جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
فاس

مجلة القانون والاقتصاد

العدد الخامس

1989

Scanned by CamScanner

أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي
من زاوية واضعه وموضوعه :
محاولة قراءة في ق.ل.ع.م. من خلال سيرته

محمد شليح(*)

إن النظر إلى واقع الأمور من خلال الظروف التي وضع فيها قانون الالتزامات والعقود يسمح لنا بالقول إن فرنسا هي التي وضعت هذا القانون.

ولقد توخت فرنسا عند وضعها هذا القانون ــ إلى جانب القوانين الأخرى ــ تحقيق أهداف نعتبر بعضها شكليا وبعضها الآخر جوهريا.

أما الأهداف الشكلية فتتمثل من جهة في تنفيذ مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها فرنسا في شأن المغرب مع بعض القوى العظمى وعلى رأسها الاتفاقية الفرنسية الألمانية المبرمة في 4 نوفمبر 1911 التي يقضي الفصل 9 منها بضرورة قيام فرنسا باصلاح العدالة والقانون في المغرب على أن يتم «التأثر بالقواعد الواردة في تشريعات الدول الأوروبية العظمى المعنية».(1) كما تتمثل هذه الأهداف

(*) شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس.

(1) المقدمة التي خصها لظهير المسطرة المدنية أنظر: P. Grunebaum - ballin Codes et lois en vigueur dans le protectorat Français au Maroc. t1 = Organisation judiciaire, Paris MDccccXIV p.50.

انظر أيضا : Frederic Brémard : la procédure législative au Maroc depuis 1912 in revue (la). juridique et politique de l'union française 1951 P.230.

والجدير بالاشارة أن المفاوضات الشائكة التي دارت بين جيل كامبون (Jules Cambon) (فرنسا) وكيدرلن ويختر (Kiderlen-Waechter) (ألمانيا) خلال أربعة أشهر تمخضت عنها اتفاقيتان تم اصدارهما =

Scanned by CamScanner

الشكلية من جهة أخرى في تنفيذ مقتضيات معاهدة الحماية المبرمة «مع» المغرب في فاس بتاريخ 30 مارس 1912 (وبالدرجة الأولى تنفيذ مقتضيات الفصل الأول من هذه المعاهدة).[2]

وأما الأهداف الجوهرية في تقديرنا فتكمن من جهة في إلغاء نظام الامتيازات ومن جهة أخرى في تعزيز التدخل العسكري والدبلوماسي، هذا التعزيز الذي أملته

= في نفس التاريخ أولاهما هي التي أشرنا إليها في المتن. أما الاتفاقية الثانية فبموجبها تنازلت فرنسا للألمانيا في افريقيا الاستوائية عن مساحة تقدر ب 250.000 كلم² يسكنها ما يزيد عن مليون نسمة (الكونغو). ولقد ضمت المساحة بسكانها إلى الكاميرون Arthur Girault : principes de: colonisation et de législation coloniale : La Tunisie et le Maroc - 6e édition révisée par louis Milliot - librairie du recueil sirey - Paris 1936. p. 242 et 243.

ويلاحظ من خلال هذه الاتفاقية الثانية أن فرنسا تنازلت عن المنطقة المذكورة في افريقيا الاستوائية مقابل حصولها في المغرب (المنطقة الجنوبية منه) على مساحة تقدر ب 415.000 كلم² ويسكنها حسب تقييم الأستاذ منصر الرويسي للتقدير الذي قام به القبطان لاراس (Larras) في أوائل القرن 20 ما يقرب من 4 ملايين إذا ما استثنينا المنطقة الشمالية : Moncer Rouissi : population et société au Maghreb - édition Cérés productions - tunis 1977 p. 48.

أو 4.410.817 حسب أول احصاء أجري في 6 مارس 1921 : Arthur Girault المرجع السابق ص 260.

والذي يمكن استخلاصه من الاتفاقيتين المذكورتين أنهما تتضمنان معا في الواقع ــ وفقا لاصطلاح ق.ل.ع. ــ عقد معاوضة بين فرنسا وألمانيا إلا أن محل الالتزام الناتج عن هذا العقد لم يكن جاريا في ملكية الطرفين ومع ذلك أنتج آثاره الملزمة بالرغم عن غياب اقرار واضح وحر للمالكين الحقيقيين (المغرب والكونغو).

(2) إن هذه المعاهدة أبرمت «مع» المغرب بعدما استطاعت فرنسا «أن تشتري التنازل البريطاني (مصر) والإذغان الألماني (الكونغو) والعدول الايطالي (ليبيا)» : الحماية الفرنسية بدءها ــ نهايتها حسب افادات معاصرة : تعريب عبد الهادي التازي : طبعة دار الرشاد الحديثة 1980 ص 10. وينص الفصل 1 من معاهدة الحماية على أن «جلالة السلطان ودولة الجمهورية الفرنسوية قد اتفقتا على تأسيس نظام جديد بالمغرب مشتمل على الاصلاحات الادارية والعدلية [أي القضائية] والتعليمية والاقتصادية والمالية والعسكرية التى ترى الدولة الفرنسوية ادخالها نافعا بالأيالة المغربية...» : عن الترجمة العربية للمعاهدة الواردة في المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الأهلية : العدد الأول، 1935، الباب الأول ــ 1 ص 1. والذي ينبغي ملاحظته أن معاهدة 30 مارس 1912 المتعلقة بالحماية في المغرب تعد على العموم تكرارا لما جاء في المعاهدة الموقعة من طرف باي تونس بباردو (معاهدة باردو) بتاريخ 12 ماي 1881 : أرثير جيرو : المرجع السابق ص 5. وحتى نكون أكثر دقة نقول إن معاهدة الحماية بالمغرب تعد بعد مراعاة خصوصيات المغرب، نسخا لكل من معاهدة باردو المذكورة واتفاقية المارسا المبرمة مع تونس أيضا بتاريخ 8 يونيو 1883. وقد نص الفصل الأول من اتفاقية المارسا على أنه : «حتى تسهل على الحكومة الفرنسية ممارسة حمايتها، فإن سمو باي تونس يتعهد باجراء الاصلاحات الادارية والقضائية والمالية التي تراها الحكومة الفرنسية نافعة» : هذا النص ترجمناه عن أرثير جيرو : المرجع المذكور ص 6.

Scanned by CamScanner

على فرنسا استفادتها من تجربة أسلوب التدخل المباشر في الجزائر وأسلوب التدخل «غير» المباشر في تونس. وهذان الهدفان يعتبران في الحقيقة بمثابة وسيلتين تم اللجوء إليهما من أجل تحقيق الهدف «الأسمى» المتمثل في فرض المصالح الفرنسية وضمان هيمنتها داخل المغرب.

والذي لامراء فيه أن الجنرال ليوطي هو أول من اختير كمقيم عام لتحقيق كل هذه الأهداف. لذلك نرى أن نبرز الدور الذي لعبه صاحب «منهج التوسع العقلاني التدريجي»[3] في بلورة وسيلة الاصلاح القضائي المكرسة لخدمة ما سبق من الأهداف ؛ إذ أن هذا الدور هو الذي سيكشف لنا عن واقع اللجنة المكلفة «باعداد» مشاريع الاصلاح — بل على الأصح بتفحص هذه المشاريع — وعن حقيقة المهمة التي انيطت بهذه اللجنة. وهو ما سنعالجه ضمن المحور الأول من هذه الدراسة المتعلق بسيرة قانون الالتزامات والعقود من حيث واضعه الأصلي. كما أن هذا الدور هو الذي سيسهل علينا الوقوف على خبايا أصول قانون الالتزامات والعقود وهذا مل سنعالجه في المحور الثاني في هذه الدراسة المتعلق بسيرة قانون الالتزامات والعقود من حيث واضعه الحقيقي وموضوعه.

المحور الأول

في سيرة قانون الالتزامات والعقود المغربي من حيث واضعه الاصلي.

أولا : دور ليوطي في الاصلاح القضائي :

لقد عمد ليوطي مباشرة بعد تعيينه مقيما عاما في المغرب بتاريخ 27 أبريل 1912 إلى إحداث مصالح إدارية تابعة للاقامة العامة. وهذه المصالح هي التي قامت باعداد الاصلاح القضائي الذي فرض نفسه بإلحاح وبصفة مستعجلة[4]

---

(3) هذه العبارة وصف بها الرئيس الفرنسي بوانكاري الجنرال ليوطي في الخطاب الذي ألقاه أمام البرلمان الفرنسي سنة 1912 : أنظر محمد خير فارس : تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب 1912 — 1939. أطروحة — سلسلة دراسات تاريخ شمال افريقيا الحديث طبعة 1972 ص 84 و85.

(4) يقول ليوطي في الرسالة التي وجهها من مراكش إلى السيد بيشون وزير الشؤون الخارجية الفرنسية :

«Je me permets d'attirer toute votre attention sur l'urgence de la réforme proposée ; c'est à mon sens, la première que nous devions réaliser au Maroc ; elle est en effet la condition nécessaire de l'abrogation du régime de capitulations...»

أنظر نص الرسالة في : المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب : ج 1 ص 929.

Scanned by CamScanner

باعتبار أنه وحده القمين ــ كما قيل ــ بمنح كل الضمانات الضرورية لادارة عدالة حسنة ولتمتين العلاقات «الطيبة» بين فرنسا في المغرب والرعايا المغاربة من جهة، ومن جهة أخرى، وعلى مستوى أعلى، لتمتين العلاقات الحسنة مع الأجانب الذين كانوا يتمتعون بالامتيازات التي علق إلغاؤها على شرط إقامة هذا الاصلاح.(5)

واهتداء بتوجيهات المقيم العام قام السيد لاندري (Landry) ــ مدعي الجمهورية بمحكمة وهران، والموضوع رهن إشارة ليوطي كمستشار قضائي للحماية(6) ــ باعداد جميع مشاريع الاصلاح (باستثناء المشروع المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الذي أعده في فرنسا البيرت دولابراديل Albert de Iapradelle)(7) وذلك تحت اشراف كل من السيد سانت أولير (Saint-Aulaire) الوزير المفوض لدى الاقامة العامة والسيد بول تيرار (Paul tirard) الكاتب العام للحماية.(8)

ونعني بالتوجيهات التي تقيد بها لاندري عند اعداده لمشاريع الاصلاح ومن بينها المشروع التمهيدي لقانون الالتزامات والعقود تلك الفكرة التي نعثر على معالمها في الخطوط العريضة التي رسمها ليوطي في رسالته المؤرخة في 19 مارس 1913 والموجهة من مراكش إلى الوزير الفرنسي للشؤون الخارجية السيد بيشون

---

(5) Frederic Brémard : la procédure législative au Maroc depuis 1912 ; in Revue (la) juridique et politique de l'union française 1951 p. 229.

(6) وقد أصبح أول مدع عام بمحكمة الاستئناف بالرباط عندما فتحت أبوابها يوم الأربعاء 15 أكتوبر 1913 على الساعة الرابعة والنصف بعد الزوال : أنظر الخطاب الذي ألقاه المقيم العام بهذه المناسبة في : المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، باريس 1914 من ص 939 إلى 943 وخاصة ص 941. ويعد لاندري أول قاض رافق ليوطي من فرنسا.

(7) كل المؤلفات التي توفرت لدي فرصة الاطلاع عليها ورد فيها أن الذي أعد هذا المشروع هو جوفر دولابراديل : مثلا أستاذنا موسى عبود : الوضعية القانونية للقاصر في المغرب، الرباط 1968 ص 285 و294. ــ أستاذنا علال الفاسي : دفاع عن الشريعة سلسلة الجهاد الأكبر رقم 1 مطبعة الرسالة، الرباط، 1966 ص 168 أو ترجمة هذا المؤلف من طرف شارل سامارا طبعة 1977 ص 202. ــ أرثير جيرو : المرجع السابق فقرة 323 ص 384. وإذا لم يكن جوفرهو ألبيرت فإن الملاحظ أن اسم جوفر لم يرد في قائمة اعضاء اللجنة التي أنيط بها أمر تفحص مشاريع الاصلاح كما أن المقدمة التي أعدها صاحب المشروع لظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب موقعة باسم ألبيرت وليس بجوفر المعروف جدا لدى المهتمين بالقانون الدولي الخاص : أنظر هذه المقدمة في المدونات والقوانين الجاري بها العمل ج 1 من ص 269 إلى 284 وخاصة أسفل هذه الصفحة الأخيرة الذي يتضمن إسم صاحب المقدمة.

(8) فريدريك بريمار : المرجع السابق ص 230.

Scanned by CamScanner

(Pichon).[9] ويمكن تلخيص هذه الفكرة التوجيهية في ضرورة تكييف القوانين الميتروبوليتانية مع الواقع المحلي. وبلورة هذه الفكرة إلى الواقع العملي تقتضي التقيد بالمعيارين الآتيين :

ـــ مراعاة اختلاف البيئة أو الوسط. والهدف من هذا المعيار هو في تقديرنا العمل على ابقاء ما كان على ما كان فيما يخص جانب «الأهالي». على غرار ما كان ينادي به برنارد روي (Bernard Roy) الكاتب العام للحماية في تونس.

ـــ مراعاة الاصلاحات التي نودي بها داخل فرنسا ولم يتم تبنيها إما بسبب العراقيل المصطنعة أو تعارض المصالح الخاصة أو بطء الآلة التشريعية.[10]

إن الفكرة التوجيهية المبلورة بهذين المعيارين لم يقتصر الاهتداء بها على صاحب المشاريع التمهيدية فحسب وإنما امتد أيضا إلى اللجنة التي كلفت بتفحص هذه المشاريع. فما هي هذه اللجنة وما هي المهمة التي أنيطت بها فعلا ؟.

ثانيا : اللجنة المكلفة بتفحص المشاريع التمهيدية للاصلاح والمهمة المنوطة بها.

I ـــ اللجنة الكبرى والمهمة المنوطة بها :

لقد ارتآى ليوطي أنه من الضروري أن تخضع المشاريع التمهيدية التي قام باعدادها القاضي لاندري لتفحص لجنة من الفقهاء والخبراء على أن تنهي اللجنة

---

(9) أنظر نص الرسالة في المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب ج 1 من ص 929 إلى 936

(10) إن هذين المعيارين وردا في التقديم الذي أعده رونو (Renault) لكتاب المدونات والقوانين الجاري بها العمل في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب ج 1 ص XXXIX ولكنه لم ينسبها إلى ليوطي وإنما ذكر بأن اللجنة المكلفة باعداد المشاريع كانت معتدلة في تجديداتها وذلك شعورا منها بالضرورات العملية التي دفعتها إلى الأخذ بعين الاعتبار اختلاف البيئة أو الوسط أولا ثم الاصلاحات التي نودي بها في فرنسا نفسها ثانيا. ومع ذلك فإن ما تقيد به لاندري عند اعداده للمشاريع التمهيدية يمكن تلمسه بوضوح في الفقرة التالية من رسالة ليوطي المذكورة : «...Par contre pour des motifs tant diplomatiques que politiques,**j'ai voulu qu'aucune des régles proposées n'apparût comme une innovation qui n'aurait pas subi l'épreuve de l'expérience** : les organismes et les procédures dont je demande l'adoption, s'ils s'écartent parfois du droit commun, sont exactement tirés de textes actuellement en vigueur en France, en Algérie, en Tunisie et aux colonies ; **je me suis attaché, en outre, à mettre en oeuvre, dés aujourd'hui, divers réformes actuellement soumises aux chambres par le Gouvernement.**»
كتاب المدونات والقوانين المذكور ج 1 ص 929.

Scanned by CamScanner

أعمالها في وقت وجيز.[11] والأكثر من هذا أن ليوطي لم يتوقف عند حد اقتراح تكوين لجنة وإنما عمد أيضا إلى اقتراح عشرة أسماء لامعة في ميدان القانون والسياسة لتكون أعضاء في هذه اللجنة[12] لا بل وزيادة على كل ما سبق فإن ليوطي حدد في رسالته المذكورة حتى المهمة التي ستناط بهذه اللجنة بعد تكوينها وتتمثل هذه المهمة فيما يلي :

ـــ ضبط وسد ما قد يعتري المشاريع التمهيدية للاصلاح القضائي من ثغرات.[13]

ـــ تصحيح ما قد يشوب هذه المشاريع التمهيدية من الهفوات والأخطاء.[14]

ولقد تشكلت اللجنة الرسمية برئاسة الفقيه رونو مباشرة بعد توصل الوزير الفرنسي للشؤون الخارجية بيشون برسالة ليوطي من أربعة عشر عضوا. عشرة منهم كانوا مقترحين من قبل ليوطي. أما الأربعة المضافون إلى اقتراح المقيم العام فواحد منهم أستاذ بكلية الحقوق بجامعة باريس والثلاثة الآخرون قناصلة لفرنسا أحدهم خبير في الشؤون التونسية والآخر خبير في الشؤون المغربية والأخير خبير في الشؤون السياسية والتجارية.[15]

---

(11) انظر رسالة ليوطي المشار إليها في كتاب المدونات والقوانين المذكور ج 1 ص 929 و935.

(12) يقول فريدريك بريمار في مقاله المشار إليه في السابق ص 230 بأن ليوطي اقترح تسعة أعضاء والحال أنه بالرجوع إلى رسالة ليوطي المذكورة نجد أن العدد المقترح هو 10 وليس 9. ويلاحظ أن فريدريك بريمار قد أغفل ذكر إسم رونو (Renault) الذي اقترحه ليوطي صراحة في رسالته التي جاء في فقرتها الأخيرة ما يلي : «Sous reserve de votre haute approbation je me permets de vous signaler tout le prix que j'attacherais à la collaboration, au sein de la commission, des jurisconsultes dont les noms suivent : M. M Herbaux, conseiller à la cour de cassation ; Berge, conseiller à la cour d'appel ; Romieu conseiller d'Etat ; Georges Teissier, professeur à l'école des sciences politiques ; Grunebaum-Ballin, president du conseil de préfecture de la seine ; chardenet, maître des requêtes au conseil d'Etat ; **Renault**, jurisconsulte du ministère des affaires étrangères ; Paul Bollochu, directeur des affaires civiles au ministère de la justice ; Jean Labbé, avocat au conseil d'Etat et à la cour de cassation ; Collavet, chef adjoint du cabinet du Garde des Seaux».

كتاب المدونات والقوانين المذكور. ج 1 ص 936.

(13) رسالة ليوطي المذكورة الواردة في كتاب المدونات والقوانين المذكور ص 929.

(14) رسالة ليوطي : المرجع المذكور ص 935.

(15) الأعضاء الذين تمت اضافتهم إلى اقتراح ليوطي هم :

= «— Albert de lapradelle : professeur à la faculté de droit de l'université de Paris.

Scanned by CamScanner

وبما أن المشاريع التمهيدية كانت متعددة فإن اللجنة الكبرى تفرعت عنها لجان مصغرة لتنصرف كل لجنة منها إلى تفحص ودراسة مشروع تمهيدي معين. ولما كان الذي يهمنا في هذا المقام هو قانون الالتزامات والعقود بالدرجة الأولى لذلك نرى أن نقتصر على اللجنة المصغرة التي تكلفت بتفحص ق. ل. ع. ونصرف النظر عن بقية اللجان الأخرى.

II ــ اللجنة الصغرى المكلفة بتفحص المشروع التمهيدي لقانون الالتزامات والعقود.

لقد تكونت هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء هم :

ــ ستيفان بيرج (S. Berge) : مدير العدل بتونس سابقا والمستشار بمحكمة الاستئناف بباريس والذي أصبح رئيسا لمحكمة الاستئناف بالرباط عند انشائها.

ــ البيرت دولابراديل (Albert de lapradelle).

ــ جورج تيسييه (G. Teissier).

والملاحظ أنه إذا كان لاندري هو الذي أعد المشروع التمهيدي لق. ل. ع. أو على الأصح هو الذي قام بالنقل الحرفي للمدونة التونسية للالتزامات والعقود إلى المشروع التمهيدي لق. ل. ع. الموضوع لمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب ؛ فإنه عند قراءتنا أو سماعنا لسيرة هذا القانون الأخير نحس وكأن هذه اللجنة وعلى رأسها مقررها بيرج هي التي يرجع إليها الفضل في اعداد المشروع المذكور. والواقع فإن هذه اللجنة تقيدا منها بما أناطه ليوطي بها من مهمة لم تعمل إلا على حذف بعض المقتضيات التي كانت تمت بصلة إما لقواعد المسطرة المدنية أو للقواعد التجارية[16] أو لقواعد القانون العقاري الخاص بتونس أو للمقتضيات

= — Gauthier : Consul de France : chef du bureau de la Tunisie au Ministère des affaires étrangères.
— Gruchon Dupeyrat : Consul général de France, chef du bureau du Maroc au Ministère des affaires étrangères.
— Krammerer : Consul de France, rédacteur à la direction des affaires politiques et Commerciales au Ministère des affaires étrangères.
Ont également pris part aux délibérations :
M. M. De Saint-Aulaire et Paul tirard durant leur séjour en France» :

تقديم رونو لكتاب المدونات والقوانين المذكور ج 1 ص XXIX الهامش رقم 1.

(16) ما يثير الاستغراب أن مقرر اللجنة قد أكد في المقدمة التي وضعها للظهير المكون لقانون الالتزامات والعقود على هذا الاستبعاد : انظر كتاب المدونات والقوانين المذكور ج 1 ص 293 و294، ومع =

Scanned by CamScanner

التي وقع استقاؤها من العادات والاعراف المحلية.[17] وبعبارة أخرى فإن العمل الذي أنجزته هذه اللجنة لم يخرج عما يقوم به معلم عند تصحيحه لتمرين في الإملاء أو في تركيب الجمل المفيدة.[18]

وعلى أثر إنجاز هذه اللجنة الصغرى لعملها إلى جانب اللجان المصغرة الأخرى تداولت اللجنة الكبرى في شأن مشاريع الاصلاح خلال 24 جلسة من تاريخ 7 ماي 1913 إلى 25 يونيو 1913 بمقر وزارة العدل بباريس. ولقد كان ليوطي يتتبع عن كثب هذه المداولات ولا أدل على ذلك من حضور سانت أولير وبول تيرار في جلسات اللجنة الكبرى (خاصة الجلسات الختامية). وبعد ذلك صادق السلطان مولاي يوسف بظهير على مشاريع القوانين «العضوية» المكونة للاصلاح القضائي بتاريخ 12 غشت 1913، هذه القوانين التي وضع عليها ليوطي تأشيرته ليصدرها بتاريخ 30 غشت 1913. وقام بعد ذلك وزير الشؤون الخارجية ووزير العدل الفرنسيين بعرض هذه القوانين على الرئيس الفرنسي الذي أصدر بشأنها مرسوما بتاريخ 7 سبتمبر 1913 ثم نشرت بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 سبتمبر 1913 ليجري العمل بها ابتداء من يوم الأربعاء 15 أكتوبر 1913.

إن ما يمكن استخلاصه من هذا الوصف التاريخي يكمن في أن الدور الذي لعبه ليوطي خلال مرحلة المخاض التي تولد عنها الاصلاح القضائي سنة 1913 يكاد يتشابه مع الدور الذي لعبه نابوليون في إخراج القانون المدني الفرنسي إلى حيز الوجود ؛ وهذا على الأقل من زاوية الهدف المتوخى من كل منهما. فإذا كان هذا الهدف يتمثل بالنسبة إلى نابوليون في انشاء امبراطورية تليق بطموحات

= ذلك نجد اللجنة تتبنى القوانين الفرنسية الصادرة على التوالي في 14 يونيو 1865 و19 فبراير 1874 و30 ديسمبر 1911 في الفصول من 325 إلى 324 المتعلقة بالشيك في ق. ل. ع.

(17) انظر في تفصيل ما تم حذفه من المدونة التونسية : محمد شيلح : رسالته في سلطان الارادة في ضوء ق. ل. ع. م. أسسه ومظاهره في نظرية العقد، 1983 الرباط ص 48 وما بعدها.

(18) إن هذه القناعة ثبتت لدينا بعدما قمنا ببحث غير منشور قارنا فيه بين فصول ق. ل. ع. م. التونسي وفصول ق. ل. ع. المغربي فتبين لنا أنها مطابقة تمام التطابق في معناها ومبناها إلا فيما ندر. لذلك خرجنا بجدول المطابقة بين القانونين. وفي ضوء هذه المقارنة عمدنا إلى استخلاص الجديد الذي أتى به ق. ل. ع. المغربي (ويعد على الأصابع)، وجرد فصول ق. ل. ع. التونسي التي حذفتها اللجنة عند وضع ق. ل. ع. «المغربي»، وأخيرا الملاحظات الأولية حول ما يميز الصياغة الأصلية (الفرنسية) لفصول ق. ل. ع. «المغربي» عن الصياغة الأصلية (الفرنسية) لق. ل. ع. التونسي.

Scanned by CamScanner

ثورة 1789، فإن الهدف من إقرار الاصلاح بالنسبة إلى ليوطي يكمن في توسيع هذه الامبراطورية من خلال إيجاد خيرات وأسواق جديدة. إلا أن هذه الخيرات وهذه السوق ليس من شأنها أن تساهم في توسيع الامبراطورية والزيادة في تقويتها اقتصاديا إلا إذا استعمل في تنشيطها سلوك معقلن وبالتالي «متحضر» قوامه «الحرية» و «المساواة» وهما مناط الليبرالية (المنافسة الحرة).[19]

ولقد عمد ليوطي إلى محاولة مده هذا السلوك من فرنسا إلى المغرب عن طريق إقراره لقانون الالتزامات والعقود. غير أن هذا المد لم يكن مباشرا وإنما جاء عن طريق تونس إذ كما مر بنا في الوصف التاريخي لسيرة ق. ل. ع. المغربي أن هذا الأخير يعد نسخا لمدونة الالتزامات والعقود التونسية.

والسؤال المطروح هو لماذا لم يكن هذا المد مباشرا ؟ وبعبارة أخرى لماذا لم يتم تبني القانون المدني الفرنسي أصلا في جزئه المتعلق على الاقل بالالتزامات والعقود خاصة وأن السلوك الذي أريد تنظيمه ــ كما وقع الادعاء ــ هو سلوك الفرنسيين والاوروبيين دون سلوك «الأهالي» إلا إذا تفاعل هؤلاء على مستوى المعاملات مع الاولين ؟ إن الجواب على هذا السؤال يكمن في أن خبايا الفرع التابع يكشفها البحث عن الأصل المتبوع فيما يتعلق بالواضع والموضوع. وهذا ما سنعالجه في المحور الثاني من دراستنا كما أشرنا إلى ذلك من قبل.

---

(19) اذا ما أردنا ترجمة بعض الاصطلاحات الاقتصادية ذات المفهوم الليبرالي والتي كانت سائدة في النظريات الاقتصادية الكلاسيكية إلى الاصطلاحات القانونية السائدة في نظرية العقد قلنا :

• الاصطلاحات الاقتصادية = • الاصطلاحات القانونية.

ــ العرض = الإيجاب.

ــ الطلب = القبول.

ــ السوق = العقد.

ــ المنافسة الحرة أوالمزاحمة التامة = توافق الارادتين.

* ذرية السوق وعلنيته = الارادة وكيفية التعبير عنها.

* حرية الدخول إلى السوق وسيولته = الحرية التعاقدية بما فيها الحرية في الاقدام أو الامتناع عن التعاقد.

* تجانس المادة = محل الالتزام كمفهوم مجرد.

ــ الانحصار بمفهومه النظري والواقعي = قيام ارادة واحدة بتحديد شروط ومضمون العقد أي عقد الإذعان.

Scanned by CamScanner

المحور الثاني
في أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي

أولا : خبايا الفرع التابع يكشفها البحث عن الأصل المتبوع فيما يتعلق بالواضع الحقيقي : (بيرج اسم مستعار في الوضع بالمغرب لسانتييانا الواضع الحقيقي في تونس) :

إذا كان ظهير 12 غشت 1913 يعد أول مبادرة لتدوين الأحكام القانونية للالتزامات والعقود في المغرب ؛ فإن محاولات التدوين في تونس قد بدأت منذ النصف الثاني من القرن 19. فلقد صدرت في شوال 1277 هـ (1861) مجموعة من القوانين المتولدة عن روح عهد الأمان[20] ومنها على الخصوص «مجلة

---

(20) ان الامتيازات التي حصلت عليها الرساميل الأجنبية من الدولة العثمانية، بموجب الخط الشريف لكلخانة السلطاني (1839) وخط همايون (1856) اللذين أصدرهما السلطان عبد المجيد التركي، دفعت بانجلترا وفرنسا إلى الضغط في الواقع على باي تونس من أجل اصدار ما يضمن لها امتيازات أخرى واسعة فكان على الباي محمد باشا (1855 ــ 1859) أن يصدر منشورا يعلن فيه عهد الأمان وذلك في 9 سبتمبر 1857. ولقد استعاد هذا العهد الشروط الأساسية الواردة في الخط الشريف لكلخانة السلطاني وخط همايون المذكورين : لوتسكي : تاريخ الأقطار العربية الحديث، تعريب عفيفة البستاني، دار التقدم، موسكو 1975 ص 223.
وتجدر الإشارة إلى أن المناسبة التي استغلت لاستصدار عهد الأمان تتمثل في مطالبة الجالية الأروبية من الباي أن يوفر لهم ضمانات شخصية على إثر انزعاجهم من الحكم بالإعدام الذي صدر في حق أحد اليهود : (صلاح العقاد : المغرب العربي : الجزائر، تونس، المغرب الأقصى، مكتبة الانجلو أمريكية ط 3، القاهرة، 1969 ص 178 و179) وقد كان في خدمة القائد نسيم صمامة اليهودي والروح الشيطانية التي كانت تحرك الوزير الأول مصطفى خزندار، وذلك بسبب سبه الدين والمؤسسات الإسلامية عقب اسقاطه طفلا مسلما بالعربة التي كان يسوقها : (خليفة شاطر : Le Constitutionnalisme en Tunisie au 19e siècle in Revue (la) tunisiènne des sciences .(sociales, publication du C. E. R. E. S. Université de Tunis N° 40-43 Tunis, 1975, p 252.
والواقع فإن عهد الأمان الذي كلف صاحب كتاب اتحاف أهل الزمان ابن أبي الضياف بتحرير مشروعه «يشكل تعبيرا حقيقيا عن حقوق الانسان» ــ كما يقول خليفة شاطر في مقاله المذكور ص 224 ــ. وهو يتضمن ديباجة وأحد عشر فصلا تمنح في مجموعها ضمانات لكل سكان الولاية. فهذا العهد جاء لتأكيد الأمان لسائر الرعية (الفصل 1) ومنح الحرية الشخصية القائمة على تساوي الناس أمام القانون (الفصلان 2 و3) والتسامح الديني (الفصل 4) وإقامة مجالس قضائية (الفصلان 6 و7) والسماح للأجانب بتعاطي التجارة والصناعة (الفصل 10) واقتناء الأجنة والدور والاراضين (الفصل 11) : انظر محمد الهادي العامري : تاريخ المغرب العربي في سبعة قرون بين الازدهار والذبول من منشورات الشركة التونسية للتوزيع ص 366 و367. ــ وانظر ايضا نص عهد الأمان المتكون في الحقيقة من إحدى عشر قاعدة كما جاء في صياغة متنه وليس من 11 فصلا =

Scanned by CamScanner

قانونية جامعة للمبادىء والأحكام القانونية المدنية والجزائية الواجبة التطبيق من طرف مجالس القضاء ويحتوي على 664 فصلا منها 124 فصلا تتعلق بتراتيب إجرائية».[21] غير أن الباي محمد الصادق قرر تعطيل جميع الاصلاحات المتولدة عن عهد الأمان ودستور سنة 1861[22] وذلك بموجب الأمر الذي أصدره في أبريل 1864.[23] وإيمانا من خير الدين باشا بضرورة ادخال الاصلاحات في ولاية تونس على جميع المستويات وخاصة القانوني منها باعتبار «ان التنظيمات أساس العمران القائم على العدل وان الشريعة الاسلامية لا تتنافى مع فكرة التنظيمات بل تدعو إليها»؛[24] فإنه وكما جاء في صفوة الاعتبار لمحمد بيرم الخامس : «أحضر القوانين المعمول بها في الدولة العلية المتعلقة بالأحكام[25]

= كما جاء عند محمد الهادي العامري : المجلة القانونية التي يصدرها مركز الدراسات والابحاث الاقتصادية والاجتماعية بالجمهورية التونسية، القسم القانوني، العدد الأول، السنة الأولى، أكتوبر 1974 من ص 310 إلى وسط ص 313.

(21) محمد منصور : تأثير الحركة الوطنية على تطور التشريع التونسي : نشرية مركز الدراسات والابحاث الاقتصادية والاجتماعية، سلسلة علم الاجتماع عدد 2، يونيو 1975 ص 66.

(22) إن الباي محمد الصادق (1859 ــ 1882) «تجاوز فكرة عهد الأمان وتقبل مبدأ قيام شبه دستور لتنظيم الحكم فصدرت هذه الوثيقة الدستورية في (يناير) 1861» : صلاح العقاد : المرجع المذكور ص 179.

(23) محمد منصور : مقاله المذكور ص 66 و67.

(24) مسعود ضاهر :مقدمات منهجية لدراسة الفكر الاصلاحي عند خير الدين التونسي : مجلة الفكر العربي العدد 15 (وعنوانه الفلسفة والايديولوجية)، السنة 2، يونيو 1980 ص 177 و178. وتجدر الاشارة إلى أن خير الدين باشا باشر مهمة رئاسة الوزراء في عهد الباي محمد الصادق من 1873 إلى 1877. وخلال هذه الفترة حاول اصلاح الأمور الادارية والقضائية فكون مجالس قضائية للنظر في القضايا الجنائية والمدنية كما قام بسن مجموعة من القوانين من بينها قانون الفلاحة وقانون الاجراءات لدى المحاكم الشرعية التي أسند إليها النظر في الزيجات والنفقات والتركات واستحقاق العقار (محمد منصور : المرجع السابق ص 67).

(25) لاشك أن المقصود «بالقوانين المعمول بها في الدولة العلية المتعلقة بالأحكام» هو مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي رفع تقرير بشأنها من طرف ناظر ديوان الأحكام العدلية السيد أحمد جودت للصدر الأعظم عالي باشا في غرة محرم 1286 هـ.(راجع هذا التقرير في سليم رستم باز اللبناني : شرح المجلة، الطبعة الثالثة مصححة ومزيدة، بيروت، 1923 من ص 9 إلى 15). وقد صدرت بشأنها الارادة السنية سنة 1289 هـ من قبل السلطان التركي عبد العزيز (1830 ــ 1876) الذي ازداد في عهده التدخل الأروبي. وتعتبر هذه المجلة في نظر البعض من أعظم الأعمال الاصلاحية التي قامت بها الدولة العثمانية في القرن 19 : سليمان البستاني : عبرة وذكرى أو الدولة العثمانية قبل الدستور وبعده : تحقيق ودراسة خالد زيادة، دار الطليعة بيروت ط. 1 نوفمبر 1978 =

Scanned by CamScanner

وكذلك القوانين المعمول بها في مصر[26] وكلف أحد المهرة العارفين بالأحكام الاروباوية بأن يستخرج من أحكامهم ما يوافق حالة القطر وعرفه وبعد ذلك عقد الوزير المذكور مجلسا مؤلفا من شيخ الإسلام من العلماء الحنفية وهو الشيخ أحمد بن الخوجة ومن عالمين من المجلس الشرعي المالكية وهما الشيخ محمد النفير المفتي والشيخ عمر ابن الشيخ قاضي باردو ومن أحد الوجهاء العقلاء العارفين باصلاحات البلاد وتجارتها وهو الوجيه حسونة ليستخرج هذا المجلس من مجموع ما تقدم قانونا شرعيا مطابقا للأحكام الشرعية والعرفية والتي عليها عمل القطر من غير تخصيص بأحد المذهبين[27] ولكن عاق عن الاستفادة من ثمرة هذا العمل خروج الوزير المذكور من الوزارة فترك المجلس مع أن اتحاد الحكم على سكان قطر واحد ضروري».[28].

إذا كان مشروع القانون الشرعي لخير الدين باشا لم يعرف النور نظرا للصعوبات والعراقيل التي اعترضت سبيل اصلاحاته ؛ فإن الحركة الاصلاحية لم تقف عند هذا الحد وإنما تابعت مسيرتها التي اتخذت «مظاهر اللوم والتعدي مرة — كما يقول الأستاذ محمد منصور — والنصح والارشاد أخرى لاقناع الباي وسلط الحماية بضرورة الحد من طغيان الحكم الفردي وتفويض السلط القضائية لهيئات عدلية مختصة وتعيين الحقوق الفردية والعامة ضمن مدونات قضائية قارة وتخليص أحكام المحاكم العدلية من مراقبة الكاتب العام للحكومة ... [وهكذا] ونتيجة لهذه المساعي أذن (الباي) بتأليف لجنة لتحرير مشروع مجلة مدنية وتجارية صيغت بنودها المستمدة في معظم الأحيان من أحكام مجموعة قوانين عهد

= ص 83. ولقد جاء في معرض استعراض قائمة المصادر التي استمد منها ق. ل. ع. المغربي في الجانب المتعلق بالفقه الاسلامي أن هذه المجلة أو القانون المدني العثماني قد تم اصدارها من سنة 1287 هـ (1870 م) إلى 1293 هـ (1876 م) في ستة عشر كتابا : كتاب المدونات والقوانين المار ذكره ج 1 ص 302.

(26) لاشك أن المقصود بهذه القوانين هو القانون المدني المختلط الذي وضعه المحامي الفرنسي مانوري (Manoury) وتم اصداره في 28 يونيو 1875 وليس القانون المدني الأهلي الذي وضعه المحامي الإيطالي فالقاضي موريوندو (Moriondo) بمشاركة محمد قدري باشا صاحب مرشد الحيران وتم اصداره في 28 أكتوبر 1883.

(27) المقصود بالمذهبين المذهب الحنفي والمذهب المالكي.

(28) محمد بيرم الخامس : صفوة الاعتبار الجزء الثاني، القاهرة، 1303 هـ ص 66.

Scanned by CamScanner

الأمان».[29] ولقد تكونت هذه اللجنة في 6 سبتمبر 1896 فكلفت المحامي الايطالي داوود سانتيبانا بوضع مشروع أولي للمدونة المدنية والتجارية. وبعد ما فرغ سانتيبانا من عمله سنة 1897 قامت لجنة متفرعة عن اللجنة الأصلية بتفحصه وتحليله خلال ربيع وصيف سنة 1898 في أزيد من ثلاثين جلسة ثم أوكلت من جديد لمقررها سانتيبانا مهمة إعداد مشروع تمهيدي كي يكون أرضية لمداولات لجنة خاصة موسعة.[30] وعندما أنهى سانتيبانا وضع مشروعه التمهيدي تشكلت اللجنة الخاصة الموسعة لسنة 1901[31] من :

روى (B. Roy) الكاتب العام للحكومة التونسية[32] وستيفان بيرج مدير العدل التونسي وبادو (Padoux) الكاتب العام المساعد للحكومة التونسية و أوتيريو (Auterrieu) رئيس المحكمة العقارية المختلطة وداوود سانتيبانا : محامي

---

(29) محمد منصور : مقاله المشار إليه في السابق ص 67 و68. ويلاحظ أن الأستاذ محمد منصور تعرض إلى التأثر في وضع المدونة التونسية بأحكام مجموعة قوانين عهد الأمان ونحن نعتقد بأن اللجنة قد استأنست أيضا بأعمال اللجنة التي عينها خير الدين لوضع القانون الشرعي المشار إليه سابقا في المتن خاصة وأن سانتيبانا كان على معرفة بشخص خير الدين وعلم باصلاحاته القانونية على الخصوص.

(30) David Santillana : Code civil et Commercial Tunisien : Avant-projet, ed. Picard - Tunis 1899 - Avant propos p.I N° I.

(31) ستيفان بيرج : مقدمته التي وضعها لظهير الالتزامات والعقود المغربي : كتاب المدونات والقوانين المذكور ج 1 ص 291 والهامش رقم 1 الوارد في هذه الصفحة.

(32) لقد لعب الكاتب العام للحكومة التونسية دورا خطيرا في مراقبة وتوجيه أحكام المحاكم العدلية لا بل وحتى المحاكم المختلطة وكذا التأثير على الباي في الإذن بتنفيذ معاريضها أو تعطيل العمل بها. والمعاريض جمع معروض «وهو تلخيص أوراق الدعوى والجواب عنها والشهادات والقرائن القائمة لفائدة كل واحد من الخصمين والاتيان على بعض ملاحظات الدفاع وعرضه من قبل الحاكم في قالب مرسوم ملكي يعرض على ختم الأمير بعد أن ينص الحكم على نص الحكم» : محمد منصور : المرجع السابق ص 67 و74 والهامش رقم 10 الوارد في حاشية هذه الصفحة الأخيرة. إضافة إلى ما سبق يجدر التنبيه إلى أن برنارد روي يعد من أبرز الذين وفروا لسياسة الحماية بتونس أسباب النجاح عندما بقي طيلة عشرين سنة (1889 ــ 1910) كاتبا عاما للحكومة التونسية. ولقد «اشتهر بأنه كان يمارس شؤون الحرب بما يتماشى وعقليتهم وهم ليسوا بالضرورة صنايعية ولا عملة أو فلاحين. وكانت تعليماته للمراقبين المدنيين تعتمد على المبدأ الذي سنته الإقامة العامة والقائل بأن الحكم كل الحكمة في إبقاء ما كان على ما كان...» : شارل أندريه جوليان : المعمرون الفرنسيون وحركة الشباب التونسي مقال نشره سنة 1967 بالمجلة الفرنسية لتاريخ ماوراء البحار : تعريب محمد مزالي والبشير بن سلامة : نشر الشركة التونسية للتوزيع بدون تاريخ الطبع ص 17.

Scanned by CamScanner

ايطالي وهو مقرر اللجنة.[33]

ولما فرغت هذه اللجنة من عملها تم عرض هذا الأخير على لجنة اسلامية — حضر اشغالها كل من سانتيبانا وبيرج[34] — تتكون من خمسة أساتذة من جامعة الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة العليا الشرعية للنظر في مدى ملاءمة هذا العمل لأحكام الشريعة الإسلامية[35] فاعترفت اللجنة الاسلامية بموافقة المشروع لأحكام الفقه الاسلامي وبعدها أصدر الباي قرارا[36] بنشره تحت اسم المدونة التونسية للالتزامات والعقود (الفصل الأول من القرار) وذلك بتاريخ 15 ديسمبر 1906 ليجري العمل بها ابتداء من فاتح يونيو 1907 بأثر فوري(الفصل 3 من القرار).

يلاحظ من خلال استعراضنا لسيرة المدونة التونسية للالتزامات والعقود أننا حاولناقدر الإمكان التركيز على اللجان (بل الاشخاص) الواضعة للمشاريع ثم المدونة. فلماذا هذا التركيز على الواضع ؟ أوَلا يكفي الذهاب مع خير الدين التونسي في «أقوم مسالكه» إلى أن «شأن الناقد البصير تمييز الحق بمسبار النظر في الشيء المعروض عليه قولا كان أو فعلا، فإن وجده صوابا قبله واتبعه، سواء كان صاحبه من أهل الحق أو من غيرهم. فليس بالرجال يعرف الحق بل بالحق تعرف الرجال. والحكمة ضالة المؤمن يأخذها حيث وجدها». ؟[37] الحقيقة، اذا

---

(33) جاء في المقال المشار إليه في السابق لفريدريك بريمار أن هذه اللجنة تكونت من خمسة شخصيات فرنسية من بينها بيرج : ص 233. والحال أن أحد أعضاء اللجنة (سانتيبانا) من جنسية إيطالية.

(34) إن الخلط الذي وقع فيه بريمار عندما ذكر بأن اللجنة تكونت من خمسة شخصيات فرنسية قابله اسقاط غير مقصود أو ربما مقصود للعضوين الأجنبيين اللذين شاركا في أعمال اللجنة الإسلامية : ص 233.

(35) إن هذه اللجنة الاسلامية لم يسمح لها باحلال أحكام الفقه الاسلامي محل الاحكام الواردة في المشروع بصفة مخالفة للشريعة الاسلامية : انظر رسالتنا المشار إليها في السابق ص 63 و64.

(36) هذا القرار الذي نشر في ملحق للعدد 100 من الجريدة الرسمية التونسية الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 1906 سمي خطأ بمرسوم الباي : انظر المجلة الجزائرية والتونسية عدد 23، 1907، القسم الثالث ص 201 والهامشان رقم 1 و2 الواردان في حاشيتها.

(37) خير الدين باشا : أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك : مقدمة الكتاب : تحقيق معن زيادة، دار الطليعة، بيروت، ط. 1، يونيو 1978 ص 110. وللمقارنة فإن ابن تيمية لم يذهب إلى هذا الرأي اذ يقول مثلا في رده على المنطقيين : «...ان شريعة الاسلام ومعرفتها ليست موقوفة على شيء يتعلم من غير المسلمين اطلاقا وإن كان طريقا صحيحا.» عن علي سامي النشار : مناهج =

Scanned by CamScanner

كانت قولة خير الدين باشا تبدو معقولة ومنطقية فإن الواقع مع ذلك قد ناقضها في كثير من الأحيان خاصة في عهد الاستعمار في كل من تونس والمغرب حيث لم يعد يعرف الحق إلا بالرجال. لذلك نرى أن ما ينطلق من التجربة ليساير الواقع هو ما يماثل مارآه الأستاذ عبد الله العروي إذ قال إنه : «لا يمكن أن نحكم على الاصلاح في حد ذاته، لابد من الالتفات إلى أهدافه الخفية وإلى شخصية القائمين به».[38] ففي مثل هذه القولة الأخيرة يجد تركيزنا على الواضع تبريره. واذا ثبت بأن سانتييانا كما سلف الذكر هو الواضع الحقيقي للمدونة التونسية وبالتالي للمدونة المغربية ــ خاصة إذا ما اعتبرنا بيرج بالنسبة إلى المغرب إسم مستعار لسانتييانا في تونس ــ ؛ بقي تطرقنا إلى وضع الاصلاح سطحيا إذا لم نقم باظهار شخصية الواضع الحقيقي لهذا الاصلاح.

فمن هو داوود سانتييانا ؟

هو ابن موزيس داوود سانتييانا (Moses David Santillana)[39] ولد بتونس سنة 1855 وتوفي بروما سنة 1931. ولقد تربى مع ابناء القنصل الانجليزي وود (Wood)[40] وتابع دراسته بلندن ثم أصبح عند بلوغه سن الثامنة عشرة في

= البحث عند مفكري الاسلام واكتشاف المنهج العلمي في العالم الاسلامي، دار المعارف الطبعة الرابعة مع اضافات وزيادات ص 198.

(38) عبد الله العروي : مفهوم الدولة، دار التنوير للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1983 ص 133.

(39) إن أب داوود سانتييانا يهودي ولد بتونس وعمل كمستشار لقنصلية انجلترا خلال 50 سنة. تجنس في مارس 1857 بالجنسية الانجليزية. كما عمل مترجما أولا للباي إلى غاية ماي 1872 حيث قدم استقالته ليتفرغ لرئاسة اللجنة المالية المسماة بمجلس ادارة المداخيل المتنازل عنها أي لجنة الديون الايطالية الفرنسية الانجليزية: Jean Ganiage : les origines du protectorat français en Tunisie: (1861-1881) - maison Tunisiène de l'édition - 2e édition - 1968 p. 602.

(40) لقد عين وود قنصلا لانجلترا بتونس من سنة 1855 إلى 1879. وهو اسرائيلي الأصل ولد بسوريا وكان اسمه الحطاب إلا أنه استبدله بWood التي تعني الخشب بالانجليزية. وإلى جانب اتقانه لعدة لغات منها اليونانية والعربية والايطالية والفرنسية فإنه كان يعد من الدبلوماسيين الدهاة الذين استطاعوا أن يفرضوا وجود انجلترا في تونس على المستوى الاقتصادي. ومن أساليب دهائه تنصيب اليهود في أهم المرافق الحساسة بتونس. وعلى سبيل المثال فإنه عمل جاهدا كي يتكون مجلس الديون الايطالية والفرنسية والانجليزية في أغلبه من اليهود ويجعل على رأسه أب واضع المدونة التونسية كمدير. وبالرغم مما عرف عن هذا الأخير من الحيل والجشع والسمسرة فإن وود استطاع أن يرد له الاعتبار ويقنع الجهات المسؤولة في تونس بكفاءته وأهميته. ونظرا للمعرفة الدقيقة بأحوال تونس الداخلية فقد ظل أب واضع المدونة التونسية ملازما لوود كمستشار له وتمكن من الحصول على الجنسية الانجليزية سنة 1857 بتدخل من وود بعدما كان من المحميين لانجلترا بتونس. وَوود =

Scanned by CamScanner

1873 كاتبا للجنة الديون الايطالية الفرنسية الانجليزية التي كان يرأسها أبوه. كما أصبح سنة 1875 المترجم الثاني للباي. ونظرا للعداء الذي كان يكنه سانتيانا لفرنسا فإنه قدم استقالته من لجنة الديون المذكورة في يناير 1879 بطلب من الحكومة الفرنسية[41] بمناسبة قضية سيدي ثابت.[42] وبعد ذلك ذهب إلى روما ليتابع دراساته القانونية ويصبح محاميا بها ثم يتجنس بالجنسية الايطالية ويتفرغ للبحث في الفقه الاسلامي.[43]

يظهر من خلال عرضنا للسيرة الذاتية لسانتيانا أن هذا الأخير كان يكن عداءا شديدا لفرنسا ومع ذلك لم يقع اختيار هذه الأخيرة إلا عليه في جميع مراحل المخاض التي تولد عنها اخراج المدونة التونسية إلى حيز الوجود. فهل في هذا الاختيار ما يثير الاستغراب ؟ لانرى ذلك خاصة إذا ما آمنا بكون الاصلاحات التي عزمت فرنسا على القيام بها في مستعمراتها تخفي ورءاها أهدافا، وان هذه الأهداف الخفية لا يمكن تحقيقها بالصورة المرضية إلا اذا تم انتقاء الاشخاص المتمتعين بالقدرات الكفيلة باعداد قوانين اصلاحية لا يتوخى منها تحقيق ما تبرزه

= هو الذي أشرف على تربية وتعليم واضع المدونة وأذكى أبناء موزيس : جان كانياج : المرجع السابق ص 27 و602.

(41) لقد أظهرت ايطاليا، حتى قبل اكتمال وحدتها، مباشرة بعد قيام المملكة الايطالية سنة 1861 اهتماما كبيرا بتونس إلى درجة أنها أرادت بعد هزيمة فرنسا سنة 1871 أن تنتهز الفرصة وتحقق رغبتها في ضم تونس (صلاح العقاد : المرجع السابق ص 185 و186). ويعد سانتيانا واضع المدونة التونسية من أهم الذين عملوا كل ما في وسعهم لتحقيق رغبات إيطاليا. وهذا هو السبب الذي دفعه إلى اضمار العداء لفرنسا الخصم الأول لايطاليا في الاستيلاء على تونس : انظر في المحاولات التي قام بها سانتيانا لتحقيق رغبات إيطاليا في تونس : جان كانياج : المرجع السابق ص 395، 396، 438، 442، 557.

(42) سيدي ثابث هو المكان الذي كانت توجد به مزرعة كبيرة استطاع الْمَرْكِيزُ الفرنسي سانسي تملكها بأساليب كيدية واحتيالية. وتتمثل قضية سيدي ثابت في النزاع الحاصل بين سانسي والحكومة التونسية التي ارادت أن تسحب منه رخصة الامتياز نظرا لاخلال المالك الفرنسي بشروط رخصة الامتياز وعدم استغلاله الارض استغلالا زراعيا. إلا أنه أمام تهديد فرنسا للباي لم يكن على هذا الأخير إلا أن يرضخ للأمر الواقع : صلاح العقاد : المرجع المذكور : ص 193.

(43) لقد اعتمدنا في عرض السيرة الذاتية لسانتيانا على المرجع المذكور سابقا لجان كانياج — والجدير بالإشارة أنه إلى جانب المشروع التمهيدي للمجلة التونسية قام سانتيانا بإعداد مجموعة من التآليف في الفقه الاسلامي المالكي نذكر منها على سبيل المثال :
«Il Muhtasar o Sommario del diritto malechita di Halil ibn ishaq, Vol II, diritto civile, milan 1919.
— Instituzioni di diritto musulmano malechita con riguardo anche al sistema sciafiita, Vol I, Rome 1926.

Scanned by CamScanner

من أهداف ظاهرة إلا بالقدر الذي يزيد في تكريس تلك الأهداف الخفية : فالمصالح الخاصة هي التي دفعت سانتييانا إلى العمل كمرتزق في خدمة إيطاليا وهذه المصالح أيضا هي التي ستدفعه للتنظير على المستوى القانوني كعميل لفرنسا بعدما تأكد من أن هذه الأخيرة قد أحكمت قبضتها على تونس. وبالمقابل فإن الأهداف الخفية غير الشريفة هي التي دفعت فرنسا إلى اتباع اسلوب «مشروع» (القوانين) مصاغ بوسيلة (سانتييانا) موثوق بمراميها (العمالة).

بعد هذا الكشف عن الأصل المتبوع (المدونة التونسية) من زاوية الواضع الحقيقي (سانتييانا) ألم تتضح بعد خبايا الفرع التابع (المدونة المغربية) من زاوية الواضع التبعي (لاندري أو بيرج) ؟ لاشك أن هذه الخبايا ستتضح أكثر من خلال إبراز واقعها وأسبابها بمناسبة معالجة تبعية الفرع للاصل من حيث الموضوع.

ثانيا : خبايا الفرع التابع يكشفها البحث عن الأصل المتبوع فيما يتعلق بالموضوع : (أصول قانونية وفقهية مشتركة في المدونتين المغربية والتونسية) :

إذا كان المنطق المألوف يستوجب الانطلاق مما هو مبدئي لا مما هو استثنائي، فإن فرنسا في المغرب اعتدت بمنطق معكوس. ويتجلى هذا المنطق المعكوس في تحديدها لنطاق تطبيق قانون الالتزامات والعقود من حيث الأشخاص. فهذا القانون وضع كما قيل ليطبق أمام محاكم الحماية على الأجانب (وخاصة الاروبيين) وعددهم حسب احصاء 7 مارس 1926 لا يتجاوز 170.790 (الاستثناء الذي أصبح مبدأ في منطق فرنسا).[44]

أما «الأهالي» ــ وعددهم حسب احصاء 6 مارس 1921 ربما كان يزيد على 4.410.817[45] (المبدأ الذي أصبح استثناء في منطق فرنسا) ــ فلا يمكن

(44) وتفصيل هذا العدد كما يلي : ــ الفرنسيون : المواطنون : 115.628 نسمة. الاتباع : 11.683 نسمة. المحميون 866. المجموع : 128.177. ترتيب السكان الأجانب حسب جنسيتهم :
ــ الاسبان : 22.634. ــ الايطاليون : 12.602. ــ البرتغاليون : 2.867.
ــ الانجليز : 1.421. ــ السويسريون : 1188. ــ اليونانيون : 573. ــ البلاجكة : 519.
ــ الألمان : 158. ــ الامريكيون : 129. ــ الارجنتينيون : 128. ــ الاتراك : 124.
ــ الروس : 120. ــ البرازيليون : 120 : المجموع : 42.613 : عن أرثير جيرو : المرجع السابق ص 265.

(45) ــ وتفصيل هذا العدد حسب التقديرات الفرنسية : ــ سكان المدن : 612.887 نسمة. ــ سكان البادية : 2.997.910. ــ السكان الذين لم يخضعوا للاحتلال الفرنسي = 800.000 نسمة بالتقريب : عن أرثير جيرو : المرجع المذكور ص 260.

Scanned by CamScanner

لهم التمتع «بمزايا الاصلاح» إلا اذا دخلوا في علاقة تعاقدية مع الأجانب. ولعل دلالة هذا المنطق المعكوس تكمن في أن المغاربة محكوم عليهم في نظر فرنسا بالبقاء متوحشين ومتخلفين ما لم يبادروا إلى الارتماء في أحضان الغرب. وعليه فإن المغاربة كي «يتمدنوا» عليهم أن يبلوروا أسطورة سيزيف إلى الواقع الملموس وذلك بابقائهم صخرة التمدن الغربي على أكتافهم إلى الأبد وهذا هو عين العبث.(46)

إن المنطق المعكوس الآنف الذكر تبرره المصالح الفرنسية بالمغرب، وهذه المصالح هي التي توضح التحديد الواقعي لنطاق التطبيق من حيث الأشخاص. ويتمثل هذا التحديد الواقعي في أن ق. ل. ع. المغربي وضع في الحقيقة لينظم أصلا العلاقات التعاقدية المختلطة التي تجمع بين الاروبيين والأهالي انطلاقا من أنه(47) :

ـــ لما كان هدف فرنسا من استعمار المغرب يكمن في استغلال خيرات وأموال المغرب.

ـــ ولما كان «الأهالي» أي المغاربة هم الذين يملكون هذه الخيرات والأموال.

ـــ وبما أن ق. ل. ع. يعتبر الوسيلة المثلى في تنظيم تداول الخيرات والأموال وتوزيعها بل وحتى انتاجها :

ـــ فإن قانون الالتزامات والعقود لا يمكن أن يلعب الدور الذي أراده الاستعمار له إلا اذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص وفي الأساس، لا استثناء كما يدعون، الأهالي الذين يدخلون في علاقات تعاقدية مع الأروبيين وخاصة الفرنسيين منهم.

ورب معترض يقول إن هذا التحليل إذا كان من شأنه أن يصدق على المغرب فإنه لا يكون كذلك بالنسبة إلى تونس التي وضع فيها ق. ل. ع. ليطبق مبدئيا لا استثناء على «الأهالي». وهنا نرد انطلاقا من التحليل الذي اعتمدناه أعلاه بأن الواقع واحد اذا ما علمنا بأن ما جعل استثناء في المغرب اعتبر كذلك حتى في تونس إذ كانت العلاقات المختلطة التي تربط الأهالي والأجانب الاروبيين تخضع

---

(46) ومن هذا المنطلق يمكن لقصة ألبيرت كامي (Albert Camus) المسماة أسطورة سيزيف منشورات كاليمار، 1943، أن تكون بالغة الدلالة.

(47) انظر رسالتنا المشار إليها في السابق ص 71.

Scanned by CamScanner

لق. ل. ع. التونسي. والذي يزكي ما نذهب إليه أن فرنسا عندما تأكدت من عدم مردودية بعض القطاعات الفلاحية في تونس عمدت إلى الاستغناء عن العقود المتعلقة بها كالخماسة والمغارسة عند نقلها التجربة التونسية إلى ق. ل. ع. المغربي[48]

اذا كان الواقع هو الذي يملي هذه القراءة التي قمنا بها لنطاق تطبيق ق. ل. ع. من حيث الأشخاص فإن نفس القراءة من شأنها أن تنسجم حتى مع مضمون الأحكام التي يشمل عليها ق. ل. ع. فلقد قيل بصدد هذا المضمون أنه يكرس محاولة توفيقية بين أحكام القوانين المدنية الأروبية (الأجانب) وأحكام الفقه الاسلامي («الأهالي»).

ولقد جاء عند بيرج بمناسبة حديثه عن المدونة التونسية للالتزامات والعقود أن هذه الأخيرة «تتميز بكونها توفق بين مختلف التشريعات المدنية الأروبية والشريعة الاسلامية إلى درجة لا يجد فيها الأجانب ولا الأهالي أنفسهم معرضين لما يمكن أن يتعارض مع تقاليدهم وعاداتهم».[49] لكن هل لنا أن نسلم بهذا التحديد للمضمون من أجل التمسك بصحة القراءة السابقة لتحديد نطاق التطبيق من حيث الأشخاص ؟.

الواقع أن القراءة قد أكدتها التجربة في السنوات الأولى للاستعمار وحتى بعدها خاصة في ميدان العقار. أما مسألة تحديد المضمون فما وقع في شأنها يكمن في أن فكرة التعايش التي تهيمن على مضمون (أصول) ق. ل. ع. والتي قال بها أول الأمر بيرج (المغرب) بل سانتييانا (تونس) أصبحت عند أغلب المهتمين بدراسة ق. ل. ع. المغربي سواء خلال عهد الحماية أو بعده بمثابة مسلمة.[50]

---

(48) انظر في عدم تطور هذه القطاعات الفلاحية مثلا : لوتسكي : المرجع السابق ص 339.

(49) ستيفان بيرج : المقدمة التي وضعها للظهير المكون لقانون الالتزامات والعقود المغربي : كتاب المدونات والقوانين المشار إليه في السابق ج 1 ص 292. انظر أيضا تقديم رونو لهذا الكتاب : ص XLIVو XLV

(50) لمزيد من التفاصيل : انظر رسالتنا من ص 54 إلى 73. والأكثر من هذا أن البعض يتجاوز فكرة التعايش ليجعل من الفقه الاسلامي المصدر المهيمن على ق. ل. ع. م. على سبيل المثال الأستاذ عبد الرحمان بلعكيد في مداخلته حول مظاهر الفقه الاسلامي في ق. ل. ع. التي شارك بها في الأيام الدراسية حول ق. ل. ع. والمجتمع بعد مضي 70 سنة المنظمة من طرف كلية الحقوق بالدار البيضاء في 20 ــ 21 أبريل 1984. والملاحظ أن هذه المداخلة لم تنشر في المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية في عددها السابع، 1984 الخاص بتلك الأيام الدراسية.

Scanned by CamScanner

واذا كنا لا نملك دحض هذه الفكرة التي أصبحت من قبيل المسلمات عند المؤمنين بالنزعة الوثوقية باعتبار أن الدحض أو حتى التسليم يحتاج إلى دراسة أعمق لا يتسع لها المقام في هذا المقال، فإن هذا لا يمنعنا على الأقل من محاولة تلمس معالم فكرة «التعايش» وفهم مبرراتها انطلاقاً من رسم لوحة لواقع أصول ق. ل. ع. (I) والبحث عن أسباب تكريس هذا الواقع (II).

I ــ واقع أصول الالتزامات والعقود :[51]

بعد ما قمنا بفحص دقيق للمصادر التي قيل بأن ق. ل. ع. قد تأثر بها في مضمونه خرجنا بنتيجة نستعرض خلاصتها كالتالي[52] :

ــ عدد فصول ق. ل. ع. المغربي التي لم تتم الاشارة إلى أصولها : 137 أي ما يمثل 10,96 %.[53]

---

(51) لقد اعتمدنا في تلمس هذا الواقع على النص الرسمي للظهير المكون لقانون الالتزامات والعقود في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب والمنشور سنة 1914 في الجزء الأول من كتاب المدونات والقوانين المشار إليه في السابق.

(52) ما نقدمه هنا من احصائيات يشكل خلاصة جد موجزة لبحث غير منشور أنجزناه تحت عنوان «اصول ق. ل. ع. م. في أرقام» يقع في أزيد من 70 ص عالجنا فيه ما يلي : الجزء الأول يتعلق بجرد تفصيلي لأصول ق. ل. ع. م. الجزء الثاني خصصناه لجرد الأصول التي استأثرت وحدها أو بمزاحمة غيرها بالتأثير في فصول ق. ل. ع. أما المقدمة فقد أدرجنا فيها الفصول التي لم يشر إلى أصولها صراحة.

(53) عندما قمنا بمقارنة هذه الفصول التي لم يشر إلى أصولها صراحة مع القانون المدني الفرنسي تبين لنا أن تلك الفصول المغربية تتفق تمام الاتفاق حتى في الصياغة أحيانا مع ما يقابلها من الفصول الفرنسية.

Scanned by CamScanner

ــ القوانين المدنية الأروبية :

رتبة التأثر	الأصول المؤثرة في ق.ل.ع.م	مجموع فصول ق.ل.ع الغربية المتأثرة بالأصول	النسبة المائوية العامة للتأثر
1	ــ القانون الفرنسي بصفة عامة (54): • مدونة نابوليون • القانون المدني الفرنسي	656 منها 37 كأصل وحيد .618 .633	%52,4
2	ــ القانون الروماني في مجموعه : • الديجست(Digeste) • القوانين(Institutes) • المدونة(Code) • الدساتير الامبراطورية (Novelles) • قوانين كايوس (Institutes de GAIUS)	549 منها 12 كأصل وحيد .509 . 72 .181 .7 .1	%43,92

(54) نقصد بالقانون الفرنسي بوجه عام ما يلي بالتحديد : القانون المدني. ــ القانون التجاري. ــ قانون المسطرة المدنية. القانون الجنائي. ــ قانون التحقيق الجنائي. ــ القوانين الفرنسية الأخرى أي : ــ قانون 19 ديسمبر 1850. ــ قانون 14 يونيو 1865. ــ قانون 18 يوليوز 1866. ــ قانون 19 فبراير 1874. ــ قانون 21 يوليوز 1881. ـقانون 28 مارس 1885. ــ قانون 9 أبريل 1898. ــ قانون 30 ديسمبر 1911.

Scanned by CamScanner

رتبة التأثر	الأصول المؤثرة في ق. ل. ع. م.	مجموع فصول ق.ل.ع المغربي المتأثرة بالأصول الغربية	النسبة المائوية العامة للتأثر
3	ــ القانون الألماني في مجموعه (55) : •القانون المدني الألماني	487 منها 22 كأصل وحيد 483.	%38,96
4	ــ القانون الايطالي في مجموعه (56) : •القانون المدني الايطالي	471 منها 16 كأصل وحيد 404	%37,68
5	ــ القانون الإسباني في مجموعه (57): •القانون المدني الاسباني :	452 منها 12 كأصل وحيد 452.	%36,16
6	ــ القانون السويسري في مجموعه أي : •القانون الفيدرالي السويسري للالتزامات •القانون المدني الفيدرالي السويسري	158 منها 7 كأصل وحيد 142. 18.	%12,64

(55) نقصد بالقانون الألماني في مجموعه ما يلي بالتحديد : القانون المدني الألماني. ــ القانون التجاري الألماني. ــ قانون الصرف الألماني. ــ قانون 27 ماي 1886.

(56) نقصد بالقانون الايطالي في مجموعه بالتحديد : القانون المدني الايطالي. ــ القانون التجاري الايطالي.

(57) نقصد بالقانون الاسباني في مجموعه بالتحديد : ــ القانون المدني الاسباني. ــ القانون التجاري الاسباني.

Scanned by CamScanner

الفقه الاسلامي :

رتبة التأثر عند المقارنة بين المؤلفات الفقهية في المذهبين الحنفي والمالكي	الأصول الفقهية الاسلامية المؤثرة في ق.ل.ع.	مجموع فصول ق.ل.ع المغربي المتأثرة بالاصول الفقهية الاسلامية	النسبة المائوية للتأثر	رتبة التأثر عند المقارنة بين المؤلفات الفقهية في المذهب الواحد المالكي فقط أو الحنفي فقط
18	• **القرآن**	17	**%1,36**	
	• **المذهب المالكي :**		**%11,44 كمتوسط**	
1	ــ مختصر خليل	353 منها 7 كأصل وحيد	%28,24	1
6	ــ شرح الزرقاني على مختصر خليل	247 منها 2 كأصل وحيد	%19,76	2
16	ــ حاشية البناني الفاسي على شرح الزرقاني	.43	%3,44	10
9	ــ تحفة ابن عاصم	163 منها 3 كأصل وحيد	%13,04	5
8	ــ شرح التحفة للتاودي ابن سودة	.174	%13,92	4
7	ــ البهجة في شرح التحفة للتسولي	.211	%16,88	3
12	ــ تبصرة الحكام لابن فرحون	.82	%6,56	8

Scanned by CamScanner

10	ــ العقد المنظم لابن سلمون	133 منها 01 كأصل وحيد	%10,64	6
19	ــ لامية الزقاق	.15	%1,2	11
15	ــ الافادة في علم الشهادة للتواتي	.45	%3,6	9
11	ــ العمليات العامة للسجلماسي	.113	%9,04	7
	• المذهب الحنفي :		**%14,93 كمتوسط**	
4	ــ الأشباه والنظائر لابن النجيم	272 منها 06 كأصل وحيد	%21,76	3
13	ــ شرح الحموي للأشباه والنظائر	.80	%6,4	5
3	ــ مرشد الحيران لمحمد قدري باشا	.278	%22,24	2
5	ــ الدر المختار للحصكفي	.259	%20,72	4
14	ــ حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار	55 منها 01 كأصل وحيد	%4,4	6
16	ــ الفتاوي الهندية	43 منها 01 كأصل وحيد	%3,44	7
2	ــ المجلة	320 منها 04 كأصل وحيد	%25,6	1
	• الكتابات الغربية في الفقه الاسلامي		**%0,24 كمتوسط**	
21	ــ كتابات بول زيس	.1	%0,16	
20	ــ كتابات ستيفان بيرج	2 منها 01 كأصل وحيد	%0,32	

Scanned by CamScanner

المقارنة بين نسب التأثر بالأصول الغربية والاسلامية في ق.ل.ع.م :

• **النسبة المتوسطة للتأثر بالفقه الاسلامي بما فيه من الكتابات الغربية**	%26,61
ــ النسبة المتوسطة للتأثر بالفقه المالكي :	%11,44
ــ النسبة المتوسطة للتأثر بالفقه الحنفي :	%14,93
ــ النسبة المتوسطة للتأثر بالكتابة الغربية في الفقه الاسلامي :	%0,24
• **النسبة المتوسطة للتأثر بالقانون الاروبي العادي بما فيه القانون الروماني**	%36,97
• **مجموع الفصول المتأثرة بالفقه الاسلامي وحده← 107 =**	%8,56
ــ عدد فصول ق.ل.ع.م. المتأثرة بالمذهبين المالكي والحنفي معا 56.	
ــ عدد فصول ق.ل.ع.م. المتأثرة بالمذهب المالكي فقط 25.	
ــ عدد فصول ق.ل.ع.م. المتأثرة بالمذهب الحنفي فقط 25.	
ــ عدد فصول ق.ل.ع.م. المتأثرة بالكتابات الغربية في الفقه الاسلامي فقط 1.	
• **مجموع الفصول المتأثرة بالقانون الأروبي العادي فقط← 189 =**	%15,12
ــ عدد الفصول المتأثرة بالقانون الاروبي العادي فقط بما فيه القانون الروماني 70.	
ــ عدد الفصول المتأثرة بالقانون الأروبي العادي فقط دون القانون الروماني 119.	

Scanned by CamScanner

• **النتيجة :**

— متوسط نسبة التأثر بالفقه الاسلامي وحده = %35,17

— متوسط نسبة التأثر بالقانون الأروبي العادي = %52,09

— نسبة الفصول التي لم يشر إلى أصولها كما أشرنا في السابق = %10,96

— مجموع هذه النسب = %98,22

— نسبة تأثر فصول ق.ل.ع.م. بالقانون التجاري المغربي = %0,16

• **المجموع العام للنسب** = %98,38

وبعد، فإن أهم ما يمكن استخلاصه من الجرد الاحصائي السابق هو أن القانون الفرنسي هو الذي يحتل الرتبة الأولى في نسبة التأثر في ق. ل. ع. وذلك بالمقارنة مع القوانين الأروبية العادية الأخرى من جهة والفقه الاسلامي من جهة أخرى.

ونظرا لاحتلال القانون الفرنسي مكان الصدارة بين القوانين المؤثرة في ق. ل. ع. وزيادة منا في ابراز درجة تأثير هذا القانون نرى أن نشير إلى أن الأستاذ إيميل لارشير (Emile Larcher) كان قد سبق له أن أكد على أن كل ما نظمته المدونة التونسية في 1632 فصلا قد اقتصر القانون المدني الفرنسي على تنظيمه في أقل من 800 فصل أي في الفصول من 1101 إلى 1386 ومن 1582 إلى 2058. إلى جانب بعض الفصول المتفرقة في القسم المتعلق بالتقادم.(58)

وإذا ما أردنا ضبط العدد الذي حدده لارشير نقول ان مجموع الفصول التي نظمت في القانون المدني الفرنسي مضمون مدونة الالتزامات والعقود التونسية وبالتالي مضمون قانون الالتزامات والعقود المغربي يتمثل فيما يلي :

— الفصول من 1101 إلى 1386 = 286 فصلا.

— الفصول من 1582 إلى 2058 = 477 فصلا.

(58) Emile Larcher : Observation critique sur le code Tunisien des obligations et des Contrats in Revue (la) Algerièнne et Tunisienne T. 23 - 1907 p. 194.

Scanned by CamScanner

ـــ بعض الفصول المتفرقة في التقادم = 018 فصلا.[59]

ـــ مجموع هذه الفصول = 771 فصلا.

غير أن الذي نلاحظه على التحديد الذي قام به إيميل لارشيل، أن هذا التحديد مَشُوب بالقصور وبالتالي بنقصان في الدقة إذ أن فصول القانون المدني الفرنسي التي نظمت مضمون مدونة الالتزامات والعقود التونسية أو المغربية لا تقتصر على771 فصلا بادخال ما حددناه من الفصول المتفرقة في التقادم، وانما كان يجب أيضا أن يشار إلى بعض فصول القانون المدني الفرنسي المنظمة للرهن الحيازي والامتيازات التي تم التأثر بها عند وضع الفصول المنظمة للرهن الحيازي والامتيازات في المدونة التونسية. فعدد فصول القانون المدني التي تم التأثر بها عند تنظيم الرهن الحيازي في المدونة التونسية هو 14.[60] أما عدد فصول القانون المدني الفرنسي التي أثرت في تنظيم الامتيازات في المدونة التونسية هو 8.[61]

وعليه ؛ فإيميل لارشير لواراد توخي الدقة في تقديراته لذهب إلى أن مجموع فصول القانون المدني الفرنسي المنظمة لمضمون المدونة التونسية للالتزامات والعقود وبالتالي موضوع ق. ل. ع. المغربي هو 771 + 14 + 8 = 793 فصلا.[62]

---

(59) إن هذه الفصول لم يحددها لارشير ولكننا بعد الرجوع إلى الهوامش الواردة أسفل نصوص ق. ل. ع. في ميدان التقادم تبين لنا أن هذه الفصول في القانون المدني الفرنسي هي حسب ترتيبنا لها كالتالي : 2219. ـــ 2220. ـــ 2222. ـــ 2223. ـــ 2225. ـــ 2244. ـــ 2245. ـــ 2246. ـــ 2248. ـــ 2252. ـــ 2253. ـــ 2257. ـــ 2260. ـــ2261. ـــ 2262. ـــ 2272. ـــ 2274. ـــ 2277. = 18 فصلا.

(60) وتفصيل هذه الفصول بعد حذف ما هو مكرر كالتالي :. 2071. ـــ 2073. ـــ 2074.ـــ 2075. ـــ 2076. ـــ 2078. ـــ 2079. ـــ 2080. ـــ 2081. ـــ 2082. ـــ 2083. ـــ 2088. ـــ 2124. ـــ 2125. = 14 فصلا.

(61) وتفصيل هذه الفصول بعد حذف ما هو مكرر كالتالي : 2090. ـــ 2094. ـــ 2095. ـــ 2096. ـــ 2097. ـــ 2100. ـــ 2102. ـــ 2112. = 8 فصول.

(62) إن هذا العدد الاجمالي هو الذي نظم ما هو مكرس في كل من المدونة التونسية والمغربية للالتزامات والعقود. أما مجموع الفصول المنظمة في مدونة نابليون للعقود والالتزامات فيبلغ 986 فصلا ـأي من 1101 إلى 1386 ومن 1582 إلى 2281. ومجموع الفصول المنظمة للعقود والالتزامات في القانون المدني الفرنسي كان قبل 5 يوليوز 1972 يبلغ 974 فصلا أي 986 ـــ 12 فصلا (من 2059 إلى 2070) التي كانت تنظم الاكراه البدني في الميدان المدني ولكنها ألغيت بموجب قانون 22 يوليوز 1867. وقد أصبح هذا المجموع يبلغ بعد 5 يوليوز 1972، 977 فصلا أي 974 فصلا + 3 فصول (من 2059 إلى 2061) التي أصبحت تنظم ميدان التحكيم (Compromis) بدل الاكراه البدني.

Scanned by CamScanner

ومع ذلك فإن هذه التقديرات التي حاولنا ضبطها مكان لارشير تفوق ماسبق لنا استعراضه وحاصله أن ما تلقاه القانون المغربي للالتزامات والعقود من القانون الفرنسي في مجموعه لا يتعدى 656 فصلا منها 618 فصلا ترجع إلى مدونة نابليون لسنة 1804 و633 تعود إلى القانون المدني الفرنسي.

إن هذا العدد الضئيل بالمقارنة مع مجموع الفصول التي يتضمنها ق. ل. ع. المغربي (1250 فصلا) يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي :

هل القانون المغربي (التونسي) للالتزامات والعقود لم يتأثر بالقانون الفرنسي إلا في جزء منه أما ما تبقى من الأجزاء فيرجع أصلها إلى قوانين أخرى غير فرنسية ؟ ان الانطلاق من الجرد العملي السابق لا يمكن معه إلا أن نجيب على هذا التساؤل بالايجاب، وهذا بالرغم من احتلال القانون الفرنسي للرتبة الأولى في نسبة التلقي. ومع ذلك، ألاَ يحق لنا بالمقابل أن نطرح أيضا التساؤل التالي خاصة إذا ما علمنا أن بعض القوانين الاروبية التي قيل بتلقيها قد وضعت بعد جريان العمل بالمدونة التونسية التي هي الأصل المباشر للمدونة المغربية كالقانون المدني الفيدرالي السويسري الذي وضع سنة 1912 :

لو اكتفى واضعوا الأصول المتلقاة في حواشي فصول ق. ل. ع. المغربي بالقانون الفرنسي وحده دون القوانين الأروبية الأخرى على الخصوص هل كان ذلك سيعد تقصيراً منهم باعتبار أن ق. ل. ع المغربي يتجاوز إطار القانون الفرنسي ؟

لا نرى إلا أن نجيب بالنفي عن هذا التساؤل خاصة إذا ما وضعنا نصب أعيننا منهج التقيد بالنص (مدرسة الشرح على المتون) الذي كانت له الغلبة حتى في أواخر القرن 19 وأوائل القرن 20 لا بل الأكثر من هذا أن هذا المنهج لا زال يحظى بالهيمنة حتى في يومنا هذا ليس في المغرب فقط وانما حتى في فرنسا فيما يخص أساسا تحليل القوانين المنظمة لميدان المعاملات. فهذا المنهج على مستوى التدوين لا يعتمد فكرة قانونية إلا وفقا لصياغتها التشريعية. وإذا غابت هذه الصياغة تم تبني صياغة تشريعية أخرى ولو كانت أجنبية ما دامت تساير ما هو معتمد فقها وقضاء في فرنسا. ولنوضح هذه الفكرة أكثر نورد المثال التالي :

لقد قيل بأن الفصل 461 من ق. ل. ع. المغربي (أي الفصل 513 من المدونة التونسية) لم يتلق القانون الفرنسي وانما تلقى فقط القانون المدني الاسباني والمجلة

Scanned by CamScanner

العثمانية والأشباه والنظائر لابن النجيم ومدونة يوستينيان.[63] ومع ذلك نلاحظ، بالرغم من خلو القانون المدني الفرنسي من نص مماثل للفصل 461 من ق. ل. ع. المغربي (513 تونسي)، أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد كرسا مبدأ منع القاضي من البحث عن نية المتعاقدين عند وضوح العبارات منذ منتصف القرن 19. فلقد نادى ديبان (Dupin) على سبيل المثال سنة 1858 بحق محكمة النقض في منع قاضي الموضوع من تشويه وتحريف عبارات العقد الواضحة كما جاء في القرار المبدئي (Arrêt de Principe) الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1872 إذ جاء فيه أنه : «لا يجوز للقضاة، عندما تكون عبارات الاتفاق واضحة وصريحة، أن يقوموا بتحريف الالتزامات الناتجة عنه وتعديل الشروط التي يتضمنها».[64]

واذا كان هذا الرد من شأنه أن ينطبق حتى على مدى تأثر ق. ل. ع. بالفقه الاسلامي فإن البحث عن أسباب تكريس هذا الأخير بجانب القوانين الأروبية العادية لقمين بأن يوضح أكثر الغموض الذي يعتور واقع تساكن وتعايش المصادر (الأصول) في مضمون ق. ل. ع.

II ــ أسباب تكريس التعايش بين المصادر الغربية (القوانين الأروبية العادية) والمصادر الشرقية (الفقه الاسلامي) كواقع :

نعتقد ان الأسباب التي تكمن وراء فكرة كون ق. ل. ع. قد تأثر من جهة بالقوانين الأروبية العادية المار ذكرها والفقه الاسلامي الحنفي والمالكي من جهة أخرى ترجع في جانبها الأكبر ان لم يكن في مجموعها ــ إلى الواقع الفكري والاجتماعي الذي عاشه المغرب الكبير وعلى الخصوص تونس والمغرب الأقصى ابتداء من أواسط القرن 19 ؛ هذا الواقع الذي يمكن ترجمته بالاصلاحات التي نودي بها في كل من تونس والمغرب ــ حتى لا نذكر غير ما يهمنا في هذا المقام ــ انطلاقا من مقارنة الوضع الداخلي لكلا البلدين مع الوضع الأروبي المتقدم

---

(63) انظر هذه الأصول في الهامش الوارد أسفل الفصل 461 من ق. ل. ع. المغربي في : كتاب المدونات والقوانين المشار إليه في السابق ج 1 ص 444.

(64) انظر في تفصيل هذا المثال : رسالتنا المشار إليها سابقا ص 242.

Scanned by CamScanner

وأملا في دفع التأخر الذي يؤدي بقاؤه إلى جعل الدولتين طعمة سائغة في أفواه الدول الأروبية العازمة على الاستيلاء عليهما.(65)

1 ــ الواقع الفكري والاجتماعي التونسي هو السبب في تكريس فكرة التعايش بين المصادر (الأصول) في المجلة التونسية :

بالنسبة إلى تونس لا داعي إلى استعراض الأعمال الاصلاحية التي نادى بها أمثال محمود قابادو والمؤرخ الفقيه محمد بيرم الخامس والبشير صفر وعلي باش حانبة ومحمد الأصرم ــ حتى لا نخرج عما هو مطلوب منا ــ وحسبنا أن نعطي فكرة جد وجيزة عن المنظور الاصلاحي لخير الدين التونسي الذي كان المرشد الحقيقي لأغلب من سبق ذكرهم ومن جاء بعده وبذلك يكون قد استحق فعلا لقب «أب النهضة التونسية الأول»،(66) والذي توفرت له فرصة محاولة تطبيق منظوره عندما تربع على كرسي الوزارة الأولى في الحكومة التونسية خلال الفترة الممتدة من 1873 إلى 1877 بفضل «وعيه وحكمته وتجاربه».(67)

ويمكن تلخيص هذه التجارب في قيامه بمقاومة أروبا عن طريق الاستعارة منها كما يقول معن زيادة(68) أي من خلال الدعوة إلى اقتباس التجربة الأروبية(69)

---

(65) لقد سبق للدول الاسلامية أن شهدت المناداة بالاصلاحات حتى قبل النصف الثاني من القرن 18. إلا أن هذه الاصلاحات لم تكن تنطلق من الإحساس بالتأخر ولم تكن تعير اهتماما ما للآخر كما يقول الاستاذ علي أومليل وانما كانت تتصور مجيء الخلل من المجتمع الاسلامي نفسه (الافتراق والتقليد مثلا) فتقوم بإعطاء حلول نابعة من الاسلام ذاته (الدعوة إلى وحدة الصف، الدعوة إلى الاجتهاد، اعتبار الجيل الاسلامي الأول هو القدوة...مثلا) : انظر في المقارنة بين المفهوم القديم للاصلاح في الدول الاسلامية و المفهوم الحديث لهذا الاصلاح في نفس الدول : على سبيل المثال : علي أومليل : الاصلاحية العربية والدولة الوطنية، دار التنوير للطباعة والنشر، بيروت. ط. 1، 1985 ص 13 وما بعدها.

(66) انظر في هذا اللقب : شارل أندريه جوليان : المعمرون الفرنسيون وحركة الشباب التونسي : دراسة نشرها سنة 1967 بالمجلة الفرنسية لتاريخ ما وراء البحار : تعريب محمد مزالي والبشير بن سلامة، نشر الشركة التونسية للتوزيع بدون تاريخ الطبع الهامش رقم 2 في ص 44. ــ انظر كذلك معن زيادة في تحقيقه ودراسته لمقدمة كتاب خير الدين التونسي «أقوم المسالك إلى معرفة أحوال الممالك»، دار الطليعة، بيروت ط. 1، 1978 ص 43.

(67) معن زيادة : المرجع السابق ص 18.

(68) معن زيادة : المرجع السابق ص 31.

(69) معن زيادة : معالم على طريق تحديث الفكر العربي، سلسلة عالم المعرفة، عدد 115 يوليوز 1987 ص 203. والملاحظ أن فكرة الاصلاح واستلهام النموذج الأروبي أو على الأقل التأثر بالتجربة =

Scanned by CamScanner

باعتبار أن هذا الاقتباس يوافق الشريعة ولا يخالفها لأنه يعد «من الوسائل الموصلة إلى حسن حال الأمة الاسلامية و تنمية أسباب تمدنها»[70] بل إن المتأمل لأهمية ذلك الاقتباس وحاجة المجتمع إليه يجد أن أصول الشريعة تقتضيه على وجه الاجمال وإن بدت تفاصيلها مختلفة عما هو مألوف.[71] كما يجد أن حضارة الغرب تجد جذورها الكثيرة في حضارة العرب ولذلك «فإن الأمر إذا كان صادرا من غيرنا وكان صوابا موافقا للأدلة لا سيما إذا كنا عليه وأخذ من أيدينا فلا وجه لانكاره وإهماله بل الواجب الحرص على استرجاعه واستعماله. وكل متمسك بديانة وإن كان غيره ضالا في ديانته، فذلك لا يمنعه من الاقتداء به فيما يستحسن في نفسه من أعماله المتعلقة بالمصالح الدنيوية، كما تفعله الأمة الإفرنجية».[72]

وإذا كان خير الدين قد فشل في إنجاز الاصلاحات التي نادى بها[73] لأن مصير تونس كان قد حسم عندما كان طفلا صغيرا أي منذ دخول فرنسا إلى الجزائر ووضع المخططات الاستعمارية لضم المغرب الكبير إلى الحظيرة الاستعمارية[74] فإن ما استطاع أن يبقى به خالدا ويؤثر به على معاصريه

= الأروبية قد أصبحت أمرا واقعا في أذهان كثير من مفكري القرن 19 : انظر عبرى وذكرى أو الدولة العثمانية قبل الدستور وبعده لسليمان البستاني تحقيق ودراسة خالد زيادة، دار الطليعة، بيروت، ط 1 نوفمبر 1978، ص 27.

(70) مقدمة كتاب أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك، تحقيق ودراسة معن زيادة ص 109.

(71) معن زيادة : معالم على طريق تحديث الفكر العربي ص 203 و204.

(72) خير الدين التونسي : مقدمة كتابه أقوم المسالك...ط 1978 ص 110.

(73) انظر في تقييم اصلاحات خير الدين على سبيل المثال : مسعود ضاهر : مقدمات منهجية لدراسة الفكر الاسلامي عند خير الدين التونسي : مجلة الفكر العربي، السنة الثانية، العدد 15 (وعنوانه الفلسفة والايديولوجية) ماي — يونيو 1980 من ص 169 إلى 181. — انظر أيضا : صدوق الأسود في مقال له بالفرنسية بعنوان : «Stratégie et tactique de la réforme chez Khéreddine (1882 - 1861)» منشور في اشغال المؤتمر الأول لتاريخ المغرب العربي وحضارته. ج 2 سلسلة الدراسات التاريخية رقم 1، 1979، الجامعة التونسية، مركز الدراسات والابحاث الاقتصادية والاجتماعية من ص 285 إلى 305 وخاصة من ص 301 إلى 305.
العيواني عبد الله : في الفكر العربي الحديث : السلفية والليبرالية : خطابان وموقف واحد من الاصلاح : مجلة الزمان المغربي عدد 18، 1983 من ص 27 إلى 36.
وانظر في تقييم اصلاحات دولة التنظيمات بصفة عامة : عبد الله العروي : مفهوم الحرية، دار التنوير للطباعة والنشر، بيروت ط. 2، 1983 من ص 29 إلى 36. وكذلك مؤلفه في مفهوم الدولة، دار التنوير للطباعة والنشر، بيروت ط. 2، 1983 من ص 129 إلى 141.

(74) معن زيادة : معالم على طريق تحديث الفكر العربي ص 172.

Scanned by CamScanner

وتلامذته بل ويساهم به حتى في نشوء الحركة الوطنية التونسية[75] يكمن في مقدمته الطويلة التي وضعها لكتابه في «أقوم المسالك إلى معرفة أحوال الممالك» التي عمدت فرنسا إلى نشر ترجمتها الفرنسية بإشراف خير الدين نفسه مباشرة (سنة 1868) بعد نشر أصلها العربي (سنة 1867).

واذا ما أردنا تلخيص الخطوط العريضة لمقدمة خير الدين التونسي قلنا إن من الأهداف التي توخاها خير الدين تكمن في خلق مجتمع تونسي منتج يسوده الرخاء. وقد علق تحقيق تصوره الاجتماعي هذا على شرطي هيمنة السلم الاجتماعي والاستقرار في علاقات الأفراد. غير أن توافر هذين الشرطين لا يقوم إلا إذا تمسك المجتمع بقيمتي الحرية والعدل[76] المعتبرتين من الأسس الرئيسية للمؤسسات

المجتمع بقيمتي الحرية والعدل(76) المعتبرتين من الأسس الرئيسية للمؤسسات
الأروبية التي منها تستمد قوتها التي جعلت من مجتمعاتها مجتمعات منتجة يسودها الرخاء. وتجد سيادة الحرية والعدل تجسيدها العملي في ضرورة سيادة القانون (القوام)[77] ؛ فالقانون هو الذي يخلق العالم المتحضر. وباحترامه الشديد نستطيع الخروج من حالة الفطرة والطبيعة للدخول في عالم الحضارة والرقي. وبما أن الأحوال الدنيوية تتغير فيتغير معها ما هو صالح للمجتمع ؛ لذلك يكون من الواجب أن يتغير هذا القانون باتفاق بين رجال السياسة والعلماء إذ أن «رجال السياسة يدركون المصالح ومناشىء الضرر والعلماء يطبقون العمل بمقتضاها على أصول الشريعة» كما يقول خير الدين.[78] بمعنى أن رجال السياسة عليهم أن يقوموا باقتراح القوانين الجديدة الضرورية لتنظيم المجتمع وعلى رجال الفقه الاسلامي (وخاصة علماء المذهب الحنفي والمالكي) أن يقرروا ما اذا كانت هذه القوانين تتفق وتلائم أحكام الشريعة الاسلامية. فإذا ما ثبتت معارضتها ومخالفتها للشريعة أمكن استبدالها بغيرها من القوانين ولا ينبغي أن تكون هذه المعارضة «سببا في ترك تأسيس التنظيمات [القوانين] من أصله».[79].

---

(75) معن زيادة : تحقيقه ودراسته لمقدمة كتاب أقوم المسالك...ص 43.

(76) كرر خير الدين في مقدمة كتابه المذكور لفظة الحرية 48 مرة. كما كرر لفظة العدل 39 مرة : انظر المقال المشار إليه في السابق لصدوق الأسود ص 289 الهامش رقم 24.

(77) كرر خير الدين في مقدمة كتابه المذكور لفظة القانون وغيرها من الألفاظ التي في معناه 296 مرة : انظر = صدوق الأسود في مقاله السابق ص 290 الهامش رقم 26.

(78) في المقدمة المذكورة لكتابه : ص 157.

(79) خير الدين في مقدمته المذكورة : ص 161. والملاحظ أن مشروع مدونة الالتزامات والعقود =

Scanned by CamScanner

إن القانون في تصور خير الدين كان بمثابة «أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك» ولا أدل على ذلك من تكراره هذا المصطلح ــ وغيره مما هو في معناه ــ في مقدمته 296 مرة. والحل الذي رآه خير الدين ملائما لإخراج هذا القانون إلى حيز الوجود هو أن يحصل نوع من التعايش السلمي بين النموذج الأروبي الذي به سيتقدم المجتمع التونسي وبين واقع هذا المجتمع (الفقه الاسلامي) حتى يظل محتفظا بأصالته المسلمة (مراعاة البيئة أو الوسط بابقاء ما كان على ما كان).

وبعد، فإذا كانت مقدمة خير الدين قد أنارت الطريق للاستمرار في المنادات بالاصلاحات حتى بعد ما فشل هو في تحقيق هذه الاصلاحات، وإذا كانت فرنسا على علم تام (ان لم تكن هي الدافعة إلى خلق كثير من المواقف) ليس فقط برغبة غالبية التونسيين وإنما حتى بموقف المعارضين لكل اصلاح يأتي من الغرب أمثال المفتي المالكي محمد النجار[80] أو المعارضين لكل اصلاح لا يقتصر على النموذج الأروبي وحده أمثال عبد الجليل الزاوش الذي دفعته تجارته أولا ثم ثقافته الغربية ثانيا إلى المناداة بضرورة قطع الصلة مع التقاليد والتخلص من العقلية البالية[81] بعد كل هذا، ألا يحق لنا أن نرى فيما سبق تلك الأسباب التي دفعت إلى التمسك بكون ق. ل. ع. قد تأثر على وجه التعايش بكل من القوانين الأروبية العادية والفقه الاسلامي ؟

غير أن ما يجدر التنبيه إليه في الأخير أن ما اعتبرناه أسبابا لفكرة التعايش بين القوانين الأروبية العادية والفقه الاسلامي في المدونة التونسية لا ينبغي خلطه مع السبب الحقيقي الذي دفع بفرنسا إلى وضع هذه المدونة التونسية. ففكرة التعايش تمسكت بها فرنسا لطمأنة التونسيين عن طريق إيهامهم بأنها قدمت «فعلا» إلى

= التونسية عندما عرضت على لجنة علماء المسلمين للنظر في مدى موافقتها لأحكام الفقه الاسلامي، أبديت كثير من الاعتراضات على الأحكام المخالفة لهذا الفقه ولكن المشاركين في اللجنة من الغربيين (سانتيانا وبيرج) كانا يستبدلان ما هو مخالف بأحكام من القانون الروماني حسب زعمهما، فيحكم بموافقة هذه الأحكام للفقه الاسلامي : أنظر في انتقاد هذا الموقف رسالتنا المشار إليها في السابق ص 66. إن هذه الملاحظة تسمح على الأقل في الظاهر بالقول إن المشاركين الغربيين قد احترما تعاليم خير الدين ما دام أنهما كانا يستبدلان القانون المعارض بالقانون الموافق.

(80) انظر شارل أندريه جوليان : المعمرون الفرنسيون وحركة الشباب التونسي تعريب محمد مزالي والبشير بن سلامة ص 53.

(81) شارل أندريه جوليان : المقال السابق ص 93.

Scanned by CamScanner

تونس لتعمير خرابها ورأب صدعها بوضع القوانين التي تراها صالحة لخلق «مجتمع تونسي منتج يسوده الرخاء» انطلاقا من التشبث حتى بالأفكار الاصلاحية للتونسيين أنفسهم وبلورتها إلى حيز الوجود.

أما السبب الحقيقي الذي دفع بفرنسا إلى وضع المدونة التونسية فنراه إلى حد كبير، في اضفاء المشروعية واعطاء مزيد من الضمانات لما تم من الممارسات التي أفقرت غالبية التونسيين[82] من جهة وفي إغراق تونس بالبضائع والسلع الفرنسية على الخصوص من جهة أخرى.[83] وهذا السبب الحقيقي في تقديرنا هو الذي دفع بفرنسا إلى نقل المدونة التونسية لتطبق على المغرب في صورة مدونة الالتزامات والعقود لمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب.

2 ــ الواقع الفكري والاجتماعي المغربي هو أيضا السبب في تكريس فكرة التعايش بين المصادر (الأصول) في المدونة المغربية :

وبالنسبة إلى المغرب فإن الأمر لا يختلف فيه حسب تقديرنا عن تونس حتى فيما يرجع إلى «الصيحة» الاصلاحية الحديثة التي دوت فيه منذ أواسط القرن 19. واذا كان ما يقتضيه الموضوع في مقامنا هذا لا يرمي إلى دراسة وتحليل الاصلاح أو التأريخ لمظاهر اليقظة في المغرب الحديث فحسبنا أن نشير إلى أن نفس الخوف الذي أحس به التونسيون ازاء التهديد الأروبي قد دفع المغاربة إلى الصدع في سكون بالاصلاح أمثال الكردودي خلال عهد السلطان مولاي عبد الرحمان

---

(82) ذكر لوتسكي أن ملكية الاراضي الفرنسية في تونس نمت من 107 ألف هكتار في عام 1881 إلى 443 ألف هكتار في 1892 و882 ألف هكتار في 1912. كما أن فرنسا أجّرت «معظم أراضي المعمرين إلى كبار المستأجرين الذين دبروا شؤون استثماراتهم حسب الأساليب الاقطاعية التقليدية. وطبقت بصورة واسعة أشكال عديدة من الاستغلال كالخماسة والمناصفة والمغارسة على أراضي المعمرين وكذلك في ضياع الاقطاعيين التونسيين..» : لوتسكي : تاريخ الأقطار العربية الحديث تعريب عفيفة البستاني، دار التقدم، موسكو، 1975 ص 338 و 339.

(83) لم تول الادارة الفرنسية في تونس عناية «لا لحماية الصناعة التقليدية من مزاحمة المنتوجات الصناعية المستوردة ــ كما جاء عند شارل أندريه جوليان ــ أو المصنوعة في البلاد نفسها ولا لصيانة الملكية العقارية من تطبيق حق الملكية المطلقة المحظوظة، ومضاربات الشركات الخفية الاسم وكبار الملاكين المتغيبين عن أراضيهم... مما أدى إلى اقصاء عدد كبير من صغار الفلاحين والخماسة وجعلهم أجراء. ولقد لاحظ المؤرخ والاداري شارلتي (Charlety) سنة 1907... أن الحضور الفرنسي أطاح بالهياكل التقليدية للحياة الاقتصادية وأن ظروف عمل الأهالي كانت تقودهم حتما إلى الموت السريع...» : شارل أندريه جوليان : المقال السابق : ص 19 و20.

Scanned by CamScanner

والتسولي المدعو مديدش[84] وأبي اسحاق التادلي[85] والناصري[86] المشهور بمؤلفه التاريخي «الاستقصاء» وفتواه التي أيد فيها ما ذهب إليه السلطان مولاي الحسن من الرضوخ «لمطالب الأجناس الفرنج حول تنقيص صاكة الأعشار والحط من صاكة السلع الموسوقة التي كانت مسرحة من قبل والتسريح لهم فيما كان مثقفا ذلك كالحبوب مطلقا والأنعام والبهائم ونحو ذلك»[87].

واذا ما أردنا تلخيص مضمون الفتوى التي قال بها الناصري وما يمكن أن يفهم منها في تقديرنا، أمكن الذهاب إلى أن النظرة الاصلاحية للناصري تتمثل في ضرورة توحيد المغاربة لصد هجمات العدو وايقاف زحفه. ولكن هذا التوحيد لا يمكن أن يتم إلا إذا وجد «ضابط يجمعهم وقانون يسوسهم»[88] وهذا القانون لابأس من أن يؤخذ فيه بما يساير تغير المجتمع (تغير العرف والعادات) ولو كان منبع هذا الأخذ أجنبيا شريطة أن يكون موافقا لأحكام الشريعة الاسلامية لأن «كل سياسة لا تستضيء بنور الشرع فهي ضلال»[89] وما يوافق الشريعة ينبغي الرجوع فيه إلى أهل الحل والعقد أي إلى : «أهل العلم والدين والبصر بهذا الأمر الخاص لأنه يشترط في كل من وُلي النظر في أمر ما من الأمور العلم به».[90]

وبالاضافة إلى الناصري فإن أبي عبد الله السليماني صاحب «اللسان المغرب عن تهافت الأجنبي حول المغرب»[91] كان من الذين يرون في القوانين الأروبية

---

(84) انظر محمد المنوني : مظاهرة يقظة المغرب الحديث ج 1، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 1، يناير 1973 ص. 15.

(85) محمد المنوني : المرجع السابق ص 251 وما بعدها.

(86) محمد المنوني :المرجع السابق ص 254 وما بعدها.

(87) أبو العباس أحمد بن خالد الناصري : الاستقصاء تحقيق وتعليق جعفر الناصري ومحمد الناصري، دار الكتاب، الدار البيضاء، 1956. ج 9 ص 182.

(88) الناصري = المرجع السابق ج .9 ص. 190. وانظر فتوى الناصري في مجموعها في نفس المرجع من ص 184 إلى 192.

(89) الناصري = المرجع السابق ص 186.

(90) الناصري = المرجع السابق ص 192.

(91) صدرت طبعته الأولى سنة 1971، مطبعة الأمنية الرباط. ــ ولقد كان من دوافع تأليفه ــ كما يقول المؤلف ــ ذلك الرجاء في أن تنهض الناشئة المغربية «وتنفض غبار الكسل عنها وتتحلى بما كان عليه سلفها الصالح وأخذ منها». ص 3.

Scanned by CamScanner

الوقتية ما ينبغي أن «يغبطهم عليها كل عاقل ويتمناها كل فاضل إذ هي بغيتنا وضالتنا».[92]

كما أن البعض قد دفعت به الغيرة «الوطنية» ــ ان صح التعبير ــ في «حفظ الاستقلال ولفظ السيطرة والاحتلال»[93] إلى إعداد مذكرات ورفعها إلى السلطان كما فعل الحاج علي زنيبر مع السلطان مولاي عبد العزيز أو أحد المجهولين مع نفس السلطان[94] وقد نصت المادة 5 من المذكرة التي رفعها هذا المجهول إلى السلطان مولاي عبد العزيز على أن : «أول عمل يبدأ به انتخاب أربعة من أفاضل العلماء الذين سبق لهم خدمة في القضاء وكانوا متصفين بالاستقامة مع أربعة آخرين يكونون بالغاية القصوى من العلم بشرط أن يكونوا عالمين بأحوال الوقت ويكلفون بتأليف كتاب مقتصر فيه على قول واحد من مذهب الامام مالك رضي الله عنه بعبارة سهلة يفهمها العالم والجاهل كما فعلت الدولة العثمانية كتاب مجلة الأحكام العدلية..».

ولقد اقتصر آخرون على الصدع بما رأوه من الإصلاح على صفحات الصحف ك «جماعة لسان المغرب» التي نشرت مذكرتها الإصلاحية على أعمدة الأعداد الصادرة بتواريخ 11 و18 و25 أكتوبر وفاتح نوفمبر 1908 ــ حتى لا سهلة يفهمها العالم ونقول مشروع دستور 1908 كما يحلو للبعض أن يقول مع أن المشروع اصطلاح قانوني له دلالة محددة لا تنطبق على تلك المذكرة فيما يرجع إلى صفة الأشخاص المعدين لها والمسطرة المتبعة في تقديمها[95] ــ وقد نصت

---

(92) المرجع المشار إلى طبعته الأولى في الهامش رقم 91 أعلاه ص 171.

(93) استعرنا هذه العبارة من عنوان مذكرة الحاج علي زنيبر التي اقترح فيها لائحة من الاصلاحات من أجل حماية البلاد ليس فقط من جانب القوى الأجنبية ولكن كذلك من طرف الاستبداد الذي هو أحد أشكال الاحتلال : انظر مثلا في هذه المذكرة : محمد المدني حول المسألة الدستورية بروز الدستورانية وظهور الحركة الوطنية : مجلة أبحاث عدد 6، خريف 1984 ص 11.

(94) لقد اكتشف المرحوم علال الفاسي مذكرة هذا المجهول ونشرها بعدما قدمها في كتيب سماه حفريات عن الحركة الدستورية في المغرب قبل الحماية : مذكرة مرفوعة من كاتب مجهول إلى جلالة مولاي عبد العزيز : صدرت الطبعة الثانية عن مطبعة الرسالة، الرباط بتاريخ 1982.

(95) ذكر الأستاذ محمد البوزيدي في محاضراته في القانون الدستوري والأنظمة السياسية نشر دار المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، السنة الجامعية 1975 ــ 1974 ص 166 أن مشروع دستور 1908 «قدمته مجموعة لسان المغرب إلى السلطان مولاي عبد العزيز في 11 أكتوبر 1908». والصواب ما أوردناه في المتن إضافة إلى أنه في 11 أكتوبر 1908 لم يكن سلطان المغرب هو =

Scanned by CamScanner

المادة 92 دة في ملحق هذه المذكرة[96] على أنه : «يهتم منتدى الشورى في سنته الأولى بسن وتنظيم قوانين لكل إدارة من الإدارات الحكومية للوزارات وللمحاكم في القصبات ودار النيابة وللمحاكم القللحسبة ولأمانة الديوانات، وللعسكرية وللمدارس وللضرائب والجبايات، وغيرها، فيكون لكل من هذه الإدارات والأمور المخزنية قانون خاص بها، تسير بموجبه وتعمل بمقتضاه».

ولقد كانت الوثيقة التي بويع بها السلطان مولاي عبد الحفيظ من الصيحات الإصلاحية الأخيرة التي سبقت إقرار الحماية في المغرب إلا أن نص هذه الوثيقة حرص على تقييد السلطان بالشروط والعهود واضطلاعه بمهمة التنظيم والاصلاح دون حاجة إلى الاستعانة بالاجانب.[97]

وبعد، فان فرنسا لا شك أنها كانت على علم بكل التيارات الاصلاحية التي شهدها المغرب سواء ما تعلق منها بتلك التي لا ترى مانعا في أن يؤخذ بالتجربة الأروبية بما فيها التجربة القانونية على أن يتم عرضها على أهل الحل والعقد للنظر في مدى موافقتها للشرع الاسلامي وربما وجد هذا الاتجاه الإصلاحي من يناصره حتى في جهاز المخزن خلال العهد العزيزي كوزير الشؤون الخارجية السيد عبد الكريم بنسليمان الذي كان يرى الخلاص في التعاون مع فرنسا[98] (وبالتالي الخلاص في القانون الفرنسي) والمهدي المنبهي وزير الحرب الذي كان يهدف إلى

= مولاي عبد العزيز وإنما مولاي عبد الحفيظ الذي اجتمع عليه أهل الحل والعقد في فاتح ذي الحجة 1325 هـ موافق 6 دجنبر 1907 وبويع في 5 يناير 1908.

(96) انظر نص هذه المذكرة مثلا في : محمد حسن الوزاني : حياة وجهاد : التاريخ السياسي للحركة الوطنية التحريرية المغربية I ــ طور المخاض والنشوء، مؤسسة محمد حسن الوزاني بدون تاريخ الطبع من ص 97 إلى 116. وانظر في دراسة هذه المذكرة مثلا : الطيب الأزرق : مشروع دستور جماعة «لسان المغرب» دراسة تحليلية نقدية مجلة تاريخ المغرب الصادرة عن جمعية الامتداد الثقافي. العدد الأول، فبراير 1981 من ص 99 إلى 137.

(97) انظر نص هذه البيعة مثلا في : المرجع السابق لمحمد حسن الوزاني من ص 67 إلى 73. وانظر فيمن أضاف الشروط والعهود إلى هذه البيعة التي حررها في الأصل أبو العباس أحمد بن عبد الواحد بن المواز بشكل جامد لم يراع فيها التطور الذي كان المغرب ينشده من وراء احلال مولاي عبد الحفيظ محل مولاي عبد العزيز : الكتاني محمد الباقر : ترجمة الشيخ محمد الكتاني الشهيد، مطبعة الفجر، 1962 ص 198 وما بعدها.

(98) الطيب الازرق : مشروع دستور جماعة لسان المغرب : مجلةتاريخ المغرب العدد الأول، فبراير 1981 ص 103.

Scanned by CamScanner

احداث اصلاحات تقوم بها بريطانيا وألمانيا[99] (وبالتالي القانون الألماني) بل وحتى عبد السلام التازي وزير المالية نظرا لما كانت لمن اشتغل مع المخزن من عائلته الكبرى إلى أن أقالهم المولاى عبد الحفيظ من ميل نحو أروبا[100] لا يقل عن ميل أولئك التجار الذين لم يتبكاثر عددهم ويتضخم «طيلة القرن الماضي إلا بالمشاركة مع التجار الأجانب ــ كما يقول جرمان عياش[101] ــ فأصبحوا مساعدين لهؤلاء الأجانب بل خدامهم» ؛ أو تعلق الأمر فيما كانت فرنسا على علم به بتلك التيارات التي ترفض أي اصلاح يرتكز على الأخذ بالتجربة الأروبية ويخرج عن الحفاظ بما كان سائدا عند السلف الصالح (إبقاء ما كان على ما كان) وربما وجد هذا الاتجاه من يناصره كمقابل للأول حتى في جهاز المخزن أمثال الصدر الأعظم المفضل غرنيط الذي كان يعادي أي اصلاح يروم المس بنظام المخزن[102] كما هو كائن. ولذلك بما أن فرنسا كانت عازمة على احتلال المغرب واستعماره كائنا ما كانت الأحوال بادئة في هذا الاستعمار بملء «الفراغ القانوني» باقرار القوانين التي تراها صالحة لخدمة أغراضها ؛ فإنها لم تتورع عن التظاهر بارضاء كافة الخواطر : خواطر من يؤمن بالنظرة التوفيقية بين التجربة الأروبية والواقع المغربي (الفقه الاسلامي) وخواطر من لا يؤمن إلا بالتجربة الأروبية (القوانين الأروبية العادية) وخواطر من لا يؤمن إلا بالاصلاحات التي تنبثق من البيئة أو الوسط المغربي (أي الفقه الاسلامي وحده) مادام أن هؤلاء سيجدون عزاءهم، أمام أمر الاستعمار الواقع وفي آخر المطاف، في الفكرة القائلة بأن القانون المغربي قد أخذ فيه بما يتلاءم ويوافق من القوانين الأروبية العادية الشرع الإسلامي. وهذه الفكرة الأخيرة في تقديرنا لا تخرج عن الايهام بأن ما ينبغي أن يكون ليس إلا ما هو كائن. وبهذا تندرج هذه الفكرة ضمن التفكير العام الاستعماري الذي يوهم بخدمة ورعاية مصالح المجتمع المستعمَر مع أنه في الحقيقة لا يعمل إلا على خدمة ورعاية مصالح المستعمِر وأغراضه.[103]

---

(99) الطيب الأزرق : المرجع السابق ص 103.

(100) Paul pascon : Le Haouz de Marrakech - thèse - Rabat 1977, tome 2 p. 459 note 25.

(101) جرمان عياش: حول الاصلاح بالمغرب في القرن 19 : مجلة دار النيابة، العدد الأول، يناير 1984 ص 17.

(102) الطيب الازرق : المرجع السابق ص 103.

(103) جاء عند ألبيرت عياش أنه «لم يكن الهدف من نشر هذه القوانين [أي الصادرة بتاريخ 12 غشت =

Scanned by CamScanner

وبهذا المعنى يمكن أن نعتبر الفكرة القائلة بالتعايش والتساكن بين القوانين الأروبية العادية والفقه الاسلامي في كل من المدونتين التونسية والمغربية من قبيل الايديولوجيا القانونية التي لاتختلف عن تلك التي انطلق منها البعض عن وعي أو غير وعي للقول إن وقائع «التاريخ !» تثبت «أن حملة نابليون في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي في مصر قد استطاعت عن طريق بعثتها العلمية المرافقة لها أن تنقل أنظمة الشريعة الاسلامية في المعاملات من بيع ورهن وشراء وجرائم وذلك في مدونة أطلق عليها (مجموعة قوانين نابليون) صدرت عام 1804، أرجع الباحثون معظمها إلى كتاب في المذهب المالكي هو (شرح متن خليل للشيخ الدردير) رحمه الله».[104]

ومن أمثال هؤلاء محمد قدري باشا صاحب مرشد الحيران في مصر[105] والمرحوم علال الفاسي في المغرب[106] والحال أن الهدف من حمل تلك الأنظمة المعتبرة من الشريعة الاسلامية كان يمكن إلى حد كبير في التعرف أكثر على أحوال الشعوب التي ستدخل تحت الهيمنة الفرنسية. أما الأصول الحقيقية للقانون المدني الفرنسي فقد عولجت أكثر من مرة وبطريقة لا يحوم الشك حول علميتها على سبيل المثال من طرف أندريه جان أرنو[107] ومع ذلك لم نعثر فيها على ما ينتمي في أصوله إلى الشريعة الاسلامية لا على مستوى المنهج المعتمد في هذا القانون ولا على مستوى صياغة أحكامه.

= 1913] تجديد الأنظمة القضائية والقانون المغربي... بل الهدف منها منح الأروبيين ما كانوا يطالبون به من ضمانات لهم ولنشاطهم التجاري وثرواتهم. وكان ظهير التسجيل العقاري من بين الظهائر التي كان ينتظرها أولئك الذين حصلوا أثناء سنوات الاضطراب التي تلت احتلال وجدة والانزال في الدار البيضاء ــ 1907 ــ بطرق مشكوك فيها على أملاك مدنية وقروية...» : ألبيرت عياش : المغرب والاستعمار : حصيلة السيطرة الفرنسية ترجمة عبد القادر الشاوي ونور الدين سعودي ط. 1، دار الخطابي، 1985 ص 101.

(104) أنور الجندي : سموم الاستشراق والمستشرقين في العلوم الاسلامية، دار الجيل، بيروت، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة ط. 2، 1985، ص 108.

(105) أنور الجندي : المرجع السابق ص109.

(106) علال الفاسي : دفاع عن الشريعة، سلسلة الجهاد الأكبر رقم 1، مطبعة الرسالة، الرباط، 1966 ص 73.

(107) - André-jean Arnaud : Les Origines doctrinales du code civil Français - L.G.D.J. Paris -1969.

Scanned by CamScanner