

مجلة مغربية قانونية تصدر كل نصف سنة

عدد خاص حول أشغال اليوم الدراسي المنظم من لدن منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص بتعاون مع وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه في قانون العقود والعقار حول موضوع: "تظهير الالتزامات والعقود : واقع التطبيق وحتمية المراجعة"

رئيس التحرير: نبيل بوحميدي
باحث جامعي - صف السلك الثالث

المدير المسؤول: محمد أوزيان
باحث جامعي - صف الدكتوراه

للجنة العلمية:

الدكتور الحسين بلحساني: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة - نائب رئيس جامعة محمد الأول.
الأستاذ جمال الطاهري: أستاذ باحث بكلية المتعددة التخصصات بالناظور - شعبة القانون الخاص.
الدكتور: سعيد الروبيو: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.
الدكتور عبد الواحد حمداوي: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.
الدكتور مهدي منسير: أستاذ باحث بكلية المتعددة التخصصات بالناظور - رئيس شعبة القانون الخاص.
الأستاذ نجيب شوقسي: نائب رئيس المحكمة الابتدائية بالحسيمة.
الأستاذ عمرو قريوح: باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة - قاضي بالمحكمة التجارية بوجدة.
الأستاذ مسراد أسراج: باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة - مندوب قضائي إقليمي بمحكمة الاستئناف بوجدة.
السيد محمد سعيد: باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.

مجلة المحقوق

مجلة مغربية قانونية تصدر كل نصف سنة

عدد خاص حول أشغال اليوم الدراسي المنظم من لدن منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص بتعاون مع وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه في قانون العقود والعقار حول موضوع: "تظهير الالتزامات والعقود : واقع التطبيق وحتمية المراجعة"

المدير المسؤول:

محمد أوزيان

الأول - ماي 2006

الإيداع القانوني: 2006/0070

ملف الصحافة: 05/05 ص.

مطبعة الهلال
وجدة

المواضيع

- 5 افتتاحية.
- 7 محاور اليوم الدراسي
- 9 كلمة رئيس الجامعة.
- 12 كلمة رئيس الشعبة.
- 14 كلمة رئيس وحدة التكوين و البحث في قانون العقود والعقار
- 18 كلمة السيد رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص
المرجع إليه في تعديل قانون الالتزامات والعقود
- 22 ذ. جمال الطاهري
- البنية التقليدية لنظام الإثبات المدني وخيارات التحديث
- 39 ذ. يوسف وهابي
- ملاحظات حول بعض المقتضيات المتعلقة بتصفية الشركة بين قواعد ظل ع وقانون الشركات
- 60 د. سعيد الروبيو
- قراءة في الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود فقها وقضاء
- 69 ذ. عدي وردا
- عقد الإيجار المفضي إلى التملك بين قانون رقم 51.00 وظهير الالتزامات
والعقود
- 81 ذ. جيلالي بوحبيص
- 99 البيان الختامي

محاوړ اليوم الدراسي :

"ظهير الالتزامات والعقود: واقع التطبيق وحتمية المراجعة"

الجلسة الصباحية : قواعد ظهير الالتزامات والعقود بين إمكانية الإبقاء ودواعي التعديل

رئيس الجلسة : الدكتور إدريس الفاخوري

✓ رئيس وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار

لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه

✓ أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

الاجتماعية بوجدة

مقرر الجلسة : الأستاذ مراد أسراج

✓ باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث في

قانون العقود والعقار.

✓ منتدب قضائي إقليمي بمحكمة الاستئناف بوجدة.

الجلسة المسائية : تأثير قواعد ظهير الالتزامات والعقود على التشريعات الخاصة

رئيس الجلسة : السيد محمد أوزيان

✓ رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص

✓ باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث

في قانون العقود والعقار.

مقرر الجلسة : السيد نبيل بوحميدي: عضو منتدى طلبة الدراسات العليا في

القانون الخاص.

✓ باحث جامعي - صف السلك الثالث بوحدة التكوين والبحث

في قانون العقود والعقار.

افتتاحية

عرف المغرب العديد من الإصدارات القانونية ذات الصلة بمجال البحث العلمي، وهي الواقع تدعيم للدراسات المختلفة المرتبطة بحقل القانون، بيد أن تعدد هذه الإصدارات لا يفي بالافتقار الذاتي، بل إن انتظار الجديد ما هو إلا تدعيم لمسار الكتابات القانونية الهادفة، تراعي عنصر التحليل من العمق. وخير ما أعبّر به عن هذا التعدد هو قول الأستاذ يوسف بي في افتتاحية العدد الأول - يونيو 2003 - من مجلة "الملف" الغراء: "... الضرر وكل رر في المجلة الواحدة والصوت الواحد والرأي الواحد. والتنوع كان دائما وسيظل عنوانا ركة والإقلاع وبرهانا على الحيوية والإبداع، ولنقل باختصار وإصرار إنه سر الحياة بكل ما له هاته الكلمة من معنى.

وكل الاعتراضات تذوب حينما يكون الهدف هو محاولة المساهمة في إثراء هذا التنوع لعيمة تعميما للمعرفة القانونية وتدعيما للبحث العلمي".

وفي هذا السياق يندرج صدور مجلة الحقوق المغربية كمنبر قانوني جديد هدفه تتبع ار الاجتهاد الفقهي والقضائي وكذا رصد مختلف التطورات التشريعية وذلك ضمن مساهمات اليق قيمة تخضع لفحص وتقويم مسبق من لدن اللجنة العلمية الخاصة بالمجلة مع مراعاة لب المنهجي المضبوط والأمانة العلمية الصارمة، وذلك بغية نشر الأجدود فالأجدود، علما بأن العدد الأول مخصص لنشر مداخلات السادة الأساتذة المشاركين في إطار اليوم الدراسي لني حول : "ظهير الالتزامات والعقود: واقع التطبيق وحتمية المراجعة".

متمنياتنا بأن تتظافر مجهودات جميع المهتمين بمجال الدراسات القانونية للرقى تنوى الأبحاث إلى الدرجة المطلوبة، وما ذلك عليهم بعزير.

مدير المحلة:

محمد أوزيان

كلمة الدكتور محمد الفارسي رئيس جامعة محمد الأول*

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد المحترم عميد كلية الحقوق

السيدة المحترمة رئيسة شعبة القانون الخاص

السيد رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص

أبناءنا الطلبة

ضيوفنا الكرام

أخواتي، إخواني، أيها الحضور الكريم

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

يسعدني أن أشرف على افتتاح هذا اللقاء الذي تحتضنه كلية الحقوق، برحاب جامعة

الأول، ممثلاً في اليوم الدراسي الذي ينظمه منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون

، بتعاون مع وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه في

دوال العقار.

إننا نعتبر مثل هذه النيات والمبادرات من بين الإنجازات الكبرى التي يحق لنا جميعاً

خر بها، كما يتوجب علينا في نفس الوقت أن نتكاتف جهودنا من أجل دعمها لنجاحها في

الآمال العريضة المعلقة عليها.

إنني أود بالمناسبة أن أهنئ كافة أبنائنا وبناتنا من الطالبات والطلبة الذين استحقوا

، جدهم وكدهم، أن ينتسبوا إلى هذا المنتدى، وإلى هذه الوحدة، وألا يدخروا أي جهد في

سبيل تحقيق أفضل النتائج، التي وحدها تضمن لهم المستقبل الزاهر الكريم، وتجعل منهم مساهمين فاعلين في الرقي بوطننا العزيز، الذي هو في حاجة أكيدة إلى مثل عزائمهم. وفي هذا الإطار لابد من التنويه بالدعم الذي أسداه جميع الأطراف، وأخص منهم بالذكر السيد عميد الكلية والسيدة رئيسة الشعبة، والسيد المسؤول عن الوحدة والزملاء الأساتذة الأجلاء، بما قدموه خلال مرحلة الإعداد وما ينتظر منهم في المستقبل.

أيها السيدات والسادة،

إنه من دواعي الغبطة والأمل، أن تتصدى هذه المجموعة الفتية في لقاء اليوم لمناقشة موضوع يكتسي أهمية بالغة، وبمنظور ينطوي على كثير من الطموح الذي يميز الشباب. فبعد مضي ما يزيد عن تسعين سنة على صدور قانون الالتزامات والعقود المغربي في ظل ظروف وطنية ودولية أضحت اليوم بالتأكيد متجاوزة، يكون التساؤل عن مدى ضرورة المراجعة أمرا مبررا وحيويا، سيما وأن أحكام هذا القانون ظلت على حالها باستثناء ما طالها من تعديلات محدودة بين الفينة والأخرى، رغم كل التطورات العميقة التي شهدتها المجتمع المغربي خلال هذه المرحلة الطويلة.

ولأن الأمر يتعلق بقانون مؤسس، موكل إليه تحديد فلسفة المجتمع واختياراته الكبرى في مجال المعاملات المالية، فإن الثبات النسبي لأحكامه لها أيضا ما يبررها، خصوصا إذا علمنا أن مثل هذه المراجعة لا تتم في كل المجتمعات إلا نادرا، وأن فرنسا نفسها لم تقرر ذلك لحد الآن بعض مضي قرنين من الزمان على صدور قانونها المدني، رغم كل ما تغير في هذا البلد منذ ذلك الحين.

وبناء عليه، فإن البحث في بدائل للمراجعة قد تكون لها أيضا وجهتها من قبيل تركيز على تطوير آليات الاجتهاد القضائي، ومناهج التفسير والتأويل الفقهيين وغير ذلك، مما تنتهي إليه مداخلتكم ومناقشاتكم.

أيها السيدات والسادة،

أود في ختام هذه الكلمة أن أوجه بالمناسبة دعوة ملحة إلى كل الأساتذة والطلبة باحثين من أجل العمل سويا على الارتقاء بالبحث العلمي بجميع مجالاته وتفرعاته إلى مستوى المنشود، وأن نضع القضايا الكبرى للأمة في مركز اهتمامنا وانشغالنا. كما نود تأكيد على أن بإمكانهم، بل من حقهم توظيف كل إمكانيات ومرافق الجامعة الموضوععة أصلا هن إشارتهم، حتى تغدو كما يؤمل لها قضاء دائما للعلم والفكر والثقافة وتبادل الرأي.

وإني إذ أهني هذه المجموعة الرائدة من الشباب الواعد، متمنيا لها كامل التوفيق السداد في مسيرتها المهنية والعلمية، أود بالمناسبة أن أنوه بهيئة التأطير التربوي والإداري التي وفرت مشكورة لطلبتنا الأعزاء، كل الشروط الضرورية للتحصيل والنجاح.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كلمة الدكتور دنا مباركة رئيسة شعبة القانون الخاص بكلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوحدة

مد لله رب العالمين وعلى سيدنا محمد وآله أفضل الصلوات وأزكى السلام

يد نائب رئيس الجامعة المحترم

يد عميد الكلية

يد رئيس وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار

لاي الأساتذة

يد رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص

اي الطلبة

يوفنا الكرام

مادة الحضور

يشرف شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أن
اهم في افتتاح هذا الملتقى العلمي المنظم بالتعاون مع منتدى طلبة الدراسات العليا في
انون الخاص ووحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار والذي يتناول موضوعا هاما
تبط بالتفكير في إيجاد تصور جديد لأحكام ظهير الالتزامات والعقود برحاب كليتنا والذي
فت تجربة 92 سنة من التطبيقات العملية للظهير على العديد من الثغرات التي تكتنفه، الأمر
ي نتج عنه بلورة القناعة لدى جل المهتمين بضرورة مراجعته وإصلاح مضمون أحكامه بما

م ومستجدات التطور الذي عرفته البشرية في مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية
رها.

لاشك أن المداخلات والمناقشات التي سيعرفها هذا اليوم ستسلط الضوء على أهم
ب هذا الموضوع خاصة وأنها تضم ممارسين ومهتمين بتطوير الفكر الحقوقي
بي.

هذا ولا يفوت شعبة القانون الخاص بالكلية أن تتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان
لاء الأساتذة الذين أبوا رغم انشغالهم إلا أن يساهموا في إنجاح أعمال هذه التظاهرة
ية برحاب كليتنا.

كما اخص بالشكر الجزيل السادة القضاة والمحامين الذين سوف يغنون بمداخلاتهم هذا
يم الدراسي من خلال الممارسة والتجربة والتعامل مع ظهير الالتزامات والعقود
اقعه العملي.

كما أتوجه بالشكر إلى اللجنة المنظمة وجميع الذين ساهموا في إنجاح
الملتقى العلمي.

وفق الله الجميع والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

كلمة الدكتور إدريس الفاخوري رئيس وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات

العليا المعمقة والدكتوراه في قانون العقود والعقار

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد : نائب رئيس جامعة محمد الأول

السيدة: رئيسة شعبة القانون الخاص بالكلية

السادة: زملائي الأساتذة

السيد: رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص

أعزائي الطلبة.

حضرات السيدات والسادة،

يشرفني ويسعدني كثيرا أن أحضر وأشارك في افتتاح هذا الملتقى العلمي.

وفي البداية أثنم عاليا هذه التظاهرة العلمية المنظمة من طرف طلبة الدراسات العليا والدكتوراه بالكلية والتي تعبر عن الحس بجسامة المسؤولية التي سنتلقى على الجيل الصاعد من الباحثين والوقوف عن قرب على الصعوبات التي تعترض الأساتذة الذين ينظمون الأنشطة العلمية، فدور الطالب الباحث على صعيد الدكتوراه والسلك الثالث لا يقتصر على تحضير أطروحته أو رسالته أو التمكن من البرامج والمقررات الدراسية ولكن أيضا المشاركة الفعلية والإيجابية في مختلف المنتديات واللقاءات العلمية بل وفي تنظيمها والإعداد المادي لها.

أيها السيدات والسادة،

إن هذا العمل الذي نباركه ونشارك في افتتاح أشغاله اليوم ينظمه منتدى طلبة

الدراسات العليا في القانون الخاص بالتعاون مع وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات

با المعقمة ولنيل الدكتوراه في قانون العقود والعقار بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
جتماعية بجامعة محمد الأول.

هذه التظاهرة العلمية هي ثمرة جهود مضمّنة لثلة من الطلبة الباحثين المنتمين لهذا
تدّى بهدف تعميق البحث والدراسة والتأصيل في موضوع يكتسي أهمية بالغة بالنسبة
حثين في القانون الخاص بصفة عامة وفي مجال الالتزامات والعقود بصفة خاصة: إنه
ير الالتزامات والعقود واقع وتطبيقه وحمية مراجعته".

وتكمن أهمية الموضوع في نظرنا في كون قانون الالتزامات والعقود المشكل للقانون
ني المغربي يعتبر هو العمود الفقري للقانون الخاص، وهذه الأهمية لا تعود فقط إلى
باره أقدم القوانين ويمثل الصورة الأولى للحياة الاجتماعية المنظمة وأن معظم فروع القانون
تري عاشت في كنفه قبل أن تستقل عنه، بل لأنه لازال هو الشريعة العامة والقانون الأصل
ي يتعين على القاضي الرجوع إليه كلما افتقر إلى نص خاص.

وقد أن الأوان إن لم نقل تأخر هذا الأوان لإعطاء التقاعد لهذا الشيخ الهرم الذي بلغ
السن عتياً (1913 - 2005 = 92 سنة)، ذلك أن قانون الالتزامات والعقود لم تعد جل
وصه مسابرة للتوضّاع الاقتصادية والاجتماعية الراهنة، كما أن الظروف التي أملت وضعه
بداية القرن الماضي لم تعد قائمة، ففي التقديم الذي رفع به وزيراً الخارجية والعدل
رسيان نصوص ظهير الالتزامات والعقود إلى رئيس الجمهورية الفرنسية في فاتح سبتمبر
1913 نجد ما يلي:

"إن الأوربيين يجدون فيه إلى حد كبير قواعد مقتبسة من قوانينهم الوطنية، وأن
سلمين لن يجدوا فيه ما يخرج شعورهم الديني مادامت نصوصه غير مخالفة للقانون
ونسى الذي أحيل قبل إصداره على لجنة مكونة من علماء الزيتونة وقضاة المحكمة الشرعية
لنا أكدت أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية".

فقبل دخول الاستعمار إلى بلادنا كان القضاء الشرعي يطبق قواعد الفقه الإسلامي
 ارادة في مذهب الإمام مالك، وفي السنة الموالية للحماية الفرنسية في المغرب تم إصدار
 ون الالتزامات والعقود بتاريخ 12 غشت 1913 حيث عرض على السلطان مولاي يوسف
 مابق عليه ضمن مجموعة من ظهائر الإصلاح القضائي ونشر بالجريدة الرسمية عدد 46
 ريخ 1913/08/12 على أن يبدأ العمل به يوم الأربعاء 15 أكتوبر 1913. وكمثال على
 مور قواعد ظهير الالتزامات والعقود ما يذهب إليه بعض الفقه المهتم من أن نظرة المشرع
 غربي للعلاقات التعاقدية أصبحت تتجاوز النظرة الضيقة للعقود والالتزامات لتمتد وتشمل
 كافل والتضامن الاجتماعيين، بل إن تدخل المشرع من خلال وضعه للعديد من القيود على
 دأ سلطان الإرادة تعطيل لمبادئ الحرية التعاقدية التي أدت إلى جعل الطرف القوي من الناحية
 قتصادية هو الذي يتحكم في شروط العقد.

أيها السيدات والسادة،

لقد شهد المغرب منذ بداية التسعينات حتى الآن ترسانة قانونية كبيرة في مجال
 انون الخاص، وبقي على المشرع أن يخطو خطوة أخرى لإسدال الستار على قانون لم يعد
 اكبا لثورة الإعلاميات، ولم يعد مسائرا للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لبلاد يصبو إلى
 قبيق دولة الحق والقانون وإقامة العدل والإنصاف.

وأنا على يقين بأن مداخلتكم القيمة ستسلط الضوء على واقع تطبيق ظهير الالتزامات
 عقود، لاقتراح توصيات ترمي إلى حتمية المراجعة خاصة وأن ندوتكم هذه تستضيف أساتذة
 لاء، باحثين في الدراسات القانونية، وقضاة مشهود لهم بأحكامهم وأبحاثهم ودراساتهم،
 حاميين متمرسين ذوي كفاءات عالية...

واسمحوا لي في الأخير أن أتقدم بالنيابة عن زملاي أساتذة وحدة العقود والعقار بأحر رات للزملاء الأساتذة الذين تحملوا عناء السفر لحضور هذا اليوم الدراسي، كما أتوجه ر لكافة الأساتذة والباحثين المتدخلين.

كما أخص بخالص الشكر كل من ساهم في إنجاح هذه التظاهرة العلمية وبصفة
ة السيد :

- رئيس الجامعة
- عميد الكلية
- الإداريين والأعوان بالمؤسسة
- اللجنة المنظمة جنود الخفاء الذين عملوا بصمت وكران ذات،
متمنياتنا الصداقة لطلبتنا الباحثين بالتوفيق في المشوار الذي اختاروه... مشوار
ث العلمي...

وفقنا الله جميعا

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كلمة السيد محمد أوزيان رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص بكلية
العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوحدة*

السيد نائب رئيس الجامعة

السيد عميد الكلية

السيدة رئيسة شعبة القانون الخاص

السيد رئيس وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار

السادة الأساتذة

السادة القضاة

ضيوفنا الكرام

زملائي زميلاتي

أيها الحضور الكريم

إن تطور حركة المجتمع عموما وتزايد نشاطات الفرد خصوصا تستدعي مواكبة القانون لهذه الحركية بشكل يقنن التطور المذكور، وهو ما تعمد إلى القيام به معظم الدول بحيث تسعى دائما إلى أن يكون هناك تواز بين متطلبات الواقع ومحتوى النصوص القانونية بما يفرد لكل مجال تشريعه الخاص به.

وقد عرف المغرب في السنوات الأخيرة العديد من التعديلات التشريعية والإصدارات القانونية همت مختلف المجالات، بحيث تم تعديل مدونة التجارة عام 1996 وصدرت بعدها

* ألقاها بالنيابة السيد محمد سعيد - باحث جامعي / صف الدكتوراه بوحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار.

انين ذات صلة بها كقوانين الاستثمار... كما أنه صدرت مدونة الشغل بعد مخاض عسير،

منافاة إلى مدونة الأسرة، وغيرها من التعديلات...

إن ارتباط التفكير في مراجعة قانون ما تفرضه عوامل اجتماعية واقتصادية حقيقية

جعل من المتعذر الاستمرار في تطبيق هذا القانون بشكل سليم وبما يلبي حاجات العصر، وهو

ما يمكن قوله بحق في ظهير الالتزامات والعقود الصادر سنة 1913، حيث عرف هذا الأخير

تعديلات جزئية همت العديد من النصوص لكن تبقى هذه التعديلات غير كافية بالنظر إلى أن

لقانون المدني يعتبر المرجع الأساس والعام لكل ما هو غير منظم بنص خاص.

إن أمورا استجدت غدا معها ظهير الالتزامات والعقود غير مواكب لتطورات العصر

نهما ما يتعلق بالإثبات بحيث يطرح السؤال مثلا حول مدى إمكانية اعتبار وسائل الإثبات

لحديثه ذات حجية قانونية وأن الفصل 404 وغيره يستوعبها؟

كما تطرح أسئلة أخرى بصدد مواضيع متعددة من قبيل:

هل لمبدأ سلطان الإرادة كما هو وارد في الفصل 230 أن يستمر بذلك الشكل في ظل

ما أصبح يصطلح عليه من قبل الفقه بأزمة العقد؟

هل يمكن الحديث عن دور للاجتهاد القضائي في تطوير قواعد القانون المدني؟

وهل يمكن اعتبار الفصول التي تنظم الفوائد ضمن ظهير الالتزامات والعقود فصولا لا

حجاج لأي مراجعة؟

لقد شهدت الترسانة التشريعية ببلادنا صدور العديد من القوانين الخاصة التي تهدف

إلى تأطير وضعيات قانونية معينة بعيدة عن القواعد العامة للقانون المدني، وبذلك يطرح

التساؤل العريض حول ذلك بصيغة: هل من تقاطع أو تكامل بين هذه التشريعات الخاصة وتلك

القواعد العامة؟

وهل يمكن اعتبار صدور هذه التشريعات الخاصة بداية استقلال مواضيع عدة عن

ساية ظهير الالتزامات والعقود؟

إن الأمر في الحقيقة يتطلب إجابة واضحة تفك اللبس وترفع الغموض بحيث يتم

دها تحديد اللازم هل هو إعادة قراءة قانون الالتزامات والعقود بمنظار جديد، أم أن الأمر

به تدخل تشريعي جزري لا مناص منه؟

ذلك ما سنحاول ملامسته من خلال تدخلات السادة المشاركين والموزعين عبر

تورين كالتالي:

المحور الأول:

قواعد ظهير الالتزامات والعقود بين إمكانية الإبقاء ودواعي التعديل.

المحور الثاني:

تأثير التشريعات الخاصة على منظومة ظهير الالتزامات والعقود.

وقبل ذلك فإنه لا تفوتنا الفرصة أن نعبر عن جزيل الشكر لكل من قدم الدعم لإجاء

اليوم الدراسي ومنهم :

السيد رئيس الجامعة

السيد عميد الكلية

السيدة رئيسة شعبة القانون الخاص

السيد رئيس وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار

السادة الأساتذة ضيوف منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص.

أعوان وإداريو الكلية

أعضاء اللجنة المنظمة

الحضور الكريم

وإلى تظاهرة علمية مقبلة، متمنياتنا بتظافر الجهود الأساتذة والباحثين في القانون

من لمزيد من الدراسات العلمية الهادفة.

وفق الله الجميع

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

المرجوع إليه في تعديل قانون الالتزامات و العقود

الأستاذ جمال الطاهري

أستاذ التعليم العالي بالكلية المتعددة

التخصصات بالناظور

لو قَدَّر للقانون المدني العربي الموحد¹ أن ينتقل من برج الأمانى العربية إلى أرض الممارسة الفعلية بمحاكم الوطن العربي، لاتخذ هذا اليوم الدراسي المبارك شكلا مغايرا ومضمونا مختلفا.

وبما أن توحد القوانين بالبلدان العربية والإسلامية مسألة تحول دونها السفلية الحضارية لأمتنا، فإننا لا نملك إلا أن نتعامل معها وفق هذه الخصوصية.

اخترت لمداخلتي موضوعا عاما، لأن جزئيات قانون الالتزامات والعقود معنا من المماهين من هو أعرف بمحكها التطبيقي منا، ولقناعتنا بأن مراجعة هذا القانون يمكن أن تتم عن طريق أسلوب المجانبات بين نصوصه، وبين ملاسبات الواقع المغربي والعام.

وأقصد بالمرجوع إليه كوعاء اصطلاحي أستعيره من المصطلحية الفقهية المالكية² ما نستلهمه ونرجع إليه في الصياغة التعديلية لهذا الظهير ابتداءً، وما نعود إليه عند تطبيقه إحالة.

والواقع أن الحديث عن الإطار المرجعي لقوانيننا كان من المفروض أنه حسم بمجرد رحيل "الحماية" عن بلادنا.

فلا نظن انه دار بخلد أي من مقاومي الاستدمار أن قانونا دخل إلينا مع ما دخل في الظرف الكولونيالي³ " رفقة البندقية والمدفع" ⁴ سيستمر في ضبط حركة الأموال والخيرات بمغرب الاستقلال.

¹ الذي أقره مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم: 228 بتاريخ 19/11/1996

² وهو مصطلح يستعمله فقهاء المالكية المتأخرين لتحديد الرأي الفقهي الذي يرجع إليه القاضي الذي لم يبلغ درجة معينة في "الاجتهاد".

³ بدأ العمل به في 15 أكتوبر 1913.

⁴ أستاذنا أحمد الخليلي: لماذا لا نربط بين التظير والممارسة (ط 1 منشورات الزمن: الرباط: 2004) ص: 131.

. وهذا ما تم فعلا في محاولات لمراجعة قانون الالتزامات والعقود بعد الاستقلال السياسي .

لب الثاني: محاولات مراجعة ظهير الالتزامات والعقود بعد الاستقلال
عقب الاستقلال مباشرة توجهت الإرادة الملكية والرسمية بالمغرب فعليا إلى تحقيق ع إلى الذات والاستقلال تشريعيًا.

بمجرد تكوّن أول حكومة مغربية مستقلة تمّ بأمر ملكي تأسيس لجنة¹⁴ مكونة من "عهد إليها تدوين مجموع الفقه الإسلامي وجعله القانون الرسمي الواجب التطبيق في ميادين بالترايب المغربي.

لم ير النور من أعمالها سوى مدونة الأحوال الشخصية، أما قسم الأموال فبعد أن ات اللجنة عليه، حال دون إخراجه قسم التشريع بالكتابة العامة الذي كان يشرف عليه ، فرنسيون الشيء الذي أوقف عملية التدوين في الميادين الأخرى¹⁵ .

ثم أنشأت لجنة أخرى مهمتها" المراجعة التامة للتشريع الجاري به العمل بالمملكة بية"¹⁶، وانبثقت لجنة مكلفة بمراجعة قانون الالتزامات والعقود ارتجل أمير المؤمنين عند لها بتاريخ 21 أكتوبر 1964 خطابا مما ورد فيه: " ... ويجب تقويمه [ظهير الالتزامات ود] ويجب أولا طبعه بالروح الإسلامية السمحة التي يجب أن تهيمن على هذا البلد الأمين . . . ثانيا: النظر فيما هو مطابق أو غير مطابق للعقيدة الإسلامية...".

لا أن اللجنة عوض أن تستلهم هذه التوجيهات الملكية التي تعبر بوضوح تام عن رغبة في صبغ التشريع المغربي بالصبغة الوطنية الإسلامية وسحب أي مسحة استعمارية بل رارية عنه، تبنت ذلك الخطاب التوفيقى الذي ساد عند المشرع "الاستعماري"، فنجد في أحد أعضائها¹⁷ حول كيفية مراجعته لهذا القانون أنه : " ليس فيه ما يتجافى مع فقها مول به في مذهبنا المستمد من التشريع الإسلامي، وإذا كانت هناك نظريات حديثة أو آراء ة مبتكرة فلا يبعد أن نجد له أصلا أو مستندا في أقوال الفقهاء وأئمة المذاهب"¹⁸.

لك بمقتضى ظهير شريف رقم : 190 . 57 . 1 بتاريخ 19 غشت 1957

ل الفاسي المرجع المذكور ص 16

جب ظهير 28 يناير 1958

ستاذ حماد العراقي

لة رابطة القضاة عدد 1 السنة الثانية 1965 ص 43

فلم يتحقق شيء جوهري على مستوى المراجعة بل كانت مراجعة "بيضاء" وسطحية حيث "استقر الوضع على إبقاء دار لقمان على حالها"¹⁹، "واستأنفت التبعية مسيرتها بجد ونشاط"²⁰.

مع أن القضاة المغاربة بعيد الاستقلال كانوا ينادون بوجوب وضع قوانين جديدة تستمد ابتداءً من أصول التشريع الإسلامي ومبادئه لا بمجرد مجانبته بالقوانين القائمة مجانية سطحية، لأن وضعاً عكس ذلك لا "يليق بكياننا كدولة مستقلة"، ويكفي للتدليل على موقف القضاة المغربي من هذه المسألة في هذه المرحلة الاطلاع على افتتاحية العدد الثاني من أول مجلة أصدرها باسمه²¹، وعلى بعض قراراته الجريئة التي قضت بـ "وجوب استبعاد قانون الالتزامات والعقود والنظر في القضايا على ضوء المبادئ العامة للتشريع الإسلامي"²².

وبالرغم من وعد قانون التوحيد والمغربية والتعريب²³ في فصله الثالث²⁴ بمراجعة القوانين الكولونيالية، إلا أن هذا الوعد التشريعي المسؤول تأخر تحقيقه، بحيث أن المراجعة الآن (بعد ما يقرب من قرن عن صدوره) لم تعد مطلوبة على مستوى المصدرة فقط، بل أيضاً على مستوى الملائمة بين فصوله وبين التطور الكبير الحاصل في "الأحوال المالية" بالمغرب حالياً، الأمر الذي يفرض أن أية صياغة جديدة لقانون الالتزامات والعقود يجب أن تكون بعين على المصدر والعين الأخرى على الواقع المتطور، فكيف يمكن أن تكون نظرة العين الأولى التي نهتم بها في هذه الورقة وبجهد المقل؟.

¹⁹ علال الفاسي المرجع المذكور ص 17

²⁰ أحمد الخليلشي وجهة نظر م ص 12 هامش 8

²¹ مجلة رابطة القضاة (السنة الأولى فبراير 1965 . ص 3)، وذلك بعنوان: ما هي مصادر التشريع المنتظر؟

²² قرار 1960/ 11/14 مجلة القضاة والقانون عدد 35 - 36 ص 238 وما بعدها

²³ صدر الأمر بتنفيذه بالمرسوم الملكي الصادر في 26 يناير 1965

²⁴ ينص على أن " النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين الجاري بها العمل تبقى سارية المفعول إلى أن تتم

مراجعتها "

المبحث الثاني : المرجوع إليه صياغة أصلية

إذا انعقد العزم على صياغة جديدة "استقلالية" لقانون الالتزامات والعقود المغربي، ماذا نرجع وماذا نراعي في ذلك، أي يحق لنا أن نردّد العبارة التي صدح بها قضاة ب. في أول عهد الاستقلال: ما هي مصادر التشريع المنتظر²⁵ ؟ إن تصورنا المتواضع جدا المسنود بتصورات غيرنا²⁶، وبعض التبصّر جي، ينبني على مراعاة الرغبة الشعبية (المطلب الأول) في الرجوع إلى الشريعة ادمية وفقهها (المطلب الثاني) دون إلغاء المشترك الإنساني الذي يمكن أن نقتبس منه (الب الثالث).

الب الأول: مراعاة رغبة المجتمع المغربي في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية
من المسلم به استبعاد ورود أي احتمال لقبول المجتمع المغربي بكل مكوناته لأي يضبط حركته بشكل عام وحركة الأموال ببلده بخاصة يكون لاكيا مقطوع الصلة بشريعته ادمية ، بل انه يرفض ذلك بحزم شديد الشيء الذي وعاه المشرع " الاستعماري " نفسه لجأ إلى ذلك الخطاب التوفيقى ليمرر تشريعاته عن طريق محاولة إفتناع المغاربة/الأهالي لا تتنافى مع شريعتهم و شعورهم الديني ، لأنه فهم جيدا أن إحساسهم بهذا التنافى قد هض لديهم دوافع المقاومة²⁷ بصورة أكبر مما قد يعكر عليه صفو "حمايته".

الرجوع أو الردّ إلى الشريعة الإسلامية بالنسبة للمغاربة مسألة عقدية بالدرجة الأولى - قرآني : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ²⁸ . وبالتالي، فإن استدعاء أي قانون من خارج إطارها أمر مردود، ولو كانت مضامين لقانون المستدعى موافقة مائة بالمائة لمقتضياتها.

الإشارة رقم 5 أعلاه

تئين في ذلك قول الشاعر: أقرن بقولك قول غيرك واستشر .. فإن الحق ما غاب على اثنين

ر في أسلوب "الاستعمار" إضعاف القانون الإسلامي، بشكل عام: طارق البشري ملاحظات منهجية حول موضوع في الفقه الإسلامي (مشاركة في: الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، ط 1، مركز دراسات العالم

مي: 1991) ص 48

رة للنساء: أية 95

وهنا يحضرنا ما دار من مناقشات حادة بين كثير من الفعاليات القانونية وبين الأستاذ المرحوم عبد الرزاق السنهوري بصفته معداً للقانون المدني المصري لسنة 1948²⁹ حيث برز اتجاه كامل متكون من قضاة مستشارين وعلماء الأزهر وأساتذة القانون رفض مناقشة مضامين مشروع هذا القانون رفضاً مبدئياً ما دامت لجنة صياغته لم ترجع فيها إلى الشريعة رجوعاً فعلياً، ولعل هذا التحفظ المنهجي هو الذي كان وراء إيراد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون — وبأسلوب توفيفي يذكرنا بخطاب التقارير المرفوعة إلى رئاسة الحكومة الفرنسية بشأن ظهير الالتزامات والعقود المغربي — أن " ما ورد في المشروع من نصوص يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة، فسواء وجد النص أم لم يوجد، فإن القاضي بين اثنين، إما أنه يطبق أحكاماً لا تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإما أنه يطبق الشريعة الإسلامية ذاتها"³⁰.

كما يحضرنا ورجوعاً إلى الخصوصية المغربية، الجدل الحاد ورد الفعل الشعبي الحماسي الكبير³¹ الذي كان حول اتجاه "مشروع خطة إدماج المرأة في التنمية"³² حين وصل إلى فهم المجتمع المغربي أن في هذه الخطة مضامين تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية بالرغم من أن كثيراً من هذه المضامين — كما يبدو لنا — كان المغاربة سيتقبلونها لو تم الرجوع في استخراجها أصلاً إلى المبادئ الكلية العامة المتعلقة بضبط حركة الأسرة المسلمة في التشريع الإسلامي وباستثمار موروثنا الفقهي، ولم يتم إقرارها رأساً بإقصاء تام لهذه المرجعية وهو الأمر الذي سيثبت بعد التدخل الملكي بمقتضى إمارة المؤمنين للتأكيد على المرجعية الإسلامية وفكرة الحلال والحرام الشيء الذي يبدو واضحاً في الخطاب الملكي/ديباجة قانون الأسرة الحالي.

الحاصل، ومع حفظ الخصوصية لمجال الأسرة، أن رغبة المجتمع المغربي في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في أي تشريع يهم تنظيمه لا يصح في الأفهام شيء إذا احتاجت إلى دليل، لكن كيف يمكن أن يتم هذا الرجوع؟

²⁹ وهو خبر قانون/تجربة نسترشده في هذا السياق، لأنه أولاً، قانون منطور، فيكفي أنه الثالث الذي أخذ بنظرية الظروف الطارئة بعد القانون البولوني والقانون الإيطالي. وثانياً لأنه شهد مراجعة شاملة وجوهرية فعلية على الأقل على مستوى الملائمة

³⁰ القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية (دار الكتاب العربي: القاهرة) ج 1 ص 20

³¹ مظهر في مسيرة مليونية وفي عرائض رفض، ناهيك عن سيل من المقالات والندوات...

³² تم إعداده في 19 مارس 1999 تحت إشراف كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة وبمشاركة فعاليات علمية وجمعية نسائية وحكومية وحقوقية حضر في أعمالها كل شيء إلا المرجعية الإسلامية.

طلب الثاني: وقفة منهجية عند المراد بالرجوع إلى الشريعة والفقهاء الإسلاميين
نبادر هنا إلى التجرد من أي طابع سياسي لشعار الدعوة إلى تطبيق الشريعة
لامية من جهة، ومن أية مغالطة أو غلط منهجي في التعامل مع هذه القضية من جهة
ى، لنحاول برؤية علمية واقعية تقديم تصور متوازن نزعم أنه قد يساهم في إزالة كثير من
ش الثقافي الذي ترسب في المسألة، فيبدو لنا أن أي تعامل مرجعي مع ثوابتنا التشريعية
ريعة الإسلامية) وموروثنا القانوني (الفقه الإسلامي) ينبغي أن نستحضر فيه الآتي :

أولاً : أن نحسم ونقطع علمياً في ذلك الخلط الاصطلاحي³³ و المفاهيمي³⁴ بين
ريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين، ونفرز الحكم الشرعي عن القاعدة الفقهية³⁵.
شريعة وضع الهي ثابت من الأحكام الواردة وحيا الضابطة لحركة المجتمع الإسلامي
تساني، ووعاؤها هو القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة ؛ أما الفقه فهو وضع بشري
نسب من الآراء، ووعاؤه أفهام الفقهاء من أجل التنزيل المستمر للأولى (الشريعة) على
أقع المتحرك.

ثانياً : أن نتبين من منهج الشريعة في الصياغة التشريعية أو في التقنين لمجتمعها،
و منهج - فيما سوى ميداني الأسرة والجنايات - كلي، وبتعبير الشاطبي "تعريف القرآن
أحكام أكثره كلي لا جزئي... وحيث جاء جزئياً فمأخذه على الكلية"³⁶؛ ومعنى ذلك أن أغلب
ت الأحكام العملية أو الآيات المشرعة³⁷ - وهي محدودة جداً لا تتجاوز الثلاثمائة، أي
ف سدس 1/20 مجموع القرآن الكريم - وردت في صورة نصوص وعبارات عامة

آخر ما خرج به أحد كبار المفكرين العرب في هذا الخلط الممنهج استعمال الشريعة مرادفة للسنة النبوية دون القرآن
"تنظيره" لاستيعابها، أنظر:

Mohamed Talbi: *La charia ou l'islam, il faut choisir* (Jeune Afrique l'intelligent 1
2346-2347/25-Décembre 2005) p; 11

انظر في عرض مفصل لذلك : جمال الطاهري : محاولة في رفع التداخل المفاهيمي بين الشريعة والفقهاء (ط 1
بوعات الهلال : وجدة : 2003) ص 146 وما بعدها

قارب : محمد سعيد العشماوي : الشريعة الإسلامية والقانون المصري (القاهرة : 1988) ص 8 وما بعدها
الموافقات في أصول الأحكام (بيروت ، الدار الثقافية العربية) ج 1 ص 116

استعرنا العبارة من عبد المجيد تركي مقدمة كتاب أحكام الفصول للباقي الأندلسي (ط 1 بيروت دار الغرب
سلامي : 1986) ص 17

وجزة تتضمن قواعد كلية، وأصولاً عامة ومبادئ أساسية، و"مفاهيم كبرى" تتضمن أحكاماً راعد "مقصديه" وغائية تقدم" الإطار العام للنظام القانوني الذي أراده الشارع سبحانه³⁸.
ي ليست قائمة أو سجلاً من الوصفات التشريعية أو القواعد القانونية التفصيلية الجاهزة التي ين على السلطة والمجتمع الإسلاميين مجرد تطبيقها مباشرة وحرفياً مهما امتد بهما الزمان فقدت المعاملات³⁹ ، فالواقع يعارض هذا.

وبالتالي، فإننا حين نرجع إلى الشريعة من أجل التشكيل القانوني لأي مستجد، لا يكفي نفتح المصحف أو متناً من متون السنة النبوية لنجد ذلك جاهزاً مفصلاً في آية أو حديث، بل في الأغلب — لن نجد إلا ذلك الروح وذلك المنهاج الحي وتلك المبادئ العامة المقصدية وهذا ه يحتاج إلى إعمال للنظر العقلي — أي للفقه — من أجل استثماره وتنزيله على الواقع مدود المتطور.

ثالثاً : أن هذا الفقه الإسلامي مجرد محاولة بشرية لطبع الواقع بطابع مبادئ الشريعة سلامية وتكييف علاقاته وضبط تطوره بها، وبهذا الاعتبار، فإنه قابل للتغيير، لأنه يكون تلبية اجات مجتمع معين، وكلما تغيرت هذه الحاجات إلا وأمكن تغيير أو تعديل الرأي الفقهي سابق، وهذا ما تنبه إليه علماء الفقه أنفسهم فصاغوا القاعدة الكلية "لا ينكر تغير الأحكام غير الأزمان والأماكن والأحوال".

ويرتبط بهذا المعنى أن الإنتاج الفقهي لا قداسة له في ذاته لأنه معرض للخطأ كأى مل بشري، وبالتالي فإنه لا يحوز الصفة الإلزامية إلا إذا كرس كقانون واجب التطبيق.

هذا كله مسلم به وصحيح أن لنا أن نأخذ من الفقه الإسلامي ونترك، ويبدو أننا لا نحتاج إلى يد. بيان في هذه المسألة⁴⁰ إلا أن ما ينبغي أن نحترز به بشأن موروثنا الفقهي هو ألا عامل معه في غفلة عن مصدره، فمع التسليم بأنه عمل بشري، إلا أنه ليس عملاً مجرداً صل إليه الفقيه بتفكيره المجرد، بل استنتجه باستثماره للآيات والأحاديث "المشرفة"؛ ومن نا، فحين نريد أن نستبعد رأياً فقهيًا قديماً لم يعد يستجيب للحاجات العملية لواقعنا، فإننا لا برأ على استبعاد مصدر هذا الرأي وأصله المرجعي إذا كان نصاً قرآنياً أو حديثياً. فإذا أخذنا

مثلا — الفقه المالكي المتراكم في مسألة الغبن كعيب في الرضا، ووجدنا أن هامشه محدد في ث وأحكامه مضغوطة في تحفة ابن عاصم بقوله:

ومن يغبن في مبيع قاما * * فشرطه ألا يجوز العاما
وأن يكون جاهلا بما صنع * * والغبن في الثلث فما زاد وقع

فإذا كان هذا المعيار مناسباً لحجم المعاملات الاقتصادية التي أنتج هذا الرأي في باقها، فإن الصفقات التجارية التي يشهدها الواقع الاقتصادي الآن تكون بأحجام لو استلزمنا أوز الثلث لقبول طلب الإبطال بسبب الغبن نكون قد ألغينا وصادرنا فكرة هذا النوع من عيوب ضا ذاتها، وبالتالي لنا أن نستبعد هذا الرأي ونستبدل به معياراً يتلاءم مع أحجام المعاملات عاقدية الآن.

لكن كل هذا لا يبرر لنا أن نستبعده ونستبعد معه كل الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تتضمن وجوب وضمن تحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية ورفع الظلم عن المتعاقدين.

رابعاً: أن الفقه الإسلامي الآن أنتزع منه الواقع، ولم يعد تطوره يوازي تطور مجتمع الذي من المفروض أنه ينظمه، بل أصبح نظرياً صرفاً في مقابل التطور العملي سريع للواقع، أي أنه لا يمارس دوره الضابط التكييفي لأي واقع، بمعنى أن الأوضاع الاجتماعية وأنماط الحياة لم يعد هذا الفقه معنياً بالتنزيل المستمر لمبادئ الشريعة عليها، ومن فإنها تتطور بشكل تراكمي دون أن يصدر بشأنها أي تشكيل قانوني.

هذه القطيعة بين فقه مقيد وواقع متحرك نتج عنها تراكم كثير من المستجدات المؤسسات التي وجدت لها حلولاً و نماذج تنظيمية قانونية خارج الفقه الإسلامي الذي لو لم تيب عن الواقع لأمدّه بحلول مغايرة ولأتى بمؤسسات بديلة.

المهم أننا أمام تراكم من النماذج من مثل مختلف العقود ووسائل التعبير عن الإرادة تنفيذ وإثبات الالتزامات... التي انبثقت خصوصاً عن التطور الاقتصادي التكنولوجي/المعلوماتي الحالي، إذا أردنا في ضبطها أن نرجع إلى الذات، فيستحيل أن نجد لها نظماً في مختصر خليل أو لامية الزقاق أو تحفة ابن عاصم....، أو في شروحها وتعليقاتها

تقاريرها... وذلك ليس لعجز في ذات هذا الكنز الموروث، إنما وببساطة لأن هذه النماذج لم عرض أصلا عليه ولم تثبت عن مجتمع ينظمه، وإلا لأوجد لها في الحال الأول حلولا متلائمة مع صياغته، وفي الحال الثانية لتبورت عنه في مضمون وشكل مغايرين تماما وفقا لخصوصيته.

وبهذا الاعتبار، يكون من الغباء المنهجي أن نبحث في أوراق المتون الفقهية عن طول وتنظيمات قانونية لواقع غير الواقع الذي تصدّت له.

خامستنا : تجنب الانهزام والاستكبار — على حدّ سواء — بالفقه الإسلامي، ونقصد بذلك:

1 — أنه بالرغم من كون هذا الفقه صناعة بشرية، وأن كثيرا من إنتاجه تغيرت الظروف التي صدر فيها ولم يعد واقعنا ملائما لها، فإن مجرد هذا الاعتبار لا ينبغي أن يصيبنا بالانهزام الثقافي وبمركب النقص تجاه القوانين الحديثة التي لا ينبغي أن تطفئ علينا مركزيتها، بل يكون وراء إقصاء موروثنا الفقهي الزاخر جملة، لأن ذلك معناه إقصاء ورفض كل التراكم الذي تم في فهم الشريعة الإسلامية وتنزيلها على الواقع؛ ومن ثم يؤدي بنا إلى إرجاع المجتمع الإسلامي إلى نقطة الصفر في تعامله مع قانونه كلما حدثت له معه قطعة ولو ظرفية. لذلك يتعين أن نسترشد به ونبني عليه، على الأقل على مستوى الآليات التي رصدها لعملية التنزيل تلك، وإنتاجه المسنود إلى نصوص شرعية ثابتة، وآرائه التي كنا سنصل إلى نفسها حتى لو جددنا النظر الفقهي.

2 — وفي مقابل ذلك ومن اقتضاء الواقعية أن نسلم بأننا بلد متخلف، على الأقل اقتصاديا، فلا ينبغي أن نعرض قضية الرجوع إلى الفقه الإسلامي برد فعل عاطفي، إنما بروية واقعية في إطار الشريعة ذاتها وبإدراك أن علينا إكراهات وضغوطا اقتضتها العولمة وضرورات التوافق الدولي، وأن كثيرا من مؤسساتنا وأنماط علاقاتنا المالية — ونحن بصدد القانون الذي ينظمها أي ظهير الالتزامات والعقود — أنتجت لمجتمعنا معزولا عن قانونه الأصلي، كل هذا يجب استحضاره وألا نمارس استكبارا فقهيا من عائل اقتصاديا، بمعنى أننا أمام ما يوجب ولا يمنع من الاقتباس من الغير الأكثر تطورا منا.

لب الثالث: الاقتباس المشروط من الخبر

إذا تخلصنا من هواجس ذلك الخطاب التوفيقي التي لم يعد لها أي مبرر، وسَلَمنا بتيقن وأخذ ظهير الالتزامات والعقود المغربي من القانون المدني الفرنسي لما قبل 1913⁴¹؛ ألا غ أن نستدعي هذا الأخير مجدداً، ونقتبس منه عند مراجعتنا لقانوننا المدني، فالحكمة ضالة من، أي أن نبقي عليه باعتبار:

— أن أي مقتضى في هذا القانون إما أنه "ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه"⁴² في لنا الذاتي المراد الرجوع إليه.

— أنه نموذج حاضر لقانون متطور.

— أنه يمثل مشتركا إنسانيا، بخاصة إذا استحضرنا أن معدّه غير المباشر (سانتينا) أخذ من أغلب القوانين الأوروبية، وسماه "القانون الأوروبي" في سياق حديث علماء ون الأوروبيين أوائل التسعينيات عن "القانون المشترك للإنسانية" *Droit commun de l'humain*⁴³ الناتج عن وحدة العقل والروح والطبيعة البشرية وأسلوب التعامل والتفاعل نساري بين تجمعات الإنسان المطلق.

— أن الشريعة الإسلامية ذاتها استوعبت كثيرا من قوانين وأنماط وعادات شعوب ان المفتوحة.

غير أن الاستدعاء/الاقتباس بهذا الطرح تبدو لنا عليه بعض الإحترازات الآتية :

بخصوص استيعاب الشريعة الإسلامية للنماذج التنظيمية في المجتمعات المفتوحة

فالشريعة حين تقرّ أي قانون أو وضع غير "مُخرج" بها، فهي لا تقره بأصله الروماني الفارسي مثلا لتملأ به فراغا، و "مستندة إلى هذا الأصل، إنما تقره ابتداءً"⁴⁴، أي أن لها التشريعية ذاتها تستوعبه بحيث لو لم يوجد لأخرجته وأنشأته.

كما ن اتصالتها بهذه المجتمعات المفتوحة كان من موقع "القيادة الحضارية فكرية"⁴⁵، أما الآن فإن ارتباطنا بالقوانين الأوروبية بعامة والفرنسية بخاصة هو من موقع بع المغلوب المتدني حضاريا.

هذا ما استخلصه الأستاذ محمد شليح (المرجع المذكور ص 68)

لعبارة استعملها القرافي بخصوص العمل بالقوانين المستمدة بالسياسة الشرعية ، انظر ابن فرحون (تبصرة الحكام

دار الكتب العلمية بيروت 1401 هجري) ج 2 ص 114

نظر في ذلك : احمد الدريوش المرجع المذكور ص 125

بيد قطب: الضلال (ط 12 دار الشروق القاهرة: 1986) ج 2، ص 623

ثانياً : ضرورة الاقتباس تقتّر بقدرها

بالرغم من أننا لسنا أمة بدون قانون⁴⁶ إذا دعت الضرورة إلى استدعاء أي مقتضى من قانون أجنبي باعتباره مشتركاً عالمياً ومن "أمور دنيانا"، فيبدو أن مما يستوجب:

1 - أن يحقق فائدة فعلية : بأن يتواءم عملياً مع مكونات نسيجنا التشريعي والقضائي، ذلك أن النص التشريعي المتطور يستجيب لحاجة مجتمع متطور ويطبقه قضاء متطور، وحين لا تتوفر هذه الثلاثية يصعب تحقيق أية فاعلية قانونية؛ نمثل لذلك بما صنعه المشرع المغربي بتعديل الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود اقتباساً من الفصل 1152 من القانون المدني الفرنسي، حيث أضافت إليه⁴⁷ المقتضيات الآتية :

" يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه.

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً، ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك."

فهذا التعديل المقتبس، — ودون الدخول في تفاصيله التقنية والموضوعية الذي لا ينسجم مع منهجية وطبيعة هذه المداخلة — يكون المشرع المغربي قد أقر "الشرط الجزائي" الذي يمنح للمتعاقدين آلية فعالة لإنشاء ضمانات اتفاقية لتنفيذ الالتزامات، وهذا يعد أحد أكبر مظاهر مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في الفصل 230.

لكنه للحد من غلواء هذا المبدأ على هذا المستوى حول للمحكمة حق مراقبة عدالة وملائمة هذا التعويض الاتفاقي وتعديله بالزيادة والإنقاص، وهذا مسلك غير مفيد:

• لأنه أولاً يصادر الغاية من هذا الشرط بإقحام المحكمة فيه، بمعنى أن الشرط الجزائي يؤتي ثماره حين يكون في "مناخ ليبرالي صرف"⁴⁸، أما أن يسمح للمتعاقدين بأن يضعوا هذا الشرط،

⁴⁵ - علال الفاسي: المرجع المذكور ص 68

⁴⁶ نفس المرجع والموضع

⁴⁷ بمقتضى القانون رقم 95. 27 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 157. 95. 1 بتاريخ 11 غشت 1995.

⁴⁸ وذلك بغض الطرف عن الموقف النظري منه.

دخل القاضي كطرف مفروض عليهم فرضا لبعده وليغيره رغما عن إرادتهم، فكان الأفيد استغناء عنه بتفعيل مقتضيات الباب الثالث من القسم الرابع من قانون الالتزامات والعقود في المتعلقة بآثار عدم تنفيذ الالتزامات بخاصة الفصل 263 منه؛

نبا، لأن إقرار هذا الشرط بهذا المفهوم منتهى منطقته أن تشغل قضائنا بالعمليات التعاقدية مستوى التنفيذ مما يدعو إلى إنشاء قضاء للتنفيذ في مجال العقود على غرار قضاء تنفيذ م القضائية، وهي دعوة يمنع واقع الجهاز القضائي بالمغرب مجرد طرحها بسبب غياب آتها العديدة وضمائنها النوعية.

2 — أن يفصل عن جذره الأيديولوجي : بحيث نستدعيه كنموذج تنظيمي مجردا من العقدي الأيديولوجي الذي تولد عنه في بيئته الأصلية⁴⁹ الذي قد يكون مخالفا لثوابتنا نية؛ نمثل لذلك بقرينة حجية الأمر المقضي *l'autorité de la chose jugée*⁵⁰ ووص عليها في الفصل 3/450 من قانون الالتزامات والعقود⁵¹ المقتبسة المنقولة حرفيا فصل 1350 من القانون المدني الفرنسي. فبالرجوع إلى منشئها التاريخي نجد أنها انبثقت من القانون الروماني المصطبغ بالتركيب الديني الوثني حيث كان الدين *Le fas* والقانون *Le* في مدينة روما يكونان شيئا واحدا يعود سنه وتطبيقه إلى الآلهة/الأوثان وحدها التي نامل معها مباشرة إلا الكهنة، فكان حتما على من يريد التقاضي لديها أن يتوسط بهؤلاء لهم وحدهم النطق بالحكم القضائي مستخلصين له من "القبس الإلهي"، وبعد صدور هذا فإن أية محاولة من قبل الخصوم من أجل معاودة وتكرار الدعوى تعتبر خطيئة وإغضابا بالتشكيك في حكمها وبالتجاسر على طرح ذات السؤال عليها مرتين(!)⁵².

نأخذ من هذه القاعدة هو كونها آلية قانونية تضمن وضع حد للمنازعات، الوظيفة التي تلتف حولها تشريعان وتم التأكيد عليها بخصوصية في موروثنا الفقهي بأفكار إجرائية

رق البشري: المرجع المذكور ص 52
ر في إيضاح هذه الفكرة: جمال الطاهري: حجية الأمر المقضي في علم القضاء الإسلامي والقانون الوضعي
ة لدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة محمد الخامس/أكادال: 1996)
من النظر عن النقاش الفقهي حول مكان صياغة هذه القاعدة أهو القانون المدني أم قانون المسطرة المدنية، تبعاً لما
ت قاعدة إجرائية أم موضوعية.

قيمة مختلفة⁵³ إذا أعيتنا أن نقوم بتحديثها، واخترنا أخذ نموذجها الفرنسي جاهزا، فإننا نأخذ عزولا عن أصله التاريخي الذي لم يعد يعتبر في الشرح حتى عند الفقه الفرنسي الحديث ذاته.

المبحث الثالث : المرجوع إليه إحالة

كون النصوص التشريعية دائما محدودة والحوادث ممدودة، والقاضي هو الذي يوازن بين هذا المدّ وذاك الحدّ ويسند إليه ملء الفراغ الذي قد ينتج عن ذلك، فإن أغلب القوانين لمقارنة تحيله في بنيتها إلى مصادر للقاعدة القانونية التي ينشئها للحالة الفردية المستجدة لمسكوت عنها تشريعا، ووفق ترتيب معين يسير عليه.

بخصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي لا نجد أية إحالة من هذا النوع (المطلب لأول) مما يدعو إلى ضرورة التنصيص عليها في أية مراجعة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غياب الإحالة المصدريّة في قانون الالتزامات والعقود

تنص كثير من التشريعات المدنية العربية⁵⁴ في صدرها على ما يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصا تشريعا ينطبق على موضوع الطلب القضائي المرفوع إليه، ومنها — مثلا — لقانون المدني المصري الذي ينص في مادته الأولى على أنه تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفضها أو في فحوها.

إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى بدئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فيخلو من هذه الإحالة ولا نعثر لها على أثر إلا بما يمكن أن نستقرأه من الفصل 231 الذي ينص على أن "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، هو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو عرف أو الإحصاف، وفقا لما تقتضيه طبيعته".

ويبدو لنا أن ما كان وراء عدم التنصيص الصريح على الإحالة المصدرية هو نفسه ك التوجس⁵⁵ من قبل سلطات "الحماية" من رد الفعل الشعبي الذي ألجأها إلى ذلك الخطاب وفيقي، فما كانت لتضع ترتيبا لمصادر القاعدة القانونية المدنية دون أن تدرج فيه الشريعة فقه الإسلاميين وفي رتبة معينة؛ ولذلك خرجت من الباب الواسع، واستغنت عن حالة من الأصل.

ويبدو أن هذا الوضع هو الذي سيزيد من حدة الازدواج التشريعي والتنازع بين الفقه السلكي وقانون الالتزامات والعقود⁵⁶ بعد الاستقلال، خصوصا إذا استحضرننا ولع قضائنا نصوص وحرصه عليها إلى درجة أن عدم إيراد نص صريح بالإحالة المصدرية في الكتاب ثالث من مدونة الأحوال الشخصية جعل بعض القضاء المغربي يحكم بوجود تطبيق ما ورد ه دون الالتجاء إلى مراجع فقهية أخرى غيره⁵⁷.

هذا الإشكال لم يكن لي طرح لو أضيف — على الأقل في سياق التعديلات الشكلية التي نعت على ظهير الالتزامات والعقود المغربي إثر قانون التوحيد والتعريب والمغربة — فصل نع ترتيبا لمصادر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في حال الفراغ التشريعي الحل الذي حتم عند أية مراجعة لقانوننا المدني.

مطلب الثاني: ضرورة الإحالة المصدرية في أية مراجعة لقانون الالتزامات والعقود

لو قدر لظهير الالتزامات والعقود أن يراجع جوهريا بعد الاستقلال السياسي للمغرب للجنة تدوين الفقه الإسلامي⁵⁸ أن يمتد عملها إلى هذا الظهير أي إلى الأحوال المالية، لاتبعت ه انسجاما مع منطقتها وخطها التشريعيين، نفس ما نهجته في صياغة النص التشريعي مقنن الوحيد وهو مدونة الأحوال الشخصية، حيث فرضت على القاضي — في حال خلوها من

في مصر، عند صدور القانون المدني الحالي جعلت المادة الأولى منه مبادئ الشريعة الإسلامية في الدرجة الثالثة بعد عرف والقانون الطبيعي، ثم عدلت لجنة إعداده هذا الترتيب فجعلت الشريعة في الرتبة الثانية بعد العرف، وتم تعليق لك ب" خشية هيجان الأفكار"، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع مذكور ج 1 ص 92
أنظر في هذا التنازع: أستاذنا محمد الكشور: التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي في مجال مقارات غير المحظوة: المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 7
قرار الغرفة الاجتماعية عدد 583 بتاريخ 1981/10/14، قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 97، أنظر في ذلك تاذنا أحمد الخليلشي: وجهة نظر مرجع مذكور، ص 56 وما بعدها.
راجع ما سبق: المطلب الثاني من المبحث الأول

القاعدة الواجبة التطبيق — أن يلتزم بصياغة فقهية ملزمة⁵⁹ معروفة ومؤصلة في الفقه المالكي ومرتبطة مصدرها وفق : "الراجح" و"المشهور" و"ما جرى به العمل" من مذهب مالك⁶⁰.
وبما أن المحك التطبيقي أسفر عن أن هذا المسلك أدى إلى أن القاضي في رجوعه إلى هذه الآراء في بطون المصنفات الفقهية، ووفق ترتيب قوتها، أصبح يمارس رجوعا آليا ينتج عنه في كثير من الحالات أن يأخذ رأيا أو قاعدة لا يقتنع بلامتها⁶¹، وذلك بسبب ضغط كثرة عدد الطلبات القضائية المعنية، وضيق الحيز الزمني وربما الاستعداد المعرفي الواجب للتعامل مع الكتب أوعية هذه الآراء؛ فالمفروض ألا تكون الإحالة إلى الفقه المالكي "وسيلة مبررة للغاية" بل العكس، أن تعطى للقاضي حرية التحرك في محور مصادر القاعدة القانونية التي لا يألو جهدا في استثمارها لإنتاج الحل المؤصل الملائم.

ولعل هذا المحك هو الذي جعل المشرع المغربي — حين توفرت له أول فرصة للمراجعة الكاملة لنص مدونة الأحوال الشخصية — في المادة 400 من مدونة الأسرة الجديدة، يحيل القاضي في حال الخلو التشريعي، لا إلى متون وشروح فقهية معينة أو إلى تصنيف معياري لها مسطرة على الورق، بل إلى "المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" أي إلى هذه القيم والمبادئ متحركة ومنزلة باستمرار على الواقع الأسري بالمغرب.

وحين يتعلق الأمر بقانون الالتزامات والعقود، وبما أن تجربة مراجعة مدونة الأحوال الشخصية تفرض نفسها كسابقة تقنينية⁶²، فإن أقل ما يمكن المناداة به تمديدا لهذه السابقة ونفعيلا لهذا الخط التشريعي الجديد هو إحالة مثلها تكون إلى "الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في المعاملات المالية المحكومة والمدمجة في مبدأ عدم أكل أموال الناس بالباطل".

⁵⁹ وهي تقريبا الصياغة الملزمة الوحيدة التي حلت إشكالية توحيد الرأي الفقهي المقضي به في سياق سيادة حرية اجتهاد القاضي.

⁶⁰ انظر في مفاهيم هذه المصطلحات: أستاذنا محمد الكبشور: قانون الأحوال الشخصية (مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1996) ص 35 وما بعدها.

⁶¹ النموذج لذلك ما نعيشه. في الأونة الأخيرة من نقاش حول مناصب البيئة الشرعية وقيمتها الإثباتية ومدى ملائمة مفهومها في النصوص الفقهية المحال عليها مع التطور الإيجابي الهام الذي شهدته وسائل الإثبات حديثا.

⁶² نقصد هنا: في عملية التقنين ذاتها لافي موضوعها.

البنية التقليدية لنظام الإثبات المدني وخيارات التحديث

ذ. يوسف وهابي
المحامي بالجديدة
المدير المسؤول عن مجلة الملف

تمهيد

تحمل وسائل الإثبات معها تاريخا عربيا في القدم يرجع لآلاف السنين عرفت خلاله را متواصلا سريعا طورا وبطيئا أطوارا أخرى، وإن كان البعض يقلص هذه المدة، ويرى تطور قانون الإثبات جرى على مدى ألف عام انطلق فيها من وسائل إثبات غير عقلانية مين ثم انتقل بعد ذلك إلى شهادة الشهود، وبعدها اتجه نحو الكتابة. أما الآن فالاتجاه الجديد ير نحو اعتماد الخبرة والإثباتات الإلكترونية⁽¹⁾. وفي المغرب كانت قواعد الإثبات في فترة ما الحماية الفرنسية مستمدة في أغلبها من الفقه الإسلامي وخاصة الفقه الكي(اليمين، الشهود العدول، شهود اللفيف، العرفاء، القرائن...)⁽²⁾، وخلال فترة الحماية ند صدور قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية بموجب ظهير 12 غشت 1913 ببح نظام الإثبات المدني يمتلك إطارا قانونيا ينظمه ويحدد قواعده ووسائله.

ومع توالي السنين والعقود وتسارع التطورات والتحولات ظل نظام الإثبات المدني كدا، ساكنا دون حراك. تبدلت الأحوال والظروف والمعاملات ولم تتبدل ملامحه. فقانون

⁽¹⁾ Emmanuel JEULAND : Modèle et preuve de l'acte juridique. In Code civil et modèle ouvrage collectif. L.G.D.J 2005, p : 209.

⁽²⁾ نشأ نظام الشهود العدول في المغرب مبكرا ويرجع تاريخه إلى مئات السنين شأنه شأن شهود اللفيف. لمزيد من باصيل يراجع: محمد الحبيب التجكاني: "النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات فانون الوضعي" دار النشر المغربية الدار البيضاء 1985.

الالتزامات والعقود صدر سنة 1913 ونحن الآن في سنة 2005، وهذا التباعد الزمني بين تاريخ ميلاد النص التشريعي وتاريخ تطبيقه يثير العديد من التساؤلات: هل يجب أن نغير قانوننا المدني لمجرد أنه قانون قديم يزحف سنه نحو المائة عام؟ وهل مرور السنوات والعقود وحتى القرون كاف وحده للمطالبة بتغيير قانون ما وتعديله؟ علما أن القوانين المدنية تعد من أطول القوانين عمرا وأبسطها خضوعا للتغيير، كما تثبت ذلك تجارب العديد من الدول ولنا في تجربة التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون خير مثال (3).

هل وسائل الإثبات التقليدية المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود كافية لاستيعاب مختلف أشكال المعاملات الحديثة ذات الطابع الإلكتروني والرقمي؟ أم أنها قاصرة عن تلبية مقتضيات الدور المنوط بها؟ ألا يخلق ذلك أزمة على مستوى الإثبات؟ ألا تتعرض المعاملات بسبب كثرة وسرعة التدخلات التشريعية لتغيير نظام الإثبات إلى نوع من عدم الاستقرار وانعدام الثقة؟ أليس من شأن فتح المجال أمام وسائل الإثبات الحديثة ذات الحمولة التقنية والرقمية أن يؤدي إلى تمييع نظام الإثبات وتعريضه للفوضى وتجريده من مصداقيته؟ ولكن بالمقابل أليست وسائل الإثبات المعمول بها حاليا هي نفسها عرضة للتحريف والتزييف؟ أليست قواعد الإثبات الحالية صلبة أكثر من اللازم وتنقصها المرونة إلى أبعد الحدود؟ ألا تحمل هذه القواعد تشديدا على الخصوم لا فائدة منه؟ ثم ألا يحتاج دور القضاء إلى نوع من إعادة النظر في ظل التحديات التي يفرضها الإثبات الإلكتروني؟

(3) جاوز عمر القانون المدني الفرنسي 200 سنة إذ يعود تاريخ إصداره إلى سنة 1804، لمزيد من التفاصيل حول تاريخ قانون نابليون تراجع الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، المنشورة بكتاب مانتي عام 2004-1804 منشورات الحلبي الحقوقية.

يجب أن نتفق على أن جانب وسائل الإثبات في ق.ل.ع هو من أكثر الجوانب جاذبية
مستوى النقاش ومن أكثرها استفزازا على مستوى البحث ومن أكثرها حضورا وتنازعية
مستوى الممارسة وعلى مستوى التقاضي.

ومن المفروض أن نتفق أيضا انطلاقا من الواقع الذي نعيش فيه والذي تعيش وتتطور
معاملتنا المدنية، على أن الحاجة إلى تحديث نظامنا الإثباتي أصبحت ملحة أكثر من أي
ت مضي، وأن ذلك يستدعي التأمل أولا في طبيعة البنية التقليدية التي ما زالت تحكم نظام
ثبات المدني لدينا وخصائص هذه البنية ثغراتها وفراغاتها (المحور الأول)، كما يستدعي
نما التفكير في ضرورة الحسم في خيارات التحديث المطروحة والتصورات الأكثر ملاءمة
واقع علاقتنا الاجتماعية والاقتصادية ومعاملتنا المدنية (المحور الثاني).

المحور الأول: البنية التقليدية لنظام الإثبات المدني

إن التأمل في نظام الإثبات الذي اعتمده المشرع في قانون الالتزامات والعقود في شكله ومضمونه وترتيبه وتبويبه وصياغته وخطابه، يجعلنا نستخلص أن بنية نظام الإثبات المدني أصبحت تقليدية ولم تعد ملائمة لمتطلبات التنمية الاقتصادية ولنظامنا القانوني المعاصر بترسانته التشريعية المتجددة ولواقع المعاملات المدنية الحديثة التي أصبحت أكثر سرعة وأشد فورية.

الفقرة الأولى: شكليات الطابع التقليدي لنظام الإثبات المدني

على مستوى الشكل يتجلى الطابع التقليدي لنظام الإثبات المدني فيما يلي:

أولاً: سوء الترتيب والترتيب: إن مشرع ق ل ع ارتأى أن يعالج موضوع الإثبات في

القسم السابع منه، ليأتي في الترتيب بعد الحديث عن مصادر الالتزامات وأوصافها و انتقالها

وأثارها وبطلانها وإبطالها وانقضائها، وهذا ترتيب غير منطقي، لأن المفروض أن تتم معالجة

موضوع إثبات الالتزامات مباشرة بعد الحديث عن مصادرها لأن الإثبات كما يقول الفقه إنما

ينصب على مصادر الالتزام، لا على الالتزام نفسه⁽¹⁾.

ثانياً: سوء التصنيف: تطرق المشرع في ق ل ع في الفصل 404 إلى وسائل الإثبات

مؤكداً أن: « وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي: (1) إقرار الخصم (2) الحجة الكتابية (3)

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط المجلد 2 : الإثبات آثار الالتزام، ص 7.

ة الشهود (4) القرينة (5) اليمين والنكول عنها». ولا يخفى أن هذا التصنيف منتقد سواء من مستوى نطاؤه أو على مستوى محتواه.

فبالنسبة لمحتوى هذا التصنيف نجد المشرع يدخل الإقرار ضمن وسائل الإثبات، مع إقرار ليس وسيلة إثبات وإنما هو بالأحرى وسيلة معفية من الإثبات، سواء تعلق الأمر بانب الإيجابي للالتزام أو بجانبه السلبي فيما يتعلق بالبراءة منه، لأن من شروط الواقعة للإثبات أن تكون محل نزاع، فإذا لم تكن الواقعة محل نزاع بين الأطراف فليس هناك أي لاستلزام إثباتها لأن وظيفة القاضي تتمثل في الفصل في ما هو محط نزاع⁽¹⁾. فحينما يقر سم ويعترف بوجود الالتزام، فإن ذلك يعفي المدعي من مشقة وعبء الإثبات، وحينما يقر عي بانقضاء الالتزام فإن ذلك يعفي المدعى عليه من عبء الإثبات أيضا. أما بالنسبة لنطاق شيف فنجد أن المشرع حدد بشكل حصري وسائل الإثبات ونحا نحو التقييد وبقية نتيجة بعض وسائل الإثبات خارج نطاق هذا التصنيف كما هو الشأن بالنسبة للخبرة⁽²⁾ التي فضل

رع أن ينظم أحكامها ضمن قانون المسطرة المدنية ونفس الشيء بالنسبة لليمين الذي

انظر إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، منشورات كلية الحقوق بمراكش، 198 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 25.

اختلفت آراء الفقه حول طبيعة الخبرة هل تعتبر وسيلة إثبات أم هي إجراء مساعد للقاضي للوصول إلى تقدير للحالة أم هي وسيلة لتقدير الدليل المعروف على القضاء؟ وفي تقديرنا نكتسي الخبرة طابعا مزدوجا إذ تكون وسيلة إثبات وأحيانا أخرى فقط وسيلة للتقدير والتنوير وإن كان يغلب عليها الطابع الأول أي كونها وسيلة ، فالخبرة حاسمة أحيانا في إثبات حال معينة أو في وجود أو عدم وجود واقعة مادية أو قانونية وأحيانا أخرى إليها فقط لتقرير تعويض معين عن ضرر ناتج عن عمل غير مشروع سبق إثباته. قارن: مأمون الكزبري العبدلاوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجزء الثاني دار القلم بيروت 1973، و 266، وإبراهيم زعيم: نظام الخبرة في القانون المغربي، الطبعة الأولى مراكش 1993 مطبعة تينمل، ص

ال بشأنها الفصل 460 ق ل ع على ظهير المسطرة المدنية، وكذلك المعاينة أو ما يسمى وقوف على عين المكان.

ثالثا: تخلف الخطاب: إن تحليل لغة الخطاب الذي استعمله المشرع في ق. ل. ع ما يتعلق بالإثبات يبين أن الخطاب المستعمل هو خطاب تقليدي ربما كان ملائما لتاريخ دوره ولكن الأكد أنه لم يعد ملائما اليوم، ويظهر ذلك على عدة أصعدة من خلال استخدام ارات ومصطلحات أصبحت غريبة عن بيئتنا القانونية وغير مفهومة في ظل التطورات تسارعة التي يعرفها العالم. فالأدلة الكتابية يهيمن عليها الطابع الورقي، لذلك نجد عبارات ت حمولة مادية ملموسة: "الورقة الرسمية والورقة العرفية والدفاتر والأوراق المخاطب بها من القضاة، الورقة المطعون فيها بالزور والبرقية وأصول الوثائق والصورة ق الأصل".

وعلى مستوى التوقيع نجد نفس الاتجاه التقليدي ، فالتوقيع يجب أن يكون بيد الملتزم به ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، وكذلك الحديث عن إنكار الخط والحديث عن العجز دني عن الكتابة. أما فيما يتعلق بالإقرار فهناك اتجاه تقليدي على مستوى المخاطبين بالنص اتوني، فاشتراط أن يكون الإقرار صادرا عن اختيار وإدراك والإحالة على عيوب الرضى فيما لى بعيوب الإقرار يخرج الأشخاص المعنوية من دائرة النص القانوني طالما أن النصوص شار إليها آنفا ذات طابع فيزيقي وجسماني تشير مثلا إلى الألم الجسماني والاضطراب سي والمس بالشرف والنفس ومراعاة السن والذكورة أو الأنوثة و تشير كذلك إلى حالة

نها 250 درهم، نجد أن شهادة الشهود هي عملة رائجة في الإثبات في مجال العقار غير نفظ وتقبل أحيانا لإثبات حقوق عينية تصل قيمتها إلى ملايين الدراهم.

ثانيا: تقليص دور القضاء: يظهر الاتجاه نحو تقليص دور القاضي في المجال المدني خلال نصوص ق ل ع التي حددت وسائل الإثبات على سبيل الحصر وجعلت عبء إثبات تزام على مدعيه (الفصل 399)، وهذا يبين التصور التقليدي الذي يعتنقه المشرع المغربي مستوى الدعوى المدنية ودور القاضي المدني فيها، فالدعوى حسب هذا التصور هي اع بين خصوم، يأخذ فيه القاضي موقف المتفرج الذي لا يتدخل إلا للفصل وإصدار الحكم على ما يقدمه أطراف النزاع من حجج وأدلة، وهكذا يبقى دور القاضي سلبيا وترسم له بد ضيقة يتحرك داخلها ويترك رهينة بين أدلة الخصوم التي لا تخلو من المكيدة والمناورة حائل والتدنيس والتزييف والتزوير.. وتضع الحقيقة القانونية التي يجب أن يهتم القاضي صول إليها لا أن ينتظر خصوم الدعوى لإرشاده إليها مع ما في نفوسهم من هوى ومن ميل ييز. لذلك انتقد بعض الفقه القاعدة التقليدية في توزيع عبء الإثبات ودعا إلى تطويرها عيمها بواجب المعاونة على الوصول إلى الحقيقة⁽¹⁾. ويبدو أن المشرع المغربي بدأ يهجر الاتجاه التقليدي شيئا فشيئا ويظهر ذلك من خلال الصلاحيات الواسعة نسبيا التي منحها ساء في قانون المسطرة المدنية، وذلك في إطار نوع من المبادرة التلقائية التي منحها

للقاضي لكي يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق⁽²⁾.

ثالثاً: تقييد حرية الخصوم: اختار المشرع في ق ل ع ألا يترك للخصوم حرية الإثبات

بأية وسيلة ممكنة بل حدد وسائل الإثبات الجائزة والمقبولة قانوناً، وحينما يقرر القانون شكلاً معيناً للإثبات فإنه لا يجوز إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه إلا في حالات استثنائية يحددها القانون، وعرف عن القضاء المدني المغربي تشدده في هذا المجال حتى أنه استبعد الأخذ بمحاضر الضابطة القضائية بعلّة أن القضاء المدني لا يطبق أمامه إلا ما هو وارد في قانون الالتزامات والعقود في باب وسائل الإثبات التي ليس من بينها محاضر الضابطة القضائية، وإن كان هذا الاتجاه القضائي منتقداً من طرف بعض الفقه⁽³⁾. كذلك استبعد القضاء لمحاضر الاستجواب التي ينجزها الأعوان القضائيون واستبعاد ما يرد فيها من إقرارات تسجل على الخصوم، بعلّة أن صلاحية العون القضائي تنحصر في القيام بمعاينات مادية محضّة مجردة عن كل رأي⁽¹⁾.

وعلى مستوى وسائل الإثبات المقبولة قانوناً، فإن حركة الخصوم على مستوى الإثبات

تكون مفيدة وهكذا فإن الإقرار مبدئياً لا تجوز تجزئته إلا في حالات استثنائية ولا يعمل به في

(2) الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية.

(3) قرار المجلس الأعلى بغرفتين عدد 2223 بتاريخ 1989/11/8 منشور بمجلة الملف العدد 3 أبريل 2004 ص :

129 وانظر التعليق على هذا القرار من طرف علي العلوي الحسني بنفس العدد من المجلة ص 132.

(1) حول حجية الاقرارات المضمنة من طرف الأعوان القضائيين في المحاضر الاستجوابية انظر قرار المجلس الأعلى عدد 1692 بتاريخ 2002/05/15 منشور بمجلة الملف العدد2 ص:134 وأيضاً قرار المجلس الأعلى عدد 772 بتاريخ 2004/06/23 منشور بمجلة الملف العدد6 ص:353 .

بنية التقليدية لنظام الإثبات المدني وخيارات التحديث _____ ذ. يوسف وهابي

الات أخرى ولا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب نانون إثباته بالكتابة، والشهادة يظل مجالها ضيقا جدا في الميدان المدني، فما جاوز قيمته 25 درهم من الاتفاقات والالتزامات والحقوق لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ولا تقبل شهادة شهود لرد ما جاء في الحجة الكتابية ولا يتم الخروج عن هذا المبدأ إلا في حالات استثنائية وضع لحكمة القاضي وسلطته التقديرية.

ولكن المشرع بدأ يتخلص تدريجيا من هذا التوجه التقليدي تاركا للأطراف حرية ثبات بكافة الوسائل، كما هو الحال بالنسبة للمادة التجارية⁽²⁾، وبعض مواد مدونة الأسرة⁽³⁾.

رابعاً: سكتات التشريع: مشرع قانون التزامات والعقود سجل العديد من السكتات ، مجال الإثبات رغم أن تشريعات أخرى مقارنة عبرت صراحة عن موافقها حول مجموعة ، المسائل ومن ذلك على سبيل المثال مسألة تعلق قواعد الإثبات المنصوص في ق ل ع نظام العام أو عدم تعلقها به؟

فالمشرع المصري ينص في مادته 60 من قانون الإثبات على جواز الاتفاق على ما الف قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة وشهادة الشهود لإثبات وجود أو انقضاء تصرف قانوني بد قيمته على مائة جنيه.

تنص المادة 334 من مدونة التجارة على ما يلي : تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك.

الفقرة الثانية من المادة 10 تنص على أنه : « إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة»

ة 100 تنص على أنه : «تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم بكمة في غرفة المشورة» أيضا المادة 156 تنص على أنه «...إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن وء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب» وكذلك المادة 158.

ويجنح القضاء والفقه في مصر وفرنسا إلى اعتبار قواعد الإثبات الموضوعية غير
قوة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾.

ونفس المنحى نحاه الفقه المغربي الذي يعتبر «أن القواعد التي تتعلق بمحل الإثبات
نه وطرقه لا تتصل بالنظام العام فيجوز الاتفاق مقدما على خلافها»⁽²⁾. أما مشروع ق ل ع
اختار السكوت عن توضيح موقفه بهذا الشأن.

كذلك لم يحدد المشرع موقفه من الحالة التي يكون فيها الدليل بحوزة الخصم ويتعذر
المدعي الإدلاء به، فقد جرى القضاء في فرنسا ومصر على إجازة تكلفة الخصم خصمه
بم ورقة موجودة تحت يده من شأنها إثبات الحق المدعى ويتم تقدير هذا الامتناع من طرف
حكمة لصالح هذا الطرف أو ذاك حسب الأحوال، وقد نصت المادة 20 من قانون الإثبات
سري على هذه الحالة من خلال إلزام الخصم بتقديم دليل لصالح خصمه وهي حالة وجود
ة تحت يد الخصم مدعي الواقعة المراد إثباتها تكون منتجة في الدعوى إذا كان القانون
مطالبته بتقديمها أو تسليمها أو كانت مشتركة بينه وبين خصمه أو كان خصمه قد استند
ا في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ويبدو الفصل 406 من ق ل ع المتعلق بسكوت الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة

الإجابة عن الدعوى قريبا من هاته الحالة مع وجود الفارق.

عادل حسن علي : الإثبات في المواد المدنية مكتبة زهراء الشرق، 1996 ص 25.

إدريس العلوي العبدلوي: م س ، ص 52. انظر أيضا عبد الكريم شهبون الشافي في شرح قانون الالتزامات
نود المغربي، الجزء الثالث ط 1، مطبعة لنجاح الجديدة، الدار البيضاء 1999 ص 399 وما يليها.

ومن ذلك أيضا استعمال المصغرات الفيلمية أو ما يسمى بالميكروفيلم والتي هي «
ية غير تقليدية للمعلومات تتمثل في دعامات مصنوعة من مادة فيلمية معينة تستخدم في
سوير المصغر للمحركات الورقية وتتميز هذه المصغرات بإمكانية استرجاع الصور المسجلة
، دعامة ورقية أو تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز مكبر يسمى جهاز القراءة»⁽²⁾. و تستعمل
التقنية من طرف الأبنك ومصالح المحافظات العقارية على مستوى أرشفة الوثائق وحفظها
الضياح، ولكن وضعها القانوني مازال غامضا هل يمكن إنزالها منزلة الأصل أم لا ؟ وكذلك
أن بالنسبة للتقييدات التي تخزن في الحاسوب هل يمكن أن تعوض السجلات والدفاتر ؟.

هذا فضلا عما وصلت إليه تقنيات التسجيلات الصوتية والمرئية من تقدم بفضل آلات
بيل صوتية دقيقة وآلات جد متطورة لالتقاط الصور والمرئيات ، وهذه تقنيات تبدو غريبة
لائحة وسائل الإثبات التقليدية، كما أن عدة انتقادات توجه إليها وتطعن في قيمتها
سداقيتها لأنها خاضعة دائما لإمكانية الفبركة والتلفيق والاصطناع عن طريق تقليد الصوت
تلفيق الصور.

ولكن هاته النقائص التي يمكن أن تعتري بعض وسائل الإثبات الحديثة لا تسلم منها
ما وسائل الإثبات التقليدية، فالتزوير هو آفة الكتابة الكبرى، فالمحركات الرسمية والعرفية
طعون فيها بالزور أمام المحاكم تعد بالآلاف، كما أن شهادة الشهود غير محصنة الآن من
ر في ظل اعتراف البعض لشهادة الزور مقابل المال، أما اليمين فلم تعد لها نفس القيمة
، كانت لها قديما في ظل الترددي العام الذي أصاب الأخلاق والقيم.

أخلية مع هذا الواقع الجديد، ومنها تعديل التقنين المدني الفرنسي الصادر في 2000/03/13 في أعطى إطارا شرعيا للوثائق والتوقيعات الإلكترونية⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن قانون الالتزامات والعقود ورغم قدم تاريخ صدوره أشار إلى بعض مسائل التقنية التي أفرزها العلم الحديث كالتليفون (الفصل 23) والتصوير الفوتوغرافي (فصل 440). والأكد أنه لو ظلت المواكبة التشريعية نشيطة لتمت الإشارة إلى جميع الوسائل كولوجية الحديثة، ولكن المؤكد أن ق ل ع لا يقدم أية إجابات عن التساؤلات التي رحها التقدم الحاصل على صعيد المعاملات والتعاقدات الجديدة التي تعتمد على تقنيات تحمل ثير من الإيجابيات، فاستعمال الحواسيب ونظم الكمبيوتر وشبكات المعلومات يكتسح يوما بعد م مجالات التعاقد التقليدية وي طرح تحديات حقيقية على مستوى البنى القانونية الحالية التي م في إطارها التعبير عن الإيجاب والقبول وعلى مستوى الهوية القانونية للأشكال الجديدة بقود المعلوماتية وخدمات الاتصال، وعلى مستوى تحديد حجية الإثباتات الإلكترونية وآليات فاء التقنية، ومن ذلك استعمال البطاقات البلاستيكية باعتبارها وسائل دفع حديثة، فالأبنك واكبة لهذه التطورات تتفق مع عملاتها على أن يتم الإثبات بوسائل معينة أو بكافة وسائل ثبات استجابة لما يتطلبه نظام الدفع بالبطاقة من استعمال آلات إلكترونية حديثة لا تنطبق على البيانات المسجلة عليها خصائص الدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي⁽¹⁾.

⁽¹⁾ للمزيد من التفاصيل انظر نور الدين الناصري: "مدى ملاءمة قواعد الإثبات في قانون الالتزامات والعقود غربي لوسائل الاتصال الحديثة دوليا ووطنيا"، مجلة المحاماة عدد خاص بالمؤتمر 25، مطبعة فضالة المحمدية 2006، ص 238 وما يليها.

⁽²⁾ انظر الحسن فايدى: "وسائل الدفع الحديثة البطاقات البلاستيكية"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 149، ص 175.

بقرة الثانية: خيارات تحديث نظام الإثبات المدني المغربي:

طبعا لسنا أول من سيتكلم عن تحديث نظام الإثبات المدني بل سبقنا إلى ذلك جانب من فقه المغربي في إطار تحليله العام لمدى ملائمة قانون الالتزامات والعقود لمتطلبات التغيير، لذلك طرحت على مستوى الفقه المغربي عدة خيارات لتغيير قانون الالتزامات والعقود ويمكن أن نلخص هذه الخيارات في إطار ثلاثة تصورات:

أولا: إعادة القراءة

يميل بعض الفقه المغربي إلى الاكتفاء باقتراح إعادة قراءة نصوص وأحكام قانون الالتزامات والعقود رغم اعترافه بأن «ظروف إصدار هذا القانون عام 1913 تجعل عددا غير قليل من مقتضياته غير ملائم للواقع الاجتماعي لمغرب نهاية القرن العشرين»¹ ويستعبد هذا الفقه أية إمكانية لإنتاج قانون مدني مغربي منتقدا القضاء الذي لم يعط الكثير على مستوى أحكامه المنشورة والتي يمكن الاعتماد عليها في إطار إعادة الصياغة، كما انتقد الازدواجية التي تحكم تحليلات الفقه الذي قسمه إلى فقه "عصري" تابع للفقه اللاتيني وفقه تقليدي يعيش على النقل²، وهكذا يعتبر هذا التصور الفقهي أن فصول ق.ل.ع لا تحتاج إلا إلى إعادة القراءة من خلال تفسير نصوصه وتطبيقها بالاستعانة بأراء وأفكار القانون والفقه الفرنسي مع مراعاة الواقع الاجتماعي المغربي المختلف عن المجتمع الفرنسي والتحرر من الأفكار والنظريات المتحجرة، ولاسيما تلك التي كرس بها قانون 1804 فلسفة المذهب الفردي...»، وإعطاء

¹ - أحمد الخليلي: " كيف نقرأ ظهور الالتزامات والعقود"، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد والتنمية

العدد 7- 1984، ص 7 وما يليها.

² - أحمد الخليلي: م س ، ص 28 و 29.

لقاضي عند انعدام النص " الحق في الرجوع إلى المبادئ العامة لظهير الالتزامات والعقود أو لى الأحكام الفقهية أو مصدرى الشريعة (الكتاب والسنة) أو مبادئها العامة...»¹.

ثانيا: إعادة الترميم

يعتقد جانب من الفقه أن نصوص قانون الالتزامات والعقود فيما يخص الإثبات لم تعد ملائمة لواقع العصر وأن الشيخوخة بدأت تدب في تعابيرها وصياغتها لذلك يقترح في إطار نوع من التشبيب تعديل مجموعة من المقتضيات القانونية المتعلقة بالإثبات عن طريق إضافة بعض الفقرات و العبارات إلى النصوص الموجودة وتطعيمها بمقتضيات جديدة تعد ضرورية لمواكبة التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال الحديثة من خلال إدماج الوثيقة الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات وتقنين التوقيع الإلكتروني ليصبح مقبولا من الناحية القانونية شأنه شأن التوقيع العادي وجعل النصوص الحالية شاملة لوسائل الاتصال الحديثة.²

ثالثا: إعادة البناء

تنطلق فكرة إعادة البناء في بعض الآراء الفقهية من كون قانون الالتزامات والعقود «يدين بالتبعية للقانون المدني الفرنسي وهذه التبعية تجعل من هذا القانون قانونا لا يساير واقع المجتمع المغربي وتؤدي إلى الاقتصار على توجيه الجهود الفقهية والقضائية نحو العمل على تطبيقه بدلا من العمل على إبراز معالم واقع القانون المغربي من أجل تغييره»، وحل هذه الإشكالية في نظر هذا الفقه يكمن في « وضع قانون مدني مغربي جديد تراعى فيه خصوصيات

¹ - أحمد الخليلي: م س ، ص 16 و 27.

² - انظر نور الدين الناصري: م س ، ص 262 و 263 و 264.

- إخراج القضاء المدني من دوره السلبي وإعطائه المزيد من الصلاحيات والاختصاصات من أجل البحث عن الحقيقة والوصول إلى الحق والإنصاف.
- إحداث مؤسسة قاضي التحقيق المدني الذي تكون مهمته هي تحقيق الدعاوى المدنية فيما يتعلق بالإثبات والأمر بكافة الإجراءات الكفيلة بالوصول إلى الحق وتمكين أصحابه منه...

ملاحظات حول بعض المقتضيات المتعلقة بتصفية الشركة بين قواعد ظهير

الالتزامات والعقود وقانون الشركات

الدكتور سعيد الروبيو

أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.

على غرار الشخص الطبيعي، فالشخص المعنوي يولد ويحيى ثم يموت. لكن لا يمكن حديث عن وفاة الشخص المعنوي عند انحلال الشركة لأي سبب، وذلك بالنظر إلى أن الانحلال و مجرد قرار بالوفاة تتولى مسطرة التصفية تنفيذه المادي¹. فالتصفية إذن هي مجموعة من عمليات التي تلي انحلال الشركة والتي تهدف إلى تسوية الخصوم وتحصيل الديون وتحقيق لأصول، وذلك من أجل السماح بقسمة الفائض بين الشركاء، وفي الحالة المخالفة تحديد حصة خصوم التي يتحملونها في حالة كونهم مسؤولين بشكل غير محدود².

فانحلال الشركة يفتح مرحلة خاصة من وجودها القانوني تسمى مرحلة التصفية، لتفادي الخلط بين هذه المسطرة ومسطرة التصفية القضائية كمسطرة من مساطر معالجة صعوبات المقاول، تم إطلاق لفظ التصفية العادية على الأولى.

¹ - DURAND (P), L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes offertes à Ripert (G), Paris, L.G.D.J, 1950, p :140.

² - CHARTIER (Y), Droit des affaires, T2, P.U.F, 3^{ème} éd, 1992, p :173.

فإذا كانت التصفية القضائية تفترض أن الشركة في حالة توقف عن دفع الديون¹، فية الشركة المنحلة مسطرة تتعلق أساسا بشركة قادرة على الوفاء بديونها حتى يثبت س. إضافة إلى ذلك فتصفية الشركة المنحلة لا يترتب عنها وقف المتابعات الفردية لدائنيها، ما تتوقف هذه المتابعات ابتداء من تاريخ الحكم بفتح مسطرة التصفية القضائية، وذلك دي أي تسابق من شأنه الإخلال بالمساواة بين الدائنين².

ولأهمية نظام التصفية في حماية الائتمان من خلال المحافظة على حقوق دائني ركة³، فقد خصص له قانون الالتزامات والعقود الفصول من 1064 إلى 1082. لكن فعالية ه المقتضيات ظلت محل نظر، وهو ما دفع بالمشرع إلى ترميمها بمقتضى قانون شركات ساهمة لسنة 1996 (الفصول 361 إلى 372).

وحتى لا يكون انحلال الشركة مجرد وسيلة لإهدار الحقوق والضمانات التي كان يتمتع ا دائنو الشركة، وخصوصا حقهم المكتسب في الأداء من أموال الشركة بالأولوية في مواجهة ركاء ودائنيهم الشخصيين، ذهب الفقه والقضاء إلى إقرار مبدأ بقاء الشخصية المعنوية فراض التصفية، أي استمرار الفصل بين الذمة المالية للشركة والذمم الشخصية للشركاء بعد قعة الانحلال⁴.

- المادة 568 من مدونة التجارة.

- المادة 653 من مدونة التجارة.

- سعيد الرويبو، وضعية دائني شركة تجارية في طور التصفية، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال،

جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية / البراط 2002-2003.

⁴ - VALÉRY (J), DE la condition des sociétés en état de liquidation, étude à la mémoire de Henri Capitant, Paris, 1977, p :857.

ويوفر هذا المبدأ حماية فعالة لدائني الشركة، إذ بدونه تقع أموال الشركة بعد انحلالها في نظام الشبوع، وبالتالي يفقدون الذمة المالية المستقلة ضمانهم العام، ويرغمون على تجزئة عاوى الأداء بين الشركاء بحسب حصة كل واحد منهم في الدين، مع ما يرافق هذه المتابعات من مخاطر مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء.

ولأهمية مبدأ بقاء الشخصية المعنوية لأغراض التصفية، فقد تبناه قانون شركات المساهمة صراحة في الفصل 362. لكن بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود، فهو لم يتبناه إلا بشكل ضمني، حيث يمكن استخلاص احتفاظ الشركة المنحلة بشخصيتها من خلال الفصل 1070 الذي ينص على أن المصفي يمثل الشركة في مرحلة التصفية ويتولى إدارتها.

لكن التساؤل المطروح، هل يكفي المبدأ أعلاه للقول باستمرار ذمة الشركة المنحلة لضمان عام لدائنيها؟

دون الابتعاد عن عبارات المبدأ السابق، فبقاء الشخصية المعنوية ينحصر في إطار أغراض التصفية، أي أن هذا البقاء رهين بالجوء إلى تصفية الشركة عند انحلالها، وذلك بالنظر إلى أن المبدأ السابق هو أحد مقتضيات نظام التصفية¹. مراعاة لذلك، فتفعيل هذا التوجه يستدعي الإقرار بدخول الشركة طور التصفية بقوة القانون عند انحلالها لأي سبب.

إضافة إلى أهمية إقرار مبدأ إلزامية التصفية، فإعماله والتقيد به من قبل الشركاء ذو أهمية قصوى بالنسبة لدائني الشركة. وإذا علمنا أن المصفي هو جهاز تدبير الشركة المنحلة،

¹ - VERDIER (J-M), Rép. Soc, V°, Liquidation et partage, p :5.

هو الشأن. بالنسبة للأصل التجاري¹، وكذلك بالنظر إلى أن القسمة العينية تأخذ صبغة بة باعتبارها نتيجة ملازمة لحق الملكية، وبالتالي فهي لا تقوم إلا في الشركات الصغيرة².

وقد يقول قائل بأنه على الرغم من انعدام التصفية فحقوق دائني الشركة المنحلة وطة، ما دام الفصل 1085 (ق.ل.ع) يسمح لهم بالتعرض على إجراء القسمة بين الشركاء، نك طلب إبطال القسمة التي أجريت رغم تعرضهم.

هذا القول عديم الأهمية، إذ أن دائني الشركة قد لا يعلمون أصلا بإجراء القسمة، بالنظر ب إجراءات الشهر في قانون الالتزامات والعقود.

وتجنباً لإهدار حقوق الدائنين، ذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة تواجد الديون صفية واجبة وليست اختيارية³. وبالنظر إلى أن الأمر جد محتمل، حيث من النادر أن تنحل ركة وقد أوفت بجميع التزاماتها، فقد ذهب مختلف التشريعات الحديثة إلى أن التصفية مية عند انحلال الشركة لأي سبب، وهو الموقف الذي تبناه قانون شركات المساهمة في سل 362 الذي ينص على أنه: "تعتبر الشركة في طور التصفية بمجرد حلها لأي سبب من مباب".

شميعة عبد الرحيم، تقديم الأصل التجاري حصة في الشركة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون

الخاص، جامعة سيدي محمد ابن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، 1994-1995، ص: 231.

² - WAREMBOURG (F), La succession aux biens d'une personne morale de droit privé, Doctorat en droit, Université de Lille II, 1977, p : 289.

³ - LACOUR (L), De la permanence du patrimoine social après la dissolution de la société non suivie de liquidation, Jour. Soc, 1915, p : 10.

II- غياب تدابير احترازية لمواجهة إهمال تعيين المصفي

إذا كان مبدأ إلزامية التصفية ضمانة هامة لحماية حقوق الدائنين، إلا أن فعالية هذه ضمانة تظل محل نظر في ظل غياب تدابير لمواجهة إهمال الشركاء أو رفضهم تعيين المصفي عند انحلال الشركة، وبشكل خاص غياب الترخيص لدائني الشركة باللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعيين المصفي.

فإذا كان مبدأ إلزامية التصفية يعني عدم إمكانية اتفاق الشركاء على إقصاء مرحلة تصفية، فهو لا يعني التزامهم بتعيين المصفي، ما دام هذا الأخير ليس شرطاً لوجود التصفية إنما آلية لإعمالها¹.

ومشكل غياب المصفي لا يطرح في حالة الانحلال القضائي للشركة وفي حالة تصريحه بطلانها، حيث القضاء مستقر على توليه تعيين المصفي². لكن يطرح المشكل في حالة الانحلال لإرادي للشركة، إذ قد لا يقدم الشركاء على تعيين المصفي، وهو ما يؤدي إلى إلحاق أضرار لدائني الشركة، لأن غياب تدبير مركز لأموال الشركة ضمانهم العام يؤدي إلى انتقاص قيمتها.

استناداً إلى المادة 1065 من ظهير الالتزامات والعقود التي تقضي بكون حق إجراء تصفية يعود إلى جميع الشركاء، يمكن القول بأنه عند عدم تعيين المصفي يمكن لدائني شركة اعتبار جميع الشركاء بمثابة مصفين. هذا التوجه عديم الأهمية خصوصاً بالنسبة

¹ - LECANNU (R), Note sous Cass. Cam, 12 Novembre 1992, Rev. Soc, 1993, p :574.

² - المجلس الأعلى، قرار رقم 568، ملف مدني 34824، بتاريخ 24 دجنبر 1975، مجلة المحاماة، العدد:

للشركات الكبرى، لأن موافقة جميع الشركاء على كل عملية من عمليات التصفية يؤدي إلى عرقلة سيرها، وبالنتيجة الإضرار بحقوق الدائنين.

ووعيا بهذه المخاطر، ذهب المشرع في نفس الفصل إلى أنه في حالة اختلاف الشركاء حول تعيين المصفي أو في حالة وجود أسباب مشروعة تحول دون تولي الشخص المعين من قبل الشركاء مهمة التصفية، يمكن لأحد الشركاء مطالبة المحكمة بتعيين المصفي. هذا المقتضى بدوره لا يفى بالغرض، لأنه قد لا يقصد أي شريك المحكمة، وخصوصا في حالة كون الشركة المنحلة مثقلة بالديون، أي أن مهمة المصفي ستحصر في الأداء لدائني الشركة.

بناء عليه، ذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن اعتبار المتصرف أو مدير الشركة في حكم المصفي إلى أن يتم تعيين هذا الأخير¹. ويستند هذا التوجه إلى الفصل 1066 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: "تعتبر أموال الشركة وديعة عند المتصرفين مادام المصفي لم يعين، ويجب على هؤلاء أن يقوموا بما تقتضيه العمليات العاجلة".

بالتركيز على عبارات هذا الفصل نجدها لا تعطي للمتصرف صفة واختصاصات المصفي، ولكن تجعل مهمته تقتصر في هذه الحالة على الأعمال الضرورية والعاجلة، كتقبيد الرهن لمصلحة الشركة أو قطع التقادم وغير ذلك من الأعمال التي تدرج تحت ما يعرف بالأعمال التحفظية. إضافة إلى العيب العالق بأساسه القانوني، نرى محدودية هذا التوجه، لأنه قد يكون عزل المدير هو سبب انحلال الشركة، كما هو الشأن في حالة عزل المسير الشريك لمعين من قبل نظام شركة تضامن (المادة 14 من قانون 96-5).

¹ - أحمد شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الخامس، الرباط، المعارف

في ظل فشل المحاولات السابقة، ذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة عدم تعيين شركاء للمصفي يمكن لدائني الشركة المنحلة مطالبة القضاء بذلك بالنظر لوجود المصلحة مشروعة¹. هذا التوجه رفضته اجتهادات قضائية عدة، وأحاطته أخرى بشروط صارمة، حيث تلبت وجود مصلحة خاصة للدائن المطالب بالتعيين، وهي مصلحة لا تماثل بحق الدين². وبناء عليه فالأمل معقود على تدخل تشريعي يسمح للدائن بإمكانية مطالبة القضاء بتعيين المصفي في حالة إهمال أو رفض الشركاء القيام بالتعيين، وهو التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي في مادة 407 من قانون الشركات لسنة 1966.

¹ - رضوان أبو زيد، الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن، دار الفكر العربي، 1989، ص: 187.
² - WAREMBOURG (F), Op. Cit. p :290.

إن الأصل في الإثبات هو قبول كل وسائله حيث ورد في الفصل 401 من ق.ل.ع إته "لا يلزم لإثبات الالتزامات أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معينا". كما ورد في الفصل 404 منه ما يلي "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي: 1- إقرار الخصم 2- الحجة الكتابية 3- شهادة الشهود 4- القرينة 5- اليمين والنكول عنها". وهي نفس الوسائل الواردة في الفقه الإسلامي¹.

وللكتابة القوة المطلقة في الإثبات حيث تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية والتصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق. واعتبارا للمزية الكبرى التي تحظى بها الشهادة حض القرآن الكريم على توثيق الحقوق وإشهاد العدول عليها، إذ ورد في سورة البقرة ((يا أيها الذين امنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل)) كما جاء في نفس الآية ((واشهدوا إذا تبايعتم)) وورد في سورة الطلاق ((واشهدوا ذوي عدل منكم)) غير أن فقهاء الإسلام اختلفوا في الأمر إذ قال الكثير بالوجوب أخذا بصيغة الأمر الوارد في القرآن. غير أن المالكية ذهبوا إلى كون الأمر المذكور ينصرف إلى الندب والإرشاد لأن في إيجاب الكتابة على الناس مشقة لكثرة المعاملات بينهم وينطوي ذلك على الحرج الشديد وهو ما يتعارض مع اليسر الذي ناد به الدين الإسلامي².

وتأسيسا على أهمية الكتابة في إثبات عقد البيع ورد في الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "إذا كان البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا يجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون" وذلك كاستثناء من الأصل الوارد في الفصل 401 من ق.ل.ع، ولا يهم أن تكون الحجة ثابتة التاريخ عقدا رسميا كما حدده الفصل

¹- ذ. الطيب البواب، المرجع السابق.

²- المرجع السابق

418 من ق.ل.ع ومحررا من لدن الموثق العصري أو العدلين مع خطاب قاضي التوثيق عليها، أو عقدا عرفيا مصحح الإمضاء من لدن السلطة الإدارية وفق الفصل 424 من ق.ل.ع¹. مع ملاحظة امتياز الورقة الرسمية عن العرفية لأنها أكثر ضمانا لحقوق المتعاقدين إذ لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور حسب مقتضيات الفصل 419 ق.ل.ع بخلاف الورقة العرفية والتي يمكن لأطراف ادعاء خلاف ما جاء فيها بسبب الأمية وجهل ما تتضمنه حيث ورد في الفصل 427 ن.ل.ع أن "المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك" خاصة وأن كثيرا من العقود العرفية تحرر من دن كتاب عموميون، فتأتي معيبة من حيث الشكل والموضوع الشيء الذي يضر بحقوق المتعاقدين ويعرضها للمنازعة أمام المحاكم لتفسير مضامينها ومقاصدها تأسيسا على مقتضيات الفصل 432 ق.ل.ع الذي يقول "اعتراف الخصم بخطئه أو بتوقيعه لا يفقده حق الطعن في الورقة بما عساه أن يكون له من وسائل الطعن الأخرى المتعلقة بالموضوع أو الشكل".

المبحث الأول: موقف الفقه من الفصل 489

مما لا جدال فيه أن عقد البيع المنصب على العقار المحفظ يجب أن يكون في محرر أبت التاريخ ولا تقبل شهادة الشهود واللفيف لإثباته أخذا بمقتضيات الفصل المذكور، ذلك أن لكتابة شكلية لا بد من استيفائها لقيام عقد البيع والذي بعد كالعدم بدونها وهو ما أكده جميع لفقهاء القانونيين وعلى رأسهم الدكتور الكشور² والدكتور بونيات³.

¹ - شرط الكتابة في بيع العقار للدكتور محمد بونيات، ندوة العقار غير المحفظ... إلى أين؟ منشورات مركز دراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش.

² - د. محمد الكشور بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة طبعة 97 .

³ - للمزيد من الإيضاح راجع المرجع الوارد بالهامش 5 .

أولاً: الفقه المؤيد لتطبيق ف 489 على بيع العقار غير المحفظ

يوجد على رأس الفقه الذكور الدكتور محمد بونبات، إذ ينتصر لهذا الاتجاه على أساس أن "شرط الكتابة في حجة ثابتة التاريخ يجعل عقد البيع صحيحا وموجودا ومنتجا لأثاره القانونية، أما إذا وقع البيع المبرم على عقار أو حق عيني عن طريق البيع الشفوي دون تحريره في حجة ثابتة التاريخ فإنه يكون عندها مخالفا لمقتضيات الفصل 489 ق.ل.ع لأنه لم يستوف الشرط الواجب لقيام عقد البيع العقاري وهو شرط الكتابة سيان في ذلك إن كان العقار محفظ أم غير محفظ لأن حكم الفصل 489 حكم عام يشمل جميع الأنظمة العقارية دون تمييز مسألة انعقاد البيع بالكتابة"¹.

وفي نفس الاتجاه يذهب الدكتور محمد الكشور إلى أن "توحيد القضاء يستلزم الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة لباقي فروع القوانين الأخرى ذلك أنه بالرجوع إلى العقود المنظمة بالقانون المذكور يتبين أنه يشمل العديد من القواعد الكفيلة بالحد من النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ ومن بين هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر قواعد الإثبات والبيع وهي قواعد لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي فضلا عن كون مبدأ أعمال النص خير من إهماله يفرض الرجوع إلى قواعد قانون الالتزامات والعقود باعتبارها صريحة وفي المناول على خلاف قواعد الفقه المالكي فيجب التنقيب عليها في مصنفات ذلك الفقه وهو تنقيب يحتاج من رجل القضاء التوفر على مستوى فقهي معين"².

ثانياً: الفقه المنادي بعدم إخضاع عقد بيع العقار غير المحفظ لمقتضيات الفصل 489

يرى الدكتور محمد ابن معجوز في كتابه "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي" أن قواعد قانون الالتزامات والعقود ومنها الفصل 489 لا يطبق على العقار غير المحفظ لكون

¹ - د. محمد بونبات "شرط الكتابة في بيع العقار" ص 83 من المرجع السابق.

² - للمزيد من الإيضاح محمد لحسوني وضعية العقار بين النصوص الشرعية والقوانين المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة السنة الجامعية 99. 00 كلية الحقوق بمراكش.

غير أن الاختلاف الفقهي حصل بشأن إخضاع البيع المنصب على عقار غير محفظ إلى ميات الفصل 489 إذ برز في الساحة الحقوقية اتجاهين الأول يدعو إلى ذلك والثاني يقول ماعه للفقهاء المالكي والذي لا يشترط الكتابة لصحة البيع.

قبل التطرق إلى الاتجاهين وجب التطرق إلى القانون 44.00 المصادق عليه بظهير 3.02 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، ذلك أن اتساع المدن تطلب الحاجة إلى مساحات مخصصة لإقامة التجزئات السكنية والمرافق الضرورية لها، وأصبح الضغط متزايدا على الرصيد المتاح في المناطق المجاورة للحواضر، ونتج عن ذلك المضاربة العقارية وبالتالي تزايد مهول في قيمة العقار وكل ما له علاقة بالبناء والتعمير، وظهرت التجزئات السرية والبناء العشوائي في ذلك على عدة مشاكل سياسية واقتصادية واجتماعية لا مجال لذكرها في هذه المداخلة، نلاحظ تزايد المنازعات المدنية (مثل دعاوى إتمام البيع وفسخه واسترداد الحيازة) دعاوى الزجرية (مثل جنحة النصب والاحتيال وجنحة عدم تنفيذ عقد، والتصرف في عقار الغير إضراراً بمن سبق التعاقد معه) لذلك اضطر المشرع إلى سن القانون المذكور والذي على ما يلي "يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار، أجل محدد كما يلتزم المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال". واشترط القانون المذكور إبرام عقد كتابي ابتدائي كمرحلة أولى، كما ألزم البائع باستظهار وثائق الملك مع له وتبينانه بشكل دقيق وإعداد دفتر التحملات بشأنه، ولا تنتهي العلاقة بين البائع والمشتري إلا بإبرام العقد النهائي مع تسجيله بالرسم العقاري خاصة وأن القانون 44.00 نص على إلزامية التحفيظ إذا كان العقار غير محفظ كما نص في الفصل 3 على ما يلي "تسري هذه القواعد على العقارات سواء كانت محفظة أو في طور التحفيظ أو غير محفظة".

يستنتج مما ذكر أن بيع العقار الغير المحفظ في إطار القانون 44.00 يجب أن يتم في

قواعد الفقه المالكي متأصلة في المغرب. كما أن ظهائر تعيين القضاة كانت تحثهم على تطبيق الراجح والمشهور من مذهب الإمام مالك¹. وهو الاتجاه الذي ينتصر له الدكتور الخليلي² ذلك أن الفصل 3 من قانون 25 يناير 65 بشأن التوحيد والمغربة والذي جاء فيه "إن النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنايئة الجاري بها العمل حالياً تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول" يعد سندا تشريعيا يبرر الاستمرار في تطبيق النصوص الشرعية باعتبار أن نصوص المدونة ومذهب الإمام مالك هما مصدر الأحكام في قضايا العقار غير المحفظ، فضلا عن كون ظهير 13.8.12 بشأن التحفيظ العقاري واضح في كون الفقه المالكي هو المطبق على العقار الذي في طور التحفيظ.

وفي نفس الاتجاه يذهب الأستاذ عبد القادر الراجعي رئيس غرفة بالمجلس الأعلى وذلك تأسيس على قرار المجلس الأعلى والذي قرر "وحيث أن قانون التوحيد الصادر سنة 65 أمر بتوحيد المسطرة فقط وأبقى القانون الموضوعي على حاله. وحيث إن العقار غير المحفظ كان ولا يزال يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ومن مبادئها أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر والأصل في ذلك قوله (ص) البينة على المدعى واليمين على من أنكر..." فإنه ذهب إلى كون قانون الالتزامات والعقود لا يطبق على العقار غير المحفظ وإنما الفقه المالكي لاسيما موطأ الإمام مالك وشروحه، والمدونة الكبرى لسحنون ومختصر الشيخ خليل وشروحه، وتحفة ابن عاصم وشراحها والزقاقية وشراحها والتبصرة لابن فرحون³.

¹ - ص 120 من مؤلف العقار غير المحفظ.. إلى أين؟ المرجع السابق.

² - أورده الدكتور الراجعي محمد مهدي في كتاب التحفيظ العقاري في المغرب ص 98، طبعة 86

³ - القانون المطبق على العقارات غير المحفظة مداخلة ذ. الراجعي خلال ندوة العقار غير المحفظ إلى أين؟ 27 /

المبحث الثاني: موقف القضاء من الفصل 489

الاتجاه الجاري به العمل بالنسبة للبيع المنصب على عقار محفظ هو ضرورة تحريره
في محرر ثابت التاريخ سواء تعلق الأمر بموقف المحاكم الابتدائية والاستئنافية أو المجلس
الأعلى حيث قرر هذا الأخير ما يلي "إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في
محرر ثابت التاريخ وإذا اختلف هذا الركن الشكلية فإن البيع لا يقوم"¹.

غير أن المجلس الأعلى اختلف إلى اجتهاد ينادي بتطبيق الفصل 489 عليه وفق الآتي بعده.
العقار غير المحفظ، واجتهاد ينادي بتطبيق الفصل 489 عليه وفق الآتي بعده.

أولا: الكتابة ليست شرطا لصحة البيع المنصب على عقار غير محفظ

أمر أكده المجلس الأعلى من خلال عدة قرارات منها:

- القرار المنشور في رسالة المحاماة عدد 5 ص 212 بقوله "إن النصوص الشرعية
هي المطبقة على النازلة لتعلقها بعقار غير محفظ طبقا للفقرة الأولى من الفصل 3 من قانون
التوحيد الصادر بتاريخ 65.1.25"².

- القرار 666 بتاريخ 78.9.27 ملف 60876 والذي ورد فيه "إنه طبقا لأحكام
الشرعية الإسلامية فإن بيع العقار الغير المحفظ يمكن إثباته بشهادة الشهود وإن المحكمة لما
استبعدت اللغيف المدلى به لإثبات هذا البيع بعله أنه لا يثبت بشهادة الشهود ولا بد فيه من
الدليل الكتابي الثابت التاريخ تكون قد طبقت الفصل 489 ق.ل.ع والذي لا مجال لتطبيقه في
النازلة واستبعدت الفقه الإسلامي الواجب التطبيق والذي يجيز في الأحوال الخاصة إثبات البيع
بشهادة الشهود ومنها شهادة اللغيف مما جعل قرارها غير مؤسس ومعرضا للنقض"³.

¹- قرار المجلس الأعلى 817 بتاريخ 27. 4. 83 ملف 90228. أورده ذ. البواب مرجع سابق.

²- ص 66 ندوة العقار غير المحفظ إلى أين؟ مرجع سابق.

³- مجلة القضاء والقانون 146 ص 64.

- القرار 611 بتاريخ 19-9-98 ملف 60276 والذي قرر "إذا شهد شهود اللقيف عرفتهم وتحديدهم للمشهود فيه وأن البيع وأداء الثمن تم بحضورهم ولم يقع فيه الطعن بأي طعن فإنه لا يحق للمحكمة أن تستبده هذه الحجة"¹.

ثانيا: الكتابة شرط لقيام البيع المنصب على عقار غير محفظ

مبدأ أخذ به المجلس الأعلى من خلال عدة قرارات منها:

- القرار 600 بتاريخ 19.10.77 والذي ورد فيه ما يلي: "بيع العقار يجب أن يكون محرر ثابت التاريخ لذلك يتعرض للنقض لنقص التعليل الحكم الذي استند فيه المدعى إلى سم عدلي لإثبات الشراء"².

- القرار الصادر بتاريخ 4.12.92 والذي قرر "أن الأمر يتعلق بعقار غير محفظ اضع في الجوهر لأحكام الفقه المالكي والتي تقر حسب الشيخ ميارة أنه حتى بالنسبة شهادة اللقيف، فإنه لا يلجأ إليها فيما يخص المعاملات إلا عندما تدعو الضرورة إلى ذلك لتي يجب توضيحها. وأن المحكمة عندما بنت في النازلة على النحو المذكور (صحة بيع عقار اء على شهادة عدل مع اليمين المتممة رغم إنكار البائعات لعملية البيع وعدم وجود محرر ابي يثبت انعقاده بين طرفيه) تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"³.

- القرار 3273 بتاريخ 9 ماي 98 في الملف 96.13.10 والذي ورد فيه: "لا يقبل فيف في إثبات بيع العقار والذي يجب أن يكون في محرر ثابت التاريخ"⁴.

الخلاصة:

بعد استعراضنا لمقتضيات الفصل 489 ووقوفنا على بعض الجوانب الفقهية منه وعلى بعض القرارات القضائية المتضاربة بشأنه، نخلص أن الفصل المذكور وإن كان يطبق على بيع المنصب على العقار المحفظ وغير المحفظ الموجود في طور الإنجاز وفقا للقانون 44.00 استثناء من الأصل، فإنه لا مجال لإعماله لإثبات البيع المنصب على العقار غير المحفظ لأن حجج التي اعتمد عليها الفقه والقضاء المنتصرين لخلاف ذلك لا تتسجم مع قاعدة كون العقار غير المحفظ لم يخرج من اختصاص الفقه الإسلامي سواء من الناحية التشريعية أو القضائية، لك أن ظهير 65.1.25 بشأن التوحيد والمغربة انصب على الشكل دون الجوهر حيث وحد لمحاكم وعرب القضاء وأبقى الفصل 3 منه على القواعد الجاري بها العمل جنائبا ومدنيا، خاصة وأنه بعد صدور هذا الظهير كانت العقارات العادية من اختصاص المحاكم الشرعية وهذه الأخيرة كانت تطبق فيما يخص النزاعات بشأنها الفقه الإسلامي، أما بخصوص النزاعات التي كون فيها أجنب فإنها من اختصاص المحاكم العصرية على شرط توفرها على مستشارين مسلمين لهم صوت استشاري.

كما أن الفقه الإسلامي هو المطبق على العقارات الموجودة في طور التحفيظ وفقا لفصل 106 من ظهير 13.8.12. فضلا عن كون الفصل 3 المذكور كان محل تفسير من لدن منشور وزارة العدل عدد 423 إذ ورد فيه "إن الفصل 3 من قانون التوحيد قد نص بوضوح أن العمل يبقى جاريا بالنصوص الشرعية المعمول بها إلى أن تتم مراجعتها...¹.

هذا من الناحية التشريعية أما من الناحية القضائية فإن هذه المبادئ ظلت محافظا
ها من لدن القضاء الفرنسي نفسه إذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية كمحكمة عليا
سبة للمغرب المستعمر إذ أن مقتضيات المطبقة على العقار العادي هي مقتضيات النظام
المغربي (قرار بتاريخ 32.6.29)¹. ومما لا جدال فيه أن قواعد الفقه المالكي تعد كذلك.
من الشيء أكده المجلس الأعلى عند تفسيره لمقتضيات الفصل 3 المذكور إذ قال في إحدى
اراته "أن قانون التوحيد الصادر سنة 65 أمر بتوحيد المسطرة فقط وأبقى على القانون
وضوعي على حاله. إن العقار غير المحفظ كان ولا يزال يطبق عليه أحكام الشريعة
سلامية ومن مبادئها البينة على المدعى واليمين على من أنكر"². كما جاء في قرار آخر "إن
صوص الشرعية هي المطبقة على النازلة لتعلقها بعقار غير محفظ طبق الفقرة 3 من قانون
توحيد الصادر بتاريخ 25.1.65"³.

إن وضع حد للتضارب الحاصل في الموضوع فقها وقضاء يتطلب تدخل المشرع لتغيير
مقتضيات الفصل 489 موضوع المداخلة من خلال التنصيص صراحة على انطباقه على العقار
غير المحفظ مساندة من المشرع للتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي يعيشه المغرب خاصة
أن القرآن الحنيف حث على توثيق العقود، كما أن الضرورة التي أدت بفقهاء المالكية
الأندلس والمغرب إلى اعتماد غير الكتابة في الإثبات بعدما اشتكى الناس من ضياع حقوقهم
لعجزهم عن إثباتها بالكتابة أصبحت متجاوزة أمام وجود العدول في جميع ربوع المملكة،
وانعدام الوازع الديني لدى جل الشهود بعد طغيان الجانب المادي على الحياة اليومية، والأخذ

1- أشار إليه ذ. الراجعي في مداخلته خلال ندوة كلية الحقوق بمراكش يومي 27-28 فبراير 04 حول العقار غير المحفظ إلى أين؟.

2- ص 66 من المرجع السابق.

3- رسالة المحاماة عدد 5 ص 212.

اللفيف بالرغم من كون المسطرة المدنية تتطلب لصحة الشهادة مثل الشاهد أمام القاضي أداء اليمين القانونية ، كما ينبغي دعوة المجلس الأعلى من خلال توصية منبثقة عن هذا اليوم دراسي إلى إصدار قرار موحد من لدن جميع غرفه يكون اجتهادا قارًا ملزما لجميع المحاكم فسرًا لمقتضيات الفصل 489 ومجال انطباقه، أما إذا رأى المسؤولون إخراج التعامل في عقار غير المحفظ من دائرة الفصل 489 فيتعين دعوة وزارة العدل إلى إخراج مدونة الحقوق عينية للعقار غير المحفظ للوجود مع تدريسها ضمن المواد التي تدرس في رحاب كليات حقوق وكليات الشريعة وتكوين قضاة أكفاء يفقهون في أحكام الفقه المالكي وتوعية مواطنين بفعالية نظام التحفيظ العقاري مع تبسيط مسطرتة ولاسيما في المجال القروي.

عقد الإيجار المفضي إلى التملك بين قانون رقم 51.00 وظهير الالتزامات والعقود

الأستاذ جيلالي بوحبص

قاضي بالمحكمة الابتدائية بالرباط

في إطار وضع ترسانة قانونية لتنظيم العقار وتشجيع اقتناء السكن جاءت في الفترة نيرة مجموعة من القوانين لتنظيم مؤسسات قانونية جديدة،¹ ويأتي قانون رقم 51.00 صادر بريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 دجنبر 2003) في صفحاتها 43 لتنظيم مؤسسة الإيجار المفضي إلى التملك، ذلك أنه خلال تقديم وزير الإسكان لهذا نون أمام مجلس المستشارين أكد على كونه آلية جديدة تساعد ولوج ملكية العقار عبر أداء البيع في شكل دفعات متفق عليها بالتراضي بين البائع والمكترى المتملك الذي ينتفع من ار إلى حين حلول الأجل المتفق عليه لنقل الملكية، وفي مساعدة الأفراد ذوي الدخل ندود التي تجد صعوبة في تعبئة التسبيق الأولي الذي غالبا ما يفوق قدراتها ومدخراتها.

هذا القانون جاء بنص مستقل ويتكون من (5) خمسة أبواب وثلاثة وعشرين فصلا. ويكون مفيدا اعتبارا لكون عقد الإيجار المفضي إلى التملك أصبح عقد مسمى دراسة القانون من خلال تعريفه ونطاقه وشروطه الشكلية وآثاره بالنسبة للطرفين وحالات فسخه ال بالاستناد على ما ورد بهذا القانون وقانون الالتزامات والعقود،

أولا : تعريف عقد الإيجار المفضي إلى التملك

نجد المادة الثانية من قانون 51 تعرفه كما يلي : " يعتبر الإيجار المفضي إلى

العقار كل عقد يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكترى المتملك بنقل ملكية العقار أو جزء

ه بعد فترة الانتفاع به يعوض مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة 8 من هذا قانون وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار".

من خلال هذا الفصل يتضح أن المشرع اعتبر هذا العقد نوعا من عقود البيع وبالتالي كن القول أنه نوع من أنواع البيوع العقارية وعند الحال هذه قد يثار تساؤل مشروع حول دم إدراجه بقانون الالتزامات والعقود شأنه في ذلك شأن عقد بيع العقارات في طور الإنجاز اصة وأن نفس التبرير الذي ساقته الحكومة عند تقديم المشروع بخصوص العقد الأخير من رنه نوعا من أنواع البيوع العقارية متوفر في العقد موضوع الدراسة.

واعتبار العقد أعلاه عقد بيع سبق وأن سار عليه العمل القضائي المغربي ويكفي ؛ستلال بقرارين صادرين عن محكمة الاستئناف بالرباط الأول تحت عدد 5952 صادر بتاريخ 1995/7/2' ملف رقم 86/2607 والثاني تحت عدد 5973 صادر بتاريخ 1995/7/27 ملف قم 86/4654 واللذان تضمنا معا الحثيات التالية : " لذلك وإذا ما استبعدنا العقد المعتمد عليه بي إثارة الدفع والذي يهم شقة البيضاء فإن ما لا يمكن تغافله هو قيام عقد كراء بيعي بين مستأنف عليه وشركة إيرنوفيل بخصوص الشقة موضوع الدعوى والواقعة بالرباط الأمر الذي ثبته ما بين يدي المستأنف عليه من وصولات إبراء صادرة من الوكالة المفوض لها بالتسيير كذلك محتوى تقرير الخبرة المنجزة من طرف الخبير الحسوني والذي بنى محتواه على ما تم لإطلاع عليه بسجلات الوكالة والتي تضمنت إقرارا من هذه الأخيرة بكل الدفعات التي أداها لمستأنف عليه بخصوص الشقة موضوع النزاع ، لذا فالبيع الحاصل للمستأنف عليه أضحي اما بتنفيذ هذا الأخير لكل الالتزامات التي يرتبها عليه العقد وبالتالي يبقى من حقه مطالبة مثل البائعة بإتمام البيع واتخاذ كل الإجراءات الضرورية لنقل الملكية²

² - وهو الوصف كذلك الذي ورد بقرار المجلس الأعلى عدد 3926 بتاريخ 10 / 06 / 1998، ملف عدد 3722 / 97 صادر عن الغرفة المدنية القسم الرابع (غير منشور).

فوصف المحكمة هنا للعقد بكونه "عقد بيعي" جاءت واضحة وهذا التعريف في حقيقته
ساخ عربي للتعريف الفرنسي والذي ورد في المادة الأولى من قانون رقم 84-595 بتاريخ
1984/7 حيث ورد التعريف التالي:

« Est qualifié de location –accession est soumis aux dispositions
de la présente loi, le contrat par lequel un vendeur s’engage envers
accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volon
exprimée par lettre recommandée avec demande d’avis de réception,
après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout
partie d’un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé
prix de vente et le paiement d’un redevance jusqu’à la date de levée
l’option

ثانيا : نطاق تطبيق القانون

ورد بالمادة الأولى ما يلي: " تطبق أحكام هذا القانون المتعلق بالإيجار
فضي إلى تملك العقار على العقارات المنجزة والمعدة للسكنى".

بالاطلاع على هذه المادة يلاحظ أن القانون يطبق على العقار ويجب أن يكون
العقار منجزا ومعدا للسكنى فما المقصود بالعقار المنجز والعقار المعد للسكنى.

مفهوم العقارات المنجزة

إن كلمة "منجزة" غير كلمة "مبنية" فالأولى والتي تجد مقابلا لها بالفرنسية
« Immeuble achevé » تعني أن عملية البناء تمت وأصبح العقار جاهزا للسكن دون
خال حتى التحسينات أو العناصر التكميلية كالسباكة والصباعة وأعمال الجبس وبمعنى آخر

العقار متوفر على كافة العناصر سواء الأساسية أو التكميلية ويكون قابلا للسكنى وقد حصل على الأقل على شهادة تسليم السكنى التي يمنحها رئيس المجلس الجماعي.

في حين أن عبارة البناء والتي نجد لها مقابلا في اللغة الفرنسية عبارة

(Immeuble construit) مفهوم ما زال غريبا عن القانون³ ولم يعرف له مدلول اللهم

نشور وحيد لوزارة الداخلية⁴ لا يمكن الاعتداد به ما دام أنه جاء بمناسبة تحديد الضرائب

الرسوم على عمليات البناء ولا يمكن تمديده إلى هذا القانون.

مفهوم العقارات المعدة للسكن

وهذا يعني أن تكون العقارات معدة للسكن ولا يجب أن تكون مسكونة فعلا من قبل

غير وبالتالي هل انصرفت إرادة المشرع إلى أن يحصر تطبيق هذا القانون على السكنى

جديدة دون تلك التي تكون قد استعملت من طرف المالك المكري.

يتضح أنه لا يوجد مانع من تمديد هذا القانون على العقارات التي يستعملها المالك

سكناه سواء من طرفه أو من طرف الغير فيمكن لمثل هذه العقارات أن تكون محلا لعقد

إيجار المفضي إلى التملك.

وفي مفهوم المحلات المعدة للسكنى نجد بعض الفقه يستدل بالمادتين 663 و 692 من

ل.ع مثل ما ورد بمؤلف الأستاذ أحمد عاصم حيث نجد ما يلي : " فالمحل يكون معدا للسكنى

أ. نص العقد على أنه يستعمل لهذا الغرض ولو كان إعداده الطبيعي يقتضي غير ذلك ، وإذا

أن العقد ساكتا لا يحدد كيفية استعماله فالعبارة بكيفية الإعداد الطبيعي للمحل فإذا كان يشتمل

قت التعاقد على كل أو بعض المرافق الضرورية لحياة الإنسان من غرفه أو غرف النوم

— بل حتى قانون التعمير 90/12 لم يتضمن ضوابط بناء جماعية يمكن الاستدلال بها بل ترك ذلك لكل جماعة

لى حدة فأصبحنا أمام ضوابط بناء جماعية تختلف من جماعة إلى أخرى.

— منشور وزارة الداخلية رقم 288/م ج م بتاريخ 1989/12/8.

الشقة: وهو السكن الذي يخضع في تنظيمه لقانون 18.00 بمثابة قانون الملكية لمشاركة وهو الذي يتوفر على أجزاء مفرزة ومملوكة بشكل منفرد وأجزاء مملوكة بشكل مشترك مع باقي مالكي الشقق الآخرين ويمكن الرجوع لهذا القانون للاطلاع على كيفية التمييز بين هذين النوعين من الأجزاء.

الفيلا: وهي سكنى عرفت من الناحية التقنية بكونها كل بناء يتكون من أكثر من طابقين ويتوفر على حديقة.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن القانون الفرنسي وعكسا على القانون المغربي أجاز تطبيق عقد الإيجار المفضي إلى التملك على العقارات في طور البناء.

وحتى لا يتم خلط عقد الإيجار المفضي إلى التملك الذي يبقى نوعا من أنواع البيوع العقارية مع عقد الكراء، نص القانون في المادة الثالثة عن استثناء أحكامه من القوانين المنظمة لعقد الكراء فأشار صراحة إلى أن قوانين رقم 6-79 المنظمة للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني وقانون رقم 99-64 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية وقانون 552-80-2 المتعلق بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكن لفائدة بعض فئات المكثري مستثناة من هذا القانون.

ثالثا : شكليات عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

بالاطلاع على القانون يجب التمييز بين العقد الابتدائي والذي نظمته الفصول من المادة 4 إلى المادة 7 والعقد النهائي والذي نظمته المادة 16 والمادة 19 من هذا القانون.

طعم وحمام ومرحاض وغيره مما يتميز به إعداد المحل للسكن اعتبر أنه وقع كرائه لهذا
رض" 5

وبالتالي فهناك معيارين اثنين لمعرفة ما إذا كان العقار معدا للسكن الأول يتمثل في
جوع إلى العقد المبرم بين الطرفين ويتمثل الثاني في طبيعة العقار.

إذن وحسب ما ورد أعلاه يتعين استثناء المحلات المعدة للاستعمال المهني والاستعمال
صناعي والسياحي والتجاري. وإن كان هناك تبرير منطقي لاستثناء هذه المحلات اعتبارا
من السبب الأساسي الداعي لخروج القانون. موضوع الدراسة هو سبب اجتماعي ، ولكن لا
ي سببا لاستثناء الاستعمال المهني، فهذا الاستعمال أيضا يحقق هدفا اجتماعيا لكون صاحبه
يهدف من ورائه إلى تحقيق الربح والمضاربة ومن تم فكان من شأن تمديد القانون كي
ملمه تحقيق هذه الغاية.

ويطرح تساؤل بخصوص المحل المعد للاستعمال المختلط أي استعمال سكني
مهني في نفس الوقت ، فهناك كثير من الأشخاص يستعملون سكنهم لممارسة نشاط مهني،
من خلال قراءة الفصل أعلاه يتضح أنه أغفل مثل هذه الحالة لكن بالاستدلال على ما ورد
قانون الفرنسي نجده ينص صراحة على تطبيق القانون على مثل هذه الحالات.

ويتعين الإشارة إلى المفهوم التقني للسكن حيث نجد أن التقنيين يميزون بين
ثمة أصناف من السكن:

المنزل التقليدي: وهو ذلك السكن الذي يتوفر على مدخل مستقل ولا يهيم عدد طوابقه
في تحددتها وثائق التعمير وضوابط البناء ويكون مملوكا بشكل مفرز وهو النوع المنتشر في
غرب.

يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة
 بيط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها.
 يحدد بنص تنظيمي تعريفية إبرام هذا المحرر. يحق للمكتري المتملك الانتفاع من
 قار بمجرد إبرام هذا العقد".

وبالتالي يكون الأشخاص الموكل لهم صلاحية التحرير هم كالتالي : بالنسبة للعقد
 يسمي نجد الموثقين العصريين والعدول، الإدارات العمومية والبيوع الجبرية المنجزة من
 رف القضاء والتي تنتهي بإنجاز محضر البيع بالمزاد العلني، أما بالنسبة للعقد العرفي فهناك
 حامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى ومهنة وكلاء الأعمال.
 وقد أثار استثناء المحامين الجدد الغير المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى وتحديد
 فهوم وكلاء الأعمال جدلا قانونيا كبيرا في مجال بيع العقارات في طور الإنجاز، وقانون
 ملكية المشتركة يبقى صالحا لطرحة في هذا المجال لكن سيكون نوعا من التكرار والإطناب.⁷
 كما أن النصوص التنظيمية المشار إليها بهذا الفصل سواء تلك المتعلقة بشروط تقييد
 اقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود أو تلك المتعلقة بتعريفه إبرام العقد لم تصدر بعد.

خصوص البيانات المتعلقة بمضمون العقد

بالإطلاع على المادة السابعة يلاحظ أن هناك نوعين من البيانات التي يجب أن
 تضمنها عقد الإيجار المفضي إلى التملك.

⁷ - انظر مقالنا : قراءة على ضوء المقتضيات المنظمة لبيع العقارات في طور الإنجاز" منشور بكتاب : " مقالات
 في القانون العقاري وقانون البناء" مطبعة دار القلم طبعة 2006.

أ - العقد الابتدائي

تجدر الإشارة أن هذه التسمية لم يأت بها القانون وإنما استنتجتها من خلال الاطلاع على القانون نفسه ذلك أن هذا الأخير اكتفى بوصفه بعقد الإيجار المفضي إلى التملك ولعل ذلك قد أدى إلى اعتبار المشرع أن العقد الذي سيبرم فيما يعد هو عقد بيع نهائي.

وبالاطلاع على الفصول المحددة أعلاه يتضح أن القانون اتبع نفس الشكل سواء ذلك في جاء به قانون 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز وكذلك قانون 18.00 تعلق بالملكية المشتركة.⁶

وعلى العموم يتبين أن تشكيلات العقد تنصب على ثلاث جوانب : الأول يتعلق بشخص الموكول لهم تحرير العقد والجانب الثاني يتعلق بمضمون العقد وبياناته والجانب الثالث يتعلق بإشهار هذا العقد.

بخصوص الأشخاص الموكول لهم تحرير العقد نجد المادة الرابعة تنص على ما يلي: " أن يحضر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت ربح يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقد وذلك تحت طائلة البطلان.

يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يقيد باللائحة المحامون المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى يحدد نص تنظيمي وط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف من الجهة التي رتته.

بخصوص المادة المتعلقة بالجهات المخول لها تحرير هذا العقد أضافتها لجنة المالية والتجهيزات والتخطيط
نمية الجهوية لغرفة المستشارين عند تقديم المشروع أمامها لمناقشته.

رابعاً : آثار عقد الإيجار المفضي إلى التملك

إن هذه الآثار تتمثل في الالتزامات المتبادلة بين البائع والمكثري الممتلك والتي تعتبر نفس الوقت حقوقاً متبادلة بينهما. وبالتالي يتعين التعرض بإيجاز لهذه الالتزامات.

أ - التزامات المكثري الممتلك

يمكن إيجاز هذه الالتزامات فيما يلي :

1-/الالتزام بأداء الوجيبة: واعتبر القانون هذه الوجيبة مبلغاً مالياً وتؤدي على ما يقابل تملك العقار ، وهذه الوجيبة تتكون من جزئين : جزء يتعلق بحق الانتفاع من المار والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار وترك القانون تحديد كل جزء وقيمه إلى طرفي العقد. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 14 من القانون منعت على البائع أن يطلب أو الأداء كيفما كان قبل التوقيع على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

2-/الالتزام بأداء تكاليف صيانة العقار كما هو محدد في الفصل 639 من ق.ل.ع:

ونجد هذا الفصل ينص على ما يلي : " في كراء العقارات لا يئزم المكثري بإصلاحات صيانة البسيطة، إلا إذا كلف بها بمقتضى العقد أو العرف ، وهذه الإصلاحات هي التي تجري ط الغرف وزليجها، إذا لم يتكسر منه إلا بعض وحداته.

للأنواع الزجاجية ما لم يكن تكسرها ناشئاً عن البرد وغيره من النوازل الاستثنائية
ازل القوة القاهرة التي لم يتسبب خطأ المكثري في حدوثها.

للأبواب والنوافذ والأنواع المعدة لغلغ الحوانيت والمفصلات والترابيس والأقفال.

أما تبييض الغرف وإعادة طلائها واستبدال ما يلي من الأوراق مجرد أعمال الطلاء أو

بيض فتقع على عاتق المكثري."

وإذا تعلق الأمر بشقة أو طبقة في عمارة فيتعين أداء تكاليف الصيانة وفق ما هو
رد في قانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.8

3/- الالتزام باستعمال العقار بعناية الحازم الصابط لشؤون نفسه ووفق الغرض المعد
بمقتضى عقد الإيجار المفضي إلى التملك. ويلاحظ هنا أن القانون استعمل عبارات غريبة
عاما، فما المقصود بعبارة الحازم الصابط لشؤون نفسه.

فكما نعرف أن المعيار القانوني المتعارف عليه فقها هو المعيار الموضوعي، أو
بيار الرجل العادي من الناس أو كما يسمى رب الأسرة الطيب Le bon père de la
famill وربما أنه هو المقصود بهذه العبارة. كما أن استعمال العقار وفق الغرض المعد له
و غرض السكنى وكما تم بيانه من خلال توضيح نطاق تطبيق هذا القانون وجاء هذا الالتزام
تأكيد على ذلك.

4/- الالتزام بعدم إدخال تغييرات على العقار: وقد حددت المادة العاشرة هذه التغييرات
تلك التي من شأنها تهديد سلامة وأمن المكان وحق استعمال التجهيزات أو صلاحية العقار أو
منه إلا أن القانون أجاز للمكتري المتمك وبعد موافقة البائع كتابة القيام على نفقته
عمال من شأنها إدخال تحسينات على العقار أو جزء منه.

ب- التزامات البائع

يمكن التمييز بين نوعين من الالتزامات:

التزامات عامة منصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، والتزامات تجد مصدرها
القانون موضوع الدراسة.

- بخصوص هذا القانون انظر مؤلف الدكتور عبد الحق الصافي : " الملكية المشتركة للعمارات والدور المقسمة
شقق أو طبقات أو محلات" الطبعة الأولى 2005.

المصاريف ولكن يمكن أن نمثل لها بمصاريف الإنذار ومصاريف الرسوم القضائية وأتعاب
برة المتطلبة لإيجاز المعايمة.

وعوموا، وإن كان المشرع لم يحدد شكلا معينا أو طرقا معينة لهاته المصاريف فإن
حكمة تبقى لها السلطة الكاملة في تحديد وتقدير هذه المصاريف عند المطالبة بها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفصل تجاهل حالات إنابة أحد الطرفين للغير ليحل محله
، إحدى هاته الإجراءات، إن الصياغة توحى بكون الحضور للمعاينة يتعين أن يكون بصفة
خصية لطرفي العقد وبالتالي لا يمكن قبول حضور الوكلاء وما شابههم.

3-الالتزام بتحمل مصاريف الإصلاحات الواردة على العناصر التي يرتكز عليها كيان
صلاية العقار وكذا جميع العناصر المكونة له أو الملازمة له ومثل هذه الإصلاحات لا يمكن
محكمة أن تحددها ويبقى لأهل الخبرة من متخصصين في مجال البناء إعانة المحكمة على
ك.

4-الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي متى توفرت شروطه، وهذا الالتزام متوقف على
حق الخيار الممنوح للمكثري التملك ورغبته في إبرام العقد النهائي من عدمه، ومتوقف كذلك
على احترام هذا المكثري لالتزاماته التعاقدية وبالتالي يتعين توضيح هذين الشرطين بالنظر
لأهميتهما:

الشرط الأول : حق الخيار الممنوح للمكثري التملك

خلافًا للقواعد العامة الواردة بقانون الالتزامات والعقود، فإن القانون موضوع الدراسة
أعطى للمكثري حق الخيار بين إبرام العقد النهائي من عدمه وهذا ما نصت عليه المادتين
الثانية والخامسة عشر.

وبالرجوع إلى هذين الفصلين يمكن القول أن حق الخيار هو حق ممنوح للمكثري
ومعناه أنه عبارة عن الأجل المتفق عليه مسبقا بين طرفي العقد بخصوص إبداء المكثري

الالتزامات المنصوص عليها في ق ل ع : نجد أن المادة 13 من القانون موضوع
رأسة أبحاث بالنسبة للبائع على الواجبات المتعلقة بالتسليم والضمانة على قانون الالتزامات
عقود وبصفة خاصة المتعلقة بعقد الكراء خاصة الفصول من 625 إلى 662 من ق ل ع
لرجوع إلى المادة 635 نجدها تنص على ما يلي :

"يتحمل المكري بالتزامين أساسيين: أولا : الالتزام بتسليم الشيء المكثري للمكثري.
انيا: الالتزام بالضمان".

وجاءت باقي الفصول لتوضيح هذين الالتزامين.

الالتزامات الخاصة والمنصوص عليها في قانون 51 والمتمثلة في:

1- الالتزام باحترام حق الأفضلية الممنوح للمكثري المتملك، وهذا الحق هو حق
ني نصت عليه المادة 11 وبالتالي فيمكن المطالبة به حتى ولو لم ينص عليه العقد المبرم
الطرفين ويتم إقرار هذا الحق اتجاه الدائنين غير المرتهنين ذلك أن الدائن المرتهن له حق
تياز على المكثري المتملك.

2- الالتزام بمعاينة العقار بحضور المكثري المتملك أثناء إبرام العقد ومعاينة أخرى
حالة الفسخ، وهذا الالتزام نصت عليه المادة 12 من القانون - موضوع الدراسة- ولعل
ب في ذلك يعود إلى ضرورة الحفاظ على حقوق الطرفين معا فيما يمكن أن ينشأ من
بي شخصية الهدف منها مطالبة البائع بالأضرار اللاحقة بالمحل.

ولكن يثار تساؤل في حالة عدم قيام أحد الطرفين لأي سبب من الأسباب أو امتناعه
تنفيذ تلك الالتزامات، فما هو الحل هنا؟ نجد أن القانون تطلب توجيه إنذار للطرف المخل
ع هذا الإنذار لمدة ثمانية أيام بدون جدوى يجعل المعاينة تتم من طرف خبير تعينه المحكمة
على طلب صاحب الحق ويتحمل الطرف المخل دفع المصاريف، وإن كان القانون لم يحدد

بدوى، يمكن للمكثري المتملك الذي أدى ثمن البيع كاملا للجوء إلى المحكمة لطلب إبرام عقد بيع النهائي".

ويعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان القانون طبقا للقواعد العامة اعتبر فسخ العقد كجزاء عن عدم احترام الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها، فإن القانون موضوع الدراسة شرع أحكاما ناصة بالفسخ.

خامسا: فسخ عقد الإيجار المفضي إلى التملك

يتعين التوضيح أولا أن الفسخ كجزاء قانوني يختلف ما إذا كان سبب الفسخ يعود لمكثري المتملك أو يعود للبائع.

1- في الحالة التي يعود فيها الفسخ للمكثري المتملك أو ذوى حقوقه:

ففي هذه الحالة يبقى للمكثري المتملك الحق في استرداد جزء من المبالغ المدفوعة فرض اقتناء العقار (وليس المبالغ المدفوعة مقابل الانتفاع من العقار) مع خصم تعويض فائدة البائع بقيمة 10% من هذه المبالغ.

ولحماية البائع من تملص المكثري المتملك من التزاماته أعطى المشرع حق فسخ عقد لرئيس المحكمة بوصفه قاضيا للمستعجلات كما أعطاه الاختصاص لإفراغه باعتباره حثلا للعقار بدون سند أو قانون وكذلك التشطيب على التقيد الاحتياطي إذا كان العقار محفظا يظل المكثري المتملك ملزما بأداء المبالغ المستحقة مع تعويض قدره 10% من هذه المبالغ. لا حاجة للتذكير أن الحكم الصادر في إطار القضاء الاستعجالي من مميزاته أنه مشمول بالتنفيذ المعجل.

البيان الختامي لليوم الدراسي

أكد المشاركون في نهاية هذا اليوم الدراسي على أهمية اختيار موضوع 'تظهير
امات والعقود : واقع التطبيق وحتمية المراجعة" كمحل لأشغاله مؤكدين أن هذا التظهير
ب. بالفعل وبقفة تأمل ومراجعة بغية مواكبة أحكامه لمقتضيات التطور ولجديد متطلبات
ر. ولذلك عملت لجنة صياغة مقترحات التعديل المنبثقة عن هذا اليوم الدراسي* على
ع وتقديم التوصيات والمقترحات الآتية:

✓ حذف النصوص التي أصبحت ملغاة بحكم أنها أصبحت منظمة بشكل خاص.

✓ إدخال تعديلات على تظهير الالتزامات والعقود بشكل يجعله مواكبا للتقنيات

الحديثة خاصة في مجال: التعاقد، الإثبات...

✓ إلحاق النصوص الشكلية بالمسطرة المدنية وخاصة تلك التي تتعلق ب:

التقادم (بغض النظر عن الخلاف حول كونه دفع شكلي أو موضوعي)،

الإثبات، حجية الأمر المقضي به (الفصل 451 من تظهير الالتزامات

والعقود).

✓ فصل موضوع الاستهلاك عن القواعد العامة لتظهير الالتزامات والعقود،

وذلك بإصدار مدونة خاصة بالاستهلاك.

نت لجنة صياغة مقترحات التعديل من:

وزيان : رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص - باحث جامعي - صف الدكتوراه

بوحدّة التكوين والبحث في العقود والعقار.

سعيد : باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدّة التكوين والبحث في العقود والعقار.

مراج : نائب رئيس منتدى طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص - منتدب قضائي إقليمي بمحكمة

الاستئناف بوحدّة - باحث جامعي - صف الدكتوراه بوحدّة التكوين والبحث في العقود
والعقار.

حميدي : باحث جامعي - صف السلك الثالث بوحدّة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار.

- ✓ تجاوز الفصل 228 من ظهير الالتزامات والعقود الذي يقر نسبية آثار العقد، فقانون الشغل وانطلاقاً من طابعه الحمائي خرج عن هذا المبدأ بالنسبة لآثار الاتفاقية الجماعية التي تلزم غير أطرافها الأصليين.
- ✓ الفصل 754 المتعلق بأثر تغير المشغل على عقد الشغل لم تعد له أهمية في الشريعة العامة اعتباراً لوجود نص خاص مطابق له في مدونة الشغل ألا وهو المادة 19.
- ✓ المطالبة بإلغاء مضمون الفصل 723 الذي استعمل فيه المشرع عبارة إجارة الخدمة باعتبار أن ذلك يقلل من عمل وكرامة الأجير.
- ✓ الفصل 264 المتعلق بالتعويض الاتفاقي رغم التعديل الذي لحقه، فإنه مازال يحتاج إلى تدخل تشريعي لتعزيز المراقبة القضائية عليه، ومنح هذه الأخيرة سلطة إلغائه عندما يتضمن إكراها اقتصادياً في مجال العلاقات المهنية.
- ✓ تضمين ظهير الالتزامات والعقود فصلاً لإحالة القضاء إلى مصدر للقاعدة التي قد يستخرجها في حال خلو التشريع.
- ✓ التدقيق في كيفية تطبيق الفصل 406 من ظهير الالتزامات والعقود.
- ✓ اعتبار القواعد العامة المنظمة لعيوب الرضا وكذا الشروط التعسفية غير صالحة لمسايرة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها العالم.
- ✓ محاولة تلطيف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين – أي القوة الملزمة للعقد – لأن العقد لا يبقى دائماً منيعاً بالصورة التقليدية المتعارف عليها، لأن العلاقات التعاقدية أصبحت تتجاوز النظرة الضيقة للعقود والالتزامات لتمتد وتشمل التكافل والتضامن الاجتماعي، بل إن تدخل المشرع من خلال وضعه للعديد من القيود على مبدأ سلطان الإرادة هو تعطيل للحرية التعاقدية والتي أدت

إلى جعل الطرف القوي من الناحية الاقتصادية هو الذي يتحكم في شروط العقد.

- ✓ مراجعة الفصول 443 و444 من ظهير الالتزامات والعقود.
- ✓ تعديل الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود والقول صراحة بإخضاع بيع العقار غير المحفظ إلى مقتضياته.
- ✓ المطالبة بتوحيد الاجتهاد القضائي على مستوى المجلس الأعلى، مع ضرورة تفعيل مؤسسة "الغرف المجتمعة" لتفادي التناقض بين الاجتهادات المدنية لمختلف غرف المجلس الأعلى في القضايا ذات الموضوع الواحد.
- ✓ إلغاء الفصل 693 من ظهير الالتزامات والعقود.
- ✓ الدعوة الشمولية إلى التعديل لأن الظروف والملابسات التاريخية التي أملت وضع ظهير الالتزامات والعقود لم تعد قائمة.
- ✓ تضمنت المقترحات أيضا من وجهة نظر خاصة الدعوة للمحافظة على وسائل الإثبات المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود مبدئيا مع إدخال بعض التعديلات من حيث تبويبها مباشرة بعد مصادر الالتزام والتنقيص على وسائل الإثبات الحديثة التي أملتها العولمة سيرا مع الركب الحضاري والاقتصادي.
- ✓ الاستعانة بقواعد فقهية وقضائية مقارنة وإعطاء القضاء المغربي هامشا أوسع فيما أصبح متجاوزا في ظهير الالتزامات والعقود المغربي - علما بأنه ليس كل ما تضمنه هذا الظهير تجاوزه العصر بل المطلوب حذفه هو ما لم يعد يساير التطور المذكور - والتنقيص على ذلك في مادة قانونية كالإحالة الواردة في مدونة الأسرة.

✓ التصفية القضائية للشركات مناطها الطبيعة القانونية ونوعية الشركة، لذا فإن ظهور الالتزامات والعقود في هذا الشأن لا يمكن الجزم انه أصبح متعارضا مع النصوص الجديدة المتعلقة بالشركات، وعليه، وجب الأخذ بعين الاعتبار لما ذكر أعلاه في هذا الموضوع الشركات المدنية الصرفة.

✓ اعتبار الفصل 404 من ظهور الالتزامات والعقود واردا على سبيل المثال وليس الحصر، وأيضا نصا غير ذي دلالة قطعية وذي حيز في المستقبل من الزمان بحيث يستوعب التطورات المعاصرة على مستوى الإثبات بمبادرة قضائية.

- تم تجميع هذه المقترحات بعد تنقيحها والإدلاء بها في إطار أشغال اليوم الدراسي من لدن

من الطلبة الباحثين على مستوى دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه ب :

وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق بوجدة .

وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن بكلية الحقوق بوجدة.

وحدة التكوين والبحث في المنازعات ذات الصبغة الاقتصادية بكلية الحقوق بوجدة.

وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق بوجدة.

السادة:

الدكتور إدريس الفاخوري : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.

الدكتورة دنيا مباركة : رئيسة شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بوجدة.

الدكتور عبد العزيز حضري : أستاذ التعليم العالي بوجدة.

الدكتور سعيد الروبيو : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.

الأستاذ جمال الطاهري : أستاذ التعليم بكلية المتعددة التخصصات بالناظور

— شعبة القانون الخاص —

- دكتور عبد الواحد حمدواي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.
- أستاذ المصطفى بوزيان : نائب الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف بوجدة.
- أستاذ حسن مجيد : رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة الاستئناف بوجدة.
- أستاذ محمد برحيلي : مستشار لدى محكمة الاستئناف بوجدة.
- أستاذ عدي وردا : رئيس الغرفة المدنية لدى محكمة الاستئناف بالحسيمة.
- أستاذ يوسف وهابي : محامي بهيئة الجديدة / مدير مجلة الملف.
- أستاذة سهام الفاخوري : محامية بهيئة وجدة.
- أستاذ إلياس بوطيبي : نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية ببركان.
- أستاذ الجيلالي بوحبص : قاضي بالمحكمة الابتدائية بالرباط.
- أستاذ عمرو قريوح : قاضي بالمحكمة التجارية بوجدة.
- أستاذ المصطفى الكيلة : مفتش إقليمي بمصلحة النزاعات الإدارية والقضائية بمديرية الأملاك المخزنية بالرباط.

مجلة المحقوق

مجلة مغربية قانونية تصدر كل نصف سنة

تبعث المساهمات بجميع اللغات : العربية – الفرنسية – الإنجليزية
وذلك على العنوان الإلكتروني التالي:

Ouziane111@hotmail.com

أو يتم الاتصال بالرقم الهاتفي التالي:

070 – 43 – 31 – 42