

الدكتور عبد الكريم الطالب
أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق - مراكش

www.fsjes-aagadir.info

الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق

- نظرية القانون
- نظرية الحق

نوفمبر 2005

الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق

الدكتور عبد الكريم الطالب

نوفمبر 05

الضمن: 60 د



→

→

→

الوجيز في المبادئ الأساسية

للقانون والحق

- نظرية القانون

- نظرية الحق

عنوان الكتاب : الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق

اسم المؤلف : عبد الكريم الطالب

الطبعة : الأولى نونبر 2005

التصنيف الإلكتروني : مكتبة المعرفة - مراكش

الهاتف : 044 31 22 38

نشر وتوزيع : مكتبة المعرفة - مراكش

رقم الإيداع القانوني : 2284 / 2005

الطبع :

المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش

الهاتف : 044 30 25 91 / 044 30 37 74

نونبر 2005

مقدمة

رغم بعض المحاولات القليلة التي وضعت تصورات مفادها أنه بإمكان الإنسان أن يعيش بمفرده وبمعزل عن الجماعة، فإن الضرورة اقتضت واستلزمت العيش داخل المجتمع.

ولما كان العيش داخل المجتمع ضرورة لا محيد عنها، فإن الطابع الإنساني للفرد يجعل هذا العيش صعبا، نظرا لتضارب المصالح الخاصة ولغلبة الأنانية على الطابع الاجتماعي. ومن ثم فكر الإنسان ومنذ عصور خلت في نمط سلوكي يتعين السير عليه، وينظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد، غير أن نمو وتطور الفكر الإنساني جعل القواعد السلوكية والاجتماعية تختلف من زمان لزمان ليستقر في وقتنا الراهن، وفي إطار الدولة المنظمة أو ما يعرف بالمجتمع السياسي، بالشكل المعروف ألا وهو القانون.

فالقانون إذن هو تلك القواعد التي ترمي إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية وسلوك الأفراد داخل المجتمع بالقهر والجزاء المادي الذي توقعه السلطة المختصة عند المخالفة، ومن هناك، كان القانون متميزا بالعديد من الخصائص وفي حافظ على بعض الخصوصيات التي كانت المجتمعات السابقة تتخذها سبيلا لتنظيم علاقات أفرادها فيما بينهم.

ومن هذه الخصائص المميزة للقانون الطابع القهري أو الإلزامي لقواعده، إذ تتدخل السلطة المختصة بتوقيع الجزاء المادي سواء كان مدنيا أو جنائيا على من

سولت له نفسه أن يخالف المنهج القانوني المعمول به. وهذا خلاف الجزاءات الاخلاقية والمعنوية التي كانت القواعد "القانونية" - الدينية والاخلاقية تعتمد عليها حيث الاقتصار على مجرد تأنيب الضمير والجزاء الأخروي.

وتختلف القواعد القانونية باختلاف الزاوية التي ننظر إليها منها، حيث يميز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة بالنظر إلى إمكانية اتفاق الإرادة على ما يخالف مضمون القاعدة القانونية، ويميز بين القواعد العامة أو ما يعرف بالشرعية العامة والقواعد الخاصة أو ما يسمى بالنصوص الخاصة، بناء على معيار المجال الذي تعمل فيه القاعدة القانونية.

وأيا كانت طبيعتها فإن القواعد القانونية تنشأ من مصادر جرى العمل على أنها سبب ظهور القاعدة القانونية، وهذه المصادر إما أن تكون رسمية أو شكلية تضفي الطابع الملزم على القاعدة القانونية كالتشريع والعرف والفقه الاسلامي، أو تكون تفسيرية تساهم في تفسيرها فحسب، وهي القضاء والفقه.

وبعد أن تصاغ القاعدة القانونية وتصدر، وتنقل إلى مرحلة التطبيق والتنفيذ، وهذه هي المرحلة الأكثر أهمية، لأنها تخرج عن ذلك الإطار النظري المجرد والصرف إلى الواقع العملي. ونظرا لكون هذه المرحلة محفوفة بالعديد من المشاكل والاشكالات فإن الفقهاء عالجوا تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص والمكان والزمان بحثا عن حل لها.

ومن بين المسائل التي تقوم القاعدة القانونية بتقريرها، الحقوق. فالحق هو ما للشخص من امتيازات باعتباره فردا اجتماعيا، ويمكن أن يكون الحق عاما، أو خاصا كما يمكن أن يكون الحق الخاص، ماليا أو أسريا.

وقد خصص الفقهاء كتباً ومؤلفات للحقوق أو بصفة عامة لنظرية الحق ،

فتناولوا كل الجوانب المتصلة بها من حيث أنواعها، وكيفية ممارستها، وحدودها، وانقضاءها وانتقالها إلى غير ذلك من القواعد المتصلة بالحق.

وقد وضعنا هذا المؤلف المختصر والبسيط بين أيدي طلبتنا الاعزاء وقراءنا الكرام ليأخذوا فكرة عن القواعد والمبادئ الأساسية للقانون. ورمنا في هذا الكتاب الاقتضاب والانتقاء إذ لم نغرق في النظريات الفقهية التي نجدها في مؤلفات وكتب النظرية العامة للقانون، كما حاولنا الارتباط أكثر بالقانون المغربي، إذ قمنا بربط القواعد العامة بالقانون المغربي مبرزين أحيانا تميزه عن باقي القوانين المقارنة.

وأملنا أن يكون هذا المؤلف البسيط قد وضع اللبنة الأساسية والإطار العام للمبتدئين في المجال القانوني، والذين سيصبحون وبحول الله وفي المستقبل القريب إما مدرسين للقانون ، أو منفذين له أو مطبقين لأحكامه.

والله الموفق والمستعان.

المؤلف.

الباب الأول نظرية القانون

يعرف القانون بأنه مجموعة القواعد المجردة والعامة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع والتي تقتزن بالجزاء عند الاقتضاء.

وتتميز القواعد القانونية كما يظهر من خلال التعريف أعلاه بكونها مجردة وعامة، وبأنها قواعد سلوك وذات طابع اجتماعي، وبأنها تفرض عند الضرورة بواسطة الجزاء الذي توقعه السلطة العامة.

وتنقسم القواعد القانونية إلى قواعد ذات طابع شكلي، وأخرى ذات طابع موضوعي وإلى قواعد تعرف في الفقه بالشريعة العامة وأخرى تنعت بالقواعد الخاصة.

وأيا كانت طبيعة القواعد القانونية فإن وجودها متوقف على مصدر يكون وراء ذلك وفي مختلف التشريعات - ورغم الاختلاف القائم أحيانا حول أولوية هذا المصدر على ذلك - حيث تنشأ القاعدة القانونية إما بواسطة التشريع أو العرف أو الفقه الاسلامي - بالنسبة لقوانين البلدان الاسلامية، على أن ثمة مصادر أنيط بها أمر تفسير القاعدة القانونية وهي الاجتهاد القضائي والفقه.

وبعد أن تنشأ القاعدة القانونية مستجمعة لكافة المقومات التي تميزها عن غيرها من القواعد القريبة منها والتي تشتبه بها ونخص بالذكر القواعد الدينية والقواعد الاخلاقية، تقتضي، وهذا هو هدف إنشائها، أن تطبق على الأفراد داخل المجتمع، ويشمل التطبيق ثلاثة مستويات على مستوى، الاشخاص موضوع التطبيق، وعلى مستوى المكان الذي تطبق فيه القاعدة القانونية، وأخيرا على مستوى الزمان الذي تبقى فيه متوافرة على خصوصياتها.

ولمأما بمختلف هذه المواضيع نقسم هذا الباب وفق التصميم التالي :

الفصل الأول : خصائص وأنواع القاعدة القانونية

الفصل الثاني : مصادر القاعدة القانونية ونطاق تطبيقها.

الفصل الأول

خصائص وأنواع القاعدة القانونية

كما مر بنا سلفا، فالقاعدة القانونية تتميز بعدة خصائص، فهي مجردة وعامة، وقاعدة سلوك، وقاعدة اجتماعية فضلا عن أنها قاعدة ملزمة. ويميز عادة بين عدة أنواع من القواعد القانونية، نقتصر فقط على نوعين : القواعد الشكلية والقواعد الموضوعية، وقواعد الشريعة العامة والقواعد الخاصة من جهة، والقواعد الأمرة والقواعد المكملة وقواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام من جهة أخرى.

المبحث الأول : خصائص القاعدة القانونية

المطلب الأول : التجريد والعموم والإلزام

الفقرة الأولى : التجريد والعموم

سبق أن قلنا أن القانون مجموعة من القواعد المجردة والعامة التي تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع بالجزاء عند الضرورة. وهذا يعني كما هو جلي أن من خصائص القواعد القانونية أنها مجردة وعامة، فيما المقصود بالتجريد والعموم ؟

يقصد بالتجريد "أن يوجه الخطاب في القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم، وأن تتناول القاعدة الوقائع بشروطها، فهي لاتوجه إلى شخص معين

بذاته، ولا تتناول واقعة بعينها، ويؤدي تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها" (1) ويراد بالعموم نفس المعنى المشار إليه في تعريف التجريد، مع فرق بسيط بينهما، فإذا كان التجريد يتعلق بمرحلة صياغة القاعدة القانونية، وافترض حكمها بالنسبة لمن سيطبق عليهم، فإن العموم يتعلق بمرحلة تطبيقها، وهي مرحلة تلي التجريد من حيث وقت إعمالها ذلك أن القاعدة القانونية إذا لم توضع وتسن بشكل مجرد، لن تكون مؤهلة لتطبيق بطريقة عامة. فالتجريد والعموم إذن صفتان متلازمتان وإن كانت إحدهما تابعة زمانياً للآخرى.

ومع التسليم بأن القواعد القانونية تتميز بالتجريد والعموم فإن ذلك لا يعني أنها دائماً تفترض أن تخاطب كافة الأشخاص الموجودين بالمجتمع، وإنما قد توجه إلى فئة معينة دون غيرها (المحامون، والتجار، والقضاة، والموظفون...)، بل وإلى شخص واحد (الملك رئيس مجلس النواب، رئيس مجلس المستشارين والوزير الأول...) ومع ذلك تبقى محتفظة بطابعها المجرد والعام، لأنها والحالة هذه لا تخاطب هذه الفئة، ولا ذلك الشخص بصفة شخصية وإنما بناء على الصفة. ونفس الأمر ينطبق على الوقائع، فمتى كانت القاعدة موجهة إلى الوقائع التي تتوفر فيها شروط الانطباق المطلوبة فإن القاعدة القانونية تبقى مجردة وعامة رغم كونها متعلقة بواقعة واحدة.

وتكمن الغاية من وراء تمتيع القواعد القانونية بصفتي التجريد والعموم إشاعة العدل بين الناس لا العدالة، لأن العدل يتحقق بوضع حكم واحد على كل

(1) عبدالمعظم فرج الصدة : أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1979،
فقرة 11، ص. 16.

انظر في نفس المعنى: Henri, et Léon Mazeaud, et François Chebas: Leçons de Droit civil. introduction l'étud du droit .. Montchrestien 12e éd. 2000, P. 8 et S.

الأشخاص والواقع، لكن بناء على الوضع الغالب فحسب، وذلك دون الاعتداد بالظروف الخاصة لكل واحد، لأن ذلك يعد من قبيل المستحيلات وإن كان هو مبتغى ومرمى كل المجتمعات وهو ما يعرف بالعدالة، وبهذا يكون التجريد والعموم قد حقق العدل بين الناس من جهة، وجعل الطمأنينة والاستقرار يعمان المجتمع.

الفقرة الثانية: الإلزام في القاعدة القانونية

تعد خاصية الإلزام أهم الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى شأن القواعد الأخلاقية والقواعد الدينية.

فالإلزام في القاعدة القانونية وعلى خلاف الإلزام في القاعدة الأخلاقية الذي يتمثل في تأنيب الضمير فحسب، والإلزام في القاعدة الدينية الذي يغلب عليه الطابع الأخروي، نوطابع مادي، ذلك أن السلطة العامة هي التي تضطلع بمهمة توقيعه في حال مخالفة هذه القاعدة.

ويتعين التمييز بشكل عام في الإلزام بين نوعين من الجزاء، الجزاء المدني والجزاء الجنائي، والجزاء المدني هو الذي لا يتعلق بحرية الشخص وإنما يطالب أمواله وذمته المالية ومعاملاته باستثناء الاكراه البدني الذي يمس شخصه وإن كان هذا وسيلة لا يلجأ إليها إلا بشروط معينة سترجع إليها في حينها، أما الجزاء الجنائي فهو الذي قد يقع على الشخص نفسه أو على أمواله (الغرامات المالية).

1- الجزاءات المدنية

هناك عدة جزاءات ذات طبيعة مدنية نورد من بينها :

- البطلان :

البطلان هو جزاء قرره المشرع على عدم توفر ركن من أركان العقد شأن

الرضى، والمحل والسبب. إذ يبطل كل عقد أبرم دون توافر الأركان اللازمة لقيامه، وقد نظم المشرع المغربي هذا النوع من الجزاء في الفصول من 306 إلى 311 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 12 غشت 1913.

- الإبطال :

يقرر الإبطال كجزاء مدني على تخلف شرط من شروط العقد، والشرط هو ما كان وجوده لازما للعقد لكن دون أن يؤثر غيابه في قيام العقد، لأن تخلف الشرط لا يجعل العقد باطلا ولكن قابلا للإبطال فقط، ما لم يصحح ذلك العقد بالاجازة أو بالتقادم.

وقد خصص المشرع المغربي للإبطال الفصول من 311 إلى 318 من قانون الالتزامات والعقود.

- التعويض عن الضرر :

من الجزاءات المدنية التي قررتها كل التشريعات بما في ذلك التشريع المغربي، التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، ويدخل هذا في إطار ما يسمى بالعمل غير المشروع أو المسؤولية المدنية كمصدر من مصادر الالتزام.

وقد خصص المشرع المغربي عدة فصول للمسؤولية المدنية بدءا بالفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود. غير أن مساءلة الشخص مدنيا لا يمكن أن تتم إلا بتوافر عدة شروط هي وجود فعل خاطئ أو ما يسمى بالخطأ، وترتيب هذا الخطأ لضرر للغير وهو ما يعرف بالضرر، وترتب الضرر عن الخطأ الذي تم ارتكابه، وهذا ما يعرف بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

- الغرامة التهديدية :

تعد الغرامة التهديدية أحد مظاهر الجزاء المدني، وإن لم تكن في الحقيقة جزاء بالمفهوم الدقيق للكلمة، لأنها ليست غاية في ذاتها، وإنما هي مجرد وسيلة وأداة لإجبار الممتنع عن تنفيذ التزام قانوني للقيام بالتنفيذ(1).

- الإكراه البدني

يعتبر الإكراه البدني من الوسائل القديمة والتقليدية في اقتضاء الديون. إذ كان سائدا في القوانين القديمة حيث انعدام التمييز بين الشخص وذمته المالية، وقد نص عليه المشرع المغربي في نصوص قانون المسطرة الجنائية، إذ بموجب هذه النصوص يحق للدائن الذي لم يتمكن من الحصول على دينه أن يحبس المدين إلى حين أدائه الدين الواقع على كاهله. غير أن مشرعنا المغربي، لم يعد يقبل تطبيق مسطرة الإكراه البدني على الديون المستندة إلى عقود والتزامات عادية، انسجاما مع اتفاقية الفصل 11 مناهضة تطبيق الإكراه البدني على الديون العادية. ومع ذلك فإن الديون العمومية تبقى مجالا لسلوك هذه المسطرة ولإلزام المدين بالأداء تحت طائلة الزج به في السجن.

(1) لمزيد من المعلومات حول الجزاءات المدنية راجع :

- مامون الكزبري : نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج1، الطبعة 1974/2، ص. 196 ومايليها.

- محي الدين اسماعيل علم الدين : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 160 ومايليها.

- عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، فقرة 298، ص. 486 ومايليها.

وتجدر الإشارة إلى أن الإكراه البدني لا يعفي المكره ولو طبق الإكراه في حقه من أداء الدين، لأن الزج في السجن لا يعني الوفاء بالدين ولا يحل محله، وإنما هو وسيلة إجبار على الأداء فحسب.

ويضاف إلى ذلك أن سلوك مسطرة الإكراه البدني لا يجوز إلا بعد استنفاد كافة طرق اقتضاء الحق من الذمة المالية للمدين بواسطة الحجز على أمواله أو غير ذلك من الوسائل المالية لاقتضاء الحق.

2- الجزاءات الجنائية

يميز في الجزاءات الجنائية بين تلك التي تصطبغ بالطابع الشخصي وتلك التي تنصب على الذمة المالية للمحكوم عليه.

فأما الجزاءات الجنائية التي تقع على الشخص نفسه فهي إما مخالفات، أو جنح أو جنائيات. والمخالفات هي الجرائم والأفعال المعاقب عليها بالاعتقال لمدة تقل عن شهر(1)، وأما الجنح فهي الجرائم المعاقب عليها بعقوبات حبسية لا تقل عن شهر ولا تتجاوز خمس سنوات(2)، في حين يعاقب على الجنائيات بالعقوبات التالية :

- الأعدام

- السجن المؤبد

- السجن المؤقت من خمس سنوات إلى ثلاثين سنة

- الإقامة الجبرية

- التجريد من الحقوق الوطنية.(1)

أما الجزاءات الجنائية ذات الطابع المالي فهي الغرامة المالية، والتي يمكن أن تتجاوز 1200 درهما إذا تعلقت بجنحة، أو أن تقل عن هذا المبلغ إذا كان الأمر متعلقاً بمخالفة (مخالفات السير مثلاً).

فكما يلاحظ يعد الإلزام أو الجزاء أهم خاصية تميز القاعدة القانونية عن القواعد الأخرى المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع، وذلك بالنظر إلى طابعها القهري الذي تملك السلطات العمومية حق توقيعه على كل من سولت له نفسه مخالفتها.

المطلب الثاني : تنظيم السلوك داخل المجتمع

الفقرة الأولى : تنظيم السلوك

إذا كان القانون في المعنى اللغوي يعني القاعدة المطردة التي تفيد استقرار أمر على نحو معين ووفقاً لنظام ثابت كقانون الجاذبية الأرضية، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء، فإن القانون في معناه الاصطلاحي هو تلك القواعد التي تبين السلوك الذي يجب على الأفراد اتباعه وانتهاجه داخل المجتمع، من ذلك مثلاً عدم جواز الإضرار بأموال وأشياء الغير، وعدم التعسف في استعمال الحق، وضرورة التعامل والتعاقد بحسن نية، ووجوب التقاضي بحسن نية ...

فهذه الالتزامات أو التوجيهات السلوكية هي التي تجعل القاعدة القانونية تنظم الأفراد على ما ينبغي أن يكونوا عليه من سلوك، لاسيما وأن الإنسان أناني

(1) الفصل 18 من القانون الجنائي الصادر سنة 1962.

(2) الفصل 17 من نفس القانون.

(1) الفصل 16 من ذات القانون.

ولمزيد من المعلومات حول هذه الفصول راجع كتب القانون الجنائي العام.

بطبيعته، إذ لو ترك الأمر للأفراد لعمت الفوضى وتضاربت السلوكات وكتثرت النزاعات والمشاكل بينهم بسبب التباين الطبيعي لسلوك كل منهم، هذا التباين الذي يعكس الطبيعة البشرية الميالة إلى تحقيق المطامح الشخصية دون اعتداد بما قد يؤدي إليه ذلك من مضايقات أو مساس بحقوق الغير.

لهذا كله، كانت القاعدة القانونية وازعا واقعيا مفروضا على الأفراد داخل المجتمع، عليهم انتهاجه والعمل به تحت طائلة الجزاء القانوني، سواء كان مدنيا أو جنائيا. ولتنظيم السلوك غالبا ما يعتمد المشرعون إلى وضع نصوص قانونية أحيانا يطبعها الأسلوب الصريح الواضح القطعي، وتارة يتم ذلك بصورة ضمنية فحسب، كما هو الشأن مثلا بخصوص بطلان التعامل في حركة إنسان على قيد الحياة، حيث يستفاد من هذه القاعدة جواز التعامل في الاشياء المستقبلية الأخرى عدا التعامل في شركة انسان لا يزال على قيد الحياة.

الفقرة الثانية: القاعدة القانونية ذات طبيعة اجتماعية

لما كان الانسان كائنا اجتماعيا بطبيعته، رغم أنانيته التي سبق أن أشرنا إليها، فإن ذلك يفرض عليه الدخول في علاقات مع غيره من الافراد الموجودين بالمجتمع. وهذا أمر لن يتأتى إلا بوجود قواعد وضوابط لهذا التعامل الاجتماعي، وهذه القواعد ليست سوى القواعد القانونية.

فالقواعد القانونية وعلى خلاف بعض القواعد الأخرى، لا يمكن تصور وجودها خارج مجتمع منظم، كما لا يمكن تصور وجودها بالنسبة لفرد واحد يعيش بمعزل عن باقي الأفراد.

والطبيعة الاجتماعية للقاعدة القانونية تجعلها مرنة، إذ تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان. فما يعد مقبولا في البيئة المغربية، قد يكون مرفوضا في بيئة أخرى وما يعد جائزا في زماننا لا محالة أنه كان الى عهد قريب ممنوعا أو

على الأقل غير مستحب ولا متعارف عليه.

غير أنه يتعين أن نشير إلى أنه ليس بالضرورة أن يتوفر المجتمع الذي ستكون القاعدة القانونية آلية لتنظيم علاقات أفرادها على مقومات معينة، كأن يتخذ مثلا شكل الدولة الحديثة، وإنما يكفي أن يكون على قدر معين من التنظيم حتى ولو كان بدائيا في نظر الانسان الحديث.

وخير دليل على أنه ليس بالضرورة أن يتخذ المجتمع شكل الدولة أن العديد من القبائل والدواوير المغربية وإلى يومنا هذا تنظم نفسها في إطار قواعد قانونية غير مكتوبة أو عرفية، كما هو الحال مثلا بالنسبة لأنظمة توزيع المياه التي ترك أمر تنظيمها للأعراف المحلية.

فالأعراف المحلية قواعد قانونية تنظم وتحكم علاقات أفراد لا يرقى تجمعهم الاجتماعي إلى شكل الدولة، ولا يستلزم قواعد تشريعية مكتوبة ولا مجتمعا سياسيا منظما تنظيما حديثا.

المبحث الثاني : أنواع القواعد القانونية

المطلب الأول : القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية وقواعد الشريعة العامة والقواعد الخاصة

الفقرة الأولى : القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

أ- القواعد الموضوعية

يميز فقهاء القانون بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية من زاوية المجال الذي تتناوله بالتنظيم. وجروا على تعريف القانون الموضوعي بأنه ذلك القانون الذي يحدد الحقوق ويبين الالتزامات أو الواجبات في المادة المدنية، أو يبين الجرائم والعقوبات المقررة لها والمسؤولية الجنائية في المادة الجنائية، ويعتبر القانون المدني والقانون الجنائي المثالين الرئيسيين اللذين يجسدان هذا التعريف. فالقانون المدني⁽¹⁾ هو تلك القواعد الموضوعية التي تحدد حقوق والتزامات الافراد في كل مايتعلق بمعاملاتهم وعلاقاتهم المالية والاسرية، شأن قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي يحدد بصورة عامة الالتزامات والعقود التي يمكن أن تنشأ بين الافراد داخل المجتمع (البيع، والكراء، والوكالة، والرهن، والقرض، ...) وشأن القانون العقاري بظهيره المؤرخين في 12 غشت 1913 (القانون المتعلق بمسطرة التحفيظ العقاري) وفي 02 يونيو 1915 (القانون المطبق على العقارات المحفظة)

(1) وإن كان هذا الاصطلاح غير موجود تشريعيا بالمغرب، لأن القانون المدني المغربي يضم عدة قوانين أهمها قانون الالتزامات والعقود، والقانون العقاري، ومدونة الاسرة، وقانون الحالة المدنية، وقانون التوثيق العصري، وقانون خطة العدالة، وقانون كفالة الأطفال المهملين، والفقه المالكي.

الذي يحكم الحقوق العينية التي تنصب على العقارات المحفظة، وكذلك شأن مدونة الاسرة الصادرة في 03 فبراير 2004 التي تنظم العلاقات ذات الطابع الاسري ونخص بالذكر الزواج والطلاق والاهلية والنيابة الشرعية والوصايا والمواريث.

فهذا القانون ذو طابع موضوعي، ينظم الجانب المتعلق بالحقوق والواجبات دون الخوض في الاجراءات التي يتعين اتباعها للحصول على هذه الحقوق للتحلل من تلك الالتزامات.

أما القانون الجنائي، وعلى غرار القانون المدني وإن كانا مختلفتين من حيث نطاق المجال الذي يحكمه كل منهما، فإنه بدوره يتناول بالتنظيم الافعال التي تعد في نظر القانون جرائم، ويحدد العقوبات المقررة لها إلى جانب تحديده للمسؤولية الجنائية وضوابطها، فالسرقة مثلاً هي فعل محدد قانوناً في الفصول 505 من القانون الجنائي وما يليه وعلى الافراد تجنب القيام بها تحت طائلة العقوبة التي يقررها القانون الجنائي على مرتكبها والتي قد تصل أحياناً عدة سنوات من السجن كما هو الحال فيما يعرف بالسرقة الموصوفة. إذن، فالقانون الجنائي لايتطرق إلى الشكليات والاجراءات والمساطر التي على المحكمة وعلى الافراد سلوكها في إطار المادة الجنائية، وإنما يتكفل بتحديد الافعال المجرمة والعقوبات المحددة لها، والاشخاص المسؤولين جنائياً عن ارتكابها.

ب- القواعد الخاصة

على خلاف القواعد الموضوعية التي تركز كما سبق ذكره على إبراز الحقوق والواجبات فإن القواعد الشكلية أو الاجرائية أو المسطرية تختص ببيان القواعد الشكلية التي ينبغي سلوكها للحصول على الحقوق التي منحها القانون للأشخاص، أو التحلل من الالتزامات التي قررها القانون بإثبات عدم تحملها، أو لنفي التهمة عنهم إذا ماكانوا عرضة لمحاكمة قد تدينهم بعقوبات زجرية أن لم يقوموا بالدفاع عن براءتهم.

فالقواعد الشكلية إذن وكما يجري الفقهاء على تسميتها ونعتها بذلك، هي التي تخرج القواعد ذات الطابع الموضوعي من الشكون إلى الحركة، لأن القوانين الموضوعية تبقى مجرد قواعد نظرية إن لم تتدخل القوانين الشكلية فتفعلها وتبعث فيها الحركة.

ويعد قانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية القانونيتين الشكليتين الرئيسيين في القانون المغربي، الأول يبين الاجراءات التي يتعين اتباعها في المادة المدنية بدءا برفع المقال الافتتاحي للدعوى إلى حين صدور الحكم النهائي فيها، والثاني يبرز المساطر والشكليات المفروض الالتزام بها انطلاقا من تقديم شكاية ضد شخص واتهامه ~~ببعض المساطر والشكليات المفروض الالتزام بها انطلاقا من تقديم شكاية ضد شخص واتهامه~~ بتحرك الدعوى العمومية ضده إلى حين صيرورة الحكم نهائيا بل وتنفيذ العقوبة الصادرة في حقه. ويعود تاريخ صدور قانون المسطرة المدنية كما هو معلوم إلى 28 شتبر 1974، ولو أنه عرف العديد من التعديلات خاصة في سنوات التسعينيات، أما قانون المسطرة الجنائية فقد صدر حديثا في أكتوبر 2003 ليحل محل قانون المسطرة الجنائية الملغى والذي يرجع تاريخ صدوره إلى سنة 1959.

ومع أننا ميزنا بين صنفين من القواعد، الصنف المتعلق بالجانب الموضوعي، والصنف المتصل بالجانب الشكلي، فإن هناك قواعد أو قوانين أخرى تجمع بين الصنفين، وهي التي تعرف في فقه القانون بالقوانين أو القواعد المختلطة، إذ نجدها تجمع بين الطابعين الموضوعي والشكلي، فهي من جهة قواعد موضوعية تبين الحقوق والالتزامات، ومن جهة أخرى قواعد شكلية وإجرائية تحدد ما يلزم اتباعه من شكليات متعلقة بهذه الحقوق والالتزامات.

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين المختلطة في غالبها ذات طابع موضوعي لكن المشرع أثر إدخال في إطارها بعض المقتضيات والقواعد الشكلية، وقلما تجد قانونا شكليا يتضمن القواعد الموضوعية.

فمدونة الاسرة، أو مدونة الشغل، أو قانون التحفيظ العقاري، أو قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو قانون الحالة المدنية، أو قانون كفالة الاطفال المهملين أو مدونة التجارة، على سبيل المثال قوانين موضوعية، لأنها تنظم الحقوق والالتزامات كل في مجال تدخلها لكنها تتضمن قواعد مسطرية وشكلية، شأن كيفية تقديم مطلب التحفيظ وإجراءاته إلى حين تأسيس الرسم العقاري في المادة العقارية، وشأن كيفية فتح ملف التسوية القضائية والتصفية عند سير المسطرة بالنسبة للشركات والمقاولات التي تعاني من صعوبات.

وتبقى هذه القوانين مع تضمنها لقواعد شكلية ذات طبيعة موضوعية شأنها في ذلك شأن القوانين الموضوعية.

الفقرة الثانية : قواعد الشريعة العامة والقواعد الخاصة

أ - قواعد الشريعة العامة

القواعد العامة أو ما يعرف بقواعد الشريعة العامة، هي تلك القواعد التي تعد الأساس القانوني الذي يرجع إليه عند غياب نصوص خاصة، والمعرفة بالقواعد العامة أو المبادئ العامة للقانون تسهل على المهتم بالقانون حل أغلب الإشكالات التي تطرحها عليه النصوص والنوازل.

فقانون الالتزامات والعقود المغربي هو الشريعة العامة وقواعده ذات طبيعة عامة في مجال الالتزامات والعقود، فعلى سبيل المثال يرجع إلى قانون الالتزامات والعقود في مجال الكراء الذي لا وجود لنص خاص فيه، علما أن المشرع أصدر نصين خاصين بالكراء هما ظهير دجنبر 1980 المعدل سنة 1999 المتعلق بكراء المحلات المعدة للاستعمال المهني والسكني، وظهير 24 ماي 1955 بشأن الكراء

التجاري والصناعي والحرفي(1) والأكرية التي لا وجود لنص خاص فيها يرجع في حكمها إلى قواعد قانون الالتزامات والعقود باعتباره نصا عاما على المبادئ العامة للكرء التي يرجع إليها في حالة غياب المبادئ أو القواعد الخاصة(2).

ب- القواعد الخاصة

القواعد أو النصوص الخاصة، هي عبارة عن قواعد ينص عليها المشرع في قوانين أو نصوص خاصة، شأن مدونة التجارة، ومدونة الاسرة، ومدونة الشغل ... والقواعد المنصوص عليها في هذه المدونات ذات طابع خاص، ويتعين تطبيقها على سبيل الأولوية ولايجوز البحث عن الحلول في نصوص أو قوانين ذات طابع عام إلا عند غياب الحكم فيها.

فالقواعد المتعلقة بالأهلية مثلا مضمنة بقانون الالتزامات والعقود (الفصول 3 إلى 13) وبمدونة الاسرة (م 209 ومايليها)، ومتى عرضت قضية متعلقة بالأهلية فالمفروض الرجوع أولا إلى مدونة الاسرة، لأنها النص الخاص الذي نظم قواعد الأهلية، ولايمكن الاحتكام إلى قانون الالتزامات والعقود في هذا المجال إلا إذا لم يوجد الحل في مدونة الاسرة.

وهذه العملية هي التي تعرف بتخصيص العام، إذ تقوم باستبعاد النص العام طالما أننا نتوفر على نص خاص. ففي الفصل 474 من قانون الالتزامات والعقود ورد مقتضى مفاده أن الالغاء يكون صريحا أو ضمنيا، والالغاء الصريح

(1) هذا طبعا إلى جانب أكرية خاصة أخرى كالكرء الحبسي وكرء الاملاك المخزنية
(2) وكثيرة هي الامثلة التي يمكن أن نسوقها في هذا المجال شأن العقود (البيع، الوكالة، الرهن، الكفالة ...).

هو الذي ينص فيه القانون اللاحق على إلغاء مفعول القانون السابق، أما الالغاء الضمني فيتحقق إذا نظم القانون الجديد الموضوع الذي كان ينظمه القانون القديم أو إذا وقع التعارض بين مقتضيات القانونين القديم والجديد.

لكن يتعين التنبيه إلى أن الإلغاء لايتحقق إلا إذا كان القانونان القديم والجديد من نفس الطبيعة (قانونان موضوعيان، قانونان شكليان، قانونان عامان، قانونان خاصان) أما إذا اختلفا، فإن الإلغاء لا يكون له مجال للأعمال وإنما نتحدث عن تخصيص العام، والمثال الذي أوردناه أعلاه بخصوص الأهلية، دليل على أن مدونة الاسرة لم تلغ قانون الالتزامات والعقود وإنما قامت بتخصيصه فحسب، أي أنها جعلت أحكامه واجبة التطبيق بعد عدم وجود الحل في قواعدها.

نفس الشيء يقال بخصوص التعارض بين ظهير 24 ماي 1955 بشأن كراء المحلات العدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وقانون الالتزامات والعقود في مادة الكراء. فهذا الظهير هو الأصل بالتطبيق مادام الحل قائما بقواعده، أما إذا تخلف الحل أو الحكم في ظهير 1955، فإنه والحالة هذه يمتثل للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، فظهير 1955 قام بتخصيص قانون الالتزامات والعقود الذي يعد الشريعة العامة في مثل هذه الحالة.

المطلب الثاني: القواعد الإمارة والقواعد المكملة وقواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام

الفقرة الأولى: القواعد الإمارة والقواعد المكملة

يميز فقهاء القانون بين القواعد الإمارة والقواعد المكملة انطلاقا من دور سلطان ارادة الافراد تجاهها. فالقواعد الإمارة هي التي لايملك الافراد الاتفاق على خلاف حكمها لأنها تتناول مسائل تتصل بكيان المجتمع وأسسها التي ينبني

عليها. أي ما يعرف بالنظام العام، فمثلا القاعدة التي تمنع القتل أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة ... لا تترك المجال بذاتها للمخاطبين بها لمخالفتها وعدم الاعتداد بمضمونها، نفس الشيء بالنسبة للقواعد الادارية والضريبية، فالقاعدة التي تفرض أن يخصم من دخل الشخص قدر من المال كضريبة على دخله، لا يملك صاحب الدخل معارضتها والوقوف في وجه تطبيقها، وإنما عليه أن يمتثل لها، وإن يطبق أحكامها لأن لها علاقة بمصلحة المجتمع المتمثلة في جانبه الاقتصادي والاجتماعي.

أما القواعد المكملة فهي تلك القواعد التي يسوغ للأفراد توجيه إرادتهم إلى ما يخالفها، ذلك أنها ترمي بالاساس إلى وضع أحكام تبسط وتشمل معاملاتهم وتصرفاتهم، إذ تفترض أن إرادة الأفراد قد تتجه صوب القاعدة القانونية الموضوعية، لكن دون أن تفرض عليهم، حيث يبقى لهم حق التعامل وفق ما تتفق بشأنه إرادتهم ووفق ما تمليه مصالحهم، على أن سكوتهم وعدم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكملة يجعلهم خاضعين لها ولأحكامها، كما لو أنها وضعت منذ البداية لتطبق بصورة إجبارية على تصرفهم من ذلك مثلا أن تسليم الشيء المبيع في المكان الذي كان موجودا فيه عند البيع مالم يتفق على غير ذلك (1)، ومن ذلك أيضا أن مصروفات السمسرة على البائع مالم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلاف ذلك (2) ومنه كذلك أن على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه مالم يجر الاتفاق بخلافه (3).

(1) الفصل 502 من قانون الالتزامات والعقود.

(2) الفصل 510 من ق.ل.ع.

(3) الفصل 511 من ق.ل.ع والأمثلة كثيرة على ذلك لاجابة لاستعراضها كلها هنا.

فمن خلال هذه الامثلة يتضح أن القواعد المكملة إنما وضعت لتكمل إرادة الاطراف ولتضع رهن اشارتهم قواعد تسهل عليهم التعاقد فيما بينهم. فلهم أن يخالفوها بمقتضيات تضمن مصالحهم وتوفق بين إراداتهم أكثر، أو أن يسكتوا عن ذلك فتطبق القواعد القانونية التي أوجدها المشرع بداية لمساعدتهم.

وفي حالة سكوتهم، ترجع القواعد المكملة إلى أصلها كقواعد قانونية حيث تتمتع بالطابع الملزم، ويكون الافراد ملزمين باتباع أحكامها، ومن ثم يعتبر مرفوضا القول بأن القواعد المكملة مجردة من الطابع الملزم بدعوى أنه تجوز مخالفتها من قبل الافراد، لأن القواعد القانونية سواء كانت أمرة أو مكملة تتميز بخاصية الالتزام، بل وإن هذه الخاصية هي التي تجعلها مختلفة عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى (1).

وتجدر الإشارة إلى أن الاشكال الذي مافتى الفقهاء والمهتمون يعالجه هو معيار التمييز أو التفرقة بين القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة، وقد عمل هؤلاء على محاولة الوصول إلى معيار التمييز فتوصلوا إلى أنه قد يكون لفظيا وقد يكون معنويا.

(1) لمزيد من الايضاح في هذه النقطة راجع :

- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الاسكندرية، فقرة 28، ص. 84 وما يليها.

- حسن كيرة : المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الخامسة 1974، فقرة 16، ص. 42 وما بعدها.

- عبد الناصر توفيق العطار : مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة 1979، فقرة 53، ص. 112 وما بعدها.

فأما المعيار اللفظي فيظهر من خلال نص القاعدة القانونية ذاتها، كما لو تضمنت عبارات تفيد الوجوب والامر أو العكس تفيد الجواز والخيار. ففي الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود ينص المشرع على مايلي : "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون". وهذا ما يبرز أن المشرع استعمل صيغة الوجوب باستعماله للفظ "وجب" التي لا تسمح للأفراد القيام بما يخالف هذه القاعدة. فالقاعدة إذن أمرة. نفس الشيء يقال بخصوص الفصل 512 من نفس القانون الذي ينص على أنه : "يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع، ويمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت ...". أما الفصل 516 الذي يقضي بأن : "الالتزام بتسليم الشيء يشمل أيضا توابعه، وفقا لما يقضي به اتفاق الطرفين أو يجري به العرف ...". والفصل 530 الذي ينص على أنه : "إذا كان لزيادة الثمن محل، بسبب الزيادة في المقدار أو الوزن على مقتضى الفصل السابق (أي الفصل 529)، كان للمشتري الخيار بين أن يتخلى عن العقد أو أن يقدم الزيادة في الثمن"، فيظهر من خلال صياغتهما أن الأمر يتعلق بقواعد ومقتضيات تفتح المجال للإرادة لتتجه إلى ما يخالفها، فالأول يؤكد ذلك من خلال إحالته على اتفاق الطرفين والعرف، والثاني باستعماله لفظ كان الذي يعني جاز وحق وليس وجب.

أما المعيار المعنوي الذي يلجأ إلى أعماله عند غياب المعيار اللفظي المميز للقاعدة الأمرة عن القاعدة المكملة، فهو الذي تكون فيه القاعدة أمرة أو مكملة من خلال ارتباطها أو عدم ارتباطها بالنظام العام والآداب الحميدة، فما المقصود بالنظام العام والآداب الحميدة أو الاخلاق الحسنة ؟

في حقيقة الأمر ليس هناك تعريف دقيق للنظام العام، ومع ذلك يمكن القول إن النظام العام هو مجموعة من المقومات والأسس الحيوية التي يقوم عليها المجتمع وهي إما اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لغوية أو ثقافية أو دينية ...، وهو كذلك كل ما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لا المصلحة الفردية.

أما الآداب الحميدة أو الاخلاق الحسنة فهي مجموعة القواعد ذات الطابع الاخلاقي التي تسلكها جماعة أو مجتمع في بيئة أو عصر معينين، والآداب الحميدة مرتبطة إلى حد بعيد بالنظام العام لأنها تمثل الشق الاخلاقي فيه.

ومن خصائص النظام العام بمفهومه الواسع الذي يشمل قواعد الآداب والاخلاق أنه نسبي من حيث الزمان والمكان، فما كان متعلقا بالنظام العام في عصر معين أصبح غير مرتبط به اليوم ولو في نفس المجتمع والعكس صحيح، وما يدخل في صميم النظام العام في المجتمع المغربي قد يعتبر كذلك في المجتمع الفرنسي أو غيره، والعكس صحيح. فعلى سبيل المثال يعد تعدد الزوجات بالنسبة للقانون المغربي مسألة جائزة وإن بالشروط والقيود التي تنص عليها مدونة الاسرة في الوقت الذي يمنع نهائيا في القانون الفرنسي، فمنع التعدد إذن من النظام العام في القانون الفرنسي وهو خلاف مانجده في مجتمعنا وقانوننا المغربيين (1).

(1) للمزيد من الاطلاع انظر :

- فرج الصدة : م.س. ف. 54، ص. 80 وما بعدها.

- السنهوري : م.س. بنفس الموضوع.

- تناغو : بنفس الموضوع.

- كيرة : م.س. ف. 19، ص. 45 وما بعدها.

- رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود : المبادئ الاساسية في القانون، منشأة المعارف بالاسكندرية 1996، ص. 36 وما يليها.

الفقرة الثانية، قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام

القانون الخاص هو مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الافراد فيما بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا. أما القانون العام فهو تلك القواعد التي تنظم العلاقة التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة والامتياز. والحقيقة أن التمييز بين القانون الخاص والقانون العام على الرغم من شيوعه يتضاؤل ويضمحل مفعوله ومداه بمرور الزمن، ذلك أن التداخل أصبح الأغلب حديثا إذ هناك العديد من المجالات المشتركة والكثير من القواعد التي يستعصي وضعها ضمن هذا القانون أو ذاك، هذا فضلا عن العولة التي لن يفلت المجال القانوني من تأثيرها..

ومن فروع القانون الخاص: القانون المدني الذي ينظم العلاقات الخاصة بين الافراد في الحقوق العينية والحقوق الشخصية وكذا في مجال الاسرة، وهو الذي يعرف في القانون المغربي بقانون الالتزامات والعقود وإن كان هذا الأخير يقتصر على الحقوق الشخصية أو الالتزامات إلى جانب بعض الحقوق العينية. وحتى تتحقق التسمية المتعارف عليها القانون المدني بالمغرب يتعين جمع مجموعة من النصوص القانونية أهمها، قانون الالتزامات والعقود، ومدونة الاسرة، والقانون العقاري، وقانون التوثيق، وقانون خطة العدالة، وقانون الحالة المدنية، وقانون كفالة الاطفال المهملين، والفقه الاسلامي المالكى.

- القانون التجاري، وهو الذي يعنى بتنظيم المعاملات التجارية بصفة عامة سواء كانت عقودا تجارية أو أعمالا تجارية أو أصولا تجارية أو شركات تجارية أو أوراقا تجارية. ولم يعد بالمغرب بعد إلغاء القانون التجاري لسنة 1913 قانون يعرف بالقانون التجاري وإنما ثمة عدة قوانين يمكن جمعها لشكل ما يعرف بهذه التسمية، ونذكر في هذا الاطار مدونة التجارة لفتاح غشت 1996، وقانون في الشركات لسنتي 1996 و1997 وقانون المحاكم التجارية لسنة 1997.

- القانون الاجتماعي أو قانون الشغل : وهو الذي يحكم العلاقات بين الاجراء والمؤجرين سوى في إطار علاقات الشغل الفردية أو في إطار علاقات الشغل الجماعية. وقد قام المشرع المغربي بجمع العديد من الظواهر التي كانت تنظم مجال الشغل في مدونة سميت بمدونة الشغل.

- قانون المسطرة المدنية، وهو القانون الذي ينظم القواعد الاجرائية الخاصة بالتقاضي واختصاص المحاكم وباجراءات الدعوى انطلاقا من تقديم المقال الافتتاحي إلى حين إصدار الحكم وتنفيذه، ويتقاطع هذا القانون مع التنظيم القضائي الذي يحدد أنواع المحاكم ويبين اختصاصاتها وتشكيلها سواء كانت عادية أو استثنائية.

أما فروع القانون العام فهي متعددة كذلك نذكر منها على سبيل المثال فحسب :

- القانون الدستوري : ويقصد به مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة وتبرز السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر، إلى جانب تقريرها لحقوق الافراد وحياتهم حيال الدولة.

- القانون الاداري : وهو القانون الذي يتعلق بتحديد وتنظيم نشاط الادارة او السلطة التنفيذية وهي تمارس أنشطة إدارية، وهكذا يبين السلطة التي تباشر الاعمال الادارية كالوزير الأول والوزراء والجماعات المحلية من جهات وجماعات قروية وحضرية ومجالس جماعية. كما يتناول بالتحديد المرافق العامة التي يتعين أن تقدم خدماتها للمواطنين والاموال العامة التي ترجع ملكيتها للدولة وكيفية تملكها والانتفاع بها، هذا فضلا عن تنظيمه لعلاقة الدولة بموظفيها من حيث تعيينهم وتأديبهم وترقيتهم إلى غير ذلك مما يدخل في قانون الوظيفة العمومية.

- القانون الضريبي والمالي : وهو القانون الذي يتعلق بتنظيم مالية الدولة من حيث مداخيلها ونفقاتها، إذ يبين مصادر مداخيل ميزانية الدولة كالضرائب وما تتقاضاه نظير ما تقدمه من خدمات بواسطة المرافق العامة والمؤسسات العمومية، والقروض والعقود التي تبرمها مع الغير والتي تساعد على تنمية الميزانية وتقويتها. كما يضطلع القانون المالي والضريبي بتحديد أوجه النفقات، شأن الدفاع والصحة والقضاء والتعليم والتنمية الاجتماعية.

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية ونطاق تطبيقها

للقاعدة القانونية عدة مصادر، منها ما هو رسمي أو شكلي يسبغ عليها الطابع الملزم ويتعلق الأمر بالتشريع والعرف والفقه الاسلامي ومنها ما يكفي بدور تفسيري ونعني خاصة الاجتهاد القضائي والفقه.

المبحث الأول : مصادر القاعدة القانونية

الفرع الأول : المصادر الرسمية

المطلب الأول : التشريع

الفقرة الأولى : أنواع التشريع والجهة المختصة بوضعه

1- أنواع التشريع

ينقسم التشريع إلى ثلاثة أنواع :

- التشريع الأساسي وهو الدستور الذي يتناول بالتنظيم المبادئ الأساسية والعامّة التي تحكم الدولة إذ يبين حقوق وواجبات المواطنين، ونظام الحكم القائم (الملكية، الجمهورية ...) والسلطة التشريعية واختصاصاتها والسلطة التنفيذية أو الحكومة، والسلطة القضائية وبعض المؤسسات المهمة داخل الدولة شأن المجلس الدستوري، والمحكمة العليا والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والمجلس الأعلى للحسابات .

ويسن التشريع الأساسي الذي يعد اسمى قانون في مختلف بلدان العالم

إما بواسطة سلطة تأسيسية كما وقع بالنسبة للعراق خلال هذه السنة، أو عن طريق الاستفتاء وهي الوسيلة التي اعتمدها المغرب منذ أول دستور سنة 1962 وإلى حدود الدستور المراجع الحالي لسنة 1996.

- التشريع العادي وهو الذي يعرف عادة بالقانون، ويرجع الاختصاص في وضعه إلى السلطة التشريعية وهي بالمغرب البرلمان المكون من مجلس النواب ومجلس المستشارين وقد حدد الفصل 46 من الدستور المراجع لسنة 1996 مجال القانون، على أنه يسمح للحكومة أو السلطة التنفيذية استثناء بسن التشريع في حالات محددة سنعود إليها في حينها.

- التشريع الفرعي أو النص التنظيمي والذي يعرف في بعض القوانين العربية (مصر) باللائحة، وهي أدنى درجات التشريع، ويعود الاختصاص في وضعه إلى السلطة التنظيمية أو السلطة التنفيذية بصفتها تلك. ويشمل المجال التنظيمي كل المواد التي تخرج عن مجال القانون كما حددها الفصل 46 من الدستور بالنسبة للمغرب. وهذا ما قرره الفصل 47 حين قضى بأن: "المواد الأخرى التي لايشملها اختصاص القانون يختص بها المجال التنظيمي".

وينبغي عدم الخلط بين النصوص التنظيمية Les règlements والقوانين التنظيمية Les lois organiques، فإذا كانت الأولى تعني ما يصدر عن السلطة التنفيذية في إطار سلطتها التنظيمية، فإن الثانية هي عبارة عن قوانين صادرة عن البرلمان بنفس الطريقة والمسطرة التي تسن بها القوانين. غير أنها أسمى منها وأدنى من الدستور إذ توجد في المرتبة الثانية بعد الدستور وقبل القوانين العادية، لأنها تضطلع بمهمة تكملة الدستور وتفسيره. وكثيرة هي الفصول التي تحيل على القوانين التنظيمية بالدستور المغربي منها الفصل 14 المتعلق بممارسة حق الاضراب والفصل 37 بتحديد عدد أعضاء مجلس النواب والفصل 38 بشأن تحديد

عدد أعضاء مجلس المستشارين والفصل 8 حول تنظيم وسير المجلس الدستوري والفصل 92 بشأن عدد أعضاء المحكمة العليا وكيفية انتخابهم والفصل 95 المتعلق بتركيب المجلس الاقتصادي والاجتماعي واختصاصاته.

2- الجهة المختصة بوضع التشريع

يتعين التمييز في الجهة التي تملك سلطة وضع التشريع بين تلك المختصة بوضع الدستور، وتلك التي ترجع لها صلاحية وضع القانون وتلك التي عهد إليها المشرع سن النصوص التنظيمية.

1- السلطة التي لها حق وضع الدستور

نظرا لما للدستور من سمو وقوة باعتباره أعلى وأسمى قانون داخل الدولة الحديثة، فإن وضعه يخضع لبعض الخصوصيات، فهو لا يرجع في وضعه إلى اختصاص السلطة التشريعية بمعناها الدقيق أي البرلمان أو السلطة التي تقوم مقامه، بل هناك طرق خاصة لذلك كأن يمنح الدستور من قبل رئيس الدولة أو صاحب السلطان فيها، أو أن يصدر في شكل عقد بين الشعب والرئيس أو في شكل جمعية أو سلطة تأسيسية منتخبة من قبل الشعب يعهد إليها بوضعه أو بواسطة الشعب نفسه من خلال طريقة الاستثناء(1).

وقد أثرت الدول الحديثة الطريقتين الأخيرتين، حيث توضع الدساتير إما

(1) لمزيد من المعلومات حول هذه المسألة راجع :

- الصدة : م.س.ف. 65، ص. 95.

- محمد جلال السعيد : مدخل لدراسة القانون، دار الامان الرباط 1993، ص. 121 ومايليها.

بواسطة جمعية تأسيسية كما قامت بذلك الدولة العراقية خلال هذه السنة، أو عن طريق استفتاء الشعب مباشرة، وهو الأسلوب الذي نهجه المغرب في كل الدساتير بدءاً من دجنبر 1962 مروراً بدستور 1970 ودستور 1972 ودستور 1993 ودستور 1996.

ب- السلطة التي يملك حق سن القانون

ينص الفصل 45 من الدستور المراجع لسنة 1996 على أنه "يصدر القانون عن البرلمان بالتصويت"، ويقضي الفصل 52 بأنه "للوّزير الأول ولأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراح القوانين".

انطلاقاً من هذين الفصلين يتبين أن السلطة التي لها الحق في سن القوانين هي البرلمان بالدرجة الأولى، وإن كان الدستور -كما سنرى لاحقاً- قد سمح للحكومة بسنها وفق ضوابط وشروط خاصة.

ويتكون البرلمان من مجلسين، مجلس النواب ومجلس المستشارين حسب ما ينص عليه الفصل 36 من الدستور. وينتخب أعضاء مجلس النواب بالاقتراع العام المباشر لمدة خمس سنوات (1)، أما أعضاء مجلس المستشارين فينتخبون وفقاً للقواعد الآتية، ينتخب ثلاثة أخصائيه من أعضاء تنتخبهم في كل جهة من جهات المملكة هيئة ناخبة تتألف من ممثلي الجماعات المحلية، أما الخمسان الباقيان فينتخبان من هيئة ناخبة تتألف من المنتخبين في الغرف المهنية ومن ممثلي المأجورين (2)، وينتخب هؤلاء الأعضاء كلهم لمدة تسع سنوات على أن ثلث المجلس

(1) الفصل 37 من الدستور.

(2) الفصل 38 من الدستور.

يتجدد كل ثلاث سنوات، وتحدد القرعة المقاعد التي تكون محل التجديدين الأول والثاني.

وإذا كان لكل عضو الحق في اقتراح قانون، فإن الحكومة بدورها في شخص الوزير الأول لها أن تقترح مشاريع قوانين، وتعرضها للمناقشة من قبل البرلمان (1) ويتداول مجلسا البرلمان بالتتابع في كل مشروع أو اقتراح قانون للتوصل إلى الاتفاق على نص أو صيغة واحدة هذا ما لم تعلن الحكومة حالة الاستعجال فتبادر إلى الدعوة لاجتماع لجنة ثنائية مختلطة من أعضاء المجلس للبت في الخلاف الذي لا يزال قائماً ويجوز للحكومة أن تعرض النص الذي توصلت إليه اللجنة الثنائية إلى اقتراحه على المجلسين لإقراره. أما إذا لم تتمكن اللجنة الثنائية من اقتراح نص مشترك أو إذا لم يقر المجلسان النص الذي تم اقتراحه، يمكن للحكومة أن تعرض على مجلس النواب مشروع أو اقتراح القانون بعد أن تقوم بإدخال التعديلات التي تبنتها خلال المناقشة البرلمانية، وفي هذه الحالة لايجوز لمجلس النواب أن يقر نهائياً النص المعروض إلا بالأغلبية المطلقة للأعضاء التي يتألف منهم.

وحسب الفصل 46 من الدستور يختص القانون إضافة إلى ما أسند إليه من مواد صريحة في فصول أخرى بالتشريع في المواد التالية :

" - الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول من هذا الدستور.

- تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها والمسطرة الجنائية والمسطرة

(1) الفصل 52 من الدستور.

المدنية وإحداث أصناف جديدة من المحاكم.

- النظام الاساسي للقضاة.

- النظام الاساسي للوظيفة العمومية.

- الضمانات الاساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين.

- النظام الانتخابي لمجالس الجماعات المحلية.

- نظام الالتزامات المدنية والتجارية.

- إحداث المؤسسات العمومية

- تأميم المنشآت ونقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص⁽¹⁾.

غير أن التشريع في مجال القانون لا يقتصر على البرلمان فقط وإنما يمنح للسلطة التنفيذية والحكومة أيضا ولو أن عملها لا يدخل أصلا في إطار العملية التشريعية، وقد سمح الدستور المغربي للحكومة بأن تسن القوانين في الحالتين الاتيتين :

1- حالة الإذن :

وهي التي يأذن فيها القانون للحكومة "بأن تتخذ في ظرف من الزمن محدود

(1) للإشارة فقط، كل ما يصدر عن البرلمان بمجلسيه يعرف باسم "القانون" فالقانون إذن هو الآلية أو الأداة التي يمكن الاعتماد عليها للتوصل إلى أن نصا تشريعيًا معينًا صادر عن البرلمان في إطار عمله التشريعي، وطبيعي جدًا، أن نجد إلى جانب لفظ القانون "لفظ" الظهير الشريف لأن هذا الأخير هو الذي يصدره صاحب الجلالة تفضلا منه، بإعطاء التنفيذ للقانون الصادر عن البرلمان.

ولغاية معينة بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن لإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلس البرلمان أو أحدهما⁽¹⁾.

ب- حالة الضرورة

كما هو معلوم يمارس البرلمان نشاطه التشريعي خلال دورتين، الأولى خريفية في الجمعة الثانية من شهر أكتوبر برئاسة جلالة الملك والثانية ربيعية في الجمعة الثانية من شهر أبريل، وهذا يعني أن البرلمان لا يبقى طول السنة في عمل وإنما تفصل بين دورتيه فترة عطلة، وقد تستدعي الضرورة أو الاستعجال إصدار نص قانوني خلال الفترة الفاصلة بين الدورتين فيلزم مواجهة هذه الضرورة دون انتظار انعقاد البرلمان في إحدى دوراته. لهذا كله سمح الدستور للحكومة بأن تصدر خلال الفترة الفاصلة بين الدورات وبعد اتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين مراسيم قوانين يجب عرضها على البرلمان للمصادقة عليها أثناء الدورة العادية التالية⁽²⁾. وقد حددت الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل 55 من

(1) الفصل 45 من الدستور.

وكما هو واضح فما يصدر عن الحكومة ولو في إطار المهمة التشريعية يسمى بالمرسوم، فالمرسوم إذن هو الأداة الذي تستعملها الحكومة لممارسة اختصاصاتها. فإذا كانت تمارس سلطاتها الأصلية المتمثلة في الجانب التنظيمي سميت مرسوما، أما إذا كانت تمارس السلطة التشريعية استثناء، فيتبع لفظ المرسوم لفظ القانون فنقول مرسوم قانون أو مرسوم بمثابة قانون، فالمرسوم يعني أن الحكومة هي التي تدخلت والقانون يفيد أنها تدخلت في الجانب التشريعي، وإن كان الدستور في الفصل 45 اقتصر على استعمال لفظ المرسوم دون إرفاقه بالقانون.

(2) الفصل 55 من الدستور.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للوزراء أن يباشروا السلطة لتنظيمية وذلك بواسطة القرارات الوزارية، وقد أعطى الدستور في فصله الرابع والستين للوزير الأول أن يفوض بعض سلطه للوزراء.

الفقرة الثانية : سريان القانون والرقابة على صحته

1- سريان القانون

ليسري القانون لأبد من أن يمر من مرحلتين أولاهما أن يتم إصداره من قبل جلالة الملك، لأنه وفقا لمقتضيات الدستور هو من له صلاحية إصدار الأمر بتنفيذ القوانين للحكومة، فقد نص الفصل 26 على أنه "يصدر الملك الأمر بتنفيذ القانون خلال الثلاثين يوما التالية لاحالته إلى الحكومة بعد تمام الموافقة عليه". وبهذه العملية يبدأ وضع القانون موضع التنفيذ. وكما يلاحظ فقد حدد الدستور مدة ثلاثين يوما لإصدار الملك للأمر بتنفيذ القانون، وهذه المسألة قلما نجد مثيلا لها في القوانين المقارنة شأن القانون المصري مثلا، وثاني هاتين المرحلتين ثمة نشر القانون التي ترمي إلى جعل كل الناس على علم بالقاعدة القانونية الجديدة حتى لا يحتج بعدم علمهم بها أو معرفتهم بأحكامها، كما تهدف هذه العملية إلى تطبيق القاعدة المعروفة "لايعرف أحد بجعله القانون".

ويجب أن نشير إلى أن نشر القانون لا يتم في أية جريدة من الجرائد كيفما كانت وإنما يتعين القيام بهذه العملية بالجريدة الرسمية التي تخصص لنشر القوانين والنصوص التنظيمية والعديد من المسائل ذات الطابع القانوني كنشر ملخص مطلب التحفيظ ونشر نص قضى بمعادلة شهادة علمية أجنبية لشهادة مغربية أو غير ذلك.

الدستور مسطرة تدخل الحكومة في حالة الضرورة في المجال التشريعي إذ يودع مشروع المرسوم بقانون بمكتب أحد المجلسين، وتناقشه اللجان المعنية في كليهما بالتتابع بغية التوصل إلى قرار مشترك في شأنه، وإذا لم يتأت الاتفاق على ذلك داخل أجل ستة أيام من ايداع المشروع يباشر بطلب من الحكومة تشكيل لجنة ثنائية مختلطة من أعضاء المجلسين تتولى في ظرف ثلاثة أيام من عرض الأمر عليها اقتراح قرار مشترك على اللجان المختصة.

ويعتبر الاتفاق المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذا الفصل مرفوضا إذا لم تتمكن اللجنة الثنائية المختلطة من اقتراح قرار مشترك داخل الاجل المضروب لها أو إذا لم توافق اللجان البرلمانية المعنية على القرار المقترح عليها داخل أجل أربعة أيام".

ج- السلطة التي نملك حق سن النصوص التنظيمية

طبقا للفصل 47 من دستور 1996 فإن كل ما لا يدخل في اختصاص القانون يعود إلى اختصاص المجال التنظيمي، والحكومة أو السلطة التنفيذية هي التي تملك صلاحية وضع النصوص ذات الطابع التنظيمي ويمثلها رئيسها أو الوزير الأول كما هو الحال بالنسبة للمغرب. وقد كان الوزير الأول يعرف كمؤسسة منذ عهد السلطان مولاي اسماعيل إذ كان في عهد الحسن الأول وكذا في عهد الحماية بالمغرب يعرف باسم الصدر الأعظم (1). وحين يمارس الوزير الأول الاختصاصات التنظيمية للحكومة، فإن الاداة التي يستعملها لذلك هي المرسوم.

(1) راجع بخصوص دور الوزير الأول كرئيس للسلطة التنظيمية، محمد أشركي، الوزير الأول مركزه ووظيفته في النظام القانوني المغربي، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء 1985، ص. 9 وما بعدها. انظر كذلك : أمينة المسعودي : التوازن بين السلطات الدستورية في الدساتير المغربية الثلاثة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الحقوق، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط 1984، ص. 58 وما يليها.

لكن الاشكال الذي يطرحه النشر بالجريدة الرسمية هو الأجل الذي يتعين منحه للمواطنين أو الافراد حتى يتوصلوا بالقاعدة القانونية الجديدة المنشورة، ففي بعض القوانين المقارنة كالقانونين المصري واللبناني نجد أن المشرع يضع أجلا لدخول القاعدة حيز التنفيذ بعد انصرامه، وقد يكون ثمانية أيام كما هو الحال بالنسبة للقانون اللبناني، أو شهرا كما هو الشأن بالنسبة للدستور المصري(1).

أما بالنسبة للمغرب فتجدر الإشارة إلى أنه لاوجود لقاعدة عامة تمنح أجلا لدخول القانون حيز التنفيذ، وإنما المبدأ المعمول به أن القانون يصبح ملزما للمخاطبين به بمجرد نشره بالجريدة الرسمية، وإن كان هذا المبدأ في حقيقة الأمر عسيرا شيئا ما، لاعتبارين اساسيين أولهما صعوبة توصل أغلبية المغاربة بالجريدة الرسمية لاسيما بالمناطق القروية التي لا تتوصل حتى بالجرائد اليومية، وثانيهما المنطق الذي يفرض منح أجل معين للافراد حتى يتمكنوا من الاطلاع على النصوص الجديدة. ومع ذلك فالملاحظ في النصوص الجديدة التي أصدرها المشرع المغربي، أن هناك أجلا يمنحها للمواطنين قبل دخول القانون حيز التنفيذ، من ذلك مثالا المادة 735 من مدونة التجارة الصادرة بتاريخ فاتح غشت 1996 التي تنص على مايلي :

(1) انظر بهذا الخصوص، فرج الصدة : أصول القانون، م.س. ف. 72، ص. 10.
- أبو السعود ومحمد محمود: م.س.ص. 84-96.
- كيرة : م.س. ف. 133، ص. 244-247.
- تناغو : م.س. ف. 97، ص. 314-322.

"يدخل هذا القانون - أي مدونة التجارة- حيز التطبيق ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية مع مراعاة مايلي :

- لا تطبيق مقتضيات الكتاب الرابع إلا على العقود المبرمة بعد دخول هذا القانون حيز التطبيق.

- لا تدخل مقتضيات الكتابين الثالث والخامس حيز التطبيق إلا بعد مرور سنة من تاريخ نشره."

فهذه المادة وكما هو واضح تبرز فعلا أن هناك قاعدة عامة مفادها سريان القانون بمجرد نشره، وأن ثمة استثناءات تختلف باختلاف طبيعة القانون موضوع النشر وظروف وملابسات تطبيقه، حيث تمنح أجلا ترجى دخوله حيز التطبيق لأشهر وربما لسنوات.

وتطبيقا للقاعدة العامة المعمول بها في المغرب والتي تطبق إذا لم يكن هناك نص يضع أجلا محددا، دخلت مدونة الاسرة الصادرة في 03 فبراير 2004 حيز التطبيق بمجرد نشرها بل بعد يومين من إصدارها.

ومن الاشكالات التي يثيرها النشر أيضا، مسألة اللغة المعتمدة، لاسيما وأن النص ينشر في غالب الاحيان باللغة العربية وباللغة الفرنسية، فهل العبرة بالنص المنشور باللغة العربية أم يمكن اعتماد النص المنشور بلغة أجنبية أخرى؟

1- مراقبة دستورية القوانين

قد تصدر السلطة التشريعية قانونا يخالف الدستور سواء بصورة صريحة أو من خلال التعارض مع مبادئه الأساسية، ففي مثل هذه الحالة ماهي الجهة التي يمكنها أن تراقب صحة هذا القانون، هل هي القضاء أم جهة أخرى؟

في مختلف الدساتير العالمية يعهد بالنظر في دستورية القانون لجهة خاصة غير القضاء، أما المغرب ففي الدساتير التي سبقت دستوري 1992 و1996 فقد أنطا الدستور المغربي بالغرفة الدستورية مهمة مراقبة دستورية القوانين، لكن منذ 1992 أصبح الأمر موكولا إلى جهاز خاص هو المجلس الدستوري.

وقد خصص الدستور المراجع لسنة 1996 الفصول من 78 إلى 81 للمجلس الدستوري الذي يتألف من ستة أعضاء يعينهم الملك ولدة تسع سنوات وستة أعضاء يعين ثلاثة منهم رئيس مجلس النواب وثلاثة رئيس مجلس المستشارين لنفس المدة بعد استشارة الفرق، ويتم كل ثلاث سنوات تجديد ثلث كل فئة من أعضاء المجلس الدستوري⁽¹⁾.

وبقراءة متأنية للفصل 81 من الدستور يمكن القول ان الدستور اقتصر على التنصيب على المراقبة القبلية التي يمارسها المجلس الدستوري على القوانين دون أن يخوض في المراقبة البعدية.

فحسب الفصل 81 المشار إليه أعلاه : "وللملك أو الوزير الأول أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين أو ربع أعضاء مجلس النواب أو

== على التشريع فحسب، لأنه لايتصور أن نقوم بنشر الاعراف المحلية بالجريدة الرسمية مالم نقوم بتدوينها وجمعها في نصوص مكتوبة وإخضاعها للمسطرة المتبعة في اصدار النصوص التشريعية والتنظيمية.

(1) الفصل 79 من الدستور.

الواقع أنه منذ ظهور ريتاير 1965 الخاص بالتعريب والمغربة والتوحيد، لايمكن القول إلا باعتماد النص العربي، لكن مع ذلك فإن بعض النصوص تكون مكتوبة ومحركة أصلا باللغة الفرنسية ويتم ترجمتها إلى اللغة العربية، ومن ثم فالمنطق يفرض الاستناد إلى النص الفرنسي مادام هو الاصل وذلك إلى حين إلغائه أو تعديله أو نشر نص آخر في نفس المجال باللغة العربية⁽¹⁾.

2- الرقابة على صحة القانون (2)

كما مر بنا، يتدرج التشريع ويخضع لتراتبية خاصة، حيث نجد التشريع الاساسي أو الدستور في القمة يليه التشريع العادي أو القانون، وبعده التشريع الفرعي أو النص التنظيمي ويفرض هذا التدرج أن يخضع النص الأدنى للنص الأعلى منه درجة، لكن أحيانا نجد أن النص الأدنى يكون مخالفا للنص الذي يعلوه، وهنا يتعين التمييز بين مخالفة القانون للدستور، وبين مخالفة النص التنظيمي للقانون، ولتجاوز هذا الوضع الذي لايسير ومنطق التراتبية هناك أليتان لارجاع كل تشريع إلى مداه : الأولى تكمن في مراقبة دستورية القوانين والتي بموجبها يلزم أن يوافق القانون الدستور والثانية تتمثل في مراقبة شرعية النصوص التنظيمية والتي بمقتضاها يتعين أن يتلاءم ويوافق النص التنظيمي القانون.

(1) لمزيد من الايضاح في مختلف الاشكالات التي يطرحها النشر راجع :

- جلال السعيد : م.س.ص. 170 ومابعدها.

- تناغو : م.س. بنفس الموضع.

- توفيق العطار : مدخل لدراسة القانون، م.س.ف. 85، ص. 186-191.

(2) الواقع أن المنطق يفرض أن يطلق لفظ القانون سواء بالنسبة للسريان أو بخصوص الرقابة على مصادر القانون سواء كانت تشريعا أو عرفا أو فقها إسلاميا، لكن الحقيقة أن هذه التسمية تنطبق بالأساس على النصوص القانونية المكتوبة أي ==

ومتى أحيلت القوانين والقوانين التنظيمية والنظام الداخلي لمجلسي البرلمان على المجلس تم البت فيها خلال شهر ما لم تطلب الحكومة في حالة الاستعجال لينظر فيها خلال ثمانية أيام، ويترتب على ذلك وقف سريان أجل الإصدار.

وتكون قرارات المجلس فيما أحيل عليه من قضايا غير قابلة لأي طعن، وتتميز بالطابع الملزم تجاه كافة السلطات العامة، وجميع الجهات الإدارية والقضائية.

من خلال ماسبق، خصص المشرع الفصل 81 من الدستور، وفي أغلب فقراته للمراقبة القبلية التي يمارسها المجلس الدستوري، ولم يفصل في المراقبة البعدية، وإن كانت الفقرة ماقبل الأخيرة تنص على مايلي: "لايجوز إصدار أو تطبيق أي نص يخالف الدستور". فحين نص الدستور أنه لايجوز تطبيق أي نص مخالف للدستور، إنما قصد المراقبة البعدية أي بعد أن يدخل النص القانوني حيز التطبيق. لكن عديدا من الإشكالات يطرح بشأن هذه الفقرة أولا بالنظر إلى غياب مقتضى يبين الجهات التي لها الحق في ممارسة المراقبة، هل هي نفسها تلك المشار إليها بخصوص المراقبة القبلية؟ أم أن هناك جهات أخرى يمكنها القيام بذلك؟ وماهي المسطرة التي يتعين اتباعها لمباشرة المراقبة وماهي أجال ممارستها؟ لهذه الإشكالات وغيرها، أثير نقاش حول صلاحية القضاء للقيام بهذه المهمة، لكن حسما لكل هذه النقاشات نص الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية بعد نسخ فقرته الثانية بمقتضى الفصل 50 من القانون 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية الصادر سنة 1993 على أنه: "لايجوز للجهات القضائية أن تبت في دستورية القوانين".

ومع ذلك فإن الإشكال يبقى مطروحا ولو أعطينا الصلاحية للمجلس الدستوري قياسا على المراقبة القبلية بخصوص من له الحق في المطالبة بمراقبة دستورية القوانين وكيف يمارس هذا الحق؟ لذلك نعتقد أن على المشرع أن يتدخل

أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المجلس الدستوري ليبت في مطابقتها للدستور" وكما يتجلى من هذه الفقرة فالأمر يتعلق بالمراقبة القبلية إذ يمارس المجلس الدستوري رقابته على القانون المخالف للدستور قبل إصدار الأمر بتنفيذه من طرف صاحب الجلالة، لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو أن الدستور حدد الجهات التي لها حق الإحالة على المجلس الدستوري وهي الملك والوزير الأول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين ورابع أعضاء مجلس النواب وأعضاء مجلس المستشارين، إذ ليس من حق المواطنين أن يتمتعوا بصلاحية الإحالة، بل وإن المشرع الدستوري لم يحدد عدد أعضاء مجلس المستشارين الذين لهم هذه المكنة.

وتطرح هذه الفقرة إشكالا إذا ما قارناها بالفقرة التي تسبقها، فحسب هذه الفقرة "تحال القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والنظام الداخلي لكل من مجلسي البرلمان قبل الشروع في تطبيقه إلى المجلس الدستوري ليبت في مطابقتها للدستور"، فإذا كانت هذه الفقرة قد بنيت للمجهول ولم تبين الجهات التي يمكنها ممارسة حق الإحالة، فإنه يطرح التساؤل التالي، هل يمكن لأي شخص أن يباشر هذا الحق أم أن الأمر يقتصر على الجهات الواردة أعلاه فقط؟ يضاف إلى ذلك أن الصيغة التي استعملها المشرع الدستوري في الفقرة الثانية من الفصل 81 هي غير تلك التي استخدمها في الفقرة الثالثة منه، فالقواعد التنظيمية والنظام الداخلي لمجلسي البرلمان يحالان على المجلس الدستوري قبل إصدار الأمر بالتنفيذ وقبل الشروع في تطبيق النص الجديد. أما القوانين فتحال طبقا للفقرة الثانية قبل إصدار الأمر بالتنفيذ، ولم تذكر نهائيا مسألة الشروع في التطبيق، وشتان بين إصدار الأمر بالتنفيذ والشروع في التطبيق. لأن إصدار الأمر بالتنفيذ يسبق النشر بالجريدة الرسمية والشروع في التطبيق. أما هذا الأخير فيتجاوز مرحلة الإصدار ومرحلة النشر، أي أنه على عتبة الدخول حيز التطبيق.

في أقرب تعديل دستوري ليضع حدا لهذا الغموض الذي يمكن أن يعطل دور مراقبة دستورية القوانين بعد مروره بمرحلتى الإصدار والنشر.

ب- مراقبة شرعية النصوص التنظيمية

إذا كان النص التنظيمي مخالفا للقانون فإن المراقبة تسمى والحالة هذه بمراقبة شرعية النصوص التنظيمية. وقد أعطى المشرع للمحاكم صلاحية القيام بهذه الرقابة، إذ تختص المحاكم الإدارية التي تم إحداثها سنة 1993 بذلك، وإن كانت المحاكم الابتدائية تمارس هذه المهمة قبل ذلك.

فانطلاقا من المادة 8 من قانون تختص المحاكم الإدارية بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة وهو ما أكدته المادة 20 حيث قضت بما يلي : "كل قرار صدر من جهة غي مختصة أو لعيب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة بحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

وكما هو بين فإن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص إذا كان النص التنظيمي مخالفا للقانون، وذلك عن طريق دعوى الإلغاء. والحقيقة أن هناك طريقتان معتمدتان في القانون المقارن بخصوص مراقبة شرعية النصوص التنظيمية.

الطريقة المباشرة وذلك بواسطة دعوى يرفعها المعني بالأمر إلى المحكمة قصد المطالبة بإلغاء ذلك النص التنظيمي الذي يعتبر في نظره مخالفا للقانون. والطريقة غير المباشرة هي التي تعرف بممارسة الدفع بعدم المشروعية أي أن الشخص يكون مدعى عليه في الدعوى فيدفع بعدم مشروعية النص فيطلب من المحكمة الامتناع عن تطبيق ذلك النص عليه.

.. ويتمثل الفرق بين الدعوى والدفع في أن الأولى تؤدي من جهة إلى إلغاء مفعول ذلك النص ومن جهة أخرى إلى إلغائه ورفع قوته بالنسبة للمدعي وللأغيار على حد سواء، أما الدفع فلا يترتب عليه إلغاء النص المتعلق بالنزاع المعروض على المحكمة ولكن يمتنع القضاء عن تطبيقه على النازلة فحسب، وهذا ما يجعل مفعوله مقتصرًا على ذلك الشخص وتلك النازلة دون أن يتعداه إلى الغير.

ويبقى في ختام هذه النقطة أن نشير إلى مسألة قلما يتم الانتباه إليها، وهي أنه لا يتعين أن نتحدث عن مراقبة دستورية النصوص التنظيمية، لسبب أساسي يمكن في أن النص التنظيمي قبل أن نبحت في مدى مطابقتها للدستور، يجب أن نتثبت من موافقته للقانون الذي هو أدنى درجة من الدستور. فمتى كان موافقا له فهذا يعني بصورة غير مباشرة أنه مطابق للدستور، لأنه يفترض أن يكون القانون موافقا للدستور، أما إذا كان مخالفا للقانون فهذا يغنينا عن أنه مخالف للدستور، وفي جميع الاحوال فإن المطابقة للقانون لا يجبرنا على البحث في مدى مطابقتها للدستور، باستثناء الحالة التي لا يوجد فيها نص قانوني ينظم المسألة فهنا تتم المقارنة بين النص التنظيمي والدستور مباشرة مادام القانون المنظم والمفصل غيز موجود (1).

(1) لمزيد من الاطلاع انظر على سبيل المثال :

- جلال السعيد : م.س.ص. 150 ومايليها.

- كيرة : م.س.ص. 135، فقرة 248 ومايليها.

- فرج الصدة : م.س.ص. 73، فقرة 107 ومابعدها.

- أبو السعود ومحمد محمود : م.س.ص. 92 ومابعدها.

- تناغو : م.س.ف. 101، ص. 338 ومايليها.

المطلب الثاني : الحرف

على الرغم من تعدد الاتجاهات الفقهية (1) التي تصدت لدراسة مصادر القانون بصورة عامة، وللعرف بصورة خاصة، فإن أغلبها يجمع على أن للعرف دورا هاما كمصدر أساسي للقانون (2) وعلى أنه يقوم على ركنين اثنين أولهما مادي يتمثل في السلوك أو العادة التي يستقر الافراد على اتباعها مدة زمنية معينة، والثاني معنوي يكمن في الشعور بإلزام ذلك السلوك ونزوله منزلة القواعد القانونية الملزمة.

غير أن التباين يدب إلى مواقف الاتجاهات المذكورة بخصوص طريقة تكون القاعدة العرفية من جهة، وكيفية قيامها ومناطق إلزامها من جهة أخرى، إذ من هذه الاتجاهات من يقول إن أساس إلزامها يرجع إلى الإرادة الضمنية للمشرع (3) ومنها من يرى أن ذلك يرتد إلى الاتفاق الجماعي بين الأفراد أو ما يعبرون عنه بالضمير الجماعي (4) ومنها من يوقف إلزام العرف على تدخل القضاء بأحكامه وقراراته (5).

ولاشك أن لهذا التباين عدة نتائج خصوصا وأن هذه المواقف في مجملها

(1) ذلك أن هناك اتجاهات متعددة منها ما ينتمي للاتجاه القانوني أو التشريعي أو الشكلي للعرف، شأن المدرسة التقليدية التي تلتزم بنهج مدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية، والمدرسة العلمية، ومنها ما ينضوي تحت الاتجاه السوسيولوجي أو الاجتماعي سواء كان اتجاها اجتماعيا صرفا، أو اتجاها يجمع بين علم النفس وعلم الاجتماع القانونيين.

(2) وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة.

(3) المدرسة التقليدية.

(4) المدرسة التاريخية.

(5) المدرسة العلمية.

تميز بين السلوك أو العادة - وهي الركن المادي للعرف - الذي لا يعد إلا مجرد واقع غير ملزم، وبين العرف - خصوصا في عنصره النفسي - الذي يعد قاعدة قانونية ملزمة يترتب على مخالفتها ما ينتج عن مخالفة القاعدة التشريعية.

ونرى من اللازم ونحن نبحث في هذه الاتجاهات أن نحاول تقييمها لنبين صوابها ومكامن ضعفها، ومقارنتها بالاتجاهات الاجتماعية الحديثة التي ترى في العرف تلك القاعدة القانونية الملزمة بلا مرأ.

الفقرة الأولى : موقف الفقه من الحرف

* الاتجاه التشريعي (1)

سنعرض للاتجاه التشريعي في العرف من خلال تحليله لمقومات العرف ولأساس الإلزام فيه.

1- مقومات العرف

العرف عادة متكررة في الزمان تطبق في إقليم معين تستلهم قوتها الملزمة من موافقة وقبول من يمارسونها (2) وهو في نظر فيرير Ferrière (3) قانون غير مكتوب نابع من الاتفاق الضمني لأولئك الذي أخضعوا أنفسهم إراديا لذلك السلوك الذي مارسوه وساروا عليه مدة زمنية أكسبته قوة وسلطة القانون، أما الأستاذ

(1) فضلنا أن نطلق على هذا الاتجاه تسمية الاتجاه التشريعي - على الرغم من وجود تسميات أخرى - وذلك لأنها في تقديرنا تعكس حقيقته، إذ يدرس العرف كمصدر للقانون من وجهة نظر تؤمن مسبقا بسمو وتعالى التشريع.

(2) Jean-Louis Gazzaniga, Rédaction des coutumes et codification, in Revue Droits N. 26, 1998, P. 71.

(3) Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, édition 1769, tome I, Ve, coutumes.

أوغست لوبران Auguste Lebrun (1) فيقصد بالعرف تلك القاعدة القانونية التي تنشأ فطرياً وتلقائياً وبطريقة بطيئة من وقائع وأعمال وسلوكات متبعة في مجتمع معين، والتي تصبح قاعدة ملزمة دون تدخل صريح ولاحتى قبول ضمنى من طرف المشرع.

ويرى برونوبوتي Petit Bruno (2) أن العرف لا يمكن أن يكون إلا عادة اكتسبت طابعاً قانونياً ملزماً.

ومن جانبه يرى بعض الفقه العربي أن العرف "مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اطراد سلوك الناس على نحو معين في اتباعها زمناً طويلاً، مع اعتقادهم بإلزامها، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي".

فالقواعد القانونية العرفية تنشأ في ضمير الجماعة، وفي العلاقات بين أفراد المجتمع دون تدخل من سلطة أخرى خارجية (3) أو هو "اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية أو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتر تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة" (4).

(1) Auguste Lebrun, La coutume, Encyclopédie Juridique, Dalloz, T.3 publiée sous la direction de Pierre Raymond Jurisprudence générale, Paris 2e éd. 1972 N.1, P.1.

(2) Bruno Petit: Introduction générale au droit, le droit en plus presses universitaires de Grenoble, France 1991, N.72, P.61.

(3) توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى 1988، فقرة 163، ص. 251.

(4) حسن كيرة : المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الخامسة 1974، فقرة 148، ص. 272، وانظر في نفس المعنى :

- رمضان أبو السعود : الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت (عدد وتاريخ الطبعة غير واردين) ص. 475.

ولا يختلف الفقه المغربي في تعريفه للعرف عن التعاريف السالفة، فهو في نظر ذ. العبدلوي "درج الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمناً طويلاً ثم اعتقادهم بعد ذلك بإلزامية هذا السلوك وبأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء" (1).

ومن خلال هذه التعاريف -التي ما كنا لنوردها لولا إيماننا ببيانها لحقيقة ومكانة العرف في نظر الاتجاه الذي نحن بصدد دراسته- يتبين أن العرف يتكون من عنصرين أساسيين هما: الركن المادي المتمثل في السلوك الذي يمارسه الافراد مدة زمنية والركن المعنوي الذي يكمن في الشعور بالزام تلك العادة المتبعة (1).

أ- الركن المادي أو العادة

يقصد بالعادة في مفهومها الواسع، كل نشاط أو سلوك يلاحظ انتهاجه في جماعة معينة، وهذا يعني أن العادة تجب كل السلوكات الاجتماعية التي يستقر الافراد على ممارستها بصورة اعتيادية، ويدخل في ذلك العادات الاجتماعية،

(1) ادريس العلوي العبدلوي : أصول القانون، الجزء الأول، مطبعة دار القلم، بيروت 1971، (ع.ط.غ.م)، ص. 569.

وانظر كذلك :

-عباس الصراف وجورج حزبون : المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، الطبعة لاثانية 1991، ص. 47-54.

- محمد عبد الجواد محمد : بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1411هـ-1991م (ع.ط.غ.م) فقرة 110-119، ص. 137-146.

(2) هذا على الرغم من اختلاف الصياغات التي صاغ بها هؤلاء تعريفهم للعرف، وانطوائها على الكثير من الخلط والمآخذ التي ليس هنا مجال التعليق عليها.

والثقائيد، وقواعد الاداب والمجاملات والاخلاق، والعادات القانونية.

والعادة القانونية هي وحدها العادة المؤهلة لتكوين العنصر المادي للعرف إذ تصبح بعد استجماعها لعدد من الشروط قاعدة عرفية ملزمة (1).

فماهي هذه الشروط ياترى ؟

يجمع الفقه والقضاء لاعتبار العادة القانونية عرفا على أن تتوافر فيها الشروط التالية :

- أن تكون قديمة :

ومفاد هذا الشرط أن يمر زمن على ممارسة السلوك يكفي لجعله مقبولا ومستقرا عليه. غير أن بعض الفقه لم يحدد مدة معينة لذلك، وإنما أثر تلك المسألة لتقدير القضاء (2).

- أن تكون مستمرة وثابتة

أي ألا يقع انقطاع في ممارسة تلك العادة، وأن تكون الممارسة منتظمة، أما إذا استقر الافراد على سلوك ما فترة زمنية وعدلوا عنه في فترة أخرى، فإن ذلك لا يجعل ذلك السلوك مؤهلا للانتقال إلى طابع الإلزام.

- أن تكون عامة

وهذا يستلزم ألا تكون العادة فردية أو شخصية، كما يستوجب أن يتبعها

(1) Auguste Lebrun, Op.cit, N.17, P.2.

(2) François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, Librairie Marescq Ainé, Paris 1899, N. 110, P.280.

الافراد دون تخصيص ولا تعيين، بمعنى أن تتوفر العادة على صفة العموم التي تميز القاعدة القانونية (1).

ولا ينبغي أن يفهم من العموم أن يسلك جميع أفراد الجماعة نفس العادة، بل يكفي لتحقيق العموم أن تمارس ولو في إطار مهني أو طائفي معين.

- ألا تخالف النظام العام

لم يناد بهذا الشرط إلا جانب من الفقهاء (2) على أن البعض الآخر اتخذ موقفا وسطا يرى من خلاله لزوم عدم مخالفة النظام العام والاخلاق الحميدة بالنسبة للعادات المحلية أو المهنية أو الطائفية فحسب، أما العادات العامة التي تشمل جميع مناطق وفئات المجتمع، فمفترض أنها موافقة للنظام العام (3). ومعنى هذا أن الاتجاه الغالب هو أن الشرط المذكور غير لازم حسب أغلب الفقه (4).

ومتى استجمعت العادة الشروط أعلاه تصبح عرفا، لأنها بصورة تلقائية تضحى ملزمة، وتستقر في نفوس ممارسيها.

(1) محمد إبراهيم دسوقي : النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الثانية 1989، ص. 111-112.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوي وحشمت أبو ستيت : أبحاث في أصول القوانين، العرف كمصدر من مصادر القانون، منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، ص. 623-646.

- رمضان أبو السعود : م.س. ص. 478.

(3) كيرة : م.س. فقرة 149، ص. 275.

(4) وتأخذ كمثال على هذا الاتجاه الفقيه فرانسوا جيني الذي لا يرتب أي أثر على مخالفة العرف للنظام العام والاخلاق الحميدة مادام متوافرا على ركنيه المادي والمعنوي.

-Gény, Op.cit, N. 121, P.325.

لكن ماهي النتائج المترتبة على التمييز بين العرف والعادة ؟

يتفق فقهاء الاتجاه التشريعي على نتائج تترتب على التفرقة بين العرف والعادة وهي كالتالي :

- من حيث افتراض العلم بالقانون

انطلاقاً من مبدأ أساسي مؤداه اعتبار العرف قاعدة قانونية، والعادة مجرد واقع، يفرض مناصرو هذا الاتجاه على الكافة وعلى القاضي العلم بالعرف اذ لا يعذر أحد بجهله للقانون(1) كما أن القاضي الذي يرفض البت في نزاع مبني على قاعدة عرفية يكون قد ارتكب جريمة انكار العدالة، أما العادة فهي مجرد واقع لا يفترض علم الناس ولا القاضي بها.

- من حيث الخضوع لرقابة محكمة النقض

يخضع القاضي عند تطبيقه للعرف كقانون فاصل في النزاع المعروض عليه لمراقبة محكمة النقض، لأن القاضي كأصل يخضع في تطبيقه للقانون لهذه الرقابة حماية لمصالح الافراد وتحقيقاً للعدالة.

وقد سار القضاء في فرنسا على هذا النهج، إذ نقض عدداً غير قليل من

(1) هذا على الرغم من أن كثير من أصحاب هذا الاتجاه لا يطبقون عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلا على التشريع وحده، مادام يرادف القانون، ومادام يخضع لمسطرة كتابية وإجراءات تفرض بالضرورة علم الافراد به، أما العرف، ونتيجة لطابعه الشفاهي، فيستحيل أن يكون الكافة وكذلك القاضي على علم به، وهو ما يستثني العرف من الخضوع لهذا المبدأ.
انظر في هذا الشأن:

-Bruno Petit: Introduction générale au droit, Op.cit, N.73, P.62.

الأحكام لاستبعادها القاعدة العرفية ، والحال أنها واجبة التطبيق(1).

أما بالنسبة للعادة، فالقاضي حر في الاعتداد بها واستخلاصها، اذ يسوغ له قبولها أو استبعادها، لأن كل الوقائع تدخل في صميم السلطة التقديرية الواسعة للمحكمة.

- من حيث الإثبات

لما كان العرف قانوناً، فإن عبء إثباته لا يقع على من يتمسك به وحده، وإنما على المحكمة نفسها التي لها الحق أن تثبت وجوده من تلقاء نفسها، وأن تطبقه ولو لم يطلب الاطراف ذلك بعكس العادة التي يقع إثباتها على من يتمسك بوجودها.

(1) من ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 16 ماي 1949 الذي طبق عادات ميناء مرسيليا عوض مقتضيات اتفاقية بروكسيل.

-Civ 4 Novembre 1918 D.P. 1923 I-102.

-Civ 18 Octobre 1964 Bull. Civ III N.443.

وقد أشار إلى هذه القرارات الأستاذ محمد الكشور في أطروحته، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، الدار البيضاء 1986، ص. 136 هامش (2).
ولم يخرج قضاء المجلس الأعلى المغربي عن هذه القاعدة.
انظر بشأن ذلك :

قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 23 يونيو 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 33-34، ص. 91 وما بعدها.

ومع ذلك فإن استخلاص العرف وتفسيره في فرنسا لم يكن خاضعاً لهذه المراقبة بل متروكاً لسلطة قضاء الموضوع التقديرية.

راجع مثلاً :

-Civ 5 Janvier 1855 D.P. 55-1-85.

-Req. 4 Aout 1874 D.P. 76-1-429.

-Civ. 12 Janvier 1938 D.P. 1938 D.H. 1938.197.

-Civ. 14 Oct. 1957. Bull Civ. I N. 371.

القرارات الواردة في أطروحة الأستاذ، محمد الكشور، م.س.ص. 137 هامش (2).

ب- الركن المعنوي والنفسي : الشعور بالإلزام

من المسلمات التي لا يجادل فيها رواد وأنصار الاتجاه التشريعي، مسألة وجوب توافق الركن المعنوي في العرف، لأنه يجعل القواعد العرفية متميزة عن غيرها من القواعد الأخرى التي تشتبه بها، كقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات والآداب.

فالركن المعنوي أو العنصر النفسي المتمثل في الاعتقاد بالإلزام سلوك استقرار الأفراد على انتهاجه مدة زمنية محددة، هو الفاصل بين العادة التي تقف عند حدود الواقع والعرف الذي ينتقل من إطار الواقع المجرد إلى إطار القواعد القانونية الملزمة.

وفيهما مما سبق، أن العادة مهما طاللت مدة ممارستها من طرف المعنيين بها لن تتمتع بطابع القاعدة القانونية لافتقادها إلى العنصر النفسي المتمثل في الشعور بالإلزام.

غير أنه ينبغي أن نميز بين الشعور بالإلزام العادة أو العرف، وبين القوة الملزمة للعرف، ذلك أنه من حيث الظاهر يبدو التطابق والتماثل بين العبارتين من حيث المعنى. فما يشعر الأفراد بكون العادة ملزمة إلا وكانت هذه الأخيرة قاعدة قانونية تتمتع بعنصر الإلزام. والواقع أن ثمة اختلافا كبيرا ودقيقا بين الشعور بالإلزام وبين القوة الملزمة للعرف - على الأقل وفقا لما يبدو من تحليل الاتجاه التشريعي للعنصر المعنوي - ولو أن أصحابه لم يفتنوا إلى هذا التمييز.

فالشعور بالإلزام سلوك ما، عملية نفسية داخلية يشعر بها الأفراد تجاه ذلك السلوك، لا يمكن جزما أن نؤولها على أنها إيمان بالجزاء المادي والقهري الذي

غير أن القضاء مكن الاطراف وكذا المحكمة عند اثباتها للعرف من عدد من وسائل الاثبات منها :

- مختلف الوثائق والدفاتر والسجلات التي بونت فيها الاعراف والعاتات (1).

- شهادة الشهود (2).

- الخبرة (3).

- الشهادات التي تصدر عن الغرفة التجارية Parères وعن النقابات المهنية وعن أشخاص مؤهلين لإصدارها (4).

- الاعلامات Avis المسلمة من طرف النقابات في المواد المهنية والصناعية والفلاحية (5).

(1) Soc. 8 Janv 1964.

(2) Civ. 8 Janv 1926.

(3) Trib. Paix, Arras Fév. 1928, Civ. 8 Juin 1926 et Trib. Com Le Havre 14 Août 1936.

(4) Civ 12 Janv 1938 Besançon 25 Janv 1926-Trib Civ seine 4 Nov 1941.

أورد هذه القرارات :

-Auguste Lebrun, la coutume, Op.cit, N. 78, P.5.

(5) لمزيد من التوسع حول نتائج التمييز بين العرف والعادة، راجع كتب النظرية العامة للقانون لاسيما المراجع التالية :

-François Gény, Op.cit, N.131, P.370-379.

-Boris starck (Henri Roland et Laurent Boyer): Introduction au droit (Litec) Librairie de la cour de cassation, Paris, 3e éd. 1991, N. 845.

-Michel Pédamon : Ya t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, dans Revue trimestrielle du droit commercial 1959, N. 32, P.355.

-Jean-Luc Aubert, Introduction au droit, Presses universitaires de France, Paris. Que sais-je, 3ème ed. 1984.

تتميز به القواعد القانونية، لأن الإلزام الذي يكتنه هؤلاء لذلك السلوك قد يكون نابعا من احترام أو تجميل سيما عند ربطه (السلوك) بشخصية فذة يعتقد أنها أول من سلكه.

وحتى مع التسليم فعلا بتعبير الشعور المذكور عن الجزاء والإلزام، فقد يتحمل الأمر عدة فرضيات، فقد يكون الجزاء أدبيا يقف عند الاستنكار والاستهجان، وقد يكون دينيا حين يشعر الأفراد بوجود جزاء على مخالفة القواعد الدينية، وهو جزاء كما هو معلوم غالبا ما يكون أخرويا، وكما هو ملاحظ فسواء تعلق الأمر بالدين أو بالأخلاق، فالشعور بالإلزام وارد لكن ليس بطريقة تفيد الإيمان بالجزاء الذي توقعه السلطة العامة عند مخالفة القواعد القانونية.

أما القوة الملزمة للعرف فمفادها أن يخرج الشعور الدفين بالإلزام إلى عالم الوجود المادي الملموس، عالم الإلزام الذي يطبع القواعد القانونية المتمثل في الجزاء سواء كان مدنيا أو جنائيا، هذا فضلا عن أن الشعور بالإلزام قد يكون قائما بالنسبة للعادة كما يتوفر في العرف، أما القوة الملزمة فقاصرة على العرف دون العادة.

ومع أن العنصر المعنوي كما سبق الذكر من المسائل المجمع على ضرورة وجودها، فإن بعض فقهاء القانون الدولي العام يرفضونه ويعتبرون العرف قائما بالسلوك المادي فقط والمتمثل في العادة، ومن أقطاب هذا الاتجاه جوجنهايم، وكوبلنار، وكلسن (1) و(2).

(1) نظر لمزيد من التوسع في هذا الاتجاه :

- عبد الغني محمود : القاعدة العرفية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1411-1990، ص. 76.

(2) وعلى العكس من ذلك نجد جانبا آخر يرفض العنصر المادي، ويقول بقيام العرف =

ويرى فريق آخر أن العنصر المعنوي إدراك للحاجات الاجتماعية والاخلاقية، فهو في نظره اعتقاد بأن السلوك تتطلبه قاعدة خارجة عن نطاق القانون - وهذا الاعتقاد مقترنا بالسلوك - ينشئ القاعدة القانونية العرفية (1).

وأيا كان الأمر، فالاشكال الذي يطرح نفسه - بغض النظر عن التحليل أعلاه - هو تحديد الوقت الذي تنتقل فيه العادة من سلوك مادي وواقع مجرد إلى قاعدة قانونية عرفية ملزمة :

حلال هذا الإشكال، حاول مناصرو الاتجاه التشريعي بمختلف مدارسهم، وضع تحليل دقيق - كما يرونه هم - لبيان أساس إلزام العرف وهو ما سنعرض له فيما يلي :

2- أساس إلزام العرف

بعد أن سلم أنصار الاتجاه التشريعي بأن العرف قاعدة قانونية ملزمة، خلافا للعادة التي تبقى مجرد واقع، نجدهم يتراجعون عن هذا الموقف يبحثهم في

= على العنصر المعنوي وحده، ومن مناصري هذا الرأي، شتروب، وشنج، ومن الفقه العربي محمد طلعت الغنيمي الذي يقول :

"لا أضرم نفسي بذلك إلى الذين يشترطون توافر الركن المادي لتكون العرف ذلك أنني لا أطلب التكرار لقيام العرف، وإنما قد يكفي أن يصدر التصرف الأول ويعتبر دليلا على توافر الإرادة الشارعة وتبعاً قيام العرف ... قد نكون في غنى عن التكرار - إذا ما أقرت الدول منذ البداية بأنها تسيّر على سلوك بعينه بوصفه قاعدة ملزمة". انظر مقالته، العرف في القانون الدولي منشور، بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، السنة التاسعة 1959-1960 العددان 3 و4، ص. 236 ومابعدها.

(1) لمزيد من المعلومات حول هذا الاتجاه، راجع، عبد الغني محمود، م.س. ص. 67 ومابعدها.

أساس الزام ماكانوا قد سلموا بإلزاميته، فكيف أسسوا لطابع الإلزام في القواعد العرفية إذن؟

للإجابة عن هذا الإشكال، يتعين التمييز بداية بين ثلاث مدارس تنتمي إلى الاتجاه المذكور، تحاول كل واحدة منها تأصيل إلزام العرف انطلاقاً من الزاوية التي تغلب على تحليلها للنظرية العامة للقانون بصورة إجمالية، وسنعرض لهذه المدارس في النقطتين الموالتين :

1- المدرسة التقليدية والمدرسة التاريخية

- المدرسة التقليدية

ينبني تفسير المدرسة التقليدية لأساس إلزام العرف على موقفها الكلي من مصادر القانون، فما هو هذا الموقف وما أثره الأساس المذكور ؟

في بداية القرن التاسع (19) ظهرت عملية التدوين وانتشرت بشكل واسع وكانت مدونة نابليون لسنة 1804 مظهراً لها إذ تم جمع النصوص المكتوبة، والأعراف، والعادات السابقة وتم وضعها في قالب تشريعي يتمتع بصيغة الإلزام.

وتأثراً بهذه العملية الكبرى، برز رأي فقهي جديد خاصيته المبالغة والمغالاة في الارتباط بهذه المدونات، حتى أفرز اتجاهها جديداً في تفسير القانون، عرف ازدهارها ابتداءً من سنة 1841، إذ في هذه السنة قام بلوندو (1) ببحث في أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية حول سلطة التشريع تناول فيه عدة قضايا

(1) Blondeau: Essai sur quelques points de législations et de jurisprudence 1850, P.341-344.

منها ما عنوانه بما يلي : "من أي مصدر يجب أن تستلهم القرارات القضائية اليوم" (1) مبيناً أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فلا ينبغي الخروج عنه لا في التطبيق ولا في التفسير (2) بل ويعد الخروج عنه جريمة ومخاطرة قاتلة (3).

وانتصر إلى هذا الرأي كثير من الفقهاء المحدثين بفرنسا (4) كانوا يعتقدون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وهو وحده القادر على تنظيم كل شؤون الحياة الاجتماعية (5).

(1) وقد تم نشر العمل في :

Le moniten Universel par Vergé et Loiseau, Académie des sciences morales et politiques, volume, 1893, P.362-364 et P.445-451.

(2) Blondeau, Op.cit, P.342.

(3) Léonce Valette, Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif acutuel, thèse d'Etat, faculté de droit de Lyon 1908 librairie nouvelle de droit et de jurisprudence (L-N.D.J) Paris 1907.

وقد نقل هذا الباحث عن المدرسة التقليدية:

"L'émanation d'une volonté infaillible et absolue, la loi est la source fondamentale et la source unique de tout le droit positif chercher ailleurs serait s'égarer fatalement bien plus, commettre un crime de lèse-majesté", voir Op.cit, P.4.

(4) نذكر منهم :

-Aubry et Rau, Demante, Morcadé, Demolombe, Laurent, Beudant, Huc, vigié et Baudry la cautinerie.

وهناك كذلك في نفس الاتجاه فقهاء قدامى نذكر من بينهم :

-Mailher de chassat, traité de l'interprétation des lois, 1er ed. 1822, 2e ed. 1845.

-G. Deliste , De l'interprétation juridique, 2 vol 1849.

-CH. Brocher, Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois et spécialement du code civil français 1862.

(5) وقد كتب بعضهم مايلي :

"On a tout légiféré, surtout depuis 70 ans ... qu'il serait bien étonnant de trouver un cas reste tout à fait en dehors des prescriptions législatives" Vallette, cours de code civil, T.I, P.35.

"مهنتي الأساسية هي النصوص التشريعية قبل كل شيء ! أنشر دروسا لتشريع نابليون، هدفي إذن أن أفسر، وأشرح التشريع النابوليوني في حد ذاته، الذي يعتبر تشريعا حيا، وكقانون أو تشريع واجب التطبيق يتمتع بطابع الإلزام، واختياري للطريقة الدغمائية التقليدية كمنهج لن يمنعني من الاعتماد على النصوص والمواد التشريعية كقاعدة دائما لمهنتي".

وهكذا يكون العرف من القوى الخالقة للقانون التي استثنيت وفقا لهذا الرأي، ولو أن هذه القوة تفرض نفسها عند غياب النص التشريعي أو بمهامه، الأمر الذي اضطر معه مناصرو الاتجاه التشريعي للاعتراف للعرف على الأقل - وكرها - بدور المصدر المكمل للتشريع (1). مصدر العرف لا يصح فكيف إذن أثر هذا الموقف على وجهة نظر المدرسة التقليدية حيال أساس القوة الملزمة للعرف؟

انطلاقا من الموقف المسبق والتحكمي المتمثل في علو التشريع على العرف، والذي أرغم -الموقف- على الاعتداد بالعرف كمصدر مكمل للتشريع، بحث فقهاء المدرسة التقليدية في أساس إلزام العرف انطلاقا من التشريع نفسه إذ يرجعون إلزامه في بداية موقفهم إلى اتفاق الأفراد بصورة ضمنية على قبول العرف.

أما التشريع فيعبرون عن قبولهم له باتفاقهم الصريح (2)، لكن هذا التفسير

(1) P.Lombard, Discours sur le code civil allemand, Séance d'inauguration de l'université de Nancy, le 19 Novembre 1895, Nancy 1897, P.23-25.

(2) Jean Louis Bergel, Méthode du droit, théorie générale du Droit Dalloz, 1985, N.47, P.59.

وقد كتب برجيل في هذا الاتجاه :

"La coutume au contraire qui s'élabore au gré du nombre et de la constance des précédents de la vie sociale et juridique et qui repose sur le consensus général, épouse la plasticité des faits et emprunte la fluidité des rapports sociaux", Op.cit, N.47, P.59.

ويتضح موقف هؤلاء أكثر متى اطلعنا على التسمية التي يطلقونها على عملية تفسير القانون، فخلافا للفقهاء بألمانيا الذي يستعمل عبارة "تفسير القانون"، يعتمد الفقهاء الفرنسيون إلى استعمال عبارة "تفسير التشريع".

ومن هنا إذن، يتبين أن موقف فقهاء أواسط القرن التاسع عشر بفرنسا يستبعد كل القوى الأخرى الخالقة للقواعد القانونية، بل إن على المفسر في نظر هؤلاء ألا يخرج عن النصوص التشريعية مهما بلغت درجة غموضها أو لبسها.

من هنا إذن، يتبين أن موقف فقهاء أواسط القرن التاسع عشر بفرنسا يستبعد كل القوى الأخرى الخالقة للقواعد القانونية، بل إن على المفسر في نظر هؤلاء ألا يخرج عن النصوص التشريعية مهما بلغت درجة غموضها أو لبسها.

وفي هذا الصدد يقول دومولومب Demolombe (1):

== ويؤكد هوك Huc نفس الرأي وإن بصياغة مخالفة :

"Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution" Commentaire du code civil, T1, 1892, P.165.

وانظر بهذا الخصوص من المراجع الحديثة :

-Laurent: Principes de droit civil français, Bruxelles, Paris T6. 1871, 2e éd. et T32 1878. 2e éd.

-Démolombe et Guillaumard. Cours de code Napoléon Durant et Hachette, Paris T1 1869, T2.1870, T79,1870, 4e éd. et T10, 1870.

-Demante, cours analytique du code civil français, T2 Plon Nourrit 1853.

-Aubry et Rau, Cours de droit civil Français d'après la méthode de Zachariae. Librairie Techni T17e éd 1964.

-Ch. Beudant, cours de droit civil français, 2e éd. publié par Beudant et P Lerbours-Digeonnière-Rousseau. T1 .1934.

-Huc Théo, commentaire théorique et pratique du code civil, Pichon T4, 1893 et T14. 1902, Op.cit.

(1) Cours de code Napoléon, préface, P.4.

تطور، إذ تم استعاضة الاتفاق الضمني للأفراد بإرادة المشرع الضمنية، فيكون بذلك التشريع تعبيراً صريحاً من المشرع عن إرادته، ويضحي العرف تعبيراً ضمنياً عنها، ويظهر أن كلا التفسيرين لا يخرج عن ربط وإقران وجود العرف بالتشريع.

وقد انتشر هذا الرأي انتشاراً واسعاً في القرن الثامن عشر عندما برزت الأنظمة الملكية المطلقة التي كان يعتقد في ظلها أن الملك هو الشخص القوي الذي بإرادته الضمنية تنشأ الأعراف (1). وغني عن البيان أن هذا التفسير مرفوض منطقاً وعقلاً (2) و(3).

- المدرسة التاريخية

ظهرت هذه المدرسة بألمانيا بزعامة الفقيه الكبير الألماني سافيني Savigny والفقهاء بوشتا Puchta وهوج Huge، وموسير Moser، وهي في طريقة تحليلها

(1) Vallette, du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit actuel, Op.cit, P.98.

-A. Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne, thèse Caen, 1932.

(2) وسنعمل في الفقرة الثانية من هذا المطلب على تقدير هذا التفسير وباقي الاتجاهات الأخرى التي تطرقت لدراسة العرف كمصدر للقانون.

(3) ومع ما قد يكتنف هذه المدرسة من خلل، وعلى الرغم من الانتقادات التي قد توجه لها، فإنها تقدم فائدتين للدراسات القانونية، أولاهما، القضاء على التحكم من طرف المفسر سواء كان قاضياً أو فقيهاً، وثانيتهما، أن الطابع الذي تتميز به هو الطابع العلمي البحث، الأمر الذي سيساعد لا محالة على تطوير البحث العلمي، بارساء قواعد دقيقة وشديدة الصرامة لممارسته. لمزيد من التفصيل في إجابيات المدرسة التقليدية راجع :

-Raymond Saleilles, Préface de l'ouvrage de François Gény, Méthode d'interprétation et source en droit positif, Op.cit, P.6.

لمصادر القانون لا تنقيد بالنصوص التشريعية ولا تبحث عن نية المشرع، وإنما تقوم بتقصي واستقراء التطور التاريخي الذي يعرفه المجتمع لإبراز فكرة مفادها أن نشوء القانون لا يتم فقط بناء على النصوص التشريعية، لكن قد ينشأ من عوامل أخرى خارجة عن هذه النصوص كالعرف، والفقه، والقضاء. ويعد هذا في حد ذاته فتحاً كبيراً، إذ بفضل هذه المدرسة تم فتح الباب أمام العرف لتأكيد الدور الفعال الذي يضطلع به كعامل منشئ للقواعد القانونية.

أما عن التفسير الذي قدمته لأساس الزام العرف، فإنبنى على انقاض ما وجه إلى المدرسة التقليدية من مأخذ وأبرزها كما هو معلوم فك التواصل القائم بين المجتمع والقانون (1).

وتذهب المدرسة التاريخية - وبقناعة واقتناع كبيرين - إلى أن القانون ليس إبداعاً مصطنعاً من العقل البشري، وإنما هو نتاج طبيعي للتطورات كما هو الحال بالنسبة للآداب، والأخلاق واللغة.

وتقترح بديلاً يتجسد في ما أسمته بالضمير الجماعي، الذي يعد وحدة موحدة لا تنفك أبداً (2)، فإذا كان التشريع ينشأ بفعل تدخل جهات مختصة تلتزم بقيود شكلية وإجراءات مستعصية لا تمت إلى المجتمع بصلة، فإن العرف على العكس من ذلك يعكس الحياة الاجتماعية، ويعد مرآة لحاجيات الأفراد لأنه ينبع من ضمير الجماعة الموحدة.

ونتيجة لهذا الاقتراح لا يصبح العرف في مرتبة التشريع فحسب، بل يتقدمه

(1) Lebrun, La coutume, Op.cit, P.222.

(2) Savigny, Traité de droit romain, traduction par Guenoux, T1, 1840. Parag VII-VIII, P.14-21.

ويعطو عليه، لأنه معبر عن ضمير الجماعة بأكملها، أما التشريع فلا يعكس إلا مصالح الجهة التي أنشأته والتي غالباً ما تكون هي الفئة الماسكة بزمام الأمور داخل المجتمع.

ورغم أطروحتها الجديدة، تعرضت المدرسة التاريخية لانتقادات لازعة انصبت بشكل كبير على الأساس الذي قامت عليه، إذ من المستحيل تصور وجود ضمير جماعي موحد ومتماسك، هذا إلى جانب غموض هذا المفهوم، وعجزه عن إنشاء القانون وتطويره.

ب- المدرسة العلمية

رفض رواد هذه المدرسة التحليل الذي قدمته المدرستان التقليدية والتاريخية بشأن أساس القوة الملزمة للعرف الأولي لمباغتتها في الاعتناء بالتشريع والثانية، لغموض الأساس الذي قامت عليه، فقدّموا (الرواد) بديلاً عن هذين التحليلين، فماهوا هذا البديل؟ وكيف يرى رواد المدرسة العلمية إلزام العرف؟

من مؤسسي هذه المدرسة الفقهية فرانسوا جيني الذي انتقد تحليلي المدرستين التقليدية والتاريخية، والذي أكد أن إلزام العرف لا يرجع إلى الإرادة الضمنية للمشرع، ولا إلى الضمير الجماعي، وإنما إلى المعنيين بالعرف أنفسهم.

يقول جيني :

"المهم أساساً لتمييز العادة التي تساهم في تكوين العرف أن تتكون وتتأكد نون معارضة شديدة ممن لهم الحق في معارضتها ...

وبهذا، كي تصبح العادة عرفاً، يجب أن تصطبغ لدى من يمارسونها بطابع الحق بصورة أخرى أن تكون الأعمال المكونة لها مقرونة في أذهان هؤلاء بجزاء

اجتماعي فعلي" (1).

ويؤكد جيني أن العنصر النفسي ليس إلا مسألة بسيطة، إذ يرتبط مباشرة بالعادة، وهو ما يعرف لدى من يمارسها بالشعور الذي يمكن لهذه القاعدة غير المعبر عنها، والتي تعد في نظره قاعدة قانونية ملزمة (2).

ومع أنه قد يفهم من كلام هذا الفقيه أن إلزام العرف يرجع إلى احترام الأفراد للعادة التي ينتجها، وشعورهم بإلزامها، لكن جيني نفسه يفتح المجال أمام القضاء ليتدخل في تكوين العرف، وإن كان في قرارة نفسه يرفض أن يكون القضاء منشئاً للقواعد القانونية العرفية (3).

وفي نظره كذلك، لا يلعب العرف دوراً هاماً في الحياة القانونية الحالية (4).

(1) Gény, Op.cit, N.111, P.284.

(2) Gény, Ibid.

-Boistel, Etude de droit maritime dans Revue générale du droit 1879, P.167.

-Marcel Mornet: Du rôle et droits de la jurisprudence en matière civile, thèse d'Etat, Paris 1904.

(3) وقد كتب جيني في هذا الشأن :

"On a pu soutenir sur la foi de textes équivoques que la vraie coutume juridique ne pouvait résulter que des décisions judiciaires ...

Conclure que les jugements sont indispensables à la formation même du droit coutumier, n'irait à rien moins qu'à prétendre fixer en une forme unique et rigide l'usage créateur de la coutume.

Il y a plus: Ce serait en méconnaître l'essence, l'usage impliquant, avant tout et en lui même des actes volontaires des intéressés, tandis que les jugements actes émanés de l'autorité publique, pourront sans doute préparer les pratiques coutumières auront surtout le mérite de les colorer, mais ne saurait en aucun cas ni le constituer ni le remplacer" Op.cit, N.119, P.314.

(4) يجب ربط عبارة "الحياة القانونية الحالية" بتاريخ كتابة مؤلف جيني الذي يرجع إلى بدايات القرن العشرين.

لأن العديد من العادات لا يرقى إلى مستوى الاعراف الملزمة لافتقاده العنصر النفسي والأمثلة على ذلك كثيرة ولا تقع تحت حصر. غير أنه يؤكد أن العادات المذكورة رغم افتقارها للعنصر المعنوي، يمكن أن تصبح مماثلة للاعراف القانونية متى عززتها العادات القضائية، أو رأي فقهي واضح وصريح. ويظهر أن جيني وأزى بين القضاء والفقه في خلق القواعد العرفية، لكن الحقيقة أنه يقدم القضاء ويجعله وحده القوة الخالقة للعرف (1).

ومن جهته يرى لامبير (2) أن إلزام العرف لا يكمن في الإرادة الضمنية للمشرع، ولا في الضمير الجماعي، بل يرجع إلى الافراد الذين يمارسونه لكن بعد أن يصبح محل اعتداد قضائي طبعاً.

فالعرف عند لامبير ليس نتاجاً أعمى ولا نشاطاً فطرياً غير معقول، بل ينشأ من جهود يومية متكررة يقوم بها المتمرسون بهدف الاستجابة لمصالح عملائهم، هذه الجهود المتضاربة والمتباينة تصطبغ في الأخير بالطابع القانوني لكن بعد أن يتبناها القضاء، والنتيجة التي يتوصل إليها لامبير إذن، أنه لا وجود لعرف خارج دائرة القضاء، فهو مرتبط وجوداً وعدماً به، وهذا يعني أن العادة مهما طالت مدتها تبقى غير مجدية، فهي دليل وجود فقط، أما القاعدة القانونية

(1) ويظهر ذلك بوضوح إذا ما اطلعنا على بعض ما جاء في مؤلفه :

"A défaut des anciennes causes de la coutume aujourd'hui disparues, n'avons nous pas ... comme source génératrice et toujours agissante d'une semblable coutume, une forte et solide jurisprudence, dominant la pratique déterminant l'opinion juridique des intéressés capable de former à côté de la loi et pour la compléter, un courant puissant de création juridique, j'ai déjà laissé entendre que par la seulement pouvait pratiquement se constituer à l'heure actuelle, un droit coutumier vraiment important" Gény, Op.cit, N.120, P.322.

(2) Ed. Lambert, La fonction du droit civil comparé; cité par Léonce Vallette, du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif actuel, Op.cit, P.138 et S.

فمقتربة بالعمل القضائي (1).

وينوه فاليت Valette (2) بمفهوم العرف لدى لامبير، فهو حي وخصب خلافاً للمفهوم الروماني، الكنسي، إذ من موجودات جهود تفكير عميقة وواعية ينشأ العرف بفضل القرارات القضائية، وبفضل السلطة التي تجعل القانون ينتصر ويفرض على كل الافراد بما في ذلك الذين يعترضون عليه.

فليست العادة التي يضاف إليها الشعور بالإلزام - على الرغم من صعوبة واستحالة تحديد هذين المفهومين - هي التي تكون العرف، وإنما الإرادة الحرة المعقولة لكل أولئك الذين يناضلون - بصورة من الصور - من أجل القانون (3).

يتبين إذن أن الجديد الذي أتت به المدرسة العلمية بمختلف أقطابها يكمن في إعطاء القضاء دوراً ريادياً في خلق القواعد القانونية خلافاً للمدرستين التقليدية والتاريخية اللتي نظرتا للعرف دون استعانة بالقضاء.

(1) Cité par Valette, Op.cit; P.139.

(2) Valette, Op.cit, P. 143.

(3) وببالغ البعض في اعتبار القضاء هو القانون العرفي في حد ذاته، وليس مصدراً خالفاً للعرف فحسب، فقد جاء على لسان الفقيه بارتان :Bartin

"Il est donc faux que la codification arrête l'évolution du droit ... l'évolution du droit est un phénomène universel dont les conditions et le caractère varient seulement suivant qu'elle se produit sous un régime de codification ou en dehors de la codification.

Dans l'un et l'autre cas, on peut dire, et on dit avec raison que le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète, il participe réellement à la confection de la loi civile. Dans ces conditions, il y a une histoire possible de la jurisprudence et des institutions qu'elle fait mouvoir" Bartin, Etudes sur le régime dotal. Lille 1892 préface P.4-5.

-Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 13e éd. 1904 N.11, P.5.

== ويؤكد الفقيه بيكار Picard وبذوق من الجرأة، نفس الموقف :

الفقرة الثانية : تقدير موقفه الفقه من العرف

لاشك أن للنظريات الفقهية التي تصدرت للبحث في العرف عدة فوائد أهمها بالنسبة للاتجاه التشريعي الصحت على الالتزام بقواعد البحث العلمي الأصيلة، وبالنسبة للاتجاه الاجتماعي ربط القانون بالمجتمع الذي ينشأ منه ويطبق فيه (1).

ومع ذلك فإن هذه النظريات لا تخلو من مواطن للخلل ومكان للضعف سيكون هذا الفرع رسدا لها من خلال نقطتيه الآتيتين :

* التمييز بين العرف والعادة (2)

إن التمييز الذي قام به الاتجاه التشريعي بين العرف والعادة نابع من موقفه العام من مصادر القاعدة القانونية، فهو مستقر وثابت على أن التشريع هو المصدر

"Toute jurisprudence est donc, en réalité, fût ce dans une proportion infinité ... == productive du droit, et non pas seulement interprétative.

tranquille des Les juges et les auteurs font qu'ils l'ignorent ou le discernent, la guerre juristes contre les lois qui ne sont plus en équation avec l'époque.

-La jurisprudence se greffant ainsi sur la loi dans la vaste et ininterrompue pratique des tribunaux, apparaît comme une sorte de nouveau droit coutumier à allure modernisée".

Ed. Picard, Le droit pur, les permanences juridiques abstraites. Bruxelles 1899, P.198-199.

(1) عن الفوائد التي قدمتها هذه النظريات في هذا الإطار راجع :

-Raymon Saleilles, Préface de l'ouvrage de François Gény, Op.cit, P.4.

(2) قد يلاحظ أننا لن نتناول الاتجاه السوسيولوجي في هذه النقطة، والواقع أن ذلك يرتد إلى أن هذا الاتجاه لم يقع في المآخذ التي طالت الاتجاه التشريعي في تحليله، لأنه في نظره - الاتجاه الاجتماعي - لا فرق بين العرف والعادة، فالعادة ذات بعد اجتماعي، أما العرف فهو ذو بعد قانوني.

الوحيد للقانون (1) على القاضي أن يبحث عن الحل فيه ولو مع غموضه وليس، لكن يتعين أن يبحث ويفسر هذا النص الغامض وفقا لنية المشرع وقصده (2) رغم أن تقصيصها أمر صعب، فكيف حل رواد المدرسة التقليدية - التي تعد رائد الاتجاه المذكور - هذا الإشكال ؟

للتحقق من نية المشرع عمد رواد المدرسة التقليدية إلى إدخال بعض العوامل المساعدة على ذلك، شأن الأعمال التحضيرية للتشريع، والعادة التاريخية Tradition Historique والعرف الذي يبحث فيه فقط في إطار الفضول الفلسفي وقواعد العدالة، لكن ليس كمصدر حتمي للتفسير، وإنما بهدف الاعتراف باعتبار العدالة والمنفعة التي تدفع واضعي التشريع إلى إصدار القوانين فحسب (3)، والمبادئ العامة للقوانين، وإن كانت هذه المبادئ تؤخذ في حدود التشريع وأهدافه لا غير.

(1) Demolombe, Cour de codé civil, Op.cit, N.810.

بل إن بعض القهاء المنتمين لهذا الاتجاه يؤمنون بنفس الفكرة حتى في المجال الإداري على الرغم من أن القانون الإداري ذو طابع قضائي كما هو معلوم، يقول ميشو :
"Notre droit public comme notre droit privé est un jus scriptum. Il n'appartient pas à l'interprète de tirer d'une simple analyse philosophique des rapports sociaux le principe d'une condamnation à pronocer contre l'Etat, sans doute, il faut se garder d'entendre dans un sens trop strict la nécessité d'un texte comme base d'obligation juridique. Outre, le droit coutumier a encore un domaine restreint qui lui est réservé par les lois elles-mêmes, il peut certainement réciter de l'ensemble des textes un principe juridique qui n'y sera exprimé d'une manière formelle qu'il appartiendra à l'interprète de dégager, et qui aura la même valeur qu'une règle textuellement écrite dans la loi".
-Michoud, la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, dans revue du droit public 1895, 2e T.IV, P.273-274.

(2) Laurent, Principes de droit civil, Tome 1, 1869, N.273, P.247-342.

(3) Dissertation de J.B. Sirey, l'interprétation des lois, Recueil général des lois et arrêts II, 1842, P.19.

سار عليها الافراد مدة زمنية فتولد لديهم الشعور بالزامها(1).

وبذلك يكون العرف عادة توافرت فيه مجموعة من الشروط أهمها القدم، والثبات، والعموم، انتقلت من مجرد واقع إلى قاعدة قانونية بفضل عنصر يضاف إلى هذه الشروط وهو العنصر النفسي أو المعنوي المتمثل في الشعور والاعتقاد بالزام تلك العادة أو ذلك السلوك.

أما العادة Usage فهي مجرد سلوك أو واقع لا يتمتع بالإلزام ويبقى مستبعدا ما لم يكن مؤيدا بالشعور بالزامه، أو محالا عليه من طرف الشرع فيصبح ذا طابع ملزم.

وإلى جانب كل من العرف والعادة يوجد مفهوم آخر كثير الانتشار والشيوع على الرغم من أنه لا يوظف بنفس المعنى في جميع الكتابات، وهو القانون العرفي، فتارة يستعمل على أنه جميع القواعد القانونية التي تنشأ خارج إطار التشريع(2) وتارة يقصد به مجموع الاعراف المنتشرة هنا وهناك، بل إنه العرف ذاته في بعض الكتابات(3).

(1) Gérard Teboul, Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative, librairie générale de droit et de jurisprudence (L-G-D-J) E-JA Paris 1989, N. 4 P.6.

(2) Brocher de la Flèche, le droit coutumier et la philosophie du droit, dans revue de droit international et de législation comparée 1877n P.578-583.

-Beudant, cours de droit civil français, introduction, 1896 N.54, P.61-62.

-Lambard, Discours sur le code civil allemand, Op.cit, P.23-24.

-Lambert, Etudes de droit commun législatif, introduction, la fonction du droit civil comparé, Paris 1903.

(3) Planiol, Traité élémentaire du droit civil, Op.cit, N.11, P.5.

-Picard, Le droit pur, les permanences juridiques abstraites, Bruxelles, Op.cit, P. 198-199.

-Evelyn Serverin, Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçus en France (19 siècle et début du 20e siècle) dans Revue des études islamiques 1928, TII, P.135.

-Albert Guilhaire, La Brière dans le droit coutumier, thèse Rennes 1942.

-Michoud, la responsabilité de l'Etat, Op.cit, P.273.

==

وعند غياب الوضوح في النص التشريعي، يمكن اللجوء إلى طريقة أخرى - دائما حسب هذا الفريق - وهي اعتماد مفهوم المخالفة في النصوص - على الرغم من خطورة هذا المفهوم - أو استعمال القياس لايجاد الحلول للإشكالات المطروحة، إن كان، ولا يخفى أن عملية القياس هذه تعطي للنصوص التشريعية معنى أوسع ومرونة أكثر، لكن دائما في حدود هذه النصوص وليس خارجها.

غير أن هؤلاء وجدوا أنفسهم أمام إشكال كبير حينما عجزوا - وعجز التشريع معهم - عن حل بعض المسائل التي لانص فيها الأمر الذي دفعهم إلى التفكير في مصادر مكملة للتشريع.

وقد حددوا هذه المصادر في العرف الذي يعد قانونا غير مكتوب، يقوم على القبول العام التابع من الضمير القانوني الجماعي للأفراد الذي يترجم بالنسبة لكل أمة بواسطة العادات المعترف بها والمقبولة، وبواسطة العادات بجميع صورها وعن طريق الفقه والسوابق القضائية(1).

انطلاقا إذن مما سبق يحق التساؤل عن الكيفية التي يرى بها أنصار الاتجاه التشريعي العرف، وعن الفرق بينه وبين العادة، وعن الفرق بينهما وبين مفهوم القانون العرفي.

يعرف أغلب فقهاء هذا الاتجاه العرف بأنه قانون غير مكتوب(2) أو عادة

(1) P. Lambard, Discours sur le code civile allemand, Op.cit, P.23-24.

(2) Laurent Merchurs, Discours d'ouverture du colloque organisé par le centre d'histoire et d'éthnologie juridique sous la direction de John Gillisen, Op.cit, P.10.

-Ferrière, Dictionnaire de droit de la pratique ed 1769, Op.cit.

وليس يخفى عيب هذا التعريف، لأنه يفتح المجال أمام المبادئ العامة للقانون وباقي القواعد الأخرى كقواعد الجاملات والآداب.

يتبين مما سبق أن مناصري الاتجاه التشريعي يميزون وبشكل قوي بين العرف والعادة، فإلى أي حد يمكن التسليم بهذا التمييز؟ وهل كان هؤلاء على صواب في القول به؟

ستكون الإجابة - وفي نظرنا المتواضع بالنفي والسلب، فالتمييز غير سليم، ولا يعدو كونه هروبا من واقع طالما فرض نفسه على أنصار هذا الاتجاه. وتقوم وجهة نظرنا على عدة اعتبارات تبين فعلا هشاشة التمييز المشار إليه هي :

1- تأثر الانجاز التشريعي بالإطار العام الذي يبحث من خلاله في مصادر القانون لما كان التشريع المصدر الوحيد الذي يخلق القواعد القانونية، فإن البحث في

ونجد نفس المفهوم في بعض الكتابات التي ترجع إلى عهد الحماية بالنسبة للمغرب وبعض البلدان الأفريقية.

-Ben Daoud, Recueil du droit coutumier de Massat, exemplaire des Ida ou Mout dans Hesperis 1924 T4, P. 405-439.

-Olwale Elias, La nature du droit coutumier africain; traduit par De Couflé et Dessau 1961 imprimerie M. Laballery Clamecy Nièvre.

-Marcel Morand, Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère-Ancienne maison Bastide- Jourdan- Jules Garbonet, Imprimerie de l'université Alger 1931.

-Stanislas Melone, Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. un bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique. L'exemple du Cameroun dans Etudes en droit contemporain, Revue international de droit comparé N.2, 1986, P.327-345.

وهناك من يختصر العبارة ويختزلها فقط في "العرفي" بدل القانون العرفي، انظر مثلا :

-Vincent-Mansour Monteil. Le coutumier de Ait Khebbach (Tafilalt marocain été 1940) dans Etudes et documents Berbères N.6, 1989, P.30-41.

-Coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française, Paris Ve. Larose Editeurs 1983.

ويمكن أن يحمل مفهوم القانون العرفي على أنه تلك الصوص التشريعية التي ترجع في أصلها إلى أعراف، كما حدث في كثير من الأنظمة القانونية حيث تم تدوينها وأصبحت تشريعا يمكن أن نطلق عليه القانون العرفي.

مصادر أخرى يضحى من قبيل العيث، غير أن قصور التشريع وعجزه عن مسايرة المستجدات والاستجابة لمتطلبات الافراد الجديدة بسبب بطئه، وفئوته- إذ يصدر عن فئة معينة في المجتمع وهي فئة الأعيان - أصبح يفرض إيجاد مصادر أخرى تضطلع بدور التلاؤم مع الظروف الحياتية الجديدة، ولن يكون رائد هذه المصادر سوى العرف المتميز بمرونته وقدرته على مواكبة كل الحاجيات الاجتماعية المستحدثة(1).

غير أنه مع ذلك، لم يكن بحث الاتجاه التشريعي في العرف بنفس المستوى الذي يتم بالنسبة للتشريع، إذ يبقى هذا الأخير دائما محتلا المكانة الأولى، بل والوحيدة، لأنه وإن سمح للعرف بإكمال التشريع فذلك لا على سبيل الاستقلال وإنما بصورة تبعية للتشريع، فما كان العرف قط مصدرا قانونيا مستقلا.

ويظهر ذلك بكل جلاء ووضوح في مقارعة العرف والتشريع، فلا يمكن للعرف أن يلغي ولا أن ينزل منزلة التشريع، وهذا ما أكدته موقف كل من القضاء والفقه.

فعلى مستوى القضاء لم تتردد الأحكام والقرارات القضائية بفرنسا ومنذ

(1) لأخذ فكرة عن مزايا كل من التشريع والعرف راجع كتب النظرية العامة للقانون.

وانظر بالخصوص المراجع التالية :

-J.M. Carbasse, Contribution à l'étude du processus coutumier, la coutume en droit privé jusqu'à la révolution. In droits N.3, 1986, P.25-37.

-J. Vanderlinden, La coutume dans le droit français et pays coutumiers au 16e-17e et 18e siècles, dans la société Jean Bodin, Bruxelles T.L. II, 1990, P.271-293.

-J. Poumarède, Coutume et droit écrit, in dictionnaire de l'ancien régime (sous la direction de L.Bely). Paris PUF -1996.

-Mohamed Tozy, Droit, à propos de quelques cas de production indigène du droit dans lamalif N. 199 Mai 1988, P.25-28.

- الإحالة المباشرة :

يمكن أن تكون الإحالة المباشرة صريحة ويمكن أن تتم بصورة ضمنية فقط، فالتفويض المباشر الصريح هو الذي يقوم فيه المشرع صراحة بالإحالة على العادات أو على الأعراف، كما هو الشأن بالنسبة للفصول 645 و663 و671 من القانون المدني الفرنسي، التي تحيل على العادات المحلية في استعمال المياه وتحديد المسافة التي يجب احترامها عند الغرس أو البناء، كما يحيل الفصل 1648 من ذات القانون على العادات المحلية في الأجال التي يجب الالتزام بها متى أريد التقدم بدعوى ضمان خاصة بالعيوب الخفية في الشيء المبيع، وكل هذه العادات تتمتع طبعاً بالطابع الملزم (1).

ونجد نفس الموقف في قانوننا المغربي، إذ يحيل التشريع في كثير من الفصول على العادات والأعراف، نذكر على سبيل المثال لا الحصر الفصول 504 و510 و511 و549 و615 و642 و680 و689 و732 و790 و841 و907 و913 و942 من قانون الالتزامات والعقود، والفصول 46 و60 و73 إلى 75 و86 و133 و136 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة (2).

أما التفويض الضمني فيكون له محل حينما يحيل المشرع ضمناً على العادة أو العرف، بإلزام المكلف بتسيير شؤون القاصر مثلاً بالقيام بما يقوم به

عهد بعيد في تأكيد سمو التشريع، وعدم جواز تجاوز العرف لمكانته المسطرة له مسبقاً (1).

أما على مستوى الفقه، فالأمر لا يختلف، إذ رفضت الأغلبية أن يلغي العرف التشريع بصورة مطلقة (2). يبقى فقط أن نقوم بالبحث في موقف هذا الفقه من مكانة الأعراف والعادات في الحالة التي يغيب فيها النص التشريعي.

- بالنسبة للحالات الأولى :

يمكن اعتبار العادات أو الأعراف قواعد قانونية متى كانت محل إحالة تشريعية، وهذا موقف يرجع في الحقيقة إلى عهود تاريخية بعيدة، حينما كانت الملكيات مطلقة، إذ لم يكن يعتد بأي عرف أو أية عادة مالم يوافق عليها الملك وهي فكرة تم اعتمادها كنتيجة للعلو المطلق للتشريع حتى بعد الثورة على هذه الملكيات. ومن هناك تعتبر العادات والأعراف قواعد قانونية مادامت معززة بالإحالة التشريعية التي يمكن أن تكون مباشرة وإما غير مباشرة.

(1) Cass-Ch réunies 31 Janv 1901 D.P. 1901-1-169.

-Cass -Crim - 4 Janvier 1917 D.P. 1922, 55 voir à propos de ces arrêts:

-Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, traité de droit civil, Op.cit, N.504, P.402.

-Civ 12 Mai 1903.

-Civ 11 Juillet 1897.

-Civ. 14 Juin 1899.

-Civ 4 Nov. 1918.

-Civ. 29 Oct 1929; cité par Auguste, Lebrun, La coutume, Op.cit, N.7, P.4.

(2) عن هذا الموقف راجع مثلاً :

-Mailher de Chassat, Traité de l'interprétation des lois, Op.cit.

-G. Deliste, De l'interprétation juridique. Op.cit.

-CH. Brocher, Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, Op.cit.

-Demolombe, Cour de code Napoléon. Op.cit, P.4.

-Lombart, Discours sur le code civil Allemand, Op.cit. P.24.

(1) Cass. civ. 10 Janvier 1928 -D.P.- 1929 -1-126.

-Trib civ Seine 4 Nov. 1942 Cités par Ghestin et Goubeaux, Op.cit, N.494, P.396 note N. (1).

(2) وسنعود لاحقاً للتفصيل في دراسة هذه الفصول وذلك حين ننكب على دراسة واقع العرف في القانون المغربي في الباب الثاني من هذه الدراسة.

الأب بالنسبة لأموال أبنائه، إذ يجب أن يكون حريصا في تصرفاته وأن يكون مثالا يقتدي به في الحفاظ على أموال هذا القاصر، كما لو أحال المشرع على احترام الآداب الحميدة والأخلاق الفاضلة، فهذه إحالة ضمنية على الأعراف والعادات لأنه لا يتصور وجود فاصل أو قطيعة بين الأعراف والآداب الحميدة.

- الإحالة غير المباشرة

وتنصب هذه الإحالة على العادات الاتفاقية، إذ غالبا ما تضطلع بدور القواعد المكملية، وتجدر الإشارة إلى أن الإحالة غير المباشرة هي الأكثر انتشارا في التشريعات الحديثة، وتتعلق أساسا بالعقود التي تنشأ بين الأفراد من بيع وكراء ورهن ووكالة إلى غيرها من الاتفاقات والالتزامات.

- بالنسبة للحالة الثانية

إذا لم يحل المشرع على العرف أو العادة فلامجال للاعتداد بهما في النطاق المدني، وهذا هو رأي أغلبية الفقهاء، إذ لا بد في نظرهم من تدخل المشرع حتى يتمتع العرف والعادة بالطابع القانوني الملزم.

من كل ما سبق يظهر أن فقهاء الاتجاه التشريعي لا يؤمنون للعرف بمكانة مستقلة كمصدر للقانون، وإذا كانوا قد بحثوا فيه كمصدر مكمل وتابع للتشريع فما ذلك إلا بسبب ضغط الحياة الاجتماعية التي تجعل التشريع يوما بعد يوم عاجزا عن تلبية ومسايرة متطلبات الحياة الاجتماعية المتطورة بشكل شديد الاطراد.

ب- شروط الاعتداد بالعادة كركن مادي للعرف

لم يكن فقهاء الاتجاه التشريعي ليقبلوا بكل ما يوجد في المجتمع من تقاليد

وعادات كركن مادي مالم تتوفر هذه العادات علم، بعض الشروط المتمثلة في القدم والثبات أو الاستقرار، والاستمرارية والعموم، إلى جانب عدم مخالفتها للنظام العام.

وبغض النظر عن الاختلاف الذي دب إلى مواقف هؤلاء الفقهاء بشأن جانب من هذه الشروط (1) فإنهم برفضهم واستلزامهم لها، ويستبعدون عددا كبيرا من العادات من جهة، ويميزون بين العادات والأعراف من جهة ثانية.

والحقيقة أنه بالتعمق في الشروط التي تطلبها الاتجاه التشريعي في العادة يظهر أنه يعكس أولا رفضه غير المباشر للعرف كمصدر للقانون مادام ينشأ من هذه العادة نفسها، ويجعل ثانيا التمييز بين العادة والعرف دون فائدة تذكر.

فأما من جهة الرفض غير المباشر للعرف فيتم من خلال صعوبة توافر هذه الشروط في العادة، لسبب رئيسي يكمن في عدم تحديد هؤلاء المقصود بها. فالقدم قد يحتل زمنا طويلا أو زمنا قصيرا، والثبات والاستمرارية يحتل أن يتما دون انقطاع، كما يمكن أن يكونا منقطعين انقطاعا يسيرا بين الفينة والأخرى دون أن يؤثر ذلك على الاستمرارية. والعموم يحتل أن يكون على نطاق واسع يشمل كل أو جل الجماعات المكونة لبلد ما، وقد يكون على نطاق ضيق يقتصر على بعض الجماعات أو على جماعة واحدة فحسب.

(1) انظر بشأن هذا الاختلاف:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري وحشمت أبو ستيت، أبحاث في أصول القوانين، العرف كمصدر من مصادر القانون المقال السابق، ص. 478.

- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، رجع سابق، ص. 478.
- François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Op.cit, N.110, P.280.

والهدف من هذا الإبهام وعدم الدقة والمرونة السلبيية في وضع هذه الشروط إنما يرمي - وعن قصد - إلى تعجيز من يتمسك بوجود العادة والعرف على إثبات ذلك، وإلى فتح الباب على مصراعيه للمفسر سواء كان فقيها أو قاضيا ليرفض كل عادة لم يقتنع باستجماعها لكل الشروط المطلوبة على الرغم من أنها واقعا عادة ملزمة تقوم مقام التشريع ذاته.

وخير دليل على استبعاد العرف بصورة غير مباشرة هو أن القول الفصل في القبول بعادة أو عرف يرجع للقاضي، فله أن يقرر أن عادة ما تعد فعلا مستوفية لكل الشروط وقادرة على الانتقال إلى مرحلة الإلزام القانوني بعد الشعور بذلك من طرف من يمارسونها، أو أن يرفض عادة - ولو مع توافرها على ما يلزم من شروط - بعلّة أن قناعته لم تستقر على قبولها.

ولا يخفى ما في هذا من تحكم ومصادرة للطابع القانوني والاجتماعي للعادة، فكيف يقبل القاضي عادة ويرفض أخرى مع أنهما تتوافران على نفس المقومات؟

لن تفسر الإجابة إلا بكون أتباع وأنصار الاتجاه التشريعي أرادوا التخلص من العرف ومن كل مصدر سولت له نفسه أن يضاهي التشريع - وهو المصدر الوحيد للقواعد القانونية عندهم - في تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع، فالقاضي الذي منحوه هذه السلطة لن يكون إلا تابعا لهم لغلبة اتجاههم وانتشاره الواسع بسبب ازدهار التدوين والتشريع.

فالعرف إذن مصدر قانوني فرض على هؤلاء فرضا ولم يجدوا بدا من الرجوع إليه، لكنهم - وأمام تعنتهم وإصرارهم على أولوية التشريع - عمدوا إلى حيل قانونية تخفي حقيقة موقفهم من هذا المصدر الذي كان المصدر الرئيسي في ما مضى من الزمن، والذي يحيى في هذه السنين الأخيرة بعد استبعاده من طرف التشريع، بفضل الدراسات الاجتماعية التي تعرف انتشارا يوما عن يوم.

إما بالنسبة لعدم جدوى التمييز بين العرف والعادة فيمكن أساسا من خلال صعوبة تحديد الوقت الذي تنتقل فيه العادة من واقع إلى قاعدة قانونية عرفية، فمن المسائل التي عجز أصحاب هذا الاتجاه عنها، تعيين الوقت الذي يقع فيه هذا الانتقال، لذلك، ومرة أخرى، تركوا الأمر للقاضي الذي له أن يقبل هذا الانتقال أو يرفضه، بمعنى أن العادة التي يرى فيها القاضي قاعدة قانونية سمح لها بالانتقال، أما التي لم يقتنع، لظروف ما قد تكون أحيانا شخصية بإمكانية انتقالها رفض أن تصبح قاعدة ملزمة.

ففضلا عن التحكم والمصادرة السابق ذكرهما، يظهر أن لا أهمية للتمييز بين العرف والعادة مادام القاضي هو المعيار الذي يميز بينهما، أما من حيث الواقع فالعادة والعرف مسألة واحدة، لأن العادة التي يعتبرها قاض عرفا قد تكون في نظر آخر عكس ذلك، أو لربما قبل قاعدة أخرى رفضها القاضي الأول وهكذا دواليك.

خلاصة القول، إن العرف والعادة يبقيان مسألة واحدة ما لم يتدخل القاضي للفصل بينهما، وهذا ما يعد مرفوضا تماما، فالقاضي إنسان، ولا مرء في أن المعايير الشخصية تختلف من شخص لآخر، لذلك كان الأولى أن يضع هؤلاء معيارا موضوعيا يظهر فيه التمييز بوضوح بين المفهومين ولو أن البعض قد يرى

في التعريفين اللذين وضعوهما للعرف والعادة ينمان عن هذا المعيار لكن الحقيقة غير ذلك كما تبين مما سبق.

ج- العادة التجارية

من المسائل التي تعزز عدم جدوى التمييز بين العادة والعرف، الذي طالما دافع عنه مناصرو الاتجاه التشريعي، العادة التجارية⁽¹⁾.

فالعادة التجارية كالعادة المدنية مجرد سلوك يستقر التجار على اتباعه مدة زمنية معينة دون توافر عنصر الإلزام الذي يتميز به العرف.

ومع أن العادة التجارية مجرد سلوك أو واقع، إلا أنها تعتبر مصدرا قانونيا يحكم العلاقات التي تنشأ بين التجار، ولو أنها تفتقد إلى العنصر المعنوي الذي ارتكز إليه هؤلاء الفقهاء لتمييز العرف عن العادة، وهذا ما يطرح تساؤلا مشروعا

(1) انظر بشأن دور العادة في تنظيم العلاقات التجارية :

- Ch. Lyon -Caen et L. Renault, Traité de droit commercial T1, 3e, éd 1898, N. 77-85, P.78-85.
- Delamarre et le Poitvin, Traité de droit commercial T1, 1861, N.26-27, P.54-61.
- Boistel, Revue de droit commercial, 4e éd. 1980, N.21-23, P.13-17.
- Thaller, Traité élémentaire de droit commercial 1898, N. 43, P.43 et S.
- Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, Droit Commercial, 1er volume, 3e éd. Editions Montchrestien, Paris 1979, N.31, P.39 et S.
- Roger Houin et Bernard Bouloc, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome1, Bibliothèque de droit commercial, ed. Sirey, Paris 1976, P.3-19.
- Req du 20 Octobre 1920 et Civ 18 Juillet 1923, avec les observations de Michel, Pédamon dans l'ouvrage précité, P.3.
- Civ. 3e, 7 Juillet 1975 et Com Février 1953, avec les observations Pédamon, Op.cit, P.9-12.
- Com. 8 Octobre et Paris 3e ch, 1er Juillet 1970 avec les observations de Michel Pédamon, Op.cit, P.13-18.

على هؤلاء أن يجيبوا عنه، كيف تكون العادة في المادة المدنية مجرد سلوك غير ملزم، وفي المادة التجارية وينفس المقومات - قانونا ملزما على التجار الامتثال له؟

لن نجد هؤلاء جوابا غير كون العادة التجارية استثناء من القاعدة خصوصا وأن التشريعات نفسها تسمح بتطبيق العادة التجارية قبل التشريع المدني نفسه⁽¹⁾.

ومع ذلك نجد بعضا منهم لا زال يصبر على التمييز القائم بين العرف والعادة حتى في المسائل التجارية.

ففي نظر بيدامون Michel Pédamon ترتبط صعوبة مصطلح "العوادات" أولا بمعناه الذي يحتمل تأويلين، من جهة هو ما تعارف عليه الناس، ومن جهة

(1) انظر بهذا الشأن :

- François Gény, Op.cit, N. 112, P.284.
- Léonce Valette, Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif actuel, thèse d'Etat, Op.cit, P.153.

وفي هذا الإطار يقول الباحث المذكور :

"لأعلم في فرنسا نصا واحدا يسمح للتجار بخرق القواعد الدستورية، فكل القوانين لابد أن تصدر بواسطة المنتخبين. حقيقة أن المشرع الفرنسي تنازل من خلال الفصل الثاني من قانون 15 شتنبر 1807 عن امتيازاته في المادة التجارية، ومع ذلك يمكن إبداء الكثير من التحفظ أمام هذا الفصل الذي تمت صياغته بطريقة مبهمة، وفي نظر مجلس الدولة بتاريخ 13-22 دجنبر 1811 إذا سكت التشريع التجاري، على الحاكم أن يحكم وفقا للقواعد العامة والعادات التجارية، ومعلوم أن عدم إدخال العادات ضمن مجال القانون لا يمكن القول بإلزاميتها التشريعية، وهذا ما يؤدي إلى التشكيك في المسألة من أساسها، انظر مؤلفه المذكور، ص. 153.

أخرى يمثل الطابع النظري للقاعدة القانونية. والقانون التجاري يتجاهل هاتين المفارقتين النظرية والتطبيقية، أما القانون المدني فيحيل على العادات بمعناها التطبيقي في العديد من الفصول، ولانجد إحالة على العرف إلا في فصل واحد هو الفصل 593 من القانون المدني الفرنسي (1).

ويستند هذا الباحث لتبرير موقفه إلى قانون التجارة الألماني القديم 1861-1865 الذي يميز بين العرف والعادة، فالفصل الأول منه يجعل من بين مصادر القانون التجاري الأعراف، أما الفصل 279 فيحيل على العادات. وبهذا يمكن القول إن للعادة طابعا محددا، وواقعا متحركا، أما العرف فيتميز بكونه مجردا وعاما وجامدا (2).

يقول هذا الباحث (3) إنه يعود للقضاء أن يضيف على قاعدة غير تشريعية الطابع الملزم، ورغم أن دور القضاء في العادة هو غيره في العرف، فإن اعتماد العرف كقاعدة قانونية لا يستند إلى المبادئ العامة للقانون، ولكن إلى النظام الاجتماعي العفوي، وإلى التجربة، وإلى الواقع وذلك لتبرير أخذه بهذه القاعدة أو تلك.

وتدخل القضاء في هذا الإطار إما أن يعتمد على عادة قديمة سابقة فيجعلها عرفا وإما - وعند غياب العادة - باستعماله لسلطته الخاصة ينشئ القاعدة التي يحتاج إليها التجار والتجارة، وهذا يعني أن تمه نقطة لالتقاء العادة والعرف.

(1) Michel Pédamon, Ya t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, dans Revue Trimestrielle du droit commercial 1959, N.5, P.339.

(2) Ibidem, N.5, P.339.

(3) Pédamon, Op.cit, N.7, P.341.

-Pédamon (M) et (R) Houin, Droit commercial, précis Dalloz, 9ème éd. 1990, N.14. P.20 et S.

وفي غالب الأحيان تسبق العادة التجارية العرف، وإن كان من الناحية النظرية أن يحدث تغيير في طبيعة السلوك، فهو ينتقل من النظام الاجتماعي التلقائي إلى النظام القانوني، بمعنى أننا نهجر مجال الواقع لندخل ونلج مجال القانون.

والواقع أن التغيير يتم تصاعديا (1) تارة ببطء، وتارة بسرعة حسب الحالات. وهنا يدق أمر تحديد وقت التغيير، بمعنى وقت التفريق بين العادة والإرادة وإبعادها عن هذه الأخيرة لتصبح مستقلة وقائمة بذاتها، وأمام هذا الوضع يكون عمل القضاء شاقا لأنه في الغالب قد يؤدي إلى التحكم، لكن للحد من هذا التحكم يعتمد القضاء إلى إبعاد العادة عن إرادة الأطراف (2).

(1) بالنسبة لجيني يرجع التحول والانتقال من عادة اتفاقية إلى عرف تجاري إلى الطول التصاعدي لإرادة جماعية محل إرادات فردية منشئة لشعور عام بالإلزام القانوني، أما عن وقت حدوث هذا التغيير، فيقول جيني أن الأمر مقترن بتقدير السلوك تقديرا قويا ودقيقا، ويمكن القول إن هذا التغيير يحصل بكل سهولة بالنسبة للعادات التجارية، وهكذا أعتقد -يقول جيني- أن عادات البورصة والعادات المرتبطة بالحساب الجاري أعراف تجارية، أما في المجال المدني فالتغيير صعب التقدير لأنه يبقى مرتبطا بالطابع الفردي وباختلاف الإرادة الفردية.

Gény, Op.cit, N. 112, P.284-285.

(2) وهناك أمثلة عديدة فرق فيها القضاء بين العادة وإرادة الأطراف من ذلك :

- قرار 1 نوتبر 1888 الصادر عن محكمة النقض بشأن الحساب الجاري.

- وقرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض في 20 أكتوبر 1953 الذي جعل الاعتماد المستندي عملية عرفية مستقلة بذاتها.

- وقرار 28 أكتوبر 1903 الذي سمح بإنذار المدين التاجر برسالة عادية وليس برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

لمزيد من التوسع راجع :

Pédamon, Op.cit, N.19, P.347.

وعند غياب عادة سابقة يعتمد القضاء وفقا له من سلطة تقديرية في إنشاء القواعد العرفية التي تناسب حاجة التجارة ومصالح التجار، وقد قام بهذا الدور المحاكم القنصلية القريبة من عالم الأعمال والتجارة (1).

ويستطرد بيدامون Pédamon تأكيداً للتمييز بين العرف والعادة فيقول :

"إن أول ما يميز العادات عن الأعراف في القانون التجاري مسألة الرضى Consentement فقد جاء في قرار لل غرفة الاجتماعية لمحكمة النقض بتاريخ 3 يوليوز 1952 "في نطاق القانون البحري، تكتسي العادات المحلية قوة ملزمة مستهله من قيمة العرف وليس من الإرادة الضمنية، وحيث تلتزم إرادة الأفراد الضمنية بهذه العادات مادامت لم تنص عن استبعادها صراحة .. " بمعنى أن الأعراف تطبق مستقلة عن إرادة بل وعن علم الأطراف بها، وهذا هو الخلاف بين العرف والعادة" (2).

ومما يميز العرف عن العادة كذلك، أن العرف يمكنه أن يخالف قاعدة قانونية. أمرة أو نصا متعلقا بالنظام العام، أما العادة فباعتبارها مكمل للتعريع فلا يمكن بأي حال أن تخالف قواعده الأمرة (3).

(1) ومن ذلك القرينة العامة للتضامن التي أدخلت في القانون التجاري وحذف التسلسل المذكور، وقد مرت من مراحل ثلاث كلها ذات طابع قضائي، أولاها أنه يشترط للأخذ بها يكون الدين المتضامن شريكا (قرار 19 يوليوز 1590) برلمان باريس، والفصل 7 من 1673) وثانيها، أصبح سهلا افتراض وجود شركة (قرارات القرون 17 و 18 و 19)، ثالثها كرسها قرار 20 أكتوبر 1920 لمحكمة النقض جاء فيه :

"إن هذا التضامن يفسر بالنفع المشترك والموحد للدائن الذي يدفعه إلى إبرام العقد" وقد أصبحت هذه القرينة قاعدة تجارية بعد أن اقتنع بها الفقه بإجماع.

Pédamon, Op.cit, N.2, P.348-349.

(2) Pédamon, Op.cit, N.23, P.250.

(3) راجع ص. 16 وما بعدها من هذا العمل.

وعلى الرغم من أن الفرق يقوم بين العرف والعادة في نظر أغلب الفقه، فإننا نعتقد أنهما متقاربان إن لم نقل متطابقان في المفهوم وذلك لعدة اعتبارات منها (1):

- يلاحظ أن أغلب التشريعات تقرر اعتبار العادة والعرف أو أحدهما مصدرا قانونيا مستقلا للمادة التجارية، وهذا يعني أن العادة التي طالما أكد Pédamon على عدم قدرتها على مخالفة قواعد تشريعية أمرة، تخالف وينص تشريعي ذاته ، ولناخذ بعض الأمثلة التشريعية على ذلك.

تنص المادة الرابعة من قانون التجارة السوري على أنه:

"على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري ، أن يطبق العرف المتوطد، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضا مع النصوص التشريعية الإلزامية"، وتعليقا على هذه المادة يقول الأستاذ أحمد شكري السباعي (2).

"يلاحظ بعد التمعن في مضمون المادة أعلاه، أن التشريع السوري جعل

(1) ويلاحظ أن جوكلاو ايبوليتو Juglart et Ippolito لا يميزان نهائيا بين العرف والعادة.

راجع بهذا الصدد مؤلفهما :

Droit commercial, Op.cit, N.33, P.30-41.

وانظر كذلك في نفس المعنى :

-Georges Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 12eme ed (par René Roblot) 1986, N. 47, P.26 et S.

(2) أحمد شكري السباعي : الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن، الجزء الأول، النظرية العامة للتجارة وبعض الأعمال التجارية، مطبعة المعارف الجديدة، نشر دار المعرفة للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة 1988م 1409هـ ص. 176-177.

العرف هنا بمثابة العادة الاتفاقية، أي بمثابة اتفاق ضمني بين المتعاقدين، وهذا أمر واضح أيضا من المذكرة الايضاحية لقانون التجارة السوري التي جاء فيها :
حكم العرف كحكم الشرط أو الاتفاق فيما يمكن أن يكون الاتفاق فيه شريعة المتعاقدين ويعتبر العرف بهذه الصورة ضمنا في عقود التجار ومعاملاتهم ولو لم ينص عليه في العقد ... وإن للتجار أن يستبعدوا العرف بنص صريح أو يتنازلوا عنه أمام القاضي، كما يجوز للقاضي أن يستنتج من الظروف أن التجار لم يتعاملوا على أساس أو لم يعولوا عليه".

وتقتضي المادة الثالثة من القانون التجاري الأردني بأنه :

"إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه، فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء ومقتضيات الإنصاف والعرف التجاري"، أما المادة الرابعة من نفس القانون فتتضمن على أنه :

1- على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، وكان العرف متعارضا مع النصوص القانونية الإلزامية.

2- ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام⁽¹⁾.

(1) راجع في نفس المعنى وبنفس الصيغة :

- المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993.

- المادتين الثالثة والرابعة من القانون اللبناني.

- القانون الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

وبنفس الصياغة لكن باستعمال مصطلح العادة ينص التشريع العراقي القديم على أنه على القاضي أن يأخذ بالعادة التجارية على أن تسبق العادة الخاصة أو المحلية العادة العامة، فإن لم توجد عادة تجارية طبقت أحكام القانون المدني".

بل إن القانون الفرنسي نفسه تناول العادات التجارية كمصدر للقانون في المادة التجارية، فقط أنه ميز بين العادة القانونية (العرف) والعادة الاتفاقية مؤكدا أنه يمكن للعادة القانونية أن تخالف نصا قانونيا أمرا خلافا للعادة الاتفاقية ذات الطابع المفسر والذي لا يمنحها القدرة على المخالفة⁽¹⁾.

والملاحظ أن التشريع التجاري الفرنسي من خلال هذه المقتضيات يحمل في ثناياه المبادئ السارية في المجال المدني، إذ بقي وفيما لغلبة التشريع على الأعراف والعادات⁽²⁾.

أما تشريعنا المغربي وبعد صمت طويل دام حوالي ثلاث وثمانين سنة يقرر صراحة في المادة الثانية من مدونة التجارة الصادرة في فاتح غشت 1996 مايلي :

"يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني مالم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

أما المادة الثالثة فتقتضي بأنه :

ppolito, Op.cit. N.32. P 40

(2) راجع في ذات المعنى :

- المادة 47 والمادة 50 من القانون الخليفي الذي كان مطبقا بشمال المغرب إبان الحماية

المادة الثانية، وهو القانون - أي التشريع - التجاري، فمعنى هذا أن التشريع دائما في الصادرة، ولا يلجأ إلى العرف والعادة إلا عند غيابه.

- ولا شك كذلك أن مشرعنا وفي للاتجاه التشريعي - المنتقد والمتجاوز - إذ ميز بين العرف والعادة، واعتبرهما مصدرا للقانون في المادة التجارية. وقد سبق أن أوضحنا عدم دقة التمييز المذكور، بل إن هذا النص المغربي سيثير كثيرا من المشاكل إن نحن أردنا أن نربط هذه المادة بالمادة الرابعة من نفس المدونة التي تقول :

"إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقدين الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك"، ذلك أن مصادر القانون المدني لاتعتمد العادة نهائيا بل والعرف نفسه كمصدر للقانون، فكيف يمكن إذن حل إشكال أو منازعة فيها طرفان مدني وتاجر علما أن العادة مصدر للقانون التجاري، ومجرد سلوك أو واقع غير ملزم في المجال المدني؟

لقد كان أولى بالمشرع المغربي، ورفعنا لكل إشكال وتطبيق غير سليم للنصوص، أن يورد مصطلحا واحدا فحسب ماداما يقومان معا بنفس الدور، والأمر سياتي لأنهما معا يضطلعان بدور المصدر القانوني في المجال التجاري.

والملاحظ أخيرا في هذه النقطة أن الفقهاء حينما يدرسون العادة في المادة التجارية فإنما يقصدون بالأساس العادة الاتفاقية، وذلك لخلطهم بينها وبين العادة بمفهومها الدقيق من جهة، ولانتشارها وبشكل مطرد بين التجار من جهة أخرى .

"ترجع الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة".

وقد يقال إن تشريعنا يستحق كل تنويه على هذه المقترضات ، مادام قد حدد مصادر القاعدة القانونية في المجال التجاري درءا للتحكم وعدم الإنصاف، لكن نقول -وبكل تواضع- إن المشرع المغربي على الرغم مما قام به من إنجاز معرض للعديد من المآخذ نذكر منها على وجه الخصوص (1):

- لاشك أن مشرعنا المغربي لا يزال يقبّع تحت تبعية النظام اللاتيني التشريعي الذي يتزعمه القانون الفرنسي وذلك بالنظر إلى أول مصدر ركزت عليه

(1) هناك عدة مآخذ إلى جانب ما عملنا على بيانه وذلك ما أورده الأستاذ محمد الكشور، فقد قال في هذا الصدد : "على أن المشرع المغربي، وهو يعالج مشكلة مصادر القانون التجاري من خلال المقترضات التي سبقت الإشارة إليها (المادتان الثانية والثالثة من مدونة التجارة الجديدة لفاتح غشت 1996) وقد وقف عند الترتيب الواجب إعماله بخصوص التشريع والعرف التجاريين وقواعد القانون المدني ولم يوف الموضوع حقه مادام أن هناك مصادر أخرى قد تطرح مشاكل قانونية على المستوى العملي.

فهناك اتفاقات الافراد، التي نجد سندها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود والذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الاتفاقات تجب التشريع التجاري والمدني مالم تتعارض مع النظام العام.

وهناك الاتفاقيات الدولية التي تسمو على التشريع الداخلي وتلغيه عند التعارض ... وهناك القوانين الأجنبية التي تحيل عليها قواعد الإسناد الوطنية ...

وهناك مشارطات التحكيم في عقود التجارة الدولية والتي قد تحيل على قانون أجنبي معين.

وهناك أخيرا مبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل أهم جوانب النظام العام في المغرب". راجع مقدمته لكتاب مدونة التجارة الجديدة القانون رقم 15.95 بمشاركة الأستاذ عز الدين بنستي، سلسلة المعارف القانونية، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء،

طبعة 1996، ص. 25-27.

-العادة الاتفاقية : Usage Conventionnel

تعد العادة الاتفاقية من العادات التي لم يستقر فقهاء الاتجاه التشريعي على رأي بصدها، فبعضهم يرى أنها أعراف، والبعض الآخر يرى أنها مجرد شروط عقدية، بينما يمنحها فريق آخر دور الركن المادي في العرف. وسنشرح بنوع من التفصيل هذه الآراء.

في نظر جيني(1) العادة الاتفاقية سلوك أو عادة بعضها عام، وأغلبها محلي أو مهني، وتغطي ضمناً تكون التصرفات القانونية، خاصة العقود وهي حكومة بالنية الحسنة بفضل مبدأ سلطان الإرادة.

وقد انتشرت هذه العادات لتشمل تقريباً كل العقود، مادامت تلعب دور المكمل للإرادة، فنجدها في المجال التجاري كما هو الحال في الحساب الجاري والشركات، والبيع، كما نجدتها في المجال المدني بل وفي الوصايا كذلك.

ويرى بعض الفقه في فرنسا(2) أن العادات الاتفاقية نوع من الأعراف وبالتالي تخضع لنفس ما تخضع له هذه الأخيرة من قواعد، وترتب نفس آثارها، فلا يمكن أن يكون للعادة الاتفاقية قوة ملزمة ما لم يكن المشرع أحال عليها وأضفى عليها ذلك الطابع.

(1) Gény, Méthode d'interprétation, Op.cit, N.130, P.637.

(2) Toullier, le droit civil français, Op.cit, N.158, P.126.

-Duranton, Cours de droit français T14, 1844, N.1844, N.100, P.65-66.

-Demolombe, cours de droit commercial, 4e ed. 1890, N.21-23, P.13-17.

-Boistel. Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence 1879, T3, P.176.

-Huc, Commentaire du code civil, T1, 1892, N.51, P.60.

-Beudant. Cour de droit civil français, introduction 1896, P.63.

- تعدد المصطلحات ووحدة المفهوم

لم يقف فقهاء الاتجاه التشريعي عند التمييز العقيم بين العرف والعادة، بل تجاوزوا ذلك للتمييز في العادة بين عدة أنواع :

- العادة القانونية Usage légal Juridique

يقصد بهذا النوع من العادة العرف، بمعنى أنها هي وحدها التي تنتقل إلى صف القواعد العرفية وذلك بتوافرها على العنصر المادي المتمثل في السلوك والعنصر النفسي الكامل في الشعور بالإلزام(1).

وهذا هو المعنى الذي يستفاد من التمييز الذي قام به المشرع التجاري الفرنسي حينما عدد مصادر القانون في المادة التجارية، إذ تناول نوعين من العادة، العادة القانونية، وهي العرف، والعادة الاتفاقية وهي مجرد شروط يتفق بشأنها الأطراف أثناء التعاقد.

- العادة الواقعية : Usage De fait (2)

ويراد بهذا النوع تلك العادات التي ينتجها الافراد دون شعورهم بإلزامها، كالتقاليد وقواعد المجاملات، والاحترام، والآداب.

(1) Auguste Lebrun, La coutume, Op.cit, N.17, P.2.

(2) عن دور العادات في تكوين القواعد القانونية راجع :

-Perreau , Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, dans Revue trimestrielle de droit civil, 1911, P.236 et S.

-P. Faberguettes, la logique judiciaire et l'art de juger, librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J) Paris 1914, P.16 et S.

أما البعض الآخر (1) فيرى أن العادة الاتفاقية شروط وينود يتفق عليها أطراف العقد، في حين يعد العرف قاعدة قانونية تكتمل باجتماع عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي.

ومن جهته يبحث جيني (2) في مدى تشابه واختلاف العادة الاتفاقية والعرف، فيقول إن العادة الاتفاقية هي العنصر المادي للعرف، ويتساءل بعد ذلك عن مدى توافرها على العنصر المعنوي ليجيب عن ذلك بالنفي مفسرا موقفه بما يلي :

"لا تسمح عادات الأعمال لابتكامة إرادة الأطراف ولا بتفسيرها، غير أن هؤلاء عمدوا إلى هذه العادات باختيار دون اعتقادهم في وجود جزء قانوني قرين بهذه العادات.

وعليه، يمكن القول إن الدور التفسيري الذي تضطلع به العادات الاتفاقية لإرادة الأطراف لا يجعلها قواعد قانونية".

ومع ذلك يقر جيني أنه بإمكان العادات الاتفاقية خلق قواعد قانونية لكن ليس بنفس الشكل الذي يقوم به التشريع مبررا الفوارق بين العادة الاتفاقية والتشريع بما يلي :

(1) Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 1898, N.43, P.43.

والملاحظ أن الأستاذ محمد الكشور يضع تعريفا للعادة الاتفاقية يكاد يتطابق وجهة نظر الأستاذ تالير. إذ يقول : "العادة الاتفاقية في الأصل شرط يوضع في العقود ويترد استعماله حتى ينتهي الأمر إلى اعتباره في الاتفاقات دون حاجة إلى النص عليه صراحة، وبذلك يكون أساس إلزاميتها الإرادة الضمنية للأفراد، ومن ثم تبدو التفرقة واضحة بين العرف والعادة الاتفاقية". راجع كتابه، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، م.س. ص. 145.

(2) Gény, Op.cit, N.131, P.370.

أ- يعبر التشريع عن القاعدة مباشرة وينوي من خلالها تكملة إرادة الأطراف، أما العادة الاتفاقية فلا تكشف عن القاعدة إلا بصورة غير مباشرة بناء على مبدأ سلطان الإرادة.

ب- إذا كانت القواعد المكملة تفسر تلقائيا إرادة الأطراف فإن العادات الاتفاقية على العكس من ذلك، لا تفسر الإرادة إلا من خلال الظروف والملابسات التي تساعد على ذلك وهي ظروف التعاقد (1).

غير أن العادة الاتفاقية قد تصبح عرفا في المجال التجاري على وجه الخصوص إذ تصبح سارية لا في مواجهة الأطراف فحسب، بل كذلك في حق باقي التجار مادامت المصلحة المشتركة تفرض ذلك، وهذا ما يجعل العادة الاتفاقية عامة وقارة، وهو ما يولد الشعور بإلزامها لتنتقل بذلك إلى عرف (2).

من خلال هذا العرض الموجز لمختلف العادات في نظر أنصار الاتجاه التشريعي يمكن القول إن البحث وبشكل دقيق في التمييز بين هذه العادات يعد خلقا لمناهة يتيه فيها الباحث ليصرف نظره عن التثبت من دور العرف الأساسي كمصدر من مصادر القانون.

فالعادة القانونية التي ترادف في نظر هؤلاء العرف، ليست كذلك، لأن هؤلاء أنفسهم وإن وازوا بينها وبينه تراهم يتراجعون ليقولوا بضرورة توافرها على الركنين المادي والمعنوي وإلا ما اعتد بها (3). وإن كان البعض يضيف ألا تفرض

(1) Gény, Op.cit, N.131, P.371.

(2) Gény, Op.cit, N.133, P.376-377.

(3) Auguste Lebrun, Op.cit, N.1, P.2.

Ghestin et Goubeaux, Traité de droit civil, Op.cit, N.496, P.397.

بواسطة الإكراه(1)، وهذا مايفقد التمييز بين العادة القانونية والعادة الواقعية كل فائدة، باعتبار أن العادة الواقعية نفسها تتوافر على القدم والثبات والاستمرار، بل والإلزام كذلك، وإن كان إلزاما أدبيا فحسب(2).

والخروج من كثرة هذه المصطلحات ثمة طريقة مثلى قد تغنينا عن الخوض في هذه النقاشات اللغوية الصرفة، فنقول Coutume أو Usage حينما يتعلق الأمر بالعادة أو العرف ونقول Tradition حينما يتعلق الأمر بالتقاليد ومايدخل في معناها.

أما بالنسبة للعادة الاتفاقية، فأول ملاحظة أن جل الباحثين الذين يتطرقون لدور العادة في المجال التجاري لا يخرجون عن تناول الموضوع من زاوية العادات الاتفاقية، وذلك لأنها مثار خلاف كما رأينا بين هؤلاء، وهو ما سيزيد الوضع تعقيدا،

والملاحظ كذلك أن الاتجاه الذي يعتبر العادة الاتفاقية نوعا من الاعراف لا يستقر على موقفه ذلك أنه لايسلم لها بأية قوة إلزامية ما لم يكن المشرع قد أحال عليها، وهو عين موقف الاتجاه التشريعي الذي حاول هؤلاء التخلص منه.

(1) A. Lebrun, La coutume en droit privé, thèse d'Etat, Caen 1932, N.243-244, P.251.
-Gény, Op.cit, N.131, P.371-374.

(2) وقد أشار إلى هذا التعدد في المصطلحات المطبوع عادة بالتباين والتضارب الاستاذان جوكلار Juglart وايبوليتو Ippolito رافضين هذا التمييز ومؤكدين أن العرف والعادة مفهوم واحد.

-Juglart et Ippolito, Op.cit, N.26, P.35 et N. 32, P.40.

والحقيقة أن العادات الاتفاقية يغلب عليها الطابع الشرطي والمكمل في العقود، لكن مع ذلك يجب التسليم بأنها بال تكرار، والاستمرار، تصبح إلى جانب ذلك عادة بمعناها القانوني المعروف، فمتى تواطأ التجار على إدراج هذه الشروط، كنا أمام الركن المادي الذي لامحالة يفضي إلى شعور هؤلاء بإلزام تلك العادة - الشروط- فتضحى ملزمة وبالتالي قاعدة قانونية، إذ كلما خالفها أحد التجار، أو لم يقم بإدراجها في عملية من العمليات التجارية تعرض لجزء قانوني، وهذا هو صلب القاعدة القانونية.

ولم يقم الفقهاء الذين تعرضوا للعادة الاتفاقية في دراساتهم إلا بتناولها من زاوية كونها شرطا مكملا للإرادة مجردا من كل إلزام، متجاهلين أو متغافلين تولد شعور الإلزام لدى المتعاملين بها.

ولذلك في نظرنا، وبكل تواضع، ماكان لفقهاء الاتجاه التشريعي أن يغرقوا في هذا التمييز الذي لا يوضح الأمور والمفاهيم بقدر ما يجعلها مبهمة يكتنفها الغموض واللبس.

المطلب الثالث : الفقه الإسلامي

يعد الفقه الاسلامي مصدرا أساسيا من مصادر القانون المغربي، ذلك أن الفقهاء وعلى الرغم من اختلافهم حول مكانته ويقررون بكونه مصدرا رسميا للقانون بالمغرب، لكن للثبوت من هذه المسألة ينبغي التمييز بين مكانة الفقه الاسلامي في مجال الاحوال العينية ومكانته في نطاق الاحوال الشخصية.

الفقرة الأولى : مكانة الفقه الإسلامي في الإحوال العينية

منذ الفتح الإسلامي والمغاربة يعملون بقواعد الشريعة الإسلامية بصفة عامة، وبقواعد الفقه الإسلامي في جانب معاملاتهم بشكل خاص، إذ كانوا يبرمون العقود وفقا لمبادئه، وكانوا يباشرون أعمالهم وتصرفاتهم سيرا على قواعده وأحكامه، وكانوا يتقاضون بانسجام معها، لكن بظهور نظام الامتيازات في اواسط القرن السابع عشر، وبفرض نظام الحماية الذي انقلب إلى استعمار في بداية القرن العشرين أصبح دور الفقه الإسلامي كقانون ينظم المعاملات المالية أو ما يسمى بالاحوال العينية متقلصا ولا يتجاوز بعضا من جوانب الحياة الاجتماعية للمغاربة المسلمين. ففي جانب الالتزامات والعقود صدر ظهير 12 غشت 1913 بشأن قانون الالتزامات والعقود لينظم العقود والالتزامات من بيع وكراء ووكالة، ورهن، وكفالة، وإجارة صنعة وإجارة خدمة ...، وذلك على الرغم من أنه وضع أساسا ليطبق على الفرنسيين والأجانب وبعض المغاربة الذين كانوا يتمتعون ببعض القواعد الحمائية الأجنبية .. غير أنه بحصول المغرب على الاستقلال أضحي القانون المذكور يطبق على المغاربة، وهذا ما جعل قواعد الفقه الإسلامي تتراجع في هذا الاطار باستثناء بعض الزوايا الضيقة التي بقيت خاضعة له.

وفي مجال الحقوق العينية لاسيما تلك التي ترد على العقار المحفظ، أصبح القانون العقاري الصادر بظهير 12 غشت 1913 المتعلق بمسطرة التحفيظ العقاري، وبظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة هو القانون الذي يطبق على العقارات المحفظة واستثنى بذلك الفقه الإسلامي باستثناء ما أحال عليه هذا القانون شأن الاوقاف والأحباس والحقوق العرفية الإسلامية.

أما العقار غير المحفظ فعلى الرغم من أن المنطق يفرض أن يبقى خاضعا

لقواعد الفقه الإسلامي إلا أن بعض الفقهاء وبعض المحاكم دأبا على استثنائها واستعاضتها بقواعد قانون الالتزامات والعقود، لاسيما الفصل 489 منه (1).

الفقرة الثانية : مكانة الفقه الإسلامي في الإحوال الشخصية

الاحوال الشخصية هي كل مايتعلق بحالة الشخص من اسم وأهلية وزواج وطلاق ونياحة شرعية وقانونية ووصايا وموارث وقد صدر قانون الاحوال الشخصية بالمغرب سنتي 1957 و1958 قبل أن يلغى بمقتضى مدونة الاسرة الصادرة في 03 فبراير 2004. والاحوال الشخصية أوسع نطاقا من مدونة الاسرة لأنه لا يقتصر على المواضيع المشار إليها أعلاه وإنما يشمل كل ماله علاقة بحالة الشخص، وهكذا يمكن اضافة قوانين أخرى إلى مدونة الاسرة ليكتمل مفهوم الاحوال الشخصية ومن هذه القوانين، قانون خطة العدالة الصادر في ماي 1982، وقانون التوثيق العصري الصادر في ماي 1925 وقانون كفالة الاطفال المهملين وقانون الحالة المدنية الصادرين في 2002.

أما عن مركز الفقه الإسلامي في نطاق الاحوال الشخصية فيمكن القول بأنه المجال الوحيد الذي بقي فيه مصدرا أساسيا، لكن مع ذلك فإن الفقه الإسلامي لا يعد مصدرا شكليا أو رسميا لقواعد مدونة الاسرة، لأنه يعد مجرد مادة للقاعدة

(1) لمزيد من المعلومات حول هذه المسألة انظر :

- عبد الكريم الطالب : مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش 1995، ص. 150 ومايليها.

- عبد الكريم الطالب : العرف في القانون المدني المغربي، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق (القانون الخاص) كلية الحقوق بمراكش، 2000، ص. 180 ومايليها.

القانونية وأن التشريع خاصة وأن المدونة صدرت عن البرلمان، ولو بمسطرة خاصة، هو المصدر الرسمي، لأن الزام القاعدة القانونية في مادة الاسرة، راجع إلى التشريع أو إلى النصوص التشريعية التي كانت الاحكام الفقهية مادة لها.

وعموما فإنه يمكن أن نسجل تقلص مجال تدخل الفقه الاسلامي في القانون المغربي(1). وتراجع لاسيما أمام انتشار التشريع كآلية يعتمد عليها في تنظيم حياة المغاربة

الفرع الثاني : المصاحف التفسيرية (القضاء والفقه)

المطلب الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي وتطوره التاريخي

الفقرة الأولى : مفهوم الاجتهاد القضائي

أولاً : تعريف الاجتهاد القضائي

تشتق الكلمة الفرنسية Jurisprudence وتعني الاجتهاد القضائي - من الأصل اللاتيني jurisprudentia الذي يراد به حكمة القانون، والعلم التطبيقي للقانون في نظر القانونيين القدامى(2).

ولاتعني كلمة الاجتهاد القضائي Jurisprudence نفس المعنى السابق ذكره في الأنظمة الإنجليزية، إذ يراد بها النظرية العامة للقانون، وفي اللغة الألمانية يعرف بالاجتهاد وعلم الحقوق، على أن معناه في التشريع الإسلامي هو "بذل الطاقة الفكرية والجهد العلمي لاستنباط حكم شرعي من مدرك شرعي. وهكذا

(1) راجع نفس المراجع المشار اليها في الهامش السابق.

(2) خالد عيد مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ (نظرية القانون ونظرية الحق) مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1407هـ 1987م فقرة 324، ص. 144.

يأتي الاجتهاد في المرتبة الرابعة بعد القرآن والسنة والإجماع، ويعني الاجتهاد القضائي في مفهومه الحديث «مجموع القواعد الموضوعية Objectives التي تستنبط من الأحكام الصادرة من المحاكم في كافة القضايا التي تتولى أمر النظر فيها»(1).

وقد تصدى كثير من الفقه لتعريف القضاء، هذا التعريف الذي يكاد يكون واحداً، وعليه، سنقتصر على بعض التعاريف فحسب. على أن نحيل على التعاريف الأخرى.

يعرف الأستاذ حسن نجيدة(2) القضاء بقوله: «هو مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة الموكول إليها تطبيق القانون وإقامة العدل بين الناس، كما قد يقصد به الاحكام التي تصدرها المحاكم، أو بمعنى آخر، مجموعة من المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها».

أما الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة(3) فيرى أن القضاء هو: «مجموع

(1) ذ. عيد، المرجع السابق، فقرة 331، ص. 145.

(2) في مؤلفه، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص. 152.

(3) المرجع السابق، فقرة 128، ص. 182.

ويعرفه ذ. زيد قدري الترجمان أنه «مجموعة من الأحكام الصادرة عن المحاكم لمجموعة المحاكم أو التنظيم القضائي» ويقصد به أحياناً «مجموع المبادئ التي تستخلص من دوام واستقرار المحاكم على اتباعها وإصدار أحكامها استناداً إليها»، انظر مؤلفه مدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1985 (عدد الطبعة غير مذكور)، ص. 123، والملاحظ أن المؤلف يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون في وقت يوشك الفقه على الإجماع بكونه -القضاء- مصدراً لتفسيره ليس إلا، وإن كان المؤلف في الصفحة 124 يتراجع ليؤكد أن الاجتهاد القضائي مصدر استثنائي وتفسيري فقط.

ثانياً : أهمية الاجتهاد القضائي

للإجتهاد القضائي أهمية خاصة في تفسير القانون وتطبيقه كما هو معلوم، لكن مع ذلك فإن دوره في خلق القواعد القانونية يبقى محدوداً ومحدداً لجدل فقهي كبير. فإذا كانت وظيفة القاضي هي تطبيق القانون لخلقها، فإن نقص التشريع، وهو أمر لا يناقش صحته أحد⁽¹⁾، دفع إلى التفكير في خلق القواعد القانونية من طرف القضاء، وبهذا ظهر رأي في فرنسا يرى أن القضاء باعتباره يكمل نقص التشريع، يعد مصدراً رسمياً للقانون. وقد انطلق هذا الرأي من نص المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه «أن القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه إليه اتهام بارتكاب جريمة إنكار العدالة».

وفي نفس الاتجاه يسير الفقيه جني، إذ يعطي الحق للقاضي في تكميل نقص التشريع حيث «يصل إلى الحل القانوني الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التي كان سيرا عليها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع»⁽²⁾.

(1) باستثناء بعض الفقه الألماني الذي ذهب إلى القول بكمال التشريع، ومن أنصار هذه الأطروحة الفقيه الكبير كلسن، وتتلخص فكرة كمال التشريع في أنه إذا لم يوجد نص في التشريع فإن المخاطبين بالقاعدة القانونية يكونون في منطقة الإباحة القانونية لأن الأصل في الأشياء الإباحة، وقد عورضت هذه الأطروحة بشكل كبير من طرف فقهاء كبار، كروبييه Roubier، والحق أنه يستحيل أن يكون التشريع ملبياً لجميع المتطلبات والحاجيات، انظر لمزيد من الإيضاح تناغو، مرجع سابق، فقرة 149، ص 488.

(2) تناغو، المرجع السابق، فقرة 149، ص 485.

الأحكام التي تصدرها المحاكم، فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع إلى المحاكم للفصل فيها. ويطلق على السلطة القضائية التي تتولى الفصل في المنازعات، والذي يلاحظ أن القضاء يعني السلطة التي تفصل في المنازعات بين الناس، ويعني أيضاً المبادئ والقواعد التي تتوصل إليها ضده السلطة بمناسبة نظرها في هذه المنازعات. والذي يعيننا في هذه الدراسة بالأساس، المعنى الثاني، لأن المعنى الأول يدخل في مجال غير المجال الذي نبحث فيه.

== ويعرفه -أدريس الفاخوري بقوله «القضاء هو مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة، والتي تفض المنازعات بين الناس، وهو كذلك مجموع الأحكام والمبادئ القانونية التي تصدرها المحاكم وهي تفصل في المنازعات بين الناس» انظر مؤلفه، المدخل لدراسة القانون مرجع سابق، ص 192 وانظر بشأن تعريف القضاء على سبيل المثال :

- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، فقرة 121، ص 186.
- محمد الحبيب التيجاني، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار النشر المغربية الدار البيضاء 1985م/1405هـ (عدد غير مذكور)، ص 29.

- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 396.

- أدريس العلوي العبدلوي، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 612.
- منصور مصطفى منصور، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، فقرة 46، ص 90.

- عبد اللطيف هداية الله، الحاجة إلى توحيد اجتهاد المجلس الأعلى من خلال استعراض بعض تطبيقاته، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية الحقوق، الدار البيضاء، العدد 17-1988، ص 141-142، ص 37.

- موسى عبود: الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مقال منشور بمجلة المحاماة التي تصدرها جمعية هيئات المحامين بالمغرب، العدد الثالث، ص 16.

وبعد القانون المدني السويسري الصادر سنة 1907 من القوانين التي تأخذ بنظرية منح القاضي الحق في تكملة التشريع عند نقص هذا الأخير. وقد نصت المادة الأولى منه على أنه «... في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، فإن القاضي يحكم بمقتضى القانون العرفي، فإن لم يوجد عرف، فبحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع» وتكاد نصوص بعض التشريعات العربية توافق هذا النص، وذلك بأحالتها على مصادر تكميلية في حالة انعدام النص التشريعي(1).

ومع ذلك فإن تدخل القاضي لوضع حل النزاع المعروض عليه عندما يكون التشريع ناقصا، لا يعني أنه يخلق قاعدة قانونية، وإنما يكون الحل فرديا وخاصا لا يتجاوز حدود النزاع موضوع الحل.

ومن القيود التي تكبل وتغل دور القضاء في تكميل نقص التشريع، هناك مبدأ فصل السلطات، ويقول في ذلك الاستاذ تناغو(2): «ونرى الآن ونحن ندرس القضاء أن مبدأ الفصل بين السلطات لا ينبغي أن يؤدي إلى إيجاب السلطة القضائية على عدم الفصل في المنازعات التي لا يوجد بشأنها حكم في التشريع الناقص الصادر عن جهاز السلط التشريعية. فلا يتصور إنشاء جهاز تقتزن أعماله بالنقض حتما وهو جهاز السلطة التشريعية».

(1) راجع المادة الأولى من القانون المدني المصري لسنة 1949.

(2) تناغو : المرجع السابق، فقرة 150، ص. 493.

ويضيف الاستاذ تناغو(1) : «إذا كان من المعترف به - وهو ما تؤكدته التقنيات المختلفة ومنها التقنين المدني المصري - أن للقضاء أن يكمل النقص في التشريع فإن هذا الاعتراف يكون أول خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القانون، وأول خطوة في سبيل الاعتراف بنسبية مبدأ فصل السلطات».

ومبدأ فصل السلطات الذي يستند إليه الفقه في منع القضاء من وضع القواعد القانونية، لا يعني الفصل الكامل بين السلطات، بل يفيد التعاون بينها، إذ قال أرسطو وهو من وضع المبدأ : «عندما يكون التشريع قد عبر عن قصده بوضوح، فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاء أن يحكموا أو ينظموا الباقي... والخلاصة، - يقول الاستاذ تناغو - أن نظرية الفصل بين السلطات هي وسيلة لتحقيق سيادة القانون، ولكن لا يجب المبالغة في تطبيق هذه النظرية بما يؤدي إلى انكار العدل وهو أساس القانون، ولذلك يجب تقييد مبدأ الفصل بين السلطات بما يقتضيه النقص في التشريع من الاعتراف للسلطة القضائية بالحق في تكملة هذا النقص، ولو أدى ذلك إلى خلق قواعد قانونية جديدة عن طريق هذه السلطة غير المختصة أصلا بخلق القانون(2).

الفقرة الثانية : التطور التاريخي للإجتهااد القضائي

أولاً: الإجتهااد القضائي في العهود القديمة

أ- عند الرومان

إن من أهم المميزات التي كانت تطبع القانون الروماني، الذي جمع في

(1) تناغو : المرجع السابق، فقرة 150، ص. 494.

(2) نفس المرجع، ص. 495.

قانون الألواح الاثني عشر، أنه ذو صبغة دينية. وكان تجميع القانون الروماني إيدانا بظهور حركة قضائية كانت مصدرا للتشريع، وسببا في تطور القانون الروماني (1)، ومنذ تولي البريطانيون شؤون القضاء، والقضاء مصدر رسمي للقانون وليس مصدرا تفسيريا فحسب. وحين نقول البريطانيون هو الذي جعل من الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا. فإننا نعني البريطانيون الروماني، الذي كان يطبق القانون المدني، وليس البريطانيون الذي كان يطبق قانون الشعوب.

وهكذا كان البريطانيون الروماني يضع القاعدة القانونية عن طريق المنشورات القضائية التي كانت تتميز بطابع الإلزام، لما كان يتمتع به بريطانيون القضاء من سلطات مطلقة حيث يمكنه تعديل القانون، وإحداث وإنشاء مصادر جديدة للقانون (2)، وكانت هذه المنشورات تحتوي على ما يلزم البريطانيون القضائي القيام به واتباعه خلال سنة كاملة.

وقد ساعدت المنشورات البريطانية على إضفاء طابع التطور على القانون الروماني وقضت على جموده وثباته. ومن أمثلة ذلك أن القانون القديم لم يكن يجعل الغش سببا لفساد المعاملات، فأظهر البريطانيون خطأ هذه القاعدة ومنح للمدعى عليه دفعا يدافع عن حقوقه متى كانت عرضت لغش أو غيره.

وزاد دور المنشورات كسبب في تطوير قانون الرومان، وبلورة اجتهاد قضائي ملزم، من خلال محافظة البراطرة الخلف على منشورات البراطرة السلف، إذ أصبحت المنشورات القضائية مع التطورات التاريخية تواكب كل مستجدات الحياة الرومانية، وكان المنشور المحافظ عليه يعرف باسم المنشور المستمر الذي

(1) الترجمان، المرجع السابق، ص. 148.

(2) عيد، المرجع السابق، فقرة 332، ص 144.

بقي إلى عهد الامبراطورية ثم جمع تجميعا رسميا وحرم الامبراطور «هارديان» إضافة أي شيء جديد إليه. غير أن هذا القانون البريطاني حافظ على انفصاله عن القانون المدني، واستمر هذا الانفصال الروماني المعروف إلى الآن، فالقانون الروماني كان إذن - وإلى حد كبير - من صنع القضاء (1).

2- في القانون الانجليزي القديم

نظرا لعدم تأثر القانون الانجليزي بالقانون الروماني، ونظرا لاعتماده العادات السكسونية والنورماندية، لم يكن القانون الانجليزي، ينتهج نفس النهج في ترتيب مصادر القانون، بل اعتمد على القضاء بالدرجة الأولى، إذ كانت العقلية الانجليزية عقلية عملية بعيدة عن التفكير الفلسفي والنظري، وما كان ليبر عن هذه العقلية العملية غير القضاء. لذلك فالقضاء هو المصدر الرسمي الرئيسي للقانون الانجليزي، حيث اعتمد الانجليز على نظام السوابق القضائية، وهذا يعني إضفاء طابع الإلزام على الأحكام القضائية.

وقد مر القضاء الانجليزي من عهود ثلاثة :

- (1) الترجمان، المرجع السابق، ص. 185، انظر كذلك بشأن القضاء في القانون الروماني.
- نجيدة، الدخول لدراسة القانون، المرجع السابق، ص. 152 وما بعدها.
- توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، فقرة 121، ص. 186 وما يليها.
- منصور مصطفى منصور، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، فقرة 46، ص. 90 وما بعدها.
- العبدلوي، المدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص. 612 وما يليها.
- فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، فقرة 128، ص. 182 وما بعدها.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، فقرة 161، ص. 158 وما يليها.

العهد الأول : يبتدئ من الفتح الروماندي في النصف الثاني من القرن الحادي عشر، إلى حين قيام «محاكم العدالة» في القرن الرابع عشر للميلاد، إذ تجمعت المحاكم في لندن، بعد أن كانت محلية وموزعة على عديد من المناطق الانجليزية، وكانت المحاكم بلندن تجمع العادات ومبادئ القانون الإنجليزي (Common law) وتجعلها أساسا للقانون العام الإنجليزي، بعد أن صاغها القضاء بطريقة جعلتها قابلة للتطبيق، ومن هناك، عد القضاء مصدرا رسميا للقانون الإنجليزي إلى جانب العادات.

العهد الثاني : يبتدئ من وقت قيام «محاكم العدالة» في القرن الرابع عشر إلى وقت توحيد «قانون العدالة والقانون العام» في نهاية القرن التاسع عشر.

وكان ظهور محاكم العدالة راجعا إلى التعقيدات والشكليات التي كان القانون العام يتميز بها. حيث أنشأ مستشار الملك ديوانا ينظر في المظالم ويخلص الناس من جمود «القانون العام». وبذلك اتسعت اختصاصات الديوان، حتى أضحي محاكم تأخذ بالعدالة وتسمى تبعا لذلك «بمحاكم العدالة» وهي التي تعتبر أصل ما يعرف «بقانون العدالة».

العهد الثالث : يبتدئ من وقت توحيد «قانون العدالة والقانون العام» إلى يومنا، وهكذا أصبح من الضروري أن تراعي «محاكم القانون العام قانون العدالة»، حتى لاتقع في تناقض مع مضامينه. وفي الأخير امتزج «القانون العام بقانون العدالة» وأصبحا قانونا واحدا هو في الأصل من صنع القضاء⁽¹⁾.

(1) الترجمان، المرجع السابق، ص. 186، وذ. عيد، المرجع السابق، فقرة 332، ص. 146.

ثانيا، في العصر الحديث

لم يبق للقضاء في القوانين الحديثة، ذلك الدور الهام الذي كان يضطلع به، فلم يعد سوى مصدر يلجأ إليه لتفسير النصوص القانونية الغامضة، دون أن يتميز بأية صبغة إلزامية. كل ما هناك، أن الاتجاهات القضائية لاتلزم إلا الاطراف المحكوم عليهم، والمقضي في نزاعهم، وليس على المحاكم، سواء أصدر عنها الحكم أم عن غيرها أن تلزم بذلك الحكم.

ومن هذا التراجع، فإنه، وفي سبيل توحيد الاجتهادات القضائية، تسعى المحاكم الدنيا إلى تبني مواقف المحاكم العليا - محكمة النقض - وإلى الالتزام من الناحية المعنوية بهذه المواقف، وإن كان الإلزام يرد في بعض الحالات كما لو نقضت محكمة النقض حكما فأحالته على محكمة دنيا، إذ في هذه الحالة، تلتزم المحكمة المحال عليها، اتباع النقاط التي ركزت عليها محكمة النقض⁽¹⁾.

(1) أبو السعود : المرجع السابق، ص. 398.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المغربي يتضمن مثل هذه الحالة، فالفصل 469 من قانون المسطرة المدنية لـ 28 شتنبر 1974 المعدل في بعض فصوله بتاريخ 10 شتنبر 1993 ينص أنه : «إذا وقع النقض أحال المجلس الدعوى - مع مراعاة مقتضيات الفصل السابق - على محكمة أخرى مساوية للمحكمة التي نقض حكمها، أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي تصدر عنها الحكم المنقوض، ويتمين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

إذا بت المجلس الأعلى في قراره في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة.

إذا رأى المجلس الأعلى بعد نقض الحكم المحال عليه أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قرر النقض بدون إحالة».

ويرجع سبب تراجع دور القضاء كمصدر للقانون إلى مبدأ فصل السلطات الذي يعطي حق سن القوانين للسلطة التشريعية وحدها. أما السلطة القضائية، فمهمتها تطبيق القانون وتفسيره عند الغموض، ولا يجب أن يفهم من هذا المبدأ أنه تغل يد القاضي نهائياً، ويصبح القاضي آلة مطبقة لقواعد القانون، بل إنه يتمتع بقوة إلزامية نسبية تشمل القضايا التي يبت فيها.

ويرتد الإلزام في القرارات القضائية إلى عاملين اثنين كما يرى ذلك الاستاذ خالد عيد(1).

1- حرص المحاكم على اتباع نفس الاجتهاد بالنسبة للقضايا المتماثلة، وألا تعمل على تعديل الاجتهادات بصورة دائمة حتى لا تكون في ذلك غير مستقرة وكثيرة التردد وميالة إلى التحيز.

2- وجود تسلسل في درجات المحاكم، إذ نجد محاكم دنيا، ومحاكم عليا، وغالبا ماتكون المحاكم العليا واحدة، وهي تهدف إلى توحيد الاجتهاد القضائي بالدولة. ومن ثم تتقيد المحاكم الدنيا بما يصدر عن المحاكم العليا من قرارات وأحكام.

ولئن كانت القوانين الحديثة ذات الإتجاه اللاتيني لاتعتبر القضاء ذا قوة في خلق القواعد القانونية، فإن جانبا من الفقه الفرنسي(2) ومن الفقه العربي(3)،

(1) في مؤلفه السابق ذكره فقرة 334، ص. 147، وانظر كذلك ذ. الترجمان، المرجع السابق، ص. 180.

(2) شأن الاستاذ موري الذي يقول : "يبدو لي أنه لا يوجد أي مبدأ من مبادئ القانون الوضعي الفرنسي يستبعد القضاء كمصدر رسمي بين مصادر القانون" عن ذ. تناغو، المرجع السابق، فقرة 151، ص. 498.

(3) يقول الاستاذ السنهاوري تأكيدا على أهمية القضاء في القانون المدني: "هذه الاحكام - ويقصد أحكام القانون المدني - تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد، =

يرى أن القضاء مصدر رسمي للقانون مادامت توجد محكمة عليا توحد الأحكام، وتوحد تفسير القانون «بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة والمتباينة ما حكمت فيه من أقضية، وبفضل رقابة محكمة النقض وإرشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه، بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء، وقواعد ثابتة يستقر عليها، ويلتزم بها فيما أمامه في المستقبل من أقضية متماثلة، فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع بعينه إلى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتبع في الحال والاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة في صفتها وشروطها. مما يعطيها صفة القاعدة القانونية بالمعنى الصحيح"(1).

وهذا الرأي ليس سليما، ولا يأخذ به إلا البعض القليل من الفقه المعاصر، إذ يتفق غالب الفقهاء على أن وظيفة القاضي هي أعمال حكم القانون لا إنشاؤه.

وإذا كانت القاعدة في القوانين الحديثة أن القضاء مصدر تفسيري فقط، فإن ثمة استثناء يرد على هذه القاعدة، يتمثل في الأنظمة الأنجلو سكسونية، ففي هذه الأنظمة يتميز القضاء بنوع من الإلزام، حيث تعد أحكام مجلس اللوردات في

= فقد انتفع هذا التقنين انتفاعا بعيد المدى بالقضاء المصري السابق من وطني مختلط وقتن المبادئ الهامة التي أقرها هذا القضاء في خلال سبعين عاما عمل فيها في ظل التقنين القديم انظر الوسيط، المجلد الأول والمرجع السابق، ص. 70 وما بعدها.

(1) ذ، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 396.

ولا أدل على أهمية الفقه من وجود ما يعرف بالتفسير الفقهي الذي يسعى إلى توضيح اللبس الذي ينتاب النصوص التشريعية والقواعد القانونية، ومن ثم ماساغ تجاهل أهمية الفقه في مساعدة كل من القضاء والمشرع، فبالنسبة للقضاء، يقوم الفقهاء باقتراح مجموعة من التفسيرات للنصوص، هذه الاقتراحات التي تنير الطريق أمام القضاة وهم ينظرون في الدعاوي خصوصا إذا كانت الاقتراحات مضمنة في تعليقات على قرارات قضائية أو في إطار أبحاث علمية.

أما بالنسبة للتشريع، فمعلوم أن كل مشرع يواجه ثلاثة مشاكل، أولها مشكل الثغرات، والثاني مشكل التطوير، والثالث مشكل الملاءمة، فيسعى كل مشرع إلى سد الثغرات التي تعتور النصوص السابقة، وذلك بالتأطير القانوني للقضايا التي لم يكن لها إطار قانوني يؤطرها في ظل قانون سابق.

كما يرمي المشرعون إلى جعل النصوص الصادرة عنهم نصوصا قابلة للتطور والتكيف مع عدة وقائع، وحقب زمنية، وذلك حتى لا يقع النص التشريعي في عيب الجمود، وعدم التطور.

هذا ويبقى أمل المشرعين، الملاءمة بين النصوص القانونية وبين متطلبات الافراد داخل المجتمع، فيعملون قدر المستطاع لتحقيق الحد الأكبر والأقصى من هذه الحاجيات والمتطلبات.

إن كل هذه المشاكل التي تعد حقيقة مصاعب أمام المشرع تذلل بفضل جهود الفقهاء، وأبحاثهم، ودراساتهم، إذ غالبا ما تكون هذه الأبحاث وتلك الدراسات واقعية، وتضع في الحسبان التغيرات التي يمكن أن يعرفها الواقع فتقترح ما من شأنه مواجهة الوقائع المتجددة.

والملاحظ أن البعض (1) يرى أن لا أهمية للفقه في مجال القانون، على الرغم من كل الجهود والشروح والأبحاث التي يقدمها. ويستند هذا الرأي إلى أن الفقه يبقى نظريا وعاما لا يسبر أغوار القانون ويبقى سطحي التحليل والنقد. وهذا في نظرنا رأي لا يقبله المنطق القانوني السليم، لأنه قبل دراسة ما يعد عمليا أو تطبيقا، يجب معرفة واستيعاب النظري استيعابا ومعرفة دقيقين، فلا يتصور أن يحكم قاض أو يدافع محام، في قضية معينة دون أن يكونا على بينة ودراية بالنظرية المتصلة بالموضوع محل الحكم أو الدفاع وبالقواعد التي تحكمها.

ومن ثم فإن استبعاد الفقه كعنصر مؤثر في المجال القانوني لا شيء إلا لأنه ذو طابع نظري، رأي مبالغ فيه، وينبع من مواقف ذاتية لاصلة لها بما يعرف بالموضوعية. فلا النظري يستغني عن العملي، ولا العملي يقوم دون النظري لأنهما شيان متلازمان لا ينفصلان.

ثانيا، التطور التاريخي للفقه

1- في القانون الروماني

كان الفقه في القانون الروماني أحد المصادر الرسمية للقانون، إذ ساهم وبشكل كبير في تكوين هذا القانون بعد أن مر -الفقه، بالمراحل التالية :

المرحلة الأولى : وهي التي اقتصر فيها الفقه على نخبة من المجتمع اليوناني وهي نخبة رجال الدين. حيث كانوا يستفتون في العديد من الأمور المتصلة بحياة الافراد وعلاقاتهم، فيفتون بما لديهم من علم في الفتوى ويبينون للمستفتين ما بدالهم غامضا ومستعصي الفهم.

(1) المقصود بالبعض هنا بعض القضاة وبعض المحامين وبعض المشتغلين بالمجال القانوني من الناحية العملية.

2- في الشريعة الإسلامية

رغم أن المصادر الرئيسية للشريعة في عهد الرسول (ص) هي القرآن والسنة، فإن العهود الإسلامية اللاحقة، أنتجت مصادر أخرى أضيفت إلى هذين المصدرين الأساسيين وهي بالأساس الإجماع والقياس أي ما يعرف بالاجتهاد.

ونظرا لأهمية الاجتهاد في الشريعة الإسلامية فسندفصل فيه بعض الشيء.

يقصد بالاجتهاد مايقوم به الفقهاء المجتهدون من جهد في سبيل استنباط الاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية(1) وحسب الاستاذ

(1) لمزيد من المعلومات عن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية راجع مثلا :

- المهدي وافي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق.

- وهبة الزحيلي، الوسيط في اصول الفقه الاسلامي، الجزء الثاني، الاجتهاد وتوابعه جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية، المطبعة الحديثة، دمشق 1401هـ/ 1981م (عدد الطبعة غير مذكور).

- يوسف الكتاني، الحاجة إلى الاجتهاد اليوم ومجالاته، مقال منشور بمجلة رسالة المحامي، إصدار هيئة الرباط العدد السادس اكتوبر 1989، ص. 34 ومايليها.

- مصطفى أحمد الزرقاء، الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون المقارن، تصدرها كلية حقوق مراكش، العدد الثاني 1983، ص. 7 ومابعدها.

- السيد عبد الحسن شرف الدين، النص والاجتهاد طبع دار النهج، لبنان، الطبعة الثانية 1380هـ 1960.

- ابراهيم اسلقيني، اصول الفقه الاسلامي، مطبعة الانشاء، دمشق 1401-1402 / 1981-1982، (عدد الطبعة غير مذكور)، ص. 333 ومابعدها.

- صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام، مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة 1980، ص. 201 ومايليها.

المرحلة الثانية : وهي المرحلة التي أصبح فيها مدونا بالطرق العلمية، وبالتالي أضحي مصدرا رسميا للقانون الروماني، حيث اصطبغ آراء الفقهاء الرومانيين في هذه المرحلة بالصبغة القانونية الملزمة(1) وكان ذلك في المرحلة ما بين 130 قبل الميلاد و284 للميلاد.

وقد خلف فقهاء الرومان ثروة فقهية قانونية عظيمة لم يصلنا منها إلا ماقتنه الامبراطور جوستنيان في موسوعته(2) إلا أنه ابتداء من أواخر القرن الثالث الميلادي، تراجع دور الفقه في القانون الروماني إذ صدر في القرن الخامس للميلاد، في الامبراطوريتين الشرقية والغربية قانون يضيفي الصفة الإلزامية على آراء فقهاء خمسة فقط هم : Paul و Papinien و Gais و Ulpian و Modestinus(3). ولئن كان للفقه في القانون الروماني دور أساسي في تكوين القواعد القانونية فإنه في الشريعة الإسلامية لا يقل عن ذلك أهمية.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة 125، ص. 179 ومابعدها، وانظر في نفس المعنى ذ. الترجمان، المرجع السابق، ص. 194 ومابعدها.

(2) نعمان محمود، موجز للمدخل للقانون النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، طبع دار النهضة العربية بيروت الطبعة الأولى 1975، ص. 99.

(3) نعمان : المرجع السابق، ص. 9 انظر كذلك ذ. علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، طبع دار الفكر العربي، 1984 (عدد الطبعة غير مذكور)، ص. 150 ومابعدها.

- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق طبع الدار الجامعية، بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1987، فقرة 117، ص. 184 ومابعدها.

- محمد ابراهيم دسوقي ، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشور جامعة قار يونس بنغازي ليبيا، الطبعة الثانية 1989، ص. 196.

يوسف الكتاني (1) فإن الاجتهاد هو «استفراغ الواسع في تحصيل الظن بالحكم الشرعي أي استنباط الحكم من دليله» ويشترط في المجتهد عدة شروط منها :

- 1- معرفة القرآن الكريم نصه وظاهره، ومعانيه وألفاظه، ناسخه ومنسوخه.
- 2- معرفة السنة النبوية، سندها وروايتها وحكمها وحال الرواة ونوعها ..
- 3- معرفة اللغة العربية وعلومها من نحو وصرف وإعراب وبلاغة وأدب.
- 4- معرفة أصول الفقه.

5- معرفة الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة.

6- معرفة مقاصد الشريعة الاسلامية العامة.

وينقسم الاجتهاد إلى اجتهاد فردي وهو الاجتهاد بالرأي، وإلى اجتهاد جماعي وهو اجتماع أهل الرأي في الأمة للتشاور في حكم مسألة لانص فيها إذا ما دعت الحاجة إليه وهو الذي يعرف كأصل من أصول الشريعة الاسلامية بالاجماع.

أما عن أقسام المجتهدين، فيرى ابن حزم الظاهري أنهم على ثلاثة :

- مجتهد مصيب يقطع على صوابه عند الله.

- مجتهد مخطئ يقطع على خطئه عند الله.

- مجتهد متوقف فيه لا يدرى أمصيب أم مخطئ عند الله (2).

== فتحي الدريني ، اصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي، مطبعة دار الكتاب 1396-1397/1976-1977 (عد الطبعة غير مذكور).

- محمد بشيري ، مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الاحوال الشخصية، دكتوراه دولة في الحقوق، الدار البيضاء 1995، الجزء الأول، ص، 289 ومايلها.

(1) المرجع السابق، ص. 34.

(2) الكتاني : المرجع السابق، ص. 40.

ويرى بعض الفقه المعاصر (1) أن ثمة نوعين من المجتهدين هنا المجتهد المطلق والمجتهد المقيد. فالمجتهد المطلق هو الذي استكمل أدوات الاجتهاد وحاز شروطه. واستطاع أن ينظر في الأدلة الاجمالية والتفصيلية باطلاق وهو قسمان، مجتهد مطلق مستقل، وهو الذي يجتهد في استنباط الأحكام الشرعية دون تقليد ولا تقيد بأي من المذاهب، ومجتهد مطلق منتسب وهو الذي تتوافر فيه شروط الاجتهاد المطلق لكنه يتقيد بمذهب من المذاهب الفقهية كالذهب المالكي أو المذهب الحنفي.

أما المجتهد المقيد فهو الذي يقلد أئمة مذهبه، ومن أمثله هذا النوع. مجتهد الفتوى والحافظ للمذهب.

ولا يمكن تجاهل الدور الذي لعبه الفقه - وهو أحد مظاهر الاجتهاد في الشريعة الاسلامية، لاسيما في الطور الذي بلغ فيه الفقه الاسلامي شأنًا بعيدا في حل المشاكل التي تعترض المسلمين، والتي لم يكن نص عليها لا في القرآن ولا في السنة (2). ففي هذا الطور استجذبت عدة أمور لانص عليها، الامر الذي دفع الخلفاء والفقهاء المسلمين إلى البحث عن حلولها عن طريق الاجتهاد واعمال الرأي والتشاور.

(1) لمزيد من التفصيل راجع رياض، الاطروحة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 519 ومابعدها.

(2) لقد مر الفقه الاسلامي بعدة مراحل يجمعها أغلب الفقهاء المعاصرين في أربعة أطوار أولها طور التأسيس أو النشأة (عهد الرسول) (ص) وثانيها طور النضج والكمال (عهد الخلفاء الراشدين والتابعين) وثالثها، طور التقليد أو الشيخوخة (ابتداء من النصف الثاني من القرن الرابع للهجرة إلى سقوط بغداد سنة 656هـ) ورابعها طور النهضة الحديثة ابتداء من اواخر القرن 14 للهجرة). انظر عن هذه الاطوار: أحمد شوقي، محاضرات في المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، مطبوع على استانسيل، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط توزيع دار الامان الرباط، ص 26 ومابعدها.

فقد كان الخلفاء الراشدون إذا وقعت واقعة بحثوا عن حلها في كتاب الله، فإن لم يجدوا ففي سنة رسول الله (ص)، فإن لم يجدوا جمعوا أهل الرأي وشاوروهم في الأمر وعملوا بما عليه الإجماع.

وفي هذا الخطار روي عن أبي بكر أنه : «إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد ما يقضي به بينهم قضى به، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم بذكر عن رسول الله قضاء فيقول أبو بكر، الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن نجد فيه سنته عن رسول الله، جمع رؤوس الناس وخيارهم فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به وإلا دعا رؤوس المسلمين، فإن اجتمعوا على شيء قضى به» (1).

ونفس ما كان يفعل أبو بكر وعمر، كان يفعله باقي الخلفاء والصحابة والتابعين الآخرين، إلى أن تراجع دور الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية. وقد ساعد على قيام الفقه بالدور المشار إليه إلى حدود تراجع، تدوينه ووضع أسسه، إذ ظهرت مدرستان، الأولى اهتمت برواية الحديث أكثر من اهتمامها بالرأي إلى أن سميت بمدرسة الحديث، وقد كانت سائدة بالحجاز، والثانية أثرت الأخذ بالرأي على أخذها بالرواية حتى عرفت بمدرسة الرأي، وكانت سائدة في العراق (2)، هذا

(1) شوقي، المرجع السابق، ص. 43.

(2) كانت مدرسة الحديث تعتمد على رواية الحديث بشكل واسع، ومن التابعين الذين كونوا هذه المدرسة سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وعبيد الله بن مسعود، وسليمان بن يسار، وخارجة بن زيد بن ثابت، والملاحظ أن عدد الفقهاء سبعة حتى سميت هذه المدرسة بمدرسة الفقهاء السبعة.

=

إلى جانب ظهور المذاهب الفقهية التي كانت نتيجة الاجتهاد أئمة هذه المذاهب (1). ومن الحقائق المسلم بها لدى العديد من الفقهاء المعاصرين أن الفقه الإسلامي - الاجتهاد - آل إلى مستوى من الجمود والتقليد لا يليق به، غير أن الاستاذ الكتاني (2) يرى أن انغلاق باب الاجتهاد لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وفي هذا الصدد يرد على هذا الرأي «لقد أخطأ من قال إن باب الاجتهاد أغلق، أو دعا إلى إغلاقه متذعرا بشتى الوسائل والأسباب، وذلك أن نشاط الفتوى لم ينقطع أبدا طوال تاريخ الفكر الإسلامي، وما زال المفتون في جميع أنحاء العالم الإسلامي يجيبون المتسائلين ويصدرون فتاويهم في كل حين، وكذلك ظل القضاء الشرعي قائما مستمرا، حيث ظلت الأحكام الشرعية تتوالى في الصدور، وهي مثل الفتوى دائما تحمل بين طياتها الجديد، الذي يحل مشاكل الناس ويفصل في منازعاتهم

= أما مدرسة أهل الرأي فقد ساعدت على تنمية الفقه الإسلامي، بأعمال الاجتهاد والرأي ومن اعلامها عبد الله بن مسعود، وعلي بن أبي طالب، وعمر بن الخطاب، إلا أنها اشتهرت على يد فقهاء ستة هم علقمة بن قيس النخعي والاسود بن يزيد النخعي، ومسروق بن الأجدع الهمداني، وعبيدة بن عمرو السلماني، وشريح بن الحارث القاض، والحارث الاعور، وقد كان الاختلاف قائما بين المدرستين في المصدر الثاني للشريعة الإسلامية (السنة) إذ يأخذ أهل الحديث بالسنة المدنية (نسبة إلى المدينة) أما أصحاب الرأي فيعصرون السنة في سنة الرسول وحده، وكذلك كانتا تختلفان في مفهوم الإجماع فأهل الحديث يأخذون بإجماع أهل المدينة، أما أهل الرأي فبإجماع المسلمين، انظر عيد، مبادئ التشريع الإسلامي، المرجع السابق، فقرة 117، ص. 66، ذ. القطن، المرجع السابق، ص. 225 وما بعدها.

(1) المذاهب الفقهية التي كان لها الأثر الكبير في تكوين الشريعة الإسلامية والتي لا تزال سائدة إلى يومنا هذا هي المذهب المالكي، والمذهب الحنفي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي.

(2) الكتاني، المرجع السابق، ص. 46.

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القاعدة القانونية

بعد أن تمر القاعدة من مراحل إنشائها وأن تتمتع بالقوة التنفيذية والالزامية تدخل في مرحلة في غاية الأهمية تكمن في تطبيقها على أرض الواقع، يثار تطبيق القاعدة القانونية ثلاثة مستويات، مستوى الأشخاص والمكان وأخيرا على مستوى الأماكن. وهذه هي المواضيع التي سنعرض لها في هذا المبحث.

المطلب الأول : تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص والمكان

الفقرة الأولى : من حيث الأشخاص

المبدأ العام أن القاعدة القانونية بعد سننها وإصدارها ونشرها تصبح ملزمة لمن وجهت إليهم ولايجوز لأي كان أن يدعي عدم علمه بها، وهذا مايعرف بمبدأ أو قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. وفاد هذه القاعدة أنه بعد نفاذ القانون يصبح جميع المخاطبين به ملزمين بأحكامه ومفترض فيهم العلم بصدوره ولو كانوا حقيقة يجهلونه أو لم يصل إلى علمهم. والواقع أن هذا المبدأ لايساير حقيقة الأمور، لأنه يستحيل أن يكون كل الافراد داخل المجتمع على علم بالقاعدة القانونية الجديدة، ومع ذلك فإنه يؤخذ به لكونه يستند إلى الوضع الغالب، وهو ما يحقق العدالة والمساواة بين جميع من هم معنيون بها، إذ يكونون على مستوى واحد إزاءها. ولو سمح للبعض بالدفع بعدم علمه بها لأدى ذلك إلى انتشار الفوضى وعدم الاستقرار.

== سادسا : أمهات الفقه المالكي. كمدونة الامام مالك وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد والقوانين الفقهية لابن جزي ... انظر بخصوص هذه الكتب ذ. الكشور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون العقود والالتزامات في مجال العقار غير المحفظ، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية بكلية الحقوق بالدار البيضاء، العدد 1984/7، ص. 65 هامش (60).

مثالما تطمئن الفتاوي المستفتين المسلمين وتهديهم إلى ماينبغي عمله وتطبيقه».

ومع أنه من خلال هذا القول، يظهر ترادف كل من الفتوى والقضاء، فإنهما يتميزان عن بعضهما البعض، فالقضاء هو إخبار عن حكم شرعي على وجه الإلزام، أما الفتوى فهي إخبار عن حكم شرعي لاعلى وجه الإلزام(1).

والى جانب القضاء والفتوى هناك مايعرف بالنوازل، وهي فتاوي ترتبط بوقائع معينة وتختص بالحدوث والوقوع، وهي أضبط في التعبير من الفتوى التي تشمل سؤال الناس عن الأحكام الشرعية. سواء حدثت أم لم تحدث، بمعنى أن المسائل عبارة عن تفريعات وفروض. في حين أن النوازل تقتصر على الوقائع الحادثة. وهكذا نجد هذه الأسماء تتردد في كتب الفقه والنوازل بمختلف الصيغ والمسمى واحد ... (2).

(1) الجيدي، مباحث المذهب المالكي بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. 1/1993 ص. 127.

(2) الجيدي : مرجع سابق، ص، 128 ومابعدها. ويلاحظ أن القضاء المغربي كثيرا ما يستعين في بعض أحكامه في مجال الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ بكتب النوازل الآتية:

- أولا : متن الشيخ خليل وشروحه (كشرح الحطاب، والزرقاني والخرشي والدردير والدسوقي والازهري).

- ثانيا : تحفة ابن عاصم الاندلسي وشروحها (كشرح التسولي وميارة، والعراقي والكافي والمهدي الوزاني).

ثالثا : لامية الزقاق وشروحها (كشرح التاودي والهوراري والشداوي وميارة وابن عمر الفاسي والمهدي والوزاني والصنهاجي).

رابعا : منظومة العمل الفاسي لسيد عبد الرحمان الفاسي وشروحها (كشرح المهدي الوزاني والسجلماسي والرباطي وعبد الصمد كنون).

- خامسا : كتب النوازل كالمعيار للونشريسسي، ونوازل المهدي الوزاني (الكبرى والصغرى) ونوازل عبد القادر الفاسي ونوازل الشريف العلمي.

ويسري مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة لكافة القواعد القانونية أيًا كان نوعها أمرة أو مكملة، وأيا كان مصدرها تشريعاً أو عرفاً أو فقهاً إسلامياً، ومع ذلك، فقد ذهب بعض من الفقه إلى القول بسرمان هذا المبدأ بالنسبة للقواعد المكملة استثناءً، إذ يجوز الاعتذار بجهلها، أما القواعد الأمرة فلانقاش في إلزامها وضرورة انصياع الأفراد لمقتضياتها، وهذا موقف مجانب للصواب لأنه يميز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة من حيث القوة الملزمة، وإن كانت الحقيقة خلاف ذلك، فالقواعد القانونية على درجة واحدة من حيث الإلزام، ولا فرق بين الأمرة منها والمكملة، ذلك أن أهم خاصية تميز القاعدة القانونية هي الطابع الملزم سواء كانت أمرة أو مكملة (1).

وبناء على الموقف الفقهي المنتقد والذي أشرنا إليه سلفاً، ظهر اتجاه يخلط بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وقاعدة الغلط في القانون، مع أن البون شاسع بينها.

فيقصد بالأولى رفض أي دفع أو ادعاء بجهل القاعدة القانونية، أما الثانية فيراد بها أن يتولد وهم في ذهن الشخص فيتصور أمراً على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد. ويدخل الغلط في القانون ضمن عيوب الإرادة إلى جانب التدليس والاكراه والغبن، والتي تجيز لمن تعيبت إرادته منها طلب إبطال العقد الذي أبرم تحت تأثير ذلك العيب.

وقد خصص المشرع المغربي الفصل 40 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 12 غشت 1913 للغلط في القانون إذ جاء فيه مايلي: "الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام:

- (1) إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي
- (2) إذا أمكن العذر عنه".

وكما يظهر من الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور يسوغ لمن تعاقد مع الغير تحت وطأة الغلط في القانون أن يطلب إبطال العقد الذي أبرمه بشرط أن يكون هو السبب الوحيد الدافع إلى التعاقد وأن يمكن العذر عنه وإمكانية العذر عن الغلط في القانون، هي التي جعلت الفريق المشار إليه أعلاه يخلط بينه وبين قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

والواقع أن ثمة فرقاً بين الأمرين، فالاعتذار بجهل القانون يعني جهل المعنى بالأمر بحكم القانون مطلقاً، أما الغلط في القانون فلا يعني استبعاد القاعدة القانونية محل الغلط وإنما يقتصر الأمر على الغلط في أحكامها دون جهلها، ومثال ذلك أن يبيع شخص نصيبه في الارث والمتمثل في الثمن في الوقت الذي يرث النصف بدل الثمن. ففي هذه الحالة له أن يطلب إبطال العقد لأنه وقع في غلط في قاعدة الارث التي تحدد نصيبه في التركة.

ومع أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تطبق على كل القواعد القانونية وعلى كل الأفراد المخاطبين بها، فإن بعض القوانين المقارنة (القانونين المصري واللبناني مثلاً) وضعت استثناء على ذلك، تسمح بمقتضاه بالدفع بجهل حكم القانون، كما لو حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من إقليم الدولة، أما في القانون المغربي فلاوجود لمثل هذا الاستثناء، وإن كانت القواعد والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والانصاف تفرض الأخذ بمثل هذا الاستثناء، لأنه لا التزام بمستحيل (1).

(1) لمزيد من المعلومات هو هذه القاعدة انظر :

- كيرة : م.س. بنفس الموضع.
- الصدة : م.س. بنفس الموضع.
- تناغو : م.س. بنفس الموضع.

(1) عن هذا الموقف انظر :

- الصدة : م.س. ف. 138، ص. 194-195.
- كيرة : م.س. ف. 174، ص. 217-218.

الفقرة الثانية : من حيث المكان

يتنازع تطبيق القانون من حيث المكان مبدأن رئيسيان، مبدأ اقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين ويقصد بالأول أن القانون يطبق على كافة الاشخاص المقيمين فوق اقليم الدولة (1)، ولو كانوا أجنبان، ولا يطبق على من لا يوجد فوق اقليمها ولو كان يحمل جنسيتها، أما المبدأ الثاني فيراد به تطبيق قانون الدولة على رعاياها سواء كانوا فوق اقليمها أو خارجه وعدم تطبيق قانونها على الاجانب ولو كانوا يقيمون فوق اقليمها.

وقد وضع مبدأ اقليمية القوانين تجسيدا لسيادة الدول على اقليمها، ويعكس مرحلة كانت فيها الدول لا تتعامل كثيرا مع بعضها البعض، لكن تطور الظروف حيث انتقال وتنقل رعايا الدول من اقليمها إلى إقليم دولة أخرى، أصبح مبدأ الاقليمية سببا في عدة مشاكل، لذلك تم خلق مبدأ شخصية القوانين حيث يطبق القانون الوطني على الشخص المنتمي للدولة استثناء ولو كان مقيما خارج اقليمها، وفي هذا كما هو واضح تنازل نسبي من قبل الدول عن عدم السماح لأي قانون ليطبق فوق ترابها.

والجدير بالذكر أن مبدأ اقليمية القوانين يسري بشكل أساسي بالنسبة لفروع القانون العام كالقانون الدستوري والقانون الاداري والقانون المالي، أما مبدأ شخصية القوانين فيغلب تطبيقه في فروع القانون الخاص شأن القانون المدني، وقانون الاسرة، أو ما يعرف بمدونة الاسرة، والقانون الدولي الخاص، باستثناء القانون الجنائي الذي يطبق تطبيقا اقليميا مالم ينص على خلاف ذلك.

(1) ويشمل اقليم الدولة، اقليمها البري والجوي والبحري.

وقد نص المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية الصادر في 03 اكتوبر 2002 المعدل والمتتم بالقانون 03-03 المتعلق بمكافحة الارهاب على بعض الاستثناءات لتي يطبق فيها القانون الجنائي المغربي وتختص فيها المحاكم المغربية في الفصول من 704 إلى 712. من ذلك على سبيل المثال ما جاء في المادة 3/704 حيث : "يمتد اختصاص المحاكم المغربية فيما يرجع إلى البت في الفعل الرئيسي إلى سائر أفعال المشاركة أو الإخفاء، ولو في حالة ارتكابها خارج المملكة ومن طرف أجنبان"، ومنه أيضا ما جاء في المادة 710 التي تنص على أن : "كل أجنبي يرتكب خارج أراضي المملكة جناية يعاقب عليها القانون المغربي إما بصفته فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا يمكن متابعته والحكم عليه حسب مقتضيات القانون المغربي، إذا كان ضحية هذه الجناية من جنسية مغربية..." (1).

وغير خاف أن القانون المغربي لا يطبق على من يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية من أجنبان، كالسفراء والقناصل وأعضاء السلك الدبلوماسي، إذ يخضعون استثناء على مبدأ اقليمية القوانين لمبدأ شخصية القوانين حيث يطبق عليهم قانون بلدهم الاصلي ولو ارتكبوا أفعالا تعد في نظر القانون المغربي جرائم، ولو ارتكبت فوق اقليمه حتما.

المطلب الثاني : تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان

الفقرة الأولى : إلغاء القانون

المبدأ العام أن القاعدة القانونية تبقى سارية المفعول من تاريخ دخولها حيز

تدريج القوانين

(1) ويمكن لمزيد من الاطلاع على استثناءات مبدأ اقليمية القوانين الرجوع إلى المواد : 707 و 708 و 709 و 711 من قانون المسطرة الجنائية.

قانون الامور المدنية الصادر في 1956
قانون الزواج المختلط
129

إلغاء القانون

التطبيق إلى حين إلغائها بقاعدة جديدة، إما بشكل صريح أو بصورة ضمنية، والسلطة التي تملك الإلغاء هي تلك التي سبق أن أنشأتها أو السلطة الأعلى منها درجة. وهكذا لو ألغت السلطة التنفيذية قانونا صادرا عن البرلمان لكان ذلك غير مقبول، لأن إلغاء القانون لا يمكن أن يتم إلا بواسطة البرلمان نفسه أو من طرف الشعب كسلطة تشريعية عليا بالمغرب في حالة الاستفتاء الذي يعد الطريقة المعتمدة لسن الدستور المغربي، وعلى العكس من ذلك يجوز للبرلمان أن يعتمد إلى وقع القوة الملزمة عن النص التنظيمي الذي وضعت الحكومة باعتبارها سلطة تنظيمية كما يحق للحكومة ذاتها القيام بهذه المهمة مادامت هي التي أنشأتها أول الأمر.

والحقيقة أن ماسبق يرتد إلى مبدئين أساسيين، يكمن الأول في تدرج التشريع وتراتبته، فالدستور وهو أعلى قانون في البلاد يمكنه أن يلغي القانون والنص التنظيمي وتبعاً لذلك، فللسلطة التي وضعت الدستور أن تلغي ماوضعت السلطة التشريعية بمفهومه الضيق (أي البرلمان) وماوضعت السلطة التنفيذية (أي الحكومة).

وللقانون باعتباره أعلى درجة من النص التنظيمي، أن يوقف مفعول هذا الأخير، أما أن يلغي النص التنظيمي القانون أو الدستور فهذا ما لا يمكن تصور ولا القول به.

أما المبدأ الثاني فيتجلى في ضرورة احترام توازي الشكليات، فالنص القانوني الصادر بظهير شريف لا يمكن أن يلغى إلا بنفس الأداة والوسيلة، وهي الظهير، وطبيعي أن ما يصدر بقانون لا يمكن أن يلغى إلا بقانون جديد أو بنص دستوري أعلى منه، أما أن نتصور إلغاء ما يصدر بقانون بواسطة مرسوم فغير ممكن.

الظهير الشريفي لا يمكن أن يلغى إلا بالظهير الشريفي
والقانون لا يمكن أن يلغى إلا بالقانون
والمرسوم لا يمكن أن يلغى إلا بالمرسوم

والإلغاء كما سبق ذكره يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، والإلغاء الصريح هو رفع القوة الملزمة عن القاعدة القديمة صراحة من قبل القاعدة الجديدة، أي أن المشرع يعتمد في النص اللاحق إلى التنصيص على إلغاء أحكام النص السابق، والأمثلة على ذلك كثيرة في قانوننا المغربي نأخذ منها ماورد في المادة 756 من قانون المسطرة الجنائية الصادرة في 3 أكتوبر 2002 حيث :

"تتسخ - أي تلغى - جميع النصوص المخالفة لهذا القانون وعلى الأخص :

1- الظهير الشريف رقم 1-58-261 بتاريخ فاتح شعبان 1378 (10 فبراير 1959) الذي يحتوي على قانون المسطرة الجنائية والنصوص المتممة أو المعدلة له.

2- الفصل 51 من الظهير الشريف الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 شتنبر 1957) بشأن إحداث المجلس الأعلى.

3- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1-74-448 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المتعلق بالاجراءات الانتقالية تطبيقاً للظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1-74-338 بتاريخ 24 من جمادى الآخرة 1394 (15 يوليوز 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة ...".

ومن ذلك أيضا مانصت عليه المادة 394 من مدونة الاسرة الصادرة في 03 فبراير 2004 إذ جاء فيها مايلي :

"تتسخ جميع الاحكام المخالفة لهذه المدونة أو التي قد تكون تكرارا لها، ولاسيما أحكام".

- الظهير الشريف رقم 1-57-343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1377 (22 نونبر 1957) المطبقة بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتابين الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بانحلال ميثاقه كما تم تميمه وتغييره والنصوص المتخذة لتطبيقه.

- الظهير الشريف الصادر في 18 دجنبر 1957 ... المتعلق بالولادة ونتاجها.

- الظهير الشريف ... الصادر في 20 فبراير 1958 ... المتعلق بالوصية.

- الظهير الشريف ... الصادر في 3 أبريل 1958 ... المتعلق بالميراث ...

أما الإلغاء الضمني فهو الذي لا ينص فيه المشرع صراحة على الإلغاء، وإنما ينظم من خلاله موضوعا جزئيا أو كليا سبق أن نظمه قانون قديم، أو يضع قاعدة جديدة تتعارض من القاعدة القديمة.

وقد أشار الفصل 474 من قانون الالتزامات والعقود، إلى نوعي الإلغاء المومأ اليهما أعلاه، إذ نص على ما يلي : "لاتلغى القوانين إلا بقوانين لاحقة، وذلك إذا نصت هذه صراحة على الإلغاء، أو كان القانون الجديد متعارضا مع قانون سابق، أو منظما لكل الموضوع الذي ينظمه".

ومع أن هذا الفصل واضح إلا أنه يثير بعض المشاكل أهمها أن الإلغاء الضمني يتحقق إلا إذا كان النص الجديد والنص القديم من نفس النوع والطبيعة والدرجة (مع أخذ ماسبق ذكره بخصوص إمكانية إلغاء النص الاسمي للنص الأدنى بعين الاعتبار) وكأن يكونا معا نصين عامين أو نصين خاصين، أو يكونا نصين ينظمان الموضوع أو ينظمان الشكل. أما أن يكون أحدهما عاما والآخر خاص، أو أن يكون الأول نصا موضوعيا والثاني شكليا، فلا وجود للإلغاء في مثل هذه الحالة، لأن النص الجديد يقوم فقط بتخصيص النص القديم ويستبعد أحكامه مادامت الأحكام الخاصة موجودة لأنها هي الأولى بالتطبيق(1).

(1) لمزيد من المعلومات حول إلغاء القانون انظر :

-François Terré, Introduction générale au droit, précis, Dalloz, 5ème ed. N. 421, P.450 et S.
-Jacques Ghestin et Gilles Goubiaux: Traité de droit civil, Introduction générale L.G.D.J. (Librairie générale de droit et de jurisprudence 3ème éd. 1990, N.253, P.216 et S.
-François Chabas, Jean Mazeaud, Henri et Léon Mazeau, Leçon de droit civil, Tome 1/ 1er volume introduction à l'étude de droit, Montchrestien. 12ème éd. 2000, N.133, P.231 et S.

الفقرة الثانية : تنازع القوانين في الزمان

من المبادئ المسلم بها في مجال سريان القواعد القانونية، أنها تحكم الوقائع والتصرفات التي تمت في ظلها وقت تمتعها بالطابع الملزم، ولا يجوز أن تطبق على ما تم من وقائع قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل نفاذها، وهذا ما يعبر عنه في الفقه القانوني بمبدأ الاثر الفوري أو المباشر للقاعدة القانونية وبمبدأ عدم رجعية القوانين.

وفي حقيقة الأمر، فإن سريان القاعدة القانونية لا يثير إشكالا متى تعلق الأمر بوقائع نشأت وترتبت آثارها في ظل نفس القاعدة، لكن الأمر يصعب ويدق متى نشأت وقائع تحت إمرة قاعدة قانونية ولم ترتب آثارها إلا في ظل لقاعدة الجديدة، كما لو تعلق الأمر بوصية، أو عقد قرض بفائدة لعدة سنوات، أو زواج أو أهلية أو تقادم. فهذه الوقائع والتصرفات تستغرق زمنا طويلا لا اكتمالها وترتيب نتائجها وهو ما قد يؤدي - وهذا ما يحدث في أغلب الأحيان - إلى استمرار تلك الواقعة أو ذلك التصرف ولو مع إلغاء القاعدة القانونية التي تكون في ظلها.

ومن الأمثلة على التنازع بين القوانين من حيث الزمان نورد الأمثلة الشائعة التالية :

لو كان القانون يمنح الحق للحائز لاكتساب الملكية بالتقادم داخل مدة 10 سنوات ثم صدر قانون يغير من مدة التقادم بأن رفعها أو خفضها، وكما لو اقترح شخص مبلغا بفائدة سعرها 09 بالمائة لمدة عشر سنوات، وقبل أن تنتضي هذه المدة صدر قانون جديد يغير سعر الفائدة. وكما إذا تم إبرام وصية في ظل قانون يوقف نفاذها على الثلث من التركة ثم صدر قانون جديد يجعل الوصية نافذة في حدود الثمن فقط، وكما إذا كان القانون القديم يعتبر بلوغ ثمان عشرة سنة رشدا، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى 21 سنة، في كل هذه

الحالات، وفي حالات أخرى لا يتسع المجال لايرادها هنا، هل نطبق القانون القديم الذي نشأت الواقعة في ظله، أم نحكم للقانون الجديد الذي يترتب الواقعة آثارها في ظله.

اجابة عن مثل هذه الاشكالات، ارتكز المهتمون القانونيون على مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون، ونظرا لأهمية هذين المبدأين سنحاول التفصيل فيهما .

أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد بمبدأ رجعية القوانين أن القانون لا يسري على الوقائع والتصرفات التي نشأت وتمت في الماضي، وإنما يقتصر على الحاضر والمستقبل، وهذا يساير المنطق إذ لا يعقل نخضع وقائع لقانون غير الذي اكتملت في ظله، كما أن ذلك يؤدي إلى تحقيق العدالة واستقرار المعاملات في المجتمع، ويعزز ثقة الافراد في القانون.

ونتيجة لكل هذه المزايا وإخرى غيرها لم تتردد العديد من التشريعات المقارنة في التنصيص على مبدأ عدم رجعية لقوانين في دساتيرها وقوانينها، ولم يخرج المشرع المغربي عن هذه القاعدة إذ نص في الفصل الرابع من الدستور المراجع سنة 1996 على أن: القانون هو أسمى تعبير عن ارادة الأمة، ويجب على الجميع الامتثال له وليس للقانون أثر رجعي"، كما نص على نفس المبدأ في الفصل 4 من القانون الجنائي الصادر سنة 1962 إذ جاء فيه أنه: "لا يؤخذ أحد على فعل لم يكن يعتبر جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه".

وقد تطرقت نظريتان لمشكل تنازع القوانين في الزمان مقترحة الحلول التي تراها مناسبة لذلك مرتكزة على مبدأ عدم رجعية القوانين على وجه الخصوص إلى جانب مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون.

1- النظرية التقليدية

تستند النظرية التقليدية على مبدأ عدم رجعية القوانين في حلها لمشكل تنازع القوانين في الزمان، وذلك بالارتكاز على معيار أساسي هو التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، مؤكدة على وجود استثناءات على مبدأ عدم الرجعية.

وقد انتشرت هذه النظرية بشكل كبير في القرن العشرين إلى أن ظهر قصورها في أواخره بالنظر إلى عدم دقة المعيار الذي تركز عليه (التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل) وإلى خلطها بين الأثر الرجعي للقانون والأثر الفوري له.

وأكدت النظرية التقليدية على مبدأ أساسي مفاده أن القانون لا يسري بأثر رجعي متى تعلق الأمر بحق مكتسب، أما إذا كان مجرد أمل فيمكن أن يطبق عليه رجعياً، لكن المشكل الذي بقي عالقا رغم الاتفاق على المبدأ، هو أن أنصارها لم يتفقوا على تعريف واحد للحق المكتسب ولجورد الأمل، ففريق عرفه "بأنه الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه، وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذي يقوم على سند قانوني، أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقاً قد تتحقق وقد لا تتحقق" (1).

ومن الأمثلة التي يضربها أنصار النظرية التقليدية في التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، ما يتعلق بالميراث، فما يكون للوارث في حياة المورث ليس سوى مجرد أمل، أما حين وفاته فإنه يصبح حقاً مكتسباً ولو صدر قانون جديد في حياة المورث، فإنه يسري بأثر رجعي ويغير نصيب الميراث لأن الوارث لم يكتسب الحق بعد، وإنما يتمنى اكتسابه فحسب، أما إذا توفي المورث فإن القانون الجديد

(1) الصدة، م.س.، فقرة 161، ص. 225.

نفس الشيء يقال بالنسبة للقانون الجنائي الاصلح للمتهم، في ان يتمتع المتهم بالتخفيض الذي جاء به القانون الجديد، ليعني أنه طبق بآثر رجعي، وانما بآثر فوري ومباشر مادام الحكم النهائي لم يصدر بعد، ففي الفترة بين ارتكاب الجريمة وصدر الحكم النهائي فيها يعد المتهم بريئا مالم تثبت إدانته نهائيا، ويكون صاحب حق في التمتع بكل تخفيف أو تخفيض يأتي به أي قانون جديد مادام الحكم النهائي لم يصدر بعد.

2- النظرية الحديثة

قامت النظرية الحديثة على أنقاض الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية وميزت بشكل دقيق بين الاثر الرجعي والاثر المباشر للقانون، إذ تؤكد أن القانون لايسري بآثر رجعي، لكن متى لايطبق القانون بشكل رجعي ؟

إجابة عن هذا التساؤل جاء فقهاء النظرية الحديثة خاصة روبييه باصطلاح جديد وهو المركز القانوني الذي يمثل الوضع القانوني الذي يكون فيه الشخص ومن ذلك مركز الزوج، ومركز المالك، ومركز المنتفع، ومركز المدين، ومركز الدائن ... لكن يتعين التمييز بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية والقواعد المتعلقة بآثارها (المراكز القانونية).

فبالنسبة للمراكز القانونية التي لا تتطلب زمنا طويلا في تكوينها أو انقضائها فإنها لا تثير أية مشاكل مادام أن القانون لايسري عليها بآثر رجعي، أما المراكز التي تستلزم مدة طويلة لتكوينها وانقضائها كما هو الشأن بالنسبة للتقادم المكسب للحقوق العينية، أو التقادم المسقط للحقوق الشخصية، فإن القانون الجديد يطبق عليها باثر مباشر، أي أن العناصر التي تكونت في ظل القانون القديم تبقى خاضعة له، أما العناصر التي لم تتكون بعد حتى صدور القانون الجديد

فتخضع لهذا القانون، والامثلة على ذلك كثيرة منها (الاهلية، والوصية، والطلاق، والارث).

أما بالنسبة للمراكز القانونية فيميز بين تلك التي تمت في ظل القانون القديم وتكون محكمة به، أما تلك التي لم تتم بعد إلى أن صدر القانون الجديد فإنها تخضع له تطبيقا للاثر المباشر للقانون الجديد (مثال ذلك القرض بفائدة). وتضع النظرية الحديثة على غرار النظرية التقليدية استثناءات على عدم رجعية القانون، غير أنها تقتصر على استثناءين فقط هما النص الصريح على

الرجعية والقوانين التفسيرية.

ثانيا، الاثر المباشر للقانون

يقصد بالآثر المباشر أو الفوري للقانون سريان القانون من تاريخ نفاذه ودخوله حيز التنفيذ وهو بهذه الصورة يكمل مبدأ عدم رجعية القانون، إذ ينطلق من النقطة التي وقف فيها، فإذا كان عدم الرجعية يعني أن القانون لايسري على الماضي، فإن الاثر المباشر يجعل القانون الجديد يسري بالنسبة للحاضر والمستقبل، وهذا هو مايجعل هذا الاخير مكملا لعدم الرجعية، ويمكن أن نضيف أن الاثر الفوري أو المباشر لا يقتصر فقط على تطبيق القانون على الوقائع والتصرفات التي تتم بمجرد دخوله حيز التنفيذ، وانما يلعب دورا اساسيا اخر يكمن في المحافظة على ماتم من وقائع وتصرفات في ظل القانون القديم، فتعتبر استتباعا صحيحة وقائمة قانونا.

على أنه يمكن أحيانا السماح للقانون بأن يسري ولو مع صدور القانون الجديد، وهذا مايعرف بالآثر المستمر للقانون القديم، ويطبق هذا المبدأ بشكل خاص على المراكز العقدية التي يغلب عليها الماضي، فإن الاثر المباشر يسري

الباب الثاني نظرية الحق

تباينت آراء الفقهاء حول تعريف الحق، ففريق يرى أنه قدرة أو سلطة إرادية يمنحها القانون للشخص، وهذا هو التعريف الشخصي وفريق يعرفه بأنه مصلحة يحميها القانون، وهذا هو الاتجاه الموضوعي، أما الفريق الثالث فيجمع بين التعريفين وهو المذهب المختلط، وفي نظر البعض هو "ثبوت قيمة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية" (1).

وتنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق عامة، وحقوق خاصة، وتنقسم الحقوق الخاصة بدورها إلى حقوق مالية وأخرى لها علاقة بالأسرة.

والمأما بمختلف هذه المسائل سنقسم هذا الباب إلى فصلين اثنين نعالج في أولهما أنواع الحقوق، على أن ندرس في الثاني أركان الحق.

(1) الصدة، م.س.ف. 221، ص. 315.

ولزيد من الاطلاع بخصوص تعريف الحق، تراجع المراجع المشار إليها سابقا.

بالنسبة للحاضر والمستقبل، وهذا هو ما يجعل هذا الأخير مكمل لعدم الرجعية. ويمكن أن نضيف أن الأثر الفوري أو المباشر لا يقتصر فقط على تطبيق القانون على الوقائع والتصرفات التي تتم بمجرد دخوله حيز التنفيذ، وإنما يلعب دورا أساسيا آخر يكمن في المحافظة، على ماتم من وقائع وتصرفات في ظل القانون القديم، فتعتبر استتباعا صحيحة وقائمة قانونا.

على أنه يمكن أحيانا السماح للقانون القديم بأن يسري ولو مع صدور القانون الجديد وهذا ما يعرف بالأثر المستمر للقانون القديم.. ويطبق هذا المبدأ بشكل خاص على المراكز العقدية التي يغلب فيها الاتفاق والتراضي بين أطرافها. فلو تم الاتفاق على سعر للفائدة في ظل قانون قديم، فإن هذا السعر يبقى ساري المفعول ولو صدر قانون جديد يعدل أو يغير هذا السعر بشرط أن يتم ذلك في شكل اتفاق تعاقدية.

ومع أن النظرية الحديثة تميزت بدقتها في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون فإنها تعرضت بدورها لبعض الانتقادات خصوصا بالنسبة لتطبيق الأثر المستمر للقانون القديم، وجعله مقتصرًا على المراكز العقدية دون الأنظمة القانونية، وكذلك بالنسبة للنظام العام الذي جعلته معيارا لتطبيق الأثر المباشر أو الأثر المستمر للقانون القديم، حيث يكتنفه الغموض وعدم الوضوح (1).

(1) لمزيد من الايضاح حول النظريتين التقليدية والحديثة راجع :

- الصدة : م.س. بنفس الموضوع.

- كيرة، م.س.ف. 184، ص. 338 ومايليها.

- تنافو، م.س.ف. 202، ص. 635 ومابعدها.

- جلال السعيد، م.س.ص. 17 ومايليها.

-Terré, Op.cit, N.438, P.466 et S.

-Ghestin et Goubeau, Op.cit; N.337, P.299 et S.

-Chabas et frères Mazeau, Op.cit, N.140, P.237 et S.

الفصل الأول أنواع الحقوق

المبحث الأول : الحقوق السياسية والحقوق العامة المطلب الأول : الحقوق السياسية

يُميز عادة بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية ويقصد بالأولى مايسمح للشخص ويمكنه من أن يشارك ويساهم في إدارة الشؤون العامة لبلده، وتثبت هذه الحقوق للشخص بمقتضى الرابطة التي تجمعها ببلده ألا وهي الجنسية، والامثلة على الحقوق السياسية كثيرة منها الحق في الانتخاب، والحق في الترشيح، والحق في تولي الوظائف العمومية.

وقد عملت الدساتير الحديثة على تكريس هذه الحقوق، ففي الفصل الثاني عشر من الدستور المغربي المراجع سنة 1996 نص المشرع على أنه "يمكن لجميع المواطنين أن يتقلدوا الوظائف والمناصب العمومية، وهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة لنيلها". كما سبق في الفصل الثامن أن أشار إلى بعض من هذه الحقوق حين قضى بأن "الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية.

لكل مواطن ذكر أو أنثى الحق في أن يكون ناخبا إذا كان بالغاً سن الرشد ومتمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية".

ومع أن المواطنين - على خلاف الأجانب - يتمتعون بالحقوق المشار

المطلب الثاني : الحقوق العامة

الحقوق العامة أو الحقوق الشخصية أو حقوق الانسان هي التي تثبت للفرد باعتبارها مقومات شخصية، وهي التي تكفل للشخص الحماية اللازمة له على كافة المستويات، بدنية وعقلية ومعنوية ومادية، كالحق في الحرية، والحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية والعقلية والحق في التربية والحق في الصحة، والحق في التعليم، والحق في الترفيه بالنسبة للأطفال.

ويعد فقهاء نظرية العقد الاجتماعي بزعامة جان جاك روسو أول من دافع عن حقوق الانسان، أو الحقوق العامة في العصر الحديث وهم يبحثون في العلاقة بين الحاكم والمحكوم، وعرفت هذه الحقوق تطورا هاما بعد ذلك، إذ أصبحت ضمن النقاط والمسائل التي أعارتها هيئة الامم المتحدة اهتماما خاصا، حيث أصدرت إعلانا دوليا لحقوق الانسان في سنة 1948، وإن كانت الثورة الفرنسية التي تمت سنة 1789 قد سبقت الى اصدار وثيقة تتعلق بحقوق الانسان، والواقع أن الاعلان الدولي أو العالمي لحقوق الانسان جاء متداركا للنقص الذي ساد الوثيقة التي قررتها الثورة الفرنسية، بالنظر إلى أن الأول عني بما يسمى بالديمقراطية الاجتماعية حيث الاعتناء بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، أما الاعلان الصادر عن الثورة فكان يتضمن الحقوق السياسية فحسب(1).

(1) لمزيد من الاطلاع انظر :

- كيرة ، م.س فقرة 232، ص. 448 ومايليها.

- توفيق العطار : مدخل لدراسة القانون، م.س. ف. 172، ص. 360 ومابعدها.

- رمضان أبو السعود ومحمد محمود، المبادئ الاساسية في القانون، م.س. ص. 183 ومايليها.

-Terré, Introduction générale au droit, Op.cit, N.255, P.283 et S.

-François Chabas et Mazeau, Op.cit, N.158, P.268 et S.

اليها أعلاه، فإنهم من ناحية أخرى ملزمون بالقيام ببعض الواجبات تجاه بلدهم شأن المساهمة في التكاليف العمومية، وفي الدفاع عن الوطن، وكذا تحملهم على وجه التضامن التكاليف والاعباء الناتجة عن الكوارث التي تصيب بلدهم.

وعمل الدستور المغربي على ترجمة بعض من هذه التكاليف في الفصول 16 و17 و18 إذ جاء في الأول أنه "على المواطنين جميعهم أن يساهموا في الدفاع عن الوطن". وورد في الثاني أنه "على الجميع أن يتحمل كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية التي للقانون وحده الصلاحية لاحتادها وتوزيعها حسب الاجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور"، وأما الفصل 18 فقد نص على أنه "على الجميع أن يتحملوا متضامنين التكاليف الناتجة عن الكوارث التي تصيب البلاد".

ومن الخصائص التي تميز الحقوق السياسية ، أنها حكر على الذين يحملون جنسية الدولة ويرتبطون بها الرباط الوثيق، وإن كانت مع ذلك تثبت لمن توافرت فيهم الشروط الخاصة التي يستلزمها القانون.

أما الحقوق المدنية فهي تلك التي يقررها القانون، لحماية الشخص داخل المجتمع من حيث حريته وأمواله وعقيدته وحرية في التعاقد، وتتميز هذه الحقوق بكونها ضرورية لوجود الإنسان، كالحق في الحياة مثلا، وهي بذلك تختلف عن الحقوق السياسية إذ لاتعد ضرورية ولايتوقف وجود الشخص عليها، وإنما يمكن أن يعيش بشكل عادي دونما حاجة لممارستها، إذ يجوز للشخص أن يصوت في الانتخابات كما يمكنه صرف النظر عن ذلك.

وتعزيزا لمكانة حقوق الانسان دوليا صدرت عدة عهود ومواثيق دولية منها مايكتسي طابعا عاما، ومنها مايتميز بطابع خاص، ومنها يقتصر على إقليم معين لا يخرج عنه.

ولم يأل المغرب جهدا في النهوض بمجال حقوق الانسان، إن على المستوى الرسمي أو على صعيد المجتمع المدني، حيث تم إحداث وزارة خاصة بحقوق الانسان قبل أن تلحق بوزارة العدل، وتم إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الانسان منذ مطلع التسعينيات، إلى جانب خلق هيئة الانصاف والمصالحة التي قامت خلال سنة 2005 بجلسات عمومية للاستماع لأولئك الذين تعرضوا للتعذيب والترهيب الماديين والمعنويين ما بين سنتي 1956 و1999.

أما على صعيد المجتمع المدني، فقد ظهرت عدة جمعيات ومنتديات ومنظمات تعمل كلها إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة في مجال حقوق الانسان، ونذكر من ذلك على سبيل المثال لا الحصر ومن غير إقصاء آلية جهة، المنظمة المغربية لحقوق الانسان والجمعية المغربية لحقوق الإنسان، ولجنة الدفاع عن حقوق الانسان، هذا فضلا عن عدة مؤسسات ومراكز للاستماع في مجال حقوق الانسان بصفة عامة وحقوق المرأة والطفل بوجه خاص.

من جانب آخر فقد كرس الدستور بعضا من هذه الحقوق وتولى التنصيص عليها من ذلك مثلا ماورد في الفصل التاسع الذي يؤكد أن الدستور يضمن لجميع المواطنين : "حرية التجول وحرية الاستقرار بجميع أرجاء المملكة.

- حرية الرأي وحرية التعبير بجميع أشكاله وحرية الاجتماع.
- حرية تأسيس الجمعيات وحرية الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية حسب اختيارهم.

ولا يمكن أن يوضع حد لممارسة هذه الحريات الا بمقتضى القانون".

ومن ذلك أيضا حماية سرية المراسلات (الفصل 11) وحرمة المنازل إذ لا تنتهك حرمتها بالتفتيش أو التحقيق خارج ما يقضي به القانون (الفصل 10) وضمان حق الاضراب (الفصل 14)، وحق الملكية وحرية المبادرة الخاصة (الفصل 15).

وضمنا لهذه الحقوق صدرت العديد من القوانين والتشريعات التي تنص على معاقبة كل من مس هذه الحريات أو خالف المقتضيات الدستورية أو القانونية التي تنظمها، وتنص كذلك على منح هذه الحقوق لأصحابها، كالقوانين المتعلقة بممارسة الحريات العامة، شأن قانون الصحافة، وقانون تأسيس الجمعيات، والقيام بالتجمعات العمومية والتي عرفت تعديلات عديدة منذ سنة 1958 وإلى غاية سنة 2002.

المبحث الثاني : الحقوق المالية والحقوق الاسرية

المطلب الأول : الحقوق المالية

تنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وأخرى شخصية، والحق العيني هو سلطة مباشرة يمارسها شخص على شيء معين دون وساطة من أحد، أما الحق الشخصي أو الالتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يلتزم المدين بمقتضاها إما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل(1).

الفقرة الأولى: الحقوق العينية

كما سبق القول فالحق العيني هو تلك السلطة المباشرة التي يمارسها الشخص على شيء دون أن يحتاج إلى وسيط في تلك العملية. والحقوق العينية إما أصلية أو تبعية. والحق العيني الأصلي هو ذلك الحق الذي يقوم بذاته ولا يحتاج إلى غيره، أما الحق العيني التبعية فهو الذي لا يمكن أن يقوم إلا بوجود حق يرتكز عليه. وقد نظم المشرع المغربي الحقوق العينية وهي : حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، وحق الكراء الطويل الأمد، وحق السطحية، وحق الاستعمال والسكنى، والرهن الحيازي، والرهن الرسمي والامتياز، والحقوق العرفية الاسلامية والأحباس(2).

(1) عن هذين التعريفين راجع :

- مامون الكزبري : نظرية الالتزام، م.س. ج.1. ص. 230 ومايليها.

- اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ج.1، ص. 190 ومابعدها.

- السنهوري : م.س. المجلد الأول، مصادر الالتزام، ص. 180 ومابعدها.

(2) لأخذ فكرة عن التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي راجع :

- مامون الكزبري، التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء

التشريع المغربي، ج.2، الحقوق الأصلية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2،

1987، ص. 12 ومايليها.

- ابن معجوز المزغراني، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي،

مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط1/1990، ص 100 ومابعدها.

1- حق الملكية

عرف الفصل 9 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة حق الملكية بأنه حق التمتع والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق، استعمالا تمنعه القوانين أو الأنظمة.

من خلال هذا التعريف يتبين أن حق الملكية يمنح صاحبه مكنة التمتع والتصرف في العقار الذي يملكه. والحقيقة أنه يمنح ثلاث صلاحيات للمالك أولا حق الاستغلال فيما يغله الشيء من ثمار سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية، وثانيا حق الاستعمال، إذ يجوز له استعماله بحسب ما أعد له ووفق طبيعته، وثالثا حق التصرف سواء بصورة قانونية شأن ببيع أو إكراه أو التنازل عنه أو بصورة مادية كإجراء ما يراه مناسبا من ترميمات أو تعديلات في الشيء محل الحق.

ويشمل حق الملكية كل ما يضم إليه وما يدمج فيه بالالتصاق طبيعيا أو اصطناعيا، وهكذا تعود ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية ونتاج الحيوان للمالك بطريق الالتصاق.

والالتصاق إما أن يكون طبيعيا وهو ما يضم إلى الملكية بحكم طبيعة الامور كما لو تغير مجرى النهر مثلا فانضمت بضعة أمتار إلى الملكية، فإن هذه الامتار تؤول ملكيتها إلى صاحب حق الملكية، أو أن يكون صناعيا حيث يتدخل الانسان في عملية الالتصاق. وقد نص عليها الفصل 13 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة حيث قضى بأنه "إذا حرث شخص حقلا لا يملكه وجب تعيين الحالات الآتية :

إن حرثه عن سوء نية فله الملك الحق في أخذ الحصولات بدون أداء صائر

مادام وقت البذور لم يفت بعد، فإن فوات وقت البذور لم يكن للمالك إلا الحق في الكراء.

وبالعكس من ذلك، إذا كان الغير ذا نية حسنة كالمكتري الذي غرر به فإن المحصولات تكون له على أنه يلزم بأداء الكراء لرب الملك هذا في حالة عدم فوات وقت البذور فقط فإن فوات هذا الوقت لم يسغ لرب الملك أن يطالبه بشيء.

2- حق الانتفاع

عرف الفصل 35 من ظهير 2 يونيو 1915 بأنه حق عيني في التمتع بعقار على ملك الغير ينقضي لزوما بموت المنتفع.

وينقسم الانتفاع بحسب مصدره إلى الانتفاع القانوني وهو الذي يكون مصدره القانون، والانتفاع الاتفاقي أو الارادي أو العقدي وهو الذي يتم بناء على ارادة الشخص، كما لو اتفق شخصان على أن ينتفع الواحد بعقار الآخر لمدة معينة ووفق شروط يتفقان عليها.

ولا يقتصر الانتفاع في الحقوق التي يتقرر بشأنها على الملكية العقارية فقط، وإنما يرد كذلك على حق الكراء الطويل الأمد، وحق السطحية، والرهن الحيازي، وعلى الحقوق العرفية الاسلامية كالجاء والزينة والجلسة والهواء والاستيجار. ويرتب الانتفاع بعد قيامه عدة آثار في مواجهة طرفيه، إذ ينتفع المنتفع بكل ما ينتجه العقار محل الانتفاع من ثمار طبيعية كانت أو صناعية أو مدنية، ويمكنه (أي المنتفع) أن يتمتع شخصيا بحق الانتفاع أو يؤجره أو يفوته أو يبيع حقه أو يتنازل عنه بدون عوض. هذا إلى جانب أنه يستفيد من حقوق الارتفاق المقررة لفائدة العقار كارتفاق المرور، ومقابل ذلك يقدم ضمانا على أن يتمتع كما ينتفع الشخص الحريص على شؤون نفسه، ويلتزم بالاصلاحات الرامية إلى صيانة

العقار المنتفع به، ويلتزم إضافة إلى ذلك، وطيلة مدة الانتفاع بجميع تكاليف العقار السنوية التي تعتبر مرتبطة بالثمار كالضرائب مثلا.

وينتهي الانتفاع حسب الفصل 66 من ظهير 2 يونيو 1915 بأحد الاسباب التالية :

(1) بوفاة المنتفع

(2) بانصرام المدة المحدد للانتفاع

(3) بتلف العقار المقرر عليه الانتفاع تلقا كليا.

3- حق الارتفاق

الارتفاق حسب الفصل 108 من الظهير المذكور أعلاه "تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر" لذلك فهو يقرر لمصلحة العقار وليس لفائدة صاحب العقار.

ويميز بين الارتفاق القانوني والارتفاق الاتفاقي والارتفاق الطبيعي. فبالنسبة للارتفاق القانوني فهو الذي يقرر تحقيقا لمصلحة عامة أو لمنفعة خاصة (الفصل 113)، ومن الارتفاقات القانونية ما تعلق بالجدار والحفر المشتركة والمطلات على ملك الجار وميزاب السقوف وحق المرور، وقد خصص المشرع الفصول من 116 إلى 144 لهذا النوع من الارتفاق.

أما الارتفاق الاتفاقي أو المقرر بفعل الانسان كما يفضل المشرع تسميته بذلك، فهو الذي يتم بناء على اتفاق أطرافه شريطة أن يقرر لفائدة العقار لا لصاحبه، وألا يخالف النظام العام.

أما الارتفاق الطبيعي أو الناشئ عن وضعية الاماكن فهو الذي يقرر لمصلحة

5- حق الكراء الطويل الأمد

يخول الكراء الطويل الأمد للمستأجر حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، وهذا على خلاف الكراء العادي الذي لا يمنح صاحبه سوى حق شخصي حيال المؤجر. وليكون الكراء الطويل الأمد صحيحاً يتعين أن يبرم لمدة تفوق ثمان عشرة سنة ولا تتجاوز تسعة وتسعين سنة، وهي مدة غير خاضعة للتحديد.

ومن خصوصيات الكراء الطويل الأمد أنه يسبزم في صاحبه التمتع بأهلية وحقوق التفويت، وأنه يثبت بالكتابة متى تجاوز سنة وفقاً للفصل 629 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 12 غشت 1913. إضافة إلى ذلك فهو إضافة إلى قابليته للرهن الرسمي، فإنه قابل للتفويت والحجز وفقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.

وينتج الكراء الطويل الأمد عدة آثار في حق طرفيه المكتري والمكري على حد سواء، فلا يجوز للمكتري أن يطلب التخفيض من واجبات الكراء بحجة تلف الملك جزئياً أو بحجة قحط أو حرمان من محصول ما نتيجة حادث فجائي (الفصل 90 من ظهير 2 يونيو 1915)، وفي حالة تخلفه عن أداء وجيبة الكراء سنتين متتابعتين أمكن للمكري بعد أن يوجه إنذاراً ويدون جدوى أن يطلب فسخ الكراء الطويل الأمد قضائياً. كما يجوز للمكري المطالبة بالفسخ إذا لم يلتزم المكتري بالشروط المضمنة بالعقد أو بسبب إلحاقه العقار المكري أضراراً جسيمة (الفصل 91).

ويلتزم المكتري إلى جانب ماسلف. بجميع التكاليف والتحملات التي تقع على العقار كما يمنع عليه القيام بتغييرات في الملك من شأنها الانتقال من قيمته. ومقابل هذه الالتزامات يتمتع بحقوق الارتفاق المقررة لمصلحة العقار كما يحق له أن ينشئه للغير شريطة ألا يتجاوز مدة الكراء الطويل الأمد.

عقار على حساب عقار نتيجة وضعيتهما الطبيعية، وهكذا تسخر الأراضي الواطئة تجاه الأراضي التي تعلوها لتلقي المياه التي تسيل منها سيلاً طبيعياً من غير أن يساهم الشخص في إسالتها.

وبعد أن ينشأ الارتفاق، يصبح لملك العقار المرتفق به ولصاحب العقار المرتفق مجموعة من الحقوق ويلتزم كل منهما ببعض الالتزامات. فمن جهة يجوز لمن له حق الارتفاق أن يقوم بكافة الأعمال اللازمة لاستعمال العقار وصيانتها، على أن يتحمل نفقاتها مالم يتفق هو وصاحب العقار المرتفق به على خلاف ذلك، ومقابل ذلك يلتزم هذا الأخير بعدم الحيلولة دون استعمال العقار من طرف من قرب الارتفاق لمصلحة عقاره.

وينتهي الارتفاق بصورة عامة عندما يصبح العقار محل الارتفاق لايسمح باستعماله على الوجه المقرر.

4- حق الاستعمال والسكنى

يعد حق الاستعمال والسكنى حقين مصغرين لحق الانتفاع ويخضعان كقاعدة عامة للقواعد التي سبق ذكرها بالنسبة للانتفاع، مع مراعاة مقتضيات الخاصة التي تحكمهما، فهما -على غرار الانتفاع- ينشآن وينقضيان بنفس الطرق التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع.

على أن الانتفاع بحقي والاستعمال والسكنى لا يمكن أن يتم مالم يقدم المنتفع الضمانة والبيانات الوصفية للأماكن التي يشملها هذان الحقان.

ويقتصر حق السكنى على ما هو لازم لإسكان من له هذا الحق ولعائلته فقط.

6- حق السطحية

خصص المشرع المغربي في ظهير 2 يونيو 1915 الفصول من 97 إلى 99 لحق السطحية مكددا في الفصل 97 أنه حق عيني قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير". وهذا يعني أن حق السطحية مستقل عن حق الملكية رغم وقوعه وتقريره على نفس العقار، والدليل على ذلك أن حق الملكية في الاصل يشمل الاراضي وما فوقها وما تحتها، لكن حق السطحية الذي يمكن أن ينشأ بإرادة أطرافه يقتصر على سطح ذلك العقار، وينتشر هذا النوع من الحقوق العينية في بعض المناطق الصحراوية المغربية.

ومن خصوصيات حق السطحية وعلى غرار حق الكراء الطويل الامد، أنه يمنح صاحبه حق تفويته ورهنه رهنا رسميا، فضلا عن إمكانية ترتيب حق الارتفاق عليه شريطة عدم تجاوز الحدود التي يسمح بها حق السطحية ذاته، وينقضي حق السطحية كما ينص على ذلك الفصل 99 :

"أولا : باتحاده مع حق الملكية في شخص واحد

ثانيا : بتلف الملك".

ويتم الاتحاد الذي ذكره المشرع في الفصل أعلاه، بأيلولة ملكية العقار التي صاحب حق السطحية فيصبح مالكا له بكل مشتملاته، وقد يؤول إليه إما بعقد أو بنص قانوني كما هو الحال بالنسبة للارث.

7- الأحياس والأوقاف

تعد الاوقاف من المؤسسات الاسلامية المحضة، ذلك أن الفقهاء المسلمين هم الذين سبقوا إلى تنظيمه، وإن كان العرف قبل مجيء الاسلام يتصدقون بشكل شبيه بالصدقة الجارية أو الوقف الاسلامي.

وأول وقف خيري في الاسلام هو مسجد قباء والمسجد النبوي الذي بناه الرسول (ص) حين قدومه إلى المدينة مهاجرا من مكة، وقد سار على هذه الخطة الصحابة الكرام ومن تبعهم من أولي الأمر(1).

وكان نظام الوقف سائدا بالمغرب قبل الحماية بنفس الطريقة التي كان سائدا بها بالأندلس، غير أن فرض الحماية على المغرب دفع إلى التفكير في تنظيم الوقف، وهذا ماتم فعلا إذ صدرت عدة قوانين بهذا الشأن(2).

أما المشرع العقاري المغربي الحالي فقد تناول الأحياس في الفقرة الثالثة من الفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915، وفي الفصول من 73 إلى 75 منه وطبقا للفصل 75.

"تبقى الأحياس خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الاسلامية التي تجري عليها".

(1) عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الاسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1413هـ / 1992، ص. 16.

(2) من هذه القوانين :

- الظهير الشريف الصادر بتاريخ 25 ذي القعدة عام 1330 (31 أكتوبر 1912) المتعلق بتعيين مدير عموم الأحياس بالمنطقة الخاضعة للإدارة الفرنسية.
- والظهير الشريف الصادر بتاريخ 8 شعبان 1331 (13 يوليوز 1913) المنظم للحبس المعقب أو المشترك والمغير بظهير 8 أكتوبر 1977.
- والظهير الشريف الصادر في 25 يوليوز 1969 الخاص بنقل ملكية الاراضي الفلاحية القابلة للفلاحة أو الصالحة للفلاحة المعتبرة أوقافا عمومية.
- والظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 أبريل 1976 المنظم لوزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية.

وعليه، فإننا سنبحث أحكام الوقف وفق المذهب المالكي باعتباره المذهب الرسمي للدولة المغربية.

1- تعريف الوقف وأركانه وشروطه

"الحبس أموال أوقفها المحبس المسلم، ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس" (1) وهي "جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلة لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس" (2). وهي كذلك، "الأموال التي تخلق مالكة بصفة نهائية عن منفعتها لفائدة إحدى جهات البر (أو لأشخاص طبيعيين) لتنتفع بها طيلة مدة وجودها أو لمدة معينة مع اعتبار أن الرقبة ما تزال مملوكة لصاحبها" (3) وهي حسب الاستاذ محمد الحبيب التجكاني (4) جعل المالك ملكه موقوفا عن التصرف فيه بالبيع أو الهبة مثلاً ثم التصرف بثمرته في سبيل من سبل الخير، إما في نطاق القرابة أو الخواص بصفة عامة، وإما في نطاق جهات البر التي تخدم الصالح العام، المساجد، والقناطر، والطرق، والقيام بشؤون المعوزين، وإعداد العدة للجهات في سبيل حماية الإسلام ونشره".

من خلال هذه التعاريف يتبين أن للاحباس أركاناً أربعة هي: المحبس،

(1) الفصل 73 من ظهير 2 يونيو 1915.

(2) شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، م.س. ص. 20.

(3) ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، م.س. ص. 379.

(4) في مؤلفه، نظام التبرعات في الشريعة الاسلامية، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 1983 (ع ط غ م) ص. 118.

والمحبس عليه، والشئ المحبس وصيغة الحبس (1).

فالمحبس هو من يتخلّى عن ملكه بصفة نهائية لإعطاء منفعة للمحبس عليه، ويشترط أن يكون ذا أهلية كاملة، وأن يكون مالكا للشئ المحبس، وألا يكون مريضاً مرضاً مخوفاً.

أما المحبس عليه، فهو من يستفيد من الحبس سواء كان شخصاً طبيعياً أو غير طبيعياً - كالمسجد والخيرات - ويشترط أن يصدر منه ما يعبر عن قبوله بالوقف، والشئ المحبس هو ما يقع عليه الحبس أو موضوعه، ويمكن أن يكون عقاراً - وهذا هو الأغلب - أو منقولاً، ويظهر ذلك من عموم الفصل 73 من ظهير 2 يونيو 1915 الذي عرف الحبس بقوله الأموال التي يوقفها المحبس لفائدة المحبس عليه، وعبرة الأموال تشمل العقار المنقول.

ومادام الوقف عقداً، كان لابد من الالتزام بصيغة معينة يعبر من خلالها عن إرادة المحبس قولاً أو فعلاً، وفي هذا يقول ابن جزي (2) "وأما الصيغة فهي لفظ الحبس والوقف والصدقة، وكل ما يقتضي ذلك من قول كقوله محرم ولا يباع

(1) لأخذ فكرة عن أركان الحبس راجع مثلاً:

- التجكاني م.س. ص. 121 وما بعدها.

- ابن معجوز، م.س. ص. 380 وما يليها.

- ابن جزي، م.س. ص. 243 وما بعدها.

- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان

الطبعة الأولى 1407 هـ 1987 م، ص. 469 وما بعدها.

(2) ابن جزي، م.س. ص. 243-244، على الرغم من ذلك فبعض الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة يرون أن الوقف تصرف بارادة منفردة لا يحتاج الى قبول، لأنه يتم بالإيجاب وحده، انظر بصدده هذه الاختلافات التجكاني، م.س. ص. 121 وما يليها.

ولا يوهب، ومن فعل كالإذن للناس في الصلاة في الموضع الذي بناه مسجداً، ولا يشترط قبول المحبس عليه، إلا إذا كان معيناً مالكا أمر نفسه.

وليصح الوقف لامناص من توافر بعض الشروط أهمها الحيابة والقبض (1) رغم أن بعض الفقهاء (2) لا يوقفونه على هذين الشرطين. وقد جاء في القوانين الفقهية سيرا مع من يقول بالحوز والقبض أن من شروط الوقف الحوز، فإن مات المحبس أو مرض أو أفلس في الهبة قبل الحوز بطل التحبيس (3)، وفي ذات الاطار يقول ابن معجوز (4). ونظرا إلى أن الحبس نوع من التبرعات التي لا تنتم إلا بالحيابة، فإنه يشترط في صحة الحبس أن يحوزه المحبس أو من ينوب عنه بحيث يشهد العدلان على أن المحبس عليه قد حاز المال المحبس، ولا يكفي مجرد إقرار المحبس أو المحبس عليه بهذه الحيابة، بل لابد من إشهاد البينة على أنها عاينت المحبس عليه يحوز الشيء المحبس.

ب- أنواع الوقف وآثاره

ينقسم الوقف من حيث الجهة الموقوف عليها إلى وقف خيري ووقف ذري، ووقف مشترك، ومن حيث طبيعته إلى وقف عام، ووقف خاص.

وقد تناول ظهير 2 يونيو 1915 أنواع الوقف من حيث الطبيعة ناصا في الفصل 74 على أنه "توجد أحباس عمومية تديرها وزارة الاوقاف وأحباس الزوايا، وأحباس خاصة تباشر عليها الوزارة المذكورة حق الرقابة".

(1) هذا في المذهب المالكي.

(2) فقهاء الشافعية والحنابلة.

(3) ابن جزى، المرجع السابق، ص. 244.

(4) ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، م.س. ص. 386.

لكننا سنعرض للوقف من جهة الموقوف عليه قبل التطرق إليه من حيث طبيعته.

فالوقف الخيري هو "الوقف الذي تكون فيه الجهة الموقوف عليها منذ البدء جهة من جهات الخير، والوقف الذري أو الاهلي هو الذي يقام لفائدة شخص أو أشخاص معينين ودراريهم، أما الوقف المشترك فهو الذي تحبس أعيانه لجهة الخير وللداري في نفس الآن كمن وقف نصف الأرض على جهة خير، والنصف الآخر على ذريته" (1).

وهذا من حيث الجهة الموقوف عليها، أما من حيث طبيعة الحبس، فيميز بين الأحباس العامة، والأحباس الخاصة، فالأولى "توقف على جهة من جهات البر والخير، ولا يكون المحبس عليه شخصا معيناً" (2) وهي تخضع لمجموعة من النصوص القانونية أهمها ظهير 16 شعبان 1331 الموافق لـ 31 يوليوز 1913 بشأن تحسين حالة الأحباس العمومية (3)، أما الأحباس الخاصة وتعرف كذلك بأحباس الزوايا والأحباس المعقبة، فهي التي تم وقفها على أشخاص معينين بذاتهم (4).

(1) شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، م.س. ص. 25.

(2) ابن معجوز، م.س. ص. 388.

(3) السعيد بوركية، خصوصية تشريع الكراء الحبسي والامتيازات التي يضمنها لصالح مؤسسة الاوقاف بالملكة المغربية، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، تصدرها دار الحديث الحسنية الرباط، العدد 1412 هـ/ 1991 م، ص. 13 وما بعدها.

(4) وقد صدر ظهير بتاريخ 2 أكتوبر 1984 يهدف إلى تلافي الخلط الذي قد يقع بين الاوقاف العامة وأملك الخواص، ومما ورد في فصله السادس أنه "تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة لجميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الاسلامي سواء منها ما هو موجود الآن، أو ماسي شيد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومصافاتها".

ومتى اكتملت شروط الحبس انتجت آثارها التي تتمثل أساسا في عدم جواز التصرف في الشيء المحبوس عوضا أو تبرعا من طرف المحبس، وإن كان يجوز أن تصرف ثماره فيما عينه المحبس (1)، وقد أناط المشرع الإشراف على الاحتباس للناظر الذي يعين بمجرد تمام الحبس وذلك من أجل تحقيق الأهداف التي أنشئ لأجلها (2).

8- الحقوق العرفية "الاسلامية" (3)

أ- حق الجلسة

حق الجلسة "كراء على التبقية، الأصل فيه أن صاحب الجلسة لا يخرج من العين إلا برضاه، أو إذا أخل بالمصلحة التي روعيت في إحداثها، ولا يلزم التصريح

(4) ومع أن الفقه يعطي للمالك المحبس - الحق في تعيين أوجه تصريف ثمار المحبس، فإن هذا الرأي ليس على إطلاقه، فالإمام الشافعي يرى أنه لا يبقى للمالك الحق في أن يتدخل في المحبس، لأنه خرج من ملكه والائتمام ابن حنبل يقول بانتقال الملكية من المحبس إلى الموقوف عليه، أما الإمام مالك، فمشهور عنه أن الحبس للمالك لكن ملكيته ناقصة إذ تقتصر على الإشراف فحسب لأداء المهمة الإحسانية التي من أجلها أقيم. للتفصيل في هذه الآراء راجع التيجاني، م.س. ص. 128.

ونعتقد أن المسألة لا تتخذ نفس الصورة في المغرب مادام الفصل 74 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة قد حسم المسألة وهو يعطي حق المراقبة والإشراف لوزارة الأوقاف.

(2) راجع مرسوم 8 أبريل 1979 المتعلق بتعيين لجنة يعهد إليها بتصفية الأوقاف المعقبة والمشاركة.

(3) وضعنا كلمة "الاسلامية" بني مزدوجتين لأن أصل هذه الحقوق محل خلاف، فهناك من يرى أنها عرفية، وهناك من يرى أنها ذات أصل فقهي إسلامي، وسنعود لدراسة هذين الموقفين في المطلب الثاني من هذا المبحث.

بلفظ الجلسة في العقد، بل يكفي أن يشار إلى أنه كراء على التأبيد (1). وهو كذلك انتفاع ناتج عن عقد كراء دائم (2) وهو أيضا: "عقد كراء المحلات الصناعية والحرفية التابعة للدولة أو الوقف، ويلزم صاحبه بتجهيز المحل بما يلزم من المعدات التي تمكنه من أداء العمل مثل الطاحون والفرن والحمام ومعصرة الزيت في مقابل ذلك للمكتري حق البقاء في المحل مادام يدفع مقابل الكراء، ويصبح له حق دائم يجوز له التصرف فيه ويورث من بعده (3).

فصورة الجلسة إذن أنها عقد كراء مقابل مبلغ معلوم يقع على المحلات الصناعية والتجارية، وذلك بهدف تجهيز المكتري للعين المكتراة بالمعدات اللازمة للحرفة التي يزاولها المكتري عادة، أو التي كانت سائدة في المحل (4).

وقد أورد بعض الفقهاء المسلمين (5) فتويين حول الجلسة على الشكل التالي : الأولى تقول إن صاحب الجلسة يقوم بأمر لأصل كل القيام، ويتم ما تتوقف عليه عمارته من إحداث مواعين وآلات تناسب ماهو الأصل معدله.

(1) محيي الدين اسماعيل علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط (ع.وط.ط غ م).

(2) Maurice Morette: Le régime des biens au Maroc, Op.cit, P.200.

وانظر نفس التعريف عند :

-Paul Decroux; Droit marocain, Op.cit, N.708, P.450.

(3) خالد عيد، مدخل لدراسة القانون، م.س. ج. 2، ص. 140.

(4) علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، م.س. ص. 64.

(5) المهدي الوزاني: النوازل الكبرى أو المعيار الجديد 8، الجزء 8، المطبعة الحجرية، ص. 131-132.

والثانية بشأن عقار به حمام عمومي استأجره بناء على حق جلسة ولديه رسم بذلك، وقد أنكر عليه ناظر الوقف حقه زاعما أن السند يتعلق ببيع الأقباب (جمع قب وهو نوع من الأواني) ونحوها إليه ...".

ولما يقوم حق الجلسة، بكل شروطه وأركانه، تترتب ببعض الآثار على صاحب الحق (المكثري) يمكن إجمالها فيما يلي :

1- الالتزام بأداء الوجيبة الكرائية وفق ما اتفق عليه، إلا أن تبدل أحوال العقار بانخفاض أجورها وارتفاعها يسمح بمراجعة تلك الوجيبة بشكل يجعلها عادلة غير مجففة بحق أحد من الطرفين.

2- الالتزام بكل الإصلاحات اللازمة لصيانة العين والمحافظة عليها من التلف والهلاك دون تمييز بين الإصلاحات الجسيمة والإصلاحات اليسيرة، وذلك لأن الكراء على سبيل التأييد وليس مؤقتا (1).

(1) علم الدين، نظم الكراء المغرب، م.س. ص. 71.

ويؤكد الأستاذ السهوري على هذه المسألة قائلا : "يبدو أن مصر والبلاد الإسلامية الأخرى قد عرفت الاجارات الدائمة الطويلة المدة بسبب قيام الوقف بها، فالأعيان الموقوفة وهي خارجة عن التداول تنتهي عادة إلى أن تكون أراضي بور أو ميان مخرجة دون أن يستطيع الوقف أن يصلحها، ولما كانت القيود على إيجار الوقف كثيرة ولا يمكن إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بإذن القاضي وقل أن يوجد مستأجر يقبل هذه القيود ويغامر بالكثير من النفقات لإصلاح العين ثم يخرج منها دون طائل، ولما كان يتدر أن يكون للوقف مال يصلح به أعيانه المخرجة، ولا يستطيع أن يبيعها إلا عن طريق الاستبدال ولا يجد مشتريا إلا بأقل الأثمان، وتنقطع بذلك صلة الوقف بالعين نهائيا، ومن أجل ذلك نشأت فكرة العين الموقوفة المخرجة إيجارا دائما أو لمدة طويلة، فيأخذ الوقف أجرة زهيدة حتى لاتنقطع صلته بالعين من شخص يقوم على إصلاح العين ثم استغلالها بعد ذلك فيسترد مادفع من نفقات كبيرة على المدى الطويل، وقد قامت على هذه الفكرة الأساسية عقود مختلفة : الخلو والمرصد والجدك والكراء وأهمها "الحكر" انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م.س. فقرة 795، ص. 1436 و 1437.

ومقابل هذه الالتزامات يحصل المنتفع بحق الجلسة على استعمال العين بنفسه، واستغلالها والتصرف فيها بعوض أو بغير عوض (1).

ونشير في الختام إلى أن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في ممارسة الشفعة في حالة بيع حق الجلسة، فالبعض (2) يقول بعدم جواز الشفعة في الجلسة في الوقت الذي يرى البعض الآخر (3) جوازها فيها.

ب- حق الجزاء أو حق الاستيجار أو حق الكراء (4)

"حق الجزاء من صور الانتفاع ترد على أرض فضاء تصلح للزراعة أو للبناء قد تكون مملوكة ملكا خاصا، وقد تكون موقوفة أو مملوكة للمخزن" (5) وهو كراء أرض بقصد إحداث بنايات أو أغراس (6) وينشأ هذا الحق على الأراضي الموقوفة الخلاء التي لايجني منها الوقف أية فائدة، فيقوم ناظر الأوقاف بإيجارها ممن

(1) Paul Decroux, Op.cit, N.708, P.450.

(2) أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ج.2 طبعة الرباط 1955، ص. 305 وما بعدها.

- محمد التاودي، حاشيته على شرح البهجة، م.س. ج.2، ص. 119 وما بعدها.

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، م.س. ج.1، ص. 120-121.

(4) لقد عمدنا إلى التسوية بين حق الاستيجار وحق الجزاء، لأنهما في نظرنا حق واحد وليسا حقين مختلفين.

ولانعلم ماكان قصد المشرع المغربي في الفقرة العاشرة من الفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915، حين ربط الجزاء والاستيجار بواو العطف وكان الاصول بالنظر إلى الأحكام المتطابقة للحقين الربط بينهما "بأو" التخييرية.

(5) علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، م.س. ص. 77.

(6) Maurice Morere, Op.cit, P.199 et Decroux, Op.cit, N.710, P.451.

يلتزم باستثمارها زراعة أو بناء(1).

ويعد الجزاء حقا عينيا يقبل التصرف فيه بعوض أو بغير عوض، غير أنه يشبه إلى حد بعيد حق السطحية المنصوص عليها في الفصول من 97 إلى 99 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة لكن مع ذلك فحق السطحية يكون عادة لمدة معينة خلاف الجزاء الذي يكون على التبقية. كما يتباين الجزاء وحق الكراء الطويل الأمد المنصوص عليه في الفصول 87 إلى 96 من نفس الظهير أعلاه، في كون الجزاء كراء دائما، أما الكراء الطويل الأمد فمدته لا تقل عن 18 سنة ولا يمكن أن تتجاوز في جميع الحالات تسعا وتسعين سنة.

(1) تعريف موحد للأستاذ الكزبري، م.س. فقرة 358، ص. 279 والأستاذ خيرى، م.س. ص. 451، م.س. ص. 140.

وقد جاء في إحدى الفتاوى مايلي :

"الجزاء من باب الكراء لكنه محمول على التبقية كما صرح به صاحب المعيار وغيره، وبه جرى العمل وانعقدت عليه الوثائق والاحكام ثم إن انصرم الأمد الذي وقع عليه الانعقاد، وتراضى كل من ناظر الاوقاف ومالك الغرس على شيء فهما على تراضينا عليه من قليل أو كثير، والمعتمد في الوقت السالك بين الناس أن الأمد إذا انصرم فلا بد من توجيه أرباب البصر لتلك الأرض وتقويم جزائها بما ظهر لهم وما خرج في التقويم به يكون الانعقاد وعليه يتعين الاعتماد ولا مقال لناظر الاوقاف أن نقصنوا ولا لمالك الغرس أن زادوا لأنهم عينوا لذلك، وقلدوا به ولا سبيل لمخالفتهم سيما أن انضاف اليهم من اللفيظ (الشهود) الجم الغفير، وشهدوا بما يوافقهم على ذلك التقويم، ولو لم يتبعوا فيما قلدوا لأدى الأمر إلى التهاجر والاختلاف الغير المنقطع الابيري بهذا وقع الفصل وجزم به المتأخرون سالكين في ذلك سبل الاعراف والعادات ورأوا الاضرار في ذلك على الغارس والاعلى جانب الحبس... بخلاف الجزاء المقام على الأرض المملوكة أو المحبسة على معنيين فإن الدخول فيها على عدم التأييد بالمدة نجد الناس يتنافسون في جزاء المساكن والمساجد ولو بأعلى ثمن ويزهدون في جزاء الأرض المملوكة أو المحبوسة على معنيين " المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، م.س. ص. 134-135.

ج- حق الزينة :

حق الزينة "حق يرد على قطعة أرض مملوكة للدولة، أو لأحدى البلديات، ويمكن أن يرد على حق جلسة كما تقدم، وبمقتضى حق الزينة يقوم صاحبه بتحسينات في العقار وبناء منشآت فيه وإحاطته بأسوار لاستخدامه حظيرة للماشية فسمي عندئذ حق الزربية ويؤدي صاحب حق الزينة أجرة إلى المالك أو صاحب الجلسة بصفة دورية"(1).

وهو "عقد بمقتضاه يقيم صاحبه تزيينات للعين وفق الاتفاق(2)، وفي نظر الأستاذ خيرى(3) فهو "حق عيني عقاري يقع على عقار ترجع ملكيته لأمالك الوقف أو الاحباس، ويلتزم صاحب حق الزينة بأداء نجوم دورية للأوقاف، وهي بمثابة أقساط أو عائدات سنوية تستفيد منها الاوقاف، وأن صاحب الحق يبقى من حقه تقديم الكراء حسب تغير الأسعار"، أما الأستاذ الكزبري(4) فيعرفه بأنه "حق يرد على عقار من أملاك الدولة الخاصة ويؤجر لشخص يلتزم بإشادة أو بإجراء تحسينات فيه".

وحق الزينة من الحقوق العينية التي ترد على العقارات فقط دون المنقولات، وهو يقبل التصرف فيه بعوض أو بدون عوض، ولا يمكن الاحتجاج به حتى بين طرفيه إلا بتسجيله وفقا للقانون.

(1) علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، م.س. ص. 86.

(2) Maurice Morere, Op.cit, P.200 et Decroux, Op.cit, N.711, P.451.

(3) خيرى، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، المعارف الجديدة الرباط، ط. 1990/2، ص. 415.

وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الأستاذ خيرى يختلف عن باقي التعاريف، لكونه يقصر حق الزينة على الأملاك المحبسة، في الوقت الذي قد يرد على ملك الدولة الخاص كان محبسا أم لا.

(4) الكزبري، التحفيظ العقاري، والحقوق العينية، م.س. فقرة 358، ص. 279.

د- حق الهواء

حق الهواء "هو الحق المقرر على عمود الهواء فوق مبنى معين، ويقع في الغالب على الأملاك الخاصة في أحياء (المدينة القديمة) بالمدن المغربية الكبيرة ويتمتع صاحب هذا الحق العيني بحق إقامة محل فوق المنزل أو فوق المحل المقرر عليه حق الهواء(1).

وهو "الحق المقرر لشخص في الإفادة من جزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم يستطيع بمقتضاه إشادة بناء فوق البناء القائم فعلا(2).

وقد نص على هذا الحق الفصل 483 من ق.ل.ع إذ جاء فيه "يقع صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العامودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، ويسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده ولكن لايسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العامودي الذي يعلوه بغير رضى البائع الاصيلي"(3).

(1) علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، م.س. ص. 89.
وأنظر كذلك :

Decroux, Op.cit, N.718, P.453.

(2) الكزبري، م.س. فقرة 358، ص. 278.

(3) عن هذا الحق راجع المرجع أعلاه.

وإلى جانب هذه الحقوق هناك حقوق أخرى كحق المفتاح أو الحلاوة ومؤداه "أن يدفع شخص لمالك المنفعة مبلغا مقابل أن يتخلى له عن المنفعة، وهذه هي الصورة المعروفة في مصر بالخلو أو خلو الرجل" وحق الحسكة وهو حق خاص باليهود بالمغرب ومضمونه أنه "أنه إذا أجرة شخص غير اسرائيلي (فردا أو وقفا أو الدومين الخاص للدولة) إلى =

9- الرهون والامتيازات

تعتبر الرهون والامتيازات حقوقا عينية تبعية، لأنها لا تقوم بذاتها، وإنما لابد لقيامها من حق شخصي أو التزام أصلي.

والرهن إما حيازي أو رسمي، ويقصد بالرهن الحيازي حسب الفصل 1170 من ق.ل.ع، ذلك الحق التبعية الذي يتم بواسطة عقد يخصص بموجبه المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا، لضمان الالتزام، ولقيام هذا الرهن لابد من توفر عدة شروط خاصة إلى جانب الشروط العامة اللازمة لقيام العقود، من ذلك ضرورة توفر الراهن على أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون، ولزوم تسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن المرتهن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون (الفصل 1188 من ق.ل.ع).

أما الرهن الرسمي، فهو حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء الالتزام وفق ما نص عليه الفصل 157 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة.

ويخضع الرهن الرسمي كقاعدة عامة لنفس شروط الرهن الحيازي، مع اختلاف في بعض الجوانب شأن عدم ضرورة تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن، إذ يتم الرهن الرسمي بتسجيله بالرسم العقاري دون حاجة إلى تخلي الدائن عن حيازة ملكه الذي قدمه رهنا للالتزام يعد فيه ملتزما.

= أحد الاسرائيليين عقاره وكان الاسرائيلي هو أول مستأجر للعقار (حسك الإسرائيلي القنديل) فيه أي يشعل قنديلا إيدانا بافتتاح العقار".

وإذا كان الرهن الحيازي يرد على المنقول وعلى العقار، لاسيما العقار غير المحفظ فإن الرهن الرسمي لا يقع إلا على العقارات المحفظة، وبعض المنقولات وذلك على سبيل الاستثناء (الطائرة والسفينة مثلا)، وقد حدد الفصل 158 من ظهير 2 يونيو 1915 العقارات القابلة وحدها للرهن الرسمي وهي :

(1) العقارات المشيدة أو غير المشيدة الموجودة في التعامل ويمعيتها ملحقاتها المعتمدة عقارات، (2) الانتفاع بهذه الاملاك بذاتها وملحقاتها وذلك طيلة مدة الانتفاع ، (3) الكراء الطويل الأمد طيلة مدته، (4) حق السطحية المقرر على هذه العقارات ذاتها، (5) الحقوق الإسلامية المشار إليها بالفقرة العاشرة من الفصل الثامن من هذا المرسوم الملكي ...

وسواء تعلق الأمر بالرهن الحيازي على منقول أو على عقار، أو بالرهن الرسمي فإنهما (الرهن الحيازي والرهن الرسمي) يمنحان ميزتين أساسيتين هما الأولوية والتتبع. فأما ميزة الأولوية أو التقدم فتمكن صاحب الرهن (المرتهن) من التقدم وعلى سبيل الأفضلية على غيره من الدائنين الآخرين. أما ميزة التتبع فتدخل صاحبها الحق في تتبع الشيء المرهون ولو انتقل إلى يد أخرى، وهاتان ميزتان تميزان بشكل عام الحقوق العينية التبعية.

ومن الخصائص التي تميز الرهون ، خاصة الرهن الحيازي، أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن، كما ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي وإن كان يجوز أن ينقضي بصورة مستقلة إما بتنازل المرتهن عن الرهن أو بهلاك الشيء المرهون كليا أو باتحاد الذمة، أو بفسخ حق الطرف الذي أنشأ الرهن، أو بانقضاء الاجل الذي عقد الرهن إلى نهايته، أو بتحقق الشرط الفاسخ الذي علق الرهن عليه، أو في حالة الدين بدون اشتراط الرهن، أو ببيع المرهون بيعا صحيحا بناء على طلب دائن سابق في التاريخ (الفصل 123 من ق.ل.ع).

أما بالنسبة للامتيازات فيفرق بين الامتياز على المنقول والامتياز على العقار، ويعرف الامتياز حسب الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود بأنه حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين، أما الامتياز في نظر الفصل 154 من ظهير 2 يونيو 1915 فهو حق عيني تخول بمقتضاه لدائن الأفضلية على باقي الدائنين حتى ولو كانوا دائنين برهن رسمي ...

والامتياز على غرار الرهن يمنح صاحبه التقدم على غيره من الدائنين، ومن خصوصيات الامتياز أنه يعطي لصاحبه حق الأفضلية على صاحب الرهن الرسمي نفسه. وهذا مانص عليه الفصل 154 المشار إليه أعلاه والفصل 1244 الذي ورد فيه أن الدائنين الممتازين مقدم على كافة الديون الأخرى، ولو كانت مضمونة - برهن رسمية، وتحدد الأفضلية بين الدائنين على أساس الأنواع المختلفة للامتيازات. وقد حددت الفصول 1247، 1248 و 1250 أنواع الامتيازات على المنقولات وهي إما عامة أو خاصة. والامتيازات العامة هي التي ترد على كل أموال المدين المنقولة أما الامتيازات الخاصة فهي التي تقتصر على منقولات معينة فقط.

وحدد الفصل 155 من ظهير 2 يونيو 1915 من جهة الديون الذي لها حق امتياز على العقارات ويتعلق الأمر ب :

- (1) المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع الثمن
- (2) حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها ولا يباشر هذا الامتياز الاخير على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات.

الفقرة الثانية : الحقوق الشخصية والحقوق المدنية

أولاً : الحقوق الشخصية

كما مر بنا يعرف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والثاني مدين يلتزم الثاني حيال الأول بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ويسمى الحق الشخصي التزاماً إذا نظرنا إليه من زاوية المدين الملتزم، ويسمى حقاً شخصياً إذا نظرنا إليه من زاوية صاحب الحق (1).

ومن خصائص الحقوق الشخصية مقارنة بالحقوق العينية أنها لا تقع تحت حصر وذلك لأنها تقوم بالأساس على إرادة أطرافها، إذ تتعدد الحقوق الشخصية أو الالتزامات بتعدد توجهات ومصالح الأطراف المتفقة، شريطة، طبعاً ألا تكون مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب الحسنة. أما الحقوق العينية فهي واردة على سبيل الحصر ولا يمكن خلق حق عيني جديد ما لم ينص القانون عليه صراحة. وإذا عدنا إلى القانون المغربي لوجدنا أن الفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915 قد عددها وجعلها مقتصرة على الحقوق التي سبق عرضها سابقاً وهي الملكية، والانتفاع والارتفاق، والاستعمال والسكنى والكراء الطويل الأمد

(1) لمزيد من المعلومات حول تعريف الحق الشخصي راجع :

- الصدة، م.س. ف. 232، ص. 331 وما بعدها.

- عبد الرزاق أحمد السنهازي، م.س.

- اسماعيل علم الدين، م.س.

- حسن كيرة : م.س.

والسطحية والحقوق العرفية الإسلامية والرهن الحيازي والرهن الرسمية والامتيازات.

وقد حاول العديد من الفقهاء التقريب بين الحق الشخصي والحق العيني، فمنهم من يرى أن لافرق بينهما، فإذا كان الحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر هي موضوع الحق، وصاحب الحق والرابطة القانونية، فإن الحق العيني يتكون كذلك من الشيء محل الحق، والسلطة التي هي بدورها رابطة شخصية، والكافة في هذا الخصوص هم من يمثلون الملتزم في الحق الشخصي، إضافة إلى صاحب الحق طبعاً.

ومع أن هذه المحاولة تقرب بين الحقين إلا أنهما يختلفان من حيث عناصرهما.

فإذا كان الحق الشخصي يقوم على ثلاثة عناصر كما سبق وأن أسلفنا، فإن الحق العيني لا يقوم إلا على عنصرين هما صاحب الحق وموضوع أو محل الحق أي الشيء، يضاف إلى ذلك أن الحق الشخصي يقضي تدخل شخص ثالث لتنفيذ الالتزام وهو الملتزم أما الحق العيني فهناك سلطة مباشرة يمارسها الشخص على شيء مادي. وعليه لا يمكن أن نتحدث عن رابطة بين الشخص والشيء.

إلى جانب ما سبق لا يمنح الحق الشخصي لصاحبه ميزة التقدم أو الأفضلية وميزة التتبع، إذ يتساوى الدائن في الالتزام مع غيره من الدائنين إذ ليس أمامه سوى الحصول على حقه بواسطة المحاصة إلى التساوي مع باقي الدائنين. أما الحق العيني فيمنح صاحبه هاتين الميزتين ومن ثم يتقدم على غيره من الدائنين العاديين الذي ليس لهم سوى الدفعة المالية لمدينهم كضمان عام للوفاء.

وعليه، فإن محاولة التقريب بين الحقين تبقى قاصرة وغير موفقة، لأن التفرقة قائمة بينهما بالنظر إلى طبيعة وخصوصيات كل منهما(1).

ثانياً: الحقوق المعنوية

يقصد بالحق المعنوي أو ما يعرف بالملكية المعنوية ذلك الحق الذي يرد على شيء معنوي أو غير مادي، لأنه يتعلق بنتاج الفكر أو الذهن، من ذلك مثلاً حق المؤلف فيما ينتجه من كتب ومقالات وأبحاث ومصنفات علمية أو أدبية، ومنه كذلك حق الفنان فيما ينتجه من مبتكرات وإبداعات فنية سواء تعلق الأمر بالموسيقى أو بالمسرح أو بالرقص، ومنه أيضاً، حقوق الملكية الصناعية، التي تتعلق بما يبتكره الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً من اختراعات صناعية كالعلامات الصناعية أو التجارية، والاسم التجاري وغير ذلك.

وتخضع الحقوق المعنوية بصورة عامة، لحماية قانونية متميزة، فمن الناحية المدنية تثبت تلك الحقوق لأصحابها وينتفعون بثمارها ماداموا على قيد الحياة، بل تنتقل إلى ورثتهم بعد وفاتهم لمدة زمنية قد تطول أو تقصر بحسب القوانين، ولهم الحق في حالة المساس بها المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر بخصوصها، ومن الناحية الجنائية، لم تتردد التشريعات المقارنة في الضرب على يد كل من سولت له نفسه أن يمس بحق من الحقوق العينية، حيث يخضع لعقوبات زجرية

(1) وهناك خصوصيات كثيرة أخرى تميز الحق العيني عن الحق الشخصي منها مثلاً

المدة والحياسة والتقدم.

وللمزيد من الإيضاح راجع :

- لصدمة، م.س.فقرة 247، ص. 356-360.

- حسن كيرة، م.س.م.س.

منها مايتعلق بالجانب المالي كالغرامات، ومنها مايتعلق بالحرية الشخصية كالحبس والسجن.

ولم يخرج المشرع المغربي عن هذه القاعدة إذ خصص قانوناً لحماية جانب من الحقوق المعنوية، ويتعلق بالأمر بقانون الملكية الفكرية والأدبية، وهو القانون الجاري به العمل منذ مطلع القرن الحالي، هذا إلى جانب تخصيص نصوص أخرى للملكية الصناعية، فضلاً عن نصوص متفرقة هنا وهناك لها صلة بالموضوع، وهذا دون أن ننسى النصوص الجنائية التي تعاقب على الأفعال الماسة بالحقوق المعنوية شأن جريمة التقليد مثلاً.

ويتميز الحق المعنوي بعدة خصائص لاسيما في الجانب المالي منه، منها أنه يمكن لصاحب الحق التصرف في ذلك الحق حيث يجوز له نقله إلى غيره أو بيعه أو التنازل عنه، وأنه حق غير قابل للحجز، وأنه يدوم مدة معقولة يسوغ فيها لصاحبه استغلاله والانتفاع به، وأنه ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

المطلب الثاني: حقوق الأسرة

حقوق الأسرة هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره فرداً داخل الأسرة، وتثبت هذه الحقوق إما بسبب الزواج أو النسب، وقد نظمت مدونة الأسرة التي صدرت في 03 فبراير 2004 ودخلت حيز التطبيق في 05 فبراير من نفس السنة أي بعد يومين من إصدارها، حقوق عديدة تدخل في صميم حق الأسرة.

ولمعرفة مختلف هذه الحقوق يمكن تصفح المدونة ولو بشكل سريع من ذلك، ففي كتاب الزواج نجد الحقوق الأسرية التي تترتب على هذا العقد بالنسبة للزوجين معاً، فعليهما ولهما حقوق وواجبات، وفي كتاب الطلاق أو انحلال ميثاق الزوجية، ثمة حقوق لابد من الحفاظ عليها رغم وقوع الطلاق، كالنسب والارث والنفقة

بالنسبة للأطفال، والحقوق المالية المترتبة على الطلاق بالنسبة للزوجة المطلقة وفي مجال الأهلية والنيابة الشرعية، عملت المدونة على حماية حقوق الأطفال والقاصرين بشكل عام، إذ قامت بحمايتهم من كل ما قد يمس بحقوقهم المادية والمعنوية، فمن كان قاصرا لا يصح التصرف بالنسبة له إلا إذا تم وفق الشروط والموجبات التي يستلزمها لقانون، وفي هذا الإطار يلتزم النائب القانوني للقاصر خاصة إذا كان وصيا أو مقدما بتقديم حساب للقاضي المكلف بشؤون القاصرين في العمليات والتصرفات التي أجريت في أمواله. وفي مادة الموارث حددت المدونة الحقوق التي لكل من أفراد الأسرة بعد حلولهم محل الهالك في التركة، فمثلا للزوجة الحق في أن ترث زوجها إذا وافته المنية قبلها وفقا للفرض الشرعي المنصوص عليه وللأبناء والاباء نفس الحق فيمن يرثون وهكذا، وفي مجال الوصية حددت المدونة الحقوق التي يتمتع بها الموصى له، وحرصت على حمايتها تحت طائلة العقوبات والجزاءات المدنية والجنائية المعمول بها.

الفصل الثاني

أركان الحق

المبحث الأول : أطراف الحق

المطلب الأول : الشخص الطبيعي

الفقرة الأولى : أحكام عامة

تثبت الشخصية القانونية للإنسان الذي ولد حيا، أما من ولد ميتا فلا شخصية له، ويمكن مع ذلك وعلى سبيل الاستثناء، أن يتمتع من لم يولد بعد الشخصية كما هو الحال بالنسبة للجنين الذي لم يخرج بعد إلى الوجود.

وإذا كانت بعض القوانين المقارنة قد نصت على ثبوت الشخصية للجنين(1)، فإن قوانين أخرى شأن القانون اللبناني والقانون المغربي لم ينص على مبدأ عام بهذا الخصوص، وإن قررا في نصوص خاصة الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية وذلك بجواز الإيضاء له وانتقال الإرث إليه.

ففي المادة 282 من مدونة الأسرة الصادرة في 03 فبراير 2004 ورد مايلي: "تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو منتظر الوجود". وفي المادة 324 من نفس المدونة جاء مايلي: "يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكما، ويتحقق حياة وارثه بعده".

(1) القانون المصري مثلا.

فمن خلال هاتين المادتين يظهر أن الشخصية القانونية التي تعطي لصاحبها حق التمتع بالحقوق تثبت لا للإنسان الذي ولد وعاش أشهر أو سنوات، وإنما تثبت أيضا لمن لا يزال في رحم أمه.

ولئن كانت الشخصية تثبت للفرد منذ ولادته بل وقبلها، فإنها تستمر إلى حين وفاته، إذ أن الشخص يفقد كل مقومات الشخصية إذا توفي، فلا يتمتع شخصيا بأي حق ولا يتحمل أي التزام، لكن مع ذلك فإن الشخصية تبقى قائمة ولو توفي صاحبها، وذلك إلى حين تصفية تركته، لأن التركة استمرار لشخصية الهالك تنتقل بعد أداء ماعليها من ديون إلى ورثته، وهذا ما يستفاد من المادة 322 من مدونة الاسرة التي ورد فيها أنه :

"تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي :

1- الحقوق المتعلقة بعين التركة

2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف

3- ديون الميت

4- الوصية الصحيحة النافذة

5- الموارث بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

فواضح إذن أن الشخصية تبقى لصيقة وقائمة بالهالك مادامت حقوق التركة لم تخرج بعد، والدليل على ذلك أنه لا يمكن رفع الدعوى ضد الوارث بخصوص الديون التي على التركة، وإنما على الدائنين رفعها في مواجهة التركة، لأنها تتمتع بالشخصية القانونية المعنوية والتركة بداهة هي مجموع ما يخلف الهالك من مال أو حقوق، ماله.

ومع أن الوفاة واقعة لاثير لبسا وغموضا، فإن الموت الحكمي يطرح بعض الاشكالات ويتميز ببعض الخصوصيات بالنسبة للمفقود، والمفقود هو ذلك الشخص الذي لا يعلم مكان وجوده، ولأحققة حياته، فيقاؤه في الحياة غير قطعي، ومن ثم يكون مستصحبيا للحياة من حيث أمواله، إذ لا يرث ولا يقسم إرثه بين ورثته إلا إذا حكم بتمويلته، ويكون محتمل في حق نفسه، وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره (المادة 326 من المدونة).

وليعتبر المفقود ميتا تسري عليه أحكام الوفاة لابد من صدور حكم بتمويلته، ولا يعد هذا الحكم إلا إذا غلب الهلاك عليه ومضت سنة على اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته (المادة 327 من المدونة).

وإذا ظهر أن المفقود المحكوم لا يزال على قيد الحياة، فإنه يتعين اتباع الاجراءات القانونية التي نصت عليها المادتان 75 و76 من مدونة الاسرة ومن هذه الاجراءات تدخل النيابة العامة أو كل من يعنيه الامر لطلب اصدار قرار قضائي بإثبات كونه باقيا على قيد الحياة، وإذا أصدرت المحكمة قرارا أو حكما ببقائه حيا، ألغى مفعول الحكم بتمويلته باستثناء زواج المرأة (أي أرملته) فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها.

وتجدر الإشارة إلى أن الشخصية القانونية مرتبطة وإلى حد كبير بالأهلية، فالأهلية كما هو معلوم من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وقد نظمها مدونة الاسرة في المواد 206 إلى 228.

والأهلية نوعان، أهلية وجوب وأهلية أداء (1). ويقصد بأهلية الوجوب

(1) المادة 206 من المدونة.

"صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها" (1)، أما أهلية الأداء فهي "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها" (2).

وأهلية الوجوب، بالنظر إلى التعريف الذي أعطاه المشرع إياها، قريبة إلى حد التطابق من الشخصية القانونية، لأنهما معا تثبتان للشخص منذ ولادته إلى حين وفاته، باستثناء حالة الجنين وحالة المفقود.

ويعد الإدراك والتمييز مناط الأهلية، فمتى كان الإدراك منعما، كانت الأهلية منعمة، ومتى كان ناقصا كانت الأهلية ناقصة، ومتى كان كاملا كانت الأهلية تباعا لذلك كاملة، فهي إذن تدور وجودا وعدما ونقصانا وكمالا مع الإدراك والتمييز.

والحقيقة أن الأصل في الشخص كمال أهليته، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبتته، غير أنه - وارتباطا بالإدراك - يمكن أن تكون الأهلية منعمة أو ناقصة أو كاملة. وغير خاف أن هذا التدرج ناتج إما عن السن أو عن عوارض تمس الأهلية، هذا إلى جانب أنه يؤثر في التصرفات التي يمكن للشخص مباشرتها.

فمن حيث التدرج، فالسن تلعب دورا أساسيا في كمال أو نقصان أو انعدام الأهلية.

فالصغير الذي لم يبلغ اثنتي عشرة سنة يعد عديم الأهلية (3)، والصغير الذي

(1) المادة 207 من المدونة.

(2) المادة 208 من المدونة.

(3) المادة 217 من المدونة.

أتم السن المذكورة عد مميّزا أو ناقص الأهلية (1)، أما الشخص الذي بلغ سن الثامنة عشرة بدون سفه أو عته فيعد كامل الأهلية (2).

أما من حيث عوارض الأهلية فهي إما جنون أو سفه أو عته.

فبالنسبة للجنون يعد عارضا من عوارض الأهلية التي تؤثر فيها إذ يصبح المصاب بالجنون عديم الأهلية بعدما كان راشدا، سواء كان مطبقا مستغرقا لكل الاوقات وغير متقطع، أو كان متقطعا بحيث يفيق المجنون في فترات دون أخرى، وانعدام الأهلية طبعا لايمس إلا الفترات التي لا يكون فيها المجنون واعيا أو عقل، أما تلك التي يفيق فيها فيعد راشدا وكامل الأهلية.

وقد نصت المادة 217 في فقرتها الثالثة والرابعة على مايلي :

أولا :

ثانيا : المجنون وفاقد العقل

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها ...

أما بخصوص السفه والعته فإنهما عارضان يصيبان أهلية صاحبهما فيجعلانها ناقصة، والسفه هو معروف هو تبذير الاموال فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر بالسفيه أو بأسرته (3). أما العته فهو الاعاقة الذهنية التي لا يستطيع معها المعتوه التحكم في تفكيره وتصرفاته (4).

(1) المادة 214 من المدونة.

(2) المادة 209 من المدونة.

(3) المادة 215 من المدونة.

(4) المادة 216 من نفس المدونة.

وجدير بالذكر أن العته لم يكن في ظل مدونة الاحوال الشخصية لسنة 1958 عارضا من عوارض الأهلية.

وكما سبق ذكره فتدرج الاهلية يؤثر على التصرفات التي يمكن أن يباشرها الشخص، حيث لا يجوز لكل شخص أيا كانت درجة أهليته أن يباشر جميع التصرفات بنفسه وإنما هناك حدود لا يمكن تجاوزها.

فبخصوص تصرفات عديم الاهلية سواء كان صغيرا دون الثانية عشرة أو مجنونا أو فاقد لعقله، تعد باطلة ولا تنتج أي أثر ولو كانت بموافقة نائبه القانوني أو الشرعي (1) أما تصرفات ناقص الأهلية فتكون جائزة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً (كقبول الهبة مثلاً) وتكون باطلة ولو وافق عليها نائبه إذا كانت ضارة له ضرراً محضاً وموقوفة على موافقة النائب الشرعي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع مثلاً (2).

الفقرة الثانية : مميزات الشخصية

تتميز الشخصية القانونية بعدة خصائص هي : الذمة المالية، والحالة، والاسم، والموطن وسنركز في هذا المقام على الاسم والموطن فحسب، نظراً لأهميتهما من الناحية العملية.

أولاً : الاسم

يعد الاسم أهم ما يميز الشخص في حياته، فأما الاسم الشخصي فيميز الشخص عن أفراد عائلته واسرته ، وأما الاسم العائلي فيميز الشخص عن باقي أفراد المجتمع. وقد خصص المشرع المغربي المادتين 20 و 21 من قانون الحالة المدنية الصادر في 2002/10/03 الاسمين العائلي والشخصي إذ نص في المادة 20 على أنه:

(1) المادة 224 من المدونة.

(2) المادة 225 من المدونة.

"يجب على الشخص المسجل في الحالة المدنية لأول مرة، أن يختار لنفسه اسماً عائلياً ويجب ألا يكون الاسم العائلي الذي تم اختياره مخالفاً لاسم أبيه أو ماساً بالاخلاق أو النظام العام أو مثيراً للسخرية أو اسماً شخصياً أو أجنبياً لا يكتسي صبغة مغربية أو اسم مدينة أو قرية أو قبيلة أو اسماً مركباً، إلا إذا كانت عائلة المعني بالأمر من جهة الأب تعرف باسم مركب.

إذا كان الاسم العائلي المختار اسماً شريفاً وجب إثباته بشهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص أو شهادة عدلية لفيفية إذا لم يوجد للشرفاء المنتمي لهم طالب الاسم نقيب.

إن الاسم العائلي المختار، بعد أن يكتسي صبغة نهائية وفقاً للشروط المحددة في النص التنظيمي المتعلق بذلك، يصبح لازماً لصاحبه ولأعقابيه من بعده، ولا يمكنه تغييره بعد ذلك إلا إذا أذن له بموجب مرسوم".

ونصت المادة 21 على أنه :

"يجب أن يكتسي الاسم الشخصي الذي اختاره من يقدم التصريح بالولادة قصد التسجيل في سجلات الحالة المدنية طابعاً مغربياً وألا يكون اسماً عائلياً أو اسماً مركباً من أكثر من اسمين أو اسم مدينة أو قرية أو قبيلة وألا يكون من شأنه أن يمس بالاخلاق أو النظام العام.

ويجب أن يثبت الاسم الشخصي المصرح به قبل الاسم العائلي حين التسجيل في سجل الحالة المدنية وألا يكون مشفوعاً بأي كنية أو صفة مثل "مولاي" أو "سيدي"، أو "لالة".

يجوز لكل مغربي مسجل بالحالة المدنية أن يطلب تغيير اسمه الشخصي، إذا كان له مبرر مقبول بواسطة حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية المختصة".

وإضافة إلى هاتين المادتين اللتين تضعان المبادئ العامة والاساسية لاختيار الاسمين العائلي والشخصي، هناك عدة مواد متفرقة بنفس القانون تتناولهما ولو بصورة غير مباشرة إلى جانب بعض المواد التي خصصها المشرع لهما في المرسوم التطبيقي لقانون الحالة المدنية.

وعموما فمن الركائز التي يقوم عليها اختيار الاسمين الشخصي والعائلي بالمغرب أن يكونا غير مخالفين للنظام العام أو للآداب والأخلاق الحسنة، على أن القانون الجديد للحالة المدنية منع اختيار بعض الاسماء رغم أنها كانت في السابق مقبولة وجائزة قانونا.

فلا يعد مقبولا وفق مقتضيات القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية أن يكون الاسم العائلي مركبا (مثلا الادريسي الحافظي) مالم تكن عائلة المعني بالأمر من جهة الأب معروفة باسم مركب، أو أن يشتق من اسم مدينة (مثلا الكناسي) أو قرية (المحندي) أو قبيلة (الرحماني).

ولاختيار الاسم العائلي لأول مرة يتعين التقدم بالوثائق اللازمة أمام ضابط الحالة المدنية لمكان ولادة المعني بالأمر أو موطنه، وذلك لعرضها على أنظار اللجنة العليا للحالة المدنية الموجودة بالرباط والتي يرأسها مؤرخ المملكة بعضوية قاضي ممثل لوزير العدل وممثل عن وزير الداخلية. وتفحص اللجنة الاسماء المعروضة عليها وتقرر ما إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة قانونا.

وتصبح الاسماء العائلية لازمة ونهائية في مواجهة المعني بالأمر وأعقابها، أما بالنسبة للاسماء التي تم رفضها فترجعها اللجنة إلى ضابط الحالة المدنية المختص لاشعار المعنيين بالامر بذلك ويأمن عليهم اختيار اسماء أخرى(1).

(1) المادة 20 من المرسوم التطبيقي لقانون الحالة المدنية.

ويجوز لكل شخص أن يتقدم بطلب من أجل تغيير اسمه العائلي إلى اللجنة العليا للحالة المدنية مبرزاً الأسباب التي كانت وراء تقديمه لطلب التغيير مرفوقاً بالوثائق التالية :

1- نسخة كاملة من رسم ولادته ونسخة كاملة من رسم ولادة كل واحد من أبنائه،

2- نسخة من سجله العدلي،

3- نسخة من السجل العدلي بالنسبة لابنائه الراشدين،

4- نسخة من عقد ولادة أحد أقاربه من جهة الاب يكون مسجلا في الحالة المدنية ويحمل الاسم المرغوب فيه أو شهادة عدلية أو إدارية تؤيد طلبه،

5- شهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص إذا كان الاسم المطلوب اسما عائليا شريفا.

6- بطاقة عادية يكتب فيها الاسم المراد تغييره والاسم المطلوب بالعربية والأحرف اللاتينية(1).

وتنظر اللجنة العليا بعد توصلها بطلبات تغيير في ماعرض عليها وذلك في إطار جلسات تعقدها بمقر وزارة الداخلية، وتقرر أنئذ قبول التغيير ويتم بواسطة مرسوم يصدر عن الوزير الأول وتوجه نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية المختص وإلى وكيل الملك المختص وتسلم نسخة إلى المعني بالأمر، وتختص اللجنة العليا كذلك بالبث في الطلب المتعلق باختيار الاسم

(1) المادة 21 من المرسوم المذكور أعلاه.

الشخصي إذا سبق أن رفض ضابط الحالة المدنية، وفي حالة قبولها الطلب توجه نسخة من قرارها إلى ضابط الحالة المدنية ليقوم بتسجيل الاسم المختار وتسلم نسخة للمعني بالأمر وتتبع نفس المسطرة في حالة الرفض أيضا، حيث يكون قرار اللجنة إلزاميا في مواجهة كل مكاتب الحالة المدنية.

أما إذا تعلق الأمر بإصلاح أو ادخال الاسم الشخصي أو العائلي بالأحرف اللاتينية فإن الطلب يوجه إلى وزير الداخلية معززا بنسخة كاملة من رسم ولادته وينسخة من رسم ولادة والده فيما يخص الاسم العائلي.

وإذا أذن بالإصلاح أو الإدخال وجه الأذن إلى ضابط الحالة المدنية المختص للقيام بالإصلاح أو الإدخال في طرة الرسم، وكذا إلى وكيل الملك لمباشرة الإصلاح أو الإدخال في نظير السجل المسوك بالمحكمة.

ولم يستثن قانون الحالة المدنية القضاء في مجال الاسم العائلي والاسم الشخصي، إذ يختص بالنظر في طلبات تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية، وطلبات تصحيح الأخطاء الجوهرية التي اعتبرت رسوم الحالة المدنية، ويختص وكيل الملك بمنح الأذن في إصلاح الأخطاء المادية العالقة برسوم الحالة المدنية، وفي حالة رفضه إعطاء الأذن حق لمن يعنيه الأمر رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الابتدائية.

وقد حددت المادة 37 من قانون الحالة المدنية حالات الخطأ المادي فيما يلي:

"إذا حصل تضمين بالرسم على خلاف ماتم التصريح به، وما ثبت بالوثائق المعرزة له".

كما بينت حالات الخطأ الجوهري وهي كالتالي :

- إذا وقع اغفال تضمين بيان بالرسم لعدم التصريح به في حينه

- إذا تبين أن بيانا من البيانات المضنة بالرسم مخالف للواقع

- إذا سجل الرسم تسجيلا مكررا

- إذا اشتمل الرسم على أحد البيانات الممنوع قانونا تضمينها به".

ثانيا : المواطن

يعد المواطن من أهم الخصائص التي ترتبط بشخصية الفرد، لأنه هو مناط الاتصال بالشخص من حيث مراسلته ومكاتبته وتبليغه وجميع الأعمال والتصرفات التي يقوم بها، وتزداد أهمية المواطن إذا علمنا أنه أساسي في المادة المسطرية، إذ ترفع الدعوى كقاعدة عامة وفق الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية الصادر في 28 شتبر 1974، أمام محكمة موطن المدعى عليه، فهو إذن الذي يعطي الاختصاص لمحكمة دون أخرى ولولا المواطن لما عهد النظر في الدعوى إلى هذه المحكمة أو تلك.

ويميز عادة بين المواطن الحقيقي وهو ذلك المكان الذي يمارس فيه الشخص كل أنشطته وأعماله ويقيم فيه بصورة اعتيادية. أما المواطن المختار فهو الذي يخصصه الشخص للقيام بعمل أو نشاط معين فقط، كما هو الحال بالنسبة للتاجر الذي يباشر نشاطا تجاريا بمدينة الرباط، رغم أنه يسافر على موطن آخر يباشر فيه كافة أنشطة التجارة فهذا المواطن سمي مختارا لأن المعنى بالأمر اختاره لممارسة نشاط أو عمل محدد.

وأما المواطن القانوني أو الإلزامي فهو الذي يحدده القانون لشخص معين إما لظروف تعود إلى طبيعة عمله كالموظف، الذي يعد مكان وظيفته موطنه قانونيا، أو لصغر سنه أو وجود عارض من عوارض الأهلية كالمجنون مثلا، حيث يكون موطنه هو موطن نائبه القانوني أو الشرعي.

وسنقتصر في هذا المطلب على بعض من الاشخاص الاعتبارية ونركز على الشركات والجمعيات.

الفقرة الأولى : الشركات

عرف الفصل 982 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 12 غشت 1913 الشركة بأنها : "عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها"، وقد نظم المشرع المغربي الشركة في الفصول من 982 إلى 1063 من قانون الالتزامات والعقود، لكنه لم يقتصر على هذه الفصول التي تتعلق أصلا بالشركة المدنية وبالقواعد العامة للشركات، وإنما قام بإصدار قوانين جديدة في أواخر التسعينيات تتعلق بالشركات التجارية.

وتنقسم الشركات التجارية إلى شركات أموال وهي التي تلعب فيها الاسهم المالية دورا أساسيا، ولا اعتبار للجانب الشخصي للشريك وإلى شركات اشخاص وهي التي يعتد فيها بالعنصر الشخصي أي بالشريك نفسه.

وشركات الأموال تقوم على الاعتبار المالي وهي على وجه الخصوص الشركات مجهولة الاسم أو ما يعرف بشركات المساهمة، وهي التي يقوم عليها الاقتصاد في كل بلاد العالم، وإلى جانب هذا النوع، ثمة شركات التوصية بالاسهم أمام شركات الاشخاص فهي تقوم على الاعتبار الشخصي، ومن أهمها شركة التضامن التي يتحمل فيها كافة الشركاء مسؤولية شخصية وتضامنية غير محدودة عن ديون الشركة وإلى جانبها شركة التوصية البسيطة التي تتكون من صنفين من الشركاء، صنف المساهمين الذين لا يتحملون المسؤولية الشخصية، وصنف المتضامنين الذين يسألون عن ديون الشركة.

فلو أراد شخص رفع دعوى ضد قاصر، فإنه لا يرفعها عليه بموطنه هو إذا كان متوفرا عليه، وإنما بموطن نائبه الشرعي أو القانوني سواء كان وليا أو وصيا أو مقدا.

ولكن، ونتيجة لتعذر توفر الشخص على موطن ببلد معين فإن القوانين ومنها القانون المغربي تفتح المجال لمراسلة ومخاطبة ومقاضاة الشخص بمحل اقامته، فالاجنبي الذي له موطن حقيقي ببلده الاصلي، يتمتع بمحل اقامة بالبلد المضيف، ومن ثم يعتبر محل لاقامة مناطا للاتصال بالشخص ولم لم يكن يتوفر على موطن بهذا البلد.

وقد راعى المشرع المغربي هذه الخصوصية وأكد أن رفع الدعوى يكون بموطن المدعى عليه الحقيقي، وإذا لم يكن هذا الموطن موجودا، ترفع الدعوى عليه بموطنه المختار، وإذا لم يكن متوافرا على موطن فترفع بمحل اقامته (الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية)(1).

المطلب الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتباري

تدخل فكرة الشخص المعنوي أو الاعتباري في اطار ما يعرف ف بالحيل القانونية التي ابتدعها الفقهاء بهدف وضع حل للعديد من المشاكل التي يطرحها الواقع وتعكسها القضايا والنوازل.

ويميز عادة بين الشخص المعنوي العام والشخص المعنوي الخاص، ومن أشخاص القانون العام الدولة، والجماعات المحلية، والمرافق العمومية. ومن الأشخاص المعنوية الخاصة الشركات والنقابات والتعاونيات والجمعيات والمنظمات والوداديات.

(1) لمزيد من التفصيل في هذه النقطة راجع : عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ط. 2/2003، ص. 61 وما يليها.

إضافة إلى شركات الاموال وشركات الاشخاص السابق ذكرها هناك نوع خاص يجمع بين خصائص شركات الاموال وخصائص شركات الاشخاص، وهو الذي يعرف بالشركة ذات المسؤولية المحددة.

الفقرة الثانية الجمعيات

الجمعية هي "اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الارباح فيما بينهم. وتجري عليها فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود والالتزامات(1).

وتختلف الجمعية عن الشركة، ذلك أن الاولى لاترمي إلى تحقيق الربح في الوقت الذي تقوم الثانية على استفادة أعضائها -الشركاء- من الارباح التي تحققها وتتنوع المجالات التي تعمل فيها الجمعيات، فهناك جمعيات تنموية، وجمعيات ثقافية وأخرى فنية، إلى جانب الجمعيات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والحقوقى وغير ذلك من الانواع، كما تتنوع الجمعيات بحسب نطاق عملها فهناك جمعيات دولية، وثمة جمعيات وطنية أو اقليمية، وهناك أخرى ذات صبغة محلية.

وأضحت الجمعيات اليوم من الركائز الاساسية التي تقوم عليها البلدان بكافة أرجاء العالم، ويعد المغرب من بين الدول التي أصبحت فيها الجمعيات عنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بل إن السياسة الملكية

(1) الفصل الأول من ظهير 1958/11/15 بخصوص حق تأسيس الجمعيات المعدل بسنتين 1973 و 2002.

الحكيمة تعكس فعلا دور هذه الجمعيات ، وتبرز أهميتها إذ أصبحت تتدخل في مجموعة من المشاريع التنموية التي تعود على البلاد بالنفع العميم، ففي كثير من المناطق المغربية أصبحت الاحياء الفقيرة داخل المدن، والقرى بالبادية تتوفر على المرافق الاساسية الاجتماعية اللازمة والضرورية للسكنة، وذلك بفضل الجهود والشراكات التي تتم بين الدولة والمنظمات الدولية مع الجمعيات المغربية.

ولتأسيس جمعية لا بد من الالتزام بمقتضيات الفصل 5 من ظهير الحق في تأسيس الجمعيات الذي عدل بقانون 23 يوليوز 2002 وذلك بتقديم صريح إلى مقر السلطة الادارية المحلية الكائن به مقر الجمعية وذلك إما بصفة مباشرة من طرف أحد أعضائها أو بواسطة عون قضائي مقابل وصل مختوم ومؤرخ لفي الحال. وتعمل السلطة الادارية على توجيه الملف للنياحة العامة قصد تمكينها من إبداء رأيها عند الاقتضاء، وبعد أن يستجمع الملف كل الشروط اللازمة شأن تضمنين التصريح اسم الجمعية وأهدافها ولائحة باسماء أعضاء المكتب المسير وجنسياتهم وسنهم وتاريخ ومكان ازديادهم ومحل سكناهم، والصفة التي يمثلون بها الجمعية وصورا من بطائقيهم الوطنية، أو بطائق الإقامة بالنسبة للإجانب ونسخا من بطائق السجل العدلي، ومقر الجمعية، وعدد مقارها أو فروعها عند وجودها وثلاثة نظائر من القوانين الاساسية للجمعية، يسلم الوصل النهائي وجوبا داخل أجل لايتعدى ستين يوما (60)، وعند عدم تسليمه داخل الاجل المذكور يجوز للجمعية مباشرة أنشطتها وفق الاهداف المسطرة في قوانينها. أما بالنسبة للتصريح بالتغييرات التي تطرأ بعد تأسيس الجمعية فيتعين أن يتم داخل أجل شهر مقابل وصل مختوم ومؤرخ سليم في الحال(1).

(1) لمزيد من المعلومات راجع :
- رقية المصدق، الحريات العامة، وحقوق الانسان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 1 دجنبر 1999، ص. 101-139.

المبحث الثاني : موضوع الحق

المطلب الأول : الأشياء

هناك عدة تصنيفات للأشياء، لكن سنركز على صنفين فقط، الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك من جهة، والأشياء المثيلة والأشياء القيمة من جهة أخرى.

الفقرة الأولى : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

ينبغي بداية التمييز بين الحق والشيء، فالحق عبارة عن سلطة مباشرة يمارسها شخص على شيء في حالة الحق العيني، وهو رابطة بين دائن ومدين يلتزم بموجبها المدين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل في حالة الحق الشخصي أما الشيء فهو ما ينصب عليه الحق أو موضوعه، ففي الحق العيني الشيء هو محله (حق الملكية أرض، سيارة، منزل ... مثلا).

والشيء القابل للاستهلاك هو الذي يندثر عند أول استعمال، أو الذي يستهلك بالاستعمال كما يقول بذلك الفصل 275 من قانون الالتزامات والعقود (المواد الغذائية مصادر الطاقة والنقود) ما لم تكن موضوعا للادخار.

أما الشيء غير القابل للاستهلاك، فهو الذي يبقى محتفظا بمواصفاته رغم استعماله أكثر من مرة، كالملكية العقارية، فالأرض مثلا تستعمل للزراعة ومع ذلك لا تندثر والسيارة كمنقول تستعمل عدة مرات ولمدة زمنية تطول أحيانا وتتجاوز عدة سنوات ومع ذلك تبقى قائمة.

وتبرز أهمية التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة له من خلال مايلي :

ولتكون الجمعية قائمة بشكل سليم يتعين - إلى جانب ماسبق، ألا تؤسس لغاية أو لهدف غير مشروع يتنافى مع القوانين أو الآداب العامة تهدف إلى المس بالدين الاسلامي أو بوحدة التراب الوطني أو بالنظام الملكي أو تدعو إلى كافة أشكال التمييز، وإلا عدت باطلة وعديمة الاثر.

وتنتهي الجمعية باعتبارها اتفاقا بالطرق التي تنتهي بها العقود بشكل عام، إضافة إلى إمكانية انتهائها بالحل في حالة عدم الالتزام بالمقتضيات القانونية الخاصة بتأسيسها، أو بالبطان إذا تأسست على هدف غير مشروع أو ماسة النظام الملكي والدين الاسلامي أو وحدة التراب الوطني.

== عمر يتدور، مدخل الى دراسة حقوق الانسان والحريات، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء 1998، ص. 5 ومايليها.

- عبد العزيز مياح، قانون الحريات العامة بالمغرب، مطبعة فضالة، المحمدية، ط. 1979، ص. 30 ومايليها.

-Heyman-Doat (Arlette), Libertés publiques et droits de l'homme. L.G.D.J.A. Paris 1992, P.15 et S.

-Burdau (Georges), les libertés publiques, L.G.D.J. Paris 1972.

والاشياء المحبسة والاشياء غير المحبسة ...) يمكن أن تتداخل ويحصل أن يكون الشيء مثليا وقابلا للاستهلاك في آن واحد، أو قيميا وغير قابل للاستهلاك وهكذا دواليك.

المطلب الثاني : الأموال

الفقرة الأولى : الأموال العقارية

يميز القانون العقاري المغربي الصادر في 02 يونيو 1915 والذي يعرف بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة بين عدة أنواع من العقارات.

1- العقارات بالطبيعة :

وهي الاشياء التي تقوم بالمال -لذلك سميت أموالا- والتي لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان بصفة نهائية كالأرض، أو تلك التي لا يمكن نقلها إلا بحدوث تغيير في طبيعتها، كما هو الشأن بالنسبة للبناءات والاعراس والمنشآت. ذلك أن تحويل بناءة من مكان لآخر لا يمكن القيام به مالم نقم بهدم .

وقد نص الفصل 6 من الظهير المشار إليه أعلاه على هذا النوع من العقارات إذ جاء فيه : "إن الأراضي والبناءات عقارات بطبيعتها، وكذا الشأن في الآلات والمنشآت المثبتة والمرساة ببناء أو أعمدة والمدمجة في بناءة أو في الأرض. وتعتبر عقارات بالطبيعة المحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها وثمار الاشجار التي لما تجن والغابات التي لم تقطع أشجارها".

2- العقارات بالتخصيص :

العقارات بالتخصيص في الاصل ذات طبيعة منقولة، لكن نظرا لتخصيصها ورصدها لخدمة عقار ما فإنها تخضع لأحكامه وتنعت آنئذ بالعقار بالتخصيص.

- الاشياء القابلة للاستهلاك اذا أقرضت للغير لاترد بعينها وإنما بمثلها لأنها تندثر باستعمالها وتستهلك، أما الاشياء التي لاتقبل الاستهلاك فيمكن ردها بعينها إذا بقيت مالم تهلك بسبب قاهر. ويسمى القرض الذي يقع على الشيء والقابل للاستهلاك، عارية الاستهلاك، أما القرض الذي يقع على الشيء غير القابل للاستهلاك فيحمي عارية الاستعمال(1).

الفقرة الثانية : الاشياء المثلية والاشياء القيمة

الشيء المثلي هو الذي له نظائر، ولاتتفاوت هذه النظائر بصورة قد تميز معها الواحد عن الآخر، لذلك فهي تقوم مكان بعضها البعض من حيث الوفاء، شأن الأوراق البنكية والجبوب والقطاني.

أما الشيء القيمي، فهو الذي يتميز عن غيره بمواصفات ذاتية، ومن ثم لايحل الواحد محل الآخر ولايقوم مقامه، شأن المنزل والأرض واللوحة الفنية وغير ذلك من الاشياء القيمة.

وينتج عن هذا التمييز مايلي :

- بالنسبة للاشياء المثلية يتعين على المدين وفق الفصل 246 من قانون الالتزامات والعقود رد الكمية والنوع والجودة المتصوص عليها في الالتزام، أما بالنسبة للاشياء القيمة فيتعين ارجاع الشيء على الحالة التي كان عليها عند إبرام العقد لتبرأ ذمة المدين وتجدد الإشارة إلى أن تصنيفات الاشياء التي سبق ذكرها وتصنيفات أخرى لايسع المجال لذكرها (كالاشياء المادية والاشياء المعنوية

(1) وقد نص المشرع المغربي على عارية الاستهلاك في الفصول 856 من ق.ل.ع ومابعده، وعلى عارية الاستعمال في الفصل 83 من ق.ل.ع ومايليه.

وقد خصص ظهير 1915/06/02 الفصل 7 للعقارات بالتخصيص ونص على أنه : "تعتبر عقارات بالتخصيص الاشياء التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الارض واستغلالها.

وكذا الشأن في جميع الاشياء المنقولة الملحقه بالملك بصفة دائمة ! ولاعتبار المنقول عقار بالتخصيص لابد من توافر بعض الشروط منها:

- أن يكون مالك المنقول هو مالك العقار، أي ما يسمى باتحاد الملكية، أما إذا كان العقار في ملك شخص وكان المنقول في ملكية آخر، فلا يمكن التحدث والحالة هذه عن العقار بالتخصيص.

- أن يرصد أو يخصص المنقول لخدمة العقار، لا لخدمة أو فائدة مالكه، شأن الكراسي والأسرة التي تعد عقارا بالتخصيص حينما تخصص لخدمة العقار (الفنادق مثلا)، وشأن الآلات الفلاحية كالجرار الذي يخصص لخدمة العقار الفلاحي والجرار في هذه الحالة يصبح عقارا بالتخصيص رغم أنه في الاصل منقول.

- وهناك من يضيف شرطا ثالثا يتمثل في ضرورة تعلق هذا المنقول بعقار محفظ، أما إذا تعلق بعقار غير محفظ فلا.

3- العقارات بحسب المحل الذي تنصب عليه

ويتعلق الأمر بالحقوق العينية الاصلية والتبعية التي سبق ذكرها، إلى جانب الدعاوي العقارية التي يكون موضوعها عقارا.

وبجدر الإشارة إلى أن النظام العقاري المغربي يعرف ازدواجية اذ يجد العقارات المحفوظة التي خضعت لمسطرة التحفظ، يسرى عليها القانون العقاري

بظهيره (ظهير 12 غشت 1913 بشأن مسطرة التحفيظ العقاري، وظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة). ونجد إلى جانبيها العقارات غير المحفوظة التي لم تتبع فيها هذه المسطرة والتي تخضع كقاعدة عامة لقواعد الفقه الاسلامي المالك وللبعض قواعد قانون الالتزامات والعقود لاسيما الفصل 489 الذي يستوجب الكتابة والتسجيل وفقا لمقتضيات القانون.

الفقرة الثانية : الاموال المنقولة

تنقسم المنقولات إلى نوعين :

1- المنقولات بطبيعتها

وهي التي يمكن نقلها من مكان لآخر دون أن يحدث أي تغيير في هياتها ودون أن تتعرض للتلف أو الهلاك (كالحيوانات والاجسام الجامدة : الكراسي والمكاتب ...).

2- المنقولات بحسب المال

تعد المنقولات بحسب المال عقارات في الاصل، لكن بعد التصرف فيها ماديا تتغير طبيعتها وتصبح منقولات، كما هو الحال بالنسبة للأغراس التي تم قطعها أو البنائات التي تم هدمها. فالبنائات عقار أصلا لكن أنقاضها الناتجة عن الهدم تجعلها وتصيرها منقولا.

ولتمييز بين المنقول والعقار أهمية بالغة نورد بعضا من جوانبها:

- يتم بيع المنقول وانتقاله دون شكليات باستثناء مايتعلق بالقواعد العامة للعقود والالتزامات. أما بيع العقار فلا بد من احترام المقتضيات الشكلية التي ينص عليها القانون لتفويتها، والعقار المحفظ لا يمكن أن تنتقل ملكيته مالم يسجل عقد

البيع بالرسم العقاري، والعقار غير المحفظ لا يمكن أن يكون بيعه صحيحا إلا إذا أبرم العقد كتابة وسجل وفقا للقانون لدى المصالح المختصة لإدارة التسجيل والتتبر.

- هناك مساطر خاصة بالعقار لاسيما بخصوص التنفيذ عليه، حيث يخضع للحجز العقاري، أما المنقول فقواعده أخف من القواعد المخصصة للعقار.

- يخضع العقار للرهن الرسمي أما المنقول فلا، باستثناء الطائرات والسفن.

- يخضع العقار لمجموعة من الضرائب في الوقت الذي يعفى منها المنقول خاصة إذا كان ذا قيمة زهيدة.

الخاتمة

تناول هذا المؤلف المختصر المبادئ الأساسية والعامة التي تقوم عليها الدراسات القانونية، إذ تطرق في البداية إلى تعريف القانون وخصائصه، قبل أن ينتقل إلى دراسة أنواع القاعدة القانونية ومصادرها، ليختم بمعالجة تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان والزمان.

ومن خلال مختلف المواضيع التي تم البحث فيها في هذا العمل، يتبين أن القانون قبل أن يكون نصوصا قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة فهو ظاهرة اجتماعية تتعلق بسلوك الفرد داخل المجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم فالطابع الاجتماعي للقاعدة القانونية يفرض مراعاة خصوصيات المجتمع ويستلزم أخذ العوامل الاجتماعية للفرد بعين الاعتبار أثناء تطبيق النصوص القانونية عليه وذلك تحقيقا للإنصاف والعدالة وأملا في تحقيق العدل.

فإن يصدر المشرع نصوصا قانونية لاعلاقة لها بالواقع الاجتماعي للمخاطبين بها، وأن يطبق القاضي القانون حرفيا بدون مراعاة للظروف والملابسات الاجتماعية لكل نازلة، مسألة في نظرنا بعيدة كل البعد عن المرامي والغايات التي يصبو أي قانون إلى تحقيقها.

وعليه، فإن إصدار النصوص القانونية لا ينجح بتكليف بعض الأشخاص أو

بعض الجهات بتقديم مشاريع ومقترحات ولو تعلق الأمر بالأجهزة التي منحها الدستور هذا الحق، وإنما لضمان نجاح، ولونسبي لقانون ما، يتعين القيام بدراسات وأبحاث ميدانية تعكس الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحقيقية، وتبرز الخصوصيات الثقافية والسياسية المميزة لبلد عن آخر.

ونعتقد أن مراعاة الظروف السابق الإشارة إليها في الإصدار سيجعل تطبيق القاعدة القانونية، ناجحا وموفقا بنسبة مرتفعة وعالية. أما أن يخرج القانون إلى حيز الوجود وهو بعيد عن الواقع المعيش، فإن ذلك علامة ومؤشر على فشله في حل المشاكل التي تعرض على القضاء وعلى الجهات المختصة بالفصل في النزاعات بواسطة النوازل والقضايا التي ترفع يوميا إليها، بل إنه لن يضع حلا للمشاكل بقدر ما سيجعلها تتكاثر وتتشعب.

وخلاصة القول إن إصدار أو تطبيق القانون يستدعي بالضرورة مرونة في التصور وفي التطبيق سواء تعلق الأمر بالقواعد الجنائية أو بالقواعد المدنية.

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

1- المؤلفات

- أبو السعود (رمضان) : الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري والليثاني، الدار الجامعية للطباعة والنشر ببيروت.
- أبو السعود (رمضان) وهمام (محمد محمود) : المبادئ الأساسية في القانون منشأة المعارف بالاسكندرية 1996.
- بندورو (عمر) : مدخل إلى دراسة حقوق الانسان والحريات، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء 1998.
- التحكاته (محمد الحبيب) : النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 1985.
- (عمر بن عبد الكريم) : مدخل لدراسة القانون، ج 1 الجديدة الرباط 1995.
- تنافو (سمير عبد السيد) : النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 1993.
- الجيدي (عمر بن عبد الكريم) : مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 1، 1993.

- الدريني (فتحي) : أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي مطبعة دار الكتب 1976.
- دسوقي (محمد ابراهيم) : النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي منشورات جامعة قار يونس، ينفازي ليبيا ط2/ 1989.
- الزحيلي (وهبة) : الوسيط في أصول الفقه الاسلامي، ج1، المصادر الاجتهادية، جامعة دمشق، المطبعة الحديثة دمشق 1982.
- الزرقاء (مصطفى أحمد) : الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج1 والمدخل الفقهي العام، ط.9.
- السعيد (محمد جلال) : مدخل لدراسة القانون، طبع دار النهضة العربية بيروت، ط3/ 1981.
- سلطان (أنور) : المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية بيروت، ط.3/ 1981.
- السنهوري (عبد الرزاق أحمد) : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة 1963.
- شرف الدين (عبد الحسن) : النص والاجتهاد، طبع دار النهج، لبنان، ط2/ 1960.
- شهبون (عبد الكريم) : عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1/ 1992.
- الصدة (عبد المنعم فرج) : أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت 1979.
- الطالب (عبد الكريم) : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش ط3، اكتوبر 2003.
- الطراف (عباس) وحزبون (جورج) : المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، الاردن 1979.

- عبد الجواد (محمد محمد) : بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي 1977.
- العطار (عبد الناصر توفيق) : مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة 1979.
- علم الدين (محيي الدين اسماعيل) : نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط 1986.
- علم الدين (محيي الدين اسماعيل) : النظرية العامة للالتزام، ج1، طبع إيزيس الدار البيضاء 1977.
- العلوي العبدلوي (ادريس) : المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1987.
- عيد (خالد عبد الله) : مبادئ التشريع الاسلامي، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط، ط1/ 1986.
- عيد (خالد عبد الله) : مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ ... (نظرية القانون ونظرية الحق)، مطبعة تالنجاح الجديدة الدار البيضاء، ط1/ 1987.
- الفاخوري (ادريس) : المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، نظرية القانون، مركز الخدمات المتحدة، الدار البيضاء، ط1/ 1993.
- فرج (توفيق حسن) : المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للحق ...، الدار الجامعية، بيروت ط1/ 1988.
- الكزبري مامون) : نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج1، ط2/ 1974.
- الكزبري (مامون) : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط3/ 1987.

- الكشبور محمد) : رقابة المجلس الأعلى على محام الموضوع في المواد المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، منشأة الدار البيضاء، ط1/2002.
 - كيرة (حسن) : المدخل إلى القانون، المعارف بالاسكندرية، ط5/1974.
 - محمود (نعمان) : موجز المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت ط1/1975.
 - محمصاني (صبيح) : فلسفة التشريع في الاسلام، دار العلم للملايين، بيروت ط5/1986.
 - المزغراني (محمد ابن معجوز) : الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين الغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1/1990.
 - المزوغي (عبد السلام علي) : النظرية العامة لعلم القانون، ج1، نظرية القانون، الدار الجماهيرية للطبع، ط2/1988.
 - المصدق (رقية) : الحريات العامة وحقوق الانسان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1/1999.
 - منصور (مصطفى منصور) : دروس في المدخل لدراسة مبادئ القانون، المطبعة العالمية القاهرة، مصر 1972.
 - مياح (عبد العزيز) : قانون الحريات العامة بالمغرب، مطبعة فضالة، المحمدية طبعة 1979.
 - الوزاني (المهدي) : التوازن الكبير أو المعدل الجديد، ط1/1988.
- 2- الأطروحات والرسائل،
- أشركي محمد) : الأول، مركزه ووظيفته في النظام القانوني المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، الدار البيضاء 1985.
 - بشيري (محمد) : مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الاحوال الشخصية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق الدار البيضاء 1995.

- الطالب (عبد الكريم) : مركز الفقه الاسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الحقوق، كلية الحقوق مراكش 1995.
- الطالب (عبد الكريم) : العرف في القانون المدني المغربي، التأصيل النظري والواقع العرفي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، مراكش 2000.
- الكشبور (محمد) : رقابة المجلس الأعلى محاكم الموضوع في المواد المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، الدار البيضاء 1986.
- السعودي (أمينة) : التوازن بين السلطات الدستورية في الدساتير المغربية الثلاثة، رسائل لنيل دبلوم الدراسات العليا في الحقوق، الرباط 1984.

3- المقالات،

- بركبة (السعيد) : خصوصية تشريع الكراء الحبسي والامتيازات التي يضمنها لصالح مؤسسة الاوقاف بالملكة المغربية، منشور بمجلة دار الحديث الحسنية الرباط، ع9/1991.
- السنهاوري (عبد الرزاق أحمد) و أبو ستيت (حشمت) : أبحاث في أصول القوانين، العرف كمصدر من مصادر القانون، منشور بمجلة القانون والاقتصاد بمصر، السنة 5.
- عبود (موسى) : الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، منشور بمجلة المحاماة، ع2، ط1، 1960.
- الغنيمي (محمد طلعت) : العرف في القانون، سري، القانون والاقتصادية، ح43 / 1959-1960.
- الكتاني (يوسف) : الحاجة إلى الاحت...

- Lebrun (Auguste) : La coutume, encyclopédie juridique, Dalloz T3 publiée sous la direction de Pierre Raymon jurisprudence générale, Paris 2^e éd. 1972.
- Petit (Bruno): Introduction générale au droit, le droit en plus . Presses universitaires de Grenoble France 1991.
- Savigny: Traité de droit romain, traduit par Guenoux T1/1840.
- Starck (Boris): Introduction au droit, librairie de la cour de cassation (Litec) Paris 3^e éd. 1991.
- Téboul (Gérard) : Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative L.G.D.J. Paris 1989.
- Terré (François) : Introduction générale au droit, Précis Dalloz 5^e éd.

- هداية الله (عبد اللطيف) : الحاجة إلى توحيد اجتهاد المجلس الاعلى من خلال استعراض بعض تطبيقاته، منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية الحقوق، الدار البيضاء، ع17/1988.

ثانياً : باللغة الفرنسية :

- Aubert (Jean-Luc) : Introduction au droit, presses universitaires de France, Paris que sais-je. 3^e éd. 1984.
- Aubry et Rau : Cours de droit civil français d'après la méthode de zachariae, T1, Librairie théchmis 7^e éd. 1964.
- Blondeau : Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence France 1950.
- Chabas François, Jean, Henri et Leon Mazeau : Leçon de Droit-civil, Tome 1 1^{er} volume, introduction à l'étude de droit Mantchrestien 12^e éd. 2000.
- Ferièrre: Dictionnaire de droit et de pratique éd. 1769. T1 Ve .coutume
- Gény (François): Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, Essai critique, librairie Marescq. Aîné Paris 1899.
- Ghestui (Jecques et Goubeaux (Gilles) : Traité de droit civil. Introduction générale L.G.D.J Paris, 3^e éd 1990.



الفهرس

5	المقدمة
9	الباب الأول : نظرية القانون
X 11	الفصل الأول : خصائص وأنواع القاعدة القانونية
X 11	المبحث الأول : خصائص القاعدة القانونية
11	المطلب الأول : التجريد والعموم والالزام
11	الفقرة الأولى : التجريد والعموم
13	الفقرة الثانية : الالزام في القاعدة القانونية
17	المطلب الثاني : تنظيم السلوك داخل المجتمع
17	الفقرة الأولى : تنظيم السلوك
18	الفقرة الثانية : القاعدة الاجتماعية ذات طبيعة اجتماعية
20	المبحث الثاني : أنواع القاعدة القانونية
	المطلب الأول : القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية وقواعد
20	الشرعية العامة والقواعد الخاصة
20	الفقرة الأولى : القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية
20	أ- القواعد الموضوعية
21	ب- القواعد الخاصة

- الفقرة الثانية : قواعد الشريعة العامة والقواعد الخاصة 23
- المطلب الثاني : القواعد الآمرة والقواعد المكملة وقواعد القانون
- الخاص وقواعد القانون العام 25
- الفقرة الأولى : القواعد الآمرة والقواعد المكملة 25
- الفقرة الثانية : قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام 30
- الفصل الثاني : مصادر القاعدة القانونية ونطاق تطبيقها 33
- المبحث الأول : مصادر القاعدة القانونية 33
- الفرع الأول : المصادر الرسمية 33
- المطلب الأول : التشريع 33
- الفقرة الأولى : أنواع التشريع والجهة المختصة بوضعه 33
- 1- أنواع التشريع 33
- 2- الجهة المختصة بوضع التشريع 35
- الفقرة الثانية : سريان القانون والرقابة على صحته 41
- 1- سريان القانون 41
- 2- الرقابة على صحة القانون 44
- المطلب الثاني : العرف 50
- الفقرة الأولى : موقف الفقه من العرف 51
- 1- مقومات العرف 51
- 2- أساس إلزام العرف 61

- الفقرة الثانية : تقدير موقف الفقه من العرف 72
- المطلب الثالث : الفقه الاسلامي 99
- الفقرة الأولى : مكانة الفقه الاسلامي في الاحوال العينية 100
- الفقرة الثانية : مكانة الفقه الاسلامي في الاحوال الشخصية 101
- الفرع الثاني : المصادر التفسيرية (الفقه والقضاء) 102
- المطلب الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي وتطوره التاريخي 102
- الفقرة الأولى : مفهوم الاجتهاد القضائي 102
- أولا : تعريف الاجتهاد القضائي 102
- ثانيا : أهمية الاجتهاد القضائي 105
- الفقرة الثانية : التطور التاريخي للاجتهاد القضائي 107
- أولا : الاجتهاد القضائي في العهود القديمة 107
- 1- عند الرومان 107
- 2- في القانون الانجليزي القديم 109
- ثانيا : في العصر الحديث 111
- المطلب الثاني : الفقه 114
- الفقرة الأولى : مفهوم الفقه وأهميته وتطوره التاريخي 114
- أولا : مفهوم الفقه وأهميته 114
- 1 : مفهوم الفقه 114
- 2 : أهمية الفقه 115

145	المطلب الثاني : الحقوق العامة
148	المبحث الثاني : الحقوق المالية والحقوق الاسرية
148	المطلب الأول : الحقوق المالية
148	الفقرة الأولى : الحقوق العينية
170	الفقرة الثانية : الحقوق الشخصية والحقوق المعنوية
170	أولا : الحقوق الشخصية
172	ثانيا : الحقوق المعنوية
173	المطلب الثاني : حقوق الاسرة
175	الفصل الثاني : اركان الحق
175	المبحث الأول : أطراف الحق
175	المطلب الأول : الشخص الطبيعي
175	الفقرة الأولى : أحكام عامة
180	الفقرة الثانية : مميزات الشخصية
180	أولا : الاسم
185	ثانيا : الموطن
186	المطلب الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتباري
187	الفقرة الأولى : الشركات
188	الفقرة الثانية : الجمعيات
191	المبحث الثاني : موضوع الحق

117	ثانيا : التطور التاريخي للفقہ
117	1- في القانون الروماني
119	2- في الشريعة الاسلامية
125	المبحث الثاني : نطاق تطبيق القاعدة القانونية
125	المطلب الأول : تطبيق القاعدة القانونية من حيث الاشخاص والمكان
125	الفقرة الأولى : من حيث الأشخاص
128	الفقرة الثانية : من حيث المكان
129	المطلب الثاني : تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان
129	الفقرة الأولى : إلغاء القانون
133	الفقرة الثانية : تنازع القوانين في الزمان
134	أولا : مبدأ عدم رجعية القوانين
135	1- النظرية التقليدية
138	2- النظرية الحديثة
139	ثانيا : الأثر المباشر للقانون
141	الباب الثاني : نظرية الحقوق
143	الفصل الأول : أنواع الحقوق
143	المبحث الأول : الحقوق السياسية والحقوق العامة
143	المطلب الأول : الحقوق السياسية



191	المطلب الأول : الأشياء
	الفقرة الأولى : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة
191	للاستهلاك
192	الفقرة الثانية : الأشياء المثلية والأشياء القيمة
193	المطلب الثاني : الأموال
193	الفقرة الأولى : الأموال العقارية
195	الفقرة الثانية : الأموال المنقولة
197	الخاتمة
199	لائحة المراجع
207	الفهرس

