سيد الموقف من حيث التأويل وتحديد نوعية الإصابات والإطار الذي يمكن أن يخضع له لكن هذه السلطة المتعلقة بالتأويل والتحديد لايمكن أن تكون مطلقة لأن الطبيب له قواعد وضوابط.

ولقد نص القرار كذلك على وجوب احترام الخبير للأجل الكافي للالتئام الجروح ليتسنى له تحديد العجز مع الأخذ بعين الاعتبار الإمكانية المتوقعة لتحسن حالة الضحية. أما تفاقم الوضعية فلا يمكن أخذها بعين الاعتبار

مادامت إمكانية طلب مراجعة التعويض ممنوحة للضحية طبقا للفصل 20 من الظهير.

ولقد وضع القرار كذلك جداول ومقاييس لتحديد باقي نسب الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمصاب والقابلة للتعويض طبقا للفصل 5 إلى 10 من الظهير. فمن خلال هذا أصبح لزاما على الطبيب الخبير أن يتقيد بشروط شكلية نصت عليها مقتضيات قانون المسطرة المدنية وشروط موضوعية نص عليها قرار .1985/1/14.

### الخبرة الطبية في ميدان حوادث الشغل

لقد تناول ظهير 1963 الخبرة في ميدان حوادث الشغل. وذلك في الفصول 237 و238 إلا أنه عقب التعديل القضائي لسنة 1974 فقد أصبح المعمول به هو الفصل 281 من ق. م. م. وفصول المسطرة المدنية.

فباستثناء مصاريف الخبرة وكيفية استخلاصها التي يجب أن يتم وفق ماتقتضيه مقتضيات ظهير 61/1/17 المنظم للصوائر العدمية في الميدان الجنائي كما وقع تعديله بظهير 1984، فإن مقاييس التحديد تبقى خاضعة للقواعد العامة وأصول المهنة والعلوم الطبية.

### مسؤولية الطبيب الخبير

يعتبر الطبيب شأنه شأن باقي المواطنين مسؤولا عن الأخطاء التي قد تصدر من سبب ونتيجة القيام بعمله فمن هذه الأخطاء إفشاء السر المهني. ذلك أن الخبير ملزم بالحفاظ على الأسرار التي وقف عليها أو باح له بها المصاب والتي لم تكن من الضروري الإشارة إليها في التقرير لعدم علاقتها بالنزاع وبالنقط المطروحة عليه للتحقيق والبحث فيها.

وبذلك فمقتضيات الفصل 446 من القانون الجنائي تنطبق عليه تحريف الوقائع والحقائق وتقارير المجاملة وأن الخبير المنتدب من طرف المحكمة والذي

ثبت في حقه أنه قام بتغيير الحقائق والانحياز إلى جهة معينة وذهب به الأمر إلى حد التحريف والتزوير يعتبر مسؤولاً جنائياً ويمكن أن يكون موضوع متابعة طبقاً للفصول 364 من ق. م. م. والمقصود بالتحريف والتغيير ليس هو الخلاف أو الاختلاف الذي يمكن أن ينتج بسبب عدم وجود ثوابت علمية حاسمة في الموضوع أو لوجود احتمالات كثيرة تدخل تحت طائلتها الحالة المعروضة على الخبير.

بل المقصود هو التغيير، الهادف إلى قلب الحقائق بشكل عمدي والذي لانتقد أن السادة الخبراء سوف يقدمون على مثل هذه الأخطاء.

فتبقى الخلاصة هو أن الطبيب الخبير يعتبر مستشاراً تقنياً للقاضي وهو المحلل لكثير من النقاط، هو الحاسم في مسائل لا يمكن للقاضي أن يتخذ بشأنها قراراً بدون الاهتمام والارتكان إلى خبرته وإطلاعه ومعارفه.

يبقى الخبير من منطلق هذه المسؤولية الجسيمة الملقاة على عاتقه مجبراً على بدل قصارى جهده للاتيان باستنتاجات في مستوى الثقة والأمانة الموضوعية فيه محتكماً إلى ضميره منصتاً إلى داعي الحق، كما عليه أن يحتاط في خلاصاته وألا يجزم في مسائل خلافية لم يستطع العلم الجزم بها لأن من واجبه التوفيق بين خبرة العلم وتردده وبين رغبة القاضي الملحة في الجزم بما لا يدع الشك في شيء معين لأن القضاء لا يبني قناعته على الشك والاحتمال وإنما يؤسسها على الحقيقة والتيقن.

كما اختتم بالتذكير بضرورة فتح الحوار الصريح وربط الاتصال المستمر بين الخبير والمحكمة لمعالجة وتوضيح ما استعصى عليه من أمور ولاستكمال كل عناصر البحث ليبرهن عن أحقيته وجدارته بالثقة التي وضعت فيه.

p.53 → p.59

007588-Av

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم: 007588-  
تاريخ: 15/10/07  
جنيبة Av

## الخبرة القضائية والحجية القانونية

الاستاذ النقيب  
محمد مصطفى الريسوني

لقد كان للقضاء على مر العصور والازمان مساعداً أساسيان احدهما يساعد القضاء في بسط القضية ويشد أزر احد أطراف الخصومة، وهو في ذلك يمثل لقوله تعالى في صورة طه : (واجعل لي وزيراً من اهلي هارون اخي اشدد به ازري واشركه في امري).

وثانيهما يساعد القضاء في فهم ما استعص من القضايا ويقرب الموضوع الشائك الى ذهن القاضي، ويعمل بأمر منه على محاولة الصلح بين اطراف الخصومة اقتداءً بقوله تعالى «فأسأل به خبيراً».

وهما سواء تعلق الامر بالمحامي او الخبير عنصران لا يمكن لاي قضاء معاصر الاستغناء عن مساعدهما والاستعانة بهما في البت في القضايا المعروضة عليه.

والخبير اصطلاح يطلق على الشخص العارف المتمكن من مادة معينة او مواد مختلفة عن طريق التجربة والممارسة، ولذلك جاء الظهير رقم 159372 الصادر في 30 مارس 1960 ملزماً الخبير باداء يمين قانونية، يقسم فيها على مباشرة مامورته بامانة ووفاء ونزاهة واستقلال.

كما جاء معاقبا لانتحال صفة الخبير بالحبس لمدة تتراوح بين ستة اشهر وثلاث سنوات وبغرامة يتراوح قدرها بين 1200 درهم و7000 درهم او باحدى هاتين العقوبتين فقط.



كما جاء القرار الوزيري رقم 73575 الصادر بتاريخ 1975/5/27 محددًا لشروط قبول الخبراء ووضح جداولهم امام محاكم الاستئناف.

واستعانة القضاء بالخبرة قد يكون بناء على طلب الأطراف او تلقائيا، وهو في سائر الاحوال امر مرجعه رغبة المحكمة في استجلاء الحقيقة او الاستئناس برأي خبير في النزاع المعروض عليها، وقد لا تكون ثمة مندومة من الالتجاء الى الخبرة كالتزاعات العقارية سواء على الأصل او على الحدود، وقضايا التحفيظ العقاري، والقضايا التي تتطلب الوقوف على عين المكان او قضايا المحاسبة التجارية وقضايا تحديد قيمة الخسائر والاضرار وقضايا تحديد العجز الجزئي النهائي او المؤقت، وقضايا تحديد المسؤولية الجنائية الى غيرها من ابواب الخبرة، وقد يكون الالتجاء الى الخبير قصد ترجمة وثيقة من لغة الى اخرى لمعرفة اقوال طرف او آخر.

واذا كانت تقارير الخبراء لا تلزم القاضي عند اصدار الحكم، بل تعتبر استينافا له عند تكوين قناعته اللازمة للحكم، فان هذا الامر يطرح الاشكالية التي نرد ان تتعرض لها في هذا العرض الوجيز.

والسؤال الذي يجب علينا طرحه هو هل للخبرة القضائية حجية قانونية، وهل ملزمة للقاضي في بعض الحالات ام انها لا تصل الى اية درجة من درجات الالتزام في سائر الأحوال.

واذا كان الامر قد يبدو بسيطا عندما يتعلق الامر مثلا بخبرة ترمي الى معرفة حدود عقار معين او اجراء خبرة على القيمة الايجارية، فانه يبدو من الصعب اغفال ما جاءت به الخبرة او صرف النظر عنها عندما يتعلق الامر بموضوع تحديد مدة العجز المؤقت عند المصاب، او تحديد قدر العجز الجزئي الدائم، او تحديد مسؤولية شخص المتابع الجنائية او عندما يكون النزاع يتعلق باجراء محاسبة، او منازعة محاسبية بنكية.

ولا معنى للامثلة المذكورة فغيرها كثير عندما يصبح اللجوء الى الخبرة امر ضروريا لاستحالة اتمام قناعة القاضي دون الالتجاء الى الخبرة.

وهنا نعود الى طرح السؤال حول امكانية صرف النظر عن الخبرة او عدم الاخذ بها، والحكم بمجرد القناعة المنفردة للقاضي، ارتكازا على مبدأ عدم إلزامية الخبرة للقضاء وانعدام حجيتها القانونية في اصدار الاحكام.

وللجواب عن هذا السؤال يجب ان نشير الى ان مبدأ عدم إلزامية الخبرة بالنسبة للقاضي، هو مبدأ نسبي وليس مطلقا، وانه في هذا الباب يمكن ملاحظة ثلاث قواعد.

### القاعدة الاولى : إلزامية الخبرة القضائية ووجوب العمل بها.

نصت بعض قواعد القانون على ان الخبير المعين من طرف المحكمة هو وحده المعتمد في تقدير الموضوع اليه وله وحده كامل الصلاحية في التقرير.

ولبيان ذلك ناتي ببعض الامثلة

**المثال الأول :** في حالة متابعة شخص ما بجناية او جنحة كان خلال قيامه بهما عديم المسؤولية، فان المحكمة لا يمكن لها ان تصرح بأي حكم، الا بعد اجراء خبرة طبية تكون صاحبة القول الفصل في الموضوع - وقد اشار الى ذلك الفصل 76 من القانون الجنائي.

**المثال الثاني :** في حالة الايداع القضائي وهو اجراء يمكن للمحكمة ان تامر به ويرمي الى ايداع الشخص داخل مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية ولا يمكن القيام بهذا الاجراء إلا بعد اجراء خبرة طبية تثبت وجود الخلل العقلي، وقد اشار صراحة ذلك الفصل 75 من القانون الجنائي ( في حالة خلل عقلي ثبت بناء على خبرة طبية).

**المثال الثالث :** حالة متابعة الشخص المدمن على تناول المخدرات،

ورغبته في خضوعه للعلاج، فان هذا الاجراء يقام به ويعهد به الى مؤسسة علاجية، ولا يمكن التصريح بشفائه الا بمقتضى خبرة طبية يقوم بها الطبيب المعالج ويؤهل هذا الطبيب وحده للبت في الشفاء، والجملة الاخيرة هي تعبير الفقرة الثانية من الفصل الثامن من ظهير 21 مايو 1974 حول زجر الادمان على المخدرات السامة.

المثال الرابع : طرق تحديد التعويض الممنوح عن حوادث الشغل والامراض المهنية

ينص الظهير الصادر في 1927/6/25 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، على طرق وكيفية تحديد هذا التعويض وذلك حسب ما تسفر عنه الخبرة المأمور بها بناء على مقتضيات الفصل 33 وما بعده و216 وما بعده من نفس الظهير.

ويترتب عن تقرير الخبير تحديد نسبة العجز النهائي الذي هو الاساس الوحيد لتحديد التعويض المستحق للمصاب.

المثال الخامس : طرق تحديد التعويض عن حوادث السير.

ينص الظهير الصادر في 1984/10/2 على طرق وكيفية تعويض المصابين بحوادث السير في فصله الخامس على ان تعويض المصاب يشمل كذلك نسبة عجز المصاب التي يحددها الطبيب الخبير استنادا الى جدول تقدير نسب العجز المحدد بنص تنظيمي.

وهكذا فلا يمكن تقدير التعويض المستحق للمصاب الا بعد اجراء خبرة تكون وحدها اساس تحديد العجز الذي بنى على اساسه تقدير هذا التعويض.

وتجب الاشارة هنا ان الحالات المذكورة اعلاه هي بعض الحالات التي قدمتها كمثال على حجية الخبرة القضائية والزاميتها وهي ليست حالات محصورة اذ قد يوجد في القانون حالات اخرى من هذا النوع، وهي تتطلب استقراء من الأفضل القيام بحث في نطاق بحث اكايمي.

## القاعدة الثانية : اللجوء الى الخبرة ضرورة يحتمها موضوع الدعوى

قد لا يكون استصدار امر قضائي باللجوء الى الخبرة امرا وجوبيا، ولكنه يستحيل من حيث العمل القضائي اصدار حكم دون اللجوء الى خبرة في موضوع الدعوى.

وتعمل خبرة الخبير هنا وتقديره على تقريب الموضوع للقاضي ومحاولة اجراء صلح بين الأطراف ووضع المحكمة في المنظر العام الواقعي والمعاشي في المجال المعروض عليها.

ولهذا الموضوع تطبيقات متعددة نذكر بعض الامثلة منها :

المثال الاول : تقدير التعويض المستحق على فسخ العقد في المحلات التجارية

لا يوجب ظهير 1955/5/24 اللجوء الى الخبرة عند هذا التقدير، وهكذا ينص الفصل 12 عنه على ان المالك يتعمل تعويضا ويؤديه للمكتري عند الافراغ بحسب اعادة البناء لا يتعدى ثمن كراء ثلاث سنوات كما نص الفصل 21 منه على ان كل مكتر يستطيع المطالبة بالتعويض عن الافراغ او باحد التعويضات المنصوص عليها في الفصل الثاني عشر وما يليه، لا يجبر على الافراغ الا بعد تسلمه تعويضا يحدده رئيس المحكمة.

ومع ان الخبرة ليست امرا وجوبيا كما نرى من خلال هذا الظهير فان العمل القضائي استقر على تعيين خبير او اكثر لتقدير هذا التعويض المستحق سواء في جانبه المؤقت او النهائي.

ويعود السبب في ذلك الى كون الخبرة امرا ضروريا يستلزمها الموضوع، اذ كيف للقاضي ان يحدد التعويض المستحق دون اللجوء الى تقرير الخبراء.

## المثال الثاني : منازعات مراجعة قيمة الايجار

عند المطالبة بمراجعة كراء محل تجاري او معد للاستعمال المهني او للسكنى فان كلا من ظهير 1953/1/5 و1980/12/25 المنظمين لهذا الموضوع لا ينصان على اللجوء الى الخبرة، وهكذا نص الفصل الثاني من الظهير المشار اليه اعلاه على ان مراجعة قيمة الايجار تحدد بالمراسة او بواسطة القضاء.

وينص الفصل السادس من ظهير 1980/12/25 على ان القاضي يراعي في تقدير الوجيبة الكرائية عند تقديم طلب المراجعة قيمة الارض وقيمة البناء وقدمه ودرجة الرفاهية والصيانة والمزايا موقعا وبيئة وكذا الظروف الاقتصادية العامة.

وبالرغم من كون القانون قد اسند للقضاء مهمة تحديد هذه الاثمنة، فان هذا الاخير قد عمل منذ مدة طويلة على تكليف وتعيين احد الخبراء او اكثر للقيام بهذه المهمة والاستناد على ما جاء به تقرير الخبرة.

وللقاضي هنا حق صرف النظر عن الخبرة او عدم العمل بها، غير ان الاجتهاد القضائي استقر على عدم امكانية صرف النظر عن الخبرة او عن جزء منها الا بالتعليل المبني على مقتضيات الظروف الاجتماعية والتغيرات الحاصلة بها والتي ادت الى ما قضى به (يلاحظ هنا القرار الصادر عن المجلس الاعلى في الملف المدني عدد 90/8310 نقضا لقرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة، قرر رفع ايجار محل المكتري الى ضعف ما جاءت به الخبرة التي أمر بها مؤكدا على وجوب تعليل كل قرار يغير من اقتراح الخبرة زيادة او نقصا تعليلا يساير ما امر به نصوص القانون عند مراجعة الكراء.



**القاعدة الثالثة : الخبرة القضائية من اختيار القاضي واجتهاده.**

ينص القانون في عدة جهات على طرق وكيفية تعيين الخبراء وعلى الطرق الواجبة عليهم عند اعداد تقاريرهم من استدعاء الاطراف الى غير ذلك مما هو معروف.

وللقاضي هنا وهو الذي يأمر بتعيين هذا الخبير ان يأخذ بهذه الخبرة او بصرف النظر عنها جملة وتفصيلا.

وفي ذلك يقول القرار الصادر عن المجلس الاعلى الصادر في الملف المدني عدد 256 ان محكمة الموضوع تكون قد الغت ضمنا طلب اعادة الخبرة عندما قامت كما لها الحق في ذلك بتحديد قدر التعويض في دائرة سلطتها التقديرية المطلقة.

وفي جميع الاحوال فان للمحكمة الحق المطلق في تحديد قدر التعويض دون ان يخضع ذلك لمراقبة المجلس الاعلى ولا يمكن اعتبار ذلك شططا في استعمال السلطة، وهو ما اقره المجلس الاعلى في اجتهادات متعددة ومن بينها الاجتهاد المشار اليه.

والخلاصة ان خبرة الخبير ومساعدته للقضاء واسهامه في تكوين قناعة القاضي امر ضروري قد يستلزمه القانون : او نوع النزاع المطروح على القضاء او العمل القضائي القار، وهي في ذلك من مستلزمات القضاء والعمل القانوني.

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007589 تاريخ 11/11/08  
جذينة AR

p. 60 → p. 69

00 7589 - Ar

## نظرية العقد في الشريعة والقانون

الاستاذ عبد الرحيم بن سلامة

مستشار بالمعهد الوطني للدراسات القضائية

الشريعة الاسلامية، شريعة جامعة شاملة، ما من كبيرة أو صغيرة إلا واحاطت بها فهي دين ودينا ناموس صالح لكل زمان ومكان، لان تعاليمها مستمدة من القرآن والسنة.

وفمن أهم الموضوعات التي اهتم بها فقهاء الشريعة الاسلامية ومشروعوا القوانين الوضعية مسألة العقود والالتزامات، واذا كانت معظم القوانين الغربية جعلت للعقود والالتزامات احكاما مقننة في مدونات ومجاميع، فان الفقه الاسلامي لم يركب العقود والموجبات في نظرية واحدة وانما تركها موزعة بين احكام فقهية كثيرة كما هو الشأن في القرآن والسنة فهو لم يتأثر بالفقه الروماني كما تأثرت به بعض الشرائع الأخرى.

### تعريف العقد :

العقد في اللغة يعني الربط والسد وهو ضد الحل، ويطلق على العقد والميثاق وكل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان او تركا. وهو اما يكون مشروعا أو غير مشروع. فان كان مشروعا وجب الوفاء به لذلك يقول الله تعالى «يا أيها الذين امنوا امنوا بالعقود». وقال جل جلاله «وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا» وقال في آية أخرى: «وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا».

وفي قصة آدم وحواء نهى الله آدم وزوجه عن الاكل من الشجرة فقال لهما : « يا آدم اسكن انت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه ».

إنه عقد بين اثنين اصيب الخارق له بما توعدهم به الباري تعالى كما جاء في قصة يوسف « وشروه بثمن بخس دراهم معدودة ». وهناك آيات كثيرة تتعلق بالمواثيق والعقود كقوله تعالى :

«ألت بربكم قالوا بلى ». وفي آية أخرى : «انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوما جهولا ».

وفي السنة الشريفة نجد عدة احاديث تتعلق بالعقود منها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له ».

وأما العقد شرعا فمعناه ارتباط القبول بالايجاب ارتباطا يظهر أثره في المعقود عليه، فالايجاب هو الكلام الذي يصدر أولا من طرف احد المتعاقدين والقبول هو الكلام الذي يصدر عن الشخص الثاني ومجموع القبول والايجاب هو ما يعرف بصيغة العقد أو الرضا.

هذا وانه ليس هناك تعريف دقيق للعقد سواء في الشريعة الاسلامية أو القوانين الوضعية، فكل قانون وكل فقيه يعطى للعقد تعريفا خاصا :

فالجصاص يعرف العقد بقوله : « العقد التزم على الاحكام فيشمل ما بإدارتين وما بإرادة واحدة فهو ينظر الى العقد بالمعنى الاعم. ».

أما الطوسي فيفرق بين العقد والعهد، فالعقد فيه معنى الاستئناف والشد ولا يكون الا بين اثنين والعهد ينفرد به شخص واحد.

وقد استدلل السنهوري بتعريف العقد على الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي حينما قال :

«العقد تعلق كلام احد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل» فالتصرف في نظر السنهوري ارادة محض والعقد جزء من التصرف القانوني.



وتوسع الفقهاء في اطلاق العقود على ما كان بالارادة المنفردة مما جعلهم يدخلون الاخراجات والايقاعات والايجابات في باب العقود بعدما كانت خارجة عنها. ولذلك عرف أحمد ابراهيم العقد « بأنه ايجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره او ارادته واما بالزام الشرع له » وهذا آخر ما وصل اليه الفقه الاسلامي في حقيقة العقد والالتزام. اما القوانين الوضعية فانها هي الاخرى اختلفت كما اختلف الفقهاء العرب في تعريف العقد، ولكن يمكن ادراج هذا التعريف الذي قد يكون معظم الفقهاء الاجانب يتفقون عليه وهو : «العقد توافق ارادتين او أكثر على احداث أثر قانوني يرتبه القانون اعمالا له».

اما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد عرف العقد في المادة الأولى بقوله :

« تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الاخرى المعبرة عن الارادة وعن اشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم».

### أركان العقد :

ركن العقد بالمعنى الغالب لدى الفقهاء، هو ارتباط الارادتين اي الايجاب والقبول، فأركان كل عقد هو ما لا يتحقق الا بها فان لم يوجد ركن منها فلا عقد وكل عقد لا يتحقق الا بتوافر ثلاثة أشياء هي :

1 - العاقدان، 2 - محل يرد عليه العقد ويعرف بالمعقود عليه كالدار والسيارة، 3 - الصيغة الدالة على العقد، لانه لا يوجد المدلول الا اذا وجد ما يدل عليه.

أما الحنفية فيكتفون بجعل أركان العقد اثنان فقط هما الايجاب والقبول لان وجودهما يستلزم وجود غيرهما في نظرهم.

ولكن هل تنشئ الارادة المنفردة التصرفات ؟

الأصل أن العقود لا تنشأ إلا بإرادتين، ولكن الشارع أجاز بعض العقود التي تنشأ بإرادة منفردة دون حاجة إلى قبول، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة المنفردة منشئة للالتزام في كل تصرف ينشأ عنه التزام ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين، ومن أهم هذه التصرفات :

- **الوقف** : كان يقول الواقف أوقفت الملك الذي أملكه لفلان و فلان.
- **الإبراء** : يتم من الدائن دون حاجة إلى قبول المدين فيكفي فيه عدم الرد.
- **الكفالة** : تتعقد الكفالة في المذهب المالكي بإرادة منفردة وذلك حين يعبر عن ذلك الكفيل بنفسه.
- **تصرف الفضولي** : وهو كل تصرف يصدر من شخص بلا صفة شرعية كالذي يرمم دار جاره في غيبته من دون موافقته.
- **النذور والإيمان** : وهي أمور نجد أحكامها في قسم العبادات.
- **الطلاق** : يتم بإرادة منفردة فلا يحتاج إلى إيجاب وقبول لأنه من الإسقاطات.
- **الهبية** : تتم عند بعض الفقهاء بمجرد صدور عبارة الهبة.
- **الوصية** : تتم وتصح بمجرد وفاة الوصي وهي تجوز في حدود الثلث، وما زاد عنه فيحتاج إلى موافقة الورثة.
- **الجماعة** : وتثبت حتى للجنين في بطن أمه ولكن لا تلزمه إلا بعد ولادته حياً، وقد أشرنا بتفصيل إلى هذه النقطة في بحثنا المتعلقة بالذمة والأهلية المنشور في العدد التاسع والعشرين من هذه المجلة.

### شروط العقد :

شروط العقد على العموم أربعة :

أولا : اهلية العاقدین : والاهلية كما نعلم نوعان : أهلية وجوب او تمتع وأهلية أداء او تصرف :

أ - فأهلية الوجوب هي صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق دون التحمل بالالتزام وهي تثبت لكل شخص حتى ولو كان جنينا في بطن أمه لكن لا تكتمل الا بميلاده حيا .

ب - أما أهلية الاداء فهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فهذه لا يتصف بها الا من بلغ سن الرشد أي (21 سنة) حسب مدونة الاحوال الشخصية، وتختلف أهلية الاداء باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الانسان، فالذي يكون أهلا لمباشرة عقود المعاوضة قد لا يكون أهلا لمباشرة عقود التبرعات، ومن يكون أهلا للأخذ والتملك فلا يكون أهلا للاعطاء والتملك.

وعليه فالشخص اما يكون تام الاهلية أو فاقد الاهلية او ناقص الاهلية وكل من هؤلاء اما ان يباشر العقود والتصرفات بنفسه لنفسه واما ان يباشرها لغيره وذلك حسب أطوار حياة الإنسان وأهليته :

1 - طور الانسان وهو جنين : وتثبت له أهلية وجوب ناقصة فيحق له أن يرث اذا ولد حيا كما يجوز ان يوصى له .

2 - طور الطفولة قبل التمييز : وللطفل فيها أهلية وجوب كاملة ويستمر هذا الدور منذ الولادة إلى سن السابعة ويكون ضامنا لما قد يتلفه .

3 - طور التمييز الى البلوغ : وللشخص في هذا الدور اهلية اداء ناقصة وتبدأ من سن السابعة الى سن البلوغ (18 سنة ) فيصح منه الافعال النافعة نفعاً محضاً ولا تصح منه الافعال الضارة ضرراً محضاً وما يدور بين النفع والضرر فيجوز له التصرف فيه باذن وليه .

4 - طور البلوغ الى سن الرشد المالي : تثبت فيه للانسان أهلية أداء



كاملة فيما عدا التصرفات المالية وتعتبر إرادة البالغ في هذا الطور إرادة صحيحة تترتب عليها آثارها من حيث انشاء العقود، هذا اذا لم يبلغ الانسان هذه المرحلة وهو مجنون أو معتوها.

5 - طور الرشد المالي وفي هذا الطور تكتمل أهلية الاداء في سائر التصرفات المالية.

وبلاحظ أن بعض الفقهاء لم يميز بين طور البلوغ والرشد مع أن هناك فرق كبير بينهما فسن الرشد يحدد فيما بعد البلوغ.

وقد يبلغ الشخص سن الرشد ولكن قد تعترض أهليته عوارض اما مرضية كالجنون أو العته، أو عوارض مكتسبة كالسكر أو الهزل أو الخطأ أو الاكراه أو السفه.

ثانيا : كون محل العقد قابلا لحكم العقد واثره : ومحل العقد او موضوعه او ما يصطلح عليه في الفقه بالثمن والمثمن، هو كل ما يظهر فيه اثر العقد كالبيع في عقد البيع، حيث يشترط في المحل هذه الشروط.

1 - وجود المعقود عليه : اما اذا كان المعقود عليه (أي المحل) غير موجود فلا يصح العقد، فبيع المعدوم لا يجوز أصلا ويستثنى من ذلك الفقهاء، عقود الاستصناع (كصنع الكراسي) وقد توسع المناهلة في هذا الموضوع كابن قيم الجوزية الذي نجده يقول ما نصه : « وليس في كتاب الله ولا في السنة ما يفيد ان العقد على المعدوم غير جائز » وانما هناك حديث للرسول يقول : « لا تبع ما ليس عندك » وهو ينهى عن العقود التي يكون فيها غرر اي التي يكون فيها عدم القدرة على التسليم كمن يبيع الثمر وهو بلح أو الذي يبيع الحليب قبل أن يحلب.

أما ابن تيمية فيذكر ان المعدوم يصلح أن يكون موضوعا للعقد اي محلا له.

2 - تعيين محل العقد : يشترط بعض الفقهاء ان يكون محل العقد معلوما للعاقدين لمنع الغرر حتى لا يؤدي ذلك الى المنازعات سيما اذا كان من عقود المعاوضات فلا يجوز بيع كتاب من مكتبة دون تعيين اسمه واسم مؤلفه وتحديدته بالذات، اما عقود التبرعات فيمكن عدم تحديد محلها كأن يوصي شخص بجزء من ماله دون ان يحدد قيمته فيترك ذلك للورثة.

3 - ان يكون المحل مشروعاً : أي قابلاً لحكمه شرعاً فإذا لم يقبل حكمه فلا يصلح محلاً ، وعدم قبول المحل لحكم العقد يرجع لعدة أسباب منها :  
أ - بالنسبة للمتعاقدين : كأن يبيع شخص لآخر طيراً في السماء فهذا عقد غير صحيح.

ب - محل العقد يتنافى مع ما يفرضه القانون، كبيع ملك من الاملاك العامة:

ج - يكون محل العقد شيئاً محرماً شرعاً : كالخمر والخنزير والميتة فهذا عقد غير صحيح.

ثالثاً : أن يكون للعقد فائدة معتمدة شرعاً : السبب شرعاً هو رغبة كلا الطرفين في امتلاك العوض فما التزم به البائع يكون سبباً لما التزم به المشتري فلكل عقد من العقود غرض او سبب مقصود، ولذلك اختلفت العقود باختلاف أسبابها، فسبب عقد الزواج يختلف عن سبب عقد الهبة، فالفقهاء اعتبروا سبب عقود التبرعات بصورة عامة ارادة الخير وسبب عقود المعاوضات هو الانتفاع او نقل الملكية.

وعليه يمكن تعريف السبب بأنه الغرض المباشر المقصود في العقد ولكن هل يمكن الاستغناء في العقد عن السبب ؟

نبادر الى القول بأن الالمان لا يعملون بنظرية السبب فهم يستغنون في عقودهم عن السبب، لكن اذا كانت القوانين اللاتينية النزعة تشترط للعقد

حصول سبب ما، فهل يعتبر تصرف ما بدون سبب صحيحا كما هو الشأن في الوعد بالهبة، هل يلزم الوعد صاحبه ام لا يلزمه؟

لقد اختلف الفقهاء في حل هذه القضية فبعضهم كابن حزم يقول بان الانسان لا يجبر على وعده فيمكنه ان يتراجع عنه سواء كان الوعد بجعالة أم بدونها، أما المالكية فيقولون بأن من وعد لا يمكن ان يتراجع عن وعده ما دام الشيء تحقق.

وقد استعملت كلمة السبب في القانون المغربي (قانون الالتزامات والعقود) ولكن لم يقصد بها الا ما يرادف المصدر، لان نظرية السبب تعتبر من الوجهة الفلسفية روح العقود في أوروبا<sup>(1)</sup>، أما الفقهاء العرب فلم يأخذوا به في معظم عقودهم كما قال (دمورا) في كتابه : المسألة المغربية. ففي الوصية لا يشترط السبب لانها محمولة على الخير والصلاح، فاذا لم يذكر السبب في العقد فانه يحمل على الصحة حتى يثبت عدم شرعيته.

ويشترط للسبب شروط هي :

1 - أن يكون السبب موجودا حين التعاقد : فاذا كان السبب ملزما بلا عقد فلا داعي لبرام هذا العقد، فالام ملزمة بارضاع ابنها فاذا أبرم الزوج عقدا مع زوجته لارضاع وليدها يكون العقد باطلا لانعدام سببية العقد، فالارضاع واجب على الام ومن دون عقد.

ولا يشترط ان يكون السبب موجودا ساعة التعاقد فقط بل يلزم ان يستمر طيلة مدة العقد فالذي يتعاقد على استئجار أرض زراعية مسقية فينقطع عنها الماء فتصبح جرداء فهنا ينقطع سبب العقد الذي هو استئجار الارض الزراعية المسقية.

ويجب الاشارة الى ان السر في عدم الايمان بنظرية السبب هو ما

(1) ماعدا المانيا التي لا يعبر قانونها المدني أية أهمية للسبب كركن من اركان العقد.

تجلبه هذه النظرية من مشاكل قانونية ولعلمهم تأثروا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الذين كانوا يعتقدون بالارادة المنفردة ويجعلون من الرضى وحده ركنا أساسيا للعقد. أما فقهاء المالكية والحنابلة فانهم متشبثون أكثر من غيرهم بنظرية السبب ولذلك جاءت عقودهم مطبوعة به.

2 - أن يكون سبب العقد مشروعاً : أي مباحاً فقد يكون محل العقد مشروعاً وسببه غير مشروع فلا يصح العقد، كالذي يريد كراء داراً ليجعل منها مكاناً لبيع الخمر أو الذي يبيع الاسلحة في وقت تشتد فيه الفتنة.

والهدية للقاضي لا تجوز لان سببها غير مشروع رغم شرعية محلها لانها من قبيل الرشوة. فالذي يبيع العنب لآخر عليه ان يتأكد من كونه سوف لا يجعلها خمرًا والا اعتبر السبب غير مشروع، فمحل العقد وهو بيع العنب مشروع اما اذا كان الباعث على الشراء هو تحويلها الى خمر فان السبب يصبح غير مشروع.

3 - ان يكون سبب العقد صحيحاً : فلا يكفي وجود السبب ومشروعيته بل يجب ان يكون الى جانب ذلك صحيحاً، فالسبب الضروري يجعل العقد غير صحيح كأن يتزوج بمائة ألف درهم ويظهر أمام الشاهدين العدلين انه تزوج بسبعين ألف فالعبرة هنا بالمهر الحقيقي لا الصوري.

تلك هي أحكام العقد وأركانه في الشريعة والقانون، واذا كانت الغاية من خلق العالم واستخلاف الانسان فيه هو قيامه بالواجب لعمارته، فأوجب عليه العمل وترك البطالة لانتاج ما يحتاج اليه الناس من طعام ولباس، فان كل واحد ملتزم شرعاً نحو الهيئة الانسانية بأداء واجبه والمساهمة بما يحتاج اليه المجموع فهو مدين لغيره كما انه دائن لجميعهم وكل ذلك يتحقق عن طريق اللزوم والالزام الذي محوره العقد.

وفي العد والعقود سنتناول بحول الله عيوب الرضى في القانون المغربي، باعتبار الرضى اهم ركن من أركان العقد.



## مصادر البحث :

- العقود في الفقه الاسلامي للاستاذ عبد الرحمن الصابوني.
- المعاملات في الشريعة الاسلامية للأستاذ أحمد ابو الفتوح.
- النظرية العامة للعقود والموجبات للاستاذ صبحي المحمصاني.
- اصول القوانين للاستاذ عبد الرزاق السنهوري.
- المعاملات في الفقه الاسلامي للاستاذ علال الفاسي.
- نظرية الالتزامات والعقود للدكتور مأمون الكزبري.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي.



م. 70 → م. 75  
007590-AR

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007590-AR  
تاريخ 19/14/07  
جذينة AR

## عقد الايجار في شريعة الاسلام

الدكتور محمد سيد طنطاوي

وجه الله تعالى - الناس في هذه الحياة، وسخر بعضهم لخدمة بعض، بحيث لا يستطيع احدهم ان يعيش في عزلة عن غيره، بل لا بد من وجود التعامل بينهم في شتى مطالب الحياة.

وهذا معنى قولهم : « الانسان مدني بطبعه » اي : انه محتاج في غذائه، وشرايه، وكسائه، ودوائه وفي غير ذلك من شؤون حياته، الى من يعاونه في الحصول على تلك الضرورات التي متى فقدها، اضطرت حياته، واصابها الخلل والضعف ورحم الله القائل :

الناس للناس من بدو وحاضرة بعض لبعض وان لم يشعروا خدم.

تعدد المعاملات وتنوعها في شريعة الاسلام

ومن مزايا شريعة الاسلام انها لم تقصر التعامل بين الناس على معاملة واحدة او معاملتين وانما اباحت لهم الوانا من المعاملات قد يزيد عددها على العشرين، تيسيرا عليهم ورحمة بهم ، ورفعا للحرج عنهم.

ومن هذه المعاملات : عقود البيع والشراء والرهن والوكالة والصلح والسلم والحوالة، والكفالة والمساقاة والمشاركة والمضاربة، الى غير ذلك من ألوان التعامل التي فصل الفقهاء الحديث عنها تفصيلا جامعا لاطرافها، ومانعا للخلط بينها.

وجميع عقود المعاملات في شريعة السلام لها أسس ثابتة تقوم عليها من أهمها : الصدق والعدل والبعد عن الظلم والجور، ولها قواعد عامة لا تصح إلا بها، ومن أهمها : أن يكون المتعاقدان اهلا لاجراء ما يريدان التعاقد عليه، فلا يصح التعاقد مع صبي او مجنون، وان يكون المعقود عليه صالحا لاجراء العقد عليه، فلا يصح - مثلا- تأجير المساجد للسكنى لان المساجد ليست محلا للاجارة وإنما هي محل للعبادة، وان يكون العقد قد تم بالتراضي المشروع بين الطرفين دون اكراه او قسر، لان الاكراه للطرفين او لاحدهما يفسد العقد، وان يكون عقد التعامل من العقود التي احلها الله - تعالى - وألا يشتمل على شرط يحل حراما او يحرم حلالا، وألا يشتمل كذلك على غرر او جهالة او خداع يؤدي الى المنازعة والخسومة، هذه باختصار أهم القواعد العامة لعقد التعامل بين الناس في شريعة الاسلام. ثم ينفرد كل عقد بعد ذلك بما يناسبه من شروط وأحكام، وبما يميزه عن غيره.

فمثلا عقد البيع معناه : مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا، اما عقد الشراء فمعناه، اخذ الشيء بثمن او معاوضة سلعة بمال، وعقد الرهن معناه : حبس شئ له قيمة مالية على سبيل الضمان للحقوق والديون، أما عقد الوكالة فمعناه : ان يقيم الانسان غيره مقام نفسه فيما يقبل الانابة من الامور.

وهكذا نجد ان لكل عقود المعاملات طبيعته وخصائصه وشروطه التي تميزه عن غيره.

### عقد الايجار

ومن العقود التي اباحتها شريعة الاسلام - والتي لها طبيعتها وخصائصها وشروطها التي تميزها عن غيرها عقد الاجارة - ولفظ الاجارة مأخوذ من الاجر بمعنى العوض، ومنه سمي الثواب اجرا، ومعناها شرعا : عقد يفيد تمليك المنافع بعوض، ولان محل هذا العقد المنفعة فقد تميز عن عقد البيع الذي محله تمليك العين للغير تمليكا تاما بعوض والمنفعة في عقد الاجارة قد

يكون منفعة عين، كاستئجار المساكن والاراضي الزراعية ووسائل المواصلات وقد تكون منفعة عمل، مثل عمل الطبيب والمهندس والخياط وما يشبه ذلك. والمالك الذي يؤجر ما يملكه لغيره لكي ينتفع به يسمى مؤجرا، والطرف الاخر الذي يدفع الاجر في مقابل ما ينتفع به يسمى مستأجرا. والشيء المعقود على منفعته يسمى مأجورا، والمال الذي يدفع في مقابل المنفعة يسمى اجرا واجرة.

ومتى استوفى عقد الاجارة شروطه ثبت للمؤجر ملك الاجرة وثبت للمستأجر ملك المنفعة.

### عقد الاجارة ثابت بالكتاب والسنة والاجماع

ومن الآيات القرآنية التي أباحت عقد الاجارة قوله - تعالى - « قالت احدهما يا أبت استاجر ان خير من استأجرت القوي الامين » (سورة القصص : الاية 26 ) وحكمة مشروعيتها : تلبية حاجة الناس اليها في شؤونهم الدنيوية المتنوعة، فهذا في حاجة الى استئجار المساكن، واخر في حاجة الى استئجار الأراضي، وثالث في حاجة الى استئجار من يقوم له بإعداد مطعمه ومشربه ودوائه وتنقلاته، وغير ذلك من مطالب حياته.

### من أحكام عقد الاجارة ومميزاته

تنطبق على عقد الاجارة القواعد العامة التي لا تصح العقود إلا بها، بأن يكون المتعاقدان أهلا لاجرائه، وان يكون الشيء المعقود عليه صالحا لاجراء العقد عليه، وان يكون من العقود المباحة شرعا، وألا يشتمل على شرط يحل حراما أو يحرم حلالا، وان يكون خاليا من الغرر والجهالة والخذاع، وان يتم برضا المتعاقدين واختيارهما المطلق، امثالاً لقوله - تعالى - « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (النساء:29). وينفرد عقد الاجارة بعد ذلك بأحكام وشروط ومميزات من أهمها:

تحديد مدة عقد الاجارة تحديدا واضحا للمؤجر وللمستأجر كان يقول المؤجر للمستأجر : اجرتك هذه الدار لكي تسكنها لمدة شهر او سنة او أكثر او أقل، ويتفق الطرفان على ذلك ...

وقد اشار القرآن الكريم الى هذا التحديد للمدة في قوله - تعالى -  
حكاية عن الرجل الصالح نبي الله شعيب عليه السلام الذي قال لموسى - عليه السلام - « قال اني اريد ان أنكحك احدي ابنتي هاتين على ان تاجرني ثمانين حجج - أي سنين - فإن اتممت عشرا فمن عندك، وما اريد أن أشق عليك ستجدني ان شاء الله من الصالحين » (القصص : 27).

وهذا التحديد لمدة عقد الاجارة ابتداء وانتهاء، شرط اساسي من شروطه، ويفسد عقد الاجارة بعدم وجود هذا التحديد لمدته ابتداء وانتهاء، لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما.

فإذا ما انتهت المدة انتهى عقد الايجار، ويجوز تجديده لمدة اخرى معلومة - ايضا - بدايتها ونهايتها للطرفين، ولكل واحد منهما حرية التجديد او عدمه. وان اختلفا وكان من رأي المالك عدم تجديد عقد الاجارة، فرأيه هو المعتبر لانه هو صاحب الحق، ولان العقد لا يتم الا بالتراضي من الطرفين، قال امام الحرمين : « ذهب المحققون من أئمتنا الى قطع القول بأن مدة الاجارة مردودة الى التراضي، ولا نص فيها ولا ضبط ولكن يجب كل شيء بمدة يعلم بقاؤه فيها او يظن ذلك، فإذا انتهت المدة المحددة لعقد الاجارة وأراد المستأجر امتداد العقد، فلا يجوز ذلك إلا بموافقة المؤجر».

والخلاصة ان عدم تجديد مدة عقد الاجارة ابتداء وانتهاء يؤدي الى فساد هذا العقد وبطلانه، لخروجه عن اخص خصائصه.

تحديد اجرة الشيء المستأجر تحديدا واضحا - ايضا - لان هذه الاجرة او القيمة عوض عن المنفعة، فوجب ان تكون معلومة كالثمن للمبيع. وقد روي عني النبي - صلى الله عليه وسلم - انه قال : « من استأجر اجيرا فليعلمه اجره»

ولا شك ان عدم تحديد قيمة الاجرة للشيء المستأجر، يؤدي الى النزاع والخصام، وشريعة الاسلام تأبى ذلك.

ودفع قيمة الاجرة للشيء المستأجر يكون على حسب اتفاق الطرفين وتراضيهما في حدود الحق والعدل والسماحة دون ظلم او تعنت من احد الطرفين للاخر، يرى جمهور الفقهاء ان عقد الاجارة لا يفسخ بموت العاقدين او احدهما، بل يستمر عقد الاجارة الى حين انتهاء مدته المحددة، ويخلف المستأجر ورثته في استيفاء المنفعة لما حين انتهاء مدة عقد الاجارة وذلك لانه باستكمال شروط عقد الاجارة يكون المستأجر قد ملك منفعة العين المؤجرة في المدة كلها فإذا مات عما بقي منها مات عما ملك، فتنتقل هذه المنفعة الى ورثته الى حين انتهاء مدة عقد الاجارة.

اذما مات المؤجر قبل انتهاء مدة عقد الاجارة، فان العين المؤجرة تنتقل ملكيتها الى ورثته مسلوبة المنافع حتى تنتهي مدة عقد الاجارة، وذلك لأن تلك المنافع بيعت للمستأجر واصبحت في حيازته وعند انتهاء عقد الاجارة، اما ان يجدد ورثة المؤجر عقد الاجارة للمستأجر او لورثته في حال وفاته واما ان يرفضوا هذا التجديد، وفي هذ الحالة يلزم ورثة المستأجر ان يسلمو للعين المستأجرة لورثة المؤجر، ولا يجوز شرعا ان يورث عقد الاجارة بعد انتهاء مدته لورثة المستأجر، إلا اذا رضي ورثة المؤجر تجديد عقد الاجارة.

عقد الاجارة متى تم بالتراضي بين المؤجر والمستأجر، واستوفى شروطه واحكامه، صار عقدا لازما ومحترما، ولا يملك احد المتعاقدين فسخة قبل انتهاء مدته لانه عقد معاوضة، اللهم إلا اذا حدث ما يوجب فسخه، كهلاك العين المؤجرة هلاكا يمنع الانتفاع بها من جهة المستأجر، او اذا اتفق الطرفان على انهائه بطريقة يرتضيانها، وليس فيها ما يتنافى مع مكارم الأخلاق، ومع الاحكام الشرعية. وعند انتهاء مدة عقد الاجارة، يجب على المستأجر رد العين المستأجرة فإن كانت من المنقولات سلمها لصاحبها، وان كانت من العقارات سلمها لملكها خالية من متاعه.

وفي حالة تجديد عقد الاجارة لمدة معلومة قادمة، يجوز للمؤجر ان يؤجر ما يملكه للمستأجر السابق او لغيره بأجر جديد يزيد على الاجر السابق او ينقص عنه او يساويه. كما أن للمستأجر كامل الحرية في قبول الزيادة على الاجرة السابقة او رفضها على حسب ما يراه مصلحة له. اذ تحديد الاجرة في عقد الاجارة يختلف زيادة ونقصانا باختلاف الظروف والاحوال وتقلبات الاسعار، وقانون العرض والطلب والتراضي المطلق بين الطرفين.

عن صحيفة الميثاق الوطني

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007591 تاريخ 17/10/07  
جديدة

p. 76 → p. 86  
007591-Ar

## الردة والزندقة بين الفقه والتشريع

ذ. خالد بنيس

### تعريف الردة والزندقة

الردة هي ترك دين الإسلام إلى دين آخر، والزندقة هي إظهار الإسلام وإخفاء الكفر. وتكون الردة صريحة كما يظهر من فعل المرتد عن دين الإسلام إلى الديانة المسيحية أو اليهودية أو المجوسية، أو إنكار الألوهية أو الإشارك بالله تعالى أو عدم الإيمان برسله وكتبه (1). وتكون ضمنية في حالات أخرى، بحيث تنكشف من خلال أقوال أو أفعال أو كتابات تدل دلالة قطعية على كفر صاحبها. وذلك مثل السب والاستهزاء بالله العظيم أو القرآن الكريم أو الديانات السماوية، أو ادعاء النبوة أو الطعن في أسماء الله الحسنى وأوامره ونواهيه عمدا (لا جهلا). حيث أكره عمار بن ياسر على التلفظ بكلمة الكفر، فنطق بها بعدما قتل المشركون أبويه أمام عينيه بسبب امتناعهما. فشكا أمره للنبي، فقال له: كيف تجرد قلبك؟ قال: مطمئن بالإيمان. فقال الرسول: إن عادوا فعد، وأنزل الله العدل في ذلك الآية 106 من سورة النحل «من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مغمضين بالإيمان ولكن من شرخ بالكفر صدورا، فعليه غضب من الله ولهم عذاب عظيم» (2).

(1) الآية 285 من سورة البقرة « آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون، كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله، لا نفرق بين أحد من رسله، وقالوا سمعنا وأطعنا، غفرانك ربنا وإليك المصير».

(2) فقه السنة للشيخ سيد سابق، ج 2 ص 381.

هذا، ويعتبر الفقهاء - اتفاقاً - مرتداً كل من حرم حلالاً أو حلل حراماً، كمن يقول بأن السرقة حلال أو أن الصيام حرام... لكن عدم القيام ببعض الواجبات كالحج والصيام، أو عدم ترك بعض المحرمات كالزنى وشرب الخمر، لا يعتبر مرتكبها مرتداً لأن المسلم إنسان كباقي البشر ينتظر منه بقوة طبعه الذي خلق عليه ارتكاب المعاصي. ولقد ورد في الحديث « إن لم تذبوا وتستغفروا، يذهبكم الله ويأتي بقوم آخرين يذنبون ويستغفرون، فيغفر الله لهم».

والزنديق بكل بساطة هو المنافق الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر، كمن لا يؤمن بالله أو بأحد رسله أو بالقرآن، ولا يجهر بذلك خوفاً أو ضعفاً، لذلك يعتبر الإمام مالك الزندقة وجهاً من أوجه الردة. حيث ورد في الموطأ تحت عنوان: القضاء فيمن ارتد عن الإسلام « أن المرتد من خرج من الإسلام إلى غيره مثل الزنادقة وأشباههم، فإن أولئك إذا ظهروا قتلوا ولم يستتابوا لأنه لا تعرف هويتهم، وأنهم كانوا يسرون الكفر ويعلمون الإسلام، وأما من خرج من الإسلام إلى غيره وأظهر ذلك فإنه يستتاب».

ولقد ورد في الجزء الخامس المتعلق بالحدود من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزيري أن المالكية والشافعية قالوا بأن المرتد يستتاب ثلاثة أيام، فإن بقي على كفره قتل، بينما قال سيدنا علي كرم الله وجهه أنه يستتاب شهراً<sup>(3)</sup>. لكن بعض الحنابلة قالوا: يعرض عليه الإسلام، فإن قبل ترك وإلا وجب قتله حالاً. ويسير في هذا الاتجاه الحنفية الذين قالوا بأن عرض الإسلام على المرتد مستحب وليس واجباً لقوله تعالى « فاقتلوا المشركين» دون قيد أو إهمال. فإن كان للمرتد شبهة أبداها كي يزاح عنه الحد، كمن قال بأن الزنى أو تناول الخمر حلال، وكان حديث عهد بالإسلام لا يميز بين الحلال والحرام.

(3) القوانين الفقهية لابن جزي، ص 239.



ولقد تطرق الأئمة للكذب والسب الموجه لله والرسول والملائكة، فقال المالكية (4) والحنابلة أن من سب الانبياء والملائكة يقتل حالا، ولا تقبل فيه توبة لأنه من حقوق الله. واعتبروا مرتكب هذه الجريمة زنديقا، لا يعذر عن فعله بسكر أو تهور أو غيظ. ومعلوم أن رجال القانون والقضاء يعتبرون الجريمة التي يرتكبها السكران تتوفر علي القصد العام اللازم لوجود الركن المعنوي لأن من يتناول الخمر ثم يرتكب جنابة القتل أو الاغتصاب فإنه لا يعذر بكونه كان في حالة سكر، ما دام كان يعلم مسبقا العواقب الوخيمة للخمر. أما الشافعية والحنفية فيقولون بأن مرتكب مثل هذا السب لا يقتل إذا تاب، وإنما يجلد (80 جلدة لان الردة ترتفع حينئذ بعودته للإسلام. في حين قال بعض الأئمة أن سب الله تقبل فيه التوبة لأنه منزه عن حقوق النقص به، خلافا للانبياء والملائكة! (5).

### إثبات الردة والزندقة

إن الزندقة في حقيقة أمرها أشد أنواع الردة، لذا ميز بينهما بعض الأئمة والفقهاء. بينما أدرج الإمام مالك الزندقة ضمن ما رواه عن الردة، مع اختلاف حول قبول التوبة وإقامة الحد.

وتثبت الردة اتفاقا بشهادة رجلين عدلين، ولا بد من اتحادهما معا في شهادتهما، بحيث تأتي متوافقة في مضمونها من غير تناقض حول فعل أو قول المرتد (أو الزنديق) بكل دقة، وإلا سألهما القاضي عن ذلك. ولقد روي أن مالكا قال « من صدر عنه ما يحتمل الكفر في تسعة وتسعين وجها، ويحتمل الإيمان من وجه، حمل أمره على الايمان » أي أن الشك يفسر لمصلحة المتهم كما هو متعارف عليه فقها وقضاء. ومعلوم أن من ثبتت رده فإنه يستتاب، بحيث

(4) موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، ص 404.

(5) الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزيري، ج 5 ص 428.

- الآية 108 من سورة الأنعام « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم... ».

يعرض عليه الإسلام، فإن قبل ترك وإلا قتل. وتكون التوبة بذكر : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، ثم يتوب عن الفعل الذي ارتكبه أو يعترف بما أنكره حسب الأحوال.

### حكم المرتد أو الزنديق في الفقه الإسلامي

إن حكم المرتد أو الزنديق غير التائب نجد سنده في قول الله تعالى «ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» وقول الرسول ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه ». ولقد ألع الإمام مالك وجمهور الفقهاء على أن حكم المرتدة هو القتل كما هو الأمر بالنسبة للرجل لان النساء شقائق الرجال في الأحكام بالقياس مع رجم الزانية المحصنة، وهذا خلافا لرأي سيدنا علي كرم الله وجهه بأنها تسترق، أو قول أبي حنيفة وغيره بأنها تحبس وتضرب حتى تسلم (6).

والزنديق أو المرتد لا يغسل ولا يكفن ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين، كما أن متروكه يكون فيئا لبيت المال فلا يرثه أقاربه، لقول الله تعالى « ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره، إنهم كفروا بالله ورسوله وماتوا وهم فاسقون ». وقول الرسول ﷺ « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر »، وهو ما نص عليه الفصل 228 من المدونة بقوله « لا توارث بين مسلم وغير المسلم ». كما أن الفصل 5/29 من نفس القانون يحرم حرمة مؤقتة زواج المسلمة بغير المسلم إلا إذا أسلم، أو تاب إن ارتد بعد إسلامه.

وتجدر الإشارة إلى أنه ورد في بعض كتب الفقه أن قتل الزنديق واجب اتفاقا بين الأئمة، بحيث لا يستتاب، لكن ورد في مصادر أخرى أن المالكية والحنابلة هم الذين قالوا بذلك. هذا، ونقرأ في الصفحة 240 من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي « وأما من سب الله تعالى أو النبي ﷺ أو أحد من الملائكة

(6) القوانين الفقهية لابن جزي، ص 239.

أو الأنبياء، فإن كان مسلما قتل اتفاقا، واختلف هل يستتاب أم لا، فعلى القول بالاستتابة تسقط عنه العقوبة إذا تاب وفاقا لهما، وعلى عدم الاستتابة - وهو المشهور- لا تسقط عنه بالتوبة كالحُدود». في حين قال الحنفية والشافعية بأنه لا يقتل إذا تاب، وإنما يجلد 80 جلدة لان الردة ارتفعت بتوبته. ويبقى قول الله الحكيم «إن الله لا يغفر أن يشرك به، ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء» كما أن المرتد الذي يعاقبه الله بالخلود في النار هو الذي يموت وهو على كفره، حسبما يتجلى من الآية السابق ذكرها «ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر...» (7).

### حكم الردة والزندقة في التشريع

إذا رجعنا إلى التشريع المغربي نجد كل الدساتير السابقة نصت في طبيعتها على أن «المملكة المغربية دولة إسلامية». كما ينص الفصل السادس من الدستور الحالي على أن «الاسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية» وحرية ممارسة الدين هذه لا تعني إطلاقا إباحة سب الله تعالى أو ديننا القويم أو رسولنا الصادق الأمين. ذلك أن هذه الحرية في أوسع معانيها وأبعد حدودها- من باب الاجتهاد في التفسير والتأويل - يجب أن تظل في إطار احترام كون «الاسلام دين الدولة». وهذا ما أكده جلالة الملك يوم 8 ماي 1990 بمناسبة إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الانسان، حيث قال «فإذا كان المس بالله - وأستسمح الله - أو المس بالوطن أو الملك أو بمعتقداتنا

(7) الآيات 145 إلى 147 من سورة النساء «إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ولن نجد لهم نصيرا، إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين، وسوف يؤت الله المؤمنين أجرا عظيما. ما يفعل الله بعذابكم إن شكرتم وآمنتم، وكان الله شاكرا عليما».

- الآيات 73 و74 من سورة التوبة «يا أيها النبي، جاهد الكفار والمنافقين واغلب عليهم، وماؤم جهنم وبئس المصير. يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهموا بما لم ينالوا، وما نعلموا إلا أن أغناهم الله ورسوله من فضله، فإن يتروا بك خيرا لهم، وإن يتولوا يعذبهم الله عذابا أليما في الدنيا والآخرة، وما لهم في الأرض من ولي ولا نصير».

ووطننا ودستورنا يعتبر كجريمة سياسية، فأنا أقول حسب مفهومي - ولا أريد أن أكيفكم- أن من المسلمين من أصبح يخرج في البلاد ويقول : اعتنقوا ديننا غير دين الإسلام، فقبل أن يستتاب يعرض علي هيئة أطباء حتى يروا هل هو ثابت العقل أم لا، فإذا استتيب وبقي مستمرا ومصرا على الدعوة الى دين غير دين الاسلام، فيحكم عليه».

لكننا عندما نرجع إلى فصول القانون الجنائي نجدها خالية من أي نص يجرم ويعاقب صراحة على السب والقذف الموجه لله العلي العظيم وللرسل للدين. وهذا ما يتجلى من خلال قراءة الفصول 220 إلى 223 منه، والتي تطرقت للجرائم المتعلقة بالعبادات. وكل ما هنالك أن الفصل 442 من نفس القانون عرف القذف بقوله « يعد قذفا ادعاء واقعة أو نسبتها إلى شخص أو هيئة، إذا كانت هذه الواقعة تمس شرف أو اعتبار الشخص أو الهيئة التي نسبت إليها». كما أن الفصل 443 بعده يعرف السب بقوله « يعد سبا كل تعبير شائن أو عبارة تحقير أو قرح لا تتضمن نسبة أي واقعة معينة».

أما الفصل 444 الموالي فقد تطرق للقذف والسب العلني المعاقب عليهما بمقتضى ظهير 1958/11/15 المعتبر بمثابة قانون الصحافة، والذي يعاقب الفصل 48 منه على السب العلني المرتكب بإحدى الوسائل المنصوص عليها في الفصل 38 قبله. وتنص الفقرة الأخيرة من الفصل 48 على أنه. «إذا لم يكن السب علانيا فيعاقب مرتكبه بغرامة يتراوح قدرها بين 2000 فرنك و24000 فرنك». علما بأن الفصل 30 من ظهير 1974/7/15 المتعلق بمحاكم الجماعات والمقاطعات يعاقب مرتكبي السب غير العلني بغرامة تتراوح بين 20 و200 درهم، وهو الواجب التطبيق لانه صدر بتاريخ لاحق. كما نزع اختصاص البث في هذه المخالفة عن المحاكم الابتدائية، إلا إذا بث في شأنها القاضي بوصفه حاكما أو إذا كانت مع جنحة أو مخالفة أخرى معاقب عليها بالحبس كالتالي ينص عليها الفصل 608 من القانون الجنائي.

ولعل المشرع المغربي لم ينص على جريمة سب الله والدين والرسول رغم قداحتها من جميع الجوانب، ربما لأنه وقع له سهو أو لم يخطر على ذهنه - أثناء إعداد فصول القانون الجنائي - أن من « المسلمين » في دولة إسلامية من سيرفع صوته صائحا يوما ما بسب الله العظيم أمام الملأ بكل وحشية وهمجية لا مثيل لها في تاريخ الانسانية، حتى البدائية. وهذا ما أصبح يقع حتى في الأماكن العمومية الرئيسية الأكثر ازدحاما، دون أدنى خوف من الله القوي شديد العقاب، ولا من العباد الذين يتسرب الذعر إلى قلوبهم ويصيبهم الهلع من هول ما أصبحوا يرون ويسمعون. بل صار الناس يخافون - كلما أرادوا تغيير هذا المنكر ولو بواسطة اللسان - أن يطرهم مثل هؤلاء المجرمين بوابل من ذلك السباب، بغض النظر عما قد يتعرضون له من اعتداء شنيع حتى بواسطة السلاح الأبيض أو العصي أو الأحجار. لذا قال الرسول ص عن الأشرار « إن من شر الناس من اتقاه الناس لشره ».

والمصيبة العظمى هي أن هذه الظاهرة بدأت تشيع أكثر، وأصبحت آفة معدية اعتادها الكثير من الصغار والكبار، وحتى من النساء. الشيء الذي يوجب حتما إضافة فصل أو فصول الى التشريع الجنائي تجرم وتعاقب كل من ارتكب هذه الجريمة الشنيعة (التي تعتبر في مقدمة الموبقات السبع وأكبر الكبائر عند الله تعالى) ولو عن طريق الاجتهاد، كما هو الرأي عند الحنفية والشافعية الذين قالوا بجلد الزنديق (80 جلدة إذا تاب. وعليه، يجب إيجاد عقوبة صارمة تكون بالحبس والغرامة النافذين وجوبا، دون أن يعذر في ذلك الجاني بسبب غضب أو تهور أو سكر أو تناول المخدرات، وفقا لرأي المالكية والحنابلة. إذ المعروف شرعا وقانونا وقضاء أن القصد العام يكون متوفرا دائما في حالة السكر أو ما شابه ذلك، لان من يتناول الخمر (مثلا) يعلم بأنه قد يفقد صوابه وقد يرتكب أي جرم. كما أنه لا يمكن القول بعدم معاقبة من تاب، لانه في أيامنا هذه التي ضعف فيها الوازع الديني لدرجة يكاد ينعدم فيها لايمان بالدار الآخرة وعذاب القبر وجهنم، قد نجد من يصلي في المسجد بانتظام كأنه من عباد

الله الصالحين. فإذا وقع له أدنى نزاع مع شخص ما، سب الله رب العرش العظيم. فهو بصلاته كمن يستهزئ بالله والدين لانه من المنافقين الذين يبشروهم الله بالدرك الأسفل من جهنم خالدين فيها لا يخفف عنهم العذاب أبدا والعياذ بالله. وقد يدعي بعض هؤلاء المجرمين التوبة عند إقامة الحد عليه رغم أنه يخفي في نفسه العداة للإسلام والمسلمين، لقوله تعالى في الآية 17 من سورة النساء: «إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة...».

وحسب رأيي، في حالة عدم إصدار فصل يعاقب مرتكب هذه الجريمة فإنه يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 60 من قانون الصحافة، والذي ينص على أنه «تطبق نفس العقوبات على كل من يسمع الناس علانيا أغنيات أو صيحات أو خطبا تتنافى والأخلاق الحسنة». وطبعاً فإن قول المشرع هنا «... صيحات...» تتنافى والأخلاق الحسنة» لا يعني بها سوى أقوال ساقطة أو مخالفة للدين بصوت مرتفع، لانه لا يقبل عقلا ولا عادة ولا قضاء - أنه يعني بها من صاح فقط. ذلك أن مرتكبي «الضجيج أو الضوضاء» يعاقبون بمقتضى الفصل 23/609 من القانون الجنائي بغرامة تتراوح بين 10 و120 درهم فقط. بينما جنحة الصيحات المنافية للأخلاق الحسنة نجد عقوبتها في الفصل 59 من قانون الصحافة، وهي سجن تتراوح مدته بين شهر واحد وستين وغرامة من 120 إلى 6000 درهم. وهذه العقوبة كافية نسبياً لردع مرتكب هذه الجريمة، وحماية الشعور الديني لدى كل الناس الذين يتألمون ألماً شديداً يرافقه الحسرة والأسف كلما سمعوا سب الله والرسول والأديان علانية، مهما كانت ديانتهم.

وغني عن الذكر أن حسن الخلق هو عماد كل الأديان، ذلك أن الأخلاق الفاضلة لها مظهر خارجي هو الحياء، وعنصر باطني هو حسن الطوية. والدليل الشرعي على هذا الرأي هو قول الرسول ﷺ «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» و«ما من شيء أثقل في الميزان من حسن الخلق» أي أن أفضل الأعمال «حسن الخلق» و«أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم أخلاقاً» وإن أكثر ما يدخل الجنة «تقوى الله وحسن الخلق» و«إن من أحبكم إلي وأقربكم مني مجلساً يوم القيامة

أحسنكم أخلاقاً» و«لكل دين خلق، وخلق الإسلام الحياء». وبالتالي فإن «الدين كله في الحياء» كما يتجلى بكل وضوح من هذه الأحاديث الشريفة. حيث إن من لا يستحي لا ينفع معه النصح ولا الهدي بكتاب الله وسنته، لذلك قال سيدنا محمد ص «إن لم تستحي فاصنع ما شئت».

وعليه، فإنه لا ينفع لين ولا رأفة مع من لا يحترم الله العلي بجلاله وقدسيته، ولا رسوله الصادق الأمين ودينه الحنيف، ويؤذي العباد دون أدنى حياء أو خوف من عذاب الدنيا والآخرة. علماً بأن قضاتنا المغاربة كانوا يحكمون بالحبس النافذ لمدة تتراوح ما بين 3 و6 أشهر على كل من سب أو قذف مقدسات الإسلام. في عهد الحماية، حسبما بلغ إلى علمي عن طريق كثير من الناس.

وبالتالي تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 483 من القانون الجنائي المتعلق بجنحة الاخلال العلني بالحياء لأنها تتعلق فقط بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارة أو الأفعال، دون أن تتعرض للأقوال المنافية للأخلاق الحسنة، حسبما دأب عليه الاجتهاد القضائي. ذلك أنه ورد في الصفحة 339 من دليل القانون الجنائي المغربي (الصادر عن جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية بالمعهد الوطني للدراسات القضائية) أن الأفعال يستثنى منها الكلام عند تطبيق هذا الفصل. وهذا رغماً عن أن اللغويين عرفوا الفعل بأنه هو ما يدل على حالة أو حدث مقيد بزمن، مثل قال وقرأ وكتب. ولقد ورد في شرح الفعل بأنه عمل أو حركة أو حدث، ومنه فعلة وهي العمل المستنكر كما في قوله تعالى « وفعلت فعلتك التي فعلت وأنت من الكافرين»<sup>(8)</sup>. ولولا الاتجاه أو التفسير القضائي الضيق للفصل 483 المذكور، لأمكن القول بأن السب والقذف الموجه لله أو الدين أو الرسول يدخل ضمن

(8) المعجم العربي الأساسي، ص 943.

- يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 482 ق ج في حالة صدور مثل هذا السب من طرف أحد الأبوين أمام كل أو بعض أولاده الصغار، حيث يكون حينئذ قد ارتكب جنحة إعطاء القدوة السيئة.

الأفعال المخلة بالحياء العلني، باعتبار المعنى اللغوي لكلمة « الفعل ». كذا من الناحية القانونية لأن السب أو القذف - في هذا الصدد - يعتبر من الأفعال المخلة بالحياء العلني، مادام « الدين كله في الحياء » كما ورد في الحديث، وما دام الاعتداء في موضوعنا يرتكب بصفة علانية مخالفة لما هو منصوص عليه بالفصل 48 من ظهير 1958/11/15. وتفصيل ذلك بايجاز كالآتي :

1 - إن السب أو القذف موضوع بحثنا موجه لله أو الرسول أو الدين، وليس إلى المؤسسات أو الأشخاص الوارد ذكرهم في الفصلين 45 و46 من ظهير 1958.

2 - إن السب أو القذف موضوع بحثنا - لا يشترط لقيام الجريمة فيه أن يكون بإحدى الوسائل المنصوص عليها بالفصل 38 من ظهير 1958. وإنما يكفي فيه بالعلانية كيفما كان مظهرها أو مكانها، ولو في منزل أمام جمع من الناس، كأربعة من بينهم الجاني والضحية وشاهدان ( تمشياً مع الفقه الاسلامي ).  
وبديهي أن الإسلام لا يرضى أن يصير الدين ألعوبة، وهذه القاعدة يؤخذ بها كمبدأ ساري المفعول لدى سائر الأنظمة السياسية التي تتشبت (رغم اختلافها) بحق معاقبة كل من يخونها أو يتمردها. وعليه، فإن لم يكن هناك تشريع حول عقوبة المرتد، فالأولى منع هذا التهجيم على مقدساتنا بالتشريع المحكم، بدل أن يترك الحال على وضعه الراهن دون قيود تضبطه<sup>(9)</sup>.  
علما بأن المشرع المغربي يعاقب في باب العبادات على ما هو أدنى بكثير من الردة والزندقة، حيث نجد العقوبة بالغرامة والحبس من شهر إلى ستة أشهر بالنسبة لجنحة التجاهر بالافطار في رمضان عملاً بالفصل 222 من القانون الجنائي. رغم أن حكم الشرع لا يقضي سوى بالقضاء والكفارة بحسب اختيار الأثم بين العتق أو الاطعام أو الصوم ... وآخر الكلام قول الله القدس « إن الشرك لظلم عظيم » والعياذ بالله.

(9) الانتماء في ظل التشريع الإسلامي للدكتور عبد الله مبروك النجار، ص 158 إلى 160.



## المراجع

- الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزيري، ج 5.
- فقه السنة للشيخ سيد سابق، ج 2.
- موطأ الامام مالك.
- منهاج المسلم لأبي بكر جابر الجزائري.
- القوانين الفقهية لابن جزي.
- الانتماء في ظل التشريع الاسلام للدكتور عبد الله مبروك النجار.
- دليل القانون الجنائي المغربي. (الصادر عن جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية).
- المعجم العربي الأساسي (الصادر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والتعليم).
- الدستور المغربي.
- ظهير 1958/11/15 المتعلق بالصحافة.
- مدونة الأحوال الشخصية.

p. 87 → p. 99  
007592 - Ar

المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ  
رقم 007592 تاريخ 11/10/07  
جريدة Ar

## آثار التقييد الاحتياطي على طلب الشفعة في عقار محفظ

الأستاذ : محمد محجوبي

قاض بالمحكمة الإدارية بالرباط

قبل الحديث عن آثار التقييد الاحتياطي على طلب الشفعة، لابد من تعريف التقييد الاحتياطي وتحديد حالاته.

ومن تم يقسم هذا الموضوع إلى مبحثين : الأول يتعلق بتعريف التقييد الاحتياطي وتحديد حالاته، والثاني يخص لآثاره على طلب الشفعة في عقار محفظ.

### المبحث الأول

#### تعريف التقييد الاحتياطي وتحديد حالاته

#### المطلب الأول : تعريف التقييد الاحتياطي

خصص المشرع المغربي للتقييد الاحتياطي أربعة فصول بداية من الفصل 85 إلى الفصل 88 من ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913م) بشأن التحفيظ العقاري<sup>(1)</sup>، دون أن يعطيه تعريفاً، بل ترك ذلك للعمل الفقهي.

(1) نص الفصل 85 على أنه : " يمكن لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق.

وفي غير الحالات التي يطلب فيها التقييد الاحتياطي بمقتضى سند، يجب أن يؤيد طلب هذا التقييد إما بنسخة من المقال المرفوع لدى القضاء قصد إثبات الحق وإما بأمر قضائي صادر من رئيس المحكمة الابتدائية " التي يوجد العقار في دائرتها.

هذا، وإن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق".

ونص الفصل 86 على أنه : " إذا طلب التقييد الاحتياطي بموجب إذن من رئيس المحكمة الابتدائية"، =

وهكذا عرفه أستاذنا الدكتور مامون الكزبري بقوله : "التقييد الاحتياطي هو إجراء يقوم به صاحب حق تعذر عليه تسجيله لسبب من الأسباب، ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التسجيل عند زوال المانع، وذلك بأن يضع قيوداً تحفيظاً على رسم التمليك وعلى نسخة هذا الرسم، يتضمن الإشارة إلى الحق الذي يدعيه والذي امتنع عليه تسجيله في الوضع الحاضر لقيام مانع حال دون ذلك" (2).

وعرفه الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي بقوله "التقييد الاحتياطي هو إجراء أو تحفظ للتقييد النهائي في المستقبل، يضمن حقوقاً في طور التأسيس أو حقوقاً لم تكتمل بعد شروطها القانونية، أو دعاوى عقارية" (3).

واستناداً إلى هذين التعريفين، وإلى نص الفصل 85 أعلاه، يمكن تعريف التقييد الاحتياطي بأنه "إجراء يتخذه المحافظ العقاري، بطلب ممن له الحق على عقار محفظ أو حق عيني عقاري، وذلك إما بناء على سند يبرره، أو بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، أو بناء على مقال الدعوى، إلى أن ينتهي مفعوله بالتشطيب أو يسجل الحق المطالب به بصفة نهائية على السجل العقاري الذي يرجع إلى تاريخ التقييد الاحتياطي.

### وبعد تعريف التقييد الاحتياطي، ماهي حالاته ؟

= = فإن مفعوله ينتهي إن لم ينجز التسجيل النهائي خلال ستة أشهر، أو لم تعيد دعوى بالمحكمة ولم يقع التنصيص عليها بالسجل العقاري خلال أجل شهر واحد " ونص الفصل 87 على أن : " كل امر رسمي بحجز عقاري يجب أن يبلغ لحافظ الأملاك العقارية الذي يسجله بالرسم العقاري، وابتداءً من تاريخ التبليغ المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أي تسجيل جديد خلال مدة جريان مسطرة نزاع الملكية". وأخيراً نص الفصل 88 على أنه : " كلما ضمن تسجيل أو تقييد احتياطي برسم الملكية فإنه يجب أن يضمن في نفس الوقت بنسخة الرسم".

(2) التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول : التحفيظ العقاري للدكتور مامون الكزبري، ص 126 الطبعة الثانية 1987، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.

(3) انظر كتابه : التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، المطبعة الرئيسية بأكادير طبعة سنة 1984م، ص29.

## المطلب الثاني : تحديد حالات التقييد الاحتياطي

بالرجوع إلى الفصل 85 من ظهير 9 رمضان (4) فإن التقييد الاحتياطي يتم في إحدى حالات ثلاث : بناء على سند يبرره، أو بإذن من رئيس المحكمة الابتدائية، أو بمقتضى مقال الدعوى.

فلنتطرق إلى كل حالة على حدة :

## 1) التقييد الاحتياطي بناء على سند يبرره :

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 85 أعلاه (5) فإن المحافظ العقاري يقوم بتسجيل تقييد احتياطي على أي عقار محفظ، بطلب من يعنيه الأمر، مع ضرورة إرفاق الطلب بنظير الرسم العقاري، تطبيقاً لمقتضيات الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن المقتضيات الانتقالية لتطبيق ظهير 9 رمضان بشأن التحفيظ العقاري.

ومن تم فإن هذا التقييد يتم اتفاقاً بين الأطراف (بين طالب التقييد الاحتياطي وصاحب الحق العيني المطلوب التقييد الاحتياطي (5) ، بدليل ما نص عليه المشرع في الفصل 88 من ظهير التحفيظ العقاري (6) ، إذا لا يتصور عملياً أن يتم تضمين التقييد الاحتياطي على رسم الملكية وعلى نسخة الرسم أو نظيره دون أن يحصل طالب التقييد على نظير الرسم الذي يكون بحوزة المطلوب في التقييد الاحتياطي.

ويلتجأ إلى التقييد الاحتياطي في هذه الحالة عندما يتعذر على طالب التقييد الاحتياطي تسجيل حقه أصولاً في السجل العقاري، وكمثال على ذلك عقد البيع الذي يكون موضوعه عقاراً محفظاً، وقبل إتمام عملية البيع يلتجئ المشتري، بعد موافقة البائع، إلى التقييد الاحتياطي للحفاظ على حقه من

(4) راجعه في الهامش رقم (1) السابق.

(5) راجع ذ. محمد ابن الحاج السلمي في المرجع السابق، ص 78.

(6) راجع نص الفصل 88 في الهامش رقم (1) السابق.

الضياح، إن هو تراخى في التسجيل، مع ما لهذه العملية الأخيرة من آثار، ما دام العقار محفظاً (7).

## 2) التقييد الاحتياطي بناء على إذن من رئيس المحكمة الابتدائية :

نص على هذه الحالة الفصلان 85 و86 من ظهير التحفظ العقاري (8).

وبمقتضى ذلك، فإنه يحق لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يلتجئ إلى رئيس المحكمة الابتدائية من أجل الحصول على أمر يأذن بموجبه للمحافظ العقاري بالقيام بتقييد احتياطي على الرسم العقاري المعني بالأمر، مادام العقار المذكور يقع في دائرة اختصاص المحكمة الابتدائية التي هو رئيسها، وذلك حتى يمكن للطالب الحفاظ المؤقت على حقه الذي تعذر عليه تقييده بصفة نهائية.

وينتهي مفعول هذا التقييد الاحتياطي بمرور ستة أشهر على إنجازها، إن لم يتم التقييد النهائي ولم يتم تقييد دعوى بنفس المحكمة مع عدم التنصيص عليها بالسجل العقاري خلال أجل شهر واحد (9).

وجدير بالذكر أن أمر السيد رئيس المحكمة الابتدائية يصدر بناء على مقال من يعنيه الأمر، ويتم ذلك في غيبة الأطراف، كما أنه لا يدخل ضمن اختصاصاته كقاضي الأمور المستعجلة، بل "لكونه منح هذا الاختصاص بمقتضى نص خاص هو نص الفصل 85 من ظهير 9 رمضان" (10).

(7) حيث نص الفصل 2 من ظهير 19 رجب 1933 (2 يونيو 1915م) على ما يلي : " إن ضمان الحقوق العينية أو التكاليف العقارية، ولو بين الأطراف، لا يحصل إلا بإعلانها عن طريق تقييدها بصفة مرجزة في السجلات العقارية في الحساب الخاص، المتزوج لكل عقار، وكذا تقييد التغييرات الطارئة على هاته الحقوق، ويقع ذلك الإعلان من التحقيق من المستندات المدلى بها ".  
كما نصت على نفس القاعدة الفصول 65 و66 و67 من ظهير 9 رمضان 1331 (1913/8/12) بشأن التحفيظ العقاري ...

(8) راجعها في الهامش رقم (1) السابق.

(9) للمزيد من التفاصيل، يستحسن الرجوع إلى د. السلمي في المرجع السابق ص 78 وما بعدها.

(10) راجع د. مامون الكزبري في المرجع السابق ص 131.

وأمر السيد رئيس المحكمة الابتدائية هذا قابل للاستئناف داخل خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره طبقا للفصل 148 من قانون المسطرة المدنية، في حالة رفض الطلب<sup>(11)</sup>.

### 3) التقييد الاحتياطي بناء على مقال الدعوى :

بالإضافة الى الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري، فقد نص الفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التحفيظ العقاري على أن "الدعاوى الرامية الى استحقاق عقار أو إسقاط حق منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول له تجاه الغير إلا من اليوم الذي سجل فيه تسجيلًا منتظما العقد المتضمن صراحة الاحتفاظ بهذه الحقوق المبينة بأسمائها في العقد أو من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال التداعي الرامي الى اثباتها تقييدا احتياطيا".

ومن تم، فإن لكل مدع بحق على عقار محفظ، خاضع للتقييد بالرسم العقاري، أن يطلب من المحافظ تقييده احتياطيا بموجب المقال الافتتاحي للدعوى المتعلقة بالحق المذكور، مع ضرورة إرفاق طلبه بنسخة من المقال الذي تقدم به إلى المحكمة الابتدائية الموجود العقار بدائرة اختصاصها، دونما حاجة الى الإدلاء بنظير الرسم العقاري.

والمقصود بالدعوى العقارية، تلك التي ترفع أمام المحكمة الابتدائية مبدئيا، اما الدعوى العمومية، ولو كان طالب التقييد الاحتياطي طرفا مدنيا فيها، فلا يتم بمقتضاها التقييد المذكور، وإذا تم فلرئيس المحكمة الابتدائية أن يأمر بالتشطيب عليه، عملا بقرار محكمة الاستئناف بالرباط الذي جاء فيه أنه: " يجب الأمر بشطب التقييد الاحتياطي المأمور به بناء على دعوى جنائية أقامها المطالب بالحقوق المدنية، وبالفعل فإن هذه الدعوى لا تشكل طلبا أمام

(11) نص الفصل 148 من ق م م في فقرته الثانية على ما يلي :

" يكون الأمر في حالة الرفض قابلا للاستئناف داخل خمسة عشر يوما من يوم النطق به، عدا إذا تعلق الأمر بإثبات حال أو توجيه إنذار، ويرفع هذا الاستئناف أمام محكمة الاستئناف "

القضاء بمعنى الفصل 85 من ظهير 1913/8/12 بسبب انها لا تهدف الى الاعتراف بحق في العقار " (12).

كما أن عريضة النقض أيضا لا تقوم مقام مقال الدعوى، حيث قررت محكمة الاستئناف بالرباط عن حق أيضا أنه: "لا يجوز الأمر بالتقييد الاحتياطي بناء على طلب النقض الذي لا يعتبر طلبا أمام القاضي بمعنى الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري " مضيئة ان "قاضي المستعجلات مختص، نظرا للاستعجال، بالأمر بشطب هذا التقييد " (13).

ولا نرى مانعا من اللجوء الى التقييد الاحتياطي بناء على مقال استينافي، ما دامت الدعوى ترمي الى استحقاق حق على عقار محفظ، ولو أهل المستأنف اللجوء الى التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي، لانه من جهة اخرى، فإن نص الفصل 85 المتحدث عنه ورد عاما دون تحديد نوعية "المقال المرفوع لدى القضاء" هل هو المقال الافتتاحي او الاستينافي، ولو أراد المشرع الاقتصار على المقال المرفوع أمام المحكمة الابتدائية لعبر عنه بالمقال الافتتاحي أو لنص صراحة على المحكمة الابتدائية.

هذا، ويستمر مفعول هذا النوع من التقييد الاحتياطي الي حين الفصل النهائي في الدعوى، ليعود التقييد النهائي للحق بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي، عملا بالقاعدة المنصوص عليها في الفصل 85 السابق، وإذا حكم برفض الطلب او بعدم قبول الدعوى يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي بناء على طلب ممن يعنيه الأمر.

ونكتفي بهذا القدر لننتقل إلى المبحث الموالي.

(12) قرار عدد 4786 بتاريخ 1956/3/10 المنشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط، منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية 1982 المعهد الوطني للدراسات القضائية، كما اشير اليه في " القضاء العقاري : أحكام وقرارات، الكتاب الرابع" الصادر عن خلية التأمل والتوثيق والتكوين العقاري، قسم المحافظة العقارية، مديرية المحافظة العقارية والأشغال الطبغرافية، نونبر 1990، ص 85.

(13) قرار عد 4734 بتاريخ 1956/01/7، مشار إليه " بالقضاء العقاري"، المرجع السابق ص 86.

## المبحث الثاني :

## آثار التقييد الاحتياطي على طلب الشفعة

بعدما تم تعريف التقييد الاحتياطي وتحديد حالاته، ننتقل إلى بحث آثاره على ممارسة حق الشفعة على الشكل التالي :

- (1) هل يمكن تقييد حق الشفعة احتياطيا ؟
  - (2) ما هو موقف القضاء والفقه في المغرب من الموضوع ؟
- وهكذا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

## المطلب الأول : هل يمكن تقييد حق الشفعة احتياطيا ؟

قبل الجواب على هذا السؤال لا بد من الإشارة إلى أنه قد ثار جدل بين الفقهاء حول ماهية الحقوق التي تخضع للتقييد الاحتياطي، أهي الحقوق العينية فقط، أم الحقوق الشخصية أيضا ؟

فبعضهم قال بأن الحقوق العينية العقارية وحدها التي يمكن تقييدها احتياطيا بدليل الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>(14)</sup>.

والبعض الآخر قال بأن نطاق التقييد الاحتياطي واسع ويطال الحقوق الشخصية أيضا ما دامت متعلقة بعقار محفظ<sup>(15)</sup> وإذا سلمنا بإمكانية خضوع كل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية للتقييد الاحتياطي، فما هو موقع حق الشفعة من ذلك، وبالتالي، هل يمكن تقييده احتياطيا لأجل ممارسة دعوى الشفعة على عقار محفظ بعد فوات أجلها ؟

لقد عبر المشرع المغربي في ظهير 2 يونيو 1915 وهو بصدد الحديث عن أحكام الشفعة بأنها " الحق الثابت"<sup>(16)</sup>.

(14) راجع أستاذنا السيد عبد العلي العبردي في كتابه : "نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1983 (م.د.ق.) ص 83، مطبعة الساحل بالرباط.

(15) نفس المرجع السابق، ص 84، راجع أيضا الدكتور مامون الكزبري في المرجع السابق، ج 2، ص 129.

(16) راجع الفصلين 25 و32 من نفس الظهير.



فهل هذا " الحق الثابت " أو " الحق " (17) هو حق عيني أو حق شخصي؟  
 نبادر إلى القول بأن حق الشفعة لا هو حق عيني قابل للتداول بحد ذاته،  
 ولا هو حق شخصي، وإنما هو حق قانوني، ومعلوم أن الحقوق القانونية لا تحتاج  
 إلى تقييد احتياطي للاحتفاظ بها، بل يكفي من له الحق في الشفعة ان يطالب  
 (بكسر اللام) مشتري الشقص الشائع في عقار محفظ رضاء أو قضاء، ما دام  
 متوفرا على شروط الأخذ بالشفعة (18) ليستجاب لطلبه.

إلا أنه أحيانا يتم طلب التقييد الاحتياطي على البيع الذي تقام دعوى  
 الشفعة بشأنه، وهنا يتم هذا التقييد على تصرف البائع لفائدة مشتري الحصة  
 الشائعة وليس على أساس حق الشفعة لذاته، الذي يضمنه القانون (19)، شأنه  
 في ذلك شأن حقوق الارتفاق القانونية المنصوص عليها في الفصل 109 من  
 ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التحفيظ العقاري (20).

فلو أن عقارا محفظا مملوكا على الشياخ، وباع أحد الشركاء حصته فيه  
 للغير (شريكا كان أو غير شريك)، وتم تسجيل الشراء على الرسم العقاري،  
 وعرض أن يتقدم باقي الشركاء (أو بعضهم ممن لهم حق الشفعة) بدعوى الشفعة  
 داخل الأجل (ولنفترض أنه اجل السنة طبقا للفصل 32 من ظهير 2 يونيو)،  
 لجؤوا إلى طلب تقييد احتياطي على ذلك الشراء، في انتظار بت المحكمة في  
 النزاع المفترض مع البائع أو مع المشتري، كما يمكن تصور افتراض آخر يتعلق  
 بقيام مشتري الحصة الشائعة بالتقييد الاحتياطي لشرائه في انتظار حصوله  
 على تقييد نهائي، والذي قد يتم بعد سنوات.

(17) كما ورد في الفصل 26 من نفس الظهير.

(18) راجع : الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي لعبد ربه (محمد محجوبي) الطبعة الأول/ 1993  
 1413 ص 18 تحت عنوان : شروط الأخذ بالشفعة.

(19) والمقصود بذلك القانون : الفصول من 25 إلى 34 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التحفيظ العقاري.

(20) والذي نص في فقرته الثانية على ما يلي : " وعلى خلاف القاعدة المقررة في الفصول 65 وما بعده من  
 المرسوم الملكي الصادر بشأن التحفيظ العقاري تعفى من الإشهار الارتفاقات الناشئة عن الوضعية  
 الطبيعية للأماكن أو عن الالتزامات التي يفرضها القانون".

**ففي الحالة الأولى :** هل يحق للشركاء على الشيوخ طلب الشفعة مع مراعاة تاريخ تقييدهم الاحتياطي أم لا حق لهم إلا من تاريخ تسجيل المشفوع منه شراءه على الرسم العقاري ؟

**ففي الحالة الثانية :** هل يبدأ أجل الشفعة من تاريخ التقييد الاحتياطي أم من تاريخ التقييد النهائي لحصة الشائعة المشتراة ؟

ذلك ما تتم الإجابة عنه في المطلب التالي :

### المطلب الثاني : موقف القضاء والفقهاء من الموضوع :

إن موضوع "آثار التقييد الاحتياطي على ممارسة حق الشفعة" قد شغل كثيرا بال القضاء في المغرب إبان عهد الحماية وبعد الاستقلال - كما اختلف بشأنه الفقهاء أيضا .

#### أولا : موقف القضاء في المغرب

##### 1) موقف القضاء في المغرب في عهد الحماية :

إن القضاء في المغرب إبان عهد الحماية لم يتخذ موقفا موحدًا من الموضوع : فرأى أول تبنته المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء ومحكمة الاستئناف بالرباط قضى بأن " تاريخ التقييد النهائي لبيع الحصة المشاعة لفائدة الغير، هو الذي يكون وحده نقطة الانطلاق بالنسبة لسريان أجل ممارسة الشفعة، وأن التقييد الاحتياطي السابق للحق المطالب به من طرف المشتري الغير، لم يكن له أي أثر على نقطة الانطلاق هاته، فهو لا يصحح هذا الحق ولا يمنحه أي وجود لا قانوني ولا فعلي<sup>(21)</sup> .

بينما ذهبت محاكم أخرى في الاتجاه المعاكس، ومنها محكمة النفوس الفرنسية وقتئذ، وقالت بأن أجل الشفعة يرجع إلى تاريخ التقييد الاحتياطي لا التقييد النهائي للبيع موضوع طلب الشفعة، معتمدة في ذلك على نص الفصل

(21) راجع التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، مرجع سابق، ص 168 وكذا الهامش 80 بنفس الصفحة، الذي ذكر فيه أرقام القرارات القضائية وتواريخها ومراجعتها.

85 من ظهير التحفيظ العقاري السابق ذكره (22)، أما الرأي الأول فقد ارتكز على مقتضيات الفصل 202 من ظهير 2 يونيو بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة (23).

## (2) موقف القضاء المغربي بعد الاستقلال :

أما المجلس الأعلى فقد اتخذ موقفا صريحا وواضحا من الموضوع حيث قرر أن " التسجيل الذي يحرك أجل الشفعة هو التسجيل النهائي للحق الذي يتخذه المحافظ بمقتضى نص الفصل 75 من ظهير 12 غشت 1913 لإشهار الحق العيني، أما التقييد الاحتياطي للحق فلا يغطي لصاحبه إلا حقا محتملا، وبهذا فلا يلزم بممارسة حق الشفعة ضده ولا بأن يستصدر تقييدا احتياطيا بحق الشفعة " (24).

وفي نفس هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب - عن حق - إلى القول بأن " العبرة في تسجيل البيع، إذا كان يتعلق برسم عقاري، من تاريخ التسجيل النهائي للشراء لا من تاريخ عقد البيع " (25).

وبعد عرض موجز لموقف القضاء في المغرب، ماهو موقف الفقه المغربي من الموضوع ؟

## ثانيا : موقف الفقه المغربي من الموضوع :

لم يتطرق إلى هذا الموضوع (آثار التقييد الاحتياطي على ممارسة حق الشفعة) من الفقه المغربي، على ما أعلم، إلا الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي

(22) راجعه في الهامش رقم (1) من هذا المقال.

(23) التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، مرجع سابق ص 170.

(24) قرار لمجلس الأعلى في الملف العقاري عدد 87/809 بتاريخ 90/3/14 منشور بمجلة الإشعاع عدد 4 ص 150، وهو تأكيد للنص : 65 و 66 و 67 من ظهير 1913/8/12 المطبق على العقارات المحفظة، وكذا الفصل 2 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة.

(25) راجع تفاصيل ذلك في كتابنا : الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي ص 131، مرجع سابق.

في كتابه " التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري <sup>(26)</sup>، وصدر مؤخرا مقال بجريدة الاتحاد الاشتراكي انصب على ذات الموضوع <sup>(27)</sup>، ثم أعيد نشره -بعد تغيير العنوان- بمجلة الإشعاع <sup>(28)</sup>.

والذي يؤسف له أن هذا الاتجاه الجديد، علاوة على كونه حاول الرجوع إلى مرحلة ما قبل الاستقلال، فإنه زعم أن كافة الفقه في المغرب متفق معه في الرأي عدا ما ورد في كتابنا " الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي"، ومن ذكرهم بالحرف الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي والدكتور مامون الكزبري والأستاذ المنتصر الداودي والأستاذ سليمان الحمزاوي <sup>(29)</sup>.

إلا أنه بالرجوع إلى الفقه المتحدث عنه، فإنه لم يتعرض أبدا للموضوع، لا من قريب ولا من بعيد، مع مراعاة الاستثناء الوارد قبله.

أ - فالأستاذ محمد المنتصر الداودي وكذا الدكتور مامون الكزبري تعرض لموضوع تعاقب الشراءات على عقار محفظ ومدى إمكانية طلب الشفعة بالنسبة للمشتري الأول أو المشتري الثاني ليس إلا (عند تعاقب الشراءات على جزء شائع في عقار محفظ)، دون أي إشارة إلى موضوع التقييد الاحتياطي وآثاره على ممارسة حق الشفعة <sup>(30)</sup>.

ب - أما موقف الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي فواضح وصریح في

(26) وهو الكتاب المشار إليه سابقا.

(27) نشر في جزءين : الجزء الأول منه بتاريخ 5 يونيو 1994 جريدة الاتحاد الاشتراكي عدد 3952 والجزء الثاني بتاريخ 12 يونيو 1994 بنفس الجريدة عدد 3959.

(28) مجلة الإشعاع عدد 11 ص 45، تصدر عن هيئة المحامين بالقيظرة.

(29) صحيح ان أستاذنا العلامة السيد سليمان الحمزاوي قد لمح للموضوع ببعض الإشارات في مؤلفه القيم أحكام الشفعة والصفقة ص 90 وما بعدها، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1983، وذلك قبل صدور قرار المجلس الأعلى الذي اعتمدناه في مؤلفنا، وإن كنا نخالف أستاذنا المحترم الرأي للعلل التي ذكرناها في هذا المقال بخاصة.

(30) راجع موقف ذ. المنتصر الداودي من قرار المجلس الأعلى عدد 614 س 2 في الملف المدني عدد 66567 بتاريخ 79/11/28، منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 4-5 ص 145، والقرار والتعليق عليه منشوران = =

أخذه بما ذهب إليه مؤخرا المجلس الأعلى، حيث ورد في مؤلفه السابق بالحرف ما يلي :

"ونحن نرى بأن هذا الاجتهاد القضائي<sup>(31)</sup> خاطئ على الإطلاق، فرغم أن رجعية التقييد الاحتياطي مطلقة من حيث امتداد آثاره القانونية، فإنها لا تتعلق سوى بالحق المقيد احتياطيا، ولا تتعلق أبدا بحق سابق تستوجب ممارسته تحقيق هذا الحق، ونحن نعلم بأنه لا يصير حقا عينيا عقاريا بمفهوم ظهير التحفيظ العقاري إلا من تاريخ تقييده نهائيا، وابتداء من هذا اليوم يبدأ أجل السنة لممارسة الشفعة في السريان، فكما رأينا سابقا من أنه لا يمكن أن يكون من نتائج التقييد الاحتياطي تصحيح عقد في الوقت الذي كان فيه موضوعه مستحيلا أو سببه غير مشروع، فإنه لا يمكن لنا أن نجعل اجلا ما ينطلق بأثر رجعي قبل تحقيق العقد القانوني أو الحدث الذي حدده القانون كنقطة الانطلاق لهذا الأجل"<sup>(32)</sup>، وأضاف ذ السلمي قائلا : "إن الحل الذي أخذت به محكمة النقض (الفرنسية) ومحكمة الاستئناف بالرباط<sup>(33)</sup> يؤدي إلى وضعية يكون الشريك فيها خارج الآجال، قبل أن يبدأ بعد سريان أجل السنة لممارسة الشفعة، فعالبا، ما تمر أكثر من سنة ما بين تاريخ التقييد الاحتياطي وتاريخ التأييد النهائي لبيع الحقوق المشاعة موضوع النزاع، فيصير الشريك خارج الأجل قبل أن يملك الإمكانية المادية لممارسة حق الشفعة.

وهذه النتيجة (يضيف ذ. السلمي) للاجتهاد المذكور متناقضة، على

= يكتبابنا الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، بداية من ص 158، مرجع سابق.

أما موقف د. مامون الكزبري فهو بمؤلفه السابق، ج 1 ص 176 الفقرة الثانية.

(31) ويقصد به موقف محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت في الاتجاه المعاكس.

(32) راجع مؤلفه السابق من 170.

(33) ويقصد بمحكمة الاستئناف بالرباط، ذلك الموقف الذي أخذت فيه برأي محكمة النقض الفرنسية في أحد

قراراتها، راجع نفس مؤلفه السابق ص 173.

الأقل مع القاعدة العرفية التي تقضي بأن التقادم لا يسري ضد من كان في وضعية استحالة المبادرة " (34) .

وأكتفي بهذا القدر لأقول بأن « الفقه الحديث النشأة » لم يقع له أي خلط بين " الأثر الفوري للتسجيل والأثر الرجعي عندما يكون الحق مضمونا بتقييد احتياطي ... " لأنه شتان بين أثر التقييد الاحتياطي بصفة عامة وأثره على ممارسة حقه الشفعة بخاص استنادا إلى كل ما ورد بهذا المقال المتواضع، الذي انتظر من ورائه كل نقد بناء في سبيل الوصول إلى الحقيقة العلمية التي تتجرد من كل عاطفة شخصية ، الله من وراء القصد وهو الموفق للصواب، والسلام.

(34) نفس المرجع ص 173 ويستحسن الرجوع إلى مؤلفه المذكور سابقا بداية من ص 167 إلى غاية ص 184، حيث فند الباحث كل ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية، خلافا للمزام الواردة بالمقال المنشور بمجلة الإشعاع عدد 11 ص 45 تحت عنوان « دراسة وتحليل الأحكام » الذي ورد فيه بالحرف ما يلي : " وقع تضارب في فقه حديث النشأة معنون بالشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي ... مع فقه قديم معنون بالتقييد الاحتياطي في التشريع العقاري للأستاذ محمد بن الجاد السلمي محافظ الملكية العقارية، وكذا الأستاذ مامون الكزبري، كما سيتم شرحه تباعا ... " ومع الأسف الشديد أن الباحث لم يتقيد بقواعد البحث العلمي الحديث التي من أولوياتها ذكر مصادر البحث ومراجعته بكل دقة وأمانة علمية تطبيقا للقول المأثور : " إن كنت ناقلا فالصحة أو مدعيا فالدليل "، فأين نحن من كل ما ذكر في مقاله، أما باقي الفقه المغربي، بمن فيه أستاذنا السيد محمد المنتصر الداودي، فلم يتعرض احد منهم لمسألة آثار التقييد الاحتياطي على ممارسة حق الشفعة، وإنما هم تطرقوا لأثر البيوع المتعاقبة على عقار محفظ وموقع طالب الشفعة منها ... خلافا لما نص عليه صاحبنا في مقاله، حيث قال بالحرف : " وما ذكرنا آنفا، يتطابق مع فقيها ذ. مامون الكزبري وسليمان الحمزاوي مستشار بالمجلس الأعلى، اللهم من ما جاء به جانب من الفقه مؤرخا في كتابه " الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي طبعة 1993 ص 130 و 131 حيث أيد حكم ابتدائية سوق اربعاء الغرب"، مضيفا ان هذا الفقه وقع له خلط بين الأثر الفوري للتسجيل والأثر الرجعي"، وأضاف أن « قضاء ابتدائية سوق اربعاء الغرب قد جانب الصواب بعدم تطبيقه للقاعدة السالفة الذكر بما في ذلك الفقه الناشئ (وقد أعجب كثيرا بعبارة " الفقه الناشئ" التي كررها أكثر من ثلاث مرات في مقاله ) ... وبعد الآن، أتمنى أن يكون رد الباحث في محله بعيدا عن العواطف، ومتقيدا بقواعد البحث العلمي الحديث.

المملكة المغربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ

100 p → 152 p

007593 - An

رقم 007593 تاريخ 15/10/07  
جريدة Ar

## القضاء الفرنسي والجالية المغربية

إعداد : الدكتور أحمد زوكاغي  
أستاذ بكلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية بالرباط

### تقديم

حظيت القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية الخاصة بالجالية المغربية الموجودة في الخارج، باهتمام كبير، تجسد، على الصعيد العلمي، في عدد وجودة الدراسات الاكاديمية المنجزة بهذا الخصوص، سواء من قبل دارسين اجانب، او من لدن باحثين مغاربة، تصدوا لهذا النوع من القضايا، وعالجوها في اطار المشاكل المستعصية التي تندرج ضمن علاقات القانون الدولي الخاص القائمة بين نظامين قانونيين مختلفين، هما النظام القانوني المغربي والنظام القانوني الفرنسي.

ومن المعلوم أن هذا النوع من المشاكل هو الذي حاولت دول حوض البحر الأبيض المتوسط معالجته عن طريق اتفاقيات دولية ثنائية، خصوصا منها تلك التي تتوفر على جالية مهمة من الناحية العددية في اي دولة من دول المجموعة الاقتصادية الاوربية، وذلك كما هو الشأن بالنسبة للجزائر التي تعتبر جاليتها الموجودة في فرنسا اكبر جالية بالمقارنة مع الدول المغاربية الاخرى، وكما هو الشأن بالنسبة للجالية المغربية الموجودة في بلجيكا، حيث يصل عدد الأفراد المكونين لها إلى حوالي مائة وثلاثين الف نسمة.

وغنى عن البيان ما للجالية الوطنية الموجودة في الخارج من أهمية بالغة، سواء من الناحية الاقتصادية، حيث ان تحويلات العمال المغربية في المهجر تتبوأ المكانة الثانية في الاقتصاد المغربي، بعد الصناعة التقليدية، او من الوجهة الحضارية او الثقافية او الاجتماعية، تلك الاهمية التي تدفع المشرع، لا إلى الاكتفاء بابرام الاتفاقيات الدولية الثنائية، بل وأيضاً إلى انشاء بعض المؤسسات والهيئات التي تقوم إلى جانب السفارات والقنصليات والبعثات الدبلوماسية المختلفة، ومنها، على وجه الخصوص، مؤسسة الحسن الثاني لرعاية شؤون المغربية في الخارج، والوزارة المكلفة بالجالية المغربية.

وقد شغلت قضايا الأحوال الشخصية الخاصة بالمواطنين المغاربة الموجودين في فرنسا، على وجه الخصوص، حيزاً هاماً من احكام القضاء الفرنسي، لاسيما خلال السنين الاخيرة، بعد ابرام الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الاشخاص والاسرة وبالتعاون القضائي، التي نشرت في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، سنة 1983، وفي الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عام 1987.

واعتباراً لان احكام القضاء الفرنسي، المتعلقة بالأحوال الشخصية الخاصة بالمواطنين المغاربة الموجودين في فرنسا، تشغل أهمية لا تخفى ولا تحتاج إلى بيان، واعتباراً لان الاحكام المذكورة تنشر عادة في دوريات ومجلات ليست منتشرة بما فيه الكفاية داخل المملكة المغربية، لأنها، أولاً، باهظة الثمن، اذ يصل متوسط العدد الواحد منها إلى حوالي ثلاثمائة درهم، وثانياً، لانها مفرقة في التخصص؛ لذلك تبين ان تعميم الفائدة وتقريب المهتمين بهذا النوع من القضايا يسوغان تعريب بعض الاحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي في هذا الشأن مع ماذيلت به، احياناً، من تعاليق فقهية حررها مجموعة من الباحثين الفرنسيين الذين يمثلون جيلاً جديداً من الفقه الفرنسي.

ومن نافلة القول الاشارة إلى ان الاحكام التي تقدمها في هذا المضمار هي



تلك التي صدرت عن القضاء الفرنسي بعد سنة 1983، وهي السنة التي دخلت فيها إلى حيز التنفيذ الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981 المشار إليها من قبل. ويصل عدد هذه الأحكام، حسب علمنا، إلى ستة وعشرين حكما، واحد منها يتعلق بالجنسية، صدر عن محكمة استئناف باريس، بتاريخ 29 ابريل 1988، وآخر يتعلق بتطبيق القانون المغربي، بوصفه قانون موقع العقار، صدر عن محكمة الاستئناف بتولوز، بتاريخ 24 شتنبر 1985، في حين يتعلق الباقي بالأحوال الشخصية للمغاربة المقيمين في فرنسا.

وبناء على ذلك، تقتضى الضرورة تجزئة نشر الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي في هذا المجال، بحيث نكتفي في العدد الحالي من هذه المجلة الغراء بنشر ترجمة أربعة احكام، على ان نعود الى الباقي في عدد لاحق.

ويتعلق الأمر، في هذا المجال، بما يلي :

- 1 - حكم محكمة الدرجة الكبرى في اورليان، الصادر بتاريخ 17 ماي 1984.
- 2 - قرار محكمة الاستئناف بباريس المؤرخ ب 29 أبريل 1988.
- 3 - قرار محكمة استئناف نانسي، الذي صدر يوم 23 اكتوبر 1989.
- 4 - قرار محكمة النقض المؤرخين ب 6 و 26 يونيو 1990.

\* \* \*

-I-

محكمة

## الدرجة الكبرى في أورليان

17 ماي 1984\*

إن الفقرة الثانية من المادة 310 من التقنين المدني تتعلق اساسا بمعالجة الصعوبات العملية التي يمكن ان تعترض الأزواج الأجانب المقيمين في فرنسا، فلا تهدف بالتالي الى حل التنازع بين القوانين، ذلك ان المشرع لم يسع الى اخراج الزوجين الاجنبيين اللذين من جنسية واحدة من دائرة نفوذ قانونهما الوطني واخضاعهما للقانون الفرنسي نتيجة وجود موطنهما في فرنسا.

اعتبارا لأن المساواة بين الرجل والمرأة تمثل مبدءا دستوريا وتشكل جزءا من النظام العام الفرنسي، فانه يتعين استبعاد القانون المغربي المختص بمقتضى الاتفاقية الفرنسية المغربية المؤرخة ب 10 غشت 1981، وذلك في الحالة التي لا يقضى فيها القانون المذكور باعتبار الزواج الثاني والثالث المبرمين من قبل رجل مغربي وامرأتين من جنسيته إضرارا وخرقا للواجبات والالتزامات الناتجة عن زواج أول ابرمه الرجل المذكور مع امرأة مغربية.

حيث إن السيد عبد السلام، المزداد سنة 1932 في أوربة (بالمغرب) والسيدة فاطمة، المولودة عام 1930، بسيدي بوريعة (بالمغرب ايضا)، اتفقا على عقد الزواج بينهما، سنة 1950 في أوربة، دون الاتفاق على ابرام عقد ينظم العلاقات المالية بينهما - وإن الزوجين المذكورين انجبا من زواجهما ستة ابناء يبلغ الاكبر منهم حاليا مرحلة الرشد، وهم : فاطمة، المزدادة يوم فاتح أبريل

\*Revue critique de droit international privé, n 2, 1986, pp 308-312, note Françoise Monéger.

1959، وسعاد المولودة بتاريخ 11 يوليوز 1966، وقاسم المزداد يوم 29 أكتوبر 1967، ولطيفة المولودة بتاريخ 2 أبريل 1969، ورشيدة المزادة يوم 19 غشت 1971، وليلى المولودة بتاريخ 2 غشت 1973.

- وحيث ان السيدة فاطمة، المسموح لها بمقتضى الأمر المؤرخ ب 23 فبراير 1983 والمتعلق باثبات فشل محاولة الصلح، طلبت، بناء على المستند المؤرخ ب 14 ابريل 1983 استدعاء زوجها مباشرة اجراءات الطلاق، تطبيقا للمادة 242 من التقنين المدني - وبما ان الزوج اعترض، عن طريق المستنتجات المودعة يوم 18 نونبر 1983، على الطلب الذي تقدمت به الزوجة، معتبرا اياه غير قائم على اساس، اعتبارا لأن الطرفين معا ينتميان الى الجنسية المغربية، واعتبارا لأن الاسس التي استندت عليها الزوجة لا تعد من الحالات الموجبة للطلاق طبقا للقانون المغربي - وبما أنه طبقا للمرسوم رقم 485-83 المؤرخ ب 27 ماي 1983 المتعلق بنشر الاتفاقية المعقودة بين الجمهورية الفرنسية والمملكة المغربية المتعلقة بحالة الأشخاص والاسرة، فان القانون المغربي هو الذي يتعين تطبيقه في هذه النازلة، وبما انه طبقا للمادة التاسعة من الاتفاقية المذكورة فان : « انحلال الزوجية يتعين الحكم به وفقا لقانون الدولة التي يحمل الزوجان معا جنسيتها في تاريخ اقامة الدعوى ».

- حيث يتعين التذكير بأنه طبقا للفقرة الثانية من المادة 310 من التقنين المدني، يسرى القانون الفرنسي على الطلاق والفصل الجسماني عندما يكون موطن الزوجين معا داخل التراب الفرنسي.

- ومع ذلك، حيث يتضح جليا ان المشرع لم يسع الى اخراج الزوجين الأجبيين من نطاق نفوذ قانونهما الوطني واخضاعهما للقانون الفرنسي، نتيجة وجود موطنهما في فرنسا، وان الفقرة الثانية من المادة 310 من التقنين المدني تتعلق اساسا بمعالجة الصعوبات العملية التي يمكن ان تواجه الزوجين الاجبيين المقيمين في فرنسا، وبالتالي لم تهدف الى حل التنازع بين القوانين.



- حيث يتعين التثبيت، علاوة على ذلك، من ان المصادقة على الاتفاقية المؤرخة ب 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الاشخاص والاسرة قد تمّت من قبل المشرع ووقعت المصادقة عليها بموجب القانون رقم 484-82 المؤرخ ب 10 يونيو 1982، وبما انه يتعين، بناء على ذلك، تطبيق الاتفاقية المذكورة والرجوع الى الشهادة العرفية المسلمة من قبل القنصلية العامة للمغرب بباريس، التي تبين ان هناك اربعة اسباب للطلاق لفائدة الزوجة وهي:

1 - الطلاق لعدم الانفاق

2 - الطلاق للعيب

3 - والطلاق للضرر

4 - والطلاق لغيبية الزوج (اي هجر موطن الزوجية)

بالنسبة لطلب الطلاق

- حيث ان المرأة فاطمة، وجهت مجموعة من المؤاخذات تجاه زوجها، ومنها، على وجه الخصوص، انه يتصرف معها بعنف، ويتركها دون نفقات، وانه يأتي في حقها ببعض التصرفات الضارة، اعتبارا لأنه تزوج امرأتين اخريتين بعد زواجه منها سنة 1950 :

- حيث ان الزوجة لم تعزز الملف بأي وثيقة تثبت المآخذ الأول : اما بالنسبة للمآخذ الثاني فانه يستنتج من الوثائق المدلى بها ان عبد السلام الذي كان عاملا بمدينة اورليان يتقاضى اجرا شهريا صافيا يبلغ ستة آلاف ومائتي فرنك (6200)، وانه حول، في مناسبات متعددة، مجموعة من المبالغ الهامة الى المغرب، منها، بصفة خاصة : 3500 فرنك فرنسي، خلال شهر اكتوبر من سنة 1981، و 5000 فرنك فرنسي، في يناير 1982، و 5000 فرنك فرنسي في ابريل 1982، حسبما يتبين من لوائح الأجور المودعة بمركز البريد بمدينة اورليان، وبما ان السيدة فاطمة، اثناء اقامتها بالمغرب، سنة 1982، عندما تقلصت الموارد

الكافية والواجبة لها، طلبت اعانة مستعجلة، من عمدة المدينة بمبلغ 1000 فرنك فرنسي، كما التمسست اعانة ابوية منفردة من صندوق الاعانات العائلية (حسبما يتين من الرسالة الموجهة من المصلحة الاجتماعية لصندوق المساعدات العائلية، المؤرخة ب 17 يناير 1984.

- حيث ان السيد عبد السلام يعترض على اقوال زوجته، ويعلن ان هذه الاخيرة رفضت مرافقته الى المغرب، خلال صيف سنة 1982، وعندئذ سافر بصحبة طفلين من ابنائه تاركاً لها مبلغ 2500 فرنك فرنسي (بشهادة الابنيتين احمد والحسن).

- حيث ان السيد عبد السلام ينازع في المأخذين الأول والثاني، الا أنه يعترف بالمأخذ الثالث، وهو المأخذ الثابت بمجموعة من الشهادات (حيث أكد الضامى مسعود ومحامدي ومحمد ان عبد السلام تزوج امرأة ثانية، سنة 1973، وامرأة ثالثة، عام 1982، طبقاً للقانون المغربي، وان زوجته الأولى لا يحق لها ان تؤاخذ على ذلك، على اساس انه غير مقيد بواجب الاخلاص لها وحدها).

- حيث يتعين التذكير، مع ذلك، ان المادة الرابعة من الاتفاقية المشار إليها من قبل تقضي بأن القانون المختص بموجب الاتفاقية المذكورة يتعين على المحكمة المعروض عليها النزاع ان تستبعده « اذا كان يتعارض بصورة جلية مع النظام العام »؛

- حيث ان الاخلاق والتصور الفرنسي للنظام العام الدولي تتعارض، والحالة هذه مع الاعتراف بتعدد الزوجات؛

- وحيث ان المساواة بين الرجال والنساء تعتبر مبدءاً دستورياً، يشكل جزءاً من النظام العام الفرنسي، وبالتالي ينبغي استبعاد الاتفاقية من هذا النطاق، وان الوقائع الثابتة تمثل اضراراً وتعد بالتالي خرقاً خطيراً للواجبات والالتزامات الناتجة عن الزواج الذي يجعل استمرار الحياة المشتركة بين الزوجين شيئاً غير جائز - وتبعاً لذلك، يتعين الاستجابة لطلب المرأة.



## بناء على هذه الأسباب

قررت المحكمة، وهي تبت بصفة علنية، وحضوريا، وبصورة ابتدائية مع المدالة في غرفة المشورة.

- بناء على الأمر المثبت لفشل محاولة الصلح، المؤرخ ب 23 فبراير 1983، والذي سمح للزوجين بأن يقيم كل واحد منهما منفصلا عن الآخر.

- بناء على أخطاء الزوج، تعلن المحكمة عن الطلاق بين فاطمة، المزدادة سنة 1930 بسيدي بوربعة (المغرب) وعبد السلام، المولود في عام 1932 بأوربة (المغرب) اللذين كانا قد تزوجا سنة 1950 بأوربة (بالمغرب).

- تصرح المحكمة بوجود تسجيل منطوق هذا الحكم في طرة رسم الزواج ومستندات الحالة المدنية الخاصة بكل طرف من الطرفين.

- تعلن المحكم بأن منطوق الحكم المائل يتعين قيده بسجلات المصلحة المركزية للحالة المدنية الموجودة بمدينة نانت المشار إليها في وثائق الميلاد الخاصة بكل زوج من الزوجين وكذا في طرة رسم الزواج.

## تعليق

بقلم

فرانسواز مونيجي

يتميز الحكم الذي بين ايدينا، الصادر عن محكمة الدرجة الكبرى بأورليان بأهمية بالغة وذلك من زاويتين اثنتين، من جهة، اعتبارا لكونه يمثل تطبيقا من التطبيقات الأولى للاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، ومن جهة ثانية، ولأن الأمر يتعلق بتعدد الزوجات، عبر القضاة عن نفورهم وعدائهم تجاه مؤسسة، تماما كما كان الشأن في قضيتين حديثين كان الأمر يخص فيهما امرأة من جنسية فرنسية.

تتلخص وقائع القضية، موضوع الحكم الذي نحن بصدد التعليق عليه، بزواجين من جنسية مغربية، تزوجا في المغرب، سنة 1950، ويوجد موطنهما مع أطفالهما الستة في فرنسا خلال شهر ابريل من سنة 1983، اقامت الزوجة دعوى تتعلق بالطلاق لدى محكمة الدرجة الكبرى التي يوجد بدائرة نفوذها موطن المرأة المذكورة، مستندة في دعواها الى خطأ الزوج (اي بناء على المادة 242 من التقنين المدني)، وايدت مزاعمها بأن الزوج عنيف، وأنه يتركها دون نفقات، وأنه تصرف ازاءها بشكل سبب لها الضرر، عندما تزوج عليها، بالمغرب، سنة 1973، ثم في عام 1982، من امرأتين اخريتين. ولكن الزوج اعترض على الدعوى، وكان محقا في اعتراضه، مؤكدا ان الاتفاقية المغربية الفرنسية، المشار اليها، هي التي يتعين تطبيقا في هذه النازلة، وأنه، طبقا للمادة التاسعة من الاتفاقية المذكورة يخضع الطلاق للقانون المغربي، وهو القانون الوطني المشترك بين الزوجين، دون القانون الفرنسي، كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من المادة 310 من التقنين المدني الفرنسي.

ويحق لنا ان نستغرب كيف ان القضاة في محكمة اورليان اعتقدوا انهم كانوا على صواب عندما استساغوا عدم تطبيق المادة 310 المذكورة، فتوصلوا بشأنها الى تفسير يمكن ان يكون غريبا. فقد تبين للقضاة المذكورين انه « من البديهي ان المشرع لم يسع الى اخراج شخصين اجنبيين يحملان جنسية واحدة من نفوذ قانونهما الوطني واخضاعها بالتالي للقانون الفرنسي نتيجة لوجود موطنهما في فرنسا، واعتبارا لأن الفقرة الثانية من المادة 310 تتعلق اساسا بمعالجة الصعوبات العملية التي يمكن ان تواجه الزوجين الاجنبيين المقيمين في فرنسا، ومن ثم فهي لا تهدف الى حل التنازع بين القوانين».

غير أن التفسير الذي من هذا القبيل يفرغ المادة 310 من جوهرها، وهي المادة التي قررت محكمة النقض بشأنها ان تطبيقها ينحصر في فرنسا.

وبناء على ذلك، كان من الواجب تطبيق القانون المغربي على الطلاق بين الزوجين وكما جرت العادة بذلك، يتعين التساؤل عن مضمون القانون المذكور، وعمّا اذا كان ينسجم مع النظام العام الفرنسي.

## أولا : مضمون القانون المغرب

يتعلق الأمر بتطبيق قانون الأحوال الشخصية المغربي، المعروف بالمدونة، المستمدة بصفة مباشرة من المذهب المالكي المعروف في الفقه الاسلامي، وهو المذهب الذي تحيل عليه المدونة فيما لم يوجد بشأنه حكم في المدونة المذكورة.

وانطلاقا من المدونة، فان الزوج الذي يرغب في التحلل من الرابطة الزوجية يمكنه ان يطلق زوجته بارادته المنفردة، اما الطلاق القضائي فينجم اساسا عن طلب تدلى به الزوجة. والطلاق في قضيتنا هذه كان مبنيا على خطأ، حيث اشارت الشهادة العرفية المدلى بها اثناء الدعوى الى اربعة اسباب للطلاق، هي نفس الأسباب المنصوص عليها في المدونة، وهي عدم الانفاق (المادة 53)، عيوب الزوجية (المادة 54)، الضرر (المادة 56) غيبة الزوج (المادة 57). هناك سبب آخر، اشار اليه الاستاذ اندري كولومير، يقرره الفقه الاسلامي، وهو الطلاق الناتج عن الاخلال بالالتزامات الناشئة عن الزواج. وبالفعل، يجوز للزوجة، تطبيقا للمادة 31 من المدونة، ان تشتط على زوجها الا يتزوج عليها امرأة اخرى، فيكون من حقها ان تطلب الطلاق عند الاخلال بهذا الشرط.

وإذا كان الامر كذلك، في هذه القضية، فان حل مشكلة الطلاق يصبح يسيرا.

أما العنف الذي أخذ على الزوج فمن الممكن جعله داخلا ضمن اطار التظليق للضرر، ولكن كان من الواجب تقديم ادلة على ذلك، وهي لم تكن متوفرة في النازلة. اما ترك الزوجة دون انفاق فهو يندرج في دائرة التظليق لعدم الانفاق، وهنا ايضا اعتبر قضاة محكمة اورليان ان عدم الانفاق لم يقم الدليل عليه على الرغم من ان الزوج كان قد بعث مبالغ مالية هامة الى المغرب وان زوجته اضطرت، نتيجة غيبة الزوج، الى التماس اعانة مستعجلة من عمدة



المدينة التي يوجد بها موطنها. ومن ثم، فإن المآخذ الثالث هو الذي حظى بعناية قضاة المحكمة، وهو المآخذ الذي لم ينازع الزوج في شأنه، بل واعترف بأنه تزوج من امرأتين أخريتين. وعلى الرغم من أن الحكم لم يوضح مكان وجود الزوجتين الأخريتين. فمن الراجح أنهما بقيتا مستقرتين في المغرب وأنهما هما اللتان وجهت اليهما المبالغ المالية التي بعث بها الزوج إلى المغرب.

وإذا لم يتم اشتراط عدم تزوج امرأة ثانية في عقد الزواج، فإن الزوج يحق له أن يتزوج امرأة ثانية أو ثالثة إضافة إلى الأولى. وفي هذا الصدد، تجبيز المدونة للرجل التعدد، وإن كان ذلك مقيدا بحدين اثنين، هما، من جهة، لا يجوز للرجل أن يتزوج من أكثر من أربع نسوة في وقت واحد، ومن جهة ثانية، يتعين على الزوج أن يعدل بين زوجاته («إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يحز التعدد» الفقرة الأولى من المادة 30 من المدونة).

وهكذا، يمكن أن يعتبر التعدد ضررا، يشكل سببا للتطليق بالنسبة للزوجة المغربية الأولى، إذ نجم عنه عدم الاتفاق أو التمييز في المعاملة المسبب للضرر.

وأخيرا، في الوقت الذي لا يثور فيه أي شك بأن الزيجات التي يعقدها الزوج الخاضع لقانون أحوال شخصية أحادي تمثل، بالنسبة للزوجة الأولى الخاضعة بدورها لقانون أحادي للأحوال الشخصية، أضرارا تشكل سببا من أسباب الطلاق؛ كان من الجائز، أيضا، في هذه القضية، تقرير مثل ذلك بالنسبة للزوجة المغربية الأولى التي ادعت لحق الضرر بها من جراء النكاحين اللذين عقدهما زوجها.

إن وجود الاتفاقية الموقع عليها بين فرنسا والمغرب يمكن أن يؤدي إلى تفضيل الأخذ بالحل السابق دون الحل الذي اختارته محكمة أورليان.

**ثانياً :** تدخل النظام العام الفرنسي. بالفعل، اثار قضاة محكمة أورليان المادة الرابعة من الاتفاقية، وهي تقضي بأن قانون كل دولة من الدولتين

المتعاقدتين، يمكن لمحاكم الدولة الأخرى أن تستبعده، إذا كان يتعارض بصورة جلية مع النظام العام. ولقد كان من المناسب، حتى لا تتعدم الفائدة من الاتفاقية، ألا يستعمل قضاة أورليان تقنية الدفع بالنظام العام.

ولعل الحاجة لا تدعو إلى التذكير بأن الاتفاقية المذكورة قد تم إبرامها بغية احترام الهوية الوطنية للمغاربة المقيمين في فرنسا. وبناء على ذلك، فإن قانون الأحوال الشخصية المغربي يبدو برمته متعارضاً مع المبادئ الأساسية لقانون الأسرة الفرنسي. فإذا لجأ القاضي الفرنسي، كلما عزم على تطبيق قانون الأحوال الشخصية المغربي، إلى الإعلان بأن القانون المذكور يتعارض مع النظام العام، فإن من المستحسن، تبعاً لذلك، أن يعلن بأن الاتفاقية نفسها عديمة الجدوى، وبالتالي يتعين عليه أن يسلم بأن الفقرة الثانية من المادة 310 من التقنين المدني تتضمن حلاً مباشراً وواضحاً.

لقد أعلن الحكم، موضوع هذا التعليق، أن «الحالة الراهنة للأخلاق والتصور الفرنسي للنظام العام تتعارض بصورة جلية مع الاعتراف بتعدد الزوجات» ونتيجة لذلك، فإن التمسك الحرفي بالصيغة السابقة يفضي بكل بساطة إلى استبعاد كل الزوجات التعددية الموجودة في فرنسا. هذا على الرغم من أن الاجتهاد القضائي المتعلق بالنظام العام في مجال الزوجات التعددية يميز بين إبرام الزواج التعددي في فرنسا، وهو يعتبر دوماً مخالفاً للنظام العام، وبين مراعاة بعض عناصر الزواج المذكور، الذي يعتبر مخالفاً أو غير مخالف للنظام العام، انطلاقاً من الآثار التي يتعلق بها الأمر.

ودون الدخول في تفاصيل الاجتهاد القضائي، فإنه يتعين الإعراف بأن الزوجة الثانية، في أغلب الأحيان، هي التي تطالب بتقرير بعض الآثار الناجمة عن الزواج في فرنسا، ومنها الحق في النفقة، وفي الميراث، وفي التعويض، أما الزوجة الأولى فإنها نادراً ما تحتج على هذه الآثار.

لقد كان الأمر يتعلق في القضية التي نحن بصدد التعليق عليها، بتحديد ما إذا كان النكاحان اللذان عقدهما الزوج على الوجه الصحيح في الخارج من شأنهما أن يخولا للزوجة المسلمة الأولى، الحق في المطالبة بالطلاق في فرنسا.

وبما أن المشكلة أثيرت بهذه الصورة الأصلية، فقد اعتقدت القضاة، في محكمة أورليان، بأن النظام العام الفرنسي يقتضي حلا إيجابيا، ومن ثم أعلنوا أن «المساواة بين الرجل والمرأة تعتبر مبدءا دستوريا يشكل جزءا من النظام العام الفرنسي، وأنه، بناء على ذلك، يتعين استبعاد الاتفاقية من هذا النطاق واعتبار الوقائع الثابتة اضراارا».

وهنا أيضا، نجد أن تفسير الحيثية السابقة أمر عسير، من جهة، خلافا لنص المادة الرابعة من الاتفاقية، واستنادا للنظام العام، قررت محكمة أورليان أن تستبعد، ليس القانون المغربي، بل الاتفاقية، كي تتمكن دون شك من الرجوع إلى قاعدة التنازع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 310. ومن جهة ثانية، يلاحظ أن الاستناد إلى المبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة شيء غامض. ومن المؤكد أن ديباجة دستور 1946 تنص كما تقتضي بذلك الظروف الحالية، على المبدأ الذي بموجبه «يضمن القانون للمرأة، في جميع المجالات، حقوقا مساوية لحقوق الرجل». والمشكل الذي يثور في هذا المجال، يتعلق ببيان مدى مساهمة هذا المبدأ في نطاق القانون الدولي الخاص، خاصة وأن التشريع الفرنسي نفسه، لا سيما في ميدان قانون الأسرة وأنظمة الزواج المالية، إنما استطاع، وبصعوبة بالغة، أن يتوصل إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة. ومن ثم، يتعين التسليم بأن التشريع الذي يجيز الزواج التعددي لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي.

وبالإضافة إلى ما تقدم، علينا أن نلاحظ أن الزواج التعددي يثير أمام القضاة الفرنسيين مجموعة من الصعوبات الدقيقة التي يعالجونها بجهد

جهيد. وبناء على ذلك، يتعين الاختيار بين احترام قانون الأحوال الشخصية الاجنبي وبين التصور الفرنسي المتعلق بالزواج الاحادي، بحيث يمكن التساؤل عما تبقى بعد صدور القانون المتعلق بالضمان الاجتماعي والقانون الخاص بالمسؤولية المدنية اللذين اعترفا بالمساواة بين المرأة الشرعية وبين المرأة الخلية او امرأة التسري.

Françoise Mneger

Note sous Tribunal de grande

instance d'orléans

17 mai 1984

Revue critique de droit

international privé

N 2, 1986, pp 308 - 312

\* \* \*



## -II-

## محكمة استئناف باريس

29 أبريل \*1988

تقضي المادة 15 من اتفاقية مدريد، المؤرخة بـ 3 يوليوز 1880، أن «كل رعية مغربي تجنس بجنسية أجنبية في الخارج، يتعين عليه، إذا عاد إلى المغرب، وبعد انقضاء فترة زمنية تعادل المدة اللازمة للحصول على الجنسية الأجنبية المذكورة، أن يختار بين الخضوع التام لقوانين المملكة المغربية وبين مغادرة المغرب، باستثناء ما إذا تبين أن اكتساب تلك الجنسية الأجنبية كان بموافقة الحكومة المغربية».

وبوجه خاص، ليس في إمكان المدعى عليه، في هذه القضية أن يستند لا إلى نص الاتفاقية الوارد أعلاه، ولا إلى الأعمال التحضيرية للقول بأن الأمر إنما يخص الرعية المغربي، الذي يتجنس بجنسية أجنبية في الخارج، ثم يعود إلى المغرب، وأن تلك العودة هي التي تؤدي إلى فقدانه للجنسية المكتسبة؛ والحال أن القانون المغربي، ومع مراعاة بعض الاستثناءات المحدودة، يقرر مبدأ البيعة الدائمة؛ أي «الخضوع التام» من قبل المغربي المتجنس بجنسية أجنبية «لقوانين المملكة» الأمر الذي يعني، بوجه صريح، فقدان الرعية المغربي للجنسية الأجنبية التي اكتسبها عن طريق التجنيس.

ومن الملاحظ أن البروتوكول رقم 11، المنبثق عن «المؤتمرات المنعقدة بدمبريد خلال الفترة الممتدة من 19 ماي إلى 3 يوليوز 1880»، يؤكد الفكرة السابقة، ذلك أن المؤتمر استبعد نصا تقدم به ممثل المغرب، وذلك رغبة من المؤتمر في تقرير نص عام يأخذ بمبدأ البيعة الدائمة.

\* Recueil Dalloz-Tirey, 1988, cahier n° 21 informations rapides pages 158.

إن اتفاقية مدريد الدولية التي تمت المحافظة على مقتضيات الواردة فيها، ضمن المادة 123 من ميثاق الجزيرة الخضراء، تعتبر ملزمة للدول التي وقعت عليها، وخاصة منها فرنسا، كما أنها قررت استثناء على القاعدة القاضية بترجيح القانون الفرنسي على القانون المغربي في ميدان الجنسية، وبالتالي فإن تجنس الرعية المغربي بالجنسية الفرنسية يعتبر عديم الأثر، حتى بالنسبة لفرنسا نفسها، في حالة رجوع المعني بالأمر إلى الإمبراطورية الشريفة.

وعلاوة على ذلك، ليس من المجدي، بالنسبة للمدعى عليه، كي يتملص من تطبيق المادة 15 من اتفاقية مدريد أن يستند إلى أن جده الذي لم يغادر المغرب على وجه الإطلاق، لم يفقد، عند رجوعه إلى المملكة المغربية، الجنسية الفرنسية التي اكتسبها بمقتضى اثر جماعي ناتج عن مرسوم التجنيس الممنوح لأبيه والصادر خلال مرحلة قصور المعني بالأمر، والحال أن الجد الذي لم يكتسب الجنسية الفرنسية إلا نتيجة للأثر الجماعي للمرسوم الذي خول الجنسية لأبيه، كان بدوره قاصرا عندما فقد هذا الأخير الجنسية تبعا لعودته إلى المغرب، ومن ثم يمتد الفقد إلى الأبناء.

وأخيرا، لا يحق للمدعى عليه أن يحتج بمقتضيات المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي تقضي بأنه «لا يجوز أن يحرم الشخص، بكيفية تعسفية، من جنسيته أو من الحق في تغييرها»، على أساس أن فقد الجنسية الفرنسية بالنسبة لأب المدعى عليه المذكور لم يكن يكتسي أي طابع تعسفي، وإنما كان ناتجا عن اتفاقية دولية.

وبناء على ذلك، لم تكن النيابة العامة على صواب، عندما رفضت الطلب الرامي إلى إبطال شهادة الجنسية الفرنسية المسلمة للمدعى عليه.

مجموعة دالوز سيراي

1988، الدفتر رقم 21، جهة أنباء سريعة، ص 15

\* \* \*

## -III-

## محكمة استئناف نانسي

23 أكتوبر\* 1989

من الثابت أن القانون الواجب تطبيقه على تعيين الوصي هو قانون الأحوال الشخصية الجاري على القاصر، وهو القانون المغربي، في هذه النازلة، اعتباراً لأن أهلية الأجانب تخضع، في فرنسا، لقانون أحوالهم الشخصية.

إن تراضي الزوجين، وبصفة خاصة التراضي الحر، يشكل شرطاً من الشروط الجوهرية للزواج، ويسري عليها القانون الشخصي للزوجين.

تزوج (أ) و (ب) يوم 14 شتنبر 1962، وأنجبا عدداً من الأبناء.

توفي الزوجان، وأربعة من أبنائهما، في إسبانيا، يوم 26 غشت 1983، من جراء حادثة سير، وبتاريخ 12 أكتوبر 1983، عين (ج) أخ (أ) وصياً على الأبناء الثلاثة لهذا الأخير، حبيبة، وأمينة، وسعيد.

عقب فرار من منزل العائلة، خضعت الطفلة حبيبة، المزدادة خلال شهر يونيو من سنة 1969، لتدبير "المساعدة التربوية في وسط مفتوح"

وخلال صيف سنة 1985، في الوقت الذي صاحبت وصيتها لقضاء العطلات بالمغرب، تم تزويج حبيبة، يوم 23 يوليوز 1985 بمدينة تازة بالشاب حميد، نجل الشخص الوصي عليها.

وبعد العودة إلى الديار الفرنسية، وضعت حبيبة بمركز التوجيه والعمل التربوي، بناءً على قرار من قاضي الأحداث، مؤرخ بـ 15 أكتوبر 1985.

\*Revue critique de droit international privé, n° 4 octobre - décembre 1990, tome 79, pp 723-727. note Yves lequettes.

وَبمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 14 فبراير 1986، المؤيد بموجب حكم صدر في 23 ماي 1986، قرر القاضي المكلف بشؤون القاصرين لمدينة لنيشيل، تعيين السيد (د)، وصيا على حبيبة بدلا من السيد (ج).

ومن ناحية أخرى، قررت محكمة استئناف صيان، بموجب حكم بتاريخ 9 يناير 1987، تنحية السيد (ج) نتيجة لانحرافه في شأن القاصرة حبيبة. وقد تمت المطالبة بنقض الحكم، ولكن الطعن بالنقض رفض.

وَبمقتضى السند المؤرخ بـ 21 غشت 1986، استدعى السيد رولان، بصفته وصيا، السيد حميد للنظر في شأن بطلان الزواج بسبب عيب في الرضى، وخرق القواعد المتعلقة بالصداق، والمس بالنظام العام الفرنسي.

وبموجب الحكم الصادر يوم 11 ماي 1987، أعلنت محكمة الدرجة الكبرى بنانسي عن بطلان الزواج المعقود بين حميد وحبيبة.

غير أن السيد حميد طعن في الحكم المذكور عن طريق الاستئناف، حيث طالب بعدم قبول دعوى بطلان الزواج المرفوعة من قبل الوصي، استنادا إلى أن هذا الأخير لم يقدّم الدليل على أن تعيينه كوصي يتطابق مع القانون المغربي، وهو القانون الوحيد الواجب تطبيقه في هذه النازلة.

وقد استند المستأنف في طعنه إلى أن الوصي المعين ينبغي، طبقا للقانون المغربي، أن يكون شخصا يعتنق الديانة الإسلامية، ومن ثم، طالب المحكمة بأن تتأكد من أن تعيين السيد (ج) غير صحيح وهو بالتالي تعيين باطل، كما التمس الاعتراف له بالحق في ممارسة تعرض الخارج عن الخصومة تجاه الحكم الصادر يوم 23 ماي 1986 عن محكمة الدرجة الكبرى بنانسي الذي أيد تعيين السيد (ج) باعتباره وصيا. وعلاوة على ذلك، وبصورة احتياطية، لاحظ المستأنف، أن رخصة مجلس الأسرة تعتبر، على صعيد القانون الفرنسي، إجبارية بالنسبة للدعاوى العائلية، ومن ثم، طالب بعدم قبول دعوى البطلان التي رفعها السيد (ج) بصفته وصيا.



كذلك، لاحظ المستأنف أن السيد (ج) لم يبرر مضمون القانون المغربي بالنسبة للأجل الذي تعين خلاله إقامة دعوى بطلان الزواج.

ومن حيث الجوهر، أنه لم يمارس أي نوع من أنواع الاجبار عندما قام بإشهار الزواج، كما يتضح ذلك من القرار الصادر بتاريخ 9 يناير 1987، عن غرفة الاستئناف الجنحية التي أكدت أن أي عنصر من عناصر الملف لا يمكن من المنازعة في صحة الزواج.

ولاحظ المستأنف كذلك، بصورة احتياطية، أنه في حالة تطبيق القانون الفرنسي، تصبح حبيبة مرشدة بقوة القانون نتيجة زواجها، بحيث تترتب على هذا الزواج آثاره ما دام لم يتم الحكم ببطلانه بكيفية نهائية.

واستند المستأنف إلى أنه انطلاقا من رسم النكاح الذي يعتبر، بمقتضى القانون المغربي، وثيقة رسمية، فإن حبيبة عبرت عن رضائها، وأنه قد تم دفع الصداق المقرر بموجب القانون المغربي، بالمعنى الذي يفيد أن القوانين والتقاليد المغربية قد تمت مراعاتها، الأمر الذي يشكل قرينة على انعقاد الزواج بصفة صحيحة.

غير أن المستأنف عليه طالب من جهته هو الآخر بعد قبول الاستئناف وتأييد الحكم الصادر، مطالبا بالحكم على المستأنف عليه بأداء مبلغ 10.000 فرنك تعويضا عن الضرر المعنوي.

وبعد أن صح بأن القضاة، في المرحلة الابتدائية، تفحصوا المستندات المدلى بها، التي يستنتج منها أن حبيبة لم تعبر عن رضائها بحرية، قرر المستأنف عليه أن الزواج قد تم اشهاره عن طريق الغش والإكراه، وأن الأمر يتضمن عندئذ مساسا بالنظام العام الفرنسي، مطالبا بإبطال الزواج.

ولاحظ المستأنف عليه أن المرأة، في القانون المغربي لا تعتبر راشدة، ولو كانت متزوجة، إلا ببلوغ إحدى وعشرين سنة من عمرها، وأن الوصي يمكنه أن يتراجع في حالة المنازعة القضائية أو العائلية بينه وبين القاصرة، وأعلن

المستأنف عليه أن قرار محكمة استئناف صيان، المؤرخ بـ 9 يناير 1987، لا يتعلق إلا بنفي التهمة عن السيد (أ) الوصي السابق لحبيبة، في حين يتعلق القرار الخاص بالقضية الحالية بالزوجين.

وعندما تدخل (ج) بين أن حبيبة، تعيش منذ مدة في فرنسا، وأنها لا تحسن القراءة أو الكتابة باللغة العربية، ومن ثم، لا يمكن أن تتدخل في رضى بالزوج، حصل بصورة كتابية.

بل إن المستأنف عليه ذهب إلى القول بأن الشهادات التي أدلى بها المستأنف هي شهادات كاذبة يتعين استبعادها من دائرة المناقشة، على اعتبار أنها لا تتطابق مع القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية الفرنسي. واستنتج أن البينة قائمة على أن حبيبة تزوجت كرها ورغما عن ارادتها. ذلك أن السيد (ج) لجأ إلى الاحتيال عندما صحب معه المحجورة الخاضعة لوصايته إلى المغرب، لهدف واحد هو التملص من الضمانات التي حولها القانون الفرنسي للقاصرين.

ثم تدخل المدعى العام في المناقشة، وتوصل إلى ما يلي :

- قبول التدخل.
- الإعلان بأن الاستئناف مقبول، من حيث الشكل، وإن كان غير مبني على أساس سليم، من ناحية الجوهر.
- الإعلان عن قبول دعوى بطلان الزواج المرفوعة من لدن السيد (ج) الوصي المتأخر لحبيبة.
- تأكيد الحكم المؤرخ بـ 1 ماي 1987 الصادر عن محكمة الدرجة الكبرى بنانسي، الذي أعلن عن بطلان الزواج بين حميد وحبيبة، الذي تم إشهاره، يوم 23 يوليوز 1985، بمدينة تازة.
- بناء على الحكم الصادر.

- بناء على مستنتجات الأطراف التي يتعين الإحالة عليها للإطلاع على الوقائع، والإجراءات، سواء في المرحلة الابتدائية أو الاستئناف، والوسائل المتجتم بها لدى المحكمة.

- بناء على الأمر الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1989.

بالنسبة لتعرض الخارج عن الخصومة تجاه الحكم المؤرخ ب 23 ماي 1986.

- حيث يستنتج من المواد 582 وما بعدها من قانون المسطرة المدنية الجديد، وخاصة المادة 588 بصورة عارضة، يكون مقبولاً لدى محكمة الاستئناف، إذا تقدم به أي شخص له مصلحة في التعرض المذكور، بشرط ألا يكون قد سبق أن كان طرفاً أو ممثلاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.

- حيث إن الأمر كذلك بالنسبة للسيد حميد، الذي لم يكن طرفاً في القضية التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ ب 23 ماي 1986، والذي اثبت أن له مصلحة ظاهرة في المنازعة في تعيين السيد (ج) وصياً على زوجته.

#### بالنسبة لصحة تعيين الوصي

- حيث أنه من الثابت أن القانون الواجب تطبيقه، في هذه القضية، هو قانون الأحوال الشخصية الجاري على حبيبة، والذي يتمثل في القانون المغربي، اعتباراً لأن اهلية الأجانب تخضع، في فرنسا، لقوانين أحوالهم الشخصية؛

- حيث إن القاضي المكلف بشؤون القاصرين لمدينة لنيفيل، بين بموجب الحكم الصادر عنه بتاريخ 14 فبراير 1986، أن تعيين وصي على حبيبة، رغم أنها متزوجة، كان تعييناً صحيحاً طبقاً للقانون المغربي (ظهير 1-57-343 المؤرخ ب 22 نونبر 1957 وظهير 1-58-019 المؤرخ ب 25 يناير 1958)، على أساس أن القانون المذكور يعتبر حبيبة غير راشدة نتيجة زواجها، وأن تنحية السيد (أ)، بوصفه وصياً وتعيين وصي جديد في شخص السيد (ج) كان تعييناً صحيحاً نظراً لوجود خلاف عائلي بين القاصرة وبين الوصي عليها، وهو خلاف



يمكن أن يترتب عليها إضرار بمصالح القاصرة، على اعتبار أن حبيبة أعلنت أنها لم تعبر عن رضاها بالزواج الذي تتمنى إلغائه، كما يستنتج من التصريحات التي أدلت بها حبيبة لدى القاضي المكلف بشؤون القاصرين؛ وعلاوة على ذلك، فإن الوصي المعين تتوفر فيه الشروط المقررة بموجب المواد 153 وما بعدها من الظهير رقم 1-58-019 الصادر بتاريخ 25 يناير 1958، على اعتبار أنه شخص «كامل الأهلية، متبصر، وذو مروءة»، وأن القانون المغربي لا يشترط أن يكون الوصي ممن يعتنق الديانة الإسلامية، وأنه يتعين التمييز، في هذا المجال، بين الوصي على النفس وبين الولي في الزواج، ذلك أن الولي في الزواج هو الذي ينبغي أن يكون مسلماً، ولكن وظيفته تقتصر على الولاية الشرعية في إشهار الزواج، دون أن تتعدى ذلك إلى السلطات العادية للإشراف على شؤون القاصر؛

- حيث إن السيد حميد يتعين رفض تعرض الخارج عن الخصومة الذي تقدم به، بشأن تعيين السيد (ج)، بصفته وصياً على القاصرة حبيبة، على أساس أن التعيين المذكور مطابق، من جميع النواحي، لما يقضي به القانون المغربي.

### بالنسبة لصحة الزواج

- تطبيقاً للمادة 158 من ظهير 25 يناير 1958، حيث إن السيد (ج)، بعد أن حصل على ترخيص من القاضي، كان على حق في إقامة دعوى بطلان زواج حبيبة من حميد. إذ أن القانون المغربي لا يشترط انعقاد مجلس الأسرة للسماح للوصي بإقامة الدعوى لدى القضاء، - ومن جهة أخرى، حيث إن القانون المغربي لا يتطلب أجلاً معيناً لإقامة دعوى بطلان الزواج - حيث ينبغي، تطبيقاً للقانون الفرنسي التثبت من أن تعيين السيد (ج)، بوصفه وصياً، لم يصبح نهائياً إلا ابتداءً من تاريخ إصدار حكم محكمة الدرجة الكبرى بنانسي،

وهو يوم 23 ماي 1986، وأن دعوى البطلان أقيمت بعد ذلك خلال الأجل القانوني المقرر بموجب المواد 181 وما بعدها من التقنين المدني ؛ - ومن حيث الجوهر، حيث يقضي القانون المغربي المواد 4، 32، 37 من ظهير 22 نونبر 1957) ان تراضى الزوجين يشكل شرطا من شروط صحة الزواج وان عدم رضا احد الزوجين يؤدي الى بطلان الزواج - حيث يستنتج من وثائق الملف الجنائي وملف المساعدة التربوية المرفقة بالمسطرة الحالية ان حبيبة لم تكن راغبة في الزواج وعبرت عن ذلك، بصورة واضحة، امام قاضي الأحداث والقاضي المكلف بشؤون القاصرين، سواء قبل سفرها الى المغرب او بعد عودتها الى فرنسا، بالاضافة الى ان الوصي السابق لها التزم، قبل مصاحبته له الى المغرب، بأنه لن يعتمد الى تزويجها، حيث ان حبيبة لا تعرف القراءة او الكتابة باللغة العربية، وبالتالي فان البيانات الواردة في رسم النكاح لا تعتبر دليلا على رضائها، حيث ان الشهادات التي ادلى بها المستأنف، بالاضافة الى ان غالبيتها لا تتطابق مع المواد 200 وما بعدها من قانون المسطرة المدنية الجديد، فانها شهادات لا تقنع بوجود رضا حبيبة على الزواج، وعلى العكس من ذلك، حيث يتبين من التصريحات التي ادلى بها اخوها سعيد واختها أمينة ان حبيبة كانت تتعرض للضرب من قبل عمها الذي كان يهددها بأنه سوف يلقي بها في قرية « البؤس» اذا هي رفضت الزواج، - وعلاوة على ذلك، حيث ورد في رسالة مؤرخة ب 16 فبراير 1987 صادرة عن جد القاصرة ان هذا الاخير اعترض على تزويج حبيبة، اضافة الى انه لم يتم اخباره به ؛ - حيث يستنتج من مجموع هذه الظروف الواقعية ان رضى حبيبة بالزواج لم يصدر عن طواعية واختيار، وان هذا يكفي، في نظر القانون المغربي، للحكم ببطلان الزواج ؛ - ونتيجة لذلك، حيث يتعين تأييد الحكم الابتدائي القاضي ببطلان الزواج ؛ - حيث ان وقائع القضية لا تسمح بتحويل حبيبة تعريضا عن الضرر المعنوي ؛ - حيث ان المستأنف يتعين ان يتحمل المصاريف.



### لهذه الأسباب

ان محكمة الاستئناف، وهي تبت علنيا وحضوريا، تقبل، من حيث الشكل الاستئناف الذي تقدم به حميد وكذا تعرض الخارج عن الخصومة. ومن حيث الجوهر، ترفض الاستئناف وتعرض الخارج عن الخصومة، وتؤيد الحكم المطعون فيه بكل حيثياته - وتقبل تدخل المدعى العام.

- تصرح بعدم وجود اي تعويض عن الضرر المادي.

- تحمل حميد المصاريف التي تكبدها\*.

\* جريدة القانون الدولي - كليتي - العدد الثاني، أبريل - يونيو 1991، ص 388 = 398، وتعليق فرانسواز مونيغي؛ المجلة الانتقادي للقانون الدولي الخاص، العدد الرابع، أكتوبر - دجنبر، 1990، الجزء 79، ص 723 = 727 وتعليق ايف لوكيت.

## تعليق

بقلم

ايث لوكيت

(2-1) من الملاحظ ان الأحكام القضائية التي تتجاهل وجود اتفاقيات دولية ليست منعدمة، على الرغم من ان محكمة النقض الفرنسية قررت، ومنذ سنة 1811 الزام المحاكم بتطبيق الاتفاقيات الدولية من تلقاء نفسها. صحيح ان العبء الذي تتحمله المحاكم الدنيا لم يخف نتيجة تعدد وتنوع الأدوات الدولية التي كثيراً ما يتم تجاهلها اذا كانت لا تتعارض فيما بينها. والقضية التي نود التعليق عليها هنا خير دليل على ذلك.

وتهم القضية زوجين مغربيين عاشا في فرنسا، توفى الزوجان نتيجة حادثة سير، وقعت خلال شهر غشت 1983، مخلفين ثلاثة اطفال، منهم بنت تسمى حبيبة، ازادادت في شهر يونيه 1969، وكانت خاضعة لوصاية عمها، الذي عين بهذه الصفة في اكتوبر 1983، والذي سحب معه محجورته الى المغرب، خلال صيف 1986، وهناك زوج ابنه بمحجورته حبيبة، وبناء على مجموعة من العناصر التي تبين معها ان حبيبة لم تكن راضية على الزواج الذي عقده الوصي عليها، قرر القاضي المكلف بشؤون القاصرين لمدينة لنيقل، وتطبيقا للقانون المغربي، تعيين وصي جديد قام برفع دعوى للمطالبة بالاعلان عن بطلان الزواج المشار اليه اعلاه. وقد استجابت محكمة الدرجة الكبرى بنانسي للدعوى المرفوعة، وذلك بموجب الحكم الصادر بتاريخ 11 ماي 1987. ولكن الحكم طعن فيه عن طريق الاستئناف، استنادا، من جهة، الى ان الدعوى غير مقبولة، اعتباراً لأن تعيين الوصي مخالف للقانون المغربي، ومن جهة ثانية، بناء على ان

الزواج ابرم على الوجه غير الصحيح طبقا للقانون الشخصي الجاري على الزوجين. غير ان محكمة الاستئناف قررت تأييد الحكم الابتدائي، وصرحت بأن القانون المغربي هو الذي يتعين تطبيقه، سواء بالنسبة لتعيين الوصي او بالنسبة للبت في صحة الزواج. وهكذا، بالنسبة لبطلان الزواج، لا يثير القرار الصادر عن محكمة الاستئناف سوى بعض الملاحظات العابرة. فمن الناحية السوسيوولوجية، نلاحظ ان هجرة جالية مغاربية هامة الى فرنسا قد ولدت انواعا من المنازعات الجديدة. ومن الوجهة القانونية، من المقرر، ان تطبيق القانون المغربي يفرض نفسه بناء على القواعد العامة او القانون الاتفاقي.

وهكذا تقضي الاتفاقية المغربية الفرنسية، في المادة الخامسة منها « ان الشروط الجوهرية للزواج، مثل سن الزواج، والرضى، وكذا موانع الزواج، خاصة تلك الناتجة منها عن رابطة القرابة او الرضاع، يسرى عليها، بالنسبة لكل من الزوجين، قانون الدولة التي يحمل جنسيتها». ومع ذلك، لم تتطرق محكمة الاستئناف، بكيفية معمقة، لعيب الرضى خاصة بالنسبة لما يتصل منه بالصداق. وبالفعل، هناك ندرة في الأحكام التي تتعلق بهذه المسألة التي تشير كثيرا من الصعوبات القانونية المعقدة. وفي المقابل، ثارت، في القضية التي نحن بصدد التعليق عليها، مسألة بالغة الدقة، تتعلق بتحديد القانون الواجب تطبيقه على الوصاية. ومن هنا نتوصل الى أن القرار المذكور يتضمن حقيقة بديهية اقتضت معالجة التنازع القائم، في هذه القضية، بين اتفاقية لاهاي، المؤرخة ب 5 اكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القاصرين، وبين الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981.

عندما اكدت محكمة استئناف نانسي أنه « من الثابت ان القانون الواجب تطبيقه، في هذه القضية، هو القانون الشخصي لحيبية، اي القانون المغربي، بناء على ان اهلية الأجانب تخضع، في فرنسا، لقوانينهم الشخصية»، فإن المحكمة المذكورة يبدو انها قد نسيت وجود اتفاقية لاهاي، المؤرخة ب 5 اكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القاصرين. وهي اتفاقية سارية المفعول في فرنسا منذ



سنة 1973، وتتعلق بمعالجة مشاكل تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين الناجمة عن حماية القاصرين، وبالتالي تقتضى أن تطبق أولا، على الوصايا وعلى تعيين الوصي. وبناء على المبادئ المقررة في هذه الاتفاقية، كان يتعين، في القضية التي فصلت فيها محكمة نانسي، أن يطبق القانون الفرنسي وليس القانون المغربي. فمن المعلوم أن اتفاقية لاهاي، إذا كانت تخول الاختصاص، بمقتضى المادة الثالثة منها، للقانون الوطني للقاصر، فإن ذلك الاختصاص تقرر اعتبارا لأن القانون المذكور يكفل حماية القاصر عن طريق رابطة أبوية موجودة بقوة القانون. وعندما تنتهي الرابطة المذكورة، يعود للسلطات القائمة في المكان الذي توجد به الإقامة الاعتيادية، أو إلى السلطات الوطنية، بناء على قوانينها هي، أن تقرر التدابير الخاصة بحماية القاصر. أما في القانون المغربي، فإن الأب وحده هو الذي يعتبر وصيا شرعيا على أبنائه القاصرين. وإذا توفي الأب دون أن يعين وصيا، كان القاضي هو المختص بتعيين وصي. وهذا يعني أن الرابطة، بما أنها قد انقضت في نطاق القانون المغربي، فإنه أصبح من اختصاص القاضي الفرنسي، وهو قاضي المكان الذي توجد به الإقامة الاعتيادية، أن يقرر تدابير الحماية تطبيقا للقانون الفرنسي وحده.

وبما أن المحكمة قد فضلت تطبيق القانون المغربي، فمن الممكن تفسير ذلك بأن المركز القانوني، في هذه القضية، لا يخضع لنفوذ الاتفاقية المشار إليها أعلاه. ذلك أن تطبيق هذه الأخيرة يقتضي أن يكون « القاصر » مقيما، بصفة اعيادية في دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية، وأن تكون له تلك الصفة سواء في نظر قانون الدولة التي يعتبر من رعاياها أو في نظر قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الإقامة الاعتيادية للقاصر. وبما أن القاصر، في هذه القضية، يعتبر مقيما في فرنسا وأنه يعتبر بدون شك قاصرا في نظر القانون المغربي؛ فهل كانت حبيبة كذلك في نظر القانون الفرنسي، علما بأنها لم تبلغ بعد السابعة عشرة من عمرها؟ نحن نشير هذه المسألة مع أن القانون الفرنسي، خلافا للقانون المغربي، يقضي بأن زواج القاصر يترتب عليه ترشيد القاصر.

ومن الواضح ان المشكل المطروح يكتسي خصائص مميزة، على اساس ان الزواج الذي تم اشهاره في الخارج كان مشوبا ببعض العيوب، ولكن لم يتقرر بطلانه. وهنا نلاحظ ان القضاة الفرنسيين، الذين نظروا في بطلان الزواج وحطموا الحلقة المفرغة التي واجهتهم، قد رفضوا الاعتراف بالأثر المتمثل في الترشيد الناجم عن الزواج. بحيث قرروا ان من المستحسن ان تترك للوصي مهمة اقامة الدعوى لدى القضاء. وبالتالي كانت اتفاقية لاهاي المؤرخة ب 15 اكتوبر 1961 واجبة التطبيق ومعها القانون الفرنسي.

يبقى علينا ان نبحث عن المبرر الذي دفع الى تطبيق القانون المغربي، اي امكانية الرجوع الى الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981. من المعلوم ان الاتفاقية المذكورة، التي تم التوقيع عليها، أساسا، لمعالجة الصعوبات الناجمة عن الانتقال غير المشروع بالأطفال وكذا تلك الناتجة عن تطبيق المادة 310 من التقنين المدني بالنسبة لطلاق المغاربة المقيمين بفرنسا، قد استهلها واضعوها ببعض الأحكام العامة، وفي مقدمتها « تخضع حالة اهلية الأشخاص الذاتيين لقانون الدولة التي يحملون جنسيتها ». ومثل هذا الحكم يثير، على وجه الإجمال، تساؤلا مفاده هل يتعلق الحكم السابق بالأهلية وحدها، وبمعناها الضيق، ام يشمل ايضا حماية القاصرين ؟ وعلى الرغم من ان التمييز بين المفهومين عسير التصور، الا ان شراح الاتفاقية المغربية الفرنسية ذهبوا، صراحة او ضمنا، الى وجوب التوسع في مفهوم الأهلية، دون ان يتنبهوا الى الصعوبات الناجمة عن مذهب من هذا القبيل، تلك الصعوبات التي يمكن ان تثور نتيجة لوجود اتفاقية لاهاي والاتفاقية المغربية الفرنسية، في آن واحد. وحتى اذا سايرنا المذهب السابق، كيف يمكن معالجة التنازع بين اتفاقتين، خاصة في الحالة التي يكون فيها القاصر المغربي مقيما في فرنسا ؟

بمقتضى الفقرة 2 من المادة 18 من اتفاقية لاهاي، المؤرخة ب 15 اكتوبر 1961، لا يترتب على تطبيق هذه الاخير « اي مساس بالأحكام الواردة في اتفاقيات

دولية اخرى ارتبطت بها الدول المتعاقدة في تاريخ نفاذ الاتفاقية». ومع مراعاة تطبيق بعض الاتفاقيات القديمة، مثل المعاهدة الفرنسية السويسرية، المؤرخة ب 15 يونيو 1869، يلاحظ ان شرط الانسجام لا يشكل مبدءاً من مبادئ حل المشكلة التي نحن بصدها. ومن ثم، يقتضي الأمر الرجوع الى الموجهات العامة التي تهيمن على حل مشاكل التنازع بين الاتفاقيات الدولية. وفي هذا الصدد يذهب اتجاه فقهي له وزن هام، الى ان من الممكن، في هذا المجال، مراعاة «المصالح الغالبة» التي تهدف الاتفاقيات الى حمايتها، الأمر الذي يجوز معه الرجوع الى «مبدأ الفعالية القصوى» في حين يذهب اتجاه آخر الى انه يتعين مراعاة « مجموعة الظروف والمصالح المشاركة في القضية دون مبدأ الفعالية القصوى وحده، وكيفما كانت اهميته».

ان الأخذ بالموجهات السابقة، في حالتنا هذه، يمكن ان يؤدي الى الانطلاق من فترتين زمنيتين. ففي مرحلة اولى، يتعين التأكد من ان الاتفاقيتين المتنازعتين تكفلان معا حماية ناجعة للقاصر. واذا كان الأمر بخلاف ذلك، كان من اللازم بداهة ترجيح الاتفاقية التي يتوفر فيها مثل هذا الضمان. وتجدر الاشارة الى ان الحالة التي نحن بصدها ليست حالة افتراضية، ولبيان ذلك، يكفي تعديل معطيات القضية المذكورة بافتراضنا لأن ام حبيبة لا تزال على قيد الحياة في تاريخ وقوع الحادثة. اذ في هذه الحال، تنتهي علاقة الرابطة القانونية بالتشريع المغربي في حين يقرر القانون الفرنسي بقاءها، بحيث تسند للأم، وبقوة القانون، السلطة الأبوية والادارة القانونية تحت رقابة القضاء. ونتيجة لذلك، يفتح المركز القانوني على ثغرة حقيقية في نظام الحماية الخاصة بالقاصر، على اساس ان سلطة مكان الاقامة الاعتيادية لن تجرد في قانون الدولة التي تتصرف باسمها اي حكم قانوني يتيح لها تطبيق « اجراء من اجراءات الحماية» يعتبر ضروريا نتيجة لانقضاء العلاقة بين الرابطة القانونية وبين قانونها الأصلي. وتجدر الاشارة الى ان النتيجة السابقة تتولد نتيجة لان واضعي اتفاقية لاهاي قد جعلوا القانون الوطني للقاصر هو الذي يسري على اسباب انقضاء الرابطة

القانونية، كما اعتبروا ان قانون مكان الاقامة الاعتيادية هو الذي يحكم شروط احداث اجراءات الحماية. ومن هنا، تحدث قطيعة في حماية القاصر، عندما يتبين ان القانونين المذكورين لا يراعيان الحدث الواحد قصد تحديد العتبة التي يتعين الانطلاق منها للتمييز بين انتقال الرابطة القانونية من التشريع الاصيلي الى تدابير الحماية واذا تمسكنا بالنص الحرفي للاتفاقية، وجب علينا احواله المعنيين بالأمر على القاضي الوطني.

وبالفعل، تقتصر المادة التاسعة على تقرير الاجراءات المستعجلة. في حين تفترض المادة الثامنة ان القاصر يحيط به الخطر. ومن ثم، تغدو النتيجة غريبة اذا عرفنا ان الاتفاقية ترمي لمكافحة « الوصاية من بعيد » والتقريب بين سلطات الحماية والأشخاص الواجب حمايتهم. ومهما يكن من أمر، يتعين على القاضي الفرنسي، عندما يجد نفسه في مواجهة الأوضاع التي من هذا القبيل، ان يعمل على حلها باعطاء الأفضلية للاتفاقية المغربية الفرنسية. ومن المؤكد ان الوصاية المقررة في القانون المغربي تختلف عن نظيرتها المنظمة في القانون الفرنسي، على اساس ان مدونة الأحوال الشخصية المغربية لا تعرف شيئاً اسمه مجلس الاسرة ولا تخول للقاضي ان يتولى بصورة مباشرة مهمة مراقبة الوصي بمساعدة مجلس استشاري. ومع ذلك، فان مهمة القاضي الفرنسي لا تتعارض اطلاقاً مع السلطات التي يستمدّها من القانون الفرنسي وبهذه الصورة، يتضح من القضية التي نحن بصدد التعليق عليها ان الصعوبة الناشئة عن التمييز بين الجوهر وبين المسطرة ليست صعوبة مستحيلة.

اما في المرحلة الثانية، ومع افتراضنا لكون الاتفاقيتين المتنازعتين تستجيبان معا لشروط الحماية المشار إليه من قبل، فان حل التنازع يمكن التوصل اليه من خلال اتساع نطاق النفاذ الدولي الذي ينشأ عن الاحترام الواجب للاتفاقية الدولية والذي يكفل الاعتراف بالأحكام الصادرة تطبيقاً للاتفاقية. من المعلوم، في هذا المجال، ان اتفاقية لاهاي الموقع عليها بتاريخ 5 اكتوبر 1961 تقضي في المادة السابعة منها بأن « الاجراءات المتخذة من قبل

السلطات المختصة، تطبيقا للمواد السابقة، تحظى بالاعتراف بها في الدول المتعاقدة»، اي في تسع دول اوربية يستثنى منها المغرب، بطبيعة الحال. اما بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية، فمن الممكن الاعتقاد بان احترامها لا يمكن الا ان يكون مفيدا بالنسبة للاعتراف بتدابير الحماية التي تتخذها سلطات احدى الدولتين في مواجهة رعايا الدولة الأخرى، على الرغم من ان الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 5 اكتوبر 1957 المتعلقة بالتعاون القضائي لا تعتبر مراقبة القانون المطبق من الشروط التي يخضع لها الاعتراف بالأحكام الصادرة عن محاكم كل من الدولتين. وبالنسبة لحماية القاصرين المغاربة المقيمين في فرنسا، والذين يرتبطون مع بلدهم الأصلي بروابط قوية، يمكن ان نفهم كيف ان القضاة الفرنسيين يرجحون هذا الاعتبار الثاني، على الرغم من ان الفوائد التي يمكن ان تنجم عن ذلك تتميز بكونها غامضة. وهكذا، نجد، في القضية موضوع التعليق، مجموعة من الأسباب الهامة التي سوغت تطبيق القانون المغربي. ولهذا، يمكن الاستناد، لا الى القواعد العامة التي استبعدت بمقتضى اتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 اكتوبر 1961، ولكن الى احكام الاتفاقية المغربية الفرنسية. وبعبارة اخرى، يتعين مؤاخذة محكمة استئناف نانسي، لا لكونها اخطأت في الحل، وانما لانها توصلت الى الحل المذكور بالرجوع الى الاتفاقية الدولية.

وهكذا، نستخلص ان الاتفاقيات الدولية قد تم التخلي عنها لأسباب تتعلق بالملاءمة. صحيح ان التواجد، في هذه القضية، لتعقيد واضح يمكن ان يؤدي، في مجالات اخرى الى انكار حقيقي للعدالة. والدليل على ذلك، يمكن ان نتوصل اليه انطلاقا من دراسة مسألة اخرى قريبة وشبيهة بالمسألة المثارة في هذه القضية، وتلك هي مسألة حضانة الأطفال بعد الاعلان عن الطلاق. اذ بما ان فرنسا سحبت، سنة 1984، التحفظ المقرر في المادة 15 من اتفاقية لاهاي المؤرخة ب 5 اكتوبر 1961، فان هذه الاخيرة اصبحت واجبة التطبيق في هذا

المجال، وهي تفرض على سلطات مكان الإقامة الاعتيادية تطبيق قوانين الدولة التي تعمل باسمها. أما بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981، التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1983، فهي تعالج المشكلة بصفة غير مباشرة. وهي تقضى بأن تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا المجال في الدولة الأخرى المتعاقدة لا يجوز رفضه إذا كانت المحاكم التي صدرت عنها تلك الأحكام هي المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها مكان الإقامة الاعتيادية الفعلية للأبوين وإقامة الأب الذي يعيش معه الطفل بصورة اعتيادية، وكانت تلك المحكمة قد طبقت القانون الوطني المشترك بين الأبوين، إذا كانا من جنسية واحدة. وهذا يعني بالنسبة لمشاكل الحضانة الناشئة عن الطلاق بين مغربيين يعيشان في فرنسا مع اولادهما، ان اتفاقية لاهاي تفرض تطبيق القانون الفرنسي، الأمر الذي يحرم الحكم الصادر من تسهيلات التطبيق الممنوحة بموجب الاتفاقية المغربية الفرنسية.

وبناء على ذلك، نجد انفسنا ازاء خيارين : اما ان نحترم اتفاقية لاهاي ونصدر حكما غير قابل للنفاذ، واما ان نتجاهل الاتفاقية المذكورة ونصدر حكما نافذا. ونتيجة لذلك، لن يكون من الممكن معالجة المشكل بالرجوع الى المبادئ التي تسود التنازع بين الاتفاقيات الدولية، على اساس ان الأمر لا يتعلق هنا بالتنازع بمعناه الصحيح، ذلك ان كل اتفاقية تعالج مجموعة من المشاكل التي وان كانت متشابهة الا انها متميزة تماما. ومن هنا نلاحظ التداخل الموجود بين الاتفاقيات، خاصة تواجد اتفاقيات ثنائية واتفاقيات اتحاد، بالإضافة الى انعدام التناسق الذي يهيمن، في بعض الأحيان، على المصادقة على الاتفاقيات وعلى سحب التحفظات، وهو الأمر الذي يمكن ان يكون مضرا بالمتقاضين ومحرجا للقضاة.

وفي ختام هذا التعليق، نشير الى ان قضاة الموضوع، مع اخضاعهم الوصاية للقانون المغربي، الا انها رفضوا الاستماع لمزاعم المدعى، استنادا إلى ان القانون المغربي لا يفرض اعتناق الديانة الاسلامية في الوصي. ويبدو ان

الأمر يتعلق هنا بخطأ في تفسير القانون المغربي. إذ من المقرر، على الرغم من أن مدونة الأحوال الشخصية لم تفرض هذا الشرط بصورة مباشرة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للفقهاء المالكي الذي يعتبر مصدراً عاماً ومكملاً للأحكام القانونية. وإذا فرضنا أن اعتناق الديانة الإسلامية شرط في الوصي، بمقتضى القانون المغربي. حينئذ يصبح من الجائز التساؤل عما إذا كان الشرط المذكور ينسجم مع النظام العام الدولي الفرنسي - بالإضافة إلى أن هناك تساؤل لا يزال قائماً يتعلق بالسبب الذي دفع المحكمة إلى تفضيل الاتفاقية المغربية الفرنسية.

\* \* \*

Yves Lequette

Note sous Cour d'appel de Nancy

23 Octobre 1989

Revue critique de droit international privé N 4, octobre -  
Décembre 1990, tome 79, pp 723 - 727.

## محكمة النقض

6 يونيو 1990 \*

(القضية الأولى)

إذا كانت الفقرة 2 من المادة 11 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، تقضي بأن محاكم أي من الدولتين المتعاقدين يحمل الزوجان جنسيتها هي التي تختص بالاعلان عن انحلال الرابطة الزوجية، اينما كان موطن الزوجين في تاريخ اقامة الدعوى ؛ فان ذلك رهين بأن يكون اختيار المحاكم المذكورة قد تم بحسن نية لا بقصد الاحتيال. وبناء على ذلك، فان محكمة الاستئناف لم تقم القرار الذي اصدرته على اساس سليم، عندما استندت إلى الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من الاتفاقية المشار إليها اعلاه، والذي قضت فيه بعدم الالتفات إلى الاحتيال المحتج به، دون أن تبحث عما اذا كان اختيار المحكمة المغربية، التي على الرغم من ان اختصاصها ثابت إلا أنه اختياري طبقا للنص المذكور.

إن محكمة الاستئناف لم تبين قرارها على اساس قانوني سليم، طبق لاحكام الفقرة الاولى من المادة 13 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981، والمادة 16 (ب) من الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 05 اكتوبر 1957، عندما سمحت بالاحتجاج بالسند الصادر في المغرب، استنادا إلى المانع المستمد من النظام العام لا يعود له وجود عندما يكون المقصود

(\* ) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، العدد 3 يوليو - شتنبر 1991، الجزء 80، ص 594 - 605 وتعليق باتريك كورب.



التسليم بتولد الآثار الناجمة عن حق مكتسب في الخارج دون احتيال وتطبيقا للقانون الواجب تطبيقه، ودون ان تبحث المحكمة عما اذا كانت الاجراءات المتبعة امام السلطات المغربية تمكن كل طرف من ابداء دفوعه والتعبير عن اوجه دفاعه.

- حيث ان الزوجين ينتميان معا إلى الجنسية المغربية، وان موطنهما يوجد في فرنسا ، وان الزوجة استدعت زوجها، يوم 2 يوليوز 1986، بقصد المطالبة بالمساهمة في تحمل اعباء الزوجية ؛ وبموجب رسم « طلاق ابتدائي غيابي»، صادر بوجدة يوم 7 غشت 1986، طلق الزوج زوجته ؛ وان السند المذكور قد تمت المصادقة عليه، في اليوم الموالي، من قبل المحكمة الابتدائية بوجدة التي بينت الآثار الناجمة عن السند المشار إليه ؛ وان القرار المطعون فيه بعد ان عاين انحلال الرابطة الزوجية، قرر رفض الطعن الذي تقدمت به المرأة المطلقة.

## بالنسبة للفرع الأول من الوسيلة الوحيدة

- بناء على الفقرة 2 من المادة 11 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب (10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الاشخاص والاسرة وبالتعاون القضائي، التي تضم المبادئ التي تسري على الاختصاص القضائي الدولي ؛ - حيث إنه بالتوفيق بين النص والمبادئ المشار إليها، اذا كان الزوجان يحملان معا جنسة احدى الدولتين المتعاقدتين، فان محاكم الدولة المذكورة هي التي ينبغي لها الاختصاص اينما كان موطن الزوجين في تاريخ اقامة الدعوى، لكن بشرط الا يكون اختيار المحكمة المختصة قد تم بغرض احتيالي ؛ - حيث ان محكمة الاستئناف، لكي تعتبر ادعاء المرأة المطلقة غير ذي جدوى، استندت فقط إلى الاختصاص المعترف به للقاضي المغربي، بموجب الفقرة 2 من المادة 11 من الاتفاقية المشار إليه ؛ حيث ان الأمر تم على هذا المنوال، ودون البحث ايضا

فيما اذا كان اللجوء الى القضاء المغربي الذي كان اختصاصه ثابتا ولكنه اختياري تطبيقا للمادة 11 المذكورة، لم يتم من قبل الزوج الا بغاية التهرب من آثار حكم قضائي فرنسي، فان محكمة الاستئناف لم تجعل لما حكمت به اساسا قانونيا انطلاقا من النص والمبادئ المشار اليها من قبل.

### بالنسبة للفرع الثاني من الوسيلة

- بناء على الفقرة الأولى من المادة 13 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981، والمادة 16 ب من الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 5 اكتوبر 1957 المتعلقة بالتعاون القضائي وتنفيذ الأحكام ؛ -  
 وحيث انه لقبول الاحتجاج بالسند المغربي، اعلن القرار المطعون فيه ان المانع المستمد من النظام العام لا يمكن ان يظل قائما عندما يكون المقصود، كما هو الشأن في هذه القضية، الاعتراف بأن تتولد، في فرنسا، آثار الحق المكتسب دون احتيال في الخارج وفقا للقانون الواجب تطبيقه ؛ - حيث انه تم الحكم بهذا الشكل، دون البحث فيما اذا كانت الاجراءات المتبعة امام طرف من ابداء دفعه واوجه دفاعه، فان محكمة الاستئناف لم تبين قرارها على اساس قانوني وفقا للنصوص المشار اليها اعلاه.

\* \* \*

## محكمة النقض الفرنسية

26 يونيو 1990 \*

( القضية اثنائية )

حيث إن السيد (م) احتج بحكم صادر عن المحكمة الجزائرية لمدينة وادغيو، المؤرخ ب 8 يوليوز 1985، المتعلق بالاعلان عن الطلاق، والتمس الغاء المساهمة في اعباء الزواج ؛ وبما ان القرار المطعون فيه (نانسي، 14 اكتوبر 1988 ) قضى بعدم قبول طلب الزوج المذكور، استنادا إلى ان الوثائق المدلى بها لا تتيح التحقق من صحة صدور الحكم المتعلق بالطلاق، وفقا للاتفاقية الفرنسية الجزائرية المؤرخة ب 27 غشت 1964.

### بالنسبة لقبول الطعن المنازع فيه من قبل الدفاع

- حيث تمت المطالبة بعدم قبول الطعن، بناء على ان القرار المطعون فيه لم يفصل بصورة نهائية في مختلف اوجه النزاع - لكن، حيث ان محكمة الاستئناف قد استنفذت قضاءها عندما قررت رفض الطلب « على الحالة » ؛ وبما أن الدعوى المعروضة عليها تعتبر منتهية، ولو عرض النزاع على قضاة الدرجة الاولى، وبناء على ذلك، يعتبر الطعن بالنقض مقبولا.

(\*) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، العدد 3 بوليرز - شنتبر 1991، الجزء 80 ص 594-605  
وتعليق باتريك كورب.

## بالنسبة للوسيلة الوحيدة المتخذة في فروعها الثلاثة

حيث يؤخذ على القرار المطعون فيه انه قرر رفض الطلب، على الرغم من ان السيدة (م) لم تنازع في كفاية الوثائق المدلى بها قصد الاعتراف بالحكم المتعلق بالطلاق، لو أثير الدفع بعدم القبول، ذلك الدفع الذي لا يعتبر الوثائق التي تم الادلاء بها ودون استدعاء الاطراف الى ابداء ملاحظاتهم، وبالتالي فان محكمة الاستئناف قد عدلت من ملابسات النزاع، الأمر الذي يجعلها قد خرقت مقتضيات المواد 4، 125، 16 من قانون المسطرة المدنية الجديد :

- لكن، حيث إن السيدة (م) تنازع في الصحة الدولية للحكم الجزائري الذي حكم عليها، غيابيا، بالطلاق بناء على أخطائها، سواء بالنسبة لاختصاص القاضي الاصلي او بالنسبة للمسطرة التي اتبعت امام هذا الاخير ؛ وبما أن القاضي الفرنسي الذي اثيرت لديه، بصورة عارضة، مسألة قوة الحكم الجزائري، كان من الواجب عليه، عن طريق فحص الوثائق التي ادلى بها المدعى، تطبيقا للمادة 6 من الاتفاقية المؤرخة ب 27 غشت 1964، ان يتأكد مما اذا كان الحكم المذكور تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة الاولى من الاتفاقية المذكورة، كي يتأتى الاحتجاج به، وبما أن محكمة الاستئناف قد توصلت، بمقتضى سلطتها التقديرية، الى ان الوثائق المدلى بها من قبل السيد (م)، وخاصة منها « مبدأ ومنطوق الحكم الجزائري »، لم يتبين منها ما إذا كانت الزوجة قد تغيرت بصفة صحيحة، طبقا للقانون الجزائري، ولم يتضح منها كذلك ما إذا كان الحكم بلغ إليها، وان الحكم المذكور لا يتضمن ما من شأنه ان يمس بالنظام العام، وبناء على ذلك، وبغض النظر عن التكييف المغلوط بشأن عدم القبول، فان القرار المطعون فيه مجرد من كل المآخذ الموجهة اليه في الوسيلة.

### لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطعن.

## تعليق باتريك كورب

(3-1) كيف يمكن حماية مصالح النساء الاجنبيات المقيمات في فرنسا، واللواتي يوقع عليهن الطلاق في بلدانهن الأصلية ؟ ان هذه المسألة التي عرضت مرارا عديدة على القضاء الفرنسي، هي التي تصدى لها القراران الصادران عن محكمة النقض، والليذان يعكسان تطورا مهما في نطاق الاجتهاد القضائي.

لقد ذهب القرار الأول، الصادر يوم 6 يونيو 1990 الى جعل الاعتراف، في فرنسا، باحكام الطلاق الانفرادي الصادرة في الخارج، خاضعا ليشروط يقضى بان تكون الزوجة المطلقة قد تمكنت من ابداء اوجه دفاعها. في حين يعبر القرار الثاني، المؤرخ ب 26 يونيو 1990، عن حساسية النظام القانوني الفرنسي تجاه الأحكام الاجنبية التي تقضى بالطلاق بناء على اخطاء الزوجة المطلقة.

2 - ومن الملاحظ، ان وقائع القضيتين تتشابه بشكل محسوس من الناحية الجوهرية. اذ يتعلق الأمر، في القضية الاولى، بزوجين مغربيين، يقيمان في فرنسا، في يوم 2 يوليوز 1986، رفعت الزوجة ضد زوجها دعوى تطالبه فيها بالمساهمة في الاعباء العائلية الناجمة عن الزواج، لكن الزوج دافع عن نفسه بابرار حكم الطلاق، صدر في المغرب، يوم 7 غشت 1986، تمت المصادقة عليه، في اليوم الموالي، من قبل محكمة مغربية. وبما أن الرابطة الزوجية اصبحت منحلّة، فان محكمة استئناف تولوز رفضت دعوى الزوجة. غير ان قرار المحكمة المذكورة تعرض للنقض، يوم 6 يونيو 1990، لكونه لم يكن مبنيا على اساس قانوني. ذلك ان محكمة النقض اعلنت بان قضاة الموضوع كان يتعين عليهم، من جهة، ان يبحثوا فيما اذا كان اللجوء الى القضاء المغربي من قبل الزوج انما تم للتهرب من آثار حكم قضائي فرنسي، ومن جهة ثانية، فيما اذا

كان الاجراءات المتبعة امام السلطات المغربية من شأنها ان تتيح لكل طرف ابداء دفعه واوجه دفاعه.

أما في النازلة الثانية، فقد كان الزوج الجزائري قد حصل من احدى المحاكم الجزائرية على حكم غيابي بالطلاق. وأدلى بهذا الحكم لدى المحاكم الفرنسية قصد التوصل إلى الغاء المطالبة بالمساهمة في الاعباء العائلية الناتجة عن الزواج. لكن مسعاه لم يلق القبول، استنادا إلى ان الوثائق التي ادلى بها لا تمكن من مراقبة انعقاد الاختصاص الدولي، بكيفية صحيحة، للحكم المدلى به، وذلك وفقا للاتفاقية الفرنسية الجزائرية المعقودة يوم 27 غشت 1964. وقد بينت محكمة النقض، على وجه الخصوص، ان قضاة الموضوع لم يتحققوا مما اذا كانت الزوجة قد طلقت على الوجه القانوني الصحيح في نظر القانون الجزائري، وما اذا كان حكم الطلاق المذكور قد تم ابلاغها به، وما اذا كان لا يتضمن ما يتعارض مع النظام العام. ونتيجة لذلك، رفض الطعن الذي وجهه الزوج.

3 - ولاريب ان القضيتين تتضمنان بعض اوجه التشابه التي يمكن اجمالها فيما يلي :

- يحمل الزوجان معا جنسية واحدة (المغربية او الجزائرية).
- حاول الزوج التهرب من المساهمة في الاعباء الناجمة عن الزواج، عن طريق الادلاء بحكم اجنبي.
- كانت الرابطة قد انحلت اما نتيجة طلاق انفرادي تمت المصادقة عليه، او نتيجة حكم بالطلاق صدر بناء على اخطاء الزوجة المطلقة.
- كانت المحكمة التي اعلنت عن الطلاق هي محكمة الدولة التي يحمل الزوجان جنسيتها.
- اعلنت المحكمة عن الطلاق بناء على طلب الزوج.
- حكمت المحكمة تطبيقا للقانون الوطني المشترك بين الزوجين.

ومع ذلك، هناك عنصران هامان يميزان القضيتين اللتين نحن بصدد التعليق عليهما، ففي القضية الاولى، ظل الزوجان مقيمين في فرنسا، في حين ان الزوج، في القضية الثانية، بقي مقيما في الجزائر كما ظلت زوجته مقيمة في فرنسا. ومن ناحية ثانية، وعلى وجه الخصوص، كانت الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الاشخاص والاسرة وبالتعاون القضائي واجبة التطبيق فقط بالنسبة للقضية الثانية. وقد عمدت محكمة النقض إلى تفسيرها تفسيراً ضيقاً. ومن المعلوم ان احكام الاتفاقية المذكورة التي تعتبر مفيدة للاعتراف، في فرنسا، بالطلاق الانفرادي، شكلت عنصراً هاماً في تطور الاجتهاد القضائي.

4 - يكفي التذكير، في هذا المقام، بان محكمة النقض الفرنسية، منذ القرار الصادر عنها بتاريخ 3 نونبر 1983، اعلنت عن نفاذ طلاق، في فرنسا، موقع على امرأة مغربية، ومعلن عنه في المغرب، من قبل زوج يحمل الجنسية المغربية، دون ان تشترط لذلك ان تكون الزوجة المطلقة قد ابدت اوجه دفاعها. ولكن المحكمة المذكورة سبق لها، قبل ذلك بسنوات، ان اعلنت ان الطلاق الموقع بارادة الزوج المنفردة يعتبر مخالفا للنظام العام اذا لم يتم سلوك « اجراءات يمكن معها لكل طرف ان يبدي دفوعه واوجه دفاعه ». وتجدد الاشارة الى ان التحول الذي تحقق بمناسبة قضية روهبي كان يرتكز على اساس مقتضيات المادة الثالثة عشرة من الاتفاقية الفرنسية المغربية وهي لم تكن واجبة التطبيق في هذه القضية، ولكنها كانت قد دخلت حيز التنفيذ، تلك المقتضيات التي تشبه الطلاق الانفرادي المخاطب عليه من قبل القاضي بأي حكم يتعلق بالطلاق.

ونتيجة لذلك، وجدت محكمة النقض الفرنسية نفسها ملزمة بتطبيق الاتفاقية المشار اليها في قرارين تبينت من خلالهما ارادة جازمة في قبول كل طلاق انفرادي يتم ايقاعه في المغرب بين زوجين مغربيين. وفي هذا المجال، اكدت محكمة النقض الفرنسية، بصفة خاصة، انه : « يستنتج من المادة 13 من الاتفاقية السابقة الذكر ان الطلاق الموقع في المغرب يتعين ان يحظى

بالاعتراف، والا ينظر اليه بوصفه مخالفا للنظام العام في نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي».

ومن المؤكد ان القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990، الصادر في قضية عقلة، يشكل قطيعة بالنسبة لهذا التطور.

5 - وهكذا، لا يمكن مؤاخذة قضاة الموضوع لكونهم لم يبحثوا فيما اذا كان الزوج الذي سافر إلى المغرب، لإيقاع الطلاق على زوجته، بقصد التهرب من الآثار الناجمة عن حكم قضائي فرنسي. ذلك ان محكمة النقض الفرنسية سبق لها ان اعترفت بالدفع بالاحتيايل على القانون، وذلك بالنسبة لحكم بالطلاق صدر عن القضاء الجزائري. فهل كان من الممكن التشكك عندما يحتج الزوج برسم الطلاق ؟ ان التنقيب، في القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990، عن احتمال التحايل في اللجوء الى قضاء اجنبي لم يكن قد اثير بصفة مباشرة. كما أنه لم يكن منعذما، على اساس ان التملص من المساهمة في اعباء الزواج هو الذي دفع الزوج الى الاحتجاج بالحكم القضائي الجزائري المتعلق بالطلاق. ومع ذلك، يلاحظ ان التحقق من عدم وجود الاحتيايل تحيط به كل الضمانات، وان كان تطبيقه يتميز بدقة بالغة.

وبالاضافة الى ذلك، يتسم القرار الذي نحن بصدهه بانه يتضمن امورا جديدة بالنسبة للنظام العام. فإذا كان القرار الصادر في قضية روهبي قد اكتفى بتحويل المرأة المطلقة ضمانات مادية، فان القرار، موضوع هذا التعليق دعم البعد الاجرائي للنظام العام، ذلك البعد الذي تم تدشينه في قضية داهار لسنة 1979. واعتبارا لان غياب الزوجة امام القضاء الجزائري كان امرا مشكوكا فيه، فان قضاة الموضوع اعلنوا عن ضرورة احترام حقوق الدفاع. وهكذا، هل يعتبر الدفع بالنظام العام منسجما مع التصورات المقررة في الاتفاقية الفرنسية المغربية المؤرخة ب 10 غشت 1981 ؟



## اولا : الدفع بالاحتياط

6 - يعتبر الحكم القضائي الاجنبي عديم الأثر في فرنسا، اذا كان اللجوء الى القضاء الاجنبي مبنيا على اساس التهرب من الآثار التي يمكن ان تتمخض عن حكم قضائي فرنسي : هذه هي القاعدة التي قررتها محكمة النقض الفرنسية سنة 1988، ثم عادت إلى التذكير بها في عام 1990.

وبهذه الصورة، يتعين التمييز جيدا بين الدفع وبين الاحتياط على القانون، ذلك ان الاحتياط يقتضي التحكم في ضابط الاسناد، قصد التوصل بكيفية مصطنعة الى اناطة الاختصاص بقانون آخر غير القانون الذي تحيل عليه قاعدة التنازع، وفي القضية التي صدر في شأنها القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990، لم يكن الزوج قد غير في شيء من ضابط الاسناد كما ان الطلاق تم الاعلان عنه تطبيقا للقانون المغربي الذي ينعقد له الاختصاص وفقا لاتفاقية 10 غشت 1981، بمقتضى المادة التاسعة منها.

وعلاوة على ذلك، لا يتعلق الأمر هنا باي احتياط على الاختصاص القضائي. فمن المعلوم، انطلاقا من المبادئ المعلن عنها في القرار الصادر في قضية سيميتش، ان المحكمة الاجنبية تصبح غير مختصة اذا كان اللجوء اليها قد حصل بناء على نية التحايل، وقد اشار الى ذلك صراحة القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990. ومع ذلك يلاحظ في النازلة، موضوع القرار المشار اليه، ان الزوج اتجه الى قضاء الدولة التي ينتمي اليها الزوجان معا، وهو القضاء المختص، طبقا للمادة الحادية عشرة من اتفاقية 10 غشت 1981. وبالتالي، فان التحايل على الاختصاص كان مستبعدا.

7 - تبقى امامنا حينئذ صورة ثالثة من صور التحايل، اصطلح الفقه على تسميته بالاحتياط على الحكم القضائي. ويتمثل في الاحتجاج، امام القضاء الفرنسي، بحكم اجنبي يكون مضمونه مختلفا عن المنطوق الذي كانت ستتوصل اليه المحكمة الفرنسية لو أنها هي التي بتت في النزاع، وعندئذ

يكون الهدف هو التهرب من الآثار الناجمة عن حكم قضائي فرنسي سبق أن صدر أو كان من الممكن أن يصدر.

ومن الواضح ان الصورة السابقة من صور الاحتمال تفترض ان تكون المحكمة الفرنسية مختصة في نفس الوقت الى جانب المحكمة الاجنبية. وهذا ما صرحت به فعلا محكمة النقض الفرنسية في القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990، عندما لاحظت ان اختصاص القضاء المغربي كان امرا « اختياريا » تطبيقا للمادة 11 من اتفاقية 10 غشت 1981 (بحيث تقضي المادة المذكورة بعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للزوجين او الدولة التي يحمل الزوجان جنسيتها).

8 - لكن، كيف يمكن اقامة الدليل على أن اللجوء إلى القضاء الاجنبي قد تم « بنية التهرب من الآثار الناجمة عن الحكم القضائي الفرنسي » ؟ فمن الواضح ان الزوج، في هذه النازلة، طلق زوجته في المغرب بغية التهرب من المساهمة، في فرنسا، في اعباء الزواج، وبالتالي فان كل زوج يطالب بالطلاق يهدف بدهاءة إلى التملص من الآثار المادية، وهكذا، نلاحظ، في نطاق القانون الداخلي، ان المحكمة ترفض طلب الطلاق في نطاق القانون الداخلي، ان المحكمة ترفض طلب الطلاق لكون احد الزوجين قدم الطلب المذكور بقصد التهرب من الآثار الناجمة عن حكم قضى في مواجهته بالمساهمة في أعباء الزوجية. وبناء على ذلك، يثور التساؤل عن السبب الذي يجعلنا نرفض التسليم، في نطاق العلاقات الدولية، يبدو ان السبب في ذلك يعود ولا ريب إلى الزوج يرمي الى الحصول على اكثر ما يمكن من المنافع والامتيازات من لدن المحكمة الاجنبية، مثل الغاء المساهمة في الأعباء الزوجية.

9 - بناء على ذلك، هل من الممكن معالجة الصعوبة المثارة عن طريق المقارنة بين تاريخ اقامة الدعوى في فرنسا (اي الدعوى المتعلقة بالمساهمة في اعباء الزواج) وبين التاريخ الذي اصبح فيه الحكم الأجنبي (المتعلق بانحلال الزواج) حائزا لقوة الشيء المقضى به، ؟ لاشك ان هذه الطريقة هي التي تمكن

من اجتناب الاحتيال، ولكن الاحتيال يشكل تصرفا حددت غايته محكمة النقض الفرنسية بأنها « النية في التهرب من الآثار الناجمة عن حكم قضائي فرنسي ». فهل هناك بعض الاعتبارات الموضوعية البحتة التي من شأنها ان تكشف عن التصرفات المتعلقة بالاحتيال ؟ وعلاوة على ذلك، فان التسليم بمثل هذه الطريقة يحول دون تقديم الزوج لاي طلب في اي دولة أجنبية، عندما يتبين ان النتيجة السابقة لا تتعارض لا مع الحلول العامة، الناجمة عن القرار الصادر في قضية سيميتش، ولا مع مقتضيات المادة 11 من الاتفاقية المغربية الفرنسية (التي تخول الخيار للزوجين). في هذا المضمار، لايسعنا إلا ان نساند محكمة استئناف فرساي التي قررت، تطبيقا للاتفاقية المذكورة، انه لا يمكن مؤاخذة الزوج المغربي واعتباره متحايلا على حكم قضائي، عندما اختار القضاء المغربي بدلا من المحاكم الفرنسية، مادامت الاتفاقية المذكورة تحول دون تطبيق مقتضيات المادة 1070 من قانون المسطرة المدنية الجديد، والأمر على هذا المنوال ايضا، في نطاق القواعد العامة، منذ صدور قرار سيميتش، حيث يجوز للزوجين اللذين يحملان جنسية اجنبية واحدة، واللذين يوجد موطنهما في فرنسا، ان يطالبا بالطلاق عن طريق اللجوء الى محاكم دولتهما الأصلية.

10 - ومع ذلك لا يمكن تفادي اثار الاحتيال ازاء الأوضاع التي من هذا القبيل. وإذا كان البعض يقترح مفهوم « الاحتيال على حد الدفع بالنظام العام»، فذلك يعود دون شك الى ان معالجة المشكل يكمن في الدفع بالنظام العام، وليس في الرجوع الى الدفع بالاحتيال. وعلى هذا الأساس تتحقق الصبغة الواقعية في التصور الذي اخذ به القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990.

ما هو الهدف الذي سعى اليه اذن الزوج عندما حكم لصالحه، في الخارج، بانحلال الرابطة الزوجية، على الرغم من انه حكم عليه بالمساهمة في اعباء الزواج ؟

11 - من الواضح ان الهدف الذي رمي اليه الزوج كان متعدد الصور. فمن المؤكد ان الزوج كان يتبغي تجنب اداء المساهمة التي طالبتة الزوجة بها امام القضاء، ولكن دعوى المرأة كانت مرتبطة بالطلاق، وهذا يعنى ان ارادة الزوج اتجهت ايضا الى الحصول، في الخارج، على حكم بانحلال الرابطة الزوجية سوف يكون مفيدا له اكثر من الحكم الذي سوف يصدر في فرنسا. وبوجه خاص، اعتبارا لأن الزوجة لن تتمكن، في الخارج، من الاعتراض على الطلاق، واعتبارا كذلك على أن الطلاق لن يتم الحكم به بناء كذلك لان الطلاق لن يتم الحكم به بناء على اخطاء الزوجة (كما يؤكد ذلك القرار المؤرخ ب 26 يونيو 1990). واخيرا، اعتبارا لان التكاليف المادية سوف تكون اضعف مما سيتم الحكم به من قبل القضاء الفرنسي، اذ ان من المعلوم ان «نفقة المتعة» الممنوحة للزوجة المطلقة كثيرا ما تكون رمزية، اذا نظرنا اليها من خلال المقاييس الفرنسية ومن هنا يتبين لنا ان هناك اسبابا متعددة تدفع الزوج الى طرق ابواب القضاء الاجنبي. وعلاوة على تلك الأسباب يمكن الاشارة الى الدوافع المتعلقة بالسلطة الابوية والتي يمكن ان تكون حاسمة في هذا المجال.

وبناء على ذلك، يشير القرار الصادر في قضية عقلة بعض التحفظات ؛ فهو يبدو متشددا الي حد كبير، على اساس ان الرغبة في الاحتيال التي اتهم بها الزوج يمكن ان ترمي الى غايات اخرى غير تجنب اداء المساهمة في اعباء الزوجية اذ كيف يمكن للزوجة ان تثبت ان مطلقها لجأ الى القضاء الاجنبي بغية التهرب من الآثار الناجمة عن الحكم القضائي الفرنسي ؟ فهل يتعلق الأمر بمنفذ ضيق او بطريق مسدود ؟

من الطبيعي، والحالة هذه، الرجوع الى الدفع بالنظام العام، وهو الذي يبدو ان من شأنه تحقيق الغرض المنشود، وهو ضمان الحماية للمرأة الاجنبية التي يوجد موطنها في فرنسا.

## ثانيا : الدفع بالنظام العام

12 - إذا لم يكن في امكان الحكم الاجنبي ان ينتج اي اثر في فرنسا ، عندما يكون متعارضا مع النظام العام، فان الضرورة تقتضي، منذ صدور القرار في قضية بشير، التمييز بين النظام العام الموضوعي وبين النظام العام الاجرائي. وفي القرار الذي نحن بصدده، فان صحة الاجراءات المتبعة في الخارج « يتعين تقديرها انطلاقا من النظام العام الدولي الفرنسي وانطلاقا من احترام حقوق الدفاع». وقد اوضح القراران، موضوع هذا التعليق، ان مراقبة صحة الاجراءات يمكن ان تكون لها اهمية قصوى غير أن اعمال المراقبة المذكورة. يمكن ان يشير التحفظ بالنسبة للأحكام القضائية المتعلقة بالطلاق أو برسم الطلاق الانفرادي.

13 - وهكذا، فان قضاة محكمة النقض، في القرار المؤرخ ب 26 يونه 1990، لم يترددوا في رفض الاعتراف بالحكم القضائي الجزائري الذي اعلن عن الطلاق استجابة لطلب الزوج، وبناء على اخطاء الزوجة وعلى الرغم من غيابها كما ان الزوج المطلق لم يدل اثناء المناقشات الا ببعض المستندات التي لم تكن كافية للتحقق من صحة صدور الحكم وفقا للاتفاقية الفرنسية الجزائرية المؤرخة ب 27 غشت 1964.

وفعلا، بالرجوع إلى الاتفاقية المذكورة، نجد المادة السادسة منها تشترط على الطرف الذي يحتج بحكم قضائي، ان يدلى بمجموعة من المستندات التي لم يتقدم بها الزوج في النازلة التي نحن بصددها. ونتيجة لذلك، لم تتمكن المحكمة الفرنسية من التأكد من صحة صدور الحكم المتعلق بالطلاق وبالتالي صرفت النظر عن ادعاءات الزوج. وبما ان هذا الأخير لم يدل اثناء المناقشات بالمستندات المطلوبة فقد كان ذلك يعني ان الحكم القضائي الجزائري لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة، بمعنى ان المرأة لم يتم اشعارها بالدعوى المرفوعة عليها، وبالتالي لم يكن في امكانها التعرض على حكم الطلاق الصادر بناء على اخطائها.

وفي هذا المجال، تشير محكمة النقض الفرنسية إلى أن عدم الادلاء بالنص الكامل للحكم القضائي لا يمكن معه للقاضي الفرنسي التحقق من خلو

الحكم مما يتعارض مع النظام العام وهنا يتعين التذكير بما سبق لمحكمة استئناف بواتي أن قضت به، حيث اعلنت انه يعتبر مخالفا للنظام العام الحكم القضائي الجزائري الذي حكم بالطلاق بناء على اخطاء الزوجة التي رفضت ان تتبع زوجها.

14 - ويبدو ان مثل هذه الانشغالات هي التي كانت وراء الحكم المؤرخ ب 26 يونيو 1990، ولكن بالنسبة للطلاق الموقع بارادة الزوج المنفردة.

ومع ذلك، فان الطبيعة الخاصة التي يكتسبها الطلاق الانفرادي تجعل من العسير مراقبة القاضي الفرنسي للاحترام، في الخارج، لحقوق الدفاع، خاصة وان المرأة لا يمكنها ان تحول دون انحلال الرابطة الزوجية.

غير أن الشرط السابق هو الذي فرضه القرار الصادر في قضية داهار، المؤرخ ب 18 دجنبر 1979، والذي استوجبه القرار الصادر في نازلة عقلة، المؤرخ ب 26 يونيو 1990 : بحيث لا يكون الطلاق الانفرادي منسجما مع النظام العام إلا إذا كانت الاجراءات التي اتبعت في الخارج تمكن كل طرف من الادلاء بدفوعه وابداء اوجه دفاعه. فهل تحققت هذه الضمانة ؟

15 - يعتقد بعض الباحثين ان الضمانة الاجرائية المشار إليها انما هي ضمانة شكلية بحتة وهذا الرأي هو الذي عبر عنه، بصفة خاصة، جان ديبيري، في محاضرة القاها باكاديمية لاهاي للقانون الدولي، سنة 1988، حيث يرى انه يتعين ألا نغتر بمدلول الاجراءات التي يمكن ان تجرى في الخارج، وذلك « عندما يتعلق الامر بالطلاق الانفرادي الذي يكتفي القاضي الاجنبي بتسجيله والذي يحصل دون اي مناقشة قضائية حول مبدا انحلال الزوجية ». والواقع ان المرأة انما تقف على هامش الاجراءات، عندما يبت القاضي في الآثار الناجمة عن الطلاق. غير أن جان ديبيري يضيف الى ذلك ان القضاة الفرنسيين يجهلون ويتخوفون من حقيقة التعريض المالي، في نظر الباحث المذكور، لا يتشابه مع ما يقرره القانون الفرنسي او مع الحقوق الممنوحة في حالة الطلاق نتيجة انفصام الحياة المشتركة.

ومجمل القول، ان التصور الاجرائي المحض للنظام العام، وهو التصور الذي أخذ به القرار المؤرخ ب 26 يونيو 1990، لا يساهم في تحقيق المراقبة التامة للانسجام بين الطلاق الانفرادي وبين النظام القانوني الفرنسي.

16 - والحقيقة ان المؤسسة المشار إليها ليست بعيدة عن القيم السائدة حاليا في النظام القانوني الفرنسي - وخاصة منها المساواة بين الرجل والمرأة - بشكل يجعل الاعتراف بها يتحدد على اساس مقارنتها بالمبادئ الثابتة في القانون الفرنسي. وحينئذ يبدو من الصعب بالنسبة لرجل القانون الغربي ان يصيغ تقدير النموذج من نماذج انحلال الزوجية التي تخول للمرأة مركزا دونيا حتميا، وهو نموذج يمثل تجسيدا، من بين تجسيدات اخرى، لنوع من التنظيم الاجتماعي يتعارض تماما مع فكرة التطور وبناء على ذلك، يتعين رفض الاعتراف بالطلاق الانفرادي، انطلاقا من المبادئ المشار إليها من قبل.

ومع ذلك، فإن مراعاة الحقائق الاجتماعية يمكن ان يؤدي الى صدور حكم مختلف. ذلك ان رفض الاعتراف بالطلاق الانفرادي الموقع في الخارج، يعني قبول اوضاع الزواج العرجاء، وعلى حد تعبير جان ديبري فان « رفض الاعتراف بأي اثر للطلاق الانفرادي، بالاستناد الى الذوذ عن المبادئ، انما يعنى الاستمرار في ربط المرأة بعلاقات زوجية لم يعد لها وجود وتعطيل حريتها في الزواج من جديد ». وعلى هذا الاساس، نجد انفسنا ازاء خيار سبق ان عبر عنه فيليب مالوري، وهو : إما أن الطلاق الانفرادي، اعتبارا لأنه يتعارض مع القيم الفرنسية، يتعين رفض الاعتراف به لاسباب مبدئية، واما ان الطلاق الانفرادي، اعتبارا لانه حصل في الخارج في نطاق نظام قانوني اجنبي بالنسبة للنظام الفرنسي، يتعين ان تترتب عليه آثاره في فرنسا « على الرغم من اننا سنجد انفسنا في مواجهة زيجات عرجاء وفي مواجهة الصعوبات الناجمة عن ذلك ». ومن الملاحظ ان هذه الاعتبارات العملية هي التي استند إليها المدعى العام لتبرير الحل الذي تقرر في قضية روهبي، وهي التي تبرر التطور اللاحق للاجتهاد القضائي في هذا المضمار.

17 - وتبعاً لذلك، ليس من العسير التوصل الى أن القرار المؤرخ ب 26 يونيو 1990 قد سلك الطريق الذي سبق أن خطه الحكم الصادر في نازلة داهار، المؤرخ ب 18 دجنبر 1979.

وهناك بعض الباحثين الذين لا يساندون الاجتهاد القضائي فيما توصل اليه اخيراً، عند ما صرح بإمكانية الاحتجاج، في مواجهة النساء الاجنبيات اللاتي يوجد موطنهن في فرنسا، بالطلاق الموقع عليهن. وتبعاً للقرار الصادر في قضية عقلة، اصبح من الواجب على الزوج ان يشعر زوجته بارادته في انهاء العلاقة الزوجية، كما أصبح من المفروض عليه ضمان توصل زوجته بالاستدعاء إلى المحكمة التي ستنظر في القضية. وهذان الشرطان يمكن اعتبارهما كحد أدنى لما يتعين فرضه نتيجة الاحترام المتبادل بين الزوجين.

والتساؤل الذي يطرح نفسه، في الآونة الراهنة، يتعلق بالبحث فيما إذا كان المنهج السابق ينسجم مع الاتفاقية المغربية الفرنسية، المؤرخة ب 10 غشت 1981 ؟ ليس هناك شك في ذلك، على اساس ان المادة 13 تقضي، في الفقرة الاولى منها، بأن الطلاق بين الزوجين المغربيين ينتج آثاره في فرنسا وبنفس الشروط المقررة بالنسبة لأحكام الطلاق الصادرة في الخارج، وهذا يعني ان احترام حقوق الدفاع يمكن ان يعتبر بمثابة شرط ضمني. وعلى هذا الاساس، فان الطابع الانفرادي والتمييزي الذي يعترف به القانون المغربي للطلاق، لا يمكن ان يسوغ تدخل النظام العام، إذ ان ذلك يعني التشكك في تطبيق الاتفاقية نفسها. ومن تم، فان صحة الاجراءات الاجنبية التي تعتبر ضرورية لكي يتم الاعتراف في فرنسا بالطلاق، يمكن التغاضي عنها، بحيث يتم الاعتراف المذكور على الرغم من ان المرأة كان بإمكانها ان تحتج على الحكم القاضي بالطلاق. غير ان المقتضيات الواردة في الاتفاقية المغربية الفرنسية لا تسمح لمحكمة النقض بأن تذهب إلى بعد من ذلك.



18 - وفي هذا السياق، نتساءل عن الصورة التي سوف تصبح عليها الضمانة المادية الممنوحة للزوجة المطلقة ؟ وهل يكفي النص عليها صراحة في الحكم الذي يخاطب به القاضي على الطلاق ؟ أم أن القاضي الفرنسي يتعين عليه، بالإضافة إلى ذلك، ان يتحقق مما اذا كانت الضمانة المذكورة لا تقل عن مستوى معين (بالمقارنة مع المقابل الذي كانت المرأة ستتقاضاه من محكمة فرنسية) ؟

لاريب ان التحقق الذي من هذا القبيل يعني التسليم بانقاص عدد الطلاق المعترف به. اما عدم اللجوء الى التحقق، فذلك امر مثير. بل ان هذا النوع من المراقبة يدفع الزوج الذي يوجد موطنه في فرنسا الى ان يرحل إلى الخارج لاستصدار حكم مفيد له، بغية التخلص من الحكم بمبالغ مالية تتجاوب مع المقاييس الفرنسية. ألا يتعين جعل المجتمع الفرنسي يتجنب تحكّم اعباء زوجة مطلقة يتوفر زوجها على امكانيات تؤهله لرعايتها ؟ ولعل هذا السبب الاخير هو الذي يفرض اجراء التحقق المشار إليه من قبل. بل ان تبرير هذا التحقق الذي يقوم به القاضي يمكن جعله مرتكزا على القاعدة المادية المقررة في المادة الحادية عشرة من اتفاقية لاهاي، المؤرخة ب 12 اكتوبر 1973 (« ولو كان القانون الواجب تطبيقه يقضى بخلاف ذلك، ويتعين مراعاة حاجيات الدائن ومدخيل المدين في تحديد المبلغ الواجب اداؤه برسم النفقة ») : ليست هذه هي متطلبات النظام العام في مجال النفقة ؟

19 - اما بالنسبة للطلاق الذي لا تسري عليه مقتضيات الاتفاقية المغربية الفرنسية، فإن الاعتراف به، في فرنسا، يمكن ان يخضع للحل الذي تقرر في الحكم المؤرخ ب 06 يونيه 1990. على اساس ان هذا الاخير يندرج في نطاق الاتجاه الفكري المعادي للحل الليبرالي الذي تم التوصل اليه في قرار روهبي، الذي انتقد اعتبارا لكونه ينقص بصورة مبالغ فيها من متطلبات النظام العام عندما يكون موطن الزوجين في فرنسا : ألم يكن من اللازم اعتبار الأثر المخفف للنظام العام سائغا وان الدفع به يجب اعماله بصورة كلية.

وإذا كان الواجب ان يسير الاجتهاد القضائي على هذا المنوال في المستقبل، فإننا سنجد انفسنا حتما ازاء معيار التراضي المتبادل للتحقق من صحة الطلاق الانفرادي المعلن عنه في الخارج، بحيث لن يكون من الممكن الاعتراف بمثل هذا الطلاق إلا إذا كان الاعلان عنه قد تم في ظل شروط مماثلة لتلك المقررة في القانون الفرنسي (والتي تطبقها المحاكم الفرنسية وفقا للمادة 310 من التتقين المدني). ومن ثم، يتعين اشعار المرأة بالاجراءات المتخذة بمواجهتها في الخارج، وان تشترك في تلك الاجراءات حتى تتمكن من الادلاء بدفوعها، وعلاوة على ذلك، ينبغي ان توافق المرأة على انحلال الزوجية وان تقبل بالآثار المادية الناتجة عنها.

وفي المقابل، اذا لم يكن الموطن موجودا في فرنسا، وجب تخفيف متطلبات النظام العام، ومع ذلك، يقتضي المنطق فرض احترام حقوق الدفاع، كما ورد النص عليها في القرار الصادر في نازلة عقلية، واعتبار الحدود التي اوردها قرار روهبي غير كافية. ومن ثم، فإن عدم وجود اي ارتباط (اعتبارا لأن الزوجين اجنبيان معا) بالنظام الفرنسي يؤدي الى الدفع باستمرار الحياة القانونية للطرفين. ومع ذلك فإن التجليات الجديدة للنظام العام، كما صورها القرار المؤرخ ب 6 يونيو 1990، يمكن اعتبارها بمثابة حد أدنى.

20 - وتجدر الاشارة الى ان النهج الذي من هذا القبيل لا يفتقر الى التناسق. ومن الممكن مع ذلك ان تبدو الفوارق المقامة بين الزوجين امرا قابلا للجدل. اذ بالنسبة للازواج الذين يوجد موطنهم في فرنسا. ويتعلق الامر هنا في الحقيقة بنتيجة طبيعية لابرام اتفاقيات ثنائية في مجال الاحوال الشخصية. اما بالنسبة للازواج الاخرين، فان الفرق في المعاملة ينتج عن موطن الزوجين، ذلك ان عدم وجود موطن في فرنسا يستلزم اعمال الاثر المخفف للنظام العام، وهو امر حاسم للاعتراف بالطلاق الانفرادي. غير ان مثل هذا الشرط يرتبط بنظرية النظام العام.

وعلى الصعيد المبدي، فإن القرارين، موضوع هذا التعليق، يستحقان الانتباه (كيفما كانت التطورات التي ستتمخض عنهما في المستقبل).

21 - ومع ذلك، يحق لنا أن نتسغرب من كون محكمة النقض قد دشنت هذا التحول خلال بضع سنوات بعد أن سلمت ببعض الحلول التي تندرج في نطاق تسلسل منطقي. ومن الممكن أن نعتبر أن النظام الناجم عن الاتفاقية المغربية الفرنسية، من جهة، وعن الاجتهاد القضائي الذي دشنته القرار الصادر في قضية روهبي، من جهة ثانية، قد ضحى بحقوق الزوجات المسلمات اللاتي يوجد مواطنهن في فرنسا. لكن، ألم يكن ذلك متوقعا ؟

وبعبارة أخرى، إن التحول الذي دشنته محكمة النقض لم يتم الإعلان عنه من قبل. فقد جعل مقتضيات الاستقرار في مركز أدنى من مركز المبادئ التي اعتبرت أساسية. فهل كان من غير الممكن تحقيق التناسق ؟ لقد كان من الجائز جعل الاعتراف بالطلاق الإنفرادي مشروطا بأن تكون الزوجة قد حصلت على ضمانات مادية معادلة لتلك التي كان يمكن أن تقضي بها المحاكم الفرنسية. وحينئذ يبدو التأكد من تحقيق ذلك مفيدا لحماية الزوجة.

غير أن محكمة النقض فضلت الأخذ باختيار صريح، إذ على أساس المبادئ التي استند إليها القرار الصادر في القضية، يتعين أن نعبر عن ابتهاجنا، على الرغم من أن التحولات القضائية كثيرا ما تثير الأسف والحسرة.

Patrick Courbe Note sous Cassation du 6 juin 1990 et 26 juin 1990

Revue critique de droit international privé n3 , juillet - septembre 19891,  
tome 80 pp 593 - 605.

\* \* \*

١٥٧ - ١٥٣

٠٠٧٥٩٤ - A~

المملكة العربية  
المركز الوطني للتوثيق  
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم ٠٠٧٥٩٤ تاريخ ١٥/١٠/٠٧

## إشكالية التعويض عن سرقة مال خارج عن دائرة التعامل

تعليق على قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة  
عدد 90/6149 وتاريخ 90-10-12

د. رشيد مشقانة

ما كان لهذا القرار أن يطرح إشكالا ما لو أنه أسس مقتضاه على أحد من هذين الطريقتين : أحكام الفقه الإسلامي أو مقتضيات القانون الوضعي « الجنائي على الخصوص، أما وانه قد وظف أحكامهما معا في نازلة لهما بشأنها وجهة نظر مختلفة، فتلك هي السمة التي أرخت على هذا القرار سدولا من الخصوصية والخصوبة التي تبذر في الباحث قابلية النقاش، وللعلم فإن القرار نشر بمجلة الإشعاع، الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة في عددها السادس - السنة الثالثة - دجنبر 1991 وبث في موضوع السرقة التي تقع علي شيء خارج عن دائرة التعامل باعتباره من « النجاسات ». ومن خلاله وبسببه تولد لدينا السؤال التالي : هل تحظى المصالح المالية متى انصبت على شيء خارج عن دائرة التعامل عند الاعتداء بحماية شاملة للشق المدني والجنائي أم يكفي بحق المجتمع دون حق الأفراد ؟ أو بمعنى آخر هل إن إمكانية المتابعة الجنائية في مثل هذه السرقات تلزم المحكمة بضرورة البت في دعوى التعويض احتكاما الى مقتضيات القانون الجنائي، أم أن هذه الأخيرة يحتكم فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون الأولى ؟ هذه إذن هي الإشكالية التي سوف نعرض لها من خلال سردنا لفحوى القرار وأساسه القانوني وموقف القانون الوضعي والفقه الإسلامي ووجهة نظرنا في الموضوع :

**أولا :** فحوى القرار : بتاريخ 12-10-1990 أصدرت محكمة الاستئناف في القنيطرة في الملف التلبسي المستأنف عدد 90/6149 قرارا يقضي ... برفض المطالب المدنية المتمثلة في دعوى التعويض عن السرقة التي تعرض لها محلان بالسوق المركزي بالقنيطرة تعرض فهما عدة سلع للبيع من بينها المشروبات الكحولية مع الإبقاء على العقوبة الجزية. وقد اعتمد القرار المذكور في أساسه الحيثيات الآتية :

- حيث إن المحكمة بعد إطلاعها أيضا على نفس الوثائق تبين لها ان المطالب المدنية المقدمة من طرف المتضرر قد انصبت في أساسها على الأضرار التي لحقت المطالب بها من عملية السرقة التي تعرض لها متجره الخاص ببيع المشروبات الكحولية، والتي يطالب على أساسها الحكم له بتعويض عما فقده من المشروبات المذكورة.

- وحيث إنه من الثابت فقها واجتهادا أن الضرر الذي يصح التعويض عنه هو الذي يصيب المصلحة المالية المشروعة للمتضرر بمعنى ان يكون الضرر قد مس المتضرر في مصالحه المالية التي يحميها القانون.

- وحيث أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 484 من مدونة الالتزامات والعقود نجده يحظر تداول الأشياء المترتبة عن النجاسات والتعامل فيها بين المسلمين وفقا للشريعة الإسلامية.

- وحيث إن المبيع وفقا للشريعة الإسلامية يعتبر ام النجاسات التي يحرم التعامل والاتجار فيها أو أن التعامل فيها يبقى عملا غير مشروع ولو تم ذلك تحت غطاء وأن الإباحة التي تمنحها القرارات الإدارية التي تسمح بالتعامل في ذلك النوع.

فمن خلال القراءة المتأنية لوجهة نظر المحكمة في هذا الموضوع تتجلى لنا العناصر الأساسية التالية :

1 ) لقد تعامل القرار بمعيار مزدوج في معرض بته في النازلة ففي

الدعوى العمومية أبقى على العقوبة الزجرية على اعتبار ان جنحة السرقة قائمة بغض النظر عن المحل الذي وردت عليه، وسواء أكان يدخل في دائرة التداول ام لا يدخل وفي الدعوى المدنية التابعة ناقش طبيعة المال المسروقة في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية، وصنفه في عداد المال الغير المتقوم وأن مصلحة مالكة فيه غير مشروعة وبالتالي وجب رفض طلب التعويض عن هلاك او تبديد ذلك المال.

(2) لم يعتد بالترخيص الإداري الممنوح في هذا الصدد لمالك تلك السلع، وهي مناسبة كان الأولى فتح النقاش بشأنها، سواء من حيث طبيعة تلك الرخصة الإدارية وآثارها وخاصة الإجابة على السؤال التالي :

ما هي الحماية القانون التي توفرها تلك الرخص للمستفيدين منها ؟ وما الجدوى منها متى ايقن هؤلاء ان لا تعويض ينتظرهم متى وقع الاعتداء على ذلك المال سواء بسرقة او لمجرد فعل يرتب المسؤولية المدنية لا الجنائية كاصطدام عربة مثلا بواجهة متجر تعرض فيه تلك السلع ... ؟ فهل تغيير تلك الرخص الإدارية من حكم حظر التداول أم لا ؟

(3) قد لا ينشأ الحق العام مطلقا متى تعلق الأمر فقط بفعل مدني ضار تسبب بمقتضاه الغير فردا كان او إدارة في هلاك المتجر الانف الذكر، فهل لا يستحق مالكة اي تعويض...

بعد أن استعرض العناصر الأساسية المثارة بشأن فحوى القرار ينتقل لبيان موقف القانون الجنائي والفقهاء الاسلامي في الموضوع :

ثانيا : موقف القانون الجنائي والفقهاء الاسلامي من موضوع السرقة الوارد محلها على شيء غير قابل للتداول.

موقف القانون الجنائي : عرف المشرع المغربي السرقة بقوله انها اختلاس مال مملوك للغير. وقد ذهب فقهاء القانون الجنائي « جازو 6-2384 إلى القول بأنه : « لا يشترط ان يكون الشيء مما تباح حيازته قانونا، بل يمكن ان يكون الشيء المنقول محلا للسرقة ولو كانت حيازته تعد جريمة في نظر القانون

كالمواد المخدرة والاسلحة الممنوع احرازها الا برخصة والمأكولات والمشروبات الفاسدة» الموسوعة الجنائية جندي عبد المالك الجزء الرابع.

ويستمد هذا الرأي أساسه من عبارة المال التي وردت بصيغة العموم دون ان تميز بين ما إذا كان متقوما او غير متقوم ما عدا المال المتروك والمباح، ويبدو ان هذا الرأي ركز اهتمامه على خطورة الفعل الجرمي المتمثل في الاعتداء على ملكية الغير بغض النظر عما اذا كان ذلك المال يدخل في دائرة التعامل ام لا فإذا كان هذا هو موقف الفقه الجنائي بالنسبة للقانون الوضعي، فإن أحكام الفقه الاسلامي لها رأي مغاير.

موقف الفقه الاسلامي : يشترط الفقهاء في المال المسروق ان يكون مالا متقوما بحسب تعبير الحنفية، او متقوما بحسب تعبير الائمة الثلاثة، فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع في سرقة والعقوبة عليه التعزير كالخمر ولحم الخنزير، وهذا النقص في القيمة هو الذي منع من القطع لانه شبهة ووجه الشبهة عدم المالية او عدم التقوم، والحدود تدرأ بالشبهات. ويستوي ان يكون صاحب المال مسلما او غير مسلم وأن يكون السارق مسلما او غير مسلم لأن العبرة ليست بالمالك او السارق، وإنما العبرة تتقوم المال في عدمه «التشريع الجنائي الإسلامي عبد القادر عودة».

إن هذا الرأي لا يضيف على المال الغير الجائز تداوله أي حماية جنائية تذكر، وبالتالي لا يترتب جزاء قطع اليدين المنصوص عليه كعقوبة للسارق أما في شق التعويض المدني، فإن من أتلف شيئا متقوما ضمنه لصاحبه، فيؤدى قيمته ان كان متقوما، ومثله ان كان مثليا، بخلاف من أتلف غير متقوم فلا يضمنه لصاحبه فمن قتل خنزيرا يملكه مسلم لم يضمنه له، وكذلك من أراق خصرا لمسلم لم يكلف بتعويضه عنها كما ان الشيء المتقوم هو الذي يكون محلا للمعاملات ويرد عليه البيع والهبة وسائر التصرفات، اما الشيء غير المتقوم فلا يصح ان يكون باطلا «الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، محمد ابن معجوز».

إن موقف الفقه الاسلامي بشأن المال الغير المتقوم او الغير المحترم او الخارج عن دائرة التعامل وحده متناسقة بين الشقين الجنائي والمدني، فلا تقطع يد سارقه ولا يضمن لمالكه اي هلاك لحق به، فان شئنا اعتماد موقف الفقه الاسلامي في الموضوع اعملنا هذه المقتضيات، اما اذا احتكنا الى مقتضيات القانون الجنائي، وجب علينا التقييد بمقتضيات المشرع في هذا الباب. وذلك من خلال العناصر التالية :

(1) يقتضي التشريع احيانا ان يرخص في بيع بعض السلع لغير المسلمين او بمعنى آخر أن يدخل ضمن دائرة التعامل مالا غير متقوم شرعا، فهذا التدخل التشريعي في هذا الباب يؤدي الى ضرورة توفير الحماية بشقيها الجنائي والمدني، وفي النازلة مادام الضحية يملك ترخيصا وغير مطعون فيه فلا بد من ضمان محل تلك الرخصة بتعويض اي تبديد او هلاك، اعمالا لمقتضيات القانون.

(2) ليس جائزا ادماج مقتضيات التشريع الجنائي واحكام الفقه الاسلامي في موضوع يختلفان في احكامه، فاذا كان هذا القانون لا يفرق بين مال متقوم ومال غير متقوم فلا جناح من تطبيق احكامه ايضا في الدعوى المدنية التبعية، لان القول بعكس ذلك يضرب الدعوى العمومية في صميم كيانها اي تحريك الدعوى الجنائية».

(3) ان وجهة نظرنا في الموضوع تتلخص في ضرورة التقييد باحكام القانون الجنائي في شقي الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة فمادامت تلك الاحكام لم تميز بين مال داخل في دائرة التعامل واخر خارج عنها، ومادام الفقه الجنائي رتب الجزاء حتى في حالة السرقة التي تقع على مال محذور تداوله كالمخدرات مثلا فلا مناص من الاستجابة لدعوى التعويض وهو رأي يخالف ما سار عليه القرار القضائي موضوع هذه المناقشة.

«عن جريدة العلم»





# قراءة في كتاب نظام الخبرة في القانون المغربي للأستاذ ابراهيم زعيم

تعليق وتحليل عبد الصمد الزعنوني  
رئيس محكمة الابتدائية بالقنيطرة

تمهيد :

أتيسحت لي فرصة الإطلاع على مؤلف (نظام الخبرة في القانون المغربي تحليل مقارنة) لزميلتي الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ببني ملال الأستاذ ابراهيم زعيم الذي بزغ للوجود حديثا يحمل بين طياته 201 صفحة في طبعة أنيقة، غلافه صورة ميزان كشعار يرمز لإحقاق الحق.

- والكتاب عبارة عن دراسة نظرية وتطبيقية في مادة الخبرة من شأنه لا محالة إفادة القاضي والمحامي والخبراء والتراجمة والباحث الجامعي والقانوني عموما، لذا ارتأينا تقريبه من قراء مجلة الملحق القضائي.

التصميم العام للكتب :

- بالإضافة الى تقديم تمهيدي أفصح فيه الكاتب عن مناسبة إصدار المؤلف الذي أعد أصلا للإسهام في إحدى ندوات هيئة المحامين بمراكش، يشتمل مخطط الكتاب على :

الفصل الأول : يتحدث عن تنظيم مزاولة مهنة الخبرة لدى المحاكم ومقسم

إلى :