

محتويات العدد :

كلمة العدد امحمد برادة غزبول

المحور الأول : أبحاث و دراسات

\* العولمة بين المنظور الغربي والاسلامي

\* مستجدات مدونة الأسرة دراسة لبعض الحالات الخاصة.

\* الرهن الإجباري المخول للزوجة على أملاك زوجها بين قانون التحفيظ العقاري ومدونة الأسرة الجديدة.

\* **La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain**

واقع و آفاق السياسة الجنائية في مجال الأسرة.

\* استقرار العلاقات الاجتماعية عامل مهم في تحقيق التنمية

\* تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن إثبات عقد كراء

\* إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء

المحور الثاني : العمل القضائي

-قواعد مستخرجة من قرارات المجلس الأعلى في المادة الاجتماعية

المحور الثالث: قراءة في كتاب

المحور الرابع: رسائل جامعية

المحور الخامس: أخبار

\* ندوة بمناسبة الذكرى الخمسينية على تأسيس المجلس الأعلى

\* زيارة السيد الرئيس الأول لمحكمة

الاستئناف بفاس لجمهورية اليمن

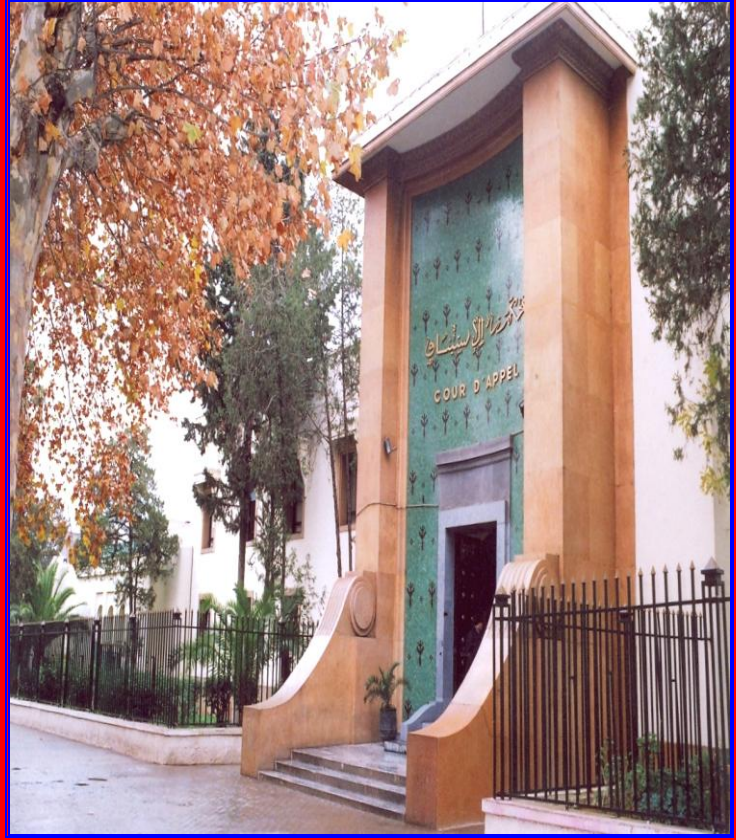
\* توأمة محكمة الاستئناف بناسي و محكمة الاستئناف بفاس

المحور السادس: تشريعات

\* قانون الارهاب

# المجلة الالكترونية لنظرات

## محاكم فاس



مجلة يصدرها قضاة محاكم فاس

العدد الخامس أكتوبر 2007

المجلة الالكترونية لندوات  
محاكم فاس  
مجلة فصلية للدراسات و الابحاث  
الصادرة عن السادة القضاة و الباحثين  
في المادة القانونية  
هاتف /فاكس : 035.62.43.12  
العنوان الالكتروني : courappelfes@yahoo.fr

توجه جميع المقالات الى المدير المسؤول عن المجلة على العنوان  
التالي:  
المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس  
محكمة الاستئناف بفاس  
أو على البريد الالكتروني : courappelfes@yahoo.fr

جميع الاراء التي تتضمنها المقالات المنشورة بهذه المجلة تعبر عن  
وجهة نظر كاتبها و لا تعبر عن رأي المجلة

المرجو من السادة القضاة و الباحثين الذين يرغبون في نشر مقالاتهم  
بهذه المجلة أن يبعثوها مكتوبة بجهاز الحاسوب على قرص مرن أو  
مضغوط

ندوات محاكم فاس  
مجلة يصدرها قضاة محاكم فاس

العدد الخامس  
أكتوبر 2007

المدير المسؤول  
السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بفاس

# محتويات العدد

كلمة العدد.....امحمد برادة غزيول رئيس محكمة الاستئناف بفاس

## المحور الأول : أبحاث و دراسات

\* العولمة بين المنظور الغربي والاسلامي..... ذ. امحمد برادة غزيول رئيس محكمة الاستئناف بفاس  
\* مستجدات مدونة الأسرة دراسة لبعض الحالات الخاصة.. ذ. عبد السلام زوير رئيس قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببولمان.....

\* الرهن الإجباري المخول للزوجة على أملاك زوجها بين قانون التحفيظ العقاري ومدونة الأسرة الجديدة ذة. أمينة ناعمي قاضية لدى ابتدائية صفرو.....

## \* La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain

Mustapha ZERROUKI Juge au affaires familiales au tribunal de première instance de Fés

\* واقع و آفاق السياسة الجنائية في مجال الأسرة  
ذ عبد المنعم الأزمي الإدريسي  
قاض بالمحكمة الابتدائية بتاونات مركز غفسي

\* استقرار العلاقات الاجتماعية عامل مهم في تحقيق التنمية ذ محمد العمري قاض بابتدائية فاس.....  
\* تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن إثبات عقد كراء ذ. العشابي قاض بالمحكمة الابتدائية بفاس

\* إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء ذ.الهنيني محمد قاض ملحق بوزارة العدل -مديرية الشؤون المدنية-.....

## المحور الثاني : العمل القضائي

-قواعد مستخرجة من قرارات المجلس الاعلى في المادة الاجتماعية

## المحور الثالث: قراءة في كتاب

## المحور الرابع: رسائل جامعية

ملخص أطروحة لنيل الدكتوراه نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء بتاريخ 2007/04/21

تحت إشراف الدكتور محمد الكشور في موضوع "الشرط في القانون المدني المغربي" الأستاذة

أمينة ناعمي :قاضية لدى ابتدائية صفرو

## المحور الخامس: أخبار

\* ندوة بمناسبة الذكرى الخمسينية على تأسيس المجلس الأعلى

\* زيارة السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بفاس لجمهورية اليمن

\* توأمة محكمة الاستئناف بنانسي و محكمة الاستئناف بفاس

## المحور السادس: تشريعات

• قانون الارهاب

امحمد برادة غزيول

الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بفاس

يطيب للمجلة الرقمية لمحاكم فاس أن تضع بين أيدي قرائها الكرام إصدارها الجديد – العدد الخامس من السنة الثانية – والذي يتضمن بين دفتيه مجموعة من الأبحاث القانونية المتنوعة والهادفة، والتي بلغت سبعة أبحاث بأقلام شابة تناولت موضوعات متفرقة إضافة إلى تغطية للندوة الأولى التي نظمها المجلس الأعلى بمناسبة مرور خمسين سنة على تأسيسه وقراءه، كتاب جماعي صدر عن قضاة الدائرة الإستئنافية بمدينة فاس بتقديم للسيد وزير العدل .

كما يتضمن العدد قواعد مستخرجة من الإجتهدات القضائية . في المادة الاجتماعية ،ومجموعة من الأخبار القضائية المحلية .

وسيلحظ القاريء الكريم أن المجلة تعمل على اتباع الجدية والموضوعية لتحافظ على مستواها الفكري الراقى من خلال نشرها لأبحاث ودراسات ومقالات تناقش بعمق وموضوعية وصراحة القضايا القانونية المستجدة والتي تشغل بال الباحثين والممارسين في الحقل القضائي والقانوني . وأن المجلة الإلكترونية لندوات محاكم فاس مساهمة منها في دفع عجلة التطور القانوني البناء بما يلبي المتطلبات المستجدة للقاريء وبما يساير التطورات السريعة والعميقة التي يعرفها عصر العولمة لحريصة كل الحرص على دعم الأقلام الشابة والتي أبانت عن كفاءة ومستوى رفيع – بحثا وعرضا وتحليلا – لتوفرها على قوة الدفع الحقيقية لعملية تجديد وتطوير الفكر القانوني ببلادنا . ونؤكد لقراء المجلة أننا سنظل على العهد معهم حتى تبقى منارة للفكر المستنير ومصدرا للبحث العلمي الرصين ومنبرا للحوار الحر وملتقى لتقريب المفاهيم وصهر الأفكار وتفاعل الرؤى . كما نغتم صدور هذا العدد الجديد من المجلة لننوه بمجهودات كل الفعاليات التي ساهمت معنا في إصدار هذه المجلة في شكلها الجديد فإليكم جميعا شكر المستفيد وإهداء المفيد .

والسلام عليكم ورحمة الله .

# المحور الأول : أبحاث ودراسات

# العولمة بين المنظور الغربي والإسلامي

## عرض: امحمد برادة غز يول

يحظى موضوع العولمة باهتمام كبير على المستوى الأكاديمي، ومن طرف أجهزة الإعلام والرأي العام ومختلف التيارات السياسية والمحافل الدولية والهيئات والمنظمات الرسمية، على اختلاف تخصصاتها ومشاربها وطنيا ودوليا، فلا يخلو لقاء ثقافي اقتصادي، أو علمي أو سياسي أو اجتماعي من الحديث عن العولمة أو الكونية أو الأمركة، بمناسبة أو بدونها، وذلك من اجل تدعيم طرح ما، أو دحض فكرة، أو تبرير أو تفسير قرار صعب ويتجلى ذلك من خلال عدد اللقاءات التي طرحت فيها فكرة العولمة، فقد نشرت العديد من الأبحاث في الأدبيات التي تتحدث عن هذا الموضوع لدرجة أن جريدة Le monde نشرت خلال شهر فبراير 97، ملحقا خاصا عن العولمة، وأطلقت على سنة 1997 عام العولمة.

ولعل هذه العناية من طرف الباحثين والمهتمين بهذا الموضوع يرجع لخطاب العولمة الملتبس، الذي يحاول من جهة جعل سكان الكون المتنامي الأطراف والمتعدد الهويات واللغات والأديان والثقافة، ينصهرون في قالب واحد تتمحي معه كل الفوارق، بحيث يصبح سكان هذا الكون ا شبه بسكان القرية الكونية، في حين أثبتت الممارسة من جهة أخرى، أن هناك تباينا بين خطاب العولمة وواقع الأمر، وهو ما أدى الى تضارب آراء الباحثين والمهتمين، بين مطالب بالأخذ بها والانفتاح عليها والتفاعل معها، باعتبارها الوسيلة الوحيدة لمواكبة قاطرة التقدم. وبين معارضين لها منادين بالقطيعة التامة معها اعتمادا على ما أفرزته من تناقض بين الخطاب والواقع المعاش.

وانبرى فريق ثالث نادى بالأخذ بالعولمة مع الحذر التام، لكونها قدر لا مرد له. ووقف العلماء المسلمون يتأملون هذه الظاهرة ولم تتناولها الأدبيات الإسلامية بما تستحقه من عناية رغم وجود كل الدلائل على أن الإسلام كدين وكفكر وتوجه يحمل ما ينبغي أن يكون عليه العالم وما ننتظره جميعا من العولمة في حقيقتها.

وهكذا سنتناول في هذه الدراسة تعريف العولمة وعوامل تعميقها كمدخل عام، ثم سنقسم

الموضوع الى قسمين:

**القسم الأول :** سنتناول فيه المنظور الغربي للعولمة حيث سنتعرف على مواقف كل من المتحمسين لها والمعارضين لها والمعتدلين الذين ينادون بالأخذ منها بحذر.

**أما القسم الثاني** من هذه الدراسة فنخصصه للمنظور الإسلامي للعولمة على ضوء ما جاء به القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة.

### تعريف العولمة:

لم يستطع أي واحد من رجال السياسة والاقتصاد وعلم الاجتماع الخ... وضع تعريف واضح لمصطلح العولمة نظرا لكونها تهم كل المجالات الحياتية الشيء الذي يطرح صعوبة في تعريفها.

وهكذا فقد عرفها معجم wiberls بأنها اكتساب الشيء طابع العالمية وبخاصة جعل نطاق الشيء أو تطبيقه عالميا (1). وهذا التعريف الذي أورده هذا المعجم يعتبر بعيدا كل البعد عن دلالة اللفظ والمقصود منه اعتمادا على ما هو متعارف عليها اليوم.

أما تعريفها اقتصاديا فيعني "استقطاب النشاط السياسي والاقتصادي في العالم حول إرادة مركز واحد من مراكز القوة في العالم " .

وعلى مستوى الترجمة فإن مصطلح " La globalisation " الإنجليزية و "La mondialisation" الفرنسية تمت ترجمتها الى العولمة. وترجمتها البعض الآخر بالكونية أو الكوكبية. إلا أن مصطلح العولمة هو الراجع في الاستعمال.

ويشير مصطلح العولمة أو الكونية على غرار مجموعة من المصطلحات التي أصبحت متداولة الكثير من التساؤلات والإشكاليات بين الباحثين والمهتمين على اعتبار أن مفهوم العولمة ما زال مفهوما هشاملا في أغلب المجالات التي وظف فيها هذا المصطلح، ( لأنها مجرد إرادة تتجه للتحقيق الفعلي أو أفق قادم حتى يتبلور بوثيرة سريعة ومطالبة ملحة بهذا التحقيق، وليس فعلا حاصل) فهي بذلك مجرد مشروع لم يكتمل بعد بنيانه، وهو ما قد يشكل خلطا لدى بعض المتعاملين مع هذا المصطلح وجعل ( بعض النقاد والمبدعين المحللين الاجتماعيين يذهبون مذاهب مختلفة في فهمها وتعريفها وتفسيرها



ولذلك تأتي أحكامهم أحيانا غامضة ومتباعدة بسبب غموض منطلقاتهم واختلاف هذه المنطلقات حتى أصبح الباحثون في هذا الموضوع والمتحدثون عنه يتساءلون هل من الأفضل أن تترك هذه الألفاظ والمصطلحات وأمثالها تحديد ربما لأنها بطبيعتها غير قابلة للتحديد وأن يتحدث عن بعض مظاهرها ونتائجها وعلاقاتها بغيرها اعتمادا على وجود قدر مشترك من الفهم بين المتحدثين عن هذه الألفاظ والمصطلحات يتيح توصيل الآراء والتحليلات إلى الآخرين مهما اختلفوا في التفاصيل والفروع(2).

ومن بين التعاريف التي أعطيت للعولمة أو الكونية ما قاله عنها

"MARTIN WALTER" من أنها عملية اجتماعية تتوارى فيها القيود والحواجز الجغرافية والأوضاع الثقافية والاجتماعية وبالتالي فإن الظاهرة لن تحدث بصورة مطلقة مرة واحدة ولكن سوف يتدرج حدوثها من المشاكل التي أخذت صفة العالمية).

يعرفها محمد عابد الجابري بأنها ( ما بعد الاستعمار، باعتبار أن آل-ما بعد - في مثل هذه التعبيرات لا يعني القطيعة مع آل-ما قبل- بل يعني الاستمرار فيه بصورة جديدة )  
3.

كما يعرفها أيضا نفس الباحث المغربي بأنها ( ليست مجرد آلية من آليات التطور الرأسمالي بل هي أيضا وبالدرجة الأولى إيديولوجيا تعكس إرادة الهيمنة على العالم)4.

ويعتبرها صادق جلال العظم بأنها ( حقبة التحول الرأسمالي العميق للإنسانية جمعاء في ظل هيمنة دول المركز وقيادتها وتحت سيطرتها وفي ظل سيادة نظام عالمي للتبادل غير المتكافئ)5.

أما الباحث "على حرب" فيرى أننا ( إزاء حدث هو من الغنى والكثافة والتعقيد ما يجعله ينفتح على غير معنى واتجاه، ويفتح غير مكان ومجال، بقدر ما يطلق قوى اجتماعية جديدة أو يتيح انبثاق تشكيلات ثقافية مغايرة. والواقع أن من يتابع ما يكتب أو يقال حول العولمة سواء في الصحافة أو في الندوات الفكرية، يجد تعارضا في المواقف هو تجسيد للاختلاف في القراءة والتشخيص)6.

وقد حاول الدكتور محمد عابد الجابري وضع مقاربة للعولمة معتبرا بأنها ( نظام أو نسق ذو أبعاد تتجاوز دائرة الاقتصاد وأنها نظام عالمي يشمل المال والتسويق والمبادلات

والاتصال كما يشمل أيضا مجال السياسة والفكر والإيديولوجيا(7).

أما الدكتور صبري إسماعيل فيرى ( أن العولمة ظاهرة تتداخل فيها أمور الاقتصاد والسياسة والثقافة والاجتماع والسلوك يكون الانتماء فيها للعالم كله عبر الحدود السياسية الدولية وتحدث فيها تحولات على مختلف الصعد تؤثر على حياة الإنسان في كوكب الأرض أينما كان. ويسهم في صنع هذه التحولات ظهور فعاليات جديدة هي الشركات متعددة الجنسيات "tnc's" التي تتسم بالضخامة وتنوع الأنشطة والانتشار الجغرافي والاعتماد على المدخرات العالمية وتعبئة الكفاءات من مختلف الجنسيات وتبرز بفعل هذه التحولات قضايا لها صفة " العالمية " مثل قضية الممتلكات العامة البشرية من بحار وفضاء وقارة قطبية جنوبية وقضية صيانة البيئة وتحركات سكان الأرض وقضية الفقر في العالم وقضية الجريمة المنظمة كما تثور تساؤلات لها صفة العالمية حول دور الدولة في ظل هذه التحولات ودور الجماعات الأهلية في أوطانها ودور المنظمات الأهلية متعددة الجنسيات التي قامت مؤخرا في إطار العولمة في الغرب خاصة فضلا عن دور منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة المنبثقة عنها) 8.

والحقيقة أن كل التعاريف التي أعطيت للعولمة تعتبر صالحة لان كل واحد منها يلامس الواقع في أحد جوانبه لأنها واقعة مركبة ومعقدة وتنطبق عليها كل المواصفات التي أشرنا إليها سابقا .

وهكذا يتجلى أن العولمة هي مولود جديد جاء نتيجة تلاحق ظاهرتين اثنتين سبقتها: ظاهرة التدويل " internationalisation " وظاهرة تعدد الجنسيات " mutinationalisation " وفي هذا السياق يرى Perla, R بان ( العولمة هي مجموع المراحل التي تمكن من إنتاج وتوزيع واستهلاك السلع والخدمات:

- لفائدة أسواق عالمية " أو ستنظم " وفق مقاييس ومعايير عالمية من طرف منظمات ولدت أو تعمل على أساس قواعد عالمية بثقافة تنظيم منفتحة على العالم وتخضع لاستراتيجية عالمية من الصعب تحديد فضائها " القانوني والاقتصادي والتكنولوجي " بحكم تعدد ترابطات وتدخلات عناصرها في مختلف العمليات "الإنتاجية" قبل الإنتاج وحتى بعده)9.

- ومواكبة لهذه العولمة الاقتصادية والمؤسسات الإنتاجية عرف العالم عولمة الرموز والمؤسسات التي تنتج هذه الآلات في مجال الإعلاميات والاتصالات السمعية

البصرية حيث أصبح ( إرسال المعطيات بسرعة الضوء 300000 كيلومتر في الساعة ورقمته النصوص والصورة والصوت والالتجاء لأقمار الاتصالات وثورة الهاتف وتعميم المعلومات في قطاعات إنتاج السلع والخدمات وتصغير الحواسيب وربطها داخل شبكات قد مكنت من خلق انقلاب في نظام العالم)10.

- فعولمة راس المال كما يقول "ريكاروبتريلا" (سارعت وتيرة تدويل الاستثمارات والقطاع الإنتاجي موازاة مع تداخل التيارات التجارية عبر الجهات العالمية الكبرى وقد مكن هذا التداخل بدوره -عبر التنمية الخارجية- من تحفيز عولمة المؤسسات والاستراتيجيات والأسواق من استثمارات مباشرة بالخارج ونقل الصناعات وتحالفات واختصاصات الخ... وهكذا فكل مجموعة صناعية ومالية مهمة تتبع استراتيجية في كل جهات العالم وخصوصا بأمريكا الشمالية وأوروبا الغربية وشرق وكذا جنوب شرق آسيا)11.

- ويقاسم نفس الرأي الصحفي المغربي يحيى اليحياوي عندما اعتبر (الغازين الجدد " ذوو قدرات مالية هائلة يتصرفون بفضلها في تخصيص وتوزيع الموارد العالمية يحددون القيم والرهانات والأولويات " ويفبركون " على مزاجهم قواعد اللعبة: " أسيااد العالم هم اليوم قلة تتمثل في بضعة مئات أشخاص رؤساء وأعضاء لجن تسيير لمؤسسات قليلة العدد تعمل في ميادين الإلكترونيات والمعلومات والاتصالات والبرامج والسمعي-البصري والصحافة والنشر والتوزيع ربعمهم متمركز في اروبا ومثيل له في آسيا والباقي في أمريكا. وعلى اعتبار التحالفات التي يبرمونها بينهم يمكن القول أن عشرة شبكات عالمية متداخلة وضخمة فقط هي التي تسيير الاقتصاد وترسم معالمه المستقبلية على أساس أنه قليلة هي المؤسسات التي تستطيع لوحدها فرض منطقتها وسلطتها على السوق العالمي بل حتى مفهوم الأقطاب لم يعد ذو قوة تفسيرية ذات بال فقد انصرف عنه لصالح مصطلح شبكات التحالفات المتعددة الأقطاب لم يعد السوق العالمي في ظل العولمة مجرد فضاء مادي تتم من خلاله العمليات التجارية والمالية كما عهدناه في مرحلتي التدويل وتعدد الجنسية بل أصبح ملتقى إعلاميا كوكبيا يتم في إطاره تبادل المعطيات والتحكيمات المالية على حساب الاقتصاد الواقعي أو المادي " réelle économie ". وخرجت من صلبه مافيا نشيطة ذات خبرة واسعة في مجال المضاربات المالية (وحتى العقارية) واندرجت مفاهيم المنافسة الحرة وقيم الشفافية لصالح الممارسات الاحتكارية وثقافة الارتشاء والتهرب من الضرائب. والعولمة التي صنعتها وكرستها وسايرتها تكنولوجيا الإعلام

والاتصال( من بين عوامل أخرى) لم تسحب السجاد من تحت إقدام مفاهيم القومية ( بمعنى القطرية) والسوق الوطني والحدود الجغرافية فحسب بل سحبته أيضا من تحت أقدام الدولة ( أو الدولة/ الأمة) بتشريعاتها ومعاييرها ونظم تسييرها فتحوّلت الدولة الى مجرد متفرج على قرارات تتخذ داخلها من طرف شبكات المال والأعمال العالمية النشاط فأفرغت بذلك من دورها كفاعل رئيسي في عملية تحديد السياسة الاقتصادية وحتى من سلطتها الجبائية على الموارد " المارة " عبر كيانها الجغرافي(12).

ومن خلال التعريفات التي سقناها يتضح أن العولمة واقع يتميز بتزايد الارتباط والاعتماد المتبادل بين المجتمعات البشرية في المجالات الاقتصادية والثقافية والسياسية والإعلامية وغيرها من المجالات ساهمت في ترسيخها كتوجه عالمي الثورة التكنولوجية في مجال المعلومات والتواصل التي منحت للبشرية فرصا وفوائد كبيرة لكنها في نفس الوقت تتضمن أخطارا لا يستهان بها خصوصا إذا لم يتم التعامل معها بحذر.

لقد دق الأمين العام السابق للأمم المتحدة ناقوس الخطر في إحدى محاضراته معلنا " أننا نعيش في غمرة ثورة شملت المعمورة بأجمعه مضيئا بأن كوكبنا يخضع لضغط تفرزه قوتان عظيمتان متضادتان/ انهما العولمة والتفكك . "

والواقع الذي ينبغي أن نؤمن به هو أن ( العولمة أصبحت ظاهرة معاشة تعبر عن تكتل العالم وتثير أخطر قضايا الساعة كالتشغيل وحدة المسالة الاجتماعية وبعض الجوانب من حقوق الإنسان. وإذا كانت قد توسعت فيها الاستفادة من حجم المبادلات والمواصلات فإن الهوة بين الفقر والغنى ربما تزداد عمقا واتساعا هي الأخرى. ولعل مفهوم العولمة قد ارتبط أساسا بالنمو السريع والكبير الذي عرفه الاقتصاد العالمي منذ أواخر السبعينات. كما أن الشركات المتعددة الجنسيات ساهمت في إشاعة هذا المفهوم لأنها كانت المستفيدة بالدرجة الأولى مما يسمى بالأنماط الشمولية التي تنطبق على مجمل الأبعاد سواء الاقتصادية أو المالية أو الثقافية أو الإنسانية وكذا على مستوى البنى سواء كانت وطنية أم جهوية أم عالمية. وبذلك فإن العولمة تكون ظاهرة ناتجة عن تعميم اقتصاد السوق حيث شكلت السوق النقدية منذ بداية السبعينات وبدأت مع عولمة التجارة في إطار " الغات " واستمرت مع المنظمة العالمية للتجارة. وفي نفس السياق استفاد الفاعلون الاقتصاديون من الإجراءات ذات التوجه الليبرالي بإدراكهم أن

ونستنتج مما ذكرناه أعلاه أن العولمة أصبحت متعددة الأبعاد ولم تبق منحصرة في المجال الاقتصادي بل امتدت الى المجال الثقافي بمختلف فروعها والى المجال القانوني والتواصلية والإعلامية. وحتى الإجرامي وفي هذا السياق يقول الدكتور بطرس غالي " ليست هناك عولمة واحدة بل ثمة عولمات عديدة فعلى سبيل المثال هناك عولمة في مجال المعلومات والمخدرات والأوبئة والبيئة وطبعا وقبل هذا وذلك في مجال المال أيضا. ومما يزيد الأمر تعقيدا أن العولمة قد صارت تتعاضد في المجالات المختلفة بسرعة متباينة " .

ويمكننا القول بأن العولمة الحقيقية التي ينبغي تبنيتها والدفاع عنها هي تلك التي تهدف جعل سكان العالم أشبه بسكان القرية الكونية. ولتحقيق هذا الهدف ينبغي أن يكون هناك وعي بين مختلف طبقات المجتمع المدني العالمي بقضايا هذا العالم في إطار شمولي وموحد يساهم في بنائها وبلورتها وقولبتها المجتمع العالمي بكامله لا أن ينفرد به قطب معين على حساب مصالح الآخرين أو فرض سيطرة جهة على أخرى. وأن يقوم زارعو نبتة العولمة والمدافعين عنها بتغيير لغتهم وخطاباتهم وحوارهم السياسي والأيديولوجي الاستراتيجي مع شعوب العالم وفتح أوامر جديدة للإخاء والتعاطف.

### عوامل تعميق العولمة :

العولمة باعتبارها واقع اقتصادي اجتماعي وتقني تعمق منذ نهاية الثمانينات بسبب مجموعة من العوامل نذكر منها :

- 1- تظافر مجموعة من الأحداث التي عملت على تغيير الخريطة السياسية والتجارية الدولية والتمثلة في انهيار الكتلة الشرقية بنموذجها السياسي والاقتصادي والقانوني وعلاقتها الدولية.
- 2- هيمنة أيديولوجية الليبرالية واقتصاد السوق والمؤسسات المالية والتجارية.
- 3- زيادة دمج الاقتصاديات الوطنية في الاقتصاد الدولي على أسس ليبرالية.
- 4- ظهور التكتلات الاقتصادية الدولية التي أصبح معها العالم ينتظم حول ثلاثة أقطاب: أولها أوروبا التي تعمل بوثيرة سريعة على بناء قارة جديدة " أوروبا القران الواحد والعشرين " وثانيها " أمريكا الشمالية " حيث يتشكل فضاء اقتصادي هائل قائم

على قاعدة التبادل الحر وثالثها " الفضاء الآسيوي الهادي " الذي برز فيه عمالقة جدد في الاقتصاد لعالمي ويقوم الآن ببناء سوق عملاقة تتكون من اليابان قائدة القاطرة ومن الصين باعتبارها طاقة اقتصادية صاعدة.

5- انخراط قوى عظمى في منظومة الليبرالية الاقتصادية رغم احتفاظها بنموذجها السياسي ونعني بها الصين الشعبية.

6- التطور السريع في تقنيات التواصل والإعلام ووسائل المواصلات.

7- نقل القواعد الليبرالية للدول الرأسمالية وتعميمها على مختلف الدول عبر المؤسسات الدولية ولاسيما المؤسسات المالية الدولية والمنظمة العالمية للتجارة التي حلت محلها لتقوم بضبط حركة وإيقاع التجارة العالمية وتشجيع الحرية التجارية وإزالة الحواجز الجمركية.

8- ظهور المنظمات الدولية والإقليمية حكومية وغير حكومية التي تعمل في أنشطة متعددة على نطاق لم يسبق للمجتمع الدولي أن شهده في أية مرحلة سابقة ولم تعد معها الدولة هي القوة الوحيدة التي تصدر القرارات في العلاقات الدولية، كما أن هذه المنظمات الدولية تهدف تخفيف التوترات وتعميق مجالات التعاون بين الدول وتنظيم شؤون المجتمع الدولي.

9- تشجيع تنقل الرساميل من بورصة مالية إلى أخرى خلال فترة وجيزة لا تتعدى الثانية وذلك في إطار البحث عن أحسن توظيف وأعلى نسبة من الربح . فقد ( أدت ثورة المعلومات والاتصالات من ناحية والحاجة إلى غزو الأسواق من ناحية أخرى إلى " ثورة مالية " لا تقل خطورة وأهمية عن الثورة الصناعية في مراحلها الأولى. فالإ جانب الثورة العينية من أراضي ومناجم ومصانع وبنية أساسية أصبحت الثورة المالية في شكل أسهم وسندات وأوراق مالية متعددة تمثل حقوقا ومطالبات على هذه الثروة العينية وتسهل من حركتها وانتقالها. وقد ساعد على ذلك وارتبط به تعدد الأوراق والأصول المالية فظهرت أشكال وتطورت الأشكال القائمة من خيارات أو حقوق أو رخص في عدد متزايد من المشتقات المالية وثورة المعلومات والاتصالات ساعدت في نقل هذه الأصول والثروات في لمح البصر دون أن تدركها عين أو تلاحظها يد رقيب. فأصول المالية تتداول الآن على مستوى العالم وهي تنتقل من مكان إلى آخر أو من عملة إلى أخرى في شكل ومضة كهربائية أو نبضة إلكترونية. وهكذا أدت هذه الثورة المالية الجديدة إلى تقريب أجزاء المعمورة قفزا على الحدود السياسية وتجاوزا للمكان واختصارا للزمن. ولكن السيولة العالية للاقتصاد العالمي

وهذا الإفراط في التداول المالي على حساب الثورة العينية وان أديا إلى درجة كبيرة من التقارب والاندماج فانهما قد ساعدا بالمقابل على زيادة حدة الاضطراب وعدم الاستقرار في الأسواق العالمية (10م).

10- تدويل المؤسسات أي أن المقابلة اليوم يمكنها أن تصنع جزءا من هذا المنتج أو ذاك في هذا البلد أو ذاك وجزءا آخر في بلد آخر وأجزاء أخرى في بلد آخر وهكذا دواليك ثم تقوم بتجميع هذه الأجزاء فيما بعد في منتج عالمي من أجل سوق هي نفسها عالمية.

11- ظهور الشركات المتعددة الجنسيات والعبارة للقارات كقوة اقتصادية رئيسية تمتلك قدرات تنظيمية ومادية وتقنية وإيديولوجية تؤهلها لإدارة العالم كوحدة مترابطة وتمهد لإلغاء دور الدولة. فهي قائمة في الأساس على فكرة تحويل العالم إلى سوق واحدة وتدويل المجتمع الإنساني والتخطيط المركزي للإنتاج والاستهلاك العالمي، وتهدف هذه الشركات العملاقة السيطرة الكاملة على النشاط الاقتصادي وتحويله إلى نشاط عالمي يتعدى حدود السلطة المحلية للدول. كما تتميز هذه الشركات بضخامتها وتنوع نشاطها وانتشارها الجغرافي.

## القسم الأول

### **المنظور الغربي للعولمة:**

سنتناول في هذا القسم المنظور الغربي للعولمة من خلال مختلف الآراء التي ناقشت هذا الموضوع ونادت بالزامية الانخراط في هذه المنظومة أو الابتعاد عنه ونادت بمحاربة هذا التوجه كما سنتناول أيضا موقف المعتدلين من العولمة.

#### 1- المتحمسون للعولمة

يرى المتحمسون للعولمة أنها (قدر لا مرد له، وأنها ستصيب أمم المعمور، التي لم يعد أمامها إلا الخضوع والاستسلام لها) 14. ولذلك يعتبرونها فرصة ينبغي أن لا تضيع، لأنها حسب رأي هؤلاء المفتاح السحري لكل قضايا البشر الذي سيتمكن من خلاله العالم من فتح بوابة القرن الواحد والعشرين المقبل، بثورته التكنولوجية والتواصلية على

مصراعيه وأنها جنة الأرض الموعودة، ويلوح أنصار العولمة بالتهديد بالدمار الشامل، في حالة عدم الانخراط في هذه المنظومة الكونية (لأنها سوف تقرر ليس مصير حضارة معينة، أو أمم محددة بل مصير البشرية كلها) 15. باعتبارها ( ظاهرة العصر وسيمته، وإن الوقوف في وجهها ومحاولة تجنبها، أو العزلة عنها إنما هو خروج على العصر وتخلف وراءه) 16. فخبراء الاقتصاد العلمي سواء منهم العاملون في منظمة التنمية التعاون الاقتصادي أو في البنك الدولي أو في صندوق النقد الدولي يشجعون الدول على المضي قدما في عملية التكامل على المستوى العالمي. ( فهؤلاء الخبراء يلحون على أن إزالة الحدود أمام السوق يعبد الطرق أمام العلم الثالث للخروج من مأزق الفقر والتخلف معتبرين أن العولمة تحسن من فرص البلدان النامية للحاق اقتصاديا بركب الدول الصناعية. (فمن خلال العولمة فقط سيكون بوسع ستة مليار مواطن في العالم المشاركة في تلك الانتصارات التي لم ينعم بها حتى الثمانينيات سوى ستمائة مليون في البلدان الصناعية القديمة لا غير) 17.

وإذا نظرنا إلى العولمة من زاوية أخرى، فإننا نجد المناصرين لها يؤكدون على ( أنها فرصة تاريخية لكسر طوق التخلف عن الدول النامية) 18.

ويركز الخطاب الأمريكي على القول: (بأن العولمة ليست مجرد خيار قابل للتبني والرفض، بل هي حتمية لا مناص عنها في توجه النظام العالمي الجديد. ولا خيار للعالم النامي غيرها آلا خيار بقائه محبوسا في تخلفه. ويضيف هذا الخطاب أن العولمة هي اقرب الطرق وأجداها لتحقيق الحداثة السياسية والاجتماعية والفكرية للعالم المتخلف وهي أنجع الوسائل لطبها بسرعة مراحل التنمية الشاملة لأنها وحدها الكفيلة بتأهيله اقتصاديا. وبالتالي فكريا واجتماعيا. بل يذهب الخطاب إلى قول أن تغيير العالم إلى أفضل مرهون بتطبيقها) 19.

لقد تبنى هذه الطموحات ودافع عنها بحماس كبير نخبة من المثقفين ( الذين كانوا إلى عهد قريب من غلاة الاشتراكيين الذين يستقطب الشباب في الجامعة من تلامذته للفكر الاشتراكي أو الماركسي ويدافع عنه في المؤتمرات الحزبية والجماهيرية فإذا به فجأة ينقلب إلى ليبرالي متحمس للبرالية والاندماج في السوق الرأسمالي العالمي والتبشير بالعولمة الجديدة ويشيد بشبكة الانترنت أو يقدمها كدليل على مصداقية العولمة ومظهرها الحداثي أو ما بعد الحداثة أو يتحول إلى محاضر نشيط عن العولمة داخل



بلاده وخارجها. فهذا الفريق الذي يدافع عن العولمة يضم صفوة النخبة الثقافية لدينا أو من يوصفون بذلك من أساتذة جامعيين وسياسيين وصحافيين في دول العالم الثالث والذين تستهدف العولمة الإبقاء على شعوبهم راسخة في أغلال الفقر والاستغلال والتبعية ومع ذلك يدافعون عنها بحرارة مطالبين شعوبهم بالاندماج فيها حتى لا يفوتهم قطارها والتأقلم مع ما يعتبرونه من شروطها ومتطلباتها من الانفتاح عليها والاستسلام لها وإطلاق حرية التجارة ورفع القدرة التنافسية وينسبون لها الفضل بتحقيق الأمل في الديمقراطية وترسيخ مبادئ حقوق الإنسان وحل أزمة البطالة والإسكان والقضاء على الفقر والتخلف وتحرير المرأة حتى أصبحت في نظرهم الدواء الشافي من كل (داء)20.

والواقع أن العولمة التي هي الآن في طور البناء ليست حتمية كما يدعي المتحمسون لها وأن الحتمية التي يدعونها هي في نظرنا مجرد تكريس وترويج لمذهب وسياسة خاصة لا تركز على أي أساس لأن العولمة ليست أمراً محققاً فعلاً ومكتملة البنیان وإنما هي إرادة تتوجه نحو التحقيق الفعلي وليست بالشيء المنتهي حتى نكون ملزمين ومرغمين بالخضوع لها.

لكن إذا كانت العولمة كما ينادي بها المتحمسون لها ستعمل على إسعاد البشرية ورفاهيتها وإخراج الدول الفقيرة من فقرها وستعمل على طي مراحل التنمية فإن الانخراط فيها سيكون تلقائياً وعن طواعية لأنها علاج يبتغيه الجميع ومنظومة سينخرط فيها الجميع.

## 2- المعارضون للعولمة:

وعلى النقيض من ذلك فإن المعارضين للأخذ بالعولمة لا يفتأون يحذرون من هذه العولمة ويطالبون بمقاومتها لأنها حسب رأيهم وان بدت براءة إلا أنها لاتحمل في جوانبها قدسية البراءة فهي تعمق الفوارق وتضاعف من عجز الدول أمام ديكتاتوريات الأسواق المالية(التي تحصر النشاط الاقتصادي في عدد من الشركات العالمية في الدول الصناعية الكبرى ولما تفرضه من اتجاهات وقوانين تقلص الصناعات الوطنية وتزيد فقر الفقراء وتشيع البطالة)21.

فالأساس الذي اعتمده العولمة في انطلاقتها هو تأخي وشمول شعوب العالم بالرفاهية ووضع حد لظاهرة الفقر المزرية. في حين أن ما تمت عولمته هو البؤس والفقر وزيادة

الهوة بين الدول الفقيرة والغنية وزيادة البطالة والخوف والقلق من المستقبل وتعميق ظاهرة الفساد والاتجار في المخدرات والجريمة المنظمة والحرب وعدم السلام والأمن وزيادة ثراء لدا طبقة محصورة.

فقد أصبح مصطلح العولمة يعني اتساع الفرق بين البشر وبين الدول وهكذا نجد مثلا أن عدد الأثرياء في العلم يصل إلى 358 ملياردير فهؤلاء يمتلكون ثروة توازي ما يملكه مليارين ونصف من سكان المعمور وأن عددا قليلا من دول العالم تستغل 80% من الناتج العالمي الإجمالي و84% من التجارة العلمية ويمتلك سكانها 85% من مجموع المخدرات العالمية.

ومن بين الناقمين الكارهين للعولمة الوزير الأمريكي " روبرت ريتش " الذي يأخذ على العولمة(مضيتها في إنشاء نظام من الطبقة السفلة داخل الديموقراطية الصناعية يتسم بالفقر وانعدام الأمل)22.

لقد أدت العولمة ( إلى إعدام بعض المصطلحات المهمة التي شغلت ساحات الفكر والسياسة لفترة طويلة مثل مصطلح "العالم الثالث" " ومصطلح التحرر " والتقدم " وحوار الشمال والجنوب" والتنمية الاقتصادية. وهناك من اعتبر أن أيديولوجيتها تتميز بفقرها الرمزي والتصويري ولا ترضي التطلعات البشرية الدفينة ولا تتوفر على عناصر الحكم والأمل التي تلازم الرؤى الجماعية لضبط العلم وتغييره)23.

فالعولمة في رأي المعارضين لها تبتلع السياسة وتحل محل الدولة في ميادين المال والاقتصاد والإعلام الخ... ويترتب على ما تفرزه العولمة من نتائج " تضاعل إمكانات الدول المختلفة على التدخل أكثر فأكثر في حين يتعاضم أكثر فأكثر تجاوز اللاعبين الدوليين حدود اختصاصهم من دون رقيب يذكر. ولعل القطاع العام خير دليل على ذلك كما يقول بطرس غالي الأمين العام السابق لهيئة الأمم المتحدة مضيفا بأن قادة الدول بصفتهم هذه فإنهم لا يزالون يتصورون بأن السيادة الوطنية ما فنتت في أيديهم وأن بمقدورهم السيطرة على العولمة في النطاق الوطني وأن القادة السياسيين لم يعودوا يمتلكون الكثير من مجالات السيادة الفعلية التي تمكنهم من اتخاذ القرار. إلا أنهم يتصورون بأنهم قادرون على حل المسائل الرئيسية. إنني أقول أنهم يتوهمون إنهم يتخيلون أن هذا بوسعهم.

( والواقع أن دور الدولة في عصر العولمة قد تقلص في القيام بدور الدركي لنظام العولمة نفسه. وإذا تقلصت مهام الدولة انحصر مجال السياسة. فالعولمة تقتضي الخصوصية أي نزع ملكية الأمة ونقلها للخواص في الداخل والخارج وهكذا تتحول الدولة إلى جهاز لا يملك ومن لا يملك لا يراقب ولا يوجه. وبالفعل فدور الدولة في المراقبة والتوجيه في المجال الاقتصادي يتقلص في نضام العولمة إلى درجة الصفر أو على الأقل يراد منه ذلك. أما في مجال الاتصال والإعلام والثقافة فالمراقبة أصبحت مستحيلة عمليا إذ لم يعد للدولة في هذا المجال سوى خيار واحد وهو تسهيل الاتصال وسريان الإعلام لفائدة الشبكات العالمية. أما السياسة الخارجية في نضام العولمة فتتولاها بصورة مباشرة أو غير مباشرة مؤسسات ما يسمى " المجتمع الدولي " وعلى رأسها مجلس الأمن. هذا فضلا عن التأثير التي تمارسه المؤسسات الاقتصادية " العالمية " مثل صندوق النقد الدولي والبنك العالمي. جميع هذه الشؤون التي تنتزعها العولمة من الدول تنتزعها أيضا من السياسة فتركها بدون موضوع لأن العولمة تفرض طريقا واحدا وفكرا وحيدا: الليبرالية ولا شيء غير الليبرالية تعني اليوم الخصوصية والعولمة.

أما المواطنون في عالم العولمة فهم صنفان : المستهلكون للعولمة المندمجون فيها والمشددون إلى " الخارج " خارج الدولة والأمة والوطن هؤلاء مشغولون ومستلبون في عالمهم الا مرئي عالم الاتصال الذي لا يسمح بالانفصال وإمكانيات الاستقلال بالرأي وهؤلاء إذا يعيشون في عالم اللانسانية. أما الصنف الثاني من المواطنين فهم جموع المحرومين المنبوذين من عاطلين عن العمل ومسرحين ومهمشين ومقهورين الخ.... هؤلاء تتركهم العولمة لقانون اصطفاء الأنواع(24). بل إن هناك من يذهب أبعد من ذلك ويعتبر أن 20% من السكان العاملين ستكفي في القرن القادم للحفاظ على النشاط الاقتصادي الدولي. وإنه سيسود العالم مبدأ " إما أن تأكل أو تؤكل ".

ويضيف المعارضون لركوب هذه القاطرة بأنها جرافة المعلومات والتكنولوجيا الجبارة وإنها ستؤدي إلى تدمير منهجي لثقافة الشعوب باعتبارها قوة استعمارية جديدة أو أصولية جديدة أخطر من أي أصولية ثقافية أو دينية.

وهناك من يرى (إن العولمة عبارة عن القولية الكلية للأحادية الأكثر اتساعا وشمولية تنجرف إليها الأوضاع الدولية مدفوعة نحوها بالثورتين الاقتصادية والمعلوماتية

واعتمادا على ما ذكر ينبغي في نظر هؤلاء المعارضين الانغلاق على الذات والانكماش داخل بوتقة ضيقة. ولعل لهؤلاء ما يشفع لهم في مواقفهم هذه خصوصا عندما نقرأ أقوالا كتلك التي وردت في كتاب " المشكلون لسلوك الشعب لمؤلفه نانس باكاد " الذي اعتبر في مؤلفه ( أنه من الممكن استخدام معارفنا المتطورة لاستعباد الناس بطريقة لم يحلم بها أحد من قبل بإلغاء شخصياتهم المتميزة والسيطرة على عقولهم بوسائل يتم اختيارها بعناية بحيث لا يدركون أنهم فقدوا شخصياتهم ) . أو عندما نسمع العالم الأمريكي "سكنير " يقول (نحن نحتاج إلى تقنية جديدة لتغيير السلوك البشري ولا نحتاج لأجيال متعاقبة من "السوبرمان" تملك الوسائل القادرة على زرع السلوك الذي نريده).

وهكذا نرى أن مفهوم العولمة حسب رأي المعارضين لها هو توسيع الهيمنة الأمريكية وأمركة العالم كله وهو ما أعلنه بالفعل فريدمان ( نحن أمام معركة سياسية وحضارية فظيعة. العولمة هي الأمركة والولايات المتحدة قوة مجنونة نحن قوة ثورية خطيرة وأولئك الذين يخشوننا على حق إن صندوق النقد قطة أليفة بالمقارنة مع العولمة. في الماضي كان الكبير يأكل الصغير أما الآن فالسريع يأكل البطيء)26.

و يرى المهتمون بالشؤون الاقتصادية أن النهج الذي تسير فيه الولايات المتحدة راعية العولمة اخذ ينهار بسبب ما يلاحظ من انتشار الجريمة في هذا البلد. ففي ولاية كاليفورنية فقط التي تحتل بمفردها المرتبة السابعة في قائمة القوى المخصصة لقطاع التعليم إن هناك 28 مليون مواطن أمريكي أي ما يشكل عشر السكان قد حصنوا أنفسهم في أبنية وأحياء سكنية محروسة. ومن هنا فليس من الغريب أن ينفق المواطنون الأمريكيون على حراسهم المسلحين ضعف ما تنفقه الدولة على الشرطة لكونها تخفي من ورائها أضرارا خطيرة. فهي كما صورها "كرولين طوماس وتبيستر ولكين" في كتابهما الذي صدر سنة 1997 تحت عنوان " العولمة والجنوب " بانما" ليست فقط تكرر الفروقات وانعدام العدالة الاجتماعية والمساواة بين الشمال المتختم بالغنى والجنوب المدقع بالفقر، وإنما تضاعف هذه الفروقات وتجعل من الصعب إن لم يكن من المستحيل ردم الفجوة التي اتسعت وسوف تتسع مع العولمة ليست في دول الجنوب فحسب، وإنما سوف تعمق جيوب الفقر داخل الغرب نفسه بل إن الخوف امتد إلى عدم تخوف الجناح المتطرف من العولمة يرجع لعدم وضوح الرؤيا بالنسبة لخطاب العولمة في الاقتصاد

العالمي " فهي لا تتبع بالضرورة مبدءا واحدا يسري على كل أرجاء المعمورة. ففي حين تدعو بلدان الرفاهية القديمة إلى ضرورة تراجع دور الدولة وإعطاء قوى السوق مجالا أوسع تطبق على البلدان الصاعدة حديثا العكس من ذلك. كما أن قادة المؤسسات أنفسهم الذين يرفضون في الولايات المتحدة الأمريكية أو ألمانيا كل أنواع التدخل الحكومي في قراراتهم الاستثمارية رفضا قاطعا نعم هؤلاء أنفسهم يخضعون في آسيا صاغرين استثمارات تبلغ المليارات للشروط التي يضعها البيروقراطيون الحكوميون الذين لا يتهيبون من تسمية عملهم بالتخطيط الاقتصادي المركزي. ولكن على ما يبدو ترسي الأرباح المتحققة في سياق معدلات نمو تتكون من خانتين كل التحفظات الأيديولوجية".

والخلاصة التي يمكن أن نستنتجها من مواقف المعارضين للأخذ بالعولمة هو أن الغرب مبدع هذا المصطلح ومهندس مضامينها وهويتها ومرتكزاتها الفكرية والاقتصادية: يحاول الاستبداد بها وجعلها قاصرة على حضارته هو فقط دون غيره من سكان المعمور كما يفهم ذلك من مختلف الخطابات التي يروج لها من "نهاية التاريخ" التي لا تؤمن بكل الحضارات السابقة وإنما تؤمن بحضارة الغرب وخطاب "صدام الحضارات" التي يعمل الغرب على خنق أنفاسها وتشتيت صفوفها. ومن هنا فإن المعارضين للأخذ بالعولمة يطلقون صيحاتهم بعدم الأخذ بها ويعارضون الدخول في منظومتها بكل شدة. وصدق أحد الفلاسفة المعاصرين في الغرب عندما أعلن محذرا من العولمة الحديثة " إذا كانت الملائكة الأبرياء تظهر في عموميات العولمة فان الشياطين تختبئ في تفاصيلها ".

### 3- المعتدلون الذين ينادون بالأخذ بالعولمة بحذر:

ومن المتحمسين لفكرة ركوب قاطرة هذه المنظومة الكونية والمعارضين لها جاء فريق وسط واعتبرها قدرا محتوما ينبغي التعامل معها وتطويرها لخدمة مصالح المجتمع أو الحد من أخطارها لكون التحولات الجوهرية التي يعرفها المسرح العالمي تتطلب المزيد من الحذر والانتباه إلى المفهوم الحقيقي لنوع العلاقة مع الآخرين حينما نكون بصدد وضع الخيارات والتوجهات العامة لأي بلد. ويمكننا القول بأن العولمة الحقيقية التي ينبغي تبنيتها والدفاع عنها هي تلك التي تهدف جعل سكان العالم أشبه بسكان القرية الكونية. ولتحقيق هذا الهدف ينبغي أن يكون هناك وعي بين مختلف طبقات المجتمع المدني العالمي بقضايا هذا العالم في إطار شمولي وموحد يساهم في بنائها وبلورتها وقولبتها المجتمع العالمي بكامله لا أن ينفرد به قطب معين على حساب مصالح الآخرين أو فرض

سيطرة جهة على أخرى. وأن يقوم زارعو نبتة العولمة والمدافعين عنها بتغيير لغتهم وخطاباتهم وحوارهم السياسي والأيدولوجي الاستراتيجي مع شعوب العالم وفتح أوامر جديدة للإخاء والتعاطف.

وهذا الاتجاه الوسطي هو الذي تبنته بلادنا ( عندما انخرط المغرب عن وعي في عصر العولمة واتبع منطق وقواعد اقتصاد السوق منذ عدة عقود وقد كانت الظروف التي فضل فيها هذا الخيار ذات طبيعة معقدة سواء على الصعيد المحلي أو الدولي إذ تميزت بإعادة توزيع المتدفقات الاقتصادية والتجارية والمالية التي غالبا ما تخضع لتفسيرات التوجهات الأيدولوجية وأحكام القمة التي تضيفها عليها.. لقد انحاز المغرب لصف المنخرطين في عولمة مضبوطة ومعقنة تمر لزاما عبر تقوية وإعادة تأهيل سلطاته الإدارية وهو خيار أوجبه الثورة التكنولوجية التي أصبحت تؤثر بشكل مباشر على الاقتصاد والمبادلات والاستثمار. وتتسم مقارنة المغرب للعولمة بالواقعية القائمة على أساس مشروع مجتمعي متكامل تتكاثف داخله جميع العناصر السياسية والاقتصادية والاجتماعية. كما تتسم بالواقعية أيضا على المستوى الإقليمي فسواء تعلق الأمر بالمغرب العربي أو الشرق الأوسط أو أوروبا أو منطقة حوض البحر الأبيض المتوسط، يظل التقدم على مستوى التعاون الإقليمي مسألة ضرورية لا محيد عنها لإضفاء طابع التفاؤل على الوضع الذي نشأ نتيجة تسارع مسار العولمة وتعميقه)27.

ولعل وعي المغرب بالأخذ بالعولمة مع الحذر التام تمثل في انخراطه عن وعي في مسلسل العولمة بانتقاله من منطق طلب المساعدة إلى منطق طلب الشراكة مع الاتحاد الأوروبي القائمة على أساس الحقوق والواجبات وأصبح شريكا معه بعد مؤتمر أورو متوسطي وبعد احتضان بلادنا الميلاد الرسمي لسياسة العولمة حيث احتضنت مدينة مراكش مؤتمر الغات في ربيع 1994 الذي تولد عنه ميلاد المنظمة العالمية للتجارة كما احتضنت بلادنا أيضا في أكتوبر 1994 التظاهرة الاقتصادية الكبرى التي شكلت منعطفا هاما في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا وحوض البحر الأبيض المتوسط بصفة عامة والمتمثلة في مؤتمر القمة الاقتصادية حول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا.

القسم الثاني

## المنظور الإسلامي للعولمة

رأينا أثناء الحديث عن المنظور الغربي للعولمة كيف أن هذه الأخيرة لا تنطوي على فلسفة أو توجه أخلاقي أو عقائدي تنسجم وتتفاعل مع قيمنا الروحية وهويتنا الثقافية وكيف أنها تنادي بتدمير كل ثقافة ذات طابع إنساني أو أخلاقي وتؤمن بالمادة ووحدة العقل ووحدة القطبية وتدافع عن مرتكزاتها التي هي تضخيم الليبرالية والهيمنة المطلقة على السوق بتقنيات عالية وبشركات متعدد الجنسيات وعابرة للقارات كقوة رئيسية وفعالة في الساحة الدولية وتنادي بحرية التبادل في المعاملات التجارية ممهدة بذلك لتمكين الغرب من فرض سيطرته المادية والتكنولوجية على الدول الفقيرة من خلال ما تؤدي إليه هذه العملية من بطالة وتقليص دور الدولة في المراقبة والتخطيط ومن تدمير ثقافة الشعوب وفرض ثقافة واحدة بواسطة وسائل الإعلام والاتصال.

كما رأينا أيضا من خلال المعارضين للعولمة كيف أن "العولمة بالمفاهيم السالفة الذكر تتعارض -تعارضاً تاماً- مع قواعد القانون الدولي، ومع طبيعة العلاقات الدولية، بل إنها تتعارض كلياً مع الاقتصاد الوطني، ومع السيادة الوطنية، ومع قانون التنوع الثقافي، وإن العولمة إذا صارت في الاتجاه المرسوم لها ستكون إنذاراً بانهايار وشيك للاستقرار العالمي، ( لأن العولمة بهذا المضمون تضرب الهوية الثقافية والحضارية في الصميم وتنسف أساس التعايش الثقافي بين الشعوب. كما أن العولمة بهذا المفهوم الشمولي ذي الطابع القسري، ستؤدي إلى فوضى على مستوى العالم في الفكر والسلوك، وفي الاقتصاد والتجارة، وفي الفنون والآداب، وفي العلوم والتكنولوجيا أيضا) 28.

فالعولمة عند الغرب لا تقوم على التآخي وشمول شعوب العالم بالرأفاهية، والقضاء على الفقر كما تصورهما واضعوها ومصمموها في بداية الأمر بل أصبحت تركز الطبقة والفقر والبؤس وزيادة البطالة والخوف والقلق وارتفاع الجريمة وزيادة الفساد الأخلاقي والاتجار في المخدرات والتطاحن والحروب فهل من بديل لهذا الوضع والرجوع بالعولمة إلى حقيقتها التي ينبغي أن تكون عليها ؟ .

أعتقد أن الفكر الإسلامي هو الملجأ الوحيد لإرجاع السكة إلى قاطرتها، ومن هنا فإن على الأدبيات الإسلامية وعلماؤها أن يخرجوا من قوقعتهم وأن يواجهوا الواقع المعاش في هذه المنضومة مادام الرصيد الفكري والثقافي للإسلام يتوفر على ثوابت وقيم أخلاقية ومادام الإسلام قائم على التفاعل مع الآخرين الحق ضالته ولا يعتمد إلغاء الآخرين ولذلك يعتبر

الحل الأنجح والبديل للعولمة التي يريد الغرب فرضها على سكان المعمور .

" إن الإسلام يوجد في كل مكان من المعمور ويمتد عبر القارات، ويتوزع بين الحضارات والثقافات، ويشكل حزاما مترابطا متينا ويتوفر على كبير طاقات وعظيم إمكانيات وكل شيء فيه يؤهله ليقدم عطاءاته واهتماماته لخدمة العلم في تعاون مخلص نزيه مع المجموعة العالمية الأخرى، ذلك أن الإسلام ليس ديناً فحسب بل هو دين ودنيا " .

والواقع أن الدين الإسلامي يتضمن مجموعة من القيم الأخلاقية والتشريعية والحضارية ، التي يخاطب بها القرآن والسنة كل الناس دون تمييز أو تفاضل في اللون أو الجنس وهو ما أربك الغرب الذي أصبح ينظر للإسلام باعتباره العدو الأول للنظام الرأسمالي وأخذ يحسب له ألف حساب، خصوصا بعد انهيار الجناح الشيوعي .

فالإسلام يضم الآن أكثر من خمسين دولة متنوعة الدخل وبخصيلة سكان تزيد عن المليار نسمة متوفرة على كل المؤهلات التي تجعل منها قوة منافسة للغرب إذا اتحد بسكانه الذين يصل 50% منهم سن العمل والإنتاج ويتوفر على رأسمال كبير وعلى دول تتوفر على ثروات نفطية ومعدينية واستثمارات تصل إلى 620 مليار دولار وبودائع في بنوك دولية غربية أكثر من 280 مليار دولار يستثمر 25% منها في مشروعات قصيرة الأجل وبمناخ وتضاريس متنوعة وسعة في أراضيه التي تبلغ 1500 مليون هكتار وبسدود ومياه وأطر عالية يجمعهم دين واحد.

كل هذه المؤشرات تجعل من الإسلام الذي هو دعوة إنسانية موجهة للبشرية، جمعاء مصدر تخوف من طرف الغرب الذي وصل تخوفه إلى درجة أنه أخذ يروج إشاعات متعددة تمس من قيمته كدين حضاري وتشوه صورته عن طريق تمرير بعض الأفكار من مثل " الرعب في الإسلام " أو ما يسمونه ب:

la mophobia . بل إن بعضهم وصلت به العداوة للإسلام لدرجة جعلته يعتبره خطرا يهدد الغرب والسلام العالمي ويربط الإسلام ببعض الظواهر التي عرفت بها بعض جهاته من تطرف وتخريب وقتل وقمع للرأي ويعممون هذه الظواهر على الدين الإسلامي ومعتقديه. ومن هنا نجد المعادين للإسلام يركزون في إطار خطاب العولمة على تشتيت



رأي الدول الإسلامية والصين، واستغلال أي خلاف ينشأ بينهما.

لقد وصلت الخطورة التي يتصورها الغرب من الإسلام أن اخذ بعض المفكرين من الغرب ينبهون القيادة الأمريكية الى ضرورة احتلال حيز هام في التفكير الاستراتيجي الأمريكي لقضية الصين والعالم الإسلامي ومن بين هؤلاء المفكرين نذكر الباحث Muravchik الذي أشار في كتابه المعنون بـ " حتمية الزعامة الأمريكية" الى أن دخول التيارات الإسلامية معترك السلطة في الدول الإسلامية سوف يشكل خطرا كبيرا على المصالح الأمريكية مطالبا سلطات هذه الأخيرة بإبلاء هذا الموضوع ما يستحق من العناية وعدم ترك الفرصة لاتحاد هذه الدول.

ونعتقد أن ما أشار إليه هذا الباحث من تخوف من الإسلام يرجع لانهايار القيم الأخلاقية بالغرب الذي أصبح يأله العلم ويؤمن بالمادة. وقد انعكس هذا التخوف للسبب الذي ذكرناه سالفا وتجلى من خلال ما أشار إليه باحث آخر من الغرب ويتعلق الأمر " سبينجلير " الذي نادى من خلال كتابه " أفول الغرب " من أن موت حضارة تقودها الصناعة الآلية وتقودها الأموال موت حتمي في نظر هذا المفكر. ولكن يبقى انبعاث روح خالقة جديدة يبقى في نظره ممكنا.

كما انعكس نفس الانطباع عند " منتجتون " من خلال مقال نشرته له مجلة " شؤون خارجية " خلال شهر " نونبر " دجنبر 96 " تحت عنوان " الغرب متفرد وليس عالميا " والذي أشار فيه إلى أن شعوب العالم غير الغربية لايمكن لها أن تدخل في النسيج الحضاري للغرب، حتى وإن استهلكت البضائع الغربية، وشاهدت الأفلام الأمريكية واستمتعت إلى الموسيقى الغربية، فروح أي حضارة هي اللغة والدين والقيم والعادات والتقاليد، وحضارة الغرب تتميز بكونها وريثة الحضارات اليونانية والرومانية والمسيحية والغربية، والأصول اللاتينية للغات شعوبها، والفصل بين الدين والدولة وسيادة القانون، والتعددية في ضل المجتمع المدني والهيكل السياسية، والحرية الفردية "ويضيف نفس الباحث " أن التحديث والنمو الاقتصادي لايمكن أن يحقق التغريب الثقافي في المجتمعات الغير الغربية بل على العكس، يؤديان إلى مزيد من التمسك بالثقافات الأصلية لتلك الشعوب ولذلك فإن الوقت قد حان لكي يتخلى الغرب عن وهم العولمة، وان ينمي قوة حضارته وانسجامها وحيويتها في مواجهة حضارات العالم. وهذا الأمر يتطلب وحدة الغرب بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية ورسم حدود العالم الغربي في

وهكذا نلاحظ أن علماء الغرب أصبحوا يؤمنون بأن فكرة العولمة المتوحشة التي تتنادى بالهيمنة والقضاء على ثقافة الآخرين وهوياتهم ومحاربة الفكر الديني ليست بالعولمة الموصلة الى ما يبتغيه المجتمع الإنساني المتواجد في كوكبنا والذي يناهز بتقارب البشر واعتبارهم بمثابة سكان القرية الكوكبية.

ونعتقد أن الظرف الحالي الذي لم تكتمل فيه بعد ملامح العولمة كافي لاستغلاله وإبراز معالم الفكر الإسلامي كدين وكفكر وكتوجه مناسب لمتطلبات المجتمع الدولي وطموح جميع الدول حتى يسود الود والتآخي بين سكان كوكبنا الأرضي.

كما نعتقد أن الفرصة مواتية من جهة أخرى لحث علمائنا للمشاركة في هذا الحوار الدائر بشأن العولمة ومساهمة الأدبيات الإسلامية في هذا الموضوع ومواكبة ما يدور في الساحة الدولية من نقاش مع تقديم آرائهم وتمرير الخطاب القرآني والأحاديث النبوية التي تعتبر سباقة في المناداة بالحقوق التي يطالب بها المجتمع الدولي وسكان المعمور، وأن لا يتركوا أعداء الإسلام يستغلون هذا السكوت والنيل من ديننا الحنيف. خصوصا وأن هذا الدين يلح على الانفتاح والمساواة بين البشر دون تمييز عرقي.

إن سبب حثنا على مشاركة علمائنا في هذا الموضوع راجع لما نقرأ لبعض الباحثين الذين يصفون الإسلام بالتخلق وعدم مواكبته لما تفرزه الحضارة والتقدم العلمي مثل ما أشار إليه مشونبي في كتابه الذي صدر له في أواسط هذا القرن والذي عنوانه " الحضارة في الامتحان " خصوصا في الفصل الذي سماه " الإسلام والغرب والمستقبل " بأن الإسلام أصبح مرة مغلوبا، وصفة المغلوب التي يتحملها اليوم اشد بكثير من الانكسار الذي حملته إياه الصليبيات، وذلك لان الغرب أقوى من الإسلام عسكريا وتقنيا واقتصاديا وثقافيا وروحيا. ونعني بالروح تلك الطاقة الداخلية الخلاقة التي تنتج عنها تحقيقات كل مظاهر الحضارة " ويضيف قائلا " بأن الإسلام يقاوم الآن بطريقتين كلاهما مقاومة ضعف لا ينتفع منهما لا الإسلام ولا الحضارة العلمية. فالطريقة الأولى هي طريقة الغيرة على الذات، والطريقة الثانية هي المسايرة والانصياع ".

إن أفكارا من هذا النوع تقتضي تدخل علماء الإسلام للرد على هذه الأطروحات التي لا تتبنى على أسس علمية أو منطقية وقد شاءت الصدفة وأنا أراجع العرض الذي قدمه

السيد محمد مزيان بمناسبة انعقاد دورة الأكاديمية للمملكة المغربية تحت عنوان العولمة والهاوية أن وجدت ما يشفي غليلي في الرد على الذي قام بتقديمه هذا الباحث المغربي في عرضه المعنون " واقع العولمة من الصراع الحضاري الى التقاء الحضارات " وقد أورد بهذا الشأن بان الصراع بين الحضارتين الغربية والإسلامية بان واقع الحضارة الإسلامية وواقع الحضارة العالمية التي لا يتزعمها الغرب لا يفسر بهذه البساطة وذلك للأسباب التالية:

**أولاً:** لأن العولمة لازالت تخرع وتحقق مكتسباتها الأولى منذ نهاية الحرب العلمية الثانية ونهاية الاستثمار ومنذ تحرير الشعوب وصعودها الى مستوى المشاركة في صنع الأحداث العلمية.

**ثانياً:** لأن العالم الآسيوي الإفريقي تحقق الآن، أي في مرحلة ما بعد العرقية تحولاً ذهنياً إنسانياً له آثاره في العالمية الجديدة. وبهذه الذهنية يراجع الغرب تصورات عما كان يسمى بالإنسانية الأخرى المختلفة، والخارجة عن الحضارة.

**ثالثاً:** لأن العولمة لن تتحقق من الآن فصاعداً بمحو الهويات المختلفة في هوية الأقوياء، بل أصبح من الضروري أن تتصف المكتسبات المدنية والأخلاقية بالإجماع، مع محافظة الحضارات والوطنيات المختلفة على خصوصياتها.

ولنا في هذا درس من فلسفة التاريخ، يرى التونسي نفسه وهو التكاثر بالجدلية الهيجيلية عن الغالب والمغلوب بأنه لا بد من الصراع من الوصول الى أوضاع تركيبية، كما وقع ذلك بين الشرق الديني والغرب المدني، وكما يقع اليوم في التقاء الحضارات العالمية المختلفة، وخصوصاً بين الغرب والإسلام في تأثير أعمق وأكثر تعميماً من التطرف الى المحافظة المنكمشة أو الانصياع بانتحار الهوية.

ومن الاحتمالات التي يفترضها تونسي أن الغرب الغالب والإسلام يمكن بعد قرون أن يتساووا في المظاهر المادية والتقنية، ولكن زبدة الحضارة التي هي الروحيات أي الأديان والأخلاق بالدرجة الأولى مع أهم تطبيقاتها المدنية، مشروع ما بعيد، وهو العالمية الحقة، وهو الحلم الكبير الذي تعبر عنه المسيحية " بمدينة الله " ويسميه الإسلام " ارض العدل بعد الجور " وينتهي الأستاذ عبد المجيد مزيان رده على مقولة تونسي بأن هذا الأخير يرى أن المسار الإنساني نحو العالمية ينتفع بكل تأكيد من عطاءات الإسلام في موضوعين،

الأول والأهم منها هو القضاء على العرقية بجميع تفرعاتها، والثاني هو التخلص من مظاهر الانحطاط التي أحدثتها مجتمعات الكحول والملاهي.

إننا نضم صوتنا الى التحليل الذي قدمه هذا الباحث المغربي في رده على طروحات تونبي ونرى أنه على الدول الإسلامية أن تتخبط في هذه المنظومة لتواكب التطور التكنولوجي والإعلامي و تقوم بتوظيف رصيدها الثقافي والديني في حماية الفكر الإسلامي والمسلمين مع تمرير الخطاب الى غيرهم من سكان الكون ونشر هذا الإشعاع الإسلامي الحضاري بين سكان الكون وتدعيم الفكر الحر البناء لمقاومة التيارات الهدامة والمتطرفة لأنه بقدر ما يتسع الفراغ الروحي وتهتز القيم الروحية ويشع التطرف في أي اتجاه ويسود النظام الاستبدادي بقدر ما يدل على فطرته وينقده من المادية العمياء ومن الأتانية الهوجاء وبهذا المنهج قد تتحول تحديات العولمة الى استنهاض الإرادات نحو النضال من اجل سعادة حرية الإنسان في أن مع هويته ويحقق فيها ذاته عن طريق الإبداع والتميز والاختلاف.

أن ما جاء به القرآن الكريم من تعاليم وأصول فكرية وقوة روحية من شأنها أن تساهم في تحريك العالم الاقتصادي نحو التخليق وإخراجه من الفوضى التي يجتازها والوصول الى ما تنشده البشرية من كرامة إنسانية.

كما أن ما جاءت به السنة النبوية من أحكام وقواعد شرعية من شأنها أن تعمل على ترسيخ كل الثوابت الإيجابية التي تؤدي إلى الحفاظ على تماسك المجتمع والأخذ بيد الضعيف والمعاملة الحسنة ولو مع غير المسلم.

فعلاقة المسلم بغيره مبنية على الانفتاح لأن الخطاب القرآني موجه الى عباد الله في إطار التعددية والود والتعاون على الخير والبر انطلاقا من قوله تعالى ﴿لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِيمَا آتَاكُمْ فَاسْتَقِيمُوا الصِّرَاطَ﴾ وقوله تعالى ﴿لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسَمُوا﴾ .

إن القرآن الكريم يخاطب الناس كافة وهكذا فالآية 13 من سورة الحجرات جاء فيها : ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾ مع مراعاة أن هذا التعارف ينبغي أن ينصب على احترام حق الغير في الاختلاف. كما جاء ذلك في الآية 48 من سورة المائدة ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ

أمة واحدة ولكن ليلوكم فيما أتاكم فاستبقوا الخيرات ﴿٢٢﴾ وقوله تعالى في الآية 22 من سورة الروم ﴿٢٢﴾ ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم ﴿٢٢﴾.

وجاءت الرسالة المحمدية لتدعيم السلوك الحسن لكل البشر كما عبر عن ذلك رسول الله ﷺ في الحديث النبوي الذي رواه مالك في الموطأ وابن حنبل في سننه عن أبي هريرة: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". وقوله ﷺ في الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأنس: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه".

إن الإسلام يدعو إلى الخير والتواصي بالحق ومقاومة كل ظالم وإزالة الأذى. وفي هذا السياق ورد عن رسول الله ﷺ: "مثل المدمن في حدود الله (القائم عليها) والواقع فيها مثل قوم استهموا سفينة، فصار بعضهم في أسفلها و صار بعضهم في أعلاها فكان الذين في أسفلها يمرن بالماء على الذين في أعلاها، فتأذوا به، فأخذ فأسان فجعل ينقر أسفل السفينة، فاتوه فقالوا ما لك؟ قال تأذيتم بي، ولا بد لي من الماء، فان أخذوا على يده أنجوه ونجوا بأنفسهم وان تركوه أهلكوه واهلكوا أنفسهم".

فالقرآن الكريم يخاطب الناس كافة وهكذا جاء في فالآية 13 من سورة الحجرات: ﴿١٣﴾ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ﴿١٣﴾ مع مراعاة أن هذا التعارف ينبغي أن ينصب على احترام حق الغير في الاختلاف كما جاء ذلك في الآية 48 من سورة المائدة ﴿٤٨﴾ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجهلكم أمة واحدة ولكن ليلوكم فيما أتاكم فاستبقوا الخيرات ﴿٢٢﴾ وقوله تعالى في الآية 22 من سورة الروم ﴿٢٢﴾ ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم ﴿٢٢﴾.

كما أن الإسلام يعتبر أن قيام الحضارة رهين بالتواصل مع اعترافه بوجود الصراع والحوار ويعتبرهما المنفذ الحقيقي لإقامة الحضارة كما جاء ذلك في الآية 251 من سورة البقرة ﴿٢٥١﴾ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ﴿٢٥١﴾ والآية 20 من سورة الحج ﴿٢٠﴾ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ﴿٢٠﴾.

كما أن الإسلام يركز على الأسلوب الحضاري في الخطاب والحوار بدون قوة أو عنف ﴿٢٥١﴾ وقولوا للناس حسنى ﴿٢٥١﴾ وقوله تعالى في الآية 53 من سورة الإسراء ﴿٥٣﴾ وقال لعبادي يقولوا التي هي أحسن ﴿٢٥١﴾ وفي الآية 125 من سورة النحل ﴿١٢٥﴾ ادع إلى

سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ﴿٤٦﴾ وفي الآية 46 من سورة العنكبوت ﴿٤٦﴾ ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن ﴿٤٦﴾ .

والإسلام لا يقيم الفوارق بين البشر وإنما يقر للإنسان بإنسانيته وأنه إنما وجد فوق هذه البسيطة للخلافة في الأرض ﴿٤٦﴾ كلكم لآدم وآدم من تراب، لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى ﴿٤٦﴾ .

كما أن التكريم للإنسان جاء في الآية 70 من سورة الإسراء ﴿٧٠﴾ ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴿٧٠﴾ لأن الناس في نظر الله سبحانه وتعالى أمة واحدة ﴿٧٠﴾ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ﴿٧٠﴾ .

وبالإضافة إلى الثواب التي نص عليها القرآن الكريم بشأن الانفتاح والتآخي فإنه كان سباقاً في الحث على التعاون وإسعاد البشرية وهكذا فقد جاء في الآية 21 من سورة المائدة ﴿٥١﴾ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴿٥١﴾ فهذه الآية تلح على التعاون خلافاً لما يوصف به الإسلام من طرف المعادين له. وجاءت السنة النبوية لتدعيم مبدأ التعاون بين بني البشر حيث جاء في حديث رسول الله ﷺ " الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه".

وأمر القرآن المسلم بالتسامح والتآخي والسلم ونشر الطمأنينة والسكينة بين سكان المعمور حيث قال تعالى ﴿٥١﴾ ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم ﴿٥١﴾. وفي الآية 208 من سورة البقرة ﴿٢٠٨﴾ يا أيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة ﴿٢٠٨﴾ ويعتبر أن قتل النفس بغير حق أو القيام بالفساد في الأرض بمثابة من قتل الناس جميعاً كما جاء ذلك في الآية 92 من سورة المائدة ﴿٩٢﴾ من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ﴿٩٢﴾ وفي الآية 87 من نفس السورة ﴿٨٧﴾ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴿٨٧﴾ .

وجاءت عدة أحاديث تلح على عدم ظلم غير المسلم من ذلك قوله ﷺ: " من ظلم هذا أو نقص حقه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه بغير طيب نفس فأنا حجيجه يوم القيامة " وقوله عليه السلام " من أذى ذمياً فقد أذاني، ومن أذاني أذى الله "

وهكذا نلاحظ أن الإسلام لا يضع أي تمييز بين بني البشر بل يجعل الناس متساوين في الحقوق والواجبات ولا يحمل ما ينادي به أنصار العولمة من تمييز عرقي واحتكار السوق وإنما ينادي بالتآخي وأخذ القوي بيد الضعيف وبرفاهية البشرية وتحسين ظروف العيش بين سكان المعمور محاربة الفقر وعدم التسول ويعطي للإنسان قيمته ويركز على إنسانية الإنسان ويحارب استعباد الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا كما أنه ينادي بعدم الإكراه في الدين في الآية 156 من سورة البقرة ﴿ لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي ﴾ وفي الآية 64 من سورة آل عمران ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم إلا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون ﴾ .

كما أن الإسلام ينادي بالاتحاد وعدم التفرقة ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا ﴾ ، وبدون تمييز بين البشر ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير ﴾ .

وهكذا يتضح من خلال سياق هذه الآيات وغيرها من الآيات الكثيرة أن الإسلام قائم على ثوابت هامة تتجلى في التآخي فأتوادم وحب الخير للجميع والأخذ بيد الضعيف والتساوي بين بني البشر والأمانة والإحسان وإصلاح المجتمع وخلافة الإنسان في الأرض مما يجعل المبادئ الإسلامية والتعاليم القرآنية والأحاديث النبوية أرضية صالحة لبناء عولمة جديدة ليس فيها تمييز، تلتقي فيها كل الحضارات وتعزز فيها الديمقراطية وتعيد الثقة والمصداقية في نفوس سكان القرية الكونية ( في ظروف تجتاز فيها حياة البشر ظروفًا عسيرة وعصيبة بما يتلاحق من مشاكل، ويتفجر من أزمات، ويتجهم الخلق من سحاب، ويتناول سماءه من نفوذ، ويتضاءل من جاه للرق وسلطان، ويشيع في النفوس من قلق وخوف، ويتوالى على الألسنة والقلوب من أسئلة لا يطرحها التفاؤل والاستبشار. وما أشد حاجة الإنسان، والظروف التي تحيط بحياته لا تنبش الاطمئنان ولا تزهر بالأمان، الى حظ كبير من الدعوة، ونصيب وفير من التفكير فيما يعيد البشاشة، ويفيض الانشراح ويرد عازب الأصل). كما أعلن عن ذلك صاحب الجلالة المغفور له الحسن الثاني في خطابه السامي الذي ألقاه بمناسبة افتتاح أكاديمية المملكة المغربية في أبريل 1980.

ولن يتأتى للمجتمع الدولي الوصول الى عولمة حقيقية إلا إذا تمتنت أواصر الصلة بين

سكان هذا الكون وساد الود والتآخي وغيرت دول الغرب لغتها وخطاباتها وحوارها السياسي والإيديولوجي والستراتيجي مع شعوب العالم ولم يعد هناك قطب منفرد بالهيمنة على الآخرين.

## هوامش

Webster nuth New collegiate dictionary 1991 p521- 1

2- ناصر الدين الأسد مرجع

3- د.محمد عابد الجابري- قضايا في الفكر المعاصر بيروت: مركز الدراسات الوحدة العربية 1997.

4- د.محمد الجابري - العولمة والهوية الثقافية- عشر أطروحات: دار المستقبل العربي بيروت العدد 228 - 1998/2.

5- صادق جلال

6- على حرب - صدمة العولمة في خطاب النخبة - السفير، لبنان 6 يونيو 1998.

7- محمد عابد الجابري مقال منشور له بجريدة الشرق الأوسط تحت عنوان " أسئلة يجب الوعي بها 2-2-1997

8- أحمد صدقي الدجاني نقلا عن إسماعيل صبري عبد الله " الكوكبة"

9- la mondialisation de l'économie et de la société, une hypothèse prospective (in futuribles ) septembre 1989

10- Ramonet, les pouvoirs fin de siècle in, le monde diplomatique Mai 1995

11- LE RETOUR DES CONQUERANT IN LE MONDE DIPLOMATIQUE MAI 1995

12- يحيى اليحياوي " العولمة ورهانات الإعلام " سلسلة شراع العدد 33 .

13- مقتطف من العرض الذي ألقاه السيد محمد علال سيناصر بمناسبة أعمال الدورة الربيعية لأكاديمية المملكة المغربية ماي 1997.

14- ناصر الدين الأسد: الهوية والعولمة عرض القى في ندوة أكاديمية المملكة المغربية



خلال دورتها المنعقدة في ماي 1997 تحت عنوان "العولمة والهوية "

15 - موقف سألوف كوستا عن مقال منشور بجريدة الحياء 97\1\22

16 - ناصر الاسد مرجع سابق

17 - فخ العولمة الاعتداء على الديمقراطية والرفاهية تأليف بيتر مارتن وهارالدشومار  
ترجمة عدنان عباس علي "عالم المعرفة " عدد 238

18 - يتبنى هذا الرأي " هولسترثرو" كما وقعت الإشارة إليها بمقال منشور بجريدة الشرق  
الأوسط بتاريخ 2-3-1997

19 - عبد الهادي بوطالب عرض قدمه في ندوة أكاديمية المملكة المغربية في دورة ماي  
1997 تحت عنوان "لابد من تكامل العولمة والهوية ليكون العالم واحدا ومتعددا"

20 - عن مقال منشور بجريدة السياسة الجديدة فاتح أكتوبر 1997 تحت عنوان "العولمة  
هل هي قدر محتوم" للباحث فوزي منصور الحلقة الثانية

21 - ناصر الدين أسد مرجع سابق

22 - جريدة ليكونومست بتاريخ 1-2-1996

23 - جريدة الشرق الأوسط بتاريخ 2-2-1997

24 - محمد عابد الجابري مقال منشور له بجريدة الاتحاد الاشتراكي بتاريخ 8-2-  
1997 تحت عنوان " العولمة نظام وإيديولوجيا الحلقة الخامسة

25 - السيد ولد أباه مازق إيديولوجية العولمة مقال منشور بجريدة الشرق الأوسط بتاريخ  
2-2-1997

26 - جريدة الشرق الأوسط بتاريخ 2-3-1997

27 - André Azoulay : la mondialisation ne peut pas être un jeu a somme-nulle عرض  
قدم في الندوة المشار إليها أعلاه

28 - عبد العزيز بن عثمان التويجري - الهوية من منظور حق التنوع الثقافي في ضوء  
فلسفة حوار الأديان والحضارات- عرض قدم في ندوة أكاديمية المملكة المغربية في  
<ندوة العولمة والهوية>>

29 - محمد الكتاني - أي منظور لمستقبل الهوية في مواجهة العولمة عرض ألقى في  
نفس الندوة.

## مسئجات مدونة الأسرة = دراسة لبعض الحالات الخاصة =

ذ. عبد السلام زوير  
رئيس قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببولمان

### تقديم :

إن المقتضيات المنظمة للأسرة تكتسي طابعا متميزا، ليس فقط من جانب أهمية الموضوع الذي تتناوله وتنظمه، ولكن كذلك لطبيعة تلك المقتضيات، التي لها ارتباطا وثيقا بالدين، فالعديد من أحكامها ورد النص عليه بتدقيق وتفصيل في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة، منها ما هو مقطوع به رواية وتأويلا، وهنا ما هو مختلف فيه إضافة إلى التأثير القوي للعادات والتقاليد - التي قد تكون مخالفة في بعض الأحيان للمقتضيات

الشرعية- تأثيرها الكبير على مؤسسة الأسرة- الأمر الذي يفتح المجال أمام ضرورة الإجتهد و تعيين المقتضيات وفق التطور الحاصل في المجتمع وكذا في العالم، في مراعاة للمواثيق والمعاهدات الدولية التي تمت المصادقة عليها. هذا وتجدر الإشارة إلى أن المقتضيات المنظمة للأسرة هي الوحيدة التي تتبع المواطن حيثما حل وارتحل ( مع العلم أن المدونة الجديدة وسعت من هذا النطاق وأصبحت تطرح مشكل كيفية تحديد المقتضيات التي تدخل في مفهوم الأحوال الشخصية من غيرها وكذا مدى إمكانية التمييز بين مقتضيات الشكل التي لا يمكن أن تتعدى حدود الوطن وتلك المتعلقة بالموضوع) شريطة عدم مخالفتها للنظام العام للبلد المضيف الذي أصبح محل مناقشة هو الآخر.

ولعل أهم ما يثير الإنتباه في مدونة الأسرة، هو أن هذا القانون يتم عرضه على البرلمان لأول مرة، وذلك بعدما تم إعداده من طرف لجنة خاصة وعرضه من طرف جلالة الملك. وسنتطرق في هذه المداخلة لأهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة انطلاقا من موضوع الزواج، مروراً بالنفقة، الحضانة والطلاق، ثم النيابة القانونية والوصية الواجبة.

## أولا : باب الزواج

\* من المستجدات في هذا الموضوع :

**1 - النص على أن الخطبة هي تواعد رجل وامرأة على الزواج<sup>1</sup> ، أي أنها اتفاق ملزم للجانبين، يشترط توفر القبول من الطرفين مع إمكانية صدور الإيجاب، أي التعبير والمبادرة إلى الخطبة - من كلا الطرفين سواء كان الذكر أو الأنثى -**

هذا وقد تمت الإشارة - في المادة 5 - إلى أن الخطبة تتحقق بأي وسيلة تفيد التوافق على الزواج، ومن ضمنها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا. مع العلم أنه يمكن لكل منهما العدول عن الخطبة، إلا أنه إذا صدر منه فعل سبب ضررا للطرف الآخر، أمكن لهذا الأخير (المتضرر) مطالبته بالتعويض وهنا تطبق قواعد ق. ل. ع في الضرر والتعويض بالإضافة إلى حقه في المطالبة باسترداد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة<sup>2</sup>.

وتجب الإشارة إلى أن القضاء المغربي سبق وأن طبق هذه المقتضيات حيث صرحت محكمة الاستئناف بمكناس في قرارها الصادر بتاريخ : 10/07/1980<sup>3</sup> بأن "للخاطب الحق في استرجاع هديته بعدما تبين له أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية لكونها عمدت إلى الزواج من رجل آخر، الشيء الذي يستخلص منه أن العدول كان من جانبها وليس من جانبها..."

وبالتالي فإنه بعد ثبوت توصل أحد الطرفين بالهدايا، فإنه يكون هو الملزم بإثبات أن العدول عن الخطبة إنما صدر من الطرف الآخر<sup>4</sup>.

وإذا كان المشرع قد تناول موضوع الصداق في حالة موت أحد الطرفين خلال الخطبة و ألزم رد المدفوع منه بعينه إن كان لا زال موجودا، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه، فإنه - المشرع - لم يتعرض لموضوع الهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين، ولذلك نرى عدم إلزام الطرف الآخر برد الهدايا في حالة الوفاة، على اعتبار أن ذلك إنما قرر بالنسبة للصداق الذي لا يكون مستحقا إلا بالزواج، والذي لم يتم بعد بين الطرفين ما دام أنهما لا زالوا في مرحلة الخطبة، وذلك على خلاف الهدايا، كما أن الوفاة لا يد للطرفين فيها.

**2 - رفع سن الزواج إلى 18 سنة بالنسبة للإناث، فأصبح السن موحدًا بالنسبة للطرفين الذكور والإناث، وهو نفسه سن الرشد القانوني.**

\* لكن السؤال يطرح هنا بالنسبة للذين لا يتوفرون على بياني اليوم والشهر في رسوم ولادتهم؟ هنا يبدو وجود احتمالين اثنين إما اعتبار تاريخ الولادة هوفاتح يناير، مما يسمح بتوسيع شريحة الذين يحق لهم إبرام عقد الزواج دون حاجة إلى إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وإما اعتبار تاريخ الولادة هو 31 دجنبر مع ما

<sup>1</sup> في مدونة الأحوال الشخصية سابقا، الفصل 2 "الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج"

<sup>2</sup> الدليل القانوني للمرأة المغربية "الزواج والطلاق" مليكة بن الراضي وعبد الله الولادي ص:15 مكتبة الشباب الرباط 1998.

<sup>3</sup> منشور في مجلة رابطة القضاة ع : 8 و 9، ص : 15

<sup>4</sup> راجع قرار المجلس الأعلى عدد 881 الصادر في الملف المدني 67/703 بتاريخ 1978/12/13 منشور بمجلة الأمن الوطني ع 14. ص :

سيترتب عن ذلك من آثار. ونعتقد أنه من باب التيسير وسد الذرائع، واعتبارا إلى أن "من أثبت البلوغ أولى ممن نفاه".<sup>6</sup>

وبالنظر لكون المشرع قد رفع سن الزواج للأنثى من 15 إلى 18 سنة وأن هذه الحالة – عدم تحديد بياني اليوم والشهر في رسوم الولادة- لن تدوم طويلا، ما دام أن المشرع ألزم ضباط الحالة المدنية بالإشارة لبياني اليوم والشهر عند تسجيل أية ولادة، بمقتضى القانون رقم 99/37 المتعلق بالحالة المدنية، بناء على كل ما ذكر نعتقد أنه يتعين اعتماد تاريخ فاتح يناير وذلك في احتساب مدى توفر المعنى بالأمر على السن القانوني للزواج.<sup>7</sup>

\* بالإضافة إلى ما سبق يطرح تساؤل ثان في هذا الموضوع ويتمثل في الحالة التي تكون فيها سيدة متزوجة قبل سن الزواج – سواء لأنها تزوجت في ظل نظام مدونة الأحوال الشخصية الذي كان يحدد سن الزواج في 15 سنة بالنسبة للفتاة، أو لأنها كانت قد حصلت على إذن بزواج من لم يبلغ السن عند إبرامها لعقد الزواج – إلا أنها طلقت وترغب مجددا في الزواج وهي لم تبلغ بعد سن الزواج. فهل تحتاج إلى إذن جديد في مثل هذه الحالة؟ هنا يتعين التمييز بين ثلاث حالات :

■ **الحالة الأولى :** إذا كانت مطلقة طلاقا رجعيا أي أنها طلقت بعد البناء وكانت ستتزوج نفس الشخص الذي طلقها أثناء العدة، فإنها لا تحتاج إلى إذن ما دام أن الرجعة لا تستلزم إلا إتهاد الزوج بذلك لدى عدلين، دون حاجة لباقي شروط عقد الزواج الأخرى (المادة 124) أما إذا انصرم أجل العدة ورغبت المطلقة في الزواج، فإن الحرص على استمرار العلاقة الزوجية واستقرار الأسرة يستوجب تطبيق نفس الحكم أعلاه. وبالتالي إعفاؤها من الحصول على إذن جديد لسبقية حصولها على إذن بالزواج منه عند إبرام العقد الأول.

■ **الحالة الثانية :** لكن إذا كانت المطلقة رجعيا ترغب في الزواج من شخص آخر، فإن حرفية النص (المادتين 19 و 20) وضرورة موافقة النائب الشرعي – مبدئيا- واعتبار كون الإذن الأول الذي منحه قاضي الأسرة المكلف بالزواج استند فيه إلى موافقة الوالدين والإنسجام والتوافق الحاصل بين الطرفين (المعنية بالأمر وخاطبها آنذاك) وكذا توفر الخاطب على الكفاءة اللازمة في الزواج. كل ذلك يبرر اشتراط وجوب حصولها على إذن جديد من قاضي الأسرة المكلف بالزواج، إلا أنه يتعين مراعاة هذه الظروف، وتبسيط الإجراءات أكثر في هذه الحالة (ما دام أن قدرتها على الزواج أضحت من باب تحصيل حاصل).

■ **الحالة الثالثة :** المطلقة قبل البناء ، في هذه الحالة إذا كانت ترغب في الزواج من نفس الشخص، فإننا لا نرى ضرورة حصولها على إذن جديد في الموضوع اعتبارا لنفس الأحكام والمفصلة في الحالة الأولى أعلاه.

■ أما إذا كانت المطلقة قبل البناء ترغب في الزواج من شخص آخر غير مطلقها، فلا بد لها من الحصول على إذن بالزواج من قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وفقا للمسطرة العادية المنصوص عليها في المادتين 20 و 21 من مدونة الأسرة.

هذا وتجدر الإشارة، في هذا الإطار، إلى أن مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج والقاضي بالإستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن، وهذا الموقف يهدف إلى تبسيط الإجراءات والتيسير على الناس، كما أن الطعن يستوجب مدة – قد تطول- للبت فيه من طرف محكمة قد تكون موجودة بمنطقة بعيدة على الطرفين ويتعذر عليهما الانتقال إليها- بالنظر لعدة اعتبارات أهمها الجانب المادي – مما كان من شأنه إفراغ الإذن من كل محتوى.

**3 – إمكانية النزول عن هذا السن بناء على إذن خاص صادر من قاضي الأسرة المكلف بالزواج ، بعد موافقة والدي المعني (ة) بالأمر (أو عند الضرورة بدون ذلك وبعد الإستماع إليهم)، وذلك بعد إجراء بحث اجتماعي أو الإستعانة بخبرة طبية.**

**4 – فتح ملف للزواج بالمحكمة ، يحتفظ فيه بجميع الوثائق اللازمة للزواج، للرجوع إليها عند الحاجة، وتسليم المعنى بالأمر لإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج بتوثيق عقد الزواج أمام العدلين.**

<sup>6</sup> أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني "النوازل الصغرى" الجزء الثاني. مطبعة فضالة المحمدية 1992. ص: 276.

<sup>7</sup> "إن السن القانوني للشخص هو الذي يؤخذ لزوما من دفتر الحالة المدنية، ولا يمكن للمحكمة أن تعتبر السن المثبت في أي شهادة أخرى... والتاريخ المعتبر في أهلية النكاح هو ساعة إبرام العقد، لا ساعة الدخول" قرار المجلس الأعلى الصادر في : 1968/11/15، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. عدد : 6، ص : 52.

والملاحظ أن المشرع نص في المادة 65 من المدونة على أنه : " يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط... " ويبدو أن هذا الإجراء – التأشير على الملف – يمكن الإستغناء عنه، مادام أن القاضي لا يمنح الإذن بتوثيق عقد الزواج لدى العدلين، إلا بعد الإطلاع على مختلف وثائق الملف والتأكد من توفر الشروط المطلوبة قانوناً، كما أنه سيحتفظ بالملف على الوثائق المدلى بها وكذلك نسخة من الإذن المسلم للمعني بالأمر، وهو موقع عليها من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج. وعموماً حتى إذا أردنا التمسك بحرفية النص القانوني، فإنه يمكن الإكتفاء بتوقيع القاضي على واجهة ملف مستندات الزواج.

**5 – إمكانية اتفاق الزوجين على طريقة خاصة لتنظيم مواردهم المالية و ممتلكاتهم المتحصلة خلال فترة الزواج بمقتضى عقد خاص يتضمن اتفاقهما، ويمكن الرجوع إليه عند وجود أية منازعة. وتجدر الإشارة إلى أن هذا العقد يجب تحريره – عند اتفاق الطرفين – بشكل مستقل عن عقد الزواج، كما أن العقد المذكور لا يمس بالمبدأ العام الذي أخذ به المشرع والمتمثل في استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين .<sup>٧</sup>**

## **6 - الولاية :**

" الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها" المادة 24.

" للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها" المادة 25.

وهذا توسيع للاتجاه الذي تم الأخذ به عند تعديل مدونة الأحوال الشخصية في سنة 1993 ،

والذي كان قد سمح للراشدة التي لا أب لها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض في ذلك... والولاية قسمين : ولاية إجبار وولاية اختيار أو ولاية الشركة، ففي الأولى يستبد الولي بإنشاء عقد الزواج على المولى عليها، وأما الولاية الثانية فتثبت على البالغة العاقلة، لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، ولذلك تسمى ولاية الإختيار أو الشركة، ويسميتها الإمام أبي حنيفة بولاية الإستحباب، وجعلها حقاً للمرأة الرشيدة العاقلة دون غيرها ليخلص إلى أنه " إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز"<sup>٨</sup>، لأن اشتراط الولاية سنة لا فرض"<sup>٩</sup>، انطلاقاً من قوله تعالى : " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف" (سورة البقرة ، الآية 939) .<sup>١٠</sup>

## **7 – التعدد :**

يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها (المادة 40).

- وبالتالي لا بد من تقديم طلب الإذن بالتعدد للمحكمة.
- ولا بد لقبول طلب الإذن بالتعدد من إثبات المبرر الموضوعي الإستثنائي لذلك، وتوفير المعنى بالأمر على الموارد الكافية لإعالة الأسرتين.
- وتبت المحكمة في الطلب بغرفة المشورة بحضور الطرفين، مع محاولة الإصلاح والتوفيق بينهما (بعد استدعاء الزوجة).
- في حالة رفض الزوجة وإصرار الزوج على التعدد، هناك حالتان :
  - إذا طلبت الزوجة التطلاق: تحدد المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الإنفاق عليهم، ويتعين على الزوج إيداع هذا المبلغ داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام، فتصدر المحكمة حكماً بالتطلاق.
  - أما إذا لم تطلب الزوجة التطلاق ولكنها ترفض التعدد، فإنه يتعين تطبيق مسطرة الشقاق (المادة 45 والمواد 94 إلى 97).

<sup>٧</sup> "مدونة الأسرة بين الإجتهد والنص القانوني" سعاد ررائم . مكتبة الأمة 2004. ص : 51.

<sup>٨</sup> "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" ابن رشد. الجزء الثاني . ص : 11.

<sup>٩</sup> نفس المرجع السابق والصفحة

<sup>١٠</sup> "وهذا على خلاف بعض الآراء الفقهية بحكم قدمها ورسوخها بطول فترة التطبيق والممارسة، يعتقد أنها محل إجماع وثابته بنصوص قطعية... لكن الواقع غير ذلك، فهي آراء اجتهادية... كما في الولاية على المرأة في الزواج" يراجع : "كلمة حول تأصيل المقترضات الجديدة لمدونة الأسرة" أحمد الخليلي. سلسلة شرفات ص: 128

- وفي حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد إلا بعد إشعار المراد التزوج بها بأن المعني بالأمر متزوج بغيرها، ورضاها بذلك وذلك من طرف القاضي، مع تضمين الإشعار ورضاها في محضر رسمي (المادة 46 من المدونة)، إلا أن السؤال الذي يطرح هنا هو كيفية أو طريقة إشعار المراد الزواج منها بأن خاطبها متزوج من غيرها؟ فهل يتعين استدعاؤها من طرف القاضي؟ أم يكتفى بتكليف طالب التعدد بإحضارها؟ ومن هو القاضي المختص بذلك؟ هل الذي منح الإذن بالتعدد أم ذلك الذي يوجد بدائرة محكمته محل إقامة المراد التزوج بها؟ نعتقد أنه يمكن أن يتم إشعار الزوجة من طرف المحكمة خلال البث في طلب التعدد وتسجل ذلك في محضر الجلسة - خاصة إذا كان هناك اتفاق بين الزوجة الأولى والمراد التزوج بها وحضرا معا لجلسة المحكمة. وهذا فيه تيسير للعمل وتبسيط للإجراءات وربما يساهم في تعرف كل من الزوجة الأولى والمراد التزوج بها إحداها على الأخرى، أما إذا لم تحضر هذه الأخيرة بجلسة المحكمة، فإنه يتعين أن يتم إشعارها من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج في محضر رسمي يشير فيه - بعد التأكد من هوية المعني بالأمر -

إلى إشعارها بأن خاطبها متزوج من غيرها وموافقها الصريحة على ذلك، ونرى ضرورة توقيع المحضر من طرف المعنية بالأمر وكاتب الضبط والقاضي. ولكن أين يحتفظ بهذا المحضر؟ يبدو أنه يتعين الإحتفاظ بهذا المحضر ضمن ملف مستندات الزواج، ولهذا فإن الإختصاص بإشعار المراد التزوج بها - وفق ما سبق - يكون منعقدا لقاضي الأسرة المكلف بالزواج بالمحكمة التي يرغب الطرفان في إبرام وتوثيق عقد الزواج لدى عدلين بدائرتها.

- وفي ختام هذه النقطة، يمكن طرح التساؤل التالي :

هل يمكن لمن حصل على إذن بالتعدد ثم قام بطلاق زوجته الأولى أو الثانية، أن يعقد الزواج مع امرأة أخرى استنادا على نفس الإذن بالتعدد الممنوح له - سابقا - عند زواجه بالثانية (التي طلقها)؟ على اعتبار أن حصوله على ذلك الإذن يعني توفره على شروط التعدد، ولأن الإذن لا يرتبط باسم المراد التزوج بها؟ لا نرى مجالا للعمل وفق هذا الإتجاه، ونعتقد بضرورة حصول هذا الشخص على إذن جديد بالتعدد، للتأكد من توفر شروط التعدد، لأنه قد تكون موافقة الزوجة الأولى على التعدد كانت بناء على شخصية المراد التزوج بها (والتي طلقت فيما بعد)، وربما هي الآن لا توافق له على التعدد والزواج من المرأة الجديدة، ثم إنه - كذلك - مع المدة قد تتخلف تلك الشروط التي سمحت بالإذن له - في المرة الأولى - بالتعدد، كالكفاءة المادية (مثل حالة عزل موظف أو ظهور ديون كثيرة على المعني بالأمر وانخفاض مداخيله، أو افلاسه... إلخ).

## 8 - تدخل النيابة العامة من أجل إرجاع الزوج (أو الزوجة) :

المطرود من بيت الزوجية دون مبرر، إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته (المادة 53).

هذا وينبغي التذكير، بأن المشرع، نص على أن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المدونة<sup>11</sup> (المادة 3) وبالتالي يطرح التساؤل حول ما إذا كان يتعين حضورها في جميع الجلسات - عند البث في الطلبات المقدمة لتطبيق مقتضيات المدونة - أم أنه يمكن الإكتفاء بمسئلتجاتها الكتابية؟ وهل يمكنها أن تتقدم بأي طلب في إطار المدونة ولو دون موافقة الزوجين أو أحدهما؟ ثم هل يحق لها سلوك طرق الطعن ضد جميع الأحكام الصادرة في موضوع المدونة؟

إن نص المادة 3 المذكورة، جاء بشكل مقتضب ولا يعطي أي جواب عن هذه الأسئلة، مما يستوجب الرجوع إلى مقتضيات قانون التنظيم القضائي وكذا الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 03-72 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5184 في : 2004/02/05، والذي ينص على أنه " - يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية :

- 1 - .....
- 2 - القضايا المتعلقة بالأسرة .....

<sup>11</sup> للمزيد يراجع : " دور النيابة العامة ووظيفتها أمام القضاء المدني في التشريع المغربي " الحسني فاطمة مجلة الملحق القضائي العدد : 14 ص : 104 و ما يليها.

**9- إثباتات الزواج :** إن الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج هي وثيقة عقد الزواج (المادة 16) مع استثناء لفترة لا تتجاوز خمس سنوات، يمكن خلالها ولأسباب قاهرة سماع دعوى الزوجية مع اعتماد سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. وهذا بالطبع بمقتضى دعوى تبث فيها محكمة الموضوع.

وهنا يطرح السؤال حول ما إذا كانت المحكمة ستعطي إذن بإقامة بينة بثبوت الزوجية أمام العدول، أم أنها ستصدر حكماً يقضي بثبوت الزوجية بين الطرفين؟ نعتقد أنه ما دام أن الأمر أصبح معروفاً على المحكمة ومن اختصاصها، واعتباراً لكون الإستماع إلى الشهود يجب أن يتم من طرف القاضي وبعد أداء اليمين القانونية، كما أن المحكمة قد تستند في قضائها على شهادة الشهود، وبالتالي لا معنى لإعادة الإستماع إليهم من طرف العدول بعد ذلك ودون أداء اليمين، مما يعني أن المحكمة ستصدر حكماً إما بثبوت الزوجية بين الطرفين أو بعدم ثبوت ذلك. لكن هل يتعين أن تستمع المحكمة إلى اثني عشر شاهداً، أم أنها تستمع للشهود ولو كان عددهم يقل عن ذلك بكثير؟ يجد هذا السؤال سنده في أن الأصل في الشهادة أن تتم من طرف شاهدين عدلين، وجرى العمل لدى فقهاء المغرب بقبول شهادة اللفيف (والذي يتكون غالباً من اثني عشر شاهداً) عند تعذر وجود شاهدين عدلين.

يبدو، أنه ما دام المشرع قد سمح للمحكمة باعتماد سائر وسائل الإثبات - ومن ضمنها بالطبع شهادة الشهود - فإن شرط العدد - أي اثني عشر - لم يبق له محل وليس له سند، ما دام أن المشرع لم يشترطه، وما دام أنه يمكن حتى إثبات الزوجية بوسائل أخرى، وعدم الإلتجاء إلى شهادة الشهود أصلاً. ونشير هنا إلى أن المشرع سمح كذلك باللجوء إلى الخبرة، واعتمادها لإثبات الزوجية، مع العلم أن الخبرة هي من إجراءات التحقيق في الدعوى، وليست من وسائل الإثبات. لكن كيف يمكن إثبات الزوجية بواسطة الخبرة، خاصة إذا لم يكن هناك حمل أو أبناء، لم تكن هناك وسيلة إثبات أو حتى قرائن تعززها؟ وفي الأخير فإنه يمكن إجمال شروط قبول سماع دعوى الزوجية في الآتي :

- وجود أسباب قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج في وقته من طرف عدلين، مع إثبات هذه الظروف، و إن كانت نادرة في الوقت الحالي<sup>11</sup>.
- أن تكون الزوجية قد تمت بين الطرفين خلال مدة لا تتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ وهو 05 فبراير 2004

لكن هل يشترط            فر سن الزواج لكل من الطرفين عند إبرام الزواج؟ وما العمل إذا لم يكن أحدهما أو كلاهما متوفراً على سن الزواج آنذاك؟ أو كان الزوج متزوج بأخرى؟ ولم يكونا متوفرين على إذن بالزواج لمن لم يبلغ سن الزواج في الحالة الأولى، ولم يكن الزوج يتوفر على إذن بالتعدد في الحالة الثانية؟ وكذلك الشأن في حالة الزواج المختلط؟

يبدو أنه احتراماً لمقتضيات نصوص المدونة، وخاصة المواد : 19، 20، 21، 41، و 65 وتفادياً لاستعمال هذه الطريقة لغرض الأمر الواقع والتملص من الحصول على الوثائق والأذن اللازمة، ولربما حتى في حالة رفض الجهات المختصة تسليم هذه الوثائق أو الأذن. وبالتالي - ومعاملة لهؤلاء بنقيض القصد - يتعين استلزام حصولهم على هذه الأذن والوثائق حتى في هذه الحالة، كالإذن بزواج من لم يبلغ السن القانوني والإذن بالتعدد عند توفر شروطه، وكذا شهادة الكفاءة في الزواج، ويشار فيها إلى أنها سلمت لإقامة ثبوت الزوجية مع الطرف الآخر. مع ضرورة إرفاق هذه الوثائق مع المقال المقدم إلى المحكمة لإثبات الزوجية.

-ويطرح التساؤل هنا حول مدى امكانية اقامة ثبوت الزوجية بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، خاصة إذا كان الزواج تم بدول الإقامة و نتج عنه وجود ابناء، وما هي المحكمة المختصة للبت في الطلب ؟

## **10 - الوكالة في الزواج :**

- اعتباراً لأهمية عقد الزواج والآثار والالتزامات التي تترتب عنه، فإن المشرع نص صراحة أنه يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، إلا أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي يؤشر على الوكالة وذلك عند وجود ظروف خاصة تبرر ذلك، وتحرير الوكالة في ورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الموكل فيها، وأن يكون الوكيل راشداً ومتمتعاً بكامل أهليته المدنية مع تضمين الوكالة الهوية الكاملة للزوج الآخر ومواصفاته، وكل

<sup>11</sup> 1- " لا تسمح دعوى الزوجية اعتماداً على البينة إلا بصفة استثنائية- يجب على المحكمة أن تبين حالة الاستثناء وإلا تعرض حكمها للنقض" قرار المجلس الأعلى عدد 87 الصادر في 25 صفر 1392 في الملف الإجتماعي رقم 37820 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية 1965-1989- ص: 190 وجاء في القرار عدد : 28 صادر عن المجلس الأعلى في 16/03/1977، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 28 ص: 144 " إذا جاز بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها، فيجب على القاضي أن يعلل صفة الاستثناء بتعليل مقبول".

المعلومات التي يراها ضرورية وكذا قدر الصداق والشروط التي يريد إدراجها في العقد، وتلك التي يقبلها من الطرف الآخر.

والملاحظ أن المشرع تحدث عن إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج ثم نص في آخر المادة 17 على أن القاضي يؤشر على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة. فهل يكفي بالتأشير أم لا بد من إصدار إذن في الموضوع؟

بالنسبة لهذه النقطة، فإننا نرى ضرورة فتح ملفات في الموضوع بكتابة ضبط قاضي الأسرة المكلف بالزواج، يحتفظ فيها بصورة لرسم الوكالة المذكور (وكذا مختلف الوثائق التي يراها ضرورية للتأكد من توفر الشروط المطلوبة أعلاه) بالإضافة إلى جميع الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 65 ويجمع الكل في ملف واحد المتعلق بعقد الزواج والذي يضمن في السجل الخاص بالزواج المفتوح بكتابة الضبط، ويؤشر القاضي على عقد الوكالة المدلى به - عند توفر الشروط المذكورة - وذلك بوضع توقيعه وطابع المحكمة عليها بالإضافة إلى التاريخ، ثم يسلم بعد ذلك الإذن للمعني بالأمر بتوثيق عقد الزواج المنصوص عليه في المادة 65. وذلك تقاديا للإكثار من عدد الأذون، وتبسيط الإجراءات، ولأن غاية المشرع هي فقط التأكد من توفر شروط قبول الوكالة في الزواج، وهذا يتحقق من خلال دراسة الملف من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج، والذي يؤشر عليها ثم يعطي الإذن بتوثيق عقد الزواج. وينبغي التذكير هنا بأن القوانين الداخلية لبعض الدول تستوجب حضور الطرفين معا عند إبرام عقد الزواج، وتمنع الوكالة في الزواج، كما هو الحال في القانون الإسباني. ولذلك لا يتردد قضاء هذه الدول في التصريح ببطلان عقود الزواج التي تعرض عليه إذا كانت قد أبرمت بمقتضى الوكالة. وفي هذا الإطار، هل يحق لقاضي الأسرة المكلف بالزواج الإمتناع عن التأشير على عقد الوكالة الذي يستجمع الشروط المنصوص عليها في المادة 17 أعلاه، بعلّة أن أحد طرفي العقد ينتمي لبلد (أو يحمل جنسية بلد) يمنع قانونه إبرام عقد الزواج بواسطة وكيل، أو لأن الطرفين معا مغربيين، ولكن يرغبان في الإدلاء بعقد الزواج لدى سلطات إحدى هذه الدول أو يقيمان بهذه الدولة؟

نعتقد أن نص المادة 17 من المدونة، لا يسعف بمثل هذا القول، لأن المشرع لم يشترط ذلك في قبول الوكالة في الزواج، إلا أنه، وتقاديا للأثار الخطيرة التي قد تترتب في مثل هذه الحالات وربما ضياع حقوق الناس والمس باستقرارهم، فإنه يتعين على قاضي الأسرة المكلف بالزواج إشعار المعنيين بالأمر في مثل هذه الحالات، بهذه المعطيات حتى يكونوا على بينة من الأمر، وإذا تمسكوا بإبرام عقد الزواج بمقتضى الوكالة المذكورة، فإنه يؤشر عليها رغم ذلك احتراماً لإرادة الأطراف والمشرع كذلك.

مع التذكير بأن المشرع المغربي، ولأول مرة، نص على مقتضيات خاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، وسمح لهم بإبرام عقود زواجهم وفقاً للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، عند توفر شروطه المنصوص عليها في المدونة - دون ضرورة توثيقه من طرف عدلين - ولكن مع حضور شاهدين مسلمين وإيداع نسخة من عقد الزواج المذكور لدى المصالح القنصلية المغربية وعند عدم وجودها للوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية خلال أجل ثلاثة أشهر من إبرامه. وذلك وفقاً لمقتضيات المادتين 14 و 15 من المدونة، إلا أنه لم يتم التعرض في المادة المذكورة إلى الآثار التي تترتب عن عدم احترام هذه المقتضيات، وخاصة عدم إرسال نسخة من عقد الزواج إلى الجهات المحددة في هذه المادة - عدم إرسالها - بالمرّة، أو إرسالها بعد انصرام أزيد من ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج؟ نعتقد أنه أمام عدم النص صراحة على أثر ذلك، وبالنظر لسماع المشرع بإبرام عقد الزواج وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة، وباعتبار أن الأصل هو الإباحة، وبالتالي فإن عدم إرسال النسخة إلى الجهات المذكورة أو إرسالها بعد فوات الأجل المحدد، لا يترتب عنه أي أثر، ولا ينقص من القوة الثبوتية للعقد المبرم بين الطرفين، اللهم ضرورة تذييله بالصيغة التنفيذية أو المصادقة على إمضاءات الموقعين عليه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية أو الثنائية حتى يمكن الإحتجاج به لدى المصالح الإدارية والقضائية بالمغرب.

**11-** نص المشرع في المادة 68 من المدونة على ضرورة توجيه ملخص عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ الخطاب عليه<sup>13</sup> وذلك على خلاف ما نص عليه في المادة ..... من القانون 99/37 المتعلق بالحالة المدنية، التي تستوجب توجيه نسخة أو نظير عقد الزواج أو الطلاق ... إلى ضابط الحالة المدنية. والإختلاف واضح بين النظير والملخص. ونرى أنه يتعين العمل وفق مقتضيات المادة 68 من المدونة،

أو توجيه الملخص إلى ضابط الحالة المدنية وليس نظير من العقد، وذلك على اعتبار أن مدونة الأسرة صدرت بعد تاريخ صدور القانون المتعلق بالحالة المدنية، مما تعتبر معه مقتضياتها قد نسخت المقتضيات المنظمة لنفس الموضوع في القانون السابق، عملاً بمبادئ قانون الالتزامات والعقود في الإلغاء الضمني المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون الالتزامات والعقود. ونشير في الأخير إلى أنه يتعين أن يتضمن الملخص جميع البيانات المتعلقة بالزوجين؟؟ وذلك حتى يتمكن ضابط الحالة المدنية من تضمينها في السجلات التي أعدتها لهم وزارة الداخلية في الموضوع.

<sup>13</sup> أما إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فيتعين توجيه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.



## 12- ما يجب أن يتضمنه عقد الزواج :

تعرض المشرع في المادة 67 من مدونة الأسرة للبيانات التي يجب أن يتم تضمينها بعقد الزواج، ولعل من أهمها : ضرورة الإشارة إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين، وهي تكرر لما ورد ذكره في الفقرة الأخيرة من المادة 65 من المدونة<sup>14</sup> والتي كانت أكثر تفصيلا، بحيث أوجبت إرفاق التصريح الصادر عن أي من الخطيبين، بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه، وهذا من شأنه الحد من الكثير من التجاوزات التي كانت تحدث في هذا الموضوع.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه، قد يدلي الخاطب، برسم زواجه السابق وبشهادة وفاة زوجته لإثبات أنه أرمل. (كما هو ثابت كذلك بالشهادة الإدارية للخاطب). فهنا يجب الإنتباه إلى رسم الزواج – أي المدلى به – إذا كان قد أشير به إلى أن هذا الشخص متزوج، فهذا معناه أنه كان في حالة (أو وضعية التعدد) خاصة بالنسبة لعقود الزواج المبرمة قبل اشتراط المشرع للإذن في حالة التعدد، أي قبل صدور ظهير (1993/09/10). وبالتالي يتعين عليه إثبات انتهاء علاقته بالزوجة الأولى عن طريق الإدلاء برسم طلاقها منه أو رسم زواجه بها و شهادة وفاتها (إذا كانت متوفية) أو إذن بالتعدد إذا كانت لا زالت في عصمته...

## ثانيا : الشقاق

\* إذا وجد أحد من الزوجين أنه يتعذر عليهما حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، فإنه يحق له أن يتقدم بطلب للمحكمة التي تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين، وتجري المناقشات بغرفة المشورة وبحضور الطرفين، مع استعانة المحكمة بمن ترى فائدة في الإستماع إليه، كما لها اتخاذ جميع الإجراءات بما فيها انتداب حكيم أو مجلس العائلة أو أي شخص تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، مع ضرورة إجراء محاولتين للصلح من طرف المحكمة تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما في حالة وجود أطفال (المادتين 94 و 82). وللإشارة فهذه الإمكانية – تقديم دعوى أو طلب للمحكمة لحل نزاع يخاف منه الشقاق – هي من أهم مستجدات المدونة: وتجد سندها في قوله تعالى : "" و إن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً "" (سورة النساء الآية : 35). \* وفي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، فإن المحكمة تثبت ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات، مراعية مسؤولية كل واحد منهما عن الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، مع ضرورة البث في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز سنة أشهر من تاريخ تقديم الطلب (المادة 97).

## ثالثا : حقوق الأطفال

\* تم التنصيص في المدونة على حقوق أساسية للأطفال على أبويهم في المادة 54، وذلك سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الوالدين أو حتى حين وفاة أحدهما أو كلاهما وكذا في حالة انتهاء العلاقة بينهما لأي سبب كان، مع التنصيص على ضرورة توفير رعاية خاصة للأطفال المصابين بإعاقة وتكليف النيابة العامة – بما لها من سلطات وإمكانيات – بالسهر على مراقبة تنفيذ هذه الأحكام.

\* كما تم التأكيد على أن البنية بالنسبة للأم والأب تعتبر شرعية إلى أن يثبت العكس (المادة 143)، كما أن النسب يثبت بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي (المادة 151)، ثم إنه إذا نتج عن الإتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل، ويثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا (المادة 155)، كما أنه إذا ظهر حمل بالمخطوبة وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، فإنه يتسبب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 وهي :

1. إشتهار الخطبة بين أسرتي الطرفين ووافق ولي الزوجة عليها عند الإقتضاء،
2. أن يكون الحمل قد تم خلال الخطبة،
3. إقرار الخطيبين أن الحمل منهما – وفي حالة إنكار الخاطب لذلك – امكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب ويتم ذلك بمقتضى مقرر قضائي غير قابل للطعن<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> ويبدو أن المكان الطبيعي لهذه المقتضيات هو المادة 68 التي خصصها المشرع لمضمون عقد الزواج، في حين جاءت الفقرة الأخيرة في المادة 65 المذكورة نشازا مع الفقرات السابقة من نفس المادة.

<sup>15</sup> للمزيد يراجع "حقوق الطفل في القانون المغربي" صقلي حسين محمد، مجلة حسين محمد، مجلة الملحق القضائي العدد 15 ص: 85 وما يليها.

## رابعاً : الحضانة

\* الحضانة تقتضي حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه، وهي من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة (المادتين 163 و 164).

\* ولعل أهم جديد جاء في المدونة، هو أنه أصبح من حق المحكمة اختيار من تراه صالحاً للحضانة سواء من أقارب المحضون أو غيرهم وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك.

\* هذا وقد تم النص صراحة في المدونة – المادة 166 – على أن الحضانة تستمر إلى حين بلوغ سن الرشد القانوني للذكر و الأنثى على حد سواء، مما سيضع حداً للكثير من النقاش والإختلاف الذي كان حاصلًا حول الموضوع.

\* كما تم رفع السن التي يحق فيها للمحضون اختيار من يحضنه (ولكن فقط من أبيه أو أمه) حين بلوغه الخامسة عشر سنة من العمر فأصبحت الأنثى – خلاف ما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية سابقاً والتي كانت تحدد لها سن 12 سنة – أصبحت الأنثى والذكر على حد سواء بالنسبة لسن اختيار الحاضن.

\* أجره الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة، كما أنها تعتبر مستقلة في تقديرها عن تكاليف سكنى المحضون.

ولعل من أهم مستجدات المدونة في هذا الموضوع، هو عدم إفراغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون<sup>16</sup>، مع وجوب تحديد المحكمة للإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه، مثل إلزام الأب بتقديم بكفالة مالية أو شخصية لذلك، أو إجراء حجز على البعض من أمواله، أو إمكانية الإقتطاع من المنبع الذي يحصل منه على الدخل (مثل الراتب أو الأجر) ... إلخ (المادة 168).

\* ثم إنه يمكن للمحكمة إعادة النظر في الحضانة متى ثبت أن ذلك في مصلحة المحضون (المادة 170).

\* هذا وقد تم النص صراحة في المادة 175 على أن زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها، - إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراقها، وكذا إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم، أو كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون، أو كانت هي نفسها نائبة شرعياً للمحضون، وذلك بالطبع تحت رقابة القضاء وسلطته التقديرية. مع الإشارة إلى أن زواج الأم الحاضنة يعني الأب من تكاليف سكن المحضون وأجره الحضانة، على خلاف النفقة، التي تبقى واجبة على الأب.

(( لكن هل يمكن إلزام الأب بتكاليف سكن المحضون وواجب أو أجره حضانتها، إذا ما طلقت الأم بعد ذلك ))؟ هذا، وإن انتقال الحاضن للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يترتب عنه سقوط الحضانة إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب ذلك، للحفاظ على مصلحة المحضون مع مراعاة الظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي (المادة 178)<sup>17</sup>. أما إذا كان الأب أو الولي هو الذي انتقل إلى بلدة أخرى فلا يحق له أن يتدرج بالعسر الذي نتج عن انتقاله لإسقاط الحضانة<sup>18</sup>.

كما أنه للمحكمة اتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزيارة أو إسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الإتفاق أو المقرر المنظم للزيارة (المادة 184).

وتجدر الإشارة إلى أن من ادعى انعدام شروط الحضانة فعليه إثبات ما يدعيه، وفي حالة اختلاف الحجج وتعارضها، فإنه يعمل بقواعد الترجيح المعمول بها فالفقه، والتي من أهمها: "أن شهادة التعديل أولى في الأخذ بها من شهادة الترجيح"<sup>19</sup>. وبالإضافة إلى ما سبق فإن الحضانة حق للحاضن، إذا أسقطها تسقط، كما يلزمه تنازله عنها<sup>20</sup>، كما

<sup>16</sup> وهو الإتجاه الذي سبق أن تبناه المجلس الأعلى في قراره عدد 1527 الصادر بتاريخ 2000/10/11 في الملف المدني عدد:

00/2/3/438، والذي جاء فيه "إذا كانت الحاضنة تستمد شرعية وجودها أثناء عدتها بيت الزوجية الذي هو في ملك زوجها من الأمر القضائي، فإن بقاءها

بمزل مطلقاً باعتبارها حاضنة لمحضوناتها الأربع لا يمكن أن يوصف تلقائياً بالإحتلال دون التحقق من أن قاضي التوثيق قد حدد سلفاً في أمره بالنفقة مبلغاً خاصاً

بأجرة المسكن للمحضونات أو هياً لمن مسكنها مناسباً لحالته المادية تمثيلاً مع الأهداف التي توخاها الفقه والقانون في هذا المجال". قرار منشور بمجلة القضاء والقانون

العدد 146 ص: 119-122، يراجع كذلك القرار عدد 807 الصادر بتاريخ 1992/07/14. الإجتهااد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية ص: 89.

<sup>17</sup> - "مدار سقوط الحضانة وعدم سقوطها مرتبط بعسر مراقبة الولي لأحوال محضونه أو عدمه" قرار المجلس الأعلى عدد: 87 الصادر في 1967/12/05

بمجموعة قرارات المجلس الأعلى ومادة الأحوال الشخصية 1965. 1989. ص: 76.

- إذا استوطنت الحاضنة بلداً يعسر فيه على الولي مراقبة المحضون أمكن أن يطلب إسقاط الحضانة عنها. ومسألة عسر أو يسر المراقبة مسألة واقع يستقل

بتقديرها قضاة الموضوع: "القرار عدد 150 الصادر في 1972/06/26. نفس المرجع السابق ص: 209 وفي نفس الإتجاه - قرار المجلس الأعلى عدد: 118

بتاريخ 1970/06/30. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 21 ق: 28

<sup>18</sup> - قرار المجلس الأعلى رقم 1 الصادر بتاريخ 1980/01/21 في الملف الإجتماعي رقم 76572 نفس المرجع السابق ص: 242.

<sup>19</sup> - قرار المجلس الأعلى رقم 90 الصادر بتاريخ 1982/02/09 في الملف الإجتماعي رقم 91777 نفس المرجع السابق ص: 356.

أن قيام أحد الأبوين بتغيير وضعية المحضون، بأخذه من الحاضن دون سلوك الطرق القانونية لتغيير الوضعية يضيء على النزاع صيغة الإستعجال<sup>٢١</sup>.

## خامسا : الطلاق

\* الطلاق هو حل ميثاق الزوجية بطلب من أحد الزوجين و لا يلجأ إليه إلا استثناء وعند الضرورة، واستمالة استمرار العلاقة الزوجية، وذلك وفق شروط محددة وتحت رقابة القضاء.

\* أصبح من اللازم تقديم طلب الطلاق للمحكمة التي تبت فيه بغرفة المشورة، وتقوم بمحاولات

لإصلاح ذات البين وتحقيق التوافق بين الزوجين،

\* تم تحديد المحكمة التي يجب تقديم الطلب إليها، بشكل يمنع كل تحايل من أحد الأطراف ويراعي مصلحة الأسرة، حيث يقدم الطلب لمحكمة مكان وجود بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو المحكمة التي أبرم فيها عقد الزواج وذلك مع مراعاة هذا الترتيب ( المادة 79).

\* تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح بينهما، وعند وجود أطفال لا بد من إجراء محاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما.

\* إذا ثبت أن الزوج أدلى بعنوان غير صحيح للزوجة – لأجل التحايل – طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة.

\* عند تعذر الصلح، تم تحديد أجل أقصاه ثلاثون يوما لإيداع الزوج المبلغ الذي حددته المحكمة لأداء مستحقات الزوجة و الأطفال الملزم بالإفناق عليهم.

\* هذا وتشمل مستحقات الزوجة مؤخر الصداق إن وجد و نفقتها خلال العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه، بالإضافة إلى واجب كراء سكاها خلال العدة عند تعذر بقائها في بيت الزوجية أو في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج.

إلا أنه في جميع الأحوال لا يتعين تليخيص العلاقات الزوجية أو قياسها على أساس هذه المستحقات المادية، فهي في جميع الأحوال لا تشكل تعويضا كاملا للزوجة عن الأضرار اللاحقة بها من الطلاق، وكذلك الزوج كما لا يجب أن يكون مبالغا فيها بشكل قد يجعل الزوج يتراجع عن الطلاق، وتتحول العلاقة بين الطرفين إلى جحيم و يحاول أحدهما الإنتقام من الآخر أو إتقال كاهله بنزاعات و دعاوى، كم هما في غنى عنها، بل وقد يكون الضحية هم الأبناء.

\* بعد إيداع المبالغ تأذن المحكمة للزوج بتوثيق الطلاق لدى عدلين داخل دائرة نفوذ المحكمة. (( لكن هل يتعين حضور الزوجة لهذا الإشهاد لدى العدلين؟ وكيف يتم إشعارها بذلك خاصة عند عدم حضورها للجلسة التي منحت فيها المحكمة الإذن للزوج؟)).

لم تتعرض نصوص المدونة لهذه النقطة، ونرى أنه يتعين إعلام الزوجة في حالة حضورها للجلسة التي قررت فيها المحكمة الإذن للزوج بالإشهاد بطلاق زوجته – إعلامها بأسماء العدلين الذين اختارهما الزوج لتلقي الإشهاد بالطلاق، وتاريخ ذلك مع الإشارة لكل ذلك في الإذن. أما إذا لم تحضر في الجلسة المذكورة، فإنما ضرورة تعيين الجلسة التي سيدرج بها الملف – في انتظار التوصل بنسخة رسم الطلاق – واستدعاء الزوجة (المطلقة) لحضورها، وكذا لحيازة أصل رسم الطلاق، وذلك – بالطبع – دون الحاجة لإستدعائها للحضور لدى العدلين عند الإشهاد بالطلاق، ما دام أنه تم استدعاؤها لجلسات المحكمة وفق عدة وسائل (المقررة في المدونة)، ولأن العدلين يكتفيان بتلقي الإشهاد بالطلاق من الزوج وتسجيل صدوره منه.

\* بعد خطاب القاضي على رسم الطلاق يوجه نسخة منه للمحكمة التي أصدرت الإذن والتي تصدر قرارا معللا في الموضوع (المادة 88).

\* في حالة التطبيق للضرر، فإنه يحق للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

\* وتجدر الإشارة إلى أن كل إخلال بشرط من الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج يعتبر ضررا مبررا لطلب التطبيق.

\* يتعين البت في دعاوى التطبيق لإخلال بشرط في عقد الزواج أو للضرر أو لعدم الإفناق أو للعيب أو الإيلاء والهجر بعد القيام بمحاولة الصلح خلال أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة (المادة 113).

٢٠ – قرار المجلس الأعلى عدد : 296 الصادر بتاريخ 1978/07/05، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد : 129 ص : 112.

٢١ – القرار عدد 735 الصادر بتاريخ : 1984/11/26، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 55. ص : 94.

\* لعل من أهم الوسائل لإنهاء العلاقة الزوجية، هو الاتفاق الذي يمكن أن يتوصل إليه الطرفان، والذي يحددان بمقتضاه واجبات والتزامات كل واحد منهما، وقد تم التنصيص عيه صراحة في المدونة (المادة 114). وهذا يجد سنداً تاماً في قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" (سورة البقرة الآية 229)، وكذا ما ورد في السنة النبوية الشريفة.

\* كما أن من بين مستجدات المدونة، إنه في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع واختلافهما حول المقابل، يمكنهما اللجوء للمحكمة التي تقوم بتقدير مبلغ الخلع وذلك بعد محاولة الإصلاح بينهما<sup>٢٢</sup>.

\* هذا وإنه في حالة عرض النزاع بين الزوجين على المحكمة وتعذر المساكنة بينهما، يحق للمحكمة اتخاذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة للأطفال و الزوجة تلقائياً أو بناء على طلب، وتنفيذ تلك التدابير فوراً على الأصل عن طريق النيابة العامة وقبل البت في الموضوع.

\* ونشير في الأخير إلى أنه يطرح التساؤل حول الوقت الذي يحق فيه للزوجة سحب أو تسلم أصل رسم الطلاق وكذا المستحقات المترتبة عن الطلاق، هل من تاريخ الإيداع بصندوق المحكمة؟ أم من تاريخ الإشهاد بالطلاق لدى العدلين؟ أم عند رجوع رسم الطلاق بعد الخطاب عليه من طرف القاضي وضمه للملف المفتوح بالمحكمة؟ أم إلى حين صدور الحكم من المحكمة في موضوع الملف ككل؟ أو يتعين انتظار صيرورة الحكم المذكور نهائياً، ما دام أنه قابل للإستئناف في هذا الشق؟

- بالنسبة لرسم الطلاق، فإنه يحق للزوجة الحصول على أصل عقد الطلاق بمجرد الخطاب عليه من طرف قاضي التوثيق (وذلك خلال خمسة عشر يوماً الموالية لتاريخ الإشهاد بالطلاق لدى العدلين)، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 140 من المدونة<sup>٢٣</sup>.

- أما بالنسبة لمستحقات الزوجة و الأطفال عند وجودهم - المترتبة عن الطلاق - فإنه يلاحظ وجود مقتضيات مختلفة في النصوص المنظمة للموضوع، فالمادة 88 من المدونة تقضي بأن قرار المحكمة - الصادر بعد توصلها بنسخة وثيقة الطلاق - قابل للطعن طبقاً للإجراءات العادية، مما يعني أنه لا يمكن المطالبة بتنفيذه - في الشق المتعلق بالمستحقات - إلا بعد استنفاد طرق الطعن أو انصرام أجلها. في حين نجد الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية<sup>٢٤</sup>. ينص على أنه "يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن" ومعلوم أنه من ضمن المستحقات المترتبة عن الطلاق والتي حددها المحكمة نفقة المطلقة أثناء العدة، وكذلك نفقة الأبناء في حالة وجودهم، ثم إنه لا مبرر لعدم السماح للزوجة بسحب المستحقات المترتبة عن الطلاق إذا كان قد تم بإنفاق من الطرفين وهما اللذان حددا المقابل بتراض منهما.

## سادساً : النفقة

\* لعل من أهل المستجدات التي جاءت في المدونة أنه يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد (المادة 190). مع الإشارة إلى أن المشرع لم يرتب أي جزاء عن عدم احترام هذا الأجل، ولعل هذا يعني أنه يعتبر فقط أجل استنهاضي أو تحفيزي وليس إلزامياً. ذلك أنه يتعذر في الغالب احترام هذا الأجل، خاصة مع إشكاليات التبليغ وضرورة احترام الأجل التي تفصل بين تاريخ التوصل وتاريخ الجلسة والتي تختلف بحسب مكان تواجد المدعى عليه... بالإضافة إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع ومنح المدعى عليه أو نائبه المهلة الكافية للاطلاع على الملف (المقال والوثائق المرفقة به) وللجواب عن ذلك.

ويبدو أنه من الممكن التغلب على هذه المسألة وذلك من خلال أعمال مقتضيات الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية، والذي يقضي بأنه " ... ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة، للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الإعتماد عليها. وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه".

(( ولكن ما هي طبيعة هذا الحكم : هل هو تمهيدي أو عارض أو ماذا؟ وهل يتعين قبل إصداره، انتظار توصل المدعى عليه أو حضوره بالجلسة وهل يمكن استئنافه بشكل مستقل ولو قبل صدور الحكم الفاصل في موضوع الطلب؟))

\* ومن الجديد في هذا الموضوع - النفقة - إمكانية استئناف الأحكام المتعلقة بقضايا النفقة بواسطة تصريح، يدلي به المعني بالأمر أو نائبه لدى كتابة الضبط المحكمة المصدرة للحكم المراد استئنافه، وذلك خلال خمسة عشر يوماً (وليس

٢٢ - يراجع "طلاق الخلع واشتراط موافقة الزوج" سعد الدين العثماني - مطبعة دار قرطبة 2001 - ص : 56 وما يليها.

٢٣ - جاء في المادة 140 من مدونة الأسرة : وثيقة الطلاق حق للزوجة، يجب أن تحوزها خلال خمسة عشر يوماً الموالية لتاريخ الإشهاد على الطلاق، وللزوج الحق في حيازة نظير منها"

٢٤ - كما وقع تغييره بمقتضى القانون رقم 03 - 72 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5184 في 2004/2/5،

ثلاثين يوما الذي كان منصوصا عليه في السابق)، وفقا لمقتضيات الفصولين 134 و 141 من قانون المسطرة المدنية كما وقع تغييرهما وتتميمهما بمقتضى القانون رقم 03-72 الصادر في 05 فبراير 2004 (الجريدة الرسمية عدد : 5184).  
 \* هذا وقد تم النص صراحة على أن كل توقف عن أداء نفقة الأولاد لمدة أقصاها شهر ودون عذر مقبول، يعرض المعني بالأمر لإمكانية تطبيق عليه أحكام إهمال الأسرة المنصوص عليها في القانون الجنائي.  
 \* وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في حالة الطلاق الخلعي، يطرح التساؤل حول مدى إمكانية أو أحقية المرأة في التنازل عن نفقة أبنائها؟ وهل يمكن للمحكمة رفض هذا التنازل لتعلقه بحقوق الأبناء، خاصة إذا كانت المرأة معسرة ! ثم كيف يمكن للمحكمة معرفة حقيقة وضعية المرأة، والحال أنها أدلت للمحكمة بتنازل مكتوب وموقع من طرفها، للحصول على الطلاق، وهل يمكن للمحكمة تحديد نفقة الأبناء رغم ذلك، وفي هذه الحالة هل يتعين إيداع مبلغ النفقة – المستحقة خلال فترة العدة – بصندوق المحكمة، وتحديد طريقة أدائها، أم أنه يتم غض الطرف عنها ما دام أنه ليست هناك منازعة؟ وفي حالة تحديد النفقة الأبناء هل سيتم التحديد قبل الإذن بالإشهاد بالطلاق أم بعده؟  
 وفي هذا الإطار ذهب المجلس الأعلى إلى "أن الإلتزام بنفقة الأبناء مقابل الخلع يجوز، طالما أن المطلقة موسرة... ويلزمها ما التزمت به قبل أن تصبح معسرة، أما بعد إعسارها فنفقة الأبناء على والدهم ولو كان الخلع اختياريا، أما لو كان تحت الإكراه، فإن الزوج لا يستحق ما خولع به"<sup>٢٥</sup>

## سابعاً : النيابة الشرعية

\* لعل من أهم المقتضيات الجديدة في موضوع النيابة الشرعية، التأكيد في المادة 231، على أن صاحب النيابة الشرعية هو الأب الراشد ثم الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، فوصي الأب، ووصي الأم، فالقاضي، ومقدم القاضي. فأصبحت بذلك الأم نائبا شرعيا بقوة القانون عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته.  
 كما أنه في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة فإن هذا الشخص أو المؤسسة يعتبر نائبا شرعيا للقاصر في شؤون الشخصية ريثما يعين له القاضي مقوما (المادة 232).  
 ويقوم النائب الشرعي بالناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور، كما أن للأمم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب (المادة 236). كما أنه حتى في حالة وجود وصي للأب على الولد المحجور بالإضافة إلى الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الضرورة أو الحاجة (المادة 238).  
 \* هذا وإنه لا يخضع الولي (سواء كان الأب أو الأم) لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور<sup>٢٦</sup>، كما لا يفتح ملف النيابة الشرعية له، إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم. إلا أنه للقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبت أن ذلك في مصلحة المحجور (المادة 240).  
 ولعل هذا التجديد فيه رفع للمشقة على الأم حينما تكون قيمة أموال المحجور بسيطة، كما أن فيه حماية لأموال المحجور عندما تكون ذات قيمة كبيرة (أي تزيد عن مائتي ألف درهم)، بحيث أن المشرع أوجب في هذه الحالة فتح ملف النيابة الشرعية حتى ولو كان الولي هو الأب، وذلك لكي يكون تحت رقابة القضاء.  
 \* ثم إن قسمة مال المحجور المشترك مع الغير هي من اختصاص محكمة الموضوع، التي يقدم إليها مشروع القسمة لكي تصادق عليه بعدما تتأكد من عدم وجود حيف أو غبن على المحجور، عن طريق إنجاز خبرة في الموضوع، وذلك حتى ولو كان هناك اتفاق وتوافق بين جميع الشركاء لوجود محجور بينهم (المادة 275).

## ثامناً : الوصية الواجبة

من مستجدات المدونة في هذا الموضوع، المساواة بين أولاد الإبن و أولاد البنت الذي توفي والدهم أو والدتهم قبل أو مع وفاة جدهم، بحيث أصبح لهم الحق جميعا في الوصية الواجبة التي تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفي على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة (المادة 369)، مع مراعاة مقتضيات المادة 371 ونفس هذه الأحكام تنطبق كذلك على أولاد الإبن و إن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، ويقسم بينهم على أساس قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط (المادة 372)، وذلك دائما في حدود ثلث التركة.

<sup>٢٥</sup> - قرار عدد 816 صادر في : 14/07/1992، "الإجتهد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية" ادريس بلحمجوب ص : 47.

<sup>٢٦</sup> - وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للمقدم أو الوصي الذي يحتاج إلى إذن القاضي بالنسبة لهذه التصرفات. قرار المجلس الأعلى عدد: 546 الصادر بتاريخ :

1991/05/14. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 45 ص : 108



# الرهن الإجباري المخول للزوجة على أملاك زوجها بين قانون التحفيظ العقاري ومدونة الأسرة الجديدة

ذة. أمينة ناعمي

قاضية لدى ابتدائية صفرو

يعتبر الرهن الرسمي الإجباري نوع من أنواع الرهن الرسمي<sup>1</sup> وعرفه المشرع المغربي في الفصل 163 من ظهير 2 يونيو 1915 بأنه: «الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:...».

فالرهن الإجباري يتقرر بموجب حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة<sup>2</sup> ويصدر في غرفة المشورة بطلب من الدائنين أو الموصى لهم بدون رضى المدين وبعد الاستماع إلى النيابة العامة ويأخذ رتبته من تاريخ تسجيله بالسجل العقاري<sup>3</sup>.

فالرهن الإجباري ينطلق من النص القانوني المقرر له ودون حاجة للاتفاق عليه والتعاقد بشأنه، فهو بذلك الرهن الذي يملكه الدائن بقوة القانون على أموال المدين وهو الذي كان يسمى بالرهن الضمني *épothèque tacite*<sup>4</sup>.

والرهن الرسمي الإجباري من الضمانات العينية المقررة بالوفاء بديون معينة وقد قرره المشرع حماية لطائفة من الأشخاص عددهم حصراً، ولذلك فهو يقع بقوة القانون لفائدة الدائن بدون أن يحتاج إلى اتفاق تعاقد مع المدين<sup>5</sup>.

وخصائص الرهن الإجباري هي نفسها خصائص الرهن الرسمي من حيث كونه حق عيني عقاري وتبعي، حق غير قابل للتجزئة مع فارق أساسي يتمثل في كون الرهن الرسمي هو رهن رضائي أما الإجباري وكما يدل عليه وصفه فلا يحتاج إلى رضى المدين.

والمشرع المغربي حدد حالات الرهن الإجباري على سبيل الحصر، وأهمها تلك التي نص عليها

بمقتضى الفصل 163 من ظهير 32 يونيو 1915<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> — الرهن الرسمي من الضمانات العينية التي تنصب على العقارات المحفظة والخاضعة للمرسوم الملكي المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة بمقتضى ظهير 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 وقد نظم المشرع في الفصول من 157 إلى 196 من نفس الظهير. وعرفه الفصل 157 بأنه "حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها في أي يد انتقلت إليها".

<sup>2</sup> — خيري محمد: الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب. الطبعة الثالثة 1997، مطبعة المعارف الجديدة. الرباط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، ص: 395

<sup>3</sup> — المختار العطار: الموجز في القانون العقاري المغربي والموريطاني. الطبعة الأولى 1999. مطبعة فضاء الإبداع والطباعة، مراكش، ص: 96.

<sup>4</sup> — Marcel Planiol : *Traité élémentaire de droit civil*, 4<sup>ème</sup> édition. Tome II. L.G.D.I-195, p.1269

<sup>5</sup> — Marcel Planiol et George Ripert : *Traité pratique de droit français – Tome XII Surettes réelles* : 1957 Librairie générale droit et de jurisprudence, p :437.

- Encyclopédie Dalloz : *Droit civil* : Tome II, 2<sup>ème</sup> édition 1980, p : 1 ;

"الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:  
أولاً:.....

ثانياً: للزوجة على أملاك زوجها ضماناً لما أتت به في مهرها ولحقوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجية وللتعويض عن الالتزامات المطالب بها الزوج ولاستبدال ما فوتته من أملاكها بأملك أخرى...".  
فالرهن الإجباري في هذه الحالة يضمن حقوق الزوجة وديونها تجاه زوجها ضماناً للالتزامات المطالب بها الزوج تجاه الزوجة.

وقد ظهر أول الأمر الرهن الإجباري للزوجة على أملاك زوجها عند الرومان كما عرفه القانون الفرنسي القديم<sup>2</sup>، وينظمه القانون المدني الفرنسي الحالي في الفصول 2135 إلى 2138<sup>3</sup>.

### - أولاً: ديون الزوجة المضمونة برهن إجباري:

ينص الفصل 163 من ظهير التحفيظ العقاري على أن من بين الديون التي يضمنها الرهن الإجباري للزوجة.... ضماناً لما أتت به في مهرها وهذه عبارة عامة إن لم نقل غامضة.  
وإذا كان المشرع الفرنسي ضمن للزوجة دين الدوطة، وبمقابلته ضمن المشرع اللبناني للزوجة دين البائنة، فهل يقصد المشرع المغربي نفس المعنى؟

فالرهن الإجباري في التشريعين الفرنسي واللبناني يضمن للزوجة دين البائنة ودين الدوطة وهي الأموال التي يدفعها أهل العروس إلى العريس لمساعدته على مواجهة أعبائه الزوجية.  
وتبقى البائنة في الأساس ملكاً للزوجة، ولكن حق إدارتها واستثمارها يعود للزوج ولذلك يوضع الرهن الإجباري على عقارات الزوج لضمان حقوق الزوجة بالبائنة<sup>1</sup>.  
وبهذا يكون نظام الدوطة أو البائنة يختلف عن المهر ويقترّب منه ما يعرف عندنا بالشوار، وهو في اللغة أن تشار البنت وفي الاصطلاح الفقهي تجهيز الأب ابنته لزوجها قبل الزفاف أو ما تحمله الزوجة لزوجها عند البناء<sup>2</sup>.

وهذا العمل يخالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي على وجه الخصوص من عدم إلزام الزوجة أو أبيها بجهازها لأن الصداق عوض عن البضع<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 23 من مدونة الأسرة من أنه " لا حق للزوج من مطالبة الزوجة بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

<sup>1</sup> — للمزيد من التعمق والتوسع راجع رسالتنا "الرهن الرسمي الإجباري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء 2000.

<sup>2</sup> — Traité élémentaire de droit civil de Planiol. 4<sup>ème</sup> édition, Tome II, 1952, p. 1269.

<sup>3</sup> — Code civil, 1999.

<sup>1</sup> — حمدان حسين عبد اللطيف: التأمينات العينية — دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز — المكتبة القانونية. الدار الجامعية 1988. ص 438.

<sup>2</sup> — ذ. أحمد الكشور: الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. الطبعة الرابعة 1999، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 34.



وذلك لقوله تعالى : «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً»<sup>4</sup>.  
إذن لا تستبعد ديون الزوجة لما أتت به من جهاز أو شوار، لكن السؤال المطروح هل يُضمّن المهر  
أو الصداق برهن إجباري ؟

والمهر أو الصداق هو ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لأجل إنشاء أسرة،  
وتثبيت أسس المودة والعشرة حسب مقتضيات المادة 26 من مدونة الأسرة.  
ويبقى "دين المهر" محل نظر خصوصاً وأن مدونة الأسرة لم تشر إلى حمايته برهن إجباري كما أنه  
ليس هناك أي نص قانوني آخر يوفر هذه الحماية.

بل اكتفى المشرع في المادة 31 من مدونة الأسرة بالنص على أنه للزوجة المطالبة بأداء الحال من  
الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية، وأنه إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح ديناً في ذمة الزوج.  
وجاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 26-05-1977: «...إن مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها  
يعتبر شاهداً عرفياً يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة تستحق المطلقة كامل المهر والمتعة ويتعرض للنقض  
الحكم الذي اعتبر أن الخلوة وحدها كافية لاستحقاق المهر والمتعة دون أداء اليمين...»<sup>1</sup>.

وقد ثار نفس الخلاف في الفقه اللبناني حول مدى شمول المهر أو الصداق بالرهن الإجباري خصوصاً  
وأن المادة 131<sup>2</sup> تنص على ما يلي: «التأمين الإجباري يعقد على عقارات الزوج لضمان البائنة والحقوق  
الزوجية والتعويض عن الواجبات المترتبة عن الزوج والتي تكون بذمته».

ويكاد يجمع الفقه في لبنان على أن الرهن الإجباري الواقع على عقارات الزوج ضماناً لحقوق وديون  
الزوجة لا يشمل المهر لأن المادة 131 من القرار 3393 لم تأت على ذكره<sup>3</sup>.

ويخالف هذا الرأي ذ. حمدان حسين عبد اللطيف<sup>4</sup> الذي يعتبر أن الرهن الإجباري المقرر على  
عقارات الزوج ضماناً لحقوق وديون الزوجة، يضمن فيما يضمن - الحقوق الزوجية - التي نصت عليها  
صراحة الفقرة الثانية من المادة 131 السابق ذكرها.

وأن المقصود بالحقوق الزوجية، الحقوق التي تنشأ عن الزواج، وتجد سببها فيه، ولا شك أن المهر هو  
أول هذه الحقوق وأهمها، فهو حق للزوجة على الزوج الوفاء به، بموجب الكتاب والسنة وإجماع المسلمين،

<sup>3</sup> — عمر بن عبد الكريم الجديدي: العرف والعمل بالمدنّب المالكي. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه. نوقشت بدار الحديث الحسنية. مطبعة فضالة. 1984.  
ص432 وما يليها.  
<sup>4</sup> — سورة النساء، الآية 4.

<sup>1</sup> — مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص139

<sup>2</sup> — من القرار الصادر بتاريخ 12 تشرين الثاني عام 1930.

<sup>3</sup> — انظر كل من: — داورد عيد، ص86

— فؤاد الصغير، ص 24

— زهدي يكن، ص 132

— أسعد دياب، ص 42.

<sup>4</sup> — حمدان حسين عبد اللطيف، مرجع سابق، هامش 439.

وإذا كان المشرع لم يذكره بالتنصيص عليه صراحة، كما فعل بالنسبة للباننة، فإنها من ضمن الحقوق الزوجية التي نص عليها، والتي تجب عليه بحكم الشرع، بينما الباننة ليست من هذه الحقوق، لأنها ذات طابع اختياري ولا تستحق شرعا إلا بتعهد خطي خاص.

وهذا الرأي الأخير يبدو أقرب إلى المنطق، ذلك انه إذا كان المشرع يحمي حقوقا أخرى مترتبة عن الزواج، كالنفقة، فمن الأولى حماية الصداق الذي نشأ عن عقد الزواج وأولى بالحماية. خاصة أن المشرع في قانون الالتزامات والعقود في الفصل 1248 من ق.ل.ع جعل من الديون الناشئة عن مهر الزوجة وامتعتها ونفقتها ونفقة الأولاد مشمولة بحق امتياز على جميع منقولات الزوج.

لذلك نذهب إلى تفسير عبارة "ضمانة أتت به في مهرها" الواردة في الفصل 163 من ظ. التحفيظ العقاري، أن المقصود منها دين الصداق بعدما استبعدنا مفهوم الدوطة.

## 2- ديون الزوجة الناشئة عن النظام المالي للزوجية:

من بين الديون التي نص الفصل 163 من ظهير التحفيظ العقاري على أنها مشمولة بضمان الرهن الإجمالي على أملاك الزوج، تلك الحقوق الناشئة عن النظام المالي للزوجية، والملاحظ أن هذه الحالة تخص الأجانب من غير المسلمين<sup>1</sup> حيث توجد لديهم عدة أنظمة مالية زوجية.

ولا تخص المرأة المغربية المسلمة التي عي كالرجل المغربي تكمل أهليتها ببلوغها سن الرشد القانوني وهو ما نصت عليه المادة 210 من مدونة الأسرة حينما لم تفرق بين الذكر والأنثى في سن الرشد القانوني، بل نصت صراحة المادة 4 من مدونة الأسرة في الفقرة الأولى على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

وجاء في نص الأستاذ علال الفاسي المقرر العام للمدونة<sup>2</sup>: «... هذا وقد عمد المشرع إلى عدم تفرقة بين الذكر والأنثى في مسائل الرشد والحجر والضعف على ما تقتضيه روح الشريعة الإسلامية، فالمرأة ليست أضعف تدبيراً من الرجل... بقي أن نتكلم على ما يستلزمه رشد المرأة من تصرفها في جميع مالها بالبيع والشراء والهبة والعطاء بالمعروف، أمرها في ذلك أمر الرجل الرشيد ولا حجر عليها في شيء من ذكر». فحالة الرهن الإجمالي المقررة لضمان حقوق الزوجة الناشئة عن النظام المالي للزوجية لا تخص المرأة المسلمة حيث نظام مالي واحد هو نظام انتقال الذمة المالية للزوجين المسلمين.

لكن بعد صدور مدونة الأسرة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2004/2/3 بتنفيذ القانون رقم 70-03 أصبح بإمكان الزوجين أن يكونا لهما نظام مالي مشترك في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب

<sup>1</sup> — محيي الدين اسماعيل علم الدين: أصول القانون المدني الجزء الثالث، الحقوق العينية الأصلية والتبعية . ص.562

<sup>2</sup> — انظر تقرير المقرر العام لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة كما نقله عبود رشيد عبود: الأحوال الشخصية — قواعد ونصوص وشروح، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد — البيضاء، الطبعة الأولى، 1965.

أثناء قيام الزوجية (الفقرة الثانية من المادة 43 من مدونة الأسرة) الأمر الذي يعني أن للزوجة الحق في إيفاع رهن جبري لضمان حقوقها الناشئة عن النظام المالي المشترك بالتعاقد بينها وبين زوجها<sup>3</sup>

### 3- ديون الزوجة الناتجة عن الالتزامات المطالب بها الزوج:

يأتي في مقدمة الالتزامات المطالب بها الزوج تجاه زوجته النفقة الشرعية والتي تشمل حسب المادة 189 من مدونة الأسرة الغذاء والكسوة والعلاج. ويراد بالنفقة ما تحتاجه الزوجة في معيشتها اليومية من طعام وكسوة وسكن وتطبيب بالإضافة إلى ما يتطلبه بيت الزوجية من أفرشة وأغطية وأجهزة أخرى<sup>1</sup>. ومبلغ النفقة، كدين في ذمة الزوج لفائدة الزوجة، لا يسقط بالتقادم، وهو الحكم الذي أجمع عليه المالكية والشافعية والحنابلة حيث أن النفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء أو بوفاة الزوج<sup>2</sup>. وهو نفس الحكم الذي نص عليه المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 195 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: «يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ الإمساك عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت»<sup>3</sup>. ولا بد من الإشارة إلى التناقض الحاصل بين المادة 195 من مدونة الأسرة المشار إليها أعلاه والفصل 378 من ق.ل.ع والذي ينص على أنه لا تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج. وبإعمالنا لمفهوم المخالفة فإن التقادم يبدأ في السريان بعد انقضاء رابطة الزوجية لسبب كدين في ذمة الزوج لا تسقط بالتقادم مطلقاً لأن حكمها جاء عاماً لا يميز بين فترة الزواج وانتهائها<sup>4</sup>. ولعل هذا التناقض بين مقتضيات مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود يوضح بترجيح مقتضيات مدونة الأسرة على هذا الأخير باعتبار أن مدونة الأسرة نص خاص يقدم على قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر نصاً عاماً، والمبدأ أن الخاص يقدم على العام عند التعارض. كما أن ق.ل.ع هو قانون سابق ومدونة الأسرة قانون لاحق عليه، والقاعدة أن اللاحق يلغي السابق عند التعارض بينهما<sup>5</sup>. فضلاً عن ذلك فإن قانون

<sup>3</sup> — وإذا كان المشرع في المادة 43 من مدونة الأسرة نص على أنه يضمن اتفاق تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجة في وثيقة مستقلة عن قدم الزواج، إلا أننا نرى أنه لا شيء يمنع إثبات هذا الاتفاق في صلب عقد الزواج، ما دام ليس فيه ما يخالف القانون والنظام العام.

<sup>1</sup> — ذ. محمد الكشور، مرجع سابق، ص. 182.

<sup>2</sup> — نفسه، ص. 191.

<sup>3</sup> — ويثبت الامتناع إما بمحضر رسمي يجره أحد كتاب الضبط أو أحد الأعيان القضائيين كما يثبت أيضاً بحكم قضائي يؤكد واقعة الامتناع.

<sup>4</sup> — ذ. محمد الكشور، قانون الالتزامات والعقود وقانون مدونة الأحوال الشخصية، التداخل والتضارب. ص. 130. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد

16.

<sup>5</sup> — في نفس الرأي، راجع ذ. محمد الكشور، مرجع سابق، ص. 43.

الالتزامات والعقود قد وضع ليطبق بالأساس على الفرنسيين والأجانب، وقد مدده المشرع إلى العنصر المغربي سنة 1965، إلا أنه لم يراجع قبل أن يقوم بذلك التمديد<sup>6</sup>.

ويضمن الرهن الإجمالي المقرر لفائدة الزوجة، الالتزامات المطالب بها الزوج والتي تتحمل بها الزوجة بالنيابة عنه في إطار القواعد العامة، كأن تكون قد كلفت زوجها تجاه دائنيه ونفذت الكفالة بأن دفعت ديون زوجها وأصبحت دائنة له بقيمتها، فجميع هذه الحقوق والديون التي ترتبت للزوجة على الزوج تكون مضمونة برهن إجباري.

ويحدد الفصل 167 من ظهير 19 رجب الرهن الإجمالي المقرر للزوجة من حيث المبالغ المضمونة ومن حيث العقارات المرهونة بنص صريح في العقد المحدد لنظام الزوجية أو بعد تحرير عقد الزواج. أما إذا لم يكن هناك عقد أو وجد وخلا من النص على الرهن الإجمالي فيمكن تقريره بحكم تصدره المحكمة في غرفة المشورة بناء على طلب من المرأة أو أقاربها أو أصهارها أو دائنيها أو وكيل الملك<sup>1</sup>.

**- ثانيا: هل يمكن للزوجة المسلمة أن تشتترط على زوجها في عقد الزواج ضمان ديونها برهن إجباري على عقاراته؟**

وتبدو أهمية طرح هذه الإشكالية خاصة فيما يتعلق بشمول الرهن الجبري الاتفاقي لحقوق غير مضمونة إجباريا به.

والقاعدة أن تعليق الزواج على شرط يجعله باطلا بطلانا مطلقا. لكن هذا لا يمنع من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط التي لا تنافي نظامه الشرعي (الاقتران وليس التعليق) حيث تنص المادة 47 من مدونة الأسرة على ما يلي: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا».

وشرط ضمان ديون الزوجة برهن إجباري ليس من الشروط التي تنافي النظام الشرعي للزواج ولا تنافي مقاصده.

وإذا ظهر أن الرهن الإجمالي المقرر للزوجة غير ممكن تجديده والزيادة فيه ليشمل عقارات أخرى عائدة لزوج المدين. وفي المقابل يحق للزوج أن يطلب من المحكمة تخفيضه أو حصره في بعض العقارات إذا تبين أن الرهن المقدر للزوجة باهضا أو مبالغا فيه.

ويمكن إعفاء الزوج من الرهن الإجمالي إذا قدم رهنا حيازيا منقولا أو كفيلا بشرط أن تقبل المحكمة هذا البديل، وتحدد شروطه بحكم تصدره في غرفة المشورة بعد الاستماع إلى النيابة العامة (الفصل 169 من ظهير 2 يونيو 1915).

<sup>6</sup> - ذ. احمد الخليلي: كيف تقر- ظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية.

<sup>1</sup> - مامون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص243.

وحماية من المشرع لديون الزوجة المترتبة على زوجها، فإنه قيد حوالة الرهن الإجباري المحول للزوجة، أو تنازلها عنه بالرسمي إذ يجب أن تقع حوالة هذا الرهن أو التنازل عنه في عقد رسمي<sup>1</sup>. وينص الفصل 79 من ظهير 12 غشت 1913 (التحفيظ العقاري) على ما يلي: «تسجل حقوق المرأة المتزوجة بطلب من زوجها وإما بطلب منها أو من أقاربها أو أصدقائها». نلاحظ أن صياغة الفصل هذا، معيبة إذ كيف تسجل حقوق المرأة المتزوجة من أحد أصدقائها؟ فهذا أمر غير مستصاغ، إذ كيف يكون للمرأة المسلمة المتزوجة أصدقاء وتعهد إليهم بتسجيل حقوقها وهذا الأمر لا يتماشى وخصوصيات المجتمع المغربي كبلد مسلم.

وفي الأخير نقترح لضمان فعالية الرهن الإجباري كإجراء مخول لحماية وضعيات جديدة بالحماية أن يتم التعريف به وبأهميته في الساحة القانونية حتى لا يصبح مسطرة مجهولة من الناحية القانونية رغم إيجابياتها ومحاسنها التي لا يمكن نكرانها. وما هذا البحث إلا مقدمة لإغناء النقاش وإثارتة

## *La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain*

Par : Zarrouki Mustapha

Juge au affaires familiales

*au tribunal de première instance de Fés*

### **Introduction:**

la famille reste – incontestablement - le milieu le plus convenable pour une enfance saine de corps et d'esprit, laquelle enfance est par excellence la clef de voûte de toute prospérité de la société.

Mais l'air familial n'est pas toujours de sorte à subvenir aux sacrés tâches qu'elles lui incombent à savoir l'entretien et l'éducation de l'enfant.

---

<sup>1</sup> – الورقة الرسمية حسب مقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وكذلك الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم وأيضاً الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية.

En effet, plusieurs couples se trouvent dans l'incapacité d'entretenir leurs enfants - et ce pour des raisons économiques, morales ou autres - . parfois encore, étant le fruit d'une relation sexuelle illégale, des centaines d'enfants voient le jour sans abri , non seulement démunis de tout moyen de subsistance, mais aussi privées de toute affection.

Dans l'un ou l'autre cas, il s'agit de la responsabilité de toute une société, la question ne doit alors nullement être conçue comme étant la résultante d'une cause ou d'une autre isolément à un problème de structure, à un manque de conscience collective et de maturité sociale. Il appartient à chacun de nous de faire le nécessaire pour apaiser la souffrance de cette enfance qu'on qualifie avec amertume de "victime" par le biais d'une vraie solidarité sociale ayant pour but la prise en charge de tout enfant se trouvant dans le besoin.

Déjà, il y'a quatorze siècles, le saint Coran nous raconte l'histoire de Marie- la mère de Jésus - qui étant orpheline on confia sa garde à Zakarie <sup>٢٨</sup> .

De son côté, et pour inciter les fidèles aux actes de solidarité sociale et de bienfaisance, le prophète de l'Islam que la prière et le salut soient sur lui dit dans un

Hadith :

***" Au paradis, celui qui aura à sa charge un orphelin, sera comme ça avec moi"***  
*et il groupa son index et son majeur puis les sépara.* <sup>٢٩</sup>

Il dit aussi dans deux autres Hadiths<sup>2</sup> :

***"Nous serons ensemble, moi et celui qui aura à sa charge un orphelin; qu'il soit de ses parents ou un étranger."***

***"Celui qui élève deux jeunes filles jusqu'à ce qu'elles atteignent l'âge majeur, sera avec moi au jour de la résurrection, comme ces deux doigts"***

Convaincu par la valeur divine de ces préceptes, le législateur marocain n'a pas manqué de sa part de réserver à l'institution de la kafala, tout l'intérêt qu'elle mérite par l'élaboration d'un cadre juridique comprenant aussi bien des règles de forme que celles de fond.

---

<sup>28</sup> - L'interprétation du Coran : Ibn khatir. Traduit par Fawzi chaaban. Vol : 1 p : 454.

<sup>29</sup> -Riad Al Salihine ( Les Jardins Des Vertueux) Par Al-Imam Mohïeddine Abou Zakaria, Yahia Ben Charaf Al- Nawawi. Traduction de Harkat Amine Dar Al Fikr P :98.

Historiquement, ce cadre a fait l'objet du Dahir portant loi n° 1-93-165 du 10/9/1993 qui réservait des prérogatives considérables au pouvoir exécutif dans l'octroi de la Kafala .Ces prérogatives relèvent à présent du pouvoir judiciaire avec l'arrivé du Dahir n° 1-02-172 du 13 juin 2002<sup>30</sup> portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés.

D'autres règles juridiques relatives à la question restent, cependant incluses dans plusieurs codes à savoir le code de la famille<sup>31</sup>, le code de procédure civile. Quelques dispositions se trouvent également incluses dans le Dahir relatif à l'état civil.

L'inobservation de certaines règles concernant la kafala peut même donner lieu à des poursuites pénales sur la base du code pénal et ce dans le souci de préserver les intérêts tant de l'enfant pris en charge que ceux de la personne chargée de cette lourde mission.

Outre la loi, et vu la place qu'occupe le juge des tutelles dans cette institution d'une part, et la relation directe de cette autorité judiciaire avec le ministre de la justice d'autre part, certaines circulaires sont prises par ce dernier afin de dissiper toute ambiguïté susceptible de planer sur les textes ou d'écarter les obstacles qui peuvent se dresser dans la pratique.

A dire vrai, et si le Dahir précité vient pour régler la situation des enfants abandonnés, la prise en charge ou la Kafala -en général- ne concerne pas uniquement ces derniers, elle peut s'étendre également aux enfants non abandonnés. Malheureusement, il n'y a pas de cadre juridique qui régleme la prise en charge de ces derniers. Il s'agit alors d'une lacune juridique en l'absence de règles juridiques spécifiques et propres à ce genre de Kafala et la pratique révèle que les citoyens ont recours à la prise en charge aussi bien des enfants non abandonnés que ceux abandonnés .

En l'absence alors d'un cadre juridique et par la même d'une définition légale de la "notion" d'enfant non abandonné, nous serons amené à procéder par une interprétation à contrario en se referant à la définition légale de l'enfant abandonné.

---

<sup>30</sup> - B.O n° 5036 du 05/09/2002 version française

<sup>31</sup> - le Code de la famille .Dahir N° 1.04.22 du 03/02/2004.BO N°5184 du 05/02/2004.p : 418 .

Notre présente étude se veut une modeste contribution s'inscrivant dans cette bénite promotion que connaît la justice marocaine en générale et la justice familiale en particulier, elle a pour but de :

- Mettre en exergue les règles juridiques en la matière dispersées dans plusieurs textes.
- Et faciliter la tâche aux bonnes intentions désireuses de prendre en charge un enfant pour lui donner paix et prospérité, amour et tranquillité.

Une bonne connaissance des règles de procédure, des droits et obligations qui naissent de la Kafala est de nature - incontestablement - à encourager ces intentions.

D' autre part, une procédure expéditive est également louable pour les aider à s'orienter vers le bien des autres, surtout lorsqu'il s'agit des ressortissants marocains résidant à l'étranger qui - par sentiment de solidarité et de tendresse- cherchent le plus souvent pendant la période de leur vacance à prendre en charge un enfant.

## **Section 1 : Quelques définitions à retenir :**

### ***A - La définition légale de la Kafala :***

C'est l'article 2 de la loi n° 15-01 qui a pris le soin de définir la Kafala en ces termes:

***"C'est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant".***

Il faut dire que cette définition embrasse aussi bien la notion de l'enfant abandonné que celle de l'enfant non abandonné, car en l'absence d'un cadre juridique propre à la Kafala des enfants non abandonnés, il serait légitime de faire appel à certaines règles contenues dans le Dahir n°1-02-172 relatif à la prise en charge des enfants abandonnés, c'est le cas par exemple pour ce qui est des conditions requises pour la personne désirant prendre en charge l'enfant non abandonné ou pour ce qui est de l'enquête menée à cette fin par le parquet à la demande du juge des tutelles. La circulaire n° 2/01858 dossier n° 95/47 de la direction des affaires civiles du ministère de la justice qui se référait au Dahir portant loi n° 1-93-165 du 10 Septembre 1993 sur la prise en charge des enfants abandonnés est claire à cet égard. Il est donc crucial de tracer les limites entre la notion



d'enfant abandonné et celle de l'enfant non abandonné.

### ***B- Définition de l'enfant abandonné :***

Aux yeux de l'article premier du Dahir n° 1-02-172 l'enfant de l'un ou de l'autre sexe est considéré comme enfant abandonné, lorsque cet enfant :

- 1) N'a pas encore atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues.
- 2) Est né de parents inconnus.
- 3) Ou est né d'un père inconnu et d'une mère qui l'a abandonné de son plein gré
- 4) Ou est orphelin.
- 5) Ou a des parents de mauvaise conduite.
- 6) Ou a l'un des deux et qu'après le décès ou l'incapacité de l'autre, il se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir de protection et d'orientation vers la bonne voie.

### ***C- Définition de l'enfant non abandonné :***

Ainsi et par une interprétation à contrario, on serait appelé de dire que chaque enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de dix huit années grégoriennes révolues et ne se trouvant dans aucunes des situations précitées est considéré comme enfant non abandonné, sa prise en charge échappe par conséquent à l'application des dispositions spéciales contenues dans le Dahir relatif aux enfants abandonnés.

Il est inutile de préciser que l'enfant n'est pas déclaré abandonné par le simple fait de se trouver dans l'un des cas limités par l'article premier du Dahir, mais il l'est nécessairement par une décision de justice rendue par le tribunal compétent et ce à la seule initiative du parquet.

## **Section II : Comment un enfant est –il déclaré abandonné ?**

### ***A- La demande de déclaration d'abandon :***

Il incombe à toute personne qui découvre un enfant abandonné non seulement de lui apporter assistance que nécessite son état sous peine des sanctions prévues par le code pénal, notamment celles relatives à l'infraction d'omission de porter secours à une personne en péril prévu par l'art 431 du code pénal,<sup>32</sup> mais aussi d'informer les services de police ou de gendarmerie ou les autorités locales du lieu où l'enfant a été trouvé. Ainsi le procureur du Roi près le tribunal de première instance dans la circonscription duquel se situe le lieu où l'enfant a été trouvé, doit le placer provisoirement dans l'un des

---

<sup>32</sup> - Code pénal : publication de la revue marocaine d'administration locale et de développement. 2<sup>ème</sup> édition mise à jour 2000.

établissements ou centres et organismes chargés de la protection des enfants et procéder à une enquête au sujet de l'enfant pour dégager les éléments et preuves qu'il va fournir au tribunal. Si l'enfant n'est pas encore inscrit sur le registre d'état civil le procureur du Roi se trouve alors dans l'obligation de le faire dans le cadre de la législation en vigueur.

Dans ce sens, l'art 16 du Dahir relatif à l'état civil n° 1-02-239 du 3 Octobre 2002<sup>33</sup> stipule:

*"lorsqu'il s'agit d'un nouveau-né de parents inconnus ou abandonné après l'accouchement, le procureur du Roi agissant de sa propre initiative ou à la demande de l'autorité locale ou de toute partie intéressée, procède à la déclaration de la naissance, appuyée d'un procès-verbal dressé à cet effet et d'un certificat médical déterminant approximativement l'âge du nouveau-né, un nom et un prénom lui sont choisis ainsi que des prénoms de parents ou un prénom de père si la mère est connue, l'officier de l'état civil indique en marge de l'acte de naissance que les noms et prénoms des parents ou du père selon le cas lui ont été choisis conformément aux dispositions de la présente loi.*

**L'officier de l'état civil informe le procureur du Roi de la naissance ainsi enregistrée dans un délai de trois jours à compter de la date de la déclaration. L'enfant de père inconnu est déclaré par la mère ou par la personne en tenant lieu, elle lui choisit un prénom, un prénom de père comprenant l'épithète " Abd" ainsi qu'un nom de famille qui lui est propre.**

Une fois la demande de déclaration d'abandon est présentée de la sorte sus-exposée, c'est au tribunal de première instance que revient le rôle de se prononcer sur l'état d'abandon par un jugement.

#### ***B-Le jugement de déclaration d'abandon :***

Avant de se pencher sur la nature du jugement déclaratif d'abandon, il est intéressant de voir d'abord le tribunal compétent.

S'agissant de la compétence matérielle, c'est le tribunal de première instance qui se trouve compétent pour statuer sur la demande d'abandon présentée par le parquet.

En pratique, l'affaire est enrôlée dans la même audience des affaires relatives au code de la famille devant une formation collégiale.

---

<sup>33</sup> - B O n°5054 du 7/11/2002( version française).

Pour ce qui est de la compétence territoriale, le tribunal compétent reste celui dans la circonscription duquel se trouve le lieu de résidence de l'enfant ou le lieu où il a été trouvé.

Saisi de l'affaire, le tribunal rend deux genres de jugement : un jugement avant dire droit (1) puis un jugement au fond (2).

### 1) *Le jugement avant dire droit :*

L'article 6 de la loi n 15-01 confère au tribunal de première instance l'aptitude de procéder - s'il est nécessaire et après avoir eu connaissance des résultats de l'enquête présentés par le procureur du Roi- à toute enquête ou expertise complémentaire qu'il jugera nécessaire, il s'agit en fait d'une simple concrétisation de l'art 55 du code de procédure civile qui donne au juge la prérogative soit à la demande des parties ou de l'une d'elles, soit d'office d'ordonner avant dire droit au fond des mesures d'instruction.

Pratiquement, le tribunal se contente des résultats et éléments qui lui ont été présentés par le parquet. Quant à l'expertise, le juge peut y recourir dans le cadre de l'art 59 du C.P.C. Ainsi il peut nommer d'office l'expert qui y procédera en lui précisant les points sur lesquels portera l'expertise qui ne peuvent être que de caractère technique à l'exclusion de tout point de droit.

Lorsque ces mesures d'instruction sont prises et prouvent que les parents de l'enfant sont effectivement inconnus, le tribunal rend son jugement avant dire droit au fond dans lequel:

- Il précise toutes les indications nécessaires pour l'identification de l'enfant à savoir son portrait physique et le lieu où il a été trouvé.

- Il ordonne au procureur du Roi de procéder aux actes nécessaires pour l'affichage dudit jugement dans tout lieu que le tribunal juge utile et ce pour une durée de trois mois. Il n'est pas sans intérêt de noter que le tribunal n'est tenu de rendre ce genre de jugement - *c'est à dire avant dire droit* - que dans le seul cas où les parents de l'enfant sont inconnus, autrement, si l'un d'eux est connu, il n'a à rendre qu'un jugement au fond

### 2) *Le jugement au fond :*

Si à l'expiration du délai sus-indiqué, personne ne se présente pour réclamer la restitution de l'enfant et prouver sa parenté, le tribunal se prononce sur la demande de déclaration d'abandon par un jugement au fond qui est assorti de plein droit de l'exécution provisoire nonobstant tout recours. Une copie du jugement est adressée à la demande du

procureur du Roi ou de la personne qui demande la Kafala au juge des tutelles près le tribunal compétent. Ce juge constitue – comme on va le voir par la suite - une vraie pièce maîtresse dans l'institution de la Kafala..

### Section III : Comment s'octroyer la Kafala d'un enfant abandonné ?

Pour pouvoir prendre un enfant abandonné en charge, la personne doit remplir certaines conditions. (A) ces conditions diffèrent selon qu'il s'agit d'une personne physique (a) ou d'un organisme. (b) elle doit ensuite recourir au juge des tutelles pour l'investir de cette mission par le biais d'une ordonnance.(B)

#### ***A- Conditions requises pour pouvoir prendre un enfant abandonné en charge:***

##### ***a - Conditions requises pour les personnes physiques :***

La Kafala d'un enfant abandonné peut être confiée soit :

- 1- Aux époux musulmans. Ces derniers doivent produire une copie de leur acte de mariage.
- 2- A la femme musulmane.

Dans l'un ou l'autre cas, et selon l'art 9 de la loi n° 15-01 ces personnes doivent avoir atteint l'âge de majorité légale à savoir 18 années grégoriennes révolues comme le stipule l'art 209<sup>7</sup> du code de la famille, et disposer de moyens matériels suffisants pour subvenir aux besoins de l'enfant.

En pratique, il s'agit de produire soit un état d'engagement, soit une fiche de paie, soit un relevé bancaire ou toute autre pièce pouvant justifier la situation matérielle.

Outre l'aptitude matérielle, la moralité de la personne demanderesse est également requise. en effet, cette dernière ne doit pas avoir fait l'objet de condamnation pour infraction portant atteinte ou commise à l'encontre des enfants, tel par exemple l'infraction des coups, blessures, violences, vols de faits ou privation d'aliments ou de soins au point de compromettre leur santé.<sup>34</sup> En principe c'est une copie du casier judiciaire qui est produite, et vu la sensibilité voire la fragilité de l'enfant surtout lorsque ce dernier est en bas âge, une bonne aptitude physique de la personne désireuse de la

---

<sup>7</sup> - Le Code de la famille .Dahir N° 1.04.22 du 03/02/2004.BO N°5184 du 05/02/2004.p : 418 .

<sup>8</sup>-Code pénal (art :480) : publication de la revue marocaine d'administration et de développement deuxième édition mise à jour 2002.

kafala doit être requise. Ainsi cette dernière ne doit être atteinte ni d'une maladie contagieuse ni de tout autre maladie. Il lui incombe alors de produire un certificat médical attestant son aptitude physique. Généralement, ce certificat est semblable à celui prévu par l'article 65 du code de la famille relatif aux formalités administratives préalables au mariage.

***b-Conditions requises pour les organismes:***

Outre les personnes physiques, certains organismes ou associations peuvent également demander la prise en charge d'un enfant abandonné.

En effet, les établissements publics chargés de la protection de l'enfant ainsi que les organismes, organisations et associations à caractère social peuvent recourir également au juge des tutelles pour les investir de cette sacrée mission à condition d'être reconnus d'utilité publique et de disposer de moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à entretenir et à protéger les enfants pris en charge, à leur donner la bonne éducation et à les élever conformément à la religion de l'Islam

***B-L'ordonnance confiant la kafala:***

La personne ou la partie qui désire assurer la kafala doit déposer un dossier auprès du juge des tutelles compétent lequel dossier est constitué du jugement déclaratif d'abandon accompagné des pièces et documents établissant que cette personne remplit et bien les conditions précitées plus :

-Une demande adressée au juge des tutelles dans laquelle elle expose son désir de prendre en charge l'enfant abandonné.

- une photocopie de la carte d'identité nationale.

- Un certificat de résidence.
- Une copie d'acte de naissance de l'enfant à prendre en charge.

Outre ces documents, et pour mieux s'assurer des circonstances dans lesquelles cette mission sera exécutée, le juge des tutelles procède à une enquête spéciale sur la base

de l'art 16 de la loi n° 15-01 pour recueillir les renseignements nécessaires. L'enquête est qualifiée de spéciale par le législateur étant donné la nature de la commission qui s'en charge et dont les modalités de désignation de ses membres sont fixées par voie réglementaire. Ces membres sont:

- 1) Un représentant du Ministère public.
- 2) Un représentant de l'autorité gouvernementale chargée des habous et des affaires islamiques.
- 3) Un représentant de l'autorité locale.
- 4) Un représentant de l'autorité gouvernementale chargée de l'enfance.

Autrement, et en l'absence de cette commission, le juge doit procéder à une simple enquête par le biais du parquet et ce conformément au contenu de la circulaire n°19292 du 10 octobre 2002 de la direction des affaires civiles du ministère de la justice qui parle d'une solution provisoire en attendant la fameuse commission.

Le parquet doit cependant prendre en considération dans son rapport les avis consultatifs des membres de ladite commission.

Si les résultats de l'enquête s'avèrent positifs et que les conditions légales requises sont réunies, le juge rend une ordonnance confiant la Kafala à celui qui l'a demandée et désigne par la même l'individu qui en est chargé comme tuteur datif.

L'art 246 du code de la famille précise bien que ce dernier doit être pleinement capable, diligent, honnête et que sa solvabilité est laissée à l'appréciation du juge ; conditions qui répondent à l'essence même de ce qui est requis pour le demandeur de la Kafala.

Cependant l'art 247 du même code précise que la tutelle dative ne peut être confiée à :

- 1) La personne condamnée pour vol, abus de confiance, faux ou toute autre infraction infamante.
- 2) Au failli non réhabilité .
- 3) La personne ayant un litige judiciaire avec le mineur ou toute autre litige d'ordre

familial qui peut nuire aux intérêts du mineur.

Ce qui nous pousse- légitimement- à dire qu'il s'agit des conditions qui doivent s'ajouter à celles citées par l'article 9 de la loi n 15-01 puisque l'institution de la Kafala ne peut se concevoir sans celle de la tutelle dative.

Pour rapprocher à tout individu désireux de prendre un enfant en charge les obligations qui naissent de la Kafala ,on va essayer de donner un aperçu sur les obligations de cet individu en sa qualité de tuteur datif.

Le code de la famille oblige le tuteur datif et dès qu'il prend en charge sa mission d'accomplir les formalités suivantes :

1) Faire procéder à l'inventaire des biens de l'enfant pris en charge par deux oudouls désignés à cette effet par le juge.

2) Conserver les biens meubles après évaluation ou les vendre au mieux des intérêts du mineur.

3) Faire fixer légalement- et ce à titre de proposition au juge des tutelles- la pension alimentaire annuelle de l'enfant pris en charge et des présumés à la charge de celui-ci.

4) Déposer à la demande du juge des tutelles au nom de l'enfant auprès d'un établissement public toute somme réalisée ou tout ce, dont le dépôt aura été jugé obligatoire par le juge tels que documents, titres, bijoux etc.

5) Déterminer le montant des revenus provenant de l'administration des biens de l'enfant pris en charge.

6) Faire des propositions au juge des tutelles concernant la gestion et l'administration des biens du mineur.

Dans le cadre de cette administration toujours, certains actes ne peuvent être pris par le tuteur datif qu'après autorisation préalable du juge des tutelles. Ces actes sont expressément limités par l'article 271 du code de la famille.

Revenant à l'ordonnance de la Kafala rendue par le juge des tutelles, le Dahir précise bien qu'elle est assortie de l'exécution provisoire et qu'elle est susceptible d'appel devant la cour d'appel qui statue en chambre de conseil .

Section IV : Exécution ,effets et cessation de la kafala.

**A- L'exécution de la Kafala:**

Rendue par le juge des tutelles ,l'ordonnance de la Kafala doit être exécutée par le soin du tribunal de première instance duquel relève ledit juge et ce dans un délai de quinze jours à compter de la date de l'ordonnance en présence :

- 1) Du représentant du ministère public.
- 2) De l'autorité locale.
- 3) Et de l'assistante sociale concernée.

Mention de l'endroit, de l'heure et des personnes ayant assisté à la remise de l'enfant est portée au procès-verbal dressé à cette fin en trois exemplaires dont un est adressé au juge des tutelles, le deuxième est remis à la personne chargée de la Kafala tandis que le troisième reste conservé dans le dossier d'exécution.

En pratique, l'exécution de cette ordonnance ne se limite pas à ce procès-verbal mais elle appelle tout un suivi de la part du juge des tutelles, ce suivi diffère selon qu'il s'agit d'une prise en charge à l'intérieur du territoire du Royaume(1) ou à l'extérieur du territoire du Royaume.(2)

### **1 - Le suivi de l'exécution de la Kafala à l'intérieur du territoire du Royaume :**

Certainement, il ne suffit pas uniquement de s'octroyer le droit de prendre un enfant en charge et de consigner l'ordonnance en marge de l'acte de naissance de l'enfant abandonné par l'officier de l'état civil comme le prévoit le Dahir, mais il faut bien honorer ses obligations envers l'enfant.

Soucieux du sort de l'enfant - partie faible dans cette relation - le législateur a jugé nécessaire l'élaboration de règles coercitives et de dispositions pénales pour donner à l'institution le caractère dangereux et sacré qu'elle mérite. Ainsi il stipule clairement dans l'article 30 du Dahir que les dispositions du code pénal punissant les parents pour les infractions qu'ils commettent à l'encontre de leurs enfants sont applicables et que les dispositions du code pénal punissant les infractions commises par les enfants à l'encontre de leurs parents sont également et par la même applicables.

Nul obstacle légal n'existe alors pour engager les poursuites pénales puisque le critère personnel basé sur le lien de parenté ne fait pas défaut , chose heureuse puisque les parents ne sont pas nécessairement et uniquement ceux qui accouchent d'un enfant mais sont également ceux qui caressent cet enfant, l'hébergent, lui essuient les larmes, l'éduquent et lui apprennent le sens de vivre et la beauté de sourire.

Pour ce faire, le juge des tutelles dans la circonscription duquel est situé le lieu de



résidence de la personne assurant la kafala est chargé de contrôler la situation et les conditions de vie de l'enfant. Des enquêtes sont à cet effet incontestablement nécessaires pour suivre de près comment l'enfant est traité, nourri et éduqué. Le juge des tutelles peut confier l'enquête soit au ministère public soit à l'autorité locale, soit à l'assistante sociale qualifiée légalement pour cette mission, il peut même confier l'enquête à la commission prévue à l'article 16, c'est à la lumière des rapports rédigés et adressés par ces parties au juge des tutelles que ce dernier peut prendre de nouveau une ordonnance, mais cette fois-ci il va s'agir soit d'une ordonnance d'annulation, soit d'une ordonnance de reconduction.

Dans le premier cas, le ministère public peut recourir à la force publique pour veiller à l'exécution de la dite ordonnance.

Il n'est pas sans intérêt de signaler que cette ordonnance d'annulation - comme celle de l'octroi- est assortie d'exécution provisoire, elle est également susceptible d'appel.

## **2- Le suivi de l'exécution de la kafala à l'extérieur du territoire du Royaume :**

Si la personne assurant la kafala désire quitter le territoire du Royaume en compagnie de l'enfant pris en charge et dans le but de s'établir d'une façon permanente à l'étranger, elle doit recourir au juge des tutelles pour avoir une autorisation. Le législateur utilise le mot permanent, on peut alors se demander si de telle autorisation préalable est également requise lorsqu'il s'agit d'un simple voyage pour un séjour de courte durée à l'étranger et non pas d'un voyage permanent ?

A notre sens, le législateur est formel sur ce point et on ne peut répondre à cette question que par la négative.

Une fois l'autorisation est donnée, une copie est envoyée au service consulaire marocain du lieu de résidence de la personne chargée de la kafala pour veiller au contrôle de son exécution par tout moyen jugé utile et adéquat. Le résultat de ce contrôle doit faire l'objet de rapport adressé par le consul au juge des tutelles compétent à savoir celui qui a rendu l'ordonnance confiant la Kafala.

### ***B- Effets de la kafala:***

Contrairement à certaines législations comparées, la kafala - en Droit marocain - ne donne pas de droit ; ni à la filiation ni à la succession. l'art 2 du Dahir portant est clair à cet égard .

Par contre, la personne qui assure la kafala peut bénéficier des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants par l'Etat, les établissements publics ou privés ou les collectivités locales et leurs groupements. Il s'agit d'une vraie motivation pour inciter les gens à prendre de telle charge.

La personne assurant la kafala doit veiller au respect des obligations qui en découlent à savoir l'entretien, la protection et l'éducation de l'enfant conformément aux dispositions légales prévues dans le code de la famille et relatives à la garde des enfants en général, de l'handicapé, de l'incapable et de la fille en particulier.

Il faut dire que la Loi n°15-01 est entrée en vigueur sous le régime de l'ancien code du statut personnel, cette loi prévoit expressément qu'en cas de rupture des liens de mariage entre les époux assurant la Kafala les dispositions de l'art 102 du code du statut personnel sont applicables.

Cet article disposait que l'enfant - après l'âge de 12 ans pour le garçon ou de 15 ans pour la fille - a option de résidence avec qui il veut de son père ou de sa mère.

Ayant atteint l'un ou l'autre âge -selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille- l'enfant soumis à la Kafala pouvait opter de résider soit avec l'époux soit avec l'épouse qui ont rompu leur lien de mariage.

On peut cependant légitimement penser que c'est l'article 166 du code de la famille qui a pris la place du fameux article 102 de l'ancien code du statut personnel. Ainsi le nouveau code dispose que la garde de l'enfant se prolonge jusqu'à l'âge de majorité légale pour l'enfant des deux sexes et qu'en cas de rupture des liens de mariages entre les époux, l'enfant des deux sexes ayant atteint l'âge de 15 ans, a option de résidence avec qui il veut de son père ou de sa mère ( dans notre cas, avec qui il veut de l'époux ou de l'épouse assurant sa prise en charge).

### ***C- Cessation de la Kafala :***

Outre le cas de l'ordonnance d'annulation de la kafala par le juge des tutelles, la prise en charge peut également cesser par l'un des motifs suivants :

- Lorsque l'enfant de sexe mâle pris en charge non handicapé et capable de subvenir à ses besoins atteint l'âge de majorité légale.
- Lorsque la fille prise en charge se marie.
- Lorsque l'enfant pris en charge décède .

- Après le décès des deux époux assurant la kafala ou leur incapacité conjointe.
- Par la dissolution de l'organisme assurant la Kafala.

Il faut dire que si la kafala peut cesser par l'un des motifs sus-indiqués, l'état d'abandon peut également cesser et ce après disparition de ses motifs, dans ce cas les parents de l'enfant - ou l'un deux - peuvent alors recouvrer la tutelle de leur enfant par décision du tribunal, dans le cas où cet enfant n'a pas encore atteint l'âge de discernement à savoir 12 ans selon l'article 214 du code de la famille. Dans le cas contraire, - c'est à dire si l'enfant a atteint l'âge de discernement - le tribunal entend l'enfant et rend sa décision en prenant en compte l'intérêt de l'enfant.

#### Section V : comment s'octroyer la Kafala d'un enfant non abandonné ?

Comme on l'a précisé en haut, il n'y a pas de règles juridiques propres à l'institution de la Kafala des enfants non abandonnés, seulement rien n'empêche d'emprunter certaines règles incluses dans le Dahir n° 1-02-172 notamment celles relatives aux conditions requises pour la personne désireuse d'assurer la Kafala.

Cette personne doit présenter au juge chargé de l'homologation (appelé aussi juge des affaires notariales) une demande exposant son désir de prendre l'enfant non abandonné en charge accompagnée des pièces suivantes :

- 1) Une photocopie de sa carte d'identité nationale .
- 2) Un certificat médical attestant son aptitude physique ainsi que l'absence de toute maladie contagieuse ou autre.
- 3) Toute pièces attestant sa situation matérielle.
- 4) Une copie du casier judiciaire pour prouver l'absence de toute condamnation infamante.
- 5) Un certificat de résidence.
- 6) Une copie de l'acte de mariage si les demandeurs de la Kafala sont mariés .

après la constitution dudit dossier, le juge procède à une enquête qu'il confère au parquet et ce dans le but de savoir si la personne est effectivement apte moralement, socialement et

matériellement pour assumer une telle mission.

A la lumière de cette enquête, - et si le rapport adressé au juge chargé de l'homologation par le procureur du Roi s'avère positif - Le juge donne une autorisation écrite, laquelle autorisation doit être présentée aux deux oudouls avant la conclusion de l'acte adoulaire de la Kafala, mention en est obligatoirement portée sur ledit acte.

Si la personne autorisée à prendre en charge l'enfant non abandonné désire voyager à l'étranger en compagnie de cet enfant pour s'y établir d'une façon permanente ou autre, elle doit recourir au tribunal de première instance pour rendre une décision aux fins d'homologation de l'acte adoulaire de la Kafala.

L'autorisation de voyager à l'extérieur du territoire du Royaume en compagnie de l'enfant non abandonné pris en charge doit également faire l'objet d'une décision de justice rendue par le même tribunal.

Pour pouvoir présenter l'acte de la Kafala ou le jugement la concernant à l'extérieur du territoire du Royaume, ledit acte et ledit jugement doivent faire l'objet préalablement d'une homologation par le président du tribunal de première instance ayant rendu le jugement ou dans lequel exerce le juge ayant homologué l'acte adoulaire ainsi que par le ministère des affaires étrangères et de la coopération.

## واقع و أفاق السياسة الجنائية في مجال الأسرة.

إعداد: د محمد الونعم الأزمي الإدريسي

قاض بالمحكمة الابتدائية بتاونات

مركز حفاسي

وباحث بكلية الحقوق بفاس

### مقدمة:

تعتبر الأسرة كخلية اجتماعية نواة كل مجتمع كيفما كانت مرجعيته العقائدية أو الإيديولوجية، فكلما صلحت هذه النواة صلح المجتمع كله، وكلما فسدت حل الفساد بالمجتمع كله ورغم التحولات التي عرفها المجتمع المغربي، بقيت الأسرة محافظة على استمراريتها في أداء رسالتها داخل المجتمع، بخلاف الوحدات الاجتماعية الأخرى التي عرفت نوعا من التفكك والانحلال مثل القبيلة والعشيرة، مع الإشارة إلى أن مفهوم الأسرة بدوره تقلص من العائلة الممتدة التي يعيش داخلها الجد والأبناء والأحفاد، إلى الأسرة النووية التي يقتصر فيها الزوجين على إنجاب طفلين أو ثلاثة على أبعد تقدير.

ولما كانت الأسرة وحدة أساسية في تشكيل المجتمع فقد كان ضروريا اعتمادها ضمن استراتيجية الدولة عند سنها ووضعها للسياسة الجنائية، ومن هنا فقد كان المشرع المغربي دائم

الاهتمام بالأسرة في هذا المجال مما أدى تأسيس سياسة جنائية خاصة بالأسرة (المحور الأول) إلا أن ذلك يبقى غير كافي بالنظر للتطورات الذي تعرفها مؤسسة الأسرة داخل المجتمع المغربي مما يتعين معه تطوير السياسة الجنائية في مجال الأسرة (المحور الثاني)

## المحور الأول: واقع السياسة الجنائية في مجال الأسرة

إن الحديث عن واقع السياسة الجنائية الخاصة بالأسرة (الفقرة الثانية) يقتضي منا تناول نشأة وتطور السياسة الجنائية بالمغرب بصفة عامة (الفقرة الأولى).

### الفقرة الأولى: مفهوم وتطور السياسة الجنائية بالمغرب

قبل الحديث عن تطور السياسة الجنائية بالمغرب (ثانيا) لابد من تحديد هذا المفهوم (أولاً).

#### أولاً: مفهوم السياسة الجنائية

لقد كان أول من استعمل مصطلح السياسة الجنائية هو العالم الألماني فويارباخ Feurbach وذلك للدلالة على الوسائل التي يمكن اتخاذها في وقت معين وفي بلد من أجل مكافحة الإجرام<sup>٣٥</sup>. وعرفها الفرنسي مارك أنسل Marc Ancel بأنها تهدف إلى تطوير القانون الجنائي الوضعي وتوجيه كل من المشرع الذي يسن القانون والقاضي الذي يقوم بتطبيقه والمؤسسات العقابية التي تضطلع بتنفيذ التدابير التي يقضي بها هذا القاضي. ويعتبر هذا التعريف أكثر دقة من سابقه لكونه يوسع من نطاق السياسة الجنائية فيجعلها تهدف إلى حصر القواعد التي تحدد على ضوءها صياغة النصوص القانونية سواء فيما يتعلق بالتجريم أو الوقاية من الجريمة ومعالجتها، فتصبح بحكم ذلك هي التي تحدد المبادئ اللازم السير عليها في تعريف الجريمة لاتخاذ التدابير المانعة والعقوبات المقررة لها<sup>٣٦</sup>.

والهدف من كل سياسة جنائية هو الحد من الظواهر الإجرامية المختلفة لذلك لا يمكن وضع سياسة جنائية قارة ودائمة لأن الجريمة تتطور باستمرار والمحترفون في تحايل مستمر على القانون<sup>٣٧</sup>.

وتهتم السياسة الجنائية بالجريمة في مراحلها الثلاث وهي مرحلة ما قبل وقع الجريمة وذلك بسن إجراءات تمنع من وقوعها، ثم مرحلة وقوعها وذلك بتشريع إجراءات البحث عن مرتكبيها

<sup>٣٥</sup> - أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية فكرتها ومذاهبها وتخطيطها دار النهضة العربية القاهرة 1972 ص: 13.

<sup>٣٦</sup> - جعفر العلوي: علم الإجرام مكتبة المعارف الجامعية السنة 2002 ص: 13.

<sup>٣٧</sup> - تقدم ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية -سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 3 المجلد الأول الطبعة 2 سنة 2004 ص: 6.

ومحاكمتهم، ثم مرحلة بعد وقوعها بإجراءات تنفيذ العقوبات والتدابير الوقائية المحكوم بها على مرتكبي الجرائم.

## ثانياً: تطور السياسة الجنائية بالمغرب

لقد دخل مفهوم السياسة الجنائية بالمغرب للتشريع الجنائي المغربي لأول مرة بمقتضى المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 والذي جاء فيها على إشراف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية ويبلغها إلى الوكلاء العامين للملك والذين يسهرون بدورهم على تطبيقها. إلا أنه انطلاقاً من تعريف السياسة الجنائية المشار إليه أعلاه، فيمكن القول إن ملامح السياسة الجنائية بالمغرب تبلورت منذ عهد استقلال المغرب بصدور قانون المسطرة الجنائية ثم القانون الجنائي وقانون توحيد القضاء وتعريبه ومغربته، والهدف من ذلك هو إرساء دعائم قضاء جنائي موحد وحديث أساسه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته. ولقد أخذ مفهوم السياسة الجنائية يتطور، سواء تعلق الأمر بقواعد التجريم والعقاب الموضوعية أو بالقواعد الإجرائية للمحاكمة وتنفيذ العقوبة وذلك بشكل يوازي التصورات الجديدة للدولة في مجال حقوق الإنسان والمرأة والطفل والأسرة، الأمر الذي دفع بالمشرع الجنائي المغربي إلى سن سياسة جنائية حديثة تستجيب لهذه التطلعات وذلك بتعديل مجموعة من القوانين الجنائية مع العمل على جعل مقتضياتها ملائمة للمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب والمتعلقة باحترام حقوق الإنسان<sup>٣٨</sup> وحقوق المرأة<sup>٣٩</sup> وحقوق الطفل<sup>٤٠</sup> ومكافحة الإرهاب<sup>٤١</sup>. وانطلاقاً من هذه التصورات فقد تم تعديل قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي وقانون المؤسسات السجنية وإصدار القانون المتعلق بالإرهاب<sup>٤٢</sup>، وقانون تجريم التعذيب<sup>٤٣</sup> وقانون الجرائم المعلوماتية<sup>٤٤</sup> ثم قانون الحريات العامة<sup>٤٥</sup> وقانون الهجرة.

<sup>٣٨</sup> - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية لسنة 1966.

<sup>٣٩</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

<sup>٤٠</sup> - اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20.

<sup>٤١</sup> - القانون رقم 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب الصادر الأمر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.03.140 بتاريخ 28 ماي 2003 الجريدة الرسمية عدد 5112 بتاريخ 29 ماي 2005 ص: 1755.

<sup>٤٢</sup> - القانون رقم 43.04 المتعلق بمناهضة التعذيب الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف 1.06.20 بتاريخ 14/2/2006 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 23/2/2006 ص: 492.

<sup>٤٣</sup> - القانون رقم 07.03 المتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر الأمر بتنفيذه بظهير 2003/11/27 الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 12/12/2003 ص: 4284.

<sup>٤٤</sup> - قانون رقم 77.00 الصادر الأمر بتنفيذه بظهير عدد 102.207 بتاريخ 02.10.3 المغير والمتمم بموجبه قانون الصحافة والنشر ظهير 1958/11/15 الجريدة الرسمية عدد 5075 بتاريخ 20/1/2003 .

إلا أن ما يميز هذه التعديلات المدخلة على القانون الجنائي بصفة خاصة والمتمثلة في إضافة وإلغاء أخرى وتعديل فصول أخرى، هو عدم احتوائه لمجموعة من الجرائم المرتبطة ببعض مظاهر الحياة العصرية، أو تلك التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المحكمة المغربية، كما أن المقتضيات الزجرية أصبحت توجد متفرقة على مجموعة من النصوص الخاصة، لذلك يتعين مراجعة القانون الجنائي مراجعة شمولية، وإعادة تبويبه وترقيمه حسب المواضيع التي ينظمها بشكل يسهل على القاضي الذي يطبقها التمكن منها وذلك البحث عن عقوبات بديلة للعقوبات الحبسية.

### الفقرة الثانية: واقع السياسة الجنائية في مجال الأسرة

تتموقع الأسرة داخل السياسة الجنائية في التشريع الجنائي المغربي في موقعين أساسيين أولهما، يعتبرها وحدة اجتماعية أساسية يتعين حمايتها من عوامل التفكك (أولاً) والثاني يعتبرها وسيلة من وسائل الضبط الاجتماعي ومكافحة الإجرام (ثانياً).

#### أولاً: واقع حماية الأسرة في السياسة الجنائية

لقد شكلت الأسرة على الدوام ركيزة أساسية للمجتمع وضمن مهمة للسكينة والاطمئنان وأحد العناصر الحضارية الجديدة بالتقدير والاحترام والحماية لاعتبارها الخلية الأولى في المجتمع لذا حرص المشرع الجنائي على حمايتها من كل ما يمكن أن يهددها في وجودها وكيانها واستمرارها وتماسكها فقد أولاهما اهتماماً من خلال القانون الجنائي ومن خلال النصوص الخاصة والمكملة له لضمان هذه الحماية<sup>٤٥</sup>.

وتضطلع الأسرة بدور مهم في توجيه السياسة الجنائية باعتبارها نواة تقع وسط العلاقة بين الدولة والفرد، وهكذا تكون الأسرة سبباً في متابعة الجاني ومعاقبته نتيجة ارتكابه لفعل جرمي يهدد كيان هذه الخلية، ومرة أخرى تمنع القانون الجاني من التدخل حفاظاً على الرابطة العائلية التي تجمع الجاني بالضحية.

وحتى في الحالات التي تكون فيها الأسرة سبباً لإيقاع العقاب على الجاني الذي يرتكب فعلاً جرمياً ضدها، فإن العقوبة تختلف فتكون متشددة إذا كان الجاني والمجني عليه من أسرة واحدة، أو عائلة واحدة مثل قتل الأصول والاعتداء عليهم، وقد يكون الرابطة الأسرية والعائلية سبباً لتخفيف

<sup>٤٥</sup> - القانون رقم 02.09 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة الغير المشروعة والصادر الأمر بتنفيذه رقم 1003.196 بظهير 11 نونبر 2003.

<sup>٤٦</sup> - محمد مرزوكي السياسة الجنائية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق مرجع سابق ص: 333 وما بعدها. محكمة الاستئناف بفاس



العقوبة مثل قتل الأم لوليدها وذلك اعتقاداً من المشرع أن التشدد في العقوبة في هذه الحالات قد لا يتلاءم مع خصوصية المحيط العائلي التي تهيمن عليه علاقات خاصة أساسها التضامن والتكافل والاحترام المتبادل.

إلا أن الواقع العلمي أظهر ضعف فاعلية النصوص الجنائية المتعلقة بحماية الأسرة نظراً لبعض مظاهر التحلل والانحلال الذي أصاب بعض الأسر المغربية ونظراً لكون المقتضيات الجنائية الخاصة بحماية الأسرة ترجع إلى أواخر 1962 مما يستوجب إعادة النظر في السياسة الجنائية الخاصة بحماية الأسرة من خلال تجديد القانون الجنائي انطلاقاً من دراسات مختلفة تهتم جميع جوانب الأسرة<sup>٤٧</sup>.

### ثانياً: واقع دور الأسرة في السياسة الجنائية في مكافحة الإجرام

تعتبر الأسرة إحدى الركائز الأساسية التي تعتمد عليها السياسة الجنائية في وضعها لاستراتيجيات مكافحة الجريمة، انطلاقاً من دورها التربوي المتمثل في التنشئة السوية للفرد داخل المجتمع فمختلف التشريعات الجنائية تعتمد الأسرة كوسيلة من وسائل مكافحة الجريمة ويأخذ دور الأسرة في هذا الإطار وجهين الأول وقائي، يتمثل في اعتبارها وسيلة للضبط الاجتماعي للأفراد وذلك بتحميلها مسؤولية تربية ورعاية أفرادها وتوجيههم التوجيه الصحيح والسليم، ليكونوا أفراداً صالحين داخل مجتمعهم، والرقابة الاجتماعية التي تقوم بها الأسرة على أفرادها لمنعهم من الانحراف وولوج عالم الجريمة يفترض قوة ومثانة هذه الخلية، فلا يمكن لأسرة متفككة ومنحلة أن تقوم بدورها الوقائي لمنع أفرادها من الانحراف، وقد كشفت الدراسات أن المنحرفين ينحدرون في الغالب من أسر متفككة يغيب عنها أحد الوالدين سواء نتيجة للوفاة أو الطلاق أو الهجرة وأن هذه الأسر غالباً ما يشيع بداخلها انحراف من نوع ما<sup>٤٨</sup>.

وفيما يتعلق بالدور الثاني للأسرة في السياسة الجنائية فيتعلق بعلاج الجريمة ومرتكبوها، ويتعلق الأمر هنا بالأساس بالأحداث الجانحين فقانون المسطرة الجنائية يعطي للأسرة مكانة مهمة في تسيير إجراءات البحث والمحاكمة وتنفيذ التدابير المحكوم بها في حق الأحداث، وهكذا ألزم مشرع المسطرة الجنائية ضابط الشرطة القضائية بإشعار الأبوين بإلقاء القبض على الحدث أو بالاحتفاظ به تحت الحراسة النظرية إذ اقتضته ضرورات البحث، وعلق تطبيق النيابة العامة للصالح الجنائي على موافقة الولي القانوني للحدث<sup>٤٩</sup> كما ألزم حضور الأبوين أثناء محاكمة الحدث استثناء

<sup>٤٧</sup> - محمد مرزوكي: مرجع سابق ص: 337.

<sup>٤٨</sup> - جعفر العلوي: مرجع سابق ص: 138.

<sup>٤٩</sup> - المادة 460 من ق.م.ج.

من مبدأ سرية محاكمة الأحداث<sup>٥٠</sup> ويزداد دور الأسرة في علاج جرائم الأحداث بسن إمكانية تسليم الحدث الجاني لأبويه ولأسرته سواء كانت أصلية أو بديلة<sup>٥١</sup> كتدبير مؤقت أو تدبير للحماية والتهذيب، كما أعطى للأسرة إمكانية التقدم بطلب إرجاع الحدث إليها بعد إدانته بالسجن. ومن الأدوار العلاجية للأسرة في إطار السياسة الجنائية لمكافحة الجريمة ما أقره قانون السجون من ضرورة المحافظة على الروابط العائلية للمعتقل مع أسرته وعائلته لما في ذلك من فائدة كبيرة في مساعدة المعتقل على إعادة اندماجه في المجتمع بعد خروجه من السجن وعدم عودته لطريق الجريمة.

### **المحور الثاني: آفاق السياسة الجنائية في مجال الأسرة**

إن أمر سن سياسة جنائية حديثة خاصة بالأسرة، أصبح ملحا لموازاة التطور الذي عرفته مؤسسة الأسرة في الجانب المدني المتعلق بصدور مدونة الأسرة وإنشاء قضاء متخصص للبت في النزاعات الأسرية، لذلك يجب تفعيل كل المقتضيات القانونية الجنائية التي من خلالها تفرض الحماية الواجبة للأسرة والطفل بسن بدائل لمنطق الزجر والعقاب عن طريق إقرار عدالة تصالحية فيها يتعلق بالحماية الجنائية للأسرة (الفقرة الأولى) والبحث عن طرق بديلة للعقوبات السالبة للحرية في جرائم الأسرة (الفقرة الثانية).

#### **الفقرة الأولى: إقرار عدالة تصالحية في جرائم الأسرة**

إن إقرار عدالة تصالحية في جرائم الأسرة في إطار سياسة جنائية حديثة تهدف إلى حماية الأسرة والحفاظ على الروابط التي تجمع أفرادها رغم إخلال أحدهم بالتزاماته التي ينتج عنه فعل جرمي، يقتضي من المشرع تفعيل مسطرة الصلح في مثل هذه الجرائم (أولا) وإيجاد مؤسسة الوساطة (ثانيا).

#### **أولاً: تفعيل دور الصلح في جرائم الأسرة**

إذا كانت السياسة العقابية لها دور في ردع الجاني في بعض الجرائم التي تستوجب ذلك، فإنه في بعض الجرائم ذات الطبيعة الخاصة تكون العقوبة سببا في تفكك مجموعة من الروابط التي تجمع بين الجاني والضحية ومنها الرابطة الزوجية أو الأسرية، لذلك فقد برز حديثا توجهها جديدا يشجع على استخدام الصلح بين الأطراف في المجال الجنائي خاصة في الجرائم البسيطة.

<sup>٥٠</sup> - المادة 461 من ق.م.ج.

<sup>٥١</sup> - المادة 479 من ق.م.ج.

وقد تبنى مؤتمر الأمم المتحدة معاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين خلال شهر أبريل 2000 بقيينا مثل هذا التوجه واستحدث خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم ضحايا الجريمة تشمل على آليات للوساطة والعدالة التصالحية<sup>٥٢</sup>.

وقد اعتبر المشرع المغربي من جانبه الصلح سببا من أسباب سقوط الدعوى العمومية عندما ينص القانون صراحة على ذلك<sup>٥٣</sup>، ومن الحالات التي أجاز المشرع إجراء الصلح بين الخصوم فيها ما نصت عليه المادة 41 من ق.م.ج الذي نص على أنه يمكن للمتضرر أو المشتكى به، قبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبسا أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر، وفي حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح، يحرر وكيل الملك محضرا بحضورهما وحضور دفاعهما، ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك ويحال على رئيس المحكمة للتصديق عليه بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن، وبموجب هذه المسطرة توقف إقامة الدعوى العمومية في مواجهة المشتكى به.

من هنا يتبين أن المشرع المغربي أجاز إجراء مسطرة الصلح بين الأطراف في الميدان الجنائي وربط ذلك بالجرائم البسيطة التي يعاقب عليها بأقل من سنتين، وهو ما يوجب تفعيل الصلح بين الخصوم بصفة خاصة عندما يكون بينهما رابطة أسرية للحفاظ ما أمكن على تماسكهما واستقرارها، فالنيابة العامة عليها في مثل هذه الجرائم أن تقترح على الخصوم إجراء مسطرة الصلح بينهما للحيلولة دون إجراء المتابعة في حق المتهم لما لذلك من آثار وخيمة على علاقتهما إذا كان بينهما رابطة أسرية.

كما أجاز المشرع<sup>٥٤</sup> إذا كان الأمر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجرح المشار إليها سابقا في حالة تنازل المتضرر أن تحكم بإيقاف سير الدعوى العمومية في مواجهة المتهم. وبالنظر لدور الأسر ووظيفتها في المجتمع فعلى المشرع أن يعمل على إدراج إمكانية إجراء مسطرة الصلح في مختلف الجرائم التي تقع داخل المحيط الأسري، لأن إيقاع العقوبة على أحد أفراد الأسرة يؤدي حتما إلى تفكك الأسرة وانحلالها وتشرذم أفرادها، وذلك إعمالا لمصلحة الأسرة في التماسك والاستقرار والتي تؤدي حتما إلى استقرار المجتمع الذي باسمه تمارس الدعوى

<sup>٥٢</sup> - مصطفى حلمي: السياسة الجنائية والعدالة التصالحية والطرق البديلة لحل النزاعات ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق: مرجع سابق المجلد 2 الطبعة 1 لسنة 2005 ص: 353.

<sup>٥٣</sup> - المادة 4 من ق.م.ج.

<sup>٥٤</sup> - المادة 372 من ق.م.ج.

العمومية ويتم الحكم وتنفيذ العقاب، فالمقاربة الزجرية للجرائم التي تقع داخل المحيط الأسري أبانت عن محدودية مفعولها في الحفاظ على الأسرة مما يطرح بحدّة تفعيل العدالة التصالحية عند سن السياسة الجنائية الخاصة بالأسرة.

### ثانياً: إيجاد مؤسسة الوساطة

الوساطة نظام يستهدف الوصول إلى اتفاق أو مصالحة أو توفيق بين أشخاص أو أطراف ويستلزم تدخل شخص أو أكثر لحل المنازعات بالطرق الودية<sup>٥٥</sup>، ويعتبر القانون الفرنسي من بين التشريعات التي اهتمت بتقنين هذه المؤسسة وأدخلتها في صلب إجراءاتها الجنائية<sup>٥٦</sup>، وهكذا أضاف الفقرة 7 للمادة 41 من قانون بموجب القانون رقم 99-525 بتاريخ 1999/6/23 والذي جاء فيها:

"يستطيع مدعي الجمهورية.... قبل أن يتخذ قراراً في شأن الدعوى الجنائية وبموافقة الأطراف أن يقرر إجراء وساطة إذا تبين له أن مثل هذا الإجراء يمكن أن يضمن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه ويضع نهاية للاضطراب المترتب على الجريمة ويساهم في تأهيل مرتكب الجريمة".  
وتتم إجراءات الوساطة بقيام مدعي الجمهورية مباشرة أو عن طريق مأمور الضبط القضائي أو وسيط لعضو النيابة العامة، بتذكير الجاني بالوقائع والالتزامات المترتبة على القانون وبوجهه لمؤسسة صحية أو اجتماعية أو مهنية، وأن يطلب منه تصحيح موقفه حيال القانون واللوائح وأداء تعويض الأضرار المترتبة على فعله الجرمي، وفي حالة نجاح مهمة الوساطة يتم تحرير محضر بذلك يوقع عليه الوسيط والأطراف وتسلم نسخة منه لكل واحد من الأطراف، ويتم إيقاف الدعوى العمومية، وفي حالة عدم الوفاء بالالتزام نتيجة لسلوك الجاني كان لعضو النيابة العامة أن يطبق نظام التسوية الجنائية أو تحريك الدعوى العمومية.

وتعد الوساطة بهذه المسطرة وسيلة من وسائل معالجة ظاهرة الإجرام البسيط وأعطت لعضو النيابة العامة خياراً جديداً للخيارات المتاحة أمامه لمواجهة الجريمة وهي حفظ الدعوى الجنائية أو تحريك المتابعة للوصول إلى معاقبة الجاني بالعقوبات المقررة قانوناً فأضاف المشرع خياراً جديداً

<sup>٥٥</sup> - مدحت رمضان بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة (تبسيط الإجراءات الجنائية) ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق مرجع سابق ص: 301 المجلد 2.

<sup>٥٦</sup> - ظهرت مؤسسة الوساطة في القانون الفرنسي لأول مرة بموجب القانون رقم 93-2 الصادر بتاريخ 4 يناير 1993 وعدل بموجب القانون رقم 99-515 بتاريخ 1999/6/23 الذي عدل كذلك بموجب القانون رقم 204.2004 الصادر بتاريخ 2004/3/9.

وهو أن يعلق تحريك الدعوى الجنائية على عدم وجود اتفاق بين الخصوم عن طريق الوساطة والضابط في اختياره هو جسامته الفعل المرتكب<sup>٥٧</sup>.

وهذا النظام يشكل نمطا تفاوضيا لحل النزاع الجنائي بين الأطراف للوصول لتعويض عادل للمجني عليه عن الأضرار اللاحقة به من جراء الفعل الجرمي، كما يعطي هذا النظام للمجني عليه دورا أساسيا ومهما في تسيير الإجراءات الجنائية المتعلقة بالفعل الذي تعرض له وبالتالي تحقيق العدالة الجنائية، خاصة في الجرائم ذات الطبيعة الخاصة مثل جرائم الأسرة.

وبخصوص المشرع المغربي وقف وفق عند مسطرة الصلح التي منحها للنيابة العامة في إطار المادة 41 من ق.م.ج. وذلك رغم أهمية مؤسسة الوساطة في فض النزاعات بصفة عامة والنزاعات الجنائية بصفة خاصة ففوائدها تتمثل في:

- التخفيف من وقع الفعل الجرمي على الضحية والمجتمع
  - إعطاء الفرصة للجاني للتكفير على ذنبه بتعويض الضحية.
  - التخفيف على قضاء الحكم من عدد النزاعات المعروضة عليه وذلك بحلها في مرحلة ما قبل إجراء المتابعة.
  - منح المجني عليه دور في متابعة أو عدم متابعة الجاني.
- وبخصوص مجال الأسرة فإن هذه المؤسسة سيكون لها دور مهم وأساسي في فض مجموعة من النزاعات الجنائية ذات الطبيعة الأسرية والحيلولة دون عرضها على القضاء الذي يفصل فيها بموجب العقوبة، ومنها جنح إهمال الأسرة بجميع أشكالها والعنف بين الزوجين، الاعتداء على الأصول أو الفروع، فكل هذه النزاعات يمكن حلها عن طريق الوساطة، مما يؤدي إلى الحفاظ على تماسك واستقرار الأسرة وعدم تفككها بإجراء المتابعة ضد أحد أفرادها الجاني وتطبيق العقاب في حقه.

### الفقرة الثانية: الطرق البديلة للعقوبات السالبة الحرية

قبل الحديث في أشكال بدائل العقوبات السالبة الحرية (ثانيا) يتعين إبراز مبررات هذه البدائل (أولا).

<sup>٥٧</sup> - مدحت رمضان: مرجع سابق ص: 316.

## أولاً: مبررات بدائل العقوبات السالبة للحرية

بعد الاكتظاظ الكبير الذي تعرفه مختلف المؤسسات السجنية بالمغرب نظراً لارتفاع معدل الاعتقال الاحتياطي<sup>٥٨</sup> والعقوبات السالبة للحرية النافذة، بدأت الأصوات تتعالى من أجل إيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية، لأن العقوبة الحبسية في ظل وضعية السجون الحالية يجعلها بعيدة عن وظيفتها التربوية لإعادة تأهيل المعتقل

وهذه الأصوات ترى أن السجن ليس هو الحل الوحيد للعقاب ولا يجب اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى وذلك لتخفيف الاكتظاظ داخل السجون وعدم إقبال كاهل الدولة بتولي السهر على السجناء وتهيئ متطلباتهم اليومية

كما أن النتائج السلبية للعقوبة الحبسية المتمثلة في شعور المدان بالانتقام وصعوبة اندماجه داخل المجتمع بعد قضائه للعقوبة يشكلان مبرراً إضافياً لهذه الأصوات المنادية بإيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية وتساهم هذه البدائل في التقليل من عدد نزلاء المؤسسات السجنية ولعب دور فعالاً في إعادة تهذيب سلوك المنحرفين والحيلولة دون الزيادة في تفاقم تصرفاتهم وإيجاد أرضية لإصلاحهم وإعادة إدماجهم في المجتمع، لأن سياسة الاعتقال تؤدي إلى جمع مرتكبي أفعال مخرجة بالقانون في مكان واحد وهذا يحول دون تقويم سلوكهم بما يستوجبه الموقف من السرعة يضاف إلى ذلك التأثير على بعضهم وهو ما يطرح مجموعة من الصعوبات أمام المسؤولين ويجعل مهمتهم في الإصلاح تكاد تكون مستعصية إن لم نقل شبه مستحيلة<sup>٥٩</sup>.

كما أن من بين المبررات التي يمكن اعتمادها في المطالبة بإيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية هو طبيعة بعض الجرائم التي تقع داخل المحيط الأسري بين أفراد أسرة واحدة، ويكون الزج بأحدهم داخل السجن بداية لتفكك وانحلال هذه الأسرة كيفما كان الفعل المرتكب ولو كان بسيطاً.

## ثانياً: أشكال بدائل العقوبات السالبة للحرية

<sup>٥٨</sup> - مثلاً في المغرب نجد أن من بين الأشخاص الذين يتم اعتقالهم يتم الإفراج على عدد منهم دون أن تصدر في حقهم عقوبات سالبة للحرية وهكذا فخلال سنة 2003 تم الإفراج على ما مجموعه 17715 معتقلاً من بين الوافدين على المؤسسات السجنية موزعين حسب القرارات الصادرة في حقهم على الشكل التالي: السراح المؤقت 3717 عدم المتابعة 99، سقوط الدعوى العمومية 715 البراءة 3981، الغرامة 312، الإعفاء من المسؤولية 108، عقوبة حبسية موقوفة 83،87، وكان بالأحرى تفادي إيداع هذا العدد الكبير من الأشخاص في السجن والتخفيف بالتالي من ظاهرة الاكتظاظ التي تعرفها السجون عندنا، التقرير السنوي حول السجون 2003 ص 14-15 أشار إليه ذ عبد الجليل الفداني في موضوعه بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبات السالبة للحرية، ندوة السياسة الجنائية واقع وآفاق مرجع سابق ص: 70.

<sup>٥٩</sup> - ذ. مصطفى حلمي: مرجع سابق ص: 358.

بالرجوع للقانون الفرنسي الذي يعتبر مصدرا للتشريع المغربي في مجال السياسة الجنائية بشقيها الموضوعي أو الإجرائي، نجده يحدد مجموعة من البدائل للعقوبات السالبة للحرية ونذكر منها:

- ◀ العمل لفائدة المصلحة العامة.
- ◀ الوضع تحت المراقبة لإلكترونية.
- ◀ الوضع في الفضاء الخارجي.
- ◀ نصف الحرية.
- ◀ وقف وتخفيض العقوبة وتبعيضا.
- ◀ رخص الخروج تحت الحراسة.
- ◀ رخص الخروج.
- ◀ الإفراج الشرطي.
- ◀ المتابعة الاجتماعية القضائية.

فكل هذه التدابير يتم اللجوء إليها في إطار القانون الفرنسي كبدايل لتطبيق العقوبات الحبسية على مجموعة من الجناة وهو ما يشكل تقدما واضحا للسياسة الجنائية الفرنسية في تحاملها مع إشكالية العقوبات السالبة للحرية.

أما بالنسبة للمغرب فلا يزال التفكير في مثل هذه البدائل في بدايته باستثناء نصه على بعض منها في قانون المسطرة الجنائية وقانون المؤسسات السجنية، وهكذا نص على تدبير الوضع تحت المراقبة القضائية كتدبير استثنائي يحول دون وضع المشكوك فيه رهن الاعتقال الاحتياطي<sup>٦٠</sup>.

كما نصت على تدبير الإفراج المقيد بشروط يستفيد منه المحكومون بعقوبات سالبة للحرية والذين برهنوا بما فيه الكفاية على تحسن سلوكهم<sup>٦١</sup> ونص قانون المؤسسات السجنية على إمكانية منح المعتقلين رخصا للخروج بإذن من وزير العدل بمناسبة الأعياد الدينية والوطنية لما في ذلك مساعدة للمعتقل في إعادة إدماجه داخل وسطه الأسري<sup>٦٢</sup>.

وبالرغم من نص المشرع على هذه التدابير كبدايل للعقوبات السالبة للحرية، إلا أن ذلك يبقى غير كاف، وهو ما يؤكد الاكتظاظ الحاد الذي تعرفه مختلف المؤسسات السجنية، خاصة

<sup>٦٠</sup> - نصت المسطرة الجنائية على تدبير الوضع تحت المراقبة القضائية في الفرع الأول من الباب التاسع في المواد من 160 إلى 174.

<sup>٦١</sup> - نصت المسطرة الجنائية على تدبير الأفراج المقيد بشروط في الباب الرابع من الكتاب السادس في المواد بين 622 إلى 632.

<sup>٦٢</sup> - المادة 36 من قانون المؤسسات السجنية الصادرة بظهير 1999/8/25.

بمرتكبي الجرائم البسيطة والتي لها طابع خاص، مثل جرائم الأسرة، لذلك ينبغي التفكير جدياً في إدخال مجموعة من البدائل للعقوبات الحبسية مثل الذي اعتمدها المشرع الفرنسي بالنظر لأهميتهما في تهذيب الجاني ومساعدته على اندماجه في المجتمع وأسرته من جديد، كما أن هذه البدائل من شأنها أن تحافظ على الروابط الأسرية وتحميها من التفكك بفعل تطبيق العقوبات الحبسية في حق أحد أفرادها.



# استقرار العلاقات الاجتماعية عامل مهم في تحقيق التنمية

إعداد:

السيد محمد العماري  
قاضي بالمحكمة الابتدائية بفاس

## مقدمة

إن تغير وتطور الظروف الاقتصادية العالمية باتت تفرض على أي بلد أراد مجاراتها تطوير وتحسين وتحديث هيكله الاقتصادية الداخلية وملاءمتها بشكل يضمن له مساهمة هذا الركب الاقتصادي. وفي هذا السياق، ووعيا منه بثقل المنافسة التجارية والاقتصادية انخرط المغرب منذ أوائل التسعينات في إرساء دعائم نظام اقتصادي حديث وعصري. ولتحقيق هذا الهدف كان لزاما تحديث المنظومة القانونية وتحسينها حتى تتلاءم والظرفية الدولية الخاضعة لقوانين العولمة الجامعة.

سيرا على هذا المنوال برزت للوجود مجموعة قوانين عصرية غايتها خلق إطار قانوني عصري مرشد للفاعلين والمتدخلين الاقتصاديين حتى يتمكنوا من تثبيت مكانتهم اقتصاديا واجتماعيا، فبرز للوجود قانون البورصة ومدونة الإستثمار والقانون البنكي ومدونة التجارة والقوانين المنظمة للشركات وقانون إحداث المحاكم التجارية، وبعد مخاض طويل وعسير تمت المصادقة على مدونة الشغل. هاته المدونة التي كان من أهم أهدافها إرساء دعائم سلم اجتماعي كفيل بتحقيق تنمية قارة ومستدامة وعلى رأسها التنمية البشرية كما أكد على ذلك صاحب الجلالة نصره الله وأيده في كلمته السامية أمام رؤساء غرف التجارة والصناعة ورؤساء المكاتب الوطنية وعدد من الفاعلين الاقتصاديين بتاريخ 2000/09/25، حين قال جلالتة: «ويقينا منا أنه مهما كانت الشروط المادية والمالية والقانونية أساسية في حفز الاستثمار وخلق الاقلاع الاقتصادي المشغل فإنها تظل رهينة بتوفر المناخ الاجتماعي وعلاقات الشغل السليمة والتعاونية والتشاركية» حاثا جلالتة الحكومة والبرلمان "على الإسراع بإقرار مدونة شغل عصرية مشجعة على الاستثمار والتشغيل".

لقد أصبح موضوع التشغيل واحتواء آثار البطالة التي تهم شريحة مهمة من المجتمع المغربي، موضوعا وطنيا يوميا، وللإحاطة به وبجوانبه وسبل النهوض به احتل الورش الاجتماعي الحيز الأهم والرئيسي والمباشر للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي أعلن عنها جلالة الملك محمد السادس أعانه الله ورعاه وسدد خطاه. وأخذا بتوجيهاته السامية كان لا بد وأن يحتل هذا الورش مركزا متميزا من بين الأوراش الكبرى التي حددتها الحكومة المغربية في برنامج عملها كما عبر عن ذلك السيد الوزير الأول في خطابه عن الأوراش الكبرى أمام البرلمان خلال شهر ماي 2005.

ولما كان السلم الاجتماعي إحدى الركائز الأساسية لأي تقدم وازدهار، فإن أي سلم كيفما كان لا يتحقق إلا في محيط عام يطبعه الاستقرار والأمن والطمأنينة والتي تعد الأهداف الرئيسية لخروج مدونة الشغل إلى حيز الوجود.

إن المطلع على مقتضيات مدونة الشغل يلمس فيها روح الملاءمة والمقتضيات الدستورية كما مقتضيات التشريعات الدولية، وأنها شملت ترسانة من القواعد القانونية الهادفة إلى تحقيق استقرار العلاقات الاجتماعية عبر ضمان استقرار علاقات الشغل، غير أن التمعن في دراسة بعض مقتضياتها ومقارنتها والتحديات الملقاة على عاتق المعنيين بها يمكن من أن يخرج منها بوجهة نظر مختلفة. ومن هذا المنطلق ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: استقرار علاقة الشغل هو الغاية الأساسية لمدونة الشغل.

المبحث الثاني: استقرار علاقة الشغل بين مدونة الشغل والمحيط الاقتصادي

من أجل تحقيق هذا الهدف ضمن المشروع في إطارها عدة مقتضيات قانونية ربط الإخلال بها بعدة تدابير زجرية جعل مقتضيات مدونة الشغل تكتسي طابع النظام العام. من أجل تكريس علاقات شغل مستقرة تدخل المشروع ليكرس ضمنا عقد الشغل غير محدد المدة كشكل شبه وحيد للعلاقات الشغلية القائمة بين الأجير والمؤاجر (المطلب الأول) كما أحاط هاته الإستمرارية بمنظومة من التعويضات المدنية في حالة إنهاء العقد من طرف المشغل تعسفا، تشكل بالنظر لتعددتها وضخامتها نظاما وقائيا وردعيا حقيقيا (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : التكريس الضمني لعقد الشغل غير المحدد المدة كشكل وحيد لعقد الشغل

يمكن استخلاص ذلك من خلال الاطلاع على المواد المنظمة لانشاء عقود الشغل. وإن أقل ما يمكن قوله بخصوص هذا الشق أن المشروع المغربي أحدث انقلابا راديكاليا فيما يخص إبرام عقود الشغل محددة المدة. ولقد كان لهذا التوجه الجديد حجية مشروعة تتجلى أساسا في كون عقد الشغل محدد المدة (في حالة نهايته) ويفرضونه كشكل وحيد ودائم على أجرائهم فيستمر العمل به لسنوات عديدة، بعدها يقومون بإعفاء الأجير المتعاقد معه دون أحقيته في الحصول على أي تعويض. وخير مثال على ذلك القضية المشهورة بأجراء المكتب الوطني للسكك الحديدية الذين كانوا يعدون بالمئات ولكن كانت تربطهم بمشغلهم عقود عمل محددة المدة، وبعد قضائهم عشرات السنين في خدمة المشغل قام بإعفائهم، وعند لجوئهم إلى القضاء الابتدائي والاستئنافي صدرت أحكام لفائدتهم اعتمادا على مبادئ العدالة والإنصاف وبعد اجتهاد قضائي ذاتي، إلا أنه بعد عرض النزاع على أنظار المجلس الأعلى الساهر على تطبيق القانون، نقض كل ما تم القضاء به ابتدائيا واستئنافيا باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين وأن النصوص الجاري بها العمل آنذاك لا تعطي للأجير المتعاقد معه بعقد شغل محدد المدة أي تعويض في حالة نهاية مدة عقده مع مشغله وعدم رغبة هذا الأخير في تجديده، هذا المثال الذي لم يكن يشكل إلا عينة صغيرة من بين الآلاف من الحالات، فجاء التشريع الجديد في إطار مدونة الشغل الجديدة ليشكل تحولا جذريا في هذا المجال حيث تدخل المشروع تحت ضغط القوى النقابية ليعيد المياه إلى مجراها الطبيعي وليجعل لمبادئ العدالة والإنصاف موطن قدم عند إنشاء عقود المشغل محددة المدة.

إن تشدد المشروع في تنظيم هذا الصنف من العقود واضح والهدف الأساسي منه هو جعل عقود الشغل الدائمة وغير محددة المدة هي الأصل أما المحددة المدة فهي مجرد استثناء لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالات ووفق شروط معينة حفاظا على استقرار علاقة المشغل. وأهم ما قام به المشروع بهذا الخصوص:

**أولا:** التضييق من نطاق تطبيق عقود الشغل المحددة المدة: فروح نصوص مدونة الشغل في هذا الكتاب تتمحور أساسا في كون عقود الشغل غير محددة المدة هي الأصل في عقود الشغل كما أسلفنا الذكر. ولما كانت عقود الشغل محددة المدة مجرد استثناء، جعل المشروع اللجوء إليها مجرد إمكانية لا تجد لها مكانا للتطبيق إلا في الحالات التي لا يمكن أن تكون فيها علاقة الشغل غير محددة المدة (المادة 16)، والتي حصرها المشروع في ثلاث حالات خاصة :

الأولى: إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير ما لم يكن التوقف ناتجا عن

الإضراب وتسري هاته للإمكانية على سبيل المثال في حالة توقف الأجير بسبب تعرضه إما لحادثة تكتسي صبغة حادثة شغل أو حادثة عادية تلزمه التوقف عن العمل لمدة معينة خصوصا إذا طالت، أو في حالة إصابة الأجير بمرض ألزمه التوقف لمدة قد تطول أو تقصر وسواء كان هذا المرض مهنيا أو عاديا، أو في حالة إجازة الأمومة بالنسبة للأجيرة التي وضعت حملها.

الثانية: ازدياد نشاط المقاوله بكيفية مؤقتة.

الثالثة : إذا كان الشغل ذا طبيعة موسمية كما في بعض القطاعات الفلاحية التي ستستفيد بامتياز من مقتضيات هذا النص.

ولقد ضيق المشرع من نطاق تطبيق عقود الشغل المحددة المدة بالنسبة للمشغلين الذين يلجؤون إلى طلب خدمات مقاولات التشغيل المؤقت، فقيد من حرية المشغل (الذي يأخذ في هاته الحالة صفة المستعمل) في الاستفادة من عروضها و فقط من أجل توظيف أجراء للقيام بأشكال غير دائمة وغير خطيرة تسمى "مهام" وذلك بعد استشارة الهيئات التمثيلية للأجراء داخل المقاوله. ولقد حدد المشرع الحالات التي يجوز فيها للمشغل طلب خدمات من مقاولات التشغيل المؤقت في أربع حالات: ثلاث منها ذكرناها سابقا وأضاف إليها حالة رابعة تتعلق بإنجاز أشغال استقر العرف على عدم اللجوء فيها إلى عقد شغل غير محدد المدة بسبب طبيعة الشغل. ومن أجل احترام هاته المقتضيات الأخيرة أحدث المشرع لجنة مختصة ثلاثية التركيب تعنى بتتبع التطبيق السليم لها (المادة 496). وتجدر الإشارة إلا أن أجراء هذا الصنف من المقاولات، والذين يعملون لفائدتها بصفة دائمة لا يمكن استعمالهم من طرف المشغل (المستعمل) إلا في حدود مدة لا تتجاوز في جميع الحالات المذكورة أعلاه، ورغم تمديدتها، مدة ستة أشهر باستثناء الحالة المتعلقة بإحلال أجير محل أجير آخر بسبب الغياب أو التوقف عن العمل (المادة 500).

وزيادة في حماية استقرار علاقات الشغل، في هذا الباب، تدخل المشرع لحماية الأجراء المفصولون بسبب اقتصادي، فمنع عن مشغليهم حرية اللجوء إلى أجراء مقاوله التشغيل المؤقت خلال السنة المالية لتاريخ الفصل لمواجهة التزايد المؤقت في نشاط المقاوله (المادة 498) مع الإشارة أنه بعد مرور سنة بعد الفصل المذكور، فإن الأجراء القدامى سواء كانوا دائمين أو مؤقتين يحتفظون بأسبقيتهم في التوظيف على حساب أجراء مقاولات التشغيل المؤقت (المادة 508).

**ثانيا:** إعطاء إمكانية إبرام عقود شغل محددة المدة إما بصفة دائمة أو مؤقتة في بعض الحالات الاستثنائية: حيث أعطى المشرع بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 16 إمكانية إبرام عقد شغل محدد المدة في بعض القطاعات والحالات الاستثنائية التي تحدد بموجب نص تنظيمي بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا أو بمقتضى اتفاقية شغل جماعية. وفي إطار دعمه للمقاولات الفتية المنشأة لأول مرة أو عند فتح مؤسسة جديدة داخل المقاوله أو عند إطلاق منتج جديد وذلك في القطاعات الغير الفلاحية، أعطى المشرع في هاته الحالات فقط، امتياز إبرام عقد شغل محدد المدة لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد لمدة واحدة لتصبح المدة سنتان في المجموع ويصبح العقد بعد ذلك في جميع الحالات غير محدد المدة. وفي هذه الحالات كذلك إذا أبرم عقد شغل محدد المدة لمدة سنة، واستمر العمل به بعد انتهاء مدته من قبل المشغل والأجير دون تجديده، فإنه يصبح عقدا غير محدد المدة تلقائيا (المادة 17، الفقرة 1 و 2).

وبخصوص إبرام عقود شغل محددة المدة في القطاع الفلاحي، يمكن الملاحظة أن المشرع لم

يضمن في صياغته أن يقترن إبرام هذا الصنف من العقود على مرحلة معينة كما خص بذلك القطاعات غير الفلاحية بالتنصيص على امتيازها بإبرام هاته العقود فقط عند إنشاء مقاوله لأول مرة أو فتح مؤسسة جديدة أو عند إطلاق منتج جديد لأول مرة، حيث نص المشرع على أنه في القطاع الفلاحي يمكن إبرام عقد الشغل محدد المدة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد على أن لا تتجاوز مدة العقود المبرمة سنتين ويصبح العقد بعد ذلك غير محدد المدة (المادة 17 الفقرة 3).

### **المطلب الثاني: إرساء دعائم نظام وقائي وردعي خاص بالآثار الناتجة عن الإنهاء**

#### **التعسفي لعقد الشغل من طرف المشغل:**

الهدف من هذا النظام وقاية الأجير المرتبط بعقد شغل غير محدد المدة من أي فعل محتمل صادر عن مشغله يهدف إلى فصله من عمله وبالتالي القضاء على استقرار مصدر رزقه، عن طريق ترتيب مجموعة من الآثار عند إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بطريقة منفردة وتعسفية من قبل المشغل، بحيث تشكل هاته الآثار ثقلا ماديا وخسارة لا يستهان بها قد تدفع المشغل كطرف قوي إلى التفكير مليا قبل الإقدام على فصل أجيره من عمله لسبب غير وجيه وبدون مبرر قانوني. وهذا النظام يشكل رادعا نفسيا وماديا للمشغل بهذا الخصوص. وإجمالا فالهدف الأسمى للمشرع هو الحفاظ على عقد الشغل وضمان استمراريته واستقراره.

و عند الإطلاع على مقتضيات مدونة الشغل الجديدة في هذا الباب يمكن تسجيل الملاحظات التالية حول مسطرة الفصل والآثار المترتبة عنه، حيث ضمت عدة مراحل، إن أحسن المشغل تطبيقها وممارستها ممارسة حقيقية وبنية حسنة يمكنه أن يتراجع عن قرار الفصل في حالة أعماله لسلطته التأديبية.

**أولا:** فقد أحدث المشرع في تشريع جديد من نوعه بخصوص مسطرة الفصل التأديبي مسطرة قبلية عن الفصل تسمى مسطرة الاستماع. إذ نصت المادة 62 من المدونة بخصوص الفصل التأديبي عند ارتكاب الأجير لخطأ جسيم على أنه "يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقاوله الذي يختاره الأجير بنفسه وذلك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام وتسلم نسخة منه إلى الأجير، وإذا رفض أحد الطرفين إجراء أو إتمام المسطرة يتم اللجوء إلى مفتش الشغل".

مسطرة الاستماع هاته التي تشبه إلى حد ما مسطرة البحث التكميلي أو التحقيق التفصيلي لها أهميتها من حيث تكوين قناعة المشغل عن الخطأ المقترف من طرف أجيره، فالمشرع عندما تحدث في المادة المذكورة عن "الفعل المنسوب إليه" فهذا يعني أن الخطأ الجسيم المفترض ارتكابه من طرف الأجير لم يتقرر بعد بصفة نهائية في مفكرة المشغل وإنما يتقرر لديه شخصيا عند إصداره مقرر الفصل- وإن الاستماع للأجير والدفاع عن نفسه يمكن أن يعود عليه بأحد أمرين، فإما أن المشغل لا تسعفه تبريرات الأجير ويترسخ في ذهنه الفعل المرتكب من طرفه وبالتالي ينتهي إلى فصله، وأما يقتنع بتبريرات الأجير ويتبين له أن الفعل المنسوب إليه لا يرقى لأن يكون سببا وجيها لفصله فيتراجع عن موقفه ويحتفظ بذلك الأجير في عمله ومن خلال هذا التراجع الحفاظ على استقرار واستمرار علاقة الشغل.

**ثانيا:** لقد أحدث المشرع، في حالة تمسك المشغل بموقفه في فصل أجيره، مسطرة الصلح

التمهيدي وجعل اللجوء إليها اختياريا من طرف الأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفيا

حيث فتح أمامه فرصة اللجوء إلى هاته المسطرة التي يسهر على تطبيقها الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل الذين يتدخلون في هاته الحالة بصفة مصالحين بين طرفي عقد الشغل لإيجاد حل توافقي يرضي الطرفين. هذا الحل يمكن أن يكتسي شكلين: أولهما الرجوع إلى العمل مع ما يعنيه من إعادة الاستقرار لعلاقة الشغل، وثانيهما الحصول على تعويض والذي لا يمكن أن يكون أدنى من التعويض المستحق عن الفصل التعسفي وإلا كان الصلح باطلا (المادة 73 الفقرة 2).

**ثالثا:** وجوب اتباع مسطرة خاصة في حالة الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية، والتي تنظمها المواد من 66 إلى 71 من مدونة الشغل حيث تتمحور حول شقين رئيسيين: الشق الأول داخلي: ويتعلق بوجوب استشارة وإعلام الهيآت النقابية و مندوبي الأجراء داخل المقولة ومدارسهم حول نية المشغل إعفاء جزء أو كل عماله للأسباب المذكورة، كما يجب عليه التفاوض معهم من أجل تدارس الإجراءات التي من شأنها أن تحول دون الفصل أو تخفف من آثاره السلبية بما فيها إمكانية إعادة الإدماج في مناصب شغل أخرى (المادة 66 الفقرة 2) مع ما يعنيه ذلك من البحث الحثيث عن أي سبيل يمكن أكبر عدد من الأجراء من الحفاظ على مناصب شغلهم واستقرارها واستمراريتها.

الشق الثاني خارجي: ويتعلق بضرورة الحصول على إذن بالإعفاء من طرف السلطة الإدارية: ففي الحالة التي يتبين فيها للمشغل ضرورة اللجوء إلى فصل جزء أو كل من أجراءه للأسباب المحددة سابقا وجب سلوك مسطرة إدارية خاصة تنتهي إما بقبول طلبه من طرف السلطة الإدارية ممثلة في شخص عامل العمالة أو الإقليم وبالتالي المصادقة على قراره بإعفاء أجراءه أو فئة منهم، أو برفض طلبه من طرف نفس السلطة الإدارية وحينها لا يستطيع المشغل إتمام إجراءات فصل الأجراء، وإلا كان قراره فصلا تعسفيا، وفي حالة صمت السلطة الإدارية عن الجواب داخل الأجل المحدد بمدونة الشغل (شهران من تاريخ تقديم الطلب من طرف المشغل إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل -المادة 67 الفقرة-1) فإن سكوتها وعدم جوابها يعتبر رفضا، وللإشارة فقرار عامل العمالة أو الإقليم يجب أن يكون معللا ومبنيًا على الخلاصات والاقتراحات التي توصلت إليها لجنة إقليمية تكون تحت رأسته وتتكون بالإضافة إليه من ممثلين عن المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا، وبعد استنفاد اللجوء إلى هاته المسطرة أجاز المشرع للمشغل كما للأجراء حق اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المذكورة سابقا أو اللجوء إلى المحكمة للبت في النزاع، والتي إذا ثبت لديها أن الأجير أو الأجراء فصلوا تعسفيا أن تحكم إما بإرجاعهم إلى عملهم أو حصولهم على تعويض عن الفصل التعسفي (المادة 41 الفقرة 6).

**رابعا:** تكريس مساطر التصالح والتحكيم لتسوية نزاعات الشغل الجماعية: التي عرفتها المادة 549 من مدونة الشغل على أنها تتضمن "كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل والتي يكون أحد أطرافها منظمة نقابية للأجراء أو جماعة من الأجراء. ويكون هدفها الدفاع عن مصالح جماعية مهنية لهؤلاء الأجراء. كما تعد نزاعات الشغل الجماعية كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل والتي يكون أحد أطرافها مشغل واحد أو عدة مشغلين أو منظمة مهنية للمشغلين، ويكون هدفها الدفاع عن مصالح المشغل أو المشغلين أو المنظمة المهنية للمشغلين المعنيين".

وهاته النزاعات الجماعية تكتسي خطورة بالغة بحيث يمكن أن تؤدي في حالة تفاقمها إلى خلق نزاع جدي بين طرفي عقد الشغل قادر على إلحاق ضرر بالغ باستقرار العلاقات الاجتماعية لكون

النزاع يهيم فئة عريضة من الأجراء، وتكون نتائجه وخيمة على الأجراء الذين سيفقدون مورد رزقهم المستقر، وكذا على المشغل أو المشغلين الذين سيتضررون إما بتوقف إنتاجهم في حالة ما إذا قرر الأجراء الإضراب عن العمل، أو انخفاضه.

من هذا المنطلق يجب إرساء قواعد نظام للوقاية والحد من آثار هاته النزاعات وذلك بإقرار مسطرة التصالح التي تمر عبر ثلاثة مراحل: الأولى على مستوى مفتشية الشغل وفي حالة فشلها تكون المرحلة الثانية أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة التي يرأسها عامل العمالة أو الإقليم، وفي حالة فشلها كذلك أو عند امتداد النزاع إلى عدة عمالات أو أقاليم أو إلى مجموع التراب الوطني يدخل النزاع مرحلته الأخيرة للتصالح أمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة التي يرأسها الوزير المكلف بالشغل. هاته اللجنة الأخيرة التي يمكنها كما يمكن للجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أن تحيل النزاع الجماعي للشغل إلى التحكيم بعد موافقة أطراف النزاع في حالة إذا لم يحصل أي اتفاق أو بقي خلاف بشأن بعض النقاط أو إذا تخلف الأطراف أو أحدهم عن الحضور.

**خامسا :** الرفع من قيمة التعويضات عن الفصل التعسفي: والتي تشكل نظاما ردعيا بالنسبة لكل مشغل فصل أجيره فصلا تعسفيا نظرا لضخامة التعويضات التي حددها المشرع معايير تطبيقها. وتجدر الإشارة أن الأجير الذي يرتكب خطأ جسيما أو يغادر عمله تلقائيا أو يستقيل من عمله فإنه لا يستحق أي تعويض يذكر. أما إذا فصل الأجير في إطار أعمال المشغل لسلطته الإدارية إعمالا مبررا وقرر الاستغناء عن أجيره لسبب وجيه ومقبول، فإن الأجير المفصول لا يستحق إلا التعويض عن أجل الإشعار بالفصل إذا أعفي من عمله دون احترام هذا الأجل كما يستفيد من التعويض عن الفصل. أما إذا قام المشغل بفصل أجيره دون مبرر قانوني أو قام بإعفاء أجرائه لأسباب هيكلية أو تكنولوجية أو اقتصادية دون الحصول على الإذن المسبق للسلطة الإدارية فإن قرار الفصل يكون مكتسبا طابعا تعسفيا يخول للأجير المتضرر حق الاستفادة من تعويضات إضافية هي التعويض عن الضرر الناتج عن الفصل التعسفي والتعويض عن فقدان الشغل، وما يمكن ملاحظته بخصوص هاته التعويضات أن المشرع قام بمضاعفة قيمة كل تعويض.

فبالنسبة للتعويض عن أجل الأخطار قام المشرع بالرفع من قيمته، ومقارنة بالتشريع السابق الذي كان جاريا به العمل (ظهير 1951/7/30) فكان يميز كل فئة من الأجراء بتعويض معين ابتداء من بعض الفئات التي يمكن إعفاؤها من غير سابق إعلام إلى غاية ستة أشهر، فجاء التشريع الجديد وقسم المستفيدين من هذا التعويض إلى فئتين فقط: المستخدمون العاديون والأطر. وخلافا لقيمة التعويض الذي كان يستحقه الأجراء العاديون في السابق المحدد في أسبوع واحد بالرغم من قصر أو طول المدة التي قضوها في خدمة مشغلهم، أخذ المشرع بأهمية المدة فخول للأجير الذي عمل لمدة أقصاها سنتان ثمانية أيام، وإذا كانت المدة تصل إلى خمس سنوات فإن أجل الإخطار يكون شهرا واحدا، وإذا فاقت المدة خمس سنوات يكون أجل الأخطار شهران. وتعد هاته الآجال حدا أدنى فقط وهي من النظام العام بحيث لا يجوز على طرفي عقد الشغل الاتفاق على ما يخالفها إلا فيما كان فيه فائدة أكبر للأجير (مرسوم 2004/12/29).

- وبالنسبة للتعويض عن الفصل ضاعف المشرع من قيمة التعويضات التي كان معمولا بها سابقا (المرسوم الملكي المؤرخ في 67/8/14). فالأجير الذي كان يستفيد من 48 ساعة من الأجرة كتعويض عن الفصل إذا قضى خمس سنوات من العمل أصبح يستفيد من 96 ساعة من الأجرة، والذي

كان يستفيد من 72 ساعة من الأجرة بالنسبة للسنة السادسة إلى العاشرة من العمل أصبح يستفيد من 144 ساعة من الأجرة، وبالنسبة للمدة المتراوحة بين السنة الحادية عشرة إلى الخامسة عشرة أصبح التعويض 192 ساعة من الأجرة عوض 96 ساعة، وبالنسبة للمدة التي تفوق السنة الخامسة عشرة أصبح الأجير مستفيدا من 240 ساعة من الأجرة عوضا عن 120 ساعة سابقا. وهذه التعويضات تشكل كذلك الحد الأدنى وهي من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها إلا إذا كان الاتفاق مفيدا للأجير. وينبغي الإشارة بخصوص هذا التعويض أن المشرع خفض من المدة التي كان واجبا على الأجير قضاءها عند مشغله لاستحقاقه حيث جعلها ستة أشهر فقط من الشغل الفعلي داخل نفس المقالة بدلا من سنة كاملة من الشغل الفعلي سابقا. كما أن الأجير يستفيد منه ولو لم يعمل لسنة كاملة وإنما لجزء من السنة، فالأجير الذي يفصل بعد قضائه ستة أشهر لغاية سنة كاملة من العمل الفعلي يتمتع بتعويض قدره 96 ساعة من الأجرة، فإذا عمل ولو ليوم واحد فقط بعد السنة الأولى وتم إعفاؤه فإنه يستحق التعويض عن سنتين أي 192 ساعة من الأجرة. كما تجدر الإشارة كذلك إلى أن الأجراء المحميين كالممثلين النقابيين ومدوبي العمال فإنهم يستفيدون من تعويض مضاعف فترتفع نسبة التعويض 100% بالنسبة لهم (المادة 58).

- وبالنسبة للتعويض عن الضرر الناتج عن الفصل التعسفي: فقد سجل المشرع فيما يخصه تحولا جذريا ومحوريا، حيث نزع معايير تحديد قيمته من يد المحكمة التي كانت تحدد مقداره في إطار ممارستها لسلطتها التقديرية (الفصل 754 من ق.ل.ع)، وجعل مقداره محددًا بمقتضى نص تشريعي لا يجوز للمحكمة مخالفته. ولقد كان لهذا التحول الجذري تبريره المنطقي بالنظر إلى أن أعمال القضاء لسلطته التقديرية لم يكن له حدود معينة فهو تارة يرفع منه إلى حد المبالغة وتارة أخرى يقوم بتخفيفه إلى حد الإجحاف دون تبرير يذكر. ولذلك تدخل المشرع ليضع المتضررين على قدم المساواة، فحدد مقداره في أجرة شهر ونصف عن كل سنة عمل أو جزء من السنة (سابقا كان اشتراط العمل لسنة كاملة مطلوبًا) على أن لا يتعدى سقف التعويض 36 شهرا (المادة 41 الفقرة 6) وهذا التعويض كذلك من النظام العام.

-وبالنسبة للتعويض عن فقدان الشغل: فهو صنف جديد من التعويضات، حيث لم يكن له أثر في التشريع السابق، فأضافه المشرع إلى جملة التعويضات المستحقة للأجير أو الأجراء المفصولين تعسفيا. ونجد أساسه القانوني في الفقرة الأخيرة من المادة 53 التي تنص على أنه "يحق للأجير أن يستفيد أيضا، وفق الأنظمة والقوانين الجاري بها العمل من التعويض عن فقدان الشغل لأسباب اقتصادية أو تكنولوجية أو هيكلية". كما تنص المادة 59 على أنه: "يستفيد الأجير عند فصله تعسفيا من التعويض عن الضرر والتعويض عن أجل الأخطار... كما يستفيد من التعويض عن فقدان الشغل". مما سبق يتضح جليا ثقل التعويضات التي يستفيد منها الأجير المفصول تعسفيا من طرف المشغل، إلا أن المشرع حدد حالة خاصة ومبررة لا يستفيد فيها الأجير إلا من التعويض عن الفصل فقط ولو كان فصله تعسفيا، وهي الحالة التي يكون الأجير فيها مستفيدا من راتب التقاعد، إذ تنص المادة 60 على أنه "لا يحق للأجير في التعويضات الواردة في المادة 59 أعلاه (التعويض عن الضرر والتعويض عن أجل الأخطار والتعويض عن فقدان الشغل) إذا وجب له راتب الشيخوخة عند بلوغه سن التقاعد - إلا إذا نص عقد الشغل أو اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي على مقتضيات أكثر فائدة للأجير".

مما سبق ذكره يتبين أن المشرع قد تدخل بكل ثقله لحماية استقرار عقد الشغل سواء عند إنشائه



أو عند إنهائه؛ إلا أن أي متأمل يضع نفسه بين مقتضيات مدونة الشغل المبينة أعلاه والظرافية الاقتصادية المعاشة يمكنه أن يخرج بوجهة نظر قابلة للنقاش وهو ما سأتناوله في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: استقرار علاقة الشغل بين مدونة الشغل والمحيط الاقتصادي المعاش

إن أي مهتم بقضايا قانون الشغل، المتصفح لمقتضيات مدونة الشغل الحالية التي استلهمت خطوطها العريضة والفرعية والغالبية العظمى من موادها من قانون الشغل الفرنسي، مدونة الشغل المغربية هاته التي راعت مقتضيات الاتفاقيات الدولية المنبثقة عن منظمة العمل الدولية، ليتمكن من أن يخرج بخلاصة واحدة وهي أنها أقرب إلى المثالية وأبعد عن الواقعية ونحن نعرف أن أي تطور اقتصادي ناجح وعصري هو الذي يقوم على الواقعية وليس على المثالية وعليه فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بالحاح هو لمن وضعت هاته المدونة بكثرة موادها ومقتضياتها الزجرية؟ فإذا كانت هذه المنظومة المثالية متكاملة نظريا من حيث المبادئ الحقوقية الإنسانية، فإنها واقعا تصطدم في نطاق حدود تطبيقها بواقع اقتصادي واجتماعي يفتقد للمثاليات ولا يتناسب معها.

إن غالبية النسيج الاقتصادي المقاولاتي المغربي نسيج غير منظم ويطغى عليه الطابع الفوضوي الشمولي، وبالإضافة لهذا المعطى فهو نسيج عائلي حيث التمويل الذاتي هو المورد الرئيسي لأي استثمار ضيق النطاق في عمومها. أما النسيج المقاولاتي المنظم فيطغى عليه الطابع الشخصي للشركاء الضيق الحدود. أما شركات الأموال والرساميل الكبيرة فهي قليلة وزادت قلة بعد صدور القانون المنظم لشركات المساهمة. إن هذه المعطيات جعلت من الفاعل الاقتصادي المغربي فاعلا غير تنافسي وغير ذي طموح على التطور والتوسع.

إن أي تنمية بشرية لا يمكن أن تستقيم إلا في إطار تنمية اقتصادية موازية، وأنه لا تنمية اقتصادية إلا في ظل ازدهار اقتصادي مستقر. وأنه لا ازدهار اقتصادي مستقر إلا بفضل مقولة مستقرة. من هنا كان استقرار العلاقات الاجتماعية رهين باستقرار المقولة (المطلب الأول) لي طرح السؤال: هل ساهمت مدونة الشغل الحالية في دعم استقرار العلاقات الاجتماعية أم أنها ساهمت في عكس ذلك؟ ومن هنا ضرورة مراجعة مكان الخلل فيها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: استقرار العلاقات الاجتماعية رهين باستقرار المقولة:

فهل ساهمت مدونة الشغل الجديدة في دعم استقرار واستمرارية المقولة المغربية؟ إن المقاولات المغربية كما أسلفت هي في غالبيتها العظمى مقاولات ضعيفة وغير تنافسية ومحدودة الأفق. وهي في أغلبها مقاولات فردية تعتمد في استثمارها على التمويل الذاتي. وهي بجانب المقاولات الصغرى والمتوسطة المهيكلة والمنظمة محاطة بطوق أزمة اقتصادية ونظام جبائي يحد من تحركها وتوسعها وبالتالي يحد من نمو وازدهار الاقتصاد الوطني التي تعتبر محركه الأساسي.

إن مدونة الشغل الجديدة جاءت بدورها لتكمل الطوق المضروب حول عنق المقولة المغربية وذلك بإثقال الكلفة الاجتماعية داخل كل مقولة. إن أية دراسة لكل منظومة قانونية تتطلب وقتا كافيا لاستقراء القيمة المضافة التي أضافتها للمحيط الاجتماعي والاقتصادي، ولكن نظرا لحساسية العلاقات التي تنظمها مدونة الشغل فقد توضحت آثارها بطريقة سريعة ومباشرة.

إن بعض مقتضيات مدونة الشغل التي طمح المشرع في جعلها بوابة لسلم اجتماعي منشود، قد

زادت على العكس من ذلك في إذكاء نزعات توتر اجتماعي يتزايد يوما بعد يوم بشكل أصبح يهدد استقرار العلاقات الاجتماعية. وأهم المقترضات المعنية هي تلك التي أشرنا إليها في المبحث الأول المتعلقة بإنشاء عقود الشغل والنتائج المترتبة عن إنهاؤها، وخصوصا المقترضات المتعلقة بالتعويضات المستحقة عند إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بإرادة المشغل المنفردة.

فالإشكالية المطروحة لدى المشغلين ليست في عقد الشغل، هل هو محدد المدة أو غير محدد المدة وإنما بالآثار المترتبة عند إنهاء عقود الشغل غير محددة المدة. وأهم ما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص:

أولا: أن المشرع المغربي عند تحديده لمقدار التعويضات عن الفصل التعسفي ساوى بين جميع فئات المشغلين، فأصبح الأجير يستحق التعويض نفسه سواء كان مرتبطا بمقولة تدر أرباحا خيالية أو كان أجيرا لدى بائع للخضر أو صاحب محلبة أو في متجر للمواد الغذائية. وإن هذه الشمولية وعدم تفصيل معايير التعويض حسب مؤشرات معينة كرقم المعاملات السنوي أو هامش الربح الصافي، تشكل خطرا على فئة عريضة من المشغلين الصغار والمتوسطين، فبالنسبة لشركة كبرى مثلا كشركة اتصالات المغرب التي بلغ ربحها الصافي عن سنة واحدة حوالي سبعة ملايين درهم، يمكنها أن تغطي جميع تعويضات مستخدميها في حالة ما إذا قامت بفصلهم دفعة واحدة، وذلك دون أي تأثير عليها ماديا، أما بالنسبة للمشغل الصغير الذي يعمل بصفة ذاتية ويشغل أجيرا واحدا أو عدة أجراء، فإن إعفائه لأحد أجرائه خصوصا في حالة اضطراره اقتصاديا لذلك، فإن هذا الإعفاء يمكن أن يعصف بنشاطه الاقتصادي كله مع ما يعني ذلك من خسارة استثماره الذي يصعب تجديده وعدم استقرار باقي أجرائه. ويكفينا مثلا لإعطاء صورة مبسطة لضخامة هاتاه التعويضات ما حكم به لفائدة بضع وثلاثين أجيرا، على إحدى الشركات بمدينة فاس فصلتهم تعسفا، وعند رفع دعاويهم أمام المحكمة الابتدائية بفاس قضت لهم المحكمة، تطبيقا لمدونة الشغل الجديدة، بتعويضات قاربت في مجموعها المليار سنتيم. وتكتسي هاتاه التعويضات خطورة بالغة بالنسبة للمقاولات التي تشغل العشرات من الأجراء، والتي بسبب الأزمة الاقتصادية أو إعادة الهيكلة قد تكون مضطرة إلى إعفاء جزئي لأجرائها مع الاحتفاظ بشريحة واسعة أخرى، حيث ستشكل التعويضات المحكوم بها آنذاك دينا ثقيلا يهدد استمرارية المقولة ومنها استمرارية باقي الأجراء المحتفظ بهم بعد الإعفاء الجزئي.

ثانيا : أما بخصوص التعويضات عن الفصل التعسفي أنه كلما طالت مدة عمل الأجير لدى مشغله كلما زادت قيمة التعويض بشكل قياسي، وبالنسبة للمشغلين فإن التعويضات المحكوم بها من أجل الفصل التعسفي تعد خسارة تضاف إلى خصومهم. وهنا تبرز المعادلة العجيبة فكلما أمن المشغل عملا مستقرا ودائما لأجيره كلما زادت خسائره وكلما قلت مدة تأمين منصب الشغل للأجير كلما ضاق حجم الخسارة، بشكل يجعل التعويضات عن الفصل التعسفي، تأخذ شكل الضريبة غير المباشرة أو العقوبة عند المشغل بسبب تأمينه منصب شغل دائم ومستقر.

وبالنظر لما ذكر أصبح تأمين مناصب شغل دائمة ومستقرة بالنسبة للعديد من المشغلين مخاطرة حقيقية غير محمودة العواقب لما قد تشكله كتلة التعويضات من تهديد مباشر في يوم ما على الاستثمار بأكمله.

إن تشدد المشرع لحماية الأجراء عند إنشاء عقود الشغل يقابله تشدد وعناد أكبر لدى فئة المشتغلين خصوصا الصغار والمتوسطين، مع أن العناد في هاتاه الحالة يخرب البلاد ويهلك العباد، إذ

كانت ردة الفعل سريعة مع العلم أن مدونة الشغل لم تدخل حيز التطبيق إلا قبل بضعة أشهر. فکرد استباقي، وقبل دخول مدونة الشغل حيز التطبيق، قامت بعض الشركات التي كانت تتعاقد مع أجرائها لسنين طويلة وبعقود عمل محددة المدة، بتسريح أجرائها دون استحقاقهم قانونيا أي تعويض. وبعد دخول مدونة الشغل حيز التطبيق، بدأ المشغلون الصغار الذين يستثمرون كأشخاص طبيعيين ذاتيا مثل أصحاب المقاهي والتجار بتشغيل الأجراء لمدة لا تتجاوز ستة أشهر ليستغنوا عنهم بعد ذلك دون تعويض ويعرضونهم بأجراء آخرين نظرا لوفرة الطلب وقلة العرض. كما بدأ المستثمرون المتوسطون القدامى والجدد، المنظمون في شكل مقاولات مهيكلة باللجوء إلى أجراء مقاولات التشغيل المؤقت حتى لا يتحملوا أي تبعات إضافية جراء تشغيلهم للأجراء.

إن التشريع الجديد للشغل ورد الفعل الصادر ضده جعل من العلاقات الاجتماعية واقعا غير مستقرة أكثر من أي وقت مضى، من هنا تظهر ضرورة تدخل عاجل لتقويم بعض مواد المدونة من أجل تكريس مبادئ سلم اجتماعي عادل.

### **المطلب الثاني: من أجل قانون للإعفاء كفيل بتحقيق السلم والاستقرار الاجتماعي**

قانون للإعفاء مرن وليس متشدد يضمن للمقولة التكيف مع الإكراهات التي تسببها الأزمات الاقتصادية. إن أي نشاط اقتصادي لم يعد يضمن لنفسه موطن قدم في المستقبل إلا إذا حافظ على تنافسية عالية خصوصا مع دخول اتفاقية التجارة الحرة مجال التنفيذ سنة 2010. إن المغرب يعرف أزمة حقيقية في احتواء آثار البطالة خصوصا أمام عجز القطاع العام عن تشغيل اليد العاملة النشيطة حيث عبر المسؤولون عن هذا القطاع غير ما مرة أن على القطاع الخاص أن يأخذ المبادرة لمواجهة آفة البطالة.

ولتمكين القطاع الخاص من رفع هذا التحدي وجب إعطاؤه حرية للحركة وهامش من المناورة أمام الاكتساح التجاري الآسيوي للأسواق المغربية والعالمية، فلقد أصبحت الكلفة الاجتماعية تشكل عبئا على كاهل المقولة المغربية بشكل أضحت معه مراجعة بعض نصوص مدونة الشغل ضرورية وخصوصا المتعلقة منها بالآثار المترتبة عن الإعفاء وتلك المتعلقة بالأجر. فالأجرة تشكل الحصة الكبرى من كلفة الإنتاج في العديد من القطاعات الاقتصادية وعلى رأسها قطاع النسيج الذي كان يشغل فئة عريضة من اليد العاملة، فأصبح بالنظر للمنافسة الأجنبية التي غزت السوق الداخلي واحتلت الأسواق الخارجية للمغرب والتي تشغل يد عاملة رخيصة، أصبح هذا القطاع قطاعا مفلسا. من هنا مراجعة الحد الأدنى للأجور بجعله يخضع لاتفاق طرفي عقد الشغل. ولماذا لا يستفيد القطاع الخاص من امتيازات الأجر الاتفاقي والقطاع العام بنفسه يقوم بتشغيل فئة عريضة من اليد العاملة باجرة شهرية لا تتجاوز في المتوسط 1000.00 درهم في إطار الإنعاش الوطني. إن تحرير مقدار الأجر وجعله اتفاقيا لن يحقق واقعا الرفاهية لجميع الأجراء ولكنه سيمكن المستثمرين من الرفع من تنافسياتهم بزيادة الإنتاج وبالتالي احتواء فئة عريضة من اليد العاملة العاطلة عن العمل.

وبالنسبة للتعويضات الناجمة عن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة وجب إعادة النظر فيها، فإذا وضعنا جانبا التنصيص القانوني عليها، فإنها لا تجد لها مكانا قانونيا في عقد الشغل كالتزام مدني يلزم الأجير بالقيام بالعمل مقابل أداء الأجر من قبل المشغل مع التزام الطرفين بإشعار أحدهما الآخر

داخل أجل محدد برغبته فسخ العقد. إنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم المشغل بتشغيل أجيده مدى الحياة.

لقد خلقت المنظومة الجديدة للتعويضات عن الفصل التعسفي خوفا نفسيا لدى المشغلين من تأمين مناصب شغل مستقرة ودائمة. وإن إعادة النظر في هاته التعويضات كفيل بإعادة الثقة للمستثمرين الذين يستثمرون أموالهم الذاتية لتحقيق ازدهارهم وازدهار وطنهم. إن جيوش العاطلين بحاجة إلى شغل يسد رمقهم، وإن النصوص القانونية إذا بقيت حبرا على ورق لا تسمن ولا تغني من جوع. إن الإطباب في تعداد التعويضات لا معنى له، فمثلا يعتبر التعويض عن فقدان الشغل والتعويض عن الضرر وجهان لعملة واحدة بالنظر إلى أن الضرر اللاحق بالأجير جراء فصله هو فقدانه لشغله ومن هنا ازدواجية التعويض.

### خاتمة:

وخاتمة القول فإن طموح تحقيق التنمية البشرية رهين بربح رهان التشغيل خلال السنوات القليلة القادمة. وأن الوصول إلى هذا الهدف يتطلب تضافر جهود جميع المتدخلين والمعنيين بهذا الموضوع. وبما أن المقاوله هي المحرك الرئيسي الملقى على عاتقه رفع هذا التحدي، وجب على المسؤولين، خصوصا منهم المشرعون أن يضعوا بين يديها الوسائل الضرورية التي تكفل لها حرية الحركة، فالذي يملك المال يملك القرار. فالمدونة أشارت إلى النقابة المسؤولة وإلى المقاوله المواطنة والمسؤولة لكنها في جميع الظروف لن تكون مواطنة أكثر من الوطنيين الذين شرعوا لمقتضيات مدونة الشغل، ولا أكثر مسؤولية من المسؤولين الذين يديرون الاستثمار الوطني. إن القوانين التي تصاغ دون مراعاة لخصوصيات الواقع الاقتصادي والاجتماعي المغربي لن تعرف طريقها للتطبيق السليم، لأن القوانين تصاغ لحل الأزمت لا لخلق أزمت إضافية، والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

## تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن إثبات عقد كراء

### الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني\*

ذ. محادل العشايبي قاض بالمحكمة الابتدائية بفاس

نظم المشرع المغربي عقد الكراء<sup>٦٣</sup> بموجب الباب الأول من القسم الثالث من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات و العقود ، قبل أن يصدر ، تحت تأثير التحولات الاقتصادية و الاجتماعية<sup>٦٤</sup> ، مجموعة من

\* بحث مقدم لليومين الدراسيين المنظمين بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى في موضوع الكراء السكني و المهني و التجاري :

فاس 22-23 فبراير 2007

<sup>٦٣</sup> هذا المصطلح هو المستعمل في الصيغة العربية المتداولة لقانون الالتزامات و العقود المغربي كعنوان للباب الأول من القسم الثالث من الكتاب الثاني، و في الفصول الواردة في صلب هذا الباب ، كتعريب لما أسمته الصيغة الفرنسية الرسمية لنفس القانون بـ " louage de choses " المستعمل في القانون المدني الفرنسي ( الفصول من 1709 إلى 1762 ) .

و رغم أن الصيغة الفرنسية للفصل 626 الذي جاء مباشر قبل الباب المذكور قد اختلفت بالتمييز ضمن الإجارة بين إجارة الأشياء و إجارة الأشخاص ، بحيث جاءت على الشكل التالي :

" Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses; celui de personnes ou d'ouvrage. "

فإن الصيغة العربية المتداولة لنفس الفصل قد بينت بأن إجارة الأشياء هي الكراء ، و هو نفس البيان الوارد في الفصل 726 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية المتبعة أصلا لقانون الالتزامات و العقود المغربي ، في صيغته العربية ( الرائد الرسمي ، ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906 ) و الفرنسية التي جاءت كما يلي :

" Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses (kirâ) ; celui de personnes ou d'ouvrage (idjâra). "

" العقد على المنافع نوعان نوع على منافع غير الآدمي وهو الكراء و نوع على منافع الآدمي وهو الإجارة "

و مصطلح " الكراء " هذا هو نفسه المستعمل في الصيغة العربية الرسمية للباب الأول من المقالة الثالثة من الكتاب الثاني من مجلة الالتزامات و العقود التونسية ، و قد حافظت عليه حتى بعد تنقيح صياغتها بموجب القانون عدد 80 / 2005 المؤرخ في 9 غشت 2005 و صدور القانون عدد 87 / 2005 المؤرخ في 15 غشت 2005 و الذي تم بموجبه المصادقة على إعادة تنظيم أحكام "مجلة الالتزامات و العقود التونسية" و صياغتها تحت عنوان "مجلة الالتزامات و العقود".

و قد استخدم القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1948 ( الجريدة الرسمية عدد 108 مكرر ، الصادرة بتاريخ 29 يوليوز 1948 )

مصطلح " الإيجار " ( المواد من 558 إلى 634 ) ، بعدما كان القانون المدني لسنة 1883 المغرب عن صيغته الفرنسية الأصلية من طرف يوسف وهي )

Jacque EL-HAKIM : L'impacte du Code Civil français sur le droit des pays du Moyen-Orient , Bicentenaire du Code Civil 1804-2004 , La présence du Code Civil dans le Monde Arabe , Marrakech , 20 Mai 2004 , p 78 يستعمل عبارة "

إجارة الأشياء " التي هي بكل تأكيد تعريب لـ " louage de choses " الواردة في القانون الفرنسي المقتبس منه هذا القانون (Ibid) ، شأنها في ذلك

شأن " إيجار الأشياء " الواردة في المادة 533 من قانون الموجبات و العقود اللبناني

وتنوع المصطلحات المستخدمة للدلالة على هذا العقد غير قاصر على اللغة العربية فحسب، إذ حتى في اللغة الفرنسية نجد " louage de choses " المستخدم

في القانون المدني الفرنسي ( الفصول من 1709 إلى 1762 ) ، و مصطلح " bail " الذي يستخدم عادة متى انصب العقد على عقارات ، و مصطلح

" location " الذي يستخدم عادة متى انصب العقد على منقولات أو على مساكن مؤثثة (موسمي) . انظر بهذا الشأن :

Alin Bénabent : Droit civil ; Les contrats spéciaux , montchresien , 1993 , n° 303 , p 171

التشريعات الخاصة<sup>٦٥</sup> المقيدة لأحكام هذا الباب ، الذي لم يعد تبعاً لذلك قابلاً للتطبيق إلا على عقود الكراء الغير المنظمة بتشريع خاص ، أو باعتباره مكملاً للتشريعات الخاصة المذكورة فيما لا يتعارض معها<sup>٦٦</sup> .

وفي هذا الإطار صدر القانون رقم 6.79 بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني<sup>٦٧</sup> ، لأجل " تحقيق التوازن بين مصالح المكريين و المكريين و

---

<sup>٦٥</sup> يتدخل المشرع لتنظيم مسألة ما بقواعد و أحكام خاصة لذيوعها في العلاقات اليومية بين أفراد المجتمع و خطورتها على الجانب الاقتصادي أو الاجتماعي في الدولة ، أو كلما مال ميزان العدل بين طرفي العلاقة لأحدهما . ( فايز عبد الله الكندري : الامتداد القانوني لعقد الإيجار في القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، السنة الرابعة و العشرون ، العدد الثاني ، ربيع الأول 1424 هـ - يونيو 2000 م ، ص 17 )

و يعمل المشرع عند وضع تشريع معين على تحقيق هدف حال أو غاية فنية تتجلى في حماية حقوق أشخاص المخاطبين به ، على اعتبار أن هذه الغاية ليست إلا الحاجة الاجتماعية الأساسية التي يسعى الناس للوفاء بها عن طريق القانون ، إضافة إلى غاية فئوية مرتبطة بالقيم التي توجد على رأسها العدالة ( انظر بهذا الشأن : أحمد إبراهيم حسن : غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، طبعة 2000 ، ص 15 و ما بعدها . )

و لعل كثرة التشريعات الخاصة الصادرة في موضوع الكراء ، تجد تفسيرها أيضاً ، حتى لا نقول بالأساس ، في أهميته السياسية لمسأله السلم الاجتماعي ، و هو ما يؤكد صحة التمييز الذي سبق أن قال به الأستاذ بلانيول سنة 1904 بين النصوص ذات الأهمية السياسية التي تتعرض نتيجة اهتمام الأحزاب بها للعديد من التعديلات و بين النصوص ذات الطابع الفني المستقل عن أي توجهات اجتماعية و التي نادراً ما تتعرض للتعديل ( Marcel Planiol : L'inutilité d'une révision générale de code civil , in : Le Code Civil 1804-1904 , Livre du centenaire , Tome 2 , p 958 . )

<sup>٦٥</sup> انظر بشأن التشريعات التي صدرت خلال الفترة من 25 فبراير 1920 إلى 19 دجنبر 1968 : إبراهيم زعيم و محمد فركت : الكراء ، نصوص و اجتهادات 1913-1985 ، مؤسسة بنشرة للطباعة و النشر - الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1985 ، ص 15 و ما بعدها .

و انظر ، إضافة إلى القانون رقم 6.79 الذي سوف نتناوله في المتن :

- ظهر 24 ماي 1955 بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2224 الصادرة بتاريخ 19 شوال 1374 الموافق ل 10 يونيو 1955 ، ص 1619 و ما بعدها

- الباب الخامس المتعلق بالنسيب الحر ( المواد من 152 إلى 158 ) من القسم الثاني من الكتاب الثاني من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 الموافق لفتح غشت 1996 ( منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 موافق 03 أكتوبر 1996 ، ص 2187 و ما بعدها )

- القسم الخامس المتعلق بالانتماء التجاري ( المواد من 431 إلى 442 ) من الكتاب الرابع من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة

- القانون رقم 64.99 المتعلق باستيفاء الوجبة الكرائية المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.99.211 الصادر في 13 من جمادى الأولى 1420 الموافق ل 25 غشت 1999 . و المنشور بالجريدة الرسمية ( النشرة العامة ) عدد 4732 الصادرة بتاريخ 26 جمادى الآخرة 1420 الموافق ل 7 أكتوبر 1999 ، ص 2448 و ما بعدها .

- القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المقتضى إلى تملك العقار المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.03.202 الصادر في 16 من رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003 . و المنشور بالجريدة الرسمية ( النشرة العامة ) عدد 5172 الصادرة بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 الموافق ل 25 دجنبر 2003 ، ص 4375 و ما بعدها

<sup>٦٦</sup> بنص صريح مخالف

حماية هؤلاء من تصرفات أولائك و تقييد القضاء بقيود موضوعية تحد من سلطته التقديرية " ، حسبما جاء في مذكرة تقديم مشروع هذا القانون نفسه<sup>٦٨</sup> .

و لعل أول ما يثير الانتباه في الصيغة العربية الرسمية لعنوان القانون المذكور و للفصل الأول منه ، هو استعمال مصطلح " المعدة " ، الذي يوحي بأن مناط تطبيق هذا القانون هو الغرض الذي أعد لأجله العقار في الأصل و إن كان مخالفا للغرض المتفق عليه ، في حين أن المنطق القانوني يقتضي أن تكون العبرة بالغرض المتعاقد عليه ، و أن لا يعتد بالإعداد الطبيعي للعقار إلا عند سكوت العقد<sup>٦٩</sup> . و قد جاءت الصيغة الفرنسية لنفس القانون<sup>٧٠</sup> أكثر دقة من نظيرتها العربية حين عبرت بـ " الأماكن السكنية أو المخصصة لاستعمال مهني locaux d'habitation ou à usage professionnel " ، الأمر الذي كان يقتضي من المشرع أن يستغل مناسبة تعديله و تتميمه للقانون المشار إليه بموجب القانون رقم 99.63<sup>٧١</sup> ليعيد هذا المصطلح المخل بالدقة المتطلبة في صياغة التشريع<sup>٧٢</sup> .

---

<sup>٦٧</sup> المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 17 صفر 1401 الموافق ل 25 دجنبر 1980 ، و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3560 الصادرة بتاريخ 14 ربيع الأول 1401 الموافق ل 21 يناير 1981 ، ص 68

<sup>٦٨</sup> كما هي منشورة لدى : محمد أكرام : التعليق على نصوص قانون أكرية الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ، مطبعة النجاح الجديدة ، 1992-1412 ، ص 10 .

و لعل الاطلاع على محاضر جلسات مجلس النواب عند مناقشته لهذا القانون ( الجريدة الرسمية ، الطبعة الخاصة بمداولات مجلس النواب ، عدد 24 ، السنة الثالثة ، بتاريخ 17 شعبان 1400 الموافق 30 يونيو 1980 ، ص 532 ) يكفي للتأكد من صحة ما أثارناه في الهامش 2 قبله من ربط كثرة التشريعات الخاصة الصادرة في موضوع الكراء بأهميته السياسية ، بالنظر لطبيعة النقاش المثار .

و انظر تعليق الأستاذ محمد أكرام ( مرجع سابق ، ص 7 ) على هذه المناقشة ، إذ يؤكد أنها " كانت عبارة عن مناقشات سياسية أكثر منها قانونية ، إذ استغلت كل هيئة حزبية فرصة مناقشتها لهذا الظهير لتطرح وجهة نظر حزبا في المشاكل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية التي تمر بها البلاد "

<sup>٦٩</sup> انظر في نفس الاتجاه الأستاذ بلحساني الحسين الذي يرى أنه " قد تراعى في إعداد الخلل و تشييده مواصفات المسكن ، و لكن كراءه يتم لغرض آخر تجاري أو صناعي .. ، فلا تسري عليه بدهاء أحكام الكراء السكني ، و بالعكس فقد يتم إنشاء الخلل و إعداده للتجارة أو الصناعة أو أي حرفة .. ، و لكنه يكترى بقصد السكني ، فيدخل إذ ذاك حتما تحت سلطان الأحكام الخاصة بالكراء السكني " ( بلحساني الحسين : الحماية القانونية لمكتري الخلات السكنية - دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق و جدة 1991 ، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول و جدة )

و قارن الأستاذ أحمد عاصم الذي يرى أن " الخلل يكون معدا للسكنى إذا نص العقد على أنه يستعمل لهذا الغرض و لو كان إعداده الطبيعي يقتضي غير ذلك و إذا كان العقد ساكنا لا يحدد كيفية استعماله فالعبرة بكيفية الإعداد الطبيعي للمحل " ( أحمد عاصم : الحماية القانونية للكراء السكني و المهني - دراسة تحليلية للنصوص على ضوء أحكام القضاء و قرارات المجلس الأعلى ، دار النشر المغربية ، الطبعة الأولى 1996 ، ص 21 )

<sup>٧٠</sup> BULLETIN OFFICIEL N° 3560 du 14 rebia I 1401 ( 21-1- 1981 ) , p 4 .

<sup>٧١</sup> المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.99.210 الصادر في 13 من جمادى الأولى 1420 الموافق ل 25 غشت 1999 . و المنشور بالجريدة الرسمية ( النشرة العامة ) عدد 4732 الصادرة بتاريخ 26 جمادى للاحرة 1420 الموافق ل 7 أكتوبر 1999 ، ص 2448 و ما بعدها .

و قد اقتصر هذا القانون في تنظيمه للعلاقات التعاقدية بين المكري و المكري للأماكن المذكورة على تناول الوجيبة الكرائية ، و الكراء من الباطن المعبر عنه بالتولية ، و حوالة عقد الكراء المعبر عنها بالتخلي<sup>٧٣</sup> ، و انتهاء هذا العقد ، دون أن يتعرض لمشكل إثباته<sup>٧٤</sup> ، الذي يبقى تبعا لذلك خاضعا من جهة أولى لأحكام الباب المتعلق بالكراء في قانون الالتزامات و العقود<sup>٧٥</sup> ، الذي تعرض للإثبات<sup>٧٦</sup> في الفصل 629 منه المرتبط بالفصل 628 السابق عليه<sup>٧٧</sup> ، مثلما يبقى خاضعا من جهة ثانية لأحكام الكتاب الأول من نفس القانون المتعلق بالالتزامات بوجه عام ، و الذي خصص الفصول من 399 إلى 460 منه للقواعد العامة للإثبات<sup>٧٨</sup>.

و إذا كان خضوع عقد كراء الأماكن السكنية أو المخصصة لاستعمال مهني لأحكام العامة للإثبات الواردة في قانون الالتزامات و العقود و للفصول المنظمة لعقد الكراء ، بما فيها الفصلان 628 و 629 منه ، قد أدى إلى اختلاف في قضاء المجلس الأعلى بشأن نطاق اعتماد شهادة الشهود في إثبات العقد المذكور ، فإن خضوع المحاضر المحررة من لدن الأعوان القضائيين للقانون رقم 41-80 بإحداث هيئة الأعوان القضائيين و تنظيمها<sup>٧٩</sup> إلى جانب القواعد العامة للإثبات المشار إليها ، قد أدى

---

<sup>٧٢</sup> استخدم ظهر 24 ماي 1955 بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف في الصيغة العربية الرسمية ( انظر الهامش 3 قبله ) لعنوانه المذكور مصطلح " المستعملة " الذي هو أكثر دقة من مصطلح " المعدة " ، و مع ذلك فإن مصطلح " المكراة loués " الذي ورد في الصيغة الفرنسية الرسمية لنفس القانون (BULLETIN OFFICIEL N° 2224 du 10 Juin 1955, p 826) يبقى أكثر دقة<sup>٧٣</sup> انظر بشأن التمييز بين التولية و التخلي :

- بلحساني الحسين ، أطروحة سابقة ، ص 281 و ما بعدها
- محمد أكرام ، مرجع سابق ، ص 151 و ما بعدها

<sup>٧٤</sup> رغم أن إثبات وجود عقد كراء لمكان مخصص للسكنى أو لما رسة نشاط مهني يعتبر شرطا ضروري لتطبيق هذا القانون أصلا

<sup>٧٥</sup> الباب الأول من القسم الثالث من الكتاب الثاني

<sup>٧٦</sup> حسب توجه جديد في قضاء المجلس الأعلى (انظر الفرع الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث )

<sup>٧٧</sup> و علامة هذا الارتباط " غير أن Néanmoins " الواردة في بداية الفصل 629 . انظر الفرع الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث

<sup>٧٨</sup> هذا التعدد في الأصعدة القانونية التي يخضع لها في نفس الوقت عقد كراء الأماكن السكنية أو المخصصة لاستعمال مهني ، هو الذي جعل الأستاذ

بينابت يعتبر هذا النوع من العقود النموذج الأفضل لظاهرة " التراكية أو التنضيد superposition " التي تميز تخصيص العقود الخاصة

Alin Bénabent, op. cit. , n° 304 , p 172

<sup>٧٩</sup> المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.80.440 الصادر بتاريخ 17 من صفر 1401 الموافق ل 25 دجنبر 1980 ، و المنشور بالجريدة الرسمية )

النشرة العامة ) عدد 3564 الصادرة بتاريخ 18 فبراير 1981 ، ص 167 و ما بعدها . و ذلك كما وقع تغيير و تنميته بموجب الظهير الشريف بمثابة

قانون رقم 138.93.1 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 شتنبر 1993 ، و المنشور بالجريدة الرسمية ( النشرة العامة ) عدد 4420

الصادرة بتاريخ 15 شتنبر 1993 ، ص 1628 و ما بعدها .

و قد تم نسخ هذا القانون و الظهير بمثابة قانون المغير و المتم له بموجب المادة 58 من القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين المنفذ بموجب

الظهير الشريف رقم 1.06.23 الصادر في 15 من محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006 ، و المنشور بالجريدة الرسمية ( النشرة العامة ) عدد

5400 الصادرة بتاريخ فاتح صفر 1427 الموافق ل مارس ، ص 559 و ما بعدها .



بدوره إلى اختلاف في القضاء المذكور حول طبيعة التصريح المضمن في محضر الاستجواب و مدى حجيته ، إذ في الوقت الذي يقبل فيه هذا القضاء الاعتماد في إثبات عقد الكراء على محضر استجواب اعتبر تصريح المستجوب به إقرارا غير قضائي أقوى من البينة ، يرفض نفس القضاء الاعتماد على هذا المحضر في مجالات أخرى غير الكراء .

و هو نفس القضاء الذي اعتمد في إثبات عقد الكراء المذكور على شهادة اللفيف المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ، المعبر بدوره قانونا مستقلا<sup>٨٠</sup> يعرف نظاما محكما للإثبات ، مثلما يعتبر مصدرا ماديا لقانون الالتزامات و العقود المغربي<sup>٨١</sup> ، و لاسيما للفصل 406 منه ، الذي استند عليه هذا القضاء لاعتبار عدم جواب الخصم إقرارا ضمنيا .

من هذا المنطلق سنحاول التأمل في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بشأن إثبات عقد كراء الأماكن السكنية أو المخصصة لاستعمال مهني ، من خلال تناول موقفه من القيمة الإثباتية لعدم الجواب و محضر الاستجواب الذين اعتبرهما إقرارا ( فصل أول ) ، و من الشهادة ( الفصل الثاني ) سواء كانت مكتوبة في وثيقة عدلية (شهادة لفيف ) أو شفوية في مسطرة قضائية .

**الفصل الأول : تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن حجية الإقرار في إثبات عقد كراء**

### الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

يقتضي التأمل في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بشأن حجية الإقرار في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ، تناول موقفه من دور الإقرار الضمني في إثبات هذا العقد ( الفرع الأول ) ، قبل الوقوف على موقفه من حجية محضر الاستجواب ( الفرع الثاني )

و قد استخدمنا في المتن تسمية " العون القضائي " و أشرنا إلى القانون المنسوخ ، بالنظر لكونهما التسمية و القانون المعتمدين في قرارات المجلس الأعلى موضوع هذه التأملات

<sup>٨٠</sup> استنادا إلى مقتضيات الفصل 3 من القانون رقم 3.64 الصادر بتاريخ 22 رمضان 1384 الموافق ل 26 يناير 1965 المتعلق بتوحيد المحاكم (منشور بالجريدة الرسمية عدد 2727 الصادرة بتاريخ فاتح شوال 1384 موافق 3 فبراير 1965 ) ، و الذي ينص على أن " النصوص الشرعية .. تصح .. مطبقة لدى المحاكم .. "

انظر بهذا الشأن : محمد الكشور : رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية - محاولة للتمييز بين الواقع و القانون ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص من كلية الحقوق بالرباط 1985-1986 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 2001 ، ص 135 و ما بعدها<sup>٨١</sup> انظر في علاقة قانون الالتزامات و العقود المغربي بالفقه الإسلامي :

- أستاذنا أحمد ادريوش : أصول قانون الالتزامات و العقود ، بحث في الأصول الفقهية و التاريخية ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق من جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق الرباط - أكادال ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الأولى 1996
- أستاذنا محمد شيلح : أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي من زاوية واضعه و موضوعه : محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد الخامس ، 1989 ، ص 51 و ما بعدها .

- Paul Decroux Origine et originalités du dahir formant code des obligations et contrats , G.T.M , 1958 , n° 1265 , p 15 et suiv.
- J. MONEGER : Biographie du D.O.C : De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain , revue marocaine de droit et d'économie du developement , n° 7 , p 19 et suiv.

ينص الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي في صيغته العربية المتداولة على انه " يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم ، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت ، ولا يطلب أجلا للإجابة عنها " .

و قد ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر عنه تحت عدد 3171 بتاريخ 2005/11/30 في الملف المدني عدد 2003/6/1/3170<sup>٨٢</sup> إلى أن محكمة الموضوع لما اعتمدت مقتضيات الفصل المذكور "بعدها دعا القاضي الابتدائي المدعى عليه صراحة للجواب عن الدعوى بإنكار العلاقة الكرائية أو الإقرار بها و لم يفعل و اعتبرته في حكم المقر قضاء تكون بذلك قد عللت ما توصلت إليه تعليلا كافيا لقبول الدعوى و للحكم وفق الطلب و لم تخرق حقوق الدفاع و طبقت الفصل 406 أعلاه تطبيقا سليما و لم تخرق الفصلين 1 و 32 من قانون المسطرة المدنية المحتج بخرقهما "

و تتلخص وقائع النازلة التي صدر فيها القرار المذكور في أن المدعين تقدموا لدى المحكمة الابتدائية بمقال افتتاحي يطالبون فيه المدعى عليه بأداء واجبات كراء دار مع التعويض و الإفراغ ، فأجاب بانعدام صفتهم و بعدم الإثبات بأي حجة موافقة للفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود " ، و أدلوا بوثائق قررت المحكمة عرضها عليه و تكليفه بالجواب عن العلاقة الكرائية إنكارا أو إقرارا ، فعقب بأن " الوثائق المدلى بها بعيدة عن موضوع النزاع " ، و صدر حكم ضده استأنفه متمسكا لدى محكمة الاستئناف بأن تكليفه بالجواب إقرارا أو إنكارا يشكل خرقا للفصل 400 ، فأيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية ، الأمر الذي جعله يطعن فيه بالنقض مؤسسا طلبه على أن المحكمة قد أساءت التعليل لما اعتبرت عدم رده " يشكل خرقا للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود و الحال أنه دفع بمقتضيات الفصلين 399 و 400 من نفس القانون على أساس أن إثبات الالتزام على مدعيه و أنه لا يطالب بإثبات تحرر من الالتزام إلا إذا اثبت المدعي وجود الالتزام كما أن المحكمة لما طالبته بإنكار أو إقرار العلاقة الكرائية تكون قد استبعدت ضمنا الوثائق المدلى بها .. و يعيب في الوسيلة الثالثة بخرق حقوق الدفاع و التطبيق السيئ لمقتضيات الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود ذلك أنه أمام عدم إدلاء الطرف المدعي بعقد الكراء فقد تمسك بمقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات و العقود التي تلزم المدعي بإثبات دعواه و أن عدم جواب المحكمة على هذا الدفع يشكل خرقا لحقوق الدفاع كما أن المحكمة عندما قلبت عبء الإثبات تكون قد خرقت مبدأ الحياد ...

لكن حيث إن .. محكمة الموضوع تستقل بتقدير أسباب قبول الدعوى و تقدير الحجج المعروضة عليها بما تملكه من سلطة تقديرية لا تخضع فيها لمراقبة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل ، و أنها حسب عللها .. لما اعتمدت مقتضيات الفصل 406 أعلاه و الذي ينص على أنه (يمكن أن ينتج الإقرار من سكوت الخصم الذي يدعو القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت و لا يطلب أجلا للإجابة عنها ) بعدها دعا القاضي الابتدائي المدعى عليه صراحة للجواب عن الدعوى بإنكار العلاقة الكرائية أو الإقرار بها و لم يفعل و اعتبرته في حكم المقر قضاء تكون بذلك قد عللت ما توصلت إليه تعليلا كافيا لقبول الدعوى و للحكم وفق الطلب و لم تخرق حقوق الدفاع و طبقت الفصل 406 أعلاه تطبيقا سليما و لم تخرق الفصلين 1 و 32 من قانون المسطرة المدنية المحتج بخرقهما "

<sup>٨٢</sup> غير منشور

و قد جاء في حثيياته : " حيث يعيب الطاعن على القرار .. في الوسيلة الثانية سوء التعليل الموازي لانعدامه ذلك أن المحكمة .. لما اعتبرت عدم رد مورث العارضين يشكل خرقا للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود و الحال أنه دفع بمقتضيات الفصلين 399 و 400 من نفس القانون على أساس أن إثبات الالتزام على مدعيه و أنه لا يطالب بإثبات تحرر من الالتزام إلا إذا اثبت المدعي وجود الالتزام كما أن المحكمة لما طالبته بإنكار أو إقرار العلاقة الكرائية تكون قد استبعدت ضمنا الوثائق المدلى بها .. و يعيب في الوسيلة الثالثة بخرق حقوق الدفاع و التطبيق السيئ لمقتضيات الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود ذلك أنه أمام عدم إدلاء الطرف المدعي بعقد الكراء فقد تمسك بمقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات و العقود التي تلزم المدعي بإثبات دعواه و أن عدم جواب المحكمة على هذا الدفع يشكل خرقا لحقوق الدفاع كما أن المحكمة عندما قلبت عبء الإثبات تكون قد خرقت مبدأ الحياد ...

لكن حيث إن .. محكمة الموضوع تستقل بتقدير أسباب قبول الدعوى و تقدير الحجج المعروضة عليها بما تملكه من سلطة تقديرية لا تخضع فيها لمراقبة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل ، و أنها حسب عللها .. لما اعتمدت مقتضيات الفصل 406 أعلاه و الذي ينص على أنه (يمكن أن ينتج الإقرار من سكوت الخصم الذي يدعو القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت و لا يطلب أجلا للإجابة عنها ) بعدها دعا القاضي الابتدائي المدعى عليه صراحة للجواب عن الدعوى بإنكار العلاقة الكرائية أو الإقرار بها و لم يفعل و اعتبرته في حكم المقر قضاء تكون بذلك قد عللت ما توصلت إليه تعليلا كافيا لقبول الدعوى و للحكم وفق الطلب و لم تخرق حقوق الدفاع و طبقت الفصل 406 أعلاه تطبيقا سليما و لم تخرق الفصلين 1 و 32 من قانون المسطرة المدنية المحتج بخرقهما "

المدعي بإثبات دعواه و أن عدم جواب المحكمة على هذا الدفع يشكل خرقا لحقوق الدفاع كما أن المحكمة عندما قلبت عبء الإثبات تكون قد خرقت مبدأ الحياد "

و الذي يستفاد من هذا القرار أن المجلس الأعلى قد أجاز لمحكمة الموضوع تكليف المدعي بالجواب عن العلاقة الكرائية إنكارا أو إقرارا عبر مذكرة كتابية بواسطة نائبه ، مثلما اعتبر المدعي عليه ، الذي عقب بأن الوثائق المدلى بها من لدن المدعين بعيدة عن موضوع النزاع بعدما سبق أن أجاب بانعدام صفتهم و بعدم الإثبات ، ساكتا يمكن لمحكمة الموضوع أن تعتبره مقرا قضائيا ، في الوقت الذي يتحدث فيه الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي فقط عن دعوة القاضي الخصم صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه، دون تحديد لكيفية هذه الدعوة ، و ما إذا كان من الممكن توجيهها كتابة إلى طرف ينوب عنه محام للجواب عن المطلوب في مذكرة كتابية، أم أن الأمر يتعلق بدعوة شفوية للطرف الحاضر في الجلسة <sup>٨٣</sup> ؟ و هل تقتصر سلطة القاضي في هذه الدعوة على مطالبة المدعي عليه بالجواب عن الدعوى المقامة ضده على حالتها أم يمكن له أن يطلب الجواب عن نقطة موضوعية محددة <sup>٨٤</sup> ؟ و هل يعتبر اقتضاره على تبليغ مقال افتتاحي أو مذكرة جوابية أو تعقيبية دعوة صريحة في مفهوم هذا الفصل ، الذي جاء صريحا في أن سكوت الخصم الذي يمكن أن ينتج عنه الإقرار القضائي هو لودّه بالصمت و عدم طلبه أجلا للإجابة عن الدعوة الصريحة المذكورة ؟ مما يقتضي التساؤل أيضا عما إذا كان يوجد في هذا المقتضى ما يلزم الخصم بالجواب عن الدعوى موضوعا بالإقرار أو الإنكار ، أم أن جوابه عن الدعوى شكلا يكفي للحيلولة دون استخلاص الإقرار القضائي المذكور ؟

إن الجواب عن هذه الإشكاليات يقتضي الوقوف على أصول الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي ( المبحث الأول ) ، حتى يمكن تحديد دلالاته على ضوءها ( المبحث الثاني )

المبحث الأول : تأصيل الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي

لقد نقل الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي المذكور في صيغته الفرنسية الرسمية <sup>٨٥</sup> حرفيا عن الصيغة الفرنسية الرسمية للفصل 429 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية <sup>٨٦</sup> ، الذي

<sup>٨٣</sup> و إذا كان الأمر كذلك ، فإن سؤالا آخر يطرح يتعلق بما إذا كان هنالك نص في القانون المغربي يسمح للقاضي بالزام الخصم بالحضور أمامه للجواب

لاسيما متى كان ينوب عنه محام

<sup>٨٤</sup> وما مدى تأثير ذلك على مبدأ حياده و على المركز القانوني للخصوم ؟

" L'aveu judiciaire peut résulter du silence de la partie , lorsque , formellement invitée par le juge à s'expliquer <sup>٨٥</sup> sur la demande qui lui est opposée , elle persiste à ne pas répondre et ne demande pas de délai pour ce faire . "

<sup>٨٦</sup> أما الصيغة العربية الرسمية لهذا الفصل التونسي فقد جاءت مختلفة عن نظيرتها المغربية غير الرسمية ، و ذلك كما يلي :

" الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصر على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب . "

اقتصر بدوره على تبني صيغة الفصل 477 من المشروع التمهيدي للقانون المدني و التجاري التونسي المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية<sup>٨٧</sup> دونما أدنى تغيير أو تعديل .  
و إذا ما قارنا هاته الصيغة التي ضمنها سانتيلانا<sup>٨٨</sup> الفصل 477 المذكور من مشروعه التمهيدي المشار إليه ، المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 1899 ، مع صيغة الفصل 374 من المشروع الأولي الذي سبق أن أودعه لدى نفس اللجنة سنة 1897<sup>٨٩</sup> ، تبين لنا أن هذه الصيغة الأخيرة<sup>٩٠</sup> تختلف عن الأولى التي تم اعتمادها حرفيا من حيث كونها تضيف إلى سكوت الطرف<sup>٩١</sup> وصف أمام القضاء<sup>٩٢</sup> ، و من حيث كونها لا تقصر الدعوة الصريحة إلى الجواب على القاضي و إنما تمددها إلى الخصم أيضا . الأمر الذي يستفاد منه إرادة واضع الفصل 406 المذكور الصريحة في عدم اعتبار أي دعوة إلى الجواب غير صادرة عن القاضي نفسه ، لاستنتاج الإقرار من السكوت عنها .

و إضافة إلى هذا الاختلاف في الصيغتين ، فإن سانتيلانا قد أشار في حاشية الفصل 374 من المشروع الأولي لسنة 1897 إلى أنه استفاد فيه من مختصر خليل<sup>٩٣</sup> و العمليات<sup>٩٤</sup> و الفصل 150 من مشروع

<sup>٨٧</sup> Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes , Fascicule I : code civil et commercial Tunisien , M.D. Santillana , IMPRIMERIE GENERAL (J.PICARD & Cie ) Avant – projet discuté et adopté au rapport de Tunis , 1899

<sup>٨٨</sup> لقد جرت العادة في المغرب على استعمال هذا الاسم كتعريب لـ " Santillana " ، انظر على سبيل المثال :

- أستاذنا محمد شليح : أصول قانون الالتزامات و العقود المغربي من زاوية واضعه و موضوعه : محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد الخامس ، 1989 ، ص 51 و ما بعدها .

- أستاذنا أحمد ادريوش : أطروحة سابقة

أما في تونس فإن هناك من استعمل اسم " سانتيلانا " ( محمود ابن الشيخ ، مجلة الالتزامات و العقود التونسية معدلة و معلقا على فصولها بأحكام القضاء ، الشركة التونسية لفنون الرسم ، 1966 ، ص III ) ، و هناك من استعمل " صنتيلا " ( نبيلة الكراري : حسن النية في المادة العقارية ، دار محمد علي للنشر – تونس ، الطبعة الأولى 2005 ، ص 6 ) ، و هناك من استعمل " سانتيلانا " ( حسن النية في تنفيذ العقود حسب أحكام الفصل 243 من مجلة المدنية ، تعريب محمد بن سالم ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص بكلية الحقوق بتونس 1985-1986 ، طبعة 1993 ، ص 12 ، ه 5 .

<sup>٨٩</sup> Projet préliminaire de code civil et commercial Tunisien , soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par M.D. Santillana membre de la commission , IMPRIMERIE GENERAL (J.PICARD) , Tunis , 1897 ,  
<sup>٩٠</sup> لقد جاءت هذه الصيغة كما يلي :

#### ARTICLE-374

**L'aveu judiciaire peut résulter du silence de la partie en justice lorsque , formellement invitée par le juge ou par son adversaire à s'expliquer sur la demande de l'autre partie , elle persiste à ne pas répondre et ne demande pas de délai pour ce faire . "**

<sup>٩١</sup> الذي تم تعريبه في الصيغتين المغربية و التونسية بـ " الخصم "

<sup>٩٢</sup> لعل حذف عبارة en justice في المشروع المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 1899 يرجع إلى إخراج الحالة التي يدعوا فيه الخصم خصمه للجواب عن نطاق الإقرار ، و أصبح الأمر قاصرة على الدعوة الصريحة الموجهة من لدن القاضي ، و هي دعوة لا يمكن توجيهها بالطبع إلا إذا تعلق الأمر بطرف في خصومة قضائية

<sup>٩٣</sup> خليل ابن إسحاق بن موسى بن شعيب الجندي المالكي : المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس (بالفرنسية )

القانون التجاري لسنة 1861 و الفصل 67 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية<sup>٩٥</sup> ، في حين أضاف في حاشية الفصل 477 من المشروع التمهيدي المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 1899 إلى الأصول المذكورة ما يفيد أنه استفاد فيه أيضا من شرح الزرقاني على مختصر خليل<sup>٩٦</sup> و من تبصرة ابن فرحون<sup>٩٧</sup> و من تحفة ابن عاصم<sup>٩٨</sup> و من لامية الزقاق<sup>٩٩</sup> ، و من ابن نجيم الحنفي<sup>١٠٠</sup> ، مثلما أكد بأنه رجع إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 يناير 1927<sup>١٠١</sup> وإلى الفقهاء الفرنسيين لورون<sup>١٠٢</sup> و أوبري و رو<sup>١٠٣</sup> و دولومب<sup>١٠٤</sup> الذي يرى أن أمر يتعلق ببداية حجة بالكتابة

و بناء على ذلك ، فإن الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي يجد أصله في قول خليل في مختصره " وأمر مدع .. بمعلوم محقق .. ثم مدعى عليه .. فإن أقر فله الإشهاد عليه وللحاكم تنبيهه عليه وإن أنكر قال ألك بينة.. وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم بلا يمين " <sup>١٠٥</sup> و فيما ورد في شرح الزرقاني لقول خليل المذكور من " أنه يأمر المدعى عليه بجوابه أي فإن أجاب عمل بجوابه .. ( و إن لم يجب ) المدعى عليه عند القاضي بإقرار و لا إنكار أو قال لا أخاصمه ( حبس

Khalil , IV , 91

<sup>٩٤</sup> أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي السجلماسي : فتح الجليل الصمد في شرح التكميل و المعتمد المشتهر بكتاب العمليات العامة ( بالفرنسية ، تونس ، 1873 ، 8 أجزاء )

Amaliyat , 409 -410

<sup>٩٥</sup> Code civil ottoman (madjellé) promulgué de 1827 ( 1870) à 1293 (1876) en 16 livres , Dustour , t I à IV , Beyrouth , 1904

<sup>٩٦</sup> Zarkani , VII , 142

<sup>٩٧</sup> برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي : تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام ( بالفرنسية ، القاهرة 1884 ، 2 كتب ، 4 أجزاء )

Ibn Farhoun , II , 155

<sup>٩٨</sup> أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي : تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام ( بالفرنسية )

Ibn Acem , 54-55

<sup>٩٩</sup> أبو الحسن علي بن قاسم بن محمد التجيبي الزقاق

Lamiat Ezzakkak , 42

<sup>١٠٠</sup> زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري الحنفي : الأشباه و النظائر

Ibn Nadjim , I , 188

<sup>١٠١</sup> D . P . 27 , 1 , 115

<sup>١٠٢</sup> Laurent , XIX , n 505 / XX , n 157

AUBRY et RAU , & 751 <sup>١٠٣</sup>

<sup>١٠٤</sup> DEMOLOMBE , XXX , n 125

<sup>١٠٥</sup> خليل بن إسحاق بن موسى المالكي : مختصر خليل ، دار الفكر - بيروت ، 1415 ، تحقيق : أحمد علي حركات ، ص 260

و أدب ) بالضرب بعد اجتهاد القاضي فيهما ( ثم ) إن استمر بعدهما على عدم الجواب ( حكم ) عليه ( بلا يمين ) من المدعي لأنها فرع الجواب و هو لم يجب و يعد هذا إقراراً منه بالحق " ١٠٦ و فيما ورد في لامية الزقاق :

أو الرحم الدعوى و إلا فلا إذا بدا  
و أدب و بعد احكم لطالب حقه  
ويقضى لذي الدعوى بعد يمينه  
و فيما ورد في تحفة ابن عاصم :  
الحكم و الد لا يجيب لتعقلا  
بدون يمين في الصحيح و قيل لا  
وإن قال لا أدري ولم يحلف امعلا ١٠٧  
لخصمه كلفه إجبارا  
دون يمين أو بها و ذا ارتضى ١٠٨  
و من أبى إقراراً أو إنكاراً  
فإن تمادى فطالب قضى

١٠٦ عبد الباقي الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، دار الفكر - بيروت ( بدون تاريخ للطبع ) ، المجلد الرابع ، الجزء السابع ، ص 142  
و انظر أيضا في نفس المعنى في شرح الدردير لنفس المختصر " إن لم يجب المدعى عليه بإقرار ولا إنكار حبس وأدب بالضرب ثم إن استمر على عدم الجواب  
حكم عليه بالحق لأنه في قوة الإقرار بالحق بلا يمين من المدعي لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب " (أبو البركات أحمد الدردير : الشرح الكبير ، دار الفكر  
- بيروت) بدون تاريخ ) ، تقريرات الشيخ محمد عليش ، ج 4 ، ص 151 )

و انظر أيضا في حاشية الدسوقي على شرح الدردير " أن المراد بعلم المدعى به تصوره أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي وأما تحققه فهو  
راجع لحزم المدعي بأنه مالك له .. وإن بين السبب أمر المدعى عليه بالجواب إما بتعيينه أو بالإنكار .. قوله فيلزم المدعى عليه أن يجيبه بشيء محقق أي  
بأن يقول له دفعت لك كذا وكذا وبقي لك كذا .. قوله وإن لم يجب بإقرار ولا إنكار أي بأن سكت قوله حبس وأدب بالضرب أي ويجتهد القاضي  
في قدر كل منهما قوله ثم إن استمر أي بعد الحبس والضرب على عدم الجواب حكم عليه ومثل استمراره على عدم الجواب في الحكم عليه بلا يمين شكه  
في أن له عنده ما يدعيه فإذا أمر القاضي المدعى عليه بالجواب فقال عندي شك في أن له ثم بما يدعيه أو ليس له عندي ذلك فإنه يحكم عليه بلا يمين من  
المدعي كما في التوضيح وظاهره ولو طلب المدعى عليه يمين المدعي وكذا في مسألة المصنف وأما لو أنكر المدعى عليه ما ادعى به وقال يحلف المدعي ويأخذ  
ما ادعى به فإنه يجاب لذلك " (محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، دار الفكر - بيروت) بدون تاريخ ) ،  
تقريرات الشيخ محمد عليش ، ج 4 ، ص 144 - 151 )

١٠٧ هذه الأبيات تحمل على التوالي الأرقام من 43 إلى 45 ، و ما يدخل في موضوع الاستدلال منها يبدأ من عجز البيت 43 و ينتهي بصدر البيت 45 ،  
غير أن سانتيانا قد أحال في حاشية مشروعه المذكور على البيت 42 الذي لا يتعلق في الواقع بالإقرار و لا بالدعوة إلى الجواب ، و إنما بالدعوة إلى الصلح ،  
وقد جاءت صيغته كما يلي :

و إلا فمر بالصلح كالخوف من تفاقم الأمر أو إن كان بين ذوي العلا

١٠٨ جاء في شرح التسولي للبيتين المذكورين : " و إن امتنع من الإقرار و الإنكار فهو قوله ( ومن أبي ) .. (كلفه) بضم الكاف خبر أو جواب .. (إجبارا)  
أي أجب بالضرب و السجن .. ثم حكم عليه بلا يمين .. و ينبغي تقييده بما إذا أعلمه بأنه إذا تمادى على الامتناع حكم عليه " (أبو الحسن علي بن عبد  
السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، دار الفكر - بيروت ( بدون تاريخ ) ، الجزء الأول ، ص : 48 و ما بعدها . )  
كما جاء في حاشية التاودي على هذا الشرح " (و من أبي إقراراً أو إنكاراً) أو بمعنى الواو أي امتنع منهما ( لخصمه كلفه) أي كلف الجواب بأحدهما (إجبارا  
) أي جبر عليه بالضرب و السجن (فإن تمادى) بعد السجن و الضرب على الامتناع ( فلطالب قضى ) بالحق (دون يمين) تلزمه " (محمد التاودي : حلى  
المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، دار الفكر - بيروت ( بدون تاريخ ) ، الجزء الأول ، ص : 48 و ما بعدها . )

و جاء في شرح ميارة لنفس البيت " إذا لم يجب بإقرار و لا بإنكار فإنه يكلف بالجواب و يجبر عليه يعني بالضرب و السجن فإن لم يجب بشيء قضى للطالب  
دون يمين " (محمد بن أحمد ميارة الفاسي : شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ، دار الفكر - بيروت ( بدون تاريخ ) ، الجزء الأول ، ص : 34 . )

محكمة الاستئناف بفاس

و في الفصل 67 من مجلة الأحكام العدلية التي جاءت صيغتها كما يلي : " لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " ١٠٩

و قد أضافت طبعة قانون الالتزامات و العقود المغربي الصادرة سنة 1914 عن المطبعة الوطنية الفرنسية ١١٠ إلى هذه الأصول الفقهية الفصل 1236 من القانون المدني الإسباني ١١١ الذي يتعلق بالامتناع عن أداء اليمين ، من خلال نصه على أنه عندما يطلب طرف من خصمه أداء اليمين الحاسمة ، يكون لهذا الأخير ردها عليه ، فإن امتنع بدوره من أدائها اعتبر ذلك إقرارا منه ١١٢

### المبحث الثاني : دلالة الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي

يستفاد من الفقه المعتبر أصلا للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي أن القاضي يدعو المدعى عليه للجواب على الدعوى الموجهة ضده ١١٣ ، فإن لم يجب عنها أجبره على الجواب بالحبس لمدة يحددها هذا القاضي وفق سلطته التقديرية ، و إن أصر على امتناعه أجبره القاضي المذكور بالضرب ، فإن امتنع رغم ذلك اعتبر امتناعه إقرارا ضمنيا و حكم عليه بدون يمين . و إذا رجعنا إلى مسطرة التقاضي في هذا الفقه المعتبر أصلا للفصل 406 المذكور ، تبين لنا أن الأمر يتعلق بمسطرة شفوية مبدئيا يملك فيها القاضي سلطة استدعاء الخصوم شخصا و إجبارهم على الحضور أمامه و على الجواب " بالحبس و الضرب " ، وهي المسطرة التي كانت نافذة عند صياغة سانتيانا لمشروعه ، على اعتبار أن هذه الصياغة قد نوقشت و اعتمدت من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 1899 ، قبل أن يصدر بها ١١٤ الأمر المؤرخ في 15 دجنبر 1906 ١١٥ لتدخل حيز

---

كما جاء في حاشية المعداني على شرح ميارة المشار إليه " أفنى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بغير يمين ) أبو علي سيدي الحسن بن رحال المعداني : حاشية على شرح ميارة المشار إليه قبله ، الجزء الأول ، ص : 34 .

١٠٩ و قد أكد سانتيانا بأنه رجع إلى المادة 1822 من نفس المجلة التي تبين حلا مخالفا و التي جاءت صيغتها كما يلي : " إذا لم يجب المدعى عليه لدى استجوابه على الوجه المين آنفا بقوله لا ، أو نعم ، و أصر على سكوته يعد سكوته إنكارا و كذلك لو أجاب بقوله لا اقر و لا أنكر يعد جوابه هذا إنكارا أيضا و تطلب البيئة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفا " ١١٠ كما أعيد نشرها بعد ذلك

S. Berge : code et lois en figureur dans le protectorat français du Maroc , édition officielle , tome I , Paris , 1915 , p 291 et suiv.

١١١ صدر سنة 1889 بعد محاض طويل انطلق سنة 1821

١١٢ لقد جاءت الصيغة الأصلية لهذا الفصل كما يلي :

" cuando se solicite la confesion bajo juramento decisorio , la parte a quien se pida podra referir el juramento a la contraria , y , si ésta se negare a prestarlo , se la tendra por confesa "

و قد تم إلغاء هذا الفصل بموجب القانون رقم 2000/1 الصادر بتاريخ 7 دجنبر و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7 الصادرة بتاريخ 8-1-2000

١١٣ فإن أجاب عنها بإقرار صريح أو ضمني ألزمه به ، و إن أجاب بإنكار صريح جازم كان للمدعي الخيار بين إثبات دعواه و توجيه اليمين لخصمه

١١٤ تحت اسم " مجلة الالتزامات و العقود التونسية "

١١٥ منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906

التطبيق في يونيو 1907<sup>١١٦</sup> ، في حين لم يصدر أول قانون للمرافعات المدنية إلا بتاريخ 24 دجنبر 1910<sup>١١٧</sup> .

و عند صدور الظهير المتضمن لقانون الالتزامات و العقود بالمغرب بتاريخ 12 غشت 1913 صدر عن نفس المشرع بنفس التاريخ قانون للمسطرة المدنية أعطى للمحكمة الإقليمية بموجب الفصول من 170 إلى 177 منه إمكانية الأمر<sup>١١٨</sup> بإجراء استجواب مع الأطراف<sup>١١٩</sup> الذين يتعين عليهم الجواب شخصيا دون إمكانية قراءة أي مشروع جواب مكتوب أو الاستعانة بأي مستشار، قبل أن يتم إلغاء الفصول المذكورة بموجب ظهير 29 مارس 1954 ، ليصدر بعد ذلك القانون الحالي<sup>١٢٠</sup> خاليا من كل مقتضى صريح يمنح القاضي سلطة استدعاء الطرف لاستجوابه<sup>١٢١</sup> ، إضافة إلى ما تضمنه الفصل 32 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة<sup>١٢٢</sup> من إلزام لهذا الخصم في غير الحالات الاستثنائية المحددة فيه على سبيل الحصر بتوكيل محام للتقاضي عنه .

---

وقد جاءت صيغته كما يلي : " من عبد الله سبحانه المتوكل عليه المفوض جميع الأمور إليه عبده محمد الناصر باشا باي صاحب المملكة التونسية (سدد الله تعالى أعماله وبلغه آماله) إلى من يقف على أمرنا هذا من الخاصة والعامة. أما بعد فإنه بناء على اقتضاء المصلحة تدوين القواعد والفوائد المتعلقة بالالتزامات والعقود. وبناء على ما عرضه وزيرنا الأكبر أصدرنا أمرنا هذا بما يأتي :

الفصل الأول : النصوص المنشورة فيما بعد المتعلقة بالالتزامات والعقود جمعت في تأليف واحد باسم مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

الفصل 2 : تنقسم هذه المجلة إلى كتابين يحتوي الأول على الفصول من واحد إلى 717 وهو يتعلق بالالتزامات ويحتوي الثاني على الفصول من 718 إلى 1632 وهو يتعلق بالعقود وشبه العقود.

الفصل 3 : يجري العمل بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها في محاكمنا التونسية من تاريخ غرة جوان عام 1907 من دون أن يكون لها تأثير على الماضي. وكتب في 28 شوال سنة 1324 "

<sup>١١٦</sup> انظر الفصل 3 من الأمر المشار إليه في الهامش 53 قبله .

<sup>١١٧</sup> قانون المرافعات المدنية المدرج بالأمر المؤرخ في 21 ذي الحجة 1328 الموافق ل 24 دجنبر 1910 ، الذي تم تغييره و إكماله بنصوص لاحقة قبل أن يتم إلغاء العمل به بموجب الفصل الثاني من القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379 الموافق ل 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية

<sup>١١٨</sup> تلقائيا أو بناء على طلب

<sup>١١٩</sup> بجلسة عمومية أو بغرفة المشورة أو بأي مكان تحدده

<sup>١٢٠</sup> كما تمت المصادقة عليه بالظهير الشريف بمخاطبة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق 28 شتنبر 1974 منشور بالجريدة الرسمية رقم 3230 مكرر الصادرة بتاريخ 13 رمضان 1394 موافق 30 شتنبر 1974 ، ص 2757

<sup>١٢١</sup> على اعتبار أن الفرع المتعلق بالأبحاث ( الفرع الرابع من الباب الثالث من القسم الثالث ) يتحدث فقط عن الشهود و لا يشير في أي فصل من فصوله للاستماع إلى الأطراف

<sup>١٢٢</sup> الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 شتنبر 1993 ، و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2422 ، الصادرة بتاريخ 29 شتنبر 1993 ، ص 1834



و عليه فإن الجواب عن الإشكاليات المشار إليها يقتضي تفسير الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي على ضوء أصوله مع مراعاة التغيير الذي طرأ على مسطرة التقاضي التي صيغ في سياقها

و هكذا فإننا إذا رجعنا إلى الصيغة العربية المتداولة للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي وجدناه يجيز استنتاج الإقرار من " سكوت الخصم " الذي " يلوذ بالصمت و لا يطلب أجلا للإجابة"<sup>١٢٣</sup> ، في حين أن جواب المدعى عليه بكون الدعوى مجردة عن الإثبات ليس سكوتا بالمعنى اللغوي و لا الاصطلاحي ، الأمر الذي يوحي بأن هذا الجواب كاف لمنع القاضي من استنتاج الإقرار الضمني بالدعوى .

لكن بالرجوع إلى الفقه الذي أكد سانتيانا نفسه على أنه صاغ على ضوءه الفصل موضوع النقاش ، تبين لنا أن هذا الفقه لا يتحدث فقط عن الامتناع المطلق عن النطق<sup>١٢٤</sup> ، و إنما عن الامتناع عن الجواب إقرار أو إنكارا ، و يعتبر تبعا لذلك قول المدعى كونه الدعوى مجردة عن الإثبات، امتناعا عن الجواب يستنتج الإقرار الضمني منه .

و هذا التوجه الذي يتبناه الفقه المالكي المعتبر أصلا للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي هو الذي يتلاءم مع مقتضيات العدالة و التقاضي بحسن نية ، على اعتبار أن المدعى عليه الذي يكلفه القاضي صراحة بالجواب عن الدعوى ، فيكتفي بالجواب بكونها مجردة أو بكون المدعى هو المكلف بالإثبات ، إنما يحاول في الواقع الهروب من الجواب المكلف به بجواب لا يبين موقفه ، مما يقتضي معاملته بنقيض قصده ، وتفسير السكوت المنصوص عليه في الفصل المذكور بأنه " الامتناع عن الجواب إقرارا أو إنكارا " .

و ليس في التكليف بالجواب بهذا المعنى أي تغيير للمراكز القانونية للأطراف ، و إنما هو دعوة لتأكيد هذه المراكز بصفة يقينية و نهائية ، كما أن ليس فيه أي قلب لعبء الإثبات ، ما دام يكفي المكلف الجواب أن يتمسك بالإنكار ليكلف المدعي بالإثبات الذي هو ملزم به

و إذا كان الفصل 405 من قانون الالتزامات و العقود المغربي يعتبر الإقرار قضائيا متى صدر أمام المحكمة عن " الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا " ، فإن الفصل 406 من نفس القانون قد اقتصر بشأن السكوت الذي يمكن استنتاج الإقرار القضائي منه على " الخصم " دون التعرض لحالة سكوت النائب ، و هو الاقتصار الذي لو فسر على أنه مقصود بغرض استبعاد سكوت هذا النائب و لو كان محاميا ، لأدى ذلك إلى تعطيل تطبيق هذا الفصل ، على اعتبار أن التقاضي بواسطة محام قد أصبح بمقتضى الفصل 31 من ظهير 10 شتنبر 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة وجوبيا في غير الحالات الاستثنائية المحددة على سبيل الحصر<sup>١٢٥</sup> ، كما يكون بإمكان الخصم

<sup>١٢٣</sup> عن الدعوى التي دعاه القاضي صراحة للجواب عنها

<sup>١٢٤</sup> شفويا أو مكتوبا

<sup>١٢٥</sup> جاءت صيغة المواد 31 و 32 و 33 كما يلي :

الخصم حتى في هذه الحالات الاستثنائية التلخص من مقتضيات الفصل المذكور بتوكيل محام ليحضر عنه وفق ما يجيزه له الفصل 42 من قانون المسطرة المدنية<sup>١٢٦</sup> ، الذي لا يتضمن أي مقتضى يخول للقاضي أن يأمر بحضور هذا الخصم شخصيا ، خلافا لما كان يتضمنه الفصل 68 من قانون المسطرة المدنية الملغى<sup>١٢٧</sup>

و إذا رجعنا إلى شرح التسولي للبيتين 52 و 53 من تحفة ابن عاصم المعتبرين أصلا للفصل 406 المذكور وجدناه يؤكد في سياق عرضه لحالة من امتنع من الإقرار و الإنكار على أن " و قولي لغير غرض شرعي احترازا مما إذا .. قال الوكيل حتى أشاور موكلي " <sup>١٢٨</sup> ، الأمر الذي يفهم منه أن امتناع الوكيل عن الجواب بالإقرار أو الإنكار لا يعتبر مشروعاً إلا في حالة التماسه مهلة لمشاورة موكله كما أن الفقه الذي صيغ على ضوءه الفصل المذكور يجيز للمتقاضي أن يضطر خصمه الذي يتقاضي بوكيل لم يجعل له الإقرار و الإنكار إلى توكيله عليهما ، برد هذا التوكيل المعتبر ناقصا ، لقول الشيخ

---

الخامون المقيدون بجدول هيآت الخامين بالمملكة هم وحدهم المؤهلون في نطاق تمثيل الأطراف ومؤازرتهم لتقديم المقالات والمستنجات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا باستثناء القضايا الجنائية وقضايا النفقة أمام المحاكم الابتدائية والاستئنافية والقضايا التي تخصص المحاكم الابتدائية بالنظر فيها ابتدائيا وانتهائيا —

غير انه يمكن للمحامين الذين يمارسون المهنة في بلد أجنبي يرتبط مع المغرب باتفاقية تسمح لمواطني كل من الدولتين المتعاقبتين بممارسة المهنة في الدولة الأخرى ، أن يؤازروا الأطراف أو يمثلوهم أمام المحاكم المغربية بشرط أن يعينوا محل المخابرة معهم بمكتب محام مقيم بجدول إحدى هيآت الخامين بالمملكة بعد الإذن لهم بصفة خاصة ، في كل قضية على حدة ، من طرف وزير العدل ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك —

المادة 32

تستثنى من أحكام المادة السابقة الأحوال التي يرخص فيها لمن يتوفر على الكفاءة القانونية اللازمة قصد مباشرة المسطرة في المرحلة الابتدائية بنفسه أو بواسطة احد الأشخاص المنصوص عليهم في الفصل 33 من قانون المسطرة المدنية، وذلك أمام المحاكم التي لا يستقر بدائلها القضائية عدد كاف من الخامين

— تمنح هذه الرخصة من طرف رئيس المحكمة بناء على طلب كتابي — لا يطبق هذا الاستثناء أمام محاكم الاستئناف —

المادة 33

تعفى الدولة طالبة كانت أو مطلوبة من وجوب الاستعانة بالخامي ويسوغ للإدارات العمومية التي يمثلها احد موظفيها المؤهل لهذه الغاية أن تتبع في جميع الأحوال المسطرة نفسها دون رخصة خاصة —

<sup>١٢٦</sup> جاءت صيغة الفصل 42 كما يلي : " يمكن لقضاة المحاكم الابتدائية عقد الجلسات في كل الأيام عدا أيام الآحاد والعطل —

يحضر الأطراف في اليوم المحدد بالاستدعاء شخصيا أو بواسطة وكلائهم "

كما أجاز الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية للمدعي رفع الدعوى بمقال مكتوب موقع عليه من طرف وكيله ، حتى في الحالات التي لا يكون فيه تقديم هذا المقال بواسطة محام واجبا .

<sup>١٢٧</sup> " Les parties ou leurs mandataires et avocats sont entendus contradictoirement .

" Le juge peut toujours ordonner la comparution personnelle des parties "

<sup>١٢٨</sup> التسولي ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 49

خليل في مختصره " ليس له .. الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له ولخصمه اضطراره إليه " ١٢٩ ،  
وذلك " بأن يقول أحد الخصمين لصاحبه الذي وكل له وكيلًا لا أتعاظي المخاصمة مع وكيلك حتى تجعل  
له الإقرار " ١٣٠

و لقول الزقاق في لاميته ١٣١ :

و ليس له الإقرار إلا بجعله أو إن كان ذا التفويض لكن ليجعلًا ١٣٢

و لقول ابن عاصم في تحفته :

و النقص للإقرار و الإنكار من توكيل الاختصاص بالرد فمن

وهو البيت الذي جاء في شرح التسولي له " أن من وكل على الخصام و لم يجعل له موكله في الوثيقة  
الإقرار و الإنكار فإن التوكيل فمن بالرد حقيق به لما على المطلوب من الضرر في ذلك إذ قرار الوكيل  
حينئذ لا يلزم الموكل .. و هذا ظاهر إذا امتنع من الحضور مع وكيله أيضا أما إذا قال لا أفوض و لا  
أجعل له الإقرار لئلا يرشيه الخصم و لكن أحضر مع الوكيل في المجلس أو قريبا منه لأقر بما يدعيه  
خصمي أو أنكره فإنه يجب إلى ذلك .. و ظاهر النظم أنه لا بد من جعل الإقرار و الإنكار أو الحضور " ١٣٣  
كما جاء في حاشية التاودي على هذا الشرح " أن من وكل على الخصام و لم يجعل له موكله  
الإقرار بأن نهاه عنه أو أطلق فهو توكيل ناقص للمطلوب أن يرده و لا يخاصم معه لما عليه من الضرر  
في ذلك في ذلك قال المتيطي و هو المشهور المعمول به عند القضاة و الحكام و قال في البيان نزلت  
فقضى فيها بأنه لا تقبل الوكالة إلا أن يحضر الوكيل مع موكله في وقت الحكم ليقر بما يوقف عليه  
خصمه " ١٣٤

و لا شك أن الهدف من إجبار المتقاضى بواسطة وكيل خصام على منح هذا الأخير صلاحية الإقرار و  
الإنكار عنه ، إن لم يختار الحضور بنفسه، هو الحيلولة دون تخلصه من الجواب عن الدعوى الموجهة  
ضده إنكارا أو إقرارا عن طريق الوكالة المذكورة ، التي لا يحول وجودها تبعا لذلك دون لزوم الجواب  
عن موضوع الدعوى بالإنكار أو الإقرار ، سواء من طرف الوكيل المأذون له بذلك أو من طرف الموكل

١٢٩ خليل ، مرجع سابق ، ص 219

١٣٠ الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 379

١٣١ البيت رقم 123

١٣٢ بضم الياء ، بمعنى أنه إذا لم يجعل الموكل لوكيله الإقرار ، كان للطرف الآخر أن لا يخاصمه حتى يجعله له

١٣٣ التسولي ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 207 و ما بعدها

و قد جاء في شرح ميارة لنفس البيت " أن التوكيل على الخصومة إذا لم يكن فيه الإقرار و الإنكار أي لم يجعل الوكيل للموكل أن يقر عنه أو أن ينكر و عن  
عدم فعل ذلك عبر بالنقص فرد الموكل عليه التوكيل لما انتقص منه من الإقرار و الإنكار قال لا أخاصمك حتى يجعل لك الإقرار و الإنكار فإن ذلك التوكيل

المنقوص منه ذلك حقيق بأن يرد لما خصمه في ذلك من الحق .. و قولنا في النقص على الإقرار عليه و الإنكار عنه هو مما لا بد منه و لا يتم التوكيل على

المخاصمة إلا به فإن لم يذكر فيه الإقرار و الإنكار كان لخصمه أن يضطره إلى التوكيل " ( ميارة ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 133 و ما بعدها )

١٣٤ التاودي ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 207

نفسه متى اختار الحضور شخصيا ، على اعتبار أن هذا الجواب بالإقرار أو الإقرار حق للمتقاضى لا يجوز حرمانه منه متى تمسك به.

و إذا رجعنا إلى التشريع المغربي ، أمكننا الجزم بأن كل تعاقد لمتقاض مع محام على تمثيله أمام المحكمة في دعوى معينة يتضمن توكيلا له على الإقرار أو الإنكار عنه في نطاق الدعوى التي يمثلها فيها ، و لو لم يمنحه هذه الصلاحية صراحة ، على اعتبار أن العقد<sup>١٣٥</sup> الذي يربط المحامي بالزبون هو عقد وكالة ، و أن المتعاقد يلتزم طبقا لمقتضيات الفصل 231 من قانون الالتزامات و العقود بكل الملحقات التي يقرها القانون للالتزام و ليس بما وقع التصريح به فحسب ، و أن الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة ينص صراحة في المادة 29 منه على أن من مهام المحامي " إعلان كل إقرار " .

و إذا كان السكوت في الأصل موقفا سلبيا مجردا ينافي طبيعة الوكالة من حيث كونها عقدا يكلف بمقتضاه الوكيل الموكل بإجراء عمل لحسابه<sup>١٣٦</sup> ، فإن السكوت الذي يمكن استنتاج الإقرار القضائي منه طبقا للفصل 406 ليس مجردا ، و إنما هو سكوت موصوف<sup>١٣٧</sup> من لدن المشرع الذي رتب عليه أثرا قانونيا و اعتبره تبعا لذلك تعبيرا عن الإرادة ، و هو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالسكوت في معرض الحاجة إلى بيان<sup>١٣٨</sup>

و من هذا المنطلق ، فإن وصف المشرع للسكوت عن الجواب على الدعوى رغم دعوة القاضي الصريحة لذلك بكونه منتجا للإقرار القضائي ، و بالتالي بكونه إقرارا قضائيا ضمنيا ، يحول دون اعتباره مجرد موقف سلبي مناف لطبيعة الوكالة ، و يقود إلى اعتباره تعبيرا عن موقف معين ، قدر الوكيل ( المحامي ) أنه الأكثر نفعا للموكل ( المتقاضى ) ، بغض النظر عن مدى صحة هذا التقدير ، لا سيما و أن له صلاحية الإقرار ، الذي كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ، و لو من خلال السكوت الموصوف بمقتضى الفصل 406 المذكور

<sup>١٣٥</sup> يسميه الأستاذ محمد عبد الظاهر حسين " عقد الدفاع " (محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل ، دار النهضة العربية - القاهرة ، طبعة 1993 ، ص 94) و يسميه الأستاذ فايز الكندري " عقد الخامة " (فايز الكندري : عقد الخامة في القانون الكويتي و القانون المقارن ، منشورات جامعة الكويت - الكويت ، الطبعة الأولى 1999 ، ص 8)

<sup>١٣٦</sup> ينص الفصل 879 من قانون الالتزامات و العقود المغربي في صيغته العربية المتداولة على أن " الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه ، و يسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل و الوكيل ، أو لمصلحة الموكل و الغير ، بل و لمصلحة الغير وحده "

<sup>١٣٧</sup> السكوت الموصوف هو الذي يعرض حينما يفرض القانون التزاما بالكلام ( عادل جبري محمد حبيب : قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة - دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2003 ، ص 31 و 42 ) ، بحيث يكون السكوت موصوفا إذا ألزم القانون شخصا معينا بأن يعبر عن إرادته باتخاذ موقف إيجابي ، و يتولى القانون نفسه تنظيم السكوت الموصوف مبينا دلالاته و أحكامه ( عاطف عبد الحميد حسن : دور السكوت في تكوين ركن الرضا في عقد البيع ، دار النهضة العربية - القاهرة ، 2002 ، ص 96 )

<sup>١٣٨</sup> انظر بهذا الشأن : رمزي محمد علي دراز : السكوت و أثره على الأحكام في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ، 2004 ،

و عليه فإن تفسير الفصل 406 من على ضوء أصوله تفسيراً يسمح بإعماله<sup>١٣٩</sup>، يقتضي تقرير إمكانية استنتاج الإقرار من سكوت المحامي أيضاً عن الدعوة الصريحة للجواب الموجهة من لدن القاضي ، الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل عما إذا كان تبليغ مذكرة أحد الطرفين لمحامي الطرف الآخر أو تبليغ المقال الافتتاحي للمدعى عليه رفقة استدعائه بناء على أمر من هذا القاضي يعتبر دعوة صريحة للجواب صادرة عن هذا الأخير، يمكن استنتاج الإقرار منها ؟

لقد ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر عنه تحت عدد 3168 بتاريخ 2005/11/30 في الملف المدني عدد 2004/2/1/2594<sup>١٤٠</sup> إلى الجواب عن هذا السؤال بالإيجاب ، معتبراً سكوت الطرف عن الجواب عن مقال الدعوى إقراراً معفياً من الإثبات من خلال تأكيده على أنه " لما كان المطلوبان في النقص لم يجيبا عن مقال الدعوى رغم ما لسكوتهما من تأثير على إثباتها وفق ما نص عليه الفصل 406 من ق ل ع ، فإنه لم يكن على الطاعنين عبئ (ال) إثبات..مما كان معه قرار المحكمة القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم إرفاقها بحجة..مخالفاً للمقتضيات القانونية المشار إليها و معرضاً للنقض " <sup>١٤١</sup> ، و ذلك بعدما سبق أن أكد في قرار صادر عنه تحت عدد 2649 بتاريخ 1993/10/18 في الملف المدني عدد 90/1351<sup>١٤٢</sup> على أن " تبليغ

<sup>١٣٩</sup> بدل إعماله

<sup>١٤٠</sup> غير منشور

و قد جاءت حيثيته كما يلي :

" حقا حيث إنه إذا كان إثبات الالتزام على مدعيه طبقاً للفصل 399 من ق.ل.ع فإن المدعي لا يسأل عن الدليل لإثبات ما يدعيه إلا بعد نفي المدعى عليه و إنكاره للحق المطالب به و عليه فإنه لما كان المطلوبان في النقص لم يجيبا عن مقال الدعوى رغم ما لسكوتهما من تأثير على إثباتها وفق ما نص عليه الفصل 406 من ق ل ع ، فإنه لم يكن على الطاعنين عبئ إثبات واقعة استغلال المطلوبين في النقص للمدعى فيه و ذلك خلافاً لما اعتبرته محكمة الاستئناف التي كان عليها أمام عدم التحقق من موقف المطلوبين في النقص أن تبحث في قيام هذه الواقعة المادية التي لا تحتاج إلى دليل كتابي لإثباتها خاصة أن من ضمن وثائق الملف محضر تنفيذ حكم بالقسمة تضمن أن أحد المطلوبين في النقص و هو .. تسلم نصيب بعض المدعين في المدعى فيه مما كان معه قرار المحكمة القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم إرفاقها بحجة تثبت انفراد المدعى عليهما باستغلال العقار المشترك مخالفاً للمقتضيات القانونية المشار إليها و معرضاً للنقض " و الملاحظ أن هذا التعليل يستند أيضاً إلى كون الأمر يتعلق بواقعة مادية " لا تحتاج إلى دليل كتابي لإثباتها " ، مع أنه اعتبر موقف الطرف المدعى عليه إقراراً ، و المعلوم أن الإقرار يقبل حتى في التصرفات القانونية التي تشترط الكتابة لإثباتها . و لعل الأمر يتعلق بخلط بين الحالة التي تكون فيها الكتابة مشرطة لإثبات التصرف القانوني ، و التي يجوز فيها تبعا لذلك الاعتماد على الإقرار في ثبوته ، و بين الحالة التي تكون فيها الكتابة ركناً شكلياً في العقد .

<sup>١٤١</sup> و هو نفس الجواب الذي نلّمسه في قرار ثان صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الميراث تحت عدد 18 بتاريخ 2004/01/14 في الملف الشرعي عدد 2002/1/2/176 ( غير منشور ) ، جاءت حيثياته كما يلي :

" إذا كان يحق للدعوى المطالبة بأتعابها التي يدعيان أنهما يستخلصاها مسبقاً ، فإنه يجب على الطرف الآخر أن يجيب عن الدعوى و ألا يلوذ بالإعراض أو الصمت ، و إلا فإن للمحكمة أن تعتبر ذلك إقراراً ضمناً بالحق و تحكم به على المعارض عن الجواب عن الدعوى استناداً إلى الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص على أنه : " يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت و لا يطلب أجلاً للإجابة عنها " و من تم يكون على المدعي إما أن ينصاع للحكم الصادر عليه أو يطعن مثلاً في أصل العلاقة أو المبلغ المطلوب ، و هذا ما سار عليه الفقه المالكي حيث يقول ابن عاصم في التحفة :

و من أبى إقراراً أو إنكاراً \*\*\* لخصمه كلفه إجباراً

فإن تمارد فلطالب قضى \*\*\* دون يمين أو بها و ذا ارتضى

نسخة من مقال الدعوى إلى الطاعن كمدعى عليه يشكل في الواقع مساءلة له عن حقيقة ادعاء المديونية الموجه ضده و مطالبة له بالجواب عنه "

كما اعتبر نفس المجلس في قرار صادر عنه تحت عدد 3168 بتاريخ 2005/11/30 في الملف المدني عدد 2004/2/1/2594<sup>١٤٣</sup> عدم جواب أحد طرفي الدعوى عن مذكرة خصمه المبلغة له إقرارا بما ورد فيها<sup>١٤٤</sup>

و إذا تأملنا الفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي في صيغته الفرنسية الرسمية وجدنا أن ما عبرت عنه الصيغة العربية غير الرسمية ، و بالتالي غير الملزمة ، ب " يلوذ بالصمت " ، هو في الواقع تعريب غير دقيق للعبارة الفرنسية " elle persiste à ne pas répondre " ، التي تفيد الإصرار على عدم الجواب ، الأمر الذي يقتضي أن يكون تعريب هذا الفصل كما يلي " يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم ، عندما يدعوه القاضي صراحة ليجيب على الطلب المقدم ضده ، فيصر على عدم الجواب و لا يطلب أجلا لذلك "

هذا " الإصرار " الذي لم يظهر في الصيغة العربية المتداولة للفصل 406 من قانون الالتزامات و العقود المغربي<sup>١٤٥</sup> ، هو وحده الذي يعطي في الفقه المالكي المستمد منه هذا الفصل لامتناع الخصم عن الجواب وصف الإقرار الموجب للحكم عليه بدون يمين. ذلك أن القاضي وفق هذا الفقه لا يحكم على الخصم بمجرد امتناعه عن الجواب ، و إنما بعد إصراره على هذا الامتناع رغم إجباره بالحبس و الضرب ، من خلال ما عبر عنه صاحب التحفة و شراحها بالتمادي<sup>١٤٦</sup> ، و ما عبر عنه شراح مختصر خليل بالاستمرار<sup>١٤٧</sup>

و عليه فإن استنتاج الإقرار من سكوت المتقاضى يقتضي من جهة أولى أن يكون هذا السكوت لاحقا على دعوة صريحة للجواب صادرة عن القاضي و ليس عن مجرد استدعاء عادي غير مرفق بنسخة من المقال المطلوب الجواب عنه ، مثلما يقتضي من جهة ثانية أن يوجد في الملف ما يفيد الإصرار على

---

و الراجع المعمول به هو الحكم على المدعى عليه دون يمين على المدعي بناء على أن امتناع المدعى عليه من الجواب هو إقرار منه ، و المحكمة لما امتنعت من الحكم على الطرف المدعى عليه الذي امتنع عن الجواب تكون قد عرضت عن تطبيق مقتضيات الفقه و القانون السالفة "

<sup>١٤٢</sup> غير منشور

<sup>١٤٣</sup> غير منشور

<sup>١٤٤</sup> و قد جاءت حيثية هذا القرار كما يلي : " حيث إن جواب الطاعن بجملة 01/12/6 تضمن دفعا مفاده أنه أدى للمطلوبة مبلغ 5000,00 درهم و لم يبق بدمته سوى 5000 درهم ، و رغم أن المذكرة المتضمنة للدفع بلغت للمطلوبة بتاريخ 2001/12/27 و أمهلت و لم تجب ، فإن المحكمة اعتبرته مطالبا بإثبات أدائه لقسط الدين و ردت الدفع بعلّة ' أن ادعاء أداء قسط من الدين مجرد من أية حجة كتابية تبعا لقاعدة أن ما فاق 250 درهما يجب إثباته كتابة ' في حين أن المطلوبة سلمت بما ورد بمذكرة الطاعن و لم تنازع فيه مما يكون معه التعليل المنتقد فاسدا يوازي انعدامه و يجعل القرار غير مرتكز على أساس و عرضه للنقض "

<sup>١٤٥</sup> رغم بروزه في الصيغة العربية الرسمية للفصل 429 من مجلة التونسية للالتزامات و العقود ، الذي نقلت الصيغة الفرنسية المذكورة للفصل المغربي حرفيا عن صيغته الفرنسية . انظر ص قبله

<sup>١٤٦</sup> انظر الهامش 45 قبله

<sup>١٤٧</sup> انظر الهامش 44 قبله

عدم الجواب ، إما من خلال حضور المعني بالأمر في الجلسة و إشعاره من لدن القاضي بالجواب بواسطة محام أو شخصيا في الحالات الاستثنائية التي يجوز له فيها الجواب بدونه و تأكيده على عدم رغبته في ذلك ، و إما <sup>١٤٨</sup> من خلال توصله باستدعاء ثان يدعو فيه القاضي إلى الجواب تحت طائلة اعتباره مقرا <sup>١٤٩</sup> ، حتى يتحقق وصف الإصرار الذي يتحدث عنه الفصل 406 المذكور ، على اعتبار أن الإصرار يقتضي المداومة <sup>١٥٠</sup> ، التي لا يمكن استنتاجها من مجرد عدم الجواب عن استدعاء واحد ، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار الأثر الخطير لهذا الاستنتاج على حقوق المطلوب منه الجواب ، بغض النظر عن الإشكاليات التي يثيرها واقع التبليغ في المغرب و إذا كان من الممكن أن يؤخذ على هذا الاستدعاء الثاني التطويل على المدعي في معرفة مصير دعواه ، فإنه لا يلجأ إلى هذا الاستدعاء إلا عند احتياج هذا المدعي لإقرار خصمه ، لعدم إدلائه بالحجج المثبتة لدعائه ، فيكون التطويل عليه في معرفة مآل الدعوى أفضل له من عدم قبولها .

الفرع الثاني : حجية محضر الاستجواب في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

يقتضي التأمل في قرارات المجلس الأعلى بشأن حجية محضر الاستجواب في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الوقوف على موقف هذا القضاء ( المبحث الأول) قبل مناقشته ( المبحث الثاني )

المبحث الأول : عرض موقف المجلس الأعلى من حجية محضر الاستجواب في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

قبل المجلس الأعلى في مجموعة من قراراته الاعتماد في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني على محضر استجواب اعتبر تصريح المستجوب به إقرارا ، بحيث أيد في قرار صادر عنه بتاريخ 20/07/2005 اعتماد " محكمة الموضوع .. على الإقرار الصحيح للطالبة بمحضر

<sup>١٤٨</sup> في حالة عدم الحضور طبعاً ، لا شخصياً و لا بمحام

<sup>١٤٩</sup> هذا الإعلام للساكت بأثر سكوته هو مما اشترطه أيضا الفقيه التسولي في شرحه لتحفة ابن عاصم حين قيد الحكم على الممتنع عن الجواب بعد الحبس و الضرب " بما إذا أعلمه بأنه إذا تمادى في الامتناع حكم عليه " ( التسولي ، مرجع سابق ، ص 49 )

<sup>١٥٠</sup> جاء في لسان العرب لابن منظور : " أَصَرَ عَلَى الشَّيْءِ بَصْرًا إِصْرًا إِذَا لَزِمَهُ وَدَاوَمَهُ وَثَبَّتْ عَلَيْهِ " ( أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن

منظور : لسان العرب ، دار إحياء التراث العربي ، المجلد الرابع ، 4 ، باب الصاد ، ص 453

و هي المداومة التي تستفاد أيضا مما تتناوله القواميس الفرنسية من شرح لمصطلح " persiste " الوارد في الصيغة الفرنسية الرسمية للفصل 406 انظر على سبيل المثال :

MICRO ROBERT : DICTIONNAIRE DU FRANÇAIS PRIMORDIAL : Persister : 1 demeurer inébranlable .. 2 (choses) . Durer , rester malgré tout..

الاستجواب .. بالعلاقة الكرائية مع المطلوبة " ١٥١ ، مؤكدا في القرار عدد 1966 الصادر عنه بتاريخ 2005/06/29 في الملف المدني عدد 2004/3/1/1214 على أنه " طبقا للفصلين 404 و 407 من قانون الالتزامات و العقود فإن الإقرار من بين أهم وسائل الإثبات و لو كان إقرارا غير قضائي صادر عن الخصم و هو يخالف ما يدعيه أمام القضاء و بذلك فإنه لما تبث لمحكمة الاستئناف المطعون في قرارها و عن صواب أن الطالبين سبق لهم أن صرحوا في محضر المعاينة و الاستجواب المؤرخ في 2001/15/22 بأنهم يسكنون في المحل المدعى فيه إلى جانب جدتهم و لا ينفون وفاتها - و متكلفين بأداء واجبات الكراء عنها - و استخلصت من ذلك أن العلاقة تربطهم مع جدتهم الهالكة .. و لم يثبت الطالبون كونهم كانوا يعيشون تحت كفالتها لاستفادتهم من استمرار العلاقة الكرائية .. و رتب على ذلك ما توصلت إليه من نتيجة فإنها تكون قد قيمت وسائل الإثبات بما لها من سلطة تقديرية في ذلك و خاصة الإقرار الغير القضائي المذكور المدون بمحضر المعاينة الذي يعيب عليه الطالبون عدم استماع محرره إلى الشهود فقط و هذا غير لازم لأن الإقرار أقوى من إقامة البينة .. و بالتالي يبقى القرار المشار إليه معلل تعليلا كافيا و غير خارق للقانون " ١٥٢ . و هو نفس التوجه الذي نلمسه أيضا في القرار الصادر عنه بتاريخ 2005/04/27 في الملف عدد 2003/6/1/4023 ١٥٣ و قد رفض نفس المجلس الاعتماد على محضر الاستجواب في إثبات الشراء مؤكدا في القرار الصادر عنه ( الغرفة المدنية القسم الرابع ) تحت عدد 130 بتاريخ 2005/01/12 في الملف المدني عدد 2003/4/1/3302 على أنه قد " تبين صحة ما عابته الوسيلة على القرار ذلك أن العارض أثار بمقاله الاستئنافي .. إنكاره لأي تصريح أمام العون القضائي ، إلا أن المحكمة لم تناقش هذه الدفوع و لم تجب عنها سلبا و لا إيجابا مكتفية بالاعتماد على ما سجله العون القضائي في محضره من إقرار للطاعن .. علما أن الطالب نفى أمام المحكمة أن يكون قد التقى بهذا العون أو أدلى بأي تصريح ، خاصة و أن الفصل الثاني من ظهير 1980/12/25 المتعلق باختصاص الأعيان القضائيين ينص على أن الأعيان القضائيين يمكن أن ينتدبوا من لدن القضاء للقيام بمعاينات مادية محضة مجردة من كل رأي

---

١٥١ قرار عدد 2189 صادر عن الغرفة المدنية القسم السادس في الملف المدني عدد 2003/6/1/1861 (منشور لدى محمد لفروجي ، الكراء المدني من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 ، دلائل عملية ، عدد 6 ، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء ، ص 67 و ما بعدها . ) جاء في حياياته " حيث إن محكمة الموضوع باعتمادها على الإقرار الصحيح للطالبة بمحضر الاستجواب المشار إليه أعلاه بالعلاقة الكرائية مع المطلوبة و إقرارها بجلسة البحث بأنها لم تؤد الكراء تكون قد استبعدت ضمنا الوثائق المستدل بها من طرف الطالبة لعدم جدواها في النازلة مما يكون معه ما بالوسيلة غير منتج "

١٥٢ منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 89 و ما بعدها .

١٥٣ قرار صادر عن القسم السادس من الغرفة المدنية تحت عدد 1252 (منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 166 و ما بعدها . ) جاء في حياياته " لكن حيث إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه استندت على حجج نوقشت أمامها و هي المعاينتين المؤرختين في 97/01/19 و 98/2/23 المدلى بهما إثباتا لواقعة التولية و التي ثبتت من خلال مضمونها و من تصريحات السيدة قداوي خديجة فيهما .. أن اخل المذكور مكترى من طرف الطاعن الذي أصبح يسكن بعمارة مجاورة له .. و أن ما استخلصته المحكمة المذكورة قد جاء بناء على التصريحات و الوثائق الثابتة لها من تقييمها للحجج المدلى بها أمامها و بناء على سلطتها التقديرية "



في النتائج الواقعية و القانونية التي يمكن استخلاصها من تلك المعاينات ، و عليه فإن المحكمة بعدم جوابها على ما جاء في الوصيلتين رغم إنكار الطالب الإقرار المنسوب إليه تكون قد عللت قضاءها تعليلا ناقصا المنزل منزلة انعدامه و هو ما يعرضه للنقض " ١٥٤

كما رفض نفس المجلس الاعتماد على محضر الاستجواب في إثبات الانفراد باستغلال عقار مؤكدا في القرار الصادر عنه تحت عدد 1692 بتاريخ 2002/05/15 في الملف عدد 2/1/2639/2001 بأنه قد ثبت له " صحة ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أن المحكمة اعتمدت على ما تضمنه محضر المعاينة الذي أنجزه العون القضائي من إقرار الطاعنة أمام هذا العون من أنها تستغل وحدها العقار موضوع الطلب و من تصريحات بعض الأشخاص الذين استمع إليهم هذا العون في المحضر استنادا إلى مقتضيات الفصل الثاني من قانون 41-80 بشأن نظام الأعران القضائيين و الحال أن الفصل المذكور نص في فقرته الثالثة على (( أن الأعران القضائيين يمكن أن ينتدبوا من لدن القضاء للقيام بمعاينات مادية محضة مجردة عن كل رأي في النتائج الواقعية و القانونية التي يمكن استخلاصها من تلك المعاينات )) أي أن دور العون القضائي حسب الفصل المذكور يقتصر على ما يعاينه و يشاهده بنفسه لا أن يسجل على الطاعنة إقرارا تنكره في جميع المذكرات و في مقالها الاستثنائي و حتى أمام الخبير و أن المحكمة لما اعتمدت على ما دونه العون القضائي من إقرار منسوب للطاعنة و من تصريحات بعض الأشخاص استمع إليهم استنادا إلى الفصل الثاني من القانون المنظم للأعران القضائيين و الحال أن هذا الفصل ليس فيه ما يفيد أن العون القضائي يملك هذه الصلاحية و دون أن تجيب المحكمة على ما تمسكت به الطاعنة من كونها لا تتصرف إلا في نصيبها تكون قد بنت قضاءها على غير أساس و علته تعليلا ناقصا الموازي لانعدام التعليل مما يستوجب نقضه " ١٥٥ . و هو نفس التوجه الذي نلمسه في القرار الصادر عن نفس المجلس ( الغرفة المدنية القسم الأول) تحت عدد 4354 بتاريخ 2001/12/11 في الملف المدني عدد 01/1/1/2446 ١٥٦ ، و الذي أيد بمقتضاه القرار الاستثنائي الذي رفض الاعتماد على محضر استجواب لإثبات صفة من وجهت ضدهم الدعوى كورثة

**المبحث الثاني : مناقشة موقف المجلس الأعلى من حجية محضر الاستجواب في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني**

إن تصريح المستجوب المضمن في محضر محرر من لدن مفوض قضائي لا يعتبر إقرارا قضائيا بمفهوم الفصل 405 من قانون الالتزامات و العقود المغربي ، مادام يشترط في هذا الإقرار أن يكون قد صدر عن المقر لدى القضاء ١٥٧ ، في حين أن المفوض القضائي يعتبر ممارسا لمهنة حرة ، بصريح

<sup>١٥٤</sup> منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد 63 ، السنة 26 ، ص 91 و ما بعدها

<sup>١٥٥</sup> الملف ، العدد 2 ، نونبر 2003 ، ص 134 و ما بعدها

<sup>١٥٦</sup> منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد المزدوج 59-60 ، السنة 24 ، يناير - يوليوز 2002 ، ص 29 و ما بعدها

<sup>١٥٧</sup> لقد جاءت الصيغة العربية المتداولة للفصل 405 المذكور كما يلي "الإقرار قضائي أو غير قضائي ، فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام

الحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا " ، و يلاحظ على هذا التعريب للنص الرسمي المنشور باللغة الفرنسية أنه عبر بمصطلح " محكمة "

تعريب لمصطلح " justice " ، فضلا عن كونه عبر بمصطلح " اعتراف " كتعريب لمصطلح " déclaration "

المادة الأولى من القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين ، المقابلة الفصل الأول من القانون رقم 80-41 بإحداث هيئة الأعوان القضائيين و تنظيمها المنسوخ بموجب القانون الأول<sup>١٥٨</sup> . وهي نفس الصفة التي أقرها له المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 2004/12/08 في الملف الإداري عدد 2004 /1/4/2467 ، و الذي أكد فيه على أنه " بالرجوع إلى الفصل 1 من القانون رقم 80-41 الخاص بإحداث هيئة الأعوان القضائيين و تنظيمها يتبين أن ينص على أن مهنة العون القضائي مهنة حرة .. و تتنافى هذه المهنة مع ممارسة أي وظيفة أو مهمة عمومية .." و أنه لا وجود بالقانون المذكور و لا بغيره ما يثير مسؤولية الدولة عن أعمال الأعوان القضائيين و لا ما يصبغ على وظيفة العون القضائي المذكورة صفة وظيفة عامة .."<sup>١٥٩</sup>

و ما دام الإقرار غير القضائي لا يقع أمام القاضي<sup>١٦٠</sup> ، خلافا للإقرار القضائي، فإنه يكون طبيعياً أن يختلف عنه في وجوب إثباته لدى القضاء المراد التمسك به لديه ، مما يفرض التمييز بين قوته الإثباتية كوسيلة من وسائل الإثبات ، و بين إثبات وجوده أصلاً .

لقد نص قانون الالتزامات و العقود المغربي صراحة في الفصل 413 منه على عدم جواز إثبات الإقرار القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة ، و ذلك لمنع المتقاضين من اللجوء إلى حيلة " subterfuge "<sup>١٦١</sup> ادعاء صدور إقرار شفوي للتملص من الإلزام القانوني بإثبات تصرف قانوني معين عن طريق الدليل الكتابي<sup>١٦٢</sup> .

و بغض النظر عن نطاق الحالات التي يجوز فيها إثبات عقد عن طريق شهادة الشهود كما سنرى في الفصل الثاني من هذا البحث ، فإن محضر الاستجواب المحرر من لدن مفوض قضائي لا يخل في إطار شهادة الشهود ، لأنه لا يتم الاستماع إلى منشئه أمام القضاء وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية<sup>١٦٣</sup>

و قد اعتمدت الصيغة العربية الرسمية للفصل 428 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية مصطلح " حاكم " كتعريب لمصطلح " justice " ، بحيث جاءت صيغتها - رغم تطابق الصيغة الفرنسية للنصين المغربي و التونسي - كما يلي " الإقرار إما حكمي أو غير حكمي ، فالحكمي هو الاعتراف لدى الحاكم من خصم أو من وكيله المأذون بخصوص ذلك "

و قد عبرت الفقرة الثانية من نفس الفصل بمصطلح " قاضي juge " عندما نصت على أن " الإقرار الحاصل أمام قاضي غير مختص ، أو الصادر في دعوى أخرى يكون له نفس أثر الإقرار القضائي "

كما عبر الفصل 407 من نفس القانون بمصطلح " القاضي le juge " عند تعريفه الإقرار غير القضائي

<sup>١٥٨</sup> انظر الهامش 17 قبله

<sup>١٥٩</sup> قرار عدد 1223، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد المزدوج 64-65 ، ص 322 و ما بعدها

<sup>١٦٠</sup> بصريح الفصل 407 من قانون الالتزامات و العقود المغربي

<sup>١٦١</sup> BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, cours de droit civil français , T IX ,Rousseau 1953 , no 1307

<sup>١٦٢</sup> Jean-Louis MOURALIS : PREUVE, Rép. Civ. Dalloz, janvier 2002 ,n° 781

<sup>١٦٣</sup> الفصول من 71 إلى 84

و إذا كان إثبات الإقرار غير القضائي عن طريق الكتابة<sup>١٦٤</sup> جائزا بصريح الفصل 416 من قانون الالتزامات و العقود المغربي<sup>١٦٥</sup> ، فإن الإشكال المطروح يتعلق بتحديد ما إذا التصريح المضمن بمحضر محرر من لدن مفوض قضائي على أنه صادر عن شخص معين ، يعتبر إقرارا صادرا عنه ثابتا بالكتابة .

إن الورقة الكتابية<sup>١٦٦</sup> كأداة للإثبات إما أن تكون رسمية أو عرفية<sup>١٦٧</sup> . و قد اشترط الفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود المغربي<sup>١٦٨</sup> لوصف الورقة<sup>١٦٩</sup> بالرسمية أن تكون متلقاة من قبل موظف عمومي وفق الشكل المطلوب قانونا ، و أن يكون هذا الموظف مختصا بتحريرها نوعيا و مكانيا ، حسب ما عبر عنه الفصل المذكور ب" صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد " ، الأمر الذي يقتضي ضرورة توافر الشرطين في محضر الاستجواب المحرر من لدن المفوض قضائي لوصفه بالورقة الرسمية .

<sup>١٦٤</sup> إن الدليل الكتابي مصطبغ بطابع الإقرار على اعتبار أن التوقيع على سند مكتوب يعتبر اعترافا بصحة البيانات المضمنة به لفائدة طرف آخر ، لذلك فإن تمييز الكتابة كوسيلة إثبات عن الإقرار المثبت بواسطة كتابة يقتضي قصر هذا الأخير على الحالات التي يكون فيها إنشاؤه لاحقا على نشوء الواقعة محل الإثبات .

انظر في نفس الاتجاه n° 673, Jean-Louis MOURALIS : PREUVE, Rép. Civ. Dalloz, janvier 2002

<sup>١٦٥</sup> و قد استنتج القضاء في فرنسا نفس المبدأ ، أمام عدم وجود فصل مماثل في القانون المدني الفرنسي ، من مفهوم مخالفة الفصل 1355 المعتبر أصلا للفصل 413 من قانون الالتزامات و العقود المغربي حين قبل إثبات الإقرار القضائي بالكتابة في مادة يمنع فيها الإثبات بشهادة الشهود Cass. 1re civ. 11 déc. 1961, Bull. civ. I, 592

<sup>١٦٦</sup> يعتبر مصطلح " الورقة " أعم في المعنى من مصطلح " السند " الذي يعني فقط الورقة المعدة للإثبات . هذا الأخير الذي يختلف بدوره عن " العقد " بمعنى التصرف المراد إثباته ( انظر بشأن هذا التمييز : عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة 2000، الجزء 2 ، نبذة 66 ، ص 105 )

و ينبغي التمييز في اللغة الفرنسية أيضا بين عبارة " Preuve littérale " التي تشمل الدليل الكتابي عموما سواء كان معدا للإثبات أم لا ، و بين مصطلح " acte " الذي تعني الدليل المهيأ للإثبات ، مثلما يعني في نفس الوقت التصرف المراد إثباته n° Article précité , Jean-Louis MOURALIS ( v 14et 23 )

<sup>١٦٧</sup> - عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ، ج 2 ، نبذة 67 ، ص 106

- أحمد نشأت : رسالة الأثبات، أركان الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات: الكتابة، شهادة الشهود-المجلد الأول- دار الفكر العربي القاهرة 1972 ، نبذة 95 ، ص 179

- إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي: القواعد العامة لوسائل الإثبات: الكتابة، القرائن، الإقرار، اليمين، مطبعة النجاح الجديدة، 1990، ص 65

- Jean-Louis MOURALIS , Article précité , n°23

<sup>١٦٨</sup> مطابق للفصل 1317 من القانون المدني الفرنسي الذي جاء صيغته كما يلي :

**L'acte authentique est ce lui qui a été reçue par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises**

<sup>١٦٩</sup> ورد في الصيغة الفرنسية الرسمية للفصل 418 المذكور مصطلح " acte " الذي هو أخص من الورقة ( انظر الهامش 8 قبله )

إن المفوض القضائي ، أو العون القضائي حسب التسمية المعتمدة في القانون الذي صدرت القرارات موضوع هذه التأمّلات تطبيقاً له ، يعتبر من جهة أولى ممارساً لمهنة<sup>١٧٠</sup> حرة تتنافى مع ممارسة أي وظيفة أو مهمة عمومية بصريح الفصل الأول من القانون رقم 80-41 و المادتين 1 و 3 من القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين الناسخ له ، و هو بهذا التحديد التشريعي لطبيعة مهنته<sup>١٧١</sup> لا يعتبر موظفاً عمومياً<sup>١٧٢</sup> بالمعنى المضبوط للكلمة. و حتى إذا وسعنا مفهوم الموظف العمومي إلى الحد الذي يشمل كل شخص يقوم بخدمة عامة<sup>١٧٣</sup> و إن لم يكن معيناً من قبل الدولة ، و بالتالي يشمل العون القضائي الذي يحرر محضر استجواب بناء على أمر قضائي ، بغض النظر عن تعارض ذلك مع التحديد التشريعي المذكور لطبيعة مهنته ، فإن إضفاء طابع الرسمية على المحضر المشار إليه يقتضي من جهة ثانية أن يكون محرره مختصاً بإجراء الاستجواب المضمن فيه ، في حين أن إجراء استجواب مع الخصوم لا يعتبر اختصاصاً من اختصاصاته المحددة قانوناً على سبيل الحصر بمقتضى الفصل 2 من رقم 80-41<sup>١٧٤</sup> ، بل إن مشروع هذه الفصل كان ينص في الفقرة الثانية منه على أنه يمكن للأعوان القضائيين " تسليم إنذارات استجوابية " ، قبل أن يتم حذف هذا المقتضى

<sup>١٧٠</sup> لقد كان مشروع القانون رقم 80-41 يحدث هيئة الأعوان القضائيين و تنظيمها (انظر الهامش 17 قبله ) ينص على أن " وظيفة العون القضائي مهنة حرة " ، و عندما أحيل على لجنة العدل و التشريع و الوظيفة العمومية غيرت كلمة وظيفة بكلمة مهنة . و قد أكد مقررها عند مناقشته لمشروع القانون المذكور في البرلمان على أن المشروع كان ينص " على أن هذا العمل يعتبر وظيفة ، ولكن اللجنة ارتأت تغيير هذا الاصطلاح و تعويضه بكلمة " مهنة " شأنها شأن المهنة الأخرى "

و قد وافق المجلس على هذا الفصل كما عدلته اللجنة ب 76 صوتاً و 11 ممتنعاً عن التصويت و معارض واحد

مداولات مجلس النواب دورة أبريل 1980 المتعلقة بمشروع قانون يحدث هيئة الأعوان القضائيين بالمغرب ، الجريدة الرسمية ( نشرة مداولات مجلس

النواب ) الصادرة بتاريخ 18 رمضان 1400 الموافق 31 يوليوز 1980 ، ص 749

<sup>١٧١</sup> المكرس قضائياً . انظر قرار المجلس الأعلى المشار إليه في الهامش 97 قبله

<sup>١٧٢</sup> كل شخص تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها سواء أجرته على هذا العمل أو لم تجره

انظر بشأن هذا التعريف :

- عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق، ج 2 ، نبذة 72 ، ص 115

- أحمد نشأت ، مرجع سابق ، -المجلد الأول ، ص 182

- إدريس العلوي العبدلاوي ، مرجع سابق ، ص 68

<sup>١٧٣</sup> لقد اقتصر الفصل المغربي المشار إليه على غرار أصله الفرنسي المذكور على ربط الصفة الرسمية للورقة بصفة الموظف العمومي دون أن يضيف عبارة كل

شخص مكلف بخدمة عامة الواردة في بعض التشريعات المقارنة كالمادة 10 من قانون الإثبات المصري ( قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات

في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون 23 لسنة 1992 والقانون 18 لسنة 1999

( التي جاءت صيغتها كما يلي " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم علي يديه أو ما تلقاه من ذو الشأن ،

وذلك طبقاً للأوضاع القانون و في حدود سلطته واختصاصه . "

فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوا بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . "

و المادة الخامسة من قانون البيئات السوري

<sup>١٧٤</sup> و لا بمقتضى المادة 15 من القانون رقم 81.03

من قبل لجنة العدل و التشريع و الوظيفة العمومية التي أكد مقررها <sup>١٧٥</sup> عند مناقشته لمشروع القانون المذكور في البرلمان على أن اللجنة مالت " إلى عدم إعطاء الاختصاص إلى الأعيان القضائيين فيما يخص الإنذارات الاستجوابية لأن الإنذار الاستجوابي يحزر به محضر و تكون له قوة إثباتية لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور " <sup>١٧٦</sup> ، مما يعتبر دليلا على إرادة المشرع جعل تحرير محضر الاستجواب أمرا خارجا عن نطاق اختصاص الأعيان القضائيين <sup>١٧٧</sup> ، الأمر الذي ينزع عن هذا المحضر صفة الورقة الرسمية ، و يقتضي فقط اعتباره ورقة عرفية ، متى كان موقعا عليه من طرف الشخص المستجوب طبقا لمقتضيات الفصل 423 من قانون الالتزامات و العقود ، الذي ينص صراحة على أن " الورقة التي لا تصلح لتكون لرسمية بسبب عدم اختصاص .. الموظف .. تصلح لاعتبارها عرفية إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة " .

و حتى ما إذا أردنا تكييف المحضر غير الموقع من لدن المستجوب على أنه ورقة عرفية معدة للإثبات بعيدا عن مبدأ تحول طبيعة الورقة المنصوص عليه في الفصل 426 المذكور ، فإننا سنجد أنه يشترط في الورقة العرفية المعدة للإثبات أن تكون مكتوبة بيد الشخص الملتزم بها أو موقعة منه <sup>١٧٨</sup> ، في حين أن محضر الاستجواب يكون مكتوبه بيد المفوض القضائي الذي ليس طرفا في النزاع . كما أنه يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه <sup>١٧٩</sup> ، في حين أن الخط و التوقيع الواردين بالمحضر غير منسوبين إليه أصلا، وإنما إلى المفوض الذي حرره ، فيكون من العبث مطالبة باتكارهما <sup>١٨٠</sup>

و إذا ما أردنا قبول محضر الاستجواب المذكور غير الموقع من لدن المستجوب كوسيلة للإثبات أمام القضاء المدني بوصفه " كتابة " فقط ، استنادا على الفصل 417 من القانون المغربي للالتزامات و العقود الذي ينص على أن "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية. ويمكن أن ينتج ... من كل كتابة أخرى" <sup>١٨١</sup> ، فإنه لا بد و أن نلاحظ أن هذا الفصل قد أكد على أن الدليل الكتابي ينتج وجوبا من

<sup>١٧٥</sup> الأستاذ عبد الواحد بنمسعود

<sup>١٧٦</sup> مداوالات مجلس النواب دورة أبريل 1980 المتعلقة بمشروع قانون يحدد هيئة الأعيان القضائيين بالمغرب ، الجريدة الرسمية ( نشرة مداوالات مجلس

النواب ) الصادرة بتاريخ 18 رمضان 1400 الموافق 31 يوليوز 1980 ، ص 749

و قد وافق المجلس على هذا الفصل كما عدلته اللجنة ب 79 صوتا مقابل معارض واحد و 10 ممتنعين عن التصويت

<sup>١٧٧</sup> انظر خلاف هذا الرأي لدى : محمد بفقير : مهنة العون القضائي بالمغرب ، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2001 ، ص 50

<sup>١٧٨</sup> الفصل 426 من قانون الالتزامات و العقود المغربي

<sup>١٧٩</sup> فإن لم يفعل اعتبرت الورقة معترفا بها. ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق عنه. (الفصل

431 من قانون الالتزامات و العقود المغربي)

<sup>١٨٠</sup> فإن لم يفعل اعتبرت الورقة معترفا بها. ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق عنه. (الفصل

431 من قانون الالتزامات و العقود المغربي).

<sup>١٨١</sup> وردت عبارة الكتابة في آخر هذا الفصل ، بعد تعداد كتابات غير معدة مقدما للإثبات ، مما يوحي بأن عبارة " كل كتابة أخرى " المذكورة إنما

تنصرف أيضا و فقط إلى الكتابة غير المعدة للإثبات ، في حين أنه لا يتم تحرير محضر الاستجواب إلا لأجل الإثبات . لكن بما أن عبارة الكتابة وردت مطلقة

الأوراق الرسمية و العرفية ، في حين أن نتوجه عن الكتابة الأخرى هو مجرد إمكانية مخولة للمحكمة التي يبقى لها أن تعتبرها دليلا كتابيا أو ترفض اعتبارها كذلك ، مثلما يكون لها أن تقدر قيمتها الإثباتية .

و لعل قبول المجلس الأعلى لهذه المحاضر في إثبات كراء ، ناجم عن اعتقاده بأنه يكفي أن يكون الدليل صادقا و لو لم يكن وليد إجراء قانوني<sup>١٨٢</sup>

## الفصل الثاني : تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن حجية الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

يقتضي التأمل في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بشأن حجية الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ، تناول موقفه من حجية شهادة الليف في إثبات هذا العقد ( الفرع الأول ) ، قبل الوقوف على موقفه من نطاق حجية شهادة الشهود ( الفرع الثاني )

### الفرع الأول : حجية شهادة الليف في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

ذهب المجلس الأعلى في مجموعة من قراراته إلى قبول شهادة الليف كوسيلة لإثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني.

فقد اعتبر هذا المجلس في قرار صادر عن القسم الثالث من الغرفة المدنية بتاريخ 2005/06/01 في الملف المدني عدد 2004/3/1/1960 أنه " من المقرر فقها و قضاء أن شهادة الليف يتلقاها العدول نيابة عن القاضي تم تسجيل عليه ، هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق و لا تعتبر مجرد لائحة شهود إذا توفرت فيها شروط القبول و لا يحتاج سماعها لأداء اليمين و إلا بطلت

، فإن من شأن هذا المفهوم المستخلص من سياق العبارة أن يثير اعتراضا لدى كل من يتمسك بالشرح الحرفي النحوي للنصوص ، كاتجاه سائد في الفقه و القضاء المغربي

<sup>١٨٢</sup> لعل هذا الاعتقاد نفسه هو الذي جعل القضاء المغربي يتعامل بالشهادات الطبية و لو كانت مسلمة خرقا للسر المهني دون أن يعترض أحد من المتقاضين أو المحامين أو أعضاء النيابة العامة على ذلك ، خلافا لما عليه الوضع في القضاء الفرنسي . انظر بهذا الشأن :

عادل العشايي : الشهادة الطبية في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني ، جامعة محمد الخامس - أكادال ، كلية العلوم

القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الرباط ، 2001-2002 ، ص 83

سائر الحقوق المثبتة باللفيف و تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات و لذلك فإن محكمة الاستئناف المطعون في قرارها حينما اعتمدت في إثبات العلاقة الكرائية على شهادة اللفيف .. تكون قد .. اعتمدت على وسائل الإثبات القانونية و الفقهية و بالتالي يبقى القرار غير خارق للفصول 71 و ما يليه من ق م م و مطلا بما فيه الكفاية " ١٨٣ . كما نقض نفس المجلس في قرار ثان صادر عن نفس القسم تحت عدد 2109 بتاريخ 2005/07/13 في الملف المدني عدد 2005/3/1/587 القرار الاستئنافي الذي لم يعتمد شهادة اللفيف في إثبات العلاقة الكرائية و لم يناقشه ، و ذلك بعلّة " أن موضوع النزاع يتعلق بالإفراغ للاحتلال بدون سند ، و أن المطلوبتين تنفيان العلاقة الكرائية ، و الطالب أكد أمام قضاة الموضوع أنه يعتمر المحل على وجه الكراء و لإثبات ذلك أدلى استئنافيا بلفيف عدلي مضمن بعدد 4766 و تاريخ 2004/09/22 يشهد شهوده الاثنى عشر بثبوت العلاقة الكرائية بينه و بين المطلوبتين التين يؤدي لهما الكراء بعد وفاة والدهما ، و المحكمة لما أهملت اللفيف المذكور و لم تناقشه و لم تجب عليه رغم ما له من تأثير على قضائها ، تكون بنت قرارها على غير أساس و علته تعليلا ناقصا ينزل منزلة انعدامه و عرضته للنقض " ١٨٤

و قد رد نفس المجلس في قرار صادر عن القسم السادس من الغرفة المدنية بتاريخ 2002/03/21 في الملف المدني عدد 2001/6/1/295 ما عابه الطاعن على قرار محكمة الاستئناف الذي اعتمد شهادة اللفيف في إثبات الاحتياج من " أن اللفيف لا يعتبر إلا مجرد لائحة شهود و أن شهادة الشهود التي تعتبر وسيلة إثبات هي التي يدلي الشاهد أمام القاضي بعد أداء اليمين القانونية " بأن " الأوراق المخاطب عليها من طرف القضاة في محاكمهم تعتبر ورقة رسمية كما هو منصوص عليه في الفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود و هي حجة رسمية و قاطعة كما هو منصوص عليه في الفصل 419 من نفس القانون مما يكون معه ما أثير .. على غير أساس " ١٨٥

و إذا كان عرضنا لهذا التوجه إنما يهدف إلى مناقشته ، فليس ذلك من زاوية إعادة طرح السؤال المتداول حول مدى قبول شهادة اللفيف كوسيلة للإثبات رغم أنه قد جرى بها العمل قبل القرن العاشر الهجري تأسيسا على الضرورة ١٨٦ ، و لا حتى من زاوية عدم بيان تلك القرارات لكيفية تأكدها من حالة الضرورة المبررة لها ، و إنما من زاوية مدى حفاظ هذا التوجه على وحدة النسق القانوني المطبق على النزاع ؟

١٨٣ عدد 1638 ، منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 152 و ما بعدها .

و ذلك بعدما عاب الطاعنون على القرار الاستئنافي " خرقه الفصول 71 و ما يليه و 345 من ق م م و عدم الارتكاز على أساس قانوني و تحريف شهادة الشهود ، ذلك أن القضية تكتسي طابعا مدنيا و ليس في قانون المسطرة المدنية و قانون العقود و الالتزامات أي نص ملزم يوجب الأخذ باللفيف و أن الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية لا يعتبر إلا الشهادة المتلقاة بمجلس القضاء بعد أداء صاحبها اليمين القانونية و بحضور أو بعد استدعائهم و القرار حينما أخذ باللفيف يكون قد خرق قاعدة مسطرية .. "

١٨٤ منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 79 و ما بعدها .

١٨٥ عدد 1018 ، منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 239 و ما بعدها .

١٨٦ عمر بن عبد الكريم الجيدي : العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومهما لدى علماء المغرب ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية ، مطبعة فضالة الحمديّة ، 1404 هـ - 1984 م ، ص 496 و ما بعدها .

من هذا المنطلق فإننا سنحاول بيان المقصود بوحدة النسق القانوني المطبق على نزاع متعلق بعقد كراء  
للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ( المبحث الأول ) ، قبل البحث عن مدى ملائمة شهادة  
اللفيف لهذا النسق ( المبحث الثاني )

## المبحث الأول : بيان المقصود بوحدة النسق القانوني المطبق على نزاع متعلق بعقد كراء ل لأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

تعتبر شهادة اللفيف وسيلة إثبات جرى بها العمل عند المتأخرين من المالكية للضرورة<sup>١٨٧</sup> ، نص عليها  
الزقاق في لاميته<sup>١٨٨</sup> عند نظمه :

( ..... )<sup>١٨٩</sup> وكثرن بغير عدول و اجتهد و تأملا

كما نظم بشأنها صاحب العمل الفاسي<sup>١٩٠</sup> :

و قدره في الغالب اثني عشر و زد لكالرشد و ضد أكثرا<sup>١٩١</sup>

و قد استقر المجلس الأعلى على خضوع النزاعات المتعلقة بكراء الأماكن المعدة للسكنى أو

للاستعمال المهني<sup>١٩٢</sup> للقانون رقم 6.79 بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكثري للأماكن

المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني<sup>١٩٣</sup> و لقانون الالتزامات و العقود الذي يعتبر القانون الأول تخصيصا

له و ليس استثناءا منه ، دون أي تمييز في هذا الشأن بين العقارات المحفظة و غير المحفظة التي

يخضعها هذا القضاء في نزاعات أخرى لمقتضيات الفقه المالكي<sup>١٩٤</sup> .

---

<sup>١٨٧</sup> انظر الهامش 124 قبله

<sup>١٨٨</sup> البيت 85

<sup>١٨٩</sup> " و إلا فلا كالجرح فيه "

و لا وجه للاستدلال به في اللفيف

<sup>١٩٠</sup> أبو زيد عبد الرحمان الفاسي ( توفي عام 1096 هـ )

<sup>١٩١</sup> و أضاف :

و ربما تساهلوا لما يقل كالعشر و الثمان فيما يشتمل

و ربما يكفي تلقي ست أقل ما في القطع قبل البث

و ربما يكفي تلقي أربعة رأوه للقرائن المجتمعة

و ربما زكى منه اثنان أو واحد أيضا مع الإيمان

<sup>١٩٢</sup> غير الخاضعة لتشريع خاص بالطبع بصريح الفصل الأول من القانون رقم 6.79 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري و المكثري لها

<sup>١٩٣</sup> المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 17 صفر 1401 الموافق ل 25 دجنبر 1980 ، و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3560

الصادرة بتاريخ 14 ربيع الأول 1401 الموافق ل 21 يناير 1981 ، ص 68

<sup>١٩٤</sup> انظر بشأن هذا الاتجاه

– أستاذنا أحمد الخليلي : كيف نقرأ ظهير الالتزامات و العقود ، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية ، العدد 7 – 1984 ، ص 18 و أعيد نشره ب

مؤلفه : وجهة نظر ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1988 ، ص 56



و عليه فإن الحفاظ على وحدة النسق القانوني المطبق على النزاع ، يقتضي إخضاع إثبات عقد كراء تلك الأماكن للقانون المطبق عليه .

و ما دام قانون الالتزامات و العقود قد خصص القسم السابع من الكتاب الأول لإثبات الالتزامات و البراءة منها<sup>١٩٥</sup> ، مثلما تعرض لإثبات عقد الكراء في الفصل 629 الوارد في الكتاب الثاني منه<sup>١٩٦</sup> ، فإن الحفاظ على وحدة النسق المذكور يقتضي إخضاع إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ، لمقتضيات هذا القانون وحده ، الأمر الذي يقتضي التساؤل عن مدى ملائمة شهادة اللفيف كوسيلة إثبات من إبداع متأخري الفقه المالكي لهذه المقتضيات ؟

## المبحث الثاني : مدى ملائمة شهادة اللفيف لنظام الإثبات في قانون الالتزامات و العقود المغربي

إن شهادة اللفيف المكتوبة من لدن عدلين في وثيقة و المذيلة بخطاب القاضي تعتبر ورقة رسمية وفقا للمعيار الشكلي المحدد في البند الأول من الفقرة الثانية من الفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود الذي يعتبر " الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم " <sup>١٩٧</sup> رسمية ، كما أنها تعتبر " وثيقة رسمية " بصريح المادة 35 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة <sup>١٩٨</sup> ، التي تعتبر في الواقع مجرد إعادة صياغة للفصل 30 من القانون رقم 11.81 <sup>١٩٩</sup> الملغى <sup>٢٠٠</sup> ، الذي كان يصف " الوثيقة " العدلية التامة بكونها " شهادة رسمية " <sup>٢٠١</sup>

– أستاذنا أحمد ادريوش : – تأويل المجلس الأعلى للفصل الثالث من قانون التوحيد و أثره على قانون العقود ، أشغال ندوة : عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية ، الرباط 18 – 20 دجنبر 1997 ، مطبعة الأمنية 1999 ، ص : 287 وما بعدها .

– نطاق ظهير الالتزامات و العقود ، تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ.ل.ع بالفقه الإسلامي ، سلسلة المعرفة القانونية 3 ،

مطبعة الأمنية – الرباط ، الطبعة الأولى 1996 ، ص 13 وما بعدها

– أستاذنا محمد شليح : مشكل الكتابة في بيع العقار غير الخفظ بالمغرب ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد 19 ، 2002 ، ص 67 وما بعدها

– محمد الكشور : مشكلة النزاع بين الفقه المالكي و قانون الالتزامات و العقود في مجال العقار غير الخفظ ، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية ، العدد 7 – 1984 ، ص 58 وما بعدها .

<sup>١٩٥</sup> الفصول من 399 إلى 460

<sup>١٩٦</sup> انظر الهامشين 14 و 15 قبله

<sup>١٩٧</sup> حسب صيغته العربية المتداولة

<sup>١٩٨</sup> كما وقع تنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006 ، منشور بالجريدة الرسمية عدد

5400 الصادرة بتاريخ فاتح صفر 1427 الموافق ل 2 مارس 2006 ، ص 566

<sup>١٩٩</sup> القاضي بتنظيم خطة العدالة و تلقي الشهادة و تحريرها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.332 بتاريخ 11 رجب 1402 الموافق ل 6

ماي 1982 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3678 الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1983 ، المغير بالفنون رقم 04.93 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم

1.95.111 بتاريخ 27 محرم 1416 الموافق ل 26 يونيو 1995 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2163 الصادرة بتاريخ 04 ربيع الأول 1416 الموافق

ل 2 غشت 1995 ص 4318 .

لكن إذا كانت شهادة اللفيف حسب المعيار الشكلي المعتمد في التشريع المدني كتابة رسمية ، فإنه لا ينبغي تجاهل حقيقة كونها من حيث موضوعها شهادة شهود ، بالنظر لما يكتسبه هذا التكيف من تأثير على قيمتها الإثباتية .

إن نظام الإثبات في قانون الالتزامات و العقود يقوم على اعتبار الكتابة وسيلة إثبات ذات قوة مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع و التصرفات القانونية أي كانت قيمة الحق المراد إثباته ، خلافا للشهادة التي تعتبر طريقة ذات قوة محدودة لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على 250 درهم إلا في حالات استثنائية معينة<sup>٢٠٢</sup> ، في حين يقوم نظام الإثبات في الفقه الإسلامي على اعتبار شهادة الشهود أهم وسيلة للإثبات<sup>٢٠٣</sup> ، يميز فيها من حيث الإسناد بين الشهادة الأصلية التي يملئ المشهود عليه نفسه مضمنا على العدلين و بين الشهادة الاسترغائية التي يملئها الشاهد مما في علمه لمستند خاص أو عام<sup>٢٠٤</sup> ، كما يميز في هذه الأخيرة نفسها بين الشهادة " العلمية " <sup>٢٠٥</sup> أو " الوضعية

<sup>٢٠٠</sup> بموجب المادة 85 من القانون رقم 16.03 المشار إليه أعلاه ، و التي تنص في فقرتها الثانية على أنه " تنسخ جميع مقتضيات المخالفة ، و لا سيما

القانون رقم 11.81 القاضي بتنظيم خطة العدالة و تلقي الشهادة و تحريرها ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.332 بتاريخ 11 من رجب 1402 ( 6 ماي 1982 ) المغير بالقانون رقم 04.93 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.111 بتاريخ 27 من محرم 1416 ( 26 يونيو 1995 ) . "

<sup>٢٠١</sup> جاءت صيغة الفقرة الأخيرة من هذا الفصل كما يلي " تعتبر الوثيقة التامة شهادة رسمية "

<sup>٢٠٢</sup> انظر في تقسيم طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة و طرق ذات قوة محدودة و طرق معفية من الإثبات :

— عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ج 2 ، نبذة 58 ، ص 90 و ما بعدها

— إدريس العلوي العبدلاوي : ، مرجع سابق ، ص 56

يرى الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي أن الصيغة التي عبر بها المشرع في الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود " قصد بها إظهار ما للإثبات بالشهادة من طابع الاستثناء لأن الأصل في إثبات التصرفات القانونية أن يكون بالكتابة " ( مرجع سابق ، ص 98 )

<sup>٢٠٣</sup> محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية والحديث من دار الحديث الحسنية سنة 1970، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1416هـ — 1995م ، ص 49 و ما بعدها

و في هذا الإطار يؤكد الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ( مصادر الحق في الفقه الإسلامي — دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت

— لبنان ، 1998 ، ج 1 ، ص 84 و ما بعدها ) على " أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها .. لا في صيغة العقد وحدها بل أيضا في الإثبات حيث الشهادة

تعلو على الكتابة — هو الشيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي و يؤثره على الكتابة .... إذ لم تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور ، و ما كان

يتداول منها لا يؤمن فيه الزيغ أو الزلل "

<sup>٢٠٤</sup> تختلف صيغة خطاب القاضي على الرسم المتضمن للشهادة الأصلية عن صيغة خطابه على الرسم المتضمن للشهادة الاسترغائية ، بحيث يخاطب على

الأولى بعبارة " الحمد لله أعلم بشوته " أو " الحمد لله أعلم بصحته " أو " الحمد لله أعلم باستقلاله " ، في حين يكتب رسم الشهادة الاسترغائية من لدن

العدلين الذين يكتبان تحتها رسما آخر فيه تسجيل على القاضي بثبوت الرسم و صحته لديه و يترك موضع اسم القاضي أبيضاً و يكتب هذا الأخير بخطه تحت

أسماء الشهود "شهدوا لدى من قدم لذلك لموجبه فثبت" و يضع علامته في موضع البياض ثم يضع العدلان علامتهما بعد الرسم الثاني شهادة منهما على

القاضي بمضمونه.

انظر " عرض صيغة لوثيقة شهادة اللفيف " لدى : عبد السلام العسري : كيفية توثيق شهادة اللفيف ، مجلة المحاكم المغربية ، العدد 66 ، ص 61 .

" ٢٠٦ إذا كان الشاهد هو نفسه العدل الكاتب ، و " شهادة اللفيف " إذا صدرت عن شهود غير عدول

قصدوا توثيق شهادتهم المذكورة لدى عدلين منتصبين للإشهاد ٢٠٧

و إذا طبقنا المعيار الشكلي المقرر في الفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود ، على شهادة اللفيف المستمدة من الفقه الإسلامي ، فإننا سنجعل من هذه البينة التي تعتبر حسب الفقه الذي أبدعها شهادة غير أصلية أجزت للضرورة ٢٠٨ ، ورقة رسمية يجوز اعتمادها حتى فيما لا يجوز الاعتماد فيه على الشهادة المؤداة أمام قاضي الموضوع نفسه ، إذ يصبح بمقدور المتقاضي الذي رفض القضاء طلبه الاستماع إلى شهوده لعدم جواز إثبات التصرف القانوني المراد إثباته بشهادة الشهود ، أن يحمل نفس الشهود إلى مكتب عدلين ليحررا شهادتهم في رسم يخاطب عليه قاض آخر ، و يعود نفس المتقاضي إلى نفس القاضي ليحكم في نفس النزاع استنادا على نفس الشهود لمجرد أنهم لم يؤدوا شهادتهم شفويا أمامه ، و إنما كتبها عنهم عدلان، مع أن الأولى أن تقدم الشهادة لديه على الشهادة لدى غيره

و إذا نظرنا إلى شهادة اللفيف من زاوية موضوعها ، و حاولنا إدراجها وفق هذا المنظور ضمن " شهادة الشهود " المنصوص عليها في البند الثالث من الفصل 404 من قانون الالتزامات و العقود ، فإن أول إشكال سيفرض نفسه علينا هو تحديد ما إذا كان التنظيم الموضوعي للإثبات بشهادة الشهود في قانون الالتزامات و العقود ٢٠٩ مرتببا بالمقتضيات الإجرائية الواردة في الفرع المتعلق بالأبحاث ٢١٠ من قانون المسطرة المدنية ، إلى الحد الذي يحول دون اعتماد الشهادة كوسيلة إثبات إلا بعد استيفاء الإجراءات الواردة في هذا القانون الأخير؟

إن الاستماع إلى الشهود طبقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية يتم من قبل القاضي المكلف بالقضية أو المقرر فيها ٢١١ نفسه ، بعد أداء اليمين على قول الحقيقة ، و ذلك بمحضر الأطراف أو في غيبتهم

٢٠٥ لأنها عادة ما تبدأ بعبارة " في علم شهيديه .. " أو " يعلم من يضع اسمه عقب تاريخه .. "

٢٠٦ لأنها قد تبدأ أيضا بعبارة " الواضع شكله عقب تاريخه يشهد .. "

٢٠٧ أكد أستاذنا محمد شليح بهذا الصدد أن الشهادة الاسترعائية " شهادة غير مباشرة لأن الشاهد يملئها من حفظه بما في علمه من الوقائع التي حصلت للغير المشهود عليه لمستند خاص .. أو لمستند عام .. و بهذا المعنى المقصود بالشهادة الاسترعائية يمكن اعتبار شهادة اللفيف من أهم مظاهرها إن لم تكن هي " محمد شليح ، مشكل الكتابة في بيع العقار غير الخفظ بالمغرب ، مقال سابق ، ص 79

في حين يرى الأستاذ ناصر متيوي مشكوري أن اعتبار شهادة اللفيف " شهادة استرعائية ليست أصلية " إنما يرجع إلى أنها " لم تتم عند إنشاء الحق " . ناصر متيوي مشكوري : شهادة اللفيف في مجال الأسرة - دراسة تقييمية - ، مجلة ندوات محاكم فاس ، العدد الأول : شهادة اللفيف العدلي ، أكتوبر 2003 ، ص 12 .

٢٠٨ عمر بن عبد الكريم الجيدي ، أطروحة سابقة ، ص 499

٢٠٩ الفرع الثالث من القسم السابع من الكتاب الأول ( الفصول من 443 إلى 448 )

٢١٠ الفرع الرابع من الباب الثالث من القسم الثالث ( الفصول من 71 إلى 84 )

٢١١ مع مراعاة الحالة الاستثنائية التي يمكن فيها الاستماع إلى الشاهد بواسطة إنابة قضائية إذا كان يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة ( الفقرة الثانية من

الفصل 78 من قانون المسطرة المدنية )

بعد استدعائهم قانوناً ، و هي ضمانات - بغض النظر عن مدى نجاعتها - لا تتوافر في شهادة اللفيف التي لاتصل إلى يد القضاء المختص بالبث في النزاع إلا بعد تكفل عدلين بصياغة مضمون ما نطق به الشهود وفق نماذج معدة مسبقاً ، في غيبة الخصم المراد الاحتجاج بها ضده ، بعيداً عن رقابة القضاء المذكور ، و دون أداء لليمين ، الأمر الذي يؤثر دون أدنى شك على قيمتها الإثباتية و حتى إذا تجاوزنا هذا الإشكال ، و لو باستدعاء شهود اللفيف لأداء شهادتهم أمام المحكمة وفق مقتضيات قانون المسطرة المدنية المشار إليها ، فإن اعتبار شهادة اللفيف " شهادة شهود " يقتضي التسليم بعدم جواز اعتمادها لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 250 درهم طبقاً لمقتضيات الفصل 443 قانون الالتزامات و العقود ، في غير الحالات الاستثنائية المحددة تشريعياً . فهل يعتبر عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني استثناءً من مقتضيات الفصل 443 المذكور، يجوز اثباته بشهادة الشهود بغض النظر عن قيمته ؟

الفرع الثاني : نطاق حجية الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

يقتضي التأمل في قرارات المجلس الأعلى بشأن نطاق حجية في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الوقوف على موقف هذا القضاء ( المبحث الأول) قبل مناقشته ( المبحث الثاني )

المبحث الأول : عرض موقف المجلس الأعلى من نطاق حجية شهادة الشهود في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

تردد عمل المجلس الأعلى بشأن تحديد نطاق اعتماد الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني بين اتجاهين متباينين ، فبينما حرص اتجاه أول على عدم قبول شهادة الشهود في إثبات عقود الكراء المذكورة متى تجاوزت الوجيبة الكرائية<sup>٢١٢</sup> 250 درهم طبقاً لمقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود ( أولاً ) ، استند اتجاه ثان على الفصولين 628 و 629 من نفس القانون لقبول الإثبات بالشهادة المشار إليها بغض النظر عن قيمة الوجيبة الكرائية ( ثانياً )  
أولاً : الاتجاه المستند على الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود :

<sup>٢١٢</sup> باعتبارها قيمة للعقد و ليس المبلغ المطلوب

انظر في هذا الاتجاه القرار الصادر عن المجلس الأعلى ( الغرفة المدنية القسم السادس ) تحت عدد 879 بتاريخ 2004/03/24 في الملف المدني عدد 2003/6/1/1127 (غير منشور) و الذي جاء فيه : " حيث تعيب الطاعنة على القرار خرق الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود ذلك لأن الطالبة تؤكد بأنها أدت ما بذمتها من كراء للمطلوبة أمام الشهود و مبلغ الكراء هو 210 و هو مبلغ يقل عن 250 درهم التي حددها الفصل المذكور .. حيث ثبت صحة ما نعتته الوسيلة ذلك أن مبلغ الكراء المحدد بين الطرفين هو 210 درهم و المبلغ المطلوب في الدعوى ناعين حتى تضاعف ليصبح 4410 درهم و القانون يسمح بإثبات المبالغ التي لا تتجاوز 250 درهم بواسطة الشهود و لا يسمح الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود بإثبات المبالغ التي تفوق ذلك إلا بالحجة الكتابية و القرار حينما اعتبر المبلغ المطلوب إثباته هو 4410 درهم فإنه خرق الفصل المذكور لأن العبرة بمبلغ الكراء الشهري و هو أصل الدين و جاء ناقص التعليل الموازي لانعدامه و المؤدي لنقض القرار "

ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر عنه ( الغرفة المدنية القسم السادس ) تحت عدد 995 بتاريخ 2005/04/06 في الملف المدني عدد 2004/6/1/593 إلى " أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بخرق مقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود التي لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود للاتفاقات و غيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق التي تتجاوز قيمتها 250 درهم و توجب أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية " و أن " المحكمة باعتمادها على شهادة الشاهد لإثبات العلاقة الكرائية بسومة تبلغ 750,00 درهم للشهر تكون قد خرقت مقتضيات الفصل المذكور و عرضت قرارها للنقض " <sup>٢١٣</sup> .

كما أكد نفس التوجه في القرارين الصادرين عن نفس القسم <sup>٢١٤</sup> بتاريخ 2005/04/06 ، و الذين جاء في أولهما " أن السومة محددة في مبلغ 660 درهم و لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود طبقا للفصل 443 من " <sup>٢١٥</sup> قانون الالتزامات و العقود و في الثاني أن " المقرر قانونا أن المدعي ملزم بإثبات ادعائه طبق الشروط القانونية و أن الفصل 404 من قانون الالتزامات و العقود حدد وسائل الإثبات المقبولة قانونا و أن المطلوب في النقص نفى العلاقة الكرائية و صرح بأن الدعوى مجردة ، و أن المبالغ التي تفوق قيمتها 250 درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود " <sup>٢١٦</sup> .

وهو ما يستفاد أيضا من القرار الصادر عن نفس المجلس بتاريخ 2004/03/24 في الملف المدني عدد 2003/6/1/1127 <sup>٢١٧</sup> . كما يستفاد من القرار عدد 2271 الصادر بتاريخ 2005/07/27 في الملف المدني عدد 2003/6/1/2437 الذي اعتمد على قدر السومة الكرائية في تحديد وسيلة إثبات أداء واجب الكراء المطلوب <sup>٢١٨</sup> ، و من القرار عدد 71 الصادر بتاريخ

<sup>٢١٣</sup> منشور لدى احمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 187 و ما بعدها .

<sup>٢١٤</sup> القسم السادس من الغرفة المدنية

<sup>٢١٥</sup> قرار عدد 988 صادر في الملف المدني عدد 2003/6/1/704 ، منشور لدى احمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 198 و ما بعدها . و قد جاءت حياياته كما يلي : " حيث تعيب الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني سليم ذلك أنه خرق أهم قواعد الإثبات ذلك أن الأصل هو إثبات الالتزام على مدعيه و أنه لما ذكر بأن المعارضة بقيت ساكنة و لم تفسح عن السومة الكرائية و عملت إدعاء المكري دون إثبات تكون قد خرقت قواعد الإثبات خاصة أن المبلغ المدعى به هو 660 درهم التي تتطلب حجة كتابية

حيث تبين صحة ما عابته الوسيلة ذلك أن الفصل 399 من قانون الالتزامات و العقود يقضي بأن إثبات الالتزام على مدعيه خاصة و أنه طبقا للفصل 404 من نفس القانون فلا يعتد بالسكوت كوسيلة إلا في حالة الفصل 406 من نفس القانون الغير متوفرة في النازلة كما أن السومة محددة في مبلغ 660 درهم و لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود طبقا للفصل 443 من نفس القانون و أن المحكمة بعللها أعلاه تكون قد خرقت الفصول المذكورة و لم تجعل لما قضت به من أساس من القانون و عرضته للنقض "

<sup>٢١٦</sup> في الملف المدني عدد 2004/6/1/3055 ، منشور لدى احمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 195 و ما بعدها .

<sup>٢١٧</sup> غير منشور ، مشار إليه في الهامش 150 قبله

<sup>٢١٨</sup> منشور لدى احمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 13 و ما بعدها . و قد جاء في حياياته " إن ما جاء في الوسيلة مجرد مجادلة في الوقائع التي سبق عرضها على محكمة الموضوع هذه الأخيرة التي لها صلاحية تقييم الحجج المدلى بها و استخلاص ما تراه وجيها منها لما لها من سلطة تقديرية في إجراء بحث أو عدمه في محكمة الاستئناف بفاس

1971/12/22 في الملف المدني عدد 29337 ، الذي رفض الاعتماد على شهادة الشهود في إثبات انتهاء عقد كراء بعلّة أنه " لم يكن من حق الحكم المطعون فيه اعتماد شهادة الشهود في إنهاء التزام تفوق قيمته 250 درهما وأنه بذلك قد خرق الفصل 443 المحتج به " <sup>٢١٩</sup> و نجد لدى المجلس الأعلى نفس التوجه ، حتى متى تعلق الكراء بمنقول ، بحيث أكد في قرار صادر عنه تحت عدد 418/ بتاريخ 2005/04/13 في الملف التجاري عدد 03/2/3/44 على أن " السومة المدعاة تفوق مبلغ 250 درهم و يجب طبقا للفصل 443 ق.ل.ع إثباتها كتابة " <sup>٢٢٠</sup>

ثانيا : الاتجاه المستند على الفصلين 628 و 629 من قانون الالتزامات و العقود :

ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر عن القسم الثالث من الغرفة المدنية تحت عدد 1147 بتاريخ 2002/04/02 في الملف المدني عدد 01/3/1/1828 إلى أنه " لما كان عقد الكراء عقدا رضائيا حسبما ينص عليه الفصل 628 من قانون الالتزامات و العقود يتم بتراضي الطرفين على الشيء المؤجر و الأجرة و أنه لا يلزم أن يحرر العقد كتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة حسب ما ينص عليه الفصل 629 من نفس القانون فإن محكمة الاستئناف حينما رفضت ملتمس الطاعن بالاستماع على شهود لإثبات السومة التي يدعيها معتمدة على مقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود في حين أن إثبات عقد الكراء لا يخضع إلا إلى مقتضيات الفصلين 628 و 629 المذكورين سلفا تكون قد طبقت مقتضيات القانونية تطبيقا سينا و لم تجعل لقائها أي أساس مما تعرض للنقض " <sup>٢٢١</sup> و هو نفس التوجه الذي نلمسه في قرار ثان صادر عن نفس القسم تحت عدد 1638 بتاريخ 2005/06/01 في الملف المدني عدد 2004/3/1/1960 ، جاء فيه أن " دعوى نازلة الحال ترمي إلى طرد المطلوب من المدعى فيه للاحتلال بدون سند و الذي ينفيه هذا الأخير و يؤكد على اعتماره عن طريق الكراء و أن مقتضيات الفصل 629 من نفس القانون و التي اعتمدها القرار المطعون فيه تنص على أنه في حالة عدم وجود محرر مكتوب لإثبات العلاقة الكرائية اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة مما يسمح بإثباتها بكافة وسائل الإثبات المقررة فقها و قانونا من بينها شهادة الشهود مما يبقى معه القرار غير خارق للفصل 627 من ق ل ع و بالتالي فالوسيلة على غير أساس " <sup>٢٢٢</sup>

---

شأن نقطة تتعلق بواقع مدعى به و انه باعتبار قدر الوجيبة الكرائية فإن محكمة الاستئناف التي اعتبرت بأنه ليس في الملف ما يفيد أن الطالب أدى واجب الكراء المترتب بذمته من تاريخ 1 يناير 1995 إلى 1997/5/30 قد جاء قرارها على أساس قانوني "

<sup>٢١٩</sup> منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 26 ، ص : 121. وأعيد نشره بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، إعداد : إدريس ملين ، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية ، ج1 ، 1966 – 1982 ، ص 568 و ما بعدها .

<sup>٢٢٠</sup> منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد المزدوج 64-65 ، ص 243 و ما بعدها

<sup>٢٢١</sup> منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد المزدوج 59-60 ، السنة 24 ، يناير – يوليو 2002 ، ص 70 و ما بعدها

<sup>٢٢٢</sup> منشور لدى محمد لفروجي ، مرجع سابق ، ص 152 و ما بعدها .

وقد سبق لنفس المجلس أن استند على نفس الفصل الحامل لرقم 629 من قانون الالتزامات و العقود ، لتأكيد إمكانية إثبات عقد الكراء بشهادة الشهود ، بغض النظر عن القيمة ، في القرار الصادر عنه تحت عدد 1191 بتاريخ 2002/04/03 في الملف عدد 2001/2772<sup>٢٢٣</sup>

### المبحث الثاني : مناقشة موقف المجلس الأعلى من نطاق حجية شهادة الشهود في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

تأملنا التعليل المعتمد من لدن الاتجاه الثاني الموسع لنطاق قبول الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال و المهني، تبين لنا أن القرار عدد 1147<sup>٢٢٤</sup> قد استند على رضائية الفصل 628 من قانون الالتزامات و العقود (أولا) ، و على دلالة معينة استخلصها من المقطع الأول من الفقرة الأولى من الفصل 629 من نفس القانون ، بينما استند القرار عدد 1638<sup>٢٢٥</sup> على المقطع الثاني من نفس الفقرة (ثانياً)

أولاً : أثر رضائية عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني على إثباته

ينص الفصل 628 من قانون الالتزامات و العقود المغربي في صيغته العربية المتداولة على أن الكراء يتم " بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد ". و قد نقل هذا الفصل في صيغته الفرنسية الرسمية<sup>٢٢٦</sup> حرفياً عن الصيغة الفرنسية الرسمية للفصل 728 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية<sup>٢٢٧</sup> ، الذي اقتصر بدوره على تبني صيغة الفصل 845 من المشروع التمهيدي للقانون المدني و التجاري التونسي المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 1899<sup>٢٢٨</sup> ، و الذي أكد سانتيانا بحاشيته على أنه استفاد فيه من مقتضيات الفقه الإسلامي متمثلة في مختصر خليل<sup>٢٢٩</sup> و عقد ابن سلمون<sup>٢٣٠</sup> و الفصول 433<sup>٢٣١</sup> و 436<sup>٢٣٢</sup> و 445<sup>٢٣٣</sup> و 448<sup>٢٣٤</sup> من مجلة الأحكام العدلية العثمانية و الفصل 580 من مرشد الحيران ، مثلما استفاد فيه من الديجست<sup>٢٣٥</sup> و مدونة جوستنيان<sup>٢٣٦</sup>

<sup>٢٢٣</sup> غير منشور

<sup>٢٢٤</sup> انظر الهامش 159 قبله

<sup>٢٢٥</sup> انظر الهامش 160 قبله

<sup>٢٢٦</sup> " Le louage de choses est parfait par le consentement des parties sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses "

" dont elles pourraient convenir dans le contrat. "

<sup>٢٢٧</sup> أما الصيغة العربية الرسمية لهذا الفصل التونسي فقد جاءت مختلفة عن نظيرتها المغربية غير الرسمية ، و ذلك كما يلي :

" يتم الكراء بتراضي المتعاقدين على المأجور والأجرة وغير ذلك مما عسى أن يشترط في العقد. "

<sup>٢٢٨</sup> Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes , Fascicule I : code civil et commercial Tunisien , M.D. Santillana , IMPRIMERIE GENERAL (J.PICARD & Cie ) Avant – projet discuté et adopté au rapport de ,Tunis , 1899 , p 322

<sup>٢٢٩</sup> Khalil , IV , 619

<sup>٢٣٠</sup> Ibn salmoun , I , 273-274

<sup>٢٣١</sup> جاءت صيغة هذه المادة كما يلي : " تتعقد الإجارة بالإيجاب و القبول كالبيع "

<sup>٢٣٢</sup> جاءت صيغة هذه المادة كما يلي : " كما أن الإجارة تتعقد بالمشافهة كذلك تتعقد بالمكاتبة و بإشارة الأخرس المعروفة "

و قد كان هذا الفصل يحمل ضمن المشروع الأولي الذي سبق أن أودع لدى نفس اللجنة سنة 1897<sup>٢٣٧</sup> رقم 723 ، و كان ينص على أن " إجارة الأشياء تتم بمجرد تراضي الطرفين على الشيء و الوجيبية وعلى سبب العقد . و يمكن أن تتم شفويا أو كتابة أو بواسطة الإشارات أيضا " <sup>٢٣٨</sup> ، كما كان الفصل 724 اللاحق له صريحا في أن الإجارة تنعقد أيضا بتصرفات تقوم مقام القبول والإيجاب كما لو امتطى شخص ظهر سفينة بخارية بدون مساومة قبلية " <sup>٢٣٩</sup> .

و قد تم الاستغناء عن مضمون الفصل 724 و الفقرة الأخيرة من الفصل 723 المذكورين عند الصياغة النهائية بالنظر لكونهما مجرد تطبيق لتقرير رضائية عقد الكراء .

لكن إذا كان تكريس الفصل 628 من قانون الالتزامات و العقود المغربي لمبدأ رضائية عقد الكراء واضحا من خلال صيغته ، فإن الاستناد على هذه الرضائية للقول بعدم خضوع هذا العقد لمقتضيات الفصل 443 من نفس القانون المتعلقة بالإثبات يبقى محل نظر ، لما ينطوي عليه من خلط بين وجود العقد و بين إثباته . ذلك أن وصف عقد بالرضائي يعني كفاية التراضي لانعقاده دون توقف على إفراغه في شكل معين<sup>٢٤٠</sup> أو تسليم شيء معين<sup>٢٤١</sup> ، بحيث يعتبر العقد رضائيا حتى لو اشترطت الكتابة لإثباته طالما كان انعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي . و لا يحول عدم توافر هذه الكتابة دون انعقاد العقد ، و إنما يحول فقط دون إثباته بشهادة الشهود و القرائن القضائية ، في الوقت الذي يجوز فيه إثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار و يمين<sup>٢٤٢</sup> .

<sup>٢٣٣</sup> جاءت صيغة هذه المادة كما يلي : " يشترط موافقة الإيجاب و القبول و اتحاد مجلس العقد في الإجارة كما في البيوع "

<sup>٢٣٤</sup> جاءت صيغة هذه المادة كما يلي : " يشترط في صحة الإجارة رضی العاقدین "

<sup>٢٣٥</sup> Digeste , 19.2.1.2 / 19.2.14 pr

<sup>٢٣٦</sup> Code de justinien , 65.24

<sup>٢٣٧</sup> Projet préliminaire de code civil et commercial Tunisien , soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par M.D. Santillana membre de la commission , IMPRIMERIE GENERAL (J.PICARD) ,Tunis , 1897 ,

Le louage de choses est parfait dès que les parties sont d'accord sur la chose , sur le prix et sur la cause du <sup>٢٣٨</sup> "

contrat . il peut être fait verbalement , par écrit , et même par signes " <sup>٢٣٩</sup> "

Le louage se conclut aussi au moyen d'acte tenant lieu d'offre et d'acceptation , comme , par exemple , lorsque " <sup>٢٣٩</sup> "

"quelqu'un monte à bord d'un bateau à vapeur sans qu'il y ait marché préalable

و قد أكد سانتيانا بحاشية هذا الفصل على أنه استفاد فيه من مقتضيات المادة 437 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن الإجارة " تنعقد .. بالتعاطي

أيضا كالركوب في باخرة المسافرين و زوارق الموانئ و دواب الكراء من دون مقابلة فإن كانت الأجرة معلومة أعطيت و إلا فأجرة المثل " <sup>٢٤٠</sup>

<sup>٢٤٠</sup> إذا كان انعقاد العقد متوقفا على إفراغ الرضى في شكل معين ، وصف العقد في هذه الحالة بالشكلي solennel

<sup>٢٤١</sup> إذا كان انعقاد العقد متوقفا على تسليم شيء معين ، وصف في هذه الحالة بالعيني réel

<sup>٢٤٢</sup> انظر بهذا الشأن :

- مصطفى الجمال و رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد : مصادر و أحكام الالتزام - دراسة مقارنة ، منشورات

الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 2006 ، ص 22 و ما بعدها .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة

الثالثة 2000 ، الجزء 1 ، المجلد الأول ، فقرة 47 و ما بعدها ، ص 163 .



---

- جلال علي العدوي: أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام، منشأة المعارف - الإسكندرية ، 1997 ، فقرة 102 وما بعدها، ص52 و ما بعدها

- إدريس العلوي العبدلاوي ، مرجع سابق ، ص 59

) , Leçons de droit civil , Tome II , - MAZEAUD ( Henri , Leon et Jean ) et CHABAS (François Premier volume , Obligations , théorie générale , 9ème édition par François CHABAS , Montchrestien - DELTA 2000 , n° 30 -94 -118 et suiv. ,p 25- 87-105 et suiv. TERRE (François ) , SILMER (Philippe ) et LEQUETTE ( Yves ) : droit civil ,Les obligations , - éditions DALLOZ , 7ème édition , 1999 , n° et suiv. , p et suiv. 42 , 115 et sui, p 44 , - WEILL (Alex) : droit civil, Les obligations, éditions DALLOZ, 1971, n° 122 et suiv.

إن وصف عقد بكونه رضائيا يحول بكل تأكيد دون ربط وجوده القانوني بشكلية الكتابة ، و بالتالي دون اعتبارها عنصرا جوهريا فيه لا يقوم بدونها ، لكنه لا يحول دون اشتراط الكتابة لإثبات هذا الوجود بمقتضى نص خاص ، مثلما لا يحول دون خضوعه للقواعد العامة للإثبات التي تفرض هذه الكتابة متى تجاوزت قيمته حدا معينا .

و عليه فإن نص مشرع قانون الالتزامات و العقود المغربي على كون عقد الكراء رضائيا<sup>٢٤٣</sup> ، لا يمنعه من اشتراط الكتابة لإثباته ، و لا يحول دون خضوع هذا العقد لما صدر عن المشرع المذكور من قواعد للإثبات ، بما فيها القاعدة المقررة بموجب الفصل 443 من نفس القانون ، خلافا لما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى عدد 1147<sup>٢٤٤</sup> المشار إليه

ثانيا : دلالة الفصل 629 من قانون الالتزامات و العقود المغربي :

بعدما أكد مشرع قانون الالتزامات و العقود المغربي في الفصل 628 منه على رضائية عقد الكراء ، جاء الفصل 629 الذي يليه لينص في صيغته العربية المتداولة على أنه " ومع ذلك، يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة، إذا عقدت لأكثر من سنة، فإن لم يوجد محرر مكتوب، اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة.

كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا وفقا لما يقضي به القانون " .

<sup>٢٤٣</sup> رغم أنه ليس في حاجة إلى ذلك ما دامت الرضائية هي الأصل

<sup>٢٤٤</sup> انظر الهامش 159 قبله

و قد نقل هذا الفصل في صيغته الفرنسية الرسمية <sup>٢٤٥</sup> حرفيا عن الصيغة الفرنسية الرسمية للفصل 729 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية <sup>٢٤٦</sup> ، الذي اعتمد صيغة الفصل 846 من المشروع التمهيدي للقانون المدني و التجاري التونسي المناقش و المعتمد من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية سنة 189٧<sup>٢٤٧</sup> ، بعد تخفيض المدة المشار إليها فيه من "deux années سنتين" إلى "une année سنة" ، و بعد استبدال مصطلح "transcrit" "ذي المدلول الإشهادي" بمصطلح "enregistrés" "مسجل" ذي المدلول الجبائي ، رغم أن الأول هو الذي يتلاءم مع ما يقتضيه مدلول الفقرة الثانية التي ورد بها من نفاذ للعقد في مواجهة الغير ، و هو الذي يتلاءم أيضا مع الفصل 1549 من القانون المدني الإسباني لسنة 1889 ، الذي أضافته طبعة قانون الالتزامات و العقود المغربي الصادرة سنة 1914 عن المطبعة الوطنية الفرنسية <sup>٢٤٨</sup> إلى الأصول المشار إليها ، و الذي لا يجعل الكراء نافذا في مواجهة الأجير إلا بتسجيله نظاميا في سجل الملكية <sup>٢٤٩</sup> و قد أكد سانتيلانا على أنه استفاد في صياغة هذا الفصل من مقتضيات الفصل 566 من القانون المدني الألماني <sup>٢٥٠</sup> الذي كان ينص على أن الكراء الواقع على عقار لمدة طويلة كالسنة يتطلب الشكل الكتابي ، و إذا لم يراع هذا الشكل اعتبر العقد في مجمله مبرما لمدة غير محددة <sup>٢٥١</sup>.

<sup>245</sup> " Néanmoins, les baux d'immeubles et de droits immobiliers doivent être constatés par écrit s'ils sont faits pour plus d'une année. A défaut d'acte écrit, le bail est censé fait pour un temps indéterminé. Les baux d'immeubles excédant une année n'ont d'effet au regard des tiers que s'ils sont enregistrés dans les conditions déterminées par la loi. "

<sup>٢٤٦</sup> أما الصيغة العربية الرسمية لهذا الفصل التونسي فقد جاءت مختلفة عن نظيرتها المغربية غير الرسمية ، و ذلك كما يلي :

" كراء الأصول و الحقوق العقارية يكون بالكتابة إن كان لأكثر من عام وإلا اعتبر الكراء لمدة غير معينة. و كراء الأصول لأكثر من عام لا يحتج به على الغير إلا إذا كان مسجلا حسب القانون "

<sup>٢٤٧</sup> Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes , Fascicule I : code civil et commercial Tunisien , M.D. Santillana , IMPRIMERIE GENERAL (J.PICARD & Cie ) Avant – projet discuté et adopté au rapport de ,Tunis , 1899 , p 322

<sup>٢٤٨</sup> انظر الهامش 48 قبله

<sup>٢٤٩</sup> جاءت الصيغة الأصلية لهذا الفصل كما يلي :

" Con relation a terceros , no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en registro de la propiedad "

<sup>٢٥٠</sup> Bürgerliche Gesetzbuch ( BGB )

صدر سنة 1896 ، و نشر بالجريدة الرسمية Reichsgesetzblatt رقم 21 الصادرة بتاريخ 24 غشت 1896 ، لكنه لم يدخل حيز التطبيق إلا سنة 1900

<sup>٢٥١</sup> مضيفا بأن الإنذار مع ذلك مع ذلك مقبولا قبل سنة على إبرام العقد

و قد جاءت صيغته الأصلية كما يلي :

#### § 566

Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig.

و إذا رجعنا إلى القرارات التي اعتمدت على هذا الفصل لتوسيع نطاق قبول الشهادة في إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال و المهني تبين لنا أن القرار عدد عدد 1147<sup>٢٥٢</sup> قد اعتمد مفهوم مخالفة المقطع الأول من الفقرة الأولى<sup>٢٥٣</sup> ، بينما استند القرار عدد 163<sup>٢٥٤</sup> على تحديد المقطع الثاني من نفس الفقرة جزاء عدم كتابة عقد الكراء في اعتباره غير محدد المدة ، الأمر الذي يقتضي التساؤل من جهة أولى عما إذا الدلالة المستخلصة من مفهوم مخالفة المقطع الأول المشار إليه هي فعلا عدم لزوم الكتابة لإثبات عقد الكراء إلا إذا عقد لأكثر من سنة ، و عما إذا كان نص المقطع الثاني من نفس الفقرة على اعتبار الكراء غير المكتوب مجرى لمدة غير معينة يسمح فعلا باستنتاج جواز إثباته بكافة وسائل الإثبات

إن مفهوم المخالفة<sup>٢٥٥</sup> كطريقة لاستخلاص دلالة نص معين سواء لدى القائلين به<sup>٢٥٦</sup> من أصوليي الفقه الإسلامي<sup>٢٥٧</sup> أو منطقة القانون اللاتيني<sup>٢٥٨</sup> يعني منح المسكوت عنه في النص خلاف حكم المنطوق به فيه لانتفاء قيد معتبر في ترتيب هذا الحكم

غير أنه قد تمت مراجعته بتاريخ 2001/06/19 بمناسبة التعديل المتعلق بالكراء الذي شمل الفصول من 535 إلى 580 ، بحيث أصبح يحمل رقم 550 و أصبحت صيغته كما يلي

§ 550

Form des Mietvertrags

Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit. Die Kündigung ist jedoch frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung des Wohnraumszulässig. و يمكن تعريبه كما يلي : إذا لم يبرم الكراء لمدة طويلة كالسنة في شكل مكتوب افترض أنه أبرم لمدة غير محددة . يكون الإنذار مع ذلك مقبولا بمجرد انتهاء سنة على التخلي عن الوحدة السكنية

<sup>٢٥٢</sup> انظر الهامش 159 قبله

<sup>٢٥٣</sup> و إن لم يصرح بذلك

<sup>٢٥٤</sup> انظر الهامش 160 قبله

<sup>٢٥٥</sup> Argument a contrario

<sup>٢٥٦</sup> انظر بشأن الخلاف حوله :

- محمد شليح : تأويل العقود في قانون الالتزامات و العقود المغربي ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق الرباط أكادال ، 1995-1996 ، المجلد الأول ، ص 141 ، ه 8 .

- عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه ، الطبعة العشرون 1406-1986 م ، ص 155 و ما بعدها

<sup>٢٥٧</sup> عرفه أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني ( مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى

1417 ه - 1996 م ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ) بأنه " أن يشعر المنطوق بأن حكم المسكوت عنه مخالف لحكمه "

و انظر بشأن تعريفاته التي لا تخرج عما ورد في التعرف المشار إليه : عبد الله الداودي : أصول المذهب المالكي ( 2 ) ، مجلة الفقه المالكي و الثرات القضائي بالمغرب ، الأعداد 2,3,4 ، السنة الثانية ، شتنبر 1982 ، ص 7 و ما بعدها

<sup>٢٥٨</sup> انظر بهذا الشأن :

- Agostini: L'argument " a contrario " , D 1978 , p 149 et suiv.

- WEILL (Alex) et TERRE (François) : droit civil, Introduction général , DALLOZ , 4 éme édition 1979, n° 40 , p 56 et s

و إذا ما طبقنا هذا المفهوم تطبيقاً آلياً على المقطع الأول من الفقرة الأولى من الفصل 629 المذكور باستقلال عن باقي مقتضيات هذا القانون أمكننا استنتاج عدم لزوم الكتابة لإثبات الكراء الوارد على منقول أو على عقار لمدة غير محددة أو محددة في أقل من سنة . غير أن هذا الاستنتاج يقتضي إبداء ملاحظات أساسية ، مترابطة فيما بينها ، أولها أن " عدم لزوم الكتابة " لا يطابق " جواز الإثبات بكل الوسائل " ، و ثانيها أن مفهوم المخالفة يقوم على أساس لغوي و يقود بالتالي إلى تكريس المعنى اللغوي الحرفي النحوي ، الأمر الذي جعل القائلين به يدعون إلى الحيطة و الحذر عند استعماله ، حتى متى تعلق الأمر بنص صادر بنفس لغة مستعمل هذا الأسلوب في الاستدلال ، فبالأحرى متى تعلق الأمر بنص مترجم عن لغة أخرى ، كما هو شأن الصيغة المتداولة للفصل 629 من قانون الالتزامات و العقود المغربي المعتبرة مجرد تعريب غير رسمي للنص الرسمي الصادر أصلاً باللغة الفرنسية . الأمر الذي يقودنا إلى الملاحظة الثالثة المؤسسة على كون الكتابات التي تناولت هذا الأسلوب الاستدلالي بهاته اللغة تؤكد على أن تطبيق مفهوم المخالفة على نص قانوني يتضمن قاعدة استثنائية يؤدي إلى الرجوع إلى القواعد العامة للقانون .

إن عبارة " غير أن Néanmoins " الواردة في بداية الفصل 629 ، تعتبر علامة لغوية على كونه استثناء من الفصل 628 السابق عليه ، مما يقتضي عند تخلف القيد المنصوص عليهما فيه الرجوع إلى الفصل 628 المذكور ، الذي لا يوجد فيه ما يعارض الفصل 443 من نفس القانون ، و بالتالي ما يحول دون تطبيقهما معاً في نفس الوقت ، كما بينا في النقطة الأولى من هذا المبحث كما أن القاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 401 من قانون الالتزامات و العقود هي أنه " لا يلزم لإثبات الالتزامات، أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلاً معيناً " ، و هو القانون الذي قرر في الفصل 443 من نفس القانون<sup>٢٥٩</sup> قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود و جوب الإثبات بالكتابة متى تعلق الأمر بعقد منشئ للالتزام أو حق تجاوز قيمته 250 درهم .

و ما دام الكراء عقداً منشئاً لحقوق و التزامات ، فإن ما ورد بالفصل 629 من قانون الالتزامات و العقود من وجوب الكتابة عند تحقق قيد أحدهما متعلق بالمحل و هو وقوع العقد على عقار و الثاني بالمدة و هو الاتفاق على تحديد مدة العقد فيما يتجاوز السنة ، يعتبر من جهة أخرى استثناء من قاعدة الفصل 443 المتعلقة بإثبات العقود المنشئة للالتزام و ليس من قاعدة الفصل 401 المتعلقة بإثبات الالتزامات بصفة عامة و التي تم تخصيصها بموجب قاعدة الفصل 443 المذكورة ، الأمر الذي يقتضي عند توافر أحد القيدتين الرجوع إلى هذه القاعدة الأخيرة و ليس إلى حرية الإثبات لأن هذه الحرية لم تكن هي القاعدة التي جاء الفصل 629 استثناءً منها<sup>٢٦٠</sup> .

---

- CARBONNIER ( Jean ) : droit civil , Tome1 , Introduction . Les personnes , P.U.F , 12<sup>ème</sup> édition , 1979 , n° 38 , p178

<sup>٢٥٩</sup> " الاتفاقات و غيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي تتجاوز قيمتها 25000 (فرنك)، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية. "

<sup>٢٦٠</sup> لا سيما و أن الفصل 628 نفسه يخضع لقاعدة الفصل 443

و إذا رجعنا إلى المقطع الثاني من نفس الفقرة الأولى و الذي استند عليه قرار المجلس الأعلى عدد المذكور وجدنا أنه يحدد جزاء عم وجود الكتابة الواجبة بمقتضى المقطع الأول من نفس الفقرة في اعتبار الكراء مبرما لمدة غير محددة . ذلك أن المقطع الأول قد تكفل بفرض الكتابة متى تعلق الأمر بكراء منصب على عقار لمدة تتجاوز السنة ثم تلاه المقطع الثاني محددًا جزاء عدم توافر الكتابة في اعتبار الكراء مبرما لمدة غير محددة ، مما يعني بدون أدنى شك أن الكتابة التي يتحدث عنها هذا المقطع الأخير هي نفسها الواجبة في المقطع الأول ليس فقط لورودها في نفس الفقرة ، و إنما أيضا لارتباطهما بأداة تفيد ذلك هي " فإن "

و من هذا المنطلق فإن هذا المقطع المعتمد لوحدته من لدن المجلس الأعلى في قراره عدد المذكور لا يكون قابلا للتطبيق إلا عند تخلف الكتابة المشترطة في المقطع الأول متى انصب الكراء على عقار لمدة محددة تتجاوز السنة بغض النظر عن قيمة الوجيبة الكرائية ، و ليس عند تخلف أي كتابة أخرى بما فيها الكتابة اللازمة لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 250 درهم و عليه فإن التأمل في مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 629 في مجموعها يفضي إلى التأكيد على أن الكتابة المشترطة في هذا الفصل لا تتعلق بإثبات وجود عقد الكراء ، و إنما بإثبات كونه مبرما لمدة محددة تتجاوز السنة ، بالنظر لما كان لهذا التحديد من أهمية عند صياغة هذا الفصل ، فكان طبيعيا أن يكون جزاء تخلف هذه الكتابة هو اعتبار العقد مبرما لمدة غير محددة ، أما إثبات وجود العقد ذاته فإنه يظل خاضعا للقاعدة العامة في إثبات التصرفات المذكورة و إذا كان من شأن التعديل المرتقب للفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود ، الرفع للقيمة المانعة من الاستماع إلى الشهود من 250 درهم إلى 10.000 درهم<sup>٢٦١</sup> ، أن يخفف بشكل كبير من حدة هذا الإشكال ، فإن هدفنا من إثارة هذه التأملات هو إثارة الانتباه إلى ضرورة توحيد اجتهاد المجلس الأعلى باعتباره الجهة التي تلجأ إليها المحاكم لتستمد منها الحلول التي تواجه بها الغموض أو النقص ، و على اعتبار أن هذا التوحيد ضمانا للثقة و القدرة على التوقع القانوني اللازمين لتشجيع الاستثمار ، دون أن ننسى دوره في تطوير القانون بما يلتم حاجيات المجتمع ، الذي هو بكل تأكيد في حاجة إليه ، ليس فقط كحارس للقانون ، و إنما أيضا كموجه له .

<sup>٢٦١</sup> مشروع القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية كما وافق عليه مجلس النواب بتاريخ 22 يناير 2007



## إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء

ذ محمد الهيني قاض ملحق بوزارة العدل  
(مديرية الشؤون المدنية)

يعتبر من الحقوق الدولية الأساسية للمستهلك الحق في تمثيله حين اتخاذ القرارات المتعلقة به والحق في الدفاع عن مصالحه من خلال جمعيات حماية المستهلك المنشأة بوجه قانوني سليم<sup>٢٦٢</sup>. وتلعب جمعيات حماية المستهلك في فرنسا دورا رياديا وفاعلا في الدفاع عن مصالح جمهور المستهلكين، حيث أصبحت من جماعات الضغط الاجتماعي سواء على المشرع الذي كثيرا ما دفعته إلى تبني سياسة حمائية، كما شكلت أيضا مجموعة ضغط على المهنيين من خلال الأساليب أو الطرق التي سلكتها لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين، وذلك من خلال الدعاية المضادة ضد المشروعات التي تلحق الضرر بالمستهلكين أو من خلال الامتناع عن الشراء أو مقاطعة بعض المنتجات أو الخدمات وأخيرا من خلال الامتناع عن دفع ثمن المنتج أو الخدمة<sup>٢٦٣</sup> وترجع أهمية تمثيل الجمعيات المعترف بها للمستهلكين أمام القضاء للدور الذي تلعبه هذه الأخيرة في حفظ حقوق المستهلكين الذين يفتقدون في الغالب للخبرة والتجربة والذي كثيرا ما يترددون في رفع الدعاوى في مواجهة المهنيين إما اقتناعا منهم بأن الشروط الواردة في العقد هي تنظيمية بمثابة قانون لا يمكن الطعن فيها أو لعدم جدوى اللجوء إلى القضاء إما لتفاهة محل العقد أو لضخامة المصاريف القضائية ومصاريف الدفاع أو لبطء إجراءات التقاضي.

كما تلعب هذه الأخيرة دورا مهما في إعلام المستهلكين بحقوقهم وتربيتهم وتوجيههم في ميدان الاستهلاك عن طريق النشرات التي تصدرها، كما يمكنها أن تشارك في إعداد وتطبيق السياسة الوطنية للاستهلاك، وتأطير الحوار بين أطراف العملية الاستهلاكية وممثلي السلطات العامة، وأيضا إبداء

٢٦٢ - \* المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة فيما يخص حماية المستهلك الصادرة سنة 1985، وقد سعت هذه المبادئ إلى :  
- توفير السلامة المادية للمستهلك - تعزيز وحماية المصالح الاقتصادية للمستهلك - ضمان سلامة وجودة السلع الاستهلاكية والخدمات - تحقيق تسهيل التوزيع للسلع الاستهلاكية والخدمات الأساسية - تشجيع التدابير التي تمكن المستهلك من الحصول على تعويض - وضع برامج التثقيف والإعلام.  
\* تصريح المؤتمر السادس عشر الدولي حول الاستهلاك [المنظمة الدولية لحماية المستهلك]،  
\* الإعلان الأوروبي لحماية المستهلك الصادر سنة 1973.  
\* التوجيهية الأوروبية رقم CE/27/98 الصادرة بتاريخ 19/5/1998  
للاطلاع على هذه النصوص يراجع موقع الاتحاد الأوروبي على الأنترنت: [www.europa.en.int](http://www.europa.en.int)

٢٦٣ - راجع في تفصيل عرض هذه الأساليب: حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة. دار الفكر العربي القاهرة 1997، ص 112 وما بعدها. وللتعمق بشأن مسؤولية جمعيات حماية المستهلك حول هذا الموضوع يراجع:



الاقتراحات والآراء بخصوص مشاريع ومقترحات القوانين وكذا كل التدابير المتعلقة بضمان وتحسين حماية المستهلكين.

ولدراسة نطاق تمثيل جمعيات حماية المستهلك ارتأينا مناقشة الموضوع في إطار التشريع الفرنسي باعتباره الأصل المادي والتاريخي لقانوننا المغربي (المبحث الأول) على أن نخصص (المبحث الثاني) لبحث الوضعية القانونية لتمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء في التشريع المغربي.

### المبحث الأول: تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء في التشريع الفرنسي

إلى حدود سنة 1973 لم يكن لجمعيات حماية المستهلك الصفة للتقاضي أمام القضاء للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، لكون النيابة العامة هي الجهة الوحيدة التي تملك الصفة للدفاع عن المصلحة العامة، فضلا عن صعوبة تحديد فكرة المصلحة الجماعية ومناقضة ذلك للمنظور الفردي للحق، يضاف إليه خوف وريبة وعدم الثقة بها، لما يمكن أن يترتب عنه من نشوء جماعات ضغط قوية ربما تتعسف في استخدام الحق المخول لها

٢٦٤

ونتيجة لمطالبات هذه الجمعيات صدر القانون الفرنسي المعروف باسم قانون Royer بتاريخ 1973/12/27 الذي منح لأول مرة لجمعيات حماية المستهلك المسجلة أو المعتمدة حق ممارسة الدعوى المدنية أمام جميع المحاكم بشأن الوقائع والأعمال المسببة للضرر الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين (الفصل 46).

وقد شكل هذا النص في حينه ثورة مهمة نحو تقدمية قانون الاستهلاك لكون الجمعيات كان ينظر إليها، أنها الأكثر كفاءة وقدرة لفرض احترام حقوق المستهلكين.

<sup>264</sup> – للتعلم حول الموضوع يراجع: علي الحديدي، الصفة في الدفاع عن المصلحة الجماعية والمصلحة الخاصة، مجلة الأمن والقانون الإماراتية، العدد

الأول يناير 2004، السنة 12، ص 29

- C. Aujoy, Droit de la consommation, 3<sup>ème</sup> éd. 1992, D. p390.
- La protection judiciaire des consommateurs, Lamy de droit économique 2003p1814.
- Yves Picod, Héléne Davo, Droit de la consommation, Armand, 2005, p330

لكن محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 85/1/16 أوقفت فرامل هذا التقدم، معتبرة أن مفهوم "الدعوى المدنية" لا يمكن أن يقصد به إلا دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جريمة جنائية

٢٦٥

أما الدعوى المدنية المستقلة عن الخطأ الجرمي فإنها خارجة عن اختصاص الجمعية، وربما يفسر هذا الاتجاه بتخوف من سيل الدعاوى التي يمكن أن ترفعها الجمعيات في هذا النطاق المدني المحض المقصية منه والذي يشكل في الحقيقة الجانب الأكبر من عملها واهتماماتها. وإذا كان الغرض هو ضمان احترام النصوص ذات الطابع الجنائي فإن تواجد النيابة العامة كاف لتحقيق نفس المصلحة، خاصة وأن الضرر المدني المستقل عن الجريمة الممنوع على الجمعيات الادعاء بشأنه هو الجانب الأكبر من الأضرار الاقتصادية التي يتعرض لها المستهلكون والتي تفوق خطورة وأثرا وحجما أي ضرر آخر.

وقد بادر المشرع إلى إلغاء الفصل 46 من القانون المذكور بموجب المادة 9 من قانون 5 يناير 1988 المتعلق بالدعاوى القضائية لجمعيات حماية المستهلكين، وأحدث أربع أصناف من الدعاوى وهي:

### 1- الدعوى المدنية:

لضمان فعالية دور الجمعيات في حماية المستهلكين والدفاع عن حقوقهم مع ما يترتب عن ذلك من ضرورة توفرها على الخبرة والكفاءة والتجربة، لم يمنح المشرع الفرنسي لأي جمعية كانت الصفة التمثيلية لأنه قد يترتب عن ذلك أضرار عكسية.

ويدخل ضمن الشروط الواجب توافرها في الجمعيات التي يجوز لها الادعاء أمام القضاء:

1- عدم ممارستها لأي نشاط مهني أو تجاري، لأن من شأن ذلك أن يؤثر على استقلاليتها، باعتبار أن مهمتها هي الدفاع عن المستهلك.

2- أن تثبت أن لها سنة من الوجود القانوني.

3- أن تثبت أنها أنجزت خلال هذه السنة أنشطة فعلية وعمومية في مجال الدفاع عن حقوق المستهلك.

- 265 .C. Auloy, Droit de la consommation, 3<sup>ème</sup> éd. 1992, D. p391.

- C. Auloy, F. Steinmetz, Droit de la consommation, 7<sup>ème</sup> éd. 2006, D. p641

- Philippe Brun et Hélène Claret, Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs, Edition du juris-classeur 1998p5.

4- أن تتوفر على الأقل على 10.000 منخرط فيما يتعلق بالجمعيات الوطنية.

ويمنح الترخيص لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد من طرف الوزير بالنسبة للجمعيات الوطنية ومن طرف العمدة بالنسبة للجمعيات المحلية بعد أخذ رأي الوكيل العام للجمهورية.

ولقد وسع قانون الاستهلاك الفرنسي من النطاق الحقوقي لعمل جمعيات حماية المستهلكين، إذ خولها حق ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والأعمال الضارة أو الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين في حالة وقوع جريمة جنائية ( 1/422 ) سواء أمام القضاء الجنائي أو أمام القضاء المدني.

والمقصود بالمصلحة الجماعية للمستهلكين الضرر الذي يمس مجموعة من المستهلكين ناتج عن أفعال متسعة النطاق وبالغة الانتشار، فهو ليس بضرر يمس المصلحة العامة ولا بضرر يمس المصلحة الفردية

٢٦٦

فمن خلال طبيعة الضرر ومداه وأشخاصه يمكن استقصاء مفهوم المصلحة الجماعية ولا يشترط أن يكون المضرور عضوا في الجمعية، ولكن يشترط أن يكون الضرر قد مس بالمصلحة الجماعية للمستهلكين الفرنسيين<sup>٢٦٧</sup>، كما لو كانت المواد المعروضة للبيع متجهة للتصدير.

كما لها أن ترفع الدعوى بطلب أصلي أو عارض للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية لا الفردية للمستهلكين أو المطالبة بإيقاف الأعمال غير المشروعة بالنسبة للمستقبل كسحب منتج لعدم المطابقة أو إيقاف الإشهار الكاذب تحت طائلة غرامة تهديدية وأيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف.

والنشر هنا يكتسي ميزتين أولهما زجر المخالف وثانيهما إعلام المستهلك وتوجيهه بحقوقه.

ويهدف المشرع إلى ضمان الفعالية بالنسبة لدور هذه الجمعيات بتمكينها من المطالبة بتطبيق جميع الجزاءات المدنية والجزرية على قدم المساواة باعتبارها طرفا في الدعوى.

والملاحظ أن المشرع ظل وفيما لنهج محكمة النقض بحصر الدعوى المدنية في الضرر الناتج عن جريمة.

<sup>266</sup> La protection judiciaire des consommateurs, Lamy de droit économique 2003p1814.

<sup>267</sup>T.Corr.Poitiers,5Mars1981, , Lamy de droit économique 2003p1817.

## 2- دعوى إيقاف أو منع الأعمال غير المشروعة

أجاز المشرع دعوى إلغاء الشروط التعسفية المرفوضة سابقا من طرف محكمة النقض، ذلك أنه وباستقلال عن الدعوى الجنائية أي في حالة عدم وقوع جريمة أجاز الفصل 6 من قانون 1988/1/5 الفرنسي لجمعيات حماية المستهلك المعتمدة أن تطلب من القضاء المدني<sup>٢٦٨</sup> استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية<sup>٢٦٩</sup> من نماذج الاتفاقات المعتادة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين<sup>٢٧٠</sup> ( الفصل 6/421 ) من مدونة الاستهلاك الفرنسي.

وقد حاول الأمر الصادر بتاريخ 2001/08/23 أن يوسع مضمون ومدلول الفصل (6-421) من نفس القانون، انسجاما مع ما تقضي به الاتفاقية الأوروبية رقم 98/27 الصادرة بتاريخ 1998/5/19، وهكذا أصبح بإمكان جمعيات حماية المستهلك أن تطلب من القضاء المدني إيقاف أو منع الأعمال غير المشروعة للمقتضيات الدامجة للاتفاقية في القانون الفرنسي<sup>٢٧١</sup>، كما يمكن لقاضي الموضوع إلغاء الشروط الغير المشروعة أو التعسفية<sup>٢٧٢</sup> تحت طائلة غرامة من العقود أو نماذج الاتفاقات المعتادة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين.

ويمكن للجمعيات مطالبة قاضي المستعجلات أيضا بإيقاف أي تصرف ثبت جليا أنه غير

٢٧٣

مشروع ناتج عن خطأ جرمي

ومن المهم الإشارة إلى أن هذه الدعوى في صيغتها الأولى رغم أهميتها باعتبارها دعوى وقائية عامة<sup>٢٧٤</sup> لا يتطلب لتحريكها تقديم شكايات من المستهلكين<sup>٢٧٥</sup> فإنها لم تعطي الثمار المنتظرة منها

<sup>٢٦٨</sup> - وليس أمام القضاء التجاري أو الإداري.

<sup>٢٦٩</sup> - وقد تجاوز المشرع فكرة إبطال العقد إلى تقرير إلغاءه لحماية جمهور المستهلكين.

<sup>٢٧٠</sup> - وتستنق من ذلك نماذج الاتفاقات غير المعروضة على المستهلكين (التي لم تطرح بعد) أو المعروضة فقط على المهنيين حسب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية.

- V. Yves Picod, Héléne Davo, Droit de la consommation, Armand, 2005, p335

<sup>٢٧١</sup> - وتعلق هذه الاتفاقيات بالمواضيع التالية (الإشهار المضلل 1984) - (العقود المتفاوض بشأنها خارج المؤسسات التجارية 1985) - (قروض الاستهلاك 1987) - (أنشطة الاتصال السمعي البصري 1989) - (عقود الأسفار والرحلات 1990) - (الإشهار المتعلق بالأدوية 1992) - (الشروط التعسفية 1993) - (حق الاستعمال المؤقت للعقارات 1994) - (التعاقد عن بعد 1997) - (بيع و ضمان أموال للمستهلك 1999) - (التجارة الإلكترونية 2000) - (التجارة عن بعد للخدمات المالية 2002) - (التصرفات التجارية غير المشروعة 2005).

<sup>272</sup> «Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou du consommateur, sont abusives les clauses qui ont objet ou effet de créer au détriment du non professionnel consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat».

v- J. Ghestin et Z. Marchessaux, L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après adoption de la loi du 1er février 1995, JCP 1995, 1.3854. n°13 <sup>٢٧٢</sup>

<sup>٢٧٣</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ, Bull, civ. 1, N320.

<sup>٢٧٤</sup> -TGI, Albertville ; 17/1/1997 ; JCP, G 1997, IV2501, JCP E1997, panip1390, Juris-Data ; 1997-044727.

<sup>٢٧٥</sup> -C.A Paris 2 Octobre 1998 ; D.Affaires 1998 p1851.

لكون نسبية حجية الأمر المقضي به تمنع من إنتاج الأحكام الصادرة مفعولها على غير المهنيين

٢٧٦

أطراف الدعوى مما قد يشل عملها ويضعف قيمتها عمليا

وقد سن القانون الأوروبي الصادر بتاريخ 00/12/22 مسطرة للتنفيذ منسجمة نسبيا مع الحاجة الضرورية لسرعة هذه الدعوى ليكون الحكم الصادر في نطاقها قابلا للتنفيذ بقوة القانون في كل البلاد الأخرى لدول المجموعة وهو ما يفسر تبنيه لدعوى إيقاف أو منع الأعمال غير المشروعة العابرة للحدود (transfrontière) متى كان مصدر هذه الأعمال في دولة والضحايا في دولة أخرى.

ولتفعيل دور هذه الجمعيات في نطاق هذه الدعوى يلزم إحداث قائمة واضحة بالشروط المعتبرة تعسفية "لائحة سوداء" وليس فقط الممكن اعتبارها تعسفية مع إلزام المستهلك بإثبات ذلك<sup>٢٧٧</sup>

### 3 - التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك:

يحق لجمعيات حماية المستهلك الانضمام للدعوى الفردية للمستهلك لحمايته من الشروط التعسفية والوقوف إلى جانبه لشرح موقفه أمام القضاء المدني، حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية تعويض الضرر الحاصل لواحد أو أكثر من مستهلك حسب أعمال لا تكتسي صبغة إجرامية طبقا للفصل 5 من قانون 5 يناير 1980.

وتملك الجمعيات المطالبة بحق نفسها مستقلة عن المستهلك صاحب الدعوى الأصلية وذلك بطلب تعويض الضرر وبإيقاف الأعمال غير المشروعة وإلغاء الشروط التعسفية، تحت طائلة غرامة تهديدية وأيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف.

لكن لا يجوز للجمعية التدخل حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية إبطال أو فسخ العقد أو حينما يكون المستهلك في مركز المدعى عليه في الدعوى.

<sup>٢٧٦</sup> - Raymond Martin, Notes sur l'action associatives en suppression des clauses abusives dans les contrats, Editions Techniques, Contats - concurrence - Consommation, Aout-Septembre 1994 p1.  
- C. Auloy, Droit de la consommation, 3<sup>ème</sup> éd. 1992, D. p395.  
- Yves Picod, Héléne Davo, Droit de la consommation, Armand, 2005, p336

<sup>٢٧٧</sup> \_ لم يكتف المشرع الفرنسي بالمعيار العام أي معيار عدم التوازن البين بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك في تحديد الشرط التعسفي [الفصل 1.131 من مدونة الاستهلاك] وإنما أضاف إلى ذلك لائحة من الشروط التعسفية أحقتها بمدونة الاستهلاك خاصة بالفصل 1.132 وذلك انسجاما مع التوجيه الأوروبية الصادرة بتاريخ 1993/4/5 المتعلقة بالشروط التعسفية.

فالشروط الواردة باللائحة هي شروط بيانية إرشادية غير حصرية لا يفترض فيها أنها تعسفية، فالمستهلك لا يعفى من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشرط. وهذا يعني أنه ليس لهذه القائمة قيمة قانونية، وما هي إلا وسيلة للكشف عن شروط ينور الشك بشأن طابعها التعسفي، وتم وضعها أمام كل من المستهلك والقاضي لكي يسترشد بها دون التزام منه باتباعها بالتعمق حول الموضوع راجع، محمد الهيني، الحماية القانونية للظرف الضعيف في عقد التأمين البري، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2007 ص104.

فالضرر اللاحق بمستهلك واحد أو بمجموعة من المستهلكين هو الذي يعطي الجمعية الصفة للتقاضي باسم مجموع المستهلكين.

والملاحظ أن موقف المشرع هذا يعد تحكيميا وبدعة لأنه كيف يمكن قبول التدخل الأصلي وبالمقابل منع ممارسة الدعوى الأصلية نفس موضوع التدخل ؟

#### 4- دعوى التمثيل المقترنة :

ولحماية طبقة المستهلكين أيضا منح المشرع بموجب قانون 1992/1/18 لجمعيات حماية المستهلك الدفاع عن المستهلكين من خلال دعوى التمثيل المقترنة *Action en représentation conjointe* عندما يتعرض عدد من المستهلكين ، أشخاص ذاتيين ومعروفين لأضرار شخصية وفردية ناتجة عن فعل نفس المهني وذو مصدر واحد ، أن تطالب قضائيا باسم هؤلاء المستهلكين بإصلاح الضرر إذا كانت موكلة كتابيا من طرف شخصين على الأقل لهذا الغرض [الفصل 1-L422 من مدونة الاستهلاك].

فالهدف من هذه الدعوى هو تجميع الدعاوى المماثلة من حيث الهدف والتي يرفعها عدد من المستهلكين في إطار دعوى واحدة للدفاع عن المصالح الفردية المتماثلة والمشاركة وليس المصالح الجماعية.

وقبول مثل هذه الدعوى يفترض وجود عدة مستهلكين في مركز قانوني متماثل أي لحق كل منهم ضرر تسبب عن فعل واحد (أي أن لهؤلاء المستهلكين مصلحة مشتركة) كأن يشتري عدد من الأشخاص جهازا من الأجهزة الإلكترونية ثم يكتشفوا أن عيبا في الصناعة يوجد بكل الأجهزة ، أو تنظم شركة سياحية رحلة لمجموعة من الأشخاص لم تنفذ طبقا للشروط المتفق عليها والتي وعد بها منظم الرحلة. وإذا توفرت الشروط السابقة كان للجمعية رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستهلكين الذي تمثلهم<sup>٢٧٨</sup>، وإذا صدر حكم لصالحها فسيستفيد بمبلغ التعويض المستهلكين الذين قامت الجمعية بتمثيلهم ، أما إذا خسرت وصدر ضدها حكم فإن المستهلكين لن يحصلوا على شيء فضلا عن فقدهم حق مباشرة الدعوى الفردية.

والملاحظ أن هذه الدعوى غير ذي فعالية لأنه يمكن للجمعية أن تؤيد وترشد المستهلك أثناء مباشرة الدعوى الفردية ، فضلا عن أن هذه الدعوى تعرض الجمعية لمخاطر تحمل المسؤولية في مواجهة المستهلكين الذين مثلتهم ، وأيضا في مواجهة المهنيين الذين رفعت عليهم الدعوى إذا خسرت القضية<sup>٢٧٩</sup>.

<sup>٢٧٨</sup> -ولا تملك الجمعية في نطاق هذه الدعوى المطالبة بالغاء الشروط التعسفية ، انظر:

-TI pantin, 18/4/1998, D2000, Somm p51, Obs, Pizzio.

ويعتقد البعض أن حل مشكلة الأضرار التي تلحق بالمستهلكين لا يكون إلا بمنح الجمعيات الصفة للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين عن طريق الدعوى الجماعية (Action de groupe) المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا "Class-Action"، حيث يمكنها مباشرة الدعوى إذا أصيب عدة مستهلكين بأضرار من مصدر واحد بدون الحاجة إلى وجود توكيل ولا إخطار سابق، و إذا صدر حكم لصالح الجمعية فيمكن لأي منهم تقديم طلب الاستفادة منه أما الآخرون فيظلون أحرارا في مباشرة الدعوى الفردية .

وقد عبر الرئيس الفرنسي جاك شيراك في خطابه بمناسبة سنة 2005، عن رغبته في إقرار الحكومة هذه الدعوى لضمان احترام حقوق المستهلكين وتم الإعلان عن إعداد مشروع لم يتم المصادقة عليه بعد<sup>280</sup>.

وتدعيما للدور الوقائي الذي تقوم به هذه الجمعيات في إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود سعت إلى عقد اتفاقات جماعية للاستهلاك مع ممثلي المهنيين عبر تقنية التفاوض والتشاور بينهم للوصول إلى حل مرضي للطرفين يضمن التوازن العقدي لمصالحهما ويجنبهما اللجوء إلى القضاء أو اللجن الإدارية.

ويقترح البعض إحداث علامة للجودة تمنح للاتفاقات الجماعية للاستهلاك لتطوير هذا النظام وتفعيله<sup>281</sup> لتحفيز ممثلي المهنيين والمستهلكين على المفاوضة الجماعية لتحسين صورة المؤسسات أو المقاولات أمام المستهلكين وأمام الرأي العام ولتنشيط نظام المنافس

### المبحث الثاني: تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء في التشريع المغربي

- 
- <sup>279</sup>.C. Auloy, Droit de la consommation, 3<sup>ème</sup> éd. 1992, D. p.4 et suiv.
  - Philippe Brun et Hélène Claret ,Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs , Edition du juris-classeur 1998p1.
  - Gilles Paisant,Moyens d'action des consommateurs ,et riposte des professionnels,Edition du juris-classeur 1998p1.
  - La protection judiciaire des consommateurs, Lamy de droit économique 2003p1811.
  - <sup>280</sup> C. Auloy,F.Steinmetz, Droit de la consommation, 7<sup>ème</sup> éd. 2006, D. p651
  - 20- Jean Calais Auloy, Faut-il améliorer le système français de la lutte contre les clauses abusives ? *Publié au site Internet de la DGCCRF*
  - وقد اعتبر السيد الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية أن "دعوى المجموعة" لا تتلائم مع النظام القانوني والقضائي الفرنسي، من عدة نواح من خلال مسها بمبدأ حريق التقاضي أو عدم التقاضي، المس بحرية اختيار الممثل أو الوكيل، كون المتقاضي لا يعرف جميع خصومه، عدم مسؤولية المتقاضين، عدم وحدة الأضرار، إشكالية مصاريف الدعوى، إشكالية التعويض، المس بقوة الشيء المقضي به.
  - *Discours prononcé par le président de la cour de cassation AU colloque organisé LE 10 Novembre 2005 par L'association UFC-Que choisir sur le thème "Pour de véritables actions de groupe:Un accès efficace et démocratique a la justice"publié au site internet .www.courdecassation.fr*

لقد اعتبر بعض الفقه عن حق أن العلاج الناجع لعقود الإذعان هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا: الأول وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان<sup>282</sup>.

وبحسب مشروع القانون المتعلق بحماية المستهلك رقم 27.00 فإنه "تعتبر بمثابة جمعية لحماية المستهلك كل جمعية يكون هدفها ضمان القيام بالإخبار والدفاع عن مصالح المستهلكين والمساهمة في احترام مقتضيات هذا القانون" (م 147).

ولا تعتبر جمعيات للمستهلكين في مفهوم هذا القانون الجمعيات التي تقوم بأنشطة أخرى غير الدفاع عن مصالح المستهلكين، أو التي يكون لها غرض ذو طابع سياسي كيفما كان الشكل الذي تتخذه (م 148) فجمعية حماية المستهلك يجب أن يكون لها استقلال عن كل نشاط مهني أو سياسي أو نقابي ويكون هدفها ضمان أو تسهيل حماية المنخرطين والدفاع عنهم ودعم إخبار المستهلك وتربيته وتوجيهه وتمثيله وكذا احترام حقوقه.

وتعتبر مشاركة المجتمع المدني في دعم حماية المستهلك علامة أساسية على حيوية النسيج الاجتماعي والاقتصادي للدولة، لأنه أحد السمات الأساسية لبروز وعي حقوقي بأهمية الظاهرة الاستهلاكية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية، وعامل من عوامل نجاح أي سياسة تشريعية تعنى بشؤون المستهلك وبحقوقه.

وتظهر حيوية النسيج الجمعي بالمغرب في مجال الاستهلاك من خلال بروز عدة جمعيات محلية ووطنية ينحصر مجالها في الدفاع عن مصالح المستهلك<sup>283</sup>، سواء تعلق الأمر بالحق في الصحة والسلامة أو بالحق في حماية المصالح الاقتصادية.

وقد خول قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لجمعيات المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة، أن تنتصب طرفا مدنيا أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة (م 99).

وقبل دراسة نطاق تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء في التشريع المغربي ارتأينا التعرض لشرط المنفعة العامة كشرط وحيد وضعه المشرع لاكتسابها هذه الصفة.

<sup>282</sup> - عبر الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 231 وما بعدها، فقرة 117.

<sup>283</sup> - Bendraoui (A), la protection de consommateur au Maroc. Remald, n°36, p.241 et suiv.

Voir aussi son article :Les associations des consommateurs au maroc :un nouveau segment de la société civile ,Revue marocaine de droit et d'économie du développement N49-2004 .P325.



وشرط المنفعة العامة يتعلق فقط بالدعاوى الجماعية التي تستهدف حماية جمهور المستهلكين، أما الدعاوى الشخصية التي ترفعها الجمعيات للمطالبة بحقوقها الخاصة، أو الدفاع عن مصالحها اللصيقة بها أمام القضاء كأى طرف عادي فلا يتطلب بشأنها وجود مثل هذا الشرط.

### المطلب الأول : شرط المنفعة العامة

نصت المادة 9 من ظهير 58/11/15 بتنظيم حق تأسيس الجمعيات كما تم تنميته وتعديله فيما بعد، خاصة بموجب القانون الجديد رقم 75.00، على أن كل جمعية باستثناء الأحزاب السياسية والجمعيات ذات الصبغة السياسية يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم بعد أن تقدم طلبا في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثا في شأن غايتها ووسائل عملها. يجب أن يتم الرد عليه بالإيجاب أو الرفض معللا في مدة لا تتعدى ستة أشهر تبتدى من تاريخ وضعه لدى السلطة الإدارية المحلية. وتحدد الشروط اللازمة لقبول طلب الحصول على المنفعة العامة بنص تنظيمي.

ويجب على كل جمعية تطلب أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة حسب المرسوم الصادر

بتاريخ 10 يناير 2005<sup>٢٨٤</sup> :

1- أن تكون مؤسسة طبقا لأحكام الظهير الشريف الصادر بتاريخ (15 نوفمبر 1958) وأن تكون مسيرة وفقا لنظامها الأساسي،

2- أن تتوفر على القدرات المالية التي تمكنها على وجه الخصوص من انجاز المهام المحددة في نظامها الأساسي والتي تكتسي طابع المصلحة العامة،

3- أن يكون لها نظام أساسي ونظام داخلي يضمن لكل أعضائها المشاركة الفعلية في تدبير الجمعية وإدارتها وممارسة المراقبة بصفة دورية. ويحدد بشكل صريح دور أعضاء أجهزتها التداولية ومهامهم، وكذا تواريخ عقد جمعها العام وجدول أعماله،

4- أن يكون لها هدف له طابع المصلحة العامة على الصعيد المحلي أو الجهوي أو الوطني،

5- أن تمسك محاسبة تسمح بإعداد قوائم تركيبية تعكس صورة صادقة عن ذمتها ووضعيتها المالية ونتائجها وفقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل،

6- أن تحترم الالتزام بتقديم المعلومات المطلوبة والخضوع للمراقبة الإدارية المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

<sup>٢٨٤</sup> -مرسوم رقم 04-969-2 منشور بالجريدة الرسمية رقم 5339 الصادرة يوم الاثنين 1 غشت 2005.

## الفقرة الأولى: مسطرة الإيداع والبحث بشأن منح صفة المنفعة العامة

### أولاً: إيداع الطلب:

يجب أن يودع رئيس الجمعية أو الشخص المؤهل لهذا الغرض مقابل وصل طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة لدى العامل الذي يوجد في دائرة نفوذه مقر الجمعية، مرفقا بالوثائق والمستندات التالية:

-نسخة من الوصل النهائي لإيداع ملف تأسيس الجمعية ،

-نسختين من النظام الأساسي والنظام الداخلي للجمعية يكونان محينين، وعند الاقتضاء ،بيان أماكن مقراتها ،

-نسختين من قائمة الأعضاء المسؤولين عن إدارة الجمعية مع الإشارة إلى جنسيتهم ومهنتهم ومحل إقامتهم ونسخة من وصل آخر تجديد لمكتب الجمعية،

-تقرير عن أنشطة الجمعية يبين إنجازاتها منذ إحداثها ، وعند الاقتضاء برنامج عملها التقديري للسنوات الثلاثة القادمة،

-القوائم التركيبية لذمة الجمعية ووضعيتها المالية ونتائجها وكذا قيمة الممتلكات المنقولة وغير المنقولة التي تمتلكها الجمعية والتي تعتزم امتلاكها مستقبلا،

-نسخة من محضر مداوالات الجهاز المختص في الجمعية الذي يأذن بتقديم طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة لفائدة الجمعية المعنية ،مصحوبة بقائمة الأعضاء الحاضرين.

يجب أن تكون الوثائق والمستندات المشار إليها أعلاه مشهودة على مطابقتها للأصل.

### ثانياً: مسطرة البحث:

يجري العامل بحثا مسبقا حول أهداف الجمعية المعنية ووسائل عملها داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة.

يوجه العامل طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة إلى الأمين العام للحكومة مرفقا بالمستندات والوثائق ،ومصحوبا بنتائج البحث وبتقييمه حول صبغة المصلحة العامة للجمعية.

### الفقرة الثانية: مسطرة البث في الطلب وصدور المقرر

## أولاً: مسطرة البث في الطلب

يحيل الأمين العام للحكومة ملف الطلب إلى الوزير المكلف بالمالية وكذا السلطات الحكومية المعنية بأنشطة الجمعية قصد إبداء الرأي بعد الاطلاع على نتائج البحث المسبق وتأكده من أن الجمعية تستوفي جميع الشروط المنصوص عليها للحصول على الاعتراف بصفة المنفعة العامة وأن وثائق الإثبات المطلوبة مرفقة بالطلب، تعرض نتائج دراسة الطلب على نظر الوزير الأول.

## ثانياً: صدور مقرر الاعتراف بصفة المنفعة العامة

يمنح الاعتراف بصفة المنفعة العامة بمرسوم يحدد القيمة القصوى للممتلكات التي يمكن للجمعية أن تملكها يبلغ المرسوم إلى الجمعية وينشر بالجريدة الرسمية.

ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار الوسائل المالية والبشرية التي تتوفر عليها الجمعية أو التي تعتمزم توفيرها من أجل القيام بكيفية دائمة وناجعة بالمهام التي تبرر الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة. وفي هذا الإطار يتعين تجنب منح هذه الصفة للجمعيات التي يبدو واضحاً أن وسائلها المالية والبشرية ضعيفة ولن تمكنها من الاضطلاع بمهامها.

فضلاً عن ذلك، فإنه ليس من الضروري أن تكون الجمعية قد قامت منذ مدة طويلة من أجل أن تستفيد من صفة المنفعة العامة، بل يمكنها أن تطلب الاستفادة من هذه الصفة في أي وقت. وفي هذه الحالة يتعين على مؤسسيها أو مقدمي طلب الاستفادة من المنفعة العامة أن يبينوا للإدارة الوسائل المالية التي يلتزمون بتوفيرها من أجل تحقيق أهداف الجمعية.

وغير خاف، أن الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة ستخضع بهذا الخصوص لمراقبة منتظمة تمكن من معرفة مدى ودرجة التزامها بتوفيرها الوسائل المذكورة، وإذا تبين أن هذا الالتزام ليس كافياً، فإنه يمكن للإدارة القيام في هذه الحالة بسحب هذا الاعتراف

وتبقى صفة المنفعة العامة ثابتة للجمعية متى ظلت محترمة لالتزاماتها القانونية بحيث لا يقيد منح هذه الصفة بمدة معينة، ولا بتوافق عدد معين من المنخرطين على عكس القانون الفرنسي.

وتحول صفة المنفعة العامة للجمعية أن تطلب إذنا لتقوم تلقائياً بالتماس الإحسان العمومي مرة واحدة في السنة.

إن الاعتراف بصفة المنفعة العامة يظل امتيازاً تمنحه الحكومة للجمعيات التي تسعى إلى تحقيق حاجة تكتسي صبغة المصلحة العامة بصفة مؤكدة سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد

المحلي، وذلك راجع لكون الاعتراف بصفة المنفعة العامة يعتبر تركية من قبل الدولة لهذه الجمعيات  
إزاء الجهات الداعمة لها سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وله آثار مادية لا  
يستهان بها على الجمعية والجهات الداعمة لها.

وفي نفس السياق يجب التذكير إن الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة هي وحدها  
التي يمكنها تلقي الهبات والوصايا طبقا للشروط والحدود المنصوص عليها في الفصلين العاشر  
والحادي عشر من الظهير الشريف الصادر في 15 نوفمبر 1858 المشار إليه. <sup>٢٨٦</sup>

كما يمكنها أن تمتلك ضمن الحدود المبينة في مرسوم الاعتراف بصفة المنفعة العامة الأموال  
والمنقولات أو العقارات اللازمة لهدفها وللمشروع الذي ترمي إلى بلوغه (الفصل 10 من ظهير  
58/12/15).

ويمكن لها أيضا ضمن الشروط المقررة في قوانينها الأساسية وبعد الإذن الذي يصدره الوزير  
الأول بموجب قرار، أن تقتني بدون عوض موجب عقود بين الأحياء أو بوصية وبغرض أموالا سواء  
كانت نقودا أو قيما أو منقولات أو عقارات.

و لا يجوز لأي جمعية ذات منفعة عامة أن تقبل هبة منقول أو عقار إذا كانت تلك الهبة يحتفظ  
فيها للواهب بمنفعته (الفصل 11 من نفس القانون).

وإذا ما عاين العامل عدم تقيد الجمعية المعترف لها بصفة المنفعة العامة بالترامات القانونية أو  
الالتزامات الواردة في قانونها الأساسي، يوجه إليها اعدارا لتسوية وضعيتها داخل أجل أقصاه ثلاثة  
أشهر. وإذا لم تستجب الجمعية للاعدار المذكور، يرفع العامل الأمر إلى الأمين العام للحكومة الذي  
يعرض الأمر على الوزير الأول قصد اتخاذ قرار بشأنها.

يقرر سحب الاعتراف بصفة المنفعة العامة بمرسوم معلن .

يبلغ السحب المذكور إلى الجمعية المعنية وينشر بالجريدة الرسمية.

<sup>٢٨٦</sup> - منشور الأمانة العامة للحكومة رقم 2005/1 الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2005 المتعلق بشروط ومسطرة الاعتراف بصفة المنفعة العامة لفائدة الجمعيات. وأضاف المنشور "أنه بالإضافة إلى ما تحققه الجمعيات من فائدة معنوية، فإن اعتراف الحكومة لها بصفة المنفعة العامة، يمكن الأشخاص الذين يتبرعون لفائدتها هبات من الاستفادة من خصم مبالغ هذه الهبات من الناتج الصافي الذي يحققونه أو من مدخولهم الإجمالي الخاضع للضريبة إما برسم الضريبة على الشركات أو الضريبة العامة على الدخل حسب كل حالة، كما يمكن الجمعيات من الاستفادة أيضا من الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة بالنسبة إلى كل الخدمات التي تقدمها، والسلع والبضائع والأشغال والخدمات المقدمة لها على سبيل الهبة في إطار التعاون الدولي وكذا بالنسبة للسلع والبضائع والأشغال والخدمات المخصصة لمنحها على سبيل الهبة من قبل أشخاص ذاتيين أو اعتباريين مغاربة أو أجانب للجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة، والتي تهتم بالأوضاع الاجتماعية والصحية للأشخاص المعاقين أو الأشخاص في وضعية صعبة".

ومن المهم الإشارة إلى أنه يحق للجمعيات قانونا الطعن في المرسوم التنظيمي القاضي برفض منح صفة المنفعة العامة أو سحبها للشطط في استعمال السلطة أمام القضاء الإداري

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1966/11/04 "إن المراسيم التي تصدر عن السلطة التنظيمية هي بمثابة قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء"<sup>٢٨٧</sup>

ولاشك أن ممارسة دعوى الإلغاء من طرف الجمعيات سيدعم الشفافية والمساواة في منح صفة المنفعة العامة بإزالة كل شطط وتعسف من قبل السلطة التنظيمية، وهو ما جعل المشرع يفرض عليها تعليل قراراتها في هذا الجانب حتى يسهل مراقبتها من لدن القضاء وحتى يضمن أيضا دعم وتقوية دور هذه الجمعيات من خلال الاعتراف القانوني لها بتمثيل المستهلكين والدفاع عن مصالحهم الجماعية.

### المطلب الثاني: نطاق تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء في التشريع المغربي

يكتسي موضوع تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء راهنية أكبر بحكم حداثة واتساع وأهمية التنظيم التشريعي الذي اهتم بهذا الجانب، والذي لم يعترف إلا أخيرا بمقتضى قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة المنفذ بمقتضى (ظهير 5 يونيو 2000)<sup>٢٨٨</sup> وما تلت من تشريعات لاحقة، بالدور الذي تلعبه هذه الجمعيات في الدفاع عن حقوق المستهلكين أمام القضاء من خلال منحها صفة التقاضي، وهكذا سنتناول نطاق وحدود هذا التمثيل من خلال قانون حرية الأسعار والمنافسة (الفقرة الأولى) ثم قانون المسطرة الجنائية الجديد (الفقرة الثانية) وأخيرا قانون حماية الملكية الصناعية (الفقرة الثالثة).

### الفقرة الأولى: على مستوى قانون حرية الأسعار والمنافسة

نصت المادة 99 من قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على أنه "الجمعيات المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة، أن تنتصب طرفا مدنيا أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة". ويشكل هذا النص ثورة على النظام القانوني من عدة نواحي :

<sup>٢٨٧</sup> انظر عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ/99 ص38.

<sup>٢٨٨</sup> - نظم المشرع المغربي قواعد المنافسة التجارية بالقانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ويهدف هذا القانون كما تنص على ذلك ديباجته إلى تحديد الأحكام المطبقة على حرية الأسعار وإلى تنظيم المنافسة الحرة، وتحدد فيه قواعد حماية المنافسة قصد تنشيط الفاعلية الاقتصادية وتحسين رفاهية المستهلكين، ويهدف كذلك إلى ضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

فقواعد المنافسة تستهدف إما بشكل مباشر أو غير مباشر حماية المستهلك بصفة أولية أو نهائية، ذلك أن أسعار السلع والمنتجات والخدمات تحدد عن طريق المنافسة الحرة أي قانون العرض والطلب. [للتعمق حول هذا الموضوع، يراجع محمد المهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق بفاس 2005-2006، ص23.

1-كونه يعتبر أول قانون في المغرب منح لجمعيات المستهلكين الصفة للتقاضي أمام القضاء

المدني أو الجنائي للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين،

2-يعكس طفرة تشريعية متقدمة بالمقارنة مع مدونة الاستهلاك الفرنسية التي لازالت تحظر

على جمعيات حماية المستهلك رفع دعوى مدنية مستقلة عن الخطأ الجرمي للمطالبة بتعويضات عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، بخلاف التشريع المغربي الذي رفع كل لبس وجدل بتنصيبه صراحة على أنه يمكن لها أن تنتصب طرفا مدنيا(أمام القضاء الجنائي) أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة.

ذلك أن المقصود بالدعوى المدنية المستقلة ليس الدعوى المدنية المستقلة عن الدعوى العمومية وان استندت إلى الخطأ الجرمي ، وإنما أساسا الدعوى المدنية المستقلة عن الخطأ الجرمي ،وان كان يجوز أيضا من باب أولى إقامة دعوى مدنية منفصلة عن الدعوى العمومية وان استندت إلى الخطأ الجرمي ، طبقا لقاعدة الخيار (المادتين 9و10 من ق.م.ج)؟،

والمؤسف أن واضعي مشروع القانون المتعلق بحماية المستهلك ،اكتفوا بالنقل غير الواعي

للنص الفرنسي المنتقد من باب التقليد الأعمى دون النظر لوجود نص خاص ومتقدم وساري المفعول في قانون 06.99(المادة 99).

3-تجاوز القواعد القانونية التقليدية للصفة والمصلحة طبقا( للفصل 1 من ق.م.م والمادة

7فق1 من ق.م.ج )اللذان يحتمان توافر المصلحة الشخصية المباشرة ،

4- تجاوز القواعد القانونية التقليدية التي تعتبر النيابة العامة هي الحامية الوحيدة للمصلحة

الجماعية التي تنتظم داخل المصلحة العامة،

5-اتساع النطاق الحقوقي لعمل هذه الجمعيات ،بحيث يتحدد مجال اشتغالها بكل القضايا المدنية

أو الجنائية أو الإدارية أو التجارية التي تدخل في عالم المنافسة والاستهلاك.

6-صفة هذه الجمعيات ينحصر في الدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، لأنه هو مبرر

وجودها ومحور عملها واهتماماتها.

والمقصود بالمصلحة الجماعية للمستهلكين الضرر الذي يمس مجموعة من المستهلكين ناتج

عن أفعال متسعة النطاق وبالغة الانتشار،فهو ليس بضرر يمس المصلحة العامة ولا بضرر يمس

<sup>289</sup> La protection judiciaire des consommateurs, Lamy de droit économique 2003p1814.

وإذا كان المشرع قد أغفل الإشارة إلى شرط المصلحة الجماعية، فإننا نعتقد انه مفترض بالضرورة ويدخل ضمن المبادئ العامة للقانون التي لا تحتاج إلى نص خاص لتقريرها، خاصة أن ما يؤيد ذلك كونه أشار إلى المستهلك بصيغة الجمع لا المفرد.

7-تمتع هذه الجمعيات بنفس الحقوق التي يتمتع بها أي طرف في الدعوى، بحيث يمكنها المطالبة سواء أمام القضاء العادي أو المتخصص برفع الأضرار اللاحقة بالمصلحة الجماعية للمستهلكين من خلال وقف الأعمال المسببة لها، أيًا كان الفاعل سواء من أشخاص القانون العام أو الخاص، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية والمطالبة أيضا بالتعويض العادل عنها الجابر الضرر وليس التعويض الرمزي<sup>٢٩٠</sup>، كما يمكنها الطعن في الأحكام الصادرة بجميع طرق الطعن القانونية المتاحة.

### الفقرة الثانية: على مستوى قانون المسطرة الجنائية الجديد

من المهم الإشارة أن قانون المسطرة الجنائية الجديد هو الآخر تولى بالتنظيم لأول مرة الصفة التمثيلية للجمعيات بصفق عامة وليس فقط جمعيات حماية المستهلك، التي تخولها التقاضي للمطالبة بالحق المدني أمام القضاء الجنائي.

وهكذا المادة 7 من نفس القانون على أنه "يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصيا لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة .

يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفا مدنيا، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي".

<sup>٢٩٠</sup> -صعوبة تقدير الأضرار ومن ثم احتساب التعويض جعل بعض المحاكم الفرنسية تحكم بتعويض رمزي فقط (1 أورو)، وهو ما عارضته محكمة النقض انظر: .

Yves Picod, Héléne Davo, Droit de la consommation, Armand, 2005, p33

كما أن بعض الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع المغربية هي الأخرى قضت بتعويض رمزي فقط (درهم واحد) لفائدة الجمعية المغربية للمستهلكين رغم انعدام صفة هذه الجمعيات في إطار قانون المسطرة الجنائية القديم الملغى، -حكم المحكمة الابتدائية لابن مسيك سيدي عثمان البيضاء الصادر بتاريخ 95/4/28 ملف جنحي عدد 95/2020 غير منشور، -حكم المحكمة الابتدائية لابن مسيك سيدي عثمان البيضاء الصادر بتاريخ 95/02/24 ملف جنحي عدد 95/2543 غير منشور،

-حكم المحكمة الابتدائية للدار البيضاء أنفا الصادر بتاريخ 496/4 ملف جنحي عدد 96/981، غير منشور. أشارت إليها: نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجاً - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال الرباط - ص 310.

ويبدو من خلال هذا النص أن جمعيات حماية المستهلك لا تملك تحريك مسطرة الادعاء المباشر أمام المحكمة الجنحية، لأن المشرع قصر تدخلها على ممارسة حقوق الطرف المدني بعد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو الطرف المتضرر.

وهكذا حدد المشرع عدة شروط لاكتسابها الصفة وهي أن تكون:

-مؤسسة بصفة قانونية،

-جمعية ذات منفعة عامة،

-مؤسسة قبل أربع سنوات.

-أن تمس الجريمة المؤسس عليها الانتصاب المدني مجال اهتمام الجمعية المنصوص عليه في قانونها الأساسي.

و إذا كان مضي أربع سنوات على التأسيس شرط لم يتضمنه قانون 06.99، فهل تلزم به جمعيات حماية المستهلك ؟ أم أنه يكفي بشأنها بالشروط الواردة في قانون حرية الأسعار والمنافسة. من وجهة نظرنا نعتقد أن قواعد التفسير تحتم بخضوع جمعيات حماية المستهلك للشروط الواردة في قانون حرية الأسعار والمنافسة وليس لقانون المسطرة الجنائية الجديد باعتباره قانون خاص، والقاعدة أن الخاص يقدم على العام عند التعارض

٢٩١

وهكذا يبقى قانون المسطرة الجنائية الجديد من وجهة نظرنا بمثابة النص الإجرائي العام الذي ينظم الصفة التمثيلية للجمعيات بصفة عامة للدعاء بالحق المدني أمام القضاء الجنائي بصفة تبعية أو المدني بصفة أصلية مع الاستناد على الخطأ الجرمي طبق لقاعدة الخيار (المادتين 9 و10 من ق.م.ج).

### الفقرة الثالثة: على مستوى قانون حماية الملكية الصناعية

الحقيقة أن قانون حماية الملكية الصناعية كان سابقا إلى الاعتراف للجمعيات عموما بالصفة في التقاضي وإن كان ذلك بصفة محتشمة وضيقة إن على مستوى هذا القانون نفسه أم مقارنة بغيره. وإذا كان المشرع سواء في قانون حرية الأسعار أو المنافسة أو في قانون المسطرة الجنائية اشترط حصول الجمعيات على المنفعة العامة لاكتسابها صفة التقاضي فإن القانون 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية قد شذ عن هذا الاتجاه، وخول للجمعيات المطالبة بالتعويض عن الضرر

٢٩١ -و قد تنبه مشروع القانون المتعلق بحماية المستهلك إلى هذا التعارض ونص في فصله (152) على عدم خضوع هذه الجمعيات لمقتضيات الفصل 7 فقره 2.



المرتتب عن جريمة الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيانات المصدر ٢٩٢ أو المنشأ ٢٩٣ بكيفية كاذبة أو خادعة، إما في إطار الادعاء المباشر أو بالطريق المدني(المادة 183)، وذلك لحماية رضاء جمهور المستهلكين من كل غلط أو تدليس بشأنها .

والملاحظ أن ضيق الصفة التمثيلية للجمعيات على هذا المستوى سرعان ما تلاشى بصدور قانون حرية الأسعار والمنافسة الذي يعتبر الشريعة العامة لتمثيلية جمعيات المستهلكين أمام القضاء وذلك لما للملكية الصناعية والتجارية من تأثير على المنافسة والمستهلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما دعم قانون المسطرة الجنائية دورها مخولا إياها ممارسة جميع حقوق الطرف المدني . وهكذا اتسع مجال تدخل الجمعيات لتمثيل المستهلكين أمام القضاء بشأن مختلف حقوق الملكية الصناعية والتجارية مدنيا وجنائيا، مع ما يترتب عنه من حقها في المطالبة بوقف مختلف أنواع التزييف والتعويض عنها وإتلاف المتوجات والمواد المضرة بالصحة ونشر الحكم

٢٩٤

وإذا كان قانون المسطرة الجنائية لا يمنح جمعيات حماية المستهلك حق تحريك مسطرة الادعاء المباشر أمام المحكمة الجنحية لكون المشرع قصر تدخلها على ممارسة حقوق الطرف المدني بعد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو الطرف المتضرر، فإن قانون الملكية الصناعية أجاز ممارسة الادعاء المباشر في حدود ضيقة.

كما منح المشرع للجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة حق طلب المشورة من مجلس

المنافسة في كل مسألة مبدئية تتعلق بالمنافسة

٢٩٥

(م 15).

ويلاحظ أن إشراك جمعيات حماية المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة في طلب مشورة المجلس يبرره هاجس الرغبة في إشراك ممثلي المجتمع المدني الذين لهم علاقة بالاستهلاك في دعم وحماية الحقوق الاقتصادية للمستهلكين.

ومن المهم الإشارة إلى أن المادة 4 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2002/8/31، القاضي

بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، منحت للجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة

٢٩٢-يراد ببيان المصدر العبارة أو الشارة المستعملة للدلالة على أن منتجات أو خدمات ما مصدرها بلد أو مجموعة بلدان أو جهة أو مكان معين(م180).

٢٩٣-تسمية المنشأ هي الاسم الجغرافي الذي يطلق على بلد أو جهة أو مكان ويستعمل لتعيين منتج يكون متأصلا منه وترجع جودته أو سمعته أو مميزاته الأخرى المحددة بصورة حصرية أو أساسية إلى الوسط الجغرافي الذي يشتمل على عوامل طبيعية وعوامل بشرية. (م181).

٢٩٤ -ولا يمكن إقامة دعوى بطلان براءة الاختراع وغيرها من حقوق الملكية الصناعية من طرف الجمعيات لأنها دعوى تنصب على الملكية وأيضا لعدم الاعتراف لها قانونا برفعها، انظر: محمد الهيني، دعوى بطلان براءة الاختراع في قانون الملكية الصناعية الجديد، مجلة القضاء والقانون عدد 15 ص 180.

٢٩٥ - يقوم مجلس المنافسة بصفته جهاز ضبط إداري (organe de régulation) استشاري عملاقة الممارسات النافية للمنافسة، ويمكن أن تشمل تدابير المراقبة وقف الممارسة المعنية وكذا إصدار أمر للأطراف بالرجوع إلى الوضعية السابقة إذا كانت هذه الممارسات تلحق مساسا خطيرا وفوريا باقتصاد البلاد أو اقتصاد القطاع المعني بالأمر أو بمصلحة المستهلكين أو المنشآت المنضرة (المادة 32 من قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة)، إلا أن ما يعاب على هذا المجلس كونه

يقي مجرد جهاز استشاري بدون فعالية كبرى لأنه يفقد لسلطة التقرير التي ترجع إلى سلطة الوزير الأول بحيث بدون هذه الموافقة تبقى توصياته حرا على ورق.

تقديم الشكايات للمجلس الأعلى للاتصال السمعي والبصري المتعلق بخرق أجهزة الاتصال السمعي البصري للقوانين والأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال السمعي والبصري خصوصا ما تعلق منه بحماية المستهلك، وتملك هذه الجمعيات المطالبة بإيقاف الإشهار أو تعديله.

وفيما يتعلق بصفة المنفعة العامة، نقترح تبسيط مسطرة الحصول عليها، وجعل معيار الأنشطة والأعمال التي تقوم بها الجمعيات في مجال حماية المستهلك وتنويره وتثقيفه كأساس لمنح هذه الصفة، كما يجب على الدولة تشجيع هذه الجمعيات بمدّها بجميع المساعدات المعنوية والمادية للقيام بنشاطها على أحسن وجه.

كما يجب إعادة النظر في مشروع القانون المتعلق بحماية المستهلك عن طريق دعم حرية تأسيس جمعيات المستهلكين<sup>٢٩٦</sup> المنصوص عليه في الفصل 2 من ظهير 58/11/15 عن طريق إلغاء (الفصلين 150 و149) منه، اللذان يفرضان على جمعيات المستهلكين المعترف لها بصفة المنفعة العامة أن تتشكل في شكل فيدرالية وطنية لحماية المستهلكين يخضع نظامها الأساسي لمصادقة الإدارة. وفي مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك نسجل غياب أي نص قانوني يمنح جمعيات حماية المستهلكين الحق في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية أو تعديلها سواء أمام القضاء أو أمام هيئات النوظمة.

وقد حاول مشروع القانون المتعلق بحماية المستهلك أن يتفادى هذا الفراغ التشريعي في المادة 158 بتنصيبه على أنه "يحق لجمعيات المستهلكين و للفيدرالية أن تطلب أمام القضاء المدني تحت طائلة غرامة، إلغاء الشروط غير المشروعة أو التعسفية المدرجة في العقود أو نماذج العقود المقترحة أو المعروضة على المستهلكين".

ورغم أهمية هذا النص باعتباره أداة لحماية التوازن العقدي وإقرار الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد المستهلك، عن طريق المطالبة بإلغاء ليس فقط الشروط التعسفية (المخلة بالتوازن العقدي وبمبادئ العدالة) وإنما أيضا الشروط غير المشروعة (الباطلة قانونا)، سواء وردت في نماذج العقود أو العقود ذاتها، إلا أنه يبقى ناقصا عن توفير الحماية اللازمة لكونه يمنح للقضاء المدني وحده هذا الاختصاص ويحرم القضاء المتخصص منه، وهذا من عيوب النقل غير الواعي من القانون الفرنسي، كما يجب منح المتعاقد المتضرر من هذه الشروط أيضا المطالبة بإلغائها.

<sup>٢٩٦</sup> - وهكذا جاء في حكم للمحكمة الإدارية بمراكش صادر بتاريخ 19 ماي 1999 "وحيث إن دور السلطة المحلية بشأن تأسيس الجمعيات يقتصر على تسليم وصل الإيداع ولا يحق لها أن ترفض تسليم هذا الوصل بدعوى خرق أي مقتضى قانوني، وذلك لان القضاء طبقا للفصل السابع من ظهير تأسيس الجمعيات هو الذي يقرر حل الجمعية وإعلان حلة البطلان والأمر بإغلاق الأماكن ومنع كل اجتماع لأعضاء الجمعية". "حكم عدد 64 مذكور عند، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاحتجاج القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 16، ط/2/2004 ص 135.

ولم يقف النقل غير الواعي عند هذا الحد، بل استمر مع تبني المشروع لمسطرة التدخل في الدعوى التي أنشأت بغرض التخفيف من صرامة وقساوة (الفصل 1/422 من مدونة الاستهلاك الفرنسية) القاضي بحرمان الجمعيات من ممارسة الدعوى المدنية المستقلة عن الخطأ الجرمي أمام القضاء، رغم أن قانون حرية الأسعار والمنافسة لم يساير نظيره الفرنسي هذا الاتجاه مما يجعل تبني هذه الدعوى من قبيل العبث والجهل.

كما يجب تبني دعوى التمثيل المقترنة التي تخول لجمعيات المستهلكين في حالة تعرض مجموعة من المستهلكين، أشخاص ذاتيين ومحدددين، كل على حدة لأضرار فردية مترتبة عن فعل نفس المهني وذات مصدر واحد، أن تطالب قضائياً باسم هؤلاء المستهلكين بإصلاح الضرر إذا كانت موكلة من طرف شخصين اثنين على الأقل لهذا الغرض (المادة 162 من مشروع القانون المذكور).

فالهدف من الرغبة في إقرار الدعوى هو تجميع الدعاوى المماثلة من حيث الهدف والتي يرفعها عدد من المستهلكين في إطار دعوى واحدة للدفاع عن المصالح الفردية المتماثلة والمشاركة وليس المصالح الجماعية، مادام أن هذه الدعوى لا تدخل في مفهوم المصلحة الجماعية التي تترافع في شأنها عادة هذه الجمعيات، والتي لم يتعرض لها قانون حرية الأسعار والمنافسة.

ويبقى الأمل معلقاً على إخراج مدونة الاستهلاك إلى حيز الوجود لتدعيم وتقوية وتعزيز دور هذه الجمعيات في تمثيل المستهلكين والدفاع عنهم أمام القضاء، لأن التشريع هو الدعامة الأساسية لأي إصلاح، بحيث يجب أن يساهم في توفير الإمكانيات المادية والمعنوية لهذه الجمعيات للقيام بواجبها، الأمر الذي سيزيد من نشاطها وفعاليتها، لكون الاقتصاد الحر يستلزم إيجاد جمعيات وهيئات ناشطة ومراقبة لحركة السوق.

# المحور الثاني : العمل القضائي

## قواعد مستخرجة من قرارات المجلس الأعلى في المادة الاجتماعية

قرار المجلس الأعلى عدد 737 المؤرخ في 24.06.2003 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/124

" إغلاق المؤسسة بسبب الإضراب يجعل الأجير غير مستحق للأجرة لكونها لا تؤدي إلا عن العمل الفعلي."

قرار المجلس الأعلى عدد 591 المؤرخ في 03.06.2003 ملف اجتماعي

عدد 2002/1/5/1079

" الدعوى المقامة في إطار جنحي سير لا تقطع التقادم المتعلق بدعوى التعويض عن حادثة الشغل."

" التقادم في إطار حوادث الشغل تنظمه مقتضيات خاصة تختلف عن مقتضيات

الفصل 390 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بتقادم الالتزامات مما يجعل طلب توجيه اليمين إلى المشغل في غير محله."

قرار المجلس الأعلى عدد 1277 المؤرخ في 08.12.2004 ملف اجتماعي

عدد 2004/1/5/761

" عبء إثبات استمرارية العمل يقع على عاتق الأجير."

قرار المجلس الأعلى عدد 1271 المؤرخ في 16.12.2003 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/694

" أجل الخمس سنوات المنصوص عليه في الفصل 174 من ظهير 1963

والمتعلق بدعوى الإيراد التكميلي تعتبر أجل سقوط لا أجل تقادم."

قرار المجلس الأعلى عدد 252 المؤرخ في 17.03.2004 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/1184

" عدم اختيار المدعي لمحل المخابرة مع محاميه يجعل تبليغ الحكم لهذا الأخير

غير ذي أثر قانوني."

**قرار المجلس الأعلى عدد 1293 المؤرخ في 23.12.2003 ملف اجتماعي**

**عدد 2003/1/5/696**

" الحكم بالبراءة يجعل السبب الذي بني عليه قرار الطرد من العمل غير ثابت، ويعتبر الحكم المذكور حجة فيما فصل فيه ويمنع المحكمة من البحث في الوقائع التي فصل فيها."

**قرار المجلس الأعلى عدد 742 المؤرخ في 07.07.2004 ملف اجتماعي**

**عدد 2003/1/5/958**

عدم إبراز المحكمة أن التغيير في طبيعة عمل الأجير سيتطلب منه مهارة أو فنية لم يكن يتوفر عليها أو سيلحقها من ذلك التغيير ضرر مادي أو معنوي من شأنه التأثير في جوهر عقد العمل الذي يربطه بمشغله يجعل القرار ناقص التعليل."

**قرار المجلس الأعلى عدد 350 المؤرخ في 14.4.2004 ملف اجتماعي عدد**

**2003/1/5/1241**

" إن مكافأة الأقدمية تعتبر من مشتملات الأجر."

**قرار المجلس الأعلى عدد 271 المؤرخ في 12.03.2003 ملف اجتماعي**

**عدد 2001/2/3/1240**

" القرار الذي استبعد المطالبة بتوجيه اليمين الحاسمة لعدم إدلاء الطالب بدليل كتابي لدحض الاعتراف بالدين يكون مخالفا لأحكام الفصل 85 من قانون المسطرة المدنية."

**قرار المجلس الأعلى عدد 737 المؤرخ في 24.06.2003 ملف اجتماعي**

**عدد 2003/1/5/124**

" إغلاق المؤسسة بسبب الإضراب يجعل الأجير غير مستحق للأجرة لكونها لا تؤدي إلا عن العمل الفعلي."

**قرار المجلس الأعلى عدد 591 المؤرخ في 03.06.2003 ملف اجتماعي**

**عدد 2002/1/5/1079**

" الدعوى المقامة في إطار جنحي سير لا تقطع التقادم المتعلق بدعوى التعويض عن حادثة الشغل."

" التقادم في إطار حوادث الشغل تنظمه مقتضيات خاصة تختلف عن مقتضيات الفصل 390 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بتقادم الالتزامات مما يجعل طلب توجيه اليمين إلى المشغل في غير محله."

قرار المجلس الأعلى عدد 1277 المؤرخ في 08.12.2004 ملف اجتماعي

عدد 2004/1/5/761

" عبء إثبات استمرارية العمل يقع على عاتق الأجير."

قرار المجلس الأعلى عدد 252 المؤرخ في 17.03.2004 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/1184

" عدم اختيار المدعي لمحل المخابرة مع محاميه يجعل تبليغ الحكم لهذا الأخير غير ذي أثر قانوني."

قرار المجلس الأعلى عدد 1271 المؤرخ في 16.12.2003 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/694

" أجل الخمس سنوات المنصوص عليه في الفصل 174 من ظهير 1963 والمتعلق بدعوى الإيراد التكميلي تعتبر أجل سقوط لا أجل تقادم."

قرار المجلس الأعلى عدد 1293 المؤرخ في 23.12.2003 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/696

" الحكم بالبراءة يجعل السبب الذي بني عليه قرار الطرد من العمل غير ثابت، ويعتبر الحكم المذكور حجة فيما فصل فيه ويمنع المحكمة من البحث في الوقائع التي فصل فيها."

قرار المجلس الأعلى عدد 350 المؤرخ في 14.4.2004 ملف اجتماعي عدد

2003/1/5/1241

" إن مكافأة الأقدمية تعتبر من مشتملات الأجر."

قرار المجلس الأعلى عدد 271 المؤرخ في 12.03.2003 ملف اجتماعي

عدد 2001/2/3/1240

" القرار الذي استبعد المطالبة بتوجيه اليمين الحاسمة لعدم إدلاء الطالب بدليل

كتابي لدحض الاعتراف بالدين يكون مخالفا لأحكام الفصل 85 من قانون المسطرة المدنية."

قرار المجلس الأعلى عدد 742 المؤرخ في 2004.07.07 ملف اجتماعي

عدد 2003/1/5/958

عدم إبراز المحكمة أن التغيير في طبيعة عمل الأجير سيتطلب منه مهارة أو فنية لم يكن يتوفر عليها أو سيلحقها من ذلك التغيير ضرر مادي أو معنوي من شأنه التأثير في جوهر عقد العمل الذي يربطه بمشغله يجعل القرار ناقص التعليل.

قرار المجلس الأعلى عدد : 976 المؤرخ في : 2005/10/05 ملف اجتماعي عدد :

2005/1/5/683

- "إن المطلوب في النقض كان يعمل لمدة محددة وبصفة موسمية خاصة أن طبيعة عمله يتجلى في العمل بالأوراش وفي تركيب أجهزة الكهرباء وبناء محطات الضخ لفائدة الغير"  
- "إن الوثائق المدلى بها وهي التصريح بالأجور لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا تتضمن ما يفيد الاستمرارية في العمل حسب المدد المشار إليها بالتصريح إضافة إلى أن محضر البحث نفسه لا يتضمن ما يفيد الاستمرارية ما عدا تصريحات الأجراء أنفسهم التي تحتاج إلى الإثبات مما يجعل تعليل المحكمة خلافا للواقع ويتعين بالتالي نقض القرار".

قرار المجلس الأعلى عدد : 922 المؤرخ في : 2005/09/21 ملف اجتماعي عدد :

2005/1/5/531

- "...إن المطلوبة في النقض مستفيدة من المساعدة القضائية بقوة القانون وأن الغاية من الكشف الطبي المطالب بإجرائه معرفة الحالة الصحية للمطلوبة المتمتعة بالمساعدة القضائية وفقا لأحكام الفصل 273 من ق م م، والمحكمة لما عرضت عن انجاز الخبرة التي امرت بها على أساس عدم أداء مصاريفها من طرف الطالبة رغم إنذارها تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 56 من ق م م المستدل به وكذا الفصل المشار إليه أعلاه مما يكون معه القرار على النحو المذكور فاسد التعليل الموازي لانعدامه ومعرضا للنقض".



**قرار المجلس الأعلى عدد 2326 المؤرخ في 2003/07/23 ملف مدني عدد 01/2/1/2437**

- "إن الفصل الرابع من ظهير 1940/4/16 المتعلق بالتكوين المهني حدد مدة التزام الأجير بعد فترة التدريب في سنتين كحد أقصى، والثابت أن الطاعن اشتغل لدى المطلوبة في النقص لمدة تناهز أحد عشر سنة، مما لا يخول لهذه الأخيرة وفي إطار الفصل المذكور مطالبته بمبالغ التمرين، وأن المحكمة لما ذهبت خلاف ذلك تكون قد خالفت مقتضيات الأمرة لظهير 1940/04/16 وعرضت قرارها للنقض"

**قرار المجلس الأعلى عدد 968 المؤرخ في 2005/10/05 ملف اجتماعي عدد 05/1/5/667**

- "إن محكمة الاستئناف عللت قرارها بان الثابت من محضر البحث والوثائق المدلى بها أن الأجير كان يعمل بصفة مستمرة وبعقد غير محدد المدة والحال أن الوثائق المدلى بها وهي التصريح بالأجور لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا تتضمن ما يفيد الاستمرارية في العمل حسب المدد المشار إليها بالتصريح إضافة إلى أن محضر البحث نفسه لا يتضمن ما يفيد الاستمرارية ما عدا تصريحات الأجراء أنفسهم التي تحتاج إلى الإثبات مما يجعل تعليل المحكمة خلافا للواقع ويتعين بالتالي نقض القرار"

**قرار المجلس الأعلى عدد 1227 المؤرخ في 2005/12/14 ملف اجتماعي عدد 05/1/5/883**

- "إن الدعوى تم تقديمها في نطاق ظهير 1963/02/06 المتعلق بحوادث الشغل، وانه بمقتضى الفصل 347 من نفس الظهير فإن مقتضياته من النظام العام، ولما كان الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية يوجب أن تبلغ النيابة العامة القضايا المتعلقة بالنظام العام، وأن يشار في الحكم إلى إيداع مستنتاجاتها أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلا، فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه لم يشر إلى إيداع مستنتاجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة، مما يجعله باطلا والقرار المطعون فيه بتأييد للحكم الابتدائي الذي خرق مقتضيات الفصل 9 من ق م ق م يكون معرضا للنقض"

قرار المجلس الأعلى عدد 1252 المؤرخ في 2005/12/21 ملف اجتماعي عدد 05/1/5/765

- "حيث تبين صحة ما عابته الطالبة على القرار المطعون فيه، ذلك أنها لا تنفي وجود عقد التأمين من حيث الأصل، وإنما دفعت بان التغييرات القانونية التي طالت مقتضيات ظهير 63/02/06 أدت إلى الزيادة في تحملات المشغل وأنه تبعاً لذلك بعثت العارضة بالبريد المضمون إلى المشغل ملحفاً لبوليصة التأمين تتضمن الاتفاق الجديد لامتداد الضمان على تلك التحملات المترتبة عن القانون، وحددت له لقبوله : 2002/11/18 إلا أن المشغل لم يرد الملحق بهذا التاريخ، مما يدل على رفضه له وعدم قبوله الزيادة في أقساط التأمين المطلوبة بمقتضاه ابتداءً من 2002/11/19 وإن البوليصة التي كانت مبرمة بين الطرفين أصبحت بما ذكر مفسوخة بقوة القانون وأصبح ضمان العارضة لا يغطي الحوادث الواقعة بعد هذا التاريخ ... "

" يكون قرارها المطعون فيه قد رد الدفع المثار بشأن فسخ عقد التأمين قبل وقوع الحادث موضوع النزاع، بتعليل ناقص ينزل منزلة انعدامه وغير مرتكز على أساس قانوني سليم، مما يعرضه للنقض بخصوص الحلول "

**قرار المجلس الأعلى عدد 1286 المؤرخ في 2005/12/28 ملف اجتماعي عدد 05/1/5/933**  
- "أنه صدر بتاريخ 02/7/23 ظهير رقم 12-179. 1. بتنفيذ القانون رقم 18/01 الذي غير وتمم مقتضيات ظهير 1963/2/6، بحيث أدت تلك التغييرات إلى الزيادة في تحملات المشغلة شركة (...)، وأنه تبعاً لذلك بعثت العارضة بالبريد المضمون لهذه الأخيرة ملحقاً لبوليصة التأمين تضمن الاتفاق الجديد لامتداد الضمان على تلك التحملات المترتبة عن القانون، حددت لقبوله يوم 2002/11/03، إلا أن المشغلة لم ترد الملحق بهذا التاريخ مما يدل على رفضها وعدم قبولها الزيادة في أقساط التأمين المطلوبة بمقتضاه ابتداء من 2002/11/04، وأن البوليصة التي كانت مبرمة بين الطرفين أصبحت بما ذكر مفسوخة بقوة القانون وبقوة الاتفاق، وأصبح ضمان تأمين العارضة لا يغطي الحوادث الواقعة بعد هذا التاريخ الأخير، وأن الحادث موضوع الدعوى الحالية وقع في 2003/12/17، أي داخل مدة التوقف ( 2002/11/4 - 2003/3/3 ) فيكون بذلك غير مشمول بالتأمين والضمان، ملتزمة التصريح بعدم التأمين والضمان وبإخراجها من الدعوى إلا أن محكمة الاستئناف عندما نصت : (بان الدفع المثار من طرف شركة التأمين هو دفع بسقوط الضمان، ولا يمكن مواجهة الضحية ... ) يكون قرارها المطعون فيه قد رد الدفع المثار والمتعلق بانعدام الضمان وقت وقوع الحادثة بتعليل خاطئ ينزل منزلة انعدامه، مما يعرضه للنقض بخصوص الحلول"

**قرار المجلس الأعلى عدد 389 المؤرخ في 2006/04/26 ملف اجتماعي عدد 06/1/5/173**  
- "حيث ثبت صدق ما عابته الوسيلة المستدل بها على القرار، ذلك أن الفصل 47 من ظهير 1972/7/27 المتعلق بالضمان الاجتماعي وإن كان يخول للصندوق المذكور إحالة الشخص الذي يدعي بأنه مصاب بعجز تام عن مزاولة عمله للاستفادة من راتب الزمانة على طبيب يعينه أو مقبول لديه فإن هذا الإجراء المسطري المخول للصندوق لا يحول دون مراقبة القضاء للتقرير مما يجعل القرار فاسد التعليل فيما انتهى إليه ويعرضه للنقض"

# المحور الثالث : فراهة في كتاب

# المحور الرابع : رسائل جامعية

\*ملخص أطروحة لنيل الدكتوراه نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء بتاريخ 2007/04/21  
تحت إشراف الدكتور محمد الكشور في موضوع "الشرط في القانون المدني المغربي "

### الأستاذة أمينة ناعمي: قاضية لدى ابتدائية صفرو

#### أولاً: أهمية النظام القانوني للشرط

إن القانون، هو وليد المجتمع، لذلك فهو يرتبط بتطور المجتمعات وارتقائها على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، مما يؤثر على التصرفات القانونية للأفراد الذين لهم كامل الحرية في إنشاء العقود تبعاً لحاجاتهم المتجددة.

ومبدأ الحرية التعاقدية المسيطرة على قانون العقد، يجعل للشخص كامل الحرية في إبرام العقود أو عدم إبرامها، وتحديد مضمون وشكل العقد وأيضاً طريقة إنهائه باستثناء بعض النصوص القانونية ذات الصبغة الأمرة أو تلك المتعلقة بالنظام العام التي تمنع بعض أنماط التعاقد أو تقيدها بشروط معينة، وذلك من أجل تأكيد الحرية التعاقدية وتحقيق توازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة باعتبار كل ذلك هو المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية

٢٩٧

فالأصل، في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، وإذا ما انعقد العقد فإنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين، وينص على هذا المبدأ في القانون المغربي الفصل 230 ق.ل.ع.

وانطلاقاً من هذه الحرية التي للأفراد في إبرام العقود، ازدادت أهمية الشروط في العقود، إذ أن كل فرد يقبل على تصرف قانوني أو التزام إلا ويرغب في حماية مصالحه والاحتياط والاحتراز من تلك العملية التعاقدية مستقبلاً، فيشرط لنفسه مجموعة شروط.

فالشرط أضحى، تلك النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل ذلك أن النشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر بل لابد أن يمتد إلى المستقبل، فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضي منه ذلك وتدفعه إليه دفعا.

وكثير من العلاقات التعاقدية التي لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط، فهو أمر

<sup>297</sup> - En ce sens. Boris Stark – Droit Civil – Les obligations. 1972, p 339 et suivant.

وإن المتصفح لمختلف العقود المنتشرة في الواقع العملي، سواء منها المدنية أو التجارية، ليقف على ذبوع فكرة الشرط وحضورها في العديد منها، فواقع المعاملات التجارية والاقتصادية وتعقد سوق السلع والخدمات أفرز الحاجة القانونية والواقعية لفكرة الشرط تحت مبرر الحاجة أو الضرورة أو المصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجده قد عرف أيضا مؤسسة الشرط وأسسها على فكرة المصلحة، فابن قيم الجوزية<sup>٢٩٩</sup> يؤكد على أن تعليق العقود... وغيرها بالشرط، أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف...".

وتعليق العقود بالشرط لا يعكس فقط مجرد إرادة الدائن أو المدين في هذا التعليق وترتيب آثار المعاملات في المستقبل وإنما أيضا الرغبة في تكييف العملية التعاقدية مع مصالحه الاقتصادية، التي قد لا تكون آنية وإنما تدور في المستقبل وجودا وعدما.

وهنا تظهر أهمية الشرط باعتباره تدبيرا احترازيا وعلامة من علامات الأمان والاطمئنان للمستقبل، فمثلا قد يشترط البائع على المشتري أن يبيع له مشروعا تجاريا في المغرب شريطة الحصول على رخصة لممارسة نفس المشروع في الخارج.

ففكرة الاحتياط للمستقبل وعدم الوقوع في الخطأ بتفويت مشروع دون اتخاذ الإجراءات الملائمة لممارسة تجارة أخرى تجد ضالتها في فكرة الشرط، كما أن نظرية الشرط لا يقتصر دورها على الأثر الوقائي لفكرة الشك والترقب وإنما لها دور مهم في تشجيع الاستثمار وتحريك الدورة الاقتصادية، ذلك أن وجود الشرط لا يعرقل تفويت الحق وانتقاله مما يساهم في تداول الحقوق وانتعاش الاقتصاد.

فانتقال الالتزامات بين المتعاقدين، رغم وجود الشرط، نابع من حيوية نظام الشرط ذلك أنه لا يضي على العقد الثبات وإنما يضي عليه التحول والديناميكية اللازمة لحياة أية مؤسسة قانونية. وتزداد أهمية فكرة الشرط، باعتباره أداة لمعالجة أزمة الاستدانة الفاحشة للدائن أو المدين ما دام أن تعليق العقد على الشرط ومنع إنتاج آثاره في الحال، يهدف منه أحد المتعاقدين أو هما معا، توقي

<sup>٢٩٨</sup> - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء. المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 7.

<sup>٢٩٩</sup> - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 3، سنة 1389 هـ، ص 469.

خطر إفساره أو مغامرته عند الدخول في عملية تعاقدية دون دراسة جدوى وأهمية المصالح المنتظرة من العقد أو خطر عدم الحصول على القرض من جهة تمويل المشروع.

ولقد ساهمت نظرية الشرط في تطوير النظم القانونية بظهور عقود تجارية جديدة لم تكن لتظهر بدون نظام الشرط الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة الذي يركز على أن العقد شريعة المتعاقدين. فحرية التعاقد تستلزم التفاوض حول شروط العقد هذه الشروط التي قد تكون مجرد أحد بنود العقد، لكنها تشكل أيضا أحد أوصاف الالتزام وهو ما يهمننا في هذه الدراسة.

فالشرط كوصف للالتزام يتميز عن الالتزام في صورته البسيطة والناجزة في أن هذا الأخير تكون فيه الرابطة القانونية وجودها محققا ونفاذا فوريا بخلاف الرابطة القانونية الموصوفة<sup>٣٠٠</sup> التي تعلق على شرط ويصبح وجودها غير محقق ويسمى هذا الوصف بالشرط بالمفهوم الفني (Condition).

والوصف أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستجمع هذا الأخير سائر أركان وجوده فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة فلو مس الوصف ركنا من أركان الالتزام لما كان أمرا عارضا ولزال الالتزام بزواله<sup>٣٠١</sup>. فالشرط وصف لتصرف أبرم فعلا وإن كان مصيره منوطا بحدوث واقعة عارضة، ويعتبر الشرط بالمفهوم الفني كما عرفه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 107 من بأنه " تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو زواله "، وهو إما أن يكون شرطا واقفا يعلق عليه وجود الالتزام وإما شرطا فاسخا يعلق عليه زوال الالتزام.

والملاحظ أنه في النظم القانونية التي سادت الإمبراطورية الرومانية لم يكن القانون يجيز أن يشتمل العقد إلا على صفقة واحدة، فالصناعة القانونية القديمة لم تكن تسمح أن تختل في التصرف القانوني وحدة الزمان أو أن تتأخر آثاره لوقت لاحق لإبرامه، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المعلق على شرط بل أوجبت أن يكون التصرف منجزا حتى تتحقق الوحدة الزمانية في الحاضر، والدين الذي ينشأ من التصرف القانوني هو الذي يكون معلقا على شرط

٣٠٢

٣٠٠- ومن الأوصاف ما يتصل بمحل الرابطة القانونية أو محل الالتزام فلا يكون هذا المحل واحدا بل يتعدد والتعدد إما أن يكون جمعيا أو تخييريا أو بدليا. ومنها ما يتصل بأطراف الرابطة القانونية فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما إما بطريقة التضامن أو من غير تضامن كما قد يكون غير قابل للانقسام.

٣٠١- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 4 هامش 2.

٣٠٢- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الثالث الطبعة الثالثة 1967، ص 148.



## ثانياً: خصائص نظام الحماية في الشرط:

لم يكن الهدف من عرض خصائص الحماية القانونية للطرف الضعيف من خلال النظام القانوني للشرط في القانون " المدني" المغربي، استباق الأمور أو عرض خلاصات للموضوع، وإنما فقط إبراز بعض الملامح الأساسية التي نرى التمهيد لها كمدخل ضروري لفهم الموضوع لتعلقها بكليات يستحسن بحثها ضمن هذا التقديم.

وسنتناول ضمن خصائص الحماية في النظام القانوني للشرط، التنظيم التشريعي للشرط، حماية المستهلك من خلال نظام الشرط، حماية المستهلك من خلال قانون المنافسة وأخيراً الحماية القضائية.

### 1- التنظيم التشريعي للشرط:

نظم المشرع المغربي الشرط تنظيمياً وافياً في الفصول من 107 إلى 126 من ق.ل.ع، مع إدخال الغايتين، بحيث تعرض لماهية الشرط بنوعيه الواقف والفاسخ وخصائصه وآثاره. ولم يقتصر على القواعد الأساسية وإنما نظم مختلف القواعد التي يدور في فلكها تكوين الشرط وتنفيذه وانقضائه بحيث لم يبق معه خياراً كبيراً للمتعاقدين في تحديد شروطه وآثاره.

ولقد استهدف المشرع من خلال هذا التنظيم الدقيق والمسبق للشرط حماية التوازن العقدي وتحقيق العدالة ومتطلبات استقرار المعاملات بضمان فاعلية النظام القانوني بما يتضمنه من توفير الأمان القانوني للعلاقات العقدية.

ويعتبر التنظيم المسبق للشرط كآلية تشريعية وقائية وعلاجية لحماية رضا الطرف الضعيف في العقد من تعسف وجور الطرف القوي وتحكمه في صياغة وتنظيم الشرط في العقد بشكل يضمن تحقيق مصالحه الاقتصادية ولو على حساب العدالة ومبادئ حسن النية.

كما أن هذا التنظيم المسبق للشرط يساهم في الحد من مبدأ سلطان الإرادة<sup>٣٠٣</sup> والتخفيف من غلوائه بجعله نظاماً أكثر مرونة وليونة بتشذيب ما علق به من مظاهر وآثار سيئة على النظام القانوني لنظرية العقد.

لكن أبرز معوقات فاعلية النظام التشريعي للشرط أنه تنظيم غير أمر بحيث إن أغلب النصوص المنظمة له مجرد قواعد مكملة يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها مما يضيع على الطرف الضعيف في العقد الحماية التي يوفرها النظام القانوني للشرط، ويساهم في المقابل باسم القانون في تعسف

<sup>٣٠٣</sup> - للتعلم حول هذا المبدأ راجع، محمد شليح سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق محمد الخامس، الرباط 1983.

الطرف القوي في استعمال مبدأ الحرية التعاقدية لصالحه عن طريق فرض شروط تعسفية تخل بالتوازن المالي والاقتصادي للعقد.

## 2- حماية المستهلك من خلال نظام الشرط

لم يعرف المشرع المغربي المستهلك سواء في النصوص العامة أو النصوص الخاصة التي لها صلة بحماية المستهلك كقانون 5 أكتوبر 1984 المتعلق بقمع الغش في البضائع التي اكتفت باستعمال عبارات واسعة ومحايطة مثل الزبون أو المشتري أو العموم.

وإن كان قانون 99/06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة<sup>٣٠٤</sup> قد استعمل مصطلح المستهلك إلا أنه لم يورد تعريفا له تاركا هذه المهمة للفقهاء والقضاء.

وقد عرفته اللجنة المنظمة لأشغال ندوة حماية المستهلك بالمغرب بأنه " كل ضعيف في العلاقة التعاقدية متى كان ضعفه راجعا إلى كونه غير محترف وجاهل بموضوع المعاملة محل التعاقد، وبصفة عامة الطرف الذي تملى عليه شروط عقد الإذعان " <sup>٣٠٥</sup> ، وقد عرفه مقترح القانون المغربي المتعلق بإخبار وحماية المستهلك<sup>٣٠٦</sup> بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لأغراض غير مهنية منتوجات أو خدمات معروضة في السوق.

وإذا كان النظام القانوني للشرط يسعى لحماية الطرف الضعيف في العقد المعلق على شرط وهو حسب الأحوال إما أن يكون دائما أو مدينا فما هي إذن تجليات هذه الحماية؟

### **أ- حماية المدين بالشرط :**

تتجلى أهمية حماية المدين بالشرط سواء من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

✓ بطلان كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من الرخص الثابتة لكل إنسان

لقد نص الفصل 109 من ق.ل.ع، بأن " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه".

<sup>٣٠٤</sup> - للتعمق بشأن فلسفة و أهداف هذا القانون ومضامينه راجع أشغال " ندوة الأسعار والمنافسة بين حرية المقاول وحماية المستهلك " المنظم من طرف كلية الحقوق بالبيضاء والمنشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 2000/49.

<sup>٣٠٥</sup> - أشغال ندوة حماية المستهلك المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس يومي 3 و 4 دجنبر 1993، مجلة القانون والاقتصاد. العدد العاشر ص 12.

<sup>٣٠٦</sup> - المقدم من طرف الفريق الاشتراكي بمجلس النواب، والمسجل تحت رقم 27 وتاريخ 2003/6/13، والذي تم إعداده من طرف مركز قانون الالتزامات والعقود بكلية الحقوق بفاس بتعاون مع جمعية أطلس سايس " لجنة حماية المستهلك "

✓ بطلان شرط عدم المنافسة غير المحدد في الزمان والمكان.

نصت الفقرة الثانية من الفصل 109 من ق.ل.ع، " ولا يطبق هذا الحكم ( أي حكم البطلان ) على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددين " أي بمفهوم المخالفة يعتبر كل شرط بعدم المنافسة غير محدد في الزمان والمكان باطلا.

### ب- حماية الدائن بالشرط:

وتكمن أهمية حماية الدائن بالشرط من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

✓ بطلان الشرط الإرادي المحض:

نص الفصل 112 من ق.ل.ع على أنه " يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتمزم " أي المدين بالشرط.

✓ بطلان أعمال الغش التي يقوم بها المدين بالشرط:

- يعتبر الشرط متحققا إذا حال من غير حق المدين الملتمزم على شرط دون تحققه أو إذا كان مماطلا في العمل على تحققه " ( الفصل 122 من ق.ل.ع ).

- لا يجوز للملتمزم تحت شرط واقف أن يجري قبل تحقق الشرط أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن مباشرة حقوقه التي تثبت له إذا ما تحقق الشرط. ( الفصل 125 من ق.ل.ع ).

### ج- حماية من له المصلحة في الشرط دائنا كان أو مدينا:

يمكن تحديد ملامح حماية من له المصلحة من الشرط دائنا كان أو مدينا من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

✓ بطلان كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون:

نص الفصل 108 من ق.ل.ع، على أن " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه، ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد " .

✓ بطلان كل شرط يتنافى وطبيعة العقد المضاف إليه:

نص الفصل 110 من ق.ل.ع، على أن " الشرط الذي ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلا ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه " .

ومع ذلك يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه".

#### ✓ بطلان الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة:

نص الفصل 111 من ق.ل.ع، أنه يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخص آخر غيره أو بالنسبة إلى مادة الالتزام.

#### ✓ بطلان شرط الإبقاء على العقد أو فسخه في بعض العقود الخاصة:

نص الفصل 112 من ق.ل.ع، على أنه " لا يسوغ الاحتفاظ بهذا الحق ( الإبقاء على العقد أو فسخه خلال أجل محدد ) في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في الإبراء من الدين ولا في بيع الأشياء المستقبلية المسمى بالسلم".

#### ✓ بطلان أعمال الغش:

- تحقق الشرط لا ينتج أي أثر إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة ( الفصل 123 من ق.ل.ع ).

#### ✓ بطلان كل شرط يتنافى وخصائص الشرط:

- كما يعتبر باطلا كل إسقاط لخاصية من خصائص الشرط بحيث يفقده معناه الفني ويصبح مجرد أحد بنود العقد، كما أن الأمر الذي وقع في الماضي أو الحاضر - أي الواقع حالا -، لا يصلح أن يكون شرطا وإن كان مجهولا من الطرفين ( الفصل 107 من ق.ل.ع ). أي سواء أكان معلوما من الطرفين أو مجهولا منهما.

### 3- حماية المستهلك من خلال قانون المنافسة:

نظم المشرع المغربي قواعد المنافسة التجارية بالقانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. ويهدف هذا القانون، كما تنص على ذلك ديباجته، إلى تحديد الأحكام المطبقة على حرية الأسعار وإلى تنظيم المنافسة الحرة وتحدد فيه قواعد حماية المنافسة قصد تنشيط الفاعلية الاقتصادية وتحسين رفاهية المستهلكين، ويهدف كذلك إلى ضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية. فقواعد المنافسة تدفع بالمهنيين إلى اتباع أساليب جديدة في تسويق السلع والخدمات تعتمد على الشفافية وعرض شروط أفضل امتيازية عما هو موجود في السوق في مصلحة المستهلكين، هذه الشروط قد تكون مجرد شروط بالمفهوم العادي ولكنها قد تشكل أيضا شروطا بالمفهوم الفني يعلق

عليها وجود الالتزام أو زواله. وتبرز أهمية هذه الشروط خاصة متى كانت في مصلحة المستهلك.

كما يمكن لمجلس المنافسة، أن يلعب دورا رياديا في حماية المستهلكين من خلال محاربته عرقلة المنافسة بوجه عام، أو الحد منها، أو تحريف سيرها في سوق ما لضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

#### 4- الحماية القضائية من خلال نظام الشرط:

لما كانت وظيفة النظام القانوني للشرط هي حماية الطرف الضعيف، بغض النظر عن كونه دائنا أو مدينا، بقصد ضمان عدالة التوازن العقدي وتحقيق متطلبات استقرار المعاملات، فإن وظيفة القضاء هي حماية هذا النظام القانوني وتفعيله عن طريق ضمان تفسير موحد وعادل له.

ويعتمد القضاء عدة آليات تشريعية لحماية الطرف الضعيف في نظام الشرط سواء على مستوى تفسير الشروط الغامضة لمصلحته، أو على مستوى الرقابة على الشروط التعسفية، أو غير المشروعة المخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأخيرا على مستوى تفعيل حقوق الدائن أو المدين بالشرط الواقف أو الفاسخ، مما يضمن حيوية نظام الشرط وأهليته لتحقيق تداول الحقوق وانتقالها، وتشجيع المبادلات المدنية والتجارية.

كما يكمن دور القضاء في إيجاد توازن بين حماية حرية الإرادة وحماية التوازن العقدي والعدالة وحسن النية أثناء إبرام العقد وتنفيذه وانقضائه.

#### ثالثا: منهج البحث وخطته:

إن دراسة موضوع النظام القانوني لنظرية الشرط في القانون " المدني " المغربي يستلزم منا الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي المقارن كآلية لبحث مكانة النظرية العامة للشرط في القانون المدني المغربي، أي بحث ماهية وخصائص وآثار الشرط على مستوى التزامات وحقوق طرفي الاشتراط.

فهل ساهم النظام القانوني للشرط في تحقيق حماية فعالة لرضى الطرف الضعيف في العقد؟ وما هي حدود وآثار هذه الحماية على تحقيق التوازن العقدي ومتطلبات العدالة؟

وهل ساهم القضاء المغربي في تطوير نظرية الشرط واستقلال معالمها وأركانها عن النظريات الأخرى؟، وهل ما زالت نظرية الشرط تحتفظ بأهميتها في واقع المعاملات الاقتصادية؟ أو بمعنى آخر، هل تحتاج النظرية إلى تعديل بعض أحكامها، خصوصا مع تكون قانون جديد ونظرية عامة جديدة تسمى النظرية العامة لعقد الاستهلاك ومناهج حديثة تدعو إلى حماية المستهلك؟

وهل يكفي تدعيم نظرية الشرط بالصفة الأمرة؟ أم يلزم أيضا إيجاد مؤسسات وهياكل إدارية مستقلة تعمل على محاربة الشروط التعسفية وتهذيب نظام الشرط لملاءمته مع التطورات التي تعرفها التشريعات المقارنة وذلك للحفاظ على هيئته وحيويته وفاعليته.

وإذا كانت الدراسة مجالها هو القانون المدني المغربي بمفهومه العام، فالحقيقة أن هذه التسمية غريبة عن منظومتنا القانونية لكونها شاعت في النظم اللاتينية التي تجمع بين الأحوال المالية والشخصية ضمن مدونة واحدة، إلا أن استعمالنا لهذا المفهوم يأتي استجابة لاعتبارات منهجية. وعليه، فإننا نقصد به في هذا المقام، قانون الالتزامات والعقود، القانون العقاري، مدونة الأسرة، مدونة الشغل وأخيرا مدونة التأمينات.

ورغم أن مختلف هذه القوانين قد عرفت استقلالاً عن القانون المدني إلا أننا ارتأينا على الأقل لاعتبارات منهجية الإبقاء عليها ضمن هذا المفهوم.

إن كل هذه الإشكاليات وغيرها المشار إليه أنفا سنتولى الإجابة عنها من خلال تقسيم موضوع الأطروحة إلى بابين على الشكل التالي:

الباب الأول: نظرية عامة لمفهوم الشرط في التصرفات القانونية.

الباب الثاني: إعمال الشرط وأثره نحو الحد من مبدأ قانون العقد.

الخاتمة

إن الشرط باعتباره آلية قانونية يسعى إلى تكييف إرادة المتعاقدين مع الحاجة أو الضرورة أو المصلحة التي تستدعي تعليق العقود بالشروط وربط آثارها بالمستقبل.

فالشرط يستجيب لحقيقة نفسية ترفع التكليف عن المتعاقد الذي لا تسعفه الإرادة أو الظروف الاقتصادية المحيطة بها في جعل الالتزام بسيطا وناجزا.

ولقد خالصنا في هذا العمل المتواضع إلى أن الشرط بالمفهوم الفني يعتبر وصفا للرضاء أو الإرادة أو التراضي، وليس وصفا لمطلق الالتزام لأن الإرادة كمبدأ عام هي المصدر الوحيد للشرط. وأوضحنا أيضا أن الشرط بمفهومه الحالي يعتبر أمرا عارضا (الصفة العارضة للشرط) فهو لا يدخل في تكوين العقد حيث لا يعتبر ركنا من أركانه لكونه ينضم إلى عقد استجمع سائر أركان وشروط وجوده.

والصفة العارضة للشرط هي التي تستطيع أن تميز الشرط عن غيره من المؤسسات القانونية المشابهة، لذلك كان من الضروري أن يعرف الشرط بأنه أمر عارض، مستقبل، غير محقق تعلق عليه

الإرادة وجود الالتزام أو زواله.

وقد سعى المشرع إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق الدائن والمدين أثناء تعليق الالتزام من خلال:

1- إبطال كل الشروط المستحيلة أو غير المشروعة التي تخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

2- منع كل مس أو عرقلة لتحقيق الشرط أو للحيلولة دون تحققه.

3- بطلان الشرط الإرادي المحض.

4- منح الدائن بالشرط حق اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية لحماية حقه تأكيدا لوجوده.

ولقد ساهم القضاء المغربي أيضا في تفعيل النظام القانوني للشرط من خلال:

1- إبطال شرط عدم المنافسة غير المحدد في الزمان أو المكان.

2- بطلان شرط العزوبة لوحده فقط مع إبقاء عقد الشغل صحيحا.

3- الاعتراف بصحة شرط المنع من التصرف، رغم سكوت المشرع عن ذكره.

4- الرقابة على تحقق الشرط أو تخلفه.

5- عدم استحقاق الإدارة الضريبية لواجبات التسجيل في العقود المعلقة على شرط واقف.

6- حماية الدائن أو المدين للشرط بحسب المصلحة المراد حمايتها عن طريق ضمان التطبيق

السليم والمتوازن للنظرية العامة للشرط في ضوء مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف في العقد.

ولقد تبين لنا أن كلا من القانون والقضاء المغربيين يعتبران أن حق الدائن في الالتزام المعلق

على شرط واقف هو حق موجود وليس مجرد أمل أو حق احتمالي لكنه حق غير مكتمل وغير نافذ،

كما أن حق المدين في الالتزام على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ إلا أنه مهدد بالزوال.

لكن فعالية نظام الشرط تستلزم:

1- إلزام كتابة العقد كمبدأ عام باللغة العربية.

2- إلزام كتابة العقد بحروف جد بارزة، خاصة ما تعلق بالشروط الواقفة والفاسخة.

3- إضفاء الصفة الآمرة على قواعده بحيث يمكن للمحكمة إثارة أي خرق له من تلقاء نفسها

لتقوية جانب الإرادة الضعيفة.

4- تحديد أجل قانوني معقول للحكم على تحقق الشرط أو تخلفه لثبات واستقرار المعاملات الاقتصادية لما في ذلك من آثار حسنة على تشجيع الاستثمار.

5- منع الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح بين المهنيين والمستهلكين.

6- منع شروط الإحالة ( Les Clauses de Référence ) واعتبار أي شرط غير مضمن في صلب العقد الموقع عليه من لدن الأطراف كأن لم يكن.

7- تفعيل الالتزام بالإخبار في عقود الاستهلاك وتقويته بجزاءات مدنية وزجرية صارمة حتى يتسنى للطرف الضعيف في العقد العلم الكافي بالبيانات والمعلومات والشروط التي تتصل بالعقد المراد إبرامه.

8- تجريم استغلال ضعف ( L'abus de faiblesse ) المستهلك للحصول على ميزات وشروط مبالغ فيها متى لم يكن باستطاعته تقدير حجم التزاماته أو كشف الحيل المستعملة من أجل إقناعه بهذا الالتزام أو تبين أنه كان خاضعا لضغط معين.

9- منح المستهلك حق الرجوع عن التعاقد إذا تبين له عدم ملاءمة العملية التعاقدية لمصالحه الاقتصادية سواء قبل تحقق أو تخلف الشرط أو بعدهما.

10- منح القضاء سلطة إبطال البنود أو الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك بوجه عام عن طريق إضافة خاصية جديدة للشرط وهي ألا يكون تعسفيا.

11- منح القضاء السلطة التقديرية لإبطال الشرط دون العقد حسب الأحوال والظروف.

12- منح القضاء سلطة إعادة التوازن العقدي إلى مجراه العادي والطبيعي تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

13- النص صراحة على قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف الضعيف في العقد المستهلك بصرف النظر عن كونه دائنا أو مدينا.

14- خلق أجهزة إدارية ( Organes de Régulation ) ذات فعالية موازية للقضاء تستهدف تنظيم العقود ومحاربة الشروط التعسفية.

15- منح الجمعيات حق تمثيل المستهلك والدفاع عن حقوقه سواء أمام القضاء أو أمام أجهزة النوظمة أي هيئات ضبط وتنظيم المهن.

ولا شك أن إصدار مدونة الاستهلاك من شأنه أن يمنح فعالية أكبر لنظام الشرط تنقصه وهي



# المحور الخامس : أخبار

- الندوة الجهوية الأولى احتفاء بالذكرى الخمسينية على تأسيس المجلس الأعلى.
- زيارة السيد الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف بفاس لجمهورية اليمن
- حول توأمة محكمة الاستئناف بنانسي بفرنسا ومحكمة الاستئناف بفاس

بِأمر الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله  
وإحتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى

تطلق بمدينة فاس الندوة الجهوية الأولى ضمن سلسلة الندوات المقررة طيلة سنة 2007

في موضوع

"كراء المحلات السكنية والمهنية والتجارية"



من خلال توجيهات المجلس الاعلى

# برنامج الندوة

الخميس 22 فبراير 2007

## الجلسة الافتتاحية

- 09.00: كلمة السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى .
- 09.15: كلمة السيد وزير العدل .
- 09.30: كلمة السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بفاس .
- 09.45: كلمة السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بفاس ورئيس المكتب الجهوي للودادية الحسنية للقضاة فاس - تازة .
- 09.55: كلمة ترحيب للسيد تقيب هيئة المحامين بفاس .
- 10.00: كلمة ترحيب باسم السلطات المنتخبة بفاس .
- 10.15: حفل شاي مع زيارة المعرض

## المحور الأول

عقد الكراء بين ظهيري 1955 و 1980 و بعض القوانين الخاصة الأخرى:

انسجام أو تعارض على ضوء العمل القضائي

## الجلسة الأولى

**الرئيس:** ذ. محمد بريدة عزبول الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بفاس.

**المقرر:** ذ. عبد الحق اليعقوبي محام و عضو بهيئة المحامين بفاس.

11.00: ذ. عبد الرحمان المصياحي رئيس غرفة بالمجلس الأعلى  
"توجيهات المجلس الأعلى من خلال ظهري 24 ماي 1955".

11.15: ذ. عادل العشابي قاضي بالمحكمة الابتدائية بفاس:

"تأملات في قضاء المجلس الأعلى بشأن إثبات عقد كراء الأماكن المعدة للسكنى والاستعمال المهني".

11.30: ذ. عبد المجيد زروق محامي بهيئة فاس.

"إثبات عقد الكراء التجاري في ضوء العمل القضائي".

11.45: ذ. محمد مطيش محام بهيئة تازة

"دور العمل القضائي في ملء الفراغ التشريعي بشأن إثبات العلاقة الكرائية والسومة عندما يكون العقد رضائيا".

12.00: مناقشة

## الجلسة الثانية

**الرئيس:** ذة . ليلي بنجلون الرئيسة الأولى لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس.

**المقرر:** ذ . أنوار شقروني المفوض الملكي بالمحكمة الإدارية بفاس.

14.30: ذ. الطيب حاي سيدي أساذ بكلية الحقوق بفاس

"الأسس القانونية لتكييف الكراء تجارياً".

14.45: ذ. محمد الأكلل نائب رئيس المحكمة الابتدائية بفاس

التطور التشريعي والقضائي لشكلية المطالبة بإفراغ المحلات السكنية والمهنية

15.00: ذ. عبد العزيز الصقلي أساذ بكلية الحقوق وذ. محمد الوزاني  
الطبي مستشار بمحكمة الاستئناف التجارية بفاس.

"آثار فتح مسطرة صعوبات المقاولات على عقد الكراء".

15:15: ذ. مراد الفضيل قاضي بالمحكمة الابتدائية بفاس

"رقابة المجلس الأعلى على تسبب التسيب بإخلاء المحلات التجارية والمهنية  
والحرفية".

15.30: استراحة

### الجلسة الثالثة

**الرئيس:** ذ. عبد الله الحمومي قبيب هيئة المحامين بفاس.

**المقرر:** ذة. أمينة ناعمي قاضية بالمحكمة الابتدائية بصفرو.

15.45: ذ. سعيد المعتصم قاضي بإبتدائية تاوانات

"الحق في المراجعة القضائية للوجيبة الكرائية كتميد على الحرية التعاقدية".

16.00: ذ. هشام الملاطي نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتازة.

"إشكاليات المراجعة الدورية للوجيبة الكرائية: قراءة في اجتهاد المجلس الأعلى

والقانون المتظم والمشروع المرتقب"

16.15: ذ. محمد اوزيان مفتش إقليمي بوزارة المالية والخصوصية

"الأساس القانوني لتغيير عمل المجلس الأعلى في مادة الكراء التجاري -  
درجة الفعالية"

16.30: ذ. الحمومي عز العرب مستشار بالمحكمة الادارية بفاس

عقود الأكرية من منظور القضاء الإداري"

الجمعة 23 فبراير 2007

## المحور الثاني

انتهاء عقود الأكرية من خلال التطبيقات القضائية

## الجلسة الرابعة

**الرئيس:** ذ. ادريس شاطر قيب و رئيس جمعية هيئة المحامين بالمغرب سابقا.

**المقرر:** ذ. عبد السلام زوير قاض بالمحكمة الابتدائية بميسور.

09.00: ذ. عبد العالي مجبر رئيس غرفة بمحكمة الاستئناف بفاس.

"الأسباب المشروعة لإفراغ المحلات المعدة للسكن"

09.15: ذ. محمد الشليح رئيس شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس

"الدلول المبطودولوجي للفصل 19 من القانون رقم 79-6 المنفذ بظهير 25 دجنبر 1980".

09.30: ذ. مصطفى الأزرق مستشار بالمجلس الأعلى.

"الإفراغ للاحتياج من خلال توجهات المجلس الأعلى".

09.45: ذ. الحسن الجاي قيب سابق بهيئة المحامين بفاس

"السقوط والتقدم في إطار ظهير 24 ماي 1955".

4

10.00: ذ. عبد المجيد بوكير محامي بهيئة تازة وذ. محمد المهدي أساذ

بالكلية المتعددة التخصصات بتازة.

"الحماية القانونية والقضائية لمساجري الأماكن التجارية"

10.15: استراحة

10.30: مناقشة

## الجلسة الخامسة

**الرئيس:** ذ. محمد الشليح رئيس شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس.

**المقرر:** ذ. مصطفى زروقي نائب رئيس المحكمة الابتدائية بفاس.

14.30: ذ. محمد امين بنزاكور محام بهيئة فاس.

"إشكاليات الكراء المهني".

14.45: ذ. عبد العزيز السقاط موق بفاس.

"إشكاليات توثيق عقود الأكرية التجارية وبيوعات الأصول التجارية"

15.00: ذ. عمر المحسن مفوض قضائي بفاس

"صعوبات التبليغ والتنفيذ في قضايا الكراء".

15.15: ذ. محمد الهيني عضو المكتب الجهوي للودادية الحسنية لقضاة فاس تازة.

"إشكاليات الامتداد القانوني لعقد الكراء السكني لمصلحة المكثري الأصلي".

15.30: استراحة

15.45: مناقشة

17.30: تلاوة التقرير الختامي

5

زيارة السيد الرئيس الأول  
لدى محكمة الاستئناف  
بفاس  
لجمهورية اليمن



سبق للسيد الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف بفاس أن ساهم  
بترشيح من وزارة العدل ببرنامج التفتيش القضائي للمحاكم  
التجارية كخبير قضائي تابع للأمم المتحدة للتنمية خلال شهري  
يونيو ويوليوز من سنة 2007، وقد واكبت الصحافة الوطنية  
باليمن نشاط السيد الرئيس الأول من خلال التعليق على هذا  
النشاط .

ويسر المجلة أن تنشر عينات من المقالات التي واكبت زيارة السيد  
الرئيس الأول في لقاءاته مع الأطر القضائية ومساعدتي القضاء  
من محامين وخبراء والقطاع البنكي وجهات لها ارتباط بالحقل  
القضائي والقانوني وفيما يلي نعرض لبعض هذه التغطيات  
الاعلامية.

# تقرير الأمم المتحدة عن إصلاحات القضاء التجاري سيتمول إلى مصفوفة قابلة للتنفيذ



الدكتور غازي شافق الأغبري

والتشريعات المرتبطة بالقضاء التجاري بما يتواءم مع المستجدات. وأكد التقرير على ضرورة دعم المحاكم بالقضاة المتخصصين والاستعانة بالمحامين المؤهلين وأساتذة القانون وإنشاء شعبة لتدريس القوانين المرتبطة بالقضاء التجاري في المعهد العالي للقضاء وإعادة النظر في رسوم الدعوى القضائية والاستعانة بالوسيط والمحامين بهدف تسهيل إجراءات التقاضي.

وقد قام الخبير المغربي على مدى شهر كامل بزيارة جميع المحاكم التجارية في محافظات الجمهورية والتقى خلالها بالقضاة والعاملين في المحاكم بالإضافة إلى المحامين وأعضاء الغرف التجارية واستمع إلى المشاكل والصعوبات التي تواجه سير القضاء التجاري في اليمن.

بالمحاكم التجارية يفرضه الواقع التنموي والاستثماري في اليمن وليس على حساب المحاكم الأخرى. وتضمن تقرير الخبير المغربي الذي يعمل ضمن برنامج التعاون بين الوزارة والأمم المتحدة مقترحات وتوصيات لإصلاح المحاكم التجارية في الجوانب الإدارية والتشريعية والبنية التحتية والتأهيل والتدريب والبنية التقنية والمعلوماتية، فضلاً عن التفتيش القضائي على المحاكم التجارية.

وأوصى التقرير الذي قدمه الخبير غزيرول بحضور الدكتور عبد الله فروان رئيس هيئة التفتيش القضائي والدكتور علي سليمان نائب رئيس هيئة التفتيش بضرورة إنشاء مبان خاصة بالمحاكم وفقاً للمواصفات الحديثة، وإنشاء محاكم استئنافية تجارية وإعادة النظر في بعض القوانين

■، صنعاء - سبأ:

أكد وزير العدل الدكتور غازي شافق الأغبري أنه سيتم تشكيل لجنة خاصة لاستيعاب النتائج والتوصيات والمقترحات المتعلقة بإصلاحات المحاكم التجارية التي تضمنها تقرير خبير هيئة الأمم المتحدة وتحويلها إلى مصفوفة تنفيذ وفقاً لبرامج زمنية محددة.

وأشار الوزير الأغبري خلال لقائه أمس خبير هيئة الأمم المتحدة محمد برادة غزيرول إلى أنه سيتم الاستفادة من نتائج التقرير المقترحة لإصلاح المجال التشريعي والقضائي والإداري والمعلوماتي ضمن خطط الوزارة السنوية المقدمة إلى مجلس الوزراء.. مبيناً أن الوزارة ستحرص على تنفيذ تلك المصفوفة على المدى القصير والمتوسط والبعيد وفقاً للإمكانات المتاحة.

ولفت وزير العدل إلى أن الاهتمام

# تقرير دولي يدعو الحكومة لراجعة تشريعات القضاء التجاري وإنشاء محاكم استئنافية

صنعاء (السياسية):

دعا تقرير دولي الحكومة اليمنية إلى ضرورة إعادة النظر في بعض القوانين والتشريعات المرتبطة بالقضاء التجاري وإنشاء "مبان خاصة بالمحاكم التجارية وفقا للمواصفات الحديثة". وأوصى التقرير الذي أعده الخبير الدولي، محمد براءة غزيول، بـ"ضرورة دعم المحاكم بالقضاة المتخصصين والاستعانة بالمحامين المؤهلين وأساتذة القانون" وإنشاء محاكم استئنافية تجارية وتدريب القوانين المرتبطة بالقضاء التجاري في المعهد العالي

للقضاء". وأشار التقرير، الذي قدمه الخبير غزيول أمس لوزير العدل، الدكتور غازي الأغبري، إلى "إعادة النظر في رسوم الدعوى القضائية والاستعانة بالوسيط والمحامين بهدف تسهيل إجراءات التقاضي".

وكالة (سبأ) نقلت عن وزير العدل قوله إنه سيتم تشكيل لجنة خاصة لاستيعاب نتائج ومقترحات التقرير وتحويلها إلى مصفوفة تنفيذ وفقا لبرامج زمنية محددة.

وأضاف أنه سيتم الاستفادة من نتائج التقرير المقترحة لإصلاح المجال التشريعي

والقضائي والإداري والمعلوماتي ضمن خطط الوزارة السنوية المقدمة إلى مجلس الوزراء، موضحا أن الوزارة ستحرص على تنفيذ تلك المصفوفة على المدى القصير والمتوسط والبعيد وفقا للإمكانات المتاحة.

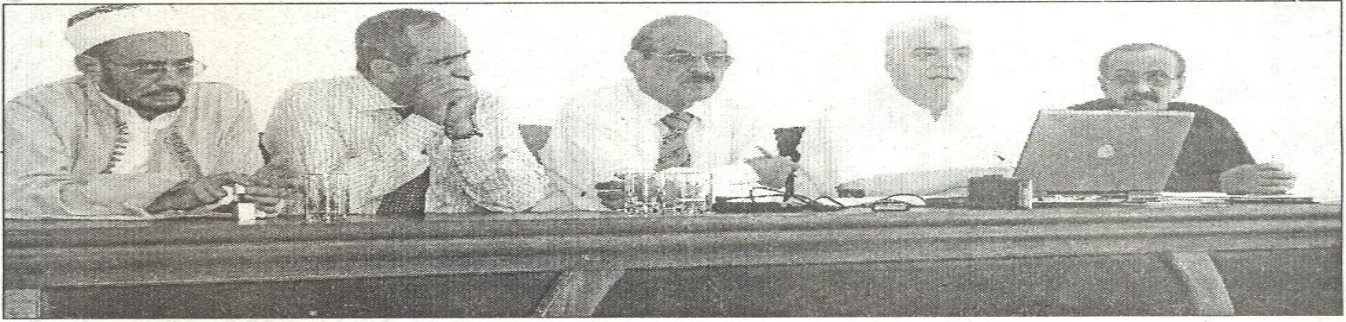
وقال الوزير الأغبري "الاهتمام بالمحاكم التجارية يفرضه الواقع التنموي والاستثماري في اليمن".

تجدر الإشارة إلى أن الخبير الدولي زار مؤخرا جميع المحاكم التجارية في المحافظات وفي إطار برنامج تعاوني بين وزارة العدل والأمم المتحدة. ■

من ساركوزي.. صنعاء مهتمة بالحصول على معدات عسكرية فرنسية.. الرئيسان ساركوزي وصالح يبحثان تعزيز العلاقات الثنائية.. ساركوزي وعلي صالح يبحثان مواضيع إقليمية والتعاون الثنائي ساركوزي يبحث مع نظيره اليمني شراء طائرات ايرباص وإقامة مشاريع غاز.. تعزيز العلاقات الثنائية على مختلف الأصعدة.. قمة يمنية.. فرنسية تبحث شراء اليمن طائرات ايرباص..

مع الشعب اليمني وعزمها على أن تساهم في التنمية في المنطقة. وأضافت الصحيفة أن الرئيس عا الخارجية والداخلية والدفاع الفرنسي الثنائية مع فرنسا بوجهها السياسي تناول معه كذلك المتغيرات الإقليمية والتي يجري في الشرق الأوسط وفي فلسطين وأضاف تقرير / الشرق الأوسط ساركوزي في حديث لإذاعة فرنسية بأنه وللتدليل على التطور الإيجابي للعلا كانت تتلقاه اليمن من فرنسا من مس مليون يورو الى ١٣٥ مليون يورو .

## محافظ عدن يفتتح ندوة تبادل الخبرات اليمنية المغربية لتطوير القضاء التجاري



عدن / محمد عبدالله ايوراس تصوير / محمد عوض

افتتح الاخ احمد محمد الكلاني محافظ محافظة عدن صباح امس الندوة التي اقامتها محكمة الاستئناف والشعبة الاستئنافية التجارية والمحكمة التجارية الابتدائية لتبادل الخبرات اليمنية والمغربية لتطوير القضاء التجاري.

والقى محافظ عدن كلمة في الندوة التي حضرها فضيلة القاضي جبار العدوف رئيس محكمة الاستئناف بالمحافظة شكر فيها الوفد المغربي برئاسة فضيلة القاضي محمد براره لتقديم التجربة المغربية في مجال تطوير القضاء وشكر تفاعل الحاضرين خلال الندوة والجهود الجماعية للارتقاء بعمل القضاء وتفعيل دوره متمنيا للخبراء المغربية النجاح في

مهمتهم في تنفيذ اتفاقيات التعاون اليمنية المغربية في مجال تطوير القضاء ونقل الخبرات المغربية في مجال القضاء التجاري.

وكان القاضي محمد براره قد قدم مداخلة هامة تناول فيها التجربة المغربية في مجال الاصلاح القانوني والمؤسساتي بالمغرب وأوضح القوانين التي صدرت بالمغرب كما قدم شرحا عن الاجراءات التجارية وتحسين الادارات المساعدة في مجال القضاء وتطوير الاعمال الادارية وتسهيل الاجراءات بين المتقاضين كما اوضح الاجراءات المساعدة للقضاء في مجال التحكيم القضائي وأوضح الندوات والمحاضرات وحلقات النقاش التي عقدت بالمغرب لتطوير القضاء وعددا من الاجراءات والاصلاحات التي نفذت لاحداث التطور القضائي وفي سبيل تحقيق العدالة.

وكان فضيلة القاضي جبار العدوف رئيس محكمة الاستئناف بالمحافظة قد القى كلمة رحب في مستهلها بالمشاركين واستعرض اوضاع القضاء وجملة الصعوبات التي يواجهها موضحا ان محكمة الاستئناف تعاني من شحة الامكانيات مؤكدا اهمية تطبيق الاجراءات والتنظيمات على صعيد الواقع موجها الشكر لقيادة الدولة على جهودها في دعم القضاء شاكرا تشريف ورعاية قيادة المحافظة لهذه الندوة.

حضر الندوة فضيلة القاضي علي عوض ناصر رئيس الشعبة التجارية وفضيلة القاضي محمد الجنيدي رئيس المحكمة التجارية فيما شارك فيها امراء السر بالمحاكم التجارية واعضاء الفرقة التجارية بالمحافظة والمحامين وموظفي عدد من مرافق الدولة المعنية.

## لجنة لدراسة نظام منظمات المجتمع المدني

# تعز: لقاء لتنفيذ البروتوكول القضائي بين اليمن والمملكة المغربية

اللقاء رئيس الشعبة التجارية بتعز القاضي محفوظ كرامة بافطيم .

من جهة ثانية أقرت ورشة العمل الخاصة بمناقشة مشروع النظام الأساسي للكيان المؤسسي لمجموعة عمل منظمات المجتمع المدني التي عقدت أمس بتعز بمشاركة ٦٠ ممثلاً عن منظمات المجتمع المدني بالمحافظة، تشكيل لجنة برئاسة عبد العزيز سلطان لدراسة المشروع واستيعاب الملاحظات والمقترحات المقدمة بشأنه من قبل المشاركين في الحلقة النقاشية . وهدفت الورشة إلى إطلاع منظمات المجتمع المدني بتعز على النظام الأساسي للكيان المؤسسي لمجموعة عمل منظمات المجتمع المدني وفكرة إنشاء الكيان والخطوات التي قطعت في هذا المجال. ■

الدكتور علي سليمان أن اللقاء يهدف تحديد المشاكل والمعوقات أمام القضاء التجاري والاستفادة من التجربة المغربية في هذا المجال للوصول إلى برنامج عمل استراتيجي حديث ومتطور للقضاء التجاري اليمني من خلال استقراء الواقع والملاحظات من ذوي الشأن في مختلف محافظات الجمهورية للوصول إلى إستراتيجية عمل مستقبلية مثلى. فيما استعرض الخبير محمد غزبول برادة التجربة المغربية الناجحة في الوصول إلى قضاء تجاري متميز يخدم التنمية وجاذب للاستثمار. وأكد أن التعاون اليمني - المغربي في إصلاح المنظومة القضائية والتفتيش القضائي للمحاكم التجارية اليمنية يتطلب تكاتف جميع الجهود. حضر

تعز (سبا): التقى نائب رئيس هيئة التفتيش لشؤون المحاكم التجارية الدكتور علي سليمان علي والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمدينة فاس المغربية خبير قانون التجارة الدولية محمد غزبول برادة أمس بالمسؤولين والمختصين في الغرفة التجارية بتعز والبنوك وعدد من المحامين والمحاسبين القانونيين.

يأتي هذا اللقاء تنفيذاً للبروتوكول الموقع بين الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية الشقيقة الخاص بإصلاح المنظومة القضائية والتفتيش القضائي للمحاكم التجارية اليمنية من خلال مشروع تجديد وتحديث القوانين لاستقطاب الاستثمار المدعوم من هيئة الأمم المتحدة للتنمية. وبين

## الثورة

الاثنين ١٧ جمادى الثانية ١٤٢٨هـ الموافق ٢ يوليو ٢٠٠٧ العدد (١٥٥٧٣)

Thawrah

Mon . 2 Jul. 2007 .. 17/6/1428 - No(15573)

### في لقاء عقد في تعز

## استعراض آليات تحديث منظومة القضاء التجاري

التجاري والاستفادة من التجربة المغربية في هذا المجال للوصول إلى برنامج عمل استراتيجي حديث ومتطور للقضاء التجاري اليمني من خلال استقراء الواقع والملاحظات من ذوي الشأن في مختلف محافظات الجمهورية للوصول إلى إستراتيجية عمل مستقبلية مثلى.

فيما استعرض الخبير محمد غزبول برادة التجربة المغربية الناجحة في الوصول إلى قضاء تجاري متميز يخدم التنمية وجاذب للاستثمار.

وأكد أن التعاون اليمني المغربي في إصلاح المنظومة القضائية والتفتيش القضائي للمحاكم التجارية اليمنية يتطلب تكاتف جميع الجهود.

حضر اللقاء رئيس الشعبة التجارية بتعز القاضي محفوظ كرامة بافطيم.

■ تعز/سبا  
التقى نائب رئيس هيئة التفتيش لشؤون المحاكم التجارية الدكتور علي سليمان علي والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمدينة فاس المغربية خبير قانون التجارة الدولية محمد غزبول برادة أمس بالمسؤولين والمختصين في الغرفة التجارية بتعز والبنوك وعدد من المحامين والمحاسبين القانونيين.

يأتي هذا اللقاء تنفيذاً للبروتوكول الموقع بين الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية الشقيقة الخاص بإصلاح المنظومة القضائية والتفتيش القضائي للمحاكم التجارية اليمنية من خلال مشروع تجديد وتحديث القوانين لاستقطاب الاستثمار المدعوم من هيئة الأمم المتحدة للتنمية.

وبين الدكتور علي سليمان أن اللقاء يهدف إلى تحديد المشاكل والمعوقات أمام القضاء

# المحور السادس : التشريعات