

كيف نقرأ

ظهير الالتزامات والعقود؟^(١)

تمهيد :

قد يبدو هذا العنوان غامضا وغير واضح الدلالة، ولذلك أبادر إلى القول بأن القصد منه هو التساؤل عن المنهاج أو التصور الذي ينبغي اتباعه في تحليل وتطبيق نصوص هذا الظهير في محاضرات الجامعة، وقاعات المحاكم، وفي غير هذه وتلك من مجالات الفقه والاجتهاد.

هل نتشبت بربطها بمصدرها اللاتيني ونستوحي تفسيرها داخل إطار المبادئ والنظريات التي يقوم عليها هذا المصدر؟

أم نقطع صلتها به، ولا نعتبر ذلك المصدر إلا مجرد قانون مقارن لانستأنس به إلا لما، وعند نضوب المصادر الأخرى الأكثر قربا من القانون المقارن؟

أم إن الأمر يتطلب التمييز بين المصادر التي نقل منها ظ.ل.ع.؟
فيل الجواب عن هذه الأسئلة لانطيل الكلام عن مصادر ظ.ل.ع. ولا نرى مبررا للمناقشة التي يثيرها كثير من الكتاب حول مدى تأثير نصوص ظ.ل.ع. بالقانون الفرنسي، وبالشرعية الإسلامية^(١).

(١) — قدم في الندوة التي نظمتها كلية الحقوق بالدار البيضاء يومي 20 و 21 أبريل 1984 في موضوع :
«حول قانون الالتزامات والعقود واجتمع بعد مضي سبعين سنة»

(1) يلاحظ أن الذين يكتبون في هذا الموضوع يميلون إلى استعمال عبارة «الشرعية الإسلامية» بدل «الفقه الإسلامي» وهو تعبير في نظرنا غير دقيق، فالشرعية الإسلامية تعني الأحكام المنصوص عليها صراحة في الكتاب والسنة، والذين يكتبون عن ظهير الالتزامات والعقود إنما يقصدون تأثيره بأحكام الفقه الإسلامي وهي الأحكام المستنبطة عن طريق الاجتهاد من المصدرين الأساسيين للشرعية.

وأيا كان سند القائلين بهذا التأثير⁽²⁾، أو المنكرين له⁽³⁾، فإننا نعتقد أن لكل من الرأيين نصيباً من الصحة مع ميل واضح إلى المبالغة وأن أحسن وصف قيل في ظل.ع. بالنسبة للأصل الذي اقتبس منه هو الذي ورد في التقديم الذي رفع به وزيراً الخارجية والعدل الفرنسيان نصوص الظهير إلى رئيس الجمهورية الفرنسية في فاتح سبتمبر 1913 حيث قالاً فيه إن الأوروبيين يجدون فيه إلى حد كبير قواعد مقتبسة من قوانينهم الوطنية، وأن المسلمين لن يجدوا فيه ما يزعج شعورهم الديني مادامت نصوصه غير مخالفة للقانون التونسي الذي أحيل قبل إصداره على لجنة مكونة من علماء الزيتونة وقضاة المحكمة الشرعية العليا أكدت أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

فالحقيقة التي ينطق بها هذا التقديم هي أن ظل.ع. مقتبس من القانون الفرنسي وإلى حد ما القانون الجرمانى، وأنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن هذا التعارض يحتاج إلى إثبات وهو ما لم تقم عليه حجة.

ومهما يكن من أمر فإن البحث عن مصادر ظل.ع. ومناقشة الحجج المشبهة أو النافية لارتباطه بهذا المصدر أو ذاك، مسألة تاريخية صرف، وأهم منه على كل حال البحث عن الأسلوب الذي تقرأ به نصوص الظهير، وتطبق به في حياتنا الواقعية المعيشة اليوم ونحن على مشارف ونهاية القرن العشرين.

بعد هذا التقديم نعرض الموضوع في الفقرتين الآتيتين :

الفقرة الأولى : القراءة التي طبق بها ظل.ع. منذ صدوره وما نزال سائدة.

الفقرة الثانية : القراءة التي نقرحها.

(2) انظر مثلاً :

- موسى عمود في أطروحته «الوضعية القانونية للفاصر في المغرب».
- عبد الواحد بلقرين في أطروحته : «الحياة في القانون الخاص المغربي».
- بول دو كرو : سلطان الإرادة والنظام العام في القانون الاتفاقي المغربي، ومقاله بعنوان أصل وتأصيل الظهير المكون لـ ظل.ع. المنشور في مجلة المحاكم المغربية (GTM) عدد 1225 ص 19 بتاريخ 1958/2/25.

(3) انظر مثلاً علال الفاسي في كتابه «دفاعاً عن الشريعة»...

الفقرة الأولى :

القراءة التي طبق بها ظ.ل.ع. وماتزال قائمة

إذا كان ظ.ل.ع. مأخوذا في مجمله من مدونة نابليون وبعض الاجتهادات التي طبقت بها فما لاجدال فيه كذلك أنه تضمن نصوصا يبدو من صياغتها أنها أخذت من الاجتهاد الفقهي الإسلامي الذي كان معمولاً به. لذلك نتناول أولا تطبيق ظ.ل.ع. في إطار انتماؤه إلى مدرسة القانون الفرنسي، وثانيا تطبيق النصوص التي تشير إلى اقتباسها من الفقه الإسلامي.

أولا : تطبيق ظ.ل.ع. في إطار انتماؤه إلى مدرسة القانون الفرنسي

يمكن أن نميز بين مرحلتين مر بهما تطبيق ظ.ل.ع. والتعليق على نصوصه وتحليلها. مرحلة ما قبل قانون مغربة القضاء والمرحلة التالية لتنفيذ هذا القانون.

1 - قبل قانون 26 يناير 65 المقرر لمغربة القضاء :

لعل مما لاخلاف فيه أن ظ.ل.ع. كان ينظر إليه كمجرد ظل لنصوص القانون الفرنسي في هذه المرحلة ولاسيما قبل تأسيس المجلس الأعلى بظهير 1957/9/27 حيث كانت محكمة النقض الفرنسية تبسط نفوذها على المحاكم المكلفة بتطبيق ظ.ل.ع. كما كان كل الكتاب والمعلقين على نصوصه من الفرنسيين أو من بعض الأجانب الآخرين.

بل إن المشرع نفسه (الذي كانت تطلق عليه أحكام القضاء عبارة «مشرع الحماية») كان يسير على نفس الفكرة ويكفي أن تشير مثلا إلى التعديلات المتعاقبة للمادتين 85 و 443 تنفيذا لنفس التعديلات التي طرأت على مثيلتيهما 1384 و 1341 من القانون المدني الفرنسي.

إذن لأعتقد أن الموضوع في حاجة إلى مناقشة أو استدلال فالرجوع إلى أي مؤلف ظهر في هذه الفترة أو إلى أية مجموعة أحكام قضائية كاف للتأكد مما نقول حتى إن كثيرا من هذه الأحكام كانت تقرن مواد ق.ف. بمواد ظ.ل.ع. كما تأتي بحجيات كاملة من القواعد الاجتهادية التي قررتها محكمة النقض بباريس. وبعد تأسيس المجلس الأعلى لم يتغير هذا الاتجاه في جوهره ولعلنا نجد الحجة

المقتنعة في الملاحظات والتعليقات التي وضعها السيد أندري كلومبيني على مجموعة قرارات المجلس بين سنتي 57 — 1965.

2 — بعد تطبيق قانون 26 يناير 1965.

في هذه الفترة برزت عدة عوامل كان من شأنها أن تحمل المشتغلين بالفقه والقضاء على إعادة النظر في قراءة نصوص ظ.ل.ع. وأهم هذه العوامل :
— مغربة القضاء وانتقاء المنخرطين فيه من بين حملة الإجازة في الحقوق أو في الشريعة مع استكمال تكوينهم في معهد الدراسات القضائية.

— امتداد تطبيق الظهير إلى جميع القضايا المدنية عدا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ الأمر الذي أصبحت معه نصوصه أكثر ارتباطا والتصاقا بالوسط الاجتماعي المغربي.

— انتشار كليات الحقوق وارتفاع نسبة المغربة في هيئات التدريس بها.

— تكون الآلاف من المغاربة في الدراسات القانونية مما جعل المرافق المعتمدة على هذه الدراسات تصل إلى حد الإشباع مثل القضاء والمحاماة والتدريس بالكليات.

— ازدياد عدد المجلات والدوريات المتخصصة في الدراسات القانونية ونشر الأحكام القضائية حتى تجاوز عددها الآن 15 مجلة.

بالرغم من كل هذه العوامل فإننا لانلاحظ تحولا واضحا في التعامل مع ظ.ل.ع. ويمكن القول إن دار لقمان ماتزال على حالها، وحتى مجرد مراجعة نصوص الظهير التي وعد بها قانون 26 يناير، لم تتحقق إلى الآن.. ولانقصد من هذا أن الفترة التي مضت على صدور قانون يناير 1965 والظروف التي استجدت خلالها كانت كافية لنشوء مدرسة فقهية مغربية تمد ظ.ل.ع. بكل ما يحتاج إليه للتجنس بالجنسية المغربية، وتمكين نبتته الجديدة من النمو في تربة المجتمع المغربي الحديث.

وإنما القصد هو أن الجهد المبذول كان متواضعا جدا، وأن التبعية التي عاش في ظلها ظ.ل.ع. أزيد من خمسين عاما منذ صدوره استمرت بعد مغربة القضاء وانتشار كليات الحقوق.

وللتدليل على ذلك أرى الاقتصار على الأمثلة الآتية :

أ) ما يزال الاتجاه العام في دروس كليات الحقوق المتعلقة بتحليل نصوص ظ.ل.ع. هو ترديد مقال به الفقه الفرنسي في تعليقه على نصوص القانون الأم، ويمتد ذلك أحيانا إلى اقتباس نفس الأمثلة التي يوردها ذلك الفقه حتى ولو كانت غير صحيحة بالنسبة للقانون المغربي.

ب) استمرار القضاء في تطبيق مسؤولية الأم عن أبنائها القاصرين وفقا للدلالة اللفظية للمادة 85 دون تجاوز ذلك إلى البحث عن أساس المسؤولية ومبررها، وفقا لمدونة الأحوال الشخصية.

ج) الاستعمال المجاني للشيء استثناء الاجتهاد الفرنسي من تطبيق م 1384 وسار (الاجتهاد) المغربي على منواله بالنسبة للمادة (88). وفي 27 فبراير 1958 أصدر المشرع الفرنسي قانون التأمين الإجباري لصالح راكبي السيارات. مما جعل المحاكم تراجع موقفها السابق بعد أن أصبح التعويض تتحمله شركة التأمين وليس حارس الشيء.

وبعد ظهور عدة كتابات وتعليق في الموضوع، وبعد أخذ ورد بين المحاكم الدنيا ومحكمة النقض استمر زهاء عشر سنوات اقتنعت هذه الأخيرة بوجاهة الاتجاه الجديد فاجتمعت بكل غرفها لتصدر في 20 ديسمبر 1968 قرارا أوضحت فيه الأسباب التي جعلتها تقبل التراجع عن الاجتهاد السابق وتطبيق م 1384 على الاستعمال المجاني للشيء.

وفي المغرب لم يطرأ أي تغيير من الناحية التشريعية على مسؤولية الحارس، ولم تظهر كتابات فقهية تناقش موضوع هذه المسؤولية في حالة الاستعمال المجاني للشيء سواء في أحكام القضاء أو خارجها.

والمجلس الأعلى بدوره لم يجتمع لابل كل غرفه ولا حتى بغرفتين اثنتين للتداول في الموضوع. فأول قرار نشر للمجلس بالتراجع عن الاجتهاد السابق كان في 20 ديسمبر 1967⁽⁴⁾ ويتعلق بطلب تعويض عن وفاة ضحية كان يركب السيارة مجانا، ولم ترد فيه أية مناقشة أو تعليل وكل ماجاء فيه هو ما يأتي :

«وحيث إن محكمة الاستئناف ألغت طلب (المتضرر) بناء على عدم ثبوت الخطأ

(4) م.ق. في عدد 88 — 89 ص 408.

وحيث إنها لم تصادف الصواب عندما طبقت على الأحداث كما وصفتها في حكمها
الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات إذ إن الضرر في هذه النازلة يرجع إلى
السيارة التي كانت في حراسة مالكيها.

وحيث إن الفصل 88 المشار إليه الذي كان يجب تطبيقه في هذه النازلة يوجب
المسؤولية على الحارس...

وحيث إن محكمة الاستئناف لم تستخلص من الأحداث الثابتة لديها النتائج
القانونية المترتبة عليها وأساءت تطبيق الفصل 78 من ظهير الالتزامات والعقود
فكان حكمها غير مرتكز على أساس قانوني وبالتالي قابلا للنقض.

(د) عندما اقترح في مجلس النواب عام 1978 تعديل م. 230 من ظ.ل.ع.
عارضت ذلك الأمانة العامة للحكومة، وكان أهم ما اعتمدت عليه في هذا
الاعتراض هو أن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة يؤدي إلى الإخلال بسلامة
المعاملات واضطرابات اقتصادية خطيرة خصوصا أيام الأزمات وعدم الاستقرار
النقدي، زيادة على أنها تثير بعض المشاكل في التطبيق حيث سيكون على القاضي
الالتجاء إلى معايير خاصة بكل واقعة تعرض عليه.

وهذا التعليل لم يزد على ترديد مايقول به الفقه الفرنسي المعارض لتعديل م.
1134 م.ف.

(هـ) في كتاب «شرح قانون الالتزامات والعقود» الذي نشرته وزارة العدل
ورد في ص. 143 و 144 مايلي :

«إن الفصل 85 يشير إلى الأب أو الأم بعد وفاة الزوج» وبمقتضاه يكون الأب
مستقولا إذا كان حيا، لم تنزل عنه صفة الولاية، ولم يقع انفصام عرى الزوجية
فيما بينه وبين أم الولد، أما إذا كان الأمر على خلاف ذلك، بأن توفي، أو صارت
الحضانة للأم بمقتضى أمر قضائي (مثلا حالة زوال حق الولاية الشرعية عن الأب
وحالة الطلاق الذي تبقى معه الحضانة للأم، فإن المسؤولية تنتقل إلى الأم.

حقا إن مسؤولية الأم يجب أن تحل محل مسؤولية الأب وليس في حالة موت
هذا الأخير خاصة ولكن أيضا كلما تقرر سقوط حق الولاية الشرعية عن الأب،
وكلما انحل ميثاق الزواج بين الأبوين، فهي في هذين الحالتين كما هو معلوم ترجع
لها شرعا ومن حيث المبدأ حضانة الولد.

ومن جهة أخرى فإنه بالرغم من كون النص قد عبر بلفظة «الزوج» فإن المسؤولية تقع أيضا على الأب والأم الطبيعيين عندما تثبت لهما شرعا حقوق وواجبات الأبوة والأمومة : فبالنسبة للأب إذا استلحق الولد بإشهاد رسمي أو بخط يده لايشك فيه (الفصلان 95 و 96 من مدونة الأحوال الشخصية) وبالنسبة للأم في الأحوال الأخرى (البند الثاني من الفصل 83 من نفس المدونة).

إن هذا الكتاب الذي أصدرته وزارة العدل قبل عام 1975 حاول تفسير م. 85 ظ.ل.ع. بالنقل الحرفي للتفسير الذي كان يطبق به الاجتهاد الفرنسي إذ ذاك الفقرة الرابعة من م. 1384 م.ف بالرغم من أنه يتعارض مع الوضع التشريعي بالمغرب.

فبالنسبة للولد الشرعي لا تمارس عليه الأم السلطة الأبوية أبدا حتى ولو كانت في يدها الحضانة، لأن السلطة الأبوية خاصة بالأب وبعد وفاته تنتقل إلى العصابة، فكيف نجعل ممارسة هذه السلطة أساسا لتحديد المسؤول من الأبوين وفقا للمادة 85 ؟

وبالنسبة للولد غير الشرعي علاقته بأمه تثبت بقوة القانون (م. 83 م.ح.ش.) ولا تتوقف على اعتراف الأم ولا على أي إجراء آخر، ولو أن القانون المغربي لم ينظم مع ذلك ممارسة السلطة الأبوية على هذا الولد.

أما الأب فلا يعترف القانون بعلاقته بولده الطبيعي أبدا. والاستلحاق يكون لجهول النسب وليس للولد غير الشرعي.

ونكتفي بهذه الأمثلة التي توضح مدى التبعية وارتباط نصوص ظ.ل.ع. بنصوص ق.م.ف. تفسيراً وتطبيقاً، ولعلها أيضا كافية لتفسير ظاهرة الجمود التي لحقت ظ.ل.ع. فقد مر على تمديد تطبيقه على جميع المواطنين حوالي عشرين عاما. وطيلة هذه الفترة لم يلحق التغيير أو التعديل ولو مادة واحدة من مواده⁽⁵⁾.

(5) نقصد بذلك التعديل المباشر لتلك المواد، وهذا لا ينافي صدور نصوص خاصة تخالف مقتضيات بعض مواد ظ.ل.ع. انظر مثلاً م. 8 من قانون تنظيم كراء محلات السكنى أو الاستعمال المهني الصادر بظهير 25 ديسمبر 1980.

ثانيا : تطبيق النصوص التي تشير إلى اقتباسها من الفقه الإسلامي

إذا كان تطبيق ظ.ل.ع. بالنسبة إلى مصدره القانون الفرنسي قد خضع لتبعية مطلقة، تبعية عمياء وصماء — في كثير من الأحيان — فإن الوضع كان أدهى بالنسبة للنصوص المقتبسة من الفقه الإسلامي لافرق في ذلك بين المرحلة السابقة على مغربة القضاء والمرحلة التالية لهذه المغربة.

فقد تم شبه إجماع تلقائي فقها وقضاء على صرف الاهتمام بإعادة قراءتها والبحث عن حلول ترتبط مباشرة بمبادئ الشريعة ونصوصها الأساسية مع مراعاة الظروف المستجدة في واقع الحياة الاجتماعية.

ثم ووجهت هذه النصوص من الناحية التطبيقية بأحد الحلين الآتين : الإلغاء القانوني أو الإلغاء الفعلي.

فالإلغاء القانوني كان من نصيب النصوص التي يستفيد منها أحد طرفي العلاقة مثل م. 140 التي كانت تقرر حلول الدين بموت المدين فتفاديا لإحراج القضاء بمطالبة الدائنين بتطبيقها تم إلغاؤها بظهير 19 يوليو 1922.

بينما الإلغاء الفعلي كان مصير الأغلبية المطلقة للنصوص الأخرى مثل م. 484 و 492 و 870 و 986 و 988⁽⁶⁾. حيث أهمل شرحها وتحليلها في الكتابات الفقهية، وصرف النظر عن تطبيقها في أحكام القضاء...

هذا باختصار ما انتهى إليه تطبيق النصوص التي تتضمن أحكاما مقتبسة من الفقه الإسلامي، والأمر ليس في حاجة إلى تعليق.

الفقرة الثانية : القراءة المقترحة

رأينا الاتجاه الذي سلكه تطبيق ظ.ل.ع. والتعليق عليه، سواء باعتباره منتميا

(6) تتعلق هذه المواد بالترتيب أعلاه بالموضوعات التالية :

- بطلان البيع بين المسلمين إذا تعلق بأشياء تعتبر نجسة «وفقا لشريعتهم».
- منع المسلمين من بيع المواد الغذائية قبل قبضها.
- اشتراط الفائدة في عقد القرض بين المسلمين، يبطل العقد.
- بطلان عقد الشركة بقوة القانون بين المسلمين إذا كان محلها أشياء محرمة بمقتضى الشريعة.
- منع المسلمين من أن يقدموا حصتهم في الشركة مواد غذائية.

إلى مدرسة القانون الفرنسي، أو بالنسبة للقليل من نصوصه المقتبسة من الفقه الإسلامي.

وإذا كنا قد انتقدنا ذلك الاتجاه فما هو البديل ؟
هذا مانود إثارتة في هذه الفقرة.

يمكن أن نحدد معالم قراءة ظ.ل.ع. التي ندعو إليها بالحديث عن جوانب ثلاثة لتطبيق الظهير :

— علاقة ظ.ل.ع. بالمدرسة القانونية الفرنسية.

— علاقة ظ.ل.ع. بمدونة الأحوال الشخصية.

— علاقة ظ.ل.ع. بالفقه المالكي.

أولا : علاقة ظ.ل.ع. بالمدرسة القانونية الفرنسية.

في القراءة المطلوبة لظهير ل.ع. يمكن أن نلاحظ وجود عوامل تقارب وعوامل تباعد بينه وبين المدرسة القانونية الفرنسية.

1 — عوامل التقارب :

من أهم هذه العوال :

أ) الارتباط العضوي القائم بين نصوص ظ.ل.ع. والمبادئ التي تقوم عليها هذه النصوص وبين مدرسة القانون الفرنسي، وهو أمر لا تخفى أهميته.

ب) مكانة المدرسة الفرنسية من بين مدارس القانون المقارن. فقد استطاعت في مدى قرنين من الزمن أن تثبت أصالتها، وتفرض تأثيرها على الفكر القانوني المعاصر.

ج) التفسير التطبيقي للظهير مدة حوالي ثلاثة أرباع القرن، هذا التفسير الذي أصبح يشكل — أينما أم رضينا — الأساس الذي نطلق منه في كتاباتنا الفقهية وأحكامنا القضائية.

إن هذه العوامل وغيرها تفرض في قراءتنا ظ.ل.ع. استمرار التواصل بينه وبين المدرسة الفرنسية، وتحول دون اللجوء إلى القطيعة كما يدعو البعض إلى ذلك.

2 - عوامل التباعد :

إذا أشرنا إلى بعض عوامل التقارب فإنه ينبغي كذلك عدم إهمال أسباب أو عوامل أخرى تبعد قراءتنا لنصوص ظ.ل.ع. وبين المدرسة الفرنسية. ولعل من أهمها :

أ) اختلاف واقع المجتمعين المغربي والفرنسي. ليس في العقيدة الدينية فحسب ولكن كذلك في كثير من مجالات التنظيم الاجتماعي والاقتصادي، وفي التصورات الفكرية والإيديولوجية.

ب) القانون الفرنسي نفسه ابتعد عن القانون المغربي. خصوصا في العقدين الأخيرين وبالنسبة لتنظيم الأسرة، والضمان الاجتماعي والتأمين، وكل ذلك له انعكاس مباشر على تنظيم العلاقات المدنية العادية.

ج) مع تقديرنا للمدرسة الفرنسية لا ينكر أحد ما فيها من بقايا الشرح على المتون، وما يتسم به تيارها الفقهي العام من دغماتية متحجرة ناجمة عن تقديس مدونة 1804، والتمسك ببعض مبادئها التي عفا عليها الزمن، وتجاوزها الواقع : ومن الأمثلة على ذلك موقف هذا الفقه من نظريات التعسف في استعمال الحق، ومضايقات الجوار، وما يسمى تعسفا بالخطأ المفترض. وكل ذلك إرضاء للنصوص التي تقول لامتسؤولية بدون خطأ..

وموقفه من نظرية الظروف الطارئة ومن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية وضمان العيوب الخفية، والاستحقاق تقديسا لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» (م. 1134 م.ف) (7).

على ضوء هذين النوعين من عوامل التقارب والتباعد، ينبغي قراءة ظ.ل.ع. إزاء القانون والفقه الفرنسيين، وذلك بأن نستعين في تفسير نصوصه، بآراء وأفكار

(7) اعتبرنا هذا من عوامل التباعد لأن من شأن القراءة المستقلة لنصوص ظ.ل.ع. أن تقينا من ذلك التحجر، فنصوص المسؤولية التقصيرية لدينا تختلف في صياغتها - وإن لم يكن الاختلاف كليا - عن نصوص القانون الفرنسي بالإضافة إلى وجود نصوص خاصة بالتعسف في استعمال الحق ومضايقات الجوار. كما أن نظرتنا إلى ظ.ل.ع. المجردة من التقديس والمحافظة على التراث، تسمح بتجليل ونقد مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» الوارد في م : 230 ل.ع. إضافة إلى إمكانية التلطيف من حدته بالاستعانة في تفسير النص بمبادئ الفقه الإسلامي كما سنشير إلى ذلك بعد قليل.

من ذلك القانون والفقهاء لكن مع مراعاة الواقع الاجتماعي المغربي، اختلف عن المجتمع الفرنسي، ومع التحرر من الأفكار والنظريات المتحجرة، ولاسيما تلك التي كرس بها قانون 1804 فلسفة المذهب الفردي، وحمد عليها ورعاها التيار المحافظ من الفقهاء نتيجة تقديس النصوص، والحرص — المشوب بالغرور — على الاعتزاز بالتراث.

ثانيا : علاقة ظ.ل.ع. بمدونة الأحوال الشخصية

تضمن ظ.ل.ع. بعض الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهي أحكام لم تتعرض لها المدونة⁽⁸⁾، أو قررت ما يخالفها⁽⁹⁾. وهذا أمر شاذ ناجم عن الظروف والملايسات التي رافقت وضع نصوص القانونين.

ولو طبقنا القواعد العامة لقلنا بتطبيق مقتضيات ظ.ل.ع. ولاسيما تلك التي لم يرد بشأنها نص في م.ح.ش. لأن إيراد حكم متعلق بالأحوال الشخصية في القانون المدني وإغفاله في قانون الأحوال الشخصية يقصد به المشرع تطبيق الحكم على جميع المتقاضين وإن اختلفت قوانينهم للأحوال الشخصية.

ولكن هذا يعتبر الأخذ به، نظرا للملايسات إصدار ظ.ل.ع. الذي وضع سنة 1913 ليطبق أساسا على غير المغاربة، ولأن المذهب المالكي من ناحية ثانية هو المصدر التكميلي لمدونة الأحوال الشخصية، وليس ظ.ل.ع.

واعتبار المذهب المالكي المصدر التكميلي لمدونة الأحوال الشخصية يجرنا إلى الحديث عن علاقة ظ.ل.ع. بفقهاء المذهب المالكي ليس فقط في مجال الأحوال الشخصية، ولكن كذلك في العقار غير المحفظ، وفي جميع موضوعات القانون المدني من العقار المحفظ ونظرية الالتزام والعقود المسماة.

(8) من ذلك مثلا تصرف الأب وإدارته لأموال ولده القاصر (م. 11 — ل.ع.) والسماح للدائن بمطالبة أي وارث بكل الدين إذا كان الدين غير قابل للانقسام (م. 184 ل.ع.) وإلزامه بمطالبة كل وارث نسبة حصته في التركة إذا كان الدين قابلا للانقسام (م. 186 ل.ع.) واشتراط الحصول على إذن الزوج لإحارة الزوجة خدماتها (م. 726 ل.ع.)

(9) مثل اعتبار تصرف ناقص الأهلية قابلا للإبطال (م. 4 ل.ع.) في حين تعتبره المدونة موقوفا (م. 141) ومعلوم أن أحكام العقد القابل للإبطال تختلف في جوهرها عن أحكام العقد الموقوف.

ثالثا : علاقة ظ.ل.ع. بفقه المذهب المالكي

إن علاقة ظ.ل.ع. بالفقه المالكي، تختلف بالنسبة للأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ من جهة، وبالنسبة لغيرهما من مجالات القانون المدني من جهة ثانية. لأنه في الحالة الأولى يكون التساؤل عما إذا كان يعتبر مصدرا تكميليا أم لا، بينما في الحالة الثانية ننتقل إلى التساؤل عن إمكانية تكميل نصوصه بأحكام الفقه المالكي ؟

لذلك نتناول كل حالة على حدة :

الحالة الأولى : علاقة ظ.ل.ع. بالفقه في مجالي الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ.

يطبق مذهب مالك في مجال الأحوال الشخصية بمقتضى الإحالة الصريحة عليه من المدونة⁽¹⁰⁾ كما يطبق على العقار غير المحفظ اعتمادا على ما جرى به العمل، وما كانت تتضمنه ظهائر تسمية القضاة من الأمر بتطبيق «الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك».

ويمكن أن نعتبر الآن م.3 من قانون 26 يناير 1965 هي السند التشريعي حيث تأمر بالاستمرار في تطبيق «النصوص الشرعية».

نصوص المدونة ومذهب مالك إذن هما مصدرا القانون في الأحوال الشخصية ومذهب مالك وحده مصدر الأحكام في قضايا العقار غير المحفظ.

ونتساءل عن دور ظ.ل.ع. في هذين المجالين ؟

في رأينا الشخصي ليس ظ.ل.ع. مصدرا قانونيا تكميليا، يلزم القاضي بالرجوع إليه عند انعدام النص في المدونة والفقه، كما أنه ليس نصا «أجنبيا» لا يجوز

(10) ذهبت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى في قرارين مشورين، إلى أن عدم وجود نص بالإحالة على مذهب مالك في الكتاب الثالث من المدونة «يجب معه تطبيق ماورد فيه دون الالتجاء إلى مراجع فقهية غيره».

— قرار عدد 327 تاريخ 1980/9/22 — ق.م.ع. عدد 27 — ص 145

— وقرار عدد 583 تاريخ 1981/10/14 — ق.م.ع. عدد 30 ص 97

— انظر كتابنا : التعليق على قانون الأحوال الشخصية — ج 1 — ص 4

الرجوع إليه ولو انعدم النص في هذين المصدرين، ويكون على القاضي في هذه الحالة البحث عن الحكم من خلال الاجتهاد في تفسير مبادئ وقواعد المذهب المالكي، ويترك النص الصريح في ظل.ع.

وإنما نعتقد أنه مصدر استثنائي بمعنى أن للمحكمة على سبيل الاختيار إذا لم تجد نصا في المدونة والفقهاء، أن ترجع إليه أو تجتهد في استنباط الحكم من مبادئ الشريعة العامة وقواعدها، بل إننا نرى لها الحق في تطبيقه بصورة استثنائية ولو مع وجود النص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم للتطبيق⁽¹¹⁾. ولكن في جميع الحالات يجب عليها تبرير الاختيار أو الاستثناء الذي التجأت إليه بملاءمته للواقعة المعروضة عليها، مع بيان أسباب استبعاد الحل أو الحلول الممكنة للتطبيق. وكل هذا بالنسبة لقواعد الموضوع، أما الأحكام الإجرائية فيتعين تطبيق ظل.ع. وقانون المسطرة المدنية الموحد، لأن الهدف من هذه الأحكام هو تمكين القاضي من فحص وقائع الدعوى بصورة أفضل، ومساعدته على الوصول إلى الحقيقة.

والقواعد التي أصدرها المشرع لتنظيم الإجراءات، تعتبر أكثر ملاءمة للنظام القضائي المستحدث من قواعد الإجراءات التي كان يقول بها الفقه في نظام قضائي لم يبق موجودا، ووضع اجتماعي يختلف عن وضعنا اليوم.

يمكن أن يؤخذ على ماقلنا بشأن الدور الاستثنائي لظهير ل.ع. وتفسير هذا الاستثناس، انعدام الضوابط التي تحدد للقاضي حالات الرجوع إلى الظهير عند انعدام النص أو عدم ملاءمة القاعدة الفقهية لحكم الواقعة المعروضة عليه.

ونتيجة لذلك يفتح باب التحكم، ويضطرب الأمن القانوني فلا يعرف الناس ولا يتوقعون الحلول القانونية التي ستطبق على تصرفاتهم وعلاقاتهم عند عرضها على القضاء.

(11) يمكن القول بأن ذلك يؤدي إلى تضارب الأحكام نتيجة تأثير القاضي — ولو بدون شعور — بمزاجه وأفكاره الخاصة عن التنظيم الاجتماعي الأمثل، ولكن الواقع خلاف ذلك، فوجود مؤسسة عليا واحدة للقضاء وهي المجلس الأعلى يشكل ضمانا مهما جدا لتناسق الاجتهاد وجديته خصوصا مع ماخوله إياه القانون من جمع غرفتين أو مجموع الغرف عند الخلاف أو أهمية موضوع الاجتهاد وأية قاعدة قانونية أسلم من تلك التي تقررها مجموعة من قيديومي القضاء المكونين للمجلس الأعلى ؟

إن هذا المأخذ يبدو وجيها مبدئيا. ولكن قبل إثارته ينبغي التأكد من عدة حقائق أهمها :

1 — إنه الحل الضروري الذي لا بديل له : فلا يمكن أن نعتبره مصدرا تكميليا يلزم القاضي بالرجوع إليه كلما لم يجد نصا في م.ح.ش. والفقه، فالظهير ليس قانونا مدنيا مغربيا بالمفهوم الاجتماعي للعبارة، وتطبيقه أمر به مؤقتا في انتظار مراجعته (م.3 من قانون توحيد القضاء) وعلى كل لا وجود لنص تشريعي يعترف له بصفة المصدر التكميلي في الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ.

كما لا يمكن اعتباره «نصا أجنبيا» يمنع الاستئناس به نهائيا، فالواقع أنه قانون تطبقه المحاكم على جميع المواطنين وفي كل أنواع القضايا المدنية التي ينظمها.

2 — ان عددا غير قليل من الأحكام الفقهية أصبح غير ملائم للتطبيق بسبب تغير الظروف الاجتماعية ونتيجة للأنظمة القانونية المستحدثة وسنرى بعض الأمثلة من الأحكام القضائية ذاتها.

3 — تعدد المصادر أمام القاضي مع عدم وجود نص يلزم بترتيبها أو بالفصل التام بينها — يفسح المجال له، للتركيز على وقائع الحياة بملاساتها التي تعرض بها عليه، ويخرجه من دور المنفذ الآلي للقانون، إلى دور الفاحص للقاعدة القانونية التي يريد تطبيقها ولو كان ذلك في حدود ضيقة، الأمر الذي نصل به إلى تكوين مجموعة من القواعد القانونية المستخلصة من الواقع المعيش وليس من النظريات والأفكار المجردة.

4 — إن تخويل القاضي إمكانية تطبيق ظ.ل.ع. عند انعدام النص أو عوضا عن القاعدة الفقهية — غير الملائمة — لايعني التحكم والتنقل بين أكثر من مصدر قانوني لغير هدف، وإنما أكدنا على ضرورة تبرير الحكم، أي شرح الأسباب التي حملت القاضي على استبعاد القاعدة أو القواعد التي كان يمكن تطبيقها، وعلى تبني القاعدة التي انتهى بها إلى منطوق الحكم، مع أخذ الواقع الاجتماعي في الاعتبار وما يترتب على القاعدة المطبقة من آثار إيجابية.

5 — إن القضاء يطبق فعلا ماقلناه من الاستثناس بظهير الالتزامات والعقود وإبعاد بعض القواعد الفقهية. ولكن الذي يؤخذ على أحكام القضاء في الموضوع هو انعدام التعليل أو التبرير الذي اعتمدته المحكمة للتشبيث بالقاعدة الفقهية أو إبعادها، أو تطبيق ظ.ل.ع.

ويتجلى ذلك من الأمثلة التالية :

(1) استبعاد القواعد الفقهية وتطبيق ظ.ل.ع.

— قرار الغرفة الاجتماعية عدد 364 تاريخ 1978/9/27 الذي نقض الحكم الاستثنائي القاضي بإلغاء دعوى القسمة على الحالة لأن المدعي لم يثبت أن الدار المطلوب قسمتها قابلة فعلا لهذه القسمة وعلل المجلس النقض بأن المحكمة كان يجب عليها أن تقف على عين المكان مستعينة بأهل الخبرة طبقا للقانون للتأكد من قبول محل النزاع للقسم أو عدمه⁽¹²⁾.

— قرار الغرفة الاجتماعية عدد 433 تاريخ 14 ديسمبر 1978 الذي نقض حكما استثنائيا قضى بثبوت شراء عقار بشهادة لفيف، وقال المجلس إن المحكمة بعدم تطبيقها للمادة 489 ل.ع. يكون «حكمها ناقص التعليل وبالتالي معرضا للنقض»⁽¹³⁾.

MarocDroit
ΣΖΟΗ | ΝΕΧΘΟΣΘ

(12) م.ق.ق. عدد 129 ص 127. ولم يناقش المجلس نهائيا القاعدة الفقهية التي اعتمدتها محكمة الموضوع، والتي تقضي بأن طالب القسمة لا يحكم له بما يطلب إلا بعد أن يثبت أن الشيء المشترك قابل للقسمة بصورة يمكن معها لكل شريك الانتفاع بخصته المستقلة.

(13) المحاماة عدد 17 ص 115، (انظر كذلك القرار عدد 106 تاريخ 1970/1/14 ق.م.ع. عدد 16 ص 24) هكذا اعتبرت الغرفة م. 489 ل.ع. واجبة التطبيق على العقار غير المحفظ دون تعليل أو تبرير وهو مالا يصمد للمناقشة وكان أولى — في نظرنا — لو عللت الغرفة قرارها بأمرين : — الأول أن كتابة العقود العقارية قاعدة شكلية لاموضوعية، فيطبق بشأنها ظ.ل.ع. لالفقه، لأن القواعد الشكلية تخضع للنصوص التشريعية وليس للأحكام الفقهية. — والثاني أن فرض كتابة العقد أوفق بأحكام الشريعة التي أمرت في القرآن بكتابة الديون والإشهاد على عقود البيع، واليوم أصبحت الكتابة ميسرة فينبغي الرجوع إلى ماأمر به القرآن وترك وسائل الإثبات المشبوهة مثل اللفيف الذي يعلم الجميع مافيه من بهتان وتضليل للعدالة، والذي لم يقبله الفقه قديما إلا للضرورة المتمثلة في صعوبة تنقل الشهود لأداء شهادتهم أمام القاضي، وفي عسر الكتابة لندرة القادرين عليها.

ب) استبعاد القواعد الفقهية دون بحث عن سند آخر للحكم

— قرار الغرفة الاجتماعية عدد 31(14) الذي قرر عدم سقوط الحضانة بسبب انتقال ولي المحضون بناء على «أن مقتضيات الفصل 107 م.ح.ش. خاصة بانتقال الحاضنة، وأنه لبيدو من صنيع المشرع الذي اقتصر على حكم انتقال الحاضنة أن سفر الولي لم يبق له أي أثر فيما يرجع لسقوط الحضانة الأمر الذي يتبين منه أنه لم يبق هناك مبرر لتطبيق النصوص الفقهية على النازلة المعروضة»(15).

— وقرار نفس الغرفة عدد 327(16) الذي نقض الحكم الاستثنائي القاضي بسقوط حضانة الأم بسبب تعاطيها للتجارة، استنادا إلى نصوص فقهية.

وعملت الغرفة النقض بأن «الكتاب الثالث من م.ح.ش. الذي وردت في بابه الثالث المقتضيات التي تطبق فيما يتعلق بالحضانة، لا يشمل فصلا يحيل على الراجح أو المشهور أو ماجرى به العمل من مذهب الإمام مالك فيما لم يشمل الكتاب المذكور خلافا لما هو الشأن بالنسبة لباقي نفس كتب المدونة».

— وقرارها عدد 583(17) الذي جاء فيه «حيث إن الكتاب الثالث من

(14) تاريخ 20 ديسمبر 1971 — ق.م.ع. عدد 24 ص 40 وراجع كذلك القرار عدد 23 تاريخ 16 مارس 1977 م.ق.ق. عدد 128 ص 112. والجدير بالذكر أن المجلس سبق أن أخذ برأي مغاير وقرر سقوط الحضانة بسبب انتقال الولي تطبيقا لمذهب مالك — قرار 1962/7/18 م.ق.ق. عدد 55 ص 289.

(15) إن التعليل الوارد في القرار سهل الرد، إذ كيف يمكن القول بأن مجرد سكوت نصوص المدونة لا يقي معه مبرر لتطبيق النصوص الفقهية؟ والحال أن المدونة تحيل صراحة على هذه النصوص في كل مالم يرد في موادها.

(16) تاريخ 22 سبتمبر 1980 — ق.م.ع. عدد 27 ص 145.

(17) تاريخ 14 أكتوبر 1981 — ق.م.ع. عدد 30 ص 97

— وهذا القرار كسابقيه نفى صفة المصدر التكميلي عن مذهب مالك بالنسبة للمدونة كلها أو الكتاب الثالث منها على الأقل. وفي نفس الوقت أمرت هذه القرارات بالاعتصار على تطبيق نصوص المدونة وهو أمر مستحيل إذ لا يوجد تشريع مدني ليس له مصدر تكميلي على الأقل من مبادئ العدالة والإنصاف فالنصوص يستحيل أن تحيط بكل وقائع الحياة مما يجعل اعتمادها على مصدر أو عدة مصادر تكميلية أمرا حتميا لا غنى عنه. ولذلك نعتقد أن هذه القرارات غير معلة إذ اكتفت بإلغاء الدعوى باستبعاد تطبيق القواعد الفقهية مع انعدام النص في المدونة ومعلوم أن مجرد انعدام النص في القضايا المدنية لا يصلح سببا لإلغاء الدعوى أو رفضها. وفي موضوع هذه القرارات كان يتعين تحليل مدى =

م.ح.ش. المتعلق بالولادة ونشأتها... لم يختم كغيره من كتب المدونة بالتنصيص على أن مالم يشملته يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، مما يجب معه تطبيق ماورد فيه دون الالتجاء إلى مراجع فقهية غيره».

ج) استبعاد ظ.ل.ع. حتى في مبادئه العامة :

من ذلك قرار الغرفة الاجتماعية بتاريخ 11 يناير 1982 (ملف 90 783)⁽¹⁸⁾ ويتعلق بطلب تعويض قدمه الزوج ضد زوجته التي رفضت الرجوع إلى بيت الزوجية بعد الحكم عليها بالرجوع وإدانتها بجريمة إهمال الأسرة، وذلك نظرا لما لحقه من تصرفها هذا من ضرر مادي ومعنوي.

وحكم ابتدائيا بالتعويض للمدعي، ولكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم ورفضت الدعوى، وقد أيدھا المجلس الأعلى معللا قراره بأن الطرفين يرتبطان بعقد الزوجية الذي يخضع من حيث صحته وآثاره إلى م.ح.ش. التي لم تقرر للنشوز جزاء آخر غير حق الزوج في طلب إيقاف النفقة الواجبة عليه⁽¹⁹⁾.

فبمقتضى هذا القرار، ظ.ل.ع. لا يطبق في مجال الأحوال الشخصية — وكذلك في مجال العقار غير المحفظ عن طريق القياس — حتى في مبادئه العامة مثل قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وعيوب الإرادة، والتضامن بين الدائنين والمدينين، وآثار العقد لزأ الغير⁽²⁰⁾.

د) التمسك بتطبيق قواعد فقهية لم تبقى ملائمة.

هنالك عشرات القواعد الفقهية التي أصبحت غير ملائمة للواقع الاجتماعي

= تأثير انتقال الولي أو ممارسة الأم للتجارة على مصالح المحضون، مع الموازنة بين حقوق والتزامات كل من الولي والأم الحاضنة لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق في إطار المبادئ العامة لنصوص المدونة المنظمة للحضانة أو القواعد الشرعية عموما أو مبادئ العدل والإنصاف.

(18) ق.م.ع. عدد 31 ص. 92.

(19) انظر تعليقنا على هذا القرار في م.ق.ق. عدد 131 ص. 110.

(20) مثل تحمل الأم بنفقة الأولاد في عقد الخلع، فطبقا لمبدأ عدم مساس العقد بحقوق الغير، يبقى الأولاد على حقهم في مطالبة الأب بالنفقة، ولا يمكنه أن يدفع دعواهم بالاتفاق الذي أبرمه مع الأم، ولكن إذا قلنا بوجود الاقتصار على مقتضيات م.ح.ش. أمكن القول بأن الأب لم يبق ملزما بالنفقة، وبالتالي لاحق للأولاد في مطالبته بها ربما حتى في حالة عسر الأم الملتزمة.

الذي نعيشه ونكتفي الآن بالأمثلة القضائية التالية :

— قرار عدد 64(21) الذي قضى بأن الحكم لا يكتسب قوة الشيء المحكوم به بالنسبة لمن كان قاصرا من الأطراف، وأنه لذلك يجب أن تصرح المحكمة في كل حكم ضد المحجور عليه بالاحتفاظ له بحقه «إلى أن يتمكن من اكتساب الحالة التي تخوله الدفاع عن نفسه والادلاء بما عساه يتوفر عليه من مستندات تمشيا مع النظرية الفقهية التي تمنع من تعجيز القاصرين».

— وقرار عدد 7(22) الذي قرر أن الشهادة بإثبات الحمل لا تقبل إلا إذا شهدت بتحركه، وأن تحرك الحمل لا يثبت إلا بعد مضي أربعة أشهر وعشرة أيام على تكوينه.

وبناء على ذلك رفض الشهادة التي تقول إن الحمل له أربعة أشهر «مع أن الشهادة المعتبرة شرعا هي التي تثبت تحرك الحمل وحياته، وكان تحرك الحمل لا يثبت إلا في أربعة أشهر وعشرة أيام، عملا بقول التحفة : ولا تحرك له يثبت في أقل من عدة الوفاة فاعرف».

والقراران لا يحتاجان إلى تعليق... (23).

— قرار عدد 476(24) الذي أيد محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من عدم

(21) تاريخ 5 يناير 1971 — ق.م.ع. عدد 25 ص. 162.

(22) تاريخ 1971/11/8 — ق.م.ع. عدد 25 ص. 134.

(23) وبالغت بعض الأحكام فنسبت للشرع ما ليس منه مثل قرار المجلس الأعلى عدد 527 تاريخ 81/9/15 ق.م.ع. عدد 30 ص 95 الذي أيد حكما استثنافيا قال : «إن التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يعتمد عليها في نظر الشرع» ويقول المجلس في قراره : «إن ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل 91 من م.ح.ش. الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب، وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الطبي» (كذا...).

هذا ما يقوله القرار، مع أن الإمام مالكا، يقول في ثبوت النسب إلى الزوج الذي يكون مقطوع العضو التناسلي، أو فاقد الأنثيين أو لاحداهما : «أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك فإن كان يولد مثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه».

مدونة الإمام مالك ج. 5 ص 127

فمن يكون «أهل المعرفة» في وقتنا الحاضر غير الأطباء ؟

(24) تاريخ 9 أبريل 1983 — ق.م.ع. عدد 33 — 34 ص. 71.

كفاية إقرار المدعى عليه المشتري بالبيع لثبوت هذا البيع المطلوب بسببه الشفعة
لعل أن «اعتراف المدعى عليه لا يكفي لما يترتب عليه من اعتراف في مال
الغير» (25).

ويمكن أن يضاف إلى ذلك عشرات القرارات التي ماتزال تصدر بتجزئة الأقرار
عكس ماتقضي به م. 414 ل.ع. وذلك بالرغم مما في هذه التجزئة من تشجيع
على الكذب وإضرار بالخصم الحسن النية.

هذا باختصار موقف القضاء من علاقة ظ.ل.ع. بالفقه في مجالي الأحوال
الشخصية والعقار غير المحفظ، ولايهمنا نقده بانعدام الضوابط والمنهجية في استبعاد
أو تطبيق كل من القواعد الفقهية ونصوص ظ.ل.ع.

وإنما الأهم في نظرنا هو الحقيقة المستفادة منه وهي أن القضاء رفض الخضوع
الآلي للوضع التشريعي القائم على تطبيق م.ح.ش. ومذهب مالك في الأحوال
الشخصية والعقار غير المحفظ وعدم تطبيق ظ.ل.ع. فيهما.

وهذا الرفض الذي نعتبر القضاء محقا فيه هو الذي ندعو إلى ضبطه عن طريق
التزام القاضي بتبرير ابعاده للقاعدة الفقهية، أو تطبيقه لنص من ظ.ل.ع. أو
الاستغناء عنهما والرجوع إلى نصوص ومبادئ الشريعة. هذا التبرير الذي يحلل
ويبرز ملاءمة الحل المحكوم به لواقع الحياة، وما يحققه من أهداف التنظيم الاجتماعي
المرغوب فيه.

(25) إن هذا التعليل لا يبدو سليما، فاستثناء اعتراف المشتري من وسائل الإثبات التي يثبت بها البيع،
لا تترتب عليه فائدة عملية، وإنما هو مجرد تعقيد لا مبرر له، ذلك أنه يجب التمييز بين إثبات البيع ضد
المشتري وإثباته ضد الشريك البائع.

إذا قلنا إن طالب الشفعة يلزم فقط بإثبات البيع في مواجهة المشتري كان اعتراف هذا الأخير أقوى
دليل عليه لأن الإقرار سيد الأدلة كما يقال.

وإذا كان المطلوب من المدعي هو إثبات البيع ضد شريكه البائع وجب إدخال هذا الأخير في الدعوى
كي يتمكن من مناقشة الحجج المثبتة للبيع ولا يوجد في الفقه ولا في أحكام القضاء من يفرض هذا
الإدخال.

إذن المطلوب هو إثبات البيع ضد المشتري لأنه الطرف في الدعوى وهو الذي يكتسب الحكم إزاءه
قوة الشيء المحكوم به، أما الشريك البائع فلا تمس مصالحه، ولا يحتاج عليه بالحكم الصادر بين شريكه
والغير، لافرق في ذلك بين أن يصدر حكم الشفعة بناء على اعتراف المدعي عليه بالبيع أو على أية
وسيلة إثبات أخرى.

الحالة الثانية : علاقة ظ.ل.ع. بالفقه في غير الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ.

في غير الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ، يعتبر ظ.ل.ع. — مع النصوص الوضعية الأخرى — التشريع الأساسي الواجب التطبيق.

لكن في قراءتنا لظهير ل.ع. وتطبيقنا له خارج مجالي الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ كيف نتعامل في الموضوع مع الفقه الإسلامي ؟

هل هو «أجنبي» عنه ليس للقاضي الرجوع إليه حتى في حالة انعدام النص، وإنما عليه في هذه الحالة أن يستلهم الحكم من المبادئ العامة للظهير، أو مبادئ العدل والإنصاف ؟

أم إنه مصدر تكميلي يجب الرجوع إليه إذا لم يوجد نص في التشريع الوضعي ؟ أم تتجاوز ذلك فنقول للقاضي اللجوء إلى أحكام الفقه ومبادئه في تفسير نصوص ظ.ل.ع. وربما تطبيق بعض تلك الأحكام واستبعاد أو «تعطيل» نصوص من الظهير.

إذا رجعنا إلى أحكام القضاء المنشورة، لانجد مبادئ أو اتجاهات واضحة في الموضوع، ونادرا مانجد بعض الأحكام تثيره عرضا⁽²⁶⁾ أو تستبعد نصوص ظ.ل.ع. دون مناقشة⁽²⁷⁾.

(26) مثل القرار عدد 717 تاريخ 18 أكتوبر 1978 (ق.م.ع. عدد 26 ص. 67 الذي جاء فيه المبدأ التالي :

«تكون المحكمة على صواب حيث استبعدت تطبيق قواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بالتزاع حول أداء الثمن (ثمن شراء عقار محفظ) وألزمت المشتري بإثبات إدعائه الأداء عملا بالفصلين 400 و 443 من ق.ل.ع.»

كما جاء في حيثيات القرار : «حيث إنه كما تقدم فإن قواعد الفقه الإسلامي لا تنطبق على العقارات المحفظة إلا في حال عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود».

(27) من ذلك القرار عدد 932 تاريخ 14 يونيو 1983 (ق.م.ع. عدد 33 — 34 ص. 91). ويتعلق

بطلب المدعي رفع ضرر ناشئ عن نخلتين في أرض جاره مالتا من فوق ودخلتا ملكه. وقد أثار الطاعن (المدعي) تطبيق م. 92 ظ.ل.ع. المتعلقة بمضار الجوار، ولكن المجلس قال : «إن المحكمة أعرضت عن مفتضيات الفقه في الموضوع وهي فاصلة وواضحة، وينيب الاحتكام إليها ولا يجوز استبعادها والتيه مع العادات وكان لزاما على المحكمة أن تتحقق من وجود الضرر ونوعه ومدته، =

وعلى كل فإن الاتجاه الذي نميل إليه هو الذي سبق أن أكدناه بشأن تطبيق
ظ.ل.ع. في مجالي الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ، ويمكن تلخيص
ذلك في :

أ) النصوص الوضعية هي المصدر الأساسي الواجب التطبيق.

ب) الفقه ليس مصدرا تكميليا بصورة إلزامية عند انعدام النص التشريعي.

ج) تحرير القاضي من الدور الآلي وعدم فرض ترتيب معين عليه لمصادر
القانون لا يجيد عنه أبدا.

د) النص التشريعي هو المصدر الأساسي كما قلنا، ولكن يبقى للقاضي عند
انعدام النص الحق في الرجوع إلى المبادئ العامة لظهير ل.ع. أو إلى الأحكام
الفقهية أو مصدري الشريعة (الكتاب والسنة) أو مبادئها العامة. بل يمكن له تقديم
مبادئ الشريعة على نصوص ظ.ل.ع. فظروف إصداره عام 1913 تجعل عددا
غير قليل من مقتضياته غير ملائم للواقع الاجتماعي لمغرب نهاية القرن
العشرين»⁽²⁸⁾.

وتصدر بعد ذلك حكمها وفق قواعد الفقه ومادامت لم تفعل فقد جاء حكمها غير مرتكز على
أساس وفاسد التعليل الموازي لانعدامه واستحق النقض».

ويبدو أن ماورد في هذا القرار مجرد خطأ غير مقصود فهو يحمل عنوان «ملف عقاري 283 83»
وأصدره القسم العقاري من الغرفة الأولى الذي اعتبر موضوع الدعوى نزاعا عقاريا يخضع للأحكام
الفقهية كما هو الشأن في كل دعاوي العقار غير المحفظ.

لذلك نعتقد أن القرار لا يمثل رأيا للمجلس يرى استبعاد أحكام ظ.ل.ع. وتطبيق الفقه خارج العقار
غير المحفظ.

(28) ومن ناحية ثانية يمكنه كذلك أن يستعين في تفسير نصوص ظ.ل.ع. بأحكام الفقه ومبادئه ويخرج

بذلك عن التفسير المؤلف المرتبط دائما بالقانون والاجتهاد الفرنسيين.

ومن الأمثلة التي تتطلب الاستعانة بالفقه ومبادئ الشريعة في تفسيرها :

أ — تحديد فترة صدور القبول عند التعاقد بين حاضرين. فينبغي تفسير الفورية الواردة في م. 23
ظ.ل.ع. بمجلس العقد كما يحدده المذهب المالكي، وهو الفترة التي يقضيها المتعاقدان في التداول بشأن
العقد.

ب — تفسير كلمة «القاصر» المسؤول عنه الأبوان في م. 85 بالصغير دون سن البلوغ لأن البلوغ
تنتهي به الولاية على النفس في الفقه الإسلامي بما في ذلك الحضانة (م. 102 م.ح.ش.) وبخروج
الصغير من الحضانة والولاية على النفس لا يبقى مبرر لمسؤولية الأبوين سيما مسؤولية الأم (القضاء =

هـ) إن القضاء الذي تخول له هذه الصلاحية يتعين أن يفرض عليه — تفاديا للتحكم — التزام بتبرير اختياره لهذا المصدر أو ذاك، هذا التبرير الذي قلنا إنه يجب أن يتضمن تحليلا قانونيا واجتماعيا يبرز روح العدالة التي وجهت القاضي في اجتهاده ويظهر ارتباط تطبيق القانون بالواقع الاجتماعي ومشاكل الناس اليومية كما يعيشونها..

ونعتقد أن القضاء يستطيع القيام بهذا الدور وعلى الخصوص في مستوى المجلس الأعلى ولو أنه للأسف لم يحدث هذا بعد. فجمع غرفتين أو مجموع الغرف للبت في القضايا الهامة والدقيقة، يكاد يكون ملغى من تقاليد المجلس، وعلى العكس من ذلك نلاحظ في الأحكام المنشورة الكثير من الاختلاف بين غرفة وأخرى وبين أقسام الغرفة الواحدة.

والنتيجة هي أنه بالرغم من مضي حوالي عشرين عاما على توحيد القضاء، وصدور عشرات الآلاف من الأحكام واتفاق الجميع على أن كثيرا من أحكام ظ.ل.ع. والفقه المالكي يجب إعادة النظر فيها لتصبح ملائمة لواقع الناس وحياتهم — أقول بالرغم من كل ذلك فإننا إذا قمنا بتجريد للأحكام المنشورة لن نستخرج منها ولو عددا ضئيلا من نصوص ظ.ل.ع. أو القواعد الفقهية التي تم تحليلها والاستدلال على عدم صلاحيتها، وبالتالي فإن محاولة صياغة قانون مدني موحد لن تجد الطريق ممهدا، ولن تستفيد شيئا من التجربة التي استمرت من عام 1965 إلى اليوم.

=
ما يزال يمدد المسؤولية إلى سن الرشد القانوني.

— راجع مثلا قرار المجلس الأعلى عدد 442 تاريخ 15/9/1983 ق.م.ع عدد 33 — 34 — ص 166 .

ج — إعطاء مفهوم أوسع للتعسف في استعمال الحق (م. 95. ظ.ل.ع.) فلا يبقى محكوما بمبدأ المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، وإنما يصبح نظرية مستقلة تشمل كل حالات استعمال الحق في غير أداء وظيفته الاجتماعية.

د — التخفيف من صلاية المبدأ المنصوص عليه في م. 230 «العقد شريعة المتعاقدين» بإبطال الشروط المجحفة بأحد المتعاقدين والتي تتعارض مع العدل الذي أمر به الإسلام أو تساعد على أكل أموال الناس بالباطل الممنوع في كتاب الله.

كما يمكن كذلك عن طريق الأخذ بالجوائح من المذهب المالكي، والعذر من المذهب الحنفي — تقرير نظرية الظروف الطارئة كما تأخذ بها كثير من القوانين المقارنة.

وإذا قلنا هذا عن القضاء، فإن الفقه كذلك لا يعفى من نصيبه من المسؤولية ولعل أهم عامل سلبي في النتاج الفقهي هو الأزواجية الكاملة التي يعيشها : فهناك فقه «عصري» في دراسة التشريعات الوضعية غارق إلى أقصى القدمين في التبعية للفقه اللاتيني، وفقه «تقليدي» في دراسة مواد الفقه الإسلامي يعيش على النقل، ويتعبد التقليد.

ويستحيل أن يكون لنا فقه يستجيب لحاجياتنا مادامت هذه الأزواجية في كلياتنا ومؤسسات التعليم العالي التي يعتمد عليها في تكوين رجال القانون. وبعد فهذه الأفكار التي عرضت لي حول قراءة ظ.ل.ع. بعد مضي سبعين سنة من إصداره.

إننا بالتأكيد متفقون على ضرورة إعادة قراءته، وإذا كنا مختلفين في بعض تفاصيل القراءة المطلوبة، فإن مثل هذه اللقاءات والمناقشات هي التي تساعد على تقارب الأفكار، وتميز الغث والسمين من الآراء، والله نسأل التوفيق والهداية إلى سواء السبيل وحسن القصد.

