

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

اعداد : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة
جامعة القرويين
فاس

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الأول
الدين

اعداد : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة
جامعة القرويين
فاس

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الأول
الدين
الجزء الأول

اعداد : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة
جامعة القرويين
فاس

بني الإسلام على خمسة أركان¹

1

صحيح البخاري

كتاب الإيمان

باب قول النبي صلى الله عليه وسلم بني الإسلام على خمس حدثنا عبيد الله بن موسى قال أخبرنا حنظلة بن أبي سفيان عن عكرمة بن خالد عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة والحج وصوم رمضان

كتاب الإيمان

20 صفحة

المجلد الأول

مختصر صحيح البخاري للعلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني

-5

عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة والحج وصوم رمضان

صحيح مسلم

كتاب الإيمان

باب بيان أركان الإسلام ودعائمه العظام

وحدثنا سهل بن عثمان العسكري حدثنا يحيى بن زكرياء حدثنا سعد بن طارق قال حدثني سعد بن عبيدة السلمي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال بني الإسلام على خمس على أن يعبد الله ويكفر بما دونه وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت وصوم رمضان

مقدمة المجلد

يعتبر التأليف أساس كل انطلاقة تنموية وقد أطلقت مبادرة واعدة وهي الاتجاه نحو التأليف في كل مدارك الحياة وإخراج مجلدات تهم المواطن العادي في المجال الذي يقدر أنه يفيده أكثر من مجال غيره بحيث يشعر أنه ارتقى في سلم المعارف الحقيقية بشكل يتلمس أثره عليه ويحقق نماءه الشامل وقد يفاجئ ببساطة المضمون وعظم الفائدة توثيقاً وتصحيحاً فينفض عنه ما كان يسيء فهمه ويستحسن الفكرة وربما يساهم بتخصصه في إعداد الأبواب التي يراها مفيدة على نفس المنوال ويكون قد دعم الفكرة .

و لا يلتفت لكون بعض المعارف متداولة فينسى أن الاستفادة منها لم يحصل ولم تساهم في تنمية الفرد المغربي.

وقد أخرجت المجلد الأول تحت عنوان مجلد الدين ضمنته أساسيات شريعة الإسلام من أركان الإسلام وما يرتبط بها بالضروري وفصول الزواج والطلاق تحت عنوان شامل المقاييس المعتبرة شرعاً في اختيار الزوجة وردها وطلاقها تضمن جميع الأحكام الكل في ثلاثة أجزاء.

وسوف أنقل بإذن الله للتطرق للمواضيع الأكثر إلحاحاً وذات الأولوية للمستفيدين سأختارها لإعدادها والله ولي التوفيق.

تمهيد :

إن شاء الله سأبدأ بالتأليف تحت عنوان بناء الأساسات والضروريات في مختلف المناحي ابتداء بالدين وفلسفة النهضة الشاملة الذاتية في ظل الاستقرار وثيقا وتصحيحا. مساهمة في إغناء نظرية المستقبل للإسلام أبدأ بكتابة أساسيات أركان الدين الإسلامي تحت شعار الإسلام للجميع منهلا مما هو مؤيدا بما له أصل في الإسلام من المذاهب المعترف بها من طرف جمهور العلماء أو لم ينكروه وأوردوه في كتبهم التي تعتبر من أمهات الكتب تاركا جانبا المذاهب التي تستظل بعباءة الإسلام إلا أن درجة الاعتراف بها تتفاوت عند العلماء إلى درجة إخراجها من تغطية الدين الإسلامي وسوف نستفيد من أفكارها باعتبارها تراثا إنسانيا مع استبعاد الأمور التشريعية التي تعتبر حكرا على الإسلام المعترف به .

أولا.

شهادة لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله .

Nul n'est dieu à l'exception d'Allah, et que Mohammed son fidèle, et son prophète

Fidèle: (adjectif).

Qui garde la foi donnée, qui remplit ses engagements.

Dont les affections ne changent pas.

Exact, conforme à la vérité: un rapport fidèle.

Fidèle :

(nom commun)

Personne qui a la foi.

Personne dévouée.

Dévouer:

(Verbe pronominal)

Se dévouer: se consacrer entièrement, se sacrifier.

الاعتسال بتعميم الماء على سائر الجسد مع الدلك وهي طريقة الاعتسال من الجناية

يليه حديث البطاقة المشهور بشرى لكل من شهد لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله.

حديث البطاقة:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله سيخلص رجلا من أمتي على رعوس الخلائق يوم القيامة، فينشر عليه تسعة وتسعين سجلا، كل سجل مثل مد البصر، ثم يقول أتتكر من هذا شيئا؟ أظلمك كتبتي الحافظون؟ فيقول: لا يارب! فيقول: أفلك عذر؟ قال: لا يارب! فيقول: بلى؛ إن لك عندنا حسنة، وإنه لا ظلم عليك اليوم، فتخرج بطاقة فيها: أشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدا عبده ورسوله، فيقول: احضر وزنك، فيقول : يارب! ما هذه البطاقة مع هذه السجلات؟ فيقول: إنك لا تظلم، قال: فتوضع السجلات في كفة، والبطاقة في كفة، فطاشت وثقلت البطاقة، فلا يثقل مع اسم الله شيء، رواه الترمذي وابن ماجه، صححه الألباني.

الشيخ المباركفوري رحمه الله تعالى ، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي.

كتاب الإيمان باب ما جاء فيمن يموت وهو يشهد أن لا إله إلا الله 2639.

قال ابن أبي الدنيا: حدثنا أحمد بن محمد بن البراء المقرئ، حدثنا يعلى بن عبيد عبد الرحمن بن زياد عن أبي عبد الرحمن، عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: " يؤتى

برجل يوم القيامة إلى الميزان، فيخرج له تسعة وتسعون سجلا، كل سجل منها مد البصر، فيها ذنوبه وخطاياها، فتوضع في كفة، ثم يخرج له قرطاس مثل الأنملة فيه شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمدا عبد ورسوله ، فتوضع في كفة أخرى، فترجح بخطاياها.

ويجب عند التذكية أي الذبح أو النحر ذكر اسم الله عليه قال الله تعالى : "ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه فسق" سورة الأنعام ،آية :121. وأما ما تركت التسمية عليه نسيانا أو عجزا فإنه يؤكل .

المرجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل صفحة : 106،
مجلد 2.

قال تعالى: " وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم" المائدة.

دليل على ذبيحة النصراني واليهودي وطعامه حلال.

المذهب الديني الرسمي للمغاربة:

حسب أدبيات وزارة الأوقاف المغربية بمواقعها الإلكترونية هو المذهب السني الأشعري.

فأهل السنة يثبتون لله تعالى ما أثبتته لنفسه وأثبتته له رسوله صلى الله عليه وسلم فيخرج بذلك من المذهب الأشعري كل ما يخالفون به أهل السنة في عدد من مسائل العقيدة مستخدما التأويل لشرح القرآن والعقل في عدد من مسائل العقيدة في القضاء والقدر وجب الإيمان به خيره وشره وفي حكم مرتكب الكبيرة وفي رؤية عز وجل .
وعقيدة الأشاعرة هي المعتبرة في الأزهر الشريف وذلك بحكم التوارث .

المذهب الصوفي للإمام الجندي:

وهو التصوف السني على مذهب السلف الصالح الذي سلكه الإمام القاسم الجنيدي (ت 297) الذي اشتمل على جملة من أخلاق الإسلام ومكارمه وفضائله وقيمه التي هي قوام التربية القلبية الإيمانية .

وتعتبر " البردة " و"الهمزية" للإمام البوصيري المغربي (608 . 696 هـ)، وكذا " دلائل الخيرات" للإمام الجزولي (807 . 870 هـ)، و" الدعاء الناصري" للشيخ والفقيه سيدي ابن ناصر الدرعي (1011 . 1085 هـ) ، و" الشفا" للقاضي والمحدث عياض اليعصبي (476 . 544 هـ) وغيرها من تآليف صوفية المغرب أكبر شاهد على التزام المغاربة بالمسلك السني الأخلاقي للتصوف، المدرسة الجنيديّة قد تميزت بتوجهها الأخلاقي الداعي إلى الاهتمام بالجانب العملي والسلوكي، دون أن يغلب عليها الجنوح إلى إطلاق القول في حقائق المعرفة الصوفية، أو الالتفات إلى ما يحصل من الكرامات السنية.

إمارة أمير المؤمنين:

متجذرة في التاريخ اختارها المغاربة خاصة ونص عليه دستور الأمة بإجماعها.

المذهب المالكي:

و ينسب لإمام دار الهجرة مالك بن أنس وكتابه من أصح كتب الحديث يلي الصحيحين في الترتيب ويتميز بأنه فقه عملي اعتمد الأعراف والتقاليد واهتم به

المستشرقون الأوروبيون نهلت منه القوانين العربية المدنية وترجم إلى اللغة الفرنسية ليعد أحد المراجع لأول قانون أوربي مدني وهو قانون نابولين الذي ما زال العمل به .

والجدير بالذكر أن القانون الجنائي المغربي نص على تجريم كل أشكال العنف أو التهديد أو الإكراه لزعزعة عقيدة الإنسان المغربي أو تحويله عن دينه ، وكل أشكال الدعوة لاعتناق مذهب بعينه بواسطة وسائل تتمثل في استغلال ضعف أو حاجة الضحية أو استعمال مؤسسات لهذا الغرض . و لا يتعارض ذلك مع مبدأ حرية المعتقد . فقد ورد قرارا قيما يوضح حدود ذلك صادر عن محكمة الإستئناف بفاس بتاريخ 13/02 /2014 في الملف جنحي عدد : 1754/2601/2013 ورد في حيثياتهما يلي :

بخصوص زعزعة عقيدة مسلم :

حيث إن الفصل 220 من القانون الجنائي تضمن الإشارة للآتي : من استعمل العنف أو التهديد لإكراه شخص أو أكثر على مباشرة عبادة ما أو حضورها أو لمنعهم من ذلك يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم .

و يعاقب بنفس العقوبة كل من إستعمل وسائل الإغراء لزعزعة عقيدة مسلم أو تحويله إلى ديانة أخرى ، و ذلك باستغلال ضعفه أو حاجته إلى المساعدة أو استغلال مؤسسات التعليم أو الصحة أو الملاجئ أو المياتم ، و يجوز في حالة الحكم بالمؤاخذة أن يحكم بإغلاق المؤسسة التي استغلت لهذا الغرض ، و ذلك إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات .

و حيث لم يثبت أن الظنين..... قام باستغلال ضعف شخص أو حاجته إلى المساعدة و أن الشاهدين الذين استمعت لهما المحكمة صرحا أن الظنين لم يطلب منهما الإنتماء إلى الديانة المسيحية و لا يظهر عليهما أي ضعف في الشخصية أو حاجة للمساعدة و أن مجرد عرض فكرة الإقتناع بمعتقد المسيحية بتجرد لا يشكل في حد ذاته زعزعة عقيدة مسلم ما لم يقترب بإحدى الوسائل التي حددها فصل المتابعة المشار إليها أعلاه ، و التي ينتقل فيه الشخص من حقه في التمتع بحرية المعتقد إلى زعزعة عقيدة

المسلم و تهديد أمنه الروحي و جعله في حيرة من أمره لما يحدثه هذا الفعل من تشكيك في ثوابته العقائدية الشي الذي لم يثبت في النازلة .

كل مكلف فقيه نفسه :

جاء في كتاب الموافقات لمؤلفه ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي المالكي ، المحقق مشهور بن الحسن آل سلمان طبعة دار عفان ، المجلد الأول القسم الثاني من قسمي الأحكام ، النوع الخامس في العزيمة و الرخصة .² الصفحة 484 :
إن الرخصة إضافية لا أصلية بمعنى أن كل أحد في الأخذ بها فقيه نفسه .³ ما لم يحد فيها حد شرعي فيوقف عنده و بيان ذلك من أوجه :
أحدها :

إن سبب الرخصة المشقة .⁴
و جاء في الصفحة 485 : فليس للمشقة المعتبرة في التخفيفات ضابط مخصوص .

أساس الإسلام :

² -
أو العزائم والرخص، في علم أصول الفقه وصفان متقابلان من صفات الحكم الشرعي يدخلان ضمن خطاب الوضع. فالعزيمة هي: صفة للحكم المؤكد بدليل شرعي، فتتعلق بالفعل والترك، والرخصة هي: صفة للحكم الثابت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح".
مثل: صيام رمضان، فهو عزيمة مؤكدة في الشرع، والإفطار رخصة للمسافر والمريض، وكذلك في المنهيات، مثل: أكل الميتة؛ فإنها حرام شرعا، فهذا التحريم عزيمة، والأكل منها للمضطر رخصة وفق شروط للترخص مذكورة في كتب الفقه.
الرخصة في اللغة: السهولة، وشرعا: "ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح"، أو ثبوت حكم لحالة تقتضيه مخالفة مقتضي دليل يعمها.
وقال القرافي : هي جواز الإقدام على الفعل مع اشتها المانع منه شرعا .

³ -

دليله، قوله تعالى: يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر
البقرة آية . 185

الحديث النبوي عن وابصة بن معبد قال : جئت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله عن البر والإثم فقال : جئت تسأل عن البر والإثم؟ فقلت والذي بعثك بالحق ما جئت أسألك عن غيره ، فقال : البر ما انشرح له صدرك ، والإثم ما حاك في صدرك وإن أفتاك عنه الناس
246 / 2. وسنن الدارمي : 224 و 194 / 4مسند الإمام أحمد :

⁴ -

أسباب التخفيف في الشريعة، حسبما دل عليه الاستقراء، هي المرض، السفر، النسيان، الإكراه، الجهل، الحرج، عموم البلوى، الضعف المعنوي، كالأثوثة، و جميعها يدور حول المشقة

بُني الإسلام على خمسة أركان، تمثل أساس الحياة اليومية للمسلم الحق وهي
شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله:

النطق بالشهادتين

إقامة الصلاة:

المواظبة على إقامة الصلوات خمس مرات في اليوم والليلة

إيتاء الزكاة:

إخراج الزكاة للفقراء والمساكين .

الصوم:

صوم شهر رمضان

الحج:

حج البيت لمن استطاع إليه سبيلا ، مرة واحدة على الأقل في العمر

الصلاة :

الصلاة توصف بأنها عمود الدين وركن من أركان الإسلام بها ينال الإنسان

المسلم عفو ربه قال الله تعالى : " فلا صدق ولا صلى " (31) سورة القيامة.

و هي ثاني أركان الإسلام فرضها الله على المسلمين خمس مرات في اليوم

والليلة والصلاة صلة يتقرب بها العبد من ربه عبادة وامتثالاً وشكراً على نعمه واعترافاً

لفضله في خشوع وإنابة قد ترك وراءه كل مشاغل الدنيا متجهاً بعقله وقلبه إلى ربه في

صلة مباشرة مع خالقه، وتؤدي الصلاة باللغة العربية تكبيرها' قراءة الفاتحة والآليات

القرآنية وكل أقوالها، وللمسلم أن يتقرب إلى الله بصلاة النوافل" من غير الفرائض" فكل

ركعة أو سجدة ترفع إلى الله تكون للعبد منزلة وأجرأ عنده سبحانه وهي خمس صلوات.

صلاة الفجر: ووقتها من طلوع الفجر إلى قبيل طلوع الشمس.

صلاة الظهر: وقتها الزوال، بعد أن تغادر الشمس أعلى نقطة لها في السماء.
صلاة العصر: ووقتها يبدأ من حلول الشمس في النصف من نصف السماء الغربي إلى قبيل الغروب.

صلاة المغرب: من غروب الشمس.
صلاة العشاء : ويمتد وقتها إلى قبيل طلوع الفجر. ويقال عن صلاتي الظهر والعصر مشتركتي الوقت وكذلك المغرب والعشاء.

جاء في المحلى . لابن حزم صفحة 248.

الصلوات المفروضات الخمس:

281 . مسألة . المفروض من الصلاة على كل بالغ عاقل ذكر أو أنثى خمس، وهي: الظهر والعصر والمغرب والعشاء الآخرة . وهي العتمة . وصلاة الفجر . فالصبح ركعتان أبداً، على كل أحد من صحيح أو مريض أو مسافر أو مقيم، خائف أو آمن، والمغرب ثلاث ركعات أبداً ، كما قلنا في الصبح سواء سواء، وأما الظهر والعصر والعشاء الآخرة فكل واحدة منهن على المقيم . مريضاً كان أو صحيحاً خائفاً أو آمناً . أربع ركعات أربع ركعات، وكل هذا إجماع متيقن مقطوع به، لا خلاف فيه بين أحد من الأمة قديماً ولا حديثاً ، ولا في شيء منه، وكل واحدة منهن على المسافر الآمن ركعتان ركعتان . وأما المسافر الخائف فإن شاء صلى كل واحدة منهن ركعتين وأن شاء صلى كل واحدة منهن ركعة واحدة، والخلاف، موجود في كل هذا فيما ذلك السفر، وفي مقدار ذلك السفر من الزمان ومن المسافة، وفي هل ذلك القصر عليه فرض أن هو فيه مخير ، وفي هل تجزئ ركعة واحدة في الخوف في السفر أم لا. وسنذكر البرهان على الحق من ذلك؛ وبطلان الخطأ فيه، في أبوابه إن شاء الله عز وجل ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وبه تعالى نستعين وبه نتأيد.

أقسام التطوع :

282 . مسألة . أؤكد التطوع ما قد ذكرناه في أول مسألة من كتاب الصلاة من ديواننا هذا، من الأقسام التي أمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصة بأسمائها، وبعد ذلك ما لم يرد به أمر ، ولكن جاء الذنب إليه.

أؤكد ذلك ركعتان بعد الفجر الثاني وقبل صلاة الصبح، ثم صلاة العيدين ، ثم صلاة الاستسقاء ، وقيام رمضان، وأربع ركعات قبل الظهر بعد الزوال، وأربع ركعات بعد الظهر وأربع ركعات قبل العصر . إن شاء لم يسلم إلا في آخرهن⁽⁵⁾ ، وإن شاء سلم من كل ركعتين، ركعتان⁽⁶⁾ بعد صلاة العصر، وركعتان بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب.

جاء في العدة على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام الجزء 2 صفحة 102 .

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " صلاة الجماعة أفضل⁽⁷⁾ من صلاة الفذ⁽⁸⁾ بسبع وعشرين درجة".

الكلام عليه من وجوه:

أحدها : استدل به على صحة صلاة الفذ، وأن الجماعة ليست بشرط، ووجه الدليل منه أن لفظة " افعل " تقتضي وجود الاشتراك في الأصل مع التفاضل في أحد الجانبين ، وذلك يقتضي وجود فضيلة في صلاة الفذ . وما لا يصح فلا فضيلة فيه، ولا يقال: إنه قد وردت صيغة " افعل " من غير اشتراك في الأصل، لأن هذا إنما يكون عند الإطلاق ، وأما التفاضل بزيادة عدد⁽⁹⁾ فيقتضي بيانا.

⁵ . في المصرية " آخرهما " وفي اليمنية " إن شاء ما لم يسلم إلا في آخرهن " فضمير المثنى في المصرية خطأ ، وزيادة "ما" ففي اليمنية خطأ أيضا والصواب ما اخترناه هنا من مجموعهما كما هو واضح.

⁶ . في اليمنية " وركعتين " وهو خطأ.

⁷ . قوله: أفضل، أقول: لفظه في البخاري " تفضل " وفي لفظ أبي هريرة " تضعف".

⁸ . قوله " الفذ " أقول : بالفاء والذال المعجمة : الفرد.

⁹ . قوله " وأما التفاضل بزيادة عدد " أقول : " (1) كما هو ، فإنه أريد أن عدد الجماعة في الدرجات يزيد على المنفرد لوجود المعدود نفسه فإنه هو ثابت، ووجهه أنه لو كان أصل المعدود غير ثبات وهو الفضل هنا لكان الواجب إثباته أولا ثم ذكر الزيادة للأجر ثانيا، فإثبات التفاضل في العدد دال على ثبوت المعدود قطعا كما مثله بقوله "يزيد" فإنه

الصلاة في غير جماعة صحيحة ومنعقدة ، والأحاديث تدل فقط على زيادة الثواب والأجر لمن يصلي في جماعة. يقول الشوكاني في " نيل الأوطار " : " وقد استدل بالحديثين " حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر " .

القائلون: إن صلاة الجماعة غير واجبة ؛ لأن صيغة أفضل ، كما في بعض ألفاظ حديث ابن عمر، تدل على الاشتراك في أصل الفضل " . ويضيف في " العدة على إحكام الأحكام : " وأحسن ما تمسك به القائلون بعدم إيجابها حديث أبي هريرة : " إن صلاة الرجل في جماعة تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة " فإنها لو كانت صلاة الفذ باطلة لم يفاضل بينهما؛ إذ لا مفاضلة بين الصحيح والباطل¹⁰.

جاء في المغني لابن قدامة

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على وجوب خمس صلوات في اليوم والليلة.

فصل:

الصلوات المكتوبات خمس في اليوم والليلة، ولا خلاف بين المسلمين في وجوبها، ولا يجب غيرها إلا لعارض من نذر أو غيره. هذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة : الوتر واجب؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إن الله قد زادكم صلاة وهي الوتر"¹¹. وهذا يقتضي وجوبه. وقال عليه السلام : " الوتر حق ". رواه ابن ماجه¹².

إنما سيق لإفادة الزيادة لا إفادة وجود العدد، قال القرطبي وغيره: لا يقال لفظة "أفعل" قد ترد لإثبات صفة الفعل في إحدى الجهتين كقوله (وأحسن مقيلا) ، لأننا نقول: إنما يقع ذلك مع قلته حيث ترد صيغة "أفعل" مطلقة غير مقيدة بعدد معين، فإذا قلنا : هذا العدد أزيد من هذا بكذا فلا بد من وجود أصل العدد، انتهى ما مثله في الفتح وسكت عليه. ولا يخفى ما في المثال من الاختلال ، فإن التفضيل في لفظ أزيد لا في لفظ المعدود ، فالمتعين أن.

¹⁰ المغني لابن قدامة .

(1) بياض في الأصل.

¹¹ . أخرجه الإمام أحمد عن عبد اله بن عمرو، وعن معاذ بن جبل، وعن عمرو بن العاص، في: المسند 2/180، 206، 208، 5/242، 6/7.

¹² . في : باب ما جاء في الوتر بثلاث وخمس وسبع وتسع، من كتاب إقامة الصلاة. سنن ابن ماجه 1/376. كما أخرجه أبو داود، في باب كم الوتر؟ من كتاب الوتر. سنن أبي داود 1/328. والنسائي ، في : باب ذكر

ولنا؛ ما روى ابن شهاب، عن أنس بن مالك ، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
" فرض الله على أمتي خمسين صلاة" فذكر الحديث ، إلى أن قال : " فرجعت إلى ربي،
فقال : هي خمس وهي خمسون ، ما يبذل القول لدي " . متفق/ عليه¹³ وعن عبادة بن
الصامت.

الصلوات الخمس :

الصلوات الواجبة هي الصلوات التي تؤديها كل يوم وهي : صلاة الصبح وعدد
ركعاتها اثنتان، والظهر وعدد ركعاتها أربع، والعصر وعدد ركعاتها أربع، والمغرب وعدد
ركعاتها ثلاث، والعشاء وعدد ركعاتها أربع.

جاء في متن الأخصري في العبادات على مذهب الإمام مالك
فرائض الصلاة نية الصلاة المعينة وتكبيرة الإحرام والقيام لها و (الفاتحة) والقيام
لها والركوع و الرفع منه والسجود على الجبهة والرفع منه والاعتدال والطمأنينة والترتيب
بين فرائضها و (السلام) وجلوسه الذي يقارنه.
يجوز الجمع بين صلاة الظهر والعصر وبين صلاتي المغرب والعشاء عند
جمهور العلماء لعذر بل مطلقا كما عند ابن حزم وعند الشيعة.

جاء في المحلى لابن حزم ، صفحة 172 :

ونحن نرى الجمع بين الظهر والعصر ثم بين المغرب والعشاء أبدا بلا ضرورة ولا
عذر ولا مخالفة للسنن ، لكن بأن يؤخر الظهر كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
إلى آخر وقتها، فيبتدئ في وقتها ويسلم منها وقد دخل وقت العصر، فيؤذن للعصر ويقام

الاختلاف على الزهري في حديث أبي أيوب في الوتر، من كتاب قيام الليل. المجتبى 3/196. والإمام أحمد، في:
المسند 5/35.

¹³ . أخرجه البخاري، في: باب كيف فرضت الصلوات في الإسراء، من كتاب الصلاة، وفي : باب ذكر إدريس
عليه السلام، من كتاب الأنبياء. صحيح البخاري 1/97 ؛ 4/164 ، ومسلم ، في : باب الإسراء برسول الله صلى الله
عليه وسلم إلى السموات وفرض الصلوات ، من كتاب الإيمان. صحيح مسلم 1/148 ، وابن ماجه ، في : باب ما
جاء في فرض الصلوات الخمس والمحافظة عليها، من كتاب إقامة الصلاة، سنن ابن ماجه : 1/448 ، والإمام أحمد،
في : المسند 5/144.

وتصلى في وقتها، وتؤخر المغرب كذلك إلى آخر وقتها، فيكبر لها في وقتها ويسلم منها وقد دخل وقت العشاء، فيؤذن لها ويقام وتصلى العشاء في وقتها.

فقد صح بهذا العمل موافقة الأحاديث كلها، وموافقة يقين الحق في أن تؤدي كل صلاة في وقتها . والله الحمد.

فإن ادعوا العمل بالجمع بالمدينة، فلا حجة في عمل الحسن بن زيد¹⁴، ولا يجدون عن أحد من الصحابة رضي الله عنهم صفة الجمع الذي يراه مالك والشافعي ، وقد أنكره الليث وغيره.

والعجب أن أصح حديث في الجمع ، هو ما روينا من طريق مالك عن أبي الزبير عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: " صلى لنا¹⁵ رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا، والمغرب والعشاء جميعا، في غير¹⁶ خوف ولا سفر " قال مالك: أرى ذلك في مطر.

وما روينا من طريق عثمان بن أبي شيبة عن أبي معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس : " جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة، من غير خوف ولا مطر، قيل لابن عباس: ما أراد إلى ذلك؟ قال: أراد أن لا يخرج أمته¹⁷ ".

. كلمة " لنا " زيادة من الموطأ (من 50 و 51).

. في الموطأ " من غير خوف " .

. رواه مسلما بأسانيد متعددة (ج1، ص: 196 و 197) ونشبه في المنتقى للجماعة إلا البخاري وابن

ماجة.

¹⁴ . الراجح أنه يريد الحسن بن زيد بن الحسن بن علي بن أبي طالب، وهو مدني من شيوخ مالك وولى المدينة

خمس سنين.

¹⁵ . كلمة " لنا " زيادة من الموطأ (من 50 و 51).

¹⁶ . في الموطأ " من غير خوف " .

¹⁷ . رواه مسلما بأسانيد متعددة (ج1، ص: 196 و 197) ونشبه في المنتقى للجماعة إلا البخاري وابن

ماجة.

شروط الصلاة :

وأما شروط الصلاة فمنها :

. بلوغ دعوة النبي صلى الله عليه وسلم.

. العقل

. البلوغ

. الطهارة من الحدثين (الأصغر والأكبر) .

. الطهارة من الخبث غير المعفو عنه في البدن وفي الثوب وفي المكان.

. النقاء من دم الحيض والنفاس (فيما يخص المرأة) .

. استقبال القبلة (أي الاتجاه إلى حيث الكعبة المشرفة مع الأمن و القدرة) .

ستر العورة لقادر عليه.

أحوال الصلاة الواجبة:

القيام بغير إسناد ثم القيام بإسناد ثم الجلوس بغير إسناد فالترتيب على هذه

الأربعة على الوجوب¹⁸.

مقدمات الصلاة اليومية :

لللصلاة اليومية مقدمات خمس هي:

. وقت الصلاة

. القبلة

. مكان الصلاة

. لباس المصلي

. الطهارة في الصلاة

وقت الصلاة :

. متن الأخضري في العبادات عل مذهب الإمام مالك.

لكل من الصلوات اليومية وقت محدد لا يجوز تخطيه، فوقت صلاة الصبح من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس. ووقت صلاة الظهرين " الظهر والعصر " من زوال الشمس إلى غروبها، ويختص أول الوقت بصلاة الظهر وآخره بصلاة بمقدار أدائهما. والزوال هو منتصف الوقت بين طلوع الشمس وغروبها.

أما وقت صلاة العشاءين " المغرب والعشاء " فهو من أول المغرب إلى منتصف الليل، ويختص أو الوقت بصلاة المغرب وآخره بصلاة العشاء بمقدار أدائهما. هذا ولا تصلى المغرب إلا بعد أن تزول الحمرة المشرقية من السماء والحمرة المشرقية هي حمرة في السماء من جهة المشرق في الجهة المقابلة ومنتصف الليل هو منتصف الوقت بين، لغروب الشمس تزول بعد غروبها غروب الشمس والفجر.

جاء في الفتاوى الهندية على مذهب أبي حنيفة النعمان في الباب الأول:

في المواقيت وما يتصل بها.

الوجوب عندنا يتعلق بآخر الوقت بمقدار التحريمة (هي كل ذكر خالص لله تعالى ويجب أن تكون بلفظ الله أكبر) حتى أن الكافر إذا أسلم والصبي إذا بلغ والمجنون إذا أفاق والحائض إذا طهرت إن بقي مقدار التحريمة يجب عليه الصلاة عندنا كذا في المضمرات.

إذا اعترضت هذه العوارض في آخر الوقت سقط الفرض بالإجماع كذا في مختار الفتاوى القابلة لو انشغلت بالصلاة تخاف موت الولد جاز لها أن تؤخر الصلاة عن وقتها و تؤخر بسبب اللص ونحوه كذا في الخلاصة في الفصل الرابع من المواقيت.

أوقات الصلاة .

وقت الفجر من الصبح الصادق وهو البياض المنتشر في الأفق إلى طلوع الشمس ولا عبرة بالكاذب وهو البياض الذي يبدو طولاً ثم يعقبه الظلان فبالكاذب لا يدخل وقت الصلاة ولا يحرم الأكل على الصائم هكذا في الكافي ، اختلف المشايخ في أن العبرة

لأول طلوع الفجر الثاني ولاستطارته وانتشاره وكذا في المحيط والثاني أوسع وإليه مال أكثر العلماء هكذا في مختار الفتاوى.

و الأحوط في الصوم والعشاء اعتبار الأول وفي الفجر اعتبار الثاني كذا في شرح النقاية للشيخ أبي المكارم ووقت الظهر من الزوال إلى بلوغ الظل مثليه سوى فيه كذا في الكافي، وهو الصحيح هكذا في محيط السرخسي والزوال ظهور زيادة الظل لكل شخص في جانب المشرق كذا في الكافي وطريق معرفة زوال الشمس وفيه الزوال أن تغرز خشبة مستوية فما دام الظل في الانتقاص فالشمس في حد الارتفاع وإذا أخذ الظل في الازدياد علم أن الشمس قد زالت فاجعل على رأس الظل علامة فمن موضع العلامة إلى الخشبة يكون فيه الزوال فإذا ازداد على ذلك وصارت الزيادة مثلي ظل أصل العود سوى فيه الزوال يخرج وقت الظهر عند أبي حنيفة رحمه الله كذا في فتاوى قاضيخان. وهذا الطريق هو الصحيح.

هكذا في الظهيرية قالوا الاحتياط أن يصلي الظهر قبل صيرورة الظل مثله ويصلي العصر حين يصير مثليه ليكون الصلاتان في وقتيهما بيقين.

ووقت العصر من صيرورة الظل مثليه غير فيه الزوال إلى غروب الشمس هكذا في شرح المجمع.

ووقت المغرب منه إلى غيبوبة الشفق وهو الحمرة عندهما و به يفتي هكذا في شرح الوقاية وعند أبي حنيفة الشفق هو البياض الذي يلي الحمرة هكذا في القدوري وقولهما أوسع للناس وقول أبي حنيفة رحمه الله أحوط لأن الأصل في باب الصلاة أن لا يثبت فيها ركن ولا شرط إلا بما فيه يقين هكذا في النهاية ناقلًا عن الأسرار ومبسوط شيخ الإسلام.

ووقت العشاء والوتر من غروب الشفق إلى الصبح كذا في الكافي، ولا يقدم الوتر على العشاء لوجوب الترتيب لأن وقت الوتر لم يدخل حتى لو صلى الوتر قبل العشاء ناسيا أو صلاهما فظهر فساد العشاء دون الوتر فإنه يصح الوتر ويعيد العشاء وحدها

عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الترتيب يسقط بمثل هذا العذر. ومن لم يجد وقت العشاء والوتر بأن كان في بلد الفجر فيه كما يغرب الشفق أو قبل أن يغيب الشفق لم يجبا عليه هكذا في التبیین.

القبلة :

يجب استقبال القبلة عند الصلاة، والقبلة هي المكان الذي تقع فيه الكعبة الشريفة بمكة المكرمة.

أركان الوضوء:

فرائض الوضوء سبع : النية وغسل الوجه وغسل اليدين إلى المرفقين ومسح الرأس وغسل الرجلين إلى الكعبين و الدلك و الفور.¹⁹

أركان الصلاة :

النية

تكبيرة الإحرام

القيام أثناء تكبيرة الإحرام، والقيام المتصل بالركوع، وهو: أن يكون ركوعه عن قيام.

الركوع

(الطمأنينة)²⁰

السجود

الترتيب

يجب الترتيب بين أجزاء الصلاة، فيقدم تكبير الإحرام على القراءة، والقراءة على الركوع ، والركوع على السجود وهكذا .

الموالة :

¹⁹ . متن الأخضري في العبادات على مذهب الإمام مالك.

²⁰ -

أنظر الصفحتين 28 و 32 .

تجب الموالاة والتتابع بين أجزاء الصلاة وأجزاء الأجزاء، فيشرع بالقراءة بعد التكبير بلا فاصل، وبالركوع بعد القراءة وهكذا، ولا يفصل أيضا بين الآيات والكلمات والحروف.

وبالإجمال ، إن الصلاة تجب على القادر والعاجز ولا تترك بحال، يؤديها كل مكلف بحسبه ، فمن القيام إلى القعود ، إلى الاضطجاع على الجنب، إلى الاستلقاء على الظهر ، إلى الإيماء بالطرف، إلى الحضور في القلب والذهن.

وينتقل كل من القادر والعاجز من حالته التي هو فيها إلى الحالة الأخرى عند حصول سببها، فإذا عرض للقادر العجز أثناء الصلاة، أو عادت القدرة للعاجز بنى على ما سبق وأتم حسب مقدرته، فلو صلى الركعة الأولى قائما، ثم عجز أتم الصلاة جلوسا، ولو صلاها جالسا وقدر في الأثناء أم الصلاة قائما.

قراءة الفاتحة.

جاء في الكتاب
مفاتيح الغيب = التفسير الكبير
المؤلف

أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي
المتوفى: (606هـ)

الناشر

دار إحياء التراث العربي - بيروت

الطبعة الثالثة - 1420 هـ

واعلم أن المذاهب في هذه المسألة ستة : أحدها : قول الأصم وابن عليّة ، وهو أن القراءة غير واجبة أصلا ، والثاني : قول الحسن البصري والحسن بن صالح بن جني أن القراءة إنما تجب في ركعة واحدة، لقوله عليه الصلاة والسلام: لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب. والاستثناء من النفي إثبات، فإذا حصلت قراء الفاتحة في الصلاة مرة واحدة وجب

القول بصحة الصلاة بحكم الاستثناء والثالث: قول أبي حنيفة، وهو أن القراءة في الركعتين الأولىين واجبة، وهو في الأخرتين بالخيار، إن شاء قرأ ، وإن شاء سبح، وإن شاء سكت ، وذكر في كتاب الاستحباب أن القراءة واجبة في الركعتين من غير تعيين والرابع : نقل ابن الصباغ في كتاب الشامل عن سفيان أنه قال: تجب القراءة في الركعتين الأولىين وتكره في الأخرين والخامس : وهو قول مالك أن القراءة واجبة في أكثر الركعات ، ولا تجب في جميعها ، فإن كانت الصلاة أربع ركعات كفت القراءة في ثلاث ركعات، وإن كانت مغرباً كفت في ركعتين ، وإن كانت صباحاً وجبت القراءة فيهما معاً والسادس: وهو قول الشافعي وهو أن القراءة واجبة في كل الركعات.

اختلف الفقهاء في القراءة في الصلاة، فذهب أبو بكر الأصم وإسماعيل بن عليّ وسفيان بن عيينة والحسن بن صالح إلى أنها ليست بفرض في صلاة ما وإنما هي مستحبة.

احتجوا بما رواه أبو سلمة ومحمد بن علي ، عن عمر بن الخطاب إذ صلى المغرب فلم يقرأ فيها، فقل له في ذلك فقال: كيف كان الركوع والسجود؟ قالوا : حسن . فقال : لا بأس .

الفرع الثالث :

الرجل الذي لا يحسن تمام الفاتحة إما أن يحفظ بعضها، وإما أن لا يحفظ شيئاً منها، أما الأول: فإنه يقرأ تلك الآية ويقرأ معها ست آيات على الوجه الأقرب وأما الثاني وهو أن لا يحفظ شيئاً من الفاتحة فهأنا إن حفظ شيئاً من القرآن لزمه قراءة ذلك المحفوظ ، لقوله تعالى : (فاقْرَأُوا مَا تيسر من القرآن) [المزمل : 20] وإن لم يحفظ شيئاً من القرآن فهأنا يلزمه أن يأتي بالذكر، وهو التكبير والتحميد، وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء، حجة الشافعي ما روى رفاعه بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إذا قام أحدكم إلى الصلاة فليتوضأ كما أمره الله ."

ثم يكبر ، فإن كان معه شيء من القرآن فليقرأ ، وإن لم يكن معه شيء من القرآن فليحمد الله وليكبر بقي هاهنا قسم واحد، وهو أن لا يحفظ الفاتحة ولا يحفظ شيئاً من القرآن ولا يحفظ أيضاً شيئاً من الأذكار العربية ، وعندى أنه يؤمر بذكر الله تعالى بأي لسان قدر تمسكاً بقوله عليه الصلاة والسلام : " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم .

قال الحنفية: لا تتعين الفاتحة في الصلوات المفروضة، وأي شيء قرأ من القرآن أجزاء، لقوله تعالى: (فاقروا ما تيسر من القرآن) ، (بداية المجتهد ج 1 ص 122 ، وميزان الشعراني باب صفة الصلاة) .

والقراءة إنما تجب في الركعتين الأوليين. أما في ثلاثة المغرب والأخيرتين من العصر والعشاء فإن شاء المصلى قرأ، وإن شاء سبّح، وإن شاء سكت. (النووي شرح المذهب ج 3 ص 361).

جاء في بدائع الصنائع 111 :

فأما قراءة الفاتحة والسورة عينا في الأوليين فليست بفريضة ولكنها واجبة على ما يذكر في بيان واجبات الصلاة.

وأما بيان محل القراءة المفروضة فمحلها الركعتان الأوليين عينا في الصلاة الرباعية هو الصحيح من مذهب أصحابنا وقال بعضهم ركعتان منها غير عين وإليه ذهب القدوري وأشار في الأصل إلى القول الأول فإنه قال إذا ترك القراءة في الأوليين يقتضيها في الآخرين فقد جعل القراءة الآخرين قضاء عن الأوليين فدل أن محلها الوليان عينا وقال الحسن البصري المفروض هو القراءة في ركعة واحدة وقال مالك في ثلاث ركعات وقال الشافعي في كل ركعة . احتج الحسن بقوله تعالى ، فاقروا ما تيسر من القرآن.

الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار فإذا قرأ في ركعة واحدة فقد امتثل أمر الشرع وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بقراءة أثبت الصلاة بقراءة وقد وجدت القراءة في

ركعة فثبت الصلاة ضرورة وبهذا يحتج الشافعي إلا أنه يقول اسم الصلاة ينطبق على كل ركعة فلا تجوز كل ركعة إلا بقراءة . لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بقراءة ولأن القراءة ولأن القراءة في كل ركعة فرض في النفل ففي الفرض أولى لأنه أقوى ولأن القراءة ركن من أركان الصلاة ثم سائر الأركان من القيام والركوع والسجود فرض في كل ركعة فكذا القراءة وبهذا يحتج مالك إلا أنه يقول القراءة الأكثر أقيم مقام القراءة في الكل تيسيرا (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم قال عمر رضي الله عنه . ترك القراءة في المغرب في إحدى الأوليين فقضاها في الركعة الأخيرة وجهر وعثمان رضي الله عنه ترك القراءة في الأوليين من صلاة العشاء فقضاها في الآخرين وجهر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان المصلى بالخيار في الآخرين إن شاء قرأ أو إن شاء سكت وإن شاء سبح وسأل رجل عائشة رضي الله عنها عن قراءة الفاتحة في الآخرين فقالت ليكن على وجه الثناء ول يرو عن غيرهم خلاف ذلك فيكون ذلك إجماعا ولأن القراءة في الآخرين ذكر بخافت بها على كل حال فلا تكون فرضا كثناء الافتتاح وهذا لأن مبنى الأركان على الشهرة والظهور ولو كانت القراءة في الآخرين فرضا لما خالفت الآخرين الأوليين في الصفة كسائر الأركان وأما الآية فنحن ما عرفنا فرضية القراءة في الركعة الثانية بهذه الآية بل بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرناه والثاني أنا ما عرفنا فرضيتها بنص الأمر بل بدلالة النص لأن الركعة الثانية تكرر للأولى والتكرار في الأفعال إعادة مثل الأول فيقتضي إعادة القراءة بخلاف الشفع الثاني لأنه ليس بتكرار الشفع الأول بل هو زيادة عليه قالت عائشة رضي الله عنها الصلاة في الأصل ركعتان زيدت في الحضر وأقرت في السفر والزيادة على الشيء لا يقتضي أن يكون مثله ولهذا اختلف الشفعان في وصف القراءة من حيث الجهر والإخفاء وفي قدرها وهو قراءة السورة فلم يصح الاستدلال على أن في الكتاب والسنة بيان فرضية القراءة وليس فيهما بيان قدرا لقراءة المفروضة وقد خرج فعل الصحابة رضي الله عنهم على مقدار فيجعل بيان لمجمل الكتاب والسنة بخلاف التطوع لأن كل مشفع من التطوع صلاة على حدة حتى أن فساد

الشفع الثاني لا يوجب فساد الشفع الأول بخلاف الفرض والله أعلم وأما في الآخرين فالأفضل أن يقرأ فيهما بفاتحة الكتاب ولو سبج في كل ركعة ثلاث تسبيحات مكان فاتحة الكتاب أو سكت أجزأته صلاته ولا يكون مسينا إن كان عامدا ولا سهو عليه إن كان ساهيا كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه مخير .

جاء في المغني لابن قدامة صفحة 159 :

فصل : فإن لم يحسن القراءة بالعربية، لزمه التعلم، فإن لم يفعل مع القدرة عليه، لم تصح صلاته، فإن لم يقدر أو خشي فوات الوقت، وعرف من الفاتحة آية، كررها سبعا. قال القاضي : لا يجزئه غير ذلك، لأن الآية منها أقرب إليها من غيرها . وكذلك إن أحسن منها أكثر من ذلك، كرره بقدره. ويحتمل أن يأتي ببقية الآية من غيرها، لأن هذه الآية يسقط فرضها بقراءتها، فيعدل عن تكرارها إلى غيرها ، كمن وجد بعض الماء، فإنه يغسل به ، ويعدل إلى التيمم . وقد ذكر القاضي هذا الاحتمال في " الجامع". ولأصحاب الشافعي وجهان، كما ذكرنا. فأما إن عرف بعض آية، لم يلزمه تكرارها، وعدل إلى غيرها؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذي لا يحسن القرآن أن يقول: (الحمد لله) وغيرها²¹، وهي بعض آية ، ولم يأمره بتكرارها. وإن لم يحسن شيئا منها²² ، وكان يحفظ غيرها من القرآن ، قرأ منه بقدرها إن قدر ، لا يجزئه غيره ؛ لما روى أبو داود ، عن رفاعه بن رافع/ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إذا قمت إلى الصلاة، فإن كان معك قرآن فاقراً به، وإل فاحمد الله، وهله، وكبره "²³، ولأنه من جنسها ، فكان أولى،

²¹ . أخرجه أبو داود ، في : باب ما يجزئ الأمي والأعجمي من القراءة ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود

1/192 ، والنسائي ، في : بب ما يجري ، من القراءة لمن لا يحسن القراءة ، من كتاب افتتاح الصلاة . المجتبى 2/110 والإمام أحمد ، في المسند 1/180 ، 185 ، 4 / 353 ، 356 ، 382 .

²² . سقط من : الأصل .

²³ . أخرجه أبو داود ، في : باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود ، من كتاب الصلاة ، سنن أبي

داود 1/199 ، والترمذي ، في : باب ما جاء في وصف الصلاة، من أبواب الصلاة ، عارضة الأحوذى .

ويجب أن يقرأ بعدد آياتها. وهل يعتبر أن يكون بعدد حروفها ؟ فيه وجهان : أحدهما ، لا يعتبر؛ لأن الآيات هي المعتبرة ، بدليل أنه لا يكفي عدد الحروف دونها ، فأشبهه من فاته صوم يوم طويل ، فلا يعتبر أن يكون القضاء في يوم على قدر ساعات الأداء. والثاني، يلزمه ذلك؛ لأن الحرف مقصود؛ بدليل تقدير الحسنات به، ويخالف الصوم.

معنى الطمأنينة :

فمعناها أن يؤدي العبد الركن بصورة تعطيه هيئته مع سكونه قليلا حتى يستقر ، فمثلا إذا ركع الإنسان فإن هيئة الركوع تكون بالانحناء بأن يضع المسلم يديه بالقرب من ركبته والأفضل على الركبتين كما هي سنة النبي صلى الله عليه وسلم، ثم يستقر شيئا ما حتى يأخذ العضو هيئته ، فهذا الاستقرار هو الطمأنينة ، وليس له حد منصوص وإنما المراد منه أن يحصل السكون والاستقرار في هيئة الركن، فمن قام من ركوعه مثلا وجب أن يعتدل حتى تستقر أعضاؤه، وكذلك في حال الركوع والسجود والجلوس بين السجدين.

ويكون الاطمئنان في الركوع بمقدار تسبيحة واحدة، لحديث المسيء صلاته، وأكملة قدر ثلاث تسبيحات، وقال الحنفية : الاطمئنان واجب وليس ركنا لقوله تعالى : (ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ) (الحج . اية 77). ولم يذكر فيه الطمأنينة

والمختار ما قاله الجمهور للنص على الاطمئنان في حديث المسيء صلاته.

وأما التسبيح في الركوع فهو سنة وليس ركنا في الصلاة باتفاق المذاهب. اتفق فقهاء المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة على أن الخروج من الصلاة لا يكون إلا بالتسليم ، فمن خرج من الصلاة قبل التسليم بطلت صلاته، وهذا بناء على أن التسليم ركن من أركان الصلاة ، والركن يتأتى بتسليمة واحدة ، والثانية سنة . ولكن الحنفية يرون أن السلام في آخر الصلاة واجب يجبر بسجود السهو ، ولا تبطل الصلاة بتركه، فيمكن الخروج من الصلاة بالتسليم أو بنقض الوضوء أو مجرد الانصراف بعد التشهد، فمن فعل ذلك ناسيا فلا إثم عليه ويسجد للسهو، وإن تعدد ترك التسليم صحت صلاته مع الإساءة .

والأولى بالمصلى أن يحرص على التسليم آخر صلاته، حتى تكون صحيحة بلا خلاف، ولكن إذا حدث ونسي التسليم، أو سبقه الحدث فلا حرج عليه وتكون صلاته صحيحة إن شاء الله تعالى.

جاء في فتاوى الأزهر :

تقديم مجموعة من العلماء

الجمهور أخذ فرضية السلام من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفعله، فعن على . رضي الله عنه . أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم". رواه أحمد، والشافعي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والترمذي. وقال : هذا اصح شيء في الباب وأحسن. وعن عامر بن سعد، عن أبيه، قال: كنت أرى النبي صلى الله عليه وسلم يسلم عن يمينه، وعن يساره، حتى يرى بياض خده. رواه أحمد ، ومسلم ، والنسائي ، وابن ماجه ، وعن وائل بن حجر، قال : صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان يسلم عن يمينه : " السلام عليكم ، ورحمة الله وبركاته ". وعن شماله : " السلام عليكم ، ورحمة الله وبركاته ". قال الحافظ ابن حجر في " بلوغ المرام" : رواه أبو داود ، بإسناد صحيح.

وأما الحنفية :

(فتح القدير 1/225) (تبیین الحقائق 1/ 104) (الدر المختار 1/418)
(البدائع 1/113)

فقد استدلوا على وجوبه وعدم فرضيته

(عند الحنفية الفرض يجب الاعتقاد به و العمل به و ما علم منه بالضرورة يكفر منكره و الواجب يجب العمل به دون الاعتقاد و من تركه كان عاصيا .)
صفحة 31 من كتاب مصطلحات المذاهب الفقهية طبعة دار الحزم .

إعداد : مريم محمد صالح الظفيري .

و جمهور الأصوليين - ما عدا الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد - على أن الفرض والواجب مترادفان .

بحديث (عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال له حين علمه التشهد : إذا قلت هذا أو قضيت صلاتك) . وعن عبد الله بن عمرو . رضي الله تعالى عنهما . قال : قال رسول الله عليه وسلم : (إذا أحدث الرجل وقد جلس في آخر صلاته قبل أن يسلم فقد جازت صلاته) . وعن علي . رضي الله تعالى عنهما : (إذا قعد قدر التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته) وأما قوله صلى الله عليه وسلم :

(تحريمها التكبير ، وتحليلها التسليم) فإنه إن صح لا يفيد الفرضية ، لأنها لا تثبت بخبر الواحد ، وإنما يفيد الوجوب . ثم إنه يجب مرتين ، والواجب منه لفظ " السلام " فقط دون " عليكم " .

ويرى جمهور العلماء ، أن التسليمة الأولى هي الفرض ، وأن الثانية مستحبة ، قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة ، جائزة . وقال ابن قدامة في " المغني " :

وليس نص أحمد بصريح في وجوب التسليمتين ، إنما قال : التسليمتان أصح عن رسول الله صل الله عليه وسلم . فيجوز أن يذهب إليه في المشروعية ، لا الإيجاب ، كما ذهب إلى ذلك غيره ، وقد دل عليه قوله في رواية : وأحب إلى التسليمتان ، ولأن عائشة ، وسلمة بن الأكوع ، وسهل بن سعد قد رَووا ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة واحدة ، وكان المهاجرون يسلمون تسليمة واحدة ، وفيما ذكرناه جمع بين الأخبار وأقوال الصحابة في أن يكون المشروع والمسنون تسليمتين ، والواجب واحدة ، وقد دل على صحة هذا الإجماع ، الذي ذكره ابن المنذر ، فلا معدل عنه .

وقال النووي :

مذهب الشافعي ، والجمهور من السلف والخلف ، أنه يسن تسليمتان .

وقال مالك، وطائفة :

إنما يسن تسليمة واحدة، وتعلقوا بأحاديث ضعيفة ، لا تقاوم هذه الأحاديث الصحيحة ، ولو ثبت شيء منها، حمل على أنه فعل ذلك، لبيان جواز الاختصار على تسليمة واحدة.

وأجمع العلماء الذين يعتد بهم على أنه لا يجب إلا تسليمة واحدة، فإن سلم واحدة استحب له أن يسلمها تلقاء وجهه، وإن سلم تسليمتين ، جعل الأولى عن يمينه ، والثانية عن يساره ، ويلتقت في كل تسليمة ، حتى يرى من عن جانبه خده، هذا الصحيح.

إلى أن قال: ولو سلم التسليمتين عن يمينه ، أو عن يساره ، أو تلقاء وجهه، أو الأولى عن يساره ، والثانية عن يمينه ، صحت صلاته، وحصلت تسليمتان ، ولكن فاته الفضيلة في كليتهما.

الضابط في الطمأنينة:

ما جاء في حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه : " حتى يعود كل فقار مكانه . " فإذا عاد كل عضو إلى مكانه فقد اطمأنَّ المصلي ومدار الأمر في الصلاة على الاتباع، وذلك في إطار قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح الذي أخرجه الإمام البخاري: " صلوا كما رأيتموني أصلي ". وقد ورد حديث صحيح سمي (حديث المسيء في صلاته) رواه أبو هريرة رضي الله عنه يوضح كيفية الصلاة ، قال : دخل رجل المسجد ، فصلى ، ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فرد عليه السلام، وقال : " ارجع فصل، فإنك لم تصل " فرجع ، ففعل ذلك ثلاث مرات، قال أبو هريرة : فقال (أي الرجل) : والذي بعثك بالحق ، ما أحسن غير هذا ، فعلمني ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إذا قمت إلى الصلاة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ، ثم اركع

حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ، اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم افعل ذلك في صلاتك كلها ") . رواه الشيخان وأحمد .

والطمأنينة التي يشير إليها الحديث الشريف، هي المكث زمناً ما بعد استقرار الأعضاء (قدر العلماء أدنى الطمأنينة بمقدار تسبيحة) . وإلا فكأن المصلي يسرق من صلاته.

وشاهد ذلك ما روي عن أبي قتادة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أسوأ الناس سرقة الذي يسرق من صلاته " قالوا : يا رسول الله ، وكيف يسرق من صلاته؟ قال : " لا يقيم صلبه في الركوع والسجود " رواه أحمد والطبراني وابن خزيمة.

وينبغي على من ترك الطمأنينة في الصلاة إذا علم بالحكم أن يعيد فرض الوقت الذي هو فيه ويتوب إلى الله عما مضى ولا تلزمه.

فإذا استقرت الأعضاء وسكنت عن الحركة عند السجود ولو لحظة بحيث يكون هناك سكون بين حركة الهوى إلى السجود وحركة الرفع منه فقد حصلت الطمأنينة.

وقال الإمام النووي في شرح حديث المسيء في صلاته: وفي دليل على وجوب الاعتدال عن الركوع والجلوس بين السجدين ووجوب الطمأنينة في الركوع والسجود والجلوس بين السجدين . وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور، ولم يوجبها أبو حنيفة رحمه الله تعالى وطائفة يسيرة، وهذا الحديث حجة عليهم، وليس عنه جواب صحيح، وأما الاعتدال فالمشهور من مذهبنا ومذهب العلماء يجب الطمأنينة فيه كما يجب في الجلوس بين السجدين.

وقال : وتجب الطمأنينة في الركوع والسجود والاعتدال من الركوع والجلوس بين السجدين ، وبهذا كله قال مالك وأحمد ودาวود .
جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية :

من شك في ركن من أركان العبادة أو في فرض من فرائضها، هل أتى به أن لا ؟ فإنه يبنى على اليقين المحقق عنده، ويأتي بما شك فيه ، ويسجد بعد السلام سجدين لاحتمال أن يكون قد فعل ما شك فيه ، فيكون ما أتى به بعد ذلك محض زيادة ، وقال ابن لبابة : يسجد قبل السلام، وفي غلبة الظن هنا قولان داخل المذهب المالكي: منهم من اعتبرها كالشك ومنهم من اعتبرها كاليقين.

ويقول الشيخ ابن عاشر . صاحب المرشد المعين :

من شك في ركن بنى على اليقين وليسجد البعدي لكن قد يبين . قال الشيخ محمد بن أحمد ميارة : ويقيد كلام صاحب هذا النظم بغير الموسوس أو كالمستكح لأن هذا لا يعتد بما شك فيه، وشكه كالعدم ويسجد بعد السلام ، فإذا شك هل صلى ثلاثا أو أربعاً بنى على الأربع وسجد بعد السلام . وإجمالاً فإن الشك على قسمين : مستكح أي يعتري صاحبه كثيراً وهو كالعدم لكنه يسجد له بعد السلام، وغير مستكح وهو الذي يأتي بعد مدة وحكمه وجوب البناء على اليقين ، وأن السهو أيضاً على قسمين : مستكح وغير مستكح.

الجهر في موطن السر لا يبطل الصلاة، وتكرار الآيات أو ألفاظ التشهد لا يبطلها كذلك.

الأصل أن من شك هل أتى بركن أم لا ؟ أنه يأتي به بناء على تغليب عدم الإتيان به. لكن هذا في حق الناسي مرة أو مرتين، لكن من أصبح النسيان عادته، والشك ديدنه فإنه يبنى على أنه فعل الشيء الذي يشك فيه، ولا يعيده، ويسجد سجدين قبل السلام ترغيباً للشيطان .

باب السهو

وهو سنة مؤكدة تجبر بها الصلاة.

جاء في متن الأخضري في العبادات على مذهب الإمام مالك.

وسجود السهو في الصلاة سنة فللنقصان سجدتان قبل السلام بعد تمام التشهدين
يزيد بعدها تشهدا آخر وللزيادة سجدتان.

بعد السلام يتشهد بعدهما ويسلم تسليمة أخرى ومن نقص وزاد سجد قبل السلام.

فصل فيمن فاتته أداء الصلاة في وقتها.

من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها
فإن ذلك وقتها²⁴.

جاء في فتاوى ابن تيمية صفحة 16 من كتاب الصلاة.

قيل : الفرق بين اللفظين هو فرق اصطلاحي ؛ لا أصل له في كلام الله ورسوله؛
فإن الله تعالى سمى فعل العبادة في وقتها قضاء، كما قال في الجمعة : (فإذا قضيت
الصلوة فانتشروا في الأرض)²⁵ وقال تعالى : (فإذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله)²⁶ مع
أن هذين يفعلان في الوقت. و" القضاء " في لغة العرب: هو إكمال الشيء وإتمامه ، كما
قال تعالى : (فقضاهن سبع سموات) . "أي: أكملهن وأتمهن . فمن فعل العبادة
كاملة فقد قضاها، وإن فعلها في وقتها.

وقد اتفق العلماء فيما اعلم على أنه لو اعتقد بقاء وقت الصلاة فنواها أداء. ثم
تبين أنه صلى بعد خروج الوقت صحت صلاته، ولو اعتقد خروجه فنواها قضاء ثم تبين
له بقاء الوقت أجزأته صلاته .

²⁴ . الفتاوى الكبرى ج2 الصلاة ،

جاء في فتاوى ابن تيمية .

²⁵ . سورة الجمعة ، الآية : 10.

²⁶ . سورة البقرة ، الآية : 200.

²⁷ . سورة : فصلت ، الآية 12.

وكل من فعل العبادة في الوقت الذي أمر به أجزأته صلاته، سواء نواها أداء أو قضاء، والجمعة تصح نواها أداء إذا أراد القضاء المذكور في القرآن ، والنائم والناسي إذا صليا وقت الذكر والانتباه فقد صليا في الوقت الذي أمرا بالصلاة فيه، وإن كانا قد صليا بعد خروج الوقت المشروع لغيرهما. فمن سمى ذلك قضاء باعتبار للعموم ، فهذه التسمية لا تضر ولا تنفع.

وبالجملة فليس لأحد قط شغل يسقط عنه فعل الصلاة في وقتها، بحيث يؤخر صلاة النهار إلى الليل وصلاة الليل إلى النهار؛ بل لابد من فعلها في الوقت؛ لكن يصلي بحسب حاله، فما قدر عليه من فرائضها فعله، وما عجز عنه سقط عنه، ولكن يجوز الجمع للعدر بين صلاتي النهار وبين صلاتي الليل، عند أكثر العلماء: فيجوز الجمع للمسافر إذا وجد به السير عند مالك والشافعي، وأحمد في إحدى الروايتين عنه، ولا يجوز في الرواية الأخرى عنه وهو قول أبي حنيفة.

وفعل الصلاة في وقتها من الجمع إذا لم يكن عليه حرج؛ بخلاف القصر.

فصل في الجمع والقصر:

جاء في الفتاوى الكبرى لابن تيمية صفحة 31 كتاب الصلاة.

ومن يسوي من العامة بين الجمع والقصر فهو جاهل بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأقوال علماء المسلمين فإن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فرقت بينهما والعلماء اتفقوا على أن أحدهما سنة واختلفوا في وجوبه وتنازعوا في جواز الآخر فأين هذا من هذا .

و أوسع المذاهب في الجمع بين الصلاتين مذهب الإمام أحمد فإنه نص على أنه يجوز الجمع للحرص والشغل بحديث روي في ذلك ²⁸ قال القاضي أبو يعلى وغيره من أصحابه يعني إذا كان هناك شغل يبيح له ترك الجمعة والجماعة جاز له الجمع. ويجوز عنده وعند مالك وطائفة من أصحاب الشافعي الجمع للمرض، ويجوز عند الثلاثة الجمع للمطر بين المغرب والعشاء، وفي صلاتي النهار نزاع بينهما. ويجوز في ظاهر مذهب أحمد ومالك الجمع للوحل الشديدة الباردة ونحو ذلك. ويجوز للمريض أن تجمع إذا كان يشق عليها غسل الثوب في كل صلاة نص عليه أحمد. وتنازع العلماء في الجمع والقصر هل يفتقر إلى نية ، فقال جمهورهم لا يفتقر إلى نية وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد القولين في مذهب أحمد وعليه تدل نصوصه وأصوله.

وقال الشافعي وطائفة من أصحاب أحمد أنه يفتقر إلى نية، وقول الجمهور هو الذي تدل عليه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى سبحانه وتعالى أعلم.

بالنسبة لتارك الصلاة :

الفتاوى الكبرى - ابن تيمية

. 95/11

مسألة : عمن يؤمر بالصلاة فيمتنع، وما يجب عليه ، ومن اعتذر بقوله " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله" ²⁹ هل يكون له عذر في أنه لا يعاقب على ترك الصلاة، أم لا ؟

جاء في الفتاوى الكبرى لابن تيمية :

من أنكر الصلاة يستتاب ويعاقب وتغلط عقوبته.

²⁸ . على هامش المطبوعة: يشير إلى حديث رواه مسلم في صحيحه ، عن ابن عباس أنه قال: وصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا سفر، ولما سئل عن السر في ذلك قال: لئلا يحرص أمتة" . ومعلوم أن هذا كان أحيانا لا عادة.

²⁹ . انظر تخريجه في هامش (20) من كتاب الجهاد.

في وجوب التسليم:

جاء في مختصر اختلاف العلماء صفحة 222 في وجوب السلام³⁰

قال أصحابنا ، والثوري ، والأوزاعي : ليس بفرض.

وقال مالك، والليث، والحسن بن حي، والشافعي: هو فرض؛ تركه يفسد.

وقال : الحسن بن حي : لو سجد للسهر بعد السلام ثم سجد وسلم عن يمينه ثم

ضحك قبل ان يسلم الأخرى: أنه يتوضأ ويستقبل الصلاة.

قال أبو جعفر : لم نجد ذلك عن أحد ممن يذهب إلى التسليمين: أن الثانية من

فرائضها غيره .

واحتجوا بحديث سفيان الثوري عن عبد الله بن محمد بن عقال ، عن محمد بن

الحنفية، عن علي عليهما السلام : (مفتاح الصلاة الطهور ، وإحرامها التكبير ،

وإحلالها التسليم)³¹.

قال أبو جعفر: عبد الله بن محمد بن عقال هذا ضعيف لا يحتج به³²

وقد روى عاصم بن ضمرة ، عن علي عليه السلام: (إذا قعد مقدار التشهد فقد

تمت صلاته)³³.

³⁰ - انظر : المختصر ، ص : 30 ؛ الأم : 1/122 ؛ المزني ، ص : 18 ، الاستذكار ، 2/215 ؛ الكافي في فقه أهل المدينة ، ص : 42.

³¹ - أخرجه الطحاوي ، 1/273 ، أبو داود ، في الصلاة، الإمام يحدث بعدما يرجع (215)، والترمذي (3) ، وقال : " هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن " .ابن ماجة (275) وغيرهم.

³² - قال عنه ابن حجر : " صدوق في حديثه لين، ويقال تغير بآخرة" ، التقريب ، ص : 321. انظر الخلاصة ، 2/96.

³³ - أخرجه الطحاوي : معاني الآثار : 1/273 ؛ وللاثر شواهد مرفوعة.

وهو قول سعيد بن المسيب ، وإبراهيم النخعي .

جاء في الفتاوي الهندية على المذهب الحنفي :

المؤلف : لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ، الناشر: دار الفكر الطبعة :
الثانية ، 1310 هـ عدد الأجزاء : 6،

هو الصحيح حتى لو فرغ المقتدي قبل فراغ الإمام فتكلم فصلاته تامة كذا في
الجوهرة النيرة.

و القعدة الأخيرة فرض في الفرض والتطوع حتى لو صلى ركعتين ولم يقعد في
آخرهما وقام وذهب تفسد صلاته. كذا في الخلاصة وأما الخروج بصنع المصلي فليس
بفرض هو الصحيح . هكذا في التبيين والعيني شر الكنز وأكثر الكتب.

الفصل الثاني في واجبات الصلاة .

يجب تعيين الأوليين من الثلاثية والرابعة المكتوبتين للقراءة المفروضة حتى لو
قرأ في الآخرين من الرابعة دون الأوليين أو في إحدى الأوليين وإحدى الآخرين
ساهيا وجب عليه سجود السهو كذا في البحر الرائق.

وتجب قراءة الفاتحة وضم السورة أو ما يقوم مقامها من ثلاث آيات قصار أو آية
طويلة في الأوليين بعد الفاتحة كذا في النهر الفائق وفي جميع ركعات النفل والوتر . هكذا
في البحر الرائق .

ويجب تقديم الفاتحة على السورة. كذا في النهر الفائق.

إذا نسي الفاتحة في الركعة الأولى أو الثانية وقرأ السورة ثم تذكر فإنه يبدأ بفاتحة الكتاب ثم يقرأ السورة وهو ظاهر الرواية. هكذا في المحيط .

ومن قرأ في العشاء في الأوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد الفاتحة في الآخرين. وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الآخرين الفاتحة والسورة يجهر بهما هو الصحيح هكذا في الهداية.

إذا لم يقرأ بشيء في الشفع الأول يقرأ في الشفع الثاني بفاتحة الكتاب وسورة يجهر بهما في قولهم ويسجد للسهو. كذا في فتاوى قاضي خان في فصل سجود السهو.

ويجب الاقتصار في الركعتين الأوليين على قراءة الفاتحة مرة واحدة في كل ركعة منهما. هكذا في المنية وإذا قرأ في الأوليين أو أحدهما الفاتحة مرتين على الولا يلزمه سجود السهو.

ولو قرأ الفاتحة ثم السورة ثم الفاتحة لا سهو عليه كذا في الطهيرية وهكذا في التجنيس وهو الأصح . هكذا في الزاهدي.

ويجب مراعاة الترتيب في كل فعل مكرر في كل ركعة كالسجود أو جميع الصلاة كعدد الركعات حتى لو نسي سجدة من الركعة الأولى وقضاها في آخر الصلاة جاز وكذا ما يقضيه المسبوق بعد فراغ الإمام أول صلاته عندنا ولو كان الترتيب فرضا كان آخرا. أما ما شرع غير مكرر في كل ركعة كالقيام والركوع أو في جميع الصلاة كالقعدة الأخيرة فالترتيب فيها فرض حتى لو ركع قبل القيام أو سجد قبل الركوع لا يجوز وكذا لو قعد قدر التشهد ثم تذكر أن عليه سجدة أو نحوها بطل القعود كذا في التبيين أجمعوا على أن الاعتدال في قومة الركوع ليس بواجب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا في الطهيرية وكذا الطمأنينة في الجلسة . هكذا في الكافي.

وأما الاعتدال في الركوع والسجود وكل ركن هو أصل بنفسه ذكر الكرخي أنه واجب على قولهما. هكذا في الطهيرية وهو الصحيح. كذا في شرح المنية لابن أمير الحاج وتعديل الأركان هو تسكين الجوارح حتى تطمئن مفاصله وأدناه قدر تسبيحة. كذا

في العيني شرح الكنز والنهر الفائق وتجب القعدة الأولى قدر التشهد إذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية في ذوات الأربع والثلاث هو الأصح . هكذا في الظهيرية ويجب التشهد في القعدة الأخيرة وكذا في القعدة الأولى وهو الصحيح.

هكذا في السراج الوهاج وهو الأصح كذا في محيط السرخسي والتشهد أن يقول التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا غله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. كذا في الزاهدي وهذا تشهد عبد الله بن مسعود والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس . رضي الله عنهما . كذا في الهداية.

والتسليم عند أبي حنيفة : لا تجب التسليمتان ولا هما من الصلاة.
عند الشافعي : لا تجب إلا تسليمة واحدة، والثانية مستحبة .

نقل عن إعلاء السنن للتهانوي (3/120).

الكتاب: إعلاء السنن (ط. كراتشي)

المؤلف: ظفر أحمد العثماني التهانوي

المحقق: محمد تقي عثمانى

حالة الفهرسة: غير مفهرس

الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي

سنة النشر: 1418

عدد المجلدات: 22

الجزء الثالث: تابع الصلاة * 731 - 967

أبو حنيفة : عن حماد عن إبراهيم في الرجل يجلس خلف الإمام قدر التشهد ثم ينصرف قبل أن يسلم، قال يجزيه، وقال عطاء بن أبي رباح: إذا جلس قدر التشهد أجزأه ، قال أبو حنيفة : قولي هو قول عطاء (أخرجه محمد بن الحسن في الآثار (ص 67 مطبوعة كلزار محمدي لاهور) ثم قال محمد قلت: رجالهم كلهم ثقة وبقول عطاء نأخذ نحن أيضا انتهى .

وأبو حنيفة سمع عطاء (وأكثر منه) وعطاء تابعي جليل سمع كثيرا من الصحاب، كذا في تهذيب التهذيب (7/199 - 201).

قال النووي في المجموع : (3/481 - 482).

يحيى بن شرف النووي
مطبعة المنيرية

رقم الطبعة: د.ب.ت
عدد الأجزاء: أحد عشر جزءا

في مذاهب العلماء في وجوب السلام مذهبنا أنه فرض وركن من أركان الصلاة لا تصح إلا به وبهذا قال جمهور أبو حنيفة وقال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، لا يجب السلام ولا هو من الصلاة بل إذا قعد قدر التشهد ثم خرج من الصلاة بما ينافيها من سلام أو كلام أو حدث أو وحكاه الشيخ قيام أو فعل أو غير ذلك أجزأه وتمت صلاته أبو حامد عن الأوزاعي ، واحتج له بحديث المسيء صلاته وبحديث ابن مسعود رضي الله عنه " أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه التشهد وقال إذا قضيت هذا فقد تمت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد وعن ابن عمرو قال: "قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم إذا أحدث وقد قعد في آخر صلاته قبل أن يسلم فقد جازت صلاته " وعن علي رضي الله قال "إذا جلس قدر التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته " * واحتج أصحابنا بحديث " تحليلها لتسليم " وبالأحاديث المذكورة في الفرع قبله

مع " قوله صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني أصلي "" والجواب عن حديث المصلي صلاته أنه ترك بيان السلام لعلمه به كما ترك بيان النية والجلوس للتشهد وهما واجبان بالاتفاق والجواب عن حديث ابن مسعود أن قوله " فقد تمت صلاته أو قضيت صلاته " إلى آخره زيادة مدرجة ليست من كلام النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الحفاظ وقد بين الدار قطني و البيهقي وغيرهما ذلك وأما حديث علي وحديث ابن عمرو فضعيفان بإنفاق الحفاظ. ضعفهما مشهور فيكتبهم وقد سبق بيان بعض هذا في ذكر مذاهب العلماء في وجوب التشهد والله أعلم * (فرع) في مذاهبهم في استحباب تسليمه أو تسليمتين قد ذكرنا أن الصحيح في مذهبنا أن المستحب أن يسلم تسليمتين وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم حكاه الترمذي والقاضي أبو الطيب وآخرون عن أكثر العلماء وحكاه ابن المنذر عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وعمار بن ياسر ونافع بن عبد الحارث رضي الله عنهم وعن عطاء ابن أبي رباح و علقمة والشعبي وأبي عبد الرحمن السلمي التابعين وعن الثوري وأحمد وإسحاق .

جاء في فتح الباري لابن رجب:

شرح صحيح البخاري: ابن رجب الحنبلي

المحقق: مكتب تحقيق دار الحرمين

قال لنا أناس: أني لا ألو أن أصلي بكم كما رأيت رسول الله . صلى الله عليه وسلم يصلي بنا ، قال حماد ، قال ثابت : وكان أنس يصنع شيئاً لا أراكم تصنعونه، كان إذا رفع رأسه من الركوع انتصب قائماً، حتى يقول القائل : قد نسي.

ففي هذا الحديث: دليل على أن الرفع من الركوع ينتصب فيه حتى يعتدل قائماً، كما قال النبي . صلى الله عليه وسلم (ثم أرفع حتى تعتدل قائماً) للذي علمه الصلاة

وأكثر العلماء على أن الرفع من الركوع ركن من أركان الصلاة، وهو قول الشافعي وأحمد.

وقال أبو حنيفة ومالك . في رواية عنه . : ليس بركن ، فلو ركع ثم سجد أجزاءه .
و هذا يرده فعل النبي . صلى الله عليه وسلم . وأمره بالاعتدال والطمأنينة في هذا
الاعتدال ركن . أيضا . عند الشافعي وأحمد، أكثر أصحابهما .
و من الشافعية من توقف في ذلك؛ لأن النبي . صلى الله عليه وسلم . إنما أمرنا
بالاعتدال دون الطمأنينة.

والصحيح : أن الطمأنينة فيه ركن، وهو قول الأكثرين، منهم : الثوري والأوزاعي
وأبو يوسف وإسحاق وقد أمر النبي . صلى الله عليه وسلم . بالطمأنينة في الجلوس بين
السجدين ، فالطمأنينة في الرفع من الركوع مثلها .
وقد روي من حديث رفاعة بن رافع ، أن النبي . صلى الله عليه وسلم . علم
المسيء في صلاته ، وأمره أن يرفع حتى يطمئن قائما .
خرجه الإمام أحمد وغيره .

وقد سبق قول النبي . صلى الله عليه وسلم . لا تجزيء صلاة لا يقيم الرجل فيها
صلبه في الركوع والسجود وخرج الإمام أحمد من حديث أبي هريرة ، عن النبي . صلى
الله عليه وسلم . قال :

(لا ينظر الله إلى صلاة رجل لا يقيم صلبه بين ركوعه وسجوده)

و من حديث طلق بن علي الحنفي، عن النبي . صلى الله عليه وسلم . معناه .
وحديث طلق أصح من حديث أبي هريرة ، وفيه دليل على استحباب إطالة ركن
الرفع من الركوع ، ولا سيما مع إطالة الركوع والسجود، حتى تتناسب أركان الصلاة في
القدر .

وذهب بعض الشافعية إلى أن من أطال ذلك فسدت صلاته؛ لأنه غير مقصود
لنفسه، بل للفصل بين الركوع والسجود .

1. جاء في حاشية الدردير على الشرح الكبير على مختصر خليل صفحة 512 مجلد

الراجح عند الأصوليين و القرافي حكم الحاكم لا يدخل العبادات فما بالك بغيره الذي يتفوه بعدم صحة مصلي.

باب الصوم:

1. جاء في كتاب شرح الدردير على الشرح الكبير لمختصر خليل صفحة 109 مجلد

الصوم هو الإمساك عن شهوتي البطن والفرج في جميع النهار بنية بتحقيق رمضان بثبوت الرؤية . للهِلال . أو إكمال الثلاثين من شهر شعبان

تعريف الصوم :

الإمساك عن المفطرات من شهوتي البطن والفرج من طلوع الشمس إلى طلوع الفجر بنية. ووجوب الفطر لمريض وصحيح إن خاف على نفسه صومه هلاكاً أو شديد أذى والجهد الشديد.

وجاز مضمضة لعطش ويكره لغير موجب وإصباح لجناية ومن الطوائف في صوم التطوع يكره صوم الضيف بغير إذن ر المنزل صفحة 518 وعيد المولد المحمدي لإلحاقه بالأعياد.

أما المفطر عمدا عالما بالحكم الشرعي لا يرى ضرورة لفعله فتلزمه الكفارة وهي : عتق نسمة أو صوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا.

بخصوص قيد التتابع في صيام كفارة رمضان:

ذهب ابن أبي ليلى إلى جواز تفريقه مستدلاً بحديث أبي هريرة والذي جاء فيه أن النبي . صلى الله عليه وسلم . أمر رجلاً أفطر في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يطعم ستين مسكينا ، رواه مسلم، مالك، وأبي داود و البيهقي (158) فلم يقل النبي .

صلى الله عليه وسلم . بالتتابع في هذا، فدل على عدم اشتراطه ، مخالفا غيره من الجمهور من الفقهاء.

أنواع الكفارة على التخيير:

قال ابن عاشر

وَكَفَّرَن بِصَوْمِ شَهْرَيْنِ وَلَا أَوْ عِتْقَ مَمْلُوكٍ بِالْإِسْلَامِ حَلَا
وَفَضَّلُوا إِطْعَامَ سِتِّينَ فَقِيرَ مُدًّا لِمَسْكِينٍ مِنَ الْعَيْشِ الْكَثِيرِ

وَإِطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا أَوْ مُحْتَاجًا فَيَشْمَلُ الْفَقِيرَ لِكُلِّ مَدٍّ وَهُوَ مَلءُ الْيَدَيْنِ
الْمَتَوَسِّطَتَيْنِ مِنَ الطَّعَامِ وَلَا يَجْزِيُ غِذَاءٌ أَوْ عِشَاءٌ بَدَلًا عَنِ الْمَدِّ.

ومن عليه القضاء لا فدية عليه.

(فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك)³⁴.

فرائض الصيام :

لا يصح الصيام، ولا تترتب عليه آثاره، ولا تبرأ به ذمة الصائم، إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية:

النية : وهي عزم الصائم على الصوم امتثالاً لأمر الله تعالى وتقرباً إليه ويشترط تبييتها من الليل لقوله صلى الله عليه وسلم :من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له، وقال ابن تيمية في منتقى الأخبار : رواه الخمسة . وقال الشوكاني :أخرجه أيضا ابن خزيمة وابن حبان، وصحاه مرفوعا.

الكف عن الأكل والشراب والجماع بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، لقوله تعالى: (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر، ثم أتموا الصيام إلى الليل).

عدم إيصال شيء للمعدة عن طريق الفم والأنف والأذن والعين وغيرها.
عدم إخراج القيء عمداً.

مبطلات الصوم :

تتنوع مبطلات الصوم إلى نوعين:

أ - ما يبطل الصوم ويوجب القضاء بلا كفارة: وصول مائع إلى الجوف عن طريق الفم، أو الأنف، أو العين، أو الأذن، أو غيرها.
إخراج القيء عمداً، ولو لم يرجع منه شيء إلى الجوف لقوله صلى الله عليه وسلم: من استقاء عمداً فليقض.

الأول أو الشراب أو الجماع في حال الإكراه.

الأكل والشرب نسياناً. ذهب سفيان الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق إلى أن من أكل أو شرب ناسياً لا قضاء عليه، لحديث : من نسي وهو صائم . فأكل أو شرب، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه (رواه الجماعة)، وخصه الإمام مالك بصوم التطوع.

الأكل أو الشرب بعد الفجر جهلاً

الأكل أو الشرب قبل غروب الشمس جهلاً

خروج المذي بسبب النظر أو الفكر أو ما أشبههما

رفض نية الصوم، ولو لم يأكل ولم يشرب

الردة عن الإسلام إن تاب ورجع إليه في النهار نفسه

ب - ما يبطل الصوم ويوجب القضاء والكفارة

الجماع عمداً من غير إكراه، لحدث أبي هريرة رضي الله عنه قال:

جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هلكت، فقال: وما ذلك ؟ قال : وقعت بأهلي في رمضان . قال: أتجد رقبة؟ قال: لا، قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال: لا، قال: فتستطيع أن تطعم ستين مسكيناً ؟ قال: لا . فجاء رجل من الأنصار بعرق و العرق :المكتل فيه تمر، فقال: اذهب بهذا فتصدق به، قال: على أحوج

منا يارسول الله؟ والذي بعثك بالحق، ما بين لابتيها(+) ³⁵ أهل بيت أحوج منا. قال: اذهب فأطعمه أهلك.

وفي رواية لأبي داود وابن ماجه: كله أنت وأهل بيتك وصم يوما ، واستغفر الله. الأكل والشرب بلا عذر شرعي، وهذا عند الإمام مالك وأبي حنيفة ودليلهما حديث أبي هريرة : أن رجل أفطر في رمضان ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة، أو يصوم شهرين متتابعين ، أو يطعم ستين مسكينا.

35

لابة، وهي الحرة وهي الأرض ذات الحجارة السود كأنها أحرقت بالنار وأراد بهما 30 (+) حرتين تكتفانها وجمع اللابة لوب ولايات ولاب. قال ابن حبيب: هما الحرتان الشرقية والغربية، وللمدينة حرتان حرة بالقبلة (من جهة الجنوب) وحرة بالجرف (من جهة الشمال) فهي حرار أربع لكن يرجع كلها إلى الحرتين الشرقية والغربية لاتصالهما بهما ولذلك جمعها - صلى الله عليه وسلم - في اللابتين

والكفارة بمقتضى الحديثين السابقين وغيرهما إنما تتكون من أمور ثلاثة على التخيير هي:

عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب.

صيام شهرين متتابعين.

إطعام ستين مسكينا ، لكل مسكين مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم، ويكون الإطعام من غالب قوت أهل البلد، ولا يجزئ إطعام ثلاثين لكل واحد مدان ، ولا إطعام مائة وعشرين لكل واحد نصف مد والمكفر مخير بين هذه الأمور ، فأيا منها فعل أجزأه، والمفضل في المذهب المالكي الإطعام ثم العتق ثم الصيام.

مباحات الإفطار :

المريض لقوله تعالى: (ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر)، فإن كان المريض لا يقدر على الصوم، أو يخاف الهلاك على نفسه إن صام، وجب عليه الفطر. وإن قدر على الصوم بمشقة جاز له الفطر، فإن كان يرجى برؤه فإنه ينتظر حتى يبرأ ويقضي، وإن لم يرج برؤه فإنه يفطر ولا قضاء عليه .

السفر: ويشترط فيه أن يكون مباحا وطويلا (تقصر فيه الصلاة). ونية إقامة أربعة أيام في مكان تقطع حكم السفر، فإن كان المسافر لا يشق عليه الصوم فالصوم أحسن، لقوله تعالى : (وأن تصوموا خير لكم) ، وإن كان يشق عليه فالإفطار أحسن، لقول أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان ، فمنا الصائم ومنا المفطر ، فلا يجد الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم ، ثم يرون أن من وجد قوة فصام فإن ذلك حسن، ويرون أن من وجد ضعفا فأفطر فإن ذلك حسن.

الحمل : قال ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة: وإذا خافت الحامل على ما في بطنها أفطرت، والدليل على ذلك حديث أنس بن مالك الكعبي: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة، وعن

الحبلى والمرضع الصوم واختلف في إطعامها ، فقيل : لا تطعم ، وقيل : تطعم ، وهذا القول الأخير رواه ابن وهب فقال : وقد كان مالك يقول في الحامل : تفطر وتطعم ويذكر أن ابن عمر قاله . قال أشهب : وهو أحب إلي ، ولا أدري ذلك واجب عليها لأنه مرض من الأمراض .

الرضاع : قال ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة : و للمرضع إن خافت على ولدها ، ولم تجد من تستأجر له ، أو لم يقبل غيرها أن تفطر وتطعم لقوله تعالى : (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين) . قال ابن عباس : أثبتت للحبلى و المرضع .
الهمم : إذا بلغت الشيخوخة بالمسلم أو المسلمة حدا لا يقويان معه على الصيام ، افطر ، واستحب لهما أن يتصدقا عن كل يوم يفطر أنه بمد من القمح ، لقول ابن عباس في قوله تعالى : (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين) : كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة ، وهما يطيقان الصيام ، أن يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا نفسه ، ولما رواه البيهقي عن أبي هريرة قال :

من أدركه الكبر فلم يستطع صيام رمضان ، فعليه لكل يوم مد من قمح .
وفي الموطأ بلاغا وصله البيهقي عن طريق قتادة : أن أنس بن مالك كبر حتى كان لا يقدر على الصيام ، فكان يفتدي . قال مالك : ولا أرى ذلك واجبا عليه ، وأحب إلى أن يفعله ، إن كان قويا عليه ، فمن فدى فإنما يطعم مكان كل يوم مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم .

شدة الجوع والعطش : من اشتد به الجوع أو العطش ، وأحس بالخطر يهدد حياته ، أباح له الشارع الحكيم أن يفطر إنقاذا لحياته ، بل يحرم عليه الصوم إن خاف الهلاك على نفسه ، لقوله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) .

الإكراه وعليه قضاء ما افطره:

من أكره على الإفطار أباح له الشارع كذلك أن يفطر ويقضي ما أفطره، ولا إثم عليه في ذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم: رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ، والنسيان، والأمر يكرهون عليه .

(فقه الصيام على المذهب الحنفي) .

قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون .)

تعريف الصيام :

هو التعبد لله سبحانه وتعالى بالإمساك عن الأكل والشرب وسائر المفطرات من طلوع الفجر إلى غروب الشمس.

فضل الصيام :

و أما صيام رمضان فإنه فرض وركن من أركان الإسلام، وقد أنزل فيه القرآن، وفيه ليلة القدر خير من ألف شهر.

ومما ورد في ذلك من الأحاديث: أن الصيام قد اختصه الله لنفسه، وأنه يجزي به فيضاعف أجر صاحبه بلا حساب لحديث: "كل عمل ابن آدم يضاعف الحسنة بعشر أمثالها إلى سبعمائة ضعف ، قال الله تعالى : إلا الصيام فإنه لي وأنا أجزي به "

رواه مسلم عن أبي هريرة (الترغيب و الترهيب) 2 _ 81

، و"ثلاث حق على الله أن لا يرد لهم دعوة: الصائم حتى يفطر." ، وللصائم فرحتان يفرحهما: إذا أفطر فرح، وإذا لقي ربه فرح بصومه، وأن الصيام يشفع " للعبد يوم القيامة يقول: رب إني منعتك الطعام والشهوات بالنهار فشفعني فيه " ، وأن " خلوف فم الصائم أطيب عند الله تعالى من ريح المسك " ، وأن " الصوم جنة وحسن حصين من النار " ، وأن " من صام يوماً في سبيل الله بعد الله وجهه عن النار سبعين خريفاً " ، وإن في الجنة باباً يقال له : الريان يدخل منه الصائمون يوم القيامة لا يدخل منه أحد غيرهم يقال: أين الصائمون " . و " إذا دخل رمضان فتحت أبواب الجنة وغلقت أبواب جهنم وسلسلت

الشياطين " رواه البخاري و مسلم عن أبي هريرة (الترغيب و الترهيب) 97 / 2 ، و " من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه " متفق عليه عند البخاري و غيره (أصحاب الكتب الستة) عن أبي هريرة، و " الله عند كل فطر عتقاء " .³⁶

الإفطار في رمضان وأحكامه :

أولاً : حالة الإفطار المحرم الموجب للقضاء والكفارة معاً، ويجب الإمساك بقية اليوم.

الأكل والشراب والجماع .

شرب الدواء أو الدخان أو المخدرات.

إذا أكل الصائم عمداً بعد أن عمل عملاً غير مفطر ظاناً أنه يفطر، كأن اكتحل أو اغتاب ، فظن أنه أفطر بذلك.

والكفارة هي : صيام شهرين متتابعين، وإن لم يستطع الصوم لعجز أو مرض أطعم ستين مسكيناً لكل واحد (2) كيلو من الحنطة أو قيمة ذلك.

ثانياً: حالة الإفطار المحرم الموجب للقضاء فقط، ويجب الإمساك بقية اليوم .

إن أكل ما ليس فيه غذاء، كأن بلع تراباً أو ما لا يؤكل بدون طبخ إذا قضى شهوة الفرج غير كاملة. كأن قبل أو لمس فأنزل، أو أفطر بجماع في غير رمضان.

- إن أفطر في أذنه أو ف نفه .

الفقه الإسلامي و أدلته

36

الجزء الثاني

الباب الثالث الصيام

تأليف الدكتور وهبة الزحيلي

نشر دار الفكر

36

- إن استقاء معتمدا، أو ابتلع عمدا ما غلبه من القيء.

- إن أفطر عمدا بعد أكله ناسيا .

- إن أفطر مكرها.

- إدخال شيء في القبل أو الدبر وكان هذا الشيء مبللا.

- إن أدخل الدخان عمدا إلى جوفه.

ثالثا : حالة الإفطار الجائز الموجب للقضاء فقط.

مريض خاف زيادة المرض أو ببطء الشفاء بتجربة أو بإخبار طبيب مسلم حاذق.

مسافر إلى مسافة القصر (81 كلم) شرع في سفره قبل الفجر.

- الحامل والمرضع إن خافتا على نفسيهما أو ولديهما بإخبار طبيب.

- حاذق مسلم عدل، أو بتجربة ساقاة.

- صاحب العمل الشاق إن أجهده العطش الشديد أو الجوع المفرط،

وخاف الهلاك.

رابعا : حالة الإفطار الجائز الموجب للفدية دون القضاء .

الشيخ الفاني إن عجز عن الأداء.

المريض مرضا مبيحا للإفطار ولا يرجى شفاؤه. والفدية هي : إطعام مسكين فإن

لم يقدر على الإطعام لعسرته يستغفر الله سبحانه.

خامسا : حالة الإفطار الواجب للقضاء:

وهي حالة الحائض والنفساء

سادسا : حالة وجوب الإمساك مع وجوب القضاء ولا إثم فيها .

إن تسحر بعد الفجر شاكا أمنه لم يطلع وقد طلع .

إن أفطر ظانا أن الشمس قد غربت ولم تغرب.

سابعا : حالات لا تفطر ولا يجب فيها شيء.

الأكل والشرب والجماع ناسيا في رمضان وغيره .

الاحتلام.

دهن الجلد أو الاغتسال

الاكتحال ولو وجد طعمه في حلقه أو لومنه في بصاقه

الاحتجام ، ومثله إبرة سحب الدم أثناء الصوم

دخول الدخان في حلقه بلا صنعه

نزول النخامة من الرأس إلى الأنف ثم استنشاقها وابتلاعها عمدا

إذا سبح أو استحجم فدخل في أذنه ماء. وكذا حك الأذن بعود

إذا ابتلع ما بين أسنانه لا يفطر إن كان دون قدر الحمصة

القيء ولو ملأ فاه إن لم يبتلعه

إذا أصبح جنباً

إذا نوى الفطر ولم يفطر

الغيبة والنميمة

ما يكره للصائم

فعل ما يظن أن يضعفه كالحجامة والعمل الشاق

ذوق الطعام إلا لحاجة

كل ما يؤدي إلى الوقوع في مفسد كالقبلة والمباشرة

المبالغة في المضمة

تأخير الفطر إن تعمد

صدقة الفطر :

واجبة، ويخرجها الشخص عن نفسه، وولده الصغير الفقير، وتخرج الزوجة زكاتها

من مالها إلا إذا تبرع زوجها بذلك عنها. ومقدارها (2) كيلوغرامين من الحنطة، أو

قيمتها عن الشخص الواحد، ويجوز إخراجها بعد دخول شهر رمضان.

هذه الأحكام هي على المذهب الحنفي .المراجع :الفقه المذاهب الأربعة للجزيري،³⁷ الفقه الإسلامي للزحيلي .

تعريف الصيام شرعا:

والصيام في الشرع: إمساك مخصوص من شخص مخصوص عن شيء مخصوص في زمن مخصوص .

فالإمساك المخصوص هو: الإمساك عن شهوتي البطن والفرج.

والشخص المخصوص هو المكلف البالغ من الرجال والنساء من المسلمين والزمن المخصوص هو الذي يقع فيه الإمساك هو النهار من بدايته قبل الفجر إلى نهايته عند الغروب .

قال ابن عاشر المالكي :

صيام شهر رمضان وجبا

في رجب شعبان صوم ندبا

كتسع حدة وأحرى الآخر

كذا المحرم وأحرى العاشر

ويثبت الشهر برؤية الهلال

أو بثلاثين قبيلا في كمال

37

الكتاب: الفقه على المذاهب الأربعة

المؤلف: عبد الرحمن الجزيري

الناشر: دار الكتب العلمي

2003 - 1424 سنة النشر:

5 عدد المجلدات:

من حكم الصيام:

و من حكم مشروعية الصيام مخالفة الهوى، وكسر النفس، وتصفية العقل والكر، وتنبيه العبد المسلم على مواساة أخيه الفقير الجائع.

أنواع الصيام:

والصيام في الشرع إما واجب وإما مندوب، والصيام الواجب هو صوم شهر رمضان الذي أشار إليه ابن عاشر بقوله في صدر هذا البيت.
صيام شهر رمضان واجبا.

حكم صيام رمضان :

ولا خلاف في وجوب صوم رمضان، ومثل هذا المجمع عليه يكفر جاحده إن كان مسلما جده ، لأن وجوبه معلوم من الدين بالضرورة ، وما كان كذلك فمكره يكفر عنه العلماء.

أدلة وجوب صوم رمضان .

ومن أدلة وجوب صوم شهر رمضان من الكتاب قوله تعالى: (فمن شهد منكم الشهر فليصمه)³⁸ .

ومن السنة حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (بني الإسلام على خمس) فعدّها ومنها صوم رمضان، والحديث متفق عليه.

أحكام زكاة الأموال

- شروط إخراج زكاة الأموال لمن وجبت عليه ستة :

النية فيها أنها زكاته أو زكاة من يليه، وإخراجها بعد وجوبها بتمام حولها لأصله، أو مجيء الساعي، أو تمام الحب، ودفعها إلى إمام عادل أو أحد الأصناف الثمانية الذين تجب لهم زكاة من المسلمين.

و اختلف في المؤلفة قلوبهم الآن هل بقي حكمهم أم لا ؟ وأن يدفع عين السن والجنس الذي وجب عليه إخراجها، لا عوضا عنه، فإن دفع أفضل منه من جنسه أجزأه.

- وممنوعاتها عشرون :

أن لا تعطى لغني إلا لغار ، ولا تعطى لأحد من بني هاشم وبني المطلب ، ، واختلف في سائر قريش وفي مواليتهم ، وأن لا يحتسب بها لفقير من دين عليه ، وأن لا يدفعها الرجل لمن تجب عليه نفقته، وأن لا تبطل باليمن والأذى ، وأن يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة، وأن لا يحشر الناس المصدق إليه ، بل يزكيهم بمواضعهم، وأن لا يأخذ المصدق خيار أموال الناس، وأن لا يشتري الرجل صدقته.

-آدابها ثمانية :

- أن يخرجها طيبة بها نفسه، وتكون من طيب كسبه وخياره ، ويدفعها للمساكين بيمينه، ويستترها عن أعين الناس، وقد قيل : الإظهار في الفرائض أفضل، وأن يجعل من يتولاها سواه خوف المحمدة ، ويفرقها في البلد الذي وجبت فيه لا في غيره، إلا أن تكون بأهل بلد حاجة ملحة فيخرج لهم بعضها ، ويستحب أن يقصد بها الأحوج فالأحوج ويستحب للمصدق وللإمام الدعاء والصلاة على دافعها .

والكلام فيها في سبعة أشياء: على من تجب؟ وفيما تجب؟ وفي مقادير نصبتها، ومقدار ما يخرج منها، ولمن تعطى؟ وكم يعطى منها، ومتى تخرج ؟

- على من تجب؟

فعلى الحر المسلم كان عاقلا أو مجنونا، أو ذكرا أو أنثى ، أو صغيرا أو كبيرا، ولا تجب على كافر لأنها طهارة وزكاة ، ولا تجب على عبد ، ولا من فيه شعبة رق.

- فيما تجب؟

فالأموال المزكاة ثمانية : النقود من الذهب والفضة، والحلي المتخذ منهما للتجارة، وفي معناه النقار والتبر؛ والأنعام وهي الغنم والبقر والإبل ، والحبوب وهي كل مقتات من الحبوب، وفي معناها ما له زيت منها، والثمار وهي ثلاثة : تمر وزبيب وزيتون ، والعروض المتخذة للتجارة ، والمعادن من الذهب والفضة، والركاز من دفن الجاهلية.

-مقادير نصابها:

فنصاب النقود والحلي والمعادن من الذهب والفضة عشرون دينارا ذهباً، أو مائتا درهم فضة خالصين؛ ونصاب العروض قيمتها من ذلك.

ويخرج ربع العشر عن ذلك، فما زاد فبحسابه، إلا النذرة في المعدن فيها الخمس. ونصاب الحبوب والثمار أن يرفع من كل نوع منها خمسة أوسق، حاشى البر والشعير والسلت فإنه يجمع بعضه إلى بعض، وكذلك القطاني تجمع كلها على الصحيح من القولين.

ويخرج منها العشر إن كان بعلاً أو يسقى سحاً، ونصف العشر إن كان يسقى بالدلو والسانية.

وأما الركاز فيخرج الخمس من قليله وكثيره إن كان ذهباً وفضة، واختلف في غيرهما.

وأما الأنعام فتختلف، فأول نصب الغنم أربعون، وفيها شاة جذعة أو ثنية إلى مائة وعش رين ، فإذا زادت شاة ففيها شاتان إلى مائتي شاة، فإن زادت شاة فيها ثلاث شياه، ثم بعد هذا في كل مائة شاة.

وأما البقر فأول نصبها ثلاثون ، وفيها تباع جدع أو جذعة ، وفي أربعين مسنة. وأول الإبل خمس، وفيها شاة ، وفي عشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث، وفي عشرين أربع، وفي خمس وعشرين بنت مخاض من الإبل، فإن عدمت فيها فابن لبون، وفي ست وثلاثين بنت لبون، وفي ست وأربعين حقة، وفي إحدى وستين جذعة، وفي ست وسبعين

بنّا لبون. وفي إحدى وتسعين حقّتان إلى مائة وعشرين ، فما زاد في كلّ أربعين بنت لبون، وفي كلّ خمسين حقّة؛ فإذا اجتمع عدد يتفق فيه أخذ السنين كان الساعي مخيراً. ولا زكاة في الأوقاص، وهي ما بين هذه الأعداد والنصب التي ذكرنا، وهي ملغاة.

- لمن تعطى الزكاة :

لثمانية أصناف ذكرهم الله عز وجل في كتابه العزيز فقال عز من قائل : (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية ، فإن أعطى زكاته لواحد من هذه الأصناف أجزاء، وتخرج كلّ مال منه عند تمام حوله فيما يشترط فيه الحول من عين أو سلع مدارة، أو تمام بيس الحب أو التمر، أو عصر الزيت، أو خروج نصاب من المعدن، أو وجود الندرة، أو بيع السلع غير المدارة أو المقتناة بعد مضي حول عليها أو على أصل المال المشتراة به، أو قبض شيء من دينه قل أو كثر إذا كان بيده نصاب مال، أو تم بما يقبضه نصاباً بعد مضي الحول على ملكه، أو مجيء الساعي على الماضية بعد مضي حول لها أو لأصلها المتولدة عنه في ملكه .

المرجع : كتاب الإعلام بحدود قواعد الإسلام لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المتوفى سنة 544 هـ منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية سنة 2007 ، المملكة المغربية.

كتاب الزكاة :

- * فرضت الزكاة فيما يرتسم عين وحب وثمار وغنم.
- * في العين والأنعام حقت كلّ عام يكمل والحب بالإفراك يرام.
- * والتمر والزبيب بالطيب وفي ذي الزيت من زيتة والحب يفي.
- * وهي في الثمار والحب العشر أو نصفه إن آلة القي يجر
- * خمسة أوسق نصاب فيهما في فضة قل مائتان درهما.

- * عشرون دينارا نصاب في الذهب وربع العشر فيهما وجب.
- * والعرض ذو التجر ودين من أدار قيمتها كالعين ثم ذو احتكار.
- * زكي لقبض ثمن أو دين عينا بشرط الحول للأصلين.
- * في كل خمسة جمال جذعة من غنم ش مع بنت المخاض مقنعه.
- * في الخمس والعشرين وابنة اللبون في ستة مع الثلاثين تكون.
- * ستا وأربعين حقة كفت جذعة إحدى وستين وفت.
- * بنتا لبون ستة وسبعين وحققان واحدا وتسعين.
- * ومع ثلاثين ثلاث أي بنات لبون أو خذ حقتين بافتيات .
- * إذا الثلاثين تلتها المائة في كل خمسين كمالات حقه.
- * وكل أربعين بنت لللبون وهكذا ما زاد أمره يهون.
- * عجل تباع في ثلاثين بقر مسنة في أربعين تستطر.
- * وهكذا ما ارتفعت ثم الغنم شاة لأربعين مع أخرى تضم .
- * في واحد وعشر ين يتلو ومائة ومع ثمانين ثلاث مجزئة.
- * وأربعا خذ من مئتين أربع شاة لكل مائة إن ترفع.
- * وحول الأرباح ونسل كالأصول والطار لا عما يزكى أن يحول .
- * ولا يزكي وقص من النعم كذاك ما دون النصاب وليعم.
- * وعسل فاكهة مع الخضر إذ هي في المقنات مما يدخر.
- * ويحصل النصاب من صنفين كذهب وفضة من عين .
- * والضأن للمعز وبخت للعرا ب وبقر إلى الجواميس اصطحاب.
- * القمح للشعير للسلت يصار كذا القطاني والزبيب والثمار.³⁹

المعجم الوسيط

البُخْت والبُخْتِيَّة: دَخِيل في العربية، أعجمي مُعَرَّب، وهي الإبل الخُراسانيَّة

عراب

1- « خيل أو جمال **عراب** » : كرائم أصيلة سالمة من الهجنة

المعجم: الرائد

وَقَص :-

جمع أوقاص

• الوقص في الصدقة : (الفقه) ما بين الفريضتين ، نحو أن تبلغ الإبل خمساً ففيها شاة ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ عَشْرًا ؛ فما بين الخمس إلى العشر **وقص** ، وبعض العلماء يجعل الوقص في البقر خاصة .

المعجم: اللغة العربية المعاصر

معنى طَارَ في الشيء، وبه، وحوله ؛ طَوَّارًا، وطَوَّارًا: قرينه وحام حوله. ويقال: لا أطور به: أي لا أقرنه ولا

أفعله.

وَسَق: (اسم)

الجمع : أوسُقْ ، و أوساقْ ، و وَسُوقْ

الوسُقْ ، الوسُقْ

الوسُقْ : مِكْيَلَةٌ معلومة ، وهي سِتُّون صَاعًا ، والصاعُ خمسةُ أُرطال وتثلاث

صاع :-

جمع أصواع وأصنوع وصنوعان وصيعان : مكيال تُكَال به الحبوب ونحوها ، هو أربعة أمداد ، ويُقَدَّر

الآن بثلاثة عشر كيلوجرامًا تقريبًا (يذكر ويؤنث)

حقّة :

وهي من الإبل التي أتمت الثالثة من عمرها ودخلت في الرابعة وجمعها حقاق

المعجم: مصطلحات فقهية

ابن عاشر المالكي المذهب .

فصل في زكاة الفطر :

فصل زكاة الفطر صاع وتجب عن مسلم ومن برزقه.

الحج:

ورد في حاشية الدسوقي على الدردير على مختصر خليل صفحة 2 مجلد 2.
فرض الحج عينا إذ هو أحد أركان الإسلام وهو شرعا وقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحجة وطواف بالبيت (الحرام) سبعا وسعي بين الصفا والمروة كذلك على وجه مخصوص . ومبدأ إتيانه باختلاف الناس، التأخير إلى العام الذي يظن فيه حصول الضعف له ويحرم عليه التأخير لما بعده.

الجدُّ من الإبل : ما استكمل أربعة أعوام ودخل في العام الخامس .

• الجدُّ من الخيل والبقرة : ما استكمل عامين ودخل في العام الثالث .

• الجدُّ من الضأن : ما بلغ ثمانية أشهر أو تسعة .

المعجم: اللغة العربية المعاصر

ابن اللَّبُون : وَلَدُ الناقَةِ إِذَا استكمل السنة الثانية ودخل في الثالثة ، لِأَنَّ أُمَّه وَلِدَتْ غَيْرَهُ

فصارَ لها لَبَنٌ ، وهي ابنةُ

جاء في المرشد المعين لابن عاشر شرحه وزاد عليه السيد
الطهطاوي ما يلي :

40

40

40

كتاب « شرح منظومة ابن عاشر في الفقه المالكي »، لصاحبه: « أحمد مصطفى
قاسم الطهطاوي »، هو شرح مختصر جديد لمنظومة العلامة الفقيه المتفطن أبي محمد
(هـ)، 1040 عبد الواحد بن أحمد بن علي بن عاشر الأنصاري الأندلسي الفاسي (ت
المسماة بالمرشد المعين على الضروري من علوم الدين والمعروفة بمتن ابن عاشر
طبعة دار الفضيلة

كتاب الحج

فرائض الحج وواجباته

230 - الحج فرض مرة في العمر أركانه إن تركت لم تجبر

شرع المصنف في الكلام على الركن الخامس من أركان الإسلام وهو الحج،
والحج .

لغة : كثرة القصد، **واصطلاحاً:** القصد إلى التوجه لبيت الله الحرام ، وبالأعمال
المشروعة فرضاً وسنة ، وعرفه بعض المالكية فقال: حضور جزء من عرفة ساعة من
ليلة النحر وطواف بالبيت سبعا، وسعى بين الصفا والمروة سبعا باحترام⁴¹.

قوله : [**الحج**] إلى قوله : [ردفه] أخبر أن الحج فرض على الإنسان مرة واحدة
في عمره، وأن للحج أركاناً إن تركت كلها أو واحد منها لم يجبر ذلك المتروك بالدم وهو
الهدي حيث يجبر به الواجبات، وليس الأركان كما سيأتي مفصلاً وهذه الأركان الأربعة
هي :

الإحرام: وهو نية أحد النسكين الحج أو العمرة، أو نيتهما معاً، والسعي بين الصفا
والمروة، والوقوف بعرفة ليلة الأضحي والطواف الذي يردفه ويقع بعده وهو طواف
الإفاضة، وفهم من قوله : [**ليلة الأضحي**] أن الوقوف الركني هو بالليل ، أما الوقوف
نهاراً فواجب غير ركن يجبر بالدم، وفهم من قوله : [**ردفه**] أن طواف القدوم والوداع
ليسا بركنين وهو كذلك، ولكن طواف القدوم واجب يجبر بالدم ، وطواف الوداع مستحب
لا شيء على من تركه.

وللحج شروط وجوب وشروط صحة ، أما **شروط وجوب:** فالحرية ، والبلوغ ،
والعقل ، والاستطاعة ، فلا يجب على عبد ولا صغير ولا مجنون ، ويصح من الجميع أن
فعلوه، ويقع نفلاً، ولا يسقط به الفرض ولو نواه، فيلزمهم في الذمة حجة الفرض، إلا في
غير المستطيع، فإنه يقع منه فرضاً إذا نواه.

41 - انظر : " كفاية الطالب " (1/647) ، " حاشية الدسوقي " (2/2) ، " الذخيرة " (3/173).

وشرط صحته : الإسلام فقط، فلا يصح من كافر ، وإن وجب عليه على المشهور، والاستطاعة : هي إمكان الوصول إلى مكة من غير مشقة عظيمة ، مع الأمن على النفس والمال من لص ونحوه.

الإحرام والسعي وقوف عرفه	ليلة الأضحي والطواف ردفه
والواجبات غير الأركان بدم	قد جبرت منها طواف من قدم
ووصله بالسعي مشي فيهما	وركعتا الطواف إن تحتما

قوله : [الواجبات] إلى قوله : [توفيه] قسم العلماء المناسك المطلوبة في الحد إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أركان واجبات لا تجبر بدم ولا غيره وهي الأربعة المتقدمة في البيت قبله .

القسم الثاني : واجبات غير أركان تتجبر إذا تركت بالدم، وهي التي تعرض الناظم لجملة منها:

القسم الثالث : سنن ومستحبات لا يجب بتركها شيء سيأتي ذكرها، أما عن القسم الثاني: فأخبر الناظم أن الأفعال الواجبة التي تتجبر بالدم (وهو الهدي : بدنة أو قرّة أو شاة يذبحها للمساكين) وهو أحد عشر فعلا.

1 - طواف القدوم: فمن تركه عامدا فعليه الدم، إلا أن يخشى فوات الوقوف بعرفة ، فيقسط عنه وجوبه، وذلك مثل الحائض و النفساء والمغمى عليه إذا استمر عذرهم حتى لا يمكنهم الإتيان بالقدوم مع إدراك الوقوف فيسقط عنهم، وكذا الناسي فلا دم عليه عند ابن القاسم.

2 وصل طواف القدوم بالسعي بين الصفا والمروة: فإن لم يصله به بأن ترك السعي بعده ، أو سعى بعد طول فترة فعليه الدم، وهو مقيد كالذي بغير المعذور والناسي، وترك الطواف والسعي معا كترك واحد منهما.

3 المشي في الطواف والسعي، فإن ركب لغير ضرورة فالمشهور أنه يعيد فإن فات أهدى ، فإن ركب لعجز جاز.

4 ركعتا الطواف الواجب، وإلى وصفه بالوجوب أشار بقوله : " [إن تحتما] فيدخل مع طواف القدوم وطواف الإقامة ، فإن ترك الركوع بعد هذين الطوافين وبعد من مكة فعليه الهدى.

5 النزول بالمزدلفة في الرجوع من عرفة ليلة النحر، ولا يكفي في النزول إناخة البعير ، بل لابد من حط الرحال ، فمن تركه فعليه الدم.

نزل مزدلف في رجوعنا	مبيت ليلات ثلاث بمنى
إحرام ميقات فذو الحليفة	لطيب للشام ومصر الجحفة

6 المبيت بمنى ثلاث ليل لرمي الجمار، ومراده بالليالي التي بعد عرفة ، فمن تركه رأساً أو ليلة واحدة أو جل ليلة فعليه دم. أما الليالي التي قبل عرفة لا دم في تركها.

7 الإحرام من الميقات: فمن جاوزه حلالاً، وهو قاصد الحج أو عمرة، فقد أساء، فإن أحرم بعد مجاوزته فعليه الدم ولو رجع إلى الميقات ، فإن كان لم يحرم بعد مجاوزته ، فيرجع إليه ويحرم من عنده وجوباً.

8 التجرد من المخيط : فمن تركه لغير عذر فعليه الدم ، وهذا خاص بالرجال دون النساء.

9 التلبية : يريد إن تركها أول الإحرام حتى طاف ، أو فعلها في أول الإحرام، ثم تركها بقيته على المشهور.

10 -الحلق: فإن تركه حتى رجع إلى بلده أو طال فعله الدم.

11 -رمي الجمار: فيجب الدم على تركه كله، أو ترك جمرة واحدة من الجمار الثلاث، وقوله: [توفيه] إشارة إلى أن رمى الجمار هو آخر الأفعال الواجبة في الحج.

قوله: [إحرار ميقاا] إلى قوله: [وفاق] لما عد الناظم الإحرار في الميقاا من جملة هذه الأفعال الاءى آجر بالدم اسآطرء إلى ذكر الميقاا المكانى الذى آآعفن على الءا الإحرار منه، وهو فآآلف باآآلاف بلد المآرم ، وهى:

1 - ذو الءلفة: ميقاا أهل المءفنة، وذو الءلفة موضع شمال مكة بفنه وبفنها بنحو 450 كفلو مآرا، وهى ميقاا من مر بها من ففر أهلها.

2 - الءففة : وهى قرفة آقع فى الشمال الغربى بفنها وبفن مكة 178 كفلو مآرا للمصرى والمغربى والسوءانى ، والرومى والشامى ، وهم الآن فآرمون من رابغ.

قرن لنآ ذاء عرق للءراق	فلم الفمن ءافها وفاق
آآرء من المآفآ آلففه	والآلق مع رمى الءمار آوففه

صفة الءآ و آرففب أفعاله

وان آرء آرففب آآك اسمعا	فبانه والذهن منك اسآآمعا
إن آآآ رابغا آآظف واآآسل	كواآب وبالشروع فآآصل

3 - فلم : وهو آفل من آبال آهامة آنوب مكة بفنه وبفنها 54 كفلو مآرا للفمن والهند و آاوة.

4 - قرن المنازل: وفقال له قرن الآعالب ، وهو : آفل شرفى مكة فطل على عرفاا بفنه وبفن مكة 94 كفلو مآرا، وهو ميقاا لأهل نآ ، ومن مر بها من ففر أهلها .

5 - ذاء عرق : فى الشمال الشرقى لمكة بفنه وبفنها 94 كفلو مآرا، وهى ميقاا للءراق وآراسان وفارس ومن وراءهم.

وفنآ لمن كان بمكة الإآرام من المسآء الءرام، كما فنبب للمقفم بها لا من ففر أهلها الآروج لمفقاآه لفآرم منه إذا كان الوقت مآسعا⁴².

42 - انظر : المغنى " لابن باطفش (1/263). الصفآا 78 و 79 و 80 و 81.

وقوله : [وإن ترد] إلى قوله : [وإن صليت] بعد أن فرغ الناظم من بيان أركان الحج وواجباته شرع في بيان صفة الحج، فقال : إن أردت ترتيب أفعال حرك فاسمعن بيتان ذلك، واستجمع ذهنك وأحضره لتكون على بصيرة فيما سيذكر لك، وذلك أن مريد الإحرام بالحج إذا وصل إلى ميقاته حرم عليه مجاوزته حالاً، فمن كان من أهل المغرب كالناظم ، أو أهل الشام أو مصر إنه يحرم من رابع ، لأنه من أعمال الجحفة ، فإذا وصله تنظف بحلق الوسط ونتف الجناحين ، وقص الشارب والأظفار، ثم يغتسل ، ولو كان جنباً أو حائضاً . أو نفساء صغيراً أو كبيراً اغتسل لذلك غسلاً واحداً و يتدلك في هذا الغسل ، ويزيل الوسخ بخلاف ما بعده من الاغتسالات الآتية في صفة الحج فليس فيها إلا إمرار اليد مع الماء، وإلى صفة هذا الغسل أشار بقوله : (كواجب) .

الدليل الدقيق في فرائض الحج وواجباته لأداء مناسك الحج

على

مذهب الإمام مالك .

جاء في المرشد المعين لابن عاشر

الحج فرض مرة في العمر	أركانه إن تركت لم تجبر
الإحرام والسعي وقوف عرفة	ليلة الأضحي والطواف ردفه
والواجبات غير الأركان بدم	قد جبرت منها طواف من قدم
ووصله بالسعي مشى فيهما	وركعتا الطواف إن تحتما
نزول مزدلف في رجوعنا	مبيت ليلات ثلاث بمنى
إحرام ميقات فذو الحليفة	لطيب للشام ومصر الجحفة
قرن لنجد ذات عرق للعراق	يلملم اليمن آتيها وفاق
تجرد من المخيط تلبية	والحلق مع رمي الجمار توفيه

فالحج فرض على المسلم مرة واحدة في عمره. وأركان الحج إذا تركت لا تجبر بالدم (الهدي) مثل الواجبات.

والأركان أربعة :

(1) الإحرام وهو أن ينوي الحاج الحج أو العمرة أو الحج والعمرة أي الأفراد أو القران أو التمتع.

(2) السعي بين الصفا والمروة.

(3) الوقوف بعرفة ليلة الأضحى

(4) طواف الإفاضة

أما واجبات الحج فهي طواف القدوم والسعي بين الصفا والمروة وركعتا الطواف والمبيت بمنى ثلاث ليل لرمي الجمار والإحرام من الميقات والتجرد من المخيط (وهو خاص بالرجال) والتلبية (لبيك اللهم لبيك) والحلق ورمي الجمار.

والمواقيت المكانية التي يحرم منها الحاج هي : ذو الحليفة لأهل المدينة والجحفة للقادمين من مصر والسودان وبلاد الروم والشام وبلاد المغرب وهم الآن يحرمون من رابع ويلملم لأهل اليمن والهند وقرن المنازل لأهل نجد وذات عرق لأهل العراق وخراسان وفارس.

صفة الحج وترتيب أفعاله

ثم يقول ابن عاشر رحمه الله :

وإن ترد ترتيب حجك اسمعا	بيانه والذهن منك استجمعا
إن جئت رابغا تنظف واغتسل	كواجب بالشروع يتصل
والبسن ردا وأزرة نعلين	واستصحب الهدي وركعتين
بالكافرون ثم الإخلاص هما	فإن ركبت أو مشيت احرمما
بنية تصحب قولاً وعمل	كمشي أو تلبية مما اتصل
وجددنها كلما تجددت	حال و إن صليت ثم إن دنت

مكة فاغتسل بذى طوى بلا	ذلك ومن كدى التنية ادخلا
إذا وصلت للبيوت فاتركا	تلبية وكل شغل واسلكا
للبيت من باب السلام واستلم	الحجر الأسود كبر وأتم
سبعة أشواط به وقد يسر	وكبرن مقبلا ذلك الحجر
متى تحاذيه كذا اليماني	لكن ذا باليد خذ بيان
إن لم تصل للحجر المس باليد	وضع على الفم وكبر تقتدي
وارمل ثلاثا وامش بعد أربعا	خلف المقام ركعتين أوقعا
وادمع بما شئت لدى الملتزم	والحجر الأسود بعد استلم

عند الوصول إلى الميقات ينتظف الحاج ويحلق ويقص الشارب والأظافر ويغتسل الجنب والحائض والنفساء والصغير والكبير ويكون هذا الغسل بذلك ويكون الاغتسال متصلا بالإحرام ويلبس الحاج الإزار والرداء والنعلين ويصلي ركعتين بالكافرون والإخلاص بعد الفاتحة ويدعو ويركب ثم يحرم أو حين يشرع في المشي إذا كان راجلا. وصيغة التلبية هي (لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة له والملك لا شريك لك) ويعيد التلبية في كل أحواله قياما وقعودا وصعودا ونزولا وبعد الصلوات وعند اللقاء بالإخوان ولتكن التلبية وسطا لا متواصلة ولا منقطعة ويظل الحاج على تلك الحال إلى أن يقترب من مكة فإن استطاع الحاج أن يغتسل بذى طوى فليفعل وذلك دون ذلك وهو غسل لمن سيطوف ساقط عن الحائض والنفساء ويدخل مكة من كداء كل ذلك إذا لم يخش الزحام.

ويقصد الحاج المسجد الحرام لطواف القدوم ويستحب له أن يدخل من باب السلام ولا يركع تحية المسجد بل يقصد الحجر الأسود ليبدأ طواف القدوم أو طواف العمرة ويقبل الحجر الأسود بفمه إن استطاع وإلا لمسه بيده ثم يضعها على فمه من غير أن يقبلها وإن لم يستطع كبر وواصل طوافه ويكبر في كل أحواله (استلم أو لم يستلم) ويشرع في الطواف جاعلا البيت على يساره يفعل ذلك سبعة أشواط وعند الوصول إلى الركن اليماني

ويضع يده على فمه دون تقبيل ويستحب للرجل أن يرمل بمعنى أن يسرع في الأشواط الثلاثة الأولى ويمشي في الأربعة الباقية والرمل هو فوق المشي ودون الجري ولا ترمل المرأة وكذلك لا يرمل الرجل في غير طواف القدوم ويصلي الحاج بعد الطواف ركعتين خلف مقام إبراهيم عليه السلام بسورتي الكافرون والإخلاص بعد الفاتحة ويستحب الدعاء بعد الانتهاء من الطواف بالملتزم وهو المكان الواقع بين الباب والحجر الأسود ثم يقبل الحجر الأسود وذلك من السنن.

السعي بين الصفا والمروة

يقول ابن عاشر رحمه الله :

واخرج إلى الصفا فقف مستقبلاً	عليه ثم كبرن وهللا
واسع لمروة فقف مثل الصفا	وخب في بطن المسيل ذا اقتفا
أربع وقفات بكل منهما	تقف والأشواط سبعا تمما
وادع بما شئت بسعي وطواف	وبالصفا ومروة مع اعتراف
ويجب الظهران والستر على	من طاف ندبها بسعي أجلا
وعد قلب لمصلي عرفة	وخطبة السابع تأتي للصفة

بعد الفراغ من الطواف يخرج الحاج إلى الصفا للسعي سبعة أشواط يبدأ بالصفا وينتهي بالمروة. وشروط السعي هو أن يسبقه طواف ولو نفلا والترتيب أي الصفا ثم المروة (إن الصفا والمروة من شعائر الله فابدعوا بما بدا الله به) حديث شريف⁴³ وتنبغي الموالاة والمتابعة بين الصفا والمروة فإن قطع بينهما استأنف ويغتفر القطع القصير كأداء صلاة مثلا ويكون سبعا فمن يترك شوطا أتى به إن كان عن قرب وإلا استأنف من جديد . وواجبات السعي أن يكون بعد طواف واجب (القدوم والإفاضة) وقديمه على الوقوف بعرفة إن وجب طواف القدوم وإلا أخره الحاج إلى ما بعد طواف

هـ . حققه و خرج 303 للإمام أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة 139 السنن الكبرى الجزء الرابع صفحة أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة الناصرة

الإفاضة ويجب المشي في السعي للقادر عليه فإن ركب لغير عذر يعيد السعي ما دام في مكة أو قريبا فإن تباعد عن مكة فعليه هدي.

وللسعي سنن هي تقبيل الحجر الأسود قبل الشروع في السعي واتصاله بالطواف بعد أماء الركعتين وأن يصعد الرجل على الصفا والمروة . ويسرع الرجل عند العمودين الأخضرين في الذهاب وفي الإياب وكذلك الدعاء.

ويقف الحاج أربع وقفات على الصفا وكذلك على المروة ويدعو الحاج في السعي وفي الطواف وفي الصفا وفي المروة.

و يجب على الطائف بالبيت الطهر بإزالة النجاسة عن ثوبه ويدنه والطهارة من الحدث الأصغر (بالوضوء أو التيمم) ويجب عليه أن يستر عورته وتستحب الطهارة عند السعي.

و عند الانتهاء من الطواف والسعي يعود الحاج إلى التلبية إلى أن يصل إلى عرفة ولا يلبي بعد ذلك.

الوقوف بعرفة وما بعده

ثم يقول ابن عاشر رحمه الله :

وثامن الشهر أخرجنا لمنى	بعرفات تاسعا نزولنا
واغتسلن قرب الزوال واحضرا	الخطبتين واجمعن واقصرا
ظهريك ثم الجبل اصعد راكبا	على وضوء ثم كن مواظبا
على الدعاء مهلا مبتهلا	مصليا على النبي مستقبلا
هنيهة بعد غروبها تقف	وانفر لمزدلفة وتنصرف
في المأزمين العلمين نكب	واقصر بها واجمع عشا لمغرب
واحطط وبت بها واحى ليلتك	وصل صحبتك وغلس رحلتك
قف وادع بالمشعر للأسفار	وأسرعن في بطن وادي النار
وسر كما تكون للعقبة	فارم لديها بحجار سبعة

من أسفل تساق من مزدلفة	كالقول وانحر هديا إن بعرفة
أوقفته واحلق وسر للبيت	فطف وصل مثل ذاك النعت
وارجع فصل الظهر في منى وبيت	إثر زوال غده ارم لا تفت
ثلاث جمرات بسبع حصيات	لكل لجمرة وقف للدعوات
طويلا إثر الأولين أخرا	عقبة وكل رمي كبرا
وافعل كذاك ثالث النحر وزد	إن شئت رابعا وتم ما قصد

وفي اليوم الثامن من ذي الحجة ويسمى يوم التروية يصعد إلى منى ملبيا ويبقى فيها بقية اليوم واللييلة يقصر الحجيج الصلاة الرباعية ومن منى يخرج الحجيج صبيحة يوم التاسع إلى عرفات وذلك بعد طلوع الشمس فإذا زالت الشمس يصلي الحجيج الظهر والعصر جمع قصر وتقديم بإقامتين وعرفة كلها موقف والوقوف راكبا أفضل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والقيام أفضل من الجلوس ويستقبل الحاج القبلة ويكون على وضوء ويستغرق في الدعاء بخشوع وتواضع مصليا على رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن يتحقق غروب الشمس فذلك هو الوقوف. ثم ينفر الحاج إلى مزدلفة ويذكر الله في طريقه ويؤخر الحاج صلاة المغرب إلى حين وصوله إلى مزدلفة فإذا وصلها صلى المغرب والعشاء جمعا مع قصر العشاء ولكل صلاة أذان وإقامة والنزول في مزدلفة واجب والمبيت بها سنة ومن لم ينزل عليه دم (هدي) .

ويكثر الحاج من الدعاء عند المشعر الحرام ويجمع الحصيات السبع التي سيرمي بها جمرة العقبة أما البقية (الحصيات) فيجمعها من حيث شاء فإذا وصل الحاج إلى منى رمى جمرة العقبة يكبر عند كل حصة يرميها وبعدها يحصل التحلل الأول أو الأصغر وبذلك يحل له كل شيء إل النساء والصيد والطيب وينحر هديه إن أوقفه معه بعرفة وإن لم يوقفه نحره بمكة ويحلق شعره ويمكنه التقصير وهو السنة للمرأة ويقصد مكة لأداء طواف الإفاضة ويسعى إن لم يكن قد سعى بعد طواف القدوم وبذلك يحصل التحلل الأكبر (أي النساء والصيد والطيب) ويدخل وقت طواف الإفاضة بطلوع فجر يوم النحر .

ويعود الحاج إلى منى حيث يقضي فيها بقية العيد وثلاثة أيام بعده وذلك ليرمي الجمار والمبيت بمنى واجب ثلاث ليال لمن لم يتعجل وليلتين للمتعجل فإن ترك المبيت كله أو جله وجب عليه هدي ويرمي في اليومين الثاني والثالث مبتدئاً بالجمرة الأولى سبع حصيات يكبر عند إلقاء كل واحدة ثم يدعو الله على إثر ذلك ويفعل نفس الشيء للجمرة الثانية والثالثة ويبدأ رمي الجمرات في اليوم الثاني والثالث بعد صلاة الظهر.

ولا يصح التعجيل إلا بوقوع الخروج من منى قبل غروب الشمس فإن غربت على الحاج الشمس وهو لم يجاوز جمرة العقبة لزمه المبيت لمنى ورمي اليوم الرابع.

محرمات الإحرام

ثم يقول ابن عاشر رحمه الله :

ومنع الإحرام صيد البر	في قتله الجزاء لا كالفأر
وعقرب مع الحدا كلب عقور	وحية مع الغراب إذا يجور
ومنع المحيط بالعضو ولو	بنسج أو عقد كخاتم حكوا
والستر للوجه أو الرأس بما	يعد ساترا ولكن إنما
تمنع الأنثى لبس قفز كذا	ستر لوجه لا لستر أخذا
ومنع الطيب ودهنا وضرر	قمل و إلقا وسخ ظفر شعر
ويفتدي لفعل بعض ما ذكر	من المحيط لنا و إن عذر
ومنع النسا وأفسد الجماع	إلى الإفاضة يبقى الامتناع
كالصيد ثم يأت ما قد منعا	بالجمرة الأولى يحل فاسمعا
وجاز الاستظلal بالمرتفع	لا في المحامل وشقذف فع
وسنة العمرة فافعلها كما	حج وفي التنعيم ندبا احрма
واثر سعيك احلقن وقصرا	تحل منها والطواف كثيرا
ما دمت في مكة وارع الحرمه	لجانب البيت وزد في الخدمة
ولازم الصف إن عزمت	على الخروج طف كما علمت

يمنع على المحرم أن يلبس المخيط أو ما يحيط ولا يجوز له ستر وجهه ولا رأسه ولا يلبس الخفين ولا تلبس الأنثى ما يغطي كفها ولا تستر وجهها ويمنع على المحرم الطيب وتجب الفدية على من يمس الطيب ولا يدهن المحرم شعره أو جسده ولا يقلم أظافره ولا يتزفه فإن فعل شيئاً من ذلك فعليه الفدية (إطعام ستة مساكين مدان لكل واحد منهم أو صيام ثلاثة أيام) .

ولا يقرب المحرم النساء (الجماع ومقدماته) وذلك مفسد للحج والعمرة إذا وقع قبل رمي جمرة العقبة وطواف الإفاضة أفسد الحج وإن وقع بعدهما فعليه الهدي وإذا فسد الحج ينبغي التماسه حتى يكمل ويجب القضاء في عام قادم.

ويبقى الامتناع عن قرب النساء والصيد ومس الطيب إلى كطواف الإفاضة وهو ما يسمى بالتحلل الأكبر. ويحل بعد الحلق كل شيء من لباس وإزالة للشعر إلا النساء والصيد والطيب ويجوز الاستئذان بما هو مرتفع عن الرأس كالبناء والشجر.

والعمرة سنة ويستحب الإحرام لها من التمتع ويستحب الغسل لها والتطهير ويحرم فيها ما يحرم في الحج فليفعلا من يؤديها كما يفعل في الحج ويقع التحلل من العمرة بعد الانتهاء من السعي والحلق والتقصير.

ويستحب بعد أداء العمرة الإكثار من الطواف بالبيت وينبغي مراعاة حرمة البلد الحرام والجوار لبيت الله وذلك بترك كل المعاصي والذنوب وينبغي الإكثار من الطاعات بكل أنواعها فإذا عزم الحاج مغادرة مكة المكرمة فعليه أن يطوف طواف الوداع.

زيارة رسول الله صلى الله عليه وسلم

ثم يقول ابن عاشر رحمه الله :

وسر لقبر المصطفى بأدب	ونية تجب لكل مطلب
وسلم عليه ثم زد للصديق	ثم إلى عمر نلت التوفيق
واعلم بأن ذا المقام يستحب	فيه الدعا فلا تمل من طلب
وسل شفاعته وختما حسنا	وعجل الأوبة إذ نلت المنى

وادخل ضحى واصحب هديه السرور إلى الأقارب ومن بك يدور

وختم ابن عاشر رحمه الله نظمه المبارك بالإرشاد إلى تتويج الحج بزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم والسلام عليه والوقوف بين يديه في مواجهته الشريفة بمسجده عليه الصلاة والسلام وهي سنة لا خلاف بين المسلمين فيها ويستحب للقادم على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكون قدومه في أدب ووقار مصحوبا بخشوع وإجلال ورجاء من الله في القبول فذاك الموضع هو ولا شك مكان قبول فليدع الزائر هناك بكل خير فإنه بإذن الله سيحظى بالقبول، إنه مقام يستجاب فيه الدعاء فلا ينبغي لمن يصله ويكرمه الله بذلك أن يمل من الدعاء وليسأل الواصل إلى ذلك المقام الشفاعة وحسن الختام وعليه أن يسلم على الصاحبين الفاضلين أبي بكر وعمر ويترضى عنهما ثم بعد ذلك يعجل الزائر بالعودة إلى الأهل فقد نال المنى والقبول إن شاء الله وليكن دخوله على أهله ضحى وتلك هي السنة وليصحب معه هدية السرور للأقارب ومن به يدور .

المرجع :

المرشد المعين لابن عاشر رحمه الله .

الفهرس

تمهيد

أركان الإسلام

الشهادة حديث البطاقة

التذكية

المذهب الديني الرسمي للمغاربة

الصلاة ركن من أركان الإسلام

الصلوات المفروضة

الصلاة في غير جماعة

حكم الصلاة

فرائض الصلاة

الجمع بين صلاتين

شروط الصلاة

مقدمات الصلاة

وقت الصلاة
أركان الوضوء
أركان الصلاة
قراءة الفاتحة والقرآن في الصلاة
فصل في الطمأنينة
فصل في التسليم
الضابط في الطمأنينة
سجود السهو
من فاتته أداء الصلاة
فصل في الجمع والقصر
من أنكر الصلاة
واجبات الصلاة
الحكم بصحة صلاة
باب الصوم
شرح كتاب الصيام
أحكام زكاة الأموال
باب الحج
الدليل الدقيق لفرائض الحج وواجباته

مؤلف
الأساسيات والضروريات
المجلد الأول

الدين
ج2

المقاييس المعتبرة شرعا في اختيار الزوجة وردها وطلاقها

إعداد : مصطفى علاوي

مقدمة :

من مميزات شريعتنا الغراء أنها منهاج ونظام متكامل يشمل كل نواحي الحياة البشرية ، فهي تخصص لكل ميدان من الميادين تشريعا مناسبا، وبما أن موضوعات التشريع كثيرة ومتشعبة .

فموضوع البحث هو المقاييس المعتمدة شرعا في اختيار الزوجة وردها وطلاقها. والمقاييس الشرعية التي يجب أن يأخذها مريد الزواج بعين الاعتبار منها ما هو أساس وما هو مكمل ، فالمقاييس الأساسية تفرض عليه أن يعمل بما تفيدته وتفصيله ندرجه في القسم الأول من المؤلف وذلك بالامتناع عما وضعه الشرع حائلا دون تزوج بعض النساء كالمحارم مثلا، ولا يخلو هذا التشريع من حكمة بالغة ويؤيده العقل السليم تأييدا مطلقا لأن الفطرة تنبؤ عن مجرد التفكير في زواجهن ، فشرع الله تعالى قطع الطمع فيهن تأكيدا لهذه الفطرة التي فطر الناس عليها لأنه العالم بمصالح عباده .

والقسم الثاني يتناول فيه المقاييس المكملة التي وضعها الشرع على وجه الاستحباب والإباحة ، لا على وجه الوجوب والإلزام ، والحكمة في ذلك أن الشريعة الإسلامية حثت على الزواج ووضعت المقاييس التي تضمن له الدوام والاستمرار بوضع العناصر التي تكفل البقاء والهدوء والمودة والرحمة بين الزوجين فمقاييس الجمال والدين والحسب مثلا هي مستحبة ومشروعة لمن قصدها وذلك لأجل تحقيق أسمى معاني التماسك والمودة بين الزوجين تحقيق لقوله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " (44).

كما أن مقاييس السلامة من العيوب هي لاجتناب تعكير صفو الزوجية التي قد تتسبب فيها ولتبيان أنه لا إثم على من رد امرأة إلى أهلها في الحالة التي يحق له ردها للعيب . وإذا حصل وأمسك الزوج الزوجة المعيبة عن اختيار فلا يلام وإنما يستحسن فعله لأن المرأة المعيبة أكثر تعلقا بزوجها من السليمة وهذا يحقق كغيره من المقاييس الهدف

الأساسي من الزواج وهو التحاب والتودد. بعد هذا العرض يكون جديرا بنا أن نعرف لفظي الزواج والنكاح اللذين وردا في البحث بكثرة ، فلفظا الزواج والنكاح وجهان العملة واحدة فهما يؤديان نفس المعنى فأصل الزواج من الاشتباه والازدواج وإذا قلنا الزوجين معناه ذكر وأنثى قرينان بعقد الزواج.

أما النكاح فهو لغة عبارة عن الضم وكانت العرب تكني به عن الجمع بين عظيمين في أمر الدنيا والدين فينشأ بينهما فساد أو صلاح⁽⁴⁵⁾ وهذا اللفظ متداول عند الفقهاء ولعله المفضل لديهم، فيقولون للزوجة المنكوحة وللزوج الناكح والعقد عقد النكاح . ومظاهر النكاح كثيرة منها إباحة الوطء واقتضاء الشهوة والنسل وهو لا يتحقق إلا بانضمام الذكر إلى الأنثى بعقد النكاح الذي هو غاية الضم لينتهي معا إلى سكون أحدهما إلى الآخر.

والزواج مشروع بإجماع المسلمين إلا أنهم اختلفوا في وجوبه فالمشهور في المذهب الحنبلي⁽⁴⁶⁾ أنه ليس بواجب إلا إذا خاف على نفسه الفاحشة فوجب عليه إعفاف نفسه بالزواج حينئذ وقال أهل الظاهر هو واجب يجب مرة في العمر. وقال السادة المالكية إذا خاف على نفسه الزنا وجب عليه وإذا أمن نفسه منه فهو مندوب أي لا يأثم بتركه⁽⁴⁷⁾. وقال ابن حزم : هو فرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به واستدل بما رواه عن طريق البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا معشر الشباب من استطاع الباءة منكم فيلتزج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء كما استدل بما رواه عن سفيان الثوري أن طاوسا قال لرجل لتتزوجن أو لأقول لك ما قاله عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور⁽⁴⁸⁾. فمن كانت قدرة على الوطء والإعالة فرض عليه الزواج لأننا في عصر كثرت فيه أسباب الفتنة والإغراء والزواج

45 - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن البخاري ، محاسن الإسلام ص42 ط. دار الكتب.

46 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 339 ط. المكتبة السلفية.

47 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : ط. الأخيرة ، دار الرشاد.

48 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 440 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

حصن منيع ضدها ، خصوصا بالنسبة لمن يقيم حدود الله ويحفظ أوامره ونواهيه إن لمس في نفسه القدرة على النفقة لأجل تربية جيل مسلم يعز به الإسلام لمواجهة حركات الابتعاد عن روح الإسلام.

أما من لم تكن له القدرة ، بأن كان مريضا أو معدما ، فلينتظر الفرج من الله تعالى قال : " وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله " (49) أو يصوم كلما تافت نفسه إلى الاستمتاع بالنساء لما فيه من أضعاف الشهوة بأضعاف قوة البدن وهو شفاء للنفس قال الشاعر :

وإذا اجتمع الجوع المبرح والهوى نسيت وصال الإناث الكواعب

القسم الأول
مقاييس أساسية

الفصل الأول

الخلو من الموانع الشرعية

عرف الأصوليون المانع بأنه الوصف الذي يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم فيترتب عن وجود أحد الموانع الشرعية التي سنفصلها بعد حين عدم قيام رابطة الزواج فاختيار الزوجة رهين بما إذا كانت خالية من الموانع الشرعية وإلا كان العقد الذي يبرم بالرغم من وجود المانع مفسوخا أبدا .

المبحث الأول : مانع القرابة والمصاهرة والرضاع.

إن اختيار الزوجات مقصور على النساء اللاتي أباح الإسلام الزواج منهن أما القريبات اللاتي يطلق عليهن اسم المحارم فهن محرمات على المسلم حرمة أبدية لا تحل في وقت من الأوقات ولا بحال من الأحوال .
وقد أجمعت الامة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه وهو إما بالنسب أو بالمصاهرة أو بالرضاع .

المطلب الأول : المحرمات بالنسب .

المحرمات بالنسب سبع نساء وهن على التوالي:

- 1 - الأمهات وهن كل من لها عليك ولادة مباشرة أو بواسطة .
- 2 - البنات وهن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك وإن سفلت .
- 3 - الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وهن كل من شاركتك في أحد أصليك .
- 4 - بنات الأخت وهن كل من لأختك عليها ولادة وإن سفلن .
- 5 - بنات الأخ وهن كل من لأخيك عليها ولادة وإن سفلت .
- 6 - العمات وهن أخوات الآباء أو الأجداد شقيقات كن أو لأن أو لأم .
- 7 - الخالات وهن أخوات الأمهات والجداات شقيقات أو لأب أو لأم .

والأصل في ذلك كله قول الله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"⁵⁰

المطلب الثاني : المحرمات بالمصاهرة.

المحرمات بالمصاهرة أربع نساء اثنان منهن بالاتفاق والباقي فيهما تفصيل.

- 1 - زوجات الآباء لقوله تعالى : " ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء " .
- 2 - زوجات الأبناء لقوله تعالى : " وحلائل آبائكم الذين من أصلابكم " قوله عز وجل من أصلابكم يخرج الابن المتبني لأن الإسلام أبطل شرعية نظام التبني فلا حرج على من يتزوج زوجة ابنه المتبني بعد أن يطلقها وتتقضي عدتها .
- 3 - الربيبة وهي بنت المرأة المعقود عليها والمدخول بها لقوله تعالى : " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم " .

يستفاد من الآية الكريمة أنه لكي تحرم الربيبة لابد من توفر شرطين:

أ - الدخول على الأم .

أجمع العلماء على أن الرجل إن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها إلا أنهم اختلفوا إن مات قبل الدخول . قال زيد بن ثابت تحرم ابنتها لأن الموت بمثابة الدخول وقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وغيرهم : لا تحرم لتقييد التحريم في الآية بالدخول⁵¹. المقصود بالدخول الوطء والتلذذ ومنه مقدماته عند مالك وأكثر أهل العلم⁵².

ب - كون الربيبة في الحجر:

اختلف العلماء في مراعاة هذا الشرط . قال أبو حنيفة والشافعي ومالك : إذا دخل بالمرأة فقد حرمت عليه البنت سواء كانت في حجره أو لم تكن⁵³ وهو مذهب الجمهور

50 - سورة النساء ، آية 23

51 - ابن قدامة ، المغني ، ج7 ص 472 ط. المكتبة السلفية.

52 - ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 25 ، ط. دار الفكر.

53 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 529 ط. المطبعة المنيرية.

⁵⁴. ذهب داود الظاهري إلى أن الربيبة إن لم تكن في الحجر ، أي لم يشاركها السكن ولم يتكفل بها ويرعى أمورها، جاز تزويجها لقوله تعالى : اللائي في حجوركم شرط في تحريم الربيبة وأجاب عليه الجمهور أن هذا وصف خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك به وليس شرطاً في الرائب ⁵⁵.

4 - أم الزوجة لقوله تعالى: " وأمهات نسائكم " تحرم بمجرد العقد على ابنتها وبه قال مالك والشافعي والجمهور. وروي عن علي أن الأم والبنات لا تحرم إحداهن إلا بالدخول على الأخرى وقال مثله مجاهد والزيير وحجة من أخذ بهذا الرأي أن الضمير في قوله تعالى : " اللائي دخلتم بهن " يحتمل أن يكون راجعاً إلى الرائب والأمهات معاً. قال ابن حزم: لو كان الضمير راجعاً إلى الأمهات لكان موضعه أمهات نسائكم من نسائكم للائي دخلتم بهن وهذا محال في الكلام فصح أن الاستثناء في الرائب خاصة وامتنع أن يكون راجعاً إلى أمهات النساء ⁵⁶.

المطلب الثالث : المحرمات بالرضاع.

1 - الأمهات المرضعات سواء التي أرضعتك أو أمها لقوله تعالى : " وأمهاتكم اللائي أرضعنكم ".

2 - الأخوات من الرضاعة وهن كل من أرضعتك أمهن أو أرضعتن أمك أو رضعت أنت وهن من ذي امرأة واحدة أو من لبن رجل واحد وهو المعروف عند الفقهاء بلبن الفحل ⁵⁷. ودليل تحريمهن قوله عز وجل : " وأخواتكم من الرضاعة ".

3 - كل ما يحرم بالنسب يحرم بالرضاع لحديث عائشة رضي الله عنها (ما حرّمته الولادة حرّمه الرضاع) ⁵⁸.

54 - ابن رشد بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 25 ط. دار الفكر .

55 - نفس المرجع.

56 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص : 529.

57 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 505 ط. دار الفكر .

58 - ابن حزم المحلى ، ج 9 ص 522 ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

لقد أجمع العلماء على أن الرضاع مانع من الموانع الشرعية إلا أنهم اختلفوا في مقدار الرضاع الذي يحرم.

قال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما : القليل والكثير من الرضاع يحرم فالمعتبر وصول اللبن إلى جوف الصبي⁵⁹ .

قالت عائشة والشافعي وأحمد : المحرم خمس رضعات معلومات والرضعة هي المرة من الرضاع فمتى امتص الصبي من الثدي وتركه باختياره عد رضعة⁶⁰ .
قالت طائفة من الفقهاء إن ما زاد على المصة والمصتين يحرم⁶¹ ولكل فريق حججه من الأثر يستند إليها في مذهبه.

المبحث الثاني: مانع الجمع.

لقد حرص الإسلام على صلة الرحم وعد قطعها من الكبائر ، مما جعله يحرم نكاح المرأة على قرابتها مخافة الضغينة وقطيعة الرحم نظرا لما ينشأ بين الضرائر من التشاحن الذي يؤدي إلى قطع صلة الرحم ، والشرع يؤكد عليها فما كان مفضيا إليها من الأسباب يكون محرما⁶² .

والجمع المحرم هو الجمع بين النساء اللاتي تفصيلهن:

المطلب الأول: في الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو خالتها.

يحرم الجمع بين الأختين بالنكاح لقوله تعالى : " وأن تجمعوا بين الأختين " والنيب والرضاع في ذلك سواء ، كما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وبين خالتها لما روي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام نهى أن تجمع المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها، وإذا جمع الرجل . لا قدر الله . بين هؤلاء النساء في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لإحداهما

59 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 330 ، ط. الثانية 1952مصر .

60 - نفس المرجع ، ص 327.

61 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : 27 دار الفكر .

62 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 167 ، ط. الثانية 1952 مصر .

على الأخرى وإن لم يجمع بل تزوج إحداها بعد الأخرى كان نكاح الثانية باطلا لحصول الجمع به⁶³.

المطلب الثاني : في الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداها ذكرا لم يجز له نكاح الأخرى.

قالت به المالكية سدا لباب الذريعة لأن الخطر متوقع على العلاقة بين هؤلاء النساء وبين الرجل لوجود الخلوة وشدة الاختلاط، مما قد يتسبب في تطلع الرجل لزواجهن فجاء بقطع الطمع فيهن. ومثاله الجمع بين المرأة وبنت أخيها إذ لو قدرنا العمدة رجلا لحرم عليه نكاح ابنة أخيه.

وكذلك لو فرضنا بنت الأخ رجلا لحرم عليه تزوج عمته، أما الجمع بين ابنتي العم أو المرأة وبنت زوجها فهو حلال ولا تطبق القاعدة السابقة على المثالين الأخيرين فالأول لا تنطبق عليه أصلا والجمع الثاني لو فرضنا أحد الطرفين ذكرا حرم عليه نكاح الآخر والعكس غير صحيح⁶⁴.

المبحث الثالث: مانع الرق.

لقد تقرر في علم أصول الفقه أن الحكم يدور حول العلة وجودا وعدما ولقد زالت العلة وهي الرق فزال الحكم وهو التحريم وذلك بزوال نظام الرقيق من المجتمع الحالي والإسلام أقر الرقية بنظام ومعاملة للمثل بالمثل بعد أن أخذ الكفار يسترقون المسلمون ويستعبدونهم ثم أن المسترق في الإسلام هو الكافر الذي كان يؤخذ في الحرب وساحة القتال وما يتسل منه أما من عدا ذلك فليس متملكا شرعا ، والإسلام عمل جهده من أجل عتق الرقاب فشرع في كثير من الأبواب تحرير الرقبة للتقرب إلى الله عز وجل ، كما في كفارة الظهر والإفطار في رمضان ، أوجب الشرع تحرير الرقاب من أموال الزكاة قال

63 - ابن قدامة ، ج 7 ص 476 ط. المكتبة السلفية ، المغني.

64 - ابن رشد بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : 32 ط. دار الفكر.

تعالى بعد أن عدد المواطن التي تصرف فيها الزكاة " وفي الرقاب"⁶⁵ فالإسلام يبارك
تحرير الإنسان من كل ما يمكن أن يستعبده ويزكي كل الأعمال المؤدية إليه .

المبحث الرابع :

في مانع الخطبة على الخطبة.

لا شك أن من خطب امرأة يكون قد اكتسب حقا من الأولى أن يسان رعاية
للعلاقة وحسن المودة بين الناس تمسكا بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: (مثل
المومنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر
الجسد بالحمى والسهر)⁶⁶ ونظرا لكون الخاطب على خطبة غيره ينافي عمله المروءة
والدين فإن الفقهاء لم يجيزوا خطبة الرجل على خطبة أخيه.

المطلب الأول:

حكم خطبة الرجل على خطبة غيره.

النهي عن خطبة الرجل على خطبة آخر ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد
روي عنه أنه قال : (لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو
يأذن له الخاطب قبله) فقال الجمهور النهي الوارد في الحديث يفيد التحريم ونقل النووي
الإجماع عليه، وخالفهم الخطابي وقال النهي الوارد في الحديث للتأديب لا التحريم⁶⁷. أما
المالكية فقد اشترطوا لتحريم هذه الخطبة شرطين.

1 - الركون.

إذا وصل الخاطب إلى اتفاق مع المرأة أو وليها يفيد وقوع الرضى فنكون أمام
خطبة راكنة، فلا تجوز الخطبة عليها اتفاقا أما خطبة رجل على خطبة آخر قبل مراكنة
المخطوب إليه أي قبل تقارب الأمر بين الخاطب والمخطوبة أو وليها، فهي جائزة بدليل

65 - سورة التوبة ، آية 20.

66 - صحيح مسلم كتاب البر والصلة رقم الحديث 2586 ، ج:4 ، ص : 1999 ، ط. دار الفكر .

67 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114 و 115 ، ط. الثانية 1952 مصر .

حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم ومعاوية خطباها فقال: (أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة⁶⁸ من العادة أن معاوية وأبا جهم لا يخطبان دفعة واحدة فدل على أن الخطبة على الخطبة الغير الراكنة جائزة.

2 -خطبة غير الفاسق.

قال ابن القاسم : المنهي عنه شرعا هو خطبة رجل صالح على خطبة رجل صالح⁶⁹. أما تقدم خطبة الفاسق أو الكافر مع تقدير الصداق الدال على الركون التام لا يمنع خطبتها صالح وينبغي للولي حفظها على الصالح دون الفاسق⁷⁰ . ودليل اشتراط هذا الشرط قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه) فلا أخوة بين المسلم والكافر فيخرج الكافر ، وكذلك ما ورد في حديث عقبة أن رسول الله قال : (المومن أخو المومن) فلا أخوة شرعية بين الصالح والفاسق قال الأوزاعي وجماعة من الشافعية يجوز الخطبة على خطبة الفاسق أو الكافر ، فيكونوا قد وافقوا المالكية ، إلا أن الجمهور خالفوهم واحتجوا بأن التعبير بالأخ خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له⁷¹ . لذلك منعوا الخطبة على خطبة الفاسق كما منعوا الخطبة على خطبة الصالح.

المبحث الخامس :

مانع العدة.

لا يحل لأحد أن يتقدم لخطبة امرأة معتدة من طلاق أو وفاة لأن العدة جعلها الله تعالى حرما للزوجية السابقة ووفاء لها وسياجا يلتزم كل مسلم بعدم خرقه فكان صريح خطبة المعتدة حراما إجماعا⁷².

68 - الحطاب، مواهب الجليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 404. ط. مكتبة النجاح.

69 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 2 ط. دار الفكر.

70 - المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 410. ط. مكتبة النجاح.

71 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114، ط. الثانية 1952 مصر .

72 - المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 421 ، ط. مكتبة النجاح.

المطلب الأول:

أحكام من تزوج امرأة في عدتها.

إذا عقد أحد على امرأة داخل عدتها فإن عقد الزواج يفسخ متى اطلع عليه قبل البناء أو بعده فإن كان أحدهما عالماً بالحرمة فعليه حد الزنا ولا شيء عليهما إن كانا جاهلين⁷³ أما هل يترتب على الفسخ حرمة أبدية أم لا ؟ يميز في هذا المجال بين الفسخ قبل الدخول ووقوعه بعده.

1 - وقوع الفسخ قبل الدخول.

من تزوج معتدة قبل تمام عدتها ولم يدخل بها ثم فسخ الزواج فلا بأس من أن يتزوجها بعقد صحيح بعد انتهاء عدتها قال ابن رشد: وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف⁷⁴.

2 - وقوع الفسخ بعد الدخول.

من تزوج امرأة معتدة ودخل عليها أثناء العدة فهل إذا وقع الفسخ بعد ذلك يتأبد تحريمها عليه أم لا ؟

قال مالك و الأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبداً⁷⁵.
وقال ابن حزم والحسن وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهما: تحل له إذا استوفت عدتها⁷⁶.

نجد المالكية أخذت برأس عمر بن الخطاب فقد روي عنه أنه قال: إن دخل بها فرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً . فكان معاملة بنقيض قصده زجراً لكل من تسول له نفسه أن يتجرأ على زواج المعتدة ويتطاول بالدخول عليها أثناء عدتها.

المبحث السادس :

⁷³ - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 476 ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

⁷⁴ - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 36 ، ط. دار الفكر .

⁷⁵ - نفس المرجع والصفحة .

⁷⁶ - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 478 ط. المطبعة المنيرية، 1378 هـ .

مانع الدين .

كلنا يعلم يقينا أن الكفار عباد الله لأنه سبحانه خلقهم ورزقهم لكن لا يضافون إلى الله تعالى ، قال الله تعالى : " إنما المشركون نجس " ⁷⁷ فلا يليق بالمسلم أن يتزوج كافرة ويأويها في بيته وينجب منها ذرية وهو عبد الله الطاهر ، فلا بد من أن تكون الزوجة ذات عقيدة سليمة ومؤمنة بالله وحده ، ولا بأس من كونها كتابية ما دامت تعتقد أن الله خالق كل شيء .

المطلب الأول :

في أحكام زواج غير المسلمة.

1 - نكاح الكافرة أو المشركة.

المراد بالمشركة سائر نساء أهل الشرك ممن عبدها استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان ، وبصفة عامة جميع الكفار كالمنكرين لوجود الله . والعياذ بالله ، أو نبوة المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام أو القائلين بقدوم العالم وبقائه إلى الأبد ⁷⁸ وغير هذا من أوجه الكفر والشرك قال البخاري في حقهم : الكافر ألحق بالجماد إذ لم يستعمل عقله في الاستدلال لمعرفة ، الصانع ووحدانيته ⁷⁹ . وعزاهم الله تعالى في قوله : " أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة " . فاجمع العلماء قديما وحديثا على تحريم زواج الكافرة لقوله سبحانه " ولا تمسكوا بعصم الكافر " ⁸⁰ والمشركة لقوله عز وجل : " ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن " ⁸¹ .

77 - سورة التوبة ، آية 28 .

78 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 303 ط. دار الفكر .

79 - أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن البخاري ، محاسن الإسلام ، ص : 54 ط. دار الكتب العلمية .

80 - سورة الممتحنة ، آية 10 .

81 - سورة البقرة ، آية 221 .

وتجدر الإشارة إلى أن المرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت⁸² وإذا ارتدت الزوجة تحت عصمة المسلم فإن هذا الأخير يردّها إلى أهلها وقيل يطلقها طليقة بائنة لا رجعية وهو المشهور في المذهب المالكي ، فعلى القول بالرد يفسخ النكاح ولا شيء عليه قبل الدخول وربيع دينار بعد الدخول ، وعلى القول بأن الردة طلاق بائن فإن لها نصف الصداق قبل الدخول والصداق كاملاً بعد الدخول.

أما إذا تبين أن الزوجة إنما قصدت بالردة الفراق فإنها تبقى في عصمته معاملة لها بنقيض قصدها وقيل يفسخ النكاح وهو ضعيف والأول ظاهر المدونة والمذهب⁸³.

2 - نكاح الكتابية.

ليس بين عامة أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب عدا ما روى عن ابن عمر من تحريم نساء أهل الكتاب جملة وهو رأي للإمامية . أما المالكية فقد كرهت نكاح الكتابيات ، جاء في مختصر خليل: وحرم نكاح الكافرة إلا الكتابية بكره وتأكد بدار الحرب⁸⁴. لكون الكتابية تتناول الخنزير والخمر وربما تناولها ولولدها وهو رجس ولا مفر من ذلك لأن الإسلام يقرها على دينها. وتزداد الكراهة عندما يخاف المسلم من الكتابية على عقيدة أولاده وتوجيههم الديني والخلقي ، أو عندما يشكل المسلمون أقلية في بلاد الكفار تجنباً لما قد يحدث من الفتنة وسط المسلمات نتيجة بوارهن وإعراض المسلمين عن زواجهن. ولاحتمال وقوع الخطر الذي قد يهدد انتشار الإسلام.

والدليل على حل نساء أهل الكتاب قول الله تعالى : " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن"⁸⁵ فكان استثناء من قوله تعالى : " ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن".

أ - المقصود بأهل الكتاب.

82 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 503 ط. المكتبة السلفية.

83 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 269 ط. دار الفكر.

84 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 267 ط. دار الفكر.

85 - سورة المائدة، آية 5.

أهل الكتاب هم كل قوم لهم كتاب سماوي كالتوراة والإنجيل من اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم وإذا لم يوافقوهم في أصل دينهم فليسوا منهم وإن أشبهوهم أما المتمسكون بصحف إبراهيم وزبور داود وأمثالها من الكتب المنزلة فلا يدخلون في عموم مفهوم أهل الكتاب وبه قالت الحنابلة والشافعية وأهل العم وخالفهم القاضي وعدهم من أهل الكتاب لتمسكهم بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهودي والنصارى إلا أن قوله تعالى : " أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا : يحصر أهل الكتاب في طائفتين هما أهل الكتابين التوراة والإنجيل⁸⁶ .

3 - زواج المجوسية.

اختلف العلماء في حكم المجوسية هل تعد من أهل الكتاب فتحل أو ليست كذلك فتحرم؟

قال ابن حزم وأبو ثور وجماعة من السلف : المجوس أهل كتاب لقول الرسول الكريم فيهم : (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) ولما روي أن امرأة حذيفة مجوسية ولثبوت إقرارهم بالجزية لذا فزواج المجوسية حلال⁸⁷ . وقال مالك ليس للمجوس حكم أهل الكتاب وبه قال الحنابلة وأكثر أهل العلم فرد أحمد على حجج المخالفين فقال عندما سئل أيصح عن علي أن المجوس أهل كتاب ؟ هذا باطل ، وأنكر الأحاديث التي روت أن امرأة حذيفة مجوسية . وعلل ما حدث في عهد رسول الله من إقرارهم بالجزية أنه حقنا لدمائهم وليس لكونهم أهل كتاب⁸⁸ ، فكا زواج المجوسية حرام عنده وهو رأي مذهبنا .

المطلب الثاني:

في أحكام رد الزوج الزوجة لاختلاف العقيدة .

86 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 501 ط. المكتبة السلفية.

87 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 447 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

88 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 503 ط. المكتبة السلفية.

إذا أسلم الرجل وتحتته امرأة كتابية فإنها تظل في عصمته وإن لم تعتق معه الإسلام لكون زواج الكتابية يحل عند الابتداء فكان عند الدوام أولى وذلك ترغيباً للناس في دخول دين الله تعالى.

أما من أسلم على امرأة كافرة ، فإنه يعرض عليها الإسلام ويأمرها بتبيين موقفها منه، فإن أبنته يضرب لها أجلاً لا يتعدى الشهرين فإذا انقضت المدة وبقيت على كفرها ردها إلى أهلها ولا يجوز إمساكها . قال مالك، إن أسلم مجوسي أو ذمي وتحتته مجوسية عرض عليها الإسلام فإن أبته وقعت الفرقة بينهما وإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد بين إسلامهما ولم يحد في البعد حداً قال ابن القاسم ومحمد : يوقفها لتتظر في أمرها اليومين والثلاث فإذا أثبت الإسلام ردها إلى أهلها ولم يعتبر مرور الأجل الذي هو دون الشهرين وهو ما تأوله القرويون وعملوا به في حالة عرض الإسلام عليها .

قال القاضي عياض : أنها توقف لتتظر في أمرها دون الشهرين فلا يفرق بينهما بمجرد إبائها⁸⁹ وهو المستفاد من قول مالك أن المعتبر البعد بين إسلامهما وهو دون الشهرين سواء أوقفها لتبين أمرها فيه أو غفل ولم يأمرها بذلك فإذا انتهت المدة يفرق بينهما.

المبحث الثاني:

مانع الزنا .

عرف علماء الشريعة الزنا بأنه كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح⁹⁰. والزنا فعل قبيح في نظر كل من يملك عقلاً سليماً وأما من يستحسنه ففاسق يباشر الزنا بهواه عنه، فهو يفضي إلى اختلاط المياه وفساد أخلاق الناس فلا يأمن بعضهم بعضاً كما يؤدي إلى اشتباه الأنساب مما يعطل فائدة النسب بين الناس التي تعد نعمة من نعم الله عز وجل المطلوب الأول:

89 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص :269 ، ط. دار الفكر.

90 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص :324 ط. دار الرشاد الحديثة.

المطلب الأول:

في أحكام زواج الزانية.

الزانية هي الفاجرة التي تجهر بالزنا أو البغي تتكسب به أو التي تطاوع كل من راودها عن نفسها.

وكل من ظهر منها الزنا يحرم نكاحها عند أكثر أهل العلم فقد روى أن رجلاً دخل مكة فرأى فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها ولم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله فقال أنكح عناقاً فلم يجبه عليه الصلاة والسلام فأنزل الله تعالى " والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين " فدعاه رسول الله وقال : لا تنكحها⁹¹ .

وقد نقل العلامة الشوكاني عن ابن القيم قوله في تدبير معنى الآية السالفة ما نصه : وأما نكاح الزانية فقد صرح الله بتحريمه في سورة النور وأخبر أن من نكحها فهو زان أو مشرك فهو إما أن يلتزم حكمه تعالى ويعتقد وجوبه عليه أولاً؟ فإن لم يعتقده فهو مشرك وإن التزمه واعتقد وجوبه وخالفه فهو زان⁹² .

وذهبت طائفة من الفقهاء إلى أن الآية نزلت في نساء كان الرجل يتزوج إحداهن على أن تتفق عليه مما كسبته من الزنا ويرد على هذا الرأي بأنه تقرر في علم أصول الفقه أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيكون تحريم نكاح الزانية عاماً يشمل جميع حالات الزنا. ولقد ذهب الجمهور إلى حمل الآية على الذم لا على التحريم⁹³ . فأجازوا نكاح الزانية إذا ارتفع عنها سبب التحريم الذي هو الزنا وبتأتى ذلك بتوفر شرطين.

1 - التوبة :

إن حكم نكاح الزانية يرتفع بزوال سببه وهو الزنا فإذا تابت جاز نكاحها فقد روي عن ابن مسعود أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أينكحها ؟ فقرأ الآية : " وهو الذي يقبل

91 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية.

92 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 166 ، ط. الثانية 1952 .

93 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : 30 ط. دار الفكر.

التوبة عن عبادة ويعفو عن السيئات ". وسئل مثله ابن عمر فقال . إن تابا وأصلحا⁹⁴ .
وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقال
أيضا: (التوبة تمحو الحوبة) .

والتوبة هي الاستغفار والندم بالإقلاع عن الذنب الذي هو الزنا كالتوبة من سائر
الذنوب . وهي تجب حالا . والصلاح يكون بالتزام الآداب الإسلامية والتحلي بالعفة
والطهارة واجتناب مواطن الريبة لقوله صلى الله عليه وسلم : (ومن يرتع حول الحمى
يوشك أن يواقعه)⁹⁵ .

وفي مقابل من يرى أن التوبة واجبة على من ظهر منها الزنا لكي تحل للمسلم ،
ذهب أبو حنيفة وإمامنا مالك والشافعي إلى أن هذا الشرط ليس لازما⁹⁶ واستدلوا بما روي
عن ابن عمر أنه قال: (بينما أبو بكر الصديق في المسجد إذ جاء رجل فلاث لوثا من
الكلام فقال أبو بكر الصديق لعمر : قم فانظر في شأنه فإن له شأنا ، فقال له : إن
ضيفا ضافني فزنى بابنته فضرب عمر في صدره وقال له : قبحك الله إلا سترت على
ابنتك ، فأمر بهما أبو بكر فضربا الحد ثم زوج إحداهما الآخر ثم أمر بهما أن يغربا
حولا .

قال ابن حزم أن حديث ابن عمر لا حجة لهم فيه لأن الأظهر أنه كان بعد
توبتهما⁹⁷ .

والحقيقة أن حكم نكاح الزانية ورد بالنص الصريح ولا يجوز للمسلم أن يتزوج
الزانية حتى تتوب توبة نصوحا ويظهر صلاحها لارتفاع علة التحريم ، أما تزوجها قبل
التوبة فلا يأمن أن تكون ما زالت مقيمة على الزنا فتفسد فراشه ، إلى وجوب التوبة ذهب
قتادة وإسحاق وأبو عبيد وابن حزم وغيرهم .

⁹⁴ - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 475 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

⁹⁵ - صحيح البخاري باب الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات رقم الحديث 2051 ، ج 4 ، ص : 290 ط. المكتبة السلفية
ترتيب محمد فؤاد عبد الله .

⁹⁶ - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية .

⁹⁷ - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 474 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

2 - الاستبراء :

لا يحل نكاح الزانية ولو تابت عند مالك وأبا يوسف وأكثر أهل العلم حتى تستبرأ ، ومعناه أن تحيض المرأة حيضة واحدة على الأقل ليعلم براءة رحمها .
واختلف الفقهاء في تحديد مدة الاستبراء ففي المذهب المالكي تستبرأ بثلاث حيضات ألو ثلاثة أشهر إن كانت آيسا أو صغيرة أو يمتد بها الزمن حتى وضع الحمل إن كانت حاملا⁹⁸ وهو قياس على الموطوءة بشبهة كمن يطأ امرأة يظنها زوجته، وهي نفس عدة المطلقة . وقال أحمد: المزني بها تستبرئ بحيضة لأنه وطء من غير نكاح ولا شبهة نكاح وهو شبيه باستبراء أم الولد من الإماء إذا أعتقت⁹⁹ ، والمعروف أن مدة استبراء هذه الأخيرة عند مالك والشافعي والليث وأبا ثور وجماعة من السلف حصول حيضة واحدة.

لقد وجب الاستبراء في حق الزانية ليعلم براءة رحمها ويتم ذلك العلم بإتيان حيضة أما عدة المطلقة فهو أمر تعبدى سواء علم براءة الرحم أو لم يعلم .
وفي مقابل القائلين بوجوب الاستبراء قال الشافعي : يصح لمن زنى بها أن يتزوجها ولو لم يستبرئها لأنه وطء لا يلحق به النسب وقد قال رسول الله عليه الصلاة والسلام : (لا يحرم الحرام الحلال)¹⁰⁰ وهو أحد القولين المرويين عن أبي حنيفة وفي الآخر لا يصح إلا بعد الاستبراء¹⁰¹.

أ - حكم من تزوج امرأة في مدة استبرائها من الزنا:

لا يجوز لأحد أن يتزوج المستبرأة من الزنا حتى تنقضي مدة استبرائها سواء كان هو الزاني أو زنى بها غيره.

98 - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 159 ، ط. دار القلم.

99 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 515 ط. المكتبة السلفية.

100 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 164 ، ط. الثانية 1952 .

101 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 516 ط. المكتبة السلفية.

وإذا تزوج المستبرأة في مدة استبرائها فسخ نكاحه أبدا قال مالك : ولا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان قد زنى بها بعد الاستبراء أما هل يتأبد تحريمها عليه إن هو تزوجها أثناء الاستبراء أم لا ؟ فقد قال مالك، إن كانت مستبرأة من غيره يتأبد تحريمها عليه. وقال ابن الماشجون وابن القاسم : لا يتأبد تحريمها عليه وله أن يتزوجه بعد استبرائها .

ونقل البرزلي عن ابن رشد أنه إذا كانت مستبرأة من زناه فعقد عليها أثناءه فلا تحرم عليه ويصح نكاحها بعد استبرائها. وإذا توفر الشرطان . التوبة والاستبراء جاز نكاح الزانية للزاني وغيره عند أبا بكر وعمر وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والعترة ومالك والشافعي . وروى عن البراء بن عازب وعائشة وابن مسعود أنها لا تحل بحال العموم الآية والخبر قالوا : لا يزالان زانيين .

المطلب الثاني:

في أحكام الزوجة التي ظهر منها الزنا .

قال الجمهور الزنا لا يفسخ النكاح واستدلوا بحديث ابن عباس أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال له، إن امرأتي لا تمنع يد لامس قال : غربها قال: أخاف أن تتبعها نفسي قال : فاستمتع بها.

و حكى صاحب البحر عن أكثر أهل العلم أن من زنت لا يفسخ نكاحها. وخالف فريق من الفقهاء في ذلك وقالوا: يفسخ النكاح بظهور الزنا من الزوجة وبه قال الحسن¹⁰² وروى عن المؤيد بالله أنه يجب تطليقها ما لخم تتب.

وسبب الخلاف اختلافهم في معنى عبارة لا تمنع يد لامس في الحديث أعلاه. فالذين أجازوا إمساك الزانية وهم الجمهور قالوا معناه الزانية وأنها مطاوعة لمن أرادها، وقال أحمد معناه، تعكي من ماله ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليأمر بإمساكها وهي تفجر. والمعنى الأول هو الصحيح لأن الحديث ورد بلغة العرب ويجب أن يجري على لسانهم والمعلوم أن العرب تكني بمثل هذه العبارة على عدم العفة والزنا.

- ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص30 : ط. دار الفكر .

قال العلامة الشوكاني من أعظم الأدلة على جواز إمساك الزوجة التي ظهر منها الزنا حديث عمرو بن الأحوص جاء فيه أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا في النساء خيرا .
فإنما هن عندكم هوان ليس منهم شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاشحة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا¹⁰³.

ونستنتج مما سبق أن الزوجة إذا زنت وهي تحت الرجل فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها ولكن يؤدبها حتى تتوب وإن شاء طلقها وهو ما عليه الجمهور .

1 - المقياس المعتبر شرعا في معرفة ظهور الزنا من المرأة .

لا يحل شرعا أن تتهم امرأة مسلمة، بكرا كانت أو متزوجة ، إلا إذا كانت تمارس الزنا بطريقة مستهترة وجهارا أو تكامل الحجة وهي أن يرى أربعة رجال عدول زناها ويشهون بمعاينتهم لحصول الاتصال الجنسي.

أما إن يرميها المسلم بغير علم فهذا مما لا يليق بالمسلم لأن المسلمين كلهم إخوة فلا يرمى الأخ بما يشينه ، والرمي بالزنى جريمة تهدم أركان البيت وهو الخلية الأولى في المجتمع فبصلاحها يصلح وبفسادها يفسد، فكان عقاب الذين يرمون البريئات بالزنا، سواء كانوا كاذبين أو لم يكن لهم شهود عدول، إقامة الحد عليهم وهو عقوبة ثمانين جلدة والعذاب الأليم في الآخرة قال تعالى : " إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة"¹⁰⁴ والآية الكريمة وردت في حادثة الإفك التي قذفت فيها عائشة رضي الله عنها بالزنا ولقد برأها عز وجل بقوله : " إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم "¹⁰⁵. مما نسب إليها كذبا وافتراء فالآية وإن نزلت في

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 154 ، ط. الثانية 1952.

- سورة النور ، الآية 18.

- سورة النور ، آية 10.

قذف عائشة إلا أن المعتبر منها العموم للقاعدة الأصولية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

قالت عائشة في بيان ملابس الحادثة¹⁰⁶: كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة بعدما أنزل الحجاب ففرغ منها ودنا من المدينة وآذن بالرحيل ليلة فمشيت وقضيت شأني وأقبلت إلى الرجل فإذا عقدي انقطع ، وهو القلادة ، فرجعت التمسه وحملوا هودجي، هو ما يركب ، على بعيري يحسبونني فيه وكانت النساء خفافا إنما يأكلن العلكة من الطعام، أي القليل ، ووجدت عقدي وجئت بعدما ساروا فجلست في المنزل الذي كنت فيه وظننت أن القوم سيفقدونني يرجعون إلي فغلبتني عيني غنمت وكان صفوان عرس من وراء الجيش فأدلج ، أي نزل من آخر الليل، الاستراحة فأصبح في منزله فرأى سواد إنسان نائم، أي شخص فعرفني حين رأيته وكان يراني قبل الحجاب فاستيقظت باسترجاعه حين عرفني، أي قوله إنا لله وأنا إليه راجعون ، فخرمت وجهي ، أي غطيته بالملاءة ، والله ما كلمني بكلمة ولا سمعت منه كلمة غير استرجاعه حين أناخ راحلته ، أي بركها ، ووطئ على يديها فركبتها فانطلق يقود بي الراحلة حتى أتينا الجيش موغرين في نحر الظهيرة أس وقاعين في مكان وغر من شدة الحر، فهلك من أهلك وكان الذي تولى كبره منهم عبد الله بن أبي بن سلول . رواه الشيخان¹⁰⁷.

فلو فرضنا أنه شهد إنسان لوحده امرأة قد اختلت بأجنبي وجب عليه أن يختار الستر لأن الله سترها ولو شاء لفضحها على رؤوس الإشهاد.

وفي حالة ما إذا اطلع أربعة شهود معاينة على ممارسة المرأة للزنا وجب عليهم أن يفضحوها لاكتمال الحجة حتى يشيع أمرها بين الناس فيتترتب حكم التحريم في حقها إلا إذا تابت بالله الذي لا إله إلا هو أن فلانا زوجي هذا فيما رمانني به من الزنا لكاذب

- الحديث بنصه الكامل في كتاب فتح الباري على البخاري ، ج؟؟ ص : 365 ط. دار الفكر.
- تفسير الجلالين المحلي والسيوطي ، ص 274 ، ط. 1353 هـ.

106
107

وكررت ذلك أربع مرات ثم قالت في الخامسة وعليها غضب الله إن كان من الصادقين فقد اكتمل لعانها¹⁰⁸.

وإذا لم اللعان بهذه الصورة يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا في مذهب الإمام مالك والجمهور¹⁰⁹.

واستبرأت . أما إذا رأى رجل امرأته وهي تزني مع عشيقها فهل يجب عليه أن يلتمس البينة أو يختار الستر؟ الإسلام لم يترك هذه المشكلة العويصة والحرجة بدون حل بل شرع لها اللعان الذي إذا تم بشروطه كان مانعا شرعيات فتحرم عليه المرأة التي لا عنها حرمة أبدية.

المطلب الثالث : اللعان.

اللعان شرعا هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها بحكم قاض فخرج بكلمة اللازم له ما لو أتت به الأقل من ستة أشهر من يوم الوطء أو كان لا يتصور منه الوطء فإنه ينتفي عنه بغير لعان . وخرج بعبارة إن أوجب نكولها ما لو ثبت اغتصابها فلا لعان عليها ، وخرج بحكم قاض ما إذا تلاعنا بدون حكم فليس بلعان شرعي ولا ينبني عليه حكم¹¹⁰ .

وكيفية اللعان هي المذكورة في قول الله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"¹¹¹.

فإذا رمى الزوج زوجته بصريح الزنا وقال لها في المسجد بحضرة الحاكم أو القاضي بالله إني لصادق فيما رميت به فلانة زوجتي ويشير إليها وهي حاضرة تسمع

- ابن حزم ، مراتب الإجماع ، ص 81 طبعة دار الكتاب العربي.

- ابن رشد ، بداية المجتهد ، ص : 91 ج 2 ، طبعة دار الرشاد.

- محاضرات التفسير ، مستوى الإجازة ، الأستاذ البكري محمد سنة 88 - 89.

- سورة النور ، آية 5.

لعانه وكرر ذلك أربع مرات ثم قال في الخامسة وعليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فقد اكتمل لعانه ثم إذا قالت الزوجة . ردا عليه . .

المبحث الثامن:

مانع الإحرام .

الإحرام هو نية الدخول في الحج أو العمرة أو فيهما معا يقال أحرم الرجل أو أحرمت المرأة إذا دخل أحدهما الحرام أو الحرم كأبهر إذا دخل البحر ، والمعنى أن أحدهما تلبس بحال يحرم عليه فيها ما كان مباحا له قبلها كمس الطيب والصيد ولمس النساء للشهوة¹¹² .

المطلب الأول :

أحكام زواج المرأة في حالة الإحرام

للإحرام محظورات وممنوعات من بينها عقد النكاح مطلقا للحاج وغيره والخطبة سواء خطب لنفسه أو خطب لغيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ونفس الشيء يقال في المرأة فلا يصح أن تخطب في حالة الإحرام أو أن يعقد عليها في حينه . وإذا تم شيئا مما ذكرنا فالنكاح باطل والعقد الناشئ عن خطبة المحرم أو المحرمة باطل وهو ما ذهب إليه مالك والشافعي والليث والأوزاعي وعمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت للحديث أعلاه وخالفهم أبو حنيفة فقال لا بأس به واستدل بالحديث الصحيح الذي روي عن ابن عباس وهو أن رسول الله نكح ميمونة وهو محرم . وحكم النهي الوارد فيس الأحاديث المحرمة لنكاح المحرم على الكراهية¹¹³ . ولا شك في أن من تزوج في حالة الإحرام فقد ارتكب إثما وخالف قوانين الإحرام فوجب في حقه التوبة والمغفرة . وكان أولى أن يبطل نكاحه حتى لا يتجزأ الناس على مخالفة ما

- أبو جابر الجزائري ، الحج المبرور ، ص 48 ط. طبعة الدعوة ط. الثانية .

- ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 34 و 35 : ط. دار الرشاد الحديثة .

112

113

يجب أن يلتزم به المسلم في حالة الإحرام ، خصوصا وأن عقد النكاح يتبعه الوطء والجماع مفسد للحج إذا وقع قبل الوقوف بعرفة اتفاقا .

القسم الثاني مقاييس مكملة

المبحث الأول :

الولود

لقد اقتضت حكمة الله أن يكون التوالد أمرا سروريا للمحافظة على استمرار العنصر البشري وبقائه إلى يوم الدين وجعل سبحانه النبي والبنات أجدر ما في الوجود قال تعالى " المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا " ¹¹⁴. لذا حثت الشريعة الإسلامية على نكاح الولود.

المطلب الأول :

استحباب نكاح الولود.

لقد رغب رسول الله في أن تكون المرأة المراد نكاحها من نساء يعرفن بكثرة الولادة قال عليه الصلاة والسلام : تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة. وروى عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله فقال امرأة ذات حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة ¹¹⁵.

- سورة الكهف ، آية : 45.

114

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114 ، ط. الثانية 1952

115

ومما يدل على استحباب كون المنكوحة ولودا ما ورد من النهي عن التبثّل، وهو ترك النكاح واقتضاء النسل ، سألت عائشة رضي الله عنها : أأتبثّل فقالت لا تفعل أما سمعت قول الله عز وجل : " لقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية "116.

ولقد أورد القرآن الكريم صورا عديدة من دعاء الصديقين والأنبياء لربهم أن يمنحهم من أزواجهم ذرية تقربها أعينهم ، من ذلك قول الله تعالى على لسان زكريا عليه السلام : " رب لا تذرني فردا وأنت خير الوارثين "117 أي لا تتركني بلا ولد يرثني.

ولقد ثبت عن رسول الله أن من كان له ولد صالح ثم استخلفه بعد مماته فإنه ينفعه في الدار الآخرة بدعائه وأعماله باعتباره ثمرة تربيته الصالحة قال عليه الصلاة والسلام : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له118.

المطلب الثاني :

في الرد على من يفضل العاقر على الولود.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الخير كله كامن في تزوج الولود ولا حجة شرعية لمن ذهب على خلافه.

أما ما رواه أبو عصام العسقلاني ونصه أن حذيفة قال قال رسول الله : إذا كان سنة خمس ومائة فلأن يربي أحكم جر أو كلب خير من أن يربي ولدا.

فلقد قام ابن حزم بالرد عليه وعلى أمثاله خير قيام فقال في الراوي هو منكر الحديث لا يحتج به. والحديث موضوع وبيان ذلك أنه لو استعمل الناس ما فيه من ترك النمل لبطل الإسلام والجهاد والدين وغلب أهل الكفر مع ما فيه من إباحة تربية الكلاب فظهر كذب أبي عصام بلا شك119.

116 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 440 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

117 - سورة الأنبياء ، آية : 83.

118 - صحيح مسلم ، باب الوصية رقم الحديث 1631 ، ج3 ، ص : 1255 ، ط. دار الفكر.

119 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 441 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

المبحث الثاني :

البكر.

البكر عند الفقهاء هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو جار مجرى الصحيح أي لم يسبق لها زواج والأصل فيها أن تكون عذراء لم تنزل بكارتها بمزيل.

المطلب الأول :

في استحباب نكاح الأبكار.

لقد رغب رسول الله في نكاح الأبكار ومما قاله عليه الصلاة والسلام فيهن : أنهن أنتق أرحاما وأطيب أخلاقا وأرضى باليسير.

والمراد بكلمة أنتق أرحاما : أقبل للولد على ما فسر به ابن حبيب . وروى جابر عن رسول الله أنه قال : يا جابر تزوجت بكرا أم ثيبا قال : قلق ثيبا قال : أهلا تزوجت بكرا تلاعبها وتلاعبك¹²⁰.

يدل هذا الحديث وأمثاله من أحاديث الموضوع على استحباب نكاح الأبكار عدا إذا كان هناك مقتض لنكاح الثيب كأن تكون أكثر تجربة وصبرا وتحملا لأعباء الأسرة كما هو الحال مع جابر الصحابي الجليل حين علل تزوجه الثيب دون البكر بقوله : هلك أبي وترك سبع بنات فكرهت أن أجمع إليهن جارية خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تقوم عليهن وتمشطهن ، فلما سمعه رسول الله قال له : أصبت.

المطلب الثاني:

مزية البكر على الثيب.

إن اختيار البكر هو المقصود المحبب فإن كانت ثيبا فلربما قارنت فعليك مع فعل غيرك ممن تقدم معها وفاضلت بينكما¹²¹ فاجتتابها أفضل، وكذلك نجد رسول الله في الحديث السالف الذكر حث على أن يلاعب أحدهما أهله والملاعبة والمداعبة تتأتى مع

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952

120

- الحطاب، مواهب الجليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 404. ط. مكتبة النجاح.

121

البكر أكثر مما هي مع الثيب لأن مجالسة البكر والملاعبة بها فيه إيناس للنفس وإراحة للقلب ما ليس له مثيل في مجالسة وملاعبة الثيب.

المبحث الثالث :

التدين والصلاح .

الزوجة الصالحة هي التي تعين زوجها في دينه ودنياه من صفاتها الوقار والاحتشام والتقوى والورع واحترام الفضيلة وصيانة العرض وغير ذلك من الصفات والأخلاق الحسنة.

المطلب الأول :

في الحث على نكاح الصالحات.

يستحب لمن أراد الزواج أن يختار الزوجة الصالحة فقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله قال : ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته. وعن أنس قال عليه الصلاة والسلام : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة¹²². ومعنى الودود المودودة لما هي عليه من حسن الخلق والتودد إلى الزوج . فلا يليق بذى المروءة والدين أن يتزوج امرأة خبيثة ساقطة لا خلق لها ولا دين ، ذلك أن الخبيثة في غالب أحوالها لا يرغب فيها إلا الدنيء النفس، قال تعالى : " الخبيثات للخبيثين والخبيثون للخبيثات والطيبات للطيبين والطيبون للطيبات"¹²³. فهنا إشادة بالنساء الصالحات وإغراء للمسلمين باختيارهن أزواجا تحقيقا للآية الكريمة : " وجعل بينكم مودة ورحمة " لأن المنافرة تامة بين الخبيثة والمؤمن الطيب فلا يحصل المراد من الرحمة والمودة بين الزوجين.

المطلب الثاني:

استحباب اختيار المتدينة ووجوب تقديم ذات الدين.

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952

- سورة النور ، آية 25.

122

123

روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن المرأة تتكح على دينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك.

يستفاد من الحديث الشريف أن من اللائق لمريد الزواج أن يجعل الخلق والدين مطمح نظره عند اختيار الزوجة. وقوله عليه الصلاة والسلام اخبار عما جرت به العادة عند الناس في اختيار الزوجة وآخر ما يطلبون فيها ذات الدين فرغب في اختيار المتدينة ، وفي حالة تعارض المال والجمال وغيرهما من الخصال التي يرغب في نكاح المرأة لأجلها مع ذات الدين، أي التدين والصلاح ، قدمت حينئذ على غيرها. ومما يؤكد هذا التقديم ما رواه ابن ماجة مرفوعا إلى النبي عن ابن عمر أنه قال : لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل¹²⁴.

نشير في الأخير أن قوله صلى الله عليه وسلم : تربت يداك: هو كناية عن الفقر ولكن خبر بمعنى الدعاء لا يراد به حقيقة وقيل فيه شرط مقدر أي وقع لك ذلك إن لم تفعل ورجحه ابن العربي .

المبحث الرابع:

الجمال والحسب .

يستحسن أن تكون المرأة المراد نكاحها جميلة وعلى جانب من جمال الخلق حتى يجد فيها الزوج الإنس والود والطمأنينة وبه يتم استقرار البيت المسلم على النهج الذي ورد في القرآن الكريم.

المطلب الأول :

استحباب نكاح الجميلة.

ينبغي لمن أراد الزواج أن يختار الجميلة لأنها أمكن لنفسه وأغضى لبصره وأكمل لمودته فقد روي عن أبي هريرة أنه قال قبيل يارسول الله أي النساء خير قال : التي تسره

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 112 ، ط. الثانية 1952

إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره وروى سعيد عن يحيى بن جعدة أن رسول الله قال : خير فائدة أفادها المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها. وروى عن أبي بكر بن عمرو بن حزم أن رسول الله قال : إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها¹²⁵.

هذه الأحاديث الشريفة لا تدل على أن اختيار الجميلة جائز شرعا فحسب بل هو من الأمور المستحبة لما ورد فيها من أن خير النساء المسلمات أصبحهن وجوها¹²⁶. ويلحق الجمال في الذات الجمال في الصفات كأن تكون مهذبة ورقيقة . والجمال هو إحدى الصفات التي يلتمسها الناس عادة في نكاح المرأة لأجلها، والسلام قال : تتكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك، قال القرطبي في شرحه لهذا الأثر : إن هذه الخصال الأربع هي التي يرغب في نكاح المرأة لأجلها فهو خبر عما في الوجود من ذلك لا أنه وقع الأمر به بل ظاهره إباحة النكاح لقاصد كل من ذلك¹²⁷.

المطلب الثاني :

استحباب نكاح الحسبية .

يستحب لمريد النكاح أن يختار الحسبية ليكون ولدها نجيبا فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليهم لما روي عن عائشة أن رسول الله قال، تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم¹²⁸ ، ذلك أن المحيط السيئ لا ينبغي إلا امرأة سيئة ولهذا يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها فإذا كانوا صالحين تلد مثلهم وإلا فلا تأمن أن يرث ولدك منهم أخلاقهم السيئة وعاداتهم الخبيثة.

- ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 463 ، ط. المكتبة السلفية.

- اقتباس من حديث عائشة (خير نساء أمتي أصبحهن وجوها) ج 2 ، ص 734 من كتاب الكامل لابن عدي ط. دار الفكر.

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 113 ، ط. الثانية 1952

- ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 469 ، ط. المكتبة السلفية.

125

126

127

128

وتجدر الإشارة إلى أن الحسب في الأصل هو الشرف بالآباء والأقارب مأخوذ من الحساب لأنهم ، أي العرب ، كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقب ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدد على غيره وقيل المراد به الأفعال الحسنة¹²⁹.

الفصل الثاني السلامة من العيوب

العيوب هو النقص والعار الذي يلحق المرأة بشرط أن يكون العرف قد جرى بتسميته بالعيوب ، فوجوده في المرأة المراد نكاحها قد يسبب النفور بين الزوجين ويؤثر على الاستمرار العادي للعلاقة الزوجية التي من شروطها الدوام والاستمرار.

المبحث الأول:

العيوب الشرعية.

يقصد بالعيوب الشرعية العيوب التي أوردها الفقهاء في معرض حديثهم عن جواز رد الزوجة لوجود العيوب بها وأثبتوا للزوج الخيار في الرد أو الإمساك إذا ثبت أن الزوجة مصابة بها وهي التي نصطلح عليها بعيوب البدن.

ثم التي نصطلح عليها بمصطلح عيوب الفرج.

المطلب الأول:

في عيوب البدن.

يقصد بعيوب البدن كل داء عضال يصيب جسم المرأة وعقلها ويخاف منه التعدي إلى النفس والنسل بقربانه ، وقد حصرها الفقهاء في كل مرض متعد ومزمن فاختيارا للسلامة من الإصابة بها ثبت الخيار بها.

- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 111 ، ط. الثانية 1952.

- ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

علة الاقتصار على هذه العيوب:

اختص الرد بهذه العيوب لأنها تثير نفرة تمنع قربان المرأة المصابة بالكلية فتمنع الاستمتاع المقصود من النكاح كما أنه يخشى تعديهما إلى النفس والنسل، والجنون يخاف منه الجناية على النفس والمال والتعدي إلى النسل وكلاهما يمنع الاستمتاع والتقارب . وقال بعض المالكية العلة في ذلك هي الخوف من سرايتها إلى الأبناء¹³⁰. وهو الأهم لأن سراية الداء إلى الأبناء مصيبة كبرى.

المطلب الثاني:

عيوب الفرج.

يقصد بعيوب الفرج كل داء في الفرج يمنع الوطء أو لذته أو ينقصهما.

علة في الاقتصار على هذه العيوب:

إنما قصر جواز الرد على العيوب المتقدمة لأنها تمنع الاستمتاع ، فالرتق يتعذر معه الوطء والإفضاء ، يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرجوة والبخر منفر يمنع كمال اللذة غالبا ويمنع مقاربة أحد الزوجين صاحبه إلا على كره . وقالت جماعة من المالكية إن هذه العيوب مما يخفى وغيرها لا يخفى في غالب الأحوال

131 .

الفصل الثالث

الخيار بالعيوب

- ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

130

- ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص 31 ، ط. دار الكتب العربية الكبرى.

131

يراد بالخيار في الرد أو الإمساك إعطاء الزوج الحق في رد زوجته المعيبة إلى أهلها أو إمساكها ويلزمه حينئذ صداقها. فإذا اختار الرد كان فسخا لعقد الزواج وهو خلاف الطلاق الذي يترتب عنه نصف الصداق إذا وقع قبل الدخول والصداق كاملا بعد الدخول. أما في حالة الفسخ فلا يعطي الزوج الزوجة شيئا إلا إذا بنى بها فتستحق ربع دينار فقط.

المبحث الأول :

مشروعية الخيار بالعيوب .

الكلام في المبحث يقتضينا أن نتناوله في مطلبين.

المطلب الأول :

هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

قال أهل الظاهر وعمر بن عبد العزيز العيوب لا توجب الخيار في الرد أو الإمساك وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وترد به الأمة وبه قال النخعي والثوري. وقال ابن مسعود وأبو حنيفة وأصحابه : لا ترد الزوجة بالعيوب إلا أن يكون قرنا أو رتقا وهو عيب يمنع الوطاء فأثبت الخيار فإذا ردت المرأة عد طلبة ولا يكون فسخا لأن مجرد العيب لا يثبت الخيار¹³².

وذهب على خلافهم عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ومالك والشافعي وأصحابهما وأكثر أهل العلم، قالوا جميعا: يجوز الرد بالعيوب¹³³.

المطلب الثاني :

ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

132 - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص : 579 ، ط. المكتبة السلفية.

133 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 167 ، ط. الثانية 1952

إذا كان الجمهور قد اتفقوا على أن الرد بالعيوب في الجملة جائز شرعا فإنهم اختلفوا في تفاصيل العيوب المثبتة للخيار.

روى مالك عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصادق الرجل على من غرّه¹³⁴. وأضاف أصحاب مالك عيوب الفرج.

وفي المغني يثبت به الرد لأنه نفرة ويمنع مقاربة صاحبه وخالف الناصر المالكية في البرص فلم يجعله عيبا يرد به ونحن نقول أنه عيب إن منع مقاربة صاحبه مخافة تعديه وهو ما يتناقض مع حق الاستمتاع الناتج عن عقد الزواج¹³⁵.

قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط وهما القرن والرتق وننتصر للمالكية أن العيب المختلف فيه هو المانع من الوطء والعلة موجودة في الجنون والبرص وغيرهما من العيوب الشرعية فأثبتت حق الرد مثل ما أثبتته القرن والرتق. قال الزهري يفسخ النكاح بكل داء عضال ويدخل فيه جميع العيوب المثبتة لحق الخيار عند المالكية ويقاس عليها جميع الأمراض المعدية المزمنة التي يستعصى علاجها ويتعدى ضررها إلى النفس والنسل بما فيه السل لا سيما أن الهادوية قالت بالرد به¹³⁶.. والزواج غير البيع البناء النكاح على المكارمة بخلاف البيع المبني على المشاحة.

نستنتج مما سبق أنه لا يثبت الخيار بغير العيوب الشرعية السابقة وجها واحدا مثل القرع والعمي والعرج وقطع أحد الأطراف ، أما البول في الفراش فقد قال الجزولي فيه قولان يرد به ولا يرد به . وجه عدم الرد به أنه لا يمنع الوطء وهو الراجح في المذهب المالكي والحال حرق الفرج بالنار أو قطع الشفرين فلا يثبت به الخيار كما في المدونة

134 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 166 ، ط. 1952.

135 - بناني على الزرقاني ، حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 306.

136 - الشوكاني ، نيل الأوطار ج 5 ص 167.

لأنه لا يمنع الوطء ولا لذته. قال ابن ناجي لا رد بكون المرأة ضعيفة أو كبيرة في السن أو لا تستحمل الوطء وخالفه اللخمي وقال: بل هذا عيب يرد به لأنه بذل صداقا مسمى للاستمتاع فلم يجد ما في مقابله فأثبت الخيار¹³⁷.

وقال أبو حفص وأبو بكر إذا كانت المرأة لا تستمسك بولها فعيب يرد به لما فيه من النفرة والنجاسة التي يئف منها الإنسان وقال مثله أبو الخطاب¹³⁸. فليس كل عيب في العرف يثبت الخيار عند كافة العلماء إلا العيوب التي سبق ذكرها عند الجمهور وما يصح قياسه من العيوب الأخرى.

المبحث الثاني : موجب الخيار.

لا خلاف بين فقهاء الجمهور أنه إذا علم الزوج عيب زوجته ثم اختار إمساكها في عصمته كان الزواج صحيحا ينتج جميع آثاره من التوارث والنسب وحقوق الزوجين وغيرها من الآثار النافذة. أما إذا اختار الرد فلا بد من تحقق شروط يملك لموجبها الزوج الخيار.

المطلب الأول : شروط ثبوت الخيار.

يشترط لثبوت حق الخيار شرطان بانتقائهما أو أحدهما يسقط الخيار ولا يحق له رد الزوجة وإنما يطلقها إن شاء ويلزمه الصداق بالدخول.

1 - عدم سبق العلم.

إذا تبين أن الزوجة مصابة بعيب من العيوب الشرعية فالخيار ثابت للزوج ما لم يكن عالما بالعيب قبل العقد أو أثناءه فإذا علم سقط خياره¹³⁹.

2 - عدم الرضى بعد العلم بموجب الخيار.

137 - حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

138 - ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

139 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر .

إذا اكتشف الزوج أن من عقد عليها معيبة فيكون قد علم فإما أن يرضى به فيسقط خياره وإما أن يبدي عدم الرضى فيثبت له الخيار . والرضى إما أن يكون صريحا أو ضمنيا .

أ - الرضى الصريح .

المراد بالرضى الصريح أن يقول رضيت وما في معناه فلا غبار في كونه راضيا بالزوجة بعد العلم بعيبها فيسقط خياره حينئذ .

ب - الرضى الضمني .

هو أن يمكن الزوجة من الاستمتاع به وهو راض وساکت بدون مانع مع الاطلاع على العيب أو يقوم هو بالاستمتاع بها فمن كانت حالته كذلك فلا خيار له .
يلاحظ أن عيب الفرج أو البرص الموجود بياض الجسد، بالدبر مثلا ، يكتشف بالوطء وهو الدال على الرضى يجاب عليه أن الوطاء الدال على الرضى هو الحاصل بعد موجب الخيار ولا الحاصل قبله أي أن الزوج لم يكن يملك حق الخيار في ابتداء الوطاء بل ملكه بعد معرفته للعيب فإن تمادى في الاستمتاع بعد الاطلاع على العيب فقد رضى وسقط خياره .

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار .

يثبت الخيار للسليم أصالة وللمعيب إذا كان عيبه من غير جنس عيب الزوجة كالأبرص يتزوج الرتقاء لأنه عيبه ليس المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه¹⁴⁰ .

أما إذا كان عيبه من جنس عيب الزوجة ففيه قولان :

1 - لا يثبت الخيار لهما لأنهما شبا الصحيحين ولأن الزوج يملك العصمة فلا خيار له .

- ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ص : 582 ط. المكتبة السلفية .

2 - قال اللخمي: إن اطلع أحدهما على عيب من جنس عيب صاحبه فللزوج القيام دونها لأنه بذل صداقا لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل . وقال الرجراجي وابن عرفة يثبت الخيار لهما معا كمتبايعي عرضين ظهر بكل واحد منهما عيب لصاحبه .¹⁴¹

القول بثبوت الخيار للزوج هو السديد لأن الغاية من تشريع الخيار هو دفع الضرر واجتماع الضرر على الضرر يؤثر زيادة .

المطلب الثالث : الادعاء بسقوط الخيار.

إذا اختار الزوج أن يرد زوجته المعيبة فادعت هذه الأخيرة سقوط خياره بمسقطاته من العلم والرضى ولا بينة تعضد الدعوى ثم أنكر مريد الرد فيلزمه أن يحلف ومحله إذا لم يكن العيب ظاهرا وادعت علمه به بعد البناء أو بطول الأمر كشهر وإلا فلا يحلف الزوج والقول قول المعيبة بيمينها.

قال ابن عرفة : إن قالت علم عيبي حين البناء وأكذبها إن كان ذلك بعد البناء بشهر ونحوه صدقت مع يمينها إلا أن يكون العيب خفيا كبرص بباطن جسدها ونحوه فيصدق بيمينه¹⁴² .

المبحث الثالث :

أحكام الرد.

تختلف أحكام الرد بالعيوب بحسب ما إذا كان العيب موجودا قبل العقد أو في حينه وما إذا كان حادثا بعد العقد .

المطلب الأول : وجود العيب قبل العقد أو أثناءه.

إذا تبين أن الزوجة قد أصيبت بالعيوب قبل العقد أو في حينه فإن الخيار في الرد أو الإمساك ثابت للزوج سواء كان كثيرا أو يسيرا بالاتفاق وفي حالة ما إذا اختار الرد

- حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ج 3 ، ص : 304 ، ط. دار الفكر 1973 .

141

- الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 277 ، ط. دار الفكر.

142

يتعين عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي أو الحاكم الذي يقوم بضرب أجل للتداوي من العيب أو المرض وهذا الأجل يختلف باختلاف العيب.

1 - بالنسبة لعيوب البدن.

يؤجل القاضي المعيبة سنة كاملة لأجل الدواء والسر في تحديد الفقهاء الأجل بسنة هو اختيار الدواء عبر الفصول الأربعة أو لأنه أمر تعدي .¹⁴³

تؤجل المعيبة إذا رجيء البرء من المرض ، أما إذا كانت حالتها ميؤوسا منها فإن القاضي لا يؤجلها بل يفسخ الزواج حالا، ويستثنى المجنونة حيث يضرب لها الأجل وإن لم يرج برؤها لظاهر المدونة . ويبتدئ الأجل من يوم الحكم بالتأجيل لا من الرفع للقاضي أو الحاكم، وإذا شفيت قبل الأجل المضروب لها فليس للزوج ردها وإنما المعتبر إذا لم تشف بعد مرور الأجل.

2 - بالنسبة لعيوب الفرج.

تؤجل المعيبة بداء الفرج بالاجتهاد من غير تحديد للأجل بل بما يقرره أهل الخبرة من ذوي المعرفة بالطب ويلزم الزوج أن يصبر عليها خلال الأجل المضروب و لا يردها حالا إلى أهلها و إذا انتهى الأجل ولم تبرأ اختار بين ردها أو إمساكها . وخلال الأجل المقدر للمعيبة تكون تكاليف الدواء عليها لأنها الملزمة بتمكين زوجها من الاستمتاع الذي في مقابل الصداق أما النفقة فهي على عاتق الزوج لقدرته على الاستمتاع بغير وطيء . وإذا طلب الزوج ردها من غير تأجيل ، فإن من حق الزوجة أن تطلبه لأجل التداوي إن كان الشفاء ممكنا بلا ضرر في الإصابة فتؤجل حينئذ دون اعتبار موافقة الزوج أو رفضه . وفي حالة ما إذا كان يحصل بعد التداوي عيب فلا تجاب لما طلبته إلا برضاه¹⁴⁴ .

- نفس المرجع ، ص : 280.

143

- حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ، ص : 310 ، ط. دار الفكر 1978.

144

أما لو امتنعت الزوجة من التداوي فهل تجبر أم لا تجبر عليه ؟ ميز الفقهاء في هذا الصدد بين كون العيب طارئاً وبين كونه خلقة .

أ - إذا كان العيب عارضاً :

المراد بالعيب العارض الذي طرأ على المرأة بصنع صانع كختان البنات الذي كان مألوفاً عند إخواننا السودانيين وهي عملية كان يقطع الجزء الألتصابي من عضو المرأة التتاسلي وذلك بعد آلام عظيمة بحجة إضعاف شهواتها الجنسية. فإذا كان لا يترتب على التداوي ضرر فإنها تجبر عليه إن امتنعت وطلبه الزوج وإن طلبته هي وأباه الزوج فلا يجبر بل يخير فإن لم يرض وفارق فلا شيء عليه .

ب - إذا كان العيب خلقة .

يقصد به أن يكون العيب خلقة ليس طارئاً كمن تولد وبها رتق فمن شأن محاولة التداوي أن يترتب عنه ضرر وعيب في الإصابة . في حالة عدم ترتب العيب في الإصابة بإجراء عملية جراحية مثلاً لاستئصال ما سد به محل الوطء ، فإنها لا تجبر على التداوي إلا برضاها كما لا تجبر في حالة ترتب العيب عليه .

المطلب الثاني : حدوث العيب بعد العقد .

إذا تحقق أن العيب حادث بعد العقد فهل يثبت به الخيار أم لا ؟ قال أبو الحسن يرد به مطلقاً حدث بعد البناء أو قبله. قال أشهب : لا يرد به مطلقاً لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم البيع أشبه بالحادث بالمبيع¹⁴⁵. قال ابن القاسم لا يرد الرجل المرأة والمعتد في المذهب المالكي قول ابن القاسم وهو أحد القولين في المذهب الشافعي¹⁴⁶

المبحث الرابع :

145 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 279 ، ط. دار الفكر .

146 - ابن قدامة . المعني ، ج 7 ، ص : 583 ، ط. المكتبة السلفية .

آثار الرد.

إذا تبين أن الزوجة مصابة بأحد العيوب الشرعية المتقدمة فلا مناص من أن يطلع على العيب قبل الدخول أو يعلم به بعده.

المطلب الأول .

العلم بالعيب قبل الدخول.

إذا اطلع الزوج على العيب قبل البناء فهو إما أن يرضى بالأمر الواقع وعليه المسمى، أي صداق مثلها، أو يختار ردها ولا شيء عليه ولكن يشترط فراقها بصيغة الرد للعيب لا بلفظ الطلاق وإلا لزمه نصف الصداق.

المطلب الثاني :

العلم بالعيب بعد الدخول .

إذا لم يعلم الزوج بالعيب إلا بعد الدخول فقد استحققت الزوجة الصداق بالبناء فوجب على الزوج ، إلا أن الشارع أعطى الزوج الحق في أن يرجع به على من غرر به بأن أوهمه أن من عقد عليها لا عيب فيها والحال أنه عالم به ومع ذلك أخفاه عنه فصار بهذه الصورة مدلسا وغارا يغرم للزوج ما ضاع منه من الصداق¹⁴⁷ .

وهذا الغار يحتمل أن يكون الزوجة نفسها أو وليها. والرجوع على أحدهما بحسب ما إذا حضرت الزوجة مجلس العقد مع وليها وما إذا كانت غائبة عنه.

1 - حضور المرأة مجلس العقد مع وليها.

إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بحضورها قريبا منها ممن يخالطها ويعلم أمرها وما بها من عيوب منبها أنه لا يعتبر فيه شدة القرابة أو بعدها عن المرأة وإنما المعتبر علمه بالعيب كأب وأخ وكذا عم وابن عم وغيرهم من الأولياء الذين يوجدون معها في البيت ، فإن الزوج يخير بين الرجوع على الولي القريب وبين الرجوع على الزوجة لكون كليهما غريما له بسبب تدليسه عليه بكتمانها العيب.

147 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 286 ط. دار الفكر.

في حالة الرجوع على المرأة فإن الزوج يأخذ منها الصداق الأربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يقوم بهما وهو أقل الصداق حقا لله تعالى وبرجوعه على الولي القريب فالزوج يأخذه منه بجميعه ويمكن للولي بدوره أن يرجع على وليته ما عدا أقل الصداق فيتركه لها و العكس غير صحيح أي لا ترجع هي على الولي إن أخذ الزوج منها الصداق لأنها هي المباشرة للإتلاف . والجدير بالذكر أن الولي البعيد الذي يجهل العيب ولا يعلم من أمر وليته شيئا لا يرجع الزوج عليه بل يرجع على الزوجة وحدها لأن هذا الولي لا يعتبر غارا فلا يضمن ما ضاع من الزوج، وكذلك يرجع على الزوجة فقط إذا كان العيب مما لا يظهر إلا بعد الوطء¹⁴⁸ لاستواء الولي القريب مع الولي البعيد في عدم العلم بالعيب.

2 - غياب الزوجة عن مجلس العقد.

إذا زوج الولي القريب المرأة بغير حضورها رجع الزوج عليه دونها، لأنه دلس عليه وكتم العيب في مجلس العقد. و لا مكان لرجوع الولي عليها لأن من حجبها أن تقول : لو حضرت محل العقد ما كتمت عيبي.

و إن كان الولي القريب فقيرا أو معدما أو توفي فهل يرجع الزوج بالصداق على الزوجة؟

قال مالك: لا يرجع عليها، لم يكن عليها أن تخرج فتخبر بعيبيها ولا ترسل إليه. وقال مثله ابن القاسم.

قال ابن حبيب: إن وجب الرجوع على الولي وكان عديما والمرأة موسرة رجع عليها الزوج ولم ترجع هي به على الولي وإن أيسر.

وهذا القول الأخير هو الذي اختاره اللخمي ، والمعتمد قول مالك وابن القاسم في المذهب المالكي¹⁴⁹.

148 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 313 ط. دار الفكر.

149 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 287 ط. دار الفكر.

أما إذا كان الولي الذي عقد الزواج للمرأة بغير حضورها بعيدا عنها فكما لا يرجع الزوج عليه عند حضورها مجلس العقد لا يرجع عليه إن كانت غائبة عنه وإنما يرجع عليها فقط ، ويجوز له إذا تبين أن الولي البعيد يحتمل أن يكون عالما بالعيب أثناء العقد، أن يدعي علمه به وتدليسه له فإن أقر يرجع عليه بالصداق وإن أنكر، قال محمد يحلف فإن نكل حلف الزوج أنه علم وغره فإن نكل فلا شيء على الولي ولا على الزوجة فقد سقطت تبعاته عن المرأة بدعواه على الولي . وقال ابن حبيب : إن حلف الولي رجع على الزوجة وقد استصوبه اللخمي وذكر الشيخ الزرقاني أنه خلاف المذهب أي أن الولي البعيد إذا حلف للزوج أنه لم يعلم بالعيب حين العقد فلا يرجع الزوج على الزوجة لإقراره أن الولي هو الذي غره كما لا يرجع عليه في حلفه¹⁵⁰ .

المبحث الخامس:

الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

أجمع الجمهور على أن المرأة لا ترد بكل عيب في العرف ويرد به البيع بناء على أن العرف ليس كالشرط في عقد النكاح بخلاف البيع. وعليه فإذا شرط الزوج صراحة السلامة من كل عيب معين ثم يتبين بعد ذلك أن المرأة معيبة فالخيار ثابت له. أما إذا لم يشترط شيئا فلا يخول له الشرع حق الخيار لأنه مقصر في استعمال ما إذا كان بالزوجة عيوب وإذا ثبت هذا شرعا بالنسبة للاشتراط فهل يجوز رد المرأة بمجرد خلف الظن ؟

المطلب الأول :

الرد بخلف الظن.

1 - خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف.

إذا ظن الزوج أن من عقد عليها سليمة من كل العيوب فيخلف ظنه فيجدها معيبة بغير العيوب الشرعية المتقدمة من سواد أو قرع أو عمي أو كان يظنها عذراء فيجدها ثيبا وغير هذا مما يعد عيبا عرفا ، فلا يثبت له حق الخيار عند كافة الجمهور باستثناء

- حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 314 ط. دار الفكر 1978.

حالة زواج الحر الأمة كأن يظنها الحر مثله حرية فيخلف ظنه إذا يجدها مستترقة فله ردها بخلاف العبد مع الأمة لاستوائهما رقا، وهذا الاستثناء لم يعد له وجود بزوال نظام الرقيق من المجمع الحالي. وكذلك إذا غررت الكتابية بالمسلم كأن تقول له : أنا مسلمة فيتزوجها على هذا الأساس فله ردها ولا خيار له إن لم تغرر به بل كان يظنها مسلمة فيخلف ظنه فيجدها يهودية أو نصرانية فليس له ردها¹⁵¹.

2 - خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا.

إذا اعتقد الزوج أن زوجته قصيرة أو تصغره سنا فيخلف ظنه إذ يجدها طويلة أو تكبره سنا فلا خيار له مطلقا.

وخير مثال نبين به حالة خلف الظن فيما لا يعد عيبا ما رواه أبو هريرة من أن رجلا خطب امرأة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا¹⁵². يستفاد من هذا الحديث الشريف أن الرجل المذكور ينتمي إلى المهاجرين من أهل مكة ونسأؤهم لهن أعين واسعة بخلاف نساء الأنصار فأعينهن صغيرة فأمره رسول الله عندما خطب الأنصارية أن ينظر إلى عينيها حتى لا يظنها واسعتين فيصدم أو قد يطلب ردها عند وجودها على خلاف ظنه . فمن كانت حالته هذه لا خيار له لأنه شرع النظر إلى المخطوبة لتفادي مثل هذه الحالات .

المطلب الثاني :

الرد لتخلف الشرط.

إذا كان الفقهاء قد اقتصروا على ثبوت الخيار بالعيوب الشرعية المتقدمة دون غيرها فقد أفسحوا المجال للزوج ليشترط ما يشاء السلامة منه من العيوب التي تعارف المجتمع على تسميتها بهذا المصطلح ليترتب في حالة انتفاء الشرط حق الخيار.

151 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 281 ط. دار الفكر.

152 - صحيح مسلم باب النكاح رقم الحديث 74 ، ج 2 ، ص : 1040 ، ط. دار الفكر.

فإن لم يشترط الزوج شيئاً فلا يفضح الولي عيوب وليته بل يجب عليه أن يكتُم الخنا وهي الفواحش من السرقة والزنا ونحوهما ما لم يشترط الزوج السلامة منها ، ذلك أن الزواج مبني على المكارمة .

1 - صحة الشرط.

الشرط يأتي على صورتين: أن يصف الولي بحضرة الزوج أو وكيله أن وليته سليمة من العيب الفلاني أو من العيوب، وأن يدون الموثق صدور الشرط أثناء تحرير رسم النكاح.

أ - وصف الولي:

إذا وصف الولي أو وصف غيره في حضرته وسكت أن وليته عذراء أو أنها حسيية أو بيضاء ونحو ذلك والحال أنها ثيب أو مجهولة الأبوين أو سوداء ونحو ذلك فهل يعتبر شرطاً يثبت الخيار إذا وجدت الزوجة على خلافه أم لا ؟
رأى ابن القاسم أن وصف الولي لا يوجب الخيار وهو قول محمد سواء وصفها ابتداءً أو بعد سؤال الزوج.

قال عيسى : إن وصف الولي يوجب الخيار مطلقاً سواء وصف الواصف ابتداءً أو بعد سؤال الزوج. وبه أخذ اللخمي.
نقل ابن رشد أن الوصف إذا صدر ابتداءً اختلف فيه وإذا صدر بعد سؤال الزوج فيتفق على أنه شرط.

ويعتبر وصف الولي ابتداءً مبالغة في ثبوت الخيار به ولأن الولي كان عليه أن يلزم الصمت ويكتُم عيب وليته لزمه الشرط.

ب - كتابة الشرط :

إذا دون الموثق أن الزوج شرط خلو الزوجة من العيب الفلاني أو من كل عيب ثم وجدت على خلافه فله الخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردها .

أما إذا نازع الولي الزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك وأنكر الولي ولا بينة لواحد منهما فهل ما كتبه الموثق دليل على هذا الشرط؟ قال ابن أبي زيد : لا يكون ما كتبه الموثق دليلا على وجود الشرط لأن العادة جرت أن الموثق يلفق الكلام ويحمله ويذكر فيه ما ليس بمشترط وعدم الرد به هو الراجح في المذهب المالكي لأنه ظاهر المدونة إلا إذا ثبت أن الشرط ليس من تلفيق الموثق¹⁵³ .

رأي الباجي أنه إذا كتب الموثق شرط الصحة بلفظه ثم توجد الزوجة على خلافه فله الرد¹⁵⁴ .

إما إن كتب الموثق سليمة أو خالية من العيب الفلاني فيتفق على أنه شرط لكونه ليس من تلفيق الموثقين وبالتالي فإنه يثبت الخيار في حالة تخلفه.

المطلب الثالث : نموذج الشرط.

1 - اشتراط البكارة.

إذا اشترط الزوج بكارة الزوجة وثبت وقوع هذا الشرط أو كتيبه الموثق في وثيقة العقد ولم يعلم أنه من تلفيقه ، فإن قال أتزوج المرأة بشرط أنها عذراء فتوجد ثيبا فله ردها لأن العذراء هي التي لم تزل بكارتها بمزيل سواء بنكاح أو بغيره ، ولا حق له في ردها إذا علم أنها تزوجت وطلقت قبل الدخول ما دامت بكارتها لم تقتض.

وإذا قال : أتزوجها بشرط أنها بكر ، فإن ثبتت بنكاح ردها بالثبوت قطعاً وإن ثبتت بزنا أو أثناء ممارسة الرياضة من القفز والفروسية فلا يثبت له الخيار لأن معنى البكر عند الفقهاء هي التي لم توطء بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح .

أما إذا جرى العرف بمساواة البكر العذراء ووقع الشرط بأحدهما كما هو الشأن في المغرب ومصر فإن أحد الوصفين يغني عن الآخر.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 288 ط. دار الفكر

153

- حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 306 ط. دار الفكر 1978

154

وينبني عليها أن للزوج حق الخيار إذا وجدها ثيبا سواء بنكاح أو بغيره كما نقله البرزلي¹⁵⁵.

2 - النزاع حول توفر شرط البكارة.

إذا نشب نزاع حول وجود البكارة ، فقال الزوج : وجدتھا ثيبا وقالت الزوجة: بل وجدني بكرا فتصدق بيمينها قاله ابن القاسم وابن حبيب وروي مثله عن مالك . وقال سحنون إن ادعت أنها بكر وأزال بكارتها عرضت على النساء ؟؟ فإن قلن أن بها أثرا قريبا كان القول قولها وإن قلنا أن بها أثرا يبعد كونه منه كان القول قوله بيمين وحكى الشيخ بناني أن العمل جرى بفاس بقول سحنون هذا¹⁵⁶.

وإن امتنعت عن تمكين النساء من النظر إلى فرجها فهل تجبر على نظرن أم لا

؟

المشهور في المذهب المالكي أنه لا ينظرها النساء جبرا عليها لأنه حق للمرأة في عدم الاطلاع على عورتها ولما تقرر شرعا من حرمة النظر إلى العورة ومقابل المشهور قال سحنون : يجوز النظر للفرج للنساء لأجل الشهادة وتجبر المرأة على نظرن لأنه حرم النظر إلى العورة إذا لم يكن لنفع شرعي كالشهادة ومثله الطب وإلا جاز للضرورة. ومحل ما سبق ذكره إذا كانت الزوجة رشيدة أما إذا كانت سفيهة أو قاصرة ووجبت عليها حلف أبوها أو غيره من الأولياء ممن يخالطها ويعلم أمرها. وإن قيل كيف يحلف الأب ليستحق الغير ؟ مع أن الإنسان يحلف ليستحق هو لا ليستحق غيره. يجاب على هذا السؤال أنه أمر الأب بالحلف لأنه مقصر بعدم الإشهاد على أن وليته سالمة فالغرم متعلق به، فالحلف لرد الغرم عن نفسه لا لاستحقاق غيره¹⁵⁷.

155 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 347 ط. دار الفكر 1978

156 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 311 ط. دار الفكر. 1978

157 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 285 ط. دار الفكر.

قال مالك : من تزوج امرأة فإذا هي لغية ، أي لا تصلح للنكاح ، فإن شرط كونها نسبية فليردها وإلا لزمته فإن ردها فلا صداق عليه إن لم يكن بنى بها وإن بنى بها فعليه صداقه ويرجع به على من غره فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار¹⁵⁸ نلاحظ أن أحكام تخلف الشرط عند ثبوت وقوعه هي نفس أحكام ما تقدم في الكلام على الخيار بالعيوب الشرعية .

الخاتمة :

يعتبر هذا الجزء شامل لكل ما يتعلق بالموضوع إلا ما غاب عن علمي وكل ما تناولته له أصل في المراجع الموثوق بها ، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم عليه وعلى الصحابة والتابعين وتابعيهم إلى يوم الدين.

- حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج 3 ص 319 ط. دار الفكر. 1978.

الفهرس

مقدمة

القسم الأول : مقاييس أساسية

الفصل الأول :الخلو من الموانع الشرعية

المبحث الأول : مانع القرابة والمصاهرة والرضاع.

المطلب الأول : المحرمات بالنسب .

المطلب الثاني : المحرمات بالمصاهرة.

المطلب الثالث : المحرمات بالرضاع.

المبحث الثاني : مانع الجمع.

المطلب الأول: في الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو خالتها.

المطلب الثاني : في الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا لم يجر له نكاح

الأخرى.

المبحث الثالث : مانع الرق.

المطلب الأول : أحكام نكاح الحر الأمة

فرع أول : الطول

فرع ثان : الخوف من العنت

المطلب الثاني : العلة في تحفظ وتردد الفقهاء في نكاح الحر الأمة.

المبحث الرابع : في مانع الخطبة على الخطبة.

المطلب الأول : حكم خطبة الرجل على خطبة الرجل.

فرع أول : الركون .

فرع ثان : خطبة غير الفاسق

المبحث الخامس : مانع العدة.

المطلب الأول: أحكام من تزوج امرأة في عدتها.

- فرع أول : وقوع الفسخ قبل الدخول.
- فرع ثان : وقوع الفسخ بعد الدخول.
- المبحث السادس : مانع الدين .
- المطلب الأول : في أحكام زواج غير المسلمة.
- فرع أول : نكاح الكافرة أو المشركة.
- فرع ثان : نكاح الكتابية.
- أ - المقصود بأهل الكتاب.
- فرع ثالث: زواج المجوسية.
- المطلب الثاني: في أحكام الزوج الزوجة لاختلاف العقيدة
- المبحث السابع : مانع الزنا
- المطلب الأول: في أحكام زواج الزانية.
- فرع أول : التوبة
- فارغ ثان : الاستبراء
- أ - حكم من تزوج امرأة في مدة استبرائها من الزنا.
- المطلب الثاني: في أحكام الزوجة التي ظهر منها الزنا .
- فرع أول : المقياس المعتبر شرعا في معرفة ظهور الزنا من المرأة .
- المطلب الثالث : اللعان.
- المبحث الثامن : مانع الإحرام .
- المطلب الأول : أحكام زواج المرأة في حالة الإحرام

القسم الثاني : مقاييس مكملة

المبحث الأول : الولود

المطلب الأول : استحباب نكاح الولود.

المطلب الثاني : في الرد على من يفضل العاقر على الولود.

المبحث الثاني : البكر.

المطلب الأول : فيس استحباب نكاح الأبيكار.

المطلب الثاني : مزية البكر على الثيب.

المبحث الثالث : التدين والصلاح .

المطلب الأول : في الحث على نكاح الصالحات.

المطلب الثاني: استحباب اختيار المتدينة ووجوب تقديم ذات الدين.

المبحث الرابع : الجمال والحسب .

المطلب الأول : استحباب نكاح الجميلة.

المطلب الثاني : استحباب نكاح الحسبية .

الفصل الثاني: السلامة من العيوب

المبحث الأول : العيوب الشرعية.

المطلب الأول: في عيوب البدن.

علة الاقتصار على هذه العيوب.

المطلب الثاني: عيوب الفرج.

علة في الاقتصار على هذه العيوب:

الفصل الثالث: الخيار بالعيوب

المبحث الأول: مشروعية الخيار بالعيوب .

المطلب الأول: هل يجوز الرد بالعيوب في الجملة؟

المطلب الثاني: ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

المبحث الثاني: موجب الخيار.

المطلب الأول: شروط ثبوت الخيار.

1 - عدم سبق العلم.

2 - عدم الرضا بعد العلم بموجب الخيار.

المطلب الثاني: صفة الشخص الذي يمارس حق الخيار.

المطلب الثالث: الادعاء لا يسقوط الخيار.

المبحث الثالث: أحكام الرد.

المطلب الأول: وجود العيب قبل العقد أو أثناءه.

1 - بالنسبة لعيوب البدن.

2 - بالنسبة لعيوب الفرج.

المطلب الثاني: حدوث العيب بعد العقد.

المبحث الرابع: آثار الرد.

المطلب الأول العلم بالعيب قبل الدخول.

المطلب الثاني: العلم بالعيب بعد الدخول.

1 - حضور المرأة مجلس العقد مع وليها.

2 - غياب الزوجة عن مجلس العقد.

المبحث الخامس: الخيار عند تخلف الشرط أو الظن.

المطلب الأول: الرد بخلف الظن.

1 - خلف الظن فيما يعد عيبا في العرف.

2 - خلف الظن فيما لا يعد عيبا عرفا.

المطلب الثاني: الرد لتخلف الشرط.

1 - صحة الشرط.

المطلب الثالث: نموذج الشرط.

1 - اشتراط البكارة.

2 - النزاع حول توفر شرط البكارة.

الخاتمة

قائمة المراجع

مراجع أساسية

- نيل الأوطار بلشوكاني .
- المحلى لابن حزم .
- المغني لابن قدامة.
- بداية المجتهد ، ابن رشد .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير.
- مواهب الجليل على مختصر خليل ، الحطاب وبهامشه.
- التاج والإكليل على مختصر خليل ، للمواق.
- حاشية الشيخ بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل.
- القرآن الكريم .

مراجع مكملّة

- محاسن الإسلام: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان البخاري.
- صحيح مسلم
- صحيح البخاري
- القوانين الفقهية لابن جزي
- فتح الباري على صحيح البخاري للحفاظ
- تفسير الجلالين المحلي والسيوطي
- مراتب الإجماع لان حزم .
- الحج المبرور لأبي بكر جابر الجزائري.
- المعجم الحديث لخليل الجر.

مؤلف

الأساسيات و الضروريات

المجلد الأول
الدين
الجزء الثالث

أحكام الطلاق

إعداد : مصطفى علاوي

المقدمة:

يعتبر موضوع أحكام الطلاق الرجعي أهم موضوعات الطلاق يستغرق أحكام الطلاق البائن.

وأبدأ بحول الله بتناول الموضوع في ثلاثة فصول كالتالي:

الفصل الأول: تحت عنوان الطلاق الرجعي، تعريفه، مشروعيته، أقسامه ومواضعه.

الفصل الثاني: تحت عنوان أركان الطلاق الرجعي

الفصل الثالث: تحت عنوان آثار الطلاق الرجعي.

تمشيا مع نهج الفقهاء الأجلاء في بحثهم الموضوع وأخذاً بمواد نصوص مدونة الأسرة المغربية السارية ، اكتفيت في جله بما وصل إليه الفقه المالكي من اجتهاد في المادة ولا حرج بالأخذ بأي من الأقوال إذا استحسنته القارئ ما دام له أصل في الفقه الإسلامي وتأكد من توثيقه.

وتحرير التوثيق إذ كل صفحة من هذا البحث يثبت في هامشها المرجع المعتمد في بحثه حتى لا أقول برأي سبق إليه غيري فأحاسب عليه .

ومن اجتهد فأصاب فله أجران ومن أخطأ فله أجر واحد كما ورد نحوه في الحديث والله ولي التوفيق.

الفصل الأول :

الطلاق الرجعي، تعريفه ، مشروعيته ، أقسامه ومواضعه .

المبحث الأول:

تعريف الطلاق الرجعي.

الطلاق لغة الإرسال وإزالة القيد كيف كان يقال أطلقت الناقة للمرعى أرسلتها إليها وأطلقت المسجون أي أزلت القيد منه، وإزالة القيد كما يكون حسيا كالمثاليين السابقين يكون معنويا كالعصمة.

وشرعا إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ مع نية¹⁵⁹ وعرفه ابن عرفة بقوله : " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزواجه موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج " ، جاء في البهجة ما يلي : قوله صفة جنس وقوله حكمية أخرج به الصفات الحسية لأن الطلاق معنى تقديري اعتباري يقدره الشرع والعقل ويعتبره لا حسي ، وخرج حلية متعة الزوج بزواجه الطهارة والقضاء ونحوهما وقوله حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المتعلق بهما وهي الحلية، ويقول بزوجته حلية المتعة بغيرها كالأمة ، ويقول موجب تكررها إلى آخره رفع الحلية بها بالدخول في الإحرام بالحج أو العمرة أو بالدخول في الاعتكاف أو الصلاة ونحو ذلك ، فقوله موجب بالرفع صفة للصفة جرت على غير من هي له ، وفي بعض

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 349.

النسخ بالنصب على الحال من صفة أو من ضمير " ترفع " ¹⁶⁰ يشير قوله مرتين للحر أن الزوج أن يطلق طلاقاً واحدة أو اثنتين أما الثالثة فتحرم عليه مطلقته قبل زوج قال الله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " ¹⁶¹ وأما العبد فله أن يطلق واحدة فتحرم عليه مطلقته إن طلق ثانية وهو ما درج عليه الفقهاء من كون العبد له نصف ما للحر وقد حسم هذا الوضع حالياً بصدور منشور من الصدر الأعظم بتاريخ 15 ربيع الأول عام 1342 الموافق 26 أكتوبر 1923 الذي منع نظام الرق وأمر بتسريح من بقي من العبيد في أغلال الرق ¹⁶² وقد اعتادت البحوث نقل التفرقة لأنها هي الموافقة لطريقة النقل ولكون ما نغترف منه هو من اجتهاد فقهاء أجلاء كان نظام العبيد سارياً في عهدهم ولا بأس به إذ ما من بحث إلا ويشير إلى عبارة لم يبق به عمل.

ولما كانت الرجعة أهم ما يميز الطلاق الرجعي عن غيره ارتأيت تناول تعريفه تحت هذا العنوان ففي البهجة : الرجعة بكسر الراء في استعمال الفقهاء وفي اللغة بالفتح والكسر قال ابن عرفة : " هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة بطلاقها " فتخرج المراجعة لأن الرجعة من الطلاق والرجعي والمراجعة من البائن ولذلك يعبرون فيها بالمفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين في الغالب وأدخل بقوله أو الحاكم صورة ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يرتجعها عليه جبراً عليه ويجوز بها الوطء كما في قول صاحب التحفة.

وموقع الطلاق دون طهر يمنع مع رجوعه بالقهر

وخرج بقوله حرمة إلى آخره رفع الحلية فإنه نفس الطلاق كما مر وبقوله بطلاقها : المتعلق بحرمة رفع الظهار بالتكفير ¹⁶³.

¹⁶⁰ البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي الجزء الأول ص : 628.

¹⁶¹ - سورة البقرة ، آية 229.

¹⁶² - مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية للدكتور الغازي الحسيني ص : 15.

¹⁶³ - البهجة في شرح التحفة

وعرف غيره الرجعة فقال : هو عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد والرجعة غير المراجعة لتوقف ذلك على رضى الزوجين لأن المفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين¹⁶⁴ وعرفت مدونة الأسرة المغربية الطلاق بقولها في المادة 78 ما يلي : " الطلاق هو حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة .

والطلاق على نوعين طلاق رجعي وهو موضوع البحث وطلاق بائن ، فالطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج المطلق حق رجعة مطلقة ما لم تنقض عدتها ولا يفترق في ارتجاعه إلى صداق جديد ولا لإذن من الزوجة والولي ولا إلى معرفة الفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن باتفاق العلماء لأن الرجعية زوجة ما دامت في العدة إلا في حرمة الاستمتاع بها بدون رجعة غير أنه يجوز الاستمتاع بها بنية الرجعة، وإذا ارتجعها بصداق جديد جهلا منه رجوع به عليها¹⁶⁵ .

" أما في حالة إيقاع الطلاق " البائن فإن المطلقة تبين من زوجها المطلق ساعة الطلاق ولا يملك رجعتها إلا بعقد جديد بإذنها وصداق وولي¹⁶⁶ .

وحق الرجعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه قال خليل لا إن " شرط نفي الرجعة بلا عوض " قال شراحه فيستمر رجعيًا ولا تبين وشرط مبني للمجهول فيشمل شرطها وشرطه مثل ذلك ما لو قال لها أنت طالق طلاق لا رجعة فيها أو لا رجعة بعدها فهي رجعية¹⁶⁷ .

المبحث الثاني :

164 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المجلد الثاني ، صفحة ، 415،

165 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام صفحة 101.

166 . القوانين الفقهية لابن جزي صفحة 155.

167 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 صفحة 352

مشروعية الطلاق الرجعي:

الأصل في الطلاق الجواز ومنه الطلاق الرجعي بصريح القرآن¹⁶⁸ وفي السنة ورد الحديث نصه : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " فهل يعارض هذا الحديث إباحة الطلاق قال الخطابي تنصرف الكراهة هنا إلى السبب الجالب للطلاق وهو سوء العشرة وقلة الموافقة لأن الطلاق مباح وعن علي رضي الله عنه : " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش " فإن قيل كيف يكون أبغض الحلال إلى الله الطلاق مع أن الله أباحه وأجيب بجوابين أحدهما أن البغض مصروف للسبب الجالب للطلاق كما مر .
وثانيهما لابن عرفة أن المعنى أقرب الحلال إلى الله بغض الله الطلاق فنقيضه أبعد عن بغض الله فيكون أحل من الطلاق أي فيكون تركه عند الله أولى وأرجح.

وقد يعتريه الوجوب كما إذا فسد ما بين الزوجين ولا يسلم دينه معها، والحرمة إذا خيف من إيقاعه وقوع كبيرة من قبيل الزنا المحظور شرعا، والكراهة إن كان كل منهما قائما بحق الآخر ، والاستحباب إن كانت غير صينة أي أهملت حق الرجل على زوجته وهو صيانة الزوجة نفسها وإحصانها الذي تنص عليه المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية ما لم تتبعها نفسه وإلا جاز له إمساكها¹⁶⁹.

ودليل ثبوت حق الرجعة للزوج في الطلاق الرجعي قوله تعالى : " ويعولتهم أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " قال المفسرون : لا إضرار المرأة وهو تحريض على قصده لا شرط لجواز الرجعة وهذا في الطلاق الرجعي وأحق لا تفضيل فيه إذ لا حق لغيرهم في نكاحهن في العدة¹⁷⁰. فللزوج إرجاع مطلقته مدة العدة بدون رضاها ولا علمها

168 . سورة البقرة الآيات 227 و 228 و 229 و 230 و 231 و 232.

169 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ، صفحة 630.

170 . تفسير الإمامين المحلي والسيوطي ، ص : 30.

ولا الإشهاد على الرجعة وإن كان الإشهاد مستحباً خشية إنكار الزوجة فيما بعد أنه راجعها¹⁷¹.

المبحث الثالث:

أقسام الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي شأنه شأن الطلاق البائن ينقسم إلى قسمين : طلاق سني وطلاق بدعي فالسني ما أذنت فيها السنة والشرع لا أنها سنة¹⁷². وإنما تكون الطلقة سنية إذا روعيت فيها شروط أوردها ابن جزى في كتابه القوانين فقال : فالطلاق السني ما اجتمعت فيه أربعة شروط وهي :

- (1) أن تكون المرأة طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفاقاً.
 - (2) أن يكون زوجها لم يمسه في ذلك الطهر اتفاقاً
 - (3) أن تكون الطلقة واحدة خلافاً للشافعي .
 - (4) أن لا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي العدة خلافاً لأبي حنيفة¹⁷³
- وجمع ناظم التحفة هذه الشروط في قوله :

من الطلاق الطلقة السنية	إن حصلت شروطها المرعية
وهي الوقوع حال طهر واحد	من غير مس وارتداف زائده
من ذاك بائن ومنه رجعي	وما عدا السني فهو بدعي

قال الإمام التسولي : وزاد في التلقين شرطين آخرين : أن لا يكون في طهر تال طلق فيه و أجبر على الرجعة ، و أن تكون المرأة ممن تحيض لا يائسة أو صغيرة ، و

¹⁷¹ . القوانين الفقهية لابن جزى ، ص 155 ،

¹⁷² . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ص : 629 لمؤلفه الشيخ التاودي.

¹⁷³ . القوانين الفقهية لابن جزى ، ص 150.

يغني عن الثاني قوله حال طهر لأن الطهر ما تقدمته حيضة وتأخرت عنه أخرى وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة وحينئذ فإن توفرت هذه الشروط الخمسة أو الستة كان الطلاق سنيا¹⁷⁴.

ويجوز طلاق من لا تحيض في كل وقت¹⁷⁵ ولا ينطبق عليها التقسيم السابق. وعليه والسني ما استوفى الشروط السابقة ولو حرم وما لم يستوفها فبدعي ولو وجب كمن لم يقدر على القيام بحقها من نفقة أو وطء وتضررت ولم ترض بالمقام معه¹⁷⁶.

إذا كان الطلاق السني ما أوقعه الزوج على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه و البدعي هو ما اختل شرط من الشروط المذكورة أو أكثر فما هي الأحكام التي تعتري الطلاق الرجعي الذي يوصف بالبدعي؟

البدعي إما مكروه أو حرام ، فهو مكروه في الحالات التالية:

أ . إذا طلق في طهر مس فيه .

ب . إذا طلق أكثر من واحدة في طهر لم يمس فيه وأولى إذا طلق في طهر مسها

فيه.

ج . من أردف في العدة أي طلق واحدة في طهر لم يمسها فيه لكنه أردف عليها

في العدة طلقة أخرى.

وهو حرام في الحالتين التاليتين :

أ . إذا طلق قبل الغسل من الحيض.

ب . إذا طلق في زمن الحيض وكذا النفاس.

174 . البهجة في شرح التحفة للشيخ التسولي ، ج 1 ص : 629

175 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

176 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 361،

حالات الكراهة المذكورة لا يجبر فيها المطلق على الرجعة إن كان الطلاق رجعياً وأولى إن كان بائناً أو مكملًا للثلاث ، قال خليل : " طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلا بدعي وكره في غير الحيض ولم يجبر على الرجعة " ويلحق به من طلق قبل الغسل من الحيض قال خليل : " كقبل الغسل منه أو التيمم الجائر " قال شراحه وشبهه في عدم الجبر فقط قوله كقبل الغسل منه أي من الحيض لا في عدم الجبر والكراهة لأن مذهب المدونة الحرمة وإن كان لا يجبر فيه على الرجعة وهو المعتمد خلافاً لمن قال بالكراهة ومذهب المدونة هو الراجح . ومحل المنع إذا طلقها قبل الغسل من الحيض وبعد أن رأت علامة الطهر أو طلقها قبل التيمم الذي يجوز به الوطء بعد رؤية علامة الطهر لأجل مرض أو عدم ماء ، فقد أعطيت تلك المرأة التي رأت علامة الطهر ولم تغتسل حكم الحائض من حيث منع الطلاق وحكم الطاهر من حيث عدم الجبر على الرجعة ¹⁷⁷ .

أما من طلق في زمن الحيض أو النفاس فيجبر على الرجعة إن كان الطلاق رجعياً ولا إجبار في الطلاق البائن ¹⁷⁸ .

ومن أجبر على الرجعة فراجع مطلقته فإن عليه أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى ثم تطهر منها فإذا دخلت في الطهر الثاني فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها ويحسب الطلاق الأول عند الجمهور فإنه نافذ فتكونان طلقتين ¹⁷⁹ وإن كان لا يجبر على الرجعة أن طلق في طهر تال لحيض وأجبر فيه على الرجعة.

والمرأة مصدقة في دعوى الحيض في ذلك ¹⁸⁰ ولا ينظرنها النساء وهو المعتمد خلافاً لابن يونس ¹⁸¹ وإن حصل إن طلقها زوجها والحال أن دم الحيض انقطع عنها قبل

177 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 361 ،

178 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150 .

179 . المرجع السابق .

180 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150 .

181 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 364 ،

تمام عاداتها وطهرت منه ثم عاودها الدم قبل طهر تام حين إيقاع الطلاق فإن الزوج يجبر على الرجعة وإن كان طلاقه وقع في طهر لأنه لما كان الدم العائد بعد ذلك الطهر يضاف للدم قبله لعوده قبل تمام الطهر نزل منزلة دم واحد ونزل منزلة الطهر بينهما كلا طهر وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمان وأبو عمران الفاسي وصوبه ابن يونس وأشار الشيخ خليل له بقوله وأجبر على الرجعة ولو لمعاداة الدم وأضاف : "وإلا حسن عدمه " قال شارحه وإلا حسن عند الباجي عدمه أي عدم الجبر لأنه طلق حال الطهر.

وحقيقة الإجبار أن يأمره الحاكم بارتجاعها فإن امتثل فظاهر وإلا ارتجع الحاكم - القاضي - بأن يقول ارتجعت لك زوجتك وجاز الوطاء به ولو لم ينوها الزوج لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته¹⁸².

والجبر يستمر زمن العدة فإذا غفل عنه حين الطلاق في الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها ما بقي شيء من العدة هذا الذي ذكره شراح خليل وقالوا أنه هو المذهب وقال أشهب يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام أباح في هذه الحالة طلاقها فلم يكن للإجبار معنى¹⁸³.

قال خليل : " وجاز الوطاء به والتوارث والأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر " قال شارحه إنما أمر بعدم طلاقها في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلق فيه لأن الارتجاع جعل للصلح وهو لا يكون إلا بالوطء وبالوطء يكره الطلاق، وعلة منع الطلاق في زمن الحيض هو الخوف من تطويل العدة على المطلقة فهي في أيام الحيض ليست زوجة ولا معتدة وقيل هو تعبدى أي شرع من غير تعليل.

وإذا نازعت الزوجة المطلقة زوجها المطلق في إيقاعه الطلاق الرجعي في حال طهر فقالت: طلقني في حال حيض وقال الزوج طلقته في حال طهرها فلا يخلو الأمر

. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 362.

نفس المرجع . .

إما أن يترافعا إلى القضاء وهي حائض فحينئذ تصدق بيمين على الظاهر لدعواها عليه العداء والأصل عدمه فتحلف لمخالفتها الأصل ولا ينظرنا النساء لأنها مؤتمنة على فرجها خلافا لما في طرر ابن عات من أن النساء ينظرن لمحل الدم من فرجها ولا تكلف بإثبات ذلك ولا أن ينظرن الطبيبات من النساء إلى فرجها خلافا لما رجحه ابن يونس . فيترتب على حلفها إجبار الزوج على الرجعة . قال خليل " وصدقت أنها حائض ورجح إدخال خرقة وينظرنها النساء ."

وأما أن يترافعا وهي طاهر قول الزوج بيمينه فلا يجبر حينئذ على الرجعة.

المبحث الرابع :

مواضع الطلاق الرجعي :

تناولت مدونة الأسرة المغربية حالات الطلاق الرجعي ومواضعه في المادتين 123 و 124 ونقسم بحث هذه المواضع في ثلاث فروع : طلاق المدخول بها وطلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة.

الفرع الأول :

طلاق المدخول بها.

نصت المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

وبناء على هذه المادة يستثنى من كل طلاق يوقعه الزوج ويوصف بالرجعي، المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء وبالاتفاق والخلع والمملك ويقع في جميع هذه الحالات المستثناة طلاقا بائنا ، فما هي المدخول بها ؟

المدخول بها هي التي دخل بها زوجها دخولا شرعيا ، والدخول هو الباء والمراد به خلوة الاهتداء أي بعد أن يخلو الزوج بزوجته خلوة اهتداء بأن سبقت إليه وأرعى الستر عليها وخلا بينه وبينها¹⁸⁴.

فإذا خلى الزوج بزوجته خلوة يمكنه الوطء فيها وإن لم يكن هناك سترولا غلق باب ثم طلقها فادعت هي المسيس وأنكر هو ذلك فإن القول للزوجة بيمينها للعرف إذ قال أن يفارقها بدون وطء وتستحق جميع مهرها الحال أو ما حل منه عند حلفها والمؤجل تستحقه عند حلول أجله سواء كانت الزوجة رشيدة أم سفيهة تلبست بمانع شرعي وقت الخلوة كحيض أم لا.

ولا ينظرنها النساء إن كانت بكرا وقيل ينظرنها وبه العمل، فإن وجدنها مفتضة فقولها بيمين أيضا فإن وجدنها بكرا فقولها بيمين وإن اتفقها على نفي الوطء فيعمل على قولهما¹⁸⁵.

وبالنسبة للعدة ونفي الولد فلا يعمل على قولهما إذ العدة تجب بمجرد الخلوة والولد لا ينتفي إذا أتت به لستة أشهر من يوم الخلوة إلا بلعان ، فإن نكلت في الصورة المتقدمة عن اليمين حلف هو ويغرم نصف الصداق وإن نكل هو أيضا غرم جميع الصداق.

وأما إذا كان لا يتصور منه الوطء فلا تثبت الخلوة بالدخول ويصبح الطلاق بائنا لأنه طلاق غير المدخول بها.

وإن كانت الخلوة ليست خلوة اهتداء والمعبر عنها بالبناء وإنما هي خلوة زيارة ففي ذلك تفصيل.

فإن زارته في بيته وادعت المسيس صدقت بيمينها وإن زارها أو كانا زائرين في بيت لغيرهما وادعت المسيس وأنكر هو فقولها بيمي لأن الرجل ينشط في بيته دون بيت

184 . حلّى المعاصم لفكر ابن عاصم للشيخ التاودي ج 1 ص : 693.

185 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام لمؤلفه محمد بن يوسف الكافي صفحة 108.

غيره. وقيل لا ينظر لهذا التفصيل بل القول للزوجة مطلقا والتفصيل الأول هو الذي يؤيده العرف.

قال صاحب التحفة :

والزوج إن طلق من بعد البناء	ولا دعاء الوطء رد معلنا
فالقول للزوجة وتستحق	بعد اليمين مهرها الذي يحق
وان يكن منها نكول بالقسم	عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نكلا	وان يكن لا لابتناء قد خلا
فالقول قول زائر وقيل بل	لزوجته وما عليه من عمل ¹⁸⁶

فإذا لم يثبت الدخول كان الطلاق بائنا لأنه وقع قبل الدخول والطلاق قبل الدخول مستثنى من وصف الطلاق الذي يوقعه الزوج بأنه رجعي فما هي باقي الاستثناءات ؟

أولا : الطلاق المكمل للثلاث.

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا ويمنع من تجديد العقد على الزوجة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا دخولا شرعيا.

ودليل حرمة المبتوتة وهي التي صادق طلاقها الثلاث قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » سورة البقرة أية 230 قال ابن جزى تنفذ الثلاث سواء طلقها واحدة بعد واحدة اتفاقا أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور خلافا للظاهرية .

أما مدونة الأسرة المغربية فنصت في المادة 91 على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا.

جاء في كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي : أن الزائد على الواحدة مكروه مطلقا وقال اللخمي إيقاع اثنتين مكروه وثلاثة ممنوع ونحوه في المقدمات واللباب

¹⁸⁶ . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 109.

وعبر في المدونة بالكراهة لكن قال الرجراجي مراده التحريم . ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها وحكى في الارتشاف عن بعض المبتدعة أنه إنما يلزم واحدة ونقل أبو الحسن عن ابن العربي ما يفيد لزوم الثلاث بلفظ واحد وقد اشتهر هذا القول عن ابن تيمية وبعض الفسقة نسبه للإمام أشهب لأجل أن يضل به الناس وقد كذب وافترى على هذا الإمام لما علمت من أن ابن عبد البر وهو الإمام المحيط قد نقل الإجماع على لزوم الثلاث وإن صاحب الارتشاف نقل لزوم الواحدة عن بعض المبتدعة¹⁸⁷.

ولا يلاحظ على اختيار المدونة الرأي المخالف للجمهور ما دام له أصل داخل المذهب وخارجه، فللمشرع أن يأخذ برأي ولو شاذ لموافقته الضرورة العصرية لأن له الولاية العامة والذي يعيبه هو الأخذ بقول لم يقل به أحد من المجتهدين المخلصين .
فما أوقعه الزوج من واحدة أو اثنتين معدود عليه إن قضى الله بتجديد النكاح بينهما ولو تزوجها أجنبي قبل تجديد هذا النكاح بينهما لأن نكاح الأجنبي لا يهدم ما دون الثلاث في حين يهدم الثلاث فيملك ثلاثا جديدة.

فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها بقيت له فيه طلقتان فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها بقيت له فيه طلقة فإن طلقها لا تحل له إلا بعد زوج هذا مذهب الجمهور، ومذهب طائفة من أهل العلم إلى أن نكاح الأجنبي يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث¹⁸⁸ وبه قال أبو حنيفة¹⁸⁹.

ثانيا : طلاق الخلع :

187 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 362.

188 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 120.

189 . القوانين الفقهية صفحة : 151.

الخلع هو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع ويجوز الخلع على المشهور وقال ابن القصار يكره¹⁹⁰ .

قال ابن جزى : هو جائز عند الجمهور ومعناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع بذلك طلاقه بئنة. ولا يجوز الخلع إلا بثلاثة شروط :

- (1) أن يكون المبذول للرجل مما يصح تملكه وبيعه تحرزا من الخمر والخنزير وشبه ذلك ويجوز بالمجهول والغرر خلافا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .
- (2) أن لا يجر إلى ما لا يجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التعجيل وشبه ذلك .
- (3) أن يكون خلع المرأة اختيارا وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها¹⁹¹ .

وعليه فإذا اختل شرط مما سبق نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع. قال خليل : " وبانت ولو بلا عوض نص عليه " قال شراحه ممزوجا بكلامه : وبانت الزوجة منه حيث وقع بعوض ولو بلا عوض أن نص عليه أي على لفظ الخلع ولو نص على الرجعة فلا يقع إلا بئنا.

وفي حالة ما إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وأثناء العدة من هذا الطلاق أعطت المطلقة مطلقها مالا في مقابل عدم الرجعة فقبل ذلك فتيين منه بحيث تقع عليه طلاقه أخرى بئنة بقبوله المال على عدم الرجعة وهو قول مالك وابن القاسم¹⁹² . ولأن محل الطلاق المرأة المعتدة من طلاق رجعي.

190 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351.

191 . القوانين الفقهية صفحة : 154.

192 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351.

قال خليل " كإعطاء مال في العدة على نفيها" قال شارحه ذلك لأن عدم الارتجاع الذي قبل المال لأجله ملزوم للطلاق البائن ومتى حصل الملزوم حصل اللازم وهو الطلاق البائن فالطلاق الذي أنشأه الآن وقبول المال غير الطلاق الذي حصل منه أولاً إذ الحاصل منه أولاً رجعي وهذا الذي أنشأه بقبول المال بائن ، وعن ابن وهب أنها تبين بالأولى فتتقلب الأولى بائناً، قال أشهب لا يلزم بقبول الماء شيء وله الرجعة ويرد لها مالها وكلا القولين ضعيف والمعتمد قول ابن القاسم ومالك.

قال الشيخ محمد عليش : إن قلت هو ظاهر أن وقع القبول باللفظ بأن قال قبلت هذا المال على عدم الرجعة وأما إن وقع القبول بغير اللفظ بأن أخذ المال وسكت فهو مشكل إذ كيف يقع الطلاق بغير اللفظ وقد يجاب بأن ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على القبول كالسكوت منزل منزلة اللفظ¹⁹³. وقد اختارت مدونة الأسرة المغربية عدم لزوم الطلاق بغير اللفظ المفهم له فينتفي الإشكال¹⁹⁴.

ثالثاً : الطلاق المملك.

التملك هو أن يملك الزوج زوجته أمر نفسها ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلاقة واحدة¹⁹⁵ في إطار تطبيق مدونة الأسرة المغربية لأنها تملك ما يملكه زوجها وهو لا يملك إلا إيقاع واحدة في وقت واحد وفاقد الشيء لا يعطيه .

قال ابن سلمون : وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء فيكتب فيه عقد طلق فلان زوجته فلانة بعد البناء بها طلاقة واحدة ملكها أمرها بها دونه وأشهد بذلك في كذا . ثم قال وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة واختلف فيه على ثلاثة أقوال فقيل طلاقة رجعية كمن قال أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها وهو قول

193 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 351

194 . المادة 37 من مدونة الأسرة المغربية

195 . القوانين الفقهية صفحة : 155

مطرف وأشهب وقيل أنها تكون البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائة فإنها الثلاث وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب . وهذا القول لا مجال لوروده في ظل مدونة الأسرة المغربية لحسمها في الطلاق الثلاث بلفظ واحد . وقيل أنها طلقة واحدة بائة قاله ابن القاسم وحكاه القاضي عن مالك وبه القضاء¹⁹⁶ .

ورجح القرافي أن طلاق التملك فيه الرجعة ، واختارت مدونة الأسرة المغربية ما به القضاء وهو أن الطلاق المملك طلاق بائن .

ويظهر قبول المرأة للتملك بالقول أو بالفعل أما القول فهو أن توقع الطلاق بلفظها كأن تقول : طلقت نفسها عليه طلقة واحدة بائة مملكة¹⁹⁷ . وأما الفعل فهو أن تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها أو غير ذلك فإن ظهر منها ما يدل على خلاف ذلك من قول أو فعل سقط تملكها وإن سكنت ولم يظهر منها قول أو فعل لم يبطل تملكها حتى يوقفها القاضي أو تتركه يطأها وروي عن مالك أنه يبطل إن افترقا من المجلس وفاقا للشافعي وليس للزوج أن يعزل زوجته مما ملكها من الطلاق وقال الشافعي له ذلك¹⁹⁸ .

الفرع الثاني :

طلاق المولي .

الإيلاء لغة اليمين يقال آلي يولي وائتلى قال الله تعالى : " ولا يأتل أولوا الفضل منكم¹⁹⁹ وشرعا حلف الزوج المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر كوالله

196 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ص : 637 .

197 . الوثائق الفاسية لمحمد أحمد بناني ، ص : 16 .

198 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 155 .

199 . سورة النور ، الآية : 22 ،

لا أطوك²⁰⁰. قال ابن عرفة : " هو حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه " فقله على ترك وطء زوجته أخرج به ما إذا حلف على غير ترك الوطء أو على ترك وطء غير الزوجة من أجنبية وفي المعيار لا يلزم الإيلاء في الأجنبية ويلزمه الظهار فيها . إذا قال لأجنبية : والله لا أطوك وأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه الإيلاء لأنها يمين لا يشترط فيها ملك المحلوف عليه دون الظهار لأن من شرطه الزوجية إلا أن يريد أن تزوجتك فيلزمه معا وبه قال القرافي في ذخيرته . وقوله يوجب خيارها أخرج به الحلف على ترك الوطء الذي لا يوجب لها خيارا كحلفه على تركه أربعة أشهر فدون أو كون الزوج لا يتصور منه الوطء كالعنين والمحبوب أو كون الزوجة مرضعة أو صغيرة لا يوطأ مثلها ونحو ذلك فحلف الزوج المحبوب أو ذو الزوجة المرضعة على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لا يوجب للزوجة خيارا لكونه لم يقصد بذلك ضررا²⁰¹ .

لقيام الإيلاء يجب توفر أربعة أركان هي :

(1) المحلوف به : هو الله تعالى وصفاته وكل يمين يلزم عنها حكم كالطلاق والصيام وغير ذلك ، وقال الشافعي إنما الإيلاء بالله وصفاته خاصة ومن ترك الوطء بغير يمين لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار .

(2) الحالف : هو كل زوج مسلم بالغ عاقل يتصور منه الوقاع صحيحا كان أو مريضا بخلاف الخصي والمحبوب ويصح الإيلاء عن الزوجة وعن المطلقة الرجعية وليس على الشيخ الفاني إيلاء .

(3) المحلوف عليه : هو الجماع بكل ألفاظ يقتضي ذلك كقوله لا جامعتك و لا اغتسلت منك ولا دنوت منك فقله الأول يمين صريحة في ترك الوطء ومثله قوله الثاني المكنى بها عن ترك الوطء أو قال لا ألتقي معك فهذا هو المولي .

200 . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ، ص : 605 .

201 . البهجة في شرح التحفة ، ج : 1 ، ص : 605 .

(4) المدة : هي ما زاد على أربعة أشهر بمدة مؤثرة فلو حلف على ثلاثة أشهر أو أربعة لم يكن مواليا . وقال أبو حنيفة أربعة أشهر وقال قوم مدة قليلة أو كثيرة .

فإذا توفرت الأركان السابقة في الإيلاء أمهل المولي أربعة أشهر من يوم حلف فإن لم يطأ زوجته رفعته إلى القاضي إن شاءت فيأمره بالفيأة إلى الوطء فإن أبى طلق القاضي عليه وإن قال أفئ لم يعجل عليه بالطلاق واختبره مرة ثانية إن تبين كذبه عليه ولا تحصل الفيئة إلا بمغيب الحفشة في القبل إن كانت ثيبا والافتضاض إن كانت بكرا.

وإن قال وطئت وأنكرت فالقول قوله، وقال أبو حنيفة إذا انقضت الأشهر الأربع وقع الطلاق دون حكم . والطلاق في الإيلاء رجعي وقال أبو حنيفة بائن²⁰².

إنما ضرب له الأجل لعله يفيء ويرجع لما اجتنبه وهو الوطء في الأجل ولو كانت يمينه محتملة لاكثر أو أقل كقوله والله أطوك حتى يقدم زيد مثلا ، فإن فاء انحلت يمينه وتلزمه كفارة يمين إن حلف بالله وإن لم يفئ طلق عليه كما سبق بيانه. وإن كانت يمينه منعقدة على غير ترك الوطء كقوله إن لم أدخل الدار مثلا فزوجته طالق أو عليه الطلاق ليضرين زيدا فالأجل في ذلك ليس أربعة أشهر فأزيد من يوم الحلف بل يحسب من يوم ترفعه امرأته إلى القضاء لكون يمينه منعقدة على حنث، فيكف عن الوطء حتى يبر.²⁰³

ولو قال الزوج لزوجته إن كلمت زيدا مثلا فأنت طالق فأحنثته لزمه الإيلاء²⁰⁴.

202 . القوانين الفقهية ، ص : 160.

203 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95

204 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 353.

ولا يقع طلاق على المولي المتخلف بسبب عذر من مرض أو سجن أو غيبة أو إحرام ففي الإحرام يؤخر لزواله ولا على من وعد الفيئة أو كفر أو عجل الحنث بدخوله الدار مثلاً .

وجمع ناظم التحفة أحكام الإيلاء بقوله ما يلي :

فصل في الإيلاء والظهار

ومن لوطء بيمين منعه	لزوجة فوق شهور أربعة
فذلك المولى وتأجيل وجب	له إلى فيئته لما اجتنب
وأجل الإيلاء من يوم الحلف	وحانث من يوم رفعه ائتنف
ويقع الطلاق حيث لا يفى	إلا على ذي العذر فى التخلف
وعادم للوطء للنساء	ليس له كالشيخ من إيلاء
وأجل المولى شهور أربعة	واشترك التارك للوطء معه
فى ذاك حيث الترك قصدا للضرر	من بعد زجر حاكم وما ازدجر ²⁰⁵

الفرع الثالث :

طلاق المعسر بالنفقة.

النفقة تجب للزوجة بشرط الدخول والتمكين من الاستمتاع وكذا إذا دعتة إلى الدخول فإن نشزت جاز للقاضي إيقاف نفقتها إن تمادت فيه، فهو الذي يفرض النفقات

205 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95

عند نشوب نزاع حول مقدارها فيفرض النفقة بحسب ما يظهر له من كون المطلوب بالنفقة غنياً أو فقيراً متوسطاً أو معسراً ويراعى حال المنفق عليها من كونها عليه القدر أو وضعية حضرية أو بدوية وبحسب المكان وما يقتاتون به وبحسب الزمان فليس زمن الصيف كزمن الشتاء مثلاً وبحسب الأسعار رخصاً وغلواً.

وتشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى والترخيص، فإذا عجز الزوج عن نفقة زوجته بعد أن دخل بها أو بعد أن دعي إلى البناء فإنه يؤجل شهرين قال ناظم التحفة :

الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق²⁰⁶

والمعنى أن الزوج إذا عجز عن النفقة ورفع للحاكم فإنه مستحق أن يؤجل في ذلك شهرين²⁰⁷ إلا أن مدونة الأسرة المغربية أوكلت تقدير الأجل إلى القاضي على أن لا يتجاوز ثلاثين يوماً طبقاً لما تنص عليه المادة 102.

فإن قدر عما عجزته عليه من النفقة فذاك المطلوب وإلا طلق عليه القاضي إن امتنع الزوج من الطلاق بعد أن أمره بإيقاعه ومحل ما سبق بعد ثبوت الزوجية وثبوت حال الزوج المطالب بالنفقة من عسر بها أو بعد حلفه أن لا مال له وأنه لا يقدر على ما فرض عليه فحينئذ يؤجل ويطلق عليه إن لم يحصل له يسار، وإن وافقته الزوجة عل ادعاءه العسر لم يحتج إلى إثباته بالبينة وأما من كان ظاهر اليسار أو لم يثبت عسره فإن القاضي يطلق عليه حالاً إن ثبت أن له ما لا ظاهراً يفي بالنفقة وإذا لم يثبت عسره أمره بالإففاق أو الطلاق فإن لم ينفق ولا طلق طلق عليه القاضي دون تأجيل .

قال ناظم التحفة :

بعدهما الطلاق لا من فعله	وعاجز عن كسوة كمثله
ولاجتهاد الحاكمين يجعل	في العجز عن هذا وهذا الأجل
وذلك من بعد ثبوت ما يجب	كمثل عصمة وحال من طلب ²⁰⁸

²⁰⁶ . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 120.

²⁰⁷ . حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ، ص : 740.

الفصل الثاني :

أركان الطلاق الرجعي

لابد أن يستوفي الطلاق الرجعي سائر أركانه لكي ينتج آثاره أما لو اختلفت هذه الأركان أو أحدها فلا يترتب عليه أي حكم فيكون باطلا. ويشترك الطلاق الرجعي مع غيره في لزوم توفره على أركانه وشروط مكمله لهذه الأركان متمثلة في أربعة أركان ، المطلق ، المطلقة ، الصيغة والقصد.

المبحث الأول:

المطلق.

هو الزوج الذي ملكه الشرع زمام وحق الطلاق وشروطه أربعة هي الإسلام والعقل والبلوغ والطوع .

فلا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقا²⁰⁹

208 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 120

209 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 151.

ومن أكره على إيقاع الطلاق فلا يلزمه شيء في فتوى ولا قضاء لخبر مسلم لاطلاق في إغلاق " أي إكراه لأن المكروه لا يملك نفسه هذا إذا لم يقصد بطلاقه حل العصمة باطنا وإلا وقع عليه ²¹⁰ . وكذلك إن أكره على الإقرار بالطلاق أو على اليمين أو على الحنث في اليمين به، وينفذ طلاق السفية بعوض أو بغير عوض ²¹¹ .

أما الوكيل عن الزوج فلا يشترط فيه إسلام ولا ذكورة ولا تكليف بل التمييز فيما يظهر لأن الموقع حقيقة هو الزوج الموكل ²¹² مثاله ما إذا فوض الزوج لزوجته إيقاع الطلاق على نفسها فهي كالوكيل المفوض.

وأما السكران فمشهور المذهب نفوذ طلاقه وفاقا لأبي حنيفة خلافا للظاهرية وقال ابن رشد : إن كان بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون وإن كان سكره دون ذلك فهو الذي ينفذ طلاقه.

قال خليل : " وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراما وهل إلا أن لا يميز أو مطلقا تردد قال شرحه ممزوجا بكلامه وهل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن لا يميز أو مطلقا تردد . قال شراحه ممزوجا بكلامه و هل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون أو صحيح لازم له مطلقا ميز أم لا وهو المعتمد لأنه أدخله على نفسه تردد هذا إشارة لطريقة ثالثة وهي أن من ميز لزمه وإلا فلا وهي طريقة ابن رشد والباقي وأما السكران بحلال فلا يلزمه طلاق ولا يؤخذ بإقراره ولا يصح بيعه كالمجنون.

ويلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم كما ذكره السيد البليدي في حاشيته ²¹³ وفي البهجة : الغضبان يلزمه طلاقه بالأحرى لأنه مكلف بالصلاة ونحوها إجماعا ومخاطب بأداء ذلك حال غضبه وقال ابن رشد : وطلاق الغضب واللجاج

210 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ص : 367 ، ج 2.

211 . نفس المرجع ، ص 352.

212 . نفس المرجع ، ص 365.

213 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 1 صفحة 366.

لازم اتفاقاً²¹⁴ واختارت مدوة الأسرة المغربية عدم لزوم طلاق الغضبان إذا كان غضبه مطبقاً أي يستغرق جل أو كل أوقاته واشتد غضبه وهي حالتان يصبح فيها الغضبان لا يقدر ما يقدم عليه من طلاق حق قدره. عندما نصت في المادة 90 على ما يلي : لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقاً.

فرع أول :

المطلق المريض.

طلاق المريض مرضاً مخوفاً لازم له كالصحيح وترثه زوجته إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائناً أو رجعيًا قبل الدخول أو بعده ولو صادف آخر الثلاث كما يظهر من قول ناظم التحفة:

وينفذ الواقع من سكران	مختلط كالعتق والإيمان
ومن مريض ومتى من المرض	مات فللزوجة الإرث مفترض

فالطلاق الواقع من المريض لازم له كالصحيح وإنما يفرق بين طلاقه وطلاق الصحيح في الإرث وعدمه²¹⁵ والمراد بالمرض المخوف ما حكم الأطباء بكثرة الموت به وحكم الحاضر في صف القتال والمحكوم عليه بالاعدام هو حكم المريض.

قال ابن جزري : ويشترط في ثبوت ميراثها ثلاثة شروط في المذهب:

أ . أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.

ب . أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه .

ج . أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتملك والتخيير والخلع ففي توريثها

بذلك روايتان²¹⁶.

214 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ص : 662 و 667.

215 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104.

216 . القوانين الفقهية ، ص : 152.

جاء في البهجة : عدم ارثها في الخلع والتخيير هو تخريج اللخمي في الخلع ورواية زياد في التملك والتخيير وذلك ضعيف لأن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى وإنما يذكر تفقها وتفننا فقط ²¹⁷ .

والمعول عليه ما درج عليه العلامة خليل وهو إرثها في الكل بلا فرق .
و إذا صح من مرضه الذي طلق فيه صحة بينه وإذا طلقها في مرض الشأن فيه السلامة ومات فلا ترثه لقول ناظم التحفة:

ما لم يكن بخلع أو تخيير أو مرض ليس من المحذور ²¹⁸

قال خليل : " وورثته دونها كمخيرة ومملكة فيه ومولى منها " قال شارحه ممزوجا بكلامه وورثت زوجته المطلقة في المرض إن مات من مرضه المخوف الذي خالعهما فيه ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره ولو أزواجاً دونها أي فلا يرثها إن ماتت من مرضه المخوف الذي طلقها فيه ولو كانت هي مريضة أيضاً لأنه الذي أسقط ما كان بيده وشبهه في إرثها منه دونه قوله كمخيرة ومملكة في صحته أو مرضه اختارت نفسها فيه أي في مرض موته بأن طلقت نفسها طلاقاً بائناً فإنها ترثه إن مات في ذلك المرض طال أو قصر ولا يرثها إن ماتت هي فيه فإن طلقت نفسها طلاقاً رجعيّاً فإنه يرثها كما ترثه ومولى منها أي وكزوجة آلى منها زوجها في صحته أو مرضه وانقضى الأجل ولم يف ولا وعد فطلق عليه في مرضه وانقضت العدة فمات م مرضه فإنها ترثه ولا يرثها فإن ماتت قبل انقضاء العدة ورثها كما ترثه لأنه رجعي .

وإذا فرضنا أنه طلقها رجعيّاً في مرض ثم صح منه ومرض ثانية فأردفها طلاقاً فيه ثم مات من مرضه الثاني فإنها ترثه إن بقي شيء من عدة الطلاق الأول قال خليل: " لم ترث إلا في عدة الطلاق الأول " لأن الفرض أن الطلاق الأول رجعي ومات في العدة فترثه فإن لم يبق من عدة الأول بقية فإنها لا ترثه بالطلاق في المرض الثاني

²¹⁷ . البهجة في شرح التحفة صفحة 663 ، ج1.

²¹⁸ . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104.

لأنه طلاق مردف على الأول وقد زالت تهمة الطلاق الأول بالصحة وفيه أن الطلاق الثاني لا عدة له فلا ترثه في عدة الطلاق الثاني لأنه لا عدة له ، ومثل من طلق رجعيًا في مرض صح منه وأردفها أثناء العدة طلق في مرض ثان عاوده ما إذا طلقها رجعيًا في الصحة ثم مرض فأردفها طلاق فيه فترثه إن بقي شيء من عدة الطلاق الأول .

219

المبحث الثاني :

المطلقة.

قال ابن جزي هي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في عدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقًا ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقًا وكذلك البائن²²⁰ .

قال خليل : " ومحل ما ملك قبله وإن (كان) تعليقًا كقوله لأجنبية هي طالق عند خطبتها أو إن دخلت ونوى بعد نكاحها " . قال شراحه هذا إذا كان الملك تحقيقًا أي واقعة في العصمة بل وإن كان الملك تعليقًا أي ذا تعليق أو معلقًا عليه الطلاق أي عقب النكاح في المثال الأول وعقب دخول الدار في المثال الثاني وهذا قول مالك المرجوع إليه وفاقا لأبي حنيفة وخلافًا للشافعي ولقول مالك الرجوع عنه وهو القول بإلغاء التعليق و به قال أحمد بن حنبل²²¹ ثم إنه لا فرق بين كون التعليق غير صريح بأن كان بالنية كفلائنة طالق ونوى بعد تزوجه بها وكالمثال الثاني في المتن أو كان صريحًا كأن تزوجت فلانة فهي طالق وترك المصنف التصريح به لوضوحه واقتصر على التعليق غير الصريح لخفاءه فإن كانت العصمة غير مملوكة وقت الطلاق لا حقيقة ولا تعليقًا فلا يلزم الطلاق كما إذا قال علي الطلاق من التي أتزوجها لأفعل كذا أو الطلاق يلزم من التي أتزوجها إن فعلت كذا أو إن كنت فعلت كذا.

219 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 353 و 354.

220 . القوانين الفقهية ، ص : 152.

221 . نفس المرجع ، ص : 154.

قال كذا قرره شيخنا العدوي رحمه الله ²²².

ولم تكتف مدونة الأسرة المغربية بصورة تعليق الطلاق على النكاح فيما بعد بل أقرت عدم لزوم الطلاق المعلق مطلقا بقولها في المادة 93 ما يلي : " الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع".

قال ابن جزري في الطلاق المعلق وأقسامه : وأما المعلق فهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة أو شرط وهو على سبعة أقسام :

(1) أن يعلق بأمر يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق وكذلك إن كلمت زيدا أو إن قدم فلان من سفره . فهذا إن وقع الشرط وقع الطلاق وإلا لم يقع اتفاقا

(2) أن يعلقه بأجل يبلغه العمر عادة أو بأمر لا بد أن يقع كقوله إن دخل الشهر أو إذا مات فلان فأنت طالق فهذا يلزمه الطلاق في الحين ولا ينتظر به أجل الشرط خلافا لهما أي للشافعي وأبي حنيفة.

(3) أن يعلقه بأمر يغلب وقوعه ويمكن أن لا يقع كقوله أنت طالق إن مضت ففيه قولان قيل يعجل عليه الطلاق وقيل يؤخر إلى حصول شرطه وفاقا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

(4) إن يعلقه بشرط يجهل وقوعه فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال كقوله : إن خلق الله تعالى في بحر كذا حوتا على صفة كذا . وإن كان يوصل إلى علمه كقوله إن ولدت أنثى توقف الطلاق على وجوده .

(5) أن يعلقه بمشيئة الله تعالى فيقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فيقع الطلاق ولا ينفع هذا الاستثناء خلافا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

(6) أن يعلقه بمشيئة البهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين لأنه يعد

هازلا²²³.

. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 370.

222

وقد تحاشت مدونة الأسرة المغربية هذا التفصيل بحكمها عدم وقوع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه²²⁴.

ومحل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح وليس التي في نكاح مختلف في فساده حسبما ورد في الفرع الأول من الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية.

والصحيح في الفقه المالكي أن الطلاق في النكاح المختلف فيه لا حق كالطلاق في النكاح الصحيح وهو لا يكون إلا بآثنا لقول خليل : " يرتجع من ينكح وإن بكاحرام وعدم إذن سيد طالقا غير بائن في عدة صحيح " قال شارحه وخرج بالصحيح النكاح الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول سواء فسخ بعده أو طلق فلا رجعة كخاصة وجمع كأخت مع أختها ولو ماتت الأولى أو طلقت لعدم صحة النكاح فإذا فسخ هذا النكاح بطلاق أو بغيره فليس للزوجة رجعتها في عدة ذلك النكاح²²⁵.

ويستنتج من نص المادة 64 من مدونة الأسرة المغربية أن النكاح المختلف في فساده لابد فيه من حكم القاضي يقضي بفسخه بطلاق وهو بائن بناء على ما سبق.

المبحث الثالث :

الصيغة.

يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابه ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة". واللفظ إما صريح أو كناية أو ما ليس بصريح أو كناية من كل لفظ نوى به الطلاق قال ابن عاصم :

ويلزم الطلاق بالتصريح وبالكنايات على الصحيح

فالتصريح ما كانت فيه الطاء واللام والقاف أو كان يلفظ الفراق أو التسريح لأن كل ما نطق به القرآن صريح قال تعالى : " فطلقوهن "(سورة الطلاق آية 1) وقال : " أو

223 . القوانين الفقهية لابن جزي ص : 154.

224 . المادة 93 من مدونة الأسرة المغربية .

225 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 416.

سرحوهن " (سورة البقرة آية 231) وقال تعالى أيضا : " أو فارقوهن " (سورة الطلاق آية 2) وقصره الخرشي على الأول فقال : ولفظه طلقت أو أنا طالق أو أنت أو مطلقة أو الطلاق لي لازم ، وأما الكنايات فقسمان ظاهرة وخفية فالظاهرة هي اللفظ الدال عليه عرفا وليس فيه صيغة الطلاق وما تصرف منه كخليت سبيلك ورددتك إلى أهلك ، والكنايات الخفية هي ما دل عليه مع احتمال غيره نحو اذهبي وانصرفي وأنت حرة والحقي بأهلك . ويلزم أيضا الطلاق بما ليس بصريح ولا كناية من كل كلام نواه به نحو اسقني الماء وجعل اب زرقون نحو اسقني ماء من الكناية أيضا حيث نوى به الطلاق²²⁶ وما ليس بصريح ولا كناية لا يقع به طلاق ولأنه ليس يفهم منه إيقاع الطلاق وإن نوى إيقاعه كذلك لأن النية حالة نفسية يصعب إثباتها فإن صرح أنه نوى الطلاق لزمه حينئذ ويأخذ به من وقت تلفظه ذلك.

ولا يملك الزوج وصف الطلاق بأنه بائن أو أوقع ثلاثا كأن يقول نويتها كذلك. قال خليل : "ولزم بالإشارة المفهمة و بمجرد إرساله به مع رسول وبالكتابة " قال شارحه الإشارة المفهمة بأن احتق بها من القرائن ما يقطع من عاينها بدلالاتها على الطلاق وسواء وقعت من أخرس أو من متكلم وأما غير المفهمة فلا يقع بها طلاق لأنها من الأفعال لا من الكنايات الخفية خلافا لبعضهم ما لم تكن عادة قوم²²⁷. والقادر على الكلام أو الكتابة أو هما معا لا يقبل منه غير التلفظ المفهم للطلاق فلا يقع بغيره.

من حلف باليمين على الطلاق كقوله علي الطلاق إن فعلت كذا ومن الإيمان بتحريم الزوجة كقوله زوجتي علي حرام إن قلت كذا أو حلف بالإيمان اللازمة فقال مثلا الإيمان تلزمني لا فعلت أو الإيمان كلها أو إيمان المسلمين فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال الأول تلزمه الثلاث، الثاني تلزمه طلقة رجعية والثالث تلزمه طلقة بائة والرابع

226 . البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي ج 1 ، ص : 556 و 557.

227 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص 384.

تلزمه جميع الإيمان التي يحلف بها الناس وإلى القول الثالث أشار ناظم التحفة أنه الأصح بقوله :

وكل من يمينه باللازمه له الثلاث في الأصح لازمه

لقول الباجي في المنتقى أنه الأظهر عندي وفي المعيار عن العقباني أنه المشهور وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمان وصححه التونسي واللمخي والمازري وغيرهم²²⁸ . حتى أن السيوري أفتى بالواحدة²²⁹ . وأما إذا نوى شيئاً أو علم أنها تشمل الطلاق وغيره فإنه يلزمه ما نواه أو علمه .

ونقل عن ابن سلمون ما نصه: يلزم الحالف بالإيمان إذا لم تكن له نية عتق من يملكه والصدقة بثلاث ماله والمشي إلى بيت الله تعالى وكفارة يمين وطلاق نساءه واختلف فيما يلزمه من الطلاق فذكر الأقوال الثلاثة. قال ناظم التحفة في بقية الأقوال.

وقيل بل واحدة رجعية مع جهله وفقده للنية

وقيل بل بائنة وقيل بل جميع الإيمان وما به عمل

وذكر عن الأبهري أنه يلزمه فيها سوى الاستغفار وعن ابن عبد البر أنه يلزمه كفارة يمين ودرج أبو زيد الفاسي في عملياته على ما للأبهري من أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار قال :

وعدم اللزوم في إيمان لازمة شاعت مذ أزمان

ظاهره أنه لا يلزمه شيء ولو كفارة يمين .

واختارت مدونة الأسرة المغربية عدم وقوع الطلاق سواء رمى اليمين بالطلاق أو بالحرام أو جميع الإيمان اللازمة في حلفه وذلك عندما نصت في الفصل 91 على ما يلي: " الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق".

228 . حلي المعاصم لفكر ابن العاصم، ج 1 ، ص : 67.

229 . البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي ، ج 1 ص : 674.

وتجدر الإشارة أن المطلق فيما بينه وبين الله تعالى لا يؤخذ بالحلف إلا إذا كان عن قصد ويتم تحليلها بالكفارة إن هو حنث قال تعالى : " قد فرض الله لكم نحلة أيمانكم" ²³⁰ والكفارة هي المذكورة في قوله عز وجل : " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتُمْ واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون" ²³¹ .

المبحث الرابع :

القصد.

قال خليل : " وركنه أهل وقصد ومحل ولفظ " قال الشيخ التاودي هو القصد إلى التلطف به مع معرفة معناه لا إن هذى لمرض أو لقن بلا فهم ²³² .

جاء في البهجة : وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطاً في الصريح اتفاقاً وقال المتيطي : والطلاق يلزم باللفظ والنية فالصحيح اللزوم لأن اللفظ عبارة عما في النفس ، فإذا أجمع بقلبه على أنه طلق لزمه وهو قول مالك في سماع أشهب وروي عنه أنه لا يلزم وإن انفرد اللفظ فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا في الحكم الظاهر لقوله عليه السلام : " إنما الأعمال بالنيات " وفي كتاب التخيير من المدونة ما ظاهره اللزوم وهو خلاف المنصوص لكن ما ذكره من اللزوم بمجرد النية حملة القرافي على الكلام النفسي وهو إنشاء الطلاق بقلبه فقط أي من غير حركة لسانه به . فالصحيح في كلام المتيطي أحد المشهورين في النفسي كما أشار لذلك القرافي قائلاً : هو محل الخلاف وأما مجرد القصد إليه من غير إنشاء بالقلب بل وقع القصد إليه كما تقصد العبادات فلا يلزم ولو صمم عليه إجماعاً. قال في الذخيرة النية لفظ مشترك بين الكلام النفسي ومعناه أن يقول في نفسه أنت طالق كما يقول بلسانه وهو مرادهم بالنية هاهنا

²³⁰ . سورة التحريم ، آية 2.

²³¹ . سورة المائدة ، آية : 89.

²³² حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ص : 656،

وبين القصد وهو المراد في العبادات وليس مراداً هاهنا للإجماع على أن من عزم على طلاق امرأته ونوى ذلك أنها لا تطلق عليه . قال والذي عفى عنه من حديث النفس الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام " إن الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم " إنما هو ما هجس عليها من غير عزم وأما العازم على الخير والشر والاعتقادات في الكفر وغيره وما يلزم من الاخبارات فمعتبرة إجماعاً لقوله تعالى : " وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله " البقرة ، آية 284 . وهذا هو طريق الجمع بين الآية والحديث . ومراده أن الآية في الكلام النفساني الذي يؤخذ به المكلف وهو أن يجري ذلك على قلبه كما يجري على لسانه من غير تلفظ به والحديث في مجرد القصد من غير أن يجري ذلك على قلبه وما ذكره من لزومه في النفساني هو أحد قولين مشهورين . والقول الآخر يقول بعدم اللزوم وشهره غير واحد واستظهره ابن عبد السلام قائلاً : إنما يكتفي بالنية في التكليف المتعلقة بالقلب لا فيما كان بين الآدميين كالطلاق ونحوه²³³ .

قال التسولي وقد يجمع بينهما بأن الإجماع إنما هو يحسب الظاهر أي فلا يصدق في الظاهر أنه لم ينو بالصريح طلاقاً بل يؤخذ به في الفتوى والقضاء إجماعاً²³⁴ . قال خليل : " ولزم ولو هزل لا أن سبق لسانه في الفتوى أو لقن بلا فهم أو هذى " قال شارحه أي ولزم الطلاق بمعنى حل العصمة بذكر اللفظ الدال عليه هذا إذا كان غير هازل بأن قصد به حل العصمة اتفاقاً بل ولو كان هازلاً بأن لم يقصد به حل العصمة على المشهور²³⁵ . بما ورد في الخبر وهو : " ثلاث هزلن جد النكاح والطلاق والرجعة وفي رواية العتق بدل الرجعة .

وقد سبق أن المعتبر هو القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه فإذا قامت البيئة عليه أمام القضاء والحال أن الزوج أنكر إيقاع الطلاق أو أقر بإيقاعه لفظاً فإنه يلزمه

233 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 657 و 668 .

234 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 668 .

235 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 366 .

ولا يلتفت إلى ادعاءه انعدام النية بخلاف ما إذا صدقته قرينة كقول خليل : " أو قال لمن اسمها طالق ياطالق ". فإنها لا تطلق عليه.

وأما من قال لإحدى زوجتيه يا حفصة يريد طلاقها فأجابته عمرة تظن أنه طالب حاجة وطلقها أي قال لها أنت طالق يظن أنها حفصة فالمدعوة حفصة تطلق مطلقا في الفتيا وفي القضاء وأما المجيبة ففي القضاء فقط هذا الذي نص عليه خليل بقوله : " أو قال يا حفصة فأجابته عمرة فالمدعوة وطلقتا مع البيئة ²³⁶ . وقد أوجب مدونة الأسرة المغربية توثيق الطلاق عندما نصت في المادة 138 على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ". فإن لم يوثق الزوج الطلاق استمرت حقوق الزوجة عليه من نفقة وسكنى وغيرهما وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو فإن أنت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق وإلا فلا وعليها منع نفسها جهدها ²³⁷.

الفصل الثالث:

آثار الطلاق الرجعي.

كل طلاق أوقعه م يملكه ينتج عنه آثار لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإنما تولى الشرع تحديدها وتنظيمها ودونها القانون المغربي على شكل نصوص قانونية في مدونة الأسرة المغربية وكل هذه النصوص من النظام العام نظرا لأهميتها الاجتماعية.

أهم توابع الطلاق الرجعي عدة وحق الرجعة أما باقي الآثار كالتوارث والنفقة وغيرهما فحال المطلقة رجعيًا كحال الزوجة التي في العصمة ما عدا حرمة الاستمتاع بها قال خليل " والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها". قال شارحه ممزوجا بكلامه والرجعية وهي المطلقة التي يملك مطلقها رجعتها كالزوجة الغير مطلقة في لزوم النفقة والكسوة والتوارث والظهار والطلاق وغير ذلك إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها والمراد به الخلوة بها والسكنى معها

236 . نفس المرجع ، ص : 367.

237 . القوانين الفقهية ، صفحة 153.

فقط . وأما سكناه معها في دار جامعة له وللناس فهو جائز ولو كان أعزب وقوله الأكل معها أي فكل واحد مما ذكر حرام وكذا كلامها ولو كانت نيته رجعتها وإنما شدد عليه هذا التشديد لئلا يتذكر ما كان فيجامعها فلا يرد أن الأجنبي يباح له ذلك مع الأجنبية ولو كان معها من يحفظها وذلك لأن الأكل معها ادخل في المودة فمنع منه لذلك ولو كان معها من يحفظها²³⁸.

المبحث الأول:

العدة :

تجب العدة بشرط الدخول فلا عدة على المطلقة قبل الدخول قال الله تعالى : " يأيتها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن وسرحوهن سراحا جميلا"²³⁹ .

ونصت المادة 130 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: " لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة " .

والعدة هي فترة الانتظار التي تحرم خلالها المطلقة على غير مطلقها وتختلف مدتها باختلاف حالات المرأة فإن كانت حاملا فعدتها حتى وضع حملها ، تنص المادة 133 م مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه " وإن كانت ممن لا تحيض كاليائسة فعدتها ثلاثة أشهر تبدئ من وقت الطلاق قال تعالى : " واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا "²⁴⁰ وإن كانت ممن تحيض فقد قال الله تعالى : " والمطلقات يتربصن

238 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 422.

239 . سورة الأحزاب ، آية : 49.

240 . سورة الطلاق ، آية 4 .

بأنفسهن ثلاثة قروء²⁴¹ قال المفسرون القروء جمع قرء بفتح القاف وهو الطهر أو الحيض قولان²⁴² ، القول الأول للإمام مالك والشافعي وابن حنبل وقال أبو حنيفة هي الحيض واختارت مدونة الأسرة المغربية أن القروء هي الأطهار ، وهو مذهب المالكية المعتمد لدى فقهاء المملكة المغربية وعليه درج هذا البحث، وذلك عندما نصت في المادة 136 على ما يلي : تعتد غير الحامل بما يلي :

1. ثلاث أطهار لذوات الحيض.
- 2 . ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا أو التي يئست من المحيض ، فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.
- 3 . تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار.

قال ابن جزى : وعلى المذهب إذا طلقها في طهر كان بقية الطهر قرءا كاملا ولو كان لحظة فتعتد به ثم بقرئين بعد ذلك ثلاثة قروء فإذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد تمت عدتها وإن طلقها في حيض لم تحل حتى تدخل في الحيضة الرابعة من الحيضة التي طلقت فيها .

جاء في المادة 136 من المدونة ثلاثة أصناف من النساء اللواتي في سن الحيض وهي معتادة ومرتابة ومستحاضة وعبر عنها بقوله والتي لم تميزه من غيره . فأما المعتادة فتكمل ثلاثة قروء على حسب عاداتها ولو كانت عاداتها أن تحيض من عام إلى عام أو أقل أو أكثر كانت عدتها بالإقراء . وأما المرتابة وهي التي ارتفعت حيضتها بغير سبب من حمل ولا رضاع ولا مرض فإنها تمكث تسعة أشهر وهي مدة الحمل غالبا فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر فكمّل لها سنة ثم حلت وإن حاضت في خلال الأشهر التسعة حسبت ما مضى قرءا ثم انتظرت القرء الثاني لإتمام

241 . سورة البقرة آية 227.

242 . تفسير الجلالين السيوطي والمحلي ص : 29.

تسعة أشهر أيضا فإن حاضت حسبت قرءا آخر وكذلك في الثالث. ولو حاضت قبل تمام سنة ولو بساعة حسبت كل ما مضى قرءا ثم استأنفت تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة بعدها. وإن حاضت بعد السنة لم تعتبر لأن عدتها قد انقضت بالسنة ومذهب الشافعي وأبي حنيفة أن هذه المرتابة تبقى أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن من لا تحيض ثم تعتد بثلاثة أشهر. ولو ارتفعت حيضتها لرضاع انتظرت الحيض وإن طال الزمان ولا تجزيها الأشهر. وإن ارتفع حيضها لمرض ففيها روايتان إحداهما أنها كالتى ارتفع حيضها بغير سبب والأخرى أنها كالمرضع.

ويظهر من عموم المادة 136 أن كل من تأخر حيضها سواء ارتفع بغير سبب من رضاع أو مرض أو ارتفع بسببها فإنها تترى تسعة أشهر ثم تعتد ثلاثة أطهار على التفصيل السابق.

وأما المستحاضة فإن كانت غير مميزة بين دم الحيض والاستحاضة فهي كالمرتابة تقيم تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة وإن كانت مميزة فيها روايتان إحداهما أنها كغير المميزة والأخرى أن تعمل على التمييز فتعتد بالإقراء. وتعبير المادة 136 التي لم تميزه من غيره يفيد أن التي تميزه عن غيره تعتد بالإقراء²⁴³.

فرع أول :

تداخل عدتين.

نص المادة 137 من مدونة الأسرة المغربية ما يلي : " إذا توفي زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة". وعدة الوفاة إشارة

. القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 156.

إليها المادة 132 بقوله ما يلي : " عدة المتوفي عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة".

ودليل وجوبها قول الله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا"²⁴⁴.

قال خليل : " وعدة الحامل في وفاة أو طلاق وضع حملها كله وإنّما اجتمع .
قال شارحه أي بعد الطلاق أو الوفاة ولو بلحظة لا بعضه واحدا كان أو متعددا وللزوج رجعتها قبل باقيه أي إذا كان الحمل واحدا والأخرى أي إن كان الحمل متعددا وهذا إذا كان الولد يلحق بصاحب العدة أي لاحقا به بالفعل أو يصح استلحاقه كالمنفي بلعان ولو لم يستلحقه فلو كان من زنى فلا بد من أربعة أشهر وعشر في الوفاة والإقراء في الطلاق إن وضعت قبل مضيها وإلا انتظرت الوضع أي بأن مضت قبل وضعها فالمدار على أقصى الأجلين أي الوضع وانقضاء الأربعة أشهر وعشر في الوفاة وثلاثة أقراء في الطلاق وتحتسب بالأشهر من يوم الوفاة وبالإقراء من يوم الوضع . وتعد النفاس قرأ أولا فلا تحتسب بما حاضته قبل النفاس زمن الحمل وهو قول ابن محرز وجعله عياض محل نظر وأن الذي حكى ابن رشد الاتفاق عليه أنه لا بد من ثلاث حيض بعد الوضع .

قال خليل : "والا فكال المطلقة قال شارحه ممزوجا بكلامه وألا تكن المتوفي عنها حاملا فكال المطلقة أي فعدتها كعدة المطلقة ثلاثة قروء فإن كانت صغيرة أو آيسة فثلاثة أشهر . ولا إحداد عليها حينئذ كما نقله المواق هنا عن المدونة ولا مبيت عليها أيضا لأنه استبراء لا عدة . نقلا عن بناني²⁴⁵ .

. سورة البقرة ، آية : 234.

244

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 474 و 475

245

وقال خليل : " وإن رجعية " قال شارحه فتنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ولو حصلت الوفاة قبل تمام الطهر الثالث بيوم بخلاف البائن يموت مطلقها قبل انقضاء عدتها .

وقال خليل : " إن تمت قبل زمن حيضتها وقال النساء لا ربية بها وإلا انتظرتها " قال شارحه وحامله أن المعتدة المتقدمة وهي غير الحامل المتوفي عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام بشرطين حيث كانت مدخولا بها الأول أن تتم تلك المدة قبل زمن حيضتها ، الثاني أن تقول النساء إذا رأيتها فيما تمت المدة المذكورة قبل زمن حيضتها أنه لا ربية بها قال وقولنا حيث كانت مدخولا بها احترازا عن غير المدخول بها فإنها تعتد بهذه المدة م غير شرط قول خليل انتظرتها أي الحيضة أو تمام تسعة أشهر فإن زالت الربية حلت وإلا انتظرت رفعها أو أقصى أمد الحمل²⁴⁶ .

وإذا بقيت الربية بعد أقصى أمد الحمل وهي خمسة أعوام في المشهور²⁴⁷ واختارت مدونة الأسرة المغربية سنة كاملة فقد نصت المادة 134 على ما يلي : في حالة ادعاء المعتدة الربية في الحمل وحصول المنازعة في ذلك.

يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهائها .

وقد أصابت المدونة في حكمها الرجوع إلى الأطباء في الحكم بانتهاء العدة في مثل الحالة السابقة نظرا للتقدم الهائل الذي أحرزه الطب إذ بما يتوفر عليه من وسائل يمكن الأطباء أن يقطعوا بوجود حمل أو عدم وجوده، وأما شهادة الليف فلم تعد مفيدة في هذه المسألة وإن كان محل به قضايا النسب فشهادة الليف بتحريك الحمل وحياته يعتد

. نفس المرجع ، ص 475.

246

. القوانين الفقهية ص : 457.

247

بها في ثبوت النسب ومثلها جميع الوسائل المقررة شرعا ولا يجوز للقاضي أن يعتمد غيرها.

والجدير بالذكر أن مدونة الأسرة المغربية حصرت وسائل إثبات نفي النسب في نفي الحجة القاطعة على ثبوت النسب وهي الفراش ولا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين .

. إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعاءه.

. صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

حسب مدلول المادتين 153 و 159 من مدونة الأسرة المغربية .

بعدما تبين أن الوفاة تهدم عدة الطلاق الرجعي وبالنسبة للحامل والبائن تعتد بأقصى الأجلين تنتقل إلى نوع آخر من تداخل العدد وهو أن يطرأ موجب قبل تمام العدة يترتب عنه تداخل عدتين وصوره تسع باعتبار القسمة العقلية وسبع في الواقع لأن الطارئ أما عدة طلاق أو وفاة أو استبراء على كل من الثلاث غير أنه لا يتصور طروء عدة وفاة أو طلاق على عدة وفاة وإنما يتأتى أن يحصل طروء عدة طلاق أو وفاة استبراء على عدة طلاق وطرء عدة وفاة أو طلاق أو استبراء على استبراء . وعدة الاستبراء ثلاثة قروء إن كانت من نوات الحيض وثلاثة أشهر إن كانت من نوات الأشهر وإن كانت حاملا فيوضع الحمل كله .

القاعدة أن الطارئ يهدم السابق إلا إذا كان الطارئ أو المطرء عليه عدة وفاة فتعتد بأقصى الأجلين .

قال خليل : " إن طرأ موجب قبل تمام عدة أو استبراء انهدم الأول وائتلفت كمتزوج بائنته ثم يطلق بعد البناء أو يموت مطلقا وكمتبرأة من فاسد ثم يطلق وكمرتجع

وإن لم يمس طلق أو مات إلا أن يفهم ضرر بالتطويل فتبني المطلقة إن لم تمس
وكمعتدة وطئها المطلق أو غيره فاسدا بكاشتباه إلا من وفاة فأقصى الأجلين²⁴⁸.

فرع ثان :

دعوى انقضاء العدة

نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 125 على أنه " تبي المرأة بانقضاء عدة الطلاق
الرجعي " فينتفي بذلك حق الرجعة مما يرجح احتمال حدوث نزاع بي المطلق والمطلقة
حول خروج هذه الأخيرة من العدة ولم تشر مدونة الأسرة المغربية إلى الحلول الواجبة
التطبيق غير أنها أحالت في هذا الشأن على الفقه المالكي عندما نصت في المادة 400
على ما يلي : " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي
والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.
قال خليل : " وصدقت في انقضاء عدة القرء والوضع بلا يمين ما أمكن .

حاصله أن الزوجة إذا راجعها زوجها فقالت عند ذلك انقضت عدتي بثلاثة قروء أو
بوضع الحمل فإنها تصدق في ذلك ولو خالفها الزوج أو خالفت عادتها إن كان قد
مضى زمن من طلاقها يمكن فيه انقضاء العدة لكون تلك المدة يمكن انقضاء العدة
فيها غالبا أو مساويا ولا يمين عليها ولو خالفت عادتها سقطا أو غيره خلافا
للرجراجي القائل لا تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بوضع سقط فتحل للأزواج ولا توارث
. وإن ادعت انقضاء العدة في مدة يندر انقضاؤها فيها كالشهر سئل النساء فإن شهدن
أن النساء قد يحضن لمثل هذا فإنها تصدق وهل بيمين أو بغير يمين قولان أظهرهما

248 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 499،

بغير يمين لكون شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كشهادة رجلين عدلين²⁴⁹ وإن ادعت انقضاؤها في مدة لا يمكن انقضاؤها لا غالبا ولا نادرا لم تصدق ولا يسأل النساء²⁵⁰.

قال سحنون أقل ما تصدق فيه أربعون يوما وقال ابن المشجون خمسون يوما وقال ابن العربي قلت الأديان بالذكر أن فكيف بالنسوان فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق وعليه صاحب اللامية حين قال وذات قرء في اعتداد بأشهر أي لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر²⁵¹.

قال خليل : " ولا يفيدها تكذيبها نفسها ولا أنها رأت أول الدم وانقطع ولا رؤية النساء لها".

يعني أنها إذا قالت ولا عند إرادة الزوج رجعتها عدتي قد انقضت بما يمكن من إقراء أو وضع وسبق أنها مصدقة في ذلك وقد بانء منه، فإذا قالت بعد ذلك كنت كاذبة وإن عدتي لم تنقض فإن ذلك يعد منها ندما ولا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد ولا ترثه إن مات لأنها داعية لنكاح بلا ولي وصادق وشهود.

وأما إذا ادعت عند إرادة الزوج رجعتها أنها رأت الحيضة الثالثة ثم ادعت بعد ذلك أنها رأت أول الدم من الحيضة الثالثة وقالت كنت أظن دوامه فانقطع قبل استمراره المعتبر في العدة وهو يوم أو بعضه فلا يفيدها ذلك وقد بانء منه بقولها الأول.

وقد تبع الشيخ خليل فيما قاله ابن الحاجب والمذهب ما قاله ابن عرفة المذهب كله على قبول قولها أنها رأت أول الدم وانقطع وحينئذ فلها الكسوة والنفقة وتصح رجعتها

249 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 33.

250 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 423.

251 . البهجة في شرح التحفة صفحة 699 ، ج 1.

وقال الشيخ الزرقاني : إن قبول قولها فيما عدا الرجعة لأنه يحتاط في الفروج فيحمل كلام ابن عرفة على ما عداه .

وعقب عليه الشيخ بناني قائلًا وما قاله الشيخ أحمد وإن كان ظاهرًا لكن المذهب ما قاله ابن عرفة من قبول قولها أنه انقطع حتى بالنسبة للرجعة . وهذا إذا لم يتماد بها الدم وعاودها عن بعد ، أي بعد طهر تام، وأما إن عاودها عن قرب فهل الرجعة فاسدة لأنه تبين أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح أو لا تبطل تلك الرجعة ورجوع الدم عن قرب كرجوعه عن بعد قولان حكاهما أبو الحسن عن عياض نصه:

واختلفوا إذا راجعها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع هذا الدم بقرب هل هي رجعة فاسدة لأنه قد استبان أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح وقيل لا تبطل رجع الدم عن قرب أو بعد. ثم ذكر أبو الحسن أن القول الأول، يعني التفصيل ، أصوب وتبين أن القرب هو أن لا يكون بين الدمين طهر تام فيمكن الجمع بين كلام المصنف وابن عرفة فمراد كلام المصنف أن قولها انقطع لا يفيد أي في صحة الرجعة لا أنه نفي لقبول قولها مطلقا يحمل على ماذا عاودها الدم عن قرب . وقول ابن عرفة المذهب قبول قولها أي مطلقا حتى في الرجعة يحمل على ما إذا عاودها عن بعد.

فرع ثالث :

دعوى امتداد العدة.

تناولت مدونة الأسرة المغربية أحكام دعوى بقاء الريبة في الحمل رغم مرور أقصى أمد الحمل وهو سنة عندما نصت في المادة 134 على ما يلي : "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل وحصول المنازعة في ذلك يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوءه لتقرر

استمرار العدة أو انتهاءها " غير أنها لم تسلك هذا السبيل عند ادعاء المرأة المعتدة أنها لم تحض رغم مرور مدة طويلة ونوزعت في ذلك بعد وفاة مطلقها.

قال خليل : " ولو مات زوجها بعد كسنة فقالت لم أحض إلا واحدة فإن كانت غير مريض ولا مريضة لم تصدق إلا إن كانت تظهره وحلفت في كالسنة (أشهر) لا كالأربعة وعشر.

حاصل المسألة أنه إذا طلقها طلاقاً رجعيًا ثم مات بعد سنة أو أكثر من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن أصلاً أو لم أحض إلا واحدة أو اثنتين ولم أدخل في الثالثة فلا يخلو حالها من أمرين تارة تظهر في حال حياة مطلقها احتباس دمها وتكرر ذلك حتى يظهر ذلك للناس من قولها وفي هذه الحالة يقبل قولها بيمين وترث لضعف التهمة حينئذ وتارة لم تكن تظهره في حال حياة مطلقها فلا يقبل قولها ولا ترث لدعواها أمراً نادراً . وأما إذا مات بعد ستة أشهر من يوم الطلاق ونحوها إلى سنة وادعت عدم انقضاء العدة فإنها تصدق في ذلك وترثه لكن بيمين إن كانت لم تظهر انحباس الدم حال حياة مطلقها وإلا فلا يمين وإن مات بعد أربعة أشهر من يوم الطلاق ونحوها إلى ستة أشهر صدقت من غير يمين مطلقاً هذا كله إن كانت غير مريضة ولا مرضعة فإن كانت مرضعة أو مريضة فإنها تصدق في ذلك وترثه بلا يمين ولو فوق العام لأن المرض والرضاع يمنعان الحيض غالباً فلا تهمة حينئذ.

وتصدق المرأة في دعواها عدم انقضاء العدة بغير يمين إذا كانت مريضة أو مرضعة في كل المدة التي بين الموت والطلاق ولو كانت تلك المدة سنة فأكثر فإن كانت مرضعة أو مريضة في بعض تلك المدة وادعت عدم الانقضاء بعد الفطام وبعد زوال المرض ففي المواق عن ابن رشد إن حكم المرضع بعد الفطام كالتي لا ترضع من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس

بريبة اتفاقا وحينئذ فتصدق بيمين بعد الفطام بسنة فأكثر إذا كانت تظهره في حياة مطلقها ومثلها المريضة إذا ادعت عدم الانتضاء واحتباس الدم بعد المرض بسنة فأكثر فإن كانت لا تظهره لا تصدق ولو بيمين وأما لو ادعت ذلك بعد الفطام بأقل من سنة فإنها تصدق بيمين²⁵².

المبحث الثاني :

حق الرجعة.

سبق أن الرجعة هي عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد فمن يملك الحق في الرجعة ومتى تصح رجعته ؟ والجواب على هاذين السؤالين يمكن تناولهما في فرع أركان الرجعة وشروط صحتها.

فرع أول :

أركان الرجعة وشروط صحتها.

(1) المرتجع :

قال العلامة التسولي: وبالجمله لا يشترط في المرتجع إلا كونه ممن يصح نكاحه في الجملة ولا يشترط فيه انتفاء موانعه م إحرار ومرض ونحوهما²⁵³.

وهو ظاهر ما يستفاد من قول خليل: يرتجع من ينكح وإن بكإحرار وعدم إذن سيد، أي من فيه أهلية النكاح فعي تتوقف على العقل ولا تتوقف على عدم الإحرار وعدم المرض لأن كل من المحرم والمريض فيه أهلية النكاح غاية الأمر أنه طراً عليهما ما يمنع من صحتة.

252 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 424.

253 . البهجة شرح التحفة ، ج 1 ، ص : 707.

ويجب أن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغاً خلوا من الموانع الشرعية .
ونصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " تكمل أهلية الزواج بإتمام
الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية .
وهكذا لا يصح ارتجاع مجنون ولا سكران ولو بحلال²⁵⁴ وغير البالغ لا يصح ابتداء
في إطار تطبيق مدونة الأسرة المغربية فذلك لا تصح رجعته.
ومن أذن له في الزواج استنادا لمقتضيات المادة 20 من المدونة اعتبر هذا الإذن في
توابعه فلا يتوقف رجعة المأذون على تجديد الإذن.

. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415.

254

(2) المرتجعة :

قال خليل : " طالقا غير بائن في عدة صحيح حل وطؤه " .

قوله طالقا غير بائن احترز به عن البائن كالمطلقة قبل الدخول والمخالعة وقوله في عدة نكاح صحيح خرج به من انقضت عدتها وبالصحيح الفاسد أي خرج بالصحيح النكاح الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول سواء فسخ بعده أو طلق فلا رجعة كخامسة وجمع أخت مع أختها ولو ماتت الأولى أو طلقت لعدم صحة النكاح فإذا فسخ هذا النكاح بطلاق أو بغيره فليس للزوج رجعتها في عدة ذلك النكاح ، وقوله حل وطؤه احترز به عن صحيح غير لازم كنكاح العبد بغير إذن سيده فإن وطأه قبل الإذن لا يجوز . ونقل هذا الحكم هو على سبيل البيان فقط لأن نظام الرق أصبح طبي النسيان ، أو صحيح لازم لكن وطأ وطأ حراما كالوطء في حالة الحيض أو الاحرام فإذا تزوجها ووطئها في حالة الحيض أو الاحرام فقط ثم طلقها بعد هذا الوطء فلا رجعة له عليها لبيئونها منه لأنه بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا²⁵⁵ .

ومن شرط الصحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد الوطء للزوجة .

قال خليل : " ولا إن لم يعلم دخول وإن تصادقا على الوطء قبل الطلاق وأخذ بإقرارهما " .

حاصله أن الرجعة لا تصح إلا إذا ثبت النكاح بشاهدين وثبتت الخلوة ولو بامرأتين وتقرار الزوجان بالإصابة فإذا طلقها ولم تعلم الخلوة بينهما فلا وطء فلا رجعة ولو تصادق كل من الزوجين على الوطء قبل الطلاق وأولى إذا تصادقا بعده وإنما شرط

. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415 .

في صحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد وطء لأنه إذا لم يحصل وطء كان الطلاق بائنا فلو ارتجعها لأدى إلى ابتداء نكاح بلا عقد ولا ولي ولا صداق .

وتصح رجعته وإن لم يعلم دخول إذا ظهر بها حمل ولم ينفه لأن الحمل ينفي التهمة أي تهمة ابتداء نكاح بلا عقد وولي وصداق²⁵⁶ .

(3) الصيغة :

تحصل الرجعة باللفظ المفهم له وهو القول الصريح واللفظ المحتمل إذا قصد به الرجعة . قال خليل : " بقول مع نية كرجعت وأمسكتها أو نية على الأظهر وصح خلافه " فمثل للقول الصريح برجعت واللفظ المحتمل بأمسكتها إذ يحتمل أمسكتها تعذيبا كما تحتمل أمسكتها في عصمتي زوجة فإذا أتى بهذا اللفظ المحتمل وقصد به الرجعة حصلت.

والنية إذا لم يقارنها فعل أو قول لا تكفي في صحة الرجعة لأن النية بمنزلة العدم فلا يمكنه القاضي . إن رفع له . من وطئها ولا من الخلو بها ولا من ميراثها اتفاقا وعليه فلو نوى ثم وطء والحال أن العدة لم تنقض فليس برجعة لأن كلا من النية والفعل إذا كان وحده لا يكفي في الرجعة وإن تقدمت على الوطء بيسير وإما لو نوى فجامع أو باشر فقد قارنها فعل فرجعة اتفاقا لاجتماع النية والفعل.

قال خليل : " أو بقول ولو هزلا في الظاهر لا الباطن لا بقول محتمل بلا نية كأعدت الحل ورفعت التحريم ولا بفعل دونها كوطء " .

تحصل الرجعة بالقول الصريح ولو كان المرتجع هازلا فيه بخلاف القول المحتمل للرجعة وغيرها إذا اقترن بالهزل فلا تصح به الرجعة وأما بقول غير محتمل لها أصلا مع نية كاسقني الماء ناويا به الرجعة فهل تحصل به الرجعة أو لا ففيه تردد

. نفس المرجع ، ص : 418.

والظاهر الثاني كما يفيد ابن عرفة لأن إلحاق الرجعة بالنكاح أولى من إلحاقها بالطلاق لأن الطلاق يحرم والرجعة تحلل.

ومن وطء مطلقته الرجعية من غير نية رجعة فلا يلحق به الولد فيستبرئها من ذلك الوطء إذا ارتجعها و لا يرتجعها في زمن الاستبراء بغير الوطء إذا كانت العدة الأولى باقية فإذا انقضت العدة الأولى فلا ينكحها هو أو غيره بالعقد إلا بعد انقضاء الاستبراء فإن عقد عليها قبل انقضاء الاستبراء فسخ ولا تحرم عليه بالوطء الحاصل في زمن الاستبراء²⁵⁷.

فرع ثان :

دعوى صحة الرجعة بعد العدة.

قال خليل : " وصحت رجعته إن قامت بينة على إقراره أو تصرفه ومبيته فيها". قال شراحه ممزوجا بكلامه وصحت رجعته أن قامت له بينة بعد العدة على إقراره بالوطء فيها أو بالتلذذ بها فيها وادعى أنه نوى به الرجعة أو على معاينة تصرفه لها ومبيته عندها فيها أي في العدة ، أو أقام بعد العدة بينة من الرجال تشهد بمعاينة تصرفه و مبيته عندها فإنه يصدق في دعواه وتصح رجعته إذا ادعى أنه نوى بذلك رجعتها وأما إقرارها هي بذلك من غير بينة فلا يعمل بها. والمراد بالتصرف التصرف الخاص بالأزواج كأكل معها وغلق باب عليهما دون أحد معهما ومعاينة المبيت عندها يغني عن معاينة هذا التصرف.

وأما لو دخل على مطلقته وبات عندها في العدة ثم مات بعد العدة ولم يذكر أنه ارتجعها فلا يثبت بذلك الرجعة ولا ترثه ولا يلزمها عدة وفاة .

وإن قامت البينة على صحة الرجعة ونازعت المطلقة في ذلك ودفعت بانقضاء العدة وقد سبق أنها مصدقة في دعوى الحيض ما أمكن بغير يمين فقد قال خليل :

..حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 417.

" أو قالت حضت ثالثة فأقام بينة على قولها قبله بما يكذبها "

بأن شهدت البينة التي أقامها الزوج بأنها قالت لم أحض أصلا أو لم أحض ثالثة ولا تكفي شهادة النساء لأن الشهادة تنصب إقرارها بعدم الحيض لا على رؤية الدم حتى يكفي النساء فتصح رجعته حينئذ فإن لم يقمها لم تصح ولو رجعت لتصديقه .

ويقوم مقام البينة على إقرارها عدم انقضاء العدة سكوتها حال رجعتها .

قال خليل: " أو أشهد برجعتها فصمتت " .

ومثل الشيخ خليل بما يكذبها زيادة على إقرارها عدم الانقضاء بقوله :

" أو ولدت لدون ستة أشهر "

وقال في أحكامه :

" و ردت برجعته ولم تحرم على الثاني وإن لم تعلم بها حتى انقضت وتزوجت .

أي و ردت إليه مطلقته بمقتضى دعوى إنشاء الرجعة ولم يصدق في حينه لعدم البينة لأنه تبين أنها حين الطلاق كانت حاملا وعدة الحامل وضع الحمل كله . ولم تحرم الزوجة على الزوج الثاني تأبيدا إذا مات الأول أو طلقها لأنه لما ألحق الولد بالأول لزم أن يكون الثاني تزوج ذات زوج لا معتدة وهو قول ابن القاسم .

وقال غيره في المدونة يتأبد عليها تحريمها كالبائن .

وإن لم تعلم الزوجة بالرجعة حتى انقضت عدتها فتزوجت وتلذذ بها الزوج الثاني غير عالم بأن مطلقها راجعها فانت على المراجع وكذلك إذا حضر الأول عقدها على الثاني ساكتا فتقوت عليه وتكون للثاني وعقده صحيح كما في التوضيح عن مالك لأن حضور الأول عقد الثاني تكذيب لبينته الشاهدة بالرجعة .

وأما إن تلذذ بها الزوج الثاني عالما بأن مطلقها راجعها أو لم يحصل إلا مجرد العقد لم تفت على الأول .

وفي حالة ما إذا لم يكن للزوج بينة بالرجعة ولا مصدق على نحو ما مر وادعى بعد انقضاء العدة أنه راجع زوجته في العدة فإنه لا يصدق في ذلك وقد بان من ولو

كانت الزوجة صدقته على ذلك لكن يؤاخذ بمقتضى دعواه وهي أنها زوجة على الدوام فيجب لها ما يجب للزوجة وكذا تؤاخذ بمقتضى إقرارها أن صدقته ولا يمكن واحد منهما من صاحبه.

وإن انقضت العدة وتماديا على الإقرار لزمه النفقة عليها ولا يجوز لها التزوج بغيره فإذا رجعا معا وكذبا أنفسهما لا يلزمه نفقة وجاز لها التزوج بغيره وإذا رجعت هي فقط جاز لها التزوج بغيره ولا يلزمه الإنفاق عليها لتكذيبها له في إقراره وإن رجع هو فقط سقط الإنفاق عنه ولا يجوز لها التزوج بغيره .

قال خليل : " كدعواه لها بعدها أن تماديا على التصديق على الأصوب وللمصدقة النفقة".

والحاصل أن الزوج يتعلق به بسبب إقراره حقان حق للزوجة من جهة النفقة وما في معناها وحق لله كمنع الخامسة وحرمة أصول الزوجة وفصولها وأما هي فلا يتعلق بها لأجل إقرارها إلا حق الله وهو العدة وحرمة تزوجها بالغير . أما أخذ كل منهما بحق الله فبمجرد الإقرار وقع تصديق من الآخر أم لا .

وأما أخذ الزوج بحق الزوجة فمشرط بتصديقها لقوله في الإقرار .

والحكمة في اعتبارهما زوجين أخذا بإقرارهما فيما عدا الاستمتاع أنه التمس بهما حق الله وهو ابتداء نكاح بغير شروطه يمنع كونهما زوجين في حكم الشرع بحيث يثبت لهما كل ما يثبت للأزواج ، ويزول المانع بوجود عقد جديد فإن امتنعت الزوجة أو وليها عقد الحاكم وإن لم ترض لقول خليل :

" ولا تطلق لحقها في الوطاء وله جبرها على تجديد عقد برع دينار " .

ولها أيضا جبره على تجديد العقد استنادا للحديث : " لا ضرر ولا ضرار " . إذا قصد ضررها بامتناعه ولحقها في الوطاء كما أشار إليه الشيخ خليل.

فرع ثالث :

حكم الإشهاد على الرجعة.

قال خليل : " وندب الإشهاد وأصابته من منعت له وشهادة السيد كالعدم " .
قال شراح خليل ممزوجا بكلامه وندب للزوج على المشهور خلافا لمن قال بوجوب الإشهاد على الرجعة وأصابته أي فعلت صوابا من منعت نفسها من الزوج بعد الرجعة ، له أي لأجل الإشهاد فتثاب على ذلك ولا تكون بذلك عاصية لزوجها فلا يجوز للقاضي إسقاط نفقتها لذلك .

والمعتبر إشهاد غير وليها وشهادة السيد . هو في ظل نظام الرق ولم يعد به عمل وإنما يذكر تفقها وتفطنا لا غير . والولي كالعدم أي فلا يحصل به المندوب²⁵⁸ .
أما في إطار مدونة الأسرة المغربية فلم توجب إشهاد عدلين منتصبين للإشهاد وإن كانت نصت في مادتها 124 على أنه :
إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة رجعا أشهد على ذلك عدلين ويقومان بإخبار القاضي فورا .

وفي كتاب الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية لمؤلفه حماد العراقي فقد ذكر فيه ما يلي تكتب الرجعة في رسم الصداق حول الطلاق الصادر فإن لم يأت بالصداق فلا يكتب له العدلان الرجعة حتى يقيم لبينة بصحة الزوجية واتصالها إلى أن أوقع عليها الطلاق الذي يروم الارتجاع منه وتقول البينة ولا تعلمه طلقها غير طلاق واحد أو طلاقين ويحلف مع ذلك الزوج بتا والزوجة على نفي العلم أنه لم يتم له ثلاث

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 425 .

تطبيقات مخافة أن يكون أبتها وأخفى رسم الصداق المشتمل على ذلك ليتمكن من رجعتها قبل أن تنكح زوجا غيره²⁵⁹.

ورغم أن الذي يتلقى الإشهاد على الرجعة هما عدلين منتصبين للإشهاد فلا سند قانوني على وجوب الإشهاد على الزوج، لما مر أن الإشهاد مستحب في مشهور مذهب الإمام مالك وليس بواجب ولكون المدونة نصت صراحة بالنسبة للزوج في المادة 16 على أنه تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج ولم تورد هذا النص بالنسبة للرجعة.

المبحث الثالث :

المتعة.

قال ابن جزي : متعة المطلقات هي الإحسان اليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة²⁶⁰.

قال تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "²⁶¹ والمشهور أنها مندوبة واختارت مدونة الأحوال الشخصية الوجوب عندما نصت المادة 84 على ما يلي: تشمل مستحقات الزوجة : الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج الوضعية المالية للزوج ، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه .

259 - الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية ، ص : 38.

260 - القوانين الفقهية ، ص : 159.

261 - سورة البقرة ، آية : 241.

ويراعي في تقدير المتعة حلاه فقط لقوله تعالى : " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " ²⁶² عكس النفقة التي يراعى فيها حالهما معا لأن المطلقة انكسر خاطرها بالفراق والفراق جاء من قبله فروعها فيها حاله ونفقة الزوجة مستمرة فلمشتقتها روعي فيها حالهما .

والمتعة تكون لكل مطلقة سواء كانت رجعيا أو بائنا إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول فتدفع للبائن إثر طلاقها وللرجعية بعد العدة لأنها ما دامت في العدة ترجو الرجعة فلا ألم عندها بخلاف البائن ولأنه لو دفعها قبلها ثم ارتجعها لم يرجع بها لأنها كهبة مقبوضة . وإن ماتت بعد العدة دفعت لورثتها لأنها تستحقها بانقضاء العدة ومن مات عن حق كتان لورثته . وأما إن ماتت قبل تمام العدة فلا شيء لورثتها لأنها لا تستحقها إلا بعد الخروج من العدة وأما لو مات الزوج قبل أن يمتعها أو ردها إلى عصمته قبل دفعها لها سقطت عنه بائنة كانت أو رجعية وقيل تأخذ من تركته وهو السائغ في ظل مدونة الأسرة المغربية لكون المطلق ملزم بتمتع مطلقته .

وإن امتنع عن أداء قدرها كانت المتعة دينا في ذمته تؤخذ من تركته إن مات ولأن القانون فرض على القاضي تقدير قيمة المتعة قبل تحرير رسم الطلاق ويصبح سنداً ينفذ به على تركته.

وأما لو طلقها وكان مريضا مرضا مخوفا يوم الطلاق أخذت منه بعد العدة في الرجعية ويوم الطلاق في غيرها . لأنه لم يكن متبرعا ولا يتوهم عدم طلبها منه لأنها وارثة ومن باب أولى ما إذا طرأ المرض بعد الطلاق لأنها بعد العدة غير وارثة ²⁶³.

خاتمة في توثيق الطلاق الرجعي :

تنص المادة 138 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ، بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية

– سورة البقرة ، آية : 236.

262

– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 426.

263

وبمفهوم المخالفة فإن لم يدل الزوج لا بإذن المحكمة بالطلاق ولا بمستند الزوجية فيمتنع
العدلان من توثيق الطلاق.

نموذج وثيقة الطلاق:

" الحمد لله وحده وبعد إدراج هذا الطلاق بذاكرة الحفظ عدد ... للعدل الأول أو
الثاني تحت رقم صحيفة في الساعة من يوم سنة
..... الموافق بشهادة العدلين فلان وفلان نصه : حضر لدى شهيديه السيد
..... مهنته ... الساكن حسب التعريف عدد : والمسلمة من
..... بتاريخ : وأشهد أنه طالق زوجته المذكورة معه برسم الزوجية المضمنة بعدد
: صحيفة دفتر الأنكحة عدد : وهي السيدة

طلقة أولى أو ثانية بعد بناءه بها فارقها بها كما يجب مشهدا أن دخله الشهري أو السنوي كذا وإن مفارقتة المذكورة فقيرة أو متوسطة أو غنية وأنه لا ولد له معها ولا حمل بها أو له معها ولد سنه أو بها حمل مثلا وأنها في حالة طهر أو مصرحا أن دخله السنوي كذا درهم وبدون حضور المفارقة المذكورة أو بحضور المفارقة المذكورة . عرف قدره شهد به عليه وهو بأتمه وعرفه أو عرف به مطابقة أوصافه للصورة الملصقة ببطاقته الوطنية وفي التاريخ أعلاه " ثم توقيع العدلين بشكلهما ثم خاطب القاضي وتوقيعه وطابع المحكمة ²⁶⁴ .

لائحة المراجع :

- 1) القرآن الكريم: طبعة 1406 هجرية ، مطبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة المملكة العربية السعودية.
- 2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير للعلامة سيدي محمد عlish شيخ السادة المالكية مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

(3) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وبهمشه حالي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام : طبعة 1412 هجرية موافق 1991 ميلادية مطبعة دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء .

(4) أحكام الأحكام على تحفة الحكام للعلامة محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المولود سنة 760 هجرية والمتوفي سنة 829 هجرية : طبعة 1411 هـ ن 1991 هـ طبعة دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء.

(5) تفسير الجليلين الإمام جلال الدين محمد بن محمد المحلي والإمام جلال الدين عبد الرحمان ابن أبي بكر السيوطي على هامش القرآن الكريم : ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي الكتبي بشا رع المشهد الحسيني رقم : 18 بمصر طبعة 8 ربيع الثاني سنة 1353 هجرية.

(6) القوانين الفقهية لابن جزي أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي المتوفى سنة 771 هجرية ، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(7) الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية تأليف حماد العراقي ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1982.

الفهرس

المقدمة

الفصل الأول : الطلاق الرجعي، تعريفه ، مشروعيته ، أقسامه ومواضعه .

المبحث الأول : تعريف الطلاق الرجعي.

المبحث الثاني مشروعية الطلاق الرجعي.

المبحث الثالث : أقسام الطلاق الرجعي.

المبحث الرابع : مواضع الطلاق الرجعي.

الفرع الأول : طلاق المدخول بها.

أولا : الطلاق المكمل للثلاث.

ثانيا : طلاق الخلع.

ثالثا : الطلاق المملك.

الفرع الثاني : طلاق المولي.

الفرع الثالث : طلاق المعسر بالنفقة.

الفصل الثاني : أركان الطلاق الرجعي.

المبحث الأول: المطلق.

فرع أول : المطلق المريض.

المبحث الثاني : المطلقة.

المبحث الثالث : الصيغة.

المبحث الرابع : القصد.

الفصل الثالث : آثار الطلاق الرجعي .

المبحث الأول : العدة.

فرع أول : تداخل عدتين.

فرع ثان : دعوى انقضاء العدة

فرع ثالث : دعوى امتداد العدة.

المبحث الثاني : حق الرجعة.

فرع أول : أركان الرجعة وشروط صحتها.

(1) المرتجع :

(2) المرتجعة :

(3) الصيغة

فرع ثان : دعوى صحة الرجعة بعد العدة.

فرع ثالث : حكم الإشهاد على الرجعة.

المبحث الثالث : المتعة.

خاتمة في توثيق الطلاق الرجعي

لائحة المراجع

الفهرس

الملحق

مدونة الأسرة

صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة¹

كما تم تعديله.

بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010) ص 3837.

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف – بداخله:

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا:

بناء على الدستور و لاسيما الفصلين 26 و 58 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 70.03 بمثابة
مدونة الأسرة، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالرباط في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004).

وقعه بالعطف:

الوزير الأول،

الإمضاء: إدريس جطو.

لقد جعل مولانا أمير المؤمنين، صاحب الجلالة الملك محمد السادس، نصره الله، منذ اعتلائه عرش أسلافه الميامين، النهوض بحقوق الإنسان في صلب المشروع المجتمعي الديمقراطي الحداثي، الذي يقوده جلالته، حفظه الله. و من ذلك إنصاف المرأة، وحماية حقوق الطفل، وصيانة كرامة الرجل، في تشبث بمقاصد الإسلام السمحة، في العدل والمساواة والتضامن، واجتهاد وانفتاح على روح العصر ومتطلبات التطور والتقدم.

وإذا كان المغفور له جلالة الملك محمد الخامس، طيب الله ثراه، قد سهر، غداة استرجاع المغرب لسيادته، على وضع مدونة للأحوال الشخصية، شكلت في إبانها لبنة أولية في بناء صرح دولة القانون، و توحيد الأحكام في هذا المجال، فإن عمل صاحب الجلالة الملك المغفور له الحسن الثاني، نور الله ضريحه، قد تميز بالتكريس الدستوري للمساواة أمام القانون، موليا، قدس الله روحه، قضايا الأسرة، عناية فائقة، تجلت بوضوح في كافة ميادين الحياة السياسية والمؤسسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكان من نتائجها أن تبوأَت المرأة المغربية مكانة أرقى، أتاحت لها المشاركة الفاعلة في شتى مناحي الحياة العامة.

وفي نفس السياق، وسيرا على النهج القويم لجده ووالده المنعمين، فإن جلالة الملك محمد السادس، نصره الله، تجسيدا لالتزامه المولوي بديمقراطية القرب والمشاركة، وتجاوبا مع التطلعات المشروعة للشعب المغربي، وتأكيدا للإرادة المشتركة التي تجمع كافة مكونات الأمة بقائدها، على درب الإصلاح الشامل والتقدم الحثيث، وتقوية الإشعاع الحضاري للمملكة، قد أبى حفظه الله، إلا أن يجعل من الأسرة المغربية، القائمة على المسؤولية المشتركة، والمودة والمساواة والعدل، والمعايشة بالمعروف، والتنشئة السليمة للأطفال لبنة جوهرية في ديمقراطية المجتمع باعتبار الأسرة نواته الأساسية.

وقد سلك جلالة الملك محمد السادس، نصره الله، منذ تقلده الأمانة العظمى لإمارة المؤمنين، مسلك الحكمة وبعد النظر، في تحقيق هذا الهدف الأسمى، فكلف لجنة ملكية استشارية من أفاضل العلماء والخبراء، من الرجال والنساء، متعددة المشارب ومتنوعة التخصصات، بإجراء مراجعة جوهرية لمدونة الأحوال الشخصية، كما حرص جلالته، أعزه الله على تزويد هذه اللجنة باستمرار، بإرشاداته النيرة، وتوجيهاته السامية، بغية إعداد مشروع مدونة جديدة للأسرة، مشددا على الالتزام بأحكام الشرع، ومقاصد الإسلام

السمة، وداعيا إلى أعمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء بما تقتضيه روح العصر والتطور، والتزام المملكة بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا.

وقد كان من نتائج هذا الحرص الملكي السامي، الإنجاز التاريخي لهذه المدونة الرائدة، في مقتضياتها وصياغتها بأسلوب قانوني فقهي حديث، متطابقة مع أحكام الإسلام السمة ومقاصده المثلى، واضعة حلولا متوازنة ومنصفة وعملية، تنم عن الاجتهاد المستنير المتفتح، و تنص على تكريس حقوق الإنسان والمواطنة للمغاربة نساء ورجالا على حد سواء، في احترام للمرجعيات الدينية السماوية.

وإن البرلمان بمجلسيه، إذ يعتز بروح الحكمة والتبصر والمسؤولية والواقعية، التي حرص جلالته الملك محمد السادس، نصره الله، على أن تسود مسار إعداد هذه المعلمة الحقوقية والمجتمعية، ليقدر بافتخار التحول التاريخي المتميز المتمثل في مدونة الأسرة، معتبرا إياها نصا قانونيا مؤسسا للمجتمع الديمقراطي الحديث.

وإن ممثلي الأمة بالبرلمان ليثمنون عاليا المبادرة الديمقراطية لجلالة الملك، بإحالة مشروع مدونة الأسرة على مجلسيه للنظر فيه، إيمانا من جلالته، باعتباره أميرا للمؤمنين، والممثل الأسمى للأمة، بالدور الحيوي الذي يضطلع به البرلمان في البناء الديمقراطي لدولة المؤسسات.

كما أن البرلمان يقدر بامتنان الحرص المولوي السامي على إيجاد قضاء أسري متخصص، منصف ومؤهل عصري وفعال؛ مؤكدا تعبئة كل مكوناته خلف مولانا أمير المؤمنين، من أجل توفير كل الوسائل والنصوص الكفيلة بإيجاد منظومة تشريعية متكاملة ومنسجمة، خدمة لتماسك الأسرة وتآزر المجتمع.

لهذه الاعتبارات، فإن البرلمان، إذ يعتز بما جاء من درر غالية وتوجيهات نيرة في الخطاب التاريخي لصاحب الجلالة، بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة، ليعتمدها بمثابة أفضل ديباجة لمدونة الأسرة، ولاسيما ما جاء في النطق الملكي السامي، وهو قوله أيده الله:

"لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية:

أولا: تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة. وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين. وذلك باعتبار « النساء شقائق للرجال في الأحكام»، مصداقا لقول جدي المصطفى عليه السلام، وكما يروى: « لا يكرمهن إلا كريم ولا يهينهن إلا لئيم ».

ثانيا: جعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة، القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف: «ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف». وللمرأة بمحض إرادتها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

ثالثا: مساواة المرأة بالرجل بالنسبة لسن الزواج، بتوحيده في ثمان عشرة سنة، عملا ببعض أحكام المذهب المالكي، مع تخويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات المبررة، وكذلك مساواة البنت والولد المحضونين في بلوغ سن الخامسة عشرة لاختيار الحاضن.

رابعا: فيما يخص التعدد، فقد راعينا في شأنه الالتزام بمقاصد الإسلام السمحة في الحرص على العدل، الذي جعل الحق سبحانه يقيد إمكان التعدد بتوفيره، في قوله تعالى «فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة»، وحيث إنه تعالى نفى هذا العدل بقوله: «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم»، فقد جعله شبه ممتنع شرعا، كما تشبعنا بحكمة الإسلام المتميزة، بالترخيص بزواج الرجل بامرأة ثانية، بصفة شرعية لضرورات قاهرة وضوابط صارمة، وبإذن من القاضي، بدل اللجوء للتعدد الفعلي غير الشرعي، في حالة منع التعدد بصفة قطعية.

ومن هذا المنطلق فإن التعدد لا يجوز إلا وفق الحالات والشروط الشرعية التالية:

لا يأذن القاضي بالتعدد إلا إذا تأكد من إمكانية الزوج في توفير العدل على قدم المساواة مع الزوجة الأولى وأبنائها في جميع جوانب الحياة، وإذا ثبت لديه المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد؛

للمرأة أن تشترط في العقد على زوجها عدم التزوج عليها باعتبار ذلك حقا لها، عملا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط». وإذا لم يكن هنالك شرط، وجب استدعاء المرأة الأولى لأخذ موافقتها، وإخبار و رضي الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بغيرها. وهذا مع إعطاء الحق للمرأة المتزوج عليها، في طلب التطلق للضرر.

خامسا: تجسيد إرادتنا الملكية، في العناية بأحوال رعايانا الأعزاء، المقيمين بالخارج، لرفع أشكال المعاناة عنهم، عند إبرام عقد زواجهم. وذلك بتبسيط مسطرته، من خلال الاكتفاء بتسجيل العقد، بحضور شاهدين مسلمين، بشكل مقبول لدى موطن الإقامة، وتوثيق الزواج بالمصالح القنصلية أو القضائية المغربية، عملا بحديث أشرف المرسلين «يسروا ولا تعسروا».

سادسا: جعل الطلاق حلا لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة، كل حسب شروطه الشرعية، وبمراقبة القضاء، وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق، بضوابط محددة تطبيقا لقوله عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق»، وبتعزيز

آليات التوفيق والوساطة، بتدخل الأسرة والقاضي. وإذا كان الطلاق، بيد الزوج، فإنه يكون بيد الزوجة بالتمليك. وفي جميع الحالات، يراعى حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق. وقد تم إقرار مسطرة جديدة للطلاق، تستوجب الإذن المسبق من طرف المحكمة، وعدم تسجيله إلا بعد دفع المبالغ المستحقة للزوجة والأطفال على الزوج. والتنصيص على أنه لا يقبل الطلاق الشفوي في الحالات غير العادية.

سابعاً: توسيع حق المرأة في طلب التطلق، لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف، وغيرها من مظاهر الضرر، أخذاً بالقاعدة الفقهية العامة: "لا ضرر ولا ضرار"، وتعزيزاً للمساواة والإنصاف بين الزوجين. كما تم إقرار حق الطلاق الاتفاقي تحت مراقبة القاضي.

ثامناً: الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب في صلب المدونة. وهذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم للأم. فإن تعذر ذلك، فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية. كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجباً مستقلاً عن بقية عناصر النفقة، مع الإسراع بالبت في القضايا المتعلقة بالنفقة، في أجل أقصاه شهر واحد.

تاسعاً: حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية، لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البيّنات المقدمة في شأن إثبات البنوة، مع فتح مدة زمنية في خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا المجال، رفعا للمعاناة والحرمان عن الأطفال في مثل هذه الحالة.

عاشراً: تخويل الحفيدة والحفيد من جهة الأم، على غرار أبناء الابن، حقهم في حصتهم من تركة جدهم، عملاً بالاجتهاد والعدل في الوصية الواجبة.

حادي عشر: أما في ما يخص مسألة تدبير الأموال المكتسبة، من لدن الزوجين خلال فترة الزواج: فمع الاحتفاظ بقاعدة استقلال الذمة المالية لكل منهما، تم إقرار مبدأ جواز الاتفاق بين الزوجين، في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، على وضع إطار لتدبير أموالهما المكتسبة، خلال فترة الزواج، وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى القواعد العامة للإثبات بتقدير القاضي لمساهمة كلا الزوجين في تنمية أموال الأسرة.

حضرات السيدات والسادة البرلمانين المحترمين:

إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها، لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها انتصار لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين. وقد حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمرجعيات التالية:

- لا يمكنني بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحله؛

- الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة، في تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد، الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية للأسرة، منسجمة مع روح ديننا الحنيف؛

- عدم اعتبار المدونة قانونا للمرأة وحدها، بل مدونة للأسرة، أبا وأما وأطفالا، والحرص على أن تجمع بين رفع الحيف عن النساء، وحماية حقوق الأطفال، وصيانة كرامة الرجل. فهل يرضى أحدكم بتشريد أسرته وزوجته وأبنائه في الشارع، أو بالتعسف على ابنته أو أخته؟

وبصفتنا ملكا لكل المغاربة، فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة، وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة، التي نعتبرها أسرتنا الكبرى.

وحرصا على حقوق رعايانا الأوفياء المعتنقين للديانة اليهودية، فقد أكدنا في مدونة الأسرة الجديدة، أن تطبق عليهم أحكام قانون الأحوال الشخصية المغربية العبرية.

وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظواهر شريفة، فإن نظرنا السديد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية هي من اختصاص أمير المؤمنين.

وإننا لنتنظر منكم أن تكونوا في مستوى هذه المسؤولية التاريخية، سواء باحترامكم لقدسية نصوص المشروع، المستمدة من مقاصد الشريعة السمحة، أو باعتمادكم لغيرها من النصوص، التي لا ينبغي النظر إليها بعين الكمال أو التعصب، بل التعامل معها بواقعية وتبصر، باعتبارها اجتهدا يناسب مغرب اليوم، في انفتاح على التطور الذي نحن أشد ما نكون تمسكا بالسير عليه، بحكمة وتدرج.

وبصفتنا أميرا للمؤمنين، فإننا سننظر إلى عملكم، في هذا الشأن، من منطلق قوله تعالى « وشاورهم في الأمر »، وقوله عز وجل « فإذا عزممت فتوكل على الله ».

وحرصا من جلالتنا، على توفير الشروط الكفيلة بحسن تطبيق مدونة الأسرة، وجهنا رسالة ملكية إلى وزيرنا في العدل. وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة، مهما تضمنت من عناصر الإصلاح، فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل، وعصري وفعال، لاسيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية، أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها، ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، مادي وبشري و مسطريا، لتوفير كل شروط العدل والإنصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها.

كما أمرناه بالإسراع بإيجاد مقرات لائحة لقضاء الأسرة، بمختلف محاكم المملكة، والعناية بتكوين أطر مؤهلة من كافة المستويات، نظرا للسلطات التي يخولها هذا المشروع للقضاء، فضلا عن ضرورة الإسراع بإحداث صندوق التكافل العائلي.

كما أمرناه أيضا، بأن يرفع إلى جلالتنا اقتراحات بشأن تكوين لجنة من ذوي الاختصاص، لإعداد دليل عملي، يتضمن مختلف الأحكام والنصوص، والإجراءات المتعلقة بقضاء الأسرة، ليكون مرجعا موحدا لهذا القضاء، وبمثابة مسطرة لمدونة الأسرة، مع العمل على تقليص الآجال، المتعلقة بالبت في تنفيذ قضاياها الواردة في قانون المسطرة المدنية، الجاري به العمل.

باب تمهيدي: أحكام عامة

المادة 1

يطلق على هذا القانون اسم مدونة الأسرة، ويشار إليها بعده باسم المدونة.

المادة 2

تسري أحكام هذه المدونة على:

- 1 - جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
 - 2 - اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين؛
 - 3 - العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛
 - 4 - العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.
- أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

المادة 3

تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة.

الكتاب الأول: الزواج

القسم الأول: الخطبة والزواج

المادة 4

الزواج ميثاق تراض وترباط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة.

الباب الأول: الخطبة

المادة 5

الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

المادة 6

يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها.

مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.
غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض.

لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.
ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال.

إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه.

ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً.

يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين.

يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1 - شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛

2 - متطابقين وفي مجلس واحد؛

3 - باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.

تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده.

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- 1 - أهلية الزوج والزوجة؛
- 2 - عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛
- 3 - ولي الزواج عند الاقتضاء؛
- 4 - سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛
- 5 - انتفاء الموانع الشرعية.

المادة 14

يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده.

المادة 15

يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

المادة 16

تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى عشر سنوات، ابتداء من [2] تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ¹.

المادة 17

يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

- 1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛
- 2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها؛

3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر؛

6- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

المادة 18

ليس للقاضي أن يتولى بنفسه، تزويج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه.

القسم الثاني: الأهلية والولاية والصداق

الباب الأول: الأهلية والولاية في الزواج

المادة 19

تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية.

المادة 20

لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.

المادة 21

زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع.

المادة 22

يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها.

المادة 23

يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخر راشداً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة.

المادة 24

الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها.

المادة 25

للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

الباب الثاني: الصداق

المادة 26

الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية.

المادة 27

يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين.

المادة 28

كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق.

المادة 29

الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه.

المادة 30

يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا.

المادة 31

يؤدي الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه.

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح الصداق ديناً في ذمة الزوج.

المادة 32

تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء.

لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

1 - إذا وقع فسخ عقد الزواج؛

2 - إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب

عيب في الزوج؛

3 - إذا حدث الطلاق في زواج التفويض.

المادة 33

إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج.

إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه.

لا يخضع الصداق لأي تقادم.

كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها.
 إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.
 غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء. أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له.
 القسم الثالث: موانع الزواج

موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة.

الباب الأول: الموانع المؤبدة

المحرمات بالقربة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا.

المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد.

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة.
 يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها.
 لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام.

الباب الثاني: الموانع المؤقتة

موانع الزواج المؤقتة هي:

- 1 - الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛
 - 2 - الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا؛
 - 3 - حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا؛
- زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة؛

4- زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛

5- وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء.

المادة 40

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

المادة 41

لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

المادة 42

في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة.

يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقاً بإقرار عن وضعيته المادية.

المادة 43

تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور. فإذا توصلت شخصياً ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذاراً تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها.

كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجاً عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة.

المادة 44

تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين. ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما.

المادة 45

إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم.

يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام.

تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكما بالتطليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد.

فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده.

المادة 46

في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك.

يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي.

القسم الرابع: الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها

المادة 47

الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا.

المادة 48

الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه.

لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات و ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

القسم الخامس: أنواع الزواج وأحكامها

الباب الأول: الزواج الصحيح وآثاره

إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع، فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة.

الفرع الأول: الزوجان

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- 1 - المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛
- 2 - المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛
- 3 - تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛
- 4 - التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛
- 5 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف؛
- 6 - حق التوارث بينهما.

عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده.

إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.

الفرع الثاني: الأطفال

للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- 1 - حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛
 - 2 - العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية؛
 - 3 - النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة؛
 - 4 - إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛
 - 5 - اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا؛
 - 6 - التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛
 - 7 - التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.
- عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة.

عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.

يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.

تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقاً للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر.

الفرع الثالث: الأقارب

المادة 55

ينشئ عقد الزواج آثاراً تمتد إلى أقارب الزوجين كموانع الزواج الراجعة إلى المصاهرة، والرضاع، والجمع.

الباب الثاني: الزواج غير الصحيح وآثاره

المادة 56

الزواج غير الصحيح يكون إما باطلاً وإما فاسداً.

الفرع الأول: الزواج الباطل

المادة 57

يكون الزواج باطلاً:

- 1- إذا اختلف فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه؛
- 2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه؛

3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

المادة 58

تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر.

يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.

الفرع الثاني: الزواج الفاسد

المادة 59

يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و61 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده.

المادة 60

يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين.

المادة 61

يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:
- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛

- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا؛

- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ.

المادة 62

إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47 أعلاه.

المادة 63

يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض.

المادة 64

الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه.

القسم السادس: الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج

المادة 65

أولاً: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية؛ وهي:

1 - مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل[3]

2 - نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية، إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج؛

3 - شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل[4] والداخلية[5]

4 - شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار[5] مشترك لوزيري العدل والصحة[6]

5 - الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:

- الزواج دون سن الأهلية؛

- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة؛

- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية؛

- زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

6 - شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها.

ثانياً: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثاً: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعاً: يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق، يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه.

المادة 66

التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر.

يتضمن عقد الزواج ما يلي:

- 1 - الإشارة إلى إذن القاضي ورقمه وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج والمحكمة المودع بها؛
 - 2 - اسم الزوجين ونسبهما، وموطن أو محل إقامة كل واحد منهما، ومكان ميلاده وسنه، ورقم بطاقته الوطنية أو ما يقوم مقامها، وجنسيته؛
 - 3 - اسم الولي عند الاقتضاء؛
 - 4 - صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين وهما متمتعان بالأهلية والتميز والاختيار؛
 - 5 - في حالة التوكيل على العقد، اسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية، وتاريخ ومكان صدور الوكالة في الزواج؛
 - 6 - الإشارة إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين؛
 - 7 - مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا؛
 - 8 - الشروط المتفق عليها بين الطرفين؛
 - 9 - توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء؛
 - 10 - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد؛
 - 11 - خطاب القاضي على رسم الزواج مع طابعه.
- [تغيير وتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد ⁶ يمكن بقرار لوزير العدل¹ الزواج وكذا محتوياته.

- يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، و يوجه [إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل ² ملخصه¹ خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه.
- غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.
- على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

يحدد شكل السجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ومضمونه وكذا المعلومات
[8]المذكورة، بقرار لوزير العدل]

المادة 69

يسلم أصل رسم الزواج للزوجة، ونظير منه للزوج فور الخطاب عليه.

الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وآثاره

القسم الأول: أحكام عامة

المادة 70

لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود
الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال.

المادة 71

ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع.

المادة 72

تترتب على انحلال عقد الزواج آثاره المنصوص عليها في هذه المدونة، وذلك من
تاريخ:

1 - وفاة أحد الزوجين أو الحكم بوفاته؛

2 - الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع.

المادة 73

يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته
الدالة على قصده.

القسم الثاني: الوفاة والفسخ

الباب الأول: الوفاة

المادة 74

تنثبت الوفاة وتاريخها أمام المحكمة بكل الوسائل المقبولة.

تحكم المحكمة بوفاة المفقود طبقاً للمادة 327 وما بعدها.

المادة 75

إذا ظهر أن المفقود المحكوم بوفاته ما زال حياً، تعين على النيابة العامة أو من يعنيه
الأمر، أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بإثبات كونه باقياً على قيد الحياة.

يبطل الحكم الصادر بإثبات حياة المفقود، الحكم بالوفاة بجميع آثاره، ما عدا زواج امرأة المفقود فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها.

المادة 76

في حالة ثبوت التاريخ الحقيقي للوفاة غير الذي صدر الحكم به، يتعين على النيابة العامة وكل من يعنيه الأمر طلب إصدار الحكم بإثبات ذلك، وببطلان الآثار المترتبة عن التاريخ غير الصحيح للوفاة ما عدا زواج المرأة.

الباب الثاني: الفسخ

المادة 77

يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات وطبقا للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة.

القسم الثالث: الطلاق

المادة 78

الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة.

المادة 79

يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

المادة 80

يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، هوية الزوجين ومهنتهما وعنوانهما، وعدد الأطفال إن وجدوا، وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي.

يرفق الطلب بمستند الزوجية والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية.

المادة 81

تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح.

إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعاً عن طلبه.

إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة.

المادة 82

عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه.

للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصالح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً.

إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة.

المادة 83

إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغاً يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين الموالتيتين.

المادة 84

تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة.

المادة 85

تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقاً للمادتين 168 و190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق.

المادة 86

إذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 أعلاه، داخل الأجل المحدد له، اعتبر مترجعاً عن رغبته في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

المادة 87

بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة.

يقوم القاضي بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق.

المادة 88

بعد توصل المحكمة بالنسخة المشار إليها في المادة السابقة، تصدر قرارا معللا يتضمن:

- 1 - أسماء الزوجين وتاريخ ومكان ولادتهما وزواجهما وموطنهما أو محل إقامتهما؛
- 2 - ملخص ادعاء الطرفين وطلباتهما، وما قدماه من حجج ودفع، والإجراءات المنجزة في الملف، ومستنتجات النيابة العامة؛
- 3 - تاريخ الإشهاد بالطلاق؛
- 4 - ما إذا كانت الزوجة حاملا أم لا؛
- 5 - أسماء الأطفال وسنهم ومن أسندت إليه حضانتهم وتنظيم حق الزيارة؛
- 6 - تحديد المستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 أعلاه وأجرة الحضانة بعد العدة.

قرار المحكمة قابل للطعن طبقا للإجراءات العادية.

المادة 89

إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه.

تتأكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين، وتحاول الإصلاح بينهما طبقا لأحكام المادتين 81 و82 أعلاه.

إذا تعذر الإصلاح، تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق، وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء، تطبيقا لأحكام المادتين 84 و85 أعلاه.

لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه.

المادة 90

لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا.

المادة 91

الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق.

المادة 92

الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا.

الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع.

القسم الرابع: التطليق

الباب الأول: التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق

إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه.

يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة.

في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

الباب الثاني: التطليق لأسباب أخرى

للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1 - إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛

2 - الضرر؛

3 - عدم الإنفاق؛

4 - الغيبة؛

5 - العيب؛

6 - الإيلاء والهجر.

الفرع الأول: الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر

المادة 99

يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

المادة 100

تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.

إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطلق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

المادة 101

في حالة الحكم بالتطلق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

الفرع الثاني: عدم الإنفاق

المادة 102

للزوجة طلب التطلق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1 - إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطلق؛

2 - في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي؛

3 - تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز.

المادة 103

تطبق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى.

إذا كان محل غيبة الزوج مجهولاً، تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك، ومن صحة دعوى الزوجة، ثم ثبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف.

الفرع الثالث: الغيبة

المادة 104

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطلاق.
تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل.

تبليغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطلاق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه.

المادة 105

إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة، ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه.

المادة 106

إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجناً أو حبساً، جاز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله.

الفرع الرابع: العيب

المادة 107

تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها:

1 - العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية؛

2 - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة.

المادة 108

يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

1 - ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد؛

2 - ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء.

المادة 109

لا صديق في حالة التطلق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصديق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصداً.

المادة 110

إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد، وطلق قبل البناء، لزمه نصف الصديق.

المادة 111

يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض.

الفرع الخامس: الإيلاء والهجر

المادة 112

إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة.

الفرع السادس: دعاوى التطلق

المادة 113

يبت في دعاوى التطلق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة.

تبت المحكمة أيضاً عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و85 أعلاه.

القسم الخامس: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع

الباب الأول: الطلاق بالاتفاق

المادة 114

يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطلق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

الباب الثاني: الطلاق بالخلع

المادة 115

للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه.

المادة 116

تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي.

المادة 117

للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال.

المادة 118

كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة.

المادة 119

لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها.

المادة 120

إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

القسم السادس: أنواع الطلاق والتطليق

الباب الأول: التدابير المؤقتة

المادة 121

في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة.

الباب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن

المادة 122

كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق.

المادة 123

كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك.

المادة 124

للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة.

إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه.

المادة 125

تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي.

المادة 126

الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج.

المادة 127

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر بنى بها فعلاً بناءً شرعياً.

المادة 128

المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة، لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقاً لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية.

القسم السابع: آثار انحلال ميثاق الزوجية

الباب الأول: العدة

المادة 129

تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة.

المادة 130

لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة.

المادة 131

تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية، أو في منزل آخر يخصص لها.

الفرع الأول: عدة الوفاة

المادة 132

عدة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة.

الفرع الثاني: عدة الحامل

المادة 133

تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه.

المادة 134

في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها.

المادة 135

أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 136

تعتد غير الحامل بما يلي:

1 - ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض؛

2 - ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً، أو التي ينست من المحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار؛

3 - تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار.

الباب الثاني: تداخل العدد

المادة 137

إذا توفي زوج المطلقة طلاقاً رجعيًا وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

القسم الثامن: إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق

المادة 138

يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمستند الزوجية.

المادة 139

يجب النص في رسم الطلاق على ما يلي:

- 1 - تاريخ الإذن بالطلاق ورقمه؛
- 2 - هوية كل من المتفارقين ومحل سكنهما، وبطاقة تعريفهما، أو ما يقوم مقامها؛
- 3 - الإشارة إلى تاريخ عقد الزواج، وعدده، وصحيفته، بالسجل المشار إليه في المادة 68 أعلاه؛
- 4 - نوع الطلقة والعدد الذي بلغت إليه.

المادة 140

وثيقة الطلاق حق للزوجة، يجب أن تحوزها خلال خمسة عشر يوما الموالية لتاريخ الإشهاد على الطلاق، وللزوج الحق في حيازة نظير منها.

المادة 141

توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين. إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، [\[بقرار من وزير العدل\]](#).

الكتاب الثالث: الولادة ونتائجها

القسم الأول: البنوة والنسب

الباب الأول: البنوة

المادة 142

تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية.

المادة 143

تعتبر البنوة بالنسبة للأب والأم شرعية إلى أن يثبت العكس.

المادة 144

تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا.

المادة 145

متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي، أصبح الولد شرعيا، يتبع أباه في نسبه ودينه، ويتوارثان وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة.

المادة 146

تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية.

المادة 147

تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق:

- واقعة الولادة؛

- إقرار الأم طبقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 بعده؛

- صدور حكم قضائي بها.

تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب.

المادة 148

لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

المادة 149

يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية.

الباب الثاني: النسب ووسائل إثباته

المادة 150

النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف.

المادة 151

يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي.

المادة 152

أسباب لحوق النسب:

1 - الفراش؛

2 - الإقرار؛

3 - الشبهة.

المادة 153

يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

المادة 154

يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 - إذا ولد لسنة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً؛

2 - إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق.

المادة 155

إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل.

يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعاً.

المادة 156

إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

متى ثبت النسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالاستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة. فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث.

يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية.

لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي، طبقا للمادة 153 أعلاه.

يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:

- 1 - أن يكون الأب المقر عاقلا؛
 - 2 - ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب؛
 - 3 - أن لا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقل أو عادة؛
 - 4 - أن يوافق المستلحق - بفتح الحاء - إذا كان راشدا حين الاستلحاق. وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد.
- إذا عين المستلحق الأم، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.
- لكل من له المصلحة، أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكورة، مادام المستلحق حيا.

لا يثبت النسب بإقرار غير الأب.

يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه.

القسم الثاني: الحضانة

الباب الأول: أحكام عامة

الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه.

على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون.

المادة 164

الحضانة من واجبات الأبوين، مادامت علاقة الزوجية قائمة.

المادة 165

إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرر اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك.

المادة 166

تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء. بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي. وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر.

المادة 167

أجرة الحضانة ومصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة.

لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي.

المادة 168

تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده.

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه.

المادة 169

على الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة، واجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، ولكنه لا يبييت إلا عند حاضنته، إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك.

وعلى الحاضن غير الأم، مراقبة المحضون في المتابعة اليومية لواجباته الدراسية. وفي حالة الخلاف بين النائب الشرعي والحاضن، يرفع الأمر إلى المحكمة للبت وفق مصلحة المحضون.

المادة 170

تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

الباب الثاني: مستحقو الحضانة وترتيبهم

المادة 171

تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة.

المادة 172

للمحكمة، الاستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن، وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية المادية والمعنوية.

الباب الثالث: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها

المادة 173

شروط الحاضن:

- 1 - الرشد القانوني لغير الأبوين؛
- 2 - الاستقامة والأمانة؛
- 3 - القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه؛
- 4 - عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانتة وانتقلت إلى من يليه.

المادة 174

زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:

- 1 - إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون؛
- 2 - إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون.

المادة 175

زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

- 1 - إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها؛
 - 2 - إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم؛
 - 3 - إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون؛
 - 4 - إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون.
- زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب.

المادة 176

سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانتة إلا لأسباب قاهرة.

المادة 177

يجب على الأب وأم المحضون و الأقارب و غيرهم، إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة.

المادة 178

لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي.

المادة 179

يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي.

تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك.

في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك.

لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب.

الباب الرابع: زيارة المحضون

المادة 180

لغير الحاضن من الأبوين، حق زيارة واستزارة المحضون.

المادة 181

يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة.

المادة 182

في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة، فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ. تراعي المحكمة في كل ذلك، ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية، ويكون قرارها قابلاً للطعن.

المادة 183

إذا استجبت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضاراً بأحد الطرفين أو بالمحضون، أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف.

المادة 184

تتخذ المحكمة ما تراه مناسباً من إجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.

المادة 185

إذا توفي أحد والدي المحضون، يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة.

المادة 186

تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب.

القسم الثالث: النفقة

نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثنى بمقتضى القانون.
أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام.

لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتقرض
الملاءة إلى أن يثبت العكس.

تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد،
مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه.

يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى
الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة.

تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام
المادتين 85 و189 أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك.
يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد.

تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه،
أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات
الكفيلة باستمرار أداء النفقة.

الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله،
أو يسقط حق المحكوم له في النفقة.

لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائياً أو التخفيض منها،
قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية.

إذا كان الملزم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإنفاق عليه، تقدم
الزوجة، ثم الأولاد الصغار ذكورا أو إناثا، ثم البنات، ثم الذكور من أولاده، ثم الأم، ثم
الأب.

المادة 194

تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعتة للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها.

المادة 195

يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت.

المادة 196

المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول.

المطلقة طلاقًا بائنًا إذا كانت حاملاً، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملاً، يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها.

الباب الثالث: نفقة الأقارب

المادة 197

النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقاً لأحكام هذه المدونة.

الفرع الأول: النفقة على الأولاد

المادة 198

تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته.

وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها.

ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب.

المادة 199

إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب.

المادة 200

يحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء.

المادة 201

أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته.

المادة 202

كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول،
تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة.

الفرع الثاني: نفقة الأبوين

المادة 203

توزع نفقة الآباء على الأبناء عند تعدد الأولاد بحسب يسر الأولاد لا بحسب إرثهم.

المادة 204

يحكم بنفقة الأبوين من تاريخ تقديم الطلب.

الباب الرابع: الالتزام بالنفقة

المادة 205

من التزم بنفقة الغير صغيرا كان أو كبيرا لمدة محدودة، لزمه ما التزم به، وإذا كانت
لمدة غير محدودة، اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها.

الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية

القسم الأول: الأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور

الباب الأول: الأهلية

المادة 206

الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

المادة 207

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

المادة 208

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

المادة 210

كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

المادة 211

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة.

الباب الثاني: أسباب الحجر وإجراءات إثباته

الفرع الأول: أسباب الحجر

المادة 212

أسباب الحجر نوعان: الأول ينقص الأهلية والثاني يعدمها.

المادة 213

يعتبر ناقص أهلية الأداء:

1 - الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛

2 - السفیه؛

3 - المعتوه.

المادة 214

الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة.

المادة 215

السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً، بشكل يضر به أو بأسرته.

المادة 216

المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته.

المادة 217

يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

ثانياً: المجنون وفاقد العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

المادة 218

ينتهي الحجر عن القاصر إذا بلغ سن الرشد، ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر.

يحق للمحجور بسبب إصابته بإعاقة ذهنية أو سفه، أن يطلب من المحكمة رفع الحجر عنه إذا أنس من نفسه الرشد كما يحق ذلك لنائبه الشرعي.

إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده.

يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد.

يترتب عن الترشيح تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها.

وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيح من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة.

المادة 219

إذا رأى النائب الشرعي قبل بلوغ المحجور سن الرشد أنه مصاب بإعاقة ذهنية أو سفه، رفع الأمر إلى المحكمة التي تنتظر في إمكانية استمرار الحجر عليه، وتعتمد المحكمة في ذلك، سائر وسائل الإثبات الشرعية.

الفرع الثاني: إجراءات إثبات الحجر ورفع

المادة 220

فاقد العقل والنفه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة.

المادة 221

يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك.

المادة 222

تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفع، على خبرة طبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية.

المادة 223

يشهر الحكم الصادر بالحجر أو برفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة.

الباب الثالث: تصرفات المحجور

الفرع الأول: تصرفات عديم الأهلية

المادة 224

تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر.

الفرع الثاني: تصرفات ناقص الأهلية

المادة 225

تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1 - تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضاً؛

2 - تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3 - يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي.

المادة 226

يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار.

يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها. يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه.

المادة 227

للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للصغير المميز إذا وجدت مبررات لذلك.

المادة 228

تخضع تصرفات السفية والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه.

القسم الثاني: النيابة الشرعية

الباب الأول: أحكام عامة

المادة 229

النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.

المادة 230

يقصد بالنايب الشرعي في هذا الكتاب:

- 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
- 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
- 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

المادة 231

صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد؛
- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛
- وصي الأب؛
- وصي الأم؛
- القاضي؛
- مقدم القاضي.

المادة 232

في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائبا شرعيا للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدما.

المادة 233

للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني. وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. وتكون النيابة الشرعية على السفه والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي.

المادة 234

للمحكمة أن تعين مقدما إلى جانب الوصي تكلفه بمساعدته أو بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر.

الباب الثاني: صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي

المادة 235

يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور.

يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي.

يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقا لأحكام المواد المالية.

الفرع الأول: الولي

أولا: الأب

المادة 236

الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي، ولأنه أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب.

المادة 237

يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

ثانيا: الأم

المادة 238

يشترط لولاية الأم على أولادها:

1 - أن تكون راشدة؛

2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك.

يجوز للأُم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها.

تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

المادة 239

للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول.

ثالثاً: أحكام مشتركة لولاية الأبوين

المادة 240

لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم). وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك. ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي.

المادة 241

إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) أثناء إدارتها، وجب على الولي إبلاغ القاضي بذلك لفتح ملف النيابة الشرعية، كما يجوز للمحجور أو أمه القيام بنفس الأمر.

المادة 242

يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه.

المادة 243

في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريراً سنوياً عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه. للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية.

إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدما للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصابة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم. للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم.

لأعضاء الأسرة وطالبي الحجر، وكل من له مصلحة في ذلك، ترشيح من يتولى مهمة المقدم.

يمكن للمحكمة أن تعين مقدما مؤقتا عند الحاجة.

تحيل المحكمة الملف حالا على النيابة العامة لإبداء رأيها داخل مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما، على أن تبث المحكمة في الموضوع داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل برأي النيابة العامة.

يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أميناً. للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما.

لا يجوز أن يكون وصيا أو مقدما:

1 - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق؛

2 - المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية؛

3 - من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور.

للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفا مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور، وتبليغ المحكمة ما قد يراه من تقصير أو يخشاه من إتلاف في مال المحجور.

إذا لم يكن مال المحجور قد تم إحصاؤه، تعين على الوصي أو المقدم إنجاز هذا الإحصاء، ويرفقه في جميع الأحوال بما يلي:

- 1 - ما قد يكون لدى الوصي أو المقدم من ملاحظات على هذا الإحصاء؛
- 2 - اقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور ولمن تجب نفقته عليه؛
- 3 - المقترحات الخاصة بالإجراءات المستعجلة الواجب اتخاذها للمحافظة على أموال المحجور؛
- 4 - المقترحات المتعلقة بإدارة أموال المحجور؛
- 5 - المداخل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال المحجور.

المادة 250

يحفظ الإحصاء ومرفقاته بملف النيابة الشرعية ويضمن في كناش التصرف الشهري، أو اليومي، إن اقتضى الحال.

[11] يحدد مضمون وشكل هذا الكناش بقرار من وزير العدل¹

المادة 251

لكل من النيابة العامة، والنائب الشرعي، ومجلس العائلة، أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الانتهاء من الإحصاء، تقديم ملاحظاته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة اللازمة للمحجور، واختيار السبل التي تحقق حسن تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله.

يحدث مجلس للعائلة، تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون [12] الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي²

المادة 252

يقوم العدلان بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشرافه، بالإحصاء النهائي والكامل للأموال والحقوق والالتزامات، وذلك بعد إخبار النيابة العامة وبحضور الورثة والنائب الشرعي والمحجور إذا أتم الخامسة عشرة سنة من عمره.

وتمكن الاستعانة في هذا الإحصاء وتقييم الأموال وتقدير الالتزامات بالخبراء.

المادة 253

على الوصي أو المقدم أن يسجل في الكناش المشار إليه في المادة 250 أعلاه، كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره مع تاريخها.

المادة 254

إذا ظهر للمحجور مال لم يشمل الإحصاء السابق، أعد الوصي أو المقدم ملحقاً به يضاف إلى الإحصاء الأول.

المادة 255

يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي. لا يصادق على هذه الحسابات إلا بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها. وعند ملاحظته خلافاً في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور.

المادة 256

على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب حولها.

المادة 257

يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان. ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء.

المادة 258

تنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الأحوال الآتية:

- 1- بموت المحجور أو موت الوصي أو المقدم أو فقدهما؛
- 2- ببلوغ المحجور سن الرشد إلا إذا استمر الحجر عليه قضائياً لأسباب أخرى؛
- 3- بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لإنجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم؛
- 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته؛
- 5- بزوال أهليته أو بإعفائه أو بعزله.

المادة 259

إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقاً بالمستندات اللازمة، داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، دون أن تتجاوز ثلاثين يوماً إلا لعذر قاهر. تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها.

المادة 260

يتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم الحساب أو تسليم الأموال.

المادة 261

تسلم الأموال إلى المحجور عند رشده، وإلى الورثة بعد وفاته، وإلى من يخلف الوصي أو المقدم في الحالات الأخرى.

في حالة عدم التسليم تطبق الأحكام المشار إليها في المادة 270 بعده.

المادة 262

في حالة وفاة الوصي أو المقدم أو فقد أهليته المدنية يتخذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإجراءات الملائمة لحماية وصيانة أموال المحجور.

تخول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور على تركة الوصي أو المقدم المتوفى امتيازاً يرتب في المرتبة المنصوص عليها في المقطع الثاني مكرر من المادة 1248 من [13] الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود [1].

المادة 263

يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، بحقه في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع.

تتقدم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتتقدم بسنة بعد العلم بذلك.

المادة 264

يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية، تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها.

الباب الثالث: الرقابة القضائية

المادة 265

تتولى المحكمة رقابة النيابة القانونية، طبقاً للمقتضيات المنصوص عليها في هذا الكتاب.

ويقصد بهذه الرقابة، رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها، والأمر بكل الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها والإشراف على إدارتها.

المادة 266

في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفى، أو وفاة الوصي أو المقدم، يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كان يعيش معهم، إبلاغ القاضي المكلف بشؤون

القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام، ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة.

ترفع الفترة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلى شهر، في حالة فقدان القريب أو الوصي أو المقدم للأهلية.

المادة 267

يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية.

المادة 268

يحدد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بعد استشارة مجلس العائلة عند الاقتضاء، المصاريف والتعويضات المترتبة عن تسيير أموال المحجور.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عزله عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛

2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛

- 3- تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
- 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
- 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
- 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
- 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.

قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

المادة 275

قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور.

المادة 276

القرارات التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين طبقاً للمواد 226 و240 و268 و271 تكون قابلة للطعن.

الكتاب الخامس: الوصية

القسم الأول: شروط الوصية وإجراءات تنفيذها

المادة 277

الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

المادة 278

يشترط في صحة عقد الوصية خلوه من التناقض والتخليط مع سلامته مما منع شرعاً.

الباب الأول: الموصي

المادة 279

يشترط في الموصي أن يكون راشداً.

تصح الوصية من المجنون حال إفاقته ومن السفهه والمعتوه.

الباب الثاني: الموصى له

المادة 280

لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة، غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الإسهاد بها.

المادة 281

تصح الوصية لكل من صح شرعاً تملكه للموصى به حقيقة أو حكماً.

المادة 282

تصح الوصية لمن كان موجوداً وقتها أو منتظر الوجود.

المادة 283

يشترط في الموصى له:

1 - أن لا تكون له صفة الوارث وقت موت الموصي، مع مراعاة أحكام المادة 280

أعلاه؛

2 - عدم قتله للموصي عمداً إلا إذا أوصى له من جديد.

الباب الثالث: الإيجاب والقبول

المادة 284

تتعد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي.

المادة 285

يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحاً، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفاً للمقاصد الشرعية.

المادة 286

للموصي حق الرجوع في وصيته وإغائها، ولو التزم بعدم الرجوع فيها، وله إدخال شروط عليها وإشراك الغير فيها، وإلغاء بعضها كما شاء وفي أي وقت يشاء، في صحته أو مرضه.

المادة 287

يقع التعبير عن الرجوع عن الوصية، بالقول الصريح أو الضمني، أو بالفعل كبيع العين الموصى بها.

المادة 288

الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد.

المادة 289

الوصية لشخص معين ترد برده، إذا كان كامل الأهلية، ويرث ورثته هذا الحق عنه.

المادة 290

لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي.

المادة 291

يجوز رد بعض الوصية وقبول بعضها كما يجوز ذلك من بعض الموصى لهم كاملي الأهلية وتبطل بالنسبة للمردود والراد فقط.

الباب الرابع: الموصى به

المادة 292

يجب في الموصى به أن يكون قابلاً للتملك في نفسه.

المادة 293

إذا زاد الموصي في العين الموصى بها، فإن كانت الزيادة مما يتسامح بمثله عادة أو وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بالوصية، أو كان الشيء المزيد لا يستقل بنفسه، فإنها تلحق بالوصية، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه شارك مستحق الزيادة الموصى له في المجموع بحصة تعادل قيمة الزيادة القائمة.

المادة 294

يصح أن يكون الموصى به عينا ويصح أن يكون منفعة لمدة محددة أو مؤبدة، ويتحمل المنتفع نفقات الصيانة.

الباب الخامس: شكل الوصية

المادة 295

تنعقد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة أو بالإشارة المفهمة إذا كان الموصي عاجزاً عنهما.

المادة 296

يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه.

فإذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإشهاد أو الكتابة قبل إشهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود، شريطة أن لا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في

شهادتهم، وأن تؤدي هذه الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي، الذي يصدر الإذن بتوثيقها، ويخطر الورثة فوراً ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة.
للموصي أن يوجه نسخة من وصيته أو تراجعها عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها.

المادة 297

يجب أن يصرح في عقد الوصية المنعقدة بخط يد الموصي بما يفيد الإذن بتنفيذها.

الباب السادس: تنفيذ الوصية

المادة 298

ينفذ الوصية من أسند إليه الموصي تنفيذها. فإن لم يوجد ولم يتفق الأطراف على تنفيذها يقوم بذلك من يعينه القاضي لهذه الغاية.

المادة 299

لا تنفذ الوصية في تركة استغرقها الدين، إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين.

المادة 300

إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين، فللموصي له جزء من عدد رؤوسهم وليس له ما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة الرشداء.

المادة 301

يعتبر الثلث بالنسبة لما تبقى من التركة بعد الوفاء بالحقوق التي تخرج من التركة قبل الوصية.

المادة 302

إذا ضاق الثلث عن الوصايا المتساوية رتبة تحاص أهل الوصايا في الثلث.
من كانت وصيته في شيء معين أخذ حصته من ذلك الشيء بعينه. ومن كانت وصيته في غير معين أخذ حصته من سائر الثلث.

يتحاص صاحب المعين بالجزء المأخوذ من نسبة قيمة المعين من مجموع التركة.

المادة 303

إذا أجاز الورثة وصية لوأرث أو بأكثر من الثلث، بعد موت الموصي أو في مرضه المخوف المتصل بموته، أو استأذنهم فيه فأذنوه، لزم ذلك لمن كان كامل الأهلية منهم.

المادة 304

من أوصى لحمل معين وتوفي، فللورثة منفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له.

المادة 305

إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده، كانت المنفعة له، وكل من وجد منهم بعده، شاركه في المنفعة إلى حين اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والمنفعة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات منهم تركه عنه.

المادة 306

من أوصى بشيء معين لشخص ثم أوصى به لآخر، اعتبرت الوصية الثانية إلغاء للوصية الأولى.

المادة 307

إذا مات الموصى له بعد أن انفصل حيا، استحق وصيته، وعد ما استحقه من جملة تركته، ويحيا بالذكر بعد الانحصار.

المادة 308

من أوصى الله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة معينة، صرفت وصيته في وجوه الخير، ويمكن أن تتولى الصرف مؤسسة متخصصة في ذلك قدر الإمكان، مع مراعاة أحكام المادة 317 بعده.

المادة 309

الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة، تصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها.

المادة 310

تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة.

المادة 311

في الوصية بالمنافع، تعتبر قيمة العين في تحديد نسبة الموصى به إلى التركة.

المادة 312

إذا هلك الموصى به المعين، أو استحق في حياة الموصي، فلا شيء للموصى له، فإذا هلك أو استحق بعضه، أخذ الموصى له ما بقي ضمن حدود ثلث التركة، بدون اعتبار القدر الذي هلك.

المادة 313

إذا كان الموصى له من سيولد لشخص، ثم مات ذلك الشخص ولم يترك ولدا ولا حملا، عادت الوصية ميراثا.

المادة 314

تبطل الوصية بما يلي:

- 1 - بموت الموصى له قبل الموصي؛
- 2 - بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي؛
- 3 - برجوع الموصي عن الوصية؛
- 4 - برد الموصى له الراشد الوصية بعد وفاة الموصي.

القسم الثاني: التنزيل

المادة 315

التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته.

المادة 316

ينعقد التنزيل بما تتعقد به الوصية مثل قول المنزل -كسرا- فلان وارث مع ولدي أو مع عدد أولادي أو ألقوه بميراثي أو ورثوه في مالي أو يكون له ولد ابن أو ولد بنت فيقول ورثوه مع أولادي، وهو كالوصية تطبق عليه أحكامها ما عدا التفاضل.

المادة 317

إذا كان في مسألة المنزل - كسرا - ذو فرض وكانت عبارته صريحة في تسوية الملحق بالملحق به، حسبت المسألة بطريقة العول حيث يدخل بها ضرر التنزيل على الجميع.

إذا لم تكن عبارة المنزل صريحة في التسوية حسبت المسألة مع اعتبار المنزل - فتحا - من بين الورثة، وأعطى له مثل ما أعطي للملحق به، ثم تجمع الحظوظ الباقية لذوي الفروض وغيرهم وتجعل المسألة كأنه لا تنزيل حيث يدخل ضرره على الجميع من ذوي الفروض والعصبة.

المادة 318

إذا لم يكن في مسألة المنزل - كسرا - ذو فرض، فإن كان المنزل - فتحا - ذكرا جعل كواحد من ذكور الورثة وإن كان أنثى جعلت كواحدة من إناثهم.

المادة 319

إذا كان المنزل - فتحا - متعددا وفيهم ذكور وإناث وكان المنزل قد قال يعطون ما كان يرثه أبوهم لو كان حيا أو قال أنزلوهم منزلته قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

كل ما لم تشمله أحكام التنزيل يرجع فيه لأحكام الوصية.

التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية.

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 - الموارد بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

الإرث انتقال حق بموت ماله بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة.

يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكما، ويتحقق حياة وارثه بعده.

الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا.

المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويلته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره.

يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين.

المادة 328

إذا مات عدة أفراد، وكان بعضهم يرث بعضاً، ولم يتم التوصل إلى معرفة السابق منهم، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كانت الوفاة في حادث واحد أم لا.

القسم الثاني: أسباب الإرث وشروطه وموانعه

المادة 329

أسباب الإرث كالزوجية والقربة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير.

المادة 330

يشترط في استحقاق الإرث ما يلي:

1 - تحقق موت الموروث حقيقة أو حكماً؛

2 - وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكماً؛

3 - العلم بجهة الإرث.

المادة 331

لا يستحق الإرث، إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراح أو رضاع ونحوهما.

المادة 332

لا توارث بين مسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه.

المادة 333

من قتل موروثه عمداً، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثاً.
من قتل موروثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب.

القسم الثالث: طرائق الإرث

المادة 334

الورثة أربعة أصناف: وارث بالفرض فقط ووارث بالتعصيب فقط ووارث بهما جمعاً ووارث بهما انفراداً.

المادة 335

الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض.
التعصيب أخذ الوارث جميع التركة أو ما بقي عن ذوي الفروض.

المادة 336

إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة، كانت التركة أو ما بقي منها للعصبة بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم.

المادة 337

الوارث بالفرض فقط، ستة: الأم والجدة والزوج والزوجة والأخ للأم والأخت للأم.

المادة 338

الوارث بالتعصيب فقط، ثمانية: الابن، وابنه وإن سفل، والأخ الشقيق والأخ للأب وابنهما وإن سفل، والعم الشقيق والعم للأب وابنهما وإن سفل.

المادة 339

الوارث بالفرض والتعصيب جمعا اثنان: الأب والجدة.

المادة 340

الوارث بالفرض أو التعصيب ولا يجمع بينهما أربعة: البنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت للأب.

القسم الرابع: أصحاب الفروض

المادة 341

الفروض المقدرة ستة: النصف والربع والثلثان والثلث والسدس.

المادة 342

أصحاب النصف خمسة:

- 1 - الزوج بشرط عدم الفرع الوارث للزوجة ذكرا كان أو أنثى.
- 2 - البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى.
- 3 - بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وعن ولد الابن في درجتها.
- 4 - الأخت الشقيقة بشرط انتفاء الشقيق والأب وإن علا وولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وولد الابن ذكرا كان أو أنثى.
- 5 - الأخت للأب بشرط انفرادها عن الأخ والأخت للأب وعن ذكر في الشقيقة.

المادة 343

أصحاب الربع اثنان:

- 1 - الزوج إذا وجد فرع وارث للزوجة.
- 2 - الزوجة إذا لم يكن للزوج فرع وارث.

المادة 344

وارث الثمن واحد:

الزوجة إذا كان للزوج فرع وارث.

أصحاب الثلثين أربعة:

- 1 - ابنتان فأكثر بشرط انفرادهما عن الابن.
- 2 - بنتا الابن فأكثر بشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وابن الابن في درجتهم.

3 - الشقيقتان فأكثر بشرط انفرادهما عن الشقيق وعن الأب وإن علا وعن الفرع الوارث.

4 - الأختان للأب فأكثر بشرط انفرادهما عن الأخ للأب وعن ذكر في الشقيقتين.

أصحاب الثلث ثلاثة:

- 1 - الأم بشرط عدم الفرع الوارث وعدم اثنين فأكثر من الإخوة ولو حجبا.
- 2 - المتعدد من الإخوة للأم بشرط انفرادهم عن الأب وعن الجد للأب وعن ولد الصلب وولد الابن ذكرا كان أو أنثى.
- 3 - الجد إن كان مع إخوة وكان الثلث أحظى له.

أصحاب السدس:

- 1 - الأب بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكرا كان أو أنثى.
- 2 - الأم بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو اثنين فأكثر من الإخوة وارثين أو محجوبين.
- 3 - بنت الابن ولو تعددت بشرط كونها مع بنت صلب واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن في درجتها.
- 4 - الأخت للأب ولو تعددت بشرط كونها مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأب والأخ للأب والولد ذكرا كان أو أنثى.
- 5 - الأخ للأم أو الأخت للأم بشرط أن يكون واحدا ذكرا كان أو أنثى وبشرط انفراده عن الأب والجد والولد وولد الابن ذكرا كان أو أنثى.
- 6 - الجدة إذا كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب فإن اجتمعت جدتان قسم السدس بينهما إن كانتا في رتبة واحدة أو التي للأم أبعد فإن كانت التي للأم أقرب اختصت بالسدس.
- 7 - الجد للأب عند وجود الولد أو ولد الابن وعدم الأب.

العصبة ثلاثة أنواع:

عصبة بالنفس.

عصبة بالغير.

عصبة مع الغير.

للعصبة بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

1 - البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الإبن وإن سفل.

2 - الأبوة.

3 - الجد العصبي وإن علا والإخوة وتشمل الأشقاء والإخوة للأب.

4 - أبناء الإخوة وإن سفلوا.

5 - العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا وأبناء من ذكروا وإن سفلوا.

6 - بيت المال إذا لم يكن هناك وارث، حيث تتولى السلطة المكلفة بأُملاك الدولة حيازة الميراث. فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي، وإذا تعدد الورثة بالفرض، ولم تستغرق الفروض التركة رد عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث.

1 - إذا اتحدت العصبة بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت.

2 - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بقوة القرابة فمن كانت قرابته من الأبوين قدم على من كانت قرابته من الأب فقط.

3 - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء.

العصبات بالغير:

1 - البنت مع الابن.

2 - بنت الإبن وإن نزل مع إبن الإبن وإن نزل، إذا كان في درجتها مطلقاً، أو كان أنزل منها إذا لم ترث بغير ذلك.

3 - الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين.

المادة 352

العصبة مع الغير: الأخوات لأبوين أو لأب مع البنت أو بنت الإبن وإن نزل ويكون لها الباقي من التركة بعد الفروض.

تعتبر في هذه الحالة الأخوات لأبوين كالإخوة لأبوين وتعتبر الأخوات لأب كالإخوة لأب ويأخذن أحكامهم بالنسبة لباقي العصباء في التقديم بالجهة والدرجة والقوة.

المادة 353

إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضاً والباقي بطريق التعصيب.

المادة 354

1 - إذا اجتمع الجد العصبي مع الإخوة الأشقاء خاصة أو مع الإخوة للأب كذلك ذكورا أو إناثا أو مختلطين فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المقاسمة.

2 - إذا اجتمع مع مجموع الصنفين الإخوة الأشقاء والإخوة للأب فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المقاسمة مع المعادة.

3 - إذا اجتمع مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من ثلاثة: سدس جميع المال أو ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم مع المعادة.

القسم السادس: الحجب

المادة 355

الحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بقريب آخر.

المادة 356

الحجب نوعان:

1 - حجب نقل من حصة الإرث إلى أقل منها.

2 - حجب الإسقاط من الميراث.

المادة 357

حجب الإسقاط لا ينال ستة من الوارثين وهم:

الابن، والبنت، والأب، والأم، والزوج، والزوجة.

يحجب حجب إسقاط:

- 1- ابن الإبن يحجبه الإبن خاصة والقريب من ذكور الحفدة يحجب البعيد منهم.
- 2- بنت الإبن يحجبها الإبن فوقها مطلقاً، أو بنتان فوقها إلا أن يكون معها إبن في درجتها أو أسفل منها فيعصبها.
- 3- الجد يحجبه الأب خاصة والجد القريب يحجب الجد البعيد.
- 4- الأخ الشقيق والشقيقة يحجبهما الأب والإبن وابن الإبن.
- 5- الأخ للأب والأخت للأب يحجبهما الشقيق ومن حجه ولا تحجبهما الشقيقة.
- 6- الأخت للأب تحجبها الشقيقتان إلا إذا وجد معها أخ للأب.
- 7- إبن الأخ الشقيق يحجبه الجد والأخ للأب ومن حجه.
- 8- إبن الأخ للأب يحجبه ابن الأخ الشقيق ومن حجه.
- 9- العم الشقيق يحجبه ابن الأخ للأب ومن حجه.
- 10- العم للأب يحجبه العم الشقيق ومن حجه.
- 11- ابن العم الشقيق يحجبه العم للأب ومن حجه.
- 12- إبن العم للأب يحجبه ابن العم الشقيق ومن حجه.
- 13- الأخ للأم والأخت للأم يحجبهما الإبن والبنت وابن الإبن وبنت الإبن وإن سفل والأب والجد وإن علا.
- 14- الجدة للأم تحجبها الأم خاصة.
- 15- الجدة للأب يحجبها الأب والأم.
- 16- الجدة القربى من جهة الأم تحجب الجدة البعدى من جهة الأب.

يحجب حجب نقل:

- 1- الأم: ينقلها من الثلث إلى السدس الابن وابن الابن والبنت وبنت الإبن واثنان فأكثر من الإخوة والأخوات سواء كانوا أشقاء أو للأب أو للأم وارثين أو محجوبين.
- 2- الزوج: ينقله الإبن وابن الابن والبنت وبنت الإبن من النصف إلى الربع.
- 3- الزوجة: ينقلها الإبن وابن الابن والبنت وبنت الإبن من الربع إلى الثمن.

4 - بنت الابن: تنقلها البنت الواحدة من النصف إلى السدس كما تنقل اثنتين فأكثر من بنات الإبن من الثلثين إلى السدس.

5 - الأخت للأب: تنقلها الشقيقة من النصف إلى السدس وتنقل اثنتين فأكثر من الثلثين إلى السدس.

6 - الأب: ينقله الإبن وابن الإبن من التعصيب إلى السدس.

7 - الجد: عند عدم الأب ينقله الإبن وابن الابن من التعصيب إلى السدس.

8 - البنت وبنت الإبن، والأخت الشقيقة والأخت للأب ينقل كل واحدة منهن فأكثر أخوها عن فرضها ويعصبها.

9 - الأخوات الشقائق والأخوات للأب تعصبهن البنت فأكثر أو بنت الإبن فأكثر فتتقلهن من الفرض إلى التعصيب.

القسم السابع: مسائل خاصة

المادة 360

مسألة المعادة

إذا كان مع الإخوة الأشقاء إخوة للأب عاد الإخوة الأشقاء الجد بالإخوة للأب فمنعوه بهم كثرة الميراث ثم يأخذ الأشقاء إن كانوا أكثر من أخت حسب الإخوة للأب وإن كانت شقيقة واحدة استكملت فرضها وكان الباقي بين الإخوة للأب للذكر مثل حظ الأنثيين.

المادة 361

مسألة الأكدرية والغراء

لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأكدرية وهي زوج وأخت شقيقة أو لأب وجد وأم فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين أصلها من ستة وتعول إلى تسعة وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة ولأم ستة وللأخت أربعة وللجد ثمانية.

المادة 362

مسألة المالكية

إذا اجتمع مع الجد زوج وأم أو جدة وأخ للأب فأكثر وأخوان لأم فأكثر فرض للزوج النصف ولأم السدس وللجد ما بقي ولا يأخذ الإخوة للأم شيئاً لأن الجد يحجبهم ولا يأخذ الأخ للأب شيئاً.

المادة 363

مسألة شبه المالكية

إذا كان مع الجد زوج وأم أو جدة وأخ شقيق وأخوان لأم فأكثر فالجد يأخذ ما بقي بعد ذوي السهام دون الإخوة لأن الجد يحجبهم.

المادة 364

مسألة الخرقاء

إذا اجتمعت أم وجد وأخت شقيقة أو لأب فرض للأم الثلث وما بقي يقسمه الجد والأخت، للذكر مثل حظ الأنثيين.

المادة 365

مسألة المشتركة

يأخذ الذكر من الإخوة كالأنثى في المشتركة وهي زوج وأم أو جدة وأخوان لأم فأكثر وأخ شقيق فأكثر فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم لأن جميعهم من أم واحدة.

المادة 366

مسألة الغراوين

إذا اجتمعت زوجة وأبوان فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب.

المادة 367

مسألة المباهلة

إذا اجتمع زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب كان للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية للزوج ثلاثة وللأخت ثلاثة وللأم اثنان.

المادة 368

المنبرية

إذا اجتمعت زوجة وبنتان وأبوان صحت فريضتهم من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين للبنتين الثلثان - ستة عشر - وللأبوين الثلث - ثمانية، وللزوجة الثمن ثلاثة، ويصير ثمنها تسعا.

القسم الثامن: وصية واجبة

المادة 369

من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

المادة 370

الوصية الواجبة لهؤلاء الأحماد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروئهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 371

لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية، إذا كانوا وارئين لأصل موروئهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

المادة 372

تكون هذه الوصية لأولاد الإبن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

القسم التاسع: تصفية التركة

المادة 373

للمحكمة، أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من أداء نفقة تجهيز المتوفى بالمعروف، والإجراءات المستعجلة للمحافظة على التركة، ولها بوجه خاص أن تقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة.

المادة 374

يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين تلقائيا باتخاذ هذه الإجراءات إذا تبين في الورثة قاصر ولا وصي له، وكذلك إذا كان أحد الورثة غائبا. يمكن لكل من يعنيه الأمر أن يطلب من القضاء اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة 373 أعلاه إذا كان هناك ما يبرر ذلك.

إذا كان بيد الهالك قبل موته شيء من ممتلكات الدولة، فعلى قاضي المستعجلات بناء على طلب النيابة العامة أو من يمثل الدولة أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل الحفاظ على تلك الممتلكات.

المادة 375

تعين المحكمة لتصفية التركة من يتفق الورثة على اختياره، فإذا لم يتفقوا على أحد ورأت المحكمة موجبا لتعيينه، أجبرتهم على اختياره، على أن يكون من الورثة بقدر المستطاع، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء وتحفظاتهم.

المادة 376

لا يجوز لأي وارث قبل تصفية التركة أن يتصرف في مال التركة إلا بما تدعو إليه
الضرورة المستعجلة، ولا أن يستوفي ما لها من ديون، أو يؤدي ما عليها بدون إذن
المصفي، أو القضاء عند انعدامه.

المادة 377

على المصفي بمجرد تعيينه، أن يقوم بإحصاء جميع ممتلكات الهالك، بواسطة عدلين
طبقا لقواعد الإحصاء الجاري بها العمل. كما عليه، أن يقوم بالبحث عما للتركة أو ما عليها
من ديون.

يجب على الورثة أن يبلغوا إلى علم المصفي جميع ما يعلمونه من ديون على التركة
وحقوق لها.

يقوم المصفي بناء على طلب أحد الورثة بإحصاء التجهيزات الأساسية المعدة
للاستعمال اليومي للأسرة، ويتركها بيد الأسرة التي كانت تستعملها وقت وفاة الهالك.
وتصبح هذه الأسرة بمثابة الحارس عليها إلى حين البت فيها بصفة استعجالية عند
الاقتضاء.

المادة 378

يرافق النائب الشرعي مصفي التركة عند قيامه بالإجراءات الموكولة إليه طبق أحكام
المادة 377 وما يليها، كما يقوم بمرافقة من عينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين بتنفيذ
الإجراءات التحفظية أو إزالة الأختام أو إحصاء التركة.

المادة 379

يكون المصفي واحدا أو متعددا.

وتجري في حقه أحكام الوكالة فيما ينص عليه في مقرر تعيينه.

المادة 380

للمصفي أن يرفض تولي هذه المهمة. أما التخلي عنها بعد توليها، فتسري عليه أحكام
الوكالة.

يمكن استبدال المصفي متى وجدت أسباب تبرر ذلك، إما تلقائيا أو بطلب ممن يعنيه
الأمر.

المادة 381

تحدد المهام الموكولة للمصفي في مقرر تعيينه.

المادة 382

يحدد في مقرر التعيين، الأجل الذي يجب فيه على المصفي أن يقدم نتيجة إحصاء
التركة.

المادة 383

للمصفي أن يطلب أجرا عادلا على قيامه بمهمته.

المادة 384

تتحمل التركة نفقات تصفيته.

المادة 385

يجب على المصفي فور انتهاء الأجل المحدد له، أن يقدم قائمة مفصلة يضمن فيها جميع ما خلفه الهالك من عقار ومنقولات.

يجب على المصفي أن يبين في هذه القائمة ما ثبت لديه بواسطة الوثائق والسجلات من حقوق وديون، وما بلغ إلى علمه بأي وسيلة أخرى.
يمكن للمصفي أن يطلب تمديد الأجل المحدد له، إذا وجدت أسباب تبرر ذلك.

المادة 386

بعد اطلاع المحكمة على الإحصاء تصفى التركة تحت مراقبتها.

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.
يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.
للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

المادة 388

يستعين المصفي في تقدير قيمة أموال التركة بالخبراء أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.

المادة 389

يقوم المصفي بعد استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو المحكمة وموافقة الورثة، بأداء ديون التركة التي تعين قضاؤها، أما الديون المتنازع فيها فتسوى بعد الفصل فيها نهائيا.

لا تتوقف قسمة الموجود من مال التركة على استيفاء ما لها من ديون.
إذا كان على التركة ديون، أوقفت قسمة التركة في حدود مبلغ الدين المطالب به، إلى حين البت في النزاع.

المادة 390

يجب على المصفي في حالة إفسار التركة، أو في حالة احتمال إفسارها، أن يوقف تسوية أي دين ولو لم يقم بشأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

المادة 391

يقوم المصفي بأداء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما يفي بذلك من عقار. تباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني، إلا إذا اتفق الورثة على أن يتولوا ذلك لأنفسهم على أساس الثمن المحدد بواسطة خبرة بقيمته المقررة من طرف ذوي الخبرة من عرفاء وغيرهم، أو بواسطة المزايدة فيما بينهم.

المادة 392

يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة بالترتيب المنصوص عليه في المادة 322، تسليم وثيقة الوصية للموكل إليه تصفيتها طبقا للمادة 298.

القسم العاشر: تسليم التركة وقسمتها

المادة 393

يتسلم الورثة بعد تنفيذ التزامات التركة، ما بقي منها كل بحسب نصيبه الشرعي. ويجوز للورثة بمجرد الانتهاء من إحصاء التركة المطالبة بأن يتسلموا كل حسب نصيبه تحت الحساب، الأشياء والنقود التي لا يتوقف عليها في تصفية التركة.

كما يجوز لكل واحد من الورثة أن يتسلم بعضا من التركة، شريطة أن لا تتجاوز قيمته نصيب المتسلم في الإرث إلا إذا وافق الورثة على ذلك.

المادة 394

لكل وارث، الحق في أن يتسلم من العدلين نسخة من الإرث ونسخة من إحصاء التركة تبين مقدار نصيبه في الإرث، وتعين ما آل لكل واحد من أموال التركة.

المادة 395

لكل من استحق نصيبا من التركة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما أو بالوصية، الحق في أن يطلب فرز حصته بطريقة شرعية.

الكتاب السابع: أحكام انتقالية وختامية

المادة 396

إن الآجال المنصوص عليها في هذه المدونة آجال كاملة. إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل.

تتسخ جميع الأحكام المخالفة لهذه المدونة أو التي قد تكون تكرارا لها، ولا سيما أحكام:

- الظهير الشريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1377 (22 نوفمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتابين الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بانحلال ميثاقه كما تم تنميته وتغييره والنصوص المتخذة لتطبيقه؛

- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر بتاريخ 25 جمادى الأولى 1377 (18 ديسمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.

- الظهير الشريف رقم 1.58.019 الصادر بتاريخ 4 رجب 1377 (25 يناير 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية؛

- الظهير الشريف رقم 1.58.037 الصادر بتاريخ 30 رجب 1377 (20 فبراير 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الخامس المتعلق بالوصية.

- الظهير الشريف رقم 1.58.112 الصادر بتاريخ 13 رمضان 1377 (3 أبريل 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب السادس المتعلق بالميراث.

غير أن الأحكام الواردة في الظهائر الشريفة المشار إليها أعلاه والمحعليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل تعوض بالأحكام الموازية في هذه المدونة.

تبقى الإجراءات المسطرية المنجزة في قضايا الأحوال الشخصية قبل تاريخ دخول هذه المدونة حيز التنفيذ سارية المفعول.

تظل المقررات الصادرة قبل تاريخ دخول هذه المدونة حيز التنفيذ خاضعة من حيث الطعون وآجالها للمقتضيات المضمنة في الظهائر المشار إليها في المادة 397 أعلاه.

كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

الديباجة. 4

قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة 10

باب تمهيدى: أحكام عامة. 10

الكتاب الأول: الزواج. 10

القسم الأول: الخطبة والزواج. 10

الباب الأول: الخطبة. 11

الباب الثانى: الزواج. 11

القسم الثانى: الأهلية والولاية والصداق. 14

الباب الأول: الأهلية والولاية فى الزواج. 14

الباب الثانى: الصداق. 15

القسم الثالث: موانع الزواج. 17

الباب الأول: الموانع المؤبدة. 17

الباب الثانى: الموانع المؤقتة. 17

القسم الرابع: الشروط الإردية لعقد الزواج وآثارها 20

القسم الخامس: أنواع الزواج وأحكامها 20

الباب الأول: الزواج الصحيح وآثاره 20

الفرع الأول: الزوجان. 21

الفرع الثانى: الأطفال. 21

الفرع الثالث: الأقارب. 22

الباب الثانى: الزواج غير الصحيح وآثاره 22

الفرع الأول: الزواج الباطل. 23

الفرع الثانى: الزواج الفاسد. 23

القسم السادس: الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج. 24

الكتاب الثانى: انحلال ميثاق الزوجية وآثاره 27

القسم الأول: أحكام عامة. 27

القسم الثانى: الوفاة والفسخ. 28

الباب الأول: الوفاة. 28

الباب الثانى: الفسخ. 28

القسم الثالث: الطلاق. 28

القسم الرابع: التطليق. 31

الباب الأول: التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق. 31

الباب الثاني: التطليق لأسباب أخرى.. 32	
الفرع الأول: الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر. 33	
الفرع الثاني: عدم الإنفاق. 33	
الفرع الثالث: الغيبة. 34	
الفرع الرابع: العيب.. 34	
الفرع الخامس: الإيلاء والهجر. 35	
الفرع السادس: دعاوى التطليق. 35	
القسم الخامس: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع. 35	
الباب الأول: الطلاق بالاتفاق. 35	
الباب الثاني: الطلاق بالخلع. 36	
القسم السادس: أنواع الطلاق والتطليق. 37	
الباب الأول: التدابير المؤقتة. 37	
الباب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن. 37	
القسم السابع: آثار انحلال ميثاق الزوجية. 38	
الباب الأول: العدة 38	
الفرع الأول: عدة الوفاة 38	
الفرع الثاني: عدة الحامل. 38	
الباب الثاني: تداخل العدد 39	
القسم الثامن: إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق. 39	
الكتاب الثالث: الولادة ونتائجها 41	
القسم الأول: البنوة والنسب.. 41	
الباب الأول: البنوة 41	
الباب الثاني: النسب ووسائل إثباته. 42	
القسم الثاني: الحضانة. 44	
الباب الأول: أحكام عامة. 44	
الباب الثاني: مستحقو الحضانة وترتيبهم 46	
الباب الثالث: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها 46	
الباب الرابع: زيارة المحضون. 48	
القسم الثالث: النفقة. 49	
الباب الأول: أحكام عامة. 49	
الباب الثاني: نفقة الزوجة. 50	
الباب الثالث: نفقة الأقارب.. 50	
الفرع الأول: النفقة على الأولاد 50	

الفرع الثاني: نفقة الأبوين. 51	
الباب الرابع: الالتزام بالنفقة. 51	
الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية. 52	
القسم الأول: الأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور. 52	
الباب الأول: الأهلية. 52	
الباب الثاني: أسباب الحجر وإجراءات إثباته. 52	
الفرع الأول: أسباب الحجر. 52	
الفرع الثاني: إجراءات إثبات الحجر ورفعها. 54	
الباب الثالث: تصرفات المحجور. 55	
الفرع الأول: تصرفات عديم الأهلية. 55	
الفرع الثاني: تصرفات ناقص الأهلية. 55	
القسم الثاني: النيابة الشرعية. 56	
الباب الأول: أحكام عامة. 56	
الباب الثاني: صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي. 57	
الفرع الأول: الولي. 57	
أولاً: الأب.. 57	
ثانياً: الأم 57	
ثالثاً: أحكام مشتركة لولاية الأبوين. 58	
الفرع الثاني: الوصي والمقدم 59	
الباب الثالث: الرقابة القضائية. 63	
الكتاب الخامس: الوصية. 66	
القسم الأول: شروط الوصية وإجراءات تنفيذها 66	
الباب الأول: الموصي. 66	
الباب الثاني: الموصى له. 66	
الباب الثالث: الإيجاب والقبول. 67	
الباب الرابع: الموصى به. 67	
الباب الخامس: شكل الوصية. 68	
الباب السادس: تنفيذ الوصية. 69	
القسم الثاني: التزويل. 71	
الكتاب السادس: الميراث. 73	
القسم الأول: أحكام عامة. 73	
القسم الثاني: أسباب الإرث وشروطه وموانعه. 74	
القسم الثالث: طرائق الإرث. 75	

القسم الرابع: أصحاب الفروض.... 75

القسم الخامس: الإرث بطريق التعصيب.. 77

القسم السادس: الحجب.. 79

القسم السابع: مسائل خاصة. 81

القسم الثامن: وصية واجبة. 82

القسم التاسع: تصفية التركة. 83

القسم العاشر: تسليم التركة وقسمتها 86

الكتاب السابع: أحكام انتقالية وختامية. 87

الفهرس... 89

[1]- الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

[2]- تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 بمقتضى القانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص 3837.

[3]- قرار لوزير العدل رقم 269.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون المطبوع الخاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج؛ الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 520.

[4]- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الداخلية رقم 321.04 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004) بتحديد بيانات الشهادة الإدارية المتعلقة بالخطيبين، الجريدة الرسمية عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (4 مارس 2004)، ص 974.

[5]- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 347.04 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004) بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (4 مارس 2004)، ص 975.

[6]- قرار لوزير العدل رقم 270.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنظيم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 520.

[7]- قرار لوزير العدل رقم 271.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 521.

[8]- قرار وزير العدل رقم 272.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون السجل الخاص بتضمين نصوص عقود الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 521.

[9] - قرار وزير العدل رقم 273.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص وثيقة الطلاق أو ملخص الحكم بالتطليق أو بفسخ عقد الزواج أو بطلانه، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 522. وقرار وزير العدل رقم 274.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص وثيقة الرجعة، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 522.

- تم استدراك خطأ في هذه المادة ونشر بالجريدة الرسمية عدد 5328 بتاريخ 15 جمادى الأولى 1426 ([10] 23 يونيو 2005)، ص 1890.

[11]- قرار وزير العدل رقم 275.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون كناش التصرف، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 523.

[12]- مرسوم رقم 2.04.88 صادر في 25 من ربيع الآخر 1425 (14 يونيو 2004) بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1425 (21 يونيو 2004)، ص 2671.

[13]- ينص الفصل 1248 من ق ل ع على ما يلي: " الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد، وهي تباشر وفقا للترتيب التالي:

أولا:

ثانيا:

ثانيا مكرر: الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها، المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، ونفقتها و نفقة الأولاد والأبوين؛....."

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الثاني

المدخل المنير إلى المعرفة القانونية
و القضائية

إعداد و تنسيق : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

يليه
مجلد خاص
ملحق
أساسيات تعلم اللغتين العربية
و الفرنسية

مقدمة

بعد نجاح المجلد الأول من مؤلف الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا تحت عنوان مجلد الدين انتهيت بحول الله و قوته من إعداد المجلد الثاني اخترت له عنوان المدخل المنير إلى المعرفة القانونية و القضائية تضمن مختارات من الاجتهادات الفقهية و القضائية و توضيح مقتضيات فصول أساسية من القانون الجنائي ليتمكن المستفيد من ولوج معرفي للقانون و القضاء .

وخصصت مجلدا خاصا عبارة عن ملحق شامل في تعليم أساسيات اللغة العربية و اللغة الفرنسية إيمانا مني بكون امتلاك مهارات اللغة الوطنية و لغة أجنبية حية يجب أن يتاح للجميع على أن اللغة الأمازيغية إن تيسر لي ذلك سأفرد لها بملحق خاص في انتظار تفعيلها .

و تجدر الإشارة أن هذا الملحق الخاص ليس بديلا عن المقررات التعليمية و إنما أساسيات مكملة من اعترف منها ارتقى بدون شك في سلم امتلاك مهارات اللغتين .

الجزء الأول

قواعد واجتهادات في الكراء السكني
والاستعمال المهني والكمبيالة
والتعويض عن حوادث السير

الجزء الأول

الكراء السكني

والاستعمال المهني

الظهير الشريف الصادر بتاريخ : 19/11 – 2013 بتنفيذ القانون
رقم 12 – 67 المتعلق بتنظيم العلاقة التعاقدية بين المكري والمكثري
للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الجريدة الرسمية عدد :
6208 بتاريخ : 28 – 11 – 2013 صفحة 7328.

الناسخ لظهير 25 دجنبر 1980

1 - لا فرق بين عدم توفر المكري على السكنى بالمرة وبين عدم كفاية السكنى التي يتوفر عليها بالفعل فكل منهما يعد سببا قانونيا لطلب الإفراغ .

2 - إن السبب المعتمد في الإفراغ وهو الهدم من أجل بناء معمل لا يندرج ضمن مقتضيات الفصل 15⁽²⁶⁵⁾ من ظهير 25/12/1980 إذ أن الفصل يهتم إقامة البنايات السكنية لا غير .

3 - إن الإنذار الذي يجعل المكثري في حالة مطل ويؤدي إلى استصدار حكم بإفراغه في إطار الفصل 692 من ظهير الالتزامات والعقود لا يخضع لأحكام وشروط ظهير 25/12/1980⁽²⁶⁶⁾.

4 - لئن كان الإشعار بالإفراغ يهدف إلى وضع حد لعقد الكراء قد نظمته القانون رقم 679 تنظيمًا دقيقًا فإن الغاية من هذا التنظيم هي مصلحة المكثري وهي مصلحة خاصة لا صلة لها بالنظام العام لم تكن المحكمة ملزمة بأن تثير من تلقاء نفسها عدم توصل المكثري بالإشعار .

يعتبر تواجد الغير بالمحل المكري مدة ثلاثة أشهر متتابعة قرينة على أن المكثري قد ولى كراء المحل أو تخطى عنه للغير إلى أن يثبت العكس .

5 - لما كان مبلغ الكراء يطلب ولا يعرض فإن المكثري لا يصبح في حالة مطل موجب لفسخ العقد إلا إذا وجه إليه إنذار بالأداء فرفض .

265 - عوض بالمادة 45 من ظهير 19 - 11 - 2013 .

266 - عوض بظهير 19/11/2013 .

لا يكفي لاعتبار المكتري في حالة مطل مجرد عدم أداء الكراء الذي حل أجله أو وجود دعاوي وأحكام سابقة في الموضوع .

6 - إن ما يهدف إليه المشرع بمقتضى الفصل 9⁽²⁶⁷⁾ من القانون الجديد للسكنى من وجوب التنصيص في الإنذار بالإفراغ تحت طائلة البطلان على إفراغ مجموع المحلات المكرة بكافة مرافقها هو ضمان المحافظة على وحدة عقد الكراء .

لا يمكن إحراج المتقاضين بالإشارة إلى ضرورة إفراغ كل أجزاء ومحتويات المحل الواحد .

7 - إذا كان الزوج مكلفا قانونا بالانفاق على زوجته وبإسكانها فإنه ليس في القانون ما يمنع الأب من إسكان ابنته المتزوجة في المحل الذي يملكه إذا كان زوجها معوزا وغير قادر على توفير السكن اللائق بها.

8 - إذا كان عقد كراء المحلات المعدة للسكنى يستمر مفعوله لفائدة زوج المكتري المتوفى فإن ذلك بالنسبة لفروعه يكون مشروطا بإثبات أن هؤلاء الفروع كانوا تحت كفالة الهالك بصفة قانونية ويعيشون معه فعليا.

9 - يتعين قبل طلب الإفراغ في إطار ظهير 1980 / 25 / 12⁽²⁶⁸⁾ توجيه إنذار وفق الفصل التاسع⁽²⁶⁹⁾ من نفس الظهير .

10 - بتنصيص المشرع في الفصل 19⁽²⁷⁰⁾ من ظهير 25/12/80 المتعلق بالمحلات السكنية والاستعمال المهني على منع المكتري من التخلي عن المحلات المعدة

267 - عوض بالمادة 46 من ظهير 19/11/2013.

268 - عوض بظهير 19/11/2013.

269 - عوض بالمادة 46 من الظهير.

270 - عوض بالمادة 39 من الظهير.

للسكنى دون موافقة المكري يكون قد استثنى من هذا المنع ضمينا المحلات المعدة للاستعمال المهني.

11 - إن واقعة مغادرة الطاعنة للمحل المكري موضوع النزاع واعتماد لهذا المحل قد اعتبرت المحكمة ثابتة بمقتضى الخبرة ، ولذلك فإن شهادتي السكنى و تواصل الكراء المحتج بها لا يغير أي شيء في ثبوت هذه الواقعة.

إن حالة الطاعنة تعتبر غيرا وليست خلفا للمكتري الأصلي ولا يحميها ظهير 25/12/80.

12 - إنه بمقتضى الفصل 17⁽²⁷¹⁾ من ظهير 1980 فإن التعويض عن الإفراغ هو حق للمكتري يمكن له أن يطالب به بسبب الإفراغ .

لا يمكن للمحكمة أن تقضي به تلقائيا وبدون طلب الاحتياج هو مسألة واقع تستقل المحكمة بتقدير ولا رقابة عليها من طرف المجلس الأعلى.

13 - إن ما يشترط لإثبات الاحتجاج كسبب لتصحيح الإشعار بالإفراغ في نطاق الفصل 14⁽²⁷²⁾ من القانون الجديد للسكنى والاستعمال المهني هو أن المكري لا يشغل سكنا في ملكه كافيا لحاجياته العادية ولا يشترط أن يكون مالكا لعقار آخر كما لا يشترط إجراء خبرة اجتماعية لمعرفة الحالة العائلية للمكري.

14 - لما كانت الدعوى قد أقيمت في إطار ظهير 25/12/1980 المنظم للكراء السكني والمهني فكان من الواجب أن يسبقها إشعار المكتري وفق ما ينص عليه .

271 - عوض بالمادة 52 من الظهير .

272 - عوض بالمادة 45 من الظهير .

- 15 - إن القانون رقم 679⁽²⁷³⁾ المتعلق بالكراء السكني والمهني لم ينظم بشأن وضع حد لعقد سوى دعاوي المكري ضد المكثري . ولهذا فإن مسطرة الإشعار ودعوى لا تصحيحه إنما يكون لهما محل إذا كان المكري هو الذي يريد أن يضع حدا لعقد الكراء.
- أما إذا كان المكثري هو الذي عبر عن رغبته في وضع حد لعقد الكراء وأبلغها إلى المكري الذي قبلها فإن عقد الكراء يكون قد انقضى بمبادرة المكثري.
- 16 - يكفي لتوافر شرط الضرورة المنصوص عليه في الفصل 15⁽²⁷⁴⁾ من القانون 679 المنظم للكراء السكني والمهني أن يكون الهدم ضروريات لتشييد البناء .
- 17 - إن ما يوجبه الفصل 9⁽²⁷⁵⁾ من القانون رقم 679 المنظم للكراء السكني والمهني من الإشارة إلى مجموع المحلات بكافة مرافقتها يكون له محل في حالة كراء أكثر من سكنى واحدة مستقلة عن بعضها البعض في الانتفاع بها .
- 18 - لما كان النزاع يتعلق بإفراغ المحل المكري لهدمه وإعادة بنائه واستدل المكري على عزمه بتشييد بناء جديد بالتصميم وبرخصة البناء فإنه يكون قد أثبت حالة الضرورة المنصوص عليها في الفصل 15⁽²⁷⁶⁾ الذي يوجب تصحيح الإشعار في هذه الحالة.
- 19 - التعويض المنصوص عليه في الفصل 16⁽²⁷⁷⁾ من القانون رقم 679 يتعلق بحقوق المكثري يحق له أن يطالب به أمام القضاء ولا يتعلق بالنظام العام حتى تكون المحكمة ملزمة بالحكم به تلقائيا.

273 - القانون رقم 12 و 67 ظهير 19/11/201.

274 - المادة 45 من ظهير 19/11/2013.

275 - المادة 46 من ظهير 19/11/2013.

276 - المادة 45 من الظهير .

277 - المادة 52 من الظهير .

20 - تكون المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر في تخفيض الثلث من مبلغ الكراء إذا كانت معروضة عليها دعوى مراجعة الكراء أو تحديده ولا تكون مختصة بها إذا كانت الدعوى المعروضة تتعلق فقط بأداء الكراء.

21 -

لا يشترط القانون الجديد للسكنى والاستعمال المهني لتصحيح الإشعار بالإفراغ من أجل الهدم وإعادة البناء أن يثبت المالك المكري توفره على الغطاء المالي لإنجاز مشروع البناء وكل ما للمكثري في حالة ما إذا أثبت بعد الإفراغ أن المكري صرف في العقار على نحو آخر هو المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في الفصل 17

من القانون المذكور

الملحق

المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني.
تنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري

**ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم
1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12
المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري
للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني²⁷⁸**

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف - بداخله:
(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا:
بناء على الدستور ولا سيما الفصلين 42 و 50 منه،
أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 67.12 المتعلق
بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال
المهني، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالدار البيضاء في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013).

وقعه بالعطف:

رئيس الحكومة،

1- الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

الإمضاء: عبدالإله ابن كيران.

قانون رقم 67.12 يتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

الباب الأول: نطاق التطبيق

المادة الأولى

تطبق مقتضيات هذا القانون على أكرية المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني مؤثثة أو غير مؤثثة، التي تفوق مدة كرائها ثلاثين يوما، وكذا مرافقها من أقبية و مرائب وأسطح وساحات وحدائق والتي لا تخضع لتشريع خاص.

الباب الثاني: عقد الكراء

المادة 2

مع مراعاة مقتضيات هذا القانون تحدد بتراضي الأطراف، شروط و وجيبة أكرية المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه.

المادة 3

يبرم عقد الكراء وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ يتضمن على الخصوص:

- الاسم الشخصي والعائلي للمكري والمكتري، والمهنة، والموطن ووثيقة إثبات الهوية وجميع المعلومات المتعلقة بالوكيل، عند الاقتضاء؛
- الاسم الكامل والمقر الاجتماعي وعند الاقتضاء جميع المعلومات المتعلقة بالممثل القانوني إذا كان المكري أو المكتري شخصا معنويا؛
- تحديد المحلات المكراة والمرافق التابعة لها والغرض المخصص لها وكذا التجهيزات المعدة للاستعمال الخاص من طرف المكتري وحده؛
- بيان مبلغ الوجيبة الكرائية المتفق عليها ودورية أدائها؛

- طبيعة التكاليف الكرائية التي يتحملها المكثري؛
- الوسيلة المتفق عليها لأداء الوجيبة والتكاليف الكرائية؛
- الالتزامات الخاصة التي يتحملها كل طرف.

المادة 4

في حالة انتقال ملكية المحلات المعدة للكرء يستمر مفعول عقد الكراء لصالح المكثري بنفس الشروط المنصوص عليها في عقد الكراء.

يجب إشعار المكثري بانتقال الملكية حسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية²⁷⁹.

الباب الثالث: التزامات المكثري والمكثري

الفرع الأول: التزامات المكثري

المادة 5

يجب على المكثري أن يسلم للمكثري المحل والمرافق التابعة له، وكذا التجهيزات المذكورة في عقد الكراء.

يجب أن يتوفر المحل المعد للسكنى على المواصفات الضرورية من حيث الأجزاء المكونة له وشروط التهوية والمطبخ ودورة المياه والكهرباء والماء.

المادة 6

إذا لم يتوفر المحل على المواصفات المذكورة في المادة 5 أعلاه، يمكن للأطراف، قبل تسلم المحل المكثري وإعداد البيان الوصفي المشار إليه في المادة 7 بعده، الاتفاق كتابة على الأشغال التي يمكن للمكثري القيام بها وكيفية خصم مصاريفها من الوجيبة الكرائية، ويمكن أن يكون هذا الاتفاق مؤرخاً وموقعاً بين الطرفين المتعاقدين ومصادقاً على توقيعهما لدى الجهات المختصة.

يحدد هذا الاتفاق بالخصوص قيمة المصاريف وكيفية خصمها من الوجيبة الكرائية ومدة الخصم وكيفية تعويض المكثري في حالة إفراغه قبل نهاية العقد للمحل المكثري مقابل إثبات المصاريف التي تم إنفاقها.

²⁷⁹- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

المادة 7

يجب على الأطراف المتعاقدة إعداد بيان وصفي لحالة المحل المعد للكراء وقت تسلم المحل ووقت استرجاعه، ويجب أن يرفق هذا البيان بالعقد.

المادة 8

يجب أن ينجز البيان الوصفي في محرر ثابت التاريخ وأن يتضمن وصف المحل بكيفية مفصلة ودقيقة، مع تجنب استعمال الصيغ من نوع "حالة جيدة" أو "حالة متوسطة".
في حالة عدم إعداد البيان الوصفي من قبل الأطراف، يفترض، بمجرد التوقيع على عقد الكراء، أن المكثري قد تسلم المحل في حالة صالحة للاستعمال.

المادة 9

يجب على المكري أن يضمن للمكثري تسلم المحل المكثري والانتفاع الكامل والهادئ به، وأن يضمن له العيوب التي تعرق ذلك الانتفاع ما عدا تلك المحددة في البيان الوصفي أو التي تكون موضوع الاتفاق الصريح المنصوص عليه في المادة 6 أعلاه.
غير أن المكري لا يضمن سوى العيوب الناشئة عن فعله أو فعل الأشخاص المسؤولين عنهم، ولا يسأل عن العيوب التي يتسبب فيها الغير.
كما أنه لا يتحمل عيوب ونقائص المحل المكثري التي كان المكثري على علم بها ولم يتم تضمينها في البيان الوصفي المشار إليه في المادة 7 أعلاه.

المادة 10

يجب على المكري صيانة المحل بالشكل الذي يسمح باستعماله وفق ما هو منصوص عليه في العقد، وأن يقوم بجميع الإصلاحات الضرورية للحفاظ عليه وصيانتة.
إذا تم إشعار المكري بالطرق المنصوص عليها قانونا بالقيام بالإصلاحات التي تقع على عاتقه ولم ينجزها في أجل شهر، جاز للمكثري أن يستصدر أمرا من رئيس المحكمة الابتدائية الموجود محل الكراء بدائلتها، يحدد قيمة الإصلاحات المطلوبة ويأذن له بإجرائها وخصمها من وجيبة الكراء.
لا يجوز للمكري أن يعارض في إجراء الإصلاحات التي يقوم بها المكثري ما دامت هذه الأخيرة لا يترتب عنها أي تغيير في طبيعة المحل المكثري.

المادة 11

يتعين على المكري أن يسلم للمكثري وصلا موقعا من طرفه شخصيا أو من طرف وكيله المعتمد لذلك، يتضمن تفصيلا للمبالغ المؤداة من طرف المكثري مع التمييز بين وجيبة الكراء والتكاليف المترتبة عنه.
إضافة إلى الوصل المشار إليه في الفقرة السالفة، يمكن إثبات أداء الكراء، إذا تم بالوسيلة المتفق عليها في العقد، وتضمن الوجيبة والتكاليف الكرائية بكاملها.

الفرع الثاني: التزامات المكري

المادة 12

يلتزم المكري بأداء الوجيبة الكرائية في الأجل الذي يحدده العقد، وعند الاقتضاء جميع التكاليف الكرائية التي يتحملها بمقتضى العقد بموجب القوانين الجاري بها العمل. تدخل في حساب التكاليف الكرائية، المبالغ التابعة للوجيبة الكرائية مقابل الخدمات اللازمة لاستعمال مختلف أجزاء محل الكراء.

المادة 13

يجب على المكري أن يعيد المحل المكترى للمكري عند إنهاء أو فسخ عقد الكراء طبقاً لمقتضيات البابين السابع والثامن من هذا القانون. وإذا احتفظ به بعد هذا التاريخ وجب عليه أداء تعويض تحدده المحكمة لا يقل عن ضعف الوجيبة الكرائية عن شغله للمحل. كما يتحمل مسؤولية إصلاح كل ضرر ثابت يطرأ على المحل ويعتبر في وضعية محتل لملك الغير بدون سند.

المادة 14

على المكري أن يحافظ على المحل المكترى وأن يستعمله وفقاً للغرض المخصص له طبقاً لما هو وارد في العقد. يسأل المكري عن أي خسارة أو عيب يلحق المحل المكترى يكون ناتجاً عن فعله أو خطئه.

غير أنه لا يسأل عن الخسارة أو العيوب الناجمة عن:

- الاستعمال المألوف والعادي؛
- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة؛
- حالة القدم، أو عيب في البناء أو بسبب عدم إجراء الإصلاحات التي يتحملها المكري في حالة ثبوت إخباره.

المادة 15

لا يحق للمكري إدخال تغييرات على المحل والتجهيزات المكتراة دون الحصول على موافقة كتابية من المكري. وعند عدم الحصول على هذه الموافقة، يمكن للمكري أن يلزم المكري عند إفراغه للمحل، بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو الاحتفاظ لفائدته بالتغييرات المنجزة دون أن يكون للمكري حق المطالبة بالتعويض عن المصاريف المؤداة.

غير أنه يمكن للمكري، في الحالة التي تشكل فيها التغييرات المنجزة خطراً على المحل أو على اشتغال التجهيزات الموجودة به، أن يلزم المكري بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بصفة استعجالية وعلى نفقته.

المادة 16

تتقدم الدعاوى التي يرفعها المكري ضد المكثري بخصوص مقتضيات المادة 15 أعلاه، بعد ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ تسلمه للمحل المكثري.

المادة 17

يجب على المكثري أن يسمح للمكري بإنجاز الأشغال الضرورية للحفاظ على صيانة المحل المكثري وكذا الإصلاحات المستعجلة التي لا يمكن إرجاؤها إلى نهاية العلاقة الكرائية.

غير أنه إذا ترتب عن إجراء هذه الإصلاحات حرمان المكثري بصفة كاملة أو جزئية من محل الكراء لأكثر من ثلاثة أيام، جاز له فسخ عقد الكراء أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بخصم جزء من مبلغ الوجيبة الكرائية بما يتناسب والمدة التي حرم خلالها من المحل المكثري.

يمكن أن يتكلف المكثري بإنجاز الأشغال المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه، على نفقة المكري، في الآجال وحسب الشروط التي يحددها الطرفان في محرر ثابت التاريخ.

المادة 18

يتعين على المكثري، تحت طائلة إصلاح الأضرار، أن يشعر المكري بالطرق المنصوص عليها قانونا في أسرع الآجال بكل الوقائع التي تستلزم تدخله.

المادة 19

يراد بالإصلاحات، أشغال الصيانة المألوفة والإصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال الطبيعي للمحلات.

تشمل الإصلاحات على الخصوص:

- الأجزاء الخارجية المخصصة للاستعمال الخاص للمكثري كالأبواب و النوافذ والألواح الزجاجية والترابيس والأقفال؛
- الأجزاء الداخلية كالتجهيزات الكهربائية وأشغال التبليط و الصباغة والحدادة والستائر والشبابيك؛
- إصلاح أو تغيير صنادير الماء والتجهيزات الصحية بالمحل المكثري.

استثناء من أحكام الفصل 639 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، تتم هذه الإصلاحات على نفقة المكثري ولا يلزم بها المكري إلا إذا كان مكلفا بها بموجب العقد.

المادة 20

يمكن للمكري أن يلزم المكثري بتقديم ضمانات لتغطية مبالغ الكراء والتكاليف الكرائية غير المؤداة وكذا الأضرار التي قد تلحق بمحل الكراء والتي يمكن أن يتسبب فيها المكثري. لا يمكن أن يزيد مبلغ هذه الضمانات على واجب شهرين من وجيبة الكراء. ترد الضمانات في أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ إرجاع المحل المكثري من طرف المكثري مع خصم، عند الاقتضاء، المبالغ الواجب دفعها للمكري وكذا المبالغ التي يكون قد تحملها هذا الأخير مكان المكثري، شريطة إثباتها بصفة قانونية. يمكن أن يتفق الأطراف على تخصيص مبلغ هذه الضمانات لتغطية الوجيبة الكرائية للأشهر الأخيرة من مدة الكراء.

المادة 21

لا يجوز للمكثري الذي يدعي إزعاجا في الانتفاع أو عيبا يعرقل هذا الانتفاع أن يمتنع بسبب ذلك، وفي جميع الأحوال عن أداء الوجيبة الكرائية عند تاريخ الاستحقاق. غير أنه يمكنه مع ذلك أن يطلب من المحكمة تخفيض جزء من وجيبة الكراء يتناسب وحجم الضرر.

الباب الرابع: استيفاء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها

المادة 22

بصرف النظر عن جميع المقتضيات القانونية التي يبقى حق اللجوء إليها قائما، تطبق مقتضيات هذا الباب على الطلبات الرامية إلى استيفاء وجيبة أكرية المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني إذا كانت العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب محرر كتابي ثابت التاريخ أو حكم نهائي يحدد الوجيبة الكرائية بينهما.

المادة 23

يمكن للمكري في حالة عدم أداء وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها المستحقة، أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن له بتوجيه إنذار بالأداء إلى المكثري. لا يقبل الطلب إلا إذا كان مشفوعا بإحدى الحجج المشار إليها في المادة 22 أعلاه.

المادة 24

يجب أن يتضمن الإنذار تحت طائلة عدم القبول:

1. الأسماء الشخصية والعائلية للأطراف كما هي مبينة في إحدى الوثائق المشار إليها في المادة 22 أعلاه؛
2. عنوان المكثري؛

3. عنوان المحل المخصص للكراء وعند الاقتضاء موطن أو محل إقامة المكتري؛
4. مبلغ وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها المطالب بها؛
5. المدة المستحقة؛
6. مجموع ما بذمة المكتري.

المادة 25

يحدد الإنذار أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما يبتدئ من تاريخ تبليغ الإنذار لتسديد المكتري ما عليه من المبالغ غير المؤداة إما مباشرة بين يدي المكري أو من ينوب عنه مقابل وصل، أو وضعها بحسابه البنكي، أو بإيداعها بصندوق المحكمة أو بأي وسيلة تثبت الأداء وتاريخه.

المادة 26

يمكن للمكري أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المصادقة على الإنذار والأمر بالأداء في حالة عدم الأداء الكلي أو الجزئي للمبالغ المستحقة والمحددة في الإنذار.

المادة 27

يصدر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، أمرا بالمصادقة على الإنذار مع الأمر بالأداء يضمن بنفس الطلب في أجل ثمانية وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب اعتمادا على محضر التبليغ والوثائق والبيانات المذكورة في المادة 22 وما يليها. ينفذ هذا الأمر على الأصل.

المادة 28

لا يقبل رفض طلب المصادقة أي طعن عادي أو غير عادي ولا تكون له أية حجية.

المادة 29

يحق للمكري في حالة رفض الطلب، المطالبة باستيفاء وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها طبقا للقواعد العامة.

للمكتري في حالة قبول الطلب أن يرفع النزاع أمام المحكمة الابتدائية طبقا لنفس القواعد.

يمكن للمحكمة وبصفة استثنائية أن تأمر بوقف التنفيذ بحكم معلل بناء على طلب خاص مستقل في هذا الشأن.

المادة 30

إذا ثبت أن المكري قد توصل بمستحققاته وواصل بسوء نية مسطرة المصادقة على الإنذار، حق للمكتري المطالبة بالحكم له بتعويض عن الضرر يتراوح بين مقابل وجيبة

كراء شهرين وستة أشهر وذلك بصرف النظر عن المتابعات الجنائية ضد المكري عند الاقتضاء.

الباب الخامس: مراجعة الوجيبة الكرائية

المادة 31

تتم مراجعة وجيبة كراء المحلات المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون وفقا لمقتضيات هذا الباب.

يحق للمكري والمكتري الاتفاق على شروط مراجعة الوجيبة الكرائية ونسبة الرفع من قيمتها أو تخفيضها.

المادة 32

لا يجوز الاتفاق على رفع مبلغ الوجيبة الكرائية خلال مدة تقل عن ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية، أو الاتفاق على زيادة تتعدى النسب المقررة في هذا القانون.

المادة 33

إذا لم يقع بين الطرفين اتفاق على شروط مراجعة الوجيبة الكرائية ونسبة الرفع من قيمتها أمكن مراجعتها بعد مرور كل ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاتفاق على الوجيبة أو من تاريخ مراجعتها بين الأطراف مباشرة، أو من التاريخ الذي حددته المحكمة لآخر مراجعة وذلك طبقا للنسب المقررة في المادة 34 بعده.

المادة 34

تحدد نسبة الزيادة في الوجيبة الكرائية في 8% بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى و10% بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني.

المادة 35

يمكن للمحكمة أن تحدد نسبة الزيادة في مبلغ الوجيبة الكرائية بما لها من سلطة تقديرية ودون التقيد بالنسبتين المذكورتين في المادة 34 أعلاه إذا كان مبلغ قيمة الوجيبة الكرائية لا يتجاوز أربعمئة درهم شهريا على ألا تتعدى نسبة الزيادة المحكوم بها 50% .

المادة 36

يمكن للمكتري المطالبة بتخفيض مبلغ الوجيبة الكرائية إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و 661 من قانون الالتزامات والعقود.

المادة 37

يجري العمل بالوجيبة الكرائية الجديدة ابتداء من تاريخ المطالبة القضائية.
إذا عبر المكري عن رغبته في مراجعة الوجيبة الكرائية بتوجيه إنذار للمكثري، فإن سريان الوجيبة الكرائية الجديدة يبتدئ من تاريخ التوصل بالإنذار، شريطة رفع الدعوى داخل أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ التوصل.
تطبق مقتضيات الفقرة الأولى إذا رفع المكري دعوى المراجعة بعد انصرام أجل ثلاثة أشهر المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه.

المادة 38

تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في المنازعات المتعلقة بمراجعة واستيفاء الزيادة في قيمة الوجيبة الكرائية سواء المنصوص عليها في العقد أو المقررة قانوناً والمتعلقة بالمحلات المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون.
ينفذ الحكم المقرر للزيادة في قيمة الوجيبة الكرائية ابتداء من التاريخ المحدد لسريان الزيادة.
يمكن استئناف الحكم الصادر في هذه القضايا داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ.

الباب السادس: تولية الكراء والتخلي عنه

المادة 39

خلافاً لمقتضيات الفصل 668 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، يمنع على المكثري تولية المحل المعد للسكنى أو التخلي عنه بدون موافقة المكري في محرر كتابي ثابت التاريخ ما لم يتم التنصيص على خلاف ذلك في عقد الكراء.
يجب أن تشمل الموافقة الكتابية عند التولية مبلغ الوجيبة الكرائية الجديدة، وكذا التكاليف الكرائية عند الاقتضاء، وباقي شروط التولية المتفق عليها.
يعتبر تولية للكراء أو تخلياً عنه كلياً أو جزئياً شغل الغير للمحلات المكتراة أكثر من ثلاثة أشهر .

المادة 40

بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني، لا يحق للمكري أن يعترض على التولية أو التخلي إذا ما التزم المتولى له أو المتخلى له باستعمال المحل أو المحلات المكتراة لمزاولة نفس النشاط المهني الذي كان يزاوله بها المكثري الأصلي، أو لمزاولة نشاط مهني مماثل، شريطة أن لا يترتب عن ذلك إدخال تغييرات على المحل المكثري، أو إحداث تحولات إضافية بالنسبة للمكري أو تغيير طبيعة عقد الكراء.

يستدعى المكري من طرف المكثري ليشترك في العقد وفق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية. ولهذا الغرض يشعره بنيته في تولية الكراء أو التخلي عنه للغير.

المادة 41

لا يمكن تولية الكراء أو التخلي عنه جزئيا بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني ، مالم يوافق المكري على ذلك في محرر كتابي ثابت التاريخ ، يتضمن كل البيانات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 39 أعلاه، وتقع باطلة بقوة القانون كل تولية جزئية للكراء وكل تخلي جزئي عنه .

المادة 42

إذا كان مبلغ الوجيبة الكرائية في حالتي التولية أو التخلي يفوق وجيبة الكراء الأصلية للجزء الذي وقعت توليته أو التخلي عنه، فللمكري الحق في طلب زيادة الوجيبة الكرائية الأصلية بقدر ذلك.

لا يفقد المكري حق مراجعة الوجيبة الكرائية الثلاثية المنصوص عليها في المادة 33 أعلاه، إذا تمت تولية الكراء أو التخلي عنه بدون الاتفاق على مراجعة الوجيبة الكرائية.

المادة 43

في حالة التولية أو التخلي بصفة غير قانونية، يعتبر المتولى أو المتخلى له محتلا للمحل دون حق ولا سند. وللمكري في هذه الحالة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إصدار أمر بطرده هو والمكثري أو من يقوم مقامهما.

يصبح عقدا التولية والتخلي وكذلك عقد الكراء الأصلي بمجرد صدور الأمر القضائي مفسوخين بقوة القانون.

إذا ترتبت عن التولية أو التخلي أضرار بليغة بالمحل المكثري، جاز للمكري أن يطلب فسخ الكراء مع إجبار المكثري على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التولية أو التخلي.

الباب السابع: إنهاء عقد الكراء

المادة 44

رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف، لا تنتهي عقود كراء المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء طبقا للشروط المحددة في هذا الباب.

المادة 45

يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل :

- استرداد المحل المكتري لسكنه الشخصي، أو لسكن زوجته، أو أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين -إن وجدوا - من الوصية الواجبة المؤسسة بمقتضى المادة 369 وما يليها من مدونة الأسرة²⁸⁰، أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)؛

- ضرورة هدم المحل المكتري وإعادة البناء أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ؛
- التماطل في الأداء.

المادة 46

يتضمن الإشعار بالإفراغ تحت طائلة البطلان:

- الأسباب التي يستند عليها المكري؛
 - شموله مجموع المحل المكتري بكافة مرافقه؛
 - أجل شهرين على الأقل.
- يبلغ الإشعار بالإفراغ بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية.
- يبتدئ أجل الشهرين من تاريخ التوصل بالإشعار.

المادة 47

إذا امتنع المكتري عن الإفراغ صراحة أو ضمناً وذلك ببقائه في المحل بعد مضي الأجل المحدد في الإشعار، أمكن للمكري أن يطلب من المحكمة التصريح بتصحيح الإشعار والحكم على المكتري هو ومن يقوم مقامه بالإفراغ.

المادة 48

لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه.

المادة 49

لا يقبل طلب تصحيح الإشعار بالإفراغ للسبب المشار إليه في البند الأول من المادة 45 أعلاه إلا بتوفر الشرطين التاليين:

280- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

1. أن يكون المحل المطلوب إفراغه ملكا للمكري منذ 18 شهرا على الأقل من تاريخ الإشعار بالإفراغ، على أن للوارث والموصى له والمكفول حق الاستفادة من احتساب المدة التي كان يملكه خلالها المالك السابق ؛

2. أن يكون المكري أو زوجه أو أصوله أو فروع المباشرون من الدرجة الأولى أو المستفيدون من الوصية الواجبة، حسب الحالات، أو المكفول طبقا لمقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين²⁸¹، لا يشغلون سكنا في ملكيتهم أو كافيا لحاجياتهم العادية.

لا يشترط توفر هذين الشرطين إذا عرض المكري على المكثري سكنا مماثلا للمحل المطلوب إفراغه بنفس المواصفات ونفس الوجيبة الكرائية.

المادة 50

يتعين تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان هدم المحل أو إدخال تغييرات هامة عليه ضروريا ويستوجب إفراغ المكثري من المحل المكثري.

يكون الهدم أو إدخال التغييرات ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية أو الأمنية به أو إذا رغب المكري في إقامة بناء جديد مكان البناء المهدم أو ظهرت مستجدات بمقتضى وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها أن تثنى العقار. و يحظى المكثري بالأسبقية للرجوع إلى المحل بعد إصلاحه أو إعادة بنائه بشرط أن يستعمل هذا الحق داخل الشهرين المواليين للإشعار الصادر عن المكري وفقا للفقرة الموالية أدناه وإلا سقط حقه.

يتعين على المكري إخبار المكثري خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه رخصة السكن أو شهادة المطابقة حسب الحالة، وذلك بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية.

يمكن للمكثري أن يطلب من المحكمة تحديد أجل للمكري يتعين خلاله تنفيذ سبب الإفراغ.

تؤخذ بعين الاعتبار فيما يخص تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة والتكاليف التابعة لها، الصوائر التي تم صرفها على المحل ورأس المال المستثمر.

المادة 51

يجب على المكري في حالة تصحيح الإشعار بالإفراغ، أن يؤدي للمكثري إضافة إلى صوائر الانتقال المثبتة تعويضا قيمته وجيبة كراء سنة حسب آخر مبلغ الوجيبة المؤدى من طرف المكثري.

²⁸¹ - القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ 19 ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 (19 أغسطس 2002)، ص 2362.

المادة 52

إذا تبين أن الإفراغ من المحل إما تلقائياً تبعاً للإشعار بالإفراغ أو تنفيذاً للحكم القاضي بالتصحيح، قد تم بناء على سبب غير صحيح أو سبب لم ينفذ من طرف المكري، يكون للمكثري الحق في أن يطالب المكري بتعويض يساوي قيمة الضرر الذي لحقه نتيجة ذلك لا يقل عن الوجيبة الكرائية لمدة سنة.

المادة 53

يستمر مفعول العقد في حالة وفاة المكثري:

- بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى لفائدة زوج المتوفى أو فروعه أو أصوله المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيد من الوصية الواجبة أو المكفول، الذين كانوا تحت كفالته بصفة قانونية ويعيشون معه فعلياً عند وفاته ؛

- بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني، لفائدة الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى.

يتمتع الأشخاص المشار إليهم في الفقرة أعلاه بحق تولية الكراء أو التخلي عنه وفقاً للشروط المنصوص عليها في الباب السادس أعلاه.

المادة 54

يمكن في حالة طلاق الزوجين أن يستمر مفعول الكراء لفائدة الأم الحاضنة لأطفالها بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري.

الباب الثامن: فسخ عقد الكراء

المادة 55

يفسخ عقد الكراء بقوة القانون بوفاة المكثري مع مراعاة أحكام المادة 53 أعلاه.

كل شخص يوجد بالمحلات المكتراة من غير الأشخاص المشار إليهم في المادة 53 يعتبر محتلاً بدون حق ولا سند وللمكري في هذه الحالة أن يطلب من قاضي المستعجلات إصدار أمر بطرده هو أو من يقوم مقامه.

المادة 56

يمكن للمكري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكثري ومن يقوم مقامه، دون توجيه أي إشعار بالإفراغ وذلك في الحالات التالية :

- استعمال المحل والتجهيزات المكتراة في غير ما أعدت له؛
- إدخال تغييرات على المحل المكثري بدون موافقة أو إذن المكري؛
- إهمال المحل المكثري على نحو يسبب له ضرراً كبيراً؛

- عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء؛
 - استعمال المكترى المحل المكترى لأغراض غير تلك المتفق عليها في العقد أو المخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون.
- يكون الحكم بالإفراغ مشمولاً بالنفاذ المعجل في حالة عدم تنفيذ المكترى الأمر القاضي بالمصادقة على الإنذار المنصوص عليه في المادة 27 أعلاه.

الباب التاسع: استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة

الفرع الأول: الاسترجاع من طرف المكري

المادة 57

- يعتبر المحل مهجوراً إذا ظل مغلقاً لمدة ستة أشهر على الأقل بعد:
- إخلاء المكترى المحل المكترى من جميع منقولاته وأغراضه كلياً أو جزئياً؛
 - غياب المكترى عن المحل وعدم تفقده من طرفه، شخصياً أو من طرف من يمثله أو من يقوم مقامه؛
 - وفاة المكترى أو فقدانه للأهلية القانونية وعدم ظهور أي من الأشخاص المستفيدين المنصوص عليهم في المادة 54 أعلاه.

المادة 58

لا يعتبر المحل مهجوراً إذا استمر المكترى في الوفاء بالتزاماته إزاء المكري.

المادة 59

- يقدم طلب استرجاع المحل المهجور إلى رئيس المحكمة بصفته قاضياً للمستعجلات، مشفوعاً بالوثائق التالية:
- العقد أو السند الكتابي المثبت للعلاقة الكرائية؛
 - محضر معاينة واقعة إغلاق وهجر المحل المكترى وتحديد أمد الإغلاق.

المادة 60

يتم استدعاء المكترى من خلال عنوانه الوارد في عقد الكراء أو في أية وثيقة رسمية صادرة عن المكترى. وفي حالة تعذر الاستدعاء، يستدعى المكترى في عنوان المحل المكترى.

المادة 61

إذا توصل المكثري بالاستدعاء بصفة شخصية ولم يدل بأي جواب، يثبت رئيس المحكمة ذلك في طلب استرجاع المحل وفقا لما يقتضيه القانون.

المادة 62

إذا تعذر استدعاء المكثري شخصيا لا يبت رئيس المحكمة في الطلب إلا بعد الأمر بإجراء بحث بواسطة الشرطة القضائية تحت إشراف النيابة العامة.

المادة 63

إذا قضى رئيس المحكمة باسترجاع حيازة المحل ينفذ الأمر الصادر عنه على الأصل.

المادة 64

ينص الأمر باسترجاع الحيازة على تطبيق مقتضيات الفصل 447 من قانون المسطرة المدنية على الأشياء المنقولة الموجودة بالمحل وقت استرجاع حيازته.

المادة 65

يقوم المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر وصفي للمنقولات الموجودة بالمحل. تبقى المنقولات المذكورة في عهدة المكثري إلى حين إتمام إجراءات الفصل 447 من قانون المسطرة المدنية بشأنها.

المادة 66

إذا ظهر المكثري أو من يمثله أو يقوم مقامه أثناء تنفيذ الأمر بالاسترجاع، يقوم المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر إخباري يرفعه حالا إلى رئيس المحكمة أو إلى القاضي المكلف بالتنفيذ الذي له أن يأمر بوقف التنفيذ في غيبة الأطراف. لا يجوز متابعة المكثري إلا بناء على شكاية من المكثري أو من يمثله أو يقوم مقامه. يجوز للمحكمة إما تلقائيا أو بناء على طلب من الشخص المشتكي الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

الفرع الثاني: الاسترجاع من طرف المكثري

المادة 67

إذا ظهر المكثري أو ذوي حقوقه المنصوص عليهم في المادة 54 أعلاه بعد تنفيذ الأمر باسترجاع الحيازة، جاز لمن يعنيه الأمر أن يتقدم بطلب أمام رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. لا يقبل الطلب إلا إذا أثبت صاحبه أنه أدى ما كان بذمته من مبالغ كرائية.

لا يقبل طلب استرجاع الحيابة بعد مرور ستة أشهر على التنفيذ المشار إليه في المادة 65 أعلاه.

المادة 68

ينفذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، على الأصل.

المادة 69

إذا استحال تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، جاز للمكتري ومن يمثله أو يقوم مقامه المطالبة بالتعويض عن الضرر أمام المحكمة المختصة.

المادة 70

لا يواجه المكتري بالحقوق المكتسبة على المحل المسترجع لفائدة الغير سيء النية. ويحق للمكتري أو من يمثله أو من يقوم مقامه اللجوء إلى المحكمة المختصة للمطالبة بإبطال تلك الحقوق والتعويض عن الضرر المترتب عنها.

الباب العاشر: الاختصاص والمسطرة

المادة 71

تختص المحكمة الابتدائية لموقع المحل المكترى بالنظر في القضايا المتعلقة بكراء المحلات الخاضعة لهذا القانون.

المادة 72

باستثناء مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 27 والفقرة الأخيرة من المادة 55 والأحكام القاضية بالأداء، لا تكون الأحكام الصادرة عن المحكمة تطبيقاً لهذا القانون مشمولة بالنفاذ المعجل.

يمكن أن تكون الأحكام القاضية بالأداء والأحكام القاضية بالإفراغ للتماطل مشمولة بالنفاذ المعجل القضائي.

الباب الحادي عشر: مقتضيات مختلفة وانتقالية

المادة 73

تكون جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة حسب مفهوم الفصل 512 من قانون المسطرة المدنية.

المادة 74

يدخل هذا القانون حيز التطبيق ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية. وتطبق أحكامه على عقود الكراء الجارية وعلى القضايا التي ليست جاهزة للبت فيها ، دون تجديد للأعمال والإجراءات والأحكام التي صدرت قبل دخول هذا القانون حيز التطبيق.

تظل سارية المفعول الأكرية المبرمة التي لا تستجيب للمقتضيات الواردة في المادة الثالثة من هذا القانون ويمكن للأطراف الاتفاق، في أي وقت، على إبرام عقد مطابق لمقتضيات هذا القانون.

المادة 75

تنسخ ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ المقتضيات الخاصة بالأماكن المعدة للسكنى والاستعمال المهني الواردة بالقانون رقم 64.99 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.211 بتاريخ 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية، وتستثنى من النسخ المقتضيات الخاصة بالأماكن المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

ينسخ كذلك ابتداء من نفس التاريخ :

- الظهير الشريف الصادر في 26 من صفر 1360 (25 مارس 1941) في زجر من يمتنع عن الكراء؛
 - الظهير الشريف المؤرخ في 23 أبريل 1954 في زجر المضاربة غير المشروعة في الأكرية؛
 - الظهير الشريف الصادر في 25 من ربيع الأول 1360 (23 أبريل 1941) في الأمر بالتصريح بالأماكن الفارغة؛
 - الظهير الشريف الصادر في 25 من رجب 1360 (19 أغسطس 1941) المتعلق بتحديد الأماكن المعدة للسكنى؛
 - المرسوم بقانون رقم 2.80.522 الصادر في 28 من ذي القعدة 1400 (8 أكتوبر 1980) يقضي بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين؛
 - القانون رقم 6.79 بشأن تنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكترين للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 17 من صفر 1401 (25 ديسمبر 1980)، حسبما وقع تغييره وتتميمه.
- تظل المقتضيات الواردة في القانون رقم 07.03 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428

(30 نوفمبر 2007)²⁸²، سارية المفعول فقط بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

124011442

282- القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)؛ الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر 2007)، ص 4061.

الفهرس

قانون رقم 67.12 يتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري

.....287.....	للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني
.....287.....	الباب الأول: نطاق التطبيق
.....287.....	الباب الثاني: عقد الكراء
.....288.....	الباب الثالث: التزامات المكري والمكتري
.....288.....	الفرع الأول: التزامات المكري
.....290.....	الفرع الثاني: التزامات المكتري
.....292.....	الباب الرابع: استيفاء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها
.....294.....	الباب الخامس: مراجعة الوجيبة الكرائية
.....295.....	الباب السادس: تولية الكراء والتخلي عنه
.....296.....	الباب السابع: إنهاء عقد الكراء
.....299.....	الباب الثامن: فسخ عقد الكراء
.....300.....	الباب التاسع: استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة
.....300.....	الفرع الأول: الاسترجاع من طرف المكري
.....301.....	الفرع الثاني: الاسترجاع من طرف المكتري
.....302.....	الباب العاشر: الاختصاص والمسطرة
.....302.....	الباب الحادي عشر: مقتضيات مختلفة وانتقالية
.....305.....	الفهرس

القانون التجاري

(مدونة التجارة)

1- الكمبيالة

1 - يترتب على التوقيع بالقبول على الكمبيالة قيام قرينة على وجود مقابل الوفاء.

إن المقرر فقها وقضاء أن هذه القرينة بسيطة قابلة للدحض، ويمكن إثبات وجود مقابل الوفاء من طرف القابل.

إن النزاع في عدم وجود مقابل الوفاء. بالاكْتفاء بالادعاء بعدم التوصل بالبضاعة والذي لم تسبقه مراسلة بين الطرفين قبل ولوج الأطراف إلى القضاء ، لا يكون إلا مجرد أطروحة واهية ترمي إلى تعتيم النزاع واصطناع صبغة جدية لا تتركز على أساس من الواقع .

2 - تخضع الكمبيالة للتقادم القصير الأمد متى توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في الفصل 159 من مدونة التجارة والتي لا تعوض بغيرها وإلا اعتبرت الكمبيالة التي تنقصها شروط إنشائها سند دين عادي لكونها تحمل التزام المسحوب عليه بالتوقيع.

3 - القاعدة التي تقرر أن التقادم لا يجوز إثارته من طرف المحكمة تلقائياً تطبق حتى بالنسبة للدعوى التجارية تكون المحكمة قد خرقت هذه القاعدة لما صرحت من تلقاء نفسها بتقادم دعوى دين يتعلق بالكمبيالات بعلّة أن الدفع بالتقادم في مجال القانون التجاري يعد من النظام العام يثار تلقائياً.

4 - عندما يكون موضوع الدعوى قيمة كمبيالات فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون التجاري دون غيره وإنه إذا كان من حق المسحوب عليه أن يدفع ضد الساحب بالدفع المبنية على علاقته معه والتي كانت السبب في سحب الكمبيالات ... فإنه يجب بالضرورة أن يدعم هذه الدفع بما يثبتها وأن مجرد المنازعة الغير المدعمة بأية حجة لم تكن كافية لتملصه من أداء قيمة كمبيالة قبلها وحل أجلها.

5 - لما كان النزاع يتعلق بالكمبيالة كورقة تجارية تنظم أحكامها قواعد دعوى الصرف فإن المقتضيات الواجبة التطبيق هي أحكام القانون التجاري (مدونة التجارة) ليس القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات بوجه عام الواردة في ق.ل.ع .

إذا كان الفصل 144⁽²⁸³⁾ من ق.ت. يمنع القبول المعلق على شرط واقف أو فاسخ فإن متر ورد بظهير الكمبيالة ليس شرطاً علق عليه قبولها وإنما هو مجرد تحفظ إزاء الساحب وهو مقبول ويتعلق بالالتزام السابق على سحب الكمبيالة وليس بمقابل الوفاء الذي هو ثمن الشقة في القضية .

6 - إن تقديم الكمبيالة لبنك المسحوب عليه عند حلول أجلها لاستخلاص قيمتها وتكرار هذا التقديم لا يعد تمديدا لتاريخ استحقاقها ولا مطالبة غير قضائية تجعل المدين في حالة مطل تؤدي إل ى انقطاع أمد التقادم الصرفي وفق أحكام الفصل 381 من ق.ل.ع الواجب التطبيق.

إن اليمين التي يمكن أن توجه للمدعى عليه على براءة ذمته في حالة دفعه بالتقادم بالفصل 189⁽²⁸⁴⁾ من ق.ت صريح هذا الفصل في أنه لا يقضي بها تلقائيا وإنما بناء على طلبه.

7 - لما كانت الفائدة المحكوم فيها ليست شرطية وإنما هي فائدة قانونية تستحق عن التأخير في الأداء فهي بمثابة التعويض على الضرر.

وإن المحكمة لما قضت بها استنادا إلى الفصل 166⁽²⁸⁵⁾ من ق.ت. لم يجز الفائدة الشرطية بين المسلمين.

8 - يتجلى من الفصل 189⁽²⁸⁶⁾ من ق.ت. أن جميع الدعاوي الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل تتقادم بانصرام مدة ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق .

يجوز مع ذلك أن يطلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين الفقرة الأخيرة من الفصل 189⁽²⁸⁷⁾ يستوجب نقض القرار الذي يستبعد الدفع بالتقادم بعلّة أن القابل لم يثبت قيامه بالأداء في حين أن الدائن لم يطلب منه أداء اليمين على براءة ذمته.

284 - المادة 228 من مدونة التجارة .

285 - المادة 202 من مدونة التجارة .

286 - المادة 228 من مدونة التجارة .

287 - المادة 228 من مدونة التجارة .

9 - إذا تم أداء قيمة الكمبيالة نقدا على الرغم من توطيئها فإن الرسم المستخلص من طرف إدارة التسجيل لا يطاله أي تخفيض التخلف الغاية المتوخاة من التوطين وفق قانون التسجيل والتمير .

10 - تعتبر الكمبيالة من الأعمال التجارية المنفردة المطلقة بصرف النظر عن الهدف الذي تكونت من أجله أكان هدفا تجاريا أو مدنيا وبصرف النظر عن الذي استعملها أكان تاجرا أو غير تاجر .

سعر الفائدة جائز ومعمول به في المعاملات التجارية وقد نصت على ذلك الفصول 871 - 872 - 873 من ق.ل.ع الفائدة لا يمكن الحكم بها إلا إذا كانت مشروطة في أصل سند الدين ، وما دامت الأطراف لم تحددها فلا مجال للدائن المطالبة بها ولا الحكم بها في الأمر بالأداء .

11 - الكمبيالة تحمل البيانات المتطلبة في الفصل 159 من مدونة التجارة والذي لا يشترط من جملة بيانات الكمبيالة ذكر سبب الدين .

12 - لا يسقط حق الحامل ضد المسحوب عليه القابل بسبب عدم تحرير محضر احتجاج بعدم الأداء الفصل 129⁽²⁸⁸⁾ تجاري تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون ألغت الأمر بالأداء وصرحت بعدم قبول الدعوى لعدم تحرير محضر احتجاج ضد المسحوب عليه القابل .

13 - حيث أن الفصل 134⁽²⁸⁹⁾ من القانون التجاري، يعتبر قرينة التوقيع على الكمبيالات قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وأن الفقرة السادسة من نفس الفصل توجب على الساحب في حالة الإنكار أن يثبت أن مقابل الوفاء كان موجودا عند المسحوب عليه وقت

288 - المادة 206 من مدونة التجارة .

289 - المادة 166 من مدونة التجارة .

الاستحقاق وحيث إن محكمة الاستئناف لرفضها الاستجابة لطب المستأنف الاطلاع على كشف حسابه بدون أن تعلل قرارها تعليلا كافيا حيث اكتفت بالقول بأن التماس المستأنف إجراء خبرة للكشف عن حسابه الجاري بمعرفة المستأنف لا مبرر له مما يعتبر معه هذا التعليل تعليلا ناقصا خاصة وأن الكمبيالة نفسها تتضمن أن الدين كان مقابل تعبئة جزئية لدين قدره كذا بمعنى أنها وقعت مقابل ضمان استيفاء مبلغ معين دون أن تكون مقابل دين حقيقي، وأن من شأن اطلاع المحكمة على سجلات البنك أن يكشف الحقيقة أمامها مما يكون معه القرار ناقص التعليل ونقصان التعليل يوازي انعدامه.

14 - طبقا لمقتضيات الفصل 146⁽²⁹⁰⁾ من ق.ت. فإن الطاعن الذي قبل الكمبيالة يكون قد التزم التزاما صرفيا لأداء قيمتها، وإذا كان من حقه أن يثير ضد المطلوبة في النقص الدفع المبنية على علاقتها السابقة على سحب الكمبيالة عملا بالفصل 139⁽²⁹¹⁾ من القانون نفسه بما فيه الدفع بالمقاصة ، فإن عبء إثبات في هذا الشأن يقع على عاتقه على عاتق المطلوبة وإن المحكمة لما قضت بأداء الكمبياليتين ورفضت دفع الطاعن لعدم الإثبات كما رفضت بقية طلبات الخصم لنفس السبب تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما فالوسيلة عديمة الأساس .

15 - إن المدعى عليه بقيمة الكمبيالة ، التي سحبت عليه من طرف المدعي الحامل لها، مقابل ثمن البضائع التي باعها له، يستطيع أن يتمسك في مواجهة هذا الأخير بكافة الدفع المبنية على عقد البيع المبرم بينهما، والذي كان السبب في سحب الكمبيالة وقبولها.

290 - المادة 178 من مدونة التجارة .

291 - المادة 171 من مدونة التجارة .

إن المحكمة بإغفالها الجواب عن الحجج التي عرضت عليها والمتعلقة باسترجاع جزء من السلعة المباعة للبائع ، والذي يشكل مقابل وفاء الكمبيالة المطلوب أدائها ، يكون حكمها ناقص التعليل ومعرضا للنقض.

الملحق

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة²⁹²

كما تم تعديله:

- القانون رقم 81.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.146 بتاريخ 25 من شوال 1435 (22 أغسطس 2014)؛ الجريدة الرسمية عدد 6291 بتاريخ 19 ذو القعدة 1435 (15 سبتمبر 2014)، ص 6882؛
- القانون رقم 134.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.142 بتاريخ 25 من شوال 1435 (22 أغسطس 2014)؛ الجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 15 ذو القعدة 1435 (11 سبتمبر 2014)، ص 6810؛
- القانون رقم 32.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.147 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5984 بتاريخ 8 ذو القعدة 1432 (6 أكتوبر 2011)، ص 4930؛
- القانون رقم 24.04 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.170 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نوفمبر 2006)؛ الجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006)، ص 3761.

292- الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

الكتاب الثالث: الأوراق التجارية

القسم الأول: الكمبيالة

الباب الأول: إنشاء الكمبيالة وشكلها

المادة 159

تتضمن الكمبيالة البيانات التالية:

- 1 - تسمية "كمبيالة" مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحريم؛
- 2 - الأمر الناجز بأداء مبلغ معين؛
- 3 - إسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه)؛
- 4 - تاريخ الاستحقاق؛
- 5 - مكان الوفاء؛
- 6 - إسم من يجب الوفاء له أو لأمره؛
- 7- تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة؛
- 8 - اسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب).

المادة 160

السند الذي يخلو من أحد البيانات المشار إليها في المادة السابقة لا يصح كمبيالة إلا في الحالات الآتية:

- الكمبيالة التي لم يعين تاريخ استحقاقها تعتبر مستحقة بمجرد الاطلاع؛
- إذا لم يعين مكان الوفاء، فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للوفاء وفي الوقت نفسه موطننا للمسحوب عليه ما لم يرد في السند خلاف ذلك؛
- إذا لم يعين مكان بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكانا للوفاء المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه أو موطنه؛
- الكمبيالة التي لم يعين فيها مكان إنشائها تعتبر منشأة في المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب؛
- إذا لم يعين مكان بجانب اسم الساحب فإن الكمبيالة تعتبر منشأة بموطنه؛

- إذا لم يعين تاريخ إنشاء الكمبيالة يعتبر تاريخ الإنشاء هو تاريخ تسليم السند إلى المستفيد ما لم يرد في السند خلاف ذلك.
تعتبر الكمبيالة التي ينقصها أحد البيانات الإلزامية غير صحيحة، ولكنها قد تعتبر سنداً عادياً لإثبات الدين، إذا توفرت شروط هذا السند.

المادة 161

يجوز أن تكون الكمبيالة لأمر الساحب نفسه.
يجوز أن تسحب على الساحب نفسه.
يجوز أن تسحب لحساب الغير.
يجوز أن تكون الكمبيالة قابلة للأداء في موطن الغير سواء في الموطن الذي يقيم فيه المسحوب عليه أو في موطن آخر.

المادة 162

يجوز لساحب كمبيالة مستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع أن يشترط فائدة على مبلغ الكمبيالة. ويعتبر هذا الشرط غير موجود في أنواع الكمبيالات الأخرى.
يجب تعيين سعر الفائدة في الكمبيالة وإلا اعتبر هذا الشرط كأن لم يكن.
يحسب سريان الفوائد ابتداء من تاريخ إنشاء الكمبيالة ما لم يعين تاريخ آخر.

المادة 163

إذا حرر مبلغ الكمبيالة بالأحرف والأرقام في آن واحد يعتمد المبلغ المحرر بالأحرف عند الاختلاف.
إذا حرر المبلغ عدة مرات سواء بالأحرف أو بالأرقام يعتمد أقل مبلغ عند الاختلاف.

المادة 164

إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه، ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقاً للقانون العادي.
إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة.
من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصياً بموجبها. فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه.
يسري الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة.

المادة 165

الساحب ضامن للقبول والوفاء.

ويجوز له أن يعفي نفسه من ضمان القبول، ويعد لاغيا كل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء.

الباب الثاني: مقابل الوفاء

المادة 166

يقدم مقابل الوفاء الساحب أو الشخص الذي تسحب الكمبيالة لحسابه، ويبقى الساحب لحساب الغير ملزما شخصيا تجاه المظهرين والحامل دون سواهم.

يعد مقابل الوفاء موجودا إذا كان المسحوب عليه في تاريخ استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة. يجب أن يكون دين الساحب على المسحوب عليه عند حلول أجل الكمبيالة ناجزا ومعينا وجاهزا.

تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين.

يفترض القبول وجود مقابل الوفاء.

ويعتبر ذلك حجة تجاه المظهرين.

وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة.

الباب الثالث: التظهير

المادة 167

تنتقل الكمبيالة بطريق التظهير ولو لم تكن مسحوبة للأمر صراحة.

تنتقل الكمبيالة عن طريق الحوالة العادية وتخضع لآثارها متى أدرج الساحب فيها عبارة "ليست للأمر" أو أية عبارة أخرى موازية لها.

يجوز أن تظهر الكمبيالة حتى لفائدة المسحوب عليه سواء كان قابلا لها أم لا وكذلك لفائدة الساحب أو أي ملتزم آخر. ويجوز لهؤلاء الأشخاص أن يظهروها من جديد.

يجب أن يكون التظهير ناجزا، وكل شرط مقيد له يعتبر كأن لم يكن.

التظهير الجزئي باطل.

يعد التظهير للحامل بمثابة تظهير على بياض.

يجب أن يقع التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها (وصلة) وأن يوقعه المظهر.

ويجوز أن لا يعين في التظهير اسم المستفيد كما يجوز أن يقتصر التظهير على توقيع المظهر (التظهير على بياض) وفي هذه الحالة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة.

المادة 168

ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة.

يجوز للحامل في حالة التظهير على بياض:

- 1 - أن يملأ البياض باسمه أو باسم أي شخص آخر؛
- 2 - أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو لشخص آخر؛
- 3 - أن يسلم الكمبيالة للغير دون ملء البياض ودون تظهيرها.

المادة 169

يضمن المظهر القبول والوفاء ما لم يرد شرط بخلاف ذلك.

ويجوز له أن يمنع تظهيراً جديداً؛ وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان تجاه من تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق.

المادة 170

يعتبر حائز الكمبيالة الحامل الشرعي لها إذا أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان التظهير الأخير على بياض. وتعتبر في هذا الشأن التظهيرات المشطب عليها كأن لم توجد. ومتى كان التظهير على بياض متبوعاً بتظهير آخر اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير مكتسباً للكمبيالة بموجب التظهير على بياض.

وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان، لا يلزم حاملها بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها بموجب الأحكام المبينة في الفقرة السابقة ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً.

المادة 171

لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين.

المادة 172

يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة "للاستخلاص" أو "من أجل الاستيفاء"، أو "للتوكيل" أو أية عبارة أخرى تفيد مجرد التوكيل أن يمارس جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة، لكن لا يجوز له أن يظهرها إلا على سبيل التوكيل.

ولا يجوز للملتزمين في هذه الحالة أن يتمسكوا تجاه الحامل إلا بالدفع التي يمكن التمسك بها تجاه المظهر.

لا تنتهي الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي بوفاة الموكل أو بفقدانه لأهليته.
يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة "مبلغ على وجه الضمان" أو "مبلغ على وجه الرهن" أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة، لكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي.
ولا يجوز للملتزمين أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع المظهر ما لم يكن الحامل قد تعمد بتسلمه الكمبيالة الإضرار بالمدين.

المادة 173

يترتب عن التظهير الحاصل بعد تاريخ الاستحقاق نفس الآثار المترتبة عن تظهير سابق. إلا أن التظهير الحاصل بعد وقوع احتجاج عدم الوفاء أو بعد انصرام الأجل المعين لإقامته لا يترتب عليه سوى آثار الحوالة العادية.

يعتبر التظهير بلا تاريخ محررا قبل انصرام الأجل المعين لإجراء الاحتجاج ما لم يثبت خلاف ذلك.

يمنع تقديم تاريخ الأوامر، وإن حصل عد تزويرا.

الباب الرابع: القبول

المادة 174

يجوز لحامل الكمبيالة أو لمجرد الحائز لها أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها.
يجوز للساحب أن يشترط في كل كمبيالة وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه.

كما يجوز له أن يمنع تقديم الكمبيالة للقبول ما لم تكن الكمبيالة قابلة الأداء عند الغير أو في موطن غير الذي يوجد به مقر المسحوب عليه أو كانت مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع.

ويجوز له أيضا أن يشترط أن تقديم الكمبيالة للقبول لا يمكن أن يقع قبل أجل معين.
يجوز لكل مظهر للكمبيالة، أن يشترط وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه، ما لم يكن الساحب قد صرح بمنع تقديمها للقبول.
إن الكمبيالات المستحقة بعد مدة من الاطلاع يجب أن تقدم للقبول داخل أجل سنة ابتداء من تاريخها.

ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه.

ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الآجال.

إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق متعلق بتسليم بضائع ومبرم بين تجار، ونفذ الساحب الالتزامات المترتبة عليه في العقد، فإنه لا يجوز للمسحوب عليه أن يرفض قبول

الكمبيالة بعد أن ينصرم الأجل الجاري به العمل في الأعراف التجارية بشأن التعرف على البضائع.

ويترتب بحكم القانون على عدم القبول، سقوط أجل الاستحقاق وذلك على نفقة المسحوب عليه.

المادة 175

يجوز للمسحوب عليه أن يطلب تقديم الكمبيالة له في اليوم الموالي لتقديمها للمرة الأولى، ولا يقبل من ذوي المصلحة ادعاء بعدم الاستجابة لهذا الطلب إلا إذا كان مذكوراً في الاحتجاج.

لا يلزم الحامل عند تقديم الكمبيالة للقبول بتركها بين يدي المسحوب عليه.

المادة 176

يكتب القبول على الكمبيالة ذاتها، ويعبر عنه بلفظة "قبل" أو بأي لفظة أخرى مرادفة لها، ويوقع من طرف المسحوب عليه. إن مجرد توقيع المسحوب عليه على صدر الكمبيالة يعتبر قبولا.

إذا كانت الكمبيالة مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع، أو إذا كان ينبغي تقديمها للقبول داخل أجل معين بمقتضى شرط خاص، فمن اللازم أن يؤرخ القبول باليوم الذي صدر فيه ما لم يطالب الحامل أن يؤرخ بيوم التقديم، وإذا خلا القبول من التاريخ وجب على الحامل، حفظاً لحقوقه في الرجوع على المظهرين والساحب، إثبات هذا النقص بإقامة احتجاج في الأجل القانوني.

يجب أن يكون القبول ناجزاً ويجوز للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ الكمبيالة.

كل تغيير آخر يدخله القبول في البيانات الواردة في نص الكمبيالة يعد بمثابة رفض للقبول، غير أن القابل يبقى ملزماً طبقاً لشروط قبوله.

المادة 177

إذا عين الساحب في الكمبيالة مكاناً للوفاء غير المكان الموجود به موطن المسحوب عليه بدون أن يعين شخصاً آخر للوفاء عنده، جاز للمسحوب عليه أن يعينه أثناء القبول، وإذا لم يعينه اعتبر أنه التزم بالوفاء بنفسه في مكان الأداء.

وإذا كان الوفاء معيناً في موطن المسحوب عليه جاز له أن يعين ضمن القبول عنواناً في ذات المكان الذي يجب أن يتم فيه الوفاء.

المادة 178

يلتزم المسحوب عليه بمجرد القبول بوفاء الكمبيالة عند تاريخ الاستحقاق.

يخول للحامل عند عدم الوفاء ولو كان هو الساحب ذاته، حق مطالبة المسحوب عليه القابل، بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة بكل ما تجوز المطالبة به بموجب المادتين 202 و203.

المادة 179

إذا وضع المسحوب عليه قبوله على الكمبيالة ثم عاد فشطبه قبل إرجاعها، اعتبر القبول مرفوضاً. ويعتبر التشطيب واقعا قبل إرجاع السند ما لم يثبت خلاف ذلك. غير أنه إذا بلغ المسحوب عليه قبوله للحامل أو لأحد الموقعين كتابة، أصبح ملزماً نحوهم بمقتضى شروط قبوله.

الباب الخامس: الضمان الاحتياطي

المادة 180

يجوز أن يضمن وفاء الكمبيالة كلياً أو جزئياً ضامن احتياطي. يقدم هذا الضمان من الغير، كما يجوز أن يكون ولو من أحد الموقعين على الكمبيالة. يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة أو في محرر مستقل يذكر فيه مكان صدوره. ويعبر عنه بعبارة "على سبيل الضمان الاحتياطي" أو أية عبارة أخرى مماثلة لها على أن يوقعه الضامن الاحتياطي. ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلاً بمجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة، ما لم يتعلق الأمر بتوقيع المسحوب عليه أو الساحب. يجب أن يعين في الضمان الاحتياطي الطرف الذي قدم لفائدته، وإلا اعتبر مقدماً لصالح الساحب. يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون. يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام المضمون باطلاً لأي سبب كان غير العيب في الشكل. يكتسب الضامن الاحتياطي عند وفائه للكمبيالة الحقوق الناشئة عنها تجاه المضمون وتجاه الأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير بموجب الكمبيالة.

الباب السادس: الاستحقاق

المادة 181

يجوز سحب الكمبيالة على الوجوه التالية:

- بمجرد الاطلاع؛
- بعد مدة من الاطلاع؛

- بعد مدة من تاريخ التحرير؛

- في تاريخ معين.

تكون الكمبيالة التي يعلق سحبها على آجال أخرى أو آجال متعاقبة باطلة.

المادة 182

تكون الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع واجبة الوفاء عند تقديمها، ويجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها، ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الآجال.

يجوز للساحب أن يشترط عدم تقديم الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع قبل انقضاء أجل معين، وفي هذه الحالة يحسب ميعاد التقديم ابتداء من هذا الأجل. يحسب تاريخ استحقاق الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع ابتداء من يوم القبول أو من يوم الاحتجاج.

وإذا لم يحضر احتجاج فإن القبول غير المؤرخ يعتبر بالنظر للقابل أنه قد تم في اليوم الأخير من الأجل المعين لتقديم الكمبيالة للقبول.

إن الكمبيالة المستحقة بعد شهر أو عدة أشهر من تاريخها، أو من تاريخ الاطلاع، يقع استحقاقها في مثل هذا التاريخ من الشهر الذي يجب فيه الوفاء، فإذا لم يوجد التاريخ المقابل لذلك التاريخ وقع الاستحقاق في اليوم الأخير من ذلك الشهر.

إذا سحبت الكمبيالة لشهر ونصف أو لعدة أشهر ونصف شهر من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، وجب بدء الحساب بالشهور الكاملة.

إذا كان الاستحقاق واقعا في أول الشهر أو في نصفه أو في آخره، فإنه يفهم من هذه التعابير اليوم الأول أو اليوم الخامس عشر أو اليوم الأخير من الشهر.

لا تعني عبارة "ثمانية أيام" أو "خمسة عشر يوما" أسبوعا أو أسبوعين وإنما ثمانية أيام أو خمسة عشر يوما بالفعل.

تعني عبارة "نصف شهر" خمسة عشر يوما.

المادة 183

إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين وكانت اليومية المعمول بها في مكان الوفاء تختلف عن اليومية المعمول بها في مكان الإصدار اعتبر تاريخ الاستحقاق معينا وفقا ليومية مكان الوفاء.

إذا سحبت الكمبيالة بين بلدين مختلفي اليومية وكانت مستحقة الوفاء بعد مدة من تاريخها، وجب إرجاع تاريخ الإصدار إلى اليوم المقابل في يومية بلد الوفاء، ويحدد ميعاد الاستحقاق طبقا لذلك.

وتحسب آجال تقديم الكمبيالة طبقا للقواعد المذكورة في الفقرة السابقة.

لا تطبق هذه القواعد إذا كان أحد الشروط المدرجة في الكمبيالة أو البيانات التي تضمنتها تدل على اتجاه القصد إلى مخالفتها.

الباب السابع: الوفاء

المادة 184

يتعين على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له.

لا يلزم الغير بالوفاء بالكمبيالة الموطنة لديه إلا بأمر كتابي من المسحوب عليه. ويعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديمها للوفاء.

المادة 185

يحق للمسحوب عليه الذي وفي مبلغ الكمبيالة كلياً أن يطلب تسليمها إليه موقعا عليها بما يفيد الوفاء.

لا يجوز للحامل أن يرفض وفاء جزئياً.

يجوز للمسحوب عليه في حالة الوفاء الجزئي أن يطالب بإثبات هذا الوفاء على الكمبيالة وبتسليمه توصيلاً بما أداه.

إن المبالغ المؤداة على حساب الكمبيالة تبرئ ذمة الساحب والمظهر. ويتعين على الحامل أن يطلب إقامة احتجاج بالمبلغ الباقي.

المادة 186

لا يجبر حامل الكمبيالة على استلام قيمتها قبل تاريخ الاستحقاق.

وإذا وفي المسحوب عليه قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء.

ومن وفي في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته، إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم. ويلزم بالتحقق من انتظام تسلسل التظاهرات. لكنه لا يلزم بفحص توقيعات المظهرين.

المادة 187

إذا اشترط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في بلد الوفاء، جاز وفاء مبلغها بعملة هذا البلد حسب قيمتها يوم الاستحقاق. وإذا تأخر المدين عن الوفاء كان للحامل خيار المطالبة بمبلغ الكمبيالة حسب سعر عملة البلد، يوم الاستحقاق أو يوم الوفاء.

ويتبع عرف بلد الوفاء في تعيين قيمة العملة الأجنبية.

لا تسري القواعد السالف ذكرها في حالة ما إذا اشترط الساحب أن يحصل الوفاء بعملة معينة.

إذا عين مبلغ الكمبيالة بعملة تحمل اسما مشتركا تختلف قيمتها في بلد إصدارها عن قيمتها في بلد الوفاء، يفترض أن الأداء يكون بعملة بلد الوفاء.
تطبق مقتضيات هذه المادة مع مراعاة قوانين الصرف الجاري بها العمل يوم التقديم للوفاء.

المادة 188

إذا لم تقدم الكمبيالة للوفاء داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 184، جاز لكل مدين بها إيداع مبلغها في كتابة الضبط لدى المحكمة الموجود موطنه في دائرتها وذلك على نفقة وتبعية الحامل.

المادة 189

لا يجوز التعرض على الوفاء إلا في حالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل.

المادة 190

إذا ضاعت كمبيالة غير مقبولة أو سرقت، جاز لمالكها أن يطالب بالوفاء استنادا على نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... وأن يقدم كفالة.

المادة 191

إذا ضاعت كمبيالة مقبولة أو سرقت، لا يجوز لمالكها أن يطالب بالوفاء استنادا على نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... إلا بأمر من رئيس المحكمة وتقديم كفالة.

المادة 192

إذا ضاعت الكمبيالة أو سرقت سواء كانت مقبولة أم لا وعجز فاقدها أو من سرقت منه عن تقديم نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... جاز له أن يطالب بوفاء الكمبيالة الضائعة أو المسروقة وأن ينال ذلك الوفاء بأمر من رئيس المحكمة على شرط أن يثبت ملكيته للكمبيالة بدفاته وأن يقدم كفالة.

المادة 193

في حالة رفض الوفاء المطلوب بمقتضى المادتين الأخيرتين، يحتفظ مالك الكمبيالة الضائعة أو المسروقة بجميع حقوقه على شرط أن يقيم محرر احتجاج في اليوم الموالي ليوم استحقاق الكمبيالة الضائعة أو المسروقة، ويجب إذ ذاك أن توجه الإعلامات المنصوص عليها في المادة 199 إلى كل من الساحب والمظهرين داخل الأجل المعينة في المادة المذكورة.

المادة 194

إذا أراد مالك الكمبيالة الضائعة أو المسروقة الحصول على نظير ثان وجب عليه أن يتوجه بالطلب إلى مظهره المباشر، ويتعين على هذا الأخير أن يعيره اسمه ويساعده على

مطالبة مظهره هو، وهكذا تتصاعد المطالبة من مظهر إلى المظهر الذي قبله حتى تنتهي إلى صاحب الكمبيالة. ويتحمل الصوائر مالك الكمبيالة الضائعة أو المسروقة.

المادة 195

تسقط الكفالة المشار إليها في المواد من 190 إلى 192 بعد انصرام مدة ثلاث سنوات إذا لم تقع خلال هذه المدة أية مطالبة أو متابعة قضائية.

الباب الثامن: الرجوع لعدم القبول وعدم الوفاء والاحتجاج وكمبيالة الرجوع

الفصل الأول: الرجوع لعدم القبول وعدم الوفاء

المادة 196

يجوز للحامل أن يرجع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملزمين:

1- عند الاستحقاق، إذا لم يقع وفاء الكمبيالة؛

2- قبل الاستحقاق، في الحالات الآتية:

أ) إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول؛

ب) في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه سواء كان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل لها أو في حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم أو في حالة حجز بدون جدوى على أمواله؛

ج) في حالة التسوية أو التصفية القضائية لساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول.

لكنه يجوز للضامين عند الرجوع عليهم في الحالات المنصوص عليها في (ب) و(ج) أن يقدموا خلال ثلاثة أيام من تاريخ الرجوع إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرتها موطنهم عريضة لطلب آجال. وإذا تبين له أن الطلب مرتكز على أساس، أصدر أمراً يحدد فيه الميعاد الذي يتعين فيه على الضامين الوفاء بمبالغ الكمبيالات المعنية بالأمر، دون أن تتجاوز الآجال الممنوحة بهذه الكيفية الميعاد المعين للاستحقاق. ولا يقبل هذا الأمر التعرض ولا الاستئناف.

المادة 197

يجب أن يثبت الامتناع عن القبول أو عن الوفاء في محرر رسمي يسمى احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء.

يجب أن يقام احتجاج عدم القبول ضمن الآجال المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول. فإذا حدث في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 175 أن وقع أول تقديم للقبول في آخر يوم من الأجل جاز إقامة الاحتجاج في اليوم الموالي.

متى كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مرور مدة من تاريخها أو بعد مرور مدة من الاطلاع وجب إقامة الاحتجاج داخل أحد أيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق. ومتى كانت الكمبيالة مستحقة عند الاطلاع وجب تحرير الاحتجاج ضمن الشروط المعينة في الفقرة السابقة بشأن تحرير احتجاج عدم القبول.

يغني احتجاج عدم القبول عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن احتجاج عدم الوفاء.

إذا توقف المسحوب عليه عن وفاء ديونه، سواء كان قابلاً للكمبيالة أم لا أو إذا وقع حجز على أمواله بلا جدوى لم يجز للحامل أن يقوم بأية مطالبة ضده إلا بعد تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه لوفائها وإقامة احتجاج عدم الوفاء.

في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه سواء كان قابلاً أم لا وكذلك في حالة التسوية أو التصفية القضائية لساحب الكمبيالة المشروط عدم تقديمها للقبول، يكفي الحامل تقديم الحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية ليجوز له استعمال حقه في الرجوع.

المادة 198

إذا رضي الحامل بتسليم شيك على سبيل الوفاء، وجب أن يعين في هذا الشيك عدد الكمبيالات الموفاة بهذه الكيفية وتاريخ استحقاقها.

فإذا لم يؤد الشيك وجب إبلاغ الاحتجاج لعدم وفائه إلى الموطن المعين لوفاء الكمبيالة ضمن الأجل المنصوص عليه في المادة 268.

ويتم الاحتجاج بعدم الوفاء بالشيك والتبليغ في إجراء واحد إلا إذا كان الاختصاص المحلي يستدعي تدخل كاتبين للضبط.

ويتعين على المسحوب عليه الذي يتلقى التبليغ إن لم يؤد مبلغ الكمبيالة ومصاريف الاحتجاج بعدم وفاء الشيك ومصاريف التبليغ، أن يرجع الكمبيالة للمأمور القائم بالإجراء. ويحرر هذا المأمور فوراً احتجاجاً بعدم وفاء الكمبيالة.

إذا لم يرجع المسحوب عليه الكمبيالة حرر في الحين محضر يثبت عدم الإرجاع ويعفى الحامل في هذه الحالة من التقيد بأحكام المادتين 191 و192.

ويشكل عدم إرجاع الكمبيالة جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 547 من القانون الجنائي²⁹³.

المادة 199

يجب على الحامل أن يوجه إلى من ظهر له الكمبيالة إعلماً بعدم القبول أو الوفاء داخل ستة أيام العمل التي تلي يوم إقامة الاحتجاج أو يوم التقديم في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف.

293 - ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي؛ الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253، كما تم تنميته وتغييره.

يجب على عون التبليغ، إذا كانت الكمبيالة تتضمن اسم الساحب وموطنه، أن يشعر هذا الأخير بأسباب رفض الوفاء بالبريد المضمون داخل ثلاثة أيام العمل الموالية ليوم إقامة الاحتجاج.

يجب على كل مظهر داخل ثلاثة أيام العمل الموالية ليوم تلقيه الإعلام أن يعلم به من ظهر له الكمبيالة وأن يعين أسماء الذين وجهوا الإعلانات السابقة وموطنهم وهكذا بالتتابع حتى الوصول إلى الساحب. وتسري هذه الآجال ابتداء من تسلم الإعلام.

إذا وجه إعلام إلى أحد موقعي الكمبيالة طبقا لمقتضيات الفقرة السابقة، وجب توجيه الإعلام ذاته إلى ضامنه الاحتياطي ضمن الأجل نفسه.

إذا لم يعين أحد المظهرين عنوانه أو إذا عينه بكيفية غير مقروءة، يكفي توجيه الإعلام إلى المظهر السابق له.

يجوز لمن كان عليه أن يوجه إعلاما أن يوجهه بأية طريقة كانت ولو بمجرد إرجاع الكمبيالة.

ويجب على من وجه الإعلام أن يثبت أنه وقع داخل الأجل المحدد.

ويعتبر هذا الأجل مرعيا إذا وضعت في البريد الرسالة المتضمنة للإعلام داخل الأجل نفسه.

لا يترتب على من لم يوجه الإعلام داخل الأجل المشار إليه أعلاه سقوط حقه، وإنما يكون مسؤولا، عند الاقتضاء، عن الضرر الذي تسبب فيه بإهماله دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة.

المادة 200

يجوز للساحب ولأي مظهر أو ضامن احتياطي أن يعفي حامل الكمبيالة عند مباشرة حقه في الرجوع، من إقامة احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء إذا كتب على الكمبيالة شرط "الرجوع بلا مصاريف" أو "بدون احتجاج"، أو أي شرط مماثل مزيل للتوقيع.

لا يعفي هذا الشرط حامل الكمبيالة من تقديمها داخل الآجال المعينة ولا من الإعلانات الواجب عليه توجيهها.

وعلى من يتمسك قبل الحامل بعدم مراعاة هذه الآجال، إثبات ذلك.

إذا كان الشرط صادرا عن الساحب تسري آثاره على كل الموقعين، وإذا صدر الشرط عن أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين فلا تسري آثاره إلا عليه وحده. وإذا أقام الحامل الاحتجاج بالرغم من الشرط الذي كتبه الساحب فإنه يتحمل وحده مصاريفه. أما إذا كان الشرط صادرا عن أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين فإن مصاريف الاحتجاج إن وجد، يمكن الرجوع بها على جميع الموقعين.

المادة 201

يسأل جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل.

يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزماً باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم.
ويتمتع بالحق نفسه كل موقع للكمبيالة أدى مبلغها.
ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى تجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولاً.

المادة 202

يجوز لحامل الكمبيالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يلي:
أولاً : مبلغ الكمبيالة التي لم تقبل أو لم توف مع فوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة؛
ثانياً: الفوائد بالسعر القانوني محسوبة من يوم الاستحقاق؛
ثالثاً : مصاريف الاحتجاج والإخطارات وغيرها من المصاريف.
وإذا وقعت المطالبة قبل تاريخ الاستحقاق فيجب إجراء خصم من مبلغ الكمبيالة.
ويحسب هذا الخصم بحسب سعر الخصم الرسمي في تاريخ وقوع الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل.

المادة 203

يجوز لمن وفى الكمبيالة أن يطالب ضامنيه بما يلي:
أولاً: المبلغ الذي وفاه كاملاً؛
ثانياً: فوائد المبلغ المذكور محسوبة بالسعر القانوني ابتداء من يوم دفعه إياه؛
ثالثاً: المصاريف التي تحملها.

المادة 204

يجوز لكل ملتزم وقع ضده الرجوع أو كان معرضاً له أن يطالب في مقابل الوفاء تسليمه الكمبيالة مع الاحتجاج ومخالصة بما وفاه.
يجوز لكل مظهر أدى الكمبيالة أن يشطب تظهيره والتظهيرات اللاحقة.

المادة 205

إذا وقع الرجوع بعد قبول جزئي، جاز لمن وفى المبلغ الذي لم يقع بشأنه قبول، أن يطالب بذكر هذا الوفاء على الكمبيالة ذاتها وأن تعطى له مخالصة بالوفاء. وعلاوة على ذلك يتعين على الحامل أن يسلمه نسخة مشهودا بمطابقتها للكمبيالة وكذا الاحتجاج قصد ممارسة المطالبات اللاحقة.

المادة 206

يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل بعد انصرام الآجال المحددة:

- لتقديم الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع؛
 - لإقامة الاحتجاج بسبب عدم القبول أو عدم الوفاء؛
 - لتقديم الكمبيالة للوفاء متى كانت متضمنة شرط الرجوع بلا مصاريف.
- لكن السقوط لا يسري مفعوله تجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق. وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل حق المطالبة إلا ضد المسحوب عليه.
- إذا لم يقدم الحامل الكمبيالة للقبول ضمن الأجل الذي حدده الساحب سقط حقه بالمطالبة سواء بسبب عدم القبول أو بسبب عدم الوفاء ما لم يتبين من نص الاشتراط أن الساحب لم يقصد سوى التحلل من ضمان القبول.
- إذا وقع اشتراط أجل للتقديم في أحد التظهيرات لم يجز التمسك به إلا للمظهر وحده.

المادة 207

- إذا حالت قوة القاهرة دون تقديم الكمبيالة أو إقامة الاحتجاج ضمن الآجال المنصوص عليها مددت تلك الآجال.
- يجب على الحامل أن يوجه بدون تأخير إخطارا إلى من ظهر له الكمبيالة، بوجود حالة القوة القاهرة، وأن يقيد هذا الإخطار ويؤرخه ويوقعه على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة؛ وفيما عدا ذلك تطبق مقتضيات المادة 199.
- يجب على الحامل بمجرد انتهاء حالة القوة القاهرة أن يقدم الكمبيالة للقبول أو الوفاء دون تأخير وأن يقيم الاحتجاج عند الاقتضاء.
- إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوما بعد الاستحقاق، جاز الرجوع من غير حاجة إلى تقديم الكمبيالة أو إقامة الاحتجاج، ما لم تكن دعاوي الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة.
- يسري أجل الثلاثين يوما بالنسبة للكمبيالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع ابتداء من تاريخ إخطار الحامل للمظهر له بوجود حالة القوة القاهرة حتى ولو وقع ذلك الإخطار قبل انصرام أجل التقديم؛ وبالنسبة للكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع يضاف إلى أجل الثلاثين يوما مدة بعد الاطلاع المعينة في الكمبيالة.
- ولا تعتبر من قبيل القوة القاهرة الأفعال الشخصية المتعلقة بحامل الكمبيالة أو بمن كلفه بتقديمها أو إقامة الاحتجاج.

المادة 208

- بصرف النظر عن الإجراءات المنصوص عليها لممارسة دعوى الضمان، يجوز لحامل الكمبيالة التي كانت محل احتجاج بسبب عدم الوفاء، أن يمارس وفقا لأمر بناء على طلب حجزا تحفظيا في مواجهة الساحبين والقابلين والمظهرين.

الفصل الثاني: الاحتجاج

المادة 209

يحرر احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء مأمور من كتابة ضبط المحكمة.

ويقام الاحتجاج:

- في موطن الشخص الملزم بالوفاء أو في آخر موطن معروف له؛

- في موطن الأشخاص المعينين في الكمبيالة كملزمين بالوفاء عند الاقتضاء؛

- في موطن الشخص الذي قبل الكمبيالة على وجه التدخل.

و الكل في محرر واحد.

ويلزم في حالة وجود بيان خاطئ يتعلق بالموطن، إجراء تحرر قبل إقامة الاحتجاج.

المادة 210

يشتمل الاحتجاج على النص الحرفي للكمبيالة والقبول و التظاهرات والبيانات المذكورة فيها والإنذار بوفاء قيمة الكمبيالة. ويبين في الاحتجاج حضور أو غياب الملزم بالوفاء وأسباب رفض الوفاء والعجز عن التوقيع أو رفضه.

المادة 211

لا يغني أي إجراء من طرف حامل الكمبيالة عن الاحتجاج إلا في الحالات المنصوص عليها في المواد من 190 إلى 192 .

المادة 212

يلزم مأمورو كتابة ضبط المحكمة وتحت مسؤوليتهم الشخصية، أن يحتفظوا لديهم بنسخة مطابقة للأصل من الاحتجاج وأن ينسخوا الاحتجاجات كاملة يوما بيوم وبترتيب تاريخي على سجل خاص مرقم وموقع عليه ومشهود بصحته من طرف القاضي.

الفصل الثالث: كمبيالة الرجوع

المادة 213

يجوز لكل شخص يملك حق الرجوع أن يستوفي حقه بسحبه على أحد ضامنيه كمبيالة جديدة مستحقة الوفاء عند الاطلاع وفي موطن الضامن المسحوب عليه ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك.

وتتضمن الكمبيالة الجديدة علاوة على المبالغ المشار إليها في المادتين 202 و 203 رسم سمسرة ورسوم التنبر الواجبة عليها.

وإذا كان صاحب الكمبيالة الجديدة هو الحامل عين مبلغها بالنظر إلى سعر كمبيالة مستحقة عند الاطلاع، مسحوبة من المكان الذي كان يجب أن توفي فيه الكمبيالة الأصلية على مكان موطن الضامن. وإذا كان الساحب للكمبيالة الجديدة هو أحد المظهرين، عين

مبلغها بحسب سعر كمبيالة مستحقة عند الاطلاع مسحوبة من المكان الموجود فيه موطن صاحب الكمبيالة الجديدة على مكان موطن الضامن.

المادة 214

تحرر كمبيالات الرجوع مقابل سعر موحد قدره ربع الواحد في المائة في جميع المدن. ولا يجوز أن يجمع في كمبيالة واحدة الفرق بين أسعار كمبيالات رجوع. ولا يتحمل كل مظهر فيها إلا رجوعا واحدا وكذا بالنسبة للساحب.

الباب التاسع: التدخل

المادة 215

يجوز للساحب أو لمظهر أو ضامن احتياطي أن يعين شخصا ليقبل الكمبيالة أو ليفي بها عند الاقتضاء. ويجوز لشخص متدخل لمصلحة أحد المدينين المعرضين للرجوع أن يقبل الكمبيالة أو يوفي مبلغها مع مراعاة الشروط المحددة بعده. ويمكن أن يكون المتدخل من الغير وحتى المسحوب عليه نفسه أو أحد الأشخاص الملزمين بمقتضى الكمبيالة باستثناء القابل. ويتعين على المتدخل أن يعلم بتدخله الشخص الواقع التدخل لمصلحته ضمن أجل ثلاثة أيام عمل، وإذا خالف هذا الأجل كان مسؤولا، عند الاقتضاء، عن إهماله من غير أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة.

الفصل الأول: القبول عن طريق التدخل

المادة 216

يجوز أن يقع القبول بالتدخل في كل الأحوال التي يسوغ فيها لحامل كمبيالة صالحة للقبول إجراء رجوع قبل الاستحقاق.

متى عين في الكمبيالة شخص لقبولها أو لوفائها، عند الاقتضاء، في مكان الوفاء، لم يجز للحامل أن يستعمل قبل تاريخ الاستحقاق حقوقه بالرجوع تجاه من صدر عنه التعيين وتجاه الموقعين اللاحقين به، إلا إذا قدم الكمبيالة للشخص المعين وأثبت بواسطة الاحتجاج امتناع ذلك الشخص عن قبولها.

وفي حالات التدخل الأخرى يجوز للحامل أن يرفض القبول بالتدخل.

لكنه إذا قبل التدخل فقد الحق بالرجوع قبل تاريخ الاستحقاق تجاه الشخص الذي تم القبول لمصلحته وتجاه الموقعين اللاحقين.

يجب بيان القبول بالتدخل على الكمبيالة ويوقعه المتدخل ويبين الشخص الذي وقع التدخل لمصلحته وإلا اعتبر التدخل صادرا لمصلحة الساحب.

يكون القابل عن طريق التدخل ملزماً تجاه الحامل وتجاه المظهرين اللاحقين بالشخص الذي وقع التدخل لمصلحته بنفس الكيفية التي يكون ملزماً بها هذا الأخير.

وبالرغم من القبول بالتدخل، يجوز لمن وقع التدخل لمصلحته وكذلك لزاماً منه، أن يطالبوا الحامل برد الكميالية والاحتجاج وتسليم مخالصة بما وفاه إن اقتضى الحال مقابل ردهم للمبلغ المذكور في المادتين 202 و 203.

الفصل الثاني: الوفاء عن طريق التدخل

المادة 217

يجوز الوفاء عن طريق التدخل في جميع الأحوال التي يكون فيها للحامل حق مطالبة الملمزمين بها في تاريخ الاستحقاق أو قبله.

و يجب أن يشمل الوفاء عن طريق التدخل كل المبلغ الذي كان ملزماً بوفائه الشخص الذي جرى التدخل لمصلحته.

و يجب أن يكون الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم يجوز فيه إجراء احتجاج عدم الوفاء.

المادة 218

إذا قبل الكميالية متدخلون يوجد موطنهم في مكان الوفاء أو إذا عين أشخاص يوجد موطنهم في المكان المذكور للوفاء عند الحاجة، وجب على حامل الكميالية أن يقدمها لهؤلاء الأشخاص كلهم وأن يقيم إذا اقتضى الأمر احتجاج عدم الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم مقبول لإقامة ذلك الاحتجاج.

فإذا لم يقع الاحتجاج ضمن هذا الأجل سقط الالتزام عن الذي عين عند الحاجة أو الذي قبلت الكميالية لمصلحته وعن المظهرين اللاحقين.

المادة 219

إن الحامل الذي يرفض قبول الوفاء عن طريق التدخل يفقد حق الرجوع على من كان من شأن ذلك الوفاء أن يبرئ ذمتهم.

المادة 220

يجب إثبات الوفاء عن طريق التدخل بكتابة مخالصة على الكميالية يذكر فيها من حصل الوفاء لمصلحته. فإذا لم يرد هذا التعيين اعتبر الوفاء حاصلًا لمصلحة الساحب.

يجب أن يسلم إلى الموفي عن طريق التدخل الكميالية والاحتجاج إذا وجد.

المادة 221

يكسب الموفي عن طريق التدخل الحقوق الناتجة عن الكميالية تجاه من وقع الوفاء لفائدته وتجاه الملتزمين نحو هذا الأخير بمقتضى الكميالية لكنه لا يجوز له تظهيرها من جديد.

وتبرأ ذمة المظهرين اللاحقين لموقع الكمبيالة الذي حصل الوفاء لفائدته.
وفي حالة التزام من أجل الوفاء عن طريق التدخل يفضل الوفاء الأكثر إبراء للذمة.
ومن تدخل مخالفا هذه القاعدة وهو على علم بذلك فقد حقه في الرجوع على من كان من شأنهم أن تبرأ ذمتهم لولا تدخله.

الباب العاشر: تعدد النظائر والنسخ

الفصل الأول: تعدد النظائر

المادة 222

يجوز سحب الكمبيالة في عدة نظائر متطابقة.
ويجب أن يوضع في متن كل نظير رقمه وإلا اعتبر كل نظير كمبيالة مستقلة.
يجوز لكل حامل كمبيالة لم يرد فيها أنها سحبت بنظير واحد أن يطلب تسليم نظائر متعددة على نفقته، ويتعين عليه لأجل ذلك أن يوجه طلبه لمن ظهر له الكمبيالة ويلتزم هذا بمساعدته لمطالبة من ظهر له بدوره، وهكذا تصاعدا حتى الوصول إلى الساحب، ويتعين على المظهرين أن يكرروا تحرير التظاهرات على النظائر الجديدة.

المادة 223

إن الوفاء بأحد النظائر يبرئ الذمة ولو لم يشترط أن هذا الوفاء يبطل أثر النظائر الأخرى، لكن المسحوب عليه يبقى ملزما بسبب كل نظير مقبول لم يسترجعه.
ويكون المظهر الذي نقل النظائر إلى أشخاص مختلفين ملزما بسبب كل النظائر التي تحمل توقيعهم ولم تسترجع ويقع الالتزام نفسه على المظهرين اللاحقين.

المادة 224

يتعين على من وجه أحد النظائر للقبول أن يبين على النظائر الأخرى اسم الشخص الموجود بين يديه ذلك النظير ومن واجب الشخص المشار إليه أن يسلمه للحامل الشرعي لنظير آخر.

فإذا امتنع عن تسليمه لم يجز للحامل القيام بأي رجوع إلا بعد أن يثبت بواسطة الاحتجاج ما يلي:

أولا: أن النظير الموجه للقبول لم يسلم له حسب طلبه؛
ثانيا: أنه لم يتمكن من الحصول على القبول أو الوفاء على نظير آخر.

الفصل الثاني: النسخ

المادة 225

لكل حامل كمبيالة الحق بأن يقيم منها نسخا.

يجب أن تطابق النسخة الأصل تمام المطابقة وأن تتضمن التظاهرات وكل البيانات الأخرى الموجودة فيه كما يجب أن يبين أين تنتهي النسخة. ويجوز تظهير النسخة وضمانها ضمانا احتياطيا كالأصل نفسه من حيث الكيفية والآثار.

المادة 226

يجب أن يعين في النسخة حائز الأصل. ومن واجب هذا الأخير أن يسلمه لحامل النسخة الشرعي.

فإذا امتنع من تسليمه لم يجز للحامل أن يطالب الأشخاص الذين ظهروا له النسخة أو ضمنوها ضمانا احتياطيا إلا بعد أن يثبت بالاحتجاج أن الأصل لم يسلم له بناء على طلبه. إذا كان الأصل يحمل، على إثر آخر تظهير حرر قبل إقامة النسخة، عبارة "لا يصلح التظهير من الآن فصاعدا إلا على النسخة" أو أية عبارة أخرى مماثلة لها، كان كل تظهير محرر على الأصل بعد ذلك باطلا.

الباب الحادي عشر: تغيير الكمبيالة

المادة 227

إذا وقع تغيير في نص الكمبيالة، فإن الموقعين اللاحقين لهذا التغيير ملزمون بمقتضى النص كما هو بعد التغيير. أما الموقعون السابقون فيلزمون بما ورد في النص الأصلي.

الباب الثاني عشر: التقادم

المادة 228

تتقادم جميع الدعاوي الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق.

تتقادم دعوى الحامل على المظهرين والساحب بمضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف.

تتقادم دعاوي المظهرين بعضهم في مواجهة البعض الآخر وضد الساحب بمضي ستة أشهر ابتداء من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة أو من يوم رفع الدعوى ضده.

لا تسري آجال التقادم في حالة رفع دعوى لدى القضاء إلا ابتداء من تاريخ آخر مطالبة. ولا تطبق هذه الآجال إذا صدر حكم بأداء الدين أو أقر به المدين في محرر مستقل. لا يسري أثر قطع التقادم إلا على الشخص الذي اتخذ إزاءه الإجراء القاطع.

غير أنه إذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين، كان ملزماً بأدائها كما يلزم ورثته وذوو حقوقه بأداء اليمين على أنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين.

الباب الثالث عشر: أحكام عامة

المادة 229

لا تجوز المطالبة بوفاء كمبيالة صادف تاريخ استحقاقها يوم عطلة قانونية إلا في أول يوم عمل موال. ولا يجوز كذلك القيام بالإجراءات الأخرى المتعلقة بالكمبيالة، ولا سيما تقديمها للقبول والاحتجاج إلا أثناء يوم عمل. وإذا وجب اتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات في أجل معين يوافق آخر يوم منه يوم عطلة قانونية فيمدد هذا الأجل إلى يوم العمل الموالي. أما أيام العطل التي تتخلل الأجل فتعتبر داخلة في حسابه.

المادة 230

تدخل في حكم أيام العطل القانونية الأيام التي لا يجوز فيها طبقاً لمقتضيات قانونية خاصة إجراء أية مطالبة بالوفاء أو إقامة أي احتجاج.

المادة 231

لا يدخل اليوم الأول ولا الأخير ضمن الآجال القانونية أو الاتفاقية. لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207.

القسم الثاني: السند لأمر

المادة 232

يتضمن السند لأمر البيانات الآتية:
أولاً: اشتراط الوفاء لأمر أو تسمية السند بأنه لأمر مدرجا في السند ذاته ومعبراً عنه باللغة المستعملة لتحريره؛
ثانياً: الوعد الناجز بأداء مبلغ معين؛
ثالثاً: تاريخ الاستحقاق؛
رابعاً: مكان الوفاء؛
خامساً: اسم من يجب الوفاء له أو لأمره؛
سادساً: تاريخ ومكان توقيع السند؛
سابعاً: اسم وتوقيع من صدر عنه السند (المتعهد).

لا يصح كسند لأمر، السند الخالي من أحد البيانات المشار إليها في المادة السابقة إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرات التالية.

يعتبر السند لأمر الخالي من تعيين تاريخ الاستحقاق مستحقاً عند الاطلاع.

يعتبر مكان إنشاء السند مكاناً للوفاء وفي الوقت ذاته مكاناً لموطن المتعهد ما لم يرد بيان خاص بخلاف ذلك.

إذا لم يعين مكان بجانب اسم المتعهد يعتبر مكان عمل المتعهد أو مكان إقامته مكاناً للوفاء.

إذا لم يعين في السند لأمر مكان إنشائه اعتبر منشأ في المكان المعين بجانب اسم المتعهد.

إذا لم يعين بجانب اسم المتعهد مكان إنشاء السند، اعتبر منشأ في موطن المتعهد.

إذا لم يعين في السند لأمر تاريخ إنشائه اعتبر منشأ في اليوم الذي سلم فيه للمستفيد.

تطبق على السند لأمر، كلما كانت لا تتنافى وطبيعة هذا السند، الأحكام المتعلقة بالكمبيالة بصدد المسائل الآتية:

- التظهير: (المواد من 167 إلى 173)؛
- تاريخ الاستحقاق: (المواد من 181 إلى 183)؛
- الوفاء: (المواد من 184 إلى 195)؛
- المطالبة بسبب عدم الوفاء: (المواد من 196 إلى 204 ومن 206 إلى 208)؛
- الاحتجاج: (المواد من 209 إلى 212)؛
- كمبيالة الرجوع: (المادتان 213 و 214)؛
- الوفاء بالتدخل: (المادة 215 والمواد من 217 إلى 221)؛
- النسخ: (المادتان 225 و 226)؛
- التغيير: (المادة 227)؛
- التقادم: (المادة 228)؛
- أيام العطل وأيام العمل المماثلة لها وحساب الآجال ومنح الإمهال: (المواد من 229 إلى 231).

تطبق أيضاً على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالكمبيالة القابلة للوفاء لدى الغير أو في موطن غير موطن المسحوب عليه (المادتان 161 و 177) واشتراط الفائدة (المادة 162)

والاختلاف في تعيين المبلغ الواجب وفاؤه (المادة 163) والآثار المترتبة على وجود توقيع ضمن الشروط المعينة في المادة 164 والآثار المترتبة على توقيع شخص يتصرف بدون نيابة أو متجاوزا حدود نيابته (المادة 164).

المادة 236

تطبق أيضا على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 180). غير أنه في الحالة التي تنص عليها الفقرة السادسة من المادة المذكورة، إذا لم يعين الضمان الاحتياطي الشخص الذي أعطي الضمان لفائدته، اعتبر معطى لفائدة المتعهد بالسند.

المادة 237

يلتزم المتعهد بالسند لأمر بنفس الكيفية التي يلتزم بها قابل الكمبيالة.

المادة 238

إن السندات لأمر المستحقة بعد مدة من الاطلاع يجب أن تقدم إلى المتعهد داخل الآجال المعنية في المادة 174 ليؤشر عليها. وتبدأ المدة التالية للاطلاع من تاريخ التأشير الذي يوقعه المتعهد على السند ويثبت امتناع المتعهد من التأشير على السند بواسطة احتجاج (المادة 176) يكون تاريخه منطلق مدة الاطلاع.

التعويض عن حوادث السير

في إطار ظهير 2/10/84

1 - بناء على الفصل الرابع من ظهير 1984 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير فإنه يحق لمن أدى مصاريف جنازة الضحية الهالك أن يطالب باسترجاع ما أداه.

2 - لما قررت المحكمة أن ظهير 2/10/1984 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير قد حدد المستحقين للتعويض عن وفاة المصاب الهالك في الأصول والفروع ومن كانت تجب عليه نفقتهم وأن الإخوة ليسوا من هؤلاء فلا يستحقون أي تعويض تكون قد طبقت الفصل الرابع من الظهير المذكور تطبيقاً سليماً.

3 - إن قاعدة التزام القاضي بحدود طلبات الأطراف تعد واجبة التطبيق حتى في دعاوي التعويض عن حوادث الطرق طبقاً لظهير 2/10/1984.

4 - طبقاً لمفهوم الفصل الرابع من ظهير 2/10/1984 فإن زوج الضحية وابنه القاصر منها لا يستحق تعويضاً مادياً عن وفاة الضحية وإنما يستحقان تعويضاً معنوياً فقط.

5 - ليس للمصاب في حادثة سير مقرونة بحادثة شغل أن يحصل على إيراد تكميلي إذا كان المبلغ المستحق له وفق ظهير 2/10/84 قد استغرقه الإيراد الممنوع له في ظهير 6/2/1963⁽²⁹⁴⁾.

إن المادة الأولى من ظهير 2/10/1984 لم تلغ مقتضيات ظهير 6/2/1963.

6 - ما لم يحضر الضحية أمام الخبير فإنه ينبغي رفض مطالبه لأن الضرر المزعوم لم يثبت .

- ما لم تتقدم دعوى حادثة الشغل فيستحق حينئذ تعويضاً كاملاً في إطار ظهير 02/01/1984.

7 - عدم إيداع طلب الخبرة أتعابها في الأجل المحدد يؤدي إلى صرف النظر عن الخبرة لكن يبقى الخيار للمحكمة في أن تستجيب للطلب أو ترفه حسبما تستنتجه من دراستها للقضية في إطار سلطتها التقديرية (الفصل 56 من ق.م.م) .

8 - لئن كان ظهير 2/10/84 المتعلق بحوادث السير من النظام العام فإنه لا يجوز للمحكمة الحكم بأكثر مما طلب.

الملحق

ظهير شريف رقم 1.84.177 صادر في محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) معتبر بمثابة
قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك

ظهير شريف رقم 1.84.177 صادر في محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) معتبر بمثابة

قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك

الحمد لله وحده ؛

الطابع الشريف – بداخله :

(الحسن بن محمد بن يوسف بن الحسن الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا أسماء الله وأعز أمره أننا :

بناء على الدستور ولاسيما الفصل 19 منه ؛

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي :

الباب الأول

أحكام عامة

المادة الأولى - بالرغم عن جميع الأحكام التشريعية المخالفة لما هو منصوص عليه في ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون، تعوض ضمن الحدود ووفقا للقواعد والإجراءات المقررة فيه وفي النصوص المتخذة لتطبيقه، الأضرار البدنية التي تتسبب فيها للغير عربة برية ذات محرك خاضعة للتأمين الإلزامي، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في

الظهير الشريف رقم 1.69.100 الصادر في 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) بشأن التأمين الإجباري للسيارات عبر الطرق.

الباب الثاني

الأضرار القابلة للتعويض

القسم الأول

استرجاع المصاريف والنفقات

المادة الثانية - يشمل التعويض استرجاع مصاريف نقل المصاب والشخص المرافق له إن اقتضى الحال، وكذا المصاريف الطبية والجراحية والصيدلية ومصاريف الإقامة بالمستشفيات والنفقات التي يستلزمها استعمال أجهزة لتعويض أو تقويم أعضاء جسم المصاب وتدريبه على استرجاع حركاته العادية.

وتسترجع المصاريف والنفقات المشار إليها في الفقرة أعلاه بعد إثباتها، باعتبار أسعارها، إن كانت مسعرة، وإلا فبتطبيق الأثمان المعمول بها عادة.

القسم الثاني

التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمصاب

المادة الثالثة - زيادة على استرجاع المصاريف والنفقات المنصوص عليه في المادة الثانية أعلاه، يشمل التعويض المستحق للمصاب :

(أ) في حالة عجز مؤقت عن العمل : التعويض عن فقد الأجرة أو الكسب المهني الناتج عن العجز، على أن يعتبر في ذلك قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة أو المسؤول المدني ؛

(ب) في حالة عجز بدني دائم : التعويض عن فقد الأجرة أو الكسب المهني الناتج عن عجز المصاب وكذا الأضرار اللاحقة بسلامته البدنية والأضرار التالية إن اقتضى الحال ذلك : الاضطرار إلى الاستعانة بشخص آخر وتغيير المهنة تغييرا كلياً والآثار السيئة على الحياة المهنية والانقطاع النهائي أو شبه النهائي عن الدراسة وتشويه الخلقة والألم الجسماني، وذلك كله وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة وما يليها إلى غاية المادة العاشرة من ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون.

القسم الثالث

التعويض عن الأضرار اللاحقة بذوي المصاب من جراء وفاته

المادة الرابعة - إذا نتج عن الإصابة وفاة المصاب استحق من كانت تجب عليه نفقتهم وفقا لنظام أحواله الشخصية وكذا كل شخص آخر كان يعوله تعويضا عما فقده من موارد عيشهم بسبب وفاته.

ولزوج المصاب المتوفى وأصوله وفروعه من الدرجة الأولى وحدهم الحق في التعويض عما أصابهم من ألم من جراء وفاته، وذلك ضمن الحدود التالية :

- الزوج : ضعف مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة بعده (إذا تعددت الأراامل استحققت كل منهن ضعف المبلغ المشار إليه) ؛

- الأصول والفروع : ثلاثة أنصاف المبلغ الأدنى الآنف الذكر لكل واحد منهم.

وترجع مصاريف الجنازة إلى من قام بأدائها.

الباب الثالث

قواعد تقدير التعويض المستحق للمصاب

عن عجز بدني دائم أو لذويه عن فقد مورد عيشهم بسبب وفاته

القسم الأول

تعويض المصاب

المادة الخامسة - يشمل تعويض المصاب عن العجز البدني الدائم اللاحق به تعويضا أساسيا يحدد باعتبار العناصر التالية :

1- رأس المال المعتمد كما هو محدد في الجدول الملحق بظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون، وذلك باعتبار سن المصاب حين وقوع الإصابة وأجرته أو كسبه المهني ؛

2- نسبة عجز المصاب التي يحددها الطبيب الخبير استنادا إلى "جدول تقدير نسب العجز" المحدد بنص تنظيمي، على ألا تكون قيمة نقطة العجز البدني الدائم، التي

تمثل واحدا من المائة من رأس المال المعتمد، أقل من خمس (1/5) مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول المشار إليه في البند السابق ؛

3- قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة أو المسؤول المدني.

المادة السادسة - يجب أن يدلي المصاب بما يثبت مبلغ أجرته وكسبه المهني. وإذا لم يثبت المصاب أن له أجرة أو كسبا مهنيا، اعتبر كما لو كانت أجرته أو كسبه المهني يساوي المبلغ الأدنى المحدد في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة أعلاه.

المادة السابعة - إذا كان المصاب يتولى بنفسه إدارة أو استغلال أمواله وتغذر التمييز في دخله من ذلك بين ما ينوب عمله وما تدره أمواله، وجب تقدير الأجرة أو الكسب المهني المتخذ أساسا لتحديد رأس المال المعتمد باعتبار الأجرة أو الكسب المهني الذي حصل عليه شخص يزاول نشاطا مماثلا لما يقوم به.

المادة الثامنة - إذا لم يكن للمصاب حين إصابته أجرة أو كسب مهني ولكنه قطع في الدراسة أو التأهيل المهني مرحلة كافية لتجعله يأمل أن يتاح له القيام في المستقبل بعمل يدر عليه كسبا يفوق المبلغ الأدنى المنصوص عليه في الجدول الموما إليه في المادة الخامسة أعلاه منح تعويضا وفقا للأسس التالية :

- ثلاثة أنصاف الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول الآنف الذكر، إذا كان المصاب في مرحلة الدراسة الثانوية أو كان يلحق تأهيلا مهنيا بدون أجر ؛

- ضعف المبلغ الأدنى المذكور إذا كان المصاب في السلك الأول أو الثاني من الدراسات العليا ؛

- ثلاثة أمثال للمبلغ الآنف الذكر إذا كان المصاب بالسلك الثالث من الدراسات العليا.

المادة التاسعة - لتحديد مبلغ التعويض الأساسي يضرب رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب في نسبة العجز اللاحق به، مع اعتبار قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة أو المسؤول المدني.

المادة العاشرة - تضاف إن اقتضى الحال إلى التعويض الأساسي المحدد وفقا للمادة التاسعة أعلاه تعويضات تكميلية تحدد بأن تضرب النسب التالية حسب الحالة إما في مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين بالجدول المشار إليه في المادة الخامسة أعلاه وإما في رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب، على أن يراعي في جميع الحالات قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة أو المسؤول المدني :

أ) العجز البدني الدائم الذي يضطر المصاب إلى الاستعانة على وجه الدوام بشخص آخر للقيام بأعمال الحياة العادية : 50% من رأس المال المعتمد المطابق لسن المصاب ولمبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة أعلاه ؛

ب) الألم الجسماني : 5 % من رأس المال المعتمد المطابق لسن المصاب وللمبلغ الأدنى المنصوص عليه في البند (أ) أعلاه إذا كان الألم على جانب من الأهمية و 7 % إذا كان مهما و 10% إذا كان مهما جدا ؛

ج) تشويه الخلقة بشرط أن يكون على جانب من الأهمية أو مهما أو مهما جدا وينشأ عنه عيب بدني ؛

- إذا لم تكن آثار سيئة على حياة المصاب المهنية : 5% من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب إذا كان التشويه على جانب من الأهمية و 10% إذا كان مهما و 15 % إذا كان مهما جدا ؛

- إذا كانت له آثار سيئة على حياة المصاب المهنية : 25 % من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب إذا كان التشويه على جانب من الأهمية و 30% إذا كان مهما و 35% إذا كان مهما جدا، ولا يجمع بين هذا التعويض الأخير والتعويض المنصوص عليه في البند (د) بعده إلا إذا أدى الضرر اللاحق بالمصاب إلى عجز بدني دائم يساوي 10% أو يقل عنها ؛

د) العجز البدني الدائم الذي يضطر المصاب إلى تغيير مهنته أو تكون له آثار سيئة على حياته المهنية :

- تعجيل الإحالة إلى التقاعد : 20% من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب ؛

- فقدان أهلية الترقى : 15% من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب ؛

- الحرمان من القيام بأعمال إضافية مهنية وغير ذلك من العواقب المتعلقة بالحياة المهنية : 10% من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب ؛

هـ) العجز البدني الدائم الذي يؤدي إلى انقطاع المصاب عن الدراسة :

- انقطاعا نهائيا : 25 % من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب ؛

- انقطاعا شبه نهائي : 15 % من رأس المال بالنسبة إلى المصاب.

القسم الثاني

تعويض ذوي المصاب المتوفى

المادة الحادية عشرة - التعويض المستحق لذوي المصاب عن فقد مورد عيشهم من جراء وفاته يقسم عليهم بحسب النسب المئوية التالية من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب، مع اعتبار قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة أو المسؤول المدني :

1-

.....الزوج
% 25..

(إذا تعددت الأرامل خفضت هذه النسبة فيما يخص كل واحدة منهن إلى 20 % على ألا يجاوز مجمل مبلغ التعويضات الممنوحة إلى جميع الأرامل.....40%)

2- الفروع (لكل واحد منهم) :

(أ) إلى غاية السنة الخامسة من

العمر.....25 % ؛

(ب) من السنة السادسة إلى غاية السنة العاشرة

..... 20 % ؛

(ج) من السنة الحادية عشرة إلى غاية السنة السادسة

عشرة.....15 % ؛

(د) من السنة السابعة عشرة

فأكثر.....10% ؛

(هـ) الفرع المصاب بعاهة بدنية أو عقلية لا يستطيع معها القيام بسد حاجاته (دون

اعتبار

.....(السن)

.....30% ؛

3- الأصول : لكل من الأب

والأم.....10% ؛

4- المستحقون الآخرون الذين كان المصاب ملزماً بالنفقة عليهم، لكل

واحد.....10% ؛

5- الأشخاص الذين كان المصاب يعولهم دون أن يكون ملزماً بالنفقة عليهم

للجميع.....15%.

ويقسم هذا التعويض، الذي لا يستنزل من رأس المال المعتمد بالنسبة إلى المصاب، على مستحقه بالتساوي بشرط أن يطلبوه ويثبتوا استحقاقهم.

المادة الثانية عشرة - إذا جاوز مجموع مبلغ التعويضات الممنوحة لذوي المصاب المشار إليهم في البنود 1 و 2 و 3 و 4 من المادة الحادية عشرة أعلاه رأس المال المعتمد أجرى تخفيض نسبي على التعويض الذي ينوب كل واحد منهم.

المادة الثالثة عشرة - إذا لم يستغرق مجموع مبلغ التعويضات الممنوحة لذوي المصاب المشار إليهم في المادة الثانية عشرة أعلاه مجموع رأس المال المعتمد أجريت زيادة نسبية على التعويض الذي ينوب كل واحد منهم، على ألا يجاوز مجموع نصيبه في هذه الحالة 50% من رأس المال المعتمد.

المادة الرابعة عشرة - يجب أن يغير المبلغان الأدنى والأقصى المحددان في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة أعلاه تبعاً للتغيير الطارئ على الأجر المطابق لقيمة المائة والخمسين (150) نقطة الأولى من الأرقام الاستدلالية لشبكة أجور موظفي الدولة.

ويجب أن تنشر التغييرات الآتية الذكر في الجريدة الرسمية.

الباب الرابع

كيفية دفع التعويضات

المادة الخامسة عشرة - يدفع مبلغ التعويض المستحق للمصابين أو ذويهم في شكل رأس مال، غير أنه :

أ) يدفع بكامله في شكل إيراد إذا تعلق الأمر بذوي المصاب القاصرين ؛

ب) ويدفع قسط منه في شكل إيراد إذا تعلق الأمر بقاصرين مصابين بعجز بدني دائم.

ويجب أن يساوي قسط التعويض المدفوع في شكل إيراد في هذه الصورة الأخيرة :

- نصف مبلغ التعويض المستحق فيما يخص المصابين الذين لا تزيد سنهم على 10 سنوات ؛

- ثلث مبلغ التعويض المستحق فيما يخص المصابين الذين تزيد سنهم على 10 سنوات.

ويرسم رصيد مبلغ التعويض إلى أن يدفع إلى مستحقه عندما يبلغ السنة الحادية والعشرين من عمره.

وتتم الرسملة باعتبار سعر مرودية استخدامات الصندوق الوطني للتقاعد والتأمينات المحدث بالظهير الشريف رقم 1.59.301 الصادر في 24 من ربيع الآخر 1379 (27 أكتوبر 1959) بعد طرح 2% في مقابل مصاريف إدارة خدمة الإيراد.

وإذا كان مبلغ الإيراد المحسوب وفقا للشروط المقررة أعلاه أقل من ربع مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة أعلاه وجب دفع التعويض بكامله في شكل رأس مال.

المادة السادسة عشرة - يجب كلما تعين دفع كامل التعويض أو بعضه في شكل إيراد أن يودع مجموع مبلغ التعويض المستحق لدى الصندوق الوطني للتقاعد والتأمينات الأنف الذكر.

ويحدد الإيراد بتطبيق التعريفات المستعملة في تقدير الاحتياطي الحسابي الملزم به النظام الجماعي لمنح التقاعد المحدث بالظهير الشريف رقم 1.77.216 بتاريخ 20 من شوال 1397 (4 أكتوبر 1977) المعتبر بمثابة قانون.

وتدفع جميع الإيرادات في متم كل شهر.

المادة السابعة عشرة - يزداد في مجموع الإيرادات الممنوحة عملا بما هو منصوص عليه في هذا الباب باعتبار التغيير الطارئ على الأجر المطابق لقيمة المائة والخمسين (150) نقطة الأولى من الأرقام الاستدلالية لشبكة أجور موظفي الدولة.

وتؤدى تكاليف الزيادة المذكورة من الأرباح التي يحصل عليها الصندوق الوطني للتقاعد والتأمينات من إدارة الإيرادات المنصوص عليها في هذا الباب ومن مساهمة تدفعها مؤسسات التأمين تساوي 1% من مبلغ الأقساط أو الاشتراكات المصدرة بشأن تأمين السيارات خالصة من الإلغاءات والرسوم.

الباب الخامس

طلبات التعويض

المادة الثامنة عشرة - فيما عدا طلبات استرجاع أو تحمل المصاريف والنفقات المنصوص عليها في المادة الثانية أعلاه، التي يجوز لصاحب الشأن أن يقدمها متى شاء، يجب على المصاب فور استقرار جراحه المثبت بتقرير الخبراء أو على المستحقين من ذويه إثر وفاته أن يطلبوا، قبل إقامة أي دعوى قضائية بالتعويض، إلى مؤسسة أو مؤسسات التأمين المعنية تعويض ما لحق بهم من ضرر.

ويقدم الطالب الأنف الذكر برسالة موصى بها مع الإشعار بالاستلام أو مبلغة بواسطة كتابة ضبط المحكمة الابتدائية ويجب أن يشفع بالمستندات التي تمكن من تقدير التعويض أي :

- نسخة من المحضر الذي حرره ضابط أو عون الشرطة القضائية ؛
- مستخرج من شهادة ميلاد المصاب والمستحقين من ذويه إن اقتضى الحال ؛
- الوثائق المثبتة للأجرة أو الكسب المهني ؛
- نسخة من تقارير الخبرة الطبية ؛
- غير ذلك من المستندات اللازمة لتقدير الأضرار.

وفي حالة تعدد مؤسسات التأمين التي تضمن الأضرار، يجب على أول مؤسسة رفع إليها الطلب أن تقدر وتدفع إلى الطالب مجموع مبلغ التعويض المستحق قبل المطالبة بالقسط الذي يتحمله المدنيون الآخرون المعنيون ومن بينهم صندوق ضمان السيارات إن اقتضى الحال.

غير أنه إذا أقيمت دعوى عمومية قبل تقديم الطلب المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة أو قبل حصول اتفاق بين مؤسسة التأمين والمعنيين بالأمر جاز للمصاب أو المستحقين من ذويه إما إقامة دعوى مدنية تابعة للدعوى العمومية وإما طلب التعويض من مؤسسة التأمين المعنية أو مواصلة المفاوضات الجارية بهذا الشأن.

المادة التاسعة عشرة - يجب على مؤسسة التأمين أن تقوم، خلال الستين يوما التالية لتسلم مستندات الإثبات المشار إليها في المادة السابقة، بإعلام الطالب في رسالة موصى بها مع إشعار بالاستلام أو مبلغة بواسطة كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بمبلغ التعويض الذي تقترحه وفقا لأحكام ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون، ويمكن إن اقتضى الحال تمديد الأجل الأنف الذكر قصد التمكن من إجراء الخبرة المضادة أو الخبرة القضائية في حالة الخلاف، ويعد عدم الجواب في الأجل المضروب بمثابة رفض التعويض.

ويجب أن يخبر الطالب مؤسسة التأمين خلال الثلاثين يوما التالية لاستلام الرسالة المذكورة أنفا بقبوله أو رفضه وذلك في رسالة موصى بها مع إشعار بالاستلام أو مبلغة بواسطة كتابة ضبط المحكمة الابتدائية.

وفي حالة القبول يجب على مؤسسة التأمين دفع التعويض المستحق للطالب خلال الثلاثين يوما التالية لاستلام رسالته.

ويعد هذا التعويض نهائيا مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة العشرين بعده.

المادة العشرون – تطبق أحكام المادة التاسعة عشرة أعلاه على طلب التعويض التكميلي في حالة تفاقم الضرر البدني الذي سبق التعويض عنه.

الباب السادس

التعويضات عن عدم الأداء

المادة الحادية والعشرون - إذا لم تدفع مؤسسة التأمين جميع أو بعض ما عليها من دين ثابت مصفى بمقتضى أحكام ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون استحق المستفيدون تعويضاً لا يتجاوز 50% من المبالغ المحجوزة بغير موجب.

الباب السابع

الجزاءات الإدارية

المادة الثانية والعشرون - لوزير المالية بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية للتأمينات الخاصة أن يعاقب بغرامة إدارية من 10.000 إلى 100.000 درهم كل مؤسسة تأمين لم تقم بدفع التعويض المستحق كلا أو بعضاً داخل الأجل المضروب سواء أثبت ذلك في نطاق إجراء مراقبة الدولة أو بناء على شكوى المستفيد.

وتستوفى الغرامة الإدارية كما هو الشأن في رسوم التسجيل.

الباب الثامن

التقادم

المادة الثالثة والعشرون - يتقادم كل طلب تعويض لم يقدمه المصاب أو المستحقون من ذويه إلى مؤسسة التأمين المعنية داخل أجل الخمس سنوات الذي يلي، حسب الحالة، إما تاريخ تقرير الخبرة المثبت فيه استقرار جراح المصاب وإما تاريخ وفاة المصاب.

وتتقادم كل دعوى بالتعويض إذا لم ترفع إلى المحكمة المختصة داخل أجل الثلاث سنوات الذي يلي تاريخ الرسالة التي تمتنع فيها مؤسسة التأمين من منح التعويض أو الرسالة التي يرفض فيها المصاب أو المستحقون من ذويه التعويض المقترح من قبل مؤسسات التأمين.

المادة الرابعة والعشرون – تتقادم جميع الطلبات المتعلقة بمراجعة التعويض إذا لم تقدم إلى مؤسسة التأمين المعنية داخل أجل السنة الذي يلي تاريخ تقرير الخبرة المثبت فيه تفاقم الأضرار البدنية اللاحقة بالمصاب.

وتتقدم جميع الدعاوى المتعلقة بمراجعة التعويض إذا لم ترفع إلى المحكمة المختصة داخل أجل السنة الذي يلي تاريخ الرسالة التي تمتنع فيها مؤسسة التأمين من منح التعويض أو الرسالة التي يرفض فيها المصاب أو المستحقون من ذويه التعويض المقترح من قبل المؤسسة المذكورة.

الباب التاسع

أحكام متنوعة

المادة الخامسة والعشرون - يجب أن يوجه ضباط وأعوان الشرطة القضائية الذين عاينوا حادثة مرور ترتبت عليها أضرار بدنية نسخة من المحضر المتعلق بالحادثة إلى مؤسسة التأمين المعنية في ظرف موصى به داخل العشرة أيام التي تلي تاريخ الانتهاء من تحريره، وتسلم أو توجه أيضا نسخة من المحضر نفسه إلى المسؤول المدني أو المصاب أو المستحقين من ذويه إذا طلبوا ذلك.

المادة السادسة والعشرون - تطبق أحكام ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون باستثناء ما ورد منها في أبوابه الخامس والسابع والثامن على التعويضات الواجبة للمصابين والمستحقين من ذويهم :

1- من قبل صندوق ضمان السيارات أو المسؤول المدني إن لم يكن صندوق الضمان ولا مؤسسة تأمين ملزمين بالتعويض ؛

2- على إثر حوادث تسببت فيها العربات التي يملكها أشخاص غير خاضعين للتأمين الإلزامي وفقا للفصل 2 من الظهير الشريف رقم 1.69.100 الصادر في 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) بشأن التأمين الإلزامي للسيارات عبر الطرق ؛

3- على إثر حوادث تسببت فيها العربات المتصلة بسكة حديدية.

المادة السابعة والعشرون - لا تطبق أحكام ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية اللاحقة بالعربة أو غيرها من الممتلكات الموجودة داخلها أو خارجها.

المادة الثامنة والعشرون - ينشر ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون في الجريدة الرسمية ويعمل به ابتداء من فاتح ديسمبر 1984، ولا تطبق أحكامه على الأضرار الناشئة قبل التاريخ الأنف الذكر.

وحرر بفاس في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984)

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الثاني

المدخل المنير إلى المعرفة القانونية
و القضائية

إعداد و تنسيق : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

يليه
مجلد خاص
ملحق
أساسيات تعلم اللغتين العربية
و الفرنسية

مقدمة

بعد نجاح المجلد الأول من مؤلف الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا تحت عنوان مجلد الدين انتهيت بحول الله و قوته من إعداد المجلد الثاني اخترت له عنوان المدخل المنير إلى المعرفة القانونية و القضائية تضمن مختارات من الاجتهادات الفقهية و القضائية و توضيح مقتضيات فصول أساسية من القانون الجنائي ليتمكن المستفيد من ولوج معرفي للقانون و القضاء .

وخصصت مجلدا خاصا عبارة عن ملحق شامل في تعليم أساسيات اللغة العربية و اللغة الفرنسية إيمانا مني بكون امتلاك مهارات اللغة الوطنية و لغة أجنبية حية يجب أن يتاح للجميع على أن اللغة الأمازيغية إن تيسر لي ذلك سأفرد لها بملحق خاص في انتظار تفعيلها .

و تجدر الإشارة أن هذا الملحق الخاص ليس بديلا عن المقررات التعليمية و إنما أساسيات مكملة من اعترف منها ارتقى بدون شك في سلم امتلاك مهارات اللغتين .

الجزء الثاني

قواعد واجتهادات في الكراء التجاري ،

ظهير شريف بشأن عقود كراء
الاملاك أو الاماكن المستعملة للتجارة أو
الصناعة أو الحرف

ظهير 24 ماي 1955

1 - إن باعث الإنذار في إطار ظهير 24 ماي 1955 ملزم بإثبات توصل المكثري به فعليا ، وبأن ظرف التبليغ ، كان محتويا على رسالة الإنذار ، حتى ينتج آثاره القانونية .

2 - إن التنبيه بالإخلاء كتصرف قانوني صادر من جانب واحد ، لا يمكن أن ينتج أثره في مواجهة الطرف الآخر إلا إذا بلغ بنفس وسائل التبليغ، المتعبة أمام القضاء ، لتبليغ إجراءات الدعوى.

إن المنازعة في أن الإشعار بالاستلام البريدي لا يحمل توقيع المرسل إليه بالخانة المخصصة لذلك، يعد منازعة جدية تخرج عن اختصاص قاضي المستعجلات .

3 - إن الدفع المثار حول الصفة ، نقطة موضوعية ، تخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات.

إن نية المكثري حول قبوله السومة المقترحة عليه في الإنذار طبقا لظهير 24 ماي 1955 يقع تجديد العقد على أساسها ، أو نيته في رفض السومة المذكورة يكون متنازلا عن حقه في التجديد، وبالتالي إفراغه هي مسألة ترجع لقضاء الموضوع .

4 - إن قاضي الصلح في إطار ظهير 24 ماي 1955 ، الذي لا يعتبر الموقف الحقيقي للمالك ويقرر ما لم يصدر عنه يجعل قراره بعدم نجاح الصلح قابلا للاستئناف ومعرضا للإلغاء.

5 - إن المنازعة حول معرفة الصبغة التي يكتسيها محل النزاع هل هو محل مهني أو تجاري يجعل قاضي المستعجلات يتساءل عن الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل وهو ما من شأنه أن يمس بموضوع النزاع أو يغير أو يعدل عن مركز أحد طرفي النزاع وبالتالي عدم اختصاصه للبت في ذلك.

6 - إن إرسال إنذار ثان بالإفراغ ، في إطار ظهير 24/5/55 مؤسس على رغبة المالك في الهدم وإعادة البناء يبقى تراجعاً عن الإنذار الأول المبني على التماطل مما يجعل هذه المسألة من اختصاص قاضي الموضوع وحده دون قاضي المستعجلات.

7 - يجوز للمكري سلوك دعوى فسخ عقد الإيجار الذي يربطه مع المكثري محل معد للتجارة مطبقاً للقواعد العامة دون سلوك مسطرة 24/5/1955 عند إخلال المكثري بالتزاماته التعاقدية.

إن استغلال المحل المكثري في غير ما أعد له حسب بنود العقد الرابط بين المكثري والمكثري على الرغم من مطالبة هذا الأخير أو خلفه الكف عن ذلك ، يعتبر مخالفة للالتزامات التعاقدية التي تبرر فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة .

إن تنازل المكثري عن حقه الوارد في عقد الإيجار لا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل والاستنتاج لأن القاعدة هي أن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق كما ينص على ذلك الفصل 467 من ق.ل.ع.

إن تواصل الكراء المسلمة للمكثري بدون أن تحفظ بخصوص الشروط الواردة في عقد الكراء لا تنهض سوى حجة على أداء الأكرية فحسب، دون أن تكون بمثابة حجة على تنظيم شروط الكراء ومدته المتروكة لعقد الكراء.

8 - عدم سلوك مسطرة الصلح بعد التوصل بإنذار لرفع السومة الكرائية أو الإفراغ يعد قبولا للسومة الكرائية المقترحة ليس إلا.

إن طلب إجراء خبرة من طرف المكثري، في المرحلة الابتدائية لا يعتبر رفضاً للشروط الواردة في الإنذار ولا تنازلاً عن حقه في تجديد العقد حسب مفهوم مقتضيات الفصل 27 من ظهير 24/5/55.

9 - لا محل للخلاف أن تكريس مبدأ قبول الطلب بعلّة عدم الإدلاء بنسخة الإنذار المطلوب إبطاله يعتبر خطأ يتعين على المحكمة مطالبة المدعى بالإدلاء بهذه الوثيقة إعمالاً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 32.

إن تعلية البناء تستدعي القيام بأشغال تثبيت الأساس فضلاً عن التغييرات المناسبة على صعيد سمك السقف وعلى غير ذلك من وضع الإسمنت والتبليط وكلها عمليات تعرقل النشاط العادي مما يستدعي الإفراغ الوقتي للمكتري في هذه المرحلة طبقاً للفصل 15 من ظهير 24 مايو 1955.

يتعين في كافة الأحوال الاستجابة على طلب خبرة قضائية يستهدف منها الحرص على مصالح المكتري في حالة رفض المالك إرجاعه لمحله موضوع النزاع بعد إتمام عملية التعلية والبناء.

يتعين رفض الاستجابة لطلب الإفراغ ما دام المالك لم يتقدم في المرحلة الابتدائية بطلب مضاد بذلك مشمول بأداء الوجيبة القضائية.

10 - إن المكري الذي بنى إنذاره في إطار ظهير 24/5/55 على سبب رفع السومة الكرائية لا يحق له رفض التجديد إذا تضمن التنبيه بالإخلاء مبدا تجديد العقد بشروط جديدة.

11 - لا يعتبر الإدلاء بالإنذار في حالة عدم المنازعة لا في توجيه ولا في توفره على البيانات المطلوبة شرطاً للقبول دعوى الفصل 32 من ظ 24/5/1955 .

12 - تطبيقاً للفصل 33 من ظ 24 / 5/1955 فإن جميع الدعاوي التي تقام عملاً بهذا الظهير تسقط بمرور سنتين اثنتين ، لذلك فإن محكمة الاستئناف كانت على صواب لما أثارت تلقائياً دعوى الطالب لعدم ممارستها خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 33 المذكور .

13 - إن كراء الأصل التجاري الذي هو مال منقول يخرج عن مجال تطبيق ظهير 24/5/55 المنظم لكراء العقارات المستعملة للتجارة والصناعة والحرف، ويبقى خاضعا للقواعد العامة الواردة في ق.ل.ع.

14 - إن بعث الإنذار بالإخلاء عمل من أعمال الإدارة والانتفاع وبالتالي يكون توجيه من طرف الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار دون بقية المالكين على الشياخ توجيهها صحيحا ينتج آثاره القانونية حتى ولو عارض في ذلك بقية الشركاء. إن التقادم لا يسري إلا من تاريخ تبليغ القرار بعدم الصلح للمكتري .

15 - إذا كان الإنذار الموجه من المالك إلى المكتري في نطاق ظ 24/5/55 خاليا من البيانات القانونية التي يوجبها الفصل 6 من الظهير المذكور وكذا من التنصيص على مقتضيات الفصل 27 من الظهير ، فإنه لا يمكن اعتبار المكتري في حالة عدم قيامه بدعوى المصالحة محتلا بدون حق ولا سند.

16 - إن الطاعن المكتري يعتبر محتلا بدون حق أو سند طالما أنه تقاعد عن القيام بدعوى المصالحة في الأجل القانوني.

17 - إن الأداء الواقع بعد تسجيل الدعوى لا ينفي عن المؤدي صفة التماطل الذي يشكل سببا شرعيا وخطرا لفسخ العقد.

إن إرادة استعمال المكري لمتجره بنفسه لا يحتاج إلى إقامة الدليل ، لأن المكتري حقه محفوظ في حالة ما إذا لم يستعمل متجره بنفسه طبقا للفصل 20 من ظ 24/5/1955.

18 - إن عدم ثبوت السبب ، على فرض صحة الادعاء لا يستوجب إلغاء الإنذار ، وإنما يجعل المالك الأصل التجاري محقا في التعويض في نطاق الفصل 10 من ظ 24/5/1955 .

19 - إغلاق المؤسسة التجارية يؤدي إلى فقد الحق فيها التعويض عن الإخلاء طبقا للفقهاء والعمل القضائي الحق في التعويض رهن باستغلال المكثري تجارته في المكان المكثري بصفة مستمرة ، وأن التوقف عن مزاوله النشاط التجاري في المحل يترتب عنه فقد جميع المزايا التي يخولها الحق التجاري للمحل.

20 - إغلاق المؤسسة التجارية لا يعفي المكثري الذي يرفض تجديد العقد من أداء التعويض للمكثري عند الإفراغ يعادل ما لحقه من الضرر الناجم عن عدم تجديد العقد حسب مقتضيات الفصل 10 من ظهير 24/05/1955 عدا ما وقع استثناءه بمقتضى الفصل 11 وما يليه من نفس الظهير على وجه الحصر ما دام المطلوب في النقص لا ينازع في تملك الطاعنة للأصل التجاري قبل إغلاق المحل المعد للتجارة.

إغلاق المحل للتجارة قد ينصرف على فقد الأصل التجاري دون بقية التعويضات التي يفرضها القانون عن الضرر الناتج عن نزع اليد بسبب عدم التجديد التي قد يثبت المكثري أنها أخف من قيمة الأصل التجاري وأن تصريح المحكمة بعدم استحقاق أي تعويض فيه خرق صريح لنص أمر.

21 - المكثري ملزم بأداء التعويض عن رفض تجديد العقد ما لم يثبت أن هناك سببا خطيرا و مشروعا لإدارة المحل التجاري من طرف غير المكثري لا يكفي لإعفاء المكثري من أداء التعويض.

المكثري هو الملزم بإثبات أن العلاقة التي تربط المكثري بالغير تتضمن تولية الكراء بدون إذنه وليس المكثري.

22 - لا يسوغ للمكثري أن سيبدل أو يغير في المحل له من طرف الأحياس ولو بماله الخاص إلا بالإذن كتابية من طرف المكثري.

يتعرض للنص الحكم الذي رفض دعوى الأحباس الرامية على هدم البناء الذي اعترف المكتري بإحداثه بدون إذن ورد المحل المكري على الحالة التي كان عليها .

23 - يجب على من يرغب في الاستفادة من حق الأسبقية في كراء المحل المعاد بناؤه أن يشعر المكري بذلك بنفس الكيفية وفي الآجال المنصوص عليها في الفصل 13 من ظ 24 مايو 1955 لا يكفي ولا يغني عن الإجراء المذكور المطالبة بحق الأسبقية في إطار دعوى الإفراغ أو الاحتفاظ للمكتري بذلك في حكم المحكمة.

2 4- يتعين لصحة تبليغ محضر عدم نجاح الصلح أن يشار فيه على أن للمكتري أجل ثلاثين يوما لإقامة دعوى الموضوع .

لا يترتب على التبليغ المجرد من الإشارة إلى الأجل المذكور سريان هذا الأجل في حق المكتري.

تكون المحكمة قد عرضت قرارها للنقض لما اعتبرت أن إعلاما عاديا مجردا من الإشارة على الأجل كان كافيا لسريان هذا الأجل ورتبت على ذلك أن المكتري بعدم إقامته دعوى الموضوع خلال الأجل أصبح محتلا للمحل بدون موجب قانوني.

25 - إذا أشعر المكتري بعدم رغبة المكري في تجديد العقد فإن بقاءه في المجل بعد الإنذار بإنهاء العقد لا يغير من طبيعة المحل المكري وإذا وجه إليه تنبيه ثاني بعد ذلك فإن مرور المدة اللاحقة للتنبيه الأول لا يؤدي إلا اكتساب الحق التجاري ما دام لم يصدر عن المكري ما يفيد إعراضه عن التنبيه الأول.

26 - لا يشترط لتطبيق ظهير 5 يناير 1953 المتعلق بمراجعة كراء المحلات التجارية أن يكون المكتري قد اكتسب الحق التجاري.

27- لا يشترط ظهير 24 مايو 1955 المتعلق بالكراء التجاري مي مدة ثلاثة سنوات لمراجعة قيمة الكراء التي يشترطها ظهير فاتح يناير 1953

28 - لا يوجد ما يمنع المكري الذي وجه الإنذار بالإفراغ من الاستمرار في قبض الكراء الذي حل أجله.

لا تطبق مقتضيات ظ 24 مايو 1955 على كراء الأصل التجاري وإنما تطبق القواعد العامة الواردة في ق.ل.ع.

يكون الإنذار بالإفراغ الذي وجه عند نهاية مدة العقد وطبقا لشروط هذا العقد إنذارا صحيحا مطابقا للقانون.

29 - المكري غير ملزم بالبحث عن ورثة المكثري بعد وفاته ، فيكون الإنذار بالإفراغ الذي وجه إلى هؤلاء الورثة دون بيان أسمائهم صحيحا كما يكون تسليمه إلى أحدهم تبليغا صحيحا منتجا أثره في حق الجميع.

30 - لما كان المكثري الذي توصل بالإنذار بالإفراغ في نطاق ظهير 24 مايو 1955 قد التجأ فعلا على مسطرة الصلح داخل الأجل وانتهت بعدم تجديد العقد فإن الإخلال الذي شاب الإنذار بسبب تضمنه نص الفصل 27 من الظهير المذكور كاملا لا يلحق به أي ضرر ولا حق له في إثارة الدفع ببطلان هذا الإنذار لهذا السبب.

ليس في ظهير 24 مايو المذكور ما يمنع المكري من المطالبة بالإفراغ رغبة منه في ممارسة التجارة شخصيا في العقار ما دام سيعوض المكثري عن رفض تجديد العقد طبقا للقانون.

31 - إذا كان الإنذار بالإفراغ الذي وجه إلى المكثري في نطاق ظ 24 مايو 1955 يتعلق بالزيادة في قيمة الكراء فإن إمساك المكثري عن ممارسة الحق في طلب تجديد العقد

طبقا للفصل 27 من الظهير يؤدي فقد إلى سقوط حقه في المنازعة في شروط التجديد المقترحة غليه فتكون المحكمة قد بنت قضاءها على غير أساس لما اعتبرت أن المكثري قد سقط حقه كذلك في تجديد العقد ورتبت على ذلك اعتبار وجوده في المحل احتلالا غير مشروع .

32 - إذا رفض المكثري القيمة الكرائية المقترحة عليه في الإنذار بالإفراغ الذي وجه إليه طبقا لظهير 24 مايو ولم يطالب بتجديد عقد الكراء ينتهي ويحق للمكثري أن يطالب بإفراغه.

33 - بناء على الفصل 6 من ظ 24 مايو 1955 فإن الإنذار بالإفراغ يجب أن يوجه قبل نهاية مدة العقد ستة أشهر على الأقل، لا ينتج أثره القانوني بإنهاء العقد الإنذاري الذي وجه أثناء سريان مدة العد.

تكون المحكمة قد خرقت نص الفصل 6 من الظهير لما اعتبرت الإنذار الذي وجه أثناء سريان مدة العقد ورتبت عليه أثره القانوني .

34 - لا يجوز للمحكمة وهي تنتظر في دعوى المكثري الرامية إلى المنازعة في صحة الإنذار بالإفراغ طبقا للفصل 32 من ط 24 مايو أن تحكم بإفراغ المكثري بصورة تلقائية وكنتيجة للبت في دعواه إلا إذا كان كان المكثري قد قدم إليها طلبا بذلك.

35 - لا يوجد ما يمنع المكثري الذي وجه الإنذار بالإفراغ من التماذي في قبض الكراء المستحق بعد توجيه هذا الإنذار.

تطبق على عقود الكراء المتعلقة بالأصول التجارية وبالتصرف الحر القواعد العامة الواردة في باب الكراء في ق.ل.ع ولا تطبق عليها مقتضيات ظهير 24/05/1955.

36 - في حالة توقف المكثري صاحب الحق التجاري عن أداء الكراء يكون أمام المكثري الخيار في أن يطالب بفسخ العقد طبقا للفصل 692 من ق.ل. ع أو يتبع مع المكثري المسطرة المنصوص عليها في ظهير 24 مايو 1955.

ولهذا فإن المحكمة لما قضت برفض دعوى الفسخ التي أقيمت في نطاق الفصل 692 من ق.ل. ع بعلة أن الأمر يتعلق بكراء محل تجاري وأن فسخ هذا العقد يقتضي سلوك مسطرة ظهير 247 مايو تكون قد أساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض.

37 - لا يكفي مجرد العلم بعدم نجاح الصلح لسريان أجل إقامة الدعوى المنصوص عليها في الفصل 32 من ظ 24 مايو 1955 بل يجب أن يقع تبليغ محضر عدم نجاح الصلح طبق الفصل 29 من الظهير.

تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قضت بإفراغ المكثري لعدم إقامة الدعوى المذكورة خلال أجل 30 يوما من يوم التصريح بعدم نجاح الصلح لا من يقوم تبليغ المحضر المتعلق به .

38 - لا يجوز للمكثري أن يستعمل العين المكرة في غير ما أعدت له .

39 - عقد الكراء لا ينتهي بوفاة الطرف المكثري ولا المكثري فالورثة يصبحون بقوة القانون طرفا في عقد الكراء الذي توفي عنه موروئهم ولهذا فإن الإنذار بالإفراغ يجب أن يوجه إليهم جميعا وإلا كان منعدم الأثر.

40 - إن ظهير 24 مايو 1955 وهو قانون خاص يطبق وحده على المنازعات التي يحكمها دون غيره.

إن الظهير المذكور ينص فصوله 33 على أن جميع الدعاوى التي تقام بمقتضاه ترفع إلى المحكمة الابتدائية إلا ما استثنى بمقتضى الفصلين 27 و 30 منه فترفع إلى رئيس المحكمة الابتدائية لا للمحكمة الابتدائية ولا لقاضي المستعجلات.

إن دعوى إفراغ المكتري ترفع إلى المحكمة الابتدائية لا لقاضي المستعجلات .

41 - الأجل المنصوص عليه في الفصل 32 من ظ 24 مايو 1955 أجل سقوط لا أمد تقادم لهذا فإن الدعوى التي كانت قد أقيمت داخل الأجل وانتهت بالتشطيب عليها ليس من شأنها أن تجعل الدعوى التي أقيمت خارج الأجل مقبولة .

42 - لما كان قاضي الصلح قد تجاوز مهمة التوفيق بين الطرفين وصرح بإيصال الإنذار الذي وجه إلى المكتري في نطاق ظهير 24 مايو فقد كان على محكمة الاستئناف التي رفع إليها هذا التجاوز أن تكتفي بإلغاء المستأنف وترد الملف إلى القاضي الابتدائي للتوفيق بين الطرفين وإنها لما صرحت بصحة الإنذار تكون قد وقعت في نفس المحذور الذي الذي وقع فيه القاضي الابتدائي.

43 - إذا اقترح المكري على المكتري في الإنذار بالإفراغ قيمة الكراء جديدة فإن عدم الالتجاء على مسطرة الصلح يحمل قرينة على أن المكتري قد قبل تجديد العقد بتلك الشروط، لكن إذا رفض المكتري في نفس الوقت تلك الشروط فإنه يكون قد أسقط على نفسه تلك القرينة وبذلك ينتهي عقد الكراء ، ويصبح محتلا بدون سبب مشروع يختص قاضي المستعجلات بطرده.

44 - لما كان عقد الكراء قد وضع له حد الإنذار الذي رفضت المحكمة المنازعة في صحته بعد رفض تجديد العقد فإن المكري الذي فاتته أن يطالب بالإفراغ أما المحكمة الفصل 32 من ظهير 24 مايو يكون من حقه أن يلتجئ لقاضي المستعجلات بطلب إفراغ المكتري الذي أصبح محتلا بدون سبب مشروع للمحل.

لا يمنع الفصل 21 من الظهير المذكور الحكم بالإفراغ وإنما يمنع تنفيذه قبل أن يتوصل المكثري بالتعويض المستحق أو يوضع رهن إشارته .

45 - لا يوجد في القانون ما يلزم المكري بألا يوجه إلى المكثري إنذارا بالإفراغ من أجل الهدم وإعادة البناء إلا إذا كان متوفرا بالفعل على الترخيص بذلك بل يكفي أن ثبت وجود هذا الترخيص وقت المنازعة في صحة أسباب الإنذار .

46 - لما كان المكري الذي رفض تجديد العقد قد أبدى استعداداه لأداء التعويض الكامل المنصوص عليه في الفصل 10 من ظهير 24 مايو فإنه لا مجال للمنازعة في أسباب الإنذار بالإفراغ .

تكون المحكمة قد خرقت القانون لما صرحت بإبطال الإنذار بعلّة أنه وإن أبدى المكري استعداداه لأداء التعويض فإن السبب الذي بنى عليه الإنذار صحيح.

47 - لما كان عقد الكراء التجاري غير محدد المدة فإن ما يقتضيه الفصل 6 من ظهير 24 مايو في هذه الحالة هو أن يمنح المكثري مهلة ستة أشهر تبتدئ من تاريخ توصله بالإنذار ولا يطرح الموضوع أي إشكال فيما يتعلق باحترام مدة العقد لما كان سبب رفض تجديد العقد هو الهدم وإعادة البناء . فإنه التعويض الوحيد المستحق للمكثري هو المنصوص عليه في الفصل 12 من الظهير وأنه إذا كان هذا الفصل يقرر حق المكثري في الأسبقية في الكراء فإنه لا يلزم المكري بأن يعيد بناية عقاره على نحو معين فظل حقا معلقا على وجود محلات صالحة للاستعمال التجاري فلا مجال لإقامة أية دعوى ضد المكري إن هو أعاد بناء عقاره ليكون صالحا للسكنى بدل الاستعمال التجاري كما أنه لا مجال لمطالبته بالتعويض المنصوص عليه في الفصل 13 لأنه ذلك يعين بأن تكون هناك منحلّات صالحة للاستعمال التجاري ومارس المكثري حقه في الأسبقية ولا بالتعويض

المنصوص عليه في الفصل 20 لأن مجاله ثبتت عدم صحة السبب بعد فوات الأوان بأن قام المكري ببيع العقار أو كرائه بدل هدمه وإعادة بنائه كما علل بذلك طلب الإفراغ .

48 - بناء على الفصلين 3 و 31 من ق.م.م. فلا يجوز للمحكمة وهي تنتظر في دعوى المكري الرامية إلى المنازعة في الإنذار بالإفراغ طبقا للفصل 32 من ظهير 24 مايو أن تأمر بإفراغ المكري بصورة تلقائية وكننتيجة للبت في دعواه وإنما يجب أن يقدم طلب بذلك تؤدي عنه الرسوم القضائية.

49 - إن دعوى الإفراغ أقيمت ضد المكري على أساس أنه توصل بالإنذار بالإفراغ في نطاق الفصل 6 من ظهير 24 مايو ولم يطالب بتجديد العقد داخل الأجل ولا نازع بعد ذلك في أسباب الإنذار ولم تقم على التماطل في أداء الكراء.

على أن التماطل الذي نفيه القرار المطعون فيه يعتبر ثابتا بسبب عدم منازعة المكري في أسباب الإنذار بالإفراغ وفق ما يقتضيه ظهير 24 مايو وعدم أداء الكراء إلا بعد انقضاء أجل الإفراغ.

إن المكري الذي لم يطالب بتجديد العقد لم ينازع في أسباب الإنذار داخل الأجل يعتبر متنازلا عن طلب التجديد ويصبح بالتالي محتلا للمحل بدون سبب مشروع ولا ينفعه أداء الكراء الذي وقع خارج أجل الإنذار.

50 - يقرر الفصل 659 من ق.ل.ع قاعدة عامة تطبق على كافة عقود الكراء التجارية منها وغير التجارية، فقد أن العين بهلاكها يؤدي إلى انعدام أهم ركن من أركان ماهية الكراء.

والفقه كالقانون الوضعي يتفقان على الفسخ التلقائي لعقد الكراء في حالة استحالة الانتفاع بالعين المكرة لهلاكها أو لأي سبب آخر يحول دون الانتفاع بها .

تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون لما رفضت دعوى الفسخ المبنية على هلاك العين بعلّة أنه يجب أن يوجه إلى المكثري الإنذار بالإفراغ المنصوص عليه في الفصل 6 من ظهير 24 مايو وعرضت قرار للنقض.

51 - إن مهلة الستة أشهر المنصوص عليها في الفصل 6 من ظهير 24 مايو هي مهلة الإفراغ وليست لبداية العقد الجديد.

52 . لما كان عقد الكراء المبرم بين الطرفين عقد كتابي وثابت التاريخ فإن دعوى إفراغ المكثري التي أقيمت قبل مضي سنتين من تاريخ إبرام العقد تكون خاضعة لقانون 25 دجنبر 1980 المنظم لكراء المحلات السكنية والمهنية وليس لظهير 24 مايو 1955 لأن المكثري لم يكن وقت إقامة دعوى الإفراغ قد اكتسب الطابع التجاري الذي يشترطه الظهير لتطبيقه ولأن الفصل الأول من القانون المذكور ينص على أن مقتضياته تطبق على أكرية الأماكن المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني والتي ليس لها طابع تجاري أو صناعي أو حرفي ... ما لم تكن خاضعة لتشريع خاص.

53 . بناء على الفصلين 32 و 33 من ظهير 24 مايو فإن جميع الدعاوي الناشئة عن هذا الظهير ترفع إلى المحكمة الابتدائية .

الدعوى التي ينظمها الفصل 26 من الظهير والمتعلقة بفسخ العقد لعدم الأداء هي من اختصاص المحكمة الابتدائية وليس قاضي المستعجلات الذي يتخذ مجرد إجراءات وقتية دون المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر.

54 . إن ظهير 1953 ينظم دعوى مراجعة الكراء أثناء سريان مدة العقد بينما ظهير 24 مايو ينظم شروط إبرام عقد جديد أمام قاضي الصلح.

55 . لئن كان الإنذار الذي وجه إلى المكثري بالزيادة في الكراء قد ضمن فيه نص الفصل 27 من ظهير 24 مايو فإنه لم يشر إلى رغبة المكثري في وضع حد للعقد ففي حالة عدم قبول الاقتراح بالزيادة المذكورة .

لهذا فقد كانت المحكمة على صواب حينما اعتبرته مجرد إنذار عادي بمراجعة الكراء واعتبرت كذلك الدعوى التي أقامها المكري في هذا الشأن هي دعوى خاضعة لأحكام ظهير 5 يناير 1953 المتعلق بمراجعة الكراء التجاري وليس لأحكام ظهير 24 مايو المنظم لكيفية إنهاء عقود الكراء التجاري.

56 . لا يؤدي عدم صحة السبب الذي بنى عليه الإنذار بالإفراغ في نطاق ظهير 24 مايو إلى إبطال هذا الإنذار وإنما إلى الحكم بالتعويض ، لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قضت بإبطال الإنذار في هذه الحالة.

57 . قاضي الصلح ملزم بالتأكد من صحة كل دفع يثار أمامه يتعلق بقبول طلب التجديد وحكمه في هذا الشأن يقبل الطعن بالاستئناف بخلاف عدم نجاح الصلح .
لما كان المكري قد دفع بأن طلب التجديد قدم خارج الأجل فقد كان على القاضي أن يتأكد من صحة الدفع ليقضي بقبول أو عدم قبول الطلب وأنه لما سجل على المكري أنه يرفض تجديد العقد فإن حكمه هذا يكون قابلاً للاستئناف وأن المحكمة لما قضت بعدم قبوله على اعتبار أن عدم التجديد لا يقبل الاستئناف تكون قد سايرت القاضي الابتدائي ففي تحريفه لتصريحات المكري وعرضت قرارها للنقض.

58 . تكون المحكمة على صواب حين أيدت الأمر الابتدائي القاضي بإفراغ المكثري من المتجر الذي كان يشغله على وجه الكراء بناء على ما ثبت لديها من حالة الاستعجال المتمثلة في الخطر الداهم الناجم عن انهيار البناية المرتقب بسبب تلاشي بنائها دون المساس بما قد تكون للمكثري من حقوق يضمنها له ظهير 24 مايو 1955 .

59 . ما لا يقبل الاستئناف في إطار مسطرة ظهير 24 مايو هو محضر عدم نجاح الصلح الذي يتخذ بناء على رفض صريح يصدر عن المكري لتجديد العقد .

لا يشترط الحضور الشخصي لإجراء محاولة التوفيق بين طرفي عقد الكراء بل يكفي أن يحضر من ينوب عنهما والحكم بتجديد العقد الذي يصدر في هذه الحالة يعد حضورياً لا يقبل التعرض.

60 . إذا رفض المكري تجديد العقد ولم يبلغ المكثري بمحضر عدم نجاح الصلح كان تبليغه باطلا فإن أجل إقامة دعوى الفصل 32 من ظهير 24 مايو يمتد إلى سنتين ، يبتدئ أجل السنتين المنصوص عليه في الفصل 33 من الظهير المذكور من تاريخ التصريح بعدم التوفيق بين الطرفين لا من تاريخ تبليغه.

61 . المحكمة هي المختصة للنظر في طلب التراجع عن الإنذار (حق التوبة) الموجه للمكثري في إطار ظهير 24/5/55 وليس قاضي المستعجلات تطبيقا للفصل 33 من الظهير.

62 . مقتضيات ظهير 5 يناير 1953 تجيز استئناف الأحكام التي يتجاوز مبلغ كراء العين المكراة 150 درهما قبل المطالبة بالزيادة غير أنها لا تجيز التعرض رغم عدم النص على هذا المنع.

63 . تطبيقا لمقتضيات الفصل 158 من ق.م.م. فإن الأحر بالأداء لا يقبل الاستئناف إلا من طرف المدعى عليه المحكوم ضده .

استئناف المحكوم له الأمر بالأداء استئنافا تبعيا غير مقبول شكلا .

64 . إن قرار عدم نجاح الصلح الموجه إلى مدير الشركة الطاعنة باعتباره ممثلا القانوني سيكون التبليغ إليه قانونيا وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 32 من ظهير 24/5/55 حتى ولو كان الشخص الذي تسلم هذا التبليغ أحد مستخدمي الشركة. إن عدم قيام المكثري بدعوى المطالبة بالتعويض عن الإفراغ بعد تبليغ قرار عدم نجاح الصلح طبقا للفصل 32 من ظ 24/5/55 تسبب عنه حرمانه من المطالبة بالتعويض الناتج عن الإفراغ.

الملحق

ظهير شريف بشأن عقود كراء الاملاك أو الاماكن المستعملة
للتجارة أو الصناعة أو الحرف

ظهير شريف بشأن عقود كراء الاملاك أو الاماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف²⁹⁵

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا أسماء الله وأعز أمره أننا بناء على مداولة مجلس الوزراء والمديرين بتاريخ 5 شعبان عام 1374 الموافق 30 مارس سنة 1955 ونظرا للأسباب الآتية أصدرنا أمرنا الشريف بما يأتي:

بيان الاسباب

كان الظهير الشريف المؤرخ ب 20 شوال عام 1348 الموافق 21 مارس سنة 1930²⁹⁶ قدسن لأول مرة بالمغرب ضابطا خاصا لاقرار العلائق بين المكترين والمكترين لاملاك أو أماكن أعدت لشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية وكان الغرض الرئيسى منه هو حماية حقوق هذه الطبقة من المكترين مما كان يلحقهم من الغلو فيغبن حقوقهم الذى قد يؤدي الى عواقب وخيمة فوجبت وقتئذ الحيلولة دون حدوثه لانه كان تسبب في ضرر لمستغلى تلك المتاجر و لارباب ديونهم ومن ثمة يمس المؤسسات ويمتد مفعوله في نهاية الامر الى ما كان يرغب فيه الصالح العام وهو استقرار نشاط الاعمال التجارية والصناعية والمهنية.

تلك كانت الاسباب المبررة لمبدأ وضع الضابط المذكور ثم ان ما ثبت من سوء التصرفات وغلو المكترين جعل وجوده من الوجهة العملية أمرا لازما.

وقد كان الضابط يشتمل على مقتضيات تمكن من تدارك النزاعات ومن تسويتها ان لم يكن في المستطاع تجنبها وتعويض المكترين الذين أخرجوا من المكان المكترى لهم بدون موجب قانونى مع جعل امكانية لرب الملك ليطالب دائما بحق التصرف في الاماكن المكراة بعد انقضاء عقدة الكراء بشرط أن يدفع للمكترى ما قد يترتب عن ذلك من تعويض عن افراغه المكان.

ثم ان الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الاول عام 1367 الموافق 17 يناير سنة 1948²⁹⁷ بشأن ضبط العلائق بين المكترين والمكترين فيما يخص تجديد عقود كراء العقارات أو المحلات المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف قد حل محل ظهير 20 شوال عام 1348 الموافق 21 مارس سنة 1930 ونقلت فيه أهم مقتضيات هذا الظهير بعد أن

295- الجريدة الرسمية عدد 2224 بتاريخ 19 شوال 1374 (10 يونيو 1955)، ص 1619.

296- ظهير شريف في ضبط العلائق التي بين المكترين والمكترين فيما يخص تجديد عقود الكراء المتعلقة بالعقارات أو المحلات المعدة لمصلحة تجارية أو صناعية، بتاريخ 20 شوال عام 1348 الموافق 21 مارس سنة 1930؛ الجريدة الرسمية عدد 915 بتاريخ 10 ذي الحجة عام 1348 (9 مايو سنة 1930)، ص 1140.

297- ظهير شريف في ضبط العلائق بين المكترين والمكترين فيما يخص تجديد عقود كراء العقارات أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، بتاريخ 5 ربيع النبوي 1467 الموافق 17 يناير 1948؛ الجريدة الرسمية عدد 1840 بتاريخ 18 ربيع النبوي عام 1367 (30 يناير 1948)، ص 146.

أدخلت عليها تعديلات ترمى الى توسيع ميدان تطبيقه والى حماية المكترين بوجه أكمل وبكيفية أنجع.

وقد أدرجت فيه من ناحية أخرى مقتضيات جديدة للذود عن مصالح الملاكين المشروعة من تكاثر أعمال تولية الكراء.

ثم بعد ذلك وقع تغيير ضابط سنة 1948 بموجب الظهيرين الشريفين المؤرخين ب 25 رجب عام 1370 الموافق 2 مايو سنة 1951²⁹⁸ و ب 3 جمادى الأولى عام 1371 الموافق 30 يناير سنة 1952²⁹⁹ ولحقت التغييرات بعض نقاط خاصة منه ولا سيما تلك التي تتعلق بمسطرة طلب تجديد العقدة وقد كانت قواعد هذه المسطرة في أول الامر جد دقيقة فكان عدد كبير من المكترين يفقدون حق الانتفاع بما يخولهم القانون من حماية لكونهم لم يقدموا طلب تجديد العقدة طبق الشكل وخلال الآجال القانونية وكان الحاكم³⁰⁰ لا يستطيع في أية حالة من الاحوال أن يعيد لهم ما سقط من حقوقهم بفوات الآجال.

وبالرغم من أن التعديلات التوقيع انجازها بمقتضى ظهير 25 رجب عام 1370 الموافق لثاني مايو سنة 1951 فقد جعلت المسطرة للمستقبل سهلة مرنة الا أنها تركت حدوث عواقب خطيرة تمس المكترين من جراء تطبيق قواعد اعترف الكل بكونها قواعد شادة للغاية ولكي تحسم مادة هاته العواقب حسب المستطاع صدر ظهير بتاريخ 19 رمضان عام 1373 الموافق 22 مايو سنة 1954³⁰¹ مدت بموجبه مدة عقدة الكراء بصفة استثنائية وموقته لينتفع بهذا التدبير المكثرون ممن سقط حقهم في البقاء في الاماكن المكراة لهم وذلك تحت قيد شرط واحد وهو أن يكونوا ما زالوا شاغلين تلك الاماكن.

298- ظهير شريف في تغيير الفصول 9 و 25 و 26 من الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الأول عام 1367 الموافق 17 يناير سنة 1948 بشأن ضبط العلائق بين المكترين والمكرين فيما يرجع إلى تجديد عقود كراء العمارات أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، بتاريخ 28 رجب الفرد عام 1370 الموافق 5 ماي سنة 1951؛ الجريدة الرسمية عدد 2013 بتاريخ 25 مايو 1951، ص 1214.

299- ظهير شريف في تغيير الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الأول عام 1367 الموافق 17 يناير 1948 بشأن ضبط العلاقات بين المكترين والمكرين فيما يرجع لتجديد عقود الأكرية الخاصة بالعمارات أو المحلات التجارية أو الصناعية أو الحرفية، بتاريخ 17 جمادى الأولى عامه الموافق 13 يبرابر سنته؛ الجريدة الرسمية عدد 2054 بتاريخ 10 جمادى 2 1371 (7 مارس 52)، ص 770.

300- قارن مع الفصل 1 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ 26 شوال 1394 (11 نونبر 1974) يكون النظام الأساسي لرجال القضاء؛ الجريدة الرسمية عدد 3237 بتاريخ 28 شوال 1394 (13 نونبر 1974)، ص 3315؛ كما تم تغييره وتنظيمه.

الفصل 1:

" يؤلف السلك القضائي بالمملكة هيئة واحدة تشمل قضاة الأحكام والنيابة العامة بمحكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم.

تشمل أيضا القضاة الذين يمارسون مهامهم بالإدارة المركزية بوزارة العدل.

يعين القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل بظهير باقتراح من وزير العدل."

301- ظهير شريف تم بموجبه مدة عقود كراء العقارات أو المحلات المعدة للتجارة أو الصناعة، بتاريخ 19 رمضان عام 1373 الموافق 22 مايو 1954؛ الجريدة الرسمية عدد 2171 بتاريخ 2 شوال 1373 (4 يونيو 1954)، ص 1623.

على أن كل هاته الاصلاحات تجلت غير كافية فوجب ادخال تغييرات بعيدة الغور على ضابط عام 1948 خصوصا فيما يتعلق بمسطرة تجديد العقدة وبالحق المخول للمكترى استرجاع الاماكن المكررة دون أن يجبر على دفع تعويض في مقابل الافراغ.

ومن جهة أخرى فمن اللائق انهاء العمل بالنظام الموقت الجارى على المكترين المنتفعين بحق البقاء في العقارات التي يشغلونها ذلك الحق الممنوح لهم عملا بالظهير المذكور أعلاه والمؤرخ ب 19 رمضان عام 1373 الموافق 22 مايو سنة 1954.

ويلاحظ أن هذا الظهير الذى يلغى ظهير 17 يناير سنة 1948 لا يغير القواعد الاساسية للنظام السابق بل يجد مبررا له فينفس المبادئ ونفس الاعتبارات التي أدت الى وضع ذلك النظام الا أنه يعيد تحرير نصه و افراغه في قالب جديد ليكون سلسا واضحا ومن أجل ذلك فضلت هذه الطريقة على الحل المقتصر فيه على تغيير المقتضيات الموجودة تغييرا جزئيا.

فنص الظهير يشمل جميع المقتضيات الراجعة الى الحق العام والمتعلقة بالعقود غير المخالفة لما يسنه من أحكام وبعكس ذلك فهو لا يعالج مسألة مراجعة أثمان الكراء خلال مدة العقدة بل ستبقى هاته المسألة خاضعة لمقتضيات ظهير خامس يناير سنة 1953³⁰².

302- ظهير 5 يناير 1953 (18 ربيع الثاني 1372) متعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المستعملة للتجارة، أو الصناعة أو الحرف؛ الجريدة الرسمية بالفرنسية عدد 2100 بتاريخ 23 يناير 1953، ص 104؛ الذي تم إلغاؤه بمقتضى المادة العاشرة من القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)؛ الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر 2007)، ص 4061؛

- لقد أصبحت مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، تتم طبقا للمواد من 1 إلى 8 والمادة 10 من القانون رقم 07.03، سالف الذكر.

المادة 1:

"يحق المكري والمكترى الاتفاق على تحديد ثمن الكراء وشروط مراجعته ونسبة الرفع من قيمته أو تخفيضها وذلك سواء تعلق الكراء بمحل معد للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي."

المادة 2:

"لايجوز الاتفاق على رفع ثمن الكراء خلال مدة تقل عن ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية، أو الاتفاق على زيادة تتعدى النسب المقررة في هذا القانون."

المادة 3:

"إذا لم يقع بين الطرفين اتفاق على شروط مراجعة ثمن الكراء ونسبة الرفع من قيمته أمكن مراجعته بعد مرور كل ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاتفاق على الثمن أو من تاريخ مراجعته بين الأطراف مباشرة، أو من التاريخ الذي حددته المحكمة لآخر مراجعة وذلك طبقا للنسب المقررة في هذا القانون."

المادة 4:

"تحدد نسبة الزيادة في ثمن الكراء كما يلي:

- 8 % بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى،

- 10 % بالنسبة لباقي المحلات."

المادة 5:

هذا وينقسم نص الظهير الى ثمانية أجزاء مبينة بعده تتعلق بميدان تطبيق القواعد المتمشى عليها في تجديد العقود وبطلبات التجديد ورفضه وبتولية الكراء وأثمانه وبالمسطرة والتدابير المختلفة والانتقالية.

أولاً-ان ميدان تطبيق القواعد المتعلقة بتجديد عقود الكراء حسبما هي مقررة في ظهير 17 يناير سنة 1948 لم يغير من ناحية أسسه الجوهرية سوى فيبعض نقط خاصة وبخلاف ذلك فهو يحتوى على مقتضيات عديدة صيرتها واضحة أو تمتتها عبارات جد دقيقة وغنى عن البيان أن الغاية المتوخاة من الضابط كانت ولا زالت هي حماية الاسماء التجارية الا أن هناك بعض مؤسسات عمومية أو خصوصية ليست لها أسماء تجارية وستبقى مع ذلك مشمولة بتلك الحماية.

وفيما يرجع الى عقود الكراء المبرمة بعد نشر هذا الظهير والخاصة بالمرافق الاضافية أو بالاراضى البيضاء فان الحماية القانونية لا تشملها الا اذا رضى ربها بذلك كتابة وكان عالما تمام العلم بأن تلك الاماكن أو الاراضى ستخصص بمقتضى هذا الظهير ومن جراء تطبيقه بشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية أو بأمور مماثلة لها وهكذا يكون في استطاعته أن يوافق على التخصيص أو يرفضه.

ولنفس السبب أقر نفس الشرط فيحق الاملاك أو الاماكن التي أعدت خلال مدة العقدة لمصالح عمومية تستغل بمشاركة الدولة.

وقد أقرت ذلك القواعد الراجعة الى العقود الطويلة الامد وعقود تولية الكراء المبرمة من طرف المكثرين الاصليين وتوجد هاته القواعد فينص ظهير 17 يناير سنة 1948

يمكن للمحكمة تحديد نسبة الزيادة في ثمن الكراء بما لها من سلطة تقديرية ودون التقيد بالنسبتين المذكورتين في المادة الرابعة أعلاه إذا كان ثمن الكراء لا يتجاوز أربعمئة درهم شهريا على أن لا تتعدى نسبة الزيادة المحكوم بها 50 %.

المادة 6:

"يمكن للمكتري المطالبة بتخفيض ثمن الكراء إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و 661 من قانون الالتزامات والعقود."

المادة 7:

"يجري العمل بالوجيبة الكرائية الجديدة ابتداء من تاريخ المطالبة القضائية.
إذا عبر المكري عن رغبته في **مراجعة ثمن الكراء** بتوجيه إنذار للمكتري ، فان سريان الوجيبة الكرائية الجديدة يبتدئ من تاريخ التوصل بالإنذار ، شريطة رفع الدعوى داخل أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ التوصل"

المادة 8:

"تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في **المنازعات المتعلقة بمراجعة** واستيفاء الزيادة في أثمان الكراء سواء المنصوص عليها في العقد أو المقررة قانونا والمتعلقة بالمحلات المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون.
يقضي الحكم المقرر للزيادة في ثمن الكراء باستيفاء المبلغ المستحق اعتبارا من تاريخ سريان الزيادة إلى تاريخ تنفيذ الحكم.

يمكن استئناف الحكم الصادر في هذه القضايا داخل أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخا لتبليغ.
لا يوقف أجل الاستئناف والاستئناف نفسه تنفيذ الأحكام الصادرة في نطاق المادة الرابعة أعلاه، غير أنه يمكن لمحكمة الاستئناف أن توقف التنفيذ بقرار معلل و بناء على طلب مستقل."

المادة 10:

"تلغى جميع لمقتضيات المخالفة لهذا القانون والمتعلقة **بمراجعة ثمن الكراء** ."

ويقضى الفصل الرابع بعدم تطبيق مقتضيات هذا الظهير على العقارات أو الأماكن المحبسة بقطع النظر عن كونها من الإحباس الكبرى أو من الإحباس الصغرى ومن غير التفات إلى كيفية التصرف فيها ويقصد من هاته القاعدة الاحتفاظ بالنظام التقليدي للإحباس وتركه عما كان عليه وبجانب ذلك فقد لاح أنه لا مانع من تطبيق الظهير على العقود المبرمة من طرف من لهم منفعة في أملاك الإحباس.

ثم إن الأماكن التي يجدها الحال مكررة لشؤون تجارية وقت تحبيسها فإن هذا التحبيس لا يمنع تطبيق مقتضيات هذا الظهير على الاتفاقيات القضائية الناجمة عن عقود الكراء.

ثانيا- لا تنتهى في المستقبل العقود الجارية عليها هذا الظهير إلا إذا وقع إعلام المكثري بالإفراغ بستة أشهر قبل تاريخ الانتهاء وذلك بصرف النظر عن كل اتفاقية تكون مخالفة لما ذكر، وبفضل هاته الوسيلة تكون مدة العقدة قد استرسلت بمقتضى هذا الظهير إلى ما بعد التاريخ المحدد في العقدة نفسها على أن مدتها تكون مؤقتة ولا تكون هناك عقدة ضمنية يؤول أمرها إلى استرسال العمل بالعقدة الأصلية طبق نفس الشروط وطيلة نفس المدة.

وبفضل هاته المقتضيات والقواعد الخاصة بمسطرة طلب تجديد العقدة والطلب بالإفراغ لم يعد المتعاقدون المعنيون بالأمر فيأى وجه من الوجوه عرضة لضياع حقهم على حين غفلة بل لهم الأجل اللازم للدفاع عن حقوقهم أو لاتخاذ الاحتياطات العملية مثل البحث عن مكان آخر فيما يخص المكثري والبحث عن مكثر آخر فيما يخص رب الملك.

و بالتالى فقد ترك للحكام المجال واسعا ليقدروا حسب ظروف كل حالة قيمة صحة الطلبات التي تقدم بشأن تجديد العقدة أو بشأن الإفراغ والتيربما تكون غير مطابقة للكيفيات المأمور باتباعها على أن عدم مطابقة تلك الطلبات للكيفيات المذكورة لا تجعلها غير صحيحة بل كل ما هناك هو أنها تمنع صاحبها من الادعاء على خصمه كونه سقط حقه قانونيا.

وللحكام أيضا أن يروا في حالة الإعلام بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بتسليمها هل الإعلام قد وصل حقيقة إلى الشخص المرسل إليه أم لا.

ومن ناحية أخرى فقد ظهر من المستحيل – لأسباب عملية – أن ترسل الإعلامات حتما وفي جميع الأحوال على شكل استدعاء رسمي من كتابة المحكمة.

ثالثا- أدخل تغيير محسوس على القواعد المتعلقة برفض تجديد العقدة سعيا وراء تقوية وسائل حماية المكثري و للمكثري دائما الحرية فيرفض تجديد العقدة بشرط أن يدفع للمكثري تعويضا عن الإفراغ ولم يعد رب الملك معفي من أداء التعويض سوى في حالتين اثنتين أولا هما إذا أتى ضد المكثري المفرغ بدليل قاطع ومشروع الثانية إذا وجب هدم الملك لكونه وخما أو فيه خطر على من يشغله أما الاعفاء من أداء التعويض عن الإفراغ في الأحوال التي يسترجع فيها الملاك ملكه ليسكنه أو ليتعاطى فيه أعمالا تجارية فقد حذف من صيغة النص.

وعلاوة على ما ذكر فقد نص هذا الظهير على شىء جديد مهم وهى حلول وسطى بين الاعفاء تماما من أداء التعويض وبين وجوب دفع تعويض عن الإفراغ يعادل قدره ما لحق المكثري من ضرر بسبب رفض تجديد العقدة.

وقد كانت هاته الحلول أجرى بها العمل في بادئ الامر لتشجيع الناس على البناء وفعلا فلرب الملك السبيل الى رفض تجديد العقدة اذا أراد هدم الملك و اعادة بنائه أو الى تأجيل التجديد لمدة سنتين اذا اعتزم رفع بنايات الملك وكانت أشغال البناء تستوجب افراغ المكان موقتا وعليه فيمقابل ذلك أن يدفع للمكترى تعويضا عما لحقه من ضرر من غير أن يتعدى قدر التعويض مبلغا يكون مساويا في الحالة الاولى لثمن كراء ثلاث سنوات وفي الحالة الثانية لثمن كراء سنتين وقد اتخذ حل مماثل في الحالة التي يسترجع فيها رب الملك ملكه ليسكنه بنفسه أو ليسكن فيه أقاربه ففي هاته الحالة يكون للمكترى من الآن فصاعدا الحق فيقبض تعويض عن الافراغ لا يتعدى والحالة هذه مبلغا يعادل ثمن كراء خمس سنوات على أن ما ذكر لا يجرى العمل به الا اذا توفرت الشروط التالية وهي أن رب الملك المطالب بارجاع ملكه يكون مفقرا الى مسكن يصلح لحاجياته العادية وحاجيات أسرته.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يكون المكان المطالب بارجاعه مطابقا لتلك الحاجيات وأن يصبح مسكنا بمجرد انجاز أشغال خفيفة تهيؤه للسكنى.

ثم ان تجديد مبلغ التعويض لا يعمل به وقت استرجاع جزء من المكان فقط الا اذا لم يضر هذا الاسترجاع لا بأعمال استغلال المكترى ولا بمسكنه ونشير في هذا الصدد الى أن الممثلين المؤهلين عن الغرف التجارية والصناعية والغرف المختلطة كانوا قد طلبوا عدم تطبيق هاته المقتضيات عندما يكون الامر متعلقا باسترجاع اماكن تستعمل كنزل أو كمحلات مفروشة ومؤثثة لآكن اقتراحهم لم يعول عليه لان ليس هناك ما يحمل على تقييد حقوق الملاكين بقيود اضافية ولان الشطط في استعمال حق استرجاع الاماكن قصد اعدادها للسكنى قد نحى بصفة كافية بموجب مقتضيات أخرى أضف الى ذلك أن اقتراحهم يرمى الى وضع نظام يكون فيه ميز لبعض الاسماء التجارية من غير أن توجد أسباب قاطعة تبرر مثل هذا الميز.

وزيادة على ما ذكر فان المقتضيات المشار اليها أعلاه ترمى بصفة تطبيقية الى جعل حدود لاستعمال حق استرجاع الاماكن المكراة و تنص فيذلك على أحوال ينذر كثيرا وقوعها ثم تقضى بأن لا يؤدي رب الملك سوى تعويض ضئيل للمكترى وحتى في هذه الاحوال النادرة فان قدر التعويض ربما يسد جميع الاضرار التي لحقت المكترى من جراء الافراغ اذ من الممكن أن يصل قدر التعويض الى مبلغ يعادل ثمن كراء خمس سنوات وهناك مقتضيات خصوصية تنص على أنه في استطاعة المكترى أن يشغل الملك الذى شيد في مكان الملك الذى أخرج منه، على أن عودته الى الملك الحديث البناء لا تحرمه من الانتفاع بتعويض من التعويضات المدفوعة عن الافراغ والمنصوص عليها في هذا الظهير لكن من الجائز أن تدخل عودة المكترى في الحساب لتقدير مبلغ ما خسره تقديرا نهائيا وبجانب ذلك يحتوى الظهير على قواعد مختلفة الغرض منها وقاية المكترى من الغلو فيما منح للملاكين من تسهيلات تمكنهم من استرجاع املاكهم.

رابعا - يضم الجزء الرابع فصولا تتعلق بتولية الكراء ويمنع بموجبها على المكترى الأصلى أن يولى في المستقبل كراء جميع مكتراه أو جزء منه فقط ويفهم من ذلك العقود الجديدة والعقود التي ستجدد فيما بعد وتستثنى الحالة التي يوافق فيها العاقد على ذلك ويجب أن يعبر عن موافقته كتابة.

ومن جهة أخرى فإن الفصول المذكورة تسن ضابطا لحقوق المكثري الفرعى وحقوق المكثري الأصلى ورب الملك معا.

خامسا - يختص الجزء الخامس بثمان الكراء ويحتوى على بيانات تهم كيفية تحديد أثمان الكراء وقت تجديد عقود حلت آجالها ويشمل أيضا مقتضيات أخرى تتعلق بالشروط التيترتب فيها فوائد على أثمان الكراء المدفوعة سلفا كما تتعلق بكيفية تطبيق البند القاضى بفسخ العقدة بموجب الحق اذا لم يؤد المكثري ثمن الكراء.

سادسا - جعلت المسطرة القضائية مرنة و أنيطت برئيس المحكمة الابتدائية³⁰³ مهمة الصلح بين الفريقين ويلاحظ أن حضور الفريقين بأنفسهم كثيرا ما يكون ضروريا للوصول الى صلح غير أنه ظهر من المستحيل اجبارهم على الحضور في جميع الاحوال بل للحكام أن ينظروا في هاته المسألة ويروا المناسبة التي يلزمون فيها المتعاقدين بالحضور واذا أخفقت محاولة الصلح فان القضية ترفع الى المحكمة الابتدائية³⁰⁴.

303- قارن مع المادة 20 من القانون رقم 53.95 يقضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)؛ الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص1141.

المادة 20:

" يمارس رئيس المحكمة التجارية الاختصاصات المسندة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية وكذا الاختصاصات المخولة له في المادة التجارية." 304- قارن مع المادة 9 من القانون رقم 53.95، سالف الذكر.

المادة 9:

" تختص المحكمة التجارية بالنظر في مجموع النزاع التجاري الذي يتضمن جانبا مدنيا. " - أنظر المادة 6 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)؛ الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

المادة 6:

" مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

- 1- شراء المنقولات المادية أو المعنوية بنية بيعها بذاتها أو بعد تهيتها بهيئة أخرى أو بقصد تأجيرها؛
- 2 - إكتراء المنقولات المادية أو المعنوية من أجل إكرائها من الباطن؛
- 3- شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها؛
- 4- التنقيب عن المناجم و المقالع واستغلالها؛
- 5- النشاط الصناعي أو الحرفي؛
- 6- النقل؛
- 7- البنك والقرض والمعاملات المالية؛
- 8- عملية التأمين بالأقساط الثابتة؛
- 9- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة؛
- 10- استغلال المستودعات والمخازن العمومية؛
- 11- الطباعة والنشر بجميع أشكالها ودعائنها؛

وقد نص على مقتضيات تحول دون أعمال المماثلة مع اعطاء الفريقين معلومات كافية تذكرهم في الوقت المناسب بالعواقب التي تنجم عن سكوتهم.

سابعا - من بين المقتضيات المختلفة نخص بالذكر المهمة منها وهي التي تلغى الغاء تاما جميع البنود التعاقدية الرامية الى حرمان المكتري من حقه في تعويضات عن الافراغ والى التخلي عن عقدة الكراء لمن يشتري منه اسمه التجارى وهناك مقتضى خاص يعيد الى الذاكرة ويحقق أن نظام حماية عقود كراء المحلات المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف لا يطبق على كراء الاملاك الخاصة بالدولة الشريفة أو بأشخاص أو جماعات عمومية أخرى الا بقدر ما يكون تطبيقه ملائما لنظام الاملاك العمومية ولما يتطلبه سير المصالح العمومية من ضروريات.

ثامنا - يحتوى الجزء الثامن على مقتضيات انتقالية ترمى الى غايتين الاولى منهما هي تسوية الصعوبات الناتجة عن الغاء النظام المعمول به الآن وخلفه بنظام مباين له في بعض النقط والغاية الثانية هي التنصيص على كيفيات اقرار وضعية المكتريين ممن أبقوا في مكتراهم عملا بالظهير الصادر يوم 22 مايو 1954 بشأن مد أجل العقود بصفة استثنائية.

هذا وقد جعلت مختلف الظروف والأحوال من الضروري ترك حرية للحكام لتعيين تاريخ إجراء العمل بالعقدة الجديدة وتحديد مبلغ الكراء المطلوب عن المدة التي قضت منذ التاريخ الذى ينتهى فيه عاديا أمد العقدة السابقة ويشمل الجزء أيضا مقتضيات تعفي الملاك اعفاء صريحا من التعهدات التي تعهد بها فيشأن اماكن كان من حقه استرجاعها لو لم يمد بوجه استثنائي عقدة كرائها.

وتنقل المقتضيات المذكورة القاعدة المضمنة في ظهير 22 مايو سنة 1954 والقاضية بمنع كل شخص من قبض تعويض عن عدم تنفيذ أحكام قضائية صدرت بشأن مد أجل العقود اذ ان هذا الظهير يقر بدوره مسألة مد أجل العقود وسيصدر من جهة أخرى قرار وزيرى لتحديد تاريخ انهاء العمل بالقاعدة المذكورة.

بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 19 رمضان 1373 الموافق 22 مايو 1954 بشأن مد أجل إجراء العمل بعقود كراء الاملاك المستعملة للتجارة أو الصناعة أو المهن.

12- البناء والأشغال العمومية؛

13- مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار؛

14- التزويد بالمواد والخدمات؛

15- تنظيم الملاهي العمومية؛

16 - البيع بالمزاد العلني؛

17- توزيع الماء والكهرباء والغاز؛

18- البريد والمواصلات. "

الجزء الاول - ميدان التطبيق

الفصل الاول

تطبق مقتضيات هذا الظهير على عقود كراء الاملاك أو الاماكن التي تستغل فيها أعمال تجارية سواء أكانت هاته الاعمال ترجع الى تاجر أو الى رب صناعة أو حرفة. وزيادة على ذلك فان المقتضيات المذكورة تطبق على ما يلي:

أولاً- عقود الاملاك أو الاماكن الاضافية اللاحقة بالمتجر بشرط أن تكون ضرورية لاستغلال هذا المتجر وعلاوة على ذلك فاذا كانت هاته المرافق تابعة لملاك آخر غير رب عقار المتجر فيشترط أن تكون قد أكربت ليستعملها المكثري هي والمتجر معا للشؤون التي خصصها به وان يكون المكري - وقت ابرام الكراء - عالماً بالشئ الذي تستعمل له تلك الاماكن.

ثانياً - عقود كراء الاراضى البيضاء التي شيدت فيها اما قبل ابرام العقدة أو بعدها، بنايات تستعمل للتجارة أو الصناعة أو الحرف ويشترط أن تكون البنايات قد شيدت أو شرع في استغلالها برضى رب الملك وأن يكون ذلك ضمن ما هو لازم للاستغلال المذكور.

وفيما يخص العقود التي تمت بعد تاريخ نشر هذا الظهير فان تطبيق مقتضيات المقطعين الاول والثاني من الفقرة السابقة يتوقف على الموافقة الكتابية للملاك المعنى بالامر غير أن هاته القاعدة لا تطبق على تجديد العقود المبرمة قبل التاريخ المذكور أعلاه.

الفصل الثاني

ان مقتضيات هذا الظهير ولاسيما مقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل الاول تطبق أيضا على ما سيذكر:

أولاً - عقود الكراء التي تتعلق بالاملاك أو الاماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف والتي أبرمت مع الدولة أو الجماعات العمومية أو المؤسسات العمومية فيشأن أملاك أو اماكن أعدت لمصالح وجدها الحال تستغل بمشاركة الدولة اما وقت ابرام عقدة الكراء و اما قبله.

وان وقع خلال مدة العقدة تخصيص تلك العقارات أو الاماكن بالمصالح المذكورة وكان هذا التخصيص قد حقق بعد نشر هذا الظهير فان تطبيق المقتضيات المبينة أعلاه تكون مرتبهة بالموافقة الكتابية للملاك المعنى بالأمر.

ثانياً - عقود كراء الاملاك أو الاماكن التي تشغلها كل مؤسسة من مؤسسات التعليم.

ثالثاً - عقود كراء الاملاك أو الاماكن التي يشغلها الصناعيون.

الفصل الثالث

لا تطبق مقتضيات هذا الظهير على العقود الطويلة الامد غير أنها تطبق في الاحوال المنصوص عليها في المقتضيات السابقة وذلك فيما يخص العقود الطويلة الاجل المبرمة مع

المكتريين الاصليين بشرط أن تكون مدة تجديد العقدة المبرمة بين هؤلاء المكتريين والمكتريين الفرعيين لا تؤدي الى شغل الاماكن الى ما بعد تاريخ انتهاء العقدة الطويلة الامد.

الفصل الرابع

لا يطبق هذا الظهير على الاملاك والاماكن التابعة للاحباس³⁰⁵ والخالية من حقوق المنفعة كما لا يطبق في الحالة التي تكون فيها الاملاك والاماكن مشاعة وتكون الاحباس تمتلك فيها فوائد تبلغ على الاكثر ثلاثة أرباع منها.

بيد أن الاملاك و الاماكن التي تنجز الى الاحباس بعد نشر هذا الظهير تبقى مقيدة بعقود الكراء التجارية التي يكون معمولاً بها أو التي يقع تجديدها تطبيقاً لهذا الظهير.

الجزء الثاني - فيتجديد عقدة الكراء

الفصل الخامس

لا يحق لأي فرد أن يطالب بتجديد العقدة ما عدا المكتريين والمتخلى لهم عن عقدة الكراء أو ذوي حقوقهم ممن ياتون هم أو موروثوهم بما يثبت به اما حق انتفاع لمدة سنتين متتابعتين حصلوا عليه بمقتضى عقدة أو عدة عقود خطية متوالية واما ما لهم من انتفاع مستمر لمدة أربع سنوات عملاً بعقدة أو بعدة عقود شفوية متتابعة أو بمقتضى عقود متوالية مكتوبة كانت أو شفوية.

الفصل السادس

لا ينتهى العمل بعقود كراء الاماكن الخاضعة لمقتضيات هذا الظهير الا اذا وجه للمكتري طلب بالافراغ قبل انقضاء العقدة بستة أشهر على الاقل وذلك بدون التفات الى أى شرط تعاقدى مخالف لما ذكر وحيداً عن الفصول 687 و 688 و 689 من الظهير الشريف الصادر في 9 ربيع الأول 1331 الموافق 12 غشت 1913 المعتبر بمثابة قانون للالتزامات والعقود.

وعليه فاذا لم يوجه الطلب بالافراغ المشار اليه في الفقرة السابقة فإن مدة العقدة تسترسل الى ما بعد التاريخ المحدد فيها أما عقدة الكراء التي تكون لا صلة بواقعة يتيح تحقيقها للمكرى طلب فسخ العقدة المذكورة فان مدتها لا تنقضى الا اذا وجه المكرى للمكتري اعلماً بذلك خلال ستة أشهر على الاقل قبل انتهاء تلك المدة ويجب أن يتضمن الاعلام عبارة تشير الى كون الحادثة التي نص عليها في العقود قد وقعت.

وان كان الامر يتعلق بعقدة ذات مدد عديدة وألغى المكرى هذه العقدة وقت انقضاء احدى المدد فان الاعلام بالافراغ يوجه حتماً قبل انتهاء المدة بستة أشهر على الاقل.

305- أنظر المواد من 94 إلى 97 من الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف؛ الجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.

ومن اللازم توجيه الاعلام بالافراغ اما طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة رسالة مضمونة مع الاعلام بتسليمها³⁰⁶.

وعلى المكري أن يوضح للمكتري الاسباب الداعية الى الافراغ وأن ينقل في الاعلام نص الفصل السابع والعشرين وإلا فلا يستطيع المطالبة بسقوط حق المكتري حسبما نص على ذلك في الفصل المذكور.

الفصل السابع

إذا لم يوجه الى المكتري اعلام بالافراغ وأراد هذا المكتري تجديد عقده فعليه أن يقدم طلبا للمكري اما خلال الستة أشهر التي تتقدم أجل انقضاء العقدة واما في أى وقت من أوقات المدة التي تسترسل أثناءها العقدة بموجب مقتضيات الفصل السادس المذكور أعلاه.

و يجب ارسال طلب تجديد العقدة الى المكري اما طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة رسالة مضمونة مع الاعلام بوصولها³⁰⁷.

ويصح ارسال طلب تجديد العقدة الى المتصرف في شؤون المكري المعتبر أهلا لحيازته ما عدا اذا اشترط المكري شروطا أو وجه اعلامات تخالف ذلك وان كان هناك عدة ملاكين فان الطلب المرسل الى واحد منهم يكون كأنه قد ارسل اليهم جميعا اللهم الا اذا نص على شروط أو وجهت اعلامات تخالف ما ذكر بشأن جميعهم.

ويجب أن ينقل في الطلب نص الفصل الثامن الآتى بعده والا فيكون المكتري غير قادر على معارضة المكري بسقوط الحق الناجم عن انتهاء أجل ثلاثة أشهر المنصوص عليه فينفس الفصل.

الفصل الثامن

يجب على المكري أن يعمد خلال الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ توصله بطلب تجديد العقدة الى احاطة علم المكتري بأنه يصادق على تجديد العقدة مع الاشارة الى شروط التجديد أو انه يرفض هذا التجديد موضحا فينفس الوقت الاسباب الداعية الى ذلك الرفض وعلى المكري أن يخبر المكتري بما ذكر اما طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة رسالة مضمونة مع الاعلام بتسليمها³⁰⁸.

وإذا لم يخبر المكري المكتري بما ينوى اجراءه فيظرف الاجل المذكور وكان طلب تجديد العقدة قد حرر طبق مقتضيات الفصل السابع أعلاه فان المكري يعتبر حينذاك موافقا

306- أنظر الفصول 37 و 38 و 39 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741، كما وقع تغييره وتتميمه.

307- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

308- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

على تجديد العقدة ضمن البنود والشروط المتضمنة في العقدة السابقة غير انه إذا كان المكري قد طلب تجديد العقدة على بنود وشروط تخالف شروط العقدة الاولى فيعتبر المكري موافقا على مبدأ التجديد ليس إلا أما الخلاف الناشئ عن ثمن الكراء ومدة العقدة أو عن شروط أخرى من شروطها فانه يرفع بطلب الفريق المستعجل الى الحاكم الذي يفصله طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثلاثين.

وعلى المكري أن يدرج في جوابه عن طلب تجديد العقدة نص الفصل السابع والعشرين ليلا يفقد حق المطالبة بما نص عليه الفصل المذكور من سقوط حق المكري بفوات المدة.

الفصل التاسع

إذا وقع تجديد العقدة دون أن يصل الفريقان الى اتفاق بشأن مدة العقدة الجديدة فان مدتها تكون هي نفس المدة المنصوص عليها في العقدة المنتهى أمرها من غير أن تتعدى مدة العقدة الجديدة خمس سنوات وإذا كان الامر يتعلق بعقدة ذات أمد غير معين فان مدة العقدة الجديدة تكون معادلة للمدة الحقيقية المنصوص عليها في العقدة السابقة ولا يجوز مع هذا أن تتعدى ثلاث سنين.

وفي كلتي الحالتين يبتدأ العمل بالعقدة الجديدة عند تاريخ انقضاء مدة العقدة السابقة ان أعلن الغاء هذه العقدة قبل تاريخ انتهائها بستة أشهر على الأقل اما اذا استرسلت هذه العقدة بعد تاريخ انقضائها وكان هذا الاسترسال قد جرى وفقا لمقتضيات الفصل السادس الموما اليه أعلاه فان مدة العقدة الجديدة تبتدئ من اليوم الاول للشهر الموالي اما للتاريخ الذي صح فيه ارسال الاعلام بالافراغ واما لتاريخ طلب أو عرض تجديد العقدة.

الجزء الثالث - في رفض تجديد العقدة

الفصل العاشر

يحق للمكري رفض تجديد العقدة إلا أنه إذا استعمل هذا الحق فيكون عليه أن يؤدي للمكري المطلوب منه الافراغ تعويضا عن هذا الافراغ يعادل ما لحقه من الضرر الناجم عن عدم تجديد العقدة وذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 وما يليه من الفصول ويلزم المحكمة وقت تحديد قدر التعويض أن تعتبر ما سيحصل للمكري من الخسائر وما سيفقده من الارباح بسبب اضااعة حقوقه.

ويكون قدر التعويض مساويا على الأقل لقيمة الاسم التجاري اللهم الا اذا أثبت المكري أن الضرر أخف من القيمة المذكورة.

الفصل الحادى عشر

للمكري أن يرفض تجديد العقدة دون الزامه بأداء أى تعويض وذلك في الاحوال الاتية:

أولاً- ان أتى بحجة تشهد ضد المكتري المطالب بالافراغ بأن هناك سببا خطيرا ومشروعا³⁰⁹.

ثانيا - ان أثبت وجوب هدم الملك كلا أو بعضا لان السلطة الإدارية أعلنت أنه وخم ومخالف للمبادئ الصحية أو أثبت أن في شغل الملك خطرا بسبب انعدام الأمن فيه³¹⁰.

وإذا قام رب الملك أو وارثه بإعادة بناء جميع الملك أو بعضه أو قام بترميمه فللمكتري حق الأسبقية في كرائه طبق الشروط المنصوص عليها في الفصلين الثالث عشر والرابع عشر الآتين بعده.

الفصل الثاني عشر

لصاحب الملك الحق في رفض تجديد العقدة لكونه يريد هدم الملك وإعادة بنائه لكنه يتحمل تعويضا عن الافراغ يدفعه للمكتري قبل خروجه من الملك ويكون قدره معادلا لما يلحق هذا المكتري من الضرر دون أن يتعدى مع ذلك ثمن كراء ثلاث سنوات يحسب على أساس المقدار المعمول به وقت الافراغ وإذا عمد رب الملك الى الامتناع من تجديد العقدة فيحق للمكتري البقاء في مكتراه طبق بنود وشروط العقدة الاولى وذلك الى أن يشرع فعليا في أشغال البناء.

وزيادة على ما ذكر فان احتوى الملك المعاد بناؤه على أماكن صالحة لشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية فللمكتري حق الأسبقية في كرائها تحت قيد الشروط المنصوص عليها في الفصلين الثالث عشر والرابع عشر الآتين بعده.

الفصل الثالث عشر

لكي يتأتى للمكتري الانتفاع بحق الأسبقية المنصوص عليه اما في الفصل الحادي عشر واما في الفصل الثاني عشر المذكورين أعلاه يلزمه أن يخبر رب الملك بذلك اما وقت خروجه من المكان أو بعد خروجه منه بثلاثة أشهر على الأكثر وعليه أن يوجه اعلامه طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية أو بواسطة رسالة مضمونة مع الاعلام بتبليغها³¹¹ مشيرا في نفس الوقت

309- قارن مع الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود: " للمكري فسخ الكراء مع حفظ حقه في التعويض إن اقتضى الأمر:

أولاً - إذا استعمل المكتري الشيء المكتري في غير ما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق؛

ثانيا - إذا أهمل الشيء المكتري على نحو يسبب له ضررا كبيرا؛

ثالثا - إذا لم يؤد الكراء الذي حل أجل أدائه."

310- قارن مع الفصل 659 من قانون الالتزامات والعقود.

الفصل 659:

" إذا هلكت العين المكتراة أو تعيبت أو تغيرت كلياً أو جزئياً بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال في الغرض الذي اكتريت من أجله، وذلك دون خطأ أي واحد من المتعاقدين، فإن عقد الكراء يفسخ، من غير أن يكون لأحدهما على الآخر أي حق في التعويض، ولا يلزم المكتري من الكراء إلا بقدر انتفاعه.

وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

311- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

الى عنوانه الجديد ويتعين عليه أن يخبر المكري طبق نفس الكيفيات كلما انتقل الى مكان آخر.

وعلى رب الملك ممن توصل بمثل الاعلام المذكور أن يعمد قبل كراء المكان المشيد حديثا الى احاطة علم المكثري حسب نفس الطريقة بأنه مستعد لابرام عقدة جديدة معه.

ومن الواجب أن يضمن الاعلام أن للمكثري أجل الثلاثة أشهر ليخبر رب الملك هل قبل ابرام عقدة جديدة أم لا وانه راض بمبدا تجديد العقدة لكنه لا يوافق على شروطها بحيث يمكن في هذه الحالة رفع النازلة الى المحكمة التي لها النظر في الامر وإذا انقضى الاجل المضروب وكان الاعلام الموجه الى المكثري مطابقا للمقتضى السابق فيجوز لرب المكان أن يتصرف فيه كما شاء وان لم يحصل اتفاق بين الفريقين بشأن شروط العقدة الجديدة فتحدد هاته الشروط وفقا لمقتضيات الفصل الثلاثين.

واذا وقع أن حرم الملاك المكثري من الانتفاع بحق الاسبقية فانه يكون عرضة - بطلب المكثري - الى أداء التعويضات عن الاضرار.

الفصل الرابع عشر

إذا تمت اعادة بناء الملك طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصلين الحادي عشر و الثاني عشر المبيينين أعلاه وكانت المساحة المشيد فيها تفوق مساحة الملك القديم فان حق الاسبقية ينحصر في مساحة تعادل مساحة الاماكن التي كان يشغلها المكثري أو تكون صالحة لاحتواء اللوازم والاعمال التجارية التي كان المكثري يتعاطاها في الاماكن القديمة.

وإذا كان الملك المعاد بناؤه لا يسع جميع من كان يعمر الملك القديم فان حق الاسبقية تمنح لاقدم المكثرين ممن كانوا يستغلون فيه الاسم التجاري بشرط أن يخبروا رب الملك على الطريق القانونية الصحيحة بأنهم ينوون شغل الاماكن.

وإذا كان الملك المعاد بناؤه لا يشمل أماكن تصلح لما كان يتعاطى فيه من قبل من أعمال تجارية أو صناعية أو مهنية فللمكثري الضائع حقه فيه أن يطالب مع ذلك بالانتفاع بحق الاسبقية في الاماكن المعاد تشييدها لكي يباشر فيها أعمالا أخرى تتناسق على الخصوص مع التهيئة الجديدة التي تناولت الاماكن ومع نوع الملك وموقعه.

الفصل الخامس عشر

لرب الملك أيضا تأجيل تجديد العقدة لمدة قصوى تحدد في سنتين ان اعتزم رفع بنايات الملك وكانت أشغال البناء تتطلب من المكثري افراغ المكان مؤقتا وفي هاتين الحالتين يستحق المكثري تعويضا يعادل ما لحقه من اضرار من غير أن يفوق قدره قيمة كراء سنتين حسب الثمن المعمول به وقع الافراغ.

وإذا سير على هذه الطريقة فللمكثري الحق في البقاء في المكان الى أن يشرع فعليا في أشغال البناء.

الفصل السادس عشر

يسوغ للمكرى الامتناع من تجديد العقدة دون الزامه باداء التعويض عن الافراغ المنصوص عليه في الفصل العاشر أعلاه ان استرجع المكان ليسكنه بنفسه أو يسكن فيه زوجه أو أباه أو أولاده أو آباء زوجه أو أولاد هذا الزوج ويشترط أن يكون الشخص الذي سيعمر المكان مفتقرا الى مسكن يطابق حاجياته العادية وحاجيات أعضاء أسرته ممن يعيشون عادة معه أو يسكنون معه ويشترط أيضا أن تكون هاته الحاجيات تتناسق مع احتلال المكان بصفة اعتيادية وان من شأن هذا المكان أن يصلح للسكنى بمجرد انجاز أشغال خفيفة تؤهله لذلك ولا يقبل استرجاع جزء من الاماكن عملا بالمقتضيات السابقة الا اذا كان هذا الاسترجاع لا يضر لا باستغلال المكثري ولا بسكناه.

وإذا بيع الملك فلا يجوز لمكريه الاستفادة من ذلك المقتضى الا اذا كان رسم الاشتراء مؤرخا بتاريخ حقيقي³¹² مضت عليه ثلاث سنوات قبل تاريخ المطالبة بحق الاسترجاع.

وعلى المكرى المطالب بالحق المنصوص عليه في هذا الفصل والمخول له استرجاع جميع الاماكن المكراة أو البعض منها فقط أن يدفع للمكثري أو لذوى حقوقه تعويضا يساوى ما حصل من ضرر من غير أن يتجاوز قدره قيمة كراء خمس سنوات حسب الثمن المعمول به وقت الافراغ.

ويحتم على من سينتفع بالمكان المسترجع أن يعمره بنفسه في ظرف أجل سنة واحدة من التاريخ رحيل المكثري وأن يبقى فيه مدة خمس سنوات على الاقل ماعدا إذا أدلى بسبب مشروع.

وان لم يفعل ذلك فيتعين عليه أن يدفع للمكثري الضائع حقه تعويضا يعادل قيمة ما أصابه من ضرر³¹³.

312- قارن مع الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود.

الفصل 425:

" المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه. ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

- 1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛
- 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي؛
- 3- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛
- 4- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛
- 5- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.
- 6- إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة و بموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه."

313- أنظر الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود.

الفصل 77:

الفصل السابع عشر

ان حق تجديد العقدة لا يجرى على الملاك الذى يعتزم بناء مساكن في الكل أو في البعض من الاراضى المبنية في المقطع الثانى من الفقرة الثانية من الفصل الاول المذكور أعلاه أن يشرع فعليا في البناء قبل انتهاء أجل سنتين تبتدأ من تاريخ رفضه التجديد، ويسوغ للمكتري المفرغ أن يبقى في المكان الى أن يشرع حقيقة في أشغال البناء.

على أن حق هذا الاسترجاع لا يشمل في أية حالة من الأحوال سوى الجزء من الارض اللازم للبناء وان أدى حتما الى انقطاع المكتري عن الاعمال التجارية أو الصناعية أو المهنية، فيترتب على رب الملك دفع التعويض المنصوص عليه في الفصل الثانى عشر السابق الذكر وزيادة على ذلك فان كان الملك الذى وقع تشييده يحتوى على محلات تستعمل للتجارة أو الصناعة أو الحرف فيخول للمكتري المفرغ حق الاسبقية المنصوص عليه في الفصل الثانى عشر أعلاه وذلك طبق الشروط المحددة في الفصلين الثالث عشر والرابع عشر من هذا الظهير.

الفصل الثامن عشر

ان الملاك أو المكتري الاصلى الذى يكون فينفس الوقت مكريا للاماكن وبائعا للاسم التجارى الذى يستغله ثم يكون قد توصل بجميع ثمن الاسم التجارى المبيع لا يسوغ له رفض تجديد العقدة الا اذا أدى للمكتري الضائع حقه التعويض المنصوص عليه في الفصل العاشر اللهم الا اذا أثبت على المكتري سببا اعترف بكونه خطيرا ومشروعا.

الفصل التاسع عشر

اذا وقع نزاع ملكية المكان لاجل المصلحة العمومية فان الجماعة العمومية التي تباشر أعمال نزاع الملكية يمكنها أن تتجنب أداء التعويض عن الافراغ المنصوص عليه في الفصل العاشر ان عرضت على المكتري الضائع حقه مكانا يكون مماثلا للمكان المنزوعة ملكيته³¹⁴ ويكون واقعا بالقرب منه.

" كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

الفصل 78:

" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر. 314- قارن مع الفصل 22 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت؛ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982)؛ الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص 980، كما تم تغييره وتتميمه.

الفصل 22:

وفي هذه الحالة يتوصل المكثري بتعويض في مقابل ما حرم منه مؤقتا من المنفعة وعند الاقتضاء يتوصل بتعويض عما نقص من قيمة اسمه التجاري وتدفع له زيادة على ذلك مصاريف انتقاله من المكان ومصاريف استقراره في المكان الآخر.

الفصل العشرون

إذا وقع أن ثبت على الملاك أنه استعمل الحقوق المخولة له بموجب الفصل الحادي عشر وما يليه من الفصول لا شيء آخر سوى لحرمان المكثري من حقوقه و خصاها إذا عمد الى ذلك بأعمال الكراء واعادة البيع سواء كانت لتلك الاعمال صبغة مدنية أو تجارية فإن المكثري يستحق وقتئذ تعويضا يعادل ما أصابه من ضرر.

ومن حق المكثري أن يطلب تقدير قيمة الضرر الذي يلحقه وقت افراغه المكان وذلك طبق المسطرة المنصوص عليها في الفصل السابع والعشرين وما يليه من فصول هذا الظهير.

الفصل الواحد والعشرون

كل مكثري يستطيع المطالبة بالتعويض عن الافراغ أو بأحد التعويضات المنصوص عليها في الفصل الثاني عشر وما يليه الى غاية الفصل الثامن عشر لا يجبر على افراغ الاماكن قبل أن يتسلم مبلغ التعويض اللهم إلا إذا دفع له رب الملك تعويضا مؤقتا على وجه الاحتياط يحدده رئيس المحكمة الابتدائية وترفع النازلة الى هذا الرئيس وفقا للشروط المنصوص عليها في الفصل السابع والعشرين ويحكم فيها مع امكانية استئناف حكمه كما نص على ذلك في الفصل الثلاثين.

ويقتطع قدر ذلك التعويض من قدر التعويض المحدد نهائيا اما بالمرضاة واما على يد المحكمة وذلك اذا كان مبلغ التعويض المحدد نهائيا يفوق مبلغ التعويض المؤقت وان كان الامر بخلاف ذلك فيتعين على المكثري أن يدفع للملاك الفرق الحاصل بين التعويض المؤقت والتعويض النهائي اما اذا رفضت المحكمة منح المكثري تعويضا نهائيا فعليه اذ ذاك أن يرجع كافة مبلغ التعويض المؤقت.

وللمكثري المطالب بالحق المنصوص عليه في الفقرة الاولى أن يبقى في الاماكن المكررة له طبقا لبنود وشروط العقدة المنتهى أمدها وذلك الى أن يتوصل بالتعويض المؤقت.

" إذا كان يشغل العقارات المنزوعة ملكيتها مكثرون بصفة قانونية مصرح بهم على إثر البحث الإداري المنصوص عليه في الفصل 10 أو مقيدون بصفة قانونية في السجلات العقارية فإن نازع الملكية يتحمل منح التعويضات الواجبة لهم أو عند الاقتضاء تمكينهم من عقار آخر إذا كان من الممكن."

الجزء الرابع - فيتولية الكراء

الفصل الثانى والعشرون

تمنع تولية كراء الكل أو البعض من الاماكن المكرارة ما عدا اذا احتوت العقدة على شرط يخالف ما ذكر أو وافق رب الملك على التولية وذلك حيادا عن الفصل 668 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون للتزامات والعقود.

و اذا وافق رب الملك على تولية الكراء فيتعين عليه الانضمام الى عقدة التولية.

واذا كان الجزء المولى كراؤه ياتى بثمان يفوق الثمن الذى هو عليه في الكراء الاصلى فلرب الملك أن يلزم المكثري بدفع زيادة في الكراء الاصلى تناسب ما هو زائد في الكراء الفرعى.

وعلى المكثري أن يعلم الملاك بعزمة على تولية الكراء وذلك اما بواسطة اعلام رسمى يوجهه اليه طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة كتاب مضمون مع الاعلام بوصوله³¹⁵.

ويتعين على صاحب الملك أن يطلع المكثري على نيته في الانضمام الى عقد تولية الكراء أوفي عدم الانضمام اليه ويكون ذلك خلال الثلاثين يوما الموالية لتاريخ توصله بالاعلام المذكور.

وان امتنع رب الملك من المشاركة في العقدة أو غرض الطرف عن الجواب بالرغم من الترخيص المنصوص عليه في الفقرة الاولى فانه يستغنى عنه في ابرام العقدة المذكورة وان رضى بانضمامه الى العقدة لكنه بقى غير متفق مع المكثري على شروط توليه الكراء وكذا على الزيادة الواجب ادخالها على ثمن الكراء الاصلى وفقا لمقتضيات الفقرة السابقة فان رئيس المحكمة هو الذى يقضى في المسألة طبقا لمقتضيات الفصل الثلاثين الآتى بعده.

الفصل الثالث والعشرون

يجوز للمكثري الفرعى أن يطلب من المكثري الاصلى تجديد عقده ضمن ما لهذا المكثري نفسه من حقوق مخولة له من جانب رب الملك وعلى هذا الاخير أن يشارك في العقدة كما نص على ذلك في الفصل الثانى والعشرين السابق ذكره.

وعندما تنتهى مدة العقدة الاصلية لا يجبر الملاك على تجديدها الا اذا كان قد أذن اذنا صريحا أو ضمنيا في تولية الكراء أو رضى بها وكانت الاماكن التي هى موضوع العقدة الاصلية لا تتكون في حالة تولية الكراء الجزئى من مجموع بنايات لا تقبل التقسيم اما من ناحية وضعيتها المادية واما لكون الفريقين يعتبرونها غير قابلة للتجزئى.

وفيما يخص تولية الاكرية الموافق عليها بعد نشر هذا الظهير فيجب على الملاك أن يعبر كتابة عن موافقته المنصوص عليها في الفصل الثانى والعشرين أعلاه.

315- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

الجزء الخامس – في ثمن الكراء

الفصل الرابع والعشرون

يجب أن يكون مبلغ الكراء³¹⁶ في العقود الواجب تجديدها مطابقا لقيمة كراء المكان المقدرة بكيفية عادلة ومن الجائز تقدير هاته القيمة على الخصوص حسبما يلي :

أولا - كافة المساحة الحقيقية المعدة لاستقبال العموم أو للاستغلال وتعتبر فيذلك من جهة حالة الاماكن التي جعلها الملاك تحت تصرف المستغل ومن جهة أخرى الاشياء المجهزة بها ثم نوع هاته الاماكن ومرافقها والمحلات المضافة اليها وكذا الشيء الذي خصصت به.

ومن الممكن اعتبار مساحة النوافذ المشرفة على الازقة وتقديرها بالنسبة الى كافة مساحة المكان.

ثانيا - مجموع المساحة الحقيقية للمحلات الاضافية التي قد تخصص بسكنى المستغل أو الاشخاص القائمون مقامه فيذلك.

ثالثا - مجموع الاشياء التجارية أو الصناعية مع اعتبار أهمية المدينة و الحى والزقاق والموقع هذا من جهة ومن جهة أخرى فاذا كان الامر يتعلق بأماكن خصصت بشيء معين نظرا لوضعية بنائها ولشكلها فيعتبر حينئذ نوع التجارة وما تتوفر عليه تلك الاماكن من تسهيلات تمكن من استغلالها.

وتدخل فيالحساب أيضا التكاليف المحمولة على كاهل المكثري.

الفصل الخامس والعشرون

ان أثمان الكراء التي تدفع مسبقة على أى وجه كان ولو كان على وجه الضمان تدر على المكثري فائدة مالية تفرض على ما يفوق منها ثمن كراء مدة تزيد على ستة أشهر وتحسب الفائدة على أساس المقدار الذى يستعمله البنك المخزنى المغربى فيحق المبالغ المسبقة من قيمة السندات المالية.

الفصل السادس والعشرون

كل بند يدرج في العقدة و ينص على فسخها بموجب الحق اذا لم يؤد ثمن الكراء عند حلول التواريخ المتفق عليها³¹⁷ لا يكون سارى المفعول الا بعد خمسة عشر يوما تمضى على

316- قارن مع الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود.

الفصل 627:

" الكراء عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له."

317 - قارن مع الفصلين 259 و 260 من قانون الالتزامات والعقود.

الفصل 259:

تاريخ انذار يوجه للمكتري³¹⁸ ويبقى بدون جواب ويجب أن يشار فيا لانذار الى الاجل المذكور و الا فيكون باطلا كما يجب أن يرسل اما على صيغة اعلام يكون مطابقا للصورة المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة رسالة مضمونة مع الاعلام بوصولها³¹⁹.

غير انه فيوسع الحاكم أن يوقف عمل بنود العقدة القاضية بفسخها لعدم أداء واجب الكراء وقت حلول التاريخ المتفق عليه وان يعطى للمكتري أجلا لاداء ما عليه تحدد مدته القصوى في سنة واحدة وذلك اذا لم يثبت الفسخ المذكور أو لم يصدر فيشأنه حكم قضائي أصبح باتا ولا يكون للبند الفسخي مفعول اذا أدى المكتري ما عليه وفق الشروط المحددة من طرف الحاكم.

الجزء السادس – في المرافعات

الفصل السابع والعشرون

ان المكتري العازم اما على المنازعة في الاسباب التي يستند عليها المكري لافراغ المكان أو لرفض تجديد العقدة وإما على المطالبة بأحد التعويضات المنصوص عليها في الجزء الثالث من هذا الظهير أو كونه لا يقبل الشروط المقترحة عليه لابرام العقدة الجديدة يجب عليه أن يرفع النازلة الى رئيس المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك وذلك في ظرف أجل ثلاثين يوما تحسب من يوم توصله بالاعلام المطالب فيه بالافراغ أو من تاريخ

"إذا كان المدين في حالة مَطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.
إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين.
وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.
لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة."

الفصل 260:

"إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء."

318- قارن مع المادة 112 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)؛ الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

المادة 112:

" إذا أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا، في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم. ولا يصدر الحكم إلا بعد ثلاثين يوما من هذا التبليغ.

لا يصبح الفسخ الرضائي للكراء نهائيا إلا بعد ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين في الموطن المختار لكل منهم."

319- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

جواب الملاك المنصوص عليه في الفقرة الاولى من الفصل الثامن وإن انقضى الاجل المذكور فيسقط حق المكثري ويعتبر اذ ذاك اما كونه تنازل عن تجديد العقدة أو عدل عن المطالبة بالتعويض المدفوع عن الافراغ واما كونه قبل الشروط المقترحة عليه لابرام العقدة الجديدة ويكون ذلك مع الاحتفاظ بما جاء في مقتضيات الفقرة الاخيرة من الفصل السادس والفقرة الثانية من الفصل الثامن المذكورين أعلاه.

الفصل الثامن والعشرون

تكون مهمة رئيس المحكمة الابتدائية المرفوعة اليه النازلة أو مهمة الحاكم الذى يخلفه هى أن يصلح بين الفريقين وعليه أن يحرر تقريراً عن جلسة الصلح يضمن فيه على الخصوص أسباب رفض الملاك وكذا طلبات كل فريق منهما ومقترحاته بشأن الثمن ومدة العقدة وتاريخ الشروع في العمل بها وشروطها الاخرى ومبلغ التعويضات المنصوص عليها في هذا الظهير والمحمّل أن تكون في ذمة الملاك.

وبإباح للفريقين أن يعينا محامياً ليؤازرهما أو ليمثلهما بيد أنه يجوز للحاكم أن يأمرهما بالحضور شخصياً ويخير رئيس المحكمة بالقضية بواسطة طلب مكتوب أو بواسطة تصريح لدى كتابة الضبط ويدفع فينفس الوقت مبلغ الاداء القضائي.

ولا يمكن فيأى حال أن يضاف الى موجبات الصلح طلب يرمى الى اخراج المكثري من مكتراه.

ويستدعى الرئيس المذكور الفريقين لحضور جلسته بثمانية أيام على الاقل قبل تاريخها ويكون الاستدعاء مطابقاً للصور المنصوص عليها.

الفصل التاسع والعشرون

إذا تخلف أحد الفريقين عن الحضور فيبيت الرئيس أو الحاكم في النازلة ويصدر فيها مقررًا وان تخلف المكثري عن الحضور فيسقط حقه من الانتفاع بما يخوله إياه هذا الظهير. أما إذا تخلف رب الملك فإنه يعتبر بتخلفه هذا موافقاً على تجديد العقدة ويحدد ثمن الكراء ومدته طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثلاثين غير أنه يحق للفريق المتخلف عن الحضور أن يتعرض للحكم الصادر عليه وذلك خلال أجل خمسة عشر يوماً تحسب من يوم اعلامه به ويجب تضمين هذا الاجل فينفس الاعلام.

وتحتوى بطاقة التعرض للحكم الصادر غيابياً على الادلة المعتمد عليها المتعرض وتوجه اما للشخص نفسه أو تودع بمحل سكناه.

الفصل الثلاثون

إذا نتج عن محاولة الصلح أن رب الملك قد وافق مبدئياً على تجديد العقدة وبقي الخلاف حول انتهاء تاريخ مد أجل العقدة المجددة أو ثمن الكراء أو مدته أو تاريخ الشروع في اجراء العمل بالعقدة وكذا الشروط الثانوية أو بقي الخلاف حول مجموع هاته المسائل فان رئيس المحكمة يصدر حكماً مدعماً بأسباب بعد أن يكون قد أمر- ان اقتضى الحال ذلك- باجراء المعاينة للبحث عن جميع المسائل التي تمكن بانصاف من تجديد شروط العقدة الجديدة.

ويصدر الحكم بمحضر الفريقين ولهما أن يعينا محاميا ليؤازرهما.
ويمكن استئناف حكم رئيس المحكمة خلال أجل خمسة عشر يوما تبتدئ من يوم
الاعلام به أما الاحكام النهائية فيمكن رفعها الى محكمة النقض و الابرام³²⁰.

الفصل الواحد والثلاثون

يتعين على المكثري أن يواصل طيلة مدة الدعوى أداء واجبات الكراء الحال دفعها
وذلك على أساس الثمن القديم أو عند الاقتضاء على أساس ثمن يحدد بصفة مؤقتة وكيفما
كان الحال من طرف الحاكم المدفوعة اليه القضية.

ويكون هذا التجديد طبقا لمقتضيات الفصل السابق ما عدا في حالة محاسبة تجرى بين
المكرى والمكثري بعد أن يكون ثمن العقدة الجديدة قد حدد نهائيا.

وعلى الفريقين أن يبرما عقدة جديدة طبق الشروط المحددة على يد العدالة وذلك خلال
أجل ثلاثين يوما تحسب من اليوم الذى يصبح فيه الحكم المشار اليه في الفصل السابق حكما
نهائيا أو من اليوم الذى يقع اعلامها بقرار محكمة الاستئناف.

على أنه فيوسع المكثري أن يتنازل عن المطالبة بتجديد العقدة كما أنه فيوسع المكرى
أن يمتنع من تجديدها بشرط أن يتحمل من رفض منهما جميع الصوائر.

وإن لم يعلم الفريق الذى صدر منه الرفض الفريق الآخر اما طبق الصور المبينة في
الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية واما بواسطة
رسالة مضمونة مع الاعلام بوصولها³²¹ وذلك خلال أجل الثلاثين يوما المشار اليه أعلاه كما
أنه اذا لم يرسل الملاك الى المكثري خلال نفس الاجل مشروع العقدة المطابقة للحكم
المذكور أعلاه ليوقع عليها أو اذا لم يوافق المكثري على هاته العقدة فيظرف أجل ثلاثين
يوما تبتدئ من تاريخ وصولها اليه فان الحكم الابتدائى أو الاستئنافي الصادر بتحديد الثمن
وشروط العقدة الجديدة يعتبر وقتئذ كعقدة.

الفصل الثاني والثلاثون

ان رفض المكرى تجديد العقدة وأزمع المكثري على منازعته في الاسباب الداعية الى
هذا الرفض أو على المطالبة بالتعويض عن الافراغ فله أن يقيم دعوى عليه أمام المحكمة
الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك.

320- تم إلغاء مقتضيات النصوص الجاري بها العمل التي تخول محاكم أخرى غير المجلس الأعلى النظر في طلبات النقض وذلك بموجب الفصل الخامس والخمسون من الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 الموافق 27 شتنبر 1957 يتعلق بالمجلس الأعلى؛ الجريدة الرسمية عدد 2347 بتاريخ 23 ربيع الأول 1377 (18 أكتوبر 1957)، ص 2245؛ كما تم تغييره وتنظيمه.

- تم إحلال عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ، وذلك بموجب القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

321- أنظر هامش الفصل السادس، أعلاه.

وتجرى نفس المسطرة ان رفض المكرى تجديد العقدة على أساس الشروط المحددة تطبيقاً للفصل الثلاثين الموما اليه أعلاه ويودع المقال بكتابة الضبط في ظرف أجل ثلاثين يوماً تحسب من يوم اعلامه بتقرير عدم نجاح الصلح أو من يوم الاعلام الذى وجهه اليه المكرى يخبره فيه برفضه تجديد العقدة ذلك الاعلام المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من الفصل الواحد والثلاثين من هذا الظهير ويجب أن يشار بصراحة في هذين الاعلامين الى الاجل السابق المذكور من الجائز استئناف الاحكام النهائية أمام محكمة النقض والابرام³²².

ويتسنى لرب الملك المحكوم عليه أن يتملص من أداء التعويض بتحملة صوائر الدعوى وبموافقته على تجديد العقدة التيسير فيها في حالة وقوع خلاف على الشروط المحددة طبقاً لقواعد الفصل الثلاثين وعليه أن يقوم بذلك خلال أجل ثلاثين يوماً تحسب اما من اليوم الذى أصبح فيه الحكم نهائياً اذا كان الامر يتعلق بحكم صادر من المحكمة الابتدائية واما من اليوم الذى أخبر فيه بالقرار اذا كان الامر يتعلق بقرار محكمة الاستئناف ولا يمكن لرب الملك الانتفاع بهذا الحق الا اذا كان المكترى لازال فيالمكان ولم يعمد بعد الى كراء أو اقتناء مكان غيره.

ويتعين على المكترى أن يواصل طيلة مدة الدعوى أداء الكراء طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل السابق.

الفصل الثالث والثلاثون

ان جميع الدعاوى التي تقام عملاً بهذا الظهير تسقط بمرور مدة سنتين وترفع أمام المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك ما عدا الدعاوى المشار اليها في الفصل الثلاثين من هذا الظهير.

وان جميع الآجال المنصوص عليها في هذا الظهير هي آجال كاملة.

الفصل الرابع والثلاثون

ان المنازعات التي تنشأ حول تطبيق هذا الظهير يرجع النظر فيها الى المحاكم الفرنسية أو الى المحاكم المخزنية³²³ وفقاً لشروط الحق العام غير انها ترفع موقتا الى المحاكم الفرنسية وحدها وذلك الى تاريخ سيعين في قرار وزيري.

الفصل الخامس والثلاثون

ان المكترى الذى يقيم عليه رب الملك دعوى أمام احدى المحاكم المخزنية³²⁴ يطالبه فيها بافراغ الاماكن المكراة له يجب عليه- اذا أراد الانتفاع بمقتضيات هذا الظهير- أن يطلب

322- أنظر هامش الفصل الثلاثون، أعلاه.

323- تم إلغاء جميع النصوص المناهضة لهذا القانون بمقتضى الفصل 8 من القانون رقم 3.64 بتاريخ 22 رمضان 1384 (26 يناير 1965) يتعلق بتوحيد المحاكم؛ الجريدة الرسمية عدد 2727 بتاريخ فاتح شوال 1384 (3 يراير 1965)، ص 208.

324- أنظر هامش الفصل الرابع والثلاثون، أعلاه.

تجديد العقدة فيظرف أجل شهر واحد يبتدى من تاريخ توصله بالاستدعاء الموجه اليه من المحكمة المرفوعة اليها النازلة.

ويشار في الاستدعاء الى أن المكثري يسقط حقه من الانتفاع بما يخوله له هذا الظهير اذا لم يقدم طلب تجديد العقدة فيظرف الاجل المذكور وعند عدم الاشارة الى ذلك في الاستدعاء فان المكثري يبقى متمسكا بحقه.

الجزء السابع – في مقتضيات مختلفة

الفصل السادس والثلاثون

تكون البنود والشروط والاتفاقيات كيفما كانت صورتها باطلة وعديمة المفعول اذا كانت ترمى الى حرمان المكثري من حق تجديد العقدة المؤسس بمقتضى هذا الظهير أو الى الحيلولة دون تطبيق مقتضيات الفصلين الخامس والعشرين والسادس والعشرين.

الفصل السابع والثلاثون

تكون أيضا الاتفاقيات باطلة كيفما كانت صيغتها اذا كان القصد منها منع المكثري المتوفرة فيه الشروط المأمور بها في الفصل الخامس أعلاه من التخلي عن عقدة الكراء لمن اقتنى منه اسمه التجارى أو مؤسسته.

الفصل الثامن والثلاثون

ان افلاس المكثري أو تصفية حساب أعماله التجارية عن طريق العدالة لا تؤدي حتما الى فسخ عقدة كراء الاملاك المخصصة باستغلاله الصناعى أو التجارى أو المهني وتدخل في ذلك الاماكن التابعة لتلك الاملاك والمستعملة لسكنى المكثري أو لسكنى أسرته. وكل شرط مخالف لذلك يعتبر غير مسطر فينص العقدة.

الفصل التاسع والثلاثون

اذا كان العاقد مالكا للملك وللأسم التجارى المستغل فيه وكانت العقدة تتعلق فينفس الوقت بهما معا فعليه أن يدفع للمكثري- وقت خروجه من الملك- تعويضا يناسب ما يعود عليه من فوائد تاتى من الزيادة التي أدخلت اما على الاسم التجارى واما على قيمة كراء الملك ونتجت عن التحسينات التي قام بها المكثري باتفاق صريح مع الملاك المذكور.

الفصل الأربعون

لا تطبق مقتضيات هذا الظهير على العقود المبرمة بشأن الاملاك أو الاماكن التابعة الى الاملاك الخاصة بالدولة الشريفة أو بأشخاص آخرين أو بالجماعات العمومية ان كانت تلك الاملاك أو الاماكن مخصصة بمصلحة عمومية أو كانت عقود كرائها تحوى بندا يستثنىها استثناء صريحا من استعمالها لشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية.

ومهما يكن من أمر فإن مقتضيات هذا الظهير لا تطبق على العقود المبرمة قبل تاريخ نشره والمتعلقة بأموال أو أماكن اقتنيت قبل ذلك عن طريق نزع الملكية.

الفصل الواحد والاربعون

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 15 ذى القعدة 1336 الموافق ل 5 مايو 1928³²⁵ على أصحاب عقود الكراء ممن أشير اليهم في الفصلين الاول والثاني من هذا الظهير وممن لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة بموجب الفصل الخامس المذكور أعلاه.

الجزء الثامن - مقتضيات انتقالية

الفصل الثاني والاربعون

ان مقتضيات هذا الظهير - باستثناء مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث والعشرين- تطبق بموجب الحق على العقود الجارية الآن أو الممتد العمل بها وكذا على الدعاوى المقامة قبل تاريخ نشر هذا الظهير والتي لم تصدر فيشأنها عند هذا التاريخ أحكام أصبحت باتة.

غير أن مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل الثاني والعشرين لا تطبق الا على العقود المبرمة بعد نشر هذا الظهير ولا سيما على العقود المجددة والحالة محل عقود قديمة ولن يعتبر سقوط حق المكترين بمضى المدة ولا ضياعه ولا عدم قبول طلبهم مما كان يجرى عليهم عملا بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الأول 1367 الموافق ل 17 يناير 1948 فيسير الدعاوى الجارية وقت نشر هذا الظهير أمام المحاكم المرفوعة اليها هاته الدعاوى دون الاضطرار الى تقديم طلبات جديدة.

الفصل الثالث والاربعون

ان المكترين المنتفعين بمد أجل عقودهم عملا بما جاء في الظهير الشريف المشار اليه أعلاه والصادر في 19 رمضان 1373 الموافق ل 22 مايو 1954 يسوغ لهم أن يقدموا طلبا خلال أجل تسعين يوما تبتدى من تاريخ نشر هذا الظهير يلتمسون فيه حسب الاحوال اما تجديد العقدة و اما تعويضا من التعويضات المبينة فيا لفصلين العاشر والخامس عشر المذكورين أعلاه اللهم الا اذا تنازلوا عن الانتفاع بمد الاجل المذكور وكان تنازلهم هذا موافقا للشروط المحددة في الفصل الثاني من الظهير الشريف الموما اليه أعلاه.

ويجب أن يحرر الطلب المنصوص عليه في الفقرة السابقة ويوجه الى الملاك طبقا لمقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل السابع من هذا الظهير ثم ان مقتضيات هذا الظهير ولا سيما مقتضيات الفصول الثامن والتاسع والعشرين والثلاثين تطبق وقت درس الطلب اما عن طريق المراضاة واما على يد العدالة.

325- ظهير شريف في اتخاذ أوامر وتدابير وقتية تتعلق بعقود الكراء الراجعة للمساكن وما أشبهها بتاريخ 15 قعدة عام 1346 الموافق 5 مايو سنة 1928؛ الجريدة الرسمية عدد 815 بتاريخ 5 يونيو 1928، ص 1705.

على أن العقود التي تكون موضوع الطلب المشار اليه في الفقرة الاولى من هذا الفصل تبقى أمدھا ممدودا بموجب الحق الى أن يتم اتفاق بالمراضاة أو الى التاريخ المحدد فيقرار المحكمة ان اقتضى الحال ذلك.

واذا وقع تجديد العقدة فيحدد الحاكم تاريخ الشروع في العمل بالعقدة الجديدة ثم يحدد ان اقتضى الحال ذلك مبلغ ثمن الكراء خلال المدة المتراوحة بين تاريخ انتهاء مدة العقدة وتاريخ انتهاء العقدة المجددة.

الفصل الرابع والاربعون

اذا لم يقدم طلب التجديد المنصوص عليه في الفصل الثالث و الاربعين فان العقدة تنقضى بموجب الحق عند انتهاء أجل تسعين يوما من تاريخ نشر هذا الظهير وذلك بغض النظر عن كل بند من بنود العقدة يشار فيه الى الانذار.

الفصل الخامس والاربعون

ان قيام المكتري بحقه في تجديد العقدة يبرئ الملاك من جميع الالتزامات الناجمة عما أبرمه مع الغير أو عما وعد به الغير من عقود.

الفصل السادس والاربعون

ان عدم تنفيذ الاحكام الناتجة عن تطبيق مقتضيات هذا الظهير الانتقالية لا يمكن أن يؤدي الى اقامة أية دعوى أمام المحاكم.

الفصل السابع والاربعون

تلغى مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الأول 1347 الموافق ل 17 يناير 1948 والسلام.

وحرر بالرباط في 2 شوال 1374 الموافق 24 مايو 1955.

الامضاء: محمد المقرري.

اطلع عليه وأذن بنشره

الرباط في 27 مايو 1955

الكوميسير المقيم العام: فرانسيس لاکوست

الفهرس

371.....	ظهير شريف بشأن عقود كراء الاملاك أو الاماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف
379.....	الجزء الاول - ميدان التطبيق
380.....	الجزء الثانى - في تجديد عقدة الكراء
382.....	الجزء الثالث - في رفض تجديد العقدة
388.....	الجزء الرابع - في تولية الكراء
389.....	الجزء الخامس - في ثمن الكراء
390.....	الجزء السادس - في المرافعات
394.....	الجزء السابع - في مقتضيات مختلفة
395.....	الجزء الثامن - مقتضيات انتقالية
397.....	الفهرس

ملحق القوانين الجديدة
الصادرة بعد طبع المؤلف و
المتعلقة ببراء العقارات أو
المحلات المخصصة
للاستعمال التجاري أو
الصناعي أو الحرفي

كراء العقارات والمحلات المخصصة
للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

ظهير شريف رقم 16.99 صادر في 13 من شوال 1437
(18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء

العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي³²⁶

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف – بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا ، أسماء الله وأعز أمره أننا :

بناء على الدستور ولا سيما الفصلين 42 و 50 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 49.16 المتعلق
بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، كما
وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بتطوان في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016).

وقعه بالعطف:

رئيس الحكومة،

الإمضاء: عبد الإله ابن كيران.

³²⁶ -الجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 (11 اغسطس 2016)، ص 5857.

قانون رقم 49.16 يتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

الباب الأول: شروط التطبيق

الفرع الأول: مجال التطبيق

المادة الأولى

أولاً: تطبق مقتضيات هذا القانون على ما يلي:

1. عقود كراء العقارات أو المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري في ملكية تاجر أو حرفي أو صانع؛
2. عقود كراء العقارات أو المحلات الملحقة بالمحل الذي يستغل فيها الأصل التجاري؛
- في حالة تعدد المالكين، فإن ضم استغلال المحل الملحقة بالمحل الأصلي يجب أن يكون بموافقة مالكي العقار الملحق والأصلي؛
3. عقود كراء الأراضي العارية التي شيدت عليها، إما قبل الكراء أو بعده، بنايات لاستغلال أصل تجاري بشرط الموافقة الكتابية للمالك؛
4. عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية، مع مراعاة الاستثناء الوارد في البند الثاني من المادة الثانية بعده.

ثانياً: تسري مقتضيات هذا القانون أيضاً على عقود كراء المحلات الآتي ذكرها:

1. العقارات أو المحلات التي تمارس فيها مؤسسات التعليم الخصوصي نشاطها؛
2. العقارات أو المحلات التي تمارس فيها التعاونيات نشاطاً تجارياً؛
3. العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات والمؤسسات المماثلة لها نشاطها؛
4. العقارات أو المحلات التي يمارس فيها النشاط الصيدلي والمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية وعيادات الفحص بالأشعة.

المادة 2

لا تخضع لمقتضيات هذا القانون:

1. عقود كراء العقارات أو المحلات التي تدخل في نطاق الملك العام للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية؛
2. عقود كراء العقارات أو المحلات التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو في ملك الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية حينما تكون تلك الأملاك مرصودة لمنفعة عامة؛
3. عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الأوقاف ؛
4. عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تبرم بناء على مقرر قضائي أو نتيجة له؛
5. عقود كراء العقارات أو المحلات الموجودة بالمراكز التجارية؛ ويقصد بالمركز التجاري، في مفهوم هذا القانون، كل مجمع تجاري ذي شعار موحد مشيد على عقار مهياً ومستغل بشكل موحد، ويضم بناية واحدة أو عدة بنايات تشتمل على محلات تجارية ذات نشاط واحد أو أنشطة متعددة، وفي ملكية شخص ذاتي أو عدة أشخاص ذاتيين أو شخص اعتباري أو في عدة أشخاص اعتباريين، و يتم تسييره بصورة موحدة إما مباشرة من طرف مالك المركز التجاري أو عن طريق أي شخص يكلفه هذا الأخير.
- ويقصد بالتسيير كل التدابير التي تتخذ لتحسين سمعة وجاذبية المركز التجاري والرفع من عدد زواره كالإشهار أو التنشيط أو التسويق أو ضمان احترام المميزات والخصائص التقنية والهندسية للمركز أو تنظيم ساعات العمل أو الحراسة أو النظافة؛
6. عقود كراء العقارات أو المحلات المتواجدة بالفضاءات المخصصة لاستقبال مشاريع المقاولات التتيتمارس نشاطها بقطاعي الصناعة وتكنولوجيا المعلومات، وكذا جميع الخدمات ذات الصلة، بما في ذلك ترحيل الخدمات، والتي تنجزها الدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية أو المقاولات التي تملك فيها الدولة أو شخص من أشخاص القانون العام مجموع أو أغلبية رأسمالها بهدف دعم وتطوير أنشطة مدرة للدخل ومحدثة لفرص العمل.
7. عقود الكراء الطويل الأمد؛
8. عقود الائتمان الإيجاري العقاري.

الفرع الثاني: شرط الكتابة

المادة 3

تبرم عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوباً بمحرر كتابي ثابت التاريخ.

عند تسليم المحل يجب تحرير بيان بوصف حالة الأماكن يكون حجة بين الأطراف.

الفرع الثالث: شرط المدة

المادة 4

يستفيد المكثري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل.

يعفى المكثري من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، ويجب توثيق المبلغ المالي المدفوع كتابة في عقد الكراء أو في عقد منفصل.

الباب الثاني: الوجيبة الكرائية

المادة 5

تحدد الوجيبة الكرائية للعقارات أو المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، وكذا كافة التحويلات بتراضي الطرفين.

تعتبر هذه التحويلات من مشمولات الوجيبة الكرائية في حالة عدم التنصيص على الطرف الملزم بها.

تطبق على مراجعة الوجيبة الكرائية مقتضيات القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)³²⁷.

الباب الثالث: الحق في تجديد عقد الكراء

الفرع الأول: تجديد عقد الكراء

المادة 6

يكون المكثري محقا في تجديد عقد الكراء متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون، ولا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات والعقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا لمقتضيات المادة 26 بعده، ويعتبر كل شرط مخالف باطلا.

327- القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)؛ الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر) 2007، ص 4061.

الفرع الثاني: التعويض عن إنهاء عقد الكراء

المادة 7

يستحق المكثري تعويضا عن إنهاء عقد الكراء، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون.

يعادل التعويض ما لحق المكثري من ضرر ناجم عن الإفراغ.

يشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكثري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل.

غير أنه يمكن للمكثري أن يثبت أن الضرر الذي لحق المكثري أخف من القيمة المذكورة.

يعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق من شأنه حرمان المكثري من حقه في التعويض عن إنهاء الكراء.

في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 4 أعلاه، لا يمكن أن يقل التعويض عن الإفراغ عن المبلغ المدفوع مقابل الحق في الكراء.

الفرع الثالث: الإعفاء من التعويض

المادة 8

لا يلزم المكثري بأداء أي تعويض للمكثري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:

1. إذا لم يؤد المكثري الوجيبة الكرائية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ توصله بالإندار، وكان مجموع ما بذمته على الأقل ثلاثة أشهر من الكراء؛
2. إذا أحدث المكثري تغييرا بالمحل دون موافقة المكثري بشكل يضر بالبنية ويؤثر على سلامة البناء أو يرفع من احتمالاته، ما عدا إذا عبر المكثري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليها داخل الأجل الممنوح له في الإندار، على أن تتم الأشغال من أجل ذلك، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛
3. إذا قام المكثري بتغيير نشاط أصله التجاري دون موافقة المالك، ما عدا إذا عبر المكثري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليها داخل الأجل الممنوح له، على أن يتم هذا الإرجاع، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛
4. إذا كان المحل آيلا للسقوط، ما لم يثبت المكثري مسؤولية المكثري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا رغم إنذاره بذلك؛
5. إذا هلك المحل موضوع الكراء بفعل المكثري أو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي؛
6. إذا عمد المكثري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء؛

7. إذا فقد الأصل التجاري عنصر الزبناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل.

الباب الرابع: حالات الحق في الرجوع

الفرع الأول: الهدم وإعادة البناء

المادة 9

يحق للمكري المطالبة بالإفراغ لرغبته في هدم المحل وإعادة بنائه، شريطة إثبات تملكه إياه لمدة لا تقل عن سنة من تاريخ الإنذار وأدائه للمكثري تعويضا مؤقتا يوازي كراء ثلاث سنوات مع الاحتفاظ له بحق الرجوع إذا اشتملت البناية الجديدة على محلات معدة لممارسة نشاط مماثل تحدده المحكمة من خلال التصميم المصادق عليه من الجهة الإدارية المختصة، على أن يكون، قدر الإمكان، متطابقا مع المحل السابق والنشاط الممارس فيه.

إضافة إلى التعويض المؤقت المشار إليه في الفقرة أعلاه، يمكن للمحكمة، بناء على طلب المكثري، تحميل المكري جزءا من مصاريف الانتظار طوال مدة البناء لا تقل عن نصفها إذا أثبت المكثري ذلك.

يقصد بمصاريف الانتظار الضرر الحاصل للمكثري دون أن يتجاوز مبلغ الأرباح التيحققها حسب التصريحات الضريبية للسنة المالية المنصرمة، مع الأخذ بعين الاعتبار أجور اليد العاملة والضرائب والرسوم المستحقة خلال مدة حرمانه من المحل.

إذا لم تشتمل البناية الجديدة على المحلات المذكورة، استحق المكثري تعويضا وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه.

تحدد المحكمة تعويضا احتياطيا كاملا وفق المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع.

المادة 10

يتعين على المكري الشروع في البناء داخل أجل شهرين من تاريخ الإفراغ، وفي حالة تعذر ذلك يحق للمكثري الحصول على التعويض وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، ما لم يثبت المكري أن سبب التأخير خارج عن إرادته.

المادة 11

يتعين على المكري أن يشعر المكثري بتاريخ تمكينه من المحل الجديد، والذي يجب ألا يتعدى ثلاث سنوات من تاريخ الإفراغ. ويتعين عليه أن يقوم داخل أجل شهر من تاريخ توصله بشهادة المطابقة المنصوص عليها في المادة 55 من القانون رقم 012.90 المتعلق بالتعمير الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 بتاريخ 15 من ذي الحجة 1412

(17 يونيو 1992)³²⁸ والمسلمة له من طرف الجهة المختصة، بإشعار المكثري بأنه يضع المحل رهن إشارته.

في حالة عدم تسليم المكثري المحل داخل أجل ثلاث سنوات من تاريخ إفراغه، يحق له المطالبة بالتعويض وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، ما لم تكن أسباب التأخير خارجة عن إرادة المكثري.

المادة 12

يلزم المكثري عند تمكينه من المحل بدفع الوجيبة الكرائية القديمة في انتظار تحديد الشروط الجديدة للعقد إما اتفاقاً أو بواسطة المحكمة، مع مراعاة العناصر الجديدة المستحدثة بالمحل دون التقيد بمقتضيات القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي السالف الذكر.

الفرع الثاني: المحلات الآيلة للسقوط

المادة 13

مع مراعاة التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري، يحق للمكثري المطالبة بالإفراغ إذا كان المحل آيلاً للسقوط.

لا يكون المكثري محقاً في الرجوع أو في الحصول على التعويض وفق الفقرات أدناه إلا إذا تم بناء المحل أو إصلاحه داخل أجل ثلاث سنوات الموالية لتاريخ الإفراغ.

يكون المكثري محقاً في الرجوع إلى المحل إذا أعرب عن رغبته في الرجوع أثناء سريان دعوى الإفراغ، وإذا لم يعرب عن رغبته، فإن المكثري يكون ملزماً، تحت طائلة التعويض عن فقدان الأصل التجاري، بإخبار المكثري بتاريخ الشروع في البناء ومطالبتة بالإعراب عن نيته في استعمال حق الرجوع داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التوصل بهذا الإخبار.

يسقط حق المكثري في الرجوع أو في المطالبة بالتعويض إذا انصرم الأجل المشار إليه أعلاه دون التعبير عن نيته في استعمال حقه المذكور.

يختص رئيس المحكمة، بصفته قاضياً للأمر المستعجلة، بصرف النظر عن مقتضيات المخالفة، بالبت في دعوى الإفراغ، وبتحديد تعويض احتياطي كامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع.

³²⁸ - القانون رقم 012.90 المتعلق بالتعمير الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 بتاريخ 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992)؛ الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص 887.

الفرع الثالث: الحق في الأسبقية

المادة 14

- إذا تعدد المكثرون، يكون الحق في الأسبقية في المحلات المعاد بناؤها كالاتي:
1. إذا كانت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات تكفي أو تتسع لجميع المكثرين، فحق الأسبقية يعطى لأقدمهم الذي عبر عن رغبته في خيار الرجوع؛
 2. إذا كانت البناية الجديدة تتوفر على محلات تتجاوز مساحة البناية القديمة، فحق الأسبقية ينحصر في المحلات ذات المساحة المساوية لمساحة المحلات التي كان يستغلها المكثري، أو تكون صالحة لاحتواء اللوازم والنشاط الذي كان يمارسه في المحلات القديمة؛
 3. إذا كانت البناية الجديدة لا تشمل محلات صالحة للنشاط الذي كان المكثري يمارسه، فلهذا الأخير المطالبة بحق الأسبقية في المحلات المعاد بناؤها كي يمارس فيها نشاطا آخر ينسجم مع التهيئة الجديدة للبناء.

المادة 15

- يستحق المكثري التعويض الكامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه:
- إذا لم يتبق في البناية الجديدة محلات أخرى بعد ممارسة حق الأسبقية؛
 - إذا أصبحت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات معدة لأنشطة تجارية أو صناعية أو حرفية لأسباب غير تلك المتعلقة بمقتضيات قانونية أو تنظيمية ذات الصلة بالبناية.

الفرع الرابع: توسيع المحل أو تعليته

المادة 16

- إذا اعتزم المالك توسيع أو تعلية البناية، وكان ذلك لا يتأتى إلا بإفراغ المحل أو المحلات المكراة، فإن الإفراغ المؤقت للمكثري يتم لمدة يحددها المكثري، على أنلا تتعدى سنة واحدة ابتداء من تاريخ الإفراغ.
- يستحق المكثري تعويضا عن مدة إفراغه يساوي الضرر الحاصل له، دون أن يتجاوز مبلغ الأرباح التي يحققها، حسب التصريحات الضريبية للسنة المالية المنصرمة، مع الأخذ بعين الاعتبار أجور اليد العاملة والضرائب والرسوم المستحقة خلال مدة حرمانه من المحل. وفي جميع الحالات يجب أن لا يقل التعويض الشهري عن قيمة السومة الكرائية.
- يمكن تمديد مدة الإفراغ لأجل لا يتعدى سنة بطلب من المكثري.
- لا يحق للمكثري استيفاء الوجيبة الكرائية طيلة مدة الإفراغ.

يجب على المكري إعادة تسليم المحل داخل الأجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، وإلا حق للمكثري المطالبة بالتعويض الكامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، ما لم تكن أسباب التأخير خارجة عن إرادة المكري.

المادة 17

يختص رئيس المحكمة في الطلب الرامي الى الإفراغ وتحديد قيمة التعويض المستحق للمكثري طيلة مدة الإفراغ، كما يبت في طلب تمديد مدة الإفراغ وتحديد التعويض المستحق عن ذلك.

كما يختص بتحديد تعويض احتياطي كامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع.

الفرع الخامس: مقتضيات مشتركة بين الإفراغ للهدم والإفراغ للتوسعة أو التعلية

المادة 18

يتعين على المالك الراغب في إفراغ المحل للهدم وإعادة بنائه أو إفراغه لتوسعته أو لتعليته، الإدلاء برخصة بناء سارية المفعول مسلمة له من الجهة المختصة وبالتصميم المصادق عليه من طرفها.

يعتد برخصة البناء طيلة سريان المسطرة أمام المحكمة، ما لم يثبت المكثري أن الجهة المختصة قد سحبته أو ألغتها.

الباب الخامس: إفراغ السكن الملحق بالمحل

المادة 19

يجوز للمالك المطالبة بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحرفي ليسكن فيه نفسه أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين من الوصية الواجبة، طبقاً لمقتضيات المادة 369 وما يليها من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) كما تم تغييره³²⁹، أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه

³²⁹ - القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418. كما تغييره وتتميمه.

الظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)³³⁰، شريطة إثبات أن الشخص المطلوب الإفراغ لفائدته لا يتوفر على سكن في ملكه أو يتوفر على سكن في ملكه لكنه غير كاف لحاجياته العادية، وفي هذه الحالة يستحق المكثري تعويضا يوازي كراء ثلاث سنوات حسب آخر سومة كرائية للمحل الملحق.

إذا كان المكثري يؤدي سومة كرائية إجمالية تشمل المحل المستعمل للتجارة ومحل السكنى الملحق به، يتم تحديد السومة الكرائية للمحل الملحق باتفاق الطرفين أو باللجوء إلى المحكمة.

يتعين على الشخص المطلوب الإفراغ لفائدته أن يعتمر المحل شخصيا داخل أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ مغادرته من طرف المكثري ولمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ما لم يكن هناك عذر مقبول، وإلا حق للمكثري المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر يوازي كراء ثمانية عشر شهرا حسب قيمة آخر وجيبة كرائية.

المادة 20

لا يجوز للمالك المطالبة بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحرفي في الحالات الآتية:

1. إذا كان من شأن استرجاع المحل أن يحدث مساسا خطيرا باستغلال الأصل التجاري؛
2. إذا تعلق الأمر بملحقات المؤسسات السياحية وأشكال الإيواء السياحي الأخرى، والمصحات والمؤسسات المماثلة لها، ومؤسسات التعليم الخصوصي؛
3. إذا كان المكثري يستعمل جزءا من محل الكراء للسكن لا يمكن الفصل بينه وبين الجزء المستعمل كمحل تجاري أو صناعي أو حرفي، فإنه في هذه الحالة لا يمكن إفراغه من الجزء المستعمل للسكن، دون إفراغه من الجزء المستعمل للتجارة، وذلك وفق مقتضيات هذا القانون.

330- القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 (19 أغسطس 2002)، ص 2362.

الباب السادس: نزع ملكية العقار المستغل فيه أصل تجاري

المادة 21

إذا وقع نزع ملكية عقار يستغل فيه أصل تجاري لأجل المنفعة العامة، تطبق مقتضيات القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982)³³¹.

الباب السابع: ممارسة أنشطة مكاملة أو مرتبطة أو مختلفة

المادة 22

يمكن السماح للمكثري بممارسة نشاط أو أنشطة مكاملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي، متى كانت هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية، وليس من شأنها التأثير على سلامتها، وفي هذه الحالة يجب على المكثري أن يوجه طلبه للمكثري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها.

يجب على المكثري إشعار المكثري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض يمكن للمكثري اللجوء إلى رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة.

لا يجوز للمكثري ممارسة نشاط بالمحل المكثري، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكثري كتابة على ذلك.

المادة 23

يحق للمكثري، في الحالات المشار إليها في المادة السابقة، أن يطالب بتحديد الوجبة الكرائية الجديدة، على أن تسري من تاريخ المطالبة بها قضائيا.

الباب الثامن: الكراء من الباطن

المادة 24

يجوز للمكثري أن يؤجر للغير المحل المكثري كلاً أو بعضاً، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وتبقى العلاقة قائمة بين المكثري والمكثري الأصلي.
لا يكون لهذا الكراء أي أثر تجاه المكثري إلا من تاريخ إخباره به.

³³¹ - القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982)؛ الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص 980. كما تم تغييره وتتميمه.

على المكري الذي أخبر بالكراء من الباطن أن يشعر المكثري الفرعي بكل إجراء يعتزم القيام به تجاه المكثري الأصلي، تحت طائلة عدم مواجهته به. لا يمكن للمكثري الفرعي التمسك بأي حق تجاه المكثري الأصلي، مع مراعاة الفقرة السابقة.

يبقى المكثريان الأصلي والفرعي متضامنين تجاه المكري في جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي.

يحق للمكري، إذا كانت قيمة الكراء من الباطن تفوق قيمة الكراء الأصلي، مراجعة السومة الكرائية إمامتافا أو قضاء، وفي الحالة الأخيرة تراعي المحكمة الفرق بين السومتين دون أن تنقيد بمقتضيات القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي السالف الذكر.

الباب التاسع: تفويت الحق في الكراء

المادة 25

يحق للمكثري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف.

يتعين على كل من المفوت والمفوت له إشعار المكري بهذا التفويت، تحت طائلة عدم سريان آثاره عليه.

لا يمكن مواجهة المكري بهذا التفويت إلا اعتبارا من تاريخ تبليغه إليه، ويبقى المكثري الأصلي مسؤولا تجاه المكري بخصوص الالتزامات السابقة.

لا يحول هذا التفويت دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة تحقق شروط مقتضيات المادة الثامنة من هذا القانون، كما لا يحول دون مواصلة الدعاوى المثارة، طبقا لهذا القانون، والتي كانت جارية قبل تاريخ التفويت.

يتم التفويت بعقد رسمي أو عرفي ثابت التاريخ يتضمن البيانات الواردة في المادة 81 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة³³²، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع، ويجب أن يخضع العقد لإجراءات المنصوص عليها في المواد من 83 إلى 89 من نفس القانون.

يمكن للمكري أن يمارس حق الأفضلية، وذلك باسترجاع المحل المكثري مقابل عرضه لمجموع المبالغ المدفوعة من طرف المشتري أو إيداعه لها، عند الاقتضاء، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه، وإلا سقط حقه.

332- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)؛ الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187. كما تم تغييره وتتميمه.

الباب العاشر: المسطرة

الفرع الأول: دعوى المصادقة على الإنذار

المادة 26

يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكثري إنذاراً، يتضمن وجوباً السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلاً للإفراغ اعتباراً من تاريخ التوصل.

يحدد هذا الأجل في:

- خمسة عشر يوماً إذا كان الطلب مبنياً على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل آيلاً للسقوط؛

- ثلاثة أشهر إذا كان الطلب مبنياً على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي، أو لهدمه وإعادة بنائه، أو توسعته، أو تعليته، أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكثري ببنود العقد.

في حالة عدم استجابة المكثري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداءً من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.

إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقاً باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتباراً من تاريخ تحرير محضر بذلك.

يسقط حق المكري في طلب المصادقة على الإنذار بمرور ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكثري في الإنذار.

غير أنه يجوز للمكري رفع دعوى المصادقة بناءً على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

المادة 27

إذا تبين للجهة القضائية المختصة صحة السبب المبني عليه الإنذار، قضت وفق طلب المكري الرامي إلى المصادقة على الإنذار وإفراغ المكثري، وإلا قضت برفض الطلب.

يجوز للمكثري أن يتقدم بطلب التعويض أثناء سريان دعوى المصادقة على الإنذار.

إذا لم يتقدم المكثري بطلب مقابل للتعويض أثناء سريان هذه الدعوى، فإنه يجوز له أن يرفع دعوى التعويض داخل أجل ستة أشهر من تاريخ تبليغه بالحكم النهائي القاضي بالإفراغ.

لا تتم إجراءات تنفيذ الحكم القاضي بالإفراغ إلا بعد إيداع التعويض المحكوم به. غير أنه ينفذ الحكم القاضي بالإفراغ عندما يتعلق الأمر بالحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة أعلاه.

المادة 28

إذا قضت الجهة القضائية المختصة بإفراغ المكتري مع التعويض، يتعين على المكري إيداع مبلغ التعويض المحكوم به داخل أجل ثلاثة أشهر من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم قابلاً للتنفيذ، وإلا اعتبر متنازلاً عن التنفيذ، ويتحمل حينئذ جميع المصاريف القضائية المترتبة عن هذه المسطرة.

المادة 29

إذا أراد المكري وضع حد لكراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقاً، في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم.

يقصد بالدائن المقيد، الدائن الذي يتوفر على امتياز البائع أورهن على الأصل التجاري.

المادة 30

عندما تقضي المحكمة بالتعويض الكامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، لا يمكن استخلاص المبلغ المحكوم به إلا بعد إدلاء المكري بشهادة مسلمة من كتابة الضبط تثبت خلو الأصل التجاري من كل تقييد.

إذا كان الأصل التجاري مثقلاً بتقييدات، فإن المكري يكون ملزماً بالإدلاء بما يفيد إشعار الدائنين المقيدين بوقوع الإفراغ وبوجود تعويض مستحق له.

يجوز للدائنين المقيدين أن يتعرضوا على أداء ثمن التعويض المودع بكتابة الضبط بتصريح يقدم إليها، داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل بالإشعار المنصوص عليه في الفقرة السابقة، وذلك وفق المسطرة المنصوص عليها في المادة 84 من مدونة التجارة،

لا يستخلص المكري التعويض المحكوم به لفائدته إلا بعد انصرام أجل التعرضات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

يتم توزيع مبلغ التعويض المودع لفائدة المكري وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفصل الرابع من الباب الرابع من الكتاب الثاني من مدونة التجارة.

الفرع الثاني: دعوى الحرمان من حق الرجوع

المادة 31

يحق للمكتري، متى ثبت حرمانه من حق الرجوع المحكوم به في الحالات المنصوص عليها في المواد 9 و13 و17، طلب تنفيذ التعويض الاحتياطي وفق المبلغ الذي سبق الحكم به.

يبقى من حق المكتري، إذا لم يسبق له أن تقدم بطلب تحديد التعويض المذكور، المطالبة به أمام المحكمة المختصة وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، دون التقيد بالأجل المنصوص عليه في المادة 27 من هذا القانون.

الفرع الثالث: استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة

المادة 32

أ) استرجاع المحل من طرف المكري:

يمكن للمكري، في حال توقف المكتري عن أداء الكراء وهجره للمحل المكتري إلى وجهة مجهولة لمدة ستة أشهر، أن يطلب من رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، إصدار أمر بفتح المحل والإذن له باسترجاع حيازته.

يجب أن يكون الطلب المشار إليه أعلاه معززا بعقد الكراء، وبمحضر معاينة واقعة الإغلاق أو الهجر مع تحديد المدة، وبإنداز موجه للمكتري لأداء واجبات الكراء ولو تعذر تبليغه.

يأمر رئيس المحكمة فوراً بإجراء بحث للتأكد من واقعة الإغلاق أو الهجر. يصدر رئيس المحكمة، بناء على الوثائق المدلى بها، أمراً بفتح المحل واسترجاع حيازته، وينفذ هذا الأمر على الأصل.

يقوم المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر وصفي للأشياء والمنقولات الموجودة بالمحل. إذا استمرت غيبة المكتري لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ تنفيذ الأمر الاستعجالي المشار إليه أعلاه، تصبح آثار التنفيذ نهائية، ويترتب عنها فسخ عقد الكراء، وفي هذه الحالة يقوم المكلف بالتنفيذ فوراً ببيع المنقولات الموجودة بالمحل بالمزاد العلني على نفقة المكري وفق قواعد قانون المسطرة المدنية، ويودع الثمن الصافي بكتابة ضبط المحكمة.

ب) إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه:

إذا ظهر المكتري أثناء تنفيذ الأمر المشار إليه أعلاه، تتوقف إجراءات التنفيذ تلقائياً. يمكن للرئيس، في هذه الحالة، أن يحدد للمكتري أجلاً لا يتعدى خمسة عشر يوماً لتسوية مخلف الكراء، تحت طائلة مواصلة إجراءات التنفيذ في حقه.

إذا ظهر المكتري، بعد تنفيذ الأمر القضائي باسترجاع الحيازة، قبل مرور أجل ستة أشهر من تاريخ تنفيذ الأمر المذكور، أمكن له المطالبة، أمام رئيس المحكمة، بصفته قاضياً للأمور المستعجلة، بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، شريطة إثباته أداء ما بذمته من دين الكراء.

إذا أثبت المكتري أنه كان يؤدي الكراء بانتظام، جاز له أن يطالب المكري أمام المحكمة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به بسبب المسطرة التي باشرها المكري ضده، وإذا ظل المحل المكتري فارغا جاز له المطالبة بإرجاعه إليه، ولو بعد انصرام أجل ستة أشهر من تاريخ تنفيذ الأمر القاضي باسترجاع الحيابة.

لفرع الرابع: الشرط الفاسخ

المادة 33

في حالة عدم أداء المكتري لواجبات الكراء لمدة ثلاثة أشهر، يجوز للمكري، كلما تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا، وبعد توجيه إنذار بالأداء يبقى دون جدوى، بعد انصرام أجل 15 يوما من تاريخ التوصل، أن يتقدم بطلب أمام قاضي الأمور المستعجلة، لمعينة تحقق الشرط الفاسخ وإرجاع العقار أو المحل.

الفرع الخامس: مقتضيات عامة

المادة 34

يجب أن تتم الإنذارات والإشعارات وغيرها من الإجراءات، المنجزة في إطار هذا القانون، بواسطة مفوض قضائي أو طبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

المادة 35

تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، غير أنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

المادة 36

تعتبر الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة.

الباب الحادي عشر: مقتضيات ختامية

المادة 37

تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود على عقود الكراء التي لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون، ما لم تخضع لقوانين خاصة.

المادة 38

يدخل هذا القانون حيز التنفيذ بعد انصرام أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وتطبق أحكامه على عقود الكراء الجارية وعلى القضايا غير الجاهزة

للبت فيها دون تجديد للتصرفات والإجراءات والأحكام التي صدرت قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

تخضع الأكرية المبرمة خلافا للمقتضيات الواردة في المادة الثالثة أعلاه، لهذا القانون، ويمكن للأطراف الاتفاق، في أي وقت، على إبرام عقد مطابق لمقتضياته.

تنسخ ابتداء من دخول هذا القانون حيز التنفيذ:

- مقتضيات ظهير 2 شوال 1374 (24 ماي 1955) بشأن عقود كراء الأملاك

أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، كما وقع تغييره وتتميمه؛

- مقتضيات المادة 112 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة.

فهرس

401	قانون رقم 49.16 يتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي
401	الباب الأول: شروط التطبيق
401	الفرع الأول: مجال التطبيق
402	الفرع الثاني: شرط الكتابة
403	الفرع الثالث: شرط المدة
403	الباب الثاني: الوجيبة الكرائية
403	الباب الثالث: الحق في تجديد عقد الكراء
403	الفرع الأول: تجديد عقد الكراء
404	الفرع الثاني: التعويض عن إنهاء عقد الكراء
404	الفرع الثالث: الإعفاء من التعويض
405	الباب الرابع: حالات الحق في الرجوع
405	الفرع الأول: الهدم وإعادة البناء
406	الفرع الثاني: المحلات الآيلة للسقوط
407	الفرع الثالث: الحق في الأسبقية
407	الفرع الرابع: توسيع المحل أو تعليته
408	الفرع الخامس: مقتضيات مشتركة بين الإفراغ للهدم والإفراغ للتوسعة أو التعلية
408	الباب الخامس: إفراغ السكن الملحق بالمحل

410	الباب السادس: نزع ملكية العقار المستغل فيه أصل تجاري
410	الباب السابع: ممارسة أنشطة مكتملة أو مرتبطة أو مختلفة
410	الباب الثامن: الكراء من الباطن
411	الباب التاسع: تفويت الحق في الكراء
412	الباب العاشر: المسطرة
412	الفرع الأول: دعوى المصادقة على الإنذار
413	الفرع الثاني: دعوى الحرمان من حق الرجوع
414	الفرع الثالث: استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة
415	لفرع الرابع: الشرط الفاسخ
415	الفرع الخامس: مقتضيات عامة
415	الباب الحادي عشر: مقتضيات ختامية
416	فهرس

الكراء – استيفاء الوجيبة

**ظهير شريف رقم 1.99.211 صادر في 13 من جمادى الأولى
1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 64.99 المتعلق
باستيفاء الوجيبة الكرائية³³³**

الحمد لله وحده ؛

الطابع الشريف بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا :

بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 26 و 58 منه ؛

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 64.99 المتعلق
باستيفاء الوجيبة الكرائية، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالرباط في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999).

وقعه بالعطف :

الوزير الأول،

الإمضاء : عبد الرحمن يوسف.

333- الجريدة الرسمية عدد 4732 بتاريخ 26 جمادى الآخرة 1420 (07 أكتوبر 1999)، ص 2449.

القانون رقم 64.99 يتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية³³⁴

المادة الأولى

بصرف النظر عن جميع المقتضيات القانونية التي يبقى حق اللجوء إليها قائماً، يطبق هذا القانون على الطلبات الرامية إلى استيفاء وجيبة أكرية الأماكن المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي إذا كانت العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب عقد رسمي أو عقد عرفي يحمل توقيعهما مصادقا عليه أو حكماً نهائياً يحدد السومة الكرائية بينهما.

المادة الثانية

يمكن للمكري في حالة عدم أداء وجيبة الكراء المستحقة أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة الإذن له بتوجيه إنذار بالأداء إلى المكثري.
لا يقبل الطلب إلا إذا كان مرفقاً بإحدى الحجج المشار إليها في المادة الأولى.

المادة الثالثة

يجب أن يتضمن الإنذار تحت طائلة عدم القبول :

1. أسماء الطرفين كما هي مبينة في المستندات المشار إليها في المادة الأولى ؛
2. عنوان المكري ؛
3. عنوان المحل المكروى وعند الاقتضاء موطن أو محل إقامة المكثري ؛
4. قدر السومة الكرائية ؛
5. المدة المستحقة ؛
6. مجموع ما بذمة المكثري من المبالغ الكرائية ؛
7. تضمين الإنذار حق المكري في اللجوء إلى مسطرة المصادقة على الإنذار في حالة عدم الأداء داخل الأجل المحدد.

334-تظل المقتضيات الخاصة بالأماكن المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الواردة في هذا القانون سارية المفعول، وذلك بمقتضى المادة 75 من القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.111 بتاريخ 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص7328.

المادة الرابعة

يحدد الإنذار للمكثري أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما لتسديد ما بذمته من المبالغ الكرائية، ويبتدئ هذا الأجل من يوم تبليغ الإنذار.

المادة الخامسة

يمكن للمكثري في حالة عدم أداء المكثري لوجيبات الكراء المحددة في الإنذار كلها أو جزء منها، أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة التصديق على الإنذار والأمر بالأداء.

المادة السادسة

يصدر الرئيس أو من ينوب عنه بأصل الطلب أمرا بالتصديق على الإنذار والأمر بالأداء خلال 48 ساعة من تسجيله، اعتمادا على محضر التبليغ، وعلى المستندات والبيانات المشار إليها في المادة الأولى والثالثة والرابعة.

ينفذ هذا الأمر على الأصل ولا يقبل أي طعن عادي أو غير عادي.

المادة السابعة

لا يقبل رفض طلب التصديق أي طعن عادي أو غير عادي ولا تكون له أية حجية.

المادة الثامن

يحق للمكثري في حالة رفض الطلب المطالبة باستيفاء وجيبة الكراء طبقا للقواعد العامة.

للمكثري عند قبول الطلب أن يرفع النزاع أمام المحكمة الابتدائية الخاصة طبقا لنفس القواعد.

يمكن لهذه المحكمة، بصفة استثنائية، أن تأمر بوقف التنفيذ بحكم معلل، بناء على طلب مستقل في هذا الشأن.

المادة التاسعة

يحق للمكثري أن يطلب الحكم له بتعويض عن الضرر يتراوح بين شهرين وستة أشهر من وجيبة الكراء، بصرف النظر عن المتابعات الجنائية المحتملة ضد المكثري إذا ثبت أنه توصل بالمبالغ المستحقة وواصل بسوء نية مسطرة الأمر بالتصديق على الإنذار بالأداء.

المادة العاشرة

ينشر هذا القانون بالجريدة الرسمية ويسري العمل به ابتداء من تاريخ نشره.

كيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى
أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي

ظهير شريف رقم 1.07.134 صادر في 19 من ذي القعدة
1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 07.03 المتعلق
بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو
الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي³³⁵

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف - بداخله:

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماه الله وأعز أمره أننا:

بناء على الدستور ولا سيما الفصلين 42 و 50 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 07.03 المتعلق
بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو
الصناعي أو الحرفي ، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بكلميم في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007).

وقعه بالعطف :

الوزير الأول،

الإمضاء : عباس الفاسي.

335- الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر) 2007، ص 4061.

قانون رقم 07.03 يتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكن أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي³³⁶

المادة الأولى

يحق المكري والمكثري الاتفاق على تحديد ثمن الكراء وشروط مراجعته ونسبة الرفع من قيمته أو تخفيضها وذلك سواء تعلق الكراء بمحل معد للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

المادة الثانية

لا يجوز الاتفاق على رفع ثمن الكراء خلال مدة تقل عن ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية، أو الاتفاق على زيادة تتعدى النسب المقررة في هذا القانون.

المادة الثالثة

إذا لم يقع بين الطرفين اتفاق على شروط مراجعة ثمن الكراء ونسبة الرفع من قيمته أمكن مراجعته بعد مرور كل ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاتفاق على الثمن أو من تاريخ مراجعته بين الأطراف مباشرة، أو من التاريخ الذي حددته المحكمة لآخر مراجعة وذلك طبقاً للنسب المقررة في هذا القانون.

المادة الرابعة

تحدد نسبة الزيادة في ثمن الكراء كما يلي :

- 8% بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى ؛

- 10% بالنسبة لباقي المحلات .

336- تظل المقترحات الواردة في القانون رقم 07.03 المتعلقة بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.134 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، سارية المفعول فقط بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وذلك بمقتضى المادة 75 من القانون رقم 67.12 المتعلقة بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.111 بتاريخ 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص7328.

المادة الخامسة

يمكن للمحكمة تحديد نسبة الزيادة في ثمن الكراء بما لها من سلطة تقديرية ودون التقيد بالنسبتين المذكورتين في المادة الرابعة أعلاه إذا كان ثمن الكراء لا يتجاوز أربعمئة درهم شهريا على أن لا يتعدى نسبة الزيادة المحكوم بها 50 %.

المادة السادسة

يمكن للمكتري المطالبة بتخفيض ثمن الكراء إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و 661 من قانون الالتزامات والعقود.

المادة السابعة

يجري العمل بالوجيبة الكرائية الجديدة ابتداء من تاريخ المطالبة القضائية. إذا عبر المكري عن رغبته في مراجعة ثمن الكراء بتوجيه إنذار للمكتري، فإن سريان الوجيبة الكرائية الجديدة يبتدئ من تاريخ التوصل بالإنذار، شريطة رفع الدعوى داخل أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ التوصل.

المادة الثامنة

تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في المنازعات المتعلقة بمراجعة واستيفاء الزيادة في أثمان الكراء سواء المنصوص عليها في العقد أو المقررة قانونا والمتعلقة بالمحلات المشار إليها في المادة الأولى من هذه القانون. يقضي الحكم المقر للزيادة في ثمن الكراء باستيفاء المبلغ المستحق اعتبارا من تاريخ سريان الزيادة إلى تاريخ تنفيذ الحكم. يمكن استئناف الحكم الصادر في هذه القضايا داخل أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التبليغ.

لا يوقف أجل الاستئناف والاستئناف نفسه تنفيذ الأحكام الصادرة في نطاق المادة الرابعة أعلاه، غير أنه يمكن لمحكمة الاستئناف أن توقف التنفيذ بقرار معلل وبناء على طلب مستقل.

المادة التاسعة

لا يسري هذا القانون إلا على الدعاوى المسجلة بعد نشره بالجريدة الرسمية.

المادة العاشرة

تلغى جميع مقتضيات المخالفة لهذا القانون والمتعلقة بمراجعة ثمن الكراء.

الدليل العملي وقواعد العقار غير المحفظ

الحيازة . الاستحقاق . الملكيات . تعارض الحجج . القسمة

السلسلة الخامسة

السنة 1999

الحيازة

الحيازة :

التعريف:

هي كون الشيء بيد الحائز يتعرف فيه .

الفرق بين الحيازة والحوز والتحويز :

1 . الحوز :

هو وضع اليد على الشيء سواء إذن المالك بوضع اليد أم لا .

2 . التحويز :

هو الإذن من المالك بوضع الحائز اليد على الشيء.

مدة الحيازة :

من شروط الحيازة أن تطول عشر سنين مع حضور المدعي وسكوته بلا مانع طول

المدة.

أمد الحيازة بين الأقارب:

أمد الحيازة التقادم بين الأقارب 40 سنة ما دام لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة.

أمد الحيازة بين الأجنبي غير الشريك:

إن دعوى الاستحقاق لا يمكن سماعها ولا قبول البينة المؤيدة لها بعد مرور عشر

سنين عن حوز وتصرف الأجنبي غير الشريك مع حضور القائم بها وسكوته بلا مانع

طول المدة.

أجل دعوى الحيازة وطبيعته.

ترفع دعوى الحيازة خلال أجل السنة من تاريخ وقوع الفعل الذي أخل بها.
ويعد الأجل المذكور أجل سقوط لا أمد لتقدم فلا تعتريه أسباب الانقطاع.

حيازة الأجنبي :

لا يحق للأجنبي غير المواطن المغربي أن يملك العقار إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك لهذا فإن حيازته للعقار لا تفيد وإن طالّت لذا فإن حيازة الأجنبي لا تكسب ملكية العقار داخل المغرب إلا إذا كانت مقرونة بالشراء والترخيص من الجهات المختصة.
الفرق بين الحيازة المكسبة للملك بمرور عشرة أشهر والحيازة المكسبة للملك بمرور مدة تتنوع حسب نوع التصرف وقرب الحائز وغير القرب من القائم وأنواع الحيازة الطويلة والعقارات التي لا تكتسب ملكيتها بالحيازة .

1. الحيازة المثبتة لأصل الملك:

هذه الحيازة لا تثبت الملك للحائز إلا مع توفر شروط الملك.
والحيازة المثبتة للملك لا تنفع الحائز إلا فيما جهل أصله لمن هو هذا الملك قبل وضع الحائز يده عليه وحيازته من طرفه يكفي حيازة عشرة أشهر.
وهذه الحيازة تتصور في أرض الموات.

الحيازة الطويلة وتسمى الحيازة القاطعة لحجة القائم :

تنفع هذه الحيازة الحائز فيما علم أصله من العقار وجهل مدخله لهذا العقار فلا يدري هل دخل لهذا العقار بوجه ينقل الملكية كالكراء والوديعة فإذا ظهر وجه المدخل وكان هذا الوجه لا ينقل الملكية للحائز فالحيازة هنا لا تكسب الحائز أية ملكية للعقار المحوز ولو طالّت.

ولشروط الحيازة القاطعة لحجة القائم هي :

أ . الحوز بوجه شرعي.

ب . التصرف ومدته : تصرف المدة المعتبرة شرعا وهذه المدة تختلف باختلاف علاقة القائم مع الحائز .

ج . حضور القائم أي المدعي : يشترط لوجود الحيابة القاطعة لحجة القائم أن يكون هذا الأخير طيلة مدة الحيابة حاضرا بالبلد.

د . علم القائم أي المدعي : يكون المدعي عالما بكون العقار المحوز ملكه وعالما أيضا بحيابة المدعى عليه لهذا العقار.

هـ . السكوت : إذا سكت القائم بالدعوى عن منازعة الحائز ولم يخاصمه في شأنه أمام القضاء.

وانعدام العذر الشرعي : الذي يمنع القائم من منازعة الحائز أثناء مدة الحيابة والأعذار هي :

أولا : الحجز .

السفه والصغر .

ثانيا : سلطة الحائز وجبروته.

التي كان يتصف بها أثناء مدة الحيابة .

ثالثا : غياب شهود للقائم أو حجته أو الجهل بأحدهما.

رابعا : الغيبة البعيدة .

خامسا : العجز البدني مع عدم وجود المال للتوكيل.

العقارات التي لا تكتسب ملكيتها بالحيابة:

هناك عقارات لا يكتسب فيها الحائز أية ملكية وهي :

أولا : الأملاك المحفظة الفصل 63 من ظهير 12 . 8 . 1913 المغير والمتمم رقم

07 . 14 ظهير 22/11/2011.

ثانيا : الأملاك الجماعية الفصل 4 من ظهير 1919 .

ثالثا: أراضي الأحباس الكبرى والصغرى الأحباس الكبرى : هي عموم الأوقاف الأحباس الصغرى : الحبس المعقب طبقا للفصل 378 من قانون الالتزامات والعقود.

رابعا: الأملاك المخزنية عامة كانت أو خاصة .

خامسا: أراضي الكيش.

أنواع الحيازة:

تتنوع الحيازة حسب نوع التصرف وقرابة المدعي من الحائز أو عدم قرابته منه.

1. حيازة الأجنبي غير الشريك:

إذا حاز أجنبي عن القائم عقارات غير محفظ وتوفرت لديه شروط الحيازة وهي الحضور والسكوت والعلم وعدم المانع من القيام بالدعوى وادعى القائم أن العقار المحوز ملك له ولم يدعي هذا القائم إن الحائز شريك فيه أو ادعى الشركة ولم يثبتها فإن هذا الحائز يكتسب ملكية العقار المحوز إذا مرت على حيازته وتصرفه على الأقل ما سنوات وكان تصرفه بالسكنى إذا كان العقار دارا أو بالاستثمار إذا كان العقار دكانا أو بالزراعة والرعي إذا كان العقار أرضا فلاحية .

يقول صاحب التحفة :

و الأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق.

وانقطعت حجة مدعيه.

مع الحضور عن خصام فيه.

إلا إذا أثبت حوزا بالكراء.

أو ما يضاهيه فلن يعتبر.

والحيازة يجب أن تكون بوجه شرعي لا باغتصاب وتعدي لأن الغاصب لا يكتسب ملكية العقار المحوز ولو طالت حيازته يحكم عليه برد الأصل وغلله ابتداء من يوم التصرف.

يقول صاحب التحفة:

وغاصب يغرم ما استغله :

من كل شيء ويرد أصله.

والجائز يكتسب ملكية العقار إذا جهل وجه مدخله للعقار أما إذا علم وجه مدخله للعقار وكان هذا الوجه لا ينقل الملكية كالإسكان لوجه الله والوديعة فإن حيازة من علم وجه مدخله بشيء لا ينقل الملكية لا تكسبه هذه الحيازة ملكية العقار المحوز .

2 . حيازة الأجنبي الشريك:

إن حاز أجنبي عقارا غير محفظ وكان هذا الحائز شريكا للقائم فإن حيازته ولو طالت كثيرا لا تكسبه ملكية العقار المحوز إلا إذا هدم البناء لغير إصلاح وغرس الأشجار الكثيرة وقطع منها الكثير والقائم حاضر بالبلد فإن حيازته مع الهدم والبناء وقطع الأشجار مدة عشر سنين تكسبه ملكية العقار المحوز .

يقول الشيخ خليل:

كشريك أجنبي حاز فيها .

إن هدم و بنى .

3 . حيازة الأقارب بجميع أنواعهم :

إذا حازوا وتصرفوا في عقار ما والقائم حاضر ساكت وتوفرت لدى الحائز منهم شروط الحيازة فإن حيازة أي منهم تكتسب الحائز ملكية العقار المحوز إذا دامت هذه الحيازة مدة تفوق أربعين سنة ما لم تكن بينهم عداوة ومشاجرة ومعنى المشاجرة أي عدم التسامح فيما بينهم فإذا كانوا كذلك فهم كالأجانب في خصوص المدة فيكفي عشر سنين وهذا الحكم ينطبق على جميع أفراد هذا النوع سواء كان هذا التصرف بأقوى الأشياء كالهدم والبناء وغرس الأشجار وقطعها أو كان بأضعف وجوه الحيازة كزراعة الأرض واستغلال الدار للسكنى ونحوها واعتماد الدكان للتجارة .

يقول صاحب التحفة:

- والأقربون حوزهم مختلف .
- بحسب اعتمارهم يختلف .
- فإن يكن بمثل سكنى الدار .
- والزرع الأرض والاعتمار .
- فهو بما يجوز الأربعين .
- وذو تشاجر كالأبعدين .

4 . حيازة الأب على ابنه والعكس .

إذا حاز أب عقار ابنه أو بنته أو حاز هذا الولد عقارا مملوكا لأبيه وطالت الحيازة في الحالتين معا فإن الحيازة هنا إذا كانت بأضعف الأشياء : كالزراعة والرعي وما إلى ذلك فإنها لا تكسب الحائز ملكية العقار المحوز ولو طالت .

أما إذا كانت بأقوى الأشياء كالهدم والبناء وغرس الأشجار وقطعها فإنه تنفع الحائز في الحالتين معا وتكسبه ملكية العقار المحوز إذا طالت جدا حدها الأدنى 60 سنة إذا وقع الحكم للحائز فهل يحكم عليه باليمين أم لا الجواب اختلف الفقهاء .

الرأي الأول: إن الحيازة بمثابة شاهد عرفي واحد فيحكم معها على الحائز باليمين

المكاملة.

الرأي الثاني: الحيازة القاطعة بحجة القائم بمثابة شاهدين اثنين خلال يمين معها .

ومحو الخلاف هو أن الشاهد العرفي يعتبر بمثابة شاهدين اثنين فلا يمين معه أو بمثابة شاهد واحد فلا بد من اليمين والحيازة معتبرة عند الفقهاء شاهدا عرفي إلا أن القول المعمول به قضاء هو أن الحيازة إذا حكم لصاحبها فلا يمين عليه .

أحكام الحيازة :

يتفرع عن أحكام الحيازة حالات :

الحالة الأولى: ادعاء التبرع أو الشراء من طرف الحائز المدعى عليه .

إذا طلب المدعي القائم في مقاله المدعى عليه بأن يحكم عليه بتسليمه العقار الذي بيده فادعى في جوابه المدعى عليه أنه أي المدعي تبرع عليه به بصدقة أو بهبة أو ادعى أنه اشتراه منه فهل يكلف هذا المدعى عليه بإثبات ما ادعاه من تبرع أم شراء أم لا .

الجواب :

* إذا مرت عليه أي الحائز مدة الحيازة والعقار بيده فإن المدعى عليه يكفيهِ الادعاء التبرع أو الشراء وعليه أن يثبت الحيازة.
وإذا حكم له فإنه يحكم عليه باليمين اتفاقاً بحلفها على أنه اشترى من المدعي المدعى فيه أو على أنه تصدق به عليه .

* إذا لم يثبت الحيازة وظل متمسكاً بدعوى التبرع أو الشراء فعليه أن يثبت التبرع أو الشراء وإن لم يثبت شيئاً من ذلك حكم عليه لفائدة المدعي باستحقاق ما ادعاه وعلى المدعي لرد دعوى التبرع أو الشراء اليمين.

* في خصوص التبرع إذا ادعى المدعي بأن المدعى عليه تبرع عليه بعقار ما ولم يثبت المدعي هذا التبرع بأية حجة فإنه لا يحكم على المدعى عليه باليمين لنفي التبرع إلا إذا كان المدعى فيه تحت حيازته .

يقول صاحب التحفة :

ولليمين أيما أعمال فيما يكون.

من دعاوى المال

إلا بما عد من التبرع ما لم يكن.

في الحال عند المدعي.

إذا أثبت الحائز الحيازة يكفيهِ الادعاء الشراء والتبرع ولا يكلف بدليل كتابي لإثبات ما يدعيه.

أما إذا لم يثبت شروط الحيازة للمدعى فيه فعليه أن يثبت ما ادعاه من تبرع أو شراء بدليل كتابي فإن أثبتته فالأمر واضح وإن لم يثبتته حلف القائم واستحق ما يدعيه فإن نكل

حلف الحائز المدعى عليه واستحق أيضا وإن نكل حلف الحائز المدعى عليه واستحق أيضا وإن نكل هذا الأخير فنكوله يعد تصديقا للناكل الأول وهو المدعى ويستحق أيضا وهذا ما يسمى النكول بالنكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

الحالة الثانية :

ادعاء الإقالة من طرف الحائز :

الإقالة هي رجوع المتابعين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد. فإذا باع شخص عقارا غير محفظ لشخص آخر ولم يتسلمه المشتري من البائع وبقي هذا الأخير حائزا له طيلة مدة الحياة المعتبرة شرعا ولما طالبه المشتري بالتسليم ادعى البائع الإقالة .

القاعدة الفقهية هي أنه يكفي ادعاءه الإقالة دون إثباتها بدليل مكتوب إذا أثبت الحياة بشروطها ويحلف هذا الحائز البائع على وجود الإقالة مع شروط الحياة .

يقول صاحب التحفة.

أو يكن مدعيا إقالة :

فمع يمينه له المقالة.

فإذا لم يثبت الحياة بشروطها كان عليه أن يثبت بدليل مكتوب الإقالة ولا يكفي الادعاء فإن أثبتتها بالدليل فالأمر واضح وإلا حلف القائم على نفي الإقالة على قاعدة النكول.

قواعد :

* إن حياة الطاعن غير عاملة في الرهوني كلما علم الأصل لا تنفع الحائز فيه طول المدة.

* الحياة التي لا تعتبر أصلا بين الأقارب هي التي تكون بين الأب وابنه أما بين الأقارب الآخرين فهي عاملة وهي عشر سنين إذا كان بينهم تشاجر وإلا فأربعون سنة سواء كانوا شركاء أم لا

وفي هذا يقول المنصف:

والأقربون حوزهم مختلف إلى أن قال: فهو لا يجيز الأربعين.

وذو تشاجر كالأبعدين .

* مدة الحيازة ليست واحدة في الفقه الإسلامي الواجب التطبيق فقد تكون عشرة أشهر وقد تكون عشرة سنوات وقد تمتد إلى أزيد من ذلك حسب الأحوال ووفقا للتفصيلات الواردة في كتب الفقه.

لهذا فإن الإجمال في بيان مدة الحيازة ، واقتصار الشهود على القول بأنها مدة تزيد على أمد الحيازة المعتبرة شرعا يعد عيبا في الرسم ،
* إذا ثبت وجه مدخل الحائز للعقار بما لا ينقل الملكية فإن حيازته لا تكسبه الملك وإن طال .

* إذا ادعى المدعى عليه أن الحيازة كانت على وجه الشراء مدة تفوق مدة الحيازة الطويلة الأمد المكسبة للملكية صدق في ادعائه الشراء مع يمينه .
يقول صاحب التحفة :

واليمين له إن ادعى الشراء
منه معلمة.

قواعد قضائية عملية في العقار :

قرار المجلس الأعلى عدد : 3365 المؤرخ في : 2002/10/30

ملف عقاري عدد : 2002/1/1/1958

الترجيح بين البيّنات

■ يعد الإستفسار من أسباب الترجيح بين البيّنات لأنه يقوم مقام التزكية.

قرار المجلس الأعلى عدد : 753 المؤرخ في : 2003/03/13

ملف عقاري عدد : 2002/4/1/1750

الترجيح بين البيئات

■ إن المقصود بقدّم التاريخ المعتبر في ترجيح البيئة الموجبة للملك هو قدّم الحيازة والتصرف المشهود بهما للمالك على الوجه الموجب للملك وليس تاريخ تحرير البيئة.

قرار المجلس الأعلى عدد : 731 المؤرخ في : 2002/02/27

ملف عقاري عدد : 97/6/1/1130

شفعة عدم الجواب على دفع

■ عدم جواب المحكمة على دفع الطاعن - المشتري المتمثل في كونه شريكا على الشياح يترك له نصيبه ولو لم يطالبه بمقال يجعل الحكم مشوبا بعيب عدم الجواب عن دفع المنزل منزلة انعدام التعليل.

قرار المجلس الأعلى عدد : 894 المؤرخ في : 2003/03/20

ملف عقاري عدد : 2002/4/1/1233

أجل الشفعة

يحدد أجل الشفعة بالنسبة للشفيع الحاضر الذي يدعي عدم العلم في أربعة أعوام من تاريخ البيع لكفايتها في حصول العلم للشريك بظهور شريك جديد معه ولا يصدق فيما زاد عليها استنادا إلى ما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية وفي طليعتهم ابن عبد الحكم ابن المواز والياجي وابن رشد والفشتالي.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2737 المؤرخ في :/...../.....

ملفء عقاري عدد : 2000/4/1/2657

تحديد المدعى عليه

تقديم الدعوى في مواجهة المشفوع منه بحضور التابعين له لا يعتبر معه هذين الأخيرين المدعى عليهما لكونهما غير مطالبين لا بالشفعة ولا بالتخلي ولا بغيرهما لذلك فإن تطبيق الفصل 14 من ق.م.م للقول بأن المدعى قدم دعواه في مواجهة شخصين لا يجمعهما سند مشترك هو تطبيق في غير محله.

قرار المجلس الأعلى عدد : 476 المؤرخ في : 2003/03/20

ملفء عقاري عدد : 2002/2/1/2256

التعويض عن الإستغلال

■ جواب المحكمة على دفع الطاعن بأن طلب التعويض عن الإستغلال لا يكون مبررا إلا بعد توجيه إنذار بالعلة التالية : " يتعين اعتبار تاريخ تقديم مقال افتتاح الدعوى تاريخ مطالبة المستأنف عليه للمستأنف بالإفراغ وتاريخ توصل هذا الأخير بنسخة من عريضة هذه الدعوى هو تاريخ التوصل بالإشعار بالإفراغ" يجعل قرارها محالا ومرتكزا على أساس.

قرار المجلس الأعلى عدد : 524 المؤرخ في : 2003/02/20

ملفء عقاري عدد : 02/4/1/65

أجل دعوى استرداد الحيازة

■ إن أجل السنة المحدد لرفع دعوى استرداد الحيازة يبتدىء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالإدانة من أجل الفعل المخل بالحيازة.

قرار المجلس الأعلى عدد : 435 المؤرخ في : 2003/02/06

ملفء عقاري عدد : 02/4/1/946

دعوى الإستحقاق

إن المدعي عليه في دعوى الإستحقاق يكفيه التمسك بالحوز والملك ولا يكلف ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة مستجمة لشروط الملك والمنصوص عليها في قول خليل " وصحة الملك بالتصرف، وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم ".
قرار المجلس الأعلى عدد : 244 المؤرخ في : 2003/01/22

ملف عقاري عدد : 2002/2/1/662

إشهاد العدلين بالآتمية

■ إشهاد العدلين بآتمية البائع يعني سلامة عقله وصحة إدراكه وتمييزه، وبالتالي فإنه لا يمكن إثبات عكس ذلك إلا عن طريق الطعن بالزور من البيئة التي تشهد بذلك.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2994 المؤرخ في : 2002/10/02

ملف عقاري عدد : 2002/1/1/800

الطعن في رسم الملكية

■ عدم جواب المحكمة على ما أبداه الطاعن من طعون منسوبة على الملكية من كونها تفتقر لبعض شروط الملك من تصرف هادئ وعدم المنازع مدعما ذلك بقرار استئنافي وبوثائق إدارية تتعلق ببنائه لأرض النزاع و بكرائه للغير، يجعل حكمها مشوبا بعيب عدم التعليل.

قرار المجلس الأعلى عدد : 1289 المؤرخ في : 2002/04/10

ملف عقاري عدد : 2001/4/1/2774

تجريح شهود الملكية

■ عدم جواب المحكمة على دفع الطالب بأن له عداوة مع بعض شهود الملكية المدلى به من طرف

المطلوب مؤيدا دفعه بحكمين جنحيين يجعل حكمها مشوبا
بعبب عدم الجواب عن دفع المنزل منزلة انعدام التعليل.

قرار المجلس الأعلى عدد : 1324 المؤرخ في : 2002/04/11

ملفء عقاري عدد : 2000/2/3/1847

دعوى التخلي في ملك مشاع

• للمالكين على الشياع الحق في المطالبة بالتخلي
عن الشيء المشاع المعتدى عليه من طرف الغير دون أن
يكونوا ملزمين بتعيين نصيب كل واحد منهم في ذلك
المشاع، ما دام أنهم تقدموا جميعهم بطلب التخلي عنه.

قرار المجلس الأعلى عدد : 194 المؤرخ في : 2002/03/13

ملفء عقاري عدد : 99/1/2/534

قسمة - استئناف

• لا يوجد أي نص قانوني يوجب على المحكوم
عليه بإجراء قسمة توجيه استئنافه ضد محكوم عليه آخر،
وإنما هو ملزم بتوجيهه ضد الطرف المحكوم لفائدته.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2638 المؤرخ في : 2002/07/24

ملفء عقاري عدد : 2002/1/1/77

حجية الأشرية المجردة المدعمة بالحيازة

• إذا كانت القاعدة الفقهية تقضي بأن الأشرية
المجردة لا ينزع بهما الملك من يد حائزه، فإن الأشرية
المذكورة تكون عاملة إذا كانت مدعمة بالحيازة.

قرار المجلس الأعلى عدد : 125 المؤرخ في : 2003/03/27

ملفء عقاري عدد : 01/1/2/290

حجية تقرير الخبرة

■ لما اعتبرت المحكمة الموجب اللفيقي متوفرا على شروطه ومثبتا لما يدعيه الطالبون ثم دحضته باستثناء بعض القطع الأرضية من القسمة اعتمادا فقط على تقرير الخبرة الذي لا حجية له إلا في المسائل التقنية ودون أن تلجئ إلى وسائل التحقيق الأخرى المقررة قانونا لتتأكد من عدم وجود تلك القطع قبل أن تقضي باستثنائها تكون قد جعلت قضائها منعدم الأساس.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2679 المؤرخ في : 2002/07/25

ملف عقاري عدد : 2000/2/9/1457

حجية الأثرية المجردة

■ اعتماد المحكمة في قضائها بالتخلي عن نصف العقار المدعى فيه على عقد شراء مجرد يجعل قرارها غير مرتكز على أساس قانوني لقول التاودي في شرح التحفة : "تقرر أن رسوم الأثرية بمجرد لها لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد حائز"

قرار المجلس الأعلى عدد : 657 المؤرخ في : 2002/09/25

ملف عقاري عدد : 99/1/2/6

الحوز في الهبة

■ يتعين على الموهوب له عند وقوع نزاع في الحيابة إقامة لدليل على تصرفه فيما وقع التبرع به عليه تصرفا يدل على بسط يده عليه بالحرث والغرس أو البناء أو نحو ذلك، يقول صاحب العمل الفاسي : "وعن معاينة حوز يكفي**عقد كراء ونحوه في الوقف" والمحكمة حينما صرحت بأن العدلين نصا في رسم الهبة بأن الموهوب لها حازت الهبة حوزا تاما عيانا بما تحاز به الأجزاء المشاعة، و أن شهود اللفيق شهدوا لهما بالحيابة تكون قد ركزت قضاءها على أساس.

قرار المجلس الأعلى عدد : 423 المؤرخ في : 2003/02/06

ملف عقاري عدد : 2002/4/1/281

قاعدة التحقيق المميز للمدعى فيه

■ من شروط المدعى فيه أن يكون محققا ومبيناً لقول المتحف : " والمدعى فيه له شرطان تحقق الدعوى مع البيان "

■ لما أثار الطاعن عن عدم انطباق حدود المدعى فيه لما يحوزه، و أدلى اثباتاً بذلك بالموجب عدد 728 المؤرخ في 99/07/19، فقد كان على المحكمة أن تتأكد قبل البث في الدعوى من انطباق حجج المطلوبين على المدعى فيه حتى لا تخرق قاعدة التحقيق المميز للمدعى فيه.

قرار المجلس الأعلى عدد : 374 المؤرخ في : 2001/03/16

ملف عقاري عدد : 99/1/4/371

ملك غابوي - دعوى استحقاق

■ استناداً لحكم القاضي باستحقاق المدعي للمدعى فيه على إفادة الخبير بأن المدعى فيه لا يدخل ضمن الملك الغابوي دون وقوفه على مستندات الإدارة للتأكد مما إذا كان المدعى فيه من مشمولات الملك الغابوي أم لا يجعل إفادته مجردة وتخمينية لا يمكن الارتكاز عليها.

قرار المجلس الأعلى عدد : 367 المؤرخ في : 2001/03/15

ملف عقاري عدد : 98/1/5/898

التحديد الإداري للملك الغابوي

■ عدم جواب المحكمة على دفع الدولة المغربية بكون الأرض موضوع مطلب التحفيظ تابعة للملك الغابوي

الذي بوشر تحديده إداريا تنفيذا للمرسوم رقم 2-84-321 الصادر بتاريخ 9-10-1984 يجعل حكمها ناقص التعليق.

قرار المجلس الأعلى عدد : 208 المؤرخ في : 2003/01/21

ملف عقاري عدد : 2002/1/1/2359

تعرض

■ في حالة إثبات المتعرض لموضوع تعرضه فيجب على الطالب أن يبين وجه مدخله وسبب تملكه لموضوع مطلبه.

قرار المجلس الأعلى عدد : 3607 المؤرخ في : 2002/11/26

ملف عقاري عدد : 2002/1/1/2211

■ بمقتضى الفصل 7 من ظهير 1963 فإن مدير المكتب الوطني للسكك الحديدية إنما يحتاج إلى الإذن من المجلس الإداري في حالة مباشرة إقامة الدعاوى القضائية من طرفه.

■ إن الالتجاء إلى المحافظ بشأن طلب تسجيل حق عيني قبل إقامة الدعوة إنما هو إجراء اختاري لا يترتب عن عدم احترامه عدم قبول الدعوى.

قرار المجلس الأعلى عدد : 3821 المؤرخ في : 2002/12/18

ملف عقاري عدد : 97/6/1/1019

رسم عقاري

■ ما دام أن العبرة بالنسبة للعقار المحفظ هي بما هو مدون على الرسم العقاري، فإن الطالب كمدع للقسمة غير ملزم بالإدلاء بما يفيد كون باقي المحبس عليهم الغير المسجلين على الرسم العقاري غير موجودين.

قرار المجلس الأعلى عدد : 1116 المؤرخ في : 2000/03/14

ملف عقاري عدد : 95/9/1/2309

▪ إن من شروط إثبات الملك النسبة، كما جاء في العمل الفاسي، و أن التنصيب على ذكر النسبة في الوثيقة سواء كانت علمية أو استرعائية لازم،

▪ تخلف إحدى الوارثات عن المقاسمة يبطل القسمة لعدم حضور جميع من له الحق في المقسوم.

قرار المجلس الأعلى عدد : 5202 المؤرخ في : 1998/07/30

ملفء عقاري عدد : 95/9/1/1966

▪ إن موضوع النزاع هو استحقاق المدعى للمدعى فيه، والمحكمة عندما ردت تلك الدعوى مع يمين المدعى عليه باعتبار أن حجة المدعي - التي هي رسم الشراء المجرد عن أصل التملك ناقصة عن درجة الإعتبار، تكون قد طبقت تطبيقاً سليماً القاعدة الفقهية : "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

قرار المجلس الأعلى عدد : 2997 المؤرخ في : 2002/10/02

ملفء عقاري عدد : 97/6/1/1128

▪ إن المطالبة باستحقاق الكل مع الادلاء بما يثبت استحقاق الجزء، يستوجب الحكم باستحقاق هذا الجزء.

قرار المجلس الأعلى عدد : 3567 المؤرخ في : 2002/11/20

ملفء عقاري عدد : 2002/4/1/209

▪ إن أجل الشفعة بالنسبة لدعواها المرتبطة بالإستحقاق لا يبدأ إلا من تاريخ الحكم بهذا الإستحقاق.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2819 المؤرخ في : 2002/09/18

ملفء عقاري عدد : 2001/4/1/2985

▪ سحب الطالب لمبلغ العرض العيني المعروض عليه من طرف المطلوب جعل قبوله يتحد بإيجاب المطلوب وتمت بذلك الشفعة مما له يبقى معه للمطلوب كصاحب حق في الشفعة أي مبرر لاسترجاع مبلغ العرض العيني.

قرار المجلس الأعلى عدد : 564 المؤرخ في : 2002/02/13

ملف عقاري عدد : 2000/2/1/178

□ عدم تسجيل رسم المخرجة لمدعى وقوعها بين الطرفين على الرسم العقاري يجعله عديم الأثر القانونية بين طرفيه مما يعتبر معه العقار مشتركاً شياً بين الطرفين المتنازعين الفصل 67 من ظهير التحفيظ 1913-08-12

قرار المجلس الأعلى عدد : 603 المؤرخ في : 2003/02/27

ملف عقاري عدد : 02/4/1/1639

□ إن الدعوى تهدف إلى الإستحقاق المنزل المحجوز استناداً إلى عقد الهبة المستدل به والذي يشترط لنفاذه وقوع الحوز قبل حصول المانع من موت أو فلس وأن الحوز لا يثبت إلا بمعاينة البيئة له أو بأي إجراء قاطع آخر ولا يكفي فيه اعتراف الواهب بحصوله طبق لما هو مقرر في المشهور من الفقه.

قرار المجلس الأعلى عدد : 3727 المؤرخ في : 2002/12/11

ملف عقاري عدد : 96/6/1/2035

□ إن الشريك لا يتحقق معناه إلا بوجود حظه المثبت لشركته شياً في المطلوب شفيعته.... وإذا ثبت أن المبيع هو جميع المدعى فيه لا جزءاً مشاعاً منه فلا شفعة.

قرار المجلس الأعلى عدد : 207 المؤرخ في : 2002/03/14

ملف عقاري عدد : 97/1/2/143

□ إن المحكمة حين استبعدت عقد الشراء... رغم كونه حجة بين عاقيه وورثتهما واعتمدت على شهادة المحافظ التي تشير إلى طلب تحفيظ الملك وإلى تعرض موروث المطلوبين عليه، واعتبرتها حجة على ملكية موروث المطلوبين لواجبه المفوت تكون بنت قضائها على غير أساس صحيح وعرفته للنقض.

قرار المجلس الأعلى عدد : 3990 المؤرخ في : 2001/11/15

ملف محاري عدد : 2000/2/7/2017

■ إنه طبقاً لمبدأ حجية الأمر المقضى به جنائياً بالنسبة للمدني، يتعين على المحكمة أن تبث في النزاع وفق ما هو ثابت من وقائع القرار الجزري المعتمد عليه، لا أن تتجاوزهُ إلى القول باسترداد حيازة القطع الأرضية الأخرى

قرار المجلس الأعلى عدد : 717 المؤرخ في : 2001/07/04

ملف محاري عدد : 97/1/2/71

■ من المقرر فقها وقضاء أنه يشترط في صحة التبرع بدار السكنى إثبات الحيازة وإفراغ المتبرع للدار المتبرع بها من شخصه ومن شواغله و أمتعته، وأن لا يعود إليها مدة عام قبل حصول مانع من وفاة أو إفلاس...

قرار المجلس الأعلى عدد : 328 المؤرخ في : 2002/05/02

ملف شرعي عدد : 2001/2/2/486

■ لأن كان تقدير الأدلة وتقييمها يرجع للمحكمة، فإن ذلك منوط بأن تبرر ما انتهت إليه بأسباب سائغة.

قرار المجلس الأعلى عدد : 802 المؤرخ في : 2000/10/09

ملف اجتماعي عدد : 2000/1/2/75

■ القدر الموصى به حدد في الثلث من متخلف الهالك في العقار وغيره للحفدة الموجودين وغير الموجودين للذكر مثل حظ الأنثيين،
■ عدم تحديد عدد الموصى لهم لا تأثرله على دعوى القسمة ما داموا ممثلين في الدعوى بصفتهم موصى لهم.

قرار المجلس الأعلى عدد : 42 المؤرخ في : 2000/01/20

ملف شرعي عدد : 96/1/2/192

■ من الثابت فقها أن الورثة ليسوا مسؤولين عن ديون الهالك
مادام أنه لم يثبت أنه خلف متروكا لتقضى به ديونه على نسبة
ما حازه كل واحد من الورثة في نصيبه.
أن من تمسك بالحيازة بناء على عقد ناقل للملكية من القائم، فالقول قوله بيمينه للقول
المتحف:

ويحلف القائم واليمين له إن ادعى الشراء منه معمله،

القرار عدد 8-403

بتاريخ 2014-10-14

في الملف المدني رقم 2014-8-1-2105

قواعد دعوى الاستحقاق

إن دعوى الاستحقاق تقع على من بيده الشيء إذا أجاب المدعى عليه في دعوى الاستحقاق أولاً بالحوز والملك ثم أدلى فيما بعد برسم الشراء لا يعتبر فعله هذا تناقضا وانتقالا من دعوى إلى أخرى بل إنه بيان لوجه المدخل.

دعوى الاستحقاق يجب توجيهها ضد من بيده الشيء.

على المدعي بالاستحقاق أن يثبت دعواه أما المدعى عليه الحائز فيكفيه أن يدفع بقوله حوزي وملكي ولا يكلف بالإثبات ما لم يثبت المدعي تملكه فيكون عليه في هذه الحالة أن يثبت وجه مدخله.

إذا عجز المدعي عن الإثبات حلف المدعى عليه الحائز وبقي الشيء بيده.

من ادعى استحقاق شيء أنكره المدعى عليه ، عليه إثباته بكيفية مستوفية للشروط الشرعية التي لیتجلى بها الملك.

القول قول من بيده الشيء المتنازع فيه مع يمينه.

التحفة:

و اليد مع مجرد الدعوى وقال والقول قول ذي يد منفرد إذا انفرد أحد بوضع اليد عليه كان له وحده مع يمينه.

يحكم بسقوط الدعوى إذا عجز المدعي عن تأييدها بالحجة التي تثبتها بالفعل .

لامية الزقاق :

نعم إن تم ما قد تأجلا

به الشخص مع عجز عن النفع عجزنا

التحفة :

والمدعي مطالب بالبينة .

وحالة العموم فيه بينة .

والمدعى عليه باليمين.

في عجز مدع عن التبيين.

لامية الزقاق :

وإن وقع الإنكار أعذر وطالبين.

ببينة ثم اليمين إن أهلا.

التحفة :

ولليمين أيما أعمال.

فيما يكون من دعاوى المال.

إذا تناقض مقال المدعي مع حجته يوجب بطلان الدعوى لأن كل ما أدلى برسم فهو

قائل به .

البهجة :

إن من اختلف قوله واضطرب.

مقاله سقطت دعواه وبينته.

المعيار :

من تناقض كلامه فلا حجة له .

من ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي بيده فلا يكلف أن يذكر من

أين صار له ذلك ولا بأي وجه تملكه وعلى المدعي إثبات تملكه .

إذا عجز المدعي عن الإتيان بالحجة يحكم على المدعى عليه باليمين لقوله "ص"

البينة على المدعي واليمين على من أنكر .

التحفة :

والمدعى عليه باليمين.

في عجز مدع عن التبيين .

قواعد

دعوى الاستحقاق قابلة للتجزئة ولا مانع فيها من توجيهها من بعض الورثة دون آخرين ليس هناك ما يمنع من إقامة دعوى استحقاقية والتخلي عن مسطرة الدعوى الحيازية حتى ولو فسرها المدعي حسب مفهوم الفصلين 168 و 169 من قانون المسطرة المدنية .

إن المشتري الذي تقام عليه الدعوى في شأن استحقاق المبيع يتعين عليه إشعار البائع بها ليواجهها لما يراه حتى لتعمل هذا البائع الضمان الواجب عليه بمقتضى القانون إذا أقيمت عليه الدعوى ولم يشعر بها للبائع له واختيار مواجهتها بنفسه سقط حقه في الرجوع على البائع له وتحمل هو نتيجة ما يقتضي به في هذه الدعوى طبقا لمقتضى الفصل 537 من قانون الالتزامات والعقود.

الملكية التي يشهد شهودها بالتملك والتصرف من غير منازع ولا معارض لا تعتبر مجرد لائحة شهود.

في موضوع الملكية يجب تطبيق قواعد الفقه الإسلامي وليس قواعد القانون المدني.

إن رسوم الأشرية المجردة من تملك البائع لا تفيد الملك ولا تدل عليه لقول صاحب العمل: لا توجب الملك رسوم الأشرية .

الملكيات

شروط صحة الملكيات :

الملكية لا تكون مقبولة في الإثبات إلا إذا توفرت فيها شروط صحة وهي :

أولا : اليد .

يشهد الشهود في الملكية بأن المدعى فيه موجود بيد المشهود له وتحت حيازة قبل

مدة النزاع أما أثناء مدة النزاع فوضع اليد لا ينفع .

ثانيا : النسبة .

شهود الملكية يشهدون أن المشهود له ينسب المشهود فيه لنفسه والناس ينسبونهم إليه

ثالثا : طول المدة .

شهود الملكية يشهدون بكون المشهود له يحوز المشهود فيه مدة عشرة أشهر لا أقل

لأن حقه ما جهل أصله يكفي لاستحقاقه عشرة أشهر على الأقل .

أما ما عرف أصله وجعل مدخل الحائز إليه فإن المدة المكتسبة فيه للملك تختلف .

بالنسبة لأجنبي (10) سنين .

وبالنسبة للأقارب 40 سنة .

رابعا : التصرف .

المشهود له يتصرف في المشهود فيه كالمالك بالهدم والبناء والحرث والغرس .

خامسا : عدم المنازع والمعارض .

المشهود له يتصرف في المشهود فيه دون منازع أو معارض طيلة المدة المذكورة في

وثيقة الملك،

سادسا : عدم العلم بالناقل الشرعي لملكية المدعى فيه .

الشهود يشهدون بنفي علمهم بكون المشهود فيه لا زال ملكا للمشهود له ولم ينقله

لغيره ببيع أو هبة، وما إلى ذلك من وجوه النقل للملك .

يقول الزقاق في لاميته :

يد نسبة طول كعشرة أشهر .

وفعل بلا خصم بها الملك يجتلى .

وهل عدم التفويت في علمهم كمال

أم صحة للحي للميت ذا اجعلا.

يقول الشيخ خليل :

وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع و حوز طال كعشرة أشهر.

اللفيف

شهود دون النصاب إعماله .

الإراثة تؤول إلى المال فإن نصف اللفيف يعد بمثابة عدل واحد وشهادة العدل الواحد

يعمل بها في المال أو ما يؤول إلى المال مع يمين المدعي.

اللفيف غير المستفسر :

تبطل شهادة اللفيف بعدم استفسارها أو بتجريح بعض شهودها أو بإنكار البعض من

شهودها لشهادتهم وكذلك إذا تعارضت لفيفيتان ولا مرجح لأحدهما على الأخرى الأصل لبقاء

ما كان على ما كان ويبقى المتنازع فيه بيد المدعى عليهم مع يمينهم طبق إنكارهم.

القول قول من بيده الشيء المتنازع فيه.

التحفة :

واليد مع مجرد الدعوى قال شراحها : يكون الحوز هنا كالشاهد يحلف معه ويقضي

له باستمرار الملك، والحوز وعدم التعدي.

التحفة :

والقول قول ذي يد منفرد.

حاشية الوزاني :

إن كان المتنازع فيه تحت يد واحد منهما فالقول له بيمينه لزيادته بالحوز.

تصبح اللفيفة صحيحة باستفسارها قبل تمام مدته التي هي ستة أشهر.

رسم الملكية المستفسر المتوفر على الشروط المعتبرة شرعا يكون صحيحا وعاملا
ضد مجرد دعوى الحوز والملك.

في البهجة:

يكون القول لذي اليد المنفرد بها إن لم تكن للآخر بينة الملك وإلا قدمت على مجرد
الدعوى الحوز إذا لم يستند إلى شراء أو إرث أو وصية فلا يلتفت إليه .
رسوم الأشرية لا تفيد الملك ولا تنفع في الاستحقاق إلا مع اتصال الحوز بها واليد
شاهدة لها كما قال العلامة السجلماسي .

لدى قول صاحب العمل : لا توجب الملك رسوم الأشرية .

قواعد في التداعي

يجب على من ادعى حقا لميت أو عليه أن يثبت موته ويدلي بإراثته كما يجب عليه
ما دام يطالب بالحق كله لنفسه ولبقية الورثة أن يدلي بوكالات شركائه في ذلك الحق وإلا
فلا تسمع دعواه .

إذا أجاب المدعى عليه بأن العقار موضوع النزاع اشتراه من موروث المدعي فإن
ذلك يفيد إقراره بملكية موروث المدعي للمدعى فيه ولا يكلف هذا الأخير بإثبات الملك.

خليل :

أو وهبته لي أو بعته ، أي إقرار بتلك المدعي ودعوى هبته أو بيعه .

تعارض الحجج وأسباب الترجيح

مستند العلم في البينة قد يكون :

أ . المعاينة.

ب . أو المجارة المخالطة.

أولا :

عند تعارض البينتين ترجح ما كان مستفد العلم فيها المعاينة على ما كان مستفد العلم فيها المجاورة والمخالطة.

ثانيا :

إذا كانت حجج الطرفين متساويين تعين إسقاطهما معا وعدم العمل بأي واحدة منهما مع إبقاء الشيء بيد الحائز .

ثالثا :

عند تعارض الحجة المستصحية مع الحجة الناقلة ترجح الحجة الناقلة على المستصحية.

قاعدة الاستصحاب : من مات على حق فلوارثه إلى أن يثبت العكس .

رابعا :

الحجة المثبتة مقدمة على الحجة النافية .

خامسة :

بينة ثبوت الملك مقدمة على بينة ثبوت الحوز .

البهجة :

إنما يكون القول لذي اليد .

المنفرد بها إن لم تكن للآخر بينة .

الملك وإلا قدمت على مجرد اليد .

مختصر الشيخ خليل :

وبالمالك على الحوز .

سادسا :

تكون بينة ستة من اللفيف وعدل وأصل مقدمة على بينة اللفيف المحضة لزيادة العدالة في ذات العدل مع اللفيف الستة.

سابعا :

تكون اليد إحدى المرجحات عند تعارض البينتين وعدم وجود مرجح غير اليد.

الشيخ خليل :

ويبد إن لم ترجح بينة بلة .

البهجة :

وهو لمن أقام فيه البينة أي ذو اليد عند تساوي البينات .

ثامنا :

شهادة العدلين تقدم على شهادة عدل واحد.

تاسعا :

قدم التاريخ ويعني قدم تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ تحرير البينات فإذا شهدت بينة بأن فلان تعرف منذ أربع وأربعين سنة وأخرى شهدت بأن خصمه تصرف منذ أربعين سنة فإن الأولى مرجحة بقدمها .

عاشرا :

الملكية التي بينت السبب ترجح على الملكية الخالية منه بسبب التملك قد يكون الشراء ، الإرث ، سبب التملك.

القسمة

في دعوى القسمة : يجب على الوارث إدخال جميع الورثة وإلا فلا تسمع دعواه .

إذا طلب المدعي إنهاء حالة الشياح وتبين للمحكمة أن الشيء غير قابل للقسمة العينية التجأت تلقائيا إلى إنهاء الشياح عن طريق التصفية دون ضرورة تقديم طلب صريح بذلك .

في القسمة البتية : للتركة يجب أن تشمل الدعوى جميع الورثة ومن واجب المحكمة أن تثير ذلك تلقائيا ولو لم يتمسك به الأطراف لأن تنفيذ الحكم بالقسمة بين البعض سيؤدي إلى ضياع حقوق الباقيين .

ولا يؤمر بالقسمة القضائية إذا كانت ملكية الشركاء للشيء المشاع موضوع نزاع .

طلب قسمة عقار

إذا كان هناك ارتباط بين دعوى القسمة وطلب الشفعة يجب إيقاف البث في دعوى القسمة إلى حين البث في دعوى الشفعة .

والارتباط المقصود هو الارتباط القانوني لكي تستجيب المحكمة لطلب وقف البث في إحداها إلى أن يقع الفصل في الأخرى أو لطلب ضمها إلى الأخرى للبث فيهما معا بحكم واحد وهذا الارتباط يتجلى في وجود صلة وثيقة بين دعوى القسمة وطلب الشفعة والقسمة الاستغلالية بين الورثة لا تزيل الشياح ومن يدع القسمة الاستغلالية يكون قد اعترف بالشياح.

قواعد القسمة

يجبر الشريك على قسمة المال المشاع قسمة بتية ولا يجبر على قسمته قسمة استغلالية أو بالتناوب ما ورد في الفصل 966 من قانون الالتزام والعقود يفيد أن التناوب في الاستغلال يتم عن طريق التراضي ولا يمكن الإجبار عليها قضاءا .

لا يقضي بالقسمة إلا بعد إثبات الموجبات الشرعية لها عملا بقول المتصف:

وحيث كان القسم للقضاة فبعد إثبات الموجبات .

إذا رفع الوصي أو الورثة أمرا للقاضي ليقسم بينهم فإنه لا يقسم بينهم حتى يثبتوا أصل الملك للموروث واستمراره بيده وحيازته وإثبات الموت وعدة الورثة .
يجب على المحكمة التي تقضي بالقسمة أن تبين أنصبة الشركاء في المال المشاع ولا يجوز لها تعليق حكمها في ذلك على ما هو مسجل في الرسم العقاري لأنها تكون قد قضت في مجهول وهو غير جائز .

قواعد الشفعة

1 . يحق لكل شريك أن يشفع بنسبة حصته ، فإذا امتنع غيره كان عليه أن يأخذ الجميع حتى تتجزأ الشفعة ويجب عليه في هذه الحالة أن لم يكن قد عرض كامل الثمن كما لو كان هو وحده الذي مارس حق الشفعة أن يعرض بقية كامل ثمن الحصة خلال أجل الثلاثة أيام.

2 . العقار الذي لا زال في طور التحفيظ يخضع لأحكام الفقه المالكي دعوى الشفعة في العقار غير المحفظ لا يشترط فيها العرض والإيداع .
3 . لطالب الشفعة الحق في الأخذ من أي المشتري عند وقوع التفويت والأداء بالثمن الذي أخذ به.

للمشفع اختيار المشتري الأول وعرض الثمن عليه.

شفعة تعدد المشتري لتفويت .

4 . إعلام المشتري الثاني الشريك الشفيع بشرائه لا يقيد هذا الأخير بأجل ثلاثة أيام لممارسة حق الشفعة ضد المشتري الأول.

طلبات الشفعة والعرض العيني والإيداع التي يجريها الشفيع داخل السنة من تاريخ تسجيل البيع الأول بالرسم العقاري رغم إعلام المشتري الثاني إياه بشرائه تعتبر كقبوله.

5 . إذا قدمت دعوى طلب الشفعة داخل الأجل المنصوص عليه في الفقه الجاري به العمل وانتهت بعدم القبول فإن أجلا جديدا لممارسة حق الشفعة يبتدئ من تاريخ صدور الحكم المذكور.

6 . المنصوص عليه فقها أن الشفعة لا تتجزأ إلا مع رضى المشفوع منه وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي بما نصه إذا وجبت الشفعة لجماعة اقتسموا المشفوع على قدر حصصهم وإن سلم بعضهم فلا ضرر أخذ الجميع أو تركه وليس له أن يأخذ نصيبه إلا إذا أباحه له المشتري.

وهو ما أكد عليه التسولي في شرحه لابن عاصم .

و الشقص لاثنتين فأعلى مشتري يمنع أن يأخذ منه ما يرى

وإن كان ما اشتري صفقة وما في صفقات ما يشاء التزما .

7 . شهادة القنصلية المغربية في أمريكا فإن هذه الشهادة تعتبر عاملة ولا مجرد لفيف على فرض أن الشفيع كان يحضر إلى المغرب من حين لآخر فإن حضوره لا يستلزم علمه بالبيع .

فقد نص الفقهاء على أنه إذا ادعى الشفيع أنه رأى المشفوع منه يتصرف ولم يعلم بأن تصرفه كان على وجه الشراء فإنه يصدق إلا أن يكون تصرفه بالبناء والهدم وقطع الأشجار مما لا يقوم به إلا المالك.

8 - الشفعة

إنكار العلم يصدق الحاضر بيمينه إن قام داخل أربع سنوات .

خليل: وصدق إن أنكر علمه.

إن هذا النص خاص بالحاضر ومن في حكمه.

وإن اعتماده للقضاء بشفعة بيعه منذ 15 سنة يشكل شررا كبيرا للمشتري إذ يبعد إلا يجعل العلم بظهور شريك جديد في العقار المشاع طوال هذه المدة سيما في العصر الحاضر.

وتحقيقاً للعدالة يتعين حصر مدة القيام بالنسبة للشفيع الحاضر في أربع سنوات وهي مدة كافية للحصول العلم بظهور شريك جديد.

وهو ما قال به جماعة من أقطاب فقهاء المالكية وفي طليعتهم ابن عبد الحكيم وابن المواز واقتصر عليه الباجي وابن رشد والفشتالي.

لهذا ينبغي القول بتقييد قول خليل : وصدق أن أنكر علمه بما أجمع عليه هؤلاء المجتهدون بحيث يقضي للقائم بيمينه إن طلب الشفعة خارجة سنة البيع وداخل أربع سنوات .

9 - إذا وقعت الإقالة بين البائع والمشتري بأن أرجع كل الطرفين إلى الآخر من كان قد قبضه منه بعد أن كان الشفيع قد مارس حقه في الشفعة فإن الإقالة تكون باطلة ولا أثر لها على الشفعة من يد المشتري.

إذ أنه وإن كانت الإقالة تعتبر بيعاً جديداً عند الإمام مالك فإن المشتري الذي قبلها بعد طلب الشفعة يعتبر قد هرب من العهدة. وتكون المحكمة قد تجنبت الصواب كما ردت دعوى الشفعة بعلّة أنه يجب إدخال البائع فيها .

10 - اليمين المحكوم بها على صحة ثمن الشراء بعقد كتابي هي من مستلزمات الشفعة في العقار وليست بيمين خاصة تحتاج إلى توكيل خاص. ادعاء العلم بالبيع يحتاج إلى إثبات سكوت الشريك الأقرب درجة عن المطالبة بالشفعة لا يمنع من هو بعده في الدرجة من المطالبة بها ويجوز لمن أراد الاشتراك مع الشفيع أن يتقدم للمطالبة بنصيبه لقول بن عاصم :

والشركاء للشفيع واجبا - أن يشفعوا معه بقدر الأنصبا .

11 - دفع المدعى عليه في الشفعة بأن الشفيع قد أجرى القسمة من الشركاء يتضمن إقراراً له بملكيته على الشياع ولا يكلف بإثبات هذا الشرط ما ادعاه القسمة فعليه هو عبء وإلا استحق الشفعة .

12 - القانون الذي يعطي للشريك عل الشياح الحق في أن يحل محل المشتري في استحقاق الحصة المبيعة بواسطة الشفعة هو الذي يعطي لهذا الشريك الحق في أن يطالب المشتري بتسجيل شرائه على الرسم العقاري حتى يتمكن بدوره من تسجيل الاستحقاق بالشفعة.

تكون المحكمة قد خرقت القانون لما رفضت طل تسجيل الشراء بدعوى أنه لا يوجد في القانون ما يلزم المشتري بذلك.

13 - إذا ثبت الشياح فالأصل هو الاستصحاب وبقاء الاشتراك إلى أن تثبت القسمة الباتة ، وما عللت به المحكمة قضاءها لرفض دعوى الشفعة من وجود القسمة لا يستقيم مع كون الأمر يتعلق بقطع أرض متعددة يرجع أصل تملكها لموروث واحد فهي جميعها تكون مثقالا مشتركا فإذا كان بعضها في تصرف بعض الورثة فإن ذلك في مقابل وجود البعض الآخر في تصرف وارث آخر.

14 - الشفعة أجل العلم.

بالنسبة للعقار الغير المحفظ فإن أجل سقوط الشفعة هو سنة من تاريخ العلم .
يثبت العلم بالبيع المسقط للشفعة بحضور مجلس العقد أو بالإقرار أو بأية قرينة قوية تقيد.

وإن المحكمة لما استنتجت وجود العلم بالبيع من واقعة حضور الطاعنة من غيبتها ومن توكيلها لأخيها في قبض واجبها إرثا من أمها وهي قرائن لا تقيد العالم بالبيع وف المنصوص عليه فقها يكون قضاؤها غير مرتكز على أساس ويتعرض بالتالي قرارها للنقض.

15 - رفض العرض العيني لا أثر له على قبول طل الشفعة.

16 - إن أجل الثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل 174 من ق.ل.ع لا يختلط بالآجال المنصوص عليها في الفصل 32 من ظهير 2 يونيه 1915، ويتعلق فقط بحالة امتناع أحد المالكين على الشياح من شفعة حصته مع تمسك باقي الشركاء بحقهم في الشفعة.

17 - إن حق الشفعة بالنسبة للأموال المحفظة يسقط حسب الأحوال بانصرام مختلف الآجال المنصوص عليها في الفصلين 21 و 32 من ظهير 2.6.1915 فقط ولأنه من الثابت أن المدعي عليه قيد الشراء بتاريخ 22/03/1976 وأن المدعي قدم طلبا بعروضه بتاريخ 22/3/1976 أي داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في الفصل 32 وأن المحكمة عندما طبقت الفصل 974 من ق.ل.ع تكون قد خرقت القانون.

18 - إن المستشفع الذي لم يحترم أجل 3 أيام المنصوص عليها في الفصل 974 من ق.ل.ع لأدائه أو إيداعه ثمن العقد ولوازمه، يكون طلبه غير متوفر على مقتضيات القانونية ، مما يجعله مرتكز على أساس.

19 - إن التاريخ الذي يتعين اعتباره لمعرفة ما إذا كان التعبير والإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة وقع خلال السنة أم لا هو تاريخ تقديم الطلب إلى مصلحة التبليغات بعد موافقة رئيس المحكمة عليه لا تاريخ تقديم طلب الإذن بالتبليغ إلى رئيس المحكمة ولا تاريخ موافقته عليه.

إذا كان للشفيع الخيار في الأخذ بأي بيع يشاء إذا تعددت البيوع فإنه حسبما هو مقرر فقها في شروح مختصر الشيخ خليل لدى قوله في باب الشفعة : " وأخذ بأي بيع " كان يجب على الشفيع الذي اختار الشفعة من يد الأخوين أن يعرض ثمن ما اشترياه مع صوائر شرائهما لا عليها بل على المشتريين لأنهما المستحقان له بعد أن أديا ثمن شرائهما للبايعين لهما.

20 - يقتضي عرض الثمن على المشفوع منه أن يتضمن عقد الشراء ثمن الجهة المبيعة فإذا انعدم المحل ارتفع حكم النص معه، لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب حين رفضت دعوى الشفعة بعلّة عدم عرض الثمن دون أن تثبت في الطلب المتعلق بإثبات صورية عقد الهبة المبرم مع المشفوع عنه والقول بأنه عقد بيع حقيقي طبقا لما نص عليه صاحب التحفة بقوله :

و من له الشفعة مهما يدعي بيعا لشخص حيز بالترع

ادعاء فعلية البيئة وخصمه يمينه معينة

21 - القسمة الاستغلالية بين الورثة لا تزيل الشياح ومن يدع القسمة الاستغلالية

يكون قد اعترف بالشياح كشرط حق الشفعة.

22 - لما كان من الثابت أن دعوى الشفعة قدمت والعقار لا زال في طور التحفيظ

فإن القانون الواجب التطبيق هو أحكام الفقه المالكي التي لا توجب لممارسة حق الشفعة والمصاريف على المشتري والتي تظل واجبة التطبيق دون اعتبار لما آل إليه العقار من كونه أصبح محفظا بالفعل.

23 - جواب المدعي عليه بأن الشفيع لم يعد مالكا يتضمن إقراراً ضمناً لمليته

عملاً لقول خليل : أو وهبته أو بعته بإقرار من المدعي عليه ، وعليه أن يثبت البيع أو الهبة فالجواب بأن المدعي لم يعد مالكا للشخص لا يخرج عن الأمرين :: البيع أو الهبة وهو المكلف بإثبات هذا الادعاء وأن المحكمة لما قضت بعكس ذلك تكون قد بنت قضاءها على غير أساس.

24 - فبالنسبة للعقار المحفظ فإن ممارسة حق الشفعة التي يجب أن تقع داخل

الأجل القانوني لا تتم بإقامة دعوى الاستحقاق ولا بمجرد طلب الترخيص بعرض الثمن بالفعل على ذمة المشفوع منه.

يعد إيداع الثمن داخل الأجل ركناً لممارسة حق الشفعة لا يغني عنه أي إجراء آخر،

أجل الشفعة ، أجل سقوط الأمد تقادم لا تعتريه أسباب التوقف ولا الانقطاع .

على فرض أن تبليغ الشراء لم يتضمن الثمن والمصاريف فإن وقائع الدعوى تفيد أن

الشفيع كان أثناء سريان الأجل على علم تام بذلك.

25 - الزوجة وارثة بالفرض كالبنات الباتة لها حق الأولوية بالشفعة على الأخ

لقول المختصر: ودخل الأخص على غيره كالذي سهم على وارث.

26 - كل شريك في الملك يشتري جزءاً من العقار يصبح مشاركاً في ممارسة الأخذ

بالشفعة كغيره من الشركاء يقدر الحصة التي كان يملكها قبل الشراء ف 29 من ق. العقاري

إن حقوق الأولوية في ممارسة الشفعة يبقى العمل بها بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الفصل 30 من نفس القانون. وعليه لئن كانت القاعدة التي تعطي المشفوع منه الحق في أن يشاركوا الشفعاء في ممارسة الشفعة كل بقدر حصته فإن القاعدة الثانية تعطي للشفعة حق الأولوية في أخذ جميع الحصة.

وتكون المحكمة على صواب لما قضت للمطلوبين بشفعة جميع الحصة المبيعة باعتبار أنهم أقارب للبائعة نسبا بخلاف المشفوع منه الذي هو أجنبي عنها نسبا ، خليل وقدم مشاركة في السهم وإن كأخ لأب أخذت سدسها ودخل على غيره كدي سهم على وارث ووارث على موصي لهم ثم الوارث ثم الأجنبي .

27 - لما كان الطاعن قد أثبت أمام قضاء الموضوع أن الملك الذي يطلب شفعة الحصة المبيعة منه هو ملك لموروثه وموروث البائعين وادعى المشفوع منه اختصاص البائعين به دون بيان وجه الاختصاص من قسمة أو مخارجة أو غيره من أسباب نقل الملكية فإن المحكمة التي أهملت صحة الطاعن المؤيدة بالأصل الذي هو الاستصحاب واستمرار حالة الشيع وأعملت جهة الخصم التي تثبت الاختصاص دون بيان سببه تكون قد خرقت قواعد الترجيح بين الحجج وعرضت قرارها للنقض.

28 - لا محل لإثارة الدفع بكون الشفعية لا حق لها في الشفعة إلا في حدود حصتها في الميراث وأنه كان عليها أن تضع الثمن داخل أجل الثلاثة أيام من تاريخ الطلب لأن محل إثارة الدفع الأول فيما إذا كان للشفيع شركاء أو كان المشتري فيما اشتراه كما أنه لا محل لإثارة الدفع الثاني المنصوص عليه في الفصل 974 من ق. ل. ع. لأن العقار موضوع الشفعة غير محفظ فالفقه الإسلامي هو الواجب التطبيق حيث لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن إلا عندما يطل مهنة ذلك كان يعرض عليه المشتكي الأخذ بالشفعة ويؤجله القاضي لوضع الثمن.

29 - الملكية له باستحقاق واجبه في العقار وشفعة الباقي، فإنه لم يستأنف الحكم الابتدائي بالنسبة لم أغفله من البت في ظل الاستحقاق وإنما قصر استئنافه على رفض طلب الشفعة.

لهذا فإن محكمة الاستئناف لما ألغت الحكم الابتدائي وقضت له بالشفعة دون أن يكون قد استحق الجزء الذي يسف عبه تكون قد بنت قضاءها على غير أساس وعرضت قرارها للنقض.

30 - تمارس الشفعة ضد المشتري ولو كان قد باع الحصة المباعة وسجل البيع على الرسم العقاري ويكون للشفيع في هذه الحالة الخيار في الأخذ بالشفعة من يد المشتري الأول أو الثاني.

31 - فيما يتعلق باحترام أجل ممارسة حق الشفعة فالعبرة بالتاريخ الذي يعبر فيه الشفيع عن رغبته في ذلك قضاء مع عرض وإيداع الثمن بين يدي كتابة الضبط لا بتاريخ تبليغ المشفوع منه بالعرض.

32 - فيما يتعلق بالشفعة في عقار غير محفظ تكون المحكمة على صواب لما استخلصت علم الشفيع مما يثبت لديها من أن المشتري كان يتصرف بمحضر الشفيع في العقار بالبناء أو قبض الكراء.

ويكون استدلالها بما قاله العلامة التسولي لدى قول التحفة:

والترك للقيام فوق العام يسقط حقه مع المقام . استدلال في محله .

33 - إن مناط سقوط الحق في الشفعة هو العلم بالبيع فلا يكفي مجرد مضي المدة وإن علة حق الشفعة تبقى قائمة للشيك الذي يثبت علمه بأن طالت المدة.

34 - الشفعة ليست بيعا لأن البيع عقد اختياري بالنسبة للطرفين بينما الشفعة إذا كانت اختيارية بالنسبة للشفيع يجوز له العدول عنها بمحض إرادته فهي إجمالية بالنسبة للمشفوع منه الذي لا يستطيع أن يتملص لكونها حق خوله القانون للشفيع لهذا فإن المحكمة تكون قد أساءت تطبيق ظهير 26 شتنبر 1963 المتعلق بمراقبة العمليات العقارية

عندما رفضت طلب الشفعة الذي تقدم به شخص غير مغربي الجنسية بدعوى أنه لم يحصل على الرخصة الإدارية لذلك .

إن ظهير 26/09/63 يكون واجب التطبيق عندما تكون العملية العقارية اختيارية بالنسبة للطرفين معا أما إذا كانت إجبارية بالنسبة لأحدهما فلا مجال لتطبيقه إلا في حالة وجود نص خاص يوجب ذلك كما هو الحال بالنسبة للبيع عن طريق المزاد العلمي إذ نص ذلك صراحة ونظم كيفية تقديم طلب الرخصة الإدارية والأجل الذي يجب أن يقدم فيه وعين الموظف الذي ينبغي أن يؤشر عليه فيما يتعلق بطل الشفعة فإن المشرع لم يشر إلى ذلك.

35 - إذا أقر المطالب بالشفعة بالشراء وجب أن يؤخذ بإقراره لتترتب آثار هذا الإقرار فيما بينه وبين طالب الشفعة وتكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما لمك تأخذ بإقرار المطلوب في النقض بالشراء ورفضت دعوى الشفعة لعدم إثبات الشراء.

36 - لا تقبل الشفعة في عقد تبرع لم يطعن فيه بشبهة بيع أو معاوضة.

37 - أجل المطالبة بالشفعة أجل سقوط لا أمد تقادم فيسري في حق القاصرين إذا كان لهم نائب قانوني وتراخى في المطالبة بالشفعة إلى أن انقضى أجل ممارستها. الفقه المعمول به والذي تبنته مدونة الأسرة المغربية قد سوي بين مقدم القاضي وبين الأب والوصي لهذا تكون المحكمة قد جانبت الصواب لما أخذت بقول التحفة : الأب والوصي مهما غفلا عن حدها فحكمها قد بطلا.

وقالت بأن مقدم القاضي ليس كالأب والوصي في هذا الشأن .

38- لسريان أجل الستين يوما المحددة لممارسة حق الشفعة في بيع الملكية المشتركة الخاضعة لمقتضيات ظهير 16 نونبر 1946³³⁷ يجب أن يبلغ البيع على اتحاد الملاكين فلا يكفي مجرد العلم به وإلا فإن أجل الشفعة يمتد إلى سنة كاملة تبتدئ من تاريخ تسجيل البيع على الرسم العقاري.

يطبق ظهير 16 نونبر 1946³³⁸ على طبقات العمارة وشققها كما يطبق على المحلات الأخرى التي توجد في الطبقة الأرضية من العمارة ما دام يملكها بصورة منفردة عدة ملاكين.

39 - خليل = وصدق أن أنكر علمه.

إذا لم يثبت علم الشفيع بوقوع البيع وأنكر علمه فالقول قوله مع اليمين .

40 - وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع ، لم تبعض أي الشفعة كتعدد المشتري على الأصح.
التحفة :

و الشقص لاثنتين فأعلى مشتري يمنع أن يؤخذ منه ما يرى إن كان ما اشترى صفقة.
و كان على الشفيع وقد أدلى المشفوع عنه بما يثبت شراءه لنفسه ولأخيه بمقتضى عقد واحد إنصافا بينهما أن يوجه دعوى الشفعة إلى المشتري الثاني كذلك وإلا فلا يقضى له بالشفعة لما في ذلك في تجزئتها.

41 - فيما يتعلق بحث ممارسة الشفعة داخل الأجل القانوني العبرة بالتاريخ الذي تم فيه إيداع الثمن والمصاريف بين يدي كتابة البط لعرضه على المشفوع منه لا بالتاريخ الذي تم فيه تنفيذ ذلك العرض.

الملحق

ظهير شريف رقم 298.02.1 صادر في 25 رجب 1423
(03 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم : 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة
للعقارات المبنية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5045 بتاريخ 2 رمضان 1423 _ 7
نوفمبر 2002) صفحة 3175 .
الذي نسخ في المادة 62 أحكام الظهير الشريف الصادر في 21 من ذي الحجة
1365 (16 نوفمبر 19465) بشأن سن القانون الأساسي الخاص بالعمارات المشتركة
ذات المساكن كما وقع تغييره وتتميمه

نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية

صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية

كما تم تعديله بالقانون 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.233 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

ظهير شريف رقم **1.02.298** صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية³³⁹

الحمد لله وحده ؛

الطابع الشريف - بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا :

بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 26 و58 منه ؛

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي :

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، كما وافق عليه مجلس المستشارين ومجلس النواب.

وحرر بمراكش في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)

وقعه بالعطف

الوزير الأول

الإمضاء : عبد الرحمن يوسف

*

الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3175-339

قانون رقم 18.00 يتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية

الباب الأول: أحكام عامة

المادة 1

تسري أحكام هذا القانون على العقارات المبنية المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات والمشاركة ملكيتها بين عدة أشخاص والمقسمة إلى أجزاء يضم كل جزء منها جزءاً مفرزاً وحصّة في الأجزاء المشتركة.

كما تسري هذه الأحكام على مجموعات العقارات المبنية وعلى مختلف الإقامات المؤلفة من بنايات متلاصقة أو منفصلة وبها أجزاء مشتركة مملوكة على الشيوع لمجموع الملاك.

وتسري هذه الأحكام على العقارات سواء أكانت محفظة أو في طور التحفيظ أو غير محفظة.

المادة 2

تعتبر أجزاء مفرزة من العقار الأجزاء المبنية أو غير المبنية التي يملكها كل واحد من الملاك المشتركين بغرض الانتفاع الشخصي والخاص. وتعتبر الأجزاء المذكورة ملكاً خاصاً لكل مالك مشترك.

المادة 3

تعتبر أجزاء مشتركة من العقار الأجزاء المبنية أو غير المبنية المخصصة للانتفاع والاستعمال من طرف الملاك المشتركين جميعهم أو بعضاً منهم.

المادة 4

تعد أجزاء مشتركة :

-الأرض ؛

-هيكل العقار والأساسات والجدران الحاملة له والأقبية مهما كان عمقها ؛

-واجهة البناية ؛

-السطوح المعدة للاستعمال المشترك ؛

- الدرج والممرات والدهاليز المعدة للاستعمال المشترك ؛

- مساكن الحراس والبوابين ؛

- المداخل والسراديب والمصاعد المعدة للاستعمال المشترك ؛

- الجدران والحواجز الفاصلة بين شقتين أو محلين ؛

- التجهيزات المشتركة بما فيها الأجزاء التابعة لها والتي تمر عبر الأجزاء المفترزة ؛
 - المخازن والمداخل ومنافذ التهوية المعدة للاستعمال المشترك ؛
 - وتعد كذلك أجزاء مشتركة ما لم ينص على ذلك في سندات الملكية أو في حالة وجود تعارض بينها ؛
 - الغمائم والشرفات غير المعدة أصلا للاستعمال الشخصي ؛
 - الساحات والحدائق ؛
 - المحلات المعدة للاستعمال الجماعي.
- وبصفة عامة كل جزء يعتبر مشتركا، أو تقتضي طبيعة العقار أن يكون مخصصا للاستعمال المشترك.

المادة 5

تعد حقوقا تابعة للأجزاء المشتركة :

- الحق في تعلية البناء ؛
- الحق في إحداث أبنية جديدة في الساحات أو الحدائق أو في سراديبها ؛
- الحق في الحفر.

وذلك مع مراعاة أحكام المادتين 22 و44 من هذا القانون.

المادة 6

يحدد النصيب الشائع لكل مالك في الأجزاء المشتركة على أساس مساحة الجزء المفترز العائد له بالنسبة إلى مجموع مساحة الأجزاء المفترزة في العقار حين إقامة الملكية المشتركة، ما لم ينص على خلاف ذلك في عقود الملكية.

المادة 7

لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة والحقوق التابعة لها محلا للقسمة بين الملاك المشتركين جميعهم أو بعضا منهم، أو موضوع بيع جبري بمعزل عن الأجزاء المفترزة. كما لا يجوز لأي مالك مشترك أن يتصرف في نصيبه المفترز أو تأجيريه أو رهنه بمعزل عن الجزء الشائع العائد له.

المادة 8

يوضع نظام للملكية المشتركة لكل بناء مشترك خاضع لأحكام هذا القانون. يلزم المالك الأصلي أو الملاك المشتركون باتفاق فيما بينهم بوضع نظام للملكية المشتركة، مع وجوب التقيد بأحكام هذا القانون، لاسيما المادتان 9 و51 منه، ويجب أن تسلم نسخة منه لكل مالك مشترك.

في غياب نظام للملكية المشتركة، يتم تطبيق نظام نموذجي للملكية المشتركة يحدد

بنص تنظيمي.

يمكن للملاك المشتركين التنصيب على شروط خاصة أو التزامات معينة في نظام الملكية المشتركة مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية أعلاه.

المادة 9

يتضمن نظام الملكية المشتركة لزاما ما يلي :

- الغرض المعدة له أجزاء العقار المفروزة والمشاركة وشروط استعمالها ؛

- القواعد المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة وحق الانتفاع المتعلق بها ؛

-قواعد تسيير اتحاد الملاك وعقد الجمع العام، ومعايير تعيين وكيل الاتحاد ونائبه وعند الاقتضاء مجلس الاتحاد. غير أن هذا المقتضى الأخير غير إلزامي إذا كان عدد الملاك المشتركين أقل من ثمانية ؛

- توزيع الحصص الشائعة التي تنوب كل جزء مفروز في الأجزاء المشتركة.

يعتبر باطلا كل شرط في نظام الملكية المشتركة يفرض قيوداً على حقوق الملاك المشتركين في الأجزاء المفروزة لكل واحد منهم، باستثناء ما يتعلق بتخصيص العقار المشترك وبخصوصياته وموقعه.

المادة 10

يجب أن ترفق بنظام الملكية المشتركة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ التصاميم المعمارية والطبوغرافية المصادق عليها التي تحدد الأجزاء المفروزة والمشاركة.

المادة 11

يجب أن يودع ويقيد نظام الملكية المشتركة الخاص بالعقارات المحفوظة بمرفقاته وسائر التعديلات التي قد تلحقه وفقا للقانون بالمحافظة على الأملاك العقارية التي يقع بدائرة نفوذها العقار المعني.

ويضاف لزاما إلى عقد شراء جزء العقار نظير من نظام الملكية المشتركة والوثائق المرفقة به. ويشار في عقد الشراء إلى أن المشتري قد اطلع على مقتضيات نظام الملكية المشتركة والوثائق المرفقة به.

إذا كان العقار غير محفظ، يودع نظام الملكية المشتركة والتعديلات التي قد تلحقه لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية الواقع العقار بدائرة نفوذها.

المادة 12

يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحريير هذه العقود.

يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض³⁴⁰ طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة³⁴¹.

يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحريير هذه العقود³⁴².

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

يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائلتها.

340- حلت عبارة محكمة النقض محل العبارة السابقة "المجلس الأعلى" وذلك بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.233 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

341- تم نسخ أحكام الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، كما وقع تعديله، بمقتضى المادة 103 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة؛ الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

342- المرسوم رقم 2.03.852 الصادر في 18 من ربيع الآخر 1425 (7 يونيو 2004) بتطبيق أحكام المادة 12 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية؛ الجريدة الرسمية عدد 5222 بتاريخ 28 ربيع الآخر 1425 (17 يونيو 2004)، ص 2639.

المادة الأولى

"تطبيقا لأحكام المادة 12 من القانون رقم 18.00 المشار إليه أعلاه، يؤهل لتحريير جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها الموثقون، والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض.

تحدد بقرار مشترك لوزير العدل ووزير الفلاحة والتنمية القروية والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالإسكان والتعمير لائحة المهن القانونية والمنظمة الأخرى، المقبولة لتحريير العقود المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه وكذا شروط تقييد أعضائها في اللائحة الإسمية المحددة سنويا".

المادة الثانية

"يسند إلى وزير العدل ووزير الفلاحة والتنمية القروية والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالإسكان والتعمير تنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر في الجريدة الرسمية".

الباب الثاني: الملكية المشتركة

الفرع الأول: اتحاد الملاك المشتركين

المادة 13

ينشأ بقوة القانون بين جميع الملاك المشتركين في ملكية عقارات مقسمة إلى شقق وطبقات ومحلات كما هو منصوص على ذلك في المادة الأولى من هذا القانون اتحاد للملاك، يمثل جميع الملاك المشتركين، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يكون الغرض منه الحفاظ على العقار وإدارة الأجزاء المشتركة.

ويحق لاتحاد الملاك التقاضي ولو ضد أحد الملاك المشتركين.

يدير اتحاد الملاك جمع عام ويسيره وكيل للاتحاد.

يسأل اتحاد الملاك عل الأضرار التي تنتج عن إهمال في تسيير الأجزاء المشتركة أو صيانتها. كما يسأل عما يقوم به من إصلاحات للبناء أو أعمال للحفاظ عليه.

يحق لاتحاد الملاك الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر.

المادة 14

يكون كل مالك مشترك عضوا في اتحاد الملاك بقوة القانون ويتعين عليه المشاركة في أعمال الاتحاد ولاسيما في القرارات التي يتخذها الجمع العام بالتصويت.

يتمتع كل مالك بعدد من الأصوات بحسب حقوقه في جزء العقار المفرز العائد له.

يحدد نظام الملكية المشتركة عدد الأصوات بالنسبة لكل جزء مفرز.

يمكن للمالك أن يفوض غيره للتصويت نيابة عنه، على أن لا ينوب شخص واحد عن أكثر من مالك واحد، ويكون هذا التفويض كتابة.

إذا تعدد ملاك جزء مفرز وجب عليهم أن يعينوا من يمثلهم لدى الاتحاد.

المادة 15

يتولى الجمع العام تسيير العقار المشترك وفقا للقانون ولنظام الملكية المشتركة، ويتخذ قرارات يعهد بتنفيذها إلى وكيل الاتحاد أو عند الاقتضاء إلى مجلس الاتحاد.

المادة 16

ينعقد أول جمع عام بمبادرة من أحد الملاك أو أكثر. يتولى الجمع العام في أول اجتماع يعقده وضع نظام الملكية المشتركة إن لم يكن موجودا أو تعديله عند الاقتضاء، وانتخاب الجهاز المسير للعقار المشترك وفقا لأحكام هذا القانون والنصوص التشريعية الجاري بها العمل.

ويعقد الجمع العام العادي مرة كل سنة على الأقل. ويمكن عقد جمع عام استثنائي كلما دعت الضرورة لذلك يدعى إليه جميع الملاك المشتركين.

يوجه وكيل الاتحاد دعوة انعقاد الجمع العام العادي أو الاستثنائي يتضمن مشروع جدول الأعمال.

المادة 17

يحدد نظام الملكية المشتركة الصلاحيات المخولة للجمع العام والقواعد التي تنظم سيره وفقا لأحكام هذا القانون.

ينتخب الجمع العام في كل اجتماع من بين أعضائه رئيسا لتسيير أشغاله، ويعين كاتباً لتحرير محضر الاجتماع ويتداول في القضايا المدرجة في جدول أعماله بعد المصادقة عليه.

المادة 18

يتخذ الجمع العام القرارات والتدابير المتعلقة بتطبيق نظام الملكية المشتركة وبصفة عامة تلك الخاصة بتسيير العقار المشتركة ملكيته بالأغلبية المطلقة لأصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين ما لم ينص على خلاف ذلك في نظام الملكية المشتركة.

وإذا لم يتوفر نصاب نصف أصوات الملاك المشتركين في الاجتماع الأول يتم في أجل ثلاثين يوماً انعقاد جمع عام ثانٍ تتخذ فيه القرارات بالأغلبية المطلقة لأصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين.

المادة 19

يعين الجمع العام بالأغلبية المطلقة لأصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين وكيلاً للاتحاد ونائباً له من بينهم.

يمكن تعيين وكيل الاتحاد من غير الملاك المشتركين بنفس الأغلبية، ويجوز أن يكون شخصاً ذاتياً أو معنوياً يمارس تسيير العقارات كمهنة حرة.

وإذا تعذر تعيين وكيل الاتحاد ونائبه، يقوم بالتعيين المذكور رئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب واحد أو أكثر من الملاك المشتركين بعد إعلامهم جميعاً وسماع أقوال الحاضرين منهم.

يحدد الجمع العام أتعاب وكيل الاتحاد وأجرته عند الاقتضاء وإلا فيحدها الأمر القضائي الصادر بتعيينه.

يعين الوكيل ونائبه لمدة سنتين قابلة للتجديد.

يعين الجمع العام عند الاقتضاء أعضاء مجلس الاتحاد.

ويتم عزل وكيل الاتحاد أو نائبه أو هما معا بنفس الأغلبية المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة.

المادة 20

يتولى الجمع العام لاتحاد الملاك :

- اتخاذ القرارات والتدابير التي من شأنها الحفاظ على سلامة العقار المشترك وصيانته والحفاظ عليه وضمان الانتفاع به وكذا على أمن سكانه وطمأنينته ؛
- تسيير الأجزاء المشتركة باتخاذ الإجراءات المناسبة للحفاظ على سلامة مستعملاتها وضمان حسن الانتفاع بها والحفاظ على جمالية العقار ورونقه ؛
- تعيين وكيل الاتحاد ونائبه وعزلهما ؛
- تعيين ممثل اتحاد الملاك لدى مجلس الاتحاد المشار إليه في المادة 31 بعده ؛
- منح إذن التقاضي لوكيل الاتحاد أو للأغيار ؛
- تفويض اتخاذ بعض الإجراءات لوكيل الاتحاد أو للأغيار ؛
- المصادقة على ميزانية الاتحاد وتحديد التكاليف والحد الأقصى للنفقات وعلى الرصيد المالي الخاص لتحمل أشغال الصيانة الكبرى.

المادة 21

- يشترط أن تتوافر أغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركة لبيت الجمع العام في المسائل التالية :
- وضع نظام الملكية المشتركة إن لم يكن موجودا أو تعديله عند الاقتضاء، لاسيما فيما يخص الأجزاء المشتركة وشروط الانتفاع بها واستعمالها ؛
 - إدخال تحسينات على العقار كاستبدال أو إضافة أداة أو أكثر من أدوات التجهيز واتخاذ ما يلزم لتيسير تنقل الأشخاص المعاقين ؛
 - تعيين حارس البناية وعزله وتحديد شروط عمله وكذا توفير محل لإقامته ؛
 - مراجعة توزيع التكاليف المشتركة المنصوص عليها في المادة 37 من هذا القانون بسبب تغيير الغرض المخصص له جزء أو أكثر من الأجزاء المفروزة ؛
 - الترخيص لبعض الملاك المشتركين بإنجاز أشغال على نفقتهم تمس الأجزاء المشتركة أو المظهر الخارجي للعقار، دون المساس بالغرض الذي خصص له العقار أصلا؛
 - القيام بأشغال الصيانة الكبرى ؛
 - تثبيت هوائيات وصحون جماعية وكل معدات أو تجهيزات مماثلة ؛
 - اتخاذ الإجراءات التي من شأنها ضمان أمن السكان وممتلكاتهم، وذلك بإبرام تأمين مشترك لدرء كل الأخطار.

المادة 22

يشترط إجماع الملاك في اتخاذ القرارات الآتية :

- تشييد مبنى جديد أو تعلية مبنى موجود أو إحداث أجزاء مفرزة للاستعمال الخاص ؛
- إبرام التصرفات الرامية إما لتفويت جزء من العقار وإما لاكتساب حقوق عقارية،
شريطة أن تكون لفائدة اتحاد الملاك ومجاورة للملك المشترك ومخصصة للارتفاق المتعلق
به ؛

- بناء أو إعداد محلات للاستعمال المشترك ؛
- تفويت حق التعلية أو إعداد أماكن جديدة لإقامة بنايات جديدة ؛
- القيام بأشغال تؤدي إلى تغيير في الأجزاء المشتركة.

المادة 23

لا يمكن للجمع العام بأي حال من الأحوال أن يلزم أحد الملاك المشتركين بتغيير
تخصيص الأجزاء المفرزة أو شروط استعمالها والانتفاع بها.

المادة 24

يصوت الجمع العام للملاك المشتركين كل سنة على ميزانية تقديرية لتحمل النفقات
الجارية المتعلقة بصيانة الأجزاء والتجهيزات المشتركة للعقار وضمان سيرها وإدارتها
وعلى رصيد مالي خاص لتحمل أشغال الصيانة الكبرى. ولهذه الغاية، ينعقد الجمع العام
داخل أجل ستة أشهر يبتدىء من اليوم الأخير من السنة المحاسبية السابقة.

يؤدي الملاك المشتركون للاتحاد مساهمات مالية لتمويل الميزانية المصوت عليها.
ويمكن للجمع العام أن يحدد المقدار وكيفية الأداء.

وتصبح المساهمة مستحقة ابتداء من اليوم الأول لكل ثلاثة أشهر أو ابتداء من اليوم
الأول للمدة التي يحددها الجمع العام.

تنجز حسابات الاتحاد التي تشمل الميزانية التقديرية والتكاليف والعائدات برسم السنة
المالية والوضعية المالية وكذا ملاحق الميزانية التقديرية وفقا لقواعد محاسبية خاصة تحدد
بنص تنظيمي ويتم تقديم هذه الحسابات مقارنة مع حسابات السنة المنصرمة المصادق عليها.

يتم تقييد تكاليف وعائدات الاتحاد المنصوص عليها في البيان المحاسبي بمجرد التزام
الاتحاد بها ولو لم يتم تسديدها أو بمجرد توصله بالعائدات. ويتم تصفية الالتزام عن طريق
التسديد.

المادة 25

في حالة عدم أداء المساهمة المستحقة في المادة 24 أعلاه عند حلول أجلها، تصبح
باقي المساهمات المنصوص عليها في نفس المادة والتي لم يحل أجلها بعد مستحقة فورا، بعد
إنذار المعني بالأمر برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل بقيت دون جدوى، لما يزيد عن
ثلاثين (30) يوما ابتداء من اليوم الموالي لليوم الأول لتبليغ الرسالة المضمونة إلى موطن
المرسل إليه.

يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية، بعد إثبات تصويت الجمع العام لاتحاد الملاك المشتركين على الميزانية التقديرية والتحقق من انصرام الأجل، أن يصدر أمرا بأداء المساهمات المستحقة ويكون هذا الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل رغم الطعن فيه بالاستئناف.

المادة 26

تتأط بوكيل الاتحاد على وجه الخصوص المهام التالية :

- تنفيذ مقتضيات نظام الملكية المشتركة الموكول إليه القيام بها ؛
- تنفيذ مقررات الجمع العام ما لم يتقرر إسنادها لمجلس الاتحاد أو للمالك أو للأغيار ؛
- السهر على حسن استعمال الأجزاء المشتركة وذلك بصيانتها وحراسة المداخل الرئيسية للعقار والمرافق المشتركة ؛
- القيام بالإصلاحات الاستعجالية ولو تلقائيا ؛
- تحضير مشروع ميزانية الاتحاد قصد عرضه على الجمع العام للتصويت عليه ؛
- تحصيل مساهمات الملاك المشتركين في التكاليف مقابل وصل ؛
- منح وصل للمالك المشترك في حالة البيع إذا لم تكن عليه ديون تجاه اتحاد الملاك ؛
- وضع ميزانية منتظمة للاتحاد ومسك المحاسبة المتعلقة به والتي تبين فيها الوضعية المالية للاتحاد ولكل مالك مشترك ؛
- إشعار الملاك المشتركين كل ثلاثة أشهر على الأقل بالوضعية المالية للاتحاد ؛
- مسك الرائد والسجلات الخاصة بالعقار والاتحاد وتمكين كافة الملاك من الاطلاع عليها ولاسيما قبل انعقاد الجمع العام المخصص جدول أعماله لفحص الحسابات ؛
- القيام بالإجراءات الإدارية المنوطة به أو المفوض له بإجرائها ؛
- تمثيل الاتحاد لدى المحاكم بإذن خاص من الجمع العام.

المادة 27

- يتولى نائب وكيل الاتحاد نفس المهام المنوطة بالوكيل وذلك في حالة وفاته أو عزله أو استقالته.
- يتولى نائب وكيل الاتحاد مؤقتا نفس المهام إذا امتنع الوكيل القيام بها أو إذا أشعره الوكيل بتغيبه أو بعدم رغبته في مواصلة مهامه.
- في حالة التنازع يجب على الوكيل ونائبه الرجوع إلى الجمع العام الذي ينعقد بصفة طارئة.
- يعتبر وكيل الاتحاد أو نائبه مسؤولاً عن الإخلال بالمهام المنوطة به.

المادة 28

يتعين على وكيل الاتحاد أو نائبه فور انتهاء مهمتهما وعلى أبعد تقدير خلال أجل خمسة عشر (15) يوما يبتدئ من تاريخ تعيين الوكيل الجديد أن يسلم لهذا الأخير جميع الوثائق والربائد والسجلات الخاصة بالاتحاد والعقار وبيان الوضعية المالية وكل أموال الاتحاد بما فيها المبالغ النقدية.

يمكن للوكيل الجديد بعد انصرام الأجل المذكور أعلاه إذا لم يقع التسليم المذكور أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية وهو يبيت في شكل استعجالي أن يأمر الوكيل السابق بذلك تحت طائلة غرامة تهديدية.

المادة 29

يجب، في حالة وجود مجمع عقاري يسيره أكثر من اتحاد واحد للملاك، إحداث مجلس يدعى مجلس الاتحاد يعهد إليه بتسيير الأجزاء المشتركة للمجمع.

يضم مجلس الاتحاد ممثلاً أو أكثر عن كل اتحاد للملاك المشتركين ينتخبون في الاجتماع وفقاً لمقتضيات المادة 19.

ينتخب مجلس الاتحاد في أول جلسة يعقدها رئيساً له من بين أعضائه لمدة سنتين، ويعقد اجتماعاته بطلب من رئيسه أو بطلب من عضوين من أعضائه كلما دعت الضرورة إلى ذلك وعلى الأقل مرة واحدة كل ستة أشهر.

يعين مجلس الاتحاد وكيلاً له بالأغلبية المطلقة.

يقوم مجلس الاتحاد بتنفيذ المهام المسندة إليه بموجب نظام الملكية المشتركة أو قرارات الجمع العام.

المادة 30

يجب على وكيل الاتحاد أو وكيل مجلس الاتحاد أن يقوم بتبليغ جميع القرارات المتخذة من طرف الجمع العام مشفوعة بمحاضر الاجتماعات إلى كافة الملاك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام من تاريخ اتخاذها.

يتم التبليغ برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة عون قضائي.

يمكن للمتضرر من القرارات السالفة الذكر أن يطعن فيها أمام رئيس المحكمة الابتدائية الواقع العقار في دائرة نفوذها وذلك بسبب مخالفتها للقوانين والأنظمة المعمول بها وبيت في الطعن بإجراءات استعجالية.

يمكن لاتحاد الملاك ووكيله عند الاقتضاء استصدار أمر من رئيس المحكمة الابتدائية لتنفيذ قرارات الجمع العام وذلك بتذليل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات خاصة بالملاك المشتركين

المادة 31

لكل مالك مشترك الحق في أن يتصرف دون قيد أو شرط في الجزء المفرز له من العقار وكذا في الأجزاء المشتركة المرتبطة به بحسب الغرض المعد له، كالبيع والهبة وما إلى ذلك.

لكل مالك مشترك أو من يحل محله من مكتر أو غيره أن يستعمل ويتصرف في الأجزاء المشتركة بحسب الغرض المعدة له، شريطة ألا يلحق أي ضرر بباقي الملاك أو بتخصيص العقار.

على المالك المكري الذي أجر الجزء المفرز له أن يسلم للمكثري نسخة من نظام الملكية المشتركة. ويلتزم المكثري باحترام النظام الذي اطلع عليه وعلى القرارات التي اتخذت من طرف اتحاد الملاك المشتركين.

المادة 32

لكل مالك مشترك الحق في الاطلاع على الرائد والسجلات الخاصة بالاتحاد ولاسيما ما يتعلق منها بالوضعية المالية.

المادة 33

لا يجوز للمالك أو لذوي حقوقه أو لمن يشغل المحل أن يمنع إنجاز الأشغال المتعلقة بالأجزاء المشتركة التي قررها الجمع العام ولو داخل الجزء المفرز له.

يجب على وكيل الاتحاد أن يخبر المالك أو ذوي حقوقه أو من يشغل المحل بنوع الأشغال، ثمانية أيام قبل الشروع فيها، ما لم يتعلق الأمر بأشغال ذات طابع استعجالي من شأنها الحفاظ على سلامة العقار المشترك وعلى أمن ساكنته.

في حالة اعتراض أحد الملاك على إنجاز الأشغال المذكورة، يعرض النزاع على قاضي المستعجلات الذي له أن يصدر الأمر بإنجاز الأشغال اللازمة لرفع الضرر.

المادة 34

يحق للمالك المشترك المتضرر من الأشغال المذكورة في المادة السابقة الحصول على تعويض يؤديه له اتحاد الملاك، ولهذا الأخير الحق في الرجوع على المتسبب في الضرر.

المادة 35

لكل مالك في العقار المشترك الحق في إقامة دعوى للحفاظ على حقوقه في العقار المشترك أو لإصلاح الضرر اللاحق بالعقار أو بالأجزاء المشتركة من طرف أحد أعضاء الاتحاد أو الأغيار.

المادة 36

يجب على كل مالك مشترك المساهمة في التكاليف التي يستلزمها الحفاظ على الأجزاء المشتركة وصيانتها وتسييرها.

تحدد التكاليف المترتبة على الحفاظ على الأجزاء المشتركة وصيانتها وتسييرها على أساس نصيب كل مالك في الجزء المفروز من العقار كما هي محددة في المادة 6 من هذا القانون، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

المادة 37

لا يجوز تعديل توزيع التكاليف المشتركة إلا من طرف الجمع العام بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك وفقا لأحكام المادتين 21 و36 من هذا القانون.

يقرر الجمع العام كل تعديل لتوزيع التكاليف المشتركة بنفس الأغلبية، وإلا قرره المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الملاك المشتركين.

المادة 38

يحق لكل مالك، إذا تبين له أن مساهمته في التكاليف تفوق ما ينوبه، أن يعرض الأمر على المحكمة المختصة للمطالبة بمراجعتها.

وفي هذه الحالة، تقام الدعوى ضد اتحاد الملاك بحضور وكيل الاتحاد عند الاقتضاء. في حالة عدم أداء أحد الملاك المشتركين لمساهمته في التكاليف والنفقات التي قررها اتحاد الملاك داخل الأجل المحدد، يصدر رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أمرا بالأداء، كما هو منصوص عليه في المادة 25 من هذا القانون.

المادة 39

يمكن للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين أن ينشئوا حق الأفضلية فيما بينهم في جميع التصرفات الناقلة للملكية بعوض والتتصيص على كيفية ممارسة هذا الحق وأجاله في نظام الملكية المشتركة.

المادة 40

تتمتع ديون اتحاد الملاك المترتبة في ذمة أحد أعضائه بالرهن الجبري المنصوص عليه في الفصل 163 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتشريع المطبق على العقار المحفظ³⁴³.

- الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع 343 تغييره وتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

يتم رفع الرهن وشطبه بأمر يصدره رئيس المحكمة إذا ثبت له أن المالك المدين قام بأداء الدين أو إيداعه بصندوق المحكمة المختصة لفائدة الدائن المرتهن. يمكن لمن أقام الرهن أن يرفعه.

المادة 41

تستفيد ديون الاتحاد من حق الامتياز على المنقولات الموجودة داخل الشقة أو المحل وعلى السومة الكرائية وذلك طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 1250 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود.

المادة 42

في حالة تفويت جزء مفرز يبقى المفوت له مسؤولا بالتضامن مع المفوت تجاه اتحاد الملاك وذلك لضمان أداء ديون الاتحاد المترتبة في ذمة العضو المفوت. ويحق للاتحاد ممارسة دعوى استخلاص الديون المستحقة على المفوت له وفقا للمساطر المنصوص عليها في المادتين 25 و 38 أعلاه.

المادة 43

تتقادم ديون الاتحاد المترتبة في ذمة الملاك المشتركين على التكاليف المشتركة إذا لم تتم المطالبة بها خلال سنتين من تاريخ إقرارها من الجمع العام.

الباب الثالث: حق التعلية وحق الحفر وإعادة بناء العقار

المادة 44

لا يكون الحق في التعلية أو الحق في الحفر صحيحين إلا إذا تم الترخيص بهما صراحة بموجب القوانين الجاري بها العمل وقبولهما بالإجماع من طرف الملاك المشتركين.

المادة 45

إذا تهدم العقار كلياً، يتخذ قرار إعادة بنائه بإجماع الملاك. وإذا تهدم جزئياً، يتخذ قرار إصلاح الجزء المتهدم بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين. وفي حالة النزاع، يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة. تخصص العائدات المترتبة عن تهدم العقار لإعادة بنائه أو إصلاحه.

الباب الرابع: التعاونيات والجمعيات السكنية

المادة 46

تسري أحكام هذا القانون على التعاونيات³⁴⁴ والجمعيات السكنية، مع مراعاة الأحكام التالية.

المادة 47

يجب على التعاونيات والجمعيات السكنية أن تضع نظاما للملكية المشتركة وفقا لأحكام هذا القانون.

المادة 48

إذا تم حل التعاونية أو الجمعية السكنية، يتم بقوة القانون تأسيس اتحاد للملاك من أعضاء التعاونية أو الجمعية، ما دامت هناك أجزاء شائعة مخصصة للاستعمال المشترك.

الباب الخامس: أحكام خاصة تتعلق بالعقارات المحفظة

المادة 49

في حالة تقسيم عقار إلى طبقات أو شقق أو محلات، يؤسس عن طريق الاقتطاع من الرسم العقاري الأصلي رسم عقاري مستقل لكل جزء مفرز. يؤسس عند الاقتضاء رسم عقاري خاص في اسم مالك حق الانتفاع.

المادة 50

يجب أن يشهر نظام الملكية المشتركة بتقييده في الرسم العقاري وأن يرفق بالوثائق المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه وكذا بنظير الرسم العقاري وبمحضر التقسيم وبالوثائق التقنية التي تحدد بنص تنظيمي.

المادة 51

يجب أن يتضمن نظام الملكية المشتركة علاوة على البيانات المنصوص عليها في المادة 9 أعلاه ما يلي :

- إعراب المالك عن نيته في التقيد بنظام الملكية المشتركة وتقييده بالسجل العقاري ؛
- وصف العقار ومراجعته العقارية ؛

344- القانون رقم 24.83 المتعلق بتحديد النظام الأساسي العام للتعاونيات ومهام مكتب تنمية التعاون، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.226 بتاريخ 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984)؛ الجريدة الرسمية عدد 3773 بتاريخ 29 جمادى الأولى 1405 (20 فبراير 1985)، ص 219، كما تم تغييره.

- وصف مختصر لتقسيم العقار إلى طبقات أو شقق أو محلات وبيان مختلف الأجزاء المفروزة والمشاركة التي يتكون منها كل مستوى ؛
- جدول يبين الحصة المشاعة المرتبطة بكل جزء مفروز.

المادة 52

تقيد الحقوق العينية والتحملات العقارية المتعلقة بكل جزء مفروز في الرسم العقاري الخاص به.

المادة 53

يقيد تلقائيا الرسم العقاري الأصلي إذا صار لا يخص إلا الأجزاء المشتركة في اسم اتحاد الملاك، مباشرة بعد تأسيس الرسوم العقارية الخاصة بالأجزاء المفروزة.

المادة 54

يتضمن الرسم العقاري الأصلي وصفا للأجزاء المشتركة وبيان للبنود الأساسية لنظام الملكية المشتركة.

المادة 55

يسلم نظير الرسم العقاري الأصلي لاتحاد الملاك المشتركين.

المادة 56

تتضمن الرسوم العقارية المستقلة الخاصة بالأجزاء المفروزة وصفا لها وبيانا لمساحتها وعلوها ووصفا مختصرا للأجزاء المشتركة المرتبطة بها. ويشار فيها كذلك صراحة إلى البنود الأساسية لنظام الملكية المشتركة.

المادة 57

يمكن للشخص الذي أصبح وحده مالكا لعدة أجزاء مفروزة أن يطلب ضمها في رسم عقاري واحد.

يقيد الرسم العقاري الأصلي في اسم الشخص الذي أصبح مالكا لمجموع الأجزاء المفروزة، وانقضى تبعا لذلك اتحاد الملاك وضمت الرسوم العقارية الخاصة بهذه الأجزاء إلى الرسم العقاري الأصلي.

المادة 58

لا يجوز تقسيم أي جزء مفروز إلا بموافقة اتحاد الملاك وبأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك.

المادة 59

إذا تهدم العقار الخاضع لأحكام هذا القانون كلياً، يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية بناء على طلب من ذوي الحقوق شطب الرسوم العقارية الخاصة بالأجزاء المفترزة وتقييد الرسم العقاري الأصلي الخاص بالأجزاء المشتركة في اسم كافة الملاك بحسب النسب المبينة في نظام الملكية المشتركة، مع وجوب نقل الحقوق والتحملات المقيدة إلى الرسم العقاري الأصلي.

الباب السادس: أحكام ختامية

المادة 60

يدخل هذا القانون حيز التنفيذ سنة كاملة ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

المادة 61

تنسخ ابتداء من نفس التاريخ أحكام الظهير الشريف الصادر في 21 من ذي الحجة 1365 (16 نوفمبر 1946) بشأن سن القانون الأساسي الخاص بالعمارات المشتركة ذات المساكن، كما وقع تغييره وتتميمه.

205081445

الفهرس

.....469	قانون رقم 18.00 يتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية
.....469	الباب الأول: أحكام عامة
.....473	الباب الثاني: الملكية المشتركة
	الفرع الأول: اتحاد الملاك المشتركين 473
	الفرع الثاني: حقوق التزامات خاصة بالملاك المشتركين 479
.....481	الباب الثالث: حق التعلية وحق الحفر وإعادة بناء العقار
.....482	الباب الرابع: التعاونيات السكنية
.....482	الباب الخامس: أحكام خاصة تتعلق بالعقارات المحفظة
.....484	الباب السادس: أحكام ختامية
.....485	الفهرس

42 - إذا أقر المطلوب في الشفعة بوقوع الشراء لزمه هذا القرار وأعفي طالب الشفعة من إثبات الشراء ويمكن لمن تضرر من هذا الإقرار أن يطعن فيه كما يمكنه أن يدفع بنسبة الأحكام ولهذا يكون تعليل المحكمة لرفض الأخذ بالإقرار بالشراء لأنه لا بد من إثباته حتى لا يحكم في مال ثالث غير مرتكز على الأساس .

43- يجب القبول طلب الشفعة أن يكون طلبها حائزا بالفعل للواجب الأصلي الذي يشفع به وإلا كان طلبه سابقا لا وإنه ولا يمكن ممارسته إلا بعد استحقاقه الواجب المذكور .
ولما كان المطالب بالشفعة قد اشترى العقار بكامله وبحدود معينة لا جزاء شائعا فيه، الأمر الذي يفد أن طال الشفعة ليس حائزا للواجب الأصلي الذي يشفع به فقد كان هذا الأخير لكي تقبل دعواه ألا يطلب شفعة مجموع المبيع دون أن يطلب واجبه فيه استحقاقا وأن المحكمة لما قبلت مع ذلك دعوى الشفعة تكون قد أخلت بالمبدأ الفقهي المذكور مما يعرض قرارها للنقض.

44 - لا يسري أجل الثلاثين يوما المنصوص عليه في الفصل 31³⁴⁵ من ظهير يونيه 1915 لممارسة حق الشفعة غلا إذا وقع التبليغ إلى الشفيع شخصيا فلا يكفي التبليغ الذي يقع في موطنه لأقاربه أو خدمه.

45 - الفقه الإسلامي لا يمنع الأخذ بالشفعة من يد الشريك ولا يقيم أية تفرقة بين الشفعة من الشريك والشفعة من الأجنبي إلا من حيث مدى أثرها.
بالنسبة للأجنبي يؤخذ منه المبيع كله بينما بالنسبة للشريك يترك له جزء من المبيع في حدود حصته .

القواعد الفقهية المتعلقة بالشفعة هي التي دونها المشرع في الفصول 25³⁴⁶ وما بعده من ظهير 2 يونيه 1915 المتعلق بالعقار المحفظ.

-المادة 304 من مدونة الحقوق العينية.

345

- المادة 292 إلى 312 من مدونة الحقوق العينية.

346

- ليس المراد بعبارة الغير الواردة في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915³⁴⁷ والأجنبي الواردة في الفصل 974 من ق.ل.ع الأجنبي عن العقار وإنما الأجنبي عن عقد البيع، فالشفيع والمشفوع منه يعتبر كل منهما غيرا بالنسبة للآخر فيما يخص عقد البيع.
- 46 - لا يمكن الاحتجاج ضد طالب الشفعة بعدم احترام أجل الثلاثين يوما المنصوص عليه في الفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 إلا إذا تضمن عقد البيع حضور الشفيع في مجلس العقد مجرد الإشارة في طلب العقد العرفي إلى هذا الحضور لا يكفي.
- 47 - تطبق بشأن دعوى الشفعة في العقار الغير المحفظ قواعد الفقه الإسلامي (المالكي) التي توجب ممارسة الشفعة داخل أجل سنة من تاريخ العلم.
- 48 - والترك للقيام فوق العام . يسقط شفعة مع المقام وغائب باق عليها وكذا . ذو العذر لم يجد إليها منفذا إذا كان الشفيع يرى المشتري يحرث الأرض بحيث لا يكاد يخفي على مثله فلا كلام له إذا طال ذلك.
- 49 - الشفعة هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه والشريك لا يتحقق معناه إلا بوجود حظه المثبت لشركته مشاعا في المطلوب شفعته.
- إذا أثبت أن المبيع هو جميع المدعى فيه لا جزءا مشاعا منه فلا شفعة.

تنبيه هام :

أصبح العقار بجميع أنواعه ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار تطبق عليه مقتضيات القانون رقم 3908 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-91-178 صادر في 25 ذي الحجة 1432 (22/11/2011) منشور بالجريدة الرسمية عدد : 5998 بتاريخ 24/11 2011 صفحة 5587.

الملحق

مدونة الحقوق العينية

صيغة مهيئة بتاريخ 28 نوفمبر 2013

**القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه
الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432(22)
نوفمبر 2011)³⁴⁸**

كما تم تنميته:

- القانون رقم 22.13 القاضي بتنظيم المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق
بمدونة الحقوق العينية؛ الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر
2013)، ص 7328.

348- الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

**ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432
(22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية**

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف - بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا ، أسماء الله وأعز أمره أننا:

بنا ء على الدستور ولا سيما الفصلين 42 و 50 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالرباط في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

وقعه بالعطف :

رئيس الحكومة،

الإمضاء : عباس الفاسي.

قانون رقم 39.08 يتعلق بمدونة الحقوق العينية

فصل تمهيدي: أحكام عامة

المادة 1

تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

المادة 2

إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه.

المادة 3

يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس.

لا تفيد عقود التقويت ملكية العقارات غير المحفظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية.

إذا تعارضت البيانات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛
- تقديم بينة الملك على بينة الحوز؛
- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد؛
- تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب؛

- تقديم بينة الإثبات على بينة النفي؛
- تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها؛
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد؛
- تقدم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة؛
- تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخاً؛
- تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال.

المادة 4

يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

المادة 5

الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص.

المادة 6

العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته.

المادة 7

العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.

الكتاب الأول: الحقوق العينية العقارية

المادة 8

الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تباعيا.

المادة 9

الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

والحقوق العينية الأصلية هي:

- حق الملكية؛
- حق الارتفاق والتحملات العقارية ؛
- حق الانتفاع ؛
- حق العمرى ؛
- حق الاستعمال ؛
- حق السطحية؛
- حق الكراء الطويل الأمد ؛
- حق الحبس ؛
- حق الزينة؛
- حق الهواء والتعلية؛
- الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

المادة 10

الحق العيني التبعية هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به. والحقوق العينية التبعية هي :

- الامتيازات ؛
- الرهن الحيازي ؛
- الرهون الرسمية .

المادة 11

لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون.

المادة 12

كل دعوى ترمي إلى استحقاق أو حماية حق عيني واقع على عقار تعتبر دعوى عينية عقارية.

المادة 13

إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول: حق الملكية

الفصل الأول: نطاق حق الملكية وحمايته

المادة 14

يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد به في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

المادة 15

ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك.

المادة 16

مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

المادة 17

يحق لمالك الأرض قنص ما بها من الوحيش على أن يراعي في ممارسته لهذا الحق الضوابط التي يفرضها القانون.

المادة 18

الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكا لصاحبه وعليه الخمس للدولة.

المادة 19

لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

المادة 20

إذا تعلق حق الغير بعقار فلا يسوغ لمالكه أن يتصرف فيه تصرفا ضارا بصاحب الحق.

المادة 21

لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا، والضرر البليغ يزال.

المادة 22

لمالك العقار أن يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه دون حق، وله أن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن تعرضه، كما له أن يطالب برفع ما قد يحصل له فيه من تشويش.

المادة 23

لا يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون.
لا تنزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب³⁴⁹.

الفصل الثاني: الملكية المشتركة

الفرع الأول: الشيع

المادة 24

تسري على الملكية المشاعة أحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود والنصوص الخاصة.

المادة 25

يجوز للشركاء أن يتفقوا على قسمة العقار المشاع فيما بينهم بالطريقة التي ينعقد إجماعهم عليها، بشرط أن تتم وفقا للقوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 26

إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبقا للقانون.

349- القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت؛ الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص 980؛ كما تم تغييره وتتميمه.

المادة 27

لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء، في الشياخ لمدة معينة.
لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.
للمحكمة أن تحكم- بناء على طلب أحد الشركاء- بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع.

الفرع الثاني: الحائط المشترك

المادة 28

الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركا بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك.

المادة 29

لكل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وله على وجه الخصوص أن يقيم بجانبه بناء أو أن يضع فوقه عوارض أو دعائم ليسد السقف لكن بالقدر الذي لشريكه شرط أن لا يحمله فوق طاقته وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة.
النفقات الضرورية لإصلاح وتجديد الحائط المشترك يتحملها جميع الشركاء كل بحسب حصته فيه.

المادة 30

ليس للشريك في الحائط المشترك أن يتصرف فيه بإقامة بناء أو منشآت عليه إلا بموافقة شريكه مع مراعاة القوانين والأنظمة.

ومع ذلك إذا كانت لأحد الشريكين مصلحة جدية ومقبولة في تعلية الحائط المشترك فإن له أن يعليه بشرط أن يتحمل وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم بما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة الأعباء الناشئة عن التعلية دون أن يفقده ذلك شيئا من متانته على ألا يلحق ذلك ضررا بجاره.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته وحده بشرط أن تقع زيادة سمكه في أرضه، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون لمن أحدث التعلية أي حق في التعويض.

المادة 31

ليس للجار أن يجبر جاره على التنازل له عن حصته في الحائط المشترك أو الأرض التي أقيم عليها. غير أنه في حالة التعلية يمكن للجار الذي لم يساهم في نفقاتها أن يصبح

شريكا في الجزء المعلى إذا دفع نصيبه في نفقات التعلية وفي قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك.

الفرع الثالث: الطريق الخاص المشترك

المادة 32

الطريق الخاص المشترك ملك مشاع بين من لهم حق المرور فيه، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث فيه شيئا، سواء كان مضرا أو غير مضر، إلا بإذن من باقي شركائه.

المادة 33

لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على تفويته مستقلا وليس لهم أن يسدوا مدخله ما لم يقع الاستغناء عنه. كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعا لتصرفه في العقار المملوك له.

المادة 34

إذا أغلق أحد الشركاء في الطريق المشترك بابه المفتوح عليه فلا يسقط بذلك حقه في المرور فيه ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتحه من جديد.

المادة 35

لا يسوغ لغير الشركاء في الطريق المشترك فتح أبواب عليه أو المرور فيه، ومع ذلك يجوز للمارة في الطريق العام الدخول إلى الطريق الخاص المشترك عند الضرورة.

المادة 36

المصاريف الضرورية لإصلاح وتعمير الطريق المشترك يتحملها الشركاء فيه كل منهم بنسبة حصته فيه.

إذا رفض أحد الشركاء المساهمة في هذه المصاريف جاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق ومطالبته قضائيا بأداء ما يجب عليه من هذه المصاريف.

الباب الثاني: الارتفاقات والتحملات العقارية

الفصل الأول: الارتفاقات

الفرع الأول: أحكام عامة

المادة 37

الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر.

المادة 38

ينشأ الارتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين.

المادة 39

الارتفاقات الطبيعية تحمل تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور.

المادة 40

الارتفاق القانوني هو تحمل يفرضه القانون على عقار. ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة.

المادة 41

يجوز لملاك العقارات إحداث ارتفاقات عليها أو لفائدتها وذلك باتفاق فيما بينهم مع مراعاة أحكام القانون. يجب أن يبين في العقد نطاق هذا الحق وكيفية استعماله.

المادة 42

يخضع حق الارتفاق للقواعد المبينة في العقد أو في القانون. ويخضع في حالة عدم وجود نص في القانون أو شرط في العقد للأعراف المحلية المعمول بها.

المادة 43

إذا تقرر حق الارتفاق لفائدة عقار معين فإنه يخول صاحبه كل ما هو لازم لاستعمال هذا الحق.

المادة 44

يحق لصاحب حق الارتفاق أن يقوم بجميع الأعمال الضرورية لاستعمال حقه وصيانته شرط أن يستعمله بالقدر الذي لا يلحق بالعقار المرتفق به إلا أقل ضرر.

المادة 45

لا يكون مالك العقار المرتفق به ملزماً بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا ما كان يقتضيه الاستعمال المألوف لحق الارتفاق.

المادة 46

نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانته تقع على عاتق مالك العقار المقرر هذا الحق لفائدته ما لم ينص العقد على خلاف ذلك. إذا كان العقار المرتفق به ينتفع بدوره من تلك المنشآت فإن نفقات أعمال الصيانة تقسم بين الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من نفع.

المادة 47

إن صاحب الملك المرتفق به لا يمكنه القيام بأي عمل يرمي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة، ويلتزم على وجه الخصوص بعدم تغيير حالة الأماكن أو نقل استعمال الارتفاق إلى محل آخر غير المكان الذي وضع فيه أول مرة. غير أنه إذا صار الوضع الأول أشد كلفة على صاحب الملك المرتفق به أو مانعا له من القيام بإصلاحات نافعة في ملكه أمكنه أن يعرض على صاحب الملك الآخر مكانا بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ولا يمكن لهذا الأخير أن يرفض ذلك، ويجوز أيضا لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن في ذلك نفعاً له وليس فيه أي ضرر بالعقار المرتفق به.

المادة 48

إذا جزئ العقار الذي كان الارتفاق مقرراً له بقي حق الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه على أن لا يزيد ذلك في عبء التكليف الواقع على العقار المرتفق به.

المادة 49

إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق سارياً على الجزء الذي كان يشغله.

الفرع الثاني: أنواع حق الارتفاق

أولا : حق الشرب

المادة 50

حق الشرب هو نوبة من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر.

المادة 51

لكل شخص أن ينتفع من موارد المياه العامة بمختلف وجوه الانتفاع بما في ذلك ري أرضه على أن يتقيد في ذلك بالمقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه.

المادة 52

إذا كان مورد الماء خاصا فلا يجوز لأحد أن يكون له حق الشرب عليه إلا برضى صاحبه.

ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين استغلال مورد الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منه، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه. وكل ذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

المادة 53

إذا كان مورد الماء مشتركا فليس لأحد من الشركاء أن يرتب عليه لفائدة الغير حق الشرب إلا بموافقتهم جميعا.

المادة 54

إذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك جاز إلزامهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها، وذلك بناء على طلب أي واحد منهم.

المادة 55

حق الشرب ينتقل لزوما تبعا لانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به.

ثانيا : حق المجرى

المادة 56

حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير.

المادة 57

لكل مالك أرض يريد أن يسقيها، من مورد له الحق في استعماله، أن يحصل على مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد مقابل تعويض مناسب يدفع مقدما وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم للانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر. لا يجوز لملاك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير الماء بأراضيهم.

المادة 58

يقع على المستفيد من المجرى عبء تعميره ويتعين عليه أن يتعهد بالإصلاح والترميم ويتحمل وحده نفقات ذلك ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، فإذا امتنع عن الإصلاح والترميم كان لمن تضرر من هذا الامتناع الحق في التعويض.

المادة 59

لا يجوز لمالك الأرض المار بها المجرى أن يمنع صاحب الحق فيه من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات اللازمة. وكل ضرر ينتج عن هذا المنع يتحمل مسؤوليته مالك الأرض.

ثالثا: حق المسيل أو الصرف

المادة 60

تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة.

المادة 61

لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر التي تنزل في أرضه والتصرف فيها وإذا كان استعمال تلك المياه والاتجاه المعطى لها يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لسيل المياه المبين في المادة أعلاه، فإن لصاحب الأرض المنخفضة الحق في التعويض، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

المادة 62

يجب على مالك الأرض إذا أراد إحداث أبنية عليها أن يقيم سطوحها وشرفاتها بشكل يسمح بمسيل مياه الأمطار ونحوها على أرضه لا على أرض جاره.

المادة 63

لكل مالك عقار يريد تصريف المياه الزائدة عن حاجته أو غير الصالحة أن يحصل على ممر لها بعقار الغير نظير تعويض مناسب يدفع مقدما.

يشترط تمرير الماء الزائد عن الحاجة في مكان لا يسبب للعقار المرتفق به إلا أقل ضرر، كما يشترط تمرير الماء غير الصالح في مواسير بحيث لا تتسبب في أي ضرر للعقار المرتفق به.

تسري على حق الصرف مقتضيات المواد من 56 إلى 59 المتعلقة بحق المجري.

رابعاً : حق المرور

المادة 64

لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كاف لاستغلال عقاره أن يحصل على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر.

المادة 65

إذا تم تقسيم ملك وأصبحت بعض أجزائه محصورة ولا منفذ لها إلى الطريق العمومي، فلا يجوز لملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء التي كانت موضوع التقسيم. فإذا تعذر ذلك تطبق مقتضيات المادة السابقة.

خامساً : حق المطل

المادة 66

لا يجوز لمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب الملك المجاور.

المادة 67

يمكن للمالك أن يبني في حدود أرضه دون مراعاة النوافذ والشبابيك المفتوحة على ملكه إلا إذا وجدت اتفاقات مخالفة.

المادة 68

لا يجوز فتح مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة مواجهة لملك الجار إلا على مسافة مترين، وإذا كانت منحرفة فعلى مسافة متر واحد. ولا يسري هذا المنع على المطلات والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية.

تحسب المسافات المذكورة من ظهر الحائط الذي فتحت فيه المطلات أو من خارج الشرفة، وذلك إلى غاية الخط الفاصل بين المالكين، مع مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

الفرع الثالث: انقضاء الارتفاقات

المادة 69

ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية :

- بانتهاء الأجل المحدد له ؛
- بالتنازل عن حق الارتفاق ممن له الحق فيه ؛
- باجتماع العقارين في يد مالك واحد؛
- بصيرورة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به في وضعية لا يمكن معها استعمال هذا الحق ؛
- بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً ؛
- بزوال الغرض الذي أحدث من أجله.

الفصل الثاني: التحملات العقارية

المادة 70

للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

المادة 71

ليس للجيران أن يطالبوا بإزالة مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما لهم أن يطالبوا بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له.

لا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون استعمال الحق في المطالبة بإزالة الضرر.

المادة 72

على المالك أن لا يغرس أشجاراً أو شجيرات أو أغراساً على حدود أرضه أو يعوضها إذا ماتت أو قطعت أو قلعت دون مراعاة المسافات التي تحددها الأنظمة.

فإذا لم تكن هناك أنظمة تحدد المسافات، وجب عليه أن يغرسها بعيداً عن الحد الذي يفصل أرضه عن أرض جاره بمسافة لا تقل عن مترين اثنين إذا كانت المغروسات مما يفوق ارتفاعها مترين، وعن نصف متر إذا كانت مما دون ذلك.

يمكن أن تغرس الأشجار والشجيرات والأغراس على جهتي الحائط الفاصل بين عقارين دون أن يكون من اللازم مراعاة أي مسافة. غير أنه لا يجوز أن تعلو قمة الحائط.

وللجار حق المطالبة برفع ما قد تسببه من أضرار.

المادة 73

لا يجوز للجار أن يغرس أشجارا بجوار بناء جاره إذا كانت هذه الأشجار تمتد جذورها، فإذا غرسها فإنه يحق لمالك هذا البناء المطالبة بقلعها.

المادة 74

إذا امتدت أغصان الأشجار فوق أرض الجار فله أن يطالب بقطعها إلى الحد الذي تستوي فيه مع حدود أرضه وتكون له الثمار التي تسقط منها طبيعيا.
كما يجوز لهذا الجار أن يقطعها بنفسه إذا خشي أن يصيبها ضرر من ذلك.
ويسري نفس الحكم في حالة امتداد جذور الأشجار إلى أرض الجار.
إذا امتدت أغصان الأشجار أو جذورها على الطرق أو جنباتها جاز لكل ذي مصلحة المطالبة بقطعها.

المادة 75

إذا أحدث الغير بناء بجوار عقار يتصرف فيه مالكة تصرفا مشروعا فليس لمحدثه أن يدعي الضرر من الوضع القديم وإنما عليه أن يدفع الضرر الذي أحدثه بنفسه.

المادة 76

يحق للمالك أن يسور ملكه على أن لا يحول ذلك دون استعمال مالك عقار مجاور لحقوقه، ولا يجوز له أن يهدم الحائط المقام مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بهذا الحائط.
ليس للجار أن يجبر جاره على تسوير أرضه إلا إذا تضرر من ذلك.

المادة 77

يجب أن تقام المصانع وغيرها من المحلات المضرة بالصحة أو الخطرة أو المقلقة للراحة، بالمواصفات وعلى المسافات وداخل المناطق المنصوص عليها في القانون.
كما يجب على مالكيها اتخاذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على البيئة والحيلولة دون الإضرار بأي أحد مع مراعاة القوانين الجاري بها العمل في هذا الباب.

المادة 78

لمالك العقار أو حائزه الذي يخشى لأسباب جدية انهيار بناء مجاور أو تهدمه الجزئي أن يطلب من مالكة أو حائزه اتخاذ ما يلزم لمنع سقوطه.
لمالك العقار أو حائزه المهدد بالضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تجري بالعقار المجاور أن يطالب المالك أو القائم بالأشغال باتخاذ ما يلزم لمنع حدوث الضرر وله أن يطلب وقف تلك الأشغال.

يختص قاضي المستعجلات بالنظر في الطلبات الرامية إلى الأمر باتخاذ ما يلزم لمنع سقوط البناء أو الأمر بإيقاف الأشغال.

الباب الثالث: حق الانتفاع

الفصل الأول: أحكام عامة

المادة 79

الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع.

المادة 80

ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون ويمكن أن يكون مقيدا بأجل أو بشرط.

المادة 81

يمكن أن يترتب حق الانتفاع:
أولاً: على الملكية العقارية؛
ثانياً: على حق السطحية؛
ثالثاً: على حق الزينة؛
رابعاً: على حق الهواء أو التعلية.

الفصل الثاني: حقوق المنتفع والتزاماته

المادة 82

للمنتفع أن يستغل العقار محل حق الانتفاع بمختلف أنواع الاستغلال التي تتفق مع طبيعته وله أن يتمتع بكل ما يذره هذا العقار من ثمار سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية.

المادة 83

تكون ثمار العقار المنتفع به للمنتفع مدة انتفاعه، بحيث يكتسبها يوماً فيوماً تبعاً لهذه المدة.

المادة 84

إذا ورد حق الانتفاع على أرض فلاحية فان الثمار والزروع التي لم يتم جنيها أو حصادها وقت نشوء حق الانتفاع تكون لصاحب هذا الحق. أما الثمار والزروع التي توجد في نفس الحالة عند انقضاء هذا الحق فتكون لمالك الرقبة دون أن يكون لأي منهما قبل الآخر حق التعويض ودون مساس بحقوق الغير.

المادة 85

للمنتفع أن يتمتع بجميع المنافع التي تكون للمالك على العقار المنتفع به ولا سيما حقوق الارتفاق المقررة لفائدة هذا العقار، كما له أن يتمتع بكل الزيادات التي تلحق بهذا العقار عن طريق الالتصاق.

المادة 86

للمنتفع أن يتمتع بالعقار المنتفع به بنفسه أو يؤجر حقه أو يقوم برهنه أو تفويته.

المادة 87

لا يمكن للمالك أن يقوم بعمل يضر بحقوق المنتفع ولا يمكن للمنتفع أن يطالب بعد انقضاء الانتفاع بأي تعويض عن التحسينات التي قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها. غير أنه يمكن له أو لورثته أن يزيل المرايا واللوحات والصور وغيرها التي يكون قد وضعها شرط أن يعيد أماكنها إلى الحالة التي كانت عليها في السابق.

المادة 88

إذا ورد حق الانتفاع على أشجار تقطع في أزمنة دورية فإن للمنتفع الاستفادة منها مدة انتفاعه بشرط أن يتقيد في قطعها بقواعد الاستغلال المعتادة لها. إذا ورد حق الانتفاع على مشتل فإن للمنتفع الاستفادة مما به من نبات وفسائل على أن يعرضها عند انقضاء انتفاعه مراعيًا القواعد المتبعة في ذلك.

المادة 89

للمنتفع الاستفادة من المقالع المستغلة وقت نشوء حق الانتفاع على أن يراعي الضوابط وقواعد الاستغلال المتبعة من طرف المالك والنصوص القانونية الجاري بها العمل،

المادة 90

للمنتفع أن يستعمل العقار أو الحق العيني المنتفع به بطريقة تتفق مع طبيعته أو مع ما أعد له وطبقا للسند المنشئ لهذا الحق.

المادة 91

لمالك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة العقار أو الحق العيني المنتفع به وفي هذه الحالة له أن يطلب إنهاء هذا العقد دون إخلال بما قد يكون للطرفين من حق في التعويض ودون المساس بحقوق الغير.

المادة 92

يتسلم المنتفع العقارات في الحالة التي توجد عليها غير أنه لا يمكنه الشروع في استغلالها إلا بعد تنظيم كشف بحالتها بحضور كل من المالك والمنتفع.

المادة 93

يجب على المنتفع أن يبذل في المحافظة على الحق المنتفع به العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه.

المادة 94

يلتزم المنتفع برد الأشياء المنتفع بها بمجرد انقضاء حق الانتفاع، فإذا تماطل في ردها بعد إنذاره بصورة قانونية وهلك أو تلفت في يده فإنه يكون مسؤولاً من هذا الهلاك أو التلف ولو حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المادة 95

يلتزم المنتفع طيلة مدة الانتفاع بأداء ما يفرض على المالك المنتفع به من تكاليف دورية كالضرائب وغيرها ويتحمل النفقات اللازمة لحفظه وصيانته.

المادة 96

لا يلتزم المنتفع بنفقات الإصلاحات إلا إذا ترتبت موجباتها عن فعله أو خطئه.

المادة 97

ليس على المالك ولا على المنتفع أن يبنيا من جديد ما تلاشى لقدمه أو تحطم بسبب حادث فجائي.

المادة 98

يتعين على المنتفع أن يعلم مالك الرقبة وفق طرق التبليغ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية³⁵⁰، وذلك في الحالتين الآتيتين:

- بكل ادعاء من طرف الغير لحق على العقار المنتفع به أو اعتداء على حق من حقوق المالك؛

350- أنظر الفصول 37 و38 و39 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741؛ كما تم تغييره وتتميمه.

- بتلف العقار المنتفع به كلاً أو بعضاً.
- إذ لم يقيم المنتفع بالاعلام المنصوص عليه أعلاه في الوقت المناسب فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق المالك من جراء ذلك.

الفصل الثالث: في انقضاء حق الانتفاع

المادة 99

ينقضي حق الانتفاع:

- بموت المنتفع؛
- بانصرام المدة المحددة للانتفاع؛
- بهلاك العقار المنتفع به هلاكاً كلياً؛
- بالتنازل عنه صراحة؛
- باجتماع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد.

المادة 100

ينقضي حق الانتفاع الممنوح للأشخاص المعنوية بانصرام مدة أقصاها أربعون سنة.

المادة 101

إذا هلك العقار المنتفع به هلاكاً جزئياً استمر حق الانتفاع قائماً على الجزء الباقي منه، متى كان يفي بالغرض الذي من أجله أنشئ هذا الحق.

المادة 102

إذا تعلق حق الانتفاع ببناء فليس للمنتفع حق التمتع بالأرض بعد هلاك البناء.
أما إذا كان حق الانتفاع متعلقاً بالأرض والبناء فإن للمنتفع حق التمتع بالأرض بعد هلاك البناء.

المادة 103

لدائنيالمنتفعطلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 104

يمكن أن ينتهي الانتفاع كذلك بسبب تعسف المنتفع في استغلاله إما بقيامه بإتلاف العقار أو بتعريضه للتلف نتيجة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة للصيانة.
ويمكن حسب خطورة الأحوال أن تقضي المحكمة بانقضاء الانتفاع كلياً أو باسترجاع المالك للعقار المنتفع به مع أدائه للمنتفع مبلغاً سنوياً تحدده، وذلك إلى وقت انقضاء الانتفاع.

ويجوز لدائني المنتفع صيانة لحقوقهم أن يتدخلوا في المنازعات ويمكنهم أن يطالبوا بإصلاح ما أُلِف.

الباب الرابع: حق العمرى

المادة 105

العمرى حق عيني قوامه تمليك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة.

المادة 106

تتعدد العمرى بالإيجاب والقبول.
يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي.
لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى.

المادة 107

يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق بان يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته.
ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطى أو لوارثه.

المادة 108

يجب على المعطى له أن يبذل في المحافظة على العقار موضوع العمرى العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه وتقع عليه النفقات اللازمة لحفظه وصيانتة.
ويتحمل أيضا التكاليف العادية المفروضة على هذا العقار.

الباب الخامس: حق الاستعمال

المادة 109

ينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية.

المادة 110

يمكن أن يقرر حق الاستعمال:

أولاً: على الملكية العقارية؛

ثانياً: على حق السطحية؛

ثالثاً: على حق الزينة؛

رابعاً: على حق الهواء أو التعلية.

المادة 111

يحدد نطاق حق الاستعمال وكذا حقوق والتزامات صاحب هذا الحق بمقتضى السند المنشئ له.

المادة 112

إذا لم يتضمن السند المنشئ لحق الاستعمال نطاق هذا الحق، فإن من له حق الاستعمال على ثمار عقار لا يمكنه أن يأخذ إلا بمقدار ما يلزم منها لسد حاجياته وحاجيات من تلزمه نفقته.

إذا تعلق هذا الحق بسكنى دار فلا يجوز لصاحبه أن يستعمله إلا بمقدار حاجته أو حاجات من تلزمه نفقته.

المادة 113

لا يجوز للمتمتع بحق الاستعمال أن يتصرف فيه.

المادة 114

يلتزم صاحب حق الاستعمال بأن يبذل في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه.

المادة 115

لا يكون صاحب حق الاستعمال ملزماً بالتكاليف العادية المفروضة على العقار ونفقات إصلاحه وصيانته إلا بقدر ما يستعمله منه.

الباب السادس: حق السطحية

المادة 116

السطحية حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير. وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية.

لا يمكن ترتيب حق السطحية على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء.

المادة 117

يمكن لمن له حق السطحية أن يفوته وأن يرهنه ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق.

المادة 118

ينقضي حق السطحية:

أولاً: بالتنازل عنه صراحة؛

ثانياً : باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد ؛

ثالثاً: بهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً.

المادة 119

لدائني صاحب حق السطحية طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 120

ليس لمالك حق السطحية أن يبني أو يغرس من جديد ما تلاشى لقدمه أو مات أو اقتلع بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف.

الباب السابع: حق الكراء الطويل الأمد

المادة 121

يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي ويمكن تقويت هذا الحق وحجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.

يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها.

المادة 122

لا يكون عقد الكراء الطويل الأمد صحيحاً إلا إذا صدر ممن له حق التقويت وطبق الشروط المقررة في القانون.

يجب أن ينص عقد الكراء الطويل الأمد على طبيعته العينية.

المادة 123

لا يمكن للمكثري أن يطلب التخفيض من واجبات الكراء، بحجة تلف الملك جزئياً أو حرمانه من غلته كلاً أو بعضاً نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة.

المادة 124

إذا تخلف المكثري عن الأداء مدة سنتين متتابتين جاز للمكثري بعد توجيه إنذار بدون جدوى أن يحصل قضائياً على فسخ الكراء الطويل الأمد كما يمكنه أن يطالب بالفسخ في حالة عدم تنفيذ شروط العقد أو إلحاق المكثري أضراراً جسيمة بالملك.

غير أنه يجوز للمحكمة مراعاة منها لظروف المكتري أن تمنح أجالا معتدلة للوفاء، وذلك وفقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود.

المادة 125

لا يمكن للمكتري أن يتحرر من واجبات الكراء ولا أن يتملص من تنفيذ شروط عقد الكراء الطويل الأمد بتخليه عن الملك.

المادة 126

لا يجوز للمكتري أن يحدث أي تغيير في الملك من شأنه أن ينقص من قيمته. إذا أحدث المكتري تحسينات أو بناءات زادت في قيمة الملك فلا يمكنه أن يزيلها ولا أن يطالب بأي تعويض عنها.

المادة 127

إن المكتري ملزم بجميع التكاليف والتحملات التي على العقار. يكون المكتري فيما يخص البناءات الموجودة حين الكراء والبناءات التي شيدت تنفيذا للاتفاق ملزما بالإصلاحات أيما كان نوعها غير أنه ليس عليه إعادة البناءات إذا أثبت أن سبب انهيارها راجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو أنها هلكت نتيجة عيب بالبناء السابق على عقد الكراء الطويل الأمد.

المادة 128

يمكن للمكتري أن يكتسب لصالح الملك حقوق ارتفاق وأن يرتب عليه بسند حقوق ارتفاق لفائدة الغير لمدة لا تتجاوز مدة الكراء الطويل الأمد، شرط أن يخبر المالك بذلك.

المادة 129

يستفيد المكتري مما يضم أو يدمج بالعقار نتيجة الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد.

الباب الثامن: حق الحبس

المادة 130

تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف³⁵¹.

351- ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف؛ الجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.

الباب التاسع: حق الزينة

المادة 131

الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير. ينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء، وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية. لا يمكن ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء.

المادة 132

يجب أن يبين العقد المنشئ لحق الزينة نوع البناء ومواصفاته وأبعاده ويحدد حقوق والتزامات صاحب هذا الحق.

المادة 133

يمكن لصاحب حق الزينة أن يفوت البناء الذي أحدثه وأن يرهنه ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاع في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق

المادة 134

يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة. لا يسري حكم هذه المادة على حقوق الزينة القائمة عند صدور هذا القانون، غير أنه ليس لمالك حق الزينة في هذه الحالة أن يبني من جديد ما تلاشى لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة إلا بإذن مالك الرقبة.

المادة 135

ينقضي حق الزينة:

- بانتهاء مدته ؛
- بالتنازل عنه صراحة؛
- باجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد؛
- بهلاك البناء هلاكاً كلياً.

المادة 136

لدائني صاحب حق الزينة طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 137

إذا انقضى حق الزينة ولم يكن هناك اتفاق يحدد مصير البناء، تطبق أحكام الباني بحسن نية في ملك الغير.

الباب العاشر: حق الهواء والتعليق

المادة 138

حق الهواء والتعليق حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة.

المادة 139

ينشأ حق الهواء، والتعليق بالعقد.

يجب أن يبين هذا العقد نوع البناء المراد إقامته ومواصفاته وأبعاده. لا يمكن ترتيب حق الهواء والتعليق على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء.

المادة 140

يجوز لصاحب حق الهواء والتعليق أن يفوته أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق بما لا يتعارض مع طبيعته. ينتقل حق الهواء والتعليق بالشفعة أو بالميراث أو بالوصية.

المادة 141

لا يجوز لصاحب حق الهواء والتعليق أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه بغير رضى مالك السفلى.

القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية

الباب الأول: الامتيازات

المادة 142

الامتياز حق عيني تبعية يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين.

المادة 143

تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون.

المادة 144

إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي:
أولاً: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه؛

ثانيا : حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها.
ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات.

الباب الثاني: الرهن الحيازي

الفصل الأول: أحكام عامة

المادة 145

الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.

تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ.

المادة 146

إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن.
لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه في الملك محل الرهن الحيازي ما دام لم يقع وفاء الدين كاملا.
كما لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلى عن الملك موضوع الرهن الحيازي إضرارا ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين.

المادة 147

يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة.
يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان.

المادة 148

يشمل الرهن الحيازي الملك المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من إنشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق.

المادة 149

يجب لصحة عقد الرهن الحيازي أن يتضمن ما يلي :

- هوية أطراف العقد؛
- تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشمولاته وعند الاقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري ؛

- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه.

المادة 150

يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه.

المادة 151

يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين.

المادة 152

لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنا حيازيا إلا بإذن من القاضي.

المادة 153

إن الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك কিفما كانت نتيجة القسمة.

إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته، وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفا في الدعوى المتعلقة بها.

المادة 154

لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا.

الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي

المادة 155

يتمتع الدائن المرتهن رهنا حيازيا بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها.

المادة 156

تكون ثمار الملك المرهون لمالكه وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله أن يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين.

المادة 157

إن الدائن ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذي بيده على وجه الرهن الحيازي ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك.

ويجب عليه أيضا أن يقوم بالترميمات والإصلاحات النافعة والضرورية للعقار، مع بقاء الحق له في أن يفتتق من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولا عن تعويض الضرر.

المادة 158

لا يصبح الدائن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، وكل شرط يقضي بغير ذلك يكون باطلا، وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية بالبيع الجبري للملك المرهون.

المادة 159

يسأل الدائن عن الهلاك أو التلف الذي قد يصيب الملك نتيجة إهماله له.

المادة 160

يجب علي المدين أن يؤدي للدائن المرتهن المصروفات الضرورية التي أنفقها على الملك المرهون لديه.

الفصل الثالث: انقضاء الرهن الحيازي

المادة 161

يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون ويدور معه وجودا وعدما.
ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه.

المادة 162

ينقضي الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به في الحالات الآتية:

- بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة؛

- بهلاك الملك المرهون هلاكا كلياً؛

- باتحاد الذمة.

المادة 163

ينقضي الرهن ببيع الملك بيعا جبريا بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

المادة 164

للمدين أن يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه.

فإذا لم يقبل الدائن هذا الوفاء فإن للراهن أن يقوم بعرض الدين عرضاً عينياً حقيقياً ثم إيداعه بصندوق المحكمة، وتحكم المحكمة برد الملك لمالكه وبانقضاء الرهن بعد التحقق من أداء الدين بكامله.

الباب الثالث: الرهون الرسمية

الفصل الأول: أحكام عامة

المادة 165

الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين.

المادة 166

الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها.

المادة 167

يشمل الرهن الرسمي العقار المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من إنشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق.

المادة 168

إن الدائن الذي قيد رهنه لضمان أصل دين وفوائد أو استحقاقات دورية له الحق أن يقيدها في نفس الرتبة التي قيد فيها أصل الدين وذلك لاستيفاء المستحق منها عن السنة الجارية والتي قبلها فقط، شرط أن يكون هذا الحق ناشئاً عن عقد الرهن ومقيداً بالرسم العقاري وأن يكون سعر الفائدة معيناً.

المادة 169

كل رهن رسمي مقيد بكيفية منتظمة في الرسم العقاري يحتفظ برتبته وصلاحيته بدون أي إجراء جديد إلى أن يقيد الإبراء من الدين بكيفية منتظمة بالرسم المذكور.

الفصل الثاني: إنشاء الرهن الرسمي

المادة 170

يكون الرهن الرسمي إجبارياً أو اتفاقياً.

الفرع الأول: الرهن الإجباري

المادة 171

يكون الرهن الإجباري بدون رضى المدين في الحالات التي يقررها القانون.

المادة 172

يمكن أن يخول البائع أو المعاوض أو المتقاسم، الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك، رهنا إجباريا على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناء على حكم قضائي.

المادة 173

عند الاستعجال، يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الإجباري أن يأمر بناء على طلب بإجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي. يأخذ الحكم الصادر بالرهن رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي.

الفرع الثاني: الرهن الاتفاقي

المادة 174³⁵²

ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري.

لا تسري أحكام المادة 4 أعلاه على إنشاء أو نقل أو تعديل أو إسقاط الرهن الاتفاقي المقرر لضمان أداء دين لا تتجاوز قيمته المبلغ المالي المحدد بنص تنظيمي³⁵³.

352- تم تتميم أحكام المادة 174 أعلاه بمقتضى مادة فريدة من القانون رقم 22.13 القاضي بتتيمم المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية؛ الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

353- أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 2.14.881 صادر في 27 من جمادى الآخرة 1436 (17 أبريل 2015) بتطبيق المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية؛ الجريدة الرسمية عدد 6356 بتاريخ 11 رجب 1436 (30 أبريل 2015)، ص 4119.

المادة الأولى:

" تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، كما تم تتميمه، يحدد المبلغ المالي للدين موضوع الرهن الاتفاقي المقرر لضمان أداءه والذي لا ينبغي تجاوزه حتى لا تسري عليه أحكام المادة 4 من القانون المذكور، بقرار مشترك للوزير المكلف بالفلاحة والوزير المكلف بالعدل والوزير المكلف بالمالية."

- أنظر المادة الأولى من القرار المشترك لوزير الفلاحة والصيد البحري ووزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4517.14 الصادر في 27 من جمادى الآخرة 1436 (17 أبريل 2015) بتحديد المبلغ المالي للدين موضوع الرهن الاتفاقي، المستثنى من أحكام المادة 4 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية؛ الجريدة الرسمية عدد 6369 بتاريخ 27 شعبان 1436 (15 يونيو 2015)، ص 5725.

المادة 175

يجب لصحة عقد الرهن الرسمي أن يتضمن ما يلي:

- هوية أطراف العقد؛
- تعيين الملك المرهون ببيان اسمه وموقعه ومساحته و مشتملاته ورقم رسمه العقاري أو مطلب تحفيظه؛
- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه.

المادة 176

يجب أن يكون الراهن مالكا للملك المرهون وأهلا للتصرف فيه.

المادة 177

يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين.

المادة 178

لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليها رهنا رسميا إلا بإذن من القاضي.

المادة 179

يجوز إجراء الرهن الرسمي ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد سقفه الأقصى بالعقد المنشئ للرهن.

المادة 180

إن الرهن المبرم لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين يأخذ رتبته من تاريخ تقييده من غير أن تراعى في ذلك التواريخ المتوالية لتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المقترض.

المادة 181

كل من ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهنا خاضعا لنفس الأحكام.
غير أن الدائن المرتهن حسن النية يحتفظ بحقه في الرهن إذا كان يجهل تلك الأحكام.

المادة الأولى:

"تطبيقا للمادة الأولى من المرسوم رقم 2.14.881 المشار إليه أعلاه، يحدد المبلغ المالي للدين موضوع الرهن الاتفاقي المقرر لضمان أدائه والذي لا ينبغي تجاوزه حتى لا تسري عليه أحكام المادة 4 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، كما تم تنميته، في مائيتين وخمسين ألف درهم (250.000.00) درهم."

المادة 182

إن الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة.

إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفاً في الدعوى المتعلقة بها.

المادة 183

لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا.

المادة 184

إذا تعلق الرهن الاتفاقى بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوماً، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبه التي يبقى مكتسباً لها بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة الآتية.

المادة 185

يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاك العقارية أن يقيد حقه تقييداً احتياطياً وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر برضى المالك وذلك مدة تسعين يوماً تسري من تاريخ التقييد المنجز.

يضمن هذا التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ولا يشار إليه في نظيره.

يمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به.

المادة 186

ينتهي مفعول التقييد الاحتياطي للرهن المؤجل ويشطب عليه تلقائياً إذا لم ينجز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال المدة المذكورة.

الفصل الثالث: آثار الرهن الرسمي

الفرع الأول: آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدین

أولاً: آثار الرهن بالنسبة للراهن

المادة 187

يبقى الملك المرهون تحت يد الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه دون المساس بحقوق الدائن المرتهن.

المادة 188

للاهن حق إدارة الملك المرهون والحصول على غلته إلى أن يباع عليه، في حالة عدم وفاء الدين.

المادة 189

يضمن الراهن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته كاملاً حتى وفاء الدين، وللمرتهن أن يعترض على كل نقص بين في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق.

المادة 190

إذا هلك الملك المرهون أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه فوراً أو تقديم ضمان كاف لدينه.

المادة 191

ينتقل حق الدائن المرتهن عند هلاك الملك المرهون أو تعييبه أو نزع ملكيته لأجل المنفعة العامة إلى المال الذي يحل محله كـمبلغ التأمين أو التعويض أو مقابل نزع الملكية، وللمرتهن أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقاً لمرتبته.

ثانياً: آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن

المادة 192

للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون وذلك حسب مرتبته.

المادة 193

إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي.

المادة 194

كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن المرتهن عند عدم الوفاء له بدينه أن يملك الملك المرهون يكون باطلا سواء تم النص عليه في صلب العقد أو في عقد لاحق.

المادة 195

يكون باطلا كل شرط يرمي إلى بيع الملك المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية المقررة.

غير أنه يمكن بعد حلول أجل أداء الدين أن يتفق المدين مع دائنيه على بيع الملك المرهون دون إتباع هذه الإجراءات.

المادة 196

إذا كان الراهن كفيلًا عينيا فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين.

الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين

أولا: حق الأولوية

المادة 197

يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين.

المادة 198

يمكن للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه أن يتنازل عن رتبة رهنه بمقدار دينه لدائن مرتهن آخر على نفس الملك المرهون دون المساس بحق الدائنين المرتهنين المواليين له في الرتبة.

ثانيا: حق التتبع

المادة 199

للدائن المرتهن رهنا رسميا حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به.

المادة 200

يعتبر حائزا للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين.

المادة 201

يجوز للحائز أن يحل محل المدين في أداء الدين وتوابعه ويستفيد في ذلك من الآجال المخولة للمدين الأصلي، كما له قبل حلول أجل الوفاء أن يطهر الملك من الرهن المترتب عليه بأداء الدين وتوابعه.

يحل الحائز محل الدائن الذي استوفى دينه في ما له من حقوق تجاه المدين الأصلي.

المادة 202

للحائز الذي لم يكن ملتزماً شخصياً بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين. يؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد.

المادة 203

لا يحول تخلي الحائز عن الملك المرهون دون الحق في استرداده إلى حين تاريخ البيع بالمزاد العلني، وذلك بعد أدائه كامل الدين وتوابعه.

المادة 204

يشهد بالتخلي رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة ويحرر محضراً بذلك يعرضه على رئيس المحكمة للمصادقة عليه، ويوجه نسخة منه إلى الدائنين المعنيين داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المصادقة.

المادة 205

يجوز لحائز الملك المرهون المشاركة في المزايدة العلنية المقررة لبيع الملك، فإذا رسا المزاد عليه وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكا من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري.

المادة 206

إذا رسا المزاد العلني على غير الحائز بصفة نهائية يتسلم الملك من الحائز وتنتقل إليه الملكية بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري.

المادة 207

يجوز للدائنين المطالبين بالبيع الجبري أو لمن له مصلحة في التعجيل به أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة تعيين قيم تباشر ضده إجراءات البيع الجبري للملك المتخلى عنه.

المادة 208

يكون الحائز مسؤولاً عن تعويض الدائنين المرتهنيين عن كل عيب أو تلف يصيب الملك المرهون بفعله أو تقصيره، ولا يجوز للحائز استرداد قيمة التحسينات والإصلاحات إلا بقدر ما نتج عنها من زيادة في القيمة.

المادة 209

لا يكون الحائز مدينا بالثمار إلا ابتداء من اليوم الذي وجه له فيه الإنذار الرسمي بالأداء أو التخلي غير أنه إذا وقع التراخي في متابعة إجراءات البيع الجبري التي سبق أن بوشرت واستمرت لمدة ثلاثة أشهر فإن الحائز لا يكون مدينا بالثمار إلا من اليوم الذي يوجه له فيه إنذار رسمي جديد.

المادة 210

تعود من جديد بعد التخلي الحقوق العينية التي كان الحائز يتمتع بها على الملك المتخلي عنه أو ملزما بها تجاه الغير، وإذا كان قد شطب عليها من الرسم العقاري نتيجة اتحاد الذمة يتم تقييدها من جديد بطلب من الحائز في الرتبة التي كانت لها قبل التشطيب، وللدائنين المرتهنين للحائز وللمالكين السالفين أن يستوفوا ديونهم من ثمن الملك المتخلي عنه حسب رتبته في الرسم العقاري.

المادة 211

للحائز الذي أدى الدين أو تخلى عن الملك المرهون أو انتزع من يده، حق الرجوع على المدين الأصلي في الحدود التي يقررها القانون.

الفرع الثالث: انقضاء الرهن الرسمي

المادة 212

ينقضي الرهن في الحالات الآتية:

- بالوفاء بالدين؛
- برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن؛
- بهلاك الملك المرهون هلاكاً كلياً؛
- باتحاد الذمة.

المادة 213

ينقضي الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

القسم الثالث: في الحجز والبيع الجبري للعقارات

المادة 214

يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائده مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير

الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري³⁵⁴
أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الأجل.
تكون للشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ.

المادة 215

للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل به.

المادة 216

يتضمن الإنذار المشار إليه في المادة السابقة اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري.
يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري.
يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري ينتج نفس آثاره.

المادة 217

في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد فإن بيع كل واحد منها يتم بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة نفوذها الملك.
يجب أن يقع بيع هذه الأملاك على التوالي وفي حدود ما يفي بأداء الدين بكامله.

المادة 218

إذا وقع التراخي في مواصلة الإجراءات التي تتلو الحجز، أمكن للمحجز عليه أن يتقدم بمقال إلى رئيس المحكمة المختصة بوصفه قاضيا للمستعجلات للمطالبة برفع اليد عن الحجز.
تبلغ نسخة من هذا المقال إلى الحاجز وفق القواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.
يكون الأمر الصادر برفع اليد عن الحجز نهائيا ونافذا على الفور.

354- أنظر الفصول من 101 إلى 103 الظهير الشريف رقم 1.11.177 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري؛ الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

المادة 219

بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية فإن المكلّف بالتنفيذ يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك إنذاراً للإطلاع على دفتر التحملات والشروط وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر.

المادة 220

لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر إرساء المزايدة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعاً صحيحاً لفائدة من له الحق فيه. يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

المادة 221

لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي.

الكتاب الثاني: أسباب كسب الملكية والقسمة

القسم الأول: أسباب كسب الملكية

الباب الأول: إحياء الأراضي الموات والحريم والالتصاق والحيازة

الفصل الأول: إحياء الأراضي الموات والحريم

المادة 222

الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقاً للقانون.

المادة 223

من أحيى أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها.

المادة 224

يكون إحياء الأرض الموات بجعلها صالحة للاستغلال، ويتم إحيائها بزراعتها أو غرس أشجار بها أو إقامة منشآت عليها أو تفجير ماء بها أو صرفه عنها.

المادة 225

إذا صارت الأرض الموات مستغلة من طرف من أحيائها، فلا يزول حقه في استغلالها بعودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء.

المادة 226

يختص أهل البلدة أو مالك الدار أو رب البئر أو الشجر بالحريم ويمنع الغير من استغلاله أو إحداث أي شيء فيه، وكل ما يضر بهذا الحريم يزال.
يحدد الحريم على النحو التالي:

1. حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة؛
2. حريم الدار ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها. وتشترك الدور المجتمعة في حريم واحد وينتفع به أهل كل دار بما لا يضر بغيرهم من الجيران؛
3. حريم البئر أو الثقب أو أي مورد من موارد المياه السطحية أو الجوفية هو ما يسع واردها ويكون إحداث شيء فيه ضارا به أو بمائه؛
4. حريم الشجرة ما تحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد المتعلقة بقيود الجوار.

الفصل الثاني: الالتصاق بالعقار

الفرع الأول: الالتصاق بفعل الطبيعة

المادة 227

الطمي الذي يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير يصبح ملكا لصاحب هذه الأرض.

المادة 228

إذا وقع تغيير في مجرى النهر أو اتخذ النهر مجرى جديدا فإنه تسري في شأنهما الأحكام المنصوص عليها في المادتين 3 و 4 من قانون 10.95 المتعلق بنظام المياه³⁵⁵.

المادة 229

الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك تبقى على حالها ملكا عاما للدولة، كما أن الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتا تظل على ملكية أصحابها.

355- القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.154 بتاريخ 18 من ربيع الأول 1416 (16 أغسطس 1995)؛ الجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 24 ربيع الآخر 1416 (20 سبتمبر 1995)، ص 2520.

المادة 230

الجزر التي قد تتكون بصورة طبيعية داخل المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار تكون ملكا عاما للدولة.

الفرع الثاني: الالتصاق بفعل الإنسان

المادة 231

إن ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريق الالتصاق.

المادة 232

إذا زرع شخص أرضا مملوكة للغير بسوء نية، فإن أخذها مالكها قبل فوات وقت الزراعة فهو مخير بين المطالبة بقلع الزرع مع التعويض إذا كان له ما يبرره، وبين تملك الزرع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصا منها أجره القلع، وإن أخذها بعد فوات وقت الزراعة فله الحق في أجره المثل مع التعويض إن كان له ما يبرره.

أما إذا زرع شخص أرض غيره بحسن نية كمن استأجر أرضا من غير مالكةا، فإن استحق المالك أرضه قبل فوات وقت الزراعة فللزارع أجره المثل، وإن استحق المالك أرضه بعد فوات وقت الزراعة فليس له إلا الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من المتسبب فيه.

المادة 233

كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك حسب القواعد الآتية.

المادة 234

يجوز لمالك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرتئها مع التقيد بالقوانين والأنظمة.

كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وله أن يقوم بكل تنقيب يرتئيه، وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها ما عدا الاستثناءات الناتجة عن القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 235

كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكةا وعلى نفقته وتعتبر ملكا له ما لم تقم بيئة على خلاف ذلك.

المادة 236

إن مالك العقار الذي أقام بها بناءات وأغراسا ومنشآت بمواد ليست له، يجب عليه أداء القيمة التي كانت لتلك المواد وقت استعمالها وذلك بغض النظر عما يمكن أن يطالب به من تعويضات وليس لصاحب المواد الحق في أخذها بعدما دخل عليها تغيير.

المادة 237

إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بناءات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت.

أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجره اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك.

المادة 238

إذا تجاوز مالك بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره لا يتجاوز عرضه 50 سنتمترا فإن للمحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين إما أن تأمر بإزالة البناء المقام بأرض الجار على نفقة من أقامه أو أن تجبر مالك الجزء المشغول بالبناء بالتنازل عن ملكيته لجاره في مقابل تعويض مناسب.

الفصل الثالث: الحيابة

الفرع الأول: أحكام عامة

المادة 239

تقوم الحيابة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه. ولا تقوم هذه الحيابة لغير المغاربة مهما طال أمدها.

المادة 240

يشترط لصحة حيابة الحائز:

1. أن يكون واضعا يده على الملك؛
2. أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛
3. أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛
4. ألا ينازعه في ذلك منازع؛
5. أن تستمر الحيابة طول المدة المقررة في القانون؛

6. وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

المادة 241

لا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع.

المادة 242

لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه.

المادة 243

يباشر الحيازة الشخص بنفسه ويمكن أن يباشرها بواسطة شخص يأتمر بأمره. ويفترض في واضع اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس. تباشر الجماعات السلالية الحيازة لفائدتها ويمكن أن تباشرها بواسطة أفراد ينتمون إلى الجماعة.

يجوز أن يحوز شخصان أو أكثر ملكا مشاعا فيما بينهم. يمكن لفاقد الأهلية أو ناقصها أن يكتسب الحيازة إذا باشرها نائبه الشرعي نيابة عنه.

المادة 244

إذا كانت الحيازة اللاحقة استمرارا لحيازة سابقة اعتبر استمرارها من تاريخ حيازة الحائز الأول.

المادة 245

إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، كما لا يكون للحيازة أثر إذا كانت متقطعة وغير مستمرة. تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها إذا استغل الملك بكيفية اعتيادية ومنتظمة وبدون منازع.

المادة 246

لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية، ولا يحق لواضع اليد أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه.

المادة 247

يمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة.

وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام.

المادة 248

تبقى الحيازة محتفظة بالصفات التي بدأت بها من وقت اكتسابها ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

المادة 249

تنقضي الحيازة إذا تخلّى الحائز عن السيطرة الفعلية على الملك أو فقدّها، ومع ذلك فلا تنقضي حيازته إذا منعه من مباشرتها مانع وقتي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

الفرع الثاني: مدة الحيازة

المادة 250

إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكاً حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضراً عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار.

المادة 251

تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة.

المادة 252

تحتسب مدة الحيازة كاملة.

المادة 253

تبدأ مدة الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه وفي حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيازة أول مفوت.

المادة 254

تجمع مدد الحيازات المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون.

المادة 255

لا محل للحيازة:

- بين الأب وابنه وإن سفل ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلوا؛
- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛
- بين الشركاء مطلقاً؛
- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛
- بين الوكيل وموكله؛

- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال.

المادة 256

لا يعتد بالحياسة:

إذا كان المحوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة الحياسة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال؛

1. إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة ، يفترض عدم علمه بحياسة ملكه إلى أن يثبت العكس؛
2. إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة؛
3. إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة ؛
4. إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحياسة.

المادة 257

تنتقطع مدة الحياسة في الأحوال الآتية:

1. إذا فقد الحائز حيازته أو تخلى عنها؛
2. إذا رفعت الدعوى ضد الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون للانقطاع أثر إذا رفضت المحكمة دعوى المدعي موضوعا أو وقع التنازل عنها؛
3. إذا أقر الحائز بصحة دعوى المحوز عليه.

المادة 258

إذا انقطعت مدة الحياسة بسبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة، فتبتدئ مدة الحياسة الجديدة من تاريخ زوال سبب الانقطاع.

المادة 259

لا يجوز تعديل مدة الحياسة بالزيادة أو بالنقصان، وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا.

الفرع الثالث: آثار الحياسة

المادة 260

يترتب على الحياسة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار.

المادة 261

لا تكتسب بالحيازة:

- أملاك الدولة العامة والخاصة؛
- الأملاك المحبسة؛
- أملاك الجماعات السلالية؛
- أملاك الجماعات المحلية؛
- العقارات المحفظة؛
- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

المادة 262

يطبق الفصل 101 وما يليه من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز.

الفرع الرابع: إثبات الحيازة وحمايتها

المادة 263

من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبا لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس.

الفصل الرابع: الميراث والوصية

المادة 264

تنتقل ملكية الحقوق العينية العقارية عن طريق الإرث والوصية وتسري عليهما أحكام مدونة الأسرة³⁵⁶.

356- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418؛ كما تم تغييره وتتميمه.

الباب الثاني: المغارسة والهبة والصدقة والشفعة

الفصل الأول: المغارسة

المادة 265

المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام. لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقا مشاعة.

المادة 266

لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا.

المادة 267

إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة.

المادة 268

يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر.

المادة 269

إذا لم يعين عقد المغارسة تاريخا للشروع في الغرس تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون.

المادة 270

إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يمتلك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء.

المادة 271

إذا هلك جميع الشجر أو جله بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي بعد بلوغه حد الإطعام اعتبر أن الغارس وفى بالتزاماته واستحق الحصة المتفق عليها في الأرض، فإذا هلك الشجر قبل بلوغه حد الإطعام فلا حق للغارس إلا في حدود ما اتفق عليه أو بما يقضي به العرف المحلي.

المادة 272

لا يرتب عقد المغارسة حقاً عينياً للغارس إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة.
يعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية المذكورة بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس.

الفصل الثاني: الهبة

المادة 273

الهبة، تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

المادة 274

تنتعقد الهبة بالإيجاب والقبول.
يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.
يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظاً أو في طور التحفيظ.
فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه.

المادة 275

يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة.

المادة 276

إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية، فيقبل الهبة عنه نائبه الشرعي فإن لم يكن للموهوب له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في القبول، أما إذا كان الموهوب له ناقص الأهلية فقبوله الهبة يقع صحيحاً ولو مع وجود النائب الشرعي.

المادة 277

يقع باطلاً:

- الوعد بالهبة؛
- هبة عقار الغير؛
- هبة المال المستقبل.

المادة 278

لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطاً بماله.

المادة 279

إذا توفي الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة.
لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إرثه الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.
إذا توفي الموهوب له قبل أن يقبل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، ولا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به.

المادة 280

تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية.
إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله.

المادة 281

لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية. لا يكون الواهب مسؤولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

المادة 282

نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته تكون على الموهوب له، ما لم يتفق على غير ذلك.

المادة 283

يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:
أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً؛
ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته.

المادة 284

لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التنصيب عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له.

المادة 285

- لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:
1. إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطة الزوجية قائمة؛
 2. إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار؛
 3. إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار؛
 4. إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها؛

5. إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التقويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي؛
6. إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتمادًا على الهبة؛
7. إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته؛
8. إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئيًا جاز الاعتصار في الباقي.

المادة 286

لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقة، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب.

المادة 287

يترتب على الاعتصار في الهبة، فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب.

لا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى.

يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته.

المادة 288

إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق، وهلك في يده، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهالك.

إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقًا أو قضاءً، رغم إنذاره بذلك طبقًا للقانون، وهلك العقار الموهوب في يده، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهالك.

المادة 289

نفقات الاعتصار ورد الملك الموهوب يتحملها الواهب.

الفصل الثالث: الصدقة

المادة 290

الصدقة تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى.

المادة 291

تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً؛
- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث.

الفصل الرابع: الشفعة

الفرع الأول: شروط الأخذ بالشفعة

المادة 292

الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء.

المادة 293

يشترط لصحة طلب الشفعة أن يكون طالبها:

- شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه في العقار أو الحق العيني؛
- أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقا على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة؛
- أن يكون حائزا لحصته في الملك المشاع حيازة قانونية أو فعلية؛
- أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض.

المادة 294

يجوز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفل وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما بيع منها لأجنبي.

المادة 295

يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها. فإذا كان العقار محظا يتعين عليه إثبات تقييد البيع بالرسم العقاري.

المادة 296

إذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع، فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها أو أن يتركها.

إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها، فإذا تركها البعض، وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المبيعة بكاملها.

إذا كان المشتري أحد الشركاء فلكل شريك في الملك أن يأخذ من يده بقدر حصته في الملك، ويترك للمشتري نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها.

المادة 297

إذا اختلفت مراتب الشفعاء كان ترتيبهم في الأخذ بالشفعة على الشكل التالي:

يقدم من يشارك البائع في السهم الواحد في الميراث على من عداه، فإن لم يأخذ انتقل الحق إلى باقي الورثة ثم الموصى لهم، ثم الأجانب. ويدخل كل واحد من هؤلاء مع من يليه في شفيعته دون العكس، ويتنزل المشتري منزلة البائع، والوارث منزلة موروثه في الأخذ بالشفعة.

المادة 298

تكون الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها، وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول.

المادة 299

إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة، فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة.

فإذا كان العقار محفظا فإن الحصة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري.

المادة 300

إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها بأجمعها أو أجزاء منها أو عدة حصص شائعة بعقد واحد وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو أن يترك الجميع للمشتري، سواء تعلق العقد بملك واحد أو عدة أملاك مشاعة، وسواء اتحد البائع أو المشتري أو تعدد، فلا يجوز تبعض الشفعة إلا إذا رضي المشتري بذلك.

المادة 301

إذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء ويدخل معه في شفيعته من قبله من المشتريين.

المادة 302

إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة.

المادة 303

لا شفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع صوريا أو تحايلا. كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع.

المادة 304

يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصيا من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل.

يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري، مع بيان عن الحصة المبيعة وثنائها والمصروفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت، فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد إذا كان العقار محفظا أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ، وبمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ.

وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد.

المادة 305

إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به.

المادة 306

يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا ثم بإيداعهما في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي، وأن يقوم بكل ذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة.

الفرع الثاني: آثار الشفعة

المادة 307

إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفيع يترك الحصة المبيعة مع مراعاة مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري³⁵⁷.

المادة 308

إذا أضاف المشفوع منه شيئا في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى أو غرس فيها فإن قام بذلك قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير بإذنه أو شبهة ملك، أما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن.

357- أنظر هامش المادة 214 أعلاه.

المادة 309

لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة.

المادة 310

تبطل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق التي أجراها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة إذا تعلقت بعقار غير محفظ.

الفرع الثالث: سقوط الشفعة

المادة 311

يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة:

- إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها؛
- إذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها؛
- إذا باع حصته التي يشفع بها، ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله.

المادة 312

لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل للأخذ بالشفعة.

القسم الثاني: القسمة

المادة 313

القسمة إما بنية أو قسمة مهاية:

- القسمة البنية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشيع.
 - قسمة المهاية تقتصر على المنافع وهي إما زمانية وإما مكانية.
- تتم القسمة إما بالتراضي وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 314

يشترط لإجراء القسمة أن يكون الملك مملوكا على الشيع للشركاء عند إجرائها ، وأن يكون قابلا للقسمة، وأن لا تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة.

المادة 315

إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضى- الغلط والتدليس والإكراه - أو إذا لحقه غبن لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم، وتكون العبرة في تقديره لقيمته وقت إجراء القسمة، وللمدعى عليه في هذه الحالة الأخيرة طلب الإبقاء على القسمة إذا هو أكمل للمدعى ما نقص من نصيبه عينا أو نقدا.

تتقدم هذه الدعوى في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمة.

المادة 316

لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ.

المادة 317

تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، وبفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقويم والتعديل، ثم توزع الأنصبة المفروزة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطوبغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز.

المادة 318

إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة القوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني.

المادة 319

يتم البيع بالمزاد العلني بعد استنفاد الحكم القاضي بالقسمة طرق الطعن العادية والنقض عند الاقتضاء، وتطبق على المحضر المتعلق به مقتضيات المادة 221 من هذا القانون.

المادة 320

يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

المادة 321

لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

المادة 322

يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفروزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون.

المادة 323

إذا كانت حصة أحد الشركاء مثقلة بحق عيني قبل القسمة فإن هذا الحق ينتقل ليشترك الجزء المفروز الذي آل إلى هذا الشريك.

المادة 324

يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة إلا إذا تم الاتفاق صراحة على الإعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه.

المادة 325

إذا كان العقار غير محفظ واستحققت حصة المتقاسم كلها أو بعضها بما زاد على الثلث كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة فيما بقي من العقار الشائع كله إذا كان ذلك ممكنا ولم يلحق أي ضرر بالغير، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض.

إذا كان ما استحق من المتقاسم في حدود الثلث فما دون، فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض.

إذا كان العقار محفظا واستحققت حصة المتقاسم كلا أو بعضا فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض.

المادة 326

يتحمل المتقاسمون كل بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم، والعبرة في تقدير التعويض بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع ما ينوبه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، على أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسرا.

المادة 327

تكون المهاية زمانية عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع العقار المشاع كل منهم مدة تتناسب مع حصته فيه، ويجب فيها تعيين المدة التي يختص بها كل منهم.

إذا وقع خلاف بين الشركاء في هذه المدة تعينها المحكمة تبعا لطبيعة العقار المشار كما تعين تاريخ الشروع فيها ومن يبدأ منهم بالانتفاع.

المادة 328

تكون المهايأة مكانية عندما يتفق الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بالانتفاع بجزء مفرز من العقار المشاع يتناسب مع حصته فيه على أن يتنازل لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي أجزائه الأخرى.

ويجب فيها تعيين الجزء الذي يستقل به كل منهم وإلا عينته المحكمة.

المادة 329

تخضع قسمة المهايأة زمانية كانت أو مكانية لأحكام عقد إجارة الأشياء ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

المادة 330

لا يلتزم أي متقاسم تجاه المتقاسمين الآخرين بتقديم أي حساب عما قبضه خلال مدة انتفاعه.

المادة 331

تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهايأة إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة سواء كان عاما أو خاصا.

المادة 332

مصروفات وتكاليف القسمة يتحملها المتقاسمون جميعا وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم.

المادة 333

ينسخ هذا القانون الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

المادة 334

يسري العمل بهذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

الفهرس

.....492	قانون رقم 39.08 يتعلق بمدونة الحقوق العينية
.....492	فصل تمهيدي: أحكام عامة
.....495	الكتاب الأول: الحقوق العينية العقارية 493
.....495	القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية 495
.....495	الباب الأول: حق الملكية
.....495	الفصل الأول: نطاق حق الملكية وحمايته
.....496	الفصل الثاني: الملكية المشتركة
.....496	الفرع الأول: الشيع
.....497	الفرع الثاني: الحائظ المشترك
.....498	الفرع الثالث: الطريق الخاص المشترك
.....499	الباب الثاني: الارتفاقات والتحملات العقارية
.....499	الفصل الأول: الارتفاقات
.....499	الفرع الأول: أحكام عامة
.....501	الفرع الثاني: أنواع حق الارتفاق
.....501	أولا : حق الشرب
.....501	ثانيا : حق المجرى
.....502	ثالثا: حق المسيل والصرف
.....503	رابعا : حق المرور
.....503	خامسا : حق المظل
.....504	الفرع الثالث: انقضاء الارتفاقات
.....504	الفصل الثاني: التحملات العقارية
.....506	الباب الثالث: حق الانتفاع
.....506	الفصل الأول: أحكام عامة
.....506	الفصل الثاني: حقوق المنتفع والتزاماته
.....509	الفصل الثالث: في انقضاء حق الانتفاع
.....510	الباب الرابع: حق العمرى
.....510	الباب الخامس: حق الاستعمال
.....511	الباب السادس: حق السطحية
.....512	الباب السابع: حق الكراء الطويلا لأمد
.....513	الباب الثامن: حق الحبس
.....514	الباب التاسع: حق الزينة
.....515	الباب العاشر: حق الهواء والتعليق
.....515	القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية 515
.....516	الباب الأول: الامتيازات
.....516	الباب الثاني: الرهن الحيازي
.....516	الفصل الأول: أحكام عامة
.....517	الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي

518.....	الفصل الثالث: انقضاء الرهن الحيازي
519.....	الباب الثالث: الرهن الرسمية
519.....	الفصل الأول: أحكام عامة
519.....	الفصل الثاني: إنشاء الرهن الرسمي
520.....	الفرع الأول: الرهن الإجباري
520.....	الفرع الثاني: الرهن الاتفاقي
523.....	الفصل الثالث: آثار الرهن الرسمي
523.....	الفرع الأول: آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدین
523.....	أولاً: آثار الرهن بالنسبة للراهن
523.....	ثانياً: آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن
524.....	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين
524.....	أولاً: حقاً لأولوية
524.....	ثانياً: حق التتبع
526.....	الفرع الثالث: انقضاء الرهن الرسمي
	القسم الثالث: في الحجز والبيع الجبري للعقارات 526
	الكتاب الثاني: أسباب كسب الملكية والقسمة 528
	القسم الأول: أسباب كسب الملكية 528
528.....	الباب الأول: إحياء الأراضي الموات والحريم والالتصاق والحيازة
528.....	الفصل الأول: إحياء الأراضي لموات والحريم
529.....	الفصل الثاني: الالتصاق بالعقار
529.....	الفرع الأول: الالتصاق بفعل الطبيعة
530.....	الفرع الثاني: الالتصاق بفعل الإنسان
531.....	الفصل الثالث: الحيازة
531.....	الفرع الأول: أحكام عامة
533.....	الفرع الثاني: مدة الحيازة
534.....	الفرع الثالث: آثار الحيازة
535.....	الفرع الرابع: إثباتاً لحيازة وحمايتها
535.....	الفصل الرابع: الميراث والوصية
536.....	الباب الثاني: المغارسة والهبة والصدقة والشفعة
536.....	الفصل الأول: المغارسة
537.....	الفصل الثاني: الهبة
539.....	الفصل الثالث: الصدقة
540.....	الفصل الرابع: الشفعة
540.....	الفرع الأول: شروطاً لأخذ بالشفعة
542.....	الفرع الثاني: آثار الشفعة
543.....	الفرع الثالث: سقوط الشفعة
	القسم الثاني: القسمة 543
547.....	الفهرس

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الثاني

الجزء الثالث

المدخل المنير إلى المعرفة القانونية

و القضائية

إعداد و تنسيق : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

يليه

مجلد خاص

ملحق

أساسيات تعلم اللغتين العربية و الفرنسية

مقدمة

بعد نجاح المجلد الأول من مؤلف الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا تحت عنوان مجلد الدين انتهيت بحول الله و قوته من إعداد المجلد الثاني اخترت له عنوان المدخل المنير إلى المعرفة القانونية و القضائية تضمن مختارات من الاجتهادات الفقهية و القضائية و توضيح مقتضيات فصول أساسية من القانون الجنائي ليتمكن المستفيد من ولوج معرفي للقانون و القضاء .

وخصصت مجلدا خاصا عبارة عن ملحق شامل في تعليم أساسيات اللغة العربية و اللغة الفرنسية إيماننا مني بكون امتلاك مهارات اللغة الوطنية و لغة أجنبية حية يجب أن يتاح للجميع على أن اللغة الأمازيغية إن تيسر لي ذلك سأفرد بها بملحق خاص في انتظار تفعيلها .

و تجدر الإشارة أن هذا الملحق الخاص ليس بديلاً عن المقررات التعليمية و إنما أساسيات
مكملة من اغترف منها ارتقى بدون شك في سلم امتلاك مهارات اللغتين .

الجزء الثالث

أحكام الحالة المدنية

المبادئ و الأحكام الجنائية

الظهير الشريف رقم 1-91-178 صادر في 25 ذي الحجة 1432
(2011/11/22) منشور بالجريدة الرسمية عدد : 5998 بتاريخ 11/24 2011 صفحة
5587.

أحكام الحالة المدنية في التشريع المغربي

وسائل الإثبات العامة:

غالبا ما تكون وسائل الإثبات في مادة الحالة المدنية صادرة من جهات إدارية منها:

- 1 - البطاقة الوطنية .
- 2 - جواز السفر .
- 3 - الملف الإداري للموظف أو المستخدم.
- 4 - المشاهدة من طرف المحكمة .
- 5 - الشهادة الطبية.
- 6 - التلقيح اللفيفية.

7 - إشهاد إداري.

الاختصاص المكاني :

طبقا لمقتضيات الفصل 218 من قانون المسكرة المدنية فإن الاختصاص المكاني يرفع للمحكمة الابتدائية لمحل الازدياد أو الوفاة أو لمحل سكنى الطالب إذا كان محل الازدياد أو الوفاة مجهولا ويحكم القاضي بعدم الاختصاص المكاني تلقائيا ويحيل الملف على المحكمة المختصة دون أن يطل منه ذلك بغض النظر عن مقتضيات الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية.

ويرفق مقال التصريح بالازدياد بكناش الحالة المدنية ، عقد الزواج أو ما يقوم مقامه، شهادة الولادة، شهادة طبية شهادة عدم التسجيل ، شهادة الحياة.

وسائل الإثبات لتسجيل الغير المسجلين .

يتطلب الاستجابة لهذا الطلب :

1 - الإدلاء بشهادة عدم التسجيل.

2 - شهادة الازدياد.

3 - شهادة الزوجية لإثبات العلاقة الشرعية بين الأب والأم يكون تاريخها سابقا على ميلاد الطفل بستة أشهر على الأقل تطبيقا للفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية.

المسطرة في قضايا الحالة المدنية :

ينص الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية على أنه

تطبق أمام المحاكم الابتدائية وغرف الاستئنافات بها³⁵⁸ قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف وفقا لأحكام الفصول 329 و 331 و 332 و 334 و 335 و 336 و 342 و 344 الآتية بعده.

تمارس المحكمة الابتدائية ورئيسها أو القاضي المقرر، كل فيما يخصه، الاختصاصات المخولة حسب الفصول المذكورة لمحكمة الاستئناف ولرئيسها الأول أو للمستشار المقرر.

358 - تم تغيير وتنميط الفصل 45 أعلاه بموجب القانون رقم 35.10.

غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية : ³⁵⁹

- 1 - القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائيا وانتهائيا؛
- 2 - قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛
- 3 - القضايا الاجتماعية؛
- 4 - قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء؛
- 5 - قضايا الحالة المدنية³⁶⁰.

دعوى التصريح القضائي بازدياد أو وفاة .

أسند المشرع الاختصاص في إثبات الولادات والوفيات التي لا يصرح بها ضمن الأجل القانوني بعد فوات أجل 30 يوما بالنسبة للولادات و 15 يوما بالنسبة للوفيات إلى المحكمة.

تتضمن المادة 16 من ظهير 2002/10/03 على أن المواليد يتم تقييدهم في سجلات الحالة المدنية لكان الازدياد والمادة 24 من ظهير 2002/10/03 على أن الوفيات تقيد في سجلات الحالة المدنية لكان الوفاة.

لذا فإن الولادات والوفيات التي لا يدلى بها ضمن الأجل القانوني لا يجوز تسجيلها إلا بمقتضى حكم قضائي يصدر عن المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها السجل المدني.

دعوى التصريح بازدياد ولد السفاح و اللقيط:

ولد السفاح :

هو الذي خرج للوجود نتيجة علاقة غير شرعية .

اللقيط :

هو الولد المجهول الأبوين.

³⁵⁹ - تم تغيير وتنظيم وتعويض الفقرة الثالثة من الفصل 45 أعلاه بموجب القانون رقم 72.03 .

³⁶⁰ - تم تغيير الفصل 45 أعلاه بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.206 .

أ - دعاوي التصريح بازدياد ولد السفاح :

يقدم الطلب من طرف الأم أو من توكله ويرفق الطلب بكناش الحالة المدنية الخاص بالمرأة وشهادة الولادة وشهادة عدم التسجيل وشهادة طبية .

ب - دعاوي التصريح بازدياد اللقيط:

يقدم الطلب المتكفل بمصالح اللقيط مرفوقا بشهادة طبية وشهادة عدم التسجيل وشهادة الولادة من الجماعة التي وجد بدائرتها .

أحكام خاصة بالولد المجهول الأبوين والولد الغير الشرعي :

أ - الولد المجهول الأبوين :

تتضمن المادة 16 من ظهير 2002/10/03 ضرورة تسليم الأولاد المتروكين إلى ضابط الحالة المدنية بالمكان الذي تم العثور فيه عليهم ويتم تقييدهم في السجلات دون الإشارة على أنهم من أبوين مجهولين .

ب - الولد غير الشرعي :

تتص المادة 148 من مدونة الأسرة المغربية على أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب وعند تسجيله بالحالة المدنية لا ينسب إلى أب ويبقى المكان فارغا من ذكر أب الطفل أما بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها.

دعاوي تغيير الاسم الشخصي .

تأخذ طلبات تغيير الاسم الشخصي لوقوع خطأ صورتين :

أ - الصورة الأولى : تتعلق بوجود اسم مستعمل لأنثى فيوضع للذكر خطأ فيطلب

صاحب الكناش العائلي تغيير الاسم بحذف علامة التأنيث منه ويعتمد في ذلك على كون الخطأ حصل عند التصريح بالاسم لدى مصلحة الحالة المدنية .

ب . الصورة الثانية : تأخذ شكل تغيير الاسم الشخصي أو اسم الأب أو اسم الأم

أو اسم الجد .

مراحل تثبيت الاسم العائلي:

أ - مرحلة الاختيار والنشر المحلي:

يحضر المرء لدى ضابط الحالة المدنية ويختار اسما عائليا.

وهذا الاختيار يكون باتصال سابق مع :

1 - الأب وعند عمده .

2 - العم أو الأخ الأكبر وفي حالة ما إذا كان المعني لا يود الاختيار فإن ضابط

الحالة المدنية يقترح عليه أسماء عائلية ليختار من بينها وبعد عملية الاختيار يقوم ضابط الحالة المدنية ، بنشر الاسم المختار بمكتب الحالة المدنية وبمقر المحكمة الابتدائية لمكان تواجد المكتب ويعمل ضابط الحالة المدنية على بعث الاسم المختار إلى وزارة الداخلية قسم الحالة المدنية.

أ - مرحلة الدراسة من طرف اللجنة العليا ثم النشر بالجريدة الرسمية:

عندما يتوصل قسم الحالة المدنية بالاسم العائلي بوزارة الداخلية يحيله على اللجنة العليا التي تقوم بدراسته وإذا خالف المادة 20 من ظهير 03 أكتوبر 2002 يخبر بذلك ضابط الحالة المدنية المختص الذي يبلغ بدوره إلى المعني قصد اختيار اسم آخر يمر بنفس المراحل. وإذا وافقت اللجنة عليه فإنها تعمل على نشره بالجريدة وتتألف اللجنة العليا من :

1 - مؤرخ المملكة لصفته رئيسا .

2 - ممثل وزارة الداخلية .

3 - ممثل لوزارة العدل.

وتقوم بكتابة اللجنة وزارة الداخلية .

ج - مرحلة التعرض على الاسم العائلي :

أجل التعرض 60 يوما من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية والتعرض يقع من :

أ - النيابة العامة .

ب - السلطات المحلية.

ج - كل شخص يهمل الأمر ويكون ذلك أمام اللجنة المحلية التي تتلف من :

1 - ضابط الحالة المدنية بصفته رئيساً.

2 - الباشا أو القائد.

3 - ممثل النيابة العامة.

4 - أربعة مستشارين جماعيين يعينهم المجلس الجماعي.

دعاوي تغيير الاسم العائلي :

الجهة المختصة :

الاسم العائلي الذي يكتسي صبغة نهائية ضمن الشروط المحددة بمرسوم لا يمكن تغييره بعد ذلك بطلب من المعني بالأمر إلا إذا أذن لهذا الأخير في ذلك بموجب مرسوم. المواطن المغربي الذي يختار اسماً عائلياً نهائياً يبقى هذا الاسم ملزماً له ولأبنائه من بعده ولا يمكن تغييره إلا استثناءً أو بواسطة مرسوم من الوزير الأول. لذا فإن الجهة المختصة بإدخال التغيير المطلوب على الاسم العائلي هي الإدارة.

القواعد :

يتبين من المادة 20 من ظهير 03 أكتوبر 2002 أن تغيير الاسم العائلي لا يتم إلا إذا أعطى الإذن بذلك بمقتضى مرسوم صادر عن رئيس الحكومة. لا يترك مجالاً بأي شك إذ أن الاسم العائلي الذي يكتسي صبغة نهائية لا يمكن تغييره بطلب من المعني بالأمر إلا بموجب مرسوم ؟

اختصاص المحكمة للنظر في طلبات

تصحيح الخطأ المادي في كتابة الاسم العائلي:

إزاء عدم وجود معيار قانوني للتمييز بين إصلاح الاسم العائلي وتصحيح الخطأ المادي في كتابة الاسم العائلي يجب الرجوع إلى المذكرة المشتركة الذي يستند على طريقة كتابة الاسم العائلي مثلما تمت الموافقة عليه من طرف اللجنة العليا ونشر في الجريدة الرسمية.

فإذا ارتكب ضابط الحالة المدنية خطأ في كتابة الاسم العائلي وقيده بطريقة تختلف عن التي نشر بها في الجريدة الرسمية فإن الأمر يتعلق بخطأ مادي من اختصاص القضاء. وإذا جاء الاسم العائلي مثلما نشر بالجريدة الرسمية فالأمر يتعلق بتغيير وبالتالي يخرج عن اختصاص المحاكم.

والتغيير في الاسم العائلي يتم بصورتين :

أ - تغيير كلي باستبدال الاسم العائلي باسم آخر .

ب - تغيير جزئي باستبدال حرف ووضع آخر مكانه أو بزيادة أو حذفه وزيادة نقطة فوق الحرف أو تحته .

الجهة المختصة بإصلاح الأخطاء الراجعة للحروف اللاتينية

بالنسبة للاسم العائلي والشخصي أسند التطرف هذه القضايا إلى ضباط الحالة المدنية.

دعاوى تغيير تاريخ الازدياد

تغيير تاريخ الازدياد يكون :

1 - إما للتوحيد بين السجل العام ودفتر الحالة المدنية.

2 - وإما لتغيير هذا التاريخ في ملف الحالة المدنية كله ، وهو يقول على مبدأين :

أ - إن التصريحات التي تتم في الأجل القانوني داخل الشهر من تاريخ الولادة تعتبر مطابقة للواقع وصحيحة بشكل لا يتصور معه الخطأ ذلك أن التصريح لا يعقل أن يتم قبل ازدياد الطفل ولهذا فإن طلبات النقص في السن لا تقبلها المحاكم في مثل هذه الحالات .

ب - المبدأ الثاني هو وقوع الخطأ في التصريح بتاريخ الازدياد في هذه الحالة المحكمة تطلب من المدعي إقامة الحجة الصحيحة المقبولة على صحة الادعاء .

القاعدة :

إن الأجل القانوني للتصريح بازدياد مولود هو شهر يبتدئ من تاريخ الولادة وهذه الحالة هي التي لا يجوز تغيير رسومها أما إذا وقع التصريح بالازدياد خارج هذا الأجل ثم تبين خصوصاً بعد إنشاء كناش الحالة المدنية وقوع خطأ في هذا التصريح ففي هذه الحالة يسمح القانون بتصحيح هذا الخطأ من طرف القضاء .

دعاوى نقل رسم الولادة

هي الدعوى التي يتم على أساسها تسجيل الأشخاص المزدادين بالخارج في سجلات الحالة المدنية المغربية وهذه الدعوى ترفع لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بالإضافة إلى دعوى بنقل التصريح بالوفاة كلما توفي شخص خارج التراب الوطني.

ملحق

الحالة المدنية

**ظهير شريف رقم 1.02.239 صادر في 25 من رجب 1423 (3)
أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة
المدنية³⁶¹**

الحمد لله وحده،

الطابع الشريف - بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا :

بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 26 و58 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي :

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 37.99 المتعلق
بالحالة المدنية، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بمراكش في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002).

وقعه بالعطف :

الوزير الأول،

الإمضاء : عبد الرحمن يوسف.

361 - الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3150.

قانون رقم 37.99 يتعلق بالحالة المدنية

الباب الأول: أحكام عامة

المادة 1

يقصد بعبارة "الحالة المدنية" في هذا القانون وفي النصوص التنظيمية الصادرة لتطبيقه نظام يقوم على تسجيل وترسيم الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وطلاق، وضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها وتاريخ ومكان حدوثها في سجلات الحالة المدنية.

يقوم ضابط الحالة المدنية المختص بتحرير رسم مستقل لكل من واقعتي الولادة والوفاة وبيان هامشي للزواج والطلاق. ويحدد شكل الرسم بمقتضى نص تنظيمي³⁶².

المادة 2

تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية³⁶³، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية³⁶⁴.

362 - مرسوم رقم 2.99.665 صادر في 2 شعبان 1423 (9 أكتوبر 2002) لتطبيق القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3156؛ كما تم تغييره وتتميمه.

الفقرة الأولى من المادة 12:

"تحرر رسوم الحالة المدنية في السجلات على التوالي مع استرسال الكتابة دون ترك بياض وسط السطور ويعطى لكل رسم رقم ترتيبي خاص به، ولا يسوغ الاختصار في تحرير بياناتها، كما تضمن جميع التواريخ بالأحرف لا بالأرقام."

363 - انظر تعريف الورقة الرسمية الوارد بالفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود:

"الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون رسمية أيضا:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

2 - الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها."

364 - انظر المواد من 150 إلى 162 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418؛ كما تم تغييره وتتميمه.

المادة 3

يخضع لنظام الحالة المدنية بصفة إلزامية جميع المغاربة، كما يسري نفس النظام على الأجانب بالنسبة للولادات والوفيات التي تقع فوق التراب الوطني.

المادة 4

تحدث مكاتب الحالة المدنية بكل جماعة حضرية كانت أم قروية داخل المملكة تبعا للتقسيم الجماعي للتراب الوطني، ويجوز لرؤساء المجالس الجماعية -ضباط الحالة المدنية- أن يحدثوا عند الحاجة داخل الجماعات التي يرأسونها مكاتب فرعية بمقتضى قرارات ترفع إلى وزير الداخلية في أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها، ولا تصبح سارية المفعول إلا بعد المصادقة الصريحة عليها من طرف وزير الداخلية أو من فوض له في ذلك، أي بعد مضي خمسة وأربعين يوما من تاريخ رفع الطلب الذي يبقى دون رد أو جواب.

تحدث بالمراكز الدبلوماسية والقنصلية خارج المغرب مكاتب للحالة المدنية خاصة بالمواطنين المغاربة بالخارج³⁶⁵.

الباب الثاني: ضباط الحالة المدنية

المادة 5

تطبيقا لأحكام القانون المتعلق بالتنظيم الجماعي³⁶⁶، ومع مراعاة الأحكام القانونية الخاصة، يعهد بمهام ضباط الحالة المدنية داخل المملكة إلى رؤساء المجالس الجماعية³⁶⁷، الحضرية والقروية وإذا تغيّبوا أو عاقهم عائق ناب عنهم مساعدوهم³⁶⁸.

365 - المادة 28 من المرسوم رقم 2.99.665 .

"تبعث نظائر العقود العدلية للزواج وثبوت الزوجية والتقارير بها التي تم تلقيها بالمراكز الدبلوماسية المغربية بالخارج وكذا نظائر وثيقة انفصام عرى الزوجية خلال نفس الأجل المحدد في المادتين 26 و27 أعلاه إلى مكتب الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين لتضمين بيان عنها بطرة رسم ولادة كل من الزوجين، وإخبار وكيل الملك المختص لوضع البيان بطرة الرسم المضمن بالسجل المحفوظ بالمحكمة."

366 - تم نسخ الظهير الشريف رقم 1.76.583 بتاريخ 5 شوال 1396 (30 سبتمبر 1976) بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي بمقتضى المادة 144 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 الصادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002)، ص 3468.

367 - انظر الفقرة الأولى من المادة 51 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 الصادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002)، ص 3468.

"يعتبر رئيس المجلس الجماعي ضابطا للحالة المدنية. ويمكنه تفويض هذه المهمة إلى النواب كما يمكنه تفويضها أيضا للموظفين الجماعيين طبقا لأحكام القانون المتعلقة بالحالة المدنية".

368 - انظر المادة 105 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي سالف الذكر:

يجوز لرئيس المجلس الجماعي - ضابط الحالة المدنية - أن يفوض مهامه المتعلقة بالحالة المدنية بكل مكتب من المكاتب التابعة للجماعة، وفق الكيفية المحددة بمقتضى نص تنظيمي³⁶⁹.

المادة 6

تتأط مهام ضابط الحالة المدنية بالنسبة للمواطنين المغاربة خارج المملكة بالقناصل والأعوان الدبلوماسيين المنتمين إلى السلك الدبلوماسي المغربي العاملين بالخارج، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل الثاني من الظهير الشريف رقم 421.66 الصادر في 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج³⁷⁰.

المادة 7

يراقب وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية أعمال ضباط الحالة المدنية داخل وخارج المملكة³⁷¹.

"يعهد إلى رئيس مجلس المقاطعة ونوابه، داخل الدائرة الترابية للمقاطعة، بالاختصاصات المخولة إلى رؤساء المجالس الجماعية في مادة الحالة المدنية وتصحيح الإمضاءات ومطابقة الوثائق لأصولها".

369 - أنظر المادة 1 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يتم التفويض في مهام ضابط الحالة المدنية المشار إليه في المادة الخامسة من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية بمقتضى قرار يصدره رئيس المجلس الجماعي، توجه نسخة منه إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة محليا ونسخة أخرى إلى وزارة الداخلية، على أن ترفق كل نسخة بنموذج من إمضاء المفوض له. ويمكن أن يفوض رئيس المجلس الجماعي، ضابط الحالة المدنية، مهامه المتعلقة بالحالة المدنية بكل مكتب إلى: مساعد من مساعديه؛

موظف مرسوم يعمل بالمصالح الجماعية.

لا يفوض لنفس الشخص في أكثر من مكتب واحد."

- انظر كذلك المادتين 51 و105 من القانون رقم 78.00، سالف الذكر.

370 - انظر الفقرة الأولى من الفصل 2 من الظهير الشريف رقم 421.66 بتاريخ 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) يتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج؛ الجريدة الرسمية عدد 2981 بتاريخ 7 شوال 1389 (17 دجنبر 1969)، ص 3142:

"يقوم الأعوان الدبلوماسيون والقناصل بمهام ضابط الحالة المدنية ويمارسون اختصاصات السلطات الإدارية للمملكة طبقا للشروط والكيفيات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وفي النصوص المتخذة لتطبيق هذا الظهير الشريف ما لم يكن في ذلك ما يتعارض وقوانين وأنظمة الدولة المقام بها".

- انظر كذلك الفصول من 1 إلى 12 من المرسوم رقم 2.66.646 بتاريخ 21 ذي القعدة 1389 (29 يناير 1970) بتطبيق الظهير الشريف رقم 421.66 الصادر في 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) يتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج؛ الجريدة الرسمية عدد 2988 بتاريخ 27 ذو القعدة 1389 (4 يبرابر 1970)، ص 349.

371 - الفقرة الأولى من المادة 9 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يمارس مفتشو الحالة المدنية مراقبة مستمرة على مكاتب الحالة المدنية، يحررون بناء عليها تقارير بالمخالفات والأخطاء التي يضبطونها تحال على أنظار وكيل الملك المختص."

كما تقوم سلطة الوصاية³⁷² على الجماعات المحلية على الصعيد المركزي والإقليمي بمراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية، وتتبع سير مكاتبها³⁷³. يقوم وزير الخارجية بنفس المراقبة بالنسبة لمكاتب الحالة المدنية المغربية بالخارج.

المادة 8

تفقد صفة ضابط الحالة المدنية بالنسبة للمكلفين بها بمجرد ما تنتهي مهامهم القانونية، ويبقون ملزمين بتسوية وضعية السجلات والرسوم والمستندات عن كامل الفترة التي مارسوا فيها مهامهم.

المادة 9

كل من أودعت عنده سجلات الحالة المدنية يكون مسؤولاً مدنياً عن كل ما يقع فيها من تغيير أو تزوير خلال الفترة التي كانت ممسوكة لديه. يتم تسليم هذه السجلات أو تداولها بمقتضى محضر.

المادة 10

يكون ضباط الحالة المدنية وموظفوها مسؤولين طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية³⁷⁴ عن الأضرار اللاحقة بالغير نتيجة إخلالهم بضوابط الحالة المدنية أو بسبب أخطائهم المهنية الجسيمة³⁷⁵.

المادة 11

يتعين على ضابط الحالة المدنية أن يوقع رسوم الحالة المدنية والبيانات الهامشية المتعلقة بها بمجرد تحريرها، وإذا خلف رسوماً أو بيانات هامشية بدون توقيع بعد انتهاء مهامه، واستحال حضوره للقيام بذلك، وجب على ضابط الحالة المدنية الجديد أن يرفع أمرها

372 - يعهد إلى قسم الحالة المدنية بمديرية الشؤون القانونية والدراسات والوثائق والتعاون لدى وزارة الداخلية بمهمة النهوض بنظام الحالة المدنية، من ضمن اختصاصات عديدة أخرى، بموجب المادة 19 من المرسوم رقم 2.97.176 الصادر في 14 من شعبان 1418 (15 ديسمبر 1997) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية؛ الجريدة الرسمية عدد 4558 بتاريخ 7 شوال 1418 (5 فبراير 1998)، ص 500.

373 - الفقرة الثانية من المادة 9 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر: "وتوجه نسخ من هذه التقارير إلى وزارة الداخلية، قسم الحالة المدنية، في إطار المراقبة المنصوص عليها في المادة 7 من القانون رقم 37.99 المذكور أعلاه".

374 - قارن مع الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

375 - قارن مع الفصل 73 من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 7 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية؛ الجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 (11 أبريل 1958)، ص 914؛ كما تم تغييره وتنميمه.

للمحكمة الابتدائية المختصة³⁷⁶ للحصول على حكم قضائي يأذن له بتوقيعها، وإذا لم يبادر بهذا الإجراء خلال أجل شهرين من تسلمه لمهامه تقوم بنفس الدور سلطة الوصاية أو النيابة العامة أو صاحب المصلحة.

الباب الثالث: سجلات الحالة المدنية

المادة 12

تمسك سجلات الحالة المدنية في نظيرين على صعيد كل مكتب للحالة المدنية داخل المملكة وفي ثلاثة نظائر في كل مكتب خارج المملكة وتخضع قبل استعمالها لإذن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة، وتضمن بها رسوم الحالة المدنية، كل سجل حسبما خصص له، كما تبعث نظائر السجلات بعد حصرها خلال الشهر الموالي لانتهاؤ السنة الميلادية إلى وكيل الملك³⁷⁷.

المادة 13

يراقب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية السجلات عند إيداعها في المحكمة، ويحرر محضرا بهذه المراقبة يعطي فيه الأمر إلى ضابط الحالة المدنية بإصلاح الأخطاء الملاحظة في مسك السجلات، وتوجه نسخة من هذا المحضر إلى ضابط الحالة المدنية قصد تصحيح هذه الأخطاء³⁷⁸، ونسخة منه إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف.

376 - منذ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ سنة 2004، أصبحت أقسام قضاء الأسرة لدى المحاكم الابتدائية تنظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة، وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 2 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة؛ الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليوز 1974)، ص 2027؛ كما تم تنميته وتغييره. وتجدر الإشارة إلى أن المسطرة تكون شفوية في قضايا الحالة المدنية بموجب البند 5 من الفقرة الثالثة من الفصل 45 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741، كما تم تنميته وتغييره.

377 - المادة 6 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يوجه ضابط الحالة المدنية خلال الشهر الموالي لنهاية السنة الميلادية نظيرا عن كل سجل من السجلات الممسوكة لديه بعد مراقبتها وحصرها إلى عامل العمالة أو الإقليم ليقوم المفتش الإقليمي للحالة المدنية بمراقبتها وتحضير تقرير مفصل عن وضعية الرسوم يحيله رفقة نظائر السجلات إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة محليا".

378 - المادة 7 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يراجع وكيل الملك النظائر المتوصل بها طبقا للفصل 13 من القانون رقم 37.99 المذكور أعلاه. ويحتفظ بالنظائر السليمة ويعيد التي ضبطت بها أخطاء ومخالفات مصحوبة بنسخة من المحضر إلى ضابط الحالة المدنية، عن طريق عامل العمالة أو الإقليم.

يقوم وكيل الملك أو الوكيل العام للملك بالإجراءات اللازمة لمتابعة ضبط الحالة المدنية أو غيرهم من الأعوان الذين ثبت لديه من خلال المراقبة ارتكابهم أفعالا يعاقب عليها القانون.

المادة 14

يعاد تأسيس سجلات الحالة المدنية في حالة ضياعها أو تعرضها للتلف بناء على حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية التي يقع المكتب الذي ضاعت به السجلات أو تلفت في دائرة اختصاصها، أو من طرف المحكمة الابتدائية بالرباط إذا تعلق الأمر بسجلات الحالة المدنية لأحد المراكز القنصلية أو الدبلوماسية³⁷⁹.

إذا تعذرت إعادة تأسيس رسم من الرسوم، فإنه يتعين على صاحبه استصدار حكم تصريحي يقضي بإعادة تسجيل الواقعة موضوع الرسم.

المادة 15

يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بالإجراءات التي تخضع لها سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف المراكز الدبلوماسية والقنصليات المغربية بالخارج قبل استعمالها وكذا بالمراقبة التي تمارس عليها بعد انتهاء العمل بها.

يقوم ضابط الحالة المدنية بعد التوصل بالنظائر المعادة إليه بتصحيح الأخطاء المذكورة في المحضر بالنسبة لكل نظير فيحتفظ بنظائر السجلات المصححة ضمن مستندات المكتب، ويوجه النظائر الأخرى إلى وكيل الملك الذي بعد التأكد من الإصلاحات المدخلة عليها يحتفظ بها في كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية."

379 - المادة 10 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"تطبيقا للمادة 14 من القانون رقم 37.99 المشار إليه أعلاه، يعاد تأسيس سجلات الحالة المدنية في حالة تعرضها للضياع أو التلف بناء على الحكم القضائي الصادر في الموضوع اعتمادا على نظائر السجلات الضائعة أو التالفة إن وجدت، أما إذا لم توجد، فتتم إعادة التأسيس بناء على ملفات المعنيين بالأمر الموجودة بالمكتب، أو على الكنائش العائلية أو على الملفات الإدارية أو على نسخ قديمة من الرسوم تكون مستخرجة من السجلات الضائعة.

إذا تعلق الأمر بضياع أو تلف سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف المراكز الدبلوماسية والقنصلية بالخارج، يقوم الضابط المختص بتحرير محضر يوجهه تحت إشراف وزير الشؤون الخارجية إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، الذي يستصدر حكما قضائيا لإعادة تأسيس السجلات يطبق على النحو المفصل أعلاه."

الباب الرابع: رسم الولادة

المادة 16

يقوم بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقرباء المولود حسب الترتيب:

- الأب أو الأم؛

- وصي الأب؛

- الأخ؛

- ابن الأخ؛

يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سناً على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح.

ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب.

يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله.

إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له إسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له طبقاً لأحكام هذا القانون.

يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح.

تصرح بالإبن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له إسم شخصي واسم أب مشتقاً من أسماء العبودية لله تعالى وإسماً عائلياً خاصاً به.

يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقاً للتشريع الجاري به العمل³⁸⁰.

380 - قارن مع المادة 21 من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 (19 أغسطس 2002)، ص 2362، المتعلقة بإجراءات تسجيل الأمر الصادر بكفالة الطفل الممهل بسجلات الحالة المدنية:

"يوجه القاضي المكلف بشؤون القاصرين نسخة من الأمر القاضي بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول، وذلك داخل أجل شهر من تاريخ إصدار هذا الأمر.

المادة 17

إذا حصلت الولادة لمغربي أثناء سفر بحري أو جوي وجب التصريح بها لدى ضابط الحالة المدنية المغربي الكائن في أول ميناء أو مطار مغربي رست به الطائرة أو الباخرة، أو لدى القنصل المغربي أو العون الدبلوماسي في جهة الوصول، أو لدى ضابط الحالة المدنية لمحل السكنى بالمغرب، وذلك خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ الوصول.

المادة 18

يسجل الأجنبي الذي اكتسب الجنسية المغربية إذا كان مولودا بالمغرب على النحو التالي:

- إذا كان مسجلا بسجلات الحالة المدنية المغربية الخاصة بالأجانب والتي كانت ممسوكة قبل صدور هذا القانون، فينقل رسم ولادته بناء على السند المانح للجنسية من طرف ضابط الحالة المدنية لمحل الولادة، مع الإشارة في طرة الرسم إلى المرجع الأساس للسند المانح للجنسية³⁸¹؛

- إذا كان مسجلا بسجلات الحالة المدنية المحدثة بهذا القانون، فيشار بطرة رسم ولادته إلى أنه اكتسب الجنسية المغربية، مع الإشارة إلى المرجع الأساس للسند المانح للجنسية المغربية³⁸².

أما الحاصل على الجنسية المغربية، المولود خارج المغرب، فيتم تسجيله بناء على حكم تصريحي بالولادة صادر عن المحكمة الابتدائية للرباط.

المادة 19

كل ولادة تم تسجيلها بالحالة المدنية أكثر من مرة يتعين عرض أمرها على المحكمة المختصة من طرف ضابط الحالة المدنية المختص أو النيابة العامة أو صاحب المصلحة لاستصدار حكم يقضي بإلغاء الرسم أو الرسوم المكررة.

الإسم العائلي

المادة 20

يجب على الشخص المسجل في الحالة المدنية لأول مرة، أن يختار لنفسه إسمًا عائليًا ويجب ألا يكون الإسم العائلي الذي تم اختياره مخالفًا لاسم أبيه أو ماسا بالأخلاق أو النظام العام أو مثيرا للسخرية أو رسما شخصيا أو أجنبيا لا يكتسي صبغة مغربية أو إسم مدينة أو

تجب الإشارة إلى الأمر الصادر بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها بطرة رسم ولادة الطفل المكفول طبقا للمقتضيات المتعلقة بالحالة المدنية.

غير أنه لا يشار إلى إسناد الكفالة في نسخ الرسوم المسلمة للكافل أو المكفول طبقا لقانون الحالة المدنية".

381 - قارن مع الفصل 13 من الظهير الشريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية؛ الجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 (19 شتنبر 1958)، ص 2190؛ كما تم تنميته وتغييره.

382 - نفس الملاحظة المضمنة في البند الأول من الفقرة الأولى من المادة 18 أعلاه.

قرية أو قبيلة أو إسما مركبا، إلا إذا كانت عائلة المعني بالأمر من جهة الأب تعرف باسم مركب.

إذا كان الإسم العائلي المختار إسما شريفا وجب إثباته بشهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص، أو شهادة عدلية لفيفية إذا لم يوجد للشرفاء المنتمي لهم طالب الإسم نقيب.

إن الإسم العائلي المختار، بعد أن يكتسي صبغة نهائية وفقا للشروط المحددة في نص تنظيمي³⁸³، يصبح لازما لصاحبه ولأعقابه من بعده، ولا يمكنه تغييره بعد ذلك إلا إذا أذن له بموجب مرسوم³⁸⁴.

الإسم الشخصي

المادة 21

يجب أن يكتسي الإسم الشخصي الذي اختاره من يقدم التصريح بالولادة قصد التقييد في سجلات الحالة المدنية طابعا مغربيا وألا يكون إسما عائليا أو إسما مركبا من أكثر من اسمين أو إسم مدينة أو قرية أو قبيلة وألا يكون من شأنه أن يمس بالأخلاق أو النظام العام.

ويجب أن يثبت الإسم الشخصي المصرح به قبل الإسم العائلي حين التقييد في سجل الحالة المدنية وألا يكون مشفوعا بأي كنية أو صفة مثل "مولاي" أو "سيدي" أو "لالة".

383- المادة 20 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"تعرض الأسماء العائلية المختارة لأول مرة على أنظار لجنة عليا للحالة المدنية تتكون من مؤرخ المملكة كرئيس وقاض ممثل لوزير العدل وممثل عن وزير الداخلية، تقوم وزارة الداخلية بالكتابة العامة للجنة العليا للحالة المدنية.

تتظر اللجنة العليا في مدى صلاحية الأسماء العائلية المختارة طبقا للمادة 20 من القانون 37.99 المذكور أعلاه. تصبح الأسماء العائلية المقبولة نهائيا ولازمة للشخص ولأعقابه. أما الأسماء العائلية المرفوضة فترجعها اللجنة العليا إلى ضابط الحالة المدنية المختصة الذي يشعر بذلك المعنيين بها ويطلب منهم اختيار أسماء جديدة لتعرض على اللجنة من جديد".

384 - المادة 21 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يجوز لكل مغربي مسجل بالحالة المدنية أن يقدم طلب تغيير اسمه العائلي إلى اللجنة العليا للحالة المدنية مبينا فيه الأسباب التي دفعته إلى طلب هذا التغيير ومعرز طلبه بالوثائق التالية:

1 - نسخة كاملة من رسم ولادته ونسخة كاملة من رسم ولادة كل واحد من أبنائه؛

2 - نسخة من سجله العدلي؛

3 - نسخ من السجل العدلي بالنسبة لأبنائه الراشدين؛

4 - نسخة من عقد ولادة أحد أقاربه من جهة الأب يكون مسجلا في الحالة المدنية ويحمل الاسم المرغوب فيه أو شهادة عدلية أو إدارية تؤيد مطلبه؛

5 - شهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص إذا كان الاسم المطلوب اسما عائليا شريفا؛

6 - بطاقة عادية يكتب فيها الاسم المراد تغييره والاسم المطلوب بالعربية وبالأحرف اللاتينية.

تنتهي صلاحية الوثائق المذكورة أعلاه بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ إصدارها ماعدا الشهادة العدلية والشهادة المسلمة من نقيب الشرفاء".

يجوز لكل مغربي مسجل بالحالة المدنية أن يطلب تغيير إسمه الشخصي، إذا كان له مبرر مقبول بواسطة حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية المختصة.

الباب الخامس: تضمين بيانات الزواج وانحلال ميثاق الزوجية

المادة 22

يقوم ضابط الحالة المدنية بتضمين البيانات الأساسية لعقد الزواج، مع الإشارة إلى مراجع تضمينه بسجل الأنكحة بالمحكمة التي أقيم بها بطرة رسم ولادة كل من الزوجين، وذلك فور توصله بنسخة من عقد الزواج طبقا لمقتضيات الفصل 43 من مدونة الأحوال الشخصية³⁸⁵.

ويشير بطرة رسم الولادة إلى البيانات الأساسية لوثيقة الطلاق أو الخلع أو التطلق أو الرجعة أو المراجعة، وكذا إلى مراجعها بمصدرها فور توصله بنسخة من هذه الوثيقة التي تحال عليه وجوبا من طرف القاضي المكلف بالتوثيق أو رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة المصدرة للحكم النهائي بالتطلق أو بفسخ أو بطلان العقد، وذلك حسب الحالات³⁸⁶.

385 - تم نسخ الظواهر المكونة لمدونة الأحوال الشخصية بموجب المادة 397 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418، كما تم تنميته وتغييره. وأصبحت تقابل الفصل 43 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة المادة 68 من مدونة الأسرة المذكورة.

المادة 68 من مدونة الأسرة:

"يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه. غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

يحدد شكل السجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ومضمونه وكذا المعلومات المذكورة، بقرار لوزير العدل".

386 - قارن مع المادة 141 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، سالف الذكر:

"توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطلق، أو بفسخ عقد الزواج، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطلق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، بقرار من وزير العدل".

يحيل ضابط الحالة المدنية بيان الزواج أو انحلاله المدرج بطرة رسم ولادة الزوجين على وكيل الملك ليضمنه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة، كما يحيل عليه لنفس الغاية الإعلام بوفاة أحد الزوجين.

الدفتر العائلي

المادة 23

يحدث دفتر عائلي للحالة المدنية³⁸⁷ يحرر باللغة العربية مع كتابة الأسماء الشخصية والعائلية ومكان الولادة وأسماء الأبوين بالحروف اللاتينية بجانب كتابتها بالحروف العربية، ويسلمه ضابط الحالة المدنية لمكان الولادة للزوج المغربي المسجل بالحالة المدنية، إن كان لا يتوفر على كناش التعريف والحالة المدنية، بعد الإشارة إلى عقد زواجه أو وثيقة إثبات زواجه برسم ولادته وبعد فتح ملف عائلي يمسك بالمكتب وسيحدد شكل الدفتر العائلي ومضمونه بمقتضى نص تنظيمي³⁸⁸.

إذا كان طالب الدفتر العائلي مولودا بالخارج، واستقر نهائيا بالمغرب عند طلبه لهذا الدفتر، فإن ضابط الحالة المدنية المختص بتسليم الدفتر العائلي هو ضابط محل سكناه. يحق للزوجة أو المطلقة أو للنائب الشرعي الحصول على نسخة من الدفتر العائلي مصادق على مطابقتها للأصل.

يجب تقديم الدفتر العائلي إلى ضابط الحالة المدنية المختص ليدرج به كل تغيير يقع على الحالة المدنية أو العائلية لصاحب الدفتر أو لأحد أفراد أسرته، وفي حالة الامتناع عن تقديم هذا الدفتر، يصدر رئيس المحكمة الابتدائية في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية أمرا بتقديم الدفتر إلى ضابط الحالة المدنية تحت طائلة الحكم بغرامة تهديدية.

الباب السادس: رسم الوفاة³⁸⁹

المادة 24

يصرح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها الأشخاص المبينون أسفله مع مراعاة الترتيب:

- الولد؛
- الزوج؛
- الأب أو الأم أو وصي الأب أو المقدم على الهالك قبل وفاته؛

387 - انظر المواد من 29 إلى 31 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر.

388 - قرار لوزير الداخلية رقم 836.03 بتاريخ 21 صفر 1424 (24 أبريل 2003) يتعلق بتحديد نموذج الدفتر العائلي؛ الجريدة الرسمية عدد 5114 بتاريخ 4 ربيع الآخر 1424 (5 يونيو 2003)، ص 1819.

389 - انظر المواد من 32 إلى 35 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر.

- الكافل بالنسبة لمكفوله؛

- الأخ؛

- الجد؛

- الأقربون بعد بالترتيب.

تطبق نفس مقتضيات المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه فيما يخص الأسبقية وانتقال واجب التصريح والوكالة.

إذا لم يوجد أي شخص من الأشخاص المشار إليهم أعلاه، فإن السلطة المحلية تشعر ضابط الحالة المدنية بهذه الوفاة معززة ذلك بالوثائق اللازمة.

المادة 25

إذا عثر على جثمان شخص تعين على ضابط الحالة المدنية لكان الوفاة المحتمل إقامة رسم وفاة له بناء على محضر ينجز بهذا الشأن من طرف الشرطة القضائية، ومؤشر عليه من طرف وكيل الملك³⁹⁰. ويضمن بالرسم الهوية الكاملة للهالك عند الإمكان، وإلا تضمن به أوصافه على الوجه الممكن.

إذا ثبتت هوية الهالك بعد ذلك، يتم تنقيح الرسم وفق الهوية الثابتة بمقتضى حكم قضائي.

المادة 26

إذا توفي أحد في المستشفيات أو المؤسسات الصحية المدنية أو العسكرية أو المؤسسات السجنية³⁹¹ أو الإصلاحيات أو غيرها من المؤسسات، يجب على المديرين أو

390 - قارن مع مقتضيات المادة 77 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315؛ كما تم تنميته وتغييره.

391 - قارن مع المادة 73 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.200 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)؛ الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1420 (16 سبتمبر 1999)، ص 2283:

"يجب على مدير المؤسسة عند وفاة معتقل، أن يشعر بذلك فوراً، مدير إدارة السجون، ووكيل الملك، والسلطة المحلية وعائلة المعتقل أو من يهمهم أمره.

تطبق مقتضيات قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بالشك في أسباب الوفاة، في حالة انتحار أو موت نتيجة حادث، أو إذا كانت أسباب الوفاة مجهولة أو مشكوكا فيها.

يقدم في جميع الأحوال، تصريح بالوفاة لضابط الحالة المدنية، طبقاً لمقتضيات القانون.

يكتفي بالإشارة في عقد الحالة المدنية، إلى الشارع ورقم البناية التي وقعت بها الوفاة، دون إشارة إلى المؤسسة السجنية".

- انظر كذلك حالة الولادة أثناء فترة الاعتقال بمقتضى المادة 138 من القانون رقم 23.98، سالف الذكر:

"إذا تمت الولادة داخل المؤسسة، يصرح بذلك إلى المصلحة المكلفة بالحالة المدنية من طرف مدير المؤسسة أو العون المكلف بالمصلحة الاجتماعية.

يشار بعقد الولادة إلى عنوان المؤسسة دون ذكر اسمها أو الإشارة إلى اعتقال الأم".

المتصرفين في شؤونها أو من ينوب عنهم أن يصرحوا بتلك الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة ولا يسجل هذا التصريح إلا إذا لم يتم التصريح بهذه الوفاة من طرف أحد أقارب الهالك المذكورين بالمادة 24 أعلاه.

ويتخذ في الأماكن المذكورة أعلاه سجل خاص تضمن فيه جميع المعلومات والبيانات التي تساعد على التصريح بالوفاة في الحالة المدنية.

المادة 27

إذا حصلت الوفاة لمغربي أثناء سفر بحري أو جوي وجب التصريح بها لدى ضابط الحالة المدنية المغربي الكائن في أول ميناء أو مطار مغربي رست به الطائرة أو الباخرة، أو لدى القنصل المغربي أو العون الدبلوماسي في جهة الوصول، أو لدى ضابط الحالة المدنية بمحل سكناه الأخير بالمغرب، وذلك خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ الوصول.

المادة 28

تسجل وفاة المفقود في المغرب أو خارجه في سجلات الحالة المدنية لدى ضابط الحالة المدنية المختص، بناء على تصريح من ذويه أو من طرف النيابة العامة مدعم بمقرر قضائي نهائي بالوفاة.

تثبت الوفاة طبقا للفصل 223 من مدونة الأحوال الشخصية³⁹² خلال 15 يوما من تاريخ تبليغ المقرر القضائي المشار إليه أعلاه.

المادة 29

تقوم إدارة الدفاع الوطني بالتصريح بوفاة الجنود التابعين للقوات المسلحة الملكية وأفراد القوات المساعدة الذين يستشهدون في عمليات الدفاع عن المملكة، لدى مكتب الحالة المدنية الخاص المسند له هذا الاختصاص بقرار من وزير الداخلية³⁹³، قصد تسجيلهم بناء على الحجج المدلى بها.

392 - أصبحت تقابل الفصل 223 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة المادة 327 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، سالف الذكر:

"يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".

393 - قرار لوزير الداخلية رقم 897.03 بتاريخ 21 صفر 1424 (24 أبريل 2003) يتعلق بتطبيق المادة 29 من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 5114 بتاريخ 4 ربيع الآخر 1424 (5 يونيو 2003)، ص 1818.

المادة الأولى:

"يختص مكتب الحالة المدنية للجماعة الحضرية لتواركة بتسجيل وفاة الجنود التابعين للقوات المسلحة الملكية وأفراد القوات المساعدة الذين يستشهدون في عمليات الدفاع عن المملكة".

يقوم ضابط الحالة المدنية المختص بإلغاء رسوم وفاة المستشهادين إذا ما ثبت أنهم مازالوا على قيد الحياة، وبإصلاح رسوم المستشهادين إذا ثبت خطأ في أحد بياناتها مباشرة، بناء على طلب من إدارة الدفاع الوطني.

الباب السابع: الأحكام التصريحية³⁹⁴

المادة 30

إذا لم يقع التصريح بالولادة أو الوفاة داخل أجل يحدد بنص تنظيمي³⁹⁵، فلا يمكن تسجيل الرسم الخاص بالواقعة إلا بناء على حكم تصريحي بالولادة أو الوفاة تصدره المحكمة الابتدائية المختصة، ويقدم الطلب بذلك من طرف أي شخص له مصلحة مشروعة أو من طرف النيابة العامة.

تختص المحكمة الابتدائية لمحل سكنى طالب التسجيل بالنظر في الطلبات الرامية إلى تسجيل الولادات والوفيات المتعلقة بالمغاربة المولودين أو المتوفين خارج المغرب عند عدم وجود محكمة مختصة.

المادة 31

يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة³⁹⁶ أو وفاة طبقاً لأحكام المادة 16 والمادة 24 ولم يقيم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني.

394 - انظر الفصول من 217 إلى 220 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، سالف الذكر.

395- المادة 15 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"يقع التصريح بكل ولادة أو وفاة داخل أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ وقوع الولادة أو الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسماً لهذه الواقعة.

غير أن الأجل المنصوص عليه بالفقرة السابقة يمدد إلى سنة بالنسبة إلى المغاربة القاطنين خارج المملكة.

وينقل التصريح بالولادة أو الوفاة بالخارج والذي لم يتم القيام به داخل الأجل المحدد في الفقرة السابقة، إلى سجلات الحالة المدنية للمراكز الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، بناء على نسخة كاملة من رسم الولادة أو الوفاة يدلي بها المصرح، مسلمة بشكل قانوني من لدن السلطة المختصة بالبلد الذي وقعت فيه الولادة أو الوفاة. علاوة على ذلك، يتعين على المعنيين بالأمر الإدلاء، فيما يخص رسوم الولادة، بنسخة من عقد زواج والدي الطفل. "

396 - قارن مع الفصل 468 من الظهير الشريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي؛ الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253؛ كما تمتثيمه وتغييره:

"الأب، وعند عدم وجوده، الطبيب أو الجراح أو ملاحظ الصحة أو الحكيم أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحلّه، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم، إذا لم يقيم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجباً".

الباب الثامن: نسخ رسوم الحالة المدنية³⁹⁷

المادة 32

يسلم ضابط الحالة المدنية نسخا كاملة أو موجزة من الرسوم المضمنة بسجلات الحالة المدنية المسوكة بالمكاتب التابعة له لصاحب الرسم ولأصوله وفروعه وزوجه - شريطة قيام العلاقة الزوجية - ووليه أو وصيه أو المقدم عليه أو من يوكله على ذلك.

كما يجوز للسلطات القضائية والإدارية وكذا الأعيان الديبلوماسيين والقناصل بالمغرب فيما يخص مواطنيهم، طلب نسخ من هذه الرسوم.

إذا تعلق الأمر بغير من ذكر في الفقرة السابقة، فلا يسلم ضابط الحالة المدنية نسخا من هذه الرسوم إلا بإذن من وكيل الملك يصدره بناء على طلب كتابي مبرر.

إذا رفض وكيل الملك إعطاء الإذن المذكور، أمكن للمعني بالأمر أن يرفع دعواه أمام المحكمة الابتدائية المختصة.

المادة 33

يمكن لكل شخص يسكن بمكان غير محل ولادته أن يقدم لضابط الحالة المدنية الذي يقطن بدائرة نفوذه دفتره العائلي أو نسخة موجزة من رسم ولادته، أيا كان تاريخها، من أجل تسليمه بطاقة شخصية للحالة المدنية³⁹⁸ تتضمن البيانات التي يحتوي عليها الدفتر.

397- المادة 36 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"نسخ رسوم الحالة المدنية إما كاملة أو موجزة:

تتضمن النسخة الكاملة جميع بيانات اسم الحالة المدنية بما في ذلك البيانات المدرجة في هامشه.

وتتضمن النسخة الموجزة لرسمي الولادة والوفاة الموجود نموذج منها ضمن ملحق هذا المرسوم ما يلي:

- رقم الرسم وسنة تسجيله ؛

- الاسم الشخصي والعائلي للمعني بالأمر ؛

- تاريخ الواقعة بالهجري والميلادي ومكان وقوعها وجنس المولود أو المتوفى وجنسيته إذا كان أجنبيا ؛

- اسم والديه ونسبهما ؛

- تاريخ ومكان ولادة المتوفى ومحل سكناه ومهنته فيما يخص موجز رسم الوفاة ؛

- بيان الوفاة في موجز رسم الولادة إذا كان صاحب هذا الأخير متوفى ؛

- تاريخ تسليم النسخة ؛

- اسم وصفة ضابط الحالة المدنية وتوقيعه ؛

- وتحرر جميع هذه البيانات بالعربية وبالأحرف اللاتينية".

398- المادة 37 من المرسوم رقم 2.99.665، سالف الذكر:

"تسلم البطاقة الشخصية للحالة المدنية المنصوص عليها في المادة 33 من القانون رقم 37.99 المذكور أعلاه وفقا للنموذج الموجود ضمن ملحق هذا المرسوم.

تتضمن البطاقة الشخصية الاسم الشخصي والعائلي للمعني بالأمر وتاريخ ومكان ولادته واسم الوالد والوالدة ومحل سكناه والبيانات الهامشية بالوفاة وبالقيد المفروضة على الأهلية بالنسبة للمتجنس، إن وجدت، بالعربية وبالأحرف اللاتينية.

تكون للبطاقة الشخصية للحالة المدنية نفس قوة الإثبات التي للنسخة الموجزة من رسم الولادة، وتقوم مقامها ما عدا في الحالات التالية:

- إثبات الجنسية المغربية؛

- إثبات وقائع الحالة المدنية أمام القضاء.

للحصول على البطاقة الشخصية للحالة المدنية بالنسبة لغير المعنيين بها تطبق نفس مقتضيات والشروط المشار إليها في المادة 32 أعلاه.

المادة 34

تحدد مدة صلاحية نسخ رسوم الحالة المدنية والبطاقة الشخصية للحالة المدنية في ثلاثة أشهر من تاريخ إصدارها.

الباب التاسع: تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية

المادة 35

يتم تصحيح كتابة كل بيانات الرسم بالأحرف اللاتينية، أو إضافة هذه الكتابة في حالة إغفالها بصلب الرسم وفق ما كتب باللغة العربية بمقتضى إذن من وزير الداخلية أو من يفوض له في ذلك.

المادة 36

تختص بالنظر في الطلبات الرامية إلى تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية، باستثناء طلبات استبدال الاسم العائلي وتصحيح الأسماء الشخصية والعائلية بالحروف اللاتينية أو كتابتهما بهذه الحروف إلى جانب الحروف العربية، المحكمة الابتدائية الموجودة بدائرة نفوذها مكتب الحالة المدنية المسجل به الرسم المطلوب تنقيحه.

تختص نفس المحكمة بالبت في الطلبات الرامية إلى تصحيح الأخطاء الجوهرية التي اعترت رسوم الحالة المدنية.

ويختص وكيل الملك بمنح الإذن في إصلاح الأخطاء المادية العالقة برسوم الحالة المدنية وإذا رفض وكيل الملك إعطاء الإذن، يحق لمن يعنيه الأمر تقديم طلب بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية.

المادة 37

يعتبر رسم الحالة المدنية مشوبا بخطأ مادي في الحالتين التاليتين:

يشهد بصحة المعلومات المضمنة بالبطاقة طالبا كما يشهد ضابط الحالة المدنية بمطابقة هذه المعلومات للوثيقة المعتمد عليها، وذلك بتوقيع كل واحد منهما عليها".

- إغفال تضمين بيان بالرسم على الرغم من كون المصرح قد صرح به، وثبت البيان الذي وقع إغفاله بالوثائق اللازمة؛
- إذا حصل تضمين بالرسم، على خلاف ما تم التصريح به، وما ثبت بالوثائق المعززة له.

يعتبر رسم الحالة المدنية مشوباً بخطأ جوهري في الحالات التالية:

- إذا وقع إغفال تضمين بيان بالرسم لعدم التصريح به في حينه؛
- إذا تبين أن بياناً من البيانات المضمنة بالرسم مخالف للواقع؛
- إذا سجل الرسم تسجيلًا مكرراً؛
- إذا اشتمل الرسم على إحدى البيانات الممنوع قانوناً تضمينها به.

المادة 38

يقدم الطلب الرامي إلى إصلاح رسم من رسوم الحالة المدنية المشوب بالخطأ الجوهري إلى المحكمة الابتدائية المختصة، ويتم البت فيه وفق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية³⁹⁹.

يقدم الطلب الرامي إلى الحصول على الإذن بإصلاح الأخطاء المادية بعد التأشير عليه من طرف ضابط الحالة المدنية للمكتب المسجل به الرسم إلى وكيل الملك الذي يأذن فيه بالقبول أو يرفضه في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ توصله به. إذا انتهى الأجل المذكور، اعتبر ذلك بمثابة رفض للإذن.

المادة 39

تختص المحكمة الابتدائية بالرباط بالبت في طلبات إصلاح الأخطاء الجوهرية برسوم الحالة المدنية المسجلة بسفارات وقنصليات المملكة المغربية بالخارج. يختص وكيل الملك لدى هذه المحكمة بمنح الإذن أو رفضه بقرار معلل فيما يخص إصلاح الأخطاء المادية بالنسبة للرسوم المذكورة في الفقرة السابقة. كما يختص رئيس هذه المحكمة بالبت في طلبات إصلاح الأخطاء المادية الواقعة في نفس الرسوم بعد رفض الإذن بإصلاحها من طرف وكيل الملك.

المادة 40

تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في طلبات تنقيح الأسماء الشخصية والعائلية بالنسبة للمتوفين والأجانب المسجلين بالحالة المدنية المغربية، كما تختص بتصحيح وإدخال أسمائهم الشخصية والعائلية بالأحرف اللاتينية.

399 - انظر الفصول من 217 إلى 220 من قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالتصريحات القضائية المتعلقة بالحالة المدنية وتصحيح وثائقها.

المادة 41

يوجه الحكم الصادر بالتصحيح أو الإذن به من طرف وكيل الملك إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتضمين ملخصه في طرة الرسم المصحح.
لا تسلم أية نسخة من الرسوم المصححة إلا مع التصحيح المدخل عليها تحت طائلة الحكم على ضابط الحالة المدنية بالتعويض⁴⁰⁰.

المادة 42

جميع الأحكام والأوامر القضائية الصادرة في ميدان الحالة المدنية قابلة للاستئناف.

المادة 43

الإجراءات المتعلقة بوكيل الملك أو الاختصاصات المسندة إليه بمقتضى هذا القانون تعود لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها مكتب الحالة المدنية المسجل به الرسم موضوع الإجراء أو المراد تسجيله به، ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك⁴⁰¹.

مقتضيات انتقالية وختامية

المادة 44

بالرغم من كل المقتضيات المخالفة، تحدث بصفة مؤقتة لجنة إقليمية خاصة بتصفية وضعية مكاتب الحالة المدنية من الإخلالات والأخطاء المرتكبة بسجلات الحالة المدنية ورسومها خلال الفترة السابقة عن دخول هذا القانون حيز التنفيذ.
تتكون هذه اللجنة من:

- وكيل الملك المختص بصفته، رئيسا للجنة؛
- مفتش إقليمي للحالة المدنية يعين من طرف عامل العمالة أو الإقليم؛
- رئيس مجلس جماعي يختار من طرف عامل العمالة أو الإقليم.

يرفع عامل العمالة أو الإقليم أو ضابط الحالة المدنية إلى اللجنة المذكورة التقارير المتضمنة للأخطاء والإخلالات التي اعترت سجلات ورسوم الحالة المدنية، وذلك خلال أجل أقصاه سنتان من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ بقصد إصلاحها وتدارك الإغفالات الواقعة فيها.

400 - قارن مع الفقرة الثانية من الفصل 219 من قانون المسطرة المدنية:

"يقيد ملخص الأمر الصادر بالتصحيح في سجل السنة الجارية مع الإشارة إليه في طرة الوثيقة المصححة التي لا تسلم أية نسخة منها إلا مع الإصلاح المدخل عليها تحت طائلة الحكم على ضابط الحالة المدنية بالتعويض".

401 - تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، ولا سيما قضايا الحالة المدنية - التي هي جزء من قضايا الأسرة - بموجب الفصلين 7 و8 من قانون المسطرة المدنية، ويعتبر حضورها في الجلسة إلزاميا إذا كانت طرفا رئيسيا أو كان حضورها محتما قانونا طبقا للفصل 10 من نفس القانون.

تأمر اللجنة على ضوء التقارير المرفوعة إليها بإعطاء الإذن بالإصلاح المطلوب.
ينتهي عمل اللجنة تلقائياً وبقوة القانون بمجرد انتهاء المهام المسندة إليها.

المادة 45

يجب التصريح بالولادات الواقعة قبل صدور هذا القانون لدى ضابط الحالة المدنية لمحل الولادة خلال أجل ستة أشهر من تاريخ إجراء العمل به، وذلك تحت طائلة الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 31 أعلاه على المعنيين بالأمر عند عدم قيامهم بذلك.

المادة 46

يجوز لكل شخص غير معروف الأب أو الأبوين وسجل بالحالة المدنية دون بيان إسم الأب أو الأبوين، أن يطلب هو أو من ينوب عنه إضافة إسم أب أو أبوين وفق ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 16 من هذا القانون، وذلك عن طريق حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية لمحل الولادة.

المادة 47

تبقى دفاتر التعريف والحالة المدنية المؤسسة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ سارية المفعول، ويمكن لكل شخص مغربي، متزوج، أن يطلب تغيير دفتر التعريف والحالة المدنية بالدفتر العائلي.

يقدم طلب تعويض دفتر التعريف والحالة المدنية إلى ضابط الحالة المدنية لمحل الولادة مرفق بـ :

- نسخة من رسم الزواج أو ثبوت الزوجية أو التقرار، حيث يقوم ضابط الحالة المدنية بوضع بيان الزواج بطرة رسم ولادة المعني بالأمر؛
- نسخة من رسم ولادة الزوجة، ليقوم ضابط الحالة المدنية بوضع بيان الزواج بطرة رسم ولادتها، إن كانت مسجلة لديه، أو يبعث بيان الزواج إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادتها قصد مباشرة ذلك؛
- نسخة من رسم ولادة كل واحد من الأبناء؛
- كناش التعريف والحالة المدنية، الذي يسحب ويودع بملف الحالة المدنية للمعني بالأمر.

المادة 48

يبتدئ العمل بهذا القانون خلال أجل ستة أشهر ابتداء من نشره بالجريدة الرسمية وتنسخ بمقتضاه جميع النصوص الصادرة قبل هذا التاريخ والمتعلقة بالحالة المدنية وخصوصاً:

- الظهير الشريف الصادر في 24 من شوال 1333 (4 سبتمبر 1915) المنظم للحالة المدنية؛

- والظهير الشريف المؤرخ في 18 من جمادى الأولى 1369 (8 مارس 1950)
الممدد لنظام الحالة المدنية؛

كما وقع تنميهما أو تعديلهما.

تعتبر الإحالات الواردة في النصوص التشريعية الجاري بها العمل إلى الظهيرين
الشريفيين السالفي الذكر إحالات إلى الأحكام المماثلة لها الواردة في هذا القانون.

0220051426

الفهرس

.....563	ظهير شريف رقم 1.02.239 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية
.....565	قانون رقم 37.99 يتعلق بالحالة المدنية
.....565	الباب الأول: أحكام عامة
.....566	الباب الثاني: ضباط الحالة المدنية
.....569	الباب الثالث: سجلات الحالة المدنية
.....571	الباب الرابع: رسم الولادة
.....572	الاسم العائلي
.....573	الاسم الشخصي
.....574	الباب الخامس: تضمين بيانات الزواج وانحلال ميثاق الزوجية
.....575	الدفتر العائلي
.....575	الباب السادس: رسم الوفاة
.....578	الباب السابع: الأحكام التصريحية
.....579	الباب الثامن: نسخ رسوم الحالة المدنية
.....580	الباب التاسع: تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية
.....582	مقتضيات انتقالية وختامية
.....585	الفهرس

أحكام القوانين الجنائية العامة

سقوط الدعوى العمومية

الفصل 3 من قانون المسطرة الجنائية بالإضافة إلى النصوص المتفرقة في القانون الجنائي التي تضع حدا للمتابعة بسحب الشكاية هناك قوانين خاصة نصت على إمكانية إبرام المصالحة المؤدية إلى سقوط الدعوى العمومية.

1 - نصوص القانون الجنائي:

480 إهمال الأسرة .

492 الخيانة الزوجية .

522 استعمال ناقلة ذات محرك .

535 جرائم الأموال المرتكبة بين الأقارب .

540 النصب والاحتيال.

547 خيانة الأمانة .

2 - نصوص القوانين الخاصة :

الفصل 74 من ظهير 1917.10.10 إدارة المياه والغابات.

الفصل 53 من ظهير 1973.11.23 قانون الصيد البحري.

الفصل 273 وما يليه من ظهير 1977/10/9 مدونة الجمارك.

الحراسة النظرية

المدة :عدم احترامها

لئن كان قانون المسطرة الجنائية قد حدد في الفصل 80 منه مدة الوضع تحت الحراسة النظرية وعبر على ذلك بصيغة الوجوب فإنه لم يرتب جزاء البطلان على عدم احترام ذلك كما فعل بالنسبة للمقتضيات المنصوص عليها في الفصل 80 منه إذ قد يتعذر تقديم الشخص في الوقت المحدد لأسباب تتعلق بالبحث وليس في هذا ما يمكن اعتباره خرقا لحقوق الدفاع أو مسا بحريات الأشخاص.

أحكام الفصل 129

المشاركة

النص :

" يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى أحد الأفعال الآتية .

أمر بارتكاب الفعل أو حرف على ارتكابه وذلك بهبة أو عد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي.

قدم أسلحة أو أدوات أو أية وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب الفعل مع علمه بأنها ستستعمل لذلك.

ساعد أو أعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الأعمال المسهلة لارتكابها مع علمه بذلك.

تعود على تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان الاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذي يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي

أما المشاركة في المخالفات فلا عقاب عليه مطلقاً."

المشاركة في أية جناية أو جنحة تخضع للعقاب بدون استثناء سواء كان العقاب على الجريمة مقرراً في القانون الجنائي أو في قانون خاص حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة غير عمدية.

لا يعتبر مشاركا في السرقة القيام باستبدال النقود الأجنبية المسروقة بالنقود الوطنية إذ لا يتصور المشاركة في الجريمة بعد ارتكابها .

أحكام الفصل 140

الرشد الجنائي

النص :

المجرم الذي بلغ سن الرشد الجنائي أي ثمانية عشر عاماً يعتبر كامل المسؤولية.

القواعد :

إن سن الرشد الجنائي تدرك ببلوغ 18 سنة كاملة .

إن السن التي تعتبر لتحديد الرشد الجنائي هي سن المجرم في يوم ارتكاب الجريمة.

أحكام الفصل 251

الرشوة

النص :

من استعمل عنفاً أو تهديداً أو قدم وعداً أو عرضاً أو هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى لكي يحصل على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو علّ مزية أو فائدة مما أشير إليه في الفصول 243 إلى 250 وكذلك من استجاب لطلب رشوة ولو بدون أيّ اقتراح من جانبه يعاقب بنفس العقوبات المقررة في تلك الفصول سواء كان الإكراه أو للرشوة نتيجة أولاً .

القواعد:

يمكن أن لا يوجه التهديد أو العنف ضد الموظف مباشرة بل ضد بعض أفراد عائلته وهذه الطريقة نادرة الاستعمال أما الطريقة العادية فهي الارتشاء بواسطة وعود هبات. لقيام جريمة الرشوة لابد أن يكون الطلب أو قبول العرض أو الوعد أو تسلم الهبة أو الهداية قبل القيام بالعمل أو الامتناع عنه.

تعد جريمة الرشوة غير قائمة إذا ثبت أن المتهم طلب وتسلم المبالغ المالية بعد أن أتم مهمة البحث التي كلف بها بحيث لم يكن اتمام البحث متوقفا على تسليم تلك المبالغ ومعلقا عليها.

تصادر لفائدة الحزينة العامة الأشياء التي قدمها الراضي ولا يجوز مطلقا أن يؤمر بردها إليه ولا تعتبر هذه المصادر عقوبة إضافية بل هي تدبير وقائي يدخل في عداد مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة فيجب الحكم بها حتى في حالة سقوط الدعوى العمومية بالتقادم أو بوفاة المتهم.

أحكام الفصل 266

احتقار مقرر قضائي .

النص :

يعاقب بالعقوبات المقررة في الفقرتين الأولى والثالثة من الفصل 263 على :

أ - الأفعال أو الأقوال أو الكتابات العلنية التي يقصد منها التأثير على قرارات رجال القضاء قبل صدور الحكم غير القابل للطعن في قضية ما.

ب - الأفعال أو الأقوال أو الكتابات العلنية التي يقصد منها تحقير المقررات القضائية ويكون من شأنها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله.

القواعد:

تفيد عبارة قبل صدور الحكم أن التدخل كيفما كان لشكله لذلك لا تدخل تحت أحكام هذا الفصل حملة صحيفة تتعرض لموضوع عام كإلغاء عقوبة الإعدام.

و هذا النص لا يضع أي تمييز بين حكم قضائي زجري أو مدني.

أن جريمة احتقار مقرر قضائي كما هو منصوص عليه في الفصل 266 من القانون الجنائي لا تقوم بمجرد الامتناع عن تنفيذ حكم بل يجب أن تصدر من الجاني أقوال أو أفعال من شأنها المساس بحرمة القضاء.

أحكام الفصل 416

الاستفزاز

النص :

يتوفر عذر مخفف العقوبة إذا كان القتل أو الجرح أو الضرب قد ارتكب نتيجة استفزازنا شيء عن اهتداء بالضرب أو العنف الجسيم على شخص ما.

القواعد:

الاستفزاز يكون موجودا إذا تعلق الأمر بعنف خطير يتم تقديره لا من الجانب الموضوعي فقط بل أيضا من الجانب الشخصي.

لما كان المتهم قد دفع بأنه كان في حالة الاستفزاز ولما ردت المحكمة هذا الدفع بأنه كان في إمكانه الهروب عندما أصيب بحجارة قذفه بها القضية وأن الاعتداء بالحجارة لا يتناسب مع الرد بسكين فإن هذا الرد لا يساير مقتضيات الفصل 416 من القانون الجنائي الذي أناط الاستفزاز بوقوع الاعتداء بالضرب الجسيم على المتهم وهو ما كان على المحكمة أن تتأكد منه.

أحكام الفصل من 436 إلى 440

الاختطاف

النص :

الفصل 436

يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من يختطف شخصا أو يقبض عليه أو يحبسه أو يحجزه دون أمر من السلطات المختصة وفي غير الحالات التي يجيز فيها القانون أو يوجب ضبط الأشخاص.

وإذا استغرقت مدة الحبس أو الحجز 30 يوما أو أكثر كانت العقوبة بالسجن من 10 سنوات إلى 20 سنة.

وإذا ارتكب القبض أو الاختطاف إما عن طريق ارتداء بذلة أو حمل شارة نظامية أو مماثلة لما هو منصوص عليه في الفصل 384، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو تقديم أمر مزور على السلطة العمومية أو استعمال وسيلة من وسائل النقل ذات المحرك أو تهديد بارتكاب جريمة ضد الأشخاص أو الممتلكات كانت العقوبة بالسجن من 20 إلى 30 سنة⁴⁰².

تطبق العقوبة المشار إليها في الفقرة الثالثة أعلاه إذا كان مرتكب الفعل أحد الأشخاص الذين يمارسون سلطة عمومية أو أحد الأشخاص المنصوص عليهم في الفصل 225 من هذا القانون متى ارتكب الفعل لغرض ذاتي أو بقصد إرضاء أهواء شخصية⁴⁰³.

الفصل 437

إذا كان الاختطاف أو القبض أو الحبس أو الحجز يهدف إلى تمكين مرتكبيه من أخذ رهائن إما لإعداد أو تسهيل ارتكاب جريمة أو جنحة وإما لتيسير هروب مرتكبي الجناية أو الجنحة أو إفلاتهم من العقاب كانت العقوبة بالسجن المؤبد.

وكذا الشأن إذا كانت هذه الأفعال تهدف إلى تنفيذ أمر أو توفير شرط ولاسيما أداء فدية⁴⁰⁴.

⁴⁰² - تم تغيير وتنظيم هذا الفصل بمقتضى الفصل الأول من ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.232 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 (21 ماي 1974) يغير ويتم بموجبه الفرع الرابع من الباب السابع والباب التاسع بالجزء الأول من الكتاب الثالث من القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴⁰³ - أضيفت هذه الفقرة بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴⁰⁴ - تم تغيير وتنظيم هذا الفصل بمقتضى الفصل الأول من ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.232

الفصل 438

إذا وقع تعذيب بدني للشخص المخطوف أو المقبوض عليه أو المحبوس أو المحجوز عوقب المجرمون بالإعدام في جميع الحالات المنصوص عليها في الفصول السابقة⁴⁰⁵.

الفصل 439

إن العقوبات المقررة في الفصول 436 و 437 و 438 تطبق حسب الكيفيات المبينة في هذه الفصول على الأشخاص الذين يقدمون عن علم محلا لحبس أو حجز المعتدى عليهم أو وسيلة لنقلهم⁴⁰⁶.

الفصل 440

كل مجرم وضع من تلقاء نفسه حدا للحبس أو الحجز يستفيد من العذر المقبول لتخفيض العقوبة بحسب مدلول الفصل 143 من هذا القانون طبق الكيفيات الآتية:

1 - في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 437 و 439، إذا أطلق سراح الشخص المقبوض عليه أو المختطف أو المحبوس أو المحجوز كرهينة وهو يتمتع بصحة جيدة قبل مضي اليوم الخامس على يوم القبض أو الاختطاف أو الحبس أو الحجز فإن العقوبة تخفض إلى الحبس من خمس إلى عشر سنوات.

ويطبق هذا العذر إذا كانت الأعمال الإجرامية تهدف إلى تنفيذ أمر أو توفير شرط وكان إطلاق سراح الشخص قد تم دون تنفيذ الأمر أو توفير الشرط ؛

2 - في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 436 و 439:

إذا أطلق سراح الشخص المحبوس أو المحجوز وهو يتمتع بصحة جيدة قبل مضي أقل من عشرة أيام على يوم القبض أو الاختطاف أو الحبس أو الحجز كانت العقوبة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات.

إذا أطلق سراح الشخص فيما بين اليوم العاشر واليوم الثلاثين المواليين ليوم القبض أو الاختطاف أو الحبس أو الحجز كانت العقوبة بالسجن من خمس إلى عشر سنوات،

إذا أطلق المعتدي سراح الشخص من تلقاء نفسه وكان هذا الأخير قد تعرض من قبل لمعاملات سيئة حسب مدلول الفصل 438 كانت العقوبة بالسجن من 10 سنوات إلى 20 سنة⁴⁰⁷.

بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 (21 ماي 1974) يغير ويتم بموجبه الفرع الرابع من الباب السابع والباب التاسع بالجزء

الأول من الكتاب الثالث من القانون الجنائي،

سالف الذكر.

⁴⁰⁵ - نفس الإحالة.

⁴⁰⁶ - نفس الإحالة.

القواعد:

يتضمن هذا الفصل جريمة وظرفين مشددين والأفعال التي يعاقب عليها هذا الفصل

تمس بالحرية الفردية وهي :

(1) الاختطاف (2) الحبس

(3) القبض (4) الحجز

جريمة الاختطاف مجردا وإن تجاوزت العقوبة الناجمة عنها في حدها الأقصى خمس سنوات حبسا فإنها تعتبر مجرد جنحة تجري عليها أحكام الجنح التأديبية.

ينص الفصل 437 على نوع جديد من الإجرام وهو أخذ رهائن .

أضاف الفصل 438 ظروف مشددة أخرى على هذه الجرائم.

ينص الفصل 439 على حالة من حالات المشاركة في الفعل الإجرامي .

إذا وضع الفاعل من تلقاء نفسه حدا الحبس الضحية أو حجزه داخل أجل معين

يستفيد من عذر مخفف حسب مفهوم الفصل 143 الذي ينص على أن :

الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها، مع ثبوت الجريمة وقيام المسؤولية، أن يتمتع المجرم إما بعدم العقاب، إذا كانت أعذارا معفية، وإما بتخفيض العقوبة، إذا كانت أعذارا مخفضة.

أحكام الفصل 441

الهجوم على مسكن الغير

النص :

من دخل أو حاول الدخول إلى مسكن الغير باستعمال التدليس أو التهديد أو العنف ضد الأشخاص أو الأشياء يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 120 إلى 250 درهم.

وإذا انتهكت حرمة المسكن ليلاً أو باستعمال التسلق أو الكسر أو بواسطة عدة أشخاص أو إذا كان الفاعل أو أحد الفاعلين يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً فالعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من 120 إلى 500 درهم.

القواعد:

يهدف الفصل إلى حماية المسكن فلا أهمية لما إذا كان من انتهكت حرمة مسكنه حاضراً أو غائباً ولا ينوب عنه أحد.

أما الفقرة الثانية من الفصل فتتص على عدد من الظروف المشددة.

ومحاولة الجنحة المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 441 يعاقب عليها القانون.

يجب أن يقع الهجوم بطريق التدليس أو التهديد أو العنف.

القذف و السب

النص :

الفصل 442

يعد قذفا ادعاء واقعة أو نسبتها إلى شخص أو هيئة، إذا كانت هذه الواقعة تمس شرف أو اعتبار الشخص أو الهيئة التي نسبت إليها.

الفصل 443

يعد سبا كل تعبير شائن أو عبارة تحقير أو قذح لا تتضمن نسبة أي واقعة معينة.

الفصل 444

القذف والسب العلني يعاقب عليهما وفقا للظهير رقم 1.58.378 المؤرخ في 3 جمادى الأولى 1378 الموافق 15 نونبر 1958 المعتبر بمثابة قانون الصحافة⁴⁰⁸.

408 - راجع مقتضيات القسم الثالث من الباب الرابع من قانون الصحافة كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 77.00 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.207 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، سالف الذكر، وهي كالتالي:

الفصل الرابع والأربعون: يعد قذفا إدعاء واقعة أو نسبتها إلى شخص أو هيئة إذا كانت هذه الواقعة تمس شرف أو اعتبار الشخص أو الهيئة التي نسبت إليها.

ويعد سبا كل تعبير شائن أو مشين أو عبارة تحقير حاطة من الكرامة أو قدح لا يتضمن نسبة أية واقعة معينة. ويعاقب على نشر هذا القذف أو السب سواء كان هذا النشر بطريقة مباشرة أو بطريق النقل حتى ولو أفرغ ذلك في صيغة الشك والارتياح أو كان يشار في النشر إلى شخص أو هيئة لم تعين بكيفية صريحة ولكن يمكن إدراكه من خلال عبارات الخطب، أو الصياح أو التهديدات أو المكتوبات أو المطبوعات أو الملصقات أو الإعلانات المجرمة.

الفصل الخامس والأربعون: يعاقب بحبس تتراوح مدته بين شهر واحد وسنة واحدة وبغرامة يتراوح قدرها بين 1.200 و100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط عن كل قذف يرتكب بإحدى الوسائل المبينة بالفصل 38 في حق المجالس القضائية والمحاكم والجيوش البرية أو البحرية أو الجوية والهيئات المؤسسة والإدارات العمومية بالمغرب.

الفصل السادس والأربعون: تطبق نفس العقوبات على مرتكبي القذف بنفس الوسائل المذكورة في حق وزير أو عدة وزراء من أجل مهامهم أو صفاتهم أو نحو موظف أو أحد رجال أو أعوان السلطة العمومية أو كل شخص مكلف بمصلحة أو مهمة عمومية مؤقتة كانت أم مستمرة أو مساعد قضائي أو شاهد من جراء تأدية شهادته. أما مرتكبو القذف الموجه إلى الشخصيات المذكورة فيما يهم حياتهم الخاصة فتطبق عليهم العقوبات المبينة في الفصل السابع والأربعون الموالي.

الفصل السابع والأربعون: يعاقب بحبس تتراوح مدته بين شهر واحد وستة أشهر وبغرامة يتراوح قدرها بين 10.000 و50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط عن القذف الموجه للأفراد بإحدى الوسائل المبينة في الفصل 38.

الفصل الثامن والأربعون: يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 50.000 و100.000 درهم عن السب الموجه بنفس الوسائل إلى الهيئات والأشخاص المعنيين في الفصولين 45 و46.

ويعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 5.000 و50.000 درهم عن السب الموجه بنفس الطريقة إلى الأفراد بدون أن يتقدمه استقزاز.

الفصل الواحد والخمسون: كل من يوجه عن طريق إدارة البريد والتلغراف أو بالطرق الإلكترونية الأخرى مراسلة مكشوفة محتوية على قذف يوجه إما إلى الأفراد وإما إلى الهيئات أو الأشخاص المعنيين في الفصول 41 و45 و46 و52 و53 يعاقب بحبس أقصاه شهر واحد وبغرامة تتراوح بين 1.200 و5.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وإذا ما احتوت المراسلة على سب فيعاقب على هذا الإرسال بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أيام وشهرين اثنين، وبغرامة يتراوح قدرها بين 200 و1.200 درهم.

أحكام الفصل 445

الوشاية الكاذبة

النص :

الفصل 445

من أبلغ بأي وسيلة كانت، وشاية كاذبة ضد شخص أو أكثر إلى الضباط القضائيين أو إلى ضباط الشرطة القضائية أو الإدارية أو إلى هيئات مختصة باتخاذ إجراءات بشأنها أو تقديمها إلى السلطة المختصة، وكذلك من أبلغ الوشاية إلى رؤساء المبلغ ضده أو أصحاب العمل الذين يعمل لديهم، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴⁰⁹ إلى ألف درهم، ويجوز للمحكمة أن تأمر علاوة على ذلك، بنشر حكمها كله أو بعضه في صحيفة أو أكثر، على نفقة المحكوم عليه.

وإذا كانت الوقائع المبلغ بها تستوجب زجرا جزائيا أو إداريا، فإن المتابعة عن الوشاية الكاذبة، تطبقا لهذا النص، يمكن الشروع فيها، إما عقب الحكم النهائي ببراءة المبلغ ضده أو إعفائه أو عقب صدور أمر أو قرار بعدم متابعته أو عقب حفظ الشكاية بأمر من أحد رجال القضاء أو الموظف أو رئيس المبلغ ضده أو مستخدمه المختص بالبت في الشكاية.

وعلى المحكمة التي ترفع لها الدعوى، بمقتضى هذا الفصل، أن تأمر بوقف نظر

دعوى البلاغ الكاذب، إذا كانت المتابعة عن الواقعة المبلغ بها لازالت جارية

القواعد:

وإذا تعلق الأمر بما هو منصوص عليه في الفصل 41 يعاقب بحبس تتراوح مدته بين شهر واحد وستة أشهر وبغرامة يتراوح قدرها بين 1.200 إلى 5.000 درهم.

الفصل الواحد والخمسون مكرر: يعاقب بحبس تتراوح مدته بين شهر واحد وستة أشهر وبغرامة يتراوح قدرها بين 5.000 و 20.000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط كل من نشر ادعاءات أو وقائع أو صور تمس بالحياة الخاصة للغير.

⁴⁰⁹ - تم رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغيره بموجب بعض مقتضيات القانون الجنائي، بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-81-283 بتاريخ 11 رجب 1402 (6 مايو 1982)؛ الجريدة الرسمية عدد 3636 بتاريخ 15 رمضان 1402 (7 يوليوز 1982)، ص 835.

إذا كان مشروعاً أن يرفع شخص وقع ضحية فعل ألحق به ضرراً أمراً إلى السلطات المختصة لطلب التعويض وإذا كان على المواطنين إشعار السلطات المختصة بالأفعال الجرمية التي تمس بالنظام العام فإن الوشاية الكاذبة التي يكون الباعث عليها في الغالب هو الحسد أو الغيرة أو روح الانتقام تمثل أخطاراً كبيرة لأنها تعرض المواطنين للشكوك والمتابعات ولهذه الأسباب يعاقب القانون بشدة على الوشاية الكاذبة.

تقديم الشكاية حق أولاه المشرع بكل شخص لحقه ضرر وتبقى الكلمة في النهاية لمن قدمت هذه الشكاية العنصر الأساسي في الوشاية الكاذبة هو القصد العام أي علم المشتكى بكذب الوقائع التي بلغ بها علم المتهم بكذب الوشاية وقت التبليغ عنصر جوهري.

ترك الأطفال أو العاجزين وتعريضهم للخطر

(الفصول 459 – 467.4)

الفصل 459

من عرض أو ترك طفلاً دون سن الخامسة عشرة أو عاجزاً لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية، في مكان خالٍ من الناس أو حمل غيره على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات⁴¹⁰.

فإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوماً، فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس.

أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتير أو عطب، أو إذا بقي مصاباً بعاهة مستديمة، فإن العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا نتج عن التعريض للخطر أو عن الترك موته، كانت العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة.

الفصل 460

إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل أو العاجز أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته، فإن العقوبة تكون على التفصيل الآتي:

- الحبس من سنتين إلى خمس، في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

- في الحالات المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل السابق، ترفع العقوبة إلى الضعف.

- في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من نفس الفصل، تكون العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة.

- في الحالات المشار إليها في الفقرة الرابعة من نفس الفصل، تكون العقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

⁴¹⁰ - تم تغيير هذه الفقرة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

الفصل 461

من عرض أو ترك طفلاً دون سن الخامسة عشرة أو عاجزاً لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية، في مكان غير خال من الناس أو حمل غيره على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة⁴¹¹.

فإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوماً، فالعقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتير أو عطب، أو إذا بقي مصاباً بعاهة مستديمة، فالعقوبة الحبس من سنتين إلى خمس.

وإذا نتج عن التعريض للخطر أو عن الترك موته، فالعقوبة السجن من خمس إلى عشر سنوات.

الفصل 462

إذا كان مرتكب الجريمة من أصول المجني عليه أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته، كانت العقوبة على التفصيل الآتي:

- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

- الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من نفس الفصل.

- في الحالة المشار إليها في الفقرة الثالثة من نفس الفصل، ترفع العقوبة إلى الضعف.

- السجن من خمس إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الرابعة من نفس الفصل.

الفصل 463

إذا نتج عن التعريض للخطر أو الترك موت الطفل أو العاجز، وكانت لدى الجاني نية إحداثه، فإنه يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصول 392 إلى 397، على حسب الأحوال.

الفصل 464

في الحالة التي لا تطبق فيها إلا عقوبة جنحية، طبقاً للفصول 459 إلى 462 فإن المجرم يمكن أن يعاقب، زيادة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر.

- الإحالة السابقة. ⁴¹¹

الفصل 465

من حمل إلى مؤسسة خيرية طفلاً يقل عمره عن سبع سنوات كاملة، كان قد عهد به إليه للعناية أو لأي سبب آخر، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين⁴¹² إلى ألفي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

إلا أنه لا تطبق أية عقوبة إذا كان مرتكب هذا الترك غير ملزم ولا متعهد بأن يقدم المؤونة والعناية للطفل مجاناً، ولم يقدّم أي شخص آخر بتقديم ذلك.

الفصل 466

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين⁴¹³ إلى خمسة آلاف درهم من ارتكب، بقصد الحصول على فائدة، أحد الأفعال الآتية:

- حرّض الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد.

- قدم أو حاول أن يقدم وساطته للتكفل بطفل وليد أو سيولد أو لتبنيه.

الفصل 467

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين⁴¹⁴ إلى خمسة آلاف درهم:

1 - من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما، أو حاول ذلك.

2 - من أحرز مثل هذا العقد أو استعمله أو حاول استعماله.

الفصل 1-467-415

يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم كل شخص يقوم ببيع أو شراء طفل تقل سنه عن ثمان عشرة سنة.

- انظر الهامش المضمن في الفصل 111⁴¹²

. تم رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغيرة بموجبه بعض مقتضيات القانون الجنائي، بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-81-283 بتاريخ 11 رجب 1402 (6 مايو 1982)؛ الجريدة الرسمية عدد 3636 بتاريخ 15 رمضان 1402 (7 يوليوز 1982)، ص 835.

- نفس الإحالة.⁴¹³

- نفس الإحالة.⁴¹⁴

- تمت فصول الفرع الثاني من الباب الثامن من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي،⁴¹⁵ بالفصل 1-467 وما يليه، بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

يقصد ببيع الأطفال كل فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من شخص أو مجموعة أشخاص إلى شخص آخر أو مجموعة أشخاص بمقابل কিفما كان نوعه.

يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل:

- كل من حرّض الأبوين أو أحدهما أو الكافل أو الوصي أو المقدم أو من له سلطة على طفل أو يتولى رعايته على بيع طفل دون سن الثامنة عشرة أو سهل ذلك أو أعان عليه؛
- كل من قام بالوساطة في بيع أو شراء طفل دون سن الثامنة عشرة أو سهل ذلك أو أعان عليه بأية وسيلة من الوسائل.

يعاقب على محاولة ارتكاب هذه الجرائم بالعقوبة المقررة للجريمة التامة.

يجوز الحكم على المدان بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات.

الفصل 2-467

يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى عشرين ألف درهم ما لم يكن الفعل جريمة أشد، كل من استغل طفلاً دون الخامسة عشرة سنة لممارسة عمل قسري أو توسط أو حرّض على ذلك⁴¹⁶.

يقصد بالعمل القسري بمفهوم الفقرة السابقة إجبار الطفل على ممارسة عمل لا يسمح به القانون أو القيام بعمل مضر بصحته أو سلامته أو أخلاقه أو تكوينه.

الفصل 3-467

يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة كل من حاول ارتكاب الأفعال المنصوص عليها في الفصول 1-467 و 2-467.

الفصل 4-467

تسري مقتضيات الفصل 464 من هذا القانون على مرتكبي الأفعال المعاقب عليها في الفصول 1-467 إلى 3-467.

⁴¹⁶ - استدراك خطأ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5188 بتاريخ 28 ذو الحجة 1424 (19 فبراير 2004)،

الجنايات والجرح التي تحول دون التعرف على هوية الطفل

(الفصول 468 – 470)

الفصل 468

الأب، وعند عدم وجوده، الطبيب أو الجراح أو ملاحظ الصحة أو الحكيمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين⁴¹⁷ إلى مائتي درهم، إذا لم يتم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا⁴¹⁸.

⁴¹⁷ - بعد رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغير بموجبه بعض مقتضيات القانون الجنائي، سالف الذكر، أصبح الحد الأدنى للغرامة في هذا الفصل مطابقا للحد الأقصى.
⁴¹⁸ - قارن مع مقتضيات

المواد 31 و16 و24 من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.239 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3150.
المادة 31: يعاقب بغرامة مالية من 300 على 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة

طبقا لأحكام المادة 16 والمادة 24 ولم يتم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني.
المادة 16: يقوم بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقرباء المولود حسب الترتيب:

- الأب أو الأم؛

- وصي الأب؛

- الأخ؛

- ابن الأخ.

يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنا على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح.
ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب.
يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله.

إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا بتصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم

الفصل 469

من عثر على وليد، ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وغرامة من مائة وعشرين⁴¹⁹ إلى مائتي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

الفصل 470

من تعمد نقل طفل أو إخفاءه أو تغييره أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه ماديا على أنه ولد لامرأة لم تلده، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس.

فإذا لم يثبت أنه ولد حيا، فإن العقوبة تكون الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين.

شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون. يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح.

تصرح بالابن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له اسما شخصيا واسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به.

يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل.

المادة 24: يصرح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها الأشخاص المبينون أسفله مع مراعاة الترتيب:

- الولد؛

- الزوج؛

- الأب أو الأم أو وصي الأب أو المقدم على الهالك قبل وفاته؛

- الكافل بالنسبة لمكفوله؛

- الأخ؛

- الجد؛

- الأقربون بعد بالترتيب.

تطبق نفس مقتضيات المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه فيما يخص الأسبقية وانتقال واجب التصريح والوكالة.

إذا لم يوجد أي شخص من الأشخاص المشار إليهم أعلاه، فإن السلطة المحلية تشعر ضابط الحالة المدنية بهذه الوفاة معززة ذلك بالوثائق اللازمة.

⁴¹⁹ - بعد رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغيرة بموجبه بعض مقتضيات القانون الجنائي، سالف الذكر، أصبح الحد الأدنى للغرامة في هذا الفصل مطابقا للحد الأقصى.

أما إذا ثبت أنه لم يولد حيا، فإن المتهم يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين، وغرامة من ألف ومائتين إلى مائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

تضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل، إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو شخصا مكلفا برعايته أو له سلطة عليه⁴²⁰.

أحكام الفصل 468

عدم التصريح بالازدياد

القاعدة

التصريح بالازدياد واجب على الجميع .

يبني الفصل المسؤولية على نظام الأسبقية ولكنه لا يعاقب على عدم اتباع هذا الترتيب ما دام أن الإجراء قد تم وهكذا استقرت العادة في مستشفيات ومصحات الولادة أن يقدم التصريح عامل مكلف بالصحة الإدارية.

أحكام الفصل 469

العثور على وليد

المبدأ :

غالبا ما يكون الطفل متروكا على الطريق العمومي والوليد يعني أن الطفل صغيرا يفترض أنه لم يقدم بعد تصريح بازدياده للسلطة المكلفة بالحالة المدنية والأخطار به يكون داخل أجل معقول كأجل التصريح بالازدياد.

⁴²⁰ - تم تتميم هذا الفصل بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

أحكام الفصل 470

تعهد إعاقاة التعرف على الهوية

المبدأ:

الفقرة الأولى من الفصل 470 تنص على ثلاثة جرائم مختلفة هي :

1 - المساس بهوية الطفل.

2 - استبدال طفل بآخر .

3 - تقديم طفل ماديا على أنه ولد لامرأة لم تلده.

وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل 470 على تحقيق العقوبة.

أحكام الفصل 480 إهمال الأسرة

الفصل 480

يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ الموقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا،

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك⁴²¹.

القواعد :

يجب أن يوجد مقرر قضائي وإذا كان هذا المقرر صادرا عن محكمة أجنبية فيجب أن تعطى له الصيغة التنفيذية والقانون لم يحدد درجة الأصول والفروع .

لابد أن يسبق المتابعة بجريمة إهمال الأسرة الإعذار الذي يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية بأمر من النيابة العامة لا اثر لنفي النسب على قيام جريمة إهمال الأسرة.

⁴²¹ - تنص المادة 202 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، سالف الذكر، على أنه: "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة".

أحكام الفصل 483

الإخلال العلني بالحياء

النص :

من ارتكب إخلالا علنيا بالحياء وذلك بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارات أو الأفعال يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين وبغرامة من 120 إلى 500 درهم.

ويعتبر الإخلال علنيا متى كان الفعل الذي كونه قد ارتكب بمحضر شخص أو أكثر شاهدوا ذلك عفو أو بمحضر قاصر دون الثامنة عشرة من عمره أو في مكان قد تتطلع إليه أنظار العموم.

القاعدة :

العري يجب أن يكون عمديا ولا يمكن أنى يعاقب شخص جرده اللصوص من ملابسه وليس ضروريا أن يكون هذا العري كاملا فقد يكشف عن بع أجزاء الجسد فقط كالتبول في مكان عام أو كشف امرأة عن ثدييها إلا إذا كان ذلك من أجل إرضاع طفل.

أما البذاءة في الإشارة وفي الأفعال فيرجع أمر تقديرها إلى المحكمة .

إن جنحة الإخلال بالمروءة علانية لا تعتبر إلا حين صدور الأعمال الفاحشة بمحل عمومي يمكن للعموم الدخول إليه أو في ظروف خصوصية تمكن الغير من مشاهدة تلك الأعمال صدفة.

أحكام الفصل 485

هتك عرض مع استعمال العنف

النص :

يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من هتك أو حاول هتك عرض أي شخص ذكرًا كان أو أنثى، مع استعمال العنف.

غير أنه إذا كان المجني عليه طفلاً تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو كان عاجزاً أو معاقاً أو معروفاً بضعف قواه العقلية، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة

422

المبدأ :

قيام طبيب مختص في جراحة الإنسان بممارسة أفعال بذيئة في حق عدد من الزبناء بعد التخدير لتسهيل العلاج يعتبر هتكا للعرض مع استعمال العنف. ويضيف الفصل 485 في فقرته الثانية ظرفاً مشدداً .

لا توصف جريمة هتك العرض بجناية إلا إذا اقترنت باستعمال العنف وكان العنف وسيلة لاقتوافها لا نتيجة لها ولا يشترط اقتران العنف لهتك الصغير غير المميز هو الذي لم يبلغ الثانية عشرة إذ الأخير لا إرادة له.

أحكام الفصل 490

الفساد

النص :

كل من علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها من شهر إلى سنة.

المبدأ :

تفسير النص يصبح دقيقاً إذا كان الشريكان في الجريمة أجنبيين راشدين ويعتبران لهما الحرية في التصرف في نفسيهما سيما إذا كان قانونهما الوطني لا يعاقب على جريمة الفساد.

⁴²² - تم تتميم هذا الفصل بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

يكفي لقيام جريمة الفساد وجود الشخص الآخر الذي مورس معه العمل الجنسي ولم
لم تقع متابعته.

أحكام الفصل 791

الخبانة الزوجية

العقوبة :

سيعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة
الزوجية ، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجنى
عليه .

إلا أنه في حالة غياب الزوج خارج المملكة فإن زوجته التي تتعاطى الفساد بصفة
ظاهرة يمكن للنياية العامة متابعتها.

المبدأ:

يطبق هذا النص على أي من الزوجين سواء كان الزوج أو الزوجة، وينص الفصل
على أحد القيود المانعة من مباشرة الدعوى العمومية المتعلقة بالشكوى إلا أن القانون خفف
من هذا القيد في حالة غياب الزوج فإن زوجته التي تتعاطى الفساد بصفة ظاهرة يمكن
للنياية العامة متابعتها.

أحكام الخيانة الزوجية

أثناء فترة العدة

تظل المطلقة أثناء العدة في حكم الزوجة ولهذا تكون المحكمة على صواب لما أدانت الطاعنة من أجل جريمة الخيانة الزوجية التي اعترفت باقترافها أثناء فترة عدتها من الطلاق .

القواعد :

لا يتابع مرتكب الخيانة الزوجية إلا إذا وجدت شكاية من الزوجة أو الزوج المجنى عليه .

وسحب هذه الشكاية ينهي الدعوى العمومية في أية مرحلة كانت ولو أمام محكمة النقض .

لا تثبت هذه الجريمة إلا بالطرق المبينة في الفصل 493 من قانون المسطرة الجنائية وينزل الاعتراف الموقع عليه من صاحبه لدى الشرطة القضائية منزلة الاعتراف المضمن في الأوراق أو المكاتيب الصادرة عن المتهم .

يشترط لمتابعة الزوج بالخيانة الزوجية تقديم شكاية من طرف الزوج المجنى عليه أما المتابعة بالمشاركة في هذه الجريمة فلا يشترط فيها تقديم الشكاية مهما كانت صفة هذا المشارك .

أحكام الفصل 493

النص:

الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 و 491 لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو بناء على اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي .

المبدأ :

إن حالة التلبس التي تثبت بمحضر يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية لا تتطلب بالضرورة أن يفاجأ الطرفان أثناء ممارستهما للعلاقة الجنسية ويكفي أن يبين المحضر وجود ظروف لا تترك شكاً في أنهما اتصلا جنسياً وأنهما ارتكبا الفعل الجنحي الذي يعاقب عليه القانون.

أما الاعتراف فيمكن أن يؤخذ من مراسلات وجهها أحد الطرفين للآخر أو حتى للغير كما يمكن أن يستنتج من الإدلاء بصور لا تترك وضعية المشاركين فيها أي شك حول علاقتهما الحميمة.

القواعد :

لا تثبت الخيانة الزوجية إلا بناء على محضر رسمي حرر في حالة تلبس واعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي .

إن المحضر الذي يعتد به لإثبات الخيانة الزوجية هو المحرر الذي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية بمعاينة حالة التلبس لا المحضر المرتكز على شهادة الشهود إن محاضر الضابطة القضائية التي يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالفها هي تلك المحاضر التي يثبت فيها محرروها ما شاهدوه وعينوه.

في إفساد الشباب وفي البغاء

(الفصول 497 – 504)

الفصل 497

يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم كل من حرض القاصرين دون الثامنة عشرة على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها أو سهلها لهم⁴²⁴.

الفصل 498

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالعقوبة من خمسة آلاف إلى مليون درهم، ما لم يكن فعله جريمة أشد كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية:

1 - أعان أو ساعد أو حمى ممارسة البغاء أو جلب الأشخاص للبغاء وذلك بأية وسيلة كانت؛

2 - أخذ بأي شكل كان نصيبا مما يحصل عليه الغير عن طريق البغاء أو الدعارة أو أخذ معونات من شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة وهو يعلم بذلك؛

3 - عاش مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء وهو يعلم بذلك؛

4 - استخدم أو استدرج أو سلم أو حمى شخصا بقصد ممارسة البغاء أو الدعارة برضاه أو مارس عليه ضغوطا من أجل ممارسة البغاء أو الدعارة أو الاستمرار في ذلك؛

5 - مارس الوساطة، بأية صفة كانت، بين من يتعاطي البغاء أو الدعارة وبين من يستغل بغاء الغير أو دعارته أو يؤدي مقابلا عن ذلك؛

6 - ساعد من يستغل بغاء أو دعارة الغير على إعطاء تبرير وهمي لموارده المالية؛

7 - عجز عن تبرير مصادر مالية ملائمة لمستوى معيشته في الوقت الذي يعيش فيه مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة أو له علاقات مشبوهة مع شخص أو عدة أشخاص يتعاطون البغاء أو الدعارة؛

423 - تم إلغاء الفصول من 494 إلى 496 أعلاه بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 92.13 القاضي بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي في الفصول 494، 495، 496؛ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.71 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736.

424 - تم تغيير هذا الفصل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

8 - عرقل أعمال الوقاية أو المراقبة أو المساعدة أو إعادة التربية التي تقوم بها القطاعات أو الهيئات أو المنظمات المؤهلة لذلك تجاه أشخاص يمارسون البغاء أو الدعارة أو معرضين لتلك الممارسة⁴²⁵.

الفصل 499

ترفع العقوبات المنصوص عليها في الفصل السابق إلى الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليوني درهم في الحالات الآتية:

- 1 - إذا ارتكبت الجريمة تجاه قاصر دون الثامنة عشرة؛
- 2 - إذا ارتكبت الجريمة تجاه شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب سنه أو بسبب المرض أو الإعاقة أو نقص بدني أو نفسي أو ضد امرأة حامل سواء كان حملها بينها أو كان معروفا لدى الفاعل؛
- 3 - إذا ارتكبت الجريمة ضد عدة أشخاص؛
- 4 - إذا كان مرتكب الجريمة هو أحد الزوجين أو أحد الأشخاص المذكورين في الفصل 487 من هذا القانون؛
- 5 - إذا استعمل في ارتكاب الجريمة إكراه أو استغلال للسلطة أو تدليس أو استعملت وسائل للتصوير أو التسجيل؛
- 6 - إذا كان مرتكب الجريمة من المكلفين بحكم وظيفتهم بالمساهمة في محاربة البغاء أو الدعارة⁴²⁶ في حماية الصحة أو الشببية أو المحافظة على النظام العام؛
- 7 - إذا كان مرتكب الجريمة حاملاً لسلاح ظاهر أو مخبأ؛
- 8 - إذا ارتكبت الجريمة من طرف عدة أشخاص كفاعلين أصليين أو مساهمين أو مشاركين دون أن يكونوا عصابة؛
- 9 - إذا ارتكبت الجريمة بواسطة توجيه بلاغات عبر وسائل الاتصال إلى جمهور غير محدد أو إلى أشخاص محددين⁴²⁷.

⁴²⁵ - تم تغيير وتنظيم هذا الفصل بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴²⁶ - وردتعبارة "محاربة البغاء أو الدعارة في حماية الصحة..." في البند 6 من الفصل 499 أعلاه، ويبدو أن الأمر مجرد خطأ مادي، وأن المقصود هو عبارة "محاربة البغاء أو الدعارة أو في حماية الصحة..."، كما جاءت في مشروع القانون رقم 24.03، سالف الذكر.

⁴²⁷ - تم تغيير وتنظيم هذا الفصل بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

الفصل 1-499

يعاقب على الأفعال المنصوص عليها في الفصل 499 أعلاه بالسجن لمدة تتراوح بين عشر سنوات وعشرين سنة وبالغرامة من مائة ألف إلى ثلاثة ملايين درهم إذا ارتكبت بواسطة عصابة إجرامية⁴²⁸.

الفصل 2-499

يعاقب بالسجن المؤبد على الأفعال المنصوص عليها في الفصل 499 والفصل 1-499 إذا ارتكبت بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية⁴²⁹.

الفصل 500

يحكم بالعقوبات المنصوص عليها في الفصول 497 إلى 499، ولو كانت بعض الأفعال المكونة لعناصر الجريمة قد ارتكبت خارج المملكة.

الفصل 501

يعاقب بالحبس من أربع سنوات إلى عشر سنوات وبالغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم كل من ارتكب مباشرة أو بواسطة الغير أحد الأفعال الآتية:

1 - حيازة أو تسيير أو استغلال أو إدارة أو تمويل أو المشاركة في تمويل محل أو مؤسسة تستعمل بصفة اعتيادية للدعارة أو البغاء؛

2 - قيام من يتولى حيازة أو تسيير أو استغلال أو إدارة أو تمويل أو المشاركة في تمويل أية مؤسسة مفتوحة للعموم أو يستعملها العموم بالاعتیاد على قبول ممارسة شخص أو عدة أشخاص للدعارة أو البغاء داخل المؤسسة أو ملحقاتها أو قبول بحثهم داخلها عن زبناء لأجل الدعارة أو البغاء أو تغاضيه عن ذلك أو تشجيع السياحة الجنسية؛

3 - وضع محلات أو أماكن لا يستعملها العموم رهن إشارة شخص أو عدة أشخاص مع العلم بأنهم سيستعملونها للدعارة أو البغاء.

تطبق نفس العقوبة على مساعدي الأشخاص المذكورين في الفقرات السابقة من هذا الفصل.

يجب في جميع الحالات، أن يؤمر في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحل نهائياً أو بصفة مؤقتة⁴³⁰.

⁴²⁸ - أضيف هذا الفصل بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴²⁹ - نفس الإحالة.

⁴³⁰ - تم استدراك خطأ بشأن تغيير وتنظيم الفصل 501 بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

الفصل 1-501

إذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في الفصول 497 إلى 503 شخصا معنويا، فيعاقب بالغرامة من عشرة آلاف إلى ثلاثة ملايين درهم وتطبق في حقه العقوبات الإضافية والتدابير الوقائية المنصوص عليها في الفصل 127 من هذا القانون وذلك مع عدم الإخلال بالعقوبات التي قد تطبق على مسيريه⁴³¹.

الفصل 502

يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة وبالغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم⁴³²، من قام علنا بجلب أشخاص، ذكورا أو إناثا، لتحريضهم على الدعارة، وذلك بواسطة إشارات أو أقوال أو كتابات أو أية وسيلة أخرى.

الفصل 503

يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين وبالغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم⁴³³ ما لم يكون فعله جريمة أشد، من تغاضى عن ممارسة الدعارة بصفة مستترة ومعتادة من أشخاص يتعاطون البغاء في محلات أو أماكن يتصرف فيها بأية صفة إذا كانت مما لا يستعمله الجمهور.

الفصل 1-503

يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبالغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم، من أجل جريمة التحرش الجنسي كل من استعمل ضد الغير أوامر أو تهديدات أو وسائل للإكراه أو أية وسيلة أخرى مستغلا السلطة التي تخولها له مهامه، لأغراض ذات طبيعة جنسية⁴³⁴.

الفصل 2-503

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو

⁴³¹ - أضيف هذا الفصل بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴³² - تم تغيير هذا الفصل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴³³ - نفس الإحالة.

⁴³⁴ - أضيف هذا الفصل بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية.

تطبق نفس العقوبة على كل من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع.

يعاقب على هذه الأفعال حتى لو ارتكبت عناصرها خارج المملكة.

تضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو مكلفا برعايته أو له سلطة عليه.

تطبق نفس العقوبة على محاولة الأفعال المذكورة.

يأمر الحكم الصادر بالإدانة بمصادرة وإتلاف المواد الإباحية.

ويمكن للمحكمة أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة.

علاوة على ذلك، يمكن أن يأمر، عند الاقتضاء، في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحلات بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة⁴³⁵.

الفصل 504

في جميع الحالات، يجوز الحكم على مرتكبي الجرح المعاقب عليها في هذا الفرع، زيادة على ما ذكر، بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 وبالمنع من الإقامة، من خمس إلى عشر سنوات.

ومحاولة هذه الجرح تعاقب بنفس العقوبات التي تعاقب بها الجريمة التامة.

المبدأ:

يتضمن هذا الفصل جريمتين متميزتين :

أ - تحريض القاصرين على الدعارة بصفة معتادة وتحقق صفة الاعتیاد إذا ارتكب فعلا على الأقل.

ب - تحريض القاصرين دون الخامسة عشرة على الدعارة ، تتعلق هذه الجريمة بالمعاقبة على فعل عرضي.

⁴³⁵ - نفس الإحالة.

يعاقب هذا الفصل 498 على الوساطة في البغاء والوساطة هي تسهيل الدعارة بالحصول على البغايا من الذكور أو الإناث .

ويتكون العنصر المادي للجريمة.

-أن يقوم الفاعل بمشاركة فعلية حقيقية ومادية.

-وأن يكون الفاعل على علم بمصدر المال الذي يحصل عليه.

-وأن يعيش مع شخص يتعاطى البغاء.

-والاستخدام أو الاستدراج بتمثل في النصائح أو التعليمات والفصول المعنوية.

-والرعاية أولئك الأشخاص الذين يساعدون من تتعاطى البغاء بإيوائها أو إعطائها

وسائل العيش الضرورية .

-وتتصف هذه الجريمة بكونها مبنية على العادة ويجب أن تؤرتكب الوساطة مع

عدة أشخاص أما تكرارها مع شخص واحد فلا يكفي لتكوين الجريمة.

يعد مرتكبة لجريمة التحريض على الفساد من أعان أو ساعد أو حمى ممارسة البغاء

أو جلب الأشخاص للبغاء وذلك بأي وسيلة كانت .

كما تنص الفصول 499 و 499 مكرر و 499 مكرر مرتين على ظروف مشددة

تختلف عن الأفعال الواردة في الفصل 498 من القانون الجنائي ترفع العقوبات المنصوص

عليها في الفصل السابق إلى الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من عشرة آلاف

إلى مليوني درهم في الحالات الواردة فيها.

يتضمن الفصل 500 مقتضيات مسطرية .

يطبق هذا الفصل خاصة على أفعال الاتجار في النساء حيث يتم استتجارهن للعمل

في بلد ثم ينقلن بعد عدة أسفار إلى بلد آخر يسلمن فيه لممارسة البغاء وتكمن صعوبة

تطبيق هذا النص في تعدد المحاكم المختصة لأن الجريمة مستمرة.

ليس فقط الجريمة التي ترتكبها البغايا أنفسهن ولكن قد يرتكبها سماسرة يمارسون هذا

النوع من الجرائم بواسطة الهاتف.

التحريض يجب أن يكون علنياً وبإحدى الوسائل المنصوص عليها في الفصل 502، لا تكون جنحة الإغراء على الفساد موجودة بصورة قانونية إلا في حالة التحريض على الفساد لفائدة الغير إما المقابل أو بدونه.

ويوجد في هذه حالة مالك العمارة الذي يعرف أن الشخص المكتري يستقبل بصفة اعتيادية نساء بغايا في بيته وذلك إذا لم يتمكن هذا المالك من أن يثبت أنه استعمل الوسائل القانونية التي وضعت رهن إشارته لأجل وضع حد لهذه التجارة المستترة.

أحكام الفصل 516

النص:

تعد طرقا عمومية الطرق والمسالك والممرات أو أي مكان مخصص لاستعمال الجمهور، الموجود خارج حدود العمران والتي يستطيع كل فرد أن يتجول فيها ليلا أو نهارا دون معارضة قانونية من أي كان .

المبدأ:

الطرق العمومية هي طرق المواصلات المعدة لاستعمال عمومي وتتعهدها الدولة أو الإقليم أو الجماعة من غير ألأن يشمل ذلك الشوارع والساحات والمنتزهات العمومية داخل المدينة.

أحكام الفصل 520

نزع الحدود الفاصلة بين عقارين قصد ارتكاب سرقة

النص :

من نزع حدودا فاصلة بين عقارين ، وذلك بقصد ارتكاب سرقة ، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 120 إلى 1000 درهم .

المبدأ :

هذه الجريمة ترتبط بسرقة المحصولات كما يمكن أن تكون وسيلة تستعمل للترامي على الأرض.

أحكام الفصل 521

الاختلاس العمدي لقوى كهربائية

النص :

من اختلس عمدا قوى كهربائية ، أو أي قوى ذات قيمة اقتصادية ، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من 250 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

المبدأ:

هذه السرقة تهم الكهرباء والماء والغاز إذا كان التزويد بها بمقابل يؤدي للشركة الموزعة والاستيلاء الخفي يتم غالبا بواسطة وسائل الايصال يجري تركيبها قبل العداد.

أحكام الفصل 522

استعمال ناقلة ذات محرك بغير علم صاحب الحق فيها

النص:

من استعمل ناقلة ذات محرك بغير علم صاحب الحق فيها أو رغم اعتراضه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين ما لم يكون فعله جريمة أشد، ولا تجوز المتابعة إلا بناء على شكوى من أضرت به الجريمة وتنتهي المتابعة إلا ناء على شكوى من أضرت به الجريمة وتنتهي المتابعة إذا سحبت الشكوى .

المبدأ:

تختلف هذه الجريمة عن سرقة السيارات لأن الفاعل لا يقصد الاستيلاء على السيارة وإنما استعمالها مؤقتا وانعدام النية الجريمة السرقة هو السبب في أنه كان يعاقب على الفعل على أساس أنه سرقة للبنزين الذي استهلكه الفاعل مما جعل بعض مرتكبي هذه الجرائم يلجؤون إلى ملء خزانات الناقلات بالوقود للافلات من العقوبة .

ويرتكب هذه الجرائم فيغالب الأحوال أشخاص لهم علاقة كبيرة بالضحية أو حتى أقاربه الأقربون وتنتهي المتابعة إذا سحبت الشكوى.

أحكام الفصل 523

التصرف في تركة بسوء نية قبل اقتسامها

النص :

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 120 إلى 1000 درهم أحد الورثة أو مدعى الورثة الذي يتعرف بسوء نية في التركة أو جزء منها قبل اقتسامها. ويعاقب بنفس العقوبة المالك على الشياح أو الشريك الذي يتعرف بسوء نية في المال المشترك أو رأس المال.

المبدأ:

مقتضيات الفصل تنطبق على الوارث الذي يتصرف في مال التركة قبل توزيعها بعمل من أعمال التصرف كالبيع مثلاً. يكون بالتفويت بيعاً أو رهناً أو غير ذلك ، وذلك لحرمان الورثة أو الشركاء من حقوقهم.

أحكام الفصل 524

تبيد المحجوز

النص :

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس وغرامة من مائتين⁴³⁶ إلى خمسمائة درهم، المحجوز عليه الذي يتلف أو يبدد عمداً الأشياء المحجوزة المملوكة له التي سلمت لغيره لحراستها.

أما في حالة وضع الأشياء المحجوزة تحت حراسة مالكها، فعقوبته الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من مائتين⁴³⁷ إلى خمسمائة درهم. التوضيح :

⁴³⁶ - تم رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغيرة بموجبه بعض مقتضيات القانون الجنائي، بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-81-283 بتاريخ 11 رجب 1402 (6 مايو 1982)؛ الجريدة الرسمية عدد 3636 بتاريخ 15 رمضان 1402 (7 يوليوز 1982)، ص 835.

⁴³⁷ - نفس الإحالة.

تعتبر الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى قريبة من السرقة أما الحالة المذكورة في الفقرة الثانية فهي تعتبر قريبة من خيانة الأمانة ويتمثل التبديد في أخذ الشيء ونقله من المكان الذي وضع فيه ولا يعني حتما إبادة الشيء أما الإتلاف فيجب أن يكون قد أصاب جزءا هاما من الشيء ولا يكفي تعيب بسيط للشيء المحجوز لتكوين الجريمة.

القاعدة :

عندما يحجز شيء من طرف أحد ضباط الشرطة القضائية لتحكم المحكمة الجزية بعد ذلك بمصادرته فإن الفصل 524 من القانون الجنائي يحمي هذا الحجز لأن الغرض من نقل الشيء على الفور من حيازة مالكه من أجل تحويل الحق فيه إلى الدولة عند الاقتضاء.

أحكام الفصل 525

تبديد الرهن للشيء المملوك

النص:

الرهن الذي يبدد أو يتلف عمدا شيئا مملوكا له، رهنه في دين عليه أو على غيره يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴³⁸ إلى خمسمائة درهم.

الفصل 526

في الحالات المشار إليها في الفصلين السابقين، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴³⁹ إلى خمسمائة درهم، من أخفى عمدا الأشياء المبددة؛ وتطبق نفس العقوبة على زوج أو أصل أو فرع المحجوز عليه والمدين والمقترض أو الرهن إذا ساعدوا في تبديدها أو إتلافها أو في محاولة ذلك.

التوضيح :

- نفس الإحالة. 438

- نفس الإحالة. 439

التبديد لا يقع على شيء موضوع تحت يد العدالة بموجب قرار قضائي وإنما على شيء مرهون باتفاق الأطراف ودون أي تدخل من العدالة .

أحكام الفصل 526

إخفاء الأشياء المبددة

النص :

في الحالات المشار إليها في الفصلين 524 و 525 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم من أخفى عمدا الأشياء المبددة وتطبق نفس العقوبة على زوج أو أصل أو فرع المحجوز عليه والمدين والمقترض أو الراهن إذا ساعدوا في تبديدها أو إتلافها أو في محاولة ذلك.

المبدأ :

هذه الأفعال تكون نوعا من المشاركة اللاحقة لارتكاب الجريمة ولا يؤدي وجودها إلى إبعاد تطبيق عقوبات المشاركة المنصوص عليها في الفصل 129 من القانون الجنائي .

يعاقب الزوج أو أصل أو فرع المحجوز عليه بنفس العقوبة إذا ساعد على إتلاف المحجوز .

أحكام الفصل 527

العثور على منقول وتملكه دون إخطار المالك

ولا الشرطة المحلية

النص:

من عثر مصادفة على منقول وتملكه بدون أن يخطر به ماله ولا الشرطة المحلية يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة.

المبدأ :

لمباشرة المتابعة ينبغي الاعتداد بقيمة الشيء وعنصر العمد وقد يحدث أن يخطي الشخص في العنوان فيسلم شيئاً عهد إليه بإيصاله إلى غير المرسل إليه وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية.

أحكام الفصل 528

العثور على كنز دون إخطار السلطة العامة

النص :

من عثر على كنوز ولو في ملك له ولم يخطر به السلطة العامة في ظرف خمسة عشر يوماً من يوم اكتشافه يعاقب بغرامة من 120 إلى 250 درهم .
أما من عثر على كنز وتملكه أو بعضه دون أن يصدر له إذن بذلك من الجهة القضائية المختصة حتى ولو كان قد أخطر به السلطة العامة فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 120 إلى 250 درهم .

المبدأ :

الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى جنحة ضبطية تتطلب وجود فعلين أحدهما : العثور على كنز والثاني عدم الإخطار عن هذا الاكتشاف داخل الأجل المحدد.
ولا يشترط وجود سوء النية إلا في الفقرة الثانية .

أحكام الفصل 529

النص :

من سبق الحكم عليه من أجل جنائية أو جنحة ضد الأموال منذ مدة تقل عن عشرة أعوام ثم وجد في حيازته نقود أو أوراق مالية أو أشياء لا تتناسب مع حالته ولم يستطع أن يثبت حصوله عليها من مصدر مش روع يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر .

المبدأ :

يخلق هذا الفصل في حق من تشمله مقتضياته قرينة على ارتكاب الجريمة وهذه القرينة مخالفة لمبادئ القانون الجنائي والمسكرة التي تضع عبء الإثبات على عاتق الاتهام.

أحكام الفصل 530

حيازة أدوات تستخدم في فتح الأقفال أو كسرها

النص :

من وجد في حيازته أدوات مما يستخدم في فتح الأقفال أو كسرها ولم يستطع أن يثبت لهذه الحيازة غرضاً مشروعاً يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

المبدأ:

توجد هنا قرينة على السرقة فحيازة مفاتيح مزورة يمكن أن تكون بدءاً في تنفيذ الجريمة.

أحكام الفصل 532

من طلب طعاما وكان يعلم أنه يستحيل

عليه دفع الثمن

النص :

الفصل 532

من طلب طعاما أو شرابا وتناوله كله أو بعضه، في أحد المحلات المعدة لذلك، حتى ولو كان من نزلائه، وكان يعلم أنه يستحيل عليه مطلقا دفع ثمنه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين⁴⁴⁰ إلى مائتين وخمسين درهما.

وتطبق نفس العقوبة على من احتجز لنفسه غرفة أو أكثر في فندق أو نزل وشغلها فعلا وهو يعلم أنه يستحيل عليه مطلقا دفع كرائها.

على أنه في الحالات المشار إليها في الفقرتين السابقتين يشترط للعقاب أن تكون إقامة الشخص في الفندق أو النزل لم تتجاوز سبعة أيام، محسوبة طبقا للعوائد المحلية.

المبدأ :

يجب أن يطلب الفاعل مأكولات أو مشروبات في مؤسسة مخصصة لذلك كمطعم أو مقهى أو نزل وأن يتناول في عين المكان كلها أو بعضها.
والاستحالة المطلقة للأداء يجب أن تكون ناتجة عن عوز كامل.

أحكام الفصل 533

عدم دفع أجرة السيارة

النص :

الفصل 533

من ركب سيارة أجرة، وهو يعلم أنه يستحيل عليه مطلقا أن يدفع أجر مقعده، يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من مائتين⁴⁴¹ إلى خمسمائة درهم.

⁴⁴⁰ - نفس الإحالة.

⁴⁴¹ - نفس الإحالة.

المبدأ :

لا تدخل وسائل النقل العمومي ضمن فئة سيارات الأجرة المقصودة في هذا الفصل والجريمة تقوم بمجرد تأجير سيارة أجرة مع علم الفاعل أنه يستحيل عليه مطلقا دفع أجر مقعده.

أحكام الفصل 534

النص :

يعفى من العقاب مع التزامه بالتعويضات المدنية السارق في الأحوال الآتية:

أ - إذا كان المال المسروق مملوكا لزوجيه.

ب - إذا كان المال المسروق لأحد فروع.

المبدأ :

هذا الإعفاء يمنع من ممارسة الدعوى العمومية ويفرض على القاضي أن يصرح بعدم قبول المتابعة ويزول الإعفاءين الأزواج بمجرد انفصام رابطة الزوجية في حالتي التطلق أو الطلاق البائن.

أما فيما يخص الفروع فإن الإعفاء يمتد ليشمل السرقات المرتكبة في حق الأبناء الطبيعيين والأبناء بالتبني وكذا في حق الأحفاد وذريتهم.

ويوجد نفس الإعفاء بالنسبة لجرائم النصب الفصل 541 وخيانة الأمانة الفصل وحتى بالنسبة لجرائم إخفاء المسروق الفصل 574.

القاعدة:

ينص الفصل 534 من القانون الجنائي على حصانة هي الإعفاء المطلق من العقوبة لبعض الأشخاص.

يقرر هذا الفصل الإعفاء من العقاب مع حفظ الحق في التعويض المدني حينما ترتكب السرقة بين الزوجين، من طرف الأصول إذا كان المال مملوكا للأبناء أو غيرهم من الفروع .

أحكام الفصل 540

النصب

النص:

يعد مرتكباً لجريمة النصب ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 5000 درهم من استعمل الاحتيال ليقوع شخصاً في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية أو شخص آخر. وترفع عقوبة الحبس إلى الضعف والحد الأقصى للغرامة إلى 100.000 إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أدنوا أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مؤسسة تجارية أو صناعية.

المبدأ:

حدوث ضرر أمر ضروري لتكتمل عناصر الجريمة أما الفقرة الثانية فتتص على ظرف مشدد.

النصب هو الاحتيال المعفى إلى الحصول على منفعة مادية، يقتضي تطبيق الفصل 541 من القانون الجنائي أن يكون قصد الفاعل الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر وذلك بتأكيد خادعة وبسوء نية.

أحكام إصدار شيك دون توفير المؤونة عند تقديمه للأداء

النص :

المادة 316 من مدونة التجارة.

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس وبغرامة تتراوح بين (2000 درهم) إلى (10000 درهم) دون أن تقل قيمتها عن خمس وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص.

1 - صاحب الشيك الذي أغفل أو لم يقدّم بتوفير مؤونة الشيك قصد تقديمه للأداء.

المبدأ:

ينبغي أن يتوفر سوء النية وهو عنصر أساسي في جنحة إصدار شيك بدون رصيد والرصيد يجب أن يبقى موجودا ما بقي الشيك بدون وفاء.

تفيد العبارة الواردة في الفصل 543 من القانون الجنائي⁴⁴² على ألا تقل الغرامة عن قيمة الشيك، التأكيد على عدم إمكانية النزول عن مبلغ الشيك أو المبلغ الناقص حفاظا على التعامل بالشيكات وزجر التلاعب في إصدارها.

مكان افتراق جريمة إعطاء شيك بدون رصيد هو المكان الذي حرر فيه الشيك بدون رصيد وتختص المحكمة التي يقع ذلك المكان في دائرة نفوذها بالنظر في تلك الجريمة يعاقب على إصدار الشيك بدون رصيد ولو كان معيبا شكلا، لهذا تكون المحكمة خرقت أحكام القانون لما قضت ببراءة المتهم اعتمادا فقط على أن الشيك غير صحيح لاختلاف المبلغ المكتوب بالأرقام عن المبلغ المكتوب بالحروف يتحقق سوء النية العنصر الأساسي لقيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد بمجرد علم مصدر الشيك بأنه لم يكن له رصيد وقت إصداره . إن الحكم بمبلغ الشيك كله أو بمبلغ الرصيد الناقص كغرامة عن إصدار الشيك بدون رصيد أمر تخبري وليس إلزامي للمحكمة من قرارات الغرفة الجنائية القسم الثالث قرار عدد 4617 الصادر بتاريخ فاتح يونيه 1989 ملف جنحي عدد 88.15692 قضاء المجلس الأعلى عدد 44 السنة الخامسة عشرة ربيع الثاني 1411 نوفمبر 1990.

⁴⁴² - المادة 316 من مدونة التجارة.

لا يجوز أن تمنح ظروف التخفيف بشأن الغرامة المنصوص عليها في الفصل 540 قرار 5611 صادر بتاريخ 86.07.17 ملف جنحي عدد 85.14301 قضاء المجلس الأعلى عدد 10 السنة الثانية عشرة ربيع الثاني 1408 دجنبر 1987.

أحكام الفصل 517

خيانة الأمانة والتملك بدون حق

النص:

من اختلس أو بدد بسوء نية أضرارا بالمالك أو واضع اليد أو الحائز؟؟ أو نقودا أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقا من أي نوع تتضمن أو تتشئ التزاما أو غبراء كانت سلمت إليه على أن يردّها أو سلمت إليه لاستعمالها أو استخدامها لغر معين يعد خائنا الأمانة ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى ألفي درهم.

وإذا كان الضرر الناتج عن الجريمة قليل القيمة كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من 120 إلى 250 درهم مع عدم الإخلال بتطبيق الظروف المشددة المقررة في الفصلين 549 و 550.

المبدأ :

نشترك هذه الجريمة مع السرقة والنصب في أنها تكون مسا بملكية الغير لكن الفرق يتجلى في كون السوق يستحوذ على الشيء رغم إرادة المالك أما مرتكب النصب فإنه يحصل على الشيء رغم إرادة المالك أما في خيانة الأمانة فإن الشيء يسلم إراديا إلى الفاعل فيصول بسوء نية الحيازة المؤقتة إلى عهد بها إليه إلى إرادة تملك الشيء.

خيانة الأمانة هي الاختلاس بسوء نية أضرارا بالغير لمال سلم لشخص لاستعماله في غرف معين جريمة خيانة الأمانة لا تتم عناصرها إلا بحدوث الضرر جريمة خيانة الأمانة لا تثبت إلا إذا كانت الأموال المختلسة أو المبددة قد سلمت إلى المتهم لحفظها.

ثبوت تسليم الأموال في جريمة خيانة الأمانة عنصر جوهري لوجود الجريمة.
عنصر سوء النية في جرائم خيانة الأمانة مفروض إلى أن تثبت العكس.
الاعتراف بحيازة المال على وجه الأمانة وعدم الإدلاء بأصول التوصيل يثبت به سوء النية.

أحكام الفصل 548

النص :

الإعفاء من العقوبة وقيود المتابعة الجنائية المقررة في الفصول 534 إلى 536
أسري على جريمة خيانة الأمانة المعاقب عليها بالفصل 547.

المبدأ :

إن سحب الضحية لشكايته المقدمة من أجل خيانة الأمانة لا يوقف المتابعة التي
مارستها النيابة العامة، ويبقى دون أثر على هذه المتابعة.

أحكام الفصل 551

عدم تنفيذ عقد

النص :

من تسلم مقدما مبالغ من أجل تنفيذ عقد ثم رفض تنفيذ هذا العقد أورد تلك المبالغ
المسبقة دون عذر مشروع يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 120 إلى
250 درهم.

المبدأ :

يقصد بهذه الجريمة المعاقب على نوع من النصب أو خيانة الأمانة يرتكبه مهنون
غير نزهاء ويؤدي إلى اضطراب المعاملات.
عدم تنفيذ العقد هو الامتناع من تنفيذ العقد أورد المبلغ المقبوض دون عذر مشروع.

من تسلم مقدما مبالغ من أجل تنفيذ عقد ثم رفض تنفيذ هذا العقد أورد تلك المبالغ دون عذر مشروع يعاقب طبقا للفضل 551 من القانون الجنائي امتناع البائع من تنفيذ العقد بسبب عدم أداء جميع الثمن يعد عذرا مشروعا يجعل عناصر الجريمة غير قائمة. إن عدم تنفيذ العقد وحده لا يكون الجريمة ، أما الذي يكون جريمة فهو عدم رد المبلغ المقبوض مقدما من أجل تنفيذ عقد.

أحكام الفصل 566

النص :

سنديك التفليسة الذي يرتكب خيانة أو يتلاعب في أداء مهمته يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 120 إلى 5000 درهم.

المبدأ:

يعني التلاعب كل خطأ في التسيير يرتكبه السنديك يكشف عن إرادته في خرق الالتزامات الموضوعة على عاتقه تجاه المدين أو تجاه جمعية الدائنين.

أحكام الفصل 570

الاعتداء عل حياة الغير

النص:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 120 إلى 500 درهم من انتزع عقارا من حياة غيره خلسة أو باستعمال التدليس فإذا وقع انتزاع الحياة ليلا أو باستعمال العنف أو التسلف أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحا ظاهر أو مخبئا فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من 120 إلى 750 درهم.

المبدأ :

يتعين للقول بوجود هذه الجريمة أن تجتمع مجموعة من الظروف يصعب تحقيقها

وهي:

-فعل الانتزاع .

-الشيء الذي انتزعت حيازته.

-الوسائل المستعملة الخلسة و التدليس و الخلسة يسهلها غياب أو بعد المالك الحقيقي والتدليس تمثل في الإدلاء بسندات مزورة.

القواعد:

لا يتوفر عنصر التدليس في جنحة الترامي إلا إذا قام لي الجاني بما من شأنه أن يوهم الغير بأن ما يقوم به من فعل الانتزاع هو في محله مما يدعو الغير إلى عدم إبداء أية مقاومة.

يجب إثبات الحيازة لتصح لتطبيق مقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي كما يجب إثبات انتزاعها بوسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفصل المذكور. رجوع المتهم إلى الأرض بعد صدور حكم عليه بشأنها وبعد تنفيذ هذا الحكم في حقه يعد تعديا على نملك الغير في مفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي.

يكفي لقيام جريمة انتزاع عقار في ملك غيره أن تتوافر للمشتكي الحيازة التي تفيد وضع اليد ولا تشترط الحيازة بالمفهوم الذي يثبت به الملكية.

إثبات أن الملكية للجماعة عنصر أساسي في جريمة الاعتداء على ملك الجماعة يجب إثباته طبقا لقواعد الإثبات المقبولة قانونا فلا يكفي التقرير الذي أعدته السلطة المحلية في هذا الشأن.

إن ما يرمي إليه الفصل 570 إنما هو حماية من يكون بيده التعرف في عقار من أن تنتزع منه الحيازة قهرا تلافيا لما عساه أن يحدثه ذلك من اضطراب اجتماعي.

أحكام الفصل 571

إخفاء المسروق

النص :

من أخفى عن علم كل أو بعض الأشياء المختلسة، أو المبددة، أو المتحصل عليها من جناية أو جنحة، يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴⁴³ إلى ألفي درهم، ما لم يكون الفعل مشاركة معاقبا عليها بعقوبة جناية طبقا للفصل 129.

إلا أنه إذا كانت العقوبة المقررة في القانون للجنحة التي تحصلت منها الأشياء أقل من العقوبة المشار إليها في الفقرة السابقة فإن هذه العقوبة الأخيرة تعوض بالعقوبة المقررة لمرتكب الجريمة الأصلية.

الفصل 572

في الحالة التي تكون فيها العقوبة المطبقة على مرتكب الجريمة التي تحصلت منها الأشياء المخفاة أو المبددة أو المتحصل عليها هي عقوبة جنائية فإن المخفى تطبق عليه نفس العقوبة إذا ثبت أنه كان يعلم وقت الإخفاء الظروف التي استوجبت تلك العقوبة حسب القانون.

المبدأ:

الإخفاء معاقب عليه حتى لو لم يعد الشيء في حوزة الفاعل لأنه انتقل من يد إلى يد أما محاولة الإخفاء فلا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل جنائية، والجناية أو الجنحة التي؟؟ على الشيء المسروق فقد تكون سرقة أو خيانة أمانة أو نصبا كما يمكن أن تكون أية جريمة أخرى التزوير ، خيانة الأمانة في التوقيع على بياض، إصدار شيك بدون رصيد. وإن مخفي الشيء يعاقب حتى لو لم تقع متابعة مرتكب الجريمة الأصلية، أو كان مجهولا أو كان مستفيدا مثلا من إحدى حالات الإعفاء من العقاب المنصوص عليه في الفصل 534 . ويشتمل الفصل 571 في فقرته الثانية القصد منه مراعاة الحالة التي يكون قد تم فيها الحصول على الشيء نتيجة ارتكاب سرقة زهيدة الفصل 506 أو خيانة أما إذا كان الشيء المؤتمن عليه قليل القيمة 547 الفقرة الثانية.

المبدأ :

جنحة إخفاء المسروق عنصرها المعنوي : العلم بكون الأشياء مسروقة.

- نفس الإحالة.⁴⁴³

يكون الإخفاء جناية إذا كانت الجريمة الأصلية تكون في حد ذاتها جناية بعض النظر عن ظروف التشديد التي قد تحيط بها ويحدث مثلا إذا كان الفعل الأصلي تزويرا في محرر رسمي أو عمومي .

أحكام الفصل 573

النص :

في حالة الحكم على المخفي بعقوبة جنحية يجوز أيضا أن يحكم عليه بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من 5 إلى 10 سنوات.

المبدأ :

ينص الفصل بالنسبة للجنح على عقوبة إضافية.

أحكام الفصل 574

النص :

الإعفاء من العقوبة وقيود المتابعة المقررة في الفصول 534 و 536 تطبق على جريمة الإخفاء المشار إليها في الفصلين 571 و 572.

المبدأ :

يتم الفصل 574 المقتضيات المتعلقة بحالات الإعفاء من العقوبة.

أحكام الفصل 580 إضرام النار

النص :

من أوقد النار عمدا في مبنى أو بيت أو مسكن أو خيمة أو مأوى ثابت أو متنقل أو باخرة أو سفينة أو متجر أو ورشى إذا كانت هذه المحلات مسكونة أو معدة للسكنى وعلى العموم في أي محل آخر مسكون أو معد للسكنى سواء كان مملوكا له أو لغيره يعاقب بالإعدام.

ويعاقب بنفس العقوبة من أوقد النار عمدا في ناقلات أو طائرات أو عربات بها أشخاص أو في عربات ليس بها أحد ولكنها تكون جزءا من قافلة بها أشخاص.

المبدأ :

يعاقب القانون على إضرار النار في شيء مملوك للغير كما يعاقب على إضرار النار في شيء مملوك للفاعل إذا كان من شأن فعله أن يعرض حياة أشخاص للخطر وكذلك عندما يكون ممكناً أن تنتقل النار إلى أملاك الغير وعدد الفصل الأشياء التي يكون إضرار النار فيها جناية وتشمل هذه الأشياء ..

المباني أو المنشآت المخصصة للسكنى أو المستعملة فعلاً للسكنى كما تتحدث الفقرة الثانية عن الناقلات السيارات والحافلات التي بها أشخاص وعربات القطار التي تنقل الأشخاص والطائرات التي بها أشخاص وحتى عن العربات التي بها أشخاص ولكنها متصلة بقافلة بها أشخاص .

أحكام الفصل 581

النص:

يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة من أو قد النار عمداً في شيء غير مملوك له من الأشياء الآتية:

- مبنى أو بيت أو مسكن أو خيمة أو مأوى ثابت أو متنقل أو باخرة أو سفينة أو ورشة أو متجر إذا كان غير مسكون ولا معد للسكنى .
- ناقلة أو طائرة ليس بها أشخاص.
- غابات أو أخشاب مقطوعة أو أخشاب موضوعة في حزم أو أكوام . د
- مزروعات قائمة أو تبين أو قش أو محاصيل أخرى، إذا لم تكن جزءاً من قافلة.

المبدأ :

الاجتهاد القضائي يرى أن البيت يجب أن يعتبر مسكوناً حتى لو لم يكن كذلك عند إضرار النار فيه إذا كان مخصصاً للسكنى أما بالنسبة للناقلات فإنه يسهل على مضرر النار

أن يعلم ما إذا كان بها أشخاص أولاً، ولا يصدق على الطائرات لأنه يمكن أن يكون بداخلها عند توقفها أشخاص.

يقصد بالغابة مساحة واسعة فيها أشجار ومفهوم كون الشيء مملوكا للغير لا يمنع من اعتبار الجريمة كاملة العناصر إذا ارتكبها أحد الملاك على الشيوع أو صاحب حق انتفاع أو مكثر لم يكن له على الملك إلا حق يحد من مداه حق شخص آخر.

أحكام الفصل 582

النص :

من أوقد النار عمداً أو أمر بذلك في شيء مملوك له من الأشياء المعدودة في الفصل السابق وسبب بذلك لغيره ضرراً أياً كان عن عمد يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر .

وتطبق نفس العقوبة على من أوقد النار بناء على أمر المالك في هذه الحالة .

المبدأ:

للمالك الحق في التصرف في ملكه، حتى بإتلافه ولكن ينبغي أن لا يسبب إيقاد النار الذين يقوم به ضرراً للغير .

قد يكلف المالك الغير بإضرار النار في الشيء المملوك له وهنا ينبغي أن يعتبر من أوقد النار بأمر من المالك فاعلاً أصلياً مرتكباً للجناية أما المالك فهو مشارك في هذه الجناية لأنه أمر بارتكاب الفعل.

أحكام الفصل 583

النص :

من أوقد النار عمداً في شيء أياً كان مملوك له أو لا ، موضوع بشكل يسمح بانتقال الحريق فحرق بسبب هذا الاتصال ما لا مملوكا للغير من الأموال المعدودة في الفصل 581 يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات .

المبدأ :

يوجد من يوقد النار عمدا في كومة تبن يملكها غيره من أجل أن تنتقل النار إلى مخزن مملوك لشخص يريد الانتقام منه .

أحكام الفصل 584

النص :

إذا ترتب عن الحريق العمد موت شخص أو أكثر فإن مرتكب الحريق يعاقب بالإعدام وإذا ترتب عن الحريق جروح أو عاهة مستديمة فالعقوبة هي السجن المؤبد.

المبدأ:

هذا ظرف تشديد يؤدي إلى تشديد إحدى جنايات إيقاد النار عمدا المنصوص عليها في الفصول من 581 إلى 583.

أحكام الفصل 585

النص:

من خرب عمدا بواسطة مفرقات أو أية مادة متفجرة ، كلا أو جزءا من مبنى أو بيت أو مسكن أو خيمة أو مأوى أو باخرة أو سفينة أو ناقلة من أي نوع أو عربة أو طائرة أو متجر أو ورشة أو إحدى ملحقاتها وعلى العموم أي شيء منقول أو عقاري من أي نوع كان تطبق عليه العقوبات المقررة في الفصول 580 إلى 584 ويعاقب على المحاولة كالجريمة التامة.

المبدأ:

إذا أدى الاعتداء إلى موت شخص فإن العقوبة هي الإعدام طبقا للفقرة الأولى من الفصل 584 أو السجن المؤبد إذا أدى الأمر إلى جروح أو إلى عاهة مستديمة.

أحكام الفصل 586

النص :

من خرب عمدا بواسطة مفرقات أو أية مادة متفجرة مسالك عامة أو خاصة أو حواجز أو سدودا أو طرقا أو قناطر أو منشآت الموانئ أو منشآت صناعية يعاقب بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة ويعاقب على المحاولة كالجريمة التامة.

المبدأ :

المقصود هنا هو تخريب أشياء أو منشآت لا يمكن أم تضريرها النار مثلا ، وهذه المنشآت تملكها غالبا الدولة أو أجهزة تشرف عليها الدولة،

أحكام الفصل 587

النص :

من وضع عمدا شحنة متفجرة في طريق عام أو خاص يعاقب بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

النص :

هذا الاعتداء له نتائج شديدة الخطورة على الأشخاص والأموال وهذه الجنايات تعد أعمالا إرهابية .

وتكون الجريمة كاملة بمجرد وضع المتفجرات حتى ولو لم تتفجر لسبب ما أو لأنها اكتشفت وتم فكها قبل وقت انفجارها.

أحكام الفصل 588

النص :

إذا أنتج عن الجرائم المشار إليها في أحد الفصولين 586 أو 587 موت شخص أو أكثر فإن الجاني يعاقب بالإعدام وإذا أنتج عن الجريمة جروح أو عاهة مستديمة فالعقوبة هي السجن المؤبد.

المبدأ:

هذا ظرف مشدد مبني على نتيجة الجريمة وهو مشابه للظرف المشدد الوارد في

الفصل 584.

أحكام الفصل 589

النص :

يتمتع بعذر معف من العقاب بالشروط المقررة في الفصلين 144 و 145 أحد الجناة في الجرائم المشار إليها في الفصل 585 إلى 587 إذا أخطر بها السلطات الإدارية أو القضائية وكشف عن شخصية الجناة الأخرى وكان ذلك قبل تمام الجريمة وقبل أية متابعة وكذلك إذا أمكن من القبض على بقية الجناة ولو كان ذلك بعد ابتداء المتابعة إلا أنه يجوز أن يحكم عليه بالمنع من الإقامة من عشر إلى عشرين سنة .

المبدأ :

يشبه هذا الفصل مقتضيات الفصل 336 المتعلقة بتزييف النقود أما الشروط

الضرورية فهي :

(1) أن يكون الجاني قد بلغ للسلطات عن جناية وضع شحنة متفجرة .

(2) وأن يقع هذا التبليغ قبل ارتكاب الجناية.

أحكام الفصل 590

النص :

من خرب أو هدم عمدا بأية وسيلة كانت كلا أو بعضا من مبان أو قناطر أو حواجز أو سدود أو طرق أو منشآت الموانئ أو منشآت صناعية يعلم أنها مملوكة لغيره وكذلك من تسبب في انفجار آلة بخارية أو تخريب محرك آلي في منشآت صناعية يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر .

وإذا أنتج عن الجريمة المشار إليها في الفقرة السابقة قتل إنسان أو جروح أو عاهة مستديمة للغير فإن الجاني يعاقب بالإعدام في حالة القتل وبالسجن من عشر إلى عشرين سنة في الحالات الأخرى.

المبدأ :

يؤدي استعمال الآلة الحديثة إلى تسهيل مثل هذا النوع من التخريب فاستعمال جرافة أو مجرفة إليه من شأنه أن يمكن من هدم مبنى أو سد أو جاهز أما انفجار آلة بخارية فيبدو أنه يكون جنائية من نوع خاص.

وبخار الماء قد يكون في بعض الأحوال مادة متفجرة ويبدو أن تخريب محرك يمكن اعتباره كذلك جنائية من نوع خاص لأن القانون ينص على أن هذا المحرك يجب أن يكون جزءا من منشأة صناعية لذا لا محل لتطبيق هذا الفصل في حالة تخريب محرك السيارة، وتتعلق الفقرة الثانية من الفصل 590 بظرف مشدد.

إن الفصل 209 من القانون الجنائي يعاقب من قام بهدم أو تخريب مبان لم يميز بين بناية وأخرى أو كونها مباني عامة أو خاصة وأن المراد بالملك في الفصل هو الملك بالمعنى الواسع بما فيه وضع اليد.

أحكام الفصل 591

وضع شيء في طريق يعوق مرور الناقلات

النص :

من وضع ممرر أو طريق عام شيئا يعوق مرور الناقلات أو استعمل أي وسيلة كانت لعرقلة سيرها وكان غرضه من ذلك التسبب في حادث أو تعطيل المرور أو مضايقته فإنه يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر.

وإذا أنتج عن الجريمة المشار إليها في الفقرة السابقة قتل إنسان أو جروح أو عاهة مستديمة للغير فإن الجاني يعاقب بالإعدام في حالة القتل وبالسجن من 10 إلى 20 سنة في الحالات الأخرى

المبدأ :

قد يكون الهدف من إعاقه المرور مجرد ارتكاب توقيف السيارات وسرقة ما يحمله ركبها أما الفقرة الثانية فتتصف على ظرف مشدد إذا توفرت نفس الشروط الواردة في الفصول 584 و 588 و 590.

إن نسبة الطريق الأملاك العمومية تنشأ خاصة عن اختصاص السبيل بالجمهور عن استعماله له استعمالا كليا لكن التخصيص هذا لا يثبت بشبهة بل لابد له من بيئة قاطعة.

أحكام الفصل 592

إتلاف السجلات أو أصول الوثائق:

النص :

من يحرق أو يتلف عمدا بأي وسيلة كانت سجلات أو أصول الوثائق المتعلقة بالسلطة العامة أو صورها الرسمية أو سندات أو حجبا أو سفتجة أو أوراقا تجارية أو بنكية متضمنة أو منشئة لالتزامات أو تصرفات أو غيراء فإنه يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات إن كانت الأوراق المتلفة متعلقة بالسلطة العامة أو أوراقا تجارية أو بنكية وبالحبس من سنتين إلى خمس وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم إن كانت أوراقا أخرى.

المبدأ :

ينص على هذا الفصل على جريمتين متميزتين إحداهما الإتلاف يعاقب على إتلاف سجلات أو ؟؟ الوثائق المتعلقة بالسجلات وأصول الوثائق الخاصة بمكاتب جباية الضرائب والمحاضر التي يسعدها ضباط الشرطة القضائية ، ويعاقب على إتلاف الأوراق التجارية أو البنكية وكل الوثائق المتلفة يجب أن تكون متضمنة أو منشئة لالتزامات أو تصرفات أو إبراء.

أحكام الفصل 593

إتلاف وثيقة عامة أو خاصة

النص :

يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصل السابق حسب التفاصيل الموضحة به ما لم يكن فعله جريمة أشد، من أتلف أو اختلس أو أخفى أو أستر أو حرق عن علم وثيقة عامة أو خاصة من شأنها أن تسهل البحث عن الجنايات أو الجنج أو كشف أدلتها أو عقاب مرتكبيها.

المبدأ :

القانون لا يعاقب هنا فقط على إتلاف الوثائق بل على كل إتلاف أو اختلاس أو إخفاء أو ستر أو تحريق من شأنه أن يؤدي إلى استحالة استعمال السند كحجة أثناء البحث عن الجرائم أو عن المجرمين.

أحكام الفصل 594

التخريب

النص :

مرتكب النهب أو التخريب لمواد غذائية أو بضائع أو منقولات أخرى في جماعات أو عصابات باستعمال القوة يعاقبون بالسجن من عشر إلى عشرين سنة ما لم يكن الفعل جريمة أشد.

ومع ذلك فإن الجناة الذين يثبتون أنهم قد دفعوا إلى المساهمة في هذه الاضطرابات بواسطة محرضين أو مهجين تكن عقوبتهم السجن من خمس إلى عشر سنوات.

المبدأ :

إن خطورة هذه الجريمة تأتي الوسائل المستعملة لارتكابها أكثر مما تأتي من الضرر الذي ينتج عنها فعلا ذلك لأنها ترتكب في جماعات أو عصابات باستعمال القوة.

وتتعدد هذه الجنائية تشديدا عندما تكون مسا بسلامة الدولة الداخلية المنصوص عليها في الفصلين 201 و 203 من القانون الجنائي.

أحكام الفصل 595

النص :

الفصل 595

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من مائتين⁴⁴⁴ إلى خمسمائة درهم من خرب أو هدم أو كسر أو عيب، عمدا شيئا مما يأتي:

- بناء أو تمثالا أو رسما أو أي شيء آخر مخصص للزينة أو المنفعة العمومية أنشأته أو وضعته السلطة العامة أو أذنت به.
- بناء أو تمثالا أو رسما أو شيئا ما له قيمة فنية موضوعا في متحف أو مكان مخصص للعبادة، أو في أي مبنى مفتوح للجمهور.

المبدأ :

يقصد الفصل هنا أفعال تدمير الأشياء الجميلة وحماية منشآت ضرورية للحياة في المجتمع كتراث البلاد.

والجريمة هي جريمة بالنتيجة ويرتكبها من يخرب نافورة بواسطة معول أو يقتلع عمود نور.

أحكام الفصل 596

تعيب مواد أو بضائع

النص:

الفصل 596

من عيب عمدا بضائع أو مواد أو محركات آلية أو أدوات أيا كانت تستخدم في الصناعة وذلك باستعمال مواد متلفة أو أية وسيلة أخرى، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من مائتين⁴⁴⁵ إلى ألف درهم.

⁴⁴⁴ - نفس الإحالة.

فإذا كان مرتكب الجريمة عاملاً في المصنع أو مستخدماً في المحل التجاري فإن عقوبة الحبس تكون من سنتين إلى خمس.

المبدأ :

تهدف مقتضيات هذا الفصل إلى حماية الأموال التي يؤدي التخريب إلى الإضرار بها صناعياً وتجارياً وإلى تعريض اقتصاد البلد للخطر.

أحكام الفصول من 597 إلى الفصل 599

إتلاف مزروعات.

النص:

الفصل 597

في غير الحالات المشار إليها في الظهير الخاص بقانون الغابات⁴⁴⁶، فإن من يتلف مزروعات قائمة على سوقها أو نباتات نمت طبيعياً أو بغرس الإنسان، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴⁴⁷ إلى مائتين وخمسين درهماً.

الفصل 598

في غير الحالات المشار إليها في الفصلين 518 و519 فإن من قطع حبوباً أو كلاء يعلم أنه مملوك لغيره، يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من مائتين⁴⁴⁸ إلى مائتين وخمسين درهماً.

فإذا كانت الحبوب لم تنضج بعد، فإن الحبس يكون من شهرين إلى ستة أشهر.

الفصل 599

في غير الحالات المشار إليها في الظهير الخاص بقانون الغابات، فإن من اقتلع شجرة أو أكثر وهو يعلم أنها مملوكة لغيره، أو قطعها أو عيبها أو أزال قشرتها بطريقة تميته أو أتلف طعمة أو أكثر مغروسة فيها، يعاقب على التفصيل الآتي، استثناء من قاعدة عدم تعدد العقوبات المقررة في الفصل 120:

⁴⁴⁵ - نفس الإحالة.

⁴⁴⁶ - الظهير الشريف الصادر في 23 من ذي الحجة 1335 (10 أكتوبر 1917) المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها، كما وقع تغييره وتتميمه؛ الجريدة الرسمية عدد 235 بتاريخ 12 محرم 1336 (29 أكتوبر 1917)، ص 901.

⁴⁴⁷ - انظر الهامش المضمن في الفصل 111 أعلاه.

⁴⁴⁸ - نفس الإحالة.

- بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين⁴⁴⁹ إلى مائتين وخمسين درهما عن كل شجرة، بشرط ألا يتجاوز مجموع عقوبات الحبس خمس سنوات.
- بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من مائة وعشرين⁴⁵⁰ إلى مائتي درهم عن كل طعمة، بشرط ألا يتجاوز مجموع عقوبات الحبس سنتين.

المبدأ :

يطبق هذا الفصل على الذين يتلفون المزروعات أو النباتات من غير أن يقصدوا بذلك يملكها أو الحصول من ورائها على ربح.

ولا أهمية للوسيلة المستعملة فقد يكون المرور بجرار أو بشاحنة على المزروعات لسحقها أو استعمال نفس الوسيلة في منبت مخصص الأشجار المثمرة والمزروعات هي كل مادة فلاحية تستعمل لتغذية الإنسان أو الحيوان أو للأعراف الصناعية.

قطع النباتات نوع من هذه النباتات حبوب : كالزعر والشعير أو كلاً .

وتنص الفقرة الثانية من الفصل 598 على ظرف مشدد إذا كانت الحبوب لم تنتضج بعد فإن الحبس يكون من شهرين إلى ستة أشهر مع نفس الغرامة.

بخلاف الفقرة الأولى التي تنص على أن من قطع حبوباً أو كلاً يعلم أنه مملوك لغيره يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 120 إلى 250 درهم.

أحكام الفصل 599 قطع الأشجار

العقوبة :

من اقتلع شجرة أو أكثر وهو يعلم أنها مملوكة لغيره أو قطعها أو عيبها أو أزال قشرتها بطريقة تميتها أو أتلف طعمة أو أكثر مغروسة فيها يعاقب بالحبس من شهر إلى 6

- نفس الإحالة. ⁴⁴⁹

- بعد رفع الحد الأدنى للغرامات الجنحية إلى 200 درهم بمقتضى الفصل الثاني من قانون رقم 3.80 المغيرة ⁴⁵⁰ بموجبه بعض مقتضيات القانون الجنائي، سالف الذكر، أصبح الحد الأدنى للغرامة في هذا الفصل مطابقاً للحد الأقصى.

يعاقب الفصل 599 على جريمة خطيرة يدفع إليها غالبا الحقد أو الانتقام وعلاوة على ذلك فإن اقتلاع شجرة يتطلب تعويضها عدة سنوات يبدو أشد خطورة من اقتلاع محصول للموكل سنة ، ويجب أن تكون الشجرة قد اقتلعت أو عيبت إلى درجة لا يمكن معها إلا أن تموت.

وهذه المقتضيات تطبق على الأشجار الموجودة في الحقول والنباتات في المنتزهات وفي الحدائق وفي ساحات الضيعات والمنازل.

أما أشجار الغابات فتحميها مقتضيات القانون الغابوي .

أحكام الفصل 600

إتلاف آلة زراعية

النص :

الفصل 600

من أتلف أو كسر آلة من آلات الزراعة أو حظيرة ماشية أو مأوى ثابتا أو متقللا مخصصا للحارس أو جعلها غير صالحة للاستعمال، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين⁴⁵¹ إلى مائتين وخمسين درهما.

المبدأ:

تدخل ضمن الآلات الفلاحية العربات والشاحنات الصغيرة، وشاحنات السلع والجرارات وهي ليست من الأدوات الفلاحية عندما تستعمل في المدينة لكنها تكتسي هذه الصفة عندما تكون بين يدي فلاح يستعملها لمزرعته .

أما حضائر الماشية فهي الحواجز و هي توضع في الحقول لتأوي الماشية كما أن مأوى الحارس قد يكون متقللا أو ثابتا وهو مخصص ليؤوي إليه الحارس ولا يشترط الفصل 600 أن يكون الإتلاف قد ارتكب في الحقول .

- انظر الهامش المضمن في الفصل 111 أعلاه.⁴⁵¹

أحكام الفصل 601

النص:

الفصل 601

من سمم دابة من دواب الركوب أو الحمل أو الجر، أو من البقر أو الأغنام أو الماعز أو غيرها من أنواع الماشية، أو كلب حراسة، أو أسماكاً في مستنقع أو ترعة أو حوض مملوكة لغيره يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين⁴⁵² إلى خمسمائة درهم.

المبدأ :

الدواب التي يحميها هذا الفصل غالباً ما تستعمل في المزارع والحيوانات المشمولة بالحماية عددها الفصل على سبيل الحصر " دواب لم حمل والركوب والجر والخرفان والماعز وطلاب الحراسة والأسماك.

رغم أن الفصل لم ينص على المحاولة فإن الجنحة تبدو كاملة العناصر بمجرد إعطاء الم ولو لم تمت الحيوان .

أحكام الفصل 602

قتل بغير ضرورة أحد الحيوانات

النص :

الفصل 602

من قتل أو بتر بغير ضرورة أحد الحيوانات المشار إليها في الفصل السابق أو أي حيوان آخر من الحيوانات المستأنسة الموجودة في أماكن أو مباني أو حدائق أو ملحقات أو أراض يملكها أو يستأجرها أو يزرعها صاحب الحيوان المقتول أو المبتور، يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين⁴⁵³ إلى مائتين وخمسين درهماً. فإذا ارتكبت الجريمة بواسطة انتهاك سياج، فإن عقوبة الحبس ترفع إلى الضعف.

- نفس الإحالة. ⁴⁵²

- نفس الإحالة. ⁴⁵³

المبدأ :

يحمى هذا الفصل الحيوانات المستأنسة الأليفة التي تعيش ؟؟؟ والدواجن والحمام والأرانب.

ويتضمن هذا الفصل ظرفا مشددا في الفقرة الثانية من الفصل تسلق السور لقتل كلب يدافع عن هذا السور.

أحكام الفصل 606

إتلاف سياج .

النص :

الفصل 606

من ردم كلا أو جزءا من خندق أو أتلف كلا أو جزءا من سياج، مهما تكن المادة التي صنع منها، أو قطع أو قلع حسكا أخضر أو جافا، أو نقل أو أزال نصبا أو أي علامة أخرى مغروسة أو متعارفا عليها لإثبات الحدود الفاصلة بين العقارات المختلفة، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين⁴⁵⁴ إلى خمسمائة درهم.

ويعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من مائتين⁴⁵⁵ إلى خمسة آلاف درهم من حول عمدا وبدون حق مياها عامة أو خاصة.

المبدأ :

يعاقب هذا الفصل على جريمتين مختلفتين :

1 - كسر سياج.

2 - نقل أو إزالة أنصاب أو أي علامة لإثبات الحدود . ردم فندق وانتزاع حواجز

يدخل ضمن تعريف إتلاف سياج أما الوسيلة المستعملة فلا أهمية لها كما أن الإتلاف الجزئي معاقب عليه.

⁴⁵⁴ - نفس الإحالة.

⁴⁵⁵ - نفس الإحالة.

أما بالنسبة لنوع السياج فإن ما ينبغي مراعاته هو فائدة السياج أو الحاجز فقد يكون مخصصا لبيان حدود العقار كالحائط أو لمنع الدخول إلى العقار الباب المطلة على الطريق العمومية.

ويجب أن يكون السياج مملوكا للغير غير أنه إذا عمد شريك على الشيوع إلى إتلاف سياج فإنه يكون مرتكبا لجريمة هدم سياج مشترك وإزالة نصب أ علامة يعني انتزاعها أو تحكيها أما نقلها فيعني تحويلها وحملها .

وتتص الفقرة الثانية من الفصل 606 على جريمة مختلفة تماما.

تحويل المياه عامة أو خاصة ويكون الدافع هو التصرف في المياه من أجل السقي خارج الساعات المحددة وزيادة على القدر من المياه المخصص للفاعل.

أحكام الفصل 607

إحداث حريق

النص :

الفصل 607

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين أو بالغرامة من مائتين⁴⁵⁶ إلى خمسمائة درهم من تسبب في غير الحالات المشار إليها في الفصل 435 والفقرة الخامسة من الفصل 608، في إحداث حريق في أملاك عقارية أو منقولة للغير وكان ذلك ناتجا عن عدم تبصره أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم أو القوانين.

المبدأ :

يتعلق الأمر بنار أشعلت دون احتياط وتركت دون رقابة قريبا من بين أو من شيء منقول مملوك للغير .

⁴⁵⁶ - نفس الإحالة.

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الثاني

الجزء الرابع

جامع قواعد تدبير الحكامة المالية

2

اعداد و تنسيق مصطفى علاوي

مقدمة الجزء الرابع :

أقدم هذا الجزء الرابع من المقتضيات المتعلقة بالحكمة المالية القضائية ضمن أجزاء مجلد المدخل المنير الى المعرفة القضائية و القانونية و سأخصص بإذن الله مجلدا أتناول فيه الحكمة المالية بتفصيل و يحتوي هذا الجزء على جامع القواعد المؤطرة ليس فقط لتنظيم و حماية المال العام و لكن للاستفادة منه في الترقية المهنية أو في نمو أعمال الخواص وذلك في نطاق المشروعية و الشفافية و التعرف على ما يشكل إضرارا به . و الله ولي التوفيق .

عرض المعنيين بالحكمة المالية وعناوين موضوعاتها

مستقات من برنامج دورة تكوين قضاة أقسام الجرائم المالية التي افتتحت يوم 10 نونبر 2011 بالمعهد العالي للقضاء بالرباط .

الهيئات

- قضاة أقسام الجرائم المالية المنظمة
- المعهد العالي للقضاء بالرباط -
- المدرسة الوطنية للقضاء بفرنسا،
- المفتشية العامة للإدارة الترابية بوزارة الداخلية،
- المفتشية العامة للمالية بوزارة المالية والاقتصاد.
- المجلس الأعلى للحسابات،
- ا لهيئة المركزية للوقاية من الرشوة،
- جمعية ترانسبارنسي المغرب،
- القطب القانوني بوحدة معالجة المعلومات المالية،
- لجنة الأخلاقيات باتحاد مقاولات المغرب---

المواضيع

- موضوع "التحقيق في الجرائم المالية والاقتصادية "
- موضوع "مداخل الجماعات وطرق مراقبتها"،
- موضوع "نفقات الجماعات وطرق مراقبتها"،
- موضوع "الأملك الجماعية وضبطها وتسييرها"

"افتتاح الحساب الخصوصي للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية"موضوع

قضايا "الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة في ظل الدستور الجديد ودورها في حماية المال العام"،

"حماية الشهود والمبلغين عن الرشوة"،

و"المنظومة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب"،

و"الصفقات العمومية"

و"آليات البحث والتحري في تنفيذ النفقات العمومية"،

و"آليات البحث والتحري في استخلاص المداخل العمومية"،

و"تقنيات اكتشاف الاختلالات المالية من خلال التقارير المنجزة من طرف المفتشية العامة للمالية ."

قضايا "محاسبة المقاولات"،

و"التحليل المالي"،

و"المحاسبة العمومية"،

و"مالية الدولة وقانون الميزانية"،

و"الصفقات العمومية"،

و"مالية الجماعات المحلية"،

و"التدبير المفوض للمرافق العمومية المحلية"،

و"المساطر المتبعة أمام المحاكم المالية"،

و"تقنيات التدقيق"،

و"استعمال المعلومات في المراقبة والتدقيق "

عرض القواعد القانونية تتعلق بتدبير الصفقات العمومية و مراقبتها

قواعد قضائية تخص العقود الادارية و الصفقات العمومية .

القاعدة :

- الدفع بعدم الاختصاص النوعي ... عقد إداري ... الفصل 13 من القانون رقم 90-41.
- الفصل 13 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية : "إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تثبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع".
- الثابت من مذكرات الطاعن أنه دفع ابتدائيا واستئنافيا بعدم اختصاص المحكمة العادية نوعيا للبت في النزاع، لكونه يتعلق بصفة عمومية تعتبر من العقود الإدارية التي يرجع البت في النزاع المتعلق بها للمحكمة الإدارية. ومحكمة الاستئناف لما أيدت الحكم الابتدائي الذي بت في موضوع النزاع برمته دون أن تثبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل. فإنها تكون

قد خرقت الفصل 13 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية الذي ينص على أنه إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تثبت فيه بحكم مستقل، ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع، وعرضت بذلك قرارها للنقض .

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 595 المؤرخ في 13/02/2008 - ملف مدني عدد 1072/2/1/2005)

القاعدة :

- عقد أشغال عمومية ... إنجاز الأشغال ... أداء مقابلها ... نعم.

- بالرجوع إلى وثائق الملف، وإلى فحوى الحكم المستأنف، والبحث المجري في القضية من طرف القاضي المقرر ، يتضح أن الأشغال المطالب بأدائها قد تم إنجازها فعلا – وهو ما أكدته الحكم المستأنف – وان شكليات ومواصفات إنجاز تلك الأشغال- كما تتحدث عنها النصوص التشريعية والتنظيمية- لا يمكن مواجهة المقاتل بها متى كان حسن النية، ومتى تثبت أن الإدارة أمرت بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة، ودون الالتزام بما تفرضه تلك النصوص، ومسؤوليتها في هذا الباب لا غبار عليها، مما يكون معه من اللازم على الإدارة التي أنجزت الأشغال لفائدتها ووقع تسليمها لها أن تؤدي مقابل تلك الأشغال ماليا، حتى لا تكون أمام حالة الإثراء بلا سبب على حساب الغير.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 609 المؤرخ في 11/07/2007 - ملف إداري عدد 2195/1/4/2006)

القاعدة :

- عقد إداري ... نظرية الإثراء بلا سبب ...

- اعتماد الحكم على نظرية الإثراء بلا سبب – بالرغم من عدم اعتمادها من الطالب – تشترط لقيامها عدم خطأ المتضرر وفي نازلة الحال فإن الطالب بقبوله القيام بأشغال تفوق قيمتها 100.000 درهم – في غياب إبرام صفقة عمومية (حسبما يوجبه الفصل 51 من مرسوم 14/10/1976) يشكل مبدئيا خطأ من جانبه .

- قبول المحكمة النظر في الطلب باعتماد الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود (مسؤولية الدولة عن الخطأ المرفقي) وتمسكها باختصاص النظر استنادا إلى ذلك وعملا بالمادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية فيما تنص عليه من اختصاصها للنظر في طلبات التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام يناقضه- حين النظر في التعويض وتحديده – اعتمادها الفصل 75 (نظرية الإثراء بلا سبب) لتحديد التعويض عن قيمة الأشغال المنجزة دون أرباح منجزها.

- لم يحقق قضاة المحكمة في الظروف والملابسات التي صدر فيها أمر العامل بإنجاز الأشغال في غياب عقد صفقة عمومية سابق وفي مدى مساهمة منجز تلك الأشغال بتغاضيه عن إبرام

صفقة عمومية وقبوله القيام بتلك الأشغال العمومية التي تستلزم عقد صفقة عمومية مسبقا عملا بالفصل 51 من مرسوم 1976/10/14.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 337 المؤرخ في 24/3/2004 - ملف إداري عدد 2002/1/4/1223)

القاعدة :

- إبرام الصفقات العمومية يجب أن يتم وفق الشكليات التي يستوجبها القانون إما بسند طلبي أو عقد كتابي.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 1048 المؤرخ في 19/11/1998 - ملف إداري عدد 96/1277)

القاعدة :

- عقد إداري ... شروطه :

- العقد موضوع المنازعة أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام وهو وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري ويرتبط العقد بتسييرها أي تسيير المرفق العام الذي تسهر عليه وتقوم به أي التزود بأدوات تجهيز المكاتب الأمر الذي يضيف على عقد التوريد موضوع الطلب صبغة العقد الإداري ويكون القضاء الإداري بالتالي مختصا للبت في المنازعة الناشئة بشأنه.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 760 المؤرخ في 19/10/2005 - ملف إداري عدد 2005/1/4/1967)

القاعدة :

- عقد إداري ... تنفيذه :

- العلاقة العقدية ثابتة بين الطرفين من خلال عقد الصفقة المدلى بها، وثبت تنفيذ المستأنف عليها لالتزاماتها من خلال وصولات التسليم المدلى بأصولها خلاف ما جاء في السبب والمعززة بوصولات الطلب، والتي جاءت أعمالا من الطرفين للمادة الثامنة من عقد الصفقة، الأمر الذي لم يقع مثار أية منازعة من طرف الإدارة المستأنفة، كما أن تماطل الإدارة في الأداء ثابت من خلال الإنذار الموجه لها بتاريخ 1999/07/23 مما جعلها في حالة مطل يبرر ما انتهى إليه الحكم من أداء تعويض، أما بخصوص الدفع بالتقادم فإن الأمر يتعلق في النازلة بأداء نفقة عمومية لا تخضع للتقادم المحتج به، والحكم بالفوائد القانونية يجد سنده في جبر الضرر الناتج عن التأخير في الأداء اللاحق بالمدعية، بالنظر إلى طبيعتها كشركة وفي النازلة هي وسيلة لإجبار المستأنفة على التنفيذ.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 588 المؤرخ في 2007/07/04 - ملف إداري عدد 2006/1/4/1986)

القاعدة :

- رهن صفقة عمومية :

- لئن كان رهن الصفقة العمومية يمنح للدائن حق استيفاء دينه من الدين المرهون فإن ذلك رهين بثبوت استحقاق الدين.

- لما كانت الشهادات بإثبات الحقوق هي سند إثبات الاستحقاق المذكور، ولما كانت المدعى عليها قد طعنت بالزور الفرعي في هذه الشهادات والتمست من المحكمة تطبيق مقتضيات الفصل 92 وما يليه من قانون المسطرة المدنية وذلك بإنذار مقدمها ليصرح بما إذا كان يريد استعمالها، كما التمست إيقاف البت على تقديم شكاية أصلية بالزور مستقلة عن الزور الفرعي، فإن المحكمة لما لم تستجب لأي من الطلبين واعتبرت أن البت في النزاع لا يتوقف على الوثائق الطعون فيها، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 549 المؤرخ في 2007/06/20 - ملف إداري عدد 2004/1/4/2003)

القاعدة :

- محضر تسليم نهائي ... وثيقة غير كافية لإثبات إنجاز الأشغال ...

- إن المحكمة استندت في حكمها بالأداء على الجماعة على محضر التسليم النهائي للأشغال موضوع الصفقة وهذه الوثيقة غير كافية لمواجهة الجماعة بالأداء، الأمر الذي يستلزم الاطلاع على عقد الصفقة للتحقق من صفة أطرافها خاصة وأن المستأنف عليها رفعت دعاوها في مواجهة أطراف أخرى غير الجماعة.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 455 المؤرخ في 2007/05/16 - ملف إداري عدد 2006/1/4/1508)

القاعدة :

- عقد توريد ... أركانه :

- إن النزاع ناشئ حسب مقال الادعاء عن عقد تزويد المدعية المستأنفة عمادة جامعة محمد الخامس بلوازم المكتب وكميات من الورق أي أن الهدف من العقد تسيير المرفق وخدمته وأحد طرفيه عمادة جامعة محمد الخامس أي شخص عام فيكون بذلك الالتزام داخلا في نطاق العقود الإدارية التي تنظم الاختصاص بها مقتضيات الفصل 8 من القانون 41-90 وأن المحكمة الإدارية هي المختصة للبت في النزاع.

- إن ثبوت الاختصاص النوعي تترتب عليه الإحالة بقوة القانون على المحكمة المختصة نوعيا عملا بالفصل 16 من قانون المسطرة المدنية.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 501 المؤرخ في 2005/06/15 - ملف إداري عدد 2005/1/4/975)

القاعدة :

- عقد إداري ... أركانه :

- الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي وقع إحداثه بمقتضى الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1-72-184 الصادر بتاريخ 72/07/27، ولا نقاش في أنه مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري، وإن العقد المبرم بينه وبين شركة (...) هو عقد إداري الهدف منه تسيير المرفق العمومي الذي يمثل.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 1017 المؤرخ في 2006/12/20 - ملف إداري عدد 2004/1/4/2688)

القاعدة :

- إثبات إنجاز أشغال ... محضر معاينة ... شروطه :

- إنالدعوى تتعلق بتوريدات تخص العمل الإداري بطلب من البلدية ، فيكون النزاع حول عقد إداري والاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية .

- إن المحكمة الإدارية قررت إجراء معاينة يقوم بها السيد القاضي المقرر بمساعدة خبير في المحاسبة ، غير أن هذا الأخير هو الذي استمع لأطراف النزاع بدل القاضي المقرر ولم يحرر أي محضر عن الانتقال موقع من طرفه وكاتب الضبط خرقا لمقتضيات الفصل 70 من قانون المسطرة المدنية، فيكون الحكم المستأنف لما اعتمد على محضر المعاينة المنجز من طرف الخبير قد خالف القانون.

(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 1173 بتاريخ 2004/11/24 ملف إداري عدد 2003/2/4/1019)

القاعدة :

عقد إداري... سند تسليم صادر عن جماعة محلية... واقعة التسليم ثابتة.

- إذا كانت سندات التسليم تحمل خاتم الجماعة ومذيلة بتوقيع لم تطعن فيه هذه الأخيرة بأي مطعن يجعل واقعة التسليم ثابتة وتترتب عنها جميع الآثار القانونية.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 62 بتاريخ 2007/02/21 ملف عدد 5/06/21)

القاعدة :

محضر التسليم المؤقت... التوقيع عليه بدون تحفظ... تطابقه مع المواصفات الواردة في العقد... فوائد التأخير.

- إن محضر التسليم المؤقت يتم إنجازه عقب إنهاء المفاوضة للأعمال المتفق عليها في عقد الصفقة وبعد إتمام معاينة الأشغال، مما يجعل التوقيع عليه بدون إبداء أي تحفظ بالنسبة للأشغال المنجزة دليلاً على تطابق هذه الأخيرة مع المواصفات المطلوبة.

- إن عقد الصفقة هو عقد من جانبين يقضي بتنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته، مما يجعل الإدارة ملزمة بالوفاء بمستحقات المفاوضة التي أنجزت الأشغال المتفق عليها في ذلك العقد.

- إذا كان التأخير في أداء مستحقات المفاوضة من جانب الإدارة، فإن هذه الأخيرة تكون ملزمة بأداء فوائد التأخير طبقاً لظهير 1948/06/01.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 485 بتاريخ 2007/07/11 ملف عدد 20 و7/06/21)

القاعدة :

ظروف طارئة وقعت أثناء تنفيذ الصفقة... شروطها.

- إن الظروف الطارئة التي وقعت أثناء تنفيذ الصفقة، هي تلك الظروف التي لا يمكن توقعها من جانب منجز الصفقة (المفاوضة) وأدت إلى حدوث تغييرات في الصفقة تمثلت في تمديد أجل إنجازها وأدى هذا التمديد إلى حدوث اختلال في التوازن المالي لعقد الصفقة، مما يجعل تدرع الإدارة بوجوب تطبيق الفصل 69 من المرسوم رقم 2/98/482 المتعلق بالصفقات العمومية لا يبنّي على أساس باعتبار أن هذه المقتضيات تتعلق بالصفقات التفاوضية وبالأعمال الإضافية التي لا علاقة لها بالنازلة الحالية.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 338 بتاريخ 2007/05/30 ملف عدد 49 و6/06/75)

القاعدة :

عقد التوريد... توقيع الكاتب العام للوزارة على الفاكس... آثاره.

- تعتبر عقود التوريد من العقود الفورية التي تنقضي بتسليم البضاعة المتفق عليها مطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، ويترتب على ذلك أداء الإدارة مقابل ما تسلمته من توريدات.

- لأن كان الوزير هو الأمر بالصرف، وأن المصادقة على صرف أي مبلغ، تقتضي الموافقة المسبقة لمصالح المراقبة العامة للالتزام بنفقات الدولة، فإن الفاكس (الذي وجه للمفاوضة كأمر بالتوريد) قد تم توقيعه من طرف الكاتب العام لوزارة الثقافة، وأن الأصل هو أن الكاتب العام لا يقوم بالمهام المسندة إليه طبقاً للمادة 5 من المرسوم رقم 44/93/2 المؤرخ في 1993/04/29 المتعلق بوضعية الكتاب العامين للوزارات المتعلقة بالتأشير نيابة عن الوزير على جميع

التصرفات والوثائق الداخلية، إلا بناء على تفويض من الوزير، وهو ما يؤكد على أن ما قام به الكاتب العام لوزارة الثقافة جاء مطابقاً للفصل 5 المومل إليه أعلاه.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 634 بتاريخ 2007/09/26 ملف عدد 6/06/911)

القاعدة :

تنفيذ عقد الصفقة... توصل المقاوله بأمر ببداية الأشغال... عدم مصادقة الوزارة الوصية على عقد الصفقة... خطأ لا تتحمل تبعاته المقاوله.

- لئن كان تنفيذ الصفقة بين المقاوله والإدارة صاحبة المشروع متوقفاً على مصادقة الوزارة الوصية فإن توصل المقاوله ببداية الأشغال، يجعلها مستحقة للتعويضات عما أنجزته من تلك الأشغال في إطار قواعد المسؤولية الإدارية، مادام الخطأ في إبرام الصفقة لا يمكن أن تتحمل تبعاته المقاوله.

- إن إنجاز محضر التسليم النهائي للأشغال، هو الذي يبرر الحكم بإرجاع الضمانة وكذا الحكم بفوائد التأخير انطلاقاً من التاريخ المحدد في عقد الصفقة لإنجاز الأشغال.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 806 بتاريخ 2007/10/31 ملف عدد 84 و6/06/137)

القاعدة :

فوائد التأخير... شروط استحقاقها.

- من شروط الاستجابة لطلب فوائد التأخير، أن يكون التأخير في الأداء منسوباً إلى الإدارة وحدها وأن تكون المبالغ المطالب بفوائد التأخير بشأنها، تتعلق بأشغال تم إنجازها بالفعل وتمت معاينة هذا الإنجاز.

- إذا ثبت بأن المقاوله لم تقم بإتمام الأشغال المطالب بفوائد التأخير عن المستحقات المتعلقة بها، فإنها تبقى غير محقة بالمطالبة بهذه الفوائد.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 62 بتاريخ 2008/01/16 ملف عدد 6/60/15)

القاعدة :

- صفقة عمومية... المشرف عليها... دفتر الشروط الخاصة... الفوائد القانونية هي في الأصل فوائد التأخير.

- إن المشرف في عقود الصفقات العمومية، يكون معيناً من قبل صاحب المشروع في دفتر الشروط الخاصة، وتحدد مهامه التي سيتولاها طبقاً للمادة 3 من دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة.

- إن الصعوبات التي تعترض المقابلة لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد كزيادة الأعباء المتمثلة في النفقات الإضافية والضرورية للتمكن من إنهاء المشروع.

- إن الفوائد القانونية المطلوبة هي في الأصل فوائد التأخير مادام المدعي (المستأنف فرعيا) لم يحصل على مستحقته في إبانها، وهذه الفوائد لا يمكن استحقاقها إلا بالإنجاز الكلي للصفقة، بينما الفوائد القانونية تهم إعادة تحيين قيمة المبالغ المستحقة.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 723 بتاريخ 2007/10/17 ملف عدد 7/07/8)

القاعدة :

- عدم توجيه الرسالة الإخبارية المنصوص عليها بموجب القانون رقم 78/00 إلى رئيس المجلس الجماعي قبل اللجوء إلى القضاء لا يجعل الدعوى معيبة كلما ثبت من الظروف المحيطة بالقضية أن رئيس المجلس المذكور كان عالما بموضوع النزاع وأسبابه.
- بانتهاء أجل الضمان التعاقدية المنصوص عليه بموجب المادة 68 (الفقرة 2) من دفتر الشروط الإدارية العامة يكون صاحب المشروع ملزما بالإعلان عن التسلم النهائي للأشغال موضوع الصفقة.

(قرار محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش عدد 352 بتاريخ 2007/12/25 ملف عدد

1-07/7/152)

القاعدة :

- دين ناتج عن عقد إداري... امتناع القابض البلدي عن التأشير على بطاقة الالتزام المتعلقة به... براءة ذمة الجماعة المحلية إزاء المتعاقد معها... لا
- رفض التأشير على بطاقة الالتزام من طرف القابض لا يعفي رئيس المجلس البلدي بصفته أمرا بالصرف من ممارسة الصلاحيات المخولة له بموجب الفصلين 67 و 68 من المرسوم رقم 576-76-2 بشأن محاسبة الجماعات المحلية وهيئاتها قصد تمكين صاحب الشأن من مستحقته.

(قرار محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش عدد 146 بتاريخ 2008/04/09 ملف عدد

1-07/7/293)

القاعدة :

- قرار الزيادة في حجم الأشغال الصادر وفقا لأحكام الفقرة 3 من المادة 52 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال يعتبر صحيحا ومنتجا لكافة آثاره إزاء صاحب المشروع ويجعل المقاوله المعنية بالأمر محقة في الحصول على المبالغ المالية التي اقتضاها إنجاز الأشغال المذكور حتى وإن لم يشر إليها في محضر التسليم النهائي.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 137 بتاريخ 2008/04/02 ملف عدد 1-07/7/366)

القاعدة :

- عدم ثبوت أن قرار العدول عن المناقصة المتعلقة بطلب العروض تم بعد فتح الأظرفة ورسوم المناقصة... ضرر يستوجب التعويض... لا.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 132 بتاريخ 2008/04/02 ملف عدد 7/178)

القاعدة :

- اعتماد المحكمة في تحديد قيمة الأشغال الإضافية على خبرة قضائية عاين بمقتضاها الخبير تلك الأشغال وقومها، وعلى خبرة قضائية حسابية عاين بمقتضاها الخبير عدم أداء مستحقات كشف الحساب النهائي... الحكم بأداء مستحقات الأشغال الإضافية وكشف الحساب النهائي... نعم.

(قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 214 بتاريخ 2008/05/14)

القاعدة:

نائل الصفقة... ملزم بالاستمرار في تنفيذ عقد الصفقة تحت طائلة مساءلته... نعم

إن المتعاقد في عقد الصفقة يعتبر ملتزما بالاستمرار في تنفيذ بنود هذا العقد تحت طائلة مساءلته عن فعله السلبي، وهذا الالتزام يبقى مستمرا طالما أن التنفيذ لم يصبح مستحيلا استحالة مطلقة لوجود قوة قاهرة المتمثلة في حصول حادث خارجي وعدم إمكان توقعه واستحالة دفعه.

إن المرض الذي أصاب المتعاقد (المستأنف) على فرض ثبوته لا يشكل إلا ظرفا مؤقتا يمكنه من الاستفادة من الإعفاء أو التخفيض من غرامات التأخير، ولا يشكل قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ عقد الصفقة استحالة مطلقة لانتهاء عنصر استحالة دفع الحادث، ما دام في إمكانه الاستعانة بشخص آخر لتنفيذ بنود الصفقة، وبالتالي فإن مصادرة الإدارة للضمانة لها ما يبررها.

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 241 بتاريخ 2008/2702 في الملف رقم 5/07/59

القاعدة:

الأشغال الإضافية.. عدم تجاوز مبلغها نسبة 10 في المائة... إبرام ملحق لعقد الصفقة... لا

إن مبدأ الاستقرار العقدي المعمول به في العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص لا يمكن تطبيقه على عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة في إطار قواعد القانون العام باعتبار أن هذه العقود قابلة وطيلة مدة التنفيذ للتعديل في زيادة الأشغال وذلك حسب ما تمليه المصلحة العامة طبقاً للمادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة والتي تعطي لصاحب المشروع أثناء تنفيذ الصفقة الحق في إدخال تغييرات على الصفقة.

إن عدم تجاوز الأشغال الإضافية 10% من المبلغ الكلي للصفقة وعدم إثبات الإدارة كون هذه الأشغال لا تخرج عن أغراض التعاقد الأصلي للصفقة لا تستلزم تحرير عقد ملحق بشأن تلك الأشغال

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1499 بتاريخ 2008/12/24 في الملف رقم 7/07/55

أنواع الجزاءات في حالة الإخلال بعقود الصفقات.

أ-وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة.

- يقصد بوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة إحلال الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ الصفقة عندما يتخلف هذا الأخير عن تنفيذ التزامه .

و تعتبر من الجزاءات الضاغطة التي أقرتها مدونة الصفقات العمومية، و لا يتم اللجوء إليه إلا إذا كان الخطأ أو التقصير الصادر عن المقاوله يكتسي خطورة جسيمة بحيث إنه إذا كانت المخالفة أمراً ثانوياً يمكن تفاديه فإن الإدارة قد تتجنب اللجوء إليه نظراً لما يشكله وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة من خطورة بالنسبة للمقاول المعني بالامر وبالنسبة لصاحب المشروع .

-قواعد أقرها القضاء الإداري الفرنسي تبرر وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة:

-تأخير تنفيذ الأعمال: إذا كان هذا التأخير سيترتب عنه خطورة بالنسبة للإدارة .

-التوقف عن تنفيذ العقد بحجة معارضة الأوامر المصلحية مع بنود بالصفقة

العمومية .

-الإخلال بأحد بنود الصفقة وعدم الاستجابة للأعذار المقدم من قبل صاحب المشروع داخل الأجل القانوني المحدد خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ تلقي الأعذار .

ويميز في وضع المقاوله تحت الإدارة مباشرة بين الوضع الكلي الذي يخضع فيه جميع عمليات المشروع موضوع الصفقة إلى الإدارة المباشرة لصاحب الصفقة، وبين الوضع الجزئي الذي يقتصر فيه على وضع جزء فقط من المقاوله تحت الإدارة المباشرة مع العلم أن المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال والمادة 52 من دفتر الشروط العامة لصفقات التوريدات والخدمات لا تتحدثان إلا عن الوضع الجزئي للمقاوله تحت الإدارة المباشرة.

-ويترتب عن وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة الأثر القانونية التالية :

-إن أجزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة مجرد أجزاء وقتي لا ينهي العقد

457 .

-يتوفر صاحب المشروع على سلطة واسعة تعيين طريقة تنفيذ الصفقة التي أصبحت تخضع لإدارته المباشرة 458 .

-إمكانية حجز صاحب المشروع للآلات والأدوات التي كان يستغلها المتعاقد في الصفقة بهدف استعمالها في نفس الغرض 459 .

-ينتهي وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة بتنفيذ جميع مراحل وعمليات الصفقة إلى غاية استيلامها نهائيا ، 460 وفي هذه الحالة فقط يمكن للمقاول، أن يطالب باسترداد

457 - اسماعيل خميس السيد : م س ص 95 .

458 - يمكن للإدارة أن تعين شسيعا يتولى اتمام المشروع موضوع الصفقة على نفقته ومسؤوليته .

459 -سبق لوزارة الشؤون البلدية المصرية أن تعاقدت مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر لتزويد أهالي بعض المناطق بالمياه العذبة ولما بدأ المتعاقد في تنفيذ العمل فوجئ بطبيعة صخرية فلما تظلم للإدارة غوضته عن سابق حفره وسمحت له بالحفر في مكان آخر على أن الموقع الجديد كان كسابقه تعترض الحفر فيه الصخور فتظلم مرة ثانية فصادرت الإدارة التأمين وحجزت الآلات ومعدات المقاول واستندت العملية لمقاول آخر لينفذها على حساب المقاول الأول .

جابر جاد مصادر الوجيز في العقود الإدارية : دار النهضة العربية 2000 ص 225 .

460 - يتحمل المقاول كافة المصروفات الزائدة التي تنتج عن وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة .

الأدوات والآلات التي قام صاحب المشروع بحجزها واستعمالها لتنفيذ الصفقة تحت إدارته المباشرة كما له أن يطالب بمستحققاته المالية عن الشطر الذي سبق له وأن قام بتنفيذه .

- الفسخ المجرد بعد انصرام أجل الأعذار دون الاستجابة لملاحظات الإدارة على

أن اتخاذه يكون واضحا لا يكتنفه الغموض نظرا للنتائج القانونية التي تترتب عنه من حيث كونه يستبعد كل تعويض سواء لصالح المتعاقد أو ضده⁴⁶¹ إلا أنه يمكن أن يكون مقرونا بحجز الضمان النهائي والاقتطاع الضامن عند الاقتضاء⁴⁶².

- فسخ الصفقة على حساب المقاول وإبرام صفقة جديدة بناء على طلب العروض أو الاتفاق المباشر عندما يتعلق الأمر بصفقات تهم الدفاع الوطني .

و إبرام صفقة جديدة يقتضي فسخ الصفقة الاولى من قبل السلطة المختصة التي تتخذ قرار إبرام صفقة جديدة ويجب تبليغ قرار الفسخ إلى المقاول الأصلي وإعلامه بإبرام صفقة جديدة على مسؤوليته ليتخذ جميع الاحتياطات اللازمة للدفاع عن حقوقه ولإخلاء المشروع من جهة أخرى.

الجدير بالذكر أن إبرام الصفقة الجديدة يجب أن يشمل فقط العمليات التي لم يتم بإنجازها المقاول الأصلي، أما العمليات التي قام بها فإنه لا يمكن أن يطالب بثمنها أو استرداد التأمينات المقدمة منه إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة⁴⁶³.

-الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وبموجب مقرر معل صادر عن الوزير المعني ، يقصيه بصفة مؤقتة أو نهائيا من المشاركة في الصفقات التي تبرمها إدارته .

و يسبقه استدعاء صاحب الصفقة برسالة مضمونة بإفادة بالاستلام لتقديم ملاحظاته بخصوص المؤاخذات المقدمة ضده، وذلك خلال أجل لا يمكن أن يقل عن عشرة (10) أيام .

⁴⁶¹ - حميدي حماد ، م س ، ص 35.

⁴⁶² - أنظر المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال والمادة 52 من دفتر الشروط الإدارية لصفقات التوريدات والخدمات .

⁴⁶³ - محمد سليمان الطهاوي م س ، ص 558.

ويمكن تمديد إجراءات هذا الإقصاء إلى الصفقات التي تعلن جميع الإدارات العمومية بموجب مقرر يتخذه الوزير الأول باقتراح من الوزير المعني بالأمر وبعد استطلاع رأي لجنة الصفقات التي تدعو الأطراف المعنية أو من ينوب عنهم لتقديم كل توضيح أو وسيلة للدفاع⁴⁶⁴.

-يطبق نظام الغرامات المالية في حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ الصفقة ولا يشترط لتطبيقها وقوع ضرر للإدارة إذ بمجرد انتهاء المدة المخصصة لإنجاز المشروع يتم احتساب الغرامات حسب العقد دون حاجة إلى إعلام المقاول⁴⁶⁵.

-يمكن للإدارة أن تطبق غرامات التأخير دون اللجوء إلى القضاء وذلك بمقتضى قرار صادر منها ويكون من حق المقاول أن يطعن فيه قضائياً، إذ يمكن أن يتحلل من الغرامة إذا أثبت أن تأخير ناتج عن خطأ الإدارة أو القوة القاهرة⁴⁶⁶.

-ينتج عن تطبيق غرامات على المتعاقد الآثار التالية⁴⁶⁷:

-إن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن يعفي نفسه من الغرامة بإثباته أن الإدارة لم يلحقها أي ضرر

-إن شرط الغرامة المنصوص عليها في العقد ينبغي تطبيقه في حدود المبلغ المنصوص عليه ولا يمكن تجاوزه .

-إن شرط الغرامة ليس من الضروري إدراجه في العقد

-يمكن الجمع بين غرامة التأخير والجزاءات الأخرى المنصوص عليها في إطار الجزاءات الضاغطة .

⁴⁶⁴ - أنظر مرسوم شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة ومراقبة تدبيرها

⁴⁶⁵ - تنفص غرامات التأخير تلقائياً من المستحقات المالية للمتعاقدين .

⁴⁶⁶ - في حالة صدور حكم ببرد الغرامة إلى المتعاقد يمكنه المطالبة بفائدتها .

⁴⁶⁷ - حمادي حماد : م س ، ص 37.

- وإذا كان من حق الإدارة تطبيق جزاء الغرامات على المتعاقد فإن التساؤل يطرح حول حقها في التنازل كلياً أو جزئياً عن بعضها بعد قبول التأخير .

- لقد ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي⁴⁶⁸ إلى أن الغرامة لها طابع اختياري فللإدارة أن تطبقها كما لها أن تتنازل عنها صراحة أو ضمناً ويمكن لها كذلك إعفاء المتعاقد وفي هذه الحالة لا يمكن لها أن تتراجع عن هذا الإعفاء أما الفقه فقد ذهب إلى الإدارة لا يمكن لها أن تتنازل مطلقاً عن الغرامة لأن ذلك يعتبر تنازلاً عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة⁴⁶⁹.

- والواقع أن الإدارة يمكن أن تتنازل عن هذه الغرامة بكيفية غير مباشرة وذلك عن طريق تعديل مدة التسليم خلال تنفيذ العقد عندما تقتضيها المصلحة العامة للمشروع⁴⁷⁰.

- التعويض جراء تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد إذ بدون هذا الضرر لا يمكن للإدارة المطالبة بالتعويض .

يقدر التعويض على أساس الضرر الذي لحق الإدارة فعلاً ويؤخذ فيه بعين الاعتبار مقدار مساهمة الإدارة في الضرر ويشمل مقدار ما لحق الإدارة من خسارة وما فاتها من ربح⁴⁷¹.

فالتعويض إذن يكون لمواجهة ضرر لحق الإدارة ويقدر بقدر هذا الضرر الناتج بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد⁴⁷² غير أنه بخلاف باقي الجزاءات لا يمكن تطبيقه من جانب واحد وإنما يجب سلوك طريق القضاء في ذلك إذا لم يكن هناك نص في العقد يسمح للإدارة بذلك .

- عبد المجيد قياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى 1975 دار الفكر العربي ص 177.

⁴⁶⁹ - المرجع نفسه ، ص 178.

⁴⁷⁰ - حمادي حماد ، م س ، ص 39.

⁴⁷¹ - تطبيق عموماً قواعد القانون المدني في تقدير التعويض

⁴⁷² - جابر جاد نصار ، م س ، ص 219.

-مصادرة الضمانة المؤقتة

-يمكن للإدارة مصادرة الضمانة المؤقتة في الحالات التالية⁴⁷³:

-إذا سحب المتعهد عرضه داخل أجل تسعين(90) يوما ابتداء من تاريخ المحدد لفتح الأظرفة او تاريخ التوقيع على الصفقة من طرف نائبها إذا كانت هذه الصفقة تفاوضية .
إذا رفض المتعهد تصحيح مبلغ عقد الإلتزام إذا كان منخفضا بالنسبة للثمن التقديري لصاحب المشروع .

-إذا رفض نائل الصفقة التوقيع عليها

-إذا لم ينجز صاحب الصفقة الضمان النهائي داخل اجل الثلاثين (30) يوما التي تلي تبليغ المصادقة على الصفقة .

-وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إعفاء المتنافس من الضمانات المؤقتة وكذا النهائية⁴⁷⁴ بنص صريح في دفتر الشروط الخاصة، إلا أن الضمانات المؤقتة تبقى الجزاء الأدنى والأكثر تيسرا الذي يمكن توقيعه على المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية اما بعد إرساء الصفقة عليه أو في المرحلة التي يكون فيها مجرد متعهد .

رقابة القضاء على تطبيق الجزاءات

و يستند تطبيق الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته من طرف الإدارة اما الى العقد أو الى النصوص القانونية أو التنظيمية و يحق للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للطعن في قرار الجزاء⁴⁷⁵.

⁴⁷³ -انظر المادة 15 من كل دفتر من دفتر الشروط الإدارية العامة .

⁴⁷⁴ من مبلغ الصفقة .%- يحدد الضمان النهائي في قيمة 3

⁴⁷⁵ - أي شرط في العقد يهدف إلى استبعاد المتعاقد في الطعن ضد جزاء اتخذ ضده يعتبر باطلا .

-وطبقا للفصل 8 من قانون المحاكم الابتدائية قانون 90-41 فإن الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ينعقد للمحاكم الإدارية حيث يمكن ان تأتي الدعوى أما في إطار دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل .

-يقوم القاضي من خلال دعوى الإلغاء بمراقبة مدى مشروعية قرار الجزاء والأمر بإعدامه كلما كان معيبا من حيث أحد أركانه كصدور قرار الجزاء من سلطة غير مختصة باتخاذ ومخالفة القرار القانون أو معيبا من حيث مسطرة صدوره كعدم احترام حق المتعاقد في الإعذار والأجل الممنوح له بمقتضى هذا الإعذار .

كما يمكنه في إطار دعوى القضاء الشامل ان يراقب ملائمة الجزاء المطبق مع الإخلال الواقع وان يأمر بوقف تنفيذه إذا تبين له أنه غير ملائم كما له ان يحكم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه من تطبيق الجزاء غير الشرعي أو غير الملائم .

ويمارس القضاء رقابة المشروعية، ورقابة الملائمة على الجزاءات المطبقة من طرف الإدارة وذلك مراعاة لحقوق المتعاقد واحتراما لمبدأ الشرعية الذي يأبى أن يكون قرار إداري في منأى من كل رقابة قضائية .

-النصوص القانونية

+المرسوم رقم 2-98-482 الصادر في 30 دجنبر 1998 المتعلق بتحديد شروط وإشكال إبرام صفقات الدولة .

+المرسوم رقم 2-99-1087 الصادر في 4 ماي 2000 المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال .

+المرسوم رقم 2332 – 2-01 الصادر في 4 يونيو 2000 المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة .

مستجدات مرسوم الصفقات العمومية 2013

المرجع

مجلة المالية لوزارة الاقتصاد والمالية / العدد 23 –

أبريل 2014-5

تبسيط وتنميط مسار الاقتناء العمومي بالنسبة لجميع الفاعلين وخصوصا بالنسبة للمقاولات المرشحة للطلبات العمومية

يروم هذا الإصلاح، تبسيط وتوضيح مساطر الصفقات العمومية من خلال ما يلي

تبسيط الملف الإداري للمنافسين بإدراج مقتضى ينص على أن الشهادة الجبائية وشهادة الصندوق الوطني للضامن الاجتماعي والسجل التجاري لا تطلب إلا من المنافس الذي قدم العرض الأكثر أفضلية

والمزعم إبرام الصفقة معه؛

تحديد تركيبة اللجان المكلفة بتقييم العروض حسب طرق إبرام الصفقات وحسب الخصوصيات المرتبطة بصفقات الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجامعات الترابية ومجموعاتها؛

تبيان طرق تحديد العرض الأكثر أفضلية حسب طبيعة الأعمال المعنية (الأشغال، التوريدات و الخدمات)

كما تم إدخال إجراءات لفائدة المقولة الصغرى والمتوسطة حيث أن مرسوم الصفقات العمومية يؤكد على أن صاحب المشروع

ملزم بتخصيص 20% من المبلغ التوقعي للصفقات التي يزمع طرحها برسم كل سنة مالية لفائدة

المقولة الصغرى والمتوسطة؛ يمكنه أن يقرر تخصيص الصفقة عندما يكون من شأن هذا التخصيص أن يسمح للمقولة الصغرى و المتوسطة بولوج الطلبية العمومية؛

يمكنه أن يقرر في نظام الاستشارة أن صاحب الصفقة ملزم باختيار مقولة صغرى أو متوسطة وطنية كمتعاقد من الباطن يعهد إليه بإنجاز جزء من الصفقة، عندما يكون صاحب الصفقة المذكور مقولة أجنبية وقرر التعاقد من الباطن في إطار هذه الصفقة

كما تم تدعيم آليات الشفافية والنزاهة وتخليق تدبري الصفقات العمومية بإدخال المقتضيات التالية

تأكيد منع وجود تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية سواء على مستوى أعضاء لجان طلب العروض أو على مستوى المتعهدين الذين يجب عليهم أن يوضحوا ضمن التصريح بالشرف أنهم لا يوجدون في وضعية تعارض المصالح

نشر المبلغ التقديري للصفقة المعد من طرف صاحب المشروع في إعلان طلب المنافسة؛

انفتاح الأنظمة المؤطرة للصفقات العمومية على إمكانية استعمال مسطرة اختيار العروض بواسطة المناقصات الإلكترونية بالنسبة لصفقات التوريدات العادية؛

التدبير الإلكتروني للطلبات العمومية وخصوصا من خلال وضع قاعدة معطيات الموردين في أفق نزع الصفة المادية عن الملفات الإدارية للمنافسين بهدف تمكينهم من التفرغ لتحضري عروضهم؛

التعهد الإلكتروني في إطار مسار إلكتروني لإيداع وتقييم العروض يمكن من تدعيم الشفافية وتبسيط شروط تنافس المقاولات

بالموازاة مع ورش الإصلاح الجاري للجنة الصفقات وبارتباط مع الضمانات الأخرى الممنوحة للمتنافسين، عمل المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، في مجال الطعون والشكايات، على إرساء قواعد جديدة تتمثل في

إدخال أجل للانتظار في ميدان المصادقة على الصفقات (خمس عشرة يوما) والذي لا يمكن خلاله للسلطة المختصة المصادقة على الصفقات وذلك بهدف إتاحة الإمكانية للمتنافسين من أجل تقديم طعونهم الإدارية تطبيقا للمعايير الدولية الجاري بها العمل في هذا المجال؛

إتاحة الإمكانية للمتنافسين لتقديم طعونهم و شكاياتهم أمام لجنة الصفقات بشكل مباشر ودون اللجوء إلى صاحب المشروع أو إلى الوزير المعني؛

إنشاء أجل أقصاه ثلاثين يوما للرد على شكايات المتنافسين من طرف الوزير المعني أو وزير الداخلية أو رئيس الجهاز التداولي للمؤسسة العمومية بحسب الحالة؛

إلزام السلطات الإدارية التي وضعت لديها الشكايات مبسك سجل لتتبع هذه الشكايات

على درب تنفيذ المرسوم وتجدر الإشارة إلى أنه لأجل ضمان نجاح دخول هذا المرسوم حيز التنفيذ وتحقيقا للأهداف المتوخاة منه قامت مصالح وزارة الاقتصاد والمالية بإعداد القرارات المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر، نشر إثني منها في الجريدة الرسمية ويتعلق الأمر

بمقرر تحديد شروط وكيفيات نشر الوثائق في بوابة الصفقات العمومية؛

ومقرر تحديد أجرة تسليم التصاميم والوثائق التقنية

وقد تمت الصياغة النهائية لباقي القرارات على مستوى لجنة الصفقات وتتعلق هذه القرارات بما يلي

تحديد لائحة المؤسسات العمومية التي ستطبق مقتضيات المرسوم الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية؛

تحديد كيفيات وشروط تجريد المساطر من الصفة المادية؛ •

تحديد نماذج الوثائق المنصوص عليها في الفصل 160 من المرسوم السالف الذكر بما في ذلك نموذج عقد المهندس المعماري؛

تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 156 من المرسوم السالف الذكر والمتعلقة بتخصيص نسبة عشرين بالمائة (20%) من المبلغ المتوقع للصفقات التي يعترف صاحب المشروع طرحها برسم كل سنة مالية لفائدة المقاولات الصغرى والمتوسطة؛ • تحديد كيفيات عرض متويل الصفقة بشروط تفضيلية بواسطة تمويلات امتيازية (financement concessionnel) كما أنه سيتم خلال سنة 2014 إعداد نموذج نظام الاستشارة ومناذج موحدة لدفاتر الشروط الخاصة المتعلقة •: نموذج دفتر الشروط الخاصة المتعلقة بصفقات الأشغال؛

نموذج دفتر الشروط الخاصة المتعلقة بصفقات التوريدات؛

نموذج دفتر الشروط الخاصة المتعلقة بصفقات الخدمات

ملف إجراءات مواكبة من أجل تسهيل تطبيق هذا المرسوم من طرف مختلف المتدخلين سواء على مستوى الإدارة أو المتعاملين معها من مقاولين ومهندسين معماريين ، لإرساء المزيد من الشفافية والمنافسة والحكامة الجيدة

وذلك من أجل ضمان نجاح تطبيق مقتضياته . .

مستجدات المرسوم رقم 2-12-349 المتعلق بآليات وطرق إبرام الصفقات العمومية

مستجدات المرسوم رقم 2-12-349 المتعلق بآليات وطرق إبرام الصفقات العمومية تطور نظام الصفقات العمومية بالمغرب عبر مراحل تداخلت فيها عدة عوامل اقتصادية واجتماعية وقانونية، ولازال الممارسون والمهتمون ينادون بمزيد من الإصلاح، ولعل ذلك ما قاد المشرع إلى إصدار المرسوم المؤرخ في 20 مارس 2013 في مدة تعد وجيزة على إصدار 1. المرسوم المؤرخ في 5 فبراير 2007 تعتبر الصفقات العمومية من بني أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لتلبية حاجاتها ولتنفيذ السياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، ولأجل ذلك يكتسي هذا الموضوع أهمية قصوى مادام أن المشرع حرص على ضامن تنظيم محكم لمجال الصفقات العمومية منذ مرحلة إبرامها إلى مرحلة تنفيذها ثم إنهائها . ويمكن القول أن الأهمية التي يكتسيها الموضوع والتغييرات التي يعرفها النظام القانوني المنظم لكيفية إبرام الصفقات العمومية هي من ضمن التحديات التي ينبغي على كل متعامل وعلى رأسهم رجل الإدارة أن يرفعها متسلحا بإدراك واف للمقتضيات القانونية التي تنظم هذا المجال والإشكاليات العملية التي تطرحها تلك المقتضيات عند التطبيق من أجل ضامن تطبيق فعال لهذه النصوص تحقق غاية المشروع وتقي من الوقوع في منازعات كان يمكن تجاوزها .ومن المبادئ التي توطر هذا الإصلاح مبدأ التوحيد والتعميم من خلال اتساع مجال المرسوم المنظم لكيفية إبرام الصفقات العمومية ليشمل صفقات الدولة والمؤسسات العمومية والجامعات الترابية ومجموعاتها وإدماج أعمال الهندسة المعمارية في إطار هذا المرسوم. وقد ارتكز الإصلاح الجديد على عدد من المحاور لعل أهمها المقاربة التشاركية عند إعداد المرسوم وتدعيم وحدة الأنظمة المؤطرة للصفقات وتبسيط المساطر وتدعيم آليات ضامن المنافسة والمساواة ومبادئ الشفافية فضلا عن الاستعانة بتكنولوجيا الإعلام والتواصل .اعتماد المقاربة التشاركية عند إعداد مشروع المرسوم

الشكايات والتظلمات في ظل المادة 169 من مرسوم الصفقات العمومية الجديد

الإجراءات المؤطرة لشكايات المتنافسين حسب مقتضيات المادة 169

يعتبر وضع مسطرة خاصة بشكايات المتنافسين من الضمانات ذات الأهمية البالغة، بالنظر لما توفره من تدعيم للرقابة الإدارية الداخلية على سير عملية المنافسة، من خلال تمكين صاحب المشروع أو الوزير المعني بتوقيف مسطرة إبرام الصفقة فوراً لتصحيح الإخلال الذي لحقها عند الاقتضاء. في هذا الصدد تنص المادة 169 من مرسوم 20 مارس 2013 على أنه يجوز لكل متنافس أن يقدم شكايته كتابة لدى صاحب المشروع المعني إذا لاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم لم تحترم؛ أو إذا سجل احتواء ملف طلب المنافسة على مقتضيات تمييزية أو شروط غير متناسبة بالنسبة لموضوع الصفقة؛ أو إذا كان ينازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف اللجنة أو لجنة المباراة والتي تم إبلاغه بها من طرف صاحب المشروع. وقد قيدت المادة 169 المتنافس بتقديم شكايته إلى صاحب المشروع ابتداء من تاريخ إعلان الدعوة إلى المنافسة وإلى غاية اليوم الخامس بعد تاريخ لصق الدعوة إلى المنافسة. في نفس السياق تم التنصيص على إخبار المتنافس المشتكي بجواب شكايته وذلك داخل أجل 5 أيام من توصله بالشكاية. نفس الأجل تم تحديده للمشتكي لرفع شكاية إلى الوزير المعني أو إلى وزير الداخلية أو إلى رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية في حال إذا لم يقتنع المشتكي بجواب صاحب المشروع. في هذه الحالة فإن الوزير أو المدير العام يكون أمام خيارين:

الخيار الأول: الأمر بإصلاح الخلل الذي أثرت بشأنه الشكاية؛
الخيار الثاني: إلغاء المسطرة.

في هذه الحال الأخيرة، يمكن للوزير أو لرئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية وقبل اتخاذ قرار إلغاء المسطرة، أن يقرر توقيف مسطرة طلب المنافسة لمدة عشرة (10) أيام كحد أقصى شريطة أن:

- تكون الشكاية مبنية على أساس وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يتحمل ضرراً إذا لم يتم توقيف المسطرة؛
 - لا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين غير أنه يمكن للوزير المعني، لاعتبارات استعجالية تهم الصالح العام، أن يقرر متابعة مسطرة إبرام الصفقة.
- وقد أوجب المشرع بأن ينص كل مقرر اتخذ طبقاً لهذه المادة على الأسباب والظروف التي أدت إلى اتخاذه. كما أنه يجب أن يضمن هذا المقرر في ملف الصفقة.
- غير أن المشرع استثنى بعض المقررات من أن تكون موضوع شكاية من طرف المتنافسين:
- أ- اختيار مسطرة إبرام صفقة؛
 - ب- مقرر لجنة طلب العروض أو لجنة المباراة عدم قبول جميع العروض؛
 - ت- قرار السلطة المختصة بإلغاء طلب العروض أو المباراة ضمن الشروط المقررة.
- إشكالية عدم الاستجابة للشكاية والاستمرار في المسطرة:

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 169 من مرسوم 20 مارس 2013 نجدها تنص على العديد من الضمانات التي تم إقرارها لصالح المتنافسين باعتبار لتنافس الحر والنزاهة أساس الصفقات العمومية انطلاقاً من مسطرة إبرامها مروراً بتنفيذها وصولاً إلى تصفيتها في جو من المشروعية وتحقيقاً للهدف المتوخى منها.

ولعل مسطرة التظلم/التشكي التي أتت بها المادة 169 تضمنت عدة مقتضيات جاءت في صالح التنافسية وكضامن لحق الدفاع ورابط تواصل بين الإدارة والأطراف المتداخلة في الصفقة. وتتجلى أهم هذه الضمانات في:

- تعدد درجات التي يسلكها المشتكي أثناء ممارسة حقه في الدفاع عن مصالحه التي تضررت بفعل إخلال بالضوابط القانونية المنظمة للصفقات العمومية؛
 - الآجال: قصيرة ومحددة بدقة؛
 - إلزامية تعليل المقررات الصادرة جوابا على الشكاية؛
 - إلزام صاحب المشروع بمسك سجل لتتبع الشكايات والذي تسجل فيه أسماء المشتكين و تاريخ استلام كل شكاية وموضوع الشكاية وكذا المال الذي آلت إليه.
- غير أن هذه الضمانات تصطدم ببعض الثغرات القانونية والعملية والتي تنتج عنها عدة إشكالات، نجد من بينها: عدم استجابة الإدارة لشكاية المتنافس والاستمرار في المسطرة. وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 169 نجد أن هذه الإشكالية تتخذ شكلين:
- الشكل الأول:** يتجلى في السلطة التقديرية الواسعة التي منحها المشرع للوزير المعني، إذ أن المشرع جعل من إيقاف المسطرة إجراء احترازي يجوز للوزير أو رئيس مجلس الإدارة اللجوء إليه، بل إن هذا الإجراء الاحترازي/ الاختياري جاء مقرونا بشروط:
- أن تكون الشكاية مبنية على أساس وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يتحمل ضررا إذا لم يتم توقيف المسطرة؛
 - ألا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين؛
 - ألا تتعدى مدة التوقيف 10 أيام.

كما أنه في حالة الاستعجال التي تهم الصالح العام للوزير أن يقرر متابعة مسطرة إبرام الصفقة. وبالتالي فالسيد الوزير تكون له كامل الصلاحية في الاستجابة أو عدم الاستجابة لشكاية المتنافس، كما أن صلاحية اتخاذ تدبير إيقاف المسطرة للبحث في شكاية المتنافس تبقى صلاحية مطلقة وغير مقيدة وإن كان بإمكان المتنافس المشتكي اللجوء إلى القضاء لكن بعد ماذا؟ بعد انتهاء المسطرة وإبرام الصفقة وضياح حق المتنافس في دخول غمار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة!! فكما هو معلوم أن المسطرة القضائية تستغرق أجالا تطول وتطول لتصل إلى حد تكون معه الصفقة قد أبرمت، بل وقد تم تنفيذها وتصفيها أحيانا كثيرة.

الشكل الثاني: يتجلى في عدم اقتران مقتضيات المادة 169 بجزاءات في حالة عدم الاستجابة للشكاية والاستمرار في المسطرة، إذ بالرغم من كون المشرع أوجب على صاحب المشروع إخبار المتنافس المشتكي بالجواب على شكايته، كما ألزم على الوزير الجواب على الشكاية داخل أجل 30 يوم، غير أننا نتساءل عن مدى إلزامية مصطلح "يجب على الوزير" الذي ضمنه المشرع في المادة 169 خاصة وأن هذه المادة لم تقتزن بجزاء ولا بالأثر المترتب عن عدم الجواب. وبالتالي فالمتنافس لا يبقى أمامه من خيار سوى اللجوء إلى القضاء كما أسلفنا في الحالة السابقة.

مقتضيات حول المرسوم المنظم للصفقات العمومية الجديد

أهم مقتضيات الإصلاح التي عرفها نظام الصفقات العمومية بالمغرب من خلال النص السالف الذكر:

إطار الإصلاح:

- v مواكبة التغييرات التي يعرفها المحيط الوطني و الدولي
- v استدراك العديد من نواقص مرسوم 2007
- v الاستجابة لانتظارات الفاعلين الاقتصاديين والشركاء الدوليين
- v تنزيل مبادئ الدستور الجديد 2011 خاصة فيما يتعلق بالشفافية والحكمة وتخليق الحياة العامة وربط المسؤولية بالمحاسبة.

منهجية الإصلاح:

- v إعداد المشروع في إطار تشاركي مع الفاعلين في هذا المجال،
- v نشر المرسوم في بوابة الامانة العامة للحكومة
- v إغناؤه بملاحظات واقتراحات القطاع الخاص و المجتمع المدني و الشركاء الدوليين
- المحاور الاساسية للإصلاح:
- v وحدة الانظمة المؤطرة:
- إعتماد نص موحد للصفقات العمومية يسري تطبيقه على مؤسسات الدولة و المؤسسات العمومية والجماعات الترابية.

ادماج صفقات أعمال الهندسة المعمارية

- اعتماد بوابة الصفقات العمومية ، كبوابة وطنية موحدة لجميع الطلبات العمومية ،
- v تبسيط المساطر:

تبسيط الملف الإداري بحيث تم حذف الادلاء بالشهادة الجبائية و شهادة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والسجل التجاري ولا تطلب إلا من المتنافس المزمع إبرام الصفقة معه.

حذف آلية القرعة لتحديد ممثلي صاحب المشروع في لجان طلب العروض،

تمديد مدة الصفقات الاطار إلى خمس سنوات بعدما كانت محددة في ثلاث سنوات في النص السابق،

- v تحسين مناخ الأعمال والمنافسة:

اعتماد طلب إبداء الاهتمام بالنسبة لبعض الأعمال التي تستلزم تحديد مسبق للمتنافسين المحتملين

اعتماد صفقات التصور و الانجاز بالنسبة للصفقات المتعلقة بأشغال من نوع خاص وسلسلة تصنيع عالية الادماج

تشجيع اعتماد مسطرة تجميع المشتريات

٧ إجراءات جديدة لفائدة المقولة الوطنية

تخصيص صاحب المشروع لنسبة 20 في المائة من المبلغ التوقعي برسم كل سنة مالية للمقاولات المغربية

تخصيص الصفقة من أجل تشجيع المقاولات الصغيرة و المتوسطة للولوج إلى الطلبية العمومية
إلزام صاحب الصفقة من اختيار المتعاقد من الباطن من ضمن المقاولات الوطنية الصغيرة أو المتوسطة
تبني مقتضى يمكن صاحب المشروع من إعطاء الأفضلية للمقولة الوطنية بالنسبة لصفقات الأشغال
٧ تدعيم أخلاقيات التدبير و الشفافية:

منع وجود تعارض المصالح على مستوى أعضاء لجان طلب العروض و المتعهدين

نشر المبلغ التقديري للصفقة في إعلان طلب العروض

إلغاء طلب العروض ينبغي أن يتم بقرار من السلطة المختصة وينشر في بوابة الصفقات

تحديد محتوى تقرير افتتاح الصفقات ومبالغ الصفقات المعنية ونشر التقرير في بوابة الصفقات

٧ ترسيخ تكنولوجيا الإعلام و التواصل

إمكانية استعمال مسطرة اختيار العروض بواسطة المناقصات الالكترونية (Enchères Électronique)
(

إمكانية استعمال التعهد الالكتروني

وضع قاعدة الموردين ونزع الصفة المادية عن ملفات المتنافسين

٧ تحسين الضمانات الممنوحة للمتنافسين

إمكانية مراجعة الأثمان بالنسبة لجميع صفقات الأشغال أيا كان أجل تنفيذها

إمكانية مراجعة الأثمان بالنسبة لجميع صفقات الدراسات المرتبطة بالأشغال التي يتجاوز أجل تنفيذها أربعة أشهر

إدخال أجل الانتظار 15 يوما في مسطرة المصادقة على الصفقة بهدف إتاحة الفرصة للمتنافسين لتقديم طعونهم

تقديم الطعون أمام لجنة الصفقات دون اللجوء إلى صاحب المشروع أو الوزير المعني

إلزام صاحب المشروع بمسك سجل تتبع شكايات المتنافسين

مقتضيات خاصة بالداخلية

وقد افرد مرسوم الصفقات العمومية الجديد إجراءات خاصة بوزارة الداخلية كتحديد لجان طلب العروض ولجان المباراة بقرار لوزير الداخلية وكذا تحديد لائحة الاعمال حسب النوع و المبلغ التي يكون فيها اللجوء الى العروض بالتخفيض أو الزيادة إجباريا بقرار من الوزير المكلف بالداخلية وإخضاع الصفقات التفاوضية للترخيص المسبق لوزير الداخلية، وإتاحة إمكانية الرفع من سقف الصرف بواسطة سندات الطلب المحدد في 200000.00 درهم بقرار من وزير الداخلية بعد استطلاع رأي لجنة تتبع الطلبية العمومية المحلية إلى حدود 500000.00 درهم هذه اللجنة التي تم التنصيب على إحداثها . وفي مجال تفعيل آليات التدقيق و المراقبة ينص المرسوم على ضرورة إجراء المراقبة و التدقيق على الصفقات و العقود التي يساوي أو يفوق 30000000.00 درهم، و الصفقات التفاوضية التي تساوي أو تفوق مبالغها 1000000.00 درهم .

وفي مجال تشجيع التشغيل المحلي فقد نص المرسوم على ضرورة تخصيص نسبة 10 في المائة لليد العاملة المحلية.

v أعمال الهندسة المعمارية

وفضلا عن ذلك فإن النص الجديد الذي بين ايدينا شمل صفقات أعمال الهندسة المعمارية وحدد طرق إبرام عقودها في الاستشارة المعمارية و المباراة المعمارية، كما نص على الاسنشارة المعمارية التفاوضية وحالات اللجوء إليها كما افرد مواد لاتعاب المهندسين المعماريين.

و من المقتضيات الجديدة التي جاء بها ، مرسوم الصفقات العمومية لسنة 2013 ما يتعلق بحماية البيئة حيث تبني إجراءات تهم هذا المجال من خلال التنصيب على معايير في اختيار افضل العروض منها ما يتعلق بالنجاعة الطاقية.

و حث المرسوم الحالي الامرين بالصرف على الاشراف على تكوين العاملين بهذا القطاع و اوصى بإحداث مركز متخصص للطلبية العمومية.

مقتضيات زجرية

ظهير شريف رقم 1.11.150 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)
بتنفيذ القانون رقم 36.10 بتغيير و تتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية.

قانون رقم 36.10
بتغيير و تتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية

المادة 1-260⁴⁷⁶

استثناء من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذا الفرع تختص أقسام الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف⁴⁷⁷ المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم⁴⁷⁸، بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول 241 إلى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها.

- تمت إضافة المادة 1-260 أعلاه بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 36.10، سالف الذكر. 476
- انظر الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 6 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 477 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليوز 1974)، ص 2027.
"تشتمل محاكم الاستئناف المحددة، والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم، على أقسام للجرائم المالية. تشتمل هذه الأقسام على غرف للتحقيق وغرف للجنايات وغرف للجنايات الاستئنافية ونيابة عامة وكتابة للنيابة العامة".
- انظر المادة الأولى من المرسوم رقم 2.11.445 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4 نوفمبر 2011) 478 بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها، الجريدة الرسمية عدد 5995 بتاريخ 17 ذو الحجة 1432 (14 نوفمبر 2011)، ص 5415.
الجدول الملحق بالمرسوم رقم 2.11.445 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4 نوفمبر 2011)

محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام	دوائر نفوذ محاكم الاستئناف
الرباط	الرباط - القنيطرة - طنجة - تطوان
الدار البيضاء	الدار البيضاء - سطات - الجديدة - خريبكة - بني ملال
فاس	فاس - مكناس - الرشيدية - تازة - الحسيمة - الناظور - وجدة
مراكش	مراكش - آسفي - ورزازات - أكادير - العيون

الفرع الثالث: في الاختلاس والغدر الذي يرتكبه الموظفون العموميون⁴⁷⁹ (الفصول 241 – 247)

الفصل 241

يعاقب بالسجن من خمس إلى عشرين سنة وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم كل قاض أو موظف عمومي يبدد أو اختلس أو احتجز بدون حق أو أخفى أموالاً عامة أو خاصة أو سندات تقوم مقامها أو حججا أو عقوداً أو منقولات موضوعة تحت يده بمقتضى وظيفته أو بسببها.

إذا كانت الأشياء المبددة أو المختلسة أو المحتجزة أو المخفأة تقل قيمتها عن مائة ألف درهم، فإن الجاني يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من ألفين إلى خمسين ألف درهم⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ – تنص المادة 1-260 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "استثناء من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذا الفرع تختص أقسام الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم، بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول من 241 إلى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها." القانون رقم 36.10 بتغيير وتنظيم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.150 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 من شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4390.

الجدول الملحق بالمرسوم رقم 2.11.445 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4 نوفمبر 2011) بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها.

محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام	دوائر نفوذ محاكم الاستئناف
الرباط	الرباط – القنيطرة – طنجة – تطوان
الدار البيضاء	الدار البيضاء – سطات – الجديدة – خريبكة – بني ملال
فاس	فاس – مكناس – الرشيدية – تازة – الحسيمة – الناظور – وجدة
مراكش	مراكش – آسفي – ورزازات – أكادير – العيون

الجريدة الرسمية عدد 5995 بتاريخ 17 ذو الحجة 1432 (14 نوفمبر 2011)، ص 5415.

⁴⁸⁰ – تم تغيير هذا الفصل بمقتضى المادة الأولى من الباب الأول من القانون رقم 79.03 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي وبهدف المحكمة الخاصة للعدل، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.129 بتاريخ 29 من رجب 1425 (15 سبتمبر 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5248 بتاريخ فاتح شعبان 1425 (16 سبتمبر 2004)، ص 3372.

الفصل 242

كل قاض أو موظف عمومي أتلف أو بدد مستندات أو حججا أو عقودا أو منقولات أو تمن عليها بصفته تلك، أو وجهت إليه بسبب وظيفته، وكان ذلك بسوء نية أو بقصد الإضرار، فإنه يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات.

الفصل 242 مكرر⁴⁸¹

كل إهمال خطير صادر عن قاض أو موظف عمومي، نتج عنه ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في الفصلين 241 و 242، من طرف الغير، يعاقب عليه بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وبغرامة من ألفي درهم إلى عشرين ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين.

تضاعف العقوبة إذا تجاوزت قيمة الأشياء المبددة أو المختلسة أو المحتجزة أو المخفأة مائة ألف درهم.

الفصل 243

يعد مرتكبا للغدر، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم، كل قاض أو موظف عمومي طلب أو تلقى أو فرض أوامر بتحصيل ما يعلم أنه غير مستحق أو أنه يتجاوز المستحق، سواء للإدارة العامة أو الأفراد الذين يحصل لحسابهم أو لنفسه خاصة.

تضاعف العقوبة إذا كان المبلغ يفوق مائة ألف درهم⁴⁸².

الفصل 244

يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصل السابق، كل ذي سلطة عامة أمر بتحصيل جبايات مباشرة أو غير مباشرة لم يقررها القانون وكذلك كل موظف عمومي أعد قوائم التحصيل أو باشر استخلاص تلك الجبايات.

وتطبق نفس العقوبات على ذوي السلطة العمومية أو الموظفين العموميين الذين يمنحون، بدون إذن من القانون بأي شكل ولأي سبب كان، إعفاء أو تجاوزا عن وجيبة أو

⁴⁸¹ تم تعديل وتنظيم الفرعين الثالث والرابع من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 94.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.73 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736.

⁴⁸² — تم تغيير وتنظيم هذا الفصل بمقتضى المادة الثانية من الباب الأول من القانون رقم 79.03 لم تعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي

ضريبة أو رسم عام أو يسلمون مجاناً محصولات مؤسسات الدولة؛ أما المستفيد من ذلك فيعاقب كمشارك.

الفصل 245

كل موظف عمومي أخذ أو تلقى أية فائدة في عقد أو دلالة أو مؤسسة أو استغلال مباشر يتولى إدارته أو الإشراف عليه، كلياً أو جزئياً، أثناء ارتكابه الفعل، سواء قام بذلك صراحة أو بعمل صوري أو بواسطة غيره، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم.

وتطبق نفس العقوبة على كل موظف عام حصل على فائدة ما في عملية كلف بتسيير الدفع أو بإجراء التصفية بشأنها.

إذا كانت قيمة الفائدة التي تم الحصول عليها تقل عن مائة ألف درهم فإن الجاني يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ألفي درهم إلى خمسين ألف درهم⁴⁸³.

الفصل 246

تطبق أحكام الفصل السابق على الموظف العمومي خلال خمس سنوات بعد انتهاء وظيفته، أي كانت كيفية هذا الانتهاء، وذلك فيما عدا الحالة التي يكون قد حصل فيها على الفائدة عن طريق الميراث.

الفصل 247

في حالة الحكم بعقوبة جنحية فقط، طبقاً لفصول هذا الفرع، فإن مرتكب الجريمة يمكن علاوة على ذلك، أن يحكم عليه بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 وذلك لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر ويجوز أن يحكم عليه أيضاً بالحرمان من تولى الوظائف أو الخدمات العامة مدة لا تزيد على عشر سنوات.

في حالة الحكم بعقوبة طبقاً للفقرة الأولى من الفصل 241، والفقرتين الأولى والثانية من الفصل 245 أعلاه، يجب أن يحكم بمصادرة الأموال والقيم المنقولة والممتلكات والعائدات لفائدة الدولة إما كلياً أو جزئياً، وذلك إذا كانت متحصلة من ارتكاب الجريمة، من يد أي شخص كان وأياً كان المستفيد منها.

تمتد المصادرة طبقاً للفقرة الثانية من هذا الفصل إلى كل ما هو متحصل من ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفصول 242 و 243 و 244 و 245 من هذا القانون، من يد أي شخص كان وأياً كان المستفيد منها⁴⁸⁴.

483 - نفس الإحالة.

484 - نفس الإحالة.

الفرع الرابع: في الرشوة واستغلال النفوذ⁴⁸⁵

(الفصول 248 – 256)

الفصل 248⁴⁸⁶

يعد مرتكبا لجريمة الرشوة ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم من طلب أو قبل عرضا أو وعدا أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى من أجل:

- 1 - القيام بعمل من أعمال وظيفته بصفته قاضيا أو موظفا عموميا أو متوليا مركزا نيابيا أو الامتناع عن هذا العمل، سواء كان عملا مشروعًا أو غير مشروع، طالما أنه غير مشروط بأجر. وكذلك القيام أو الامتناع عن أي عمل ولو أنه خارج عن اختصاصاته الشخصية إلا أن وظيفته سهلت له أو كان من الممكن أن تسهله.
 - 2 - إصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضده، وذلك بصفته حكما أو خبيرًا عينته السلطة الإدارية أو القضائية أو اختاره الأطراف.
 - 3 - الانحياز لصالح أحد الأطراف أو ضده، وذلك بصفته أحد رجال القضاء أو المحلفين أو أحد أعضاء هيئة المحكمة.
 - 4 - إعطاء شهادة كاذبة بوجود أو عدم وجود مرض أو عاهة أو حالة حمل أو تقديم بيانات كاذبة عن أصل مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة وذلك بصفته طبيبا أو جراحا أو طبيب أسنان أو مولدة.
- إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون العقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة.

الفصل 249⁴⁸⁷

يعد مرتكبا لجريمة الرشوة، ويعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم؛ كل عامل أو مستخدم أو موكل بأجر أو بمقابل، من أي نوع كان طلب أو قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو عمولة أو خصما أو مكافأة، مباشرة أو عن طريق وسيط، دون موافقة مخدمه ودون علمه، وذلك من أجل

⁴⁸⁵ - انظر الهامش المضمن في الفرع الثالث أعلاه.

⁴⁸⁶ - تم تعديل وتنظيم الفرعين الثالث والرابع من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 94.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.73 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736.

⁴⁸⁷ - نفس الإحالة.

القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من أعمال خدمته أو عمل خارج عن اختصاصاته الشخصية ولكن خدمته سهلته أو كان من الممكن أن تسهله.

إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون عقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة.

الفصل 250

يعد مرتكبا لجريمة استغلال النفوذ، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم⁴⁸⁸، من طلب أو قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى، من أجل تمكين شخص أو محاولة تمكينه، من الحصول على وسام أو نيشان أو رتبة شرفية أو مكافأة أو مركز أو وظيفة أو خدمة أو أية ميزة أخرى تمنحها السلطة العمومية أو صفقة أو مشروع أو أي ربح ناتج عن اتفاق يعقد مع السلطة العمومية أو مع إدارة موضوعه تحت إشرافها، وبصفة عامة الحصول على قرار لصالحه من تلك السلطة أو الإدارة، مستغلا بذلك نفوذه الحقيقي أو المفترض.

وإذا كان الجاني قاضيا أو موظفا عاما أو متوليا مركزا نيابيا، فإن العقوبة ترفع إلى الضعف.

الفصل 251

من استعمل عنفا أو تهديدا، أو قدم وعدا أو عرضا أو هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى لكي يحصل على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو على مزية أو فائدة مما أشير إليه في الفصول 243 إلى 250، وكذلك من استجاب لطلب رشوة ولو بدون أي اقتراح من جانبه، يعاقب بنفس العقوبات المقررة في تلك الفصول، سواء أكان للإكراه أو للرشوة نتيجة أم لا.

الفصل 252

إذا كان الغرض من الرشوة أو استغلال النفوذ هو القيام بعمل يكون جنائية في القانون، فإن العقوبة المقررة لتلك الجنائية تطبق على مرتكب الرشوة أو استغلال النفوذ.

الفصل 253

إذا كانت رشوة أحد رجال القضاء أو الأعضاء المحلفين أو قضاة المحكمة قد أدت إلى صدور حكم بعقوبة جنائية ضد متهم، فإن هذه العقوبة تطبق على مرتكب جريمة الرشوة.

⁴⁸⁸ — انظر الهامش المضمن في الفرع 3 أعلاه.

الفصل 254

كل قاض أو حاكم إداري تحيز لصالح أحد الأطراف ممالة له، أو تحيز ضده عداوة له، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم⁴⁸⁹.

الفصل 255

لا يجوز مطلقاً أن ترد إلى الراشي الأشياء التي قدمها ولا قيمتها، بل يجب أن يحكم بمصادرتها وتمليكها لخزينة الدولة، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 1-256 أسفله.

تمتد المصادرة إلى كل ما هو متحصل من ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفصول 248 و 249 و 250 من هذا القانون، من يد أي شخص كان وأياً كان المستفيد منه⁴⁹⁰.

الفصل 256

في الحالات التي تكون فيها العقوبة المقررة، طبقاً لأحد فصول هذا الفرع عقوبة جنحية فقط، يجوز أيضاً أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر، كما يجوز أن يحكم عليه بالحرمان من مزاولة الوظائف أو الخدمات العامة مدة لا تزيد عن عشر سنوات.

الفصل 1-256⁴⁹¹

لا يمكن متابعة الراشي بالمعنى الوارد في الفصل 251 من هذا القانون الذي يبلغ السلطات القضائية عن جريمة الرشوة، إذا قام بذلك قبل تنفيذ الطلب المقدم إليه إذا كان الموظف هو الذي طلبها.

يتمتع بعذر معف من العقاب الراشي بالمعنى الوارد أعلاه، الذي يبلغ السلطات القضائية عن جريمة الرشوة إذا أثبت أن الموظف هو الذي طلبها وأنه كان مضطراً لدفعها.

⁴⁸⁹ – نفس الإحالة.

⁴⁹⁰ – تم تغيير وتنميط هذا الفصل بمقتضى المادة الثانية من الباب الأول من القانون رقم 79.03 لم يتعلق بتغيير وتنميط مجموعة القانون الجنائي، سالف الذكر.

⁴⁹¹ – تم تعديل وتنميط الفرعين الثالث والرابع من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 94.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.73 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736.

يعاقب على المحاولة في الجنب المنصوص عليها في الفرعين الثالث والرابع بالعقوبة المقررة للجريمة التامة.

رقم القرار

1/1796

تاريخ الحكم

2000/10/25

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 57 - 58

ملف جنائي عدد 7783 / 2000

- محكمة العدل الخاصة - سؤال - تضمينه عدة افعال لابرار عناصر جريمة واحدة في حق متهم واحد - الامر بايداع المتهم في السجن.
- الادلاء بمستنتجات النيابة العامة الكتابة (لا) - تطبيق الفصل 28 (نعم).
بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يليها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عليها لابرار عناصر الجريمة وكيفية ارتكابها تقوم مقام التعليل.

قانون محكمة العدل الخاصة قانون خاص والفصل 28 المحتج به هو القابل للتطبيق لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه في السجن كتابة.

باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

وانه بالرجوع الى الحكم المطلوب نقضه نجده لا يتضمن اي تعليل لما قضى به من ادانة الطالب، ولا اية مناقشة او اشارة لها عرفته القضية من تصريحات وما تحتوي عليه من محاضر وبيانات خاصة وان المتابعة في البداية وجهت اساسا ضد احمد الذي اعترف بقيامه وحده بالاختلاس دون علم الطالب في حين ادين العارض بالاختلاس دون تقديم اي بيان عن الاسباب التي جعلت المحكمة تقتنع بذلك.. كما ان الحكم قضى بادانة الطالب بانه اختلس بمساهمة الغير مبلغ 200.000 درهم بعد اتفاق سابق وانه بالرجوع الى محتويات الملف بما في ذلك السؤالين الاول والثاني يتضح غياب اية واقعة تتعلق بالاختلاس او بالمساهمة او بالاتفاق مع الغير وان السؤال الاول اكتفى بالقول بان العارض استولى على

المبلغ المذكور صحبة الغير للتصرف فيه دون وجه حق دون بيان كيف قام بهذا ال(اختلاس) ومتى وماهية الوسائل التي جعلت المحكمة تقتنع بذلك ومتى وقع الاتفاق على ذلك مع الغير، ثم ان المحكمة اعتبرت ان الدليل على قيام الطالب بال(اختلاس) هو انه نقل الكيس من السيارة ووضعه قرب شباك الزايدي المعطي الذي لم يكن موجودا بالشباك وانه عوض بقائه بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة غادر المكان " الموجود به دون رقابة " وتوجه وجهة اخرى لاداء معاش امراة باحدى الشبايبك في حين ان كل الشهود بمن فيهم الزايدي المعطي اكدوا امام المحكمة ان ما جرى به العمل هو ان يترك الطاعن كيس النقود بمكتب شباك العلمي عندما لا يجد الزايدي المعطي بمكتبه وان ما قام به الطالب كان عاديا ولا يمكن ان يعتمد في اثبات سوء نية، فضلا عن ذلك فان المحكمة حرفت الوقائع لما ضمنت السؤال ان الطالب وضع الكيس " قرب شباك الزايدي المعطي " وانصرف في حين ان الثابت من المف انه ترك الكيس بمكتب شباك السيد العلمي، ولما قالت ان العارض غادر المكان الموجود به الكيس دون رقابة في حين ان المكان مراقب ويوجد به السيد العلمي. ومن جهة اخرى فان الحكم المطعون فيه جمع السؤال الفريد المتعلق بالمتهم بين اختلاسه لمبلغ 200.000 درهم وقيامه بذلك بمساهمة الغير وباتفاق سابق وكونه عمد صحبة الغير الى الاستيلاء على المال اضافة الى بقية الوقائع، مما يكون تعقيدا ونقصانا في التعليل ومما يكون معه الحكم معرضا للنقض والابطال. حيث انه بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عنها تقوم مقام التعليل. وحيث يتجلى من الحكم المطعون فيه الذي ادان العارض بما ذكر اعلاه ان السؤال الوحيد الذي القاه الرئيس على الهيئة الحاكمة والمجاب عنه بنعم في حق الطاعن ورد كالاتي: " هل المتهم حراث بو علي ابن بو شعيب بن امبارك مدان بكونه خلال سنة 1999 وهو موظف عمومي يشغل منصب مفتش مساعد بالخزينة العامة بالرباط ومكلف بمهمة جلب الاموال الضرورية لتمويل صناديق الخزينة العامة للمملكة من بنك المغرب وصندوق الايداع والتدبير اختلس بمساهمة الغير وبعد اتفاق سابق مبلغ 200.000.00 درهم من الاموال العامة التي كانت تحت يده بحكم وظيفته ذلك انه صباح يوم 14 / 4 / 1999 توجه صبة الغير الى بنك المغرب لصرف شيك بمبلغ 200.000.00 درهم لفائدة مصالح الخزينة العامة وانه بعد حيازة المبلغ المذكور اعلاه على شكل سبع رزم فئة 200 درهم وست رزم اخرى من فئة 100 درهم وبعد احصائه وعده وضعه صحبة الغير بالكيس المخصص لذلك والاتجاه به الى الخزينة العامة في سيارة مدرعة معدة خصيصا لهذا الغرض عمد المتهم المذكور اعلاه صحبة الغير الى الاستيلاء على مبلغ (200.000.00 درهم) من اصل المبلغ المذكور اعلاه للتصرف فيه دون وجه حق وعمل على نقل الكيس من السيارة ووضعه قرب شباك الزايدي

المعطي الذي لم يكن موجودا انذاك بالشباك وعوض بقاء المتهم بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة فيه الى حين حضور امين الصندوق الرئيس لعد المبلغ بحضوره وقيمة المبلغ المذكور والتوقيع له في كناش معد لهذا الغرض غادر المكان الموجود به الكيس دون رقابة وتوجه الى وجهة اخرى لاداء معاش امرأة بجانب الشبايك الى ان حضر امين الصندوق ووجد الكيس دون رقابة وعده صحبة ادريس خيي الموظف بالخزينة العامة ووجد الخصاص بالكيس بالمبلغ المذكور اعلاه والتي لم يجد له المتهم تبريرا ولا تسديدا في الحال ". مما يتبين معه ان الامر يتعلق بجريمة واحدة ومتهم واحد ولا يعتبر السؤال معقدا ولو تعددت الافعال الواردة فيه ما دام ذكرها ضروريا لابرار عناصر الجريمة بكاملها وكيفية ارتكابها مما يكون معه الحكم قد ابرز العناصر الواقعية والقانونية للفعل بما فيه الكفاية دون اي تحريف للوقائع. وان باقى ما انتقد على الحكم يشكل مناقشة ومجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بالفقرة الثانية من الفصل 568 من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسائل الاربع غير مرتكزة على اساس.

وفي شان وسيلة النقض الخامسة المتخذة من خرق القانون وخاصة مقتضيات الفصل 28 من القانون المنظم لمحكمة العدل الخاصة والفصل 36 من قانون المسطرة الجنائية انعدام التعليل، ذلك ان دفاع العارض اثار امام المحكمة اثر تقديم النيابة العامة طلب تطبيق الفصل 28 المذكور مجموعة من الدفوع ترمي الى وجوب تقديم هذا الطلب مكتوبا وفقا للفقرة الاولى من الفصل 36 المشار اليه. وان المحكمة لما طبقت الفصل 28 على الطالب دون ان يكون الملتمس مكتوبا تكون قد خرقت الفصلين المذكورين، كما اثار ان تطبيق الامر بالقضاء القبض يجب ان تكون هناك اسباب واقعية وقانونية تبرر ذلك ولا يمكن تطبيقه على من مثل امام المحكمة في حالة اعتقال ومنحته السراح المؤقت خلال المحاكمة. ورغم اثار هذه الدفوع والالتماس بالاشهاد بتقديمها في محضر الجلسة فان المحكمة لم تلتفت اليها ولم تشر في حكمها الى تقديمها ولم تناقشها كما انها خرقت مقتضيات الفصل 28 من القانون محكمة العدل الخاصة لعدم تقديم اي ملتمس كتابي مما يكون معه حكمها معرضا للنقض والابطال.

حيث انه من جهة لا ينتج من تنسيقات الحكم المطعون فيه ولا من اوراق الملف اثار هذه الدفوع امام محكمة الموضوع، وانما تثار لأول مرة امام المجلس الاعلى مما يكون معه هذا الفرع مخالفا للواقع.

وحيث انه من جهة اخرى فان قانون محكمة العدل الخاصة هو قانون خاص وان الفصل 28 منه المحتج به وهو القابل للتطبيق، لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه السجن كتابة.

وان المحكمة حين طبقته بناء على طلب النيابة العامة تكون قد طبقت القانون

تطبيقا سليما مما يكون معه هذا الفرع من الوسيلة غير مرتكز على اساس.
وحيث ان الحكم المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي
صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني
الماخوذ به كما انها تبرر العقوبة المحكوم بها.
من اجله

قضى برفض الطلب المرفوع من المسمى ضد الحكم الصادر عن
محكمة العدل الخاصة بالرباط بتاريخ 18 يناير 2000 في القضية ذات العدد 1270
وحكم على صاحبه بالصائر وقدره الف درهم يستخلص طبق الاجراءات المقررة
في قبض صوائر الدعاوي الجنائية مع تحديد الاجبار في ادنى امده القانوني.

رقم الحكم

40

تاريخ الحكم

1995/10/01

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 48

ملف جنحي عدد 21150 / 89
جريمة تزوير خاتم - عناصرها
- يشترط في جريمة الفصل 347 من القانون الجنائي استعمال الخاتم عن طريق
الغش ولفائدة الجاني وليس لفائدة الضحية.
- لا تطبق قواعد المسطرة المدنية على الدعوى المدنية التابعة الا حينما يحيل
قانون المسطرة الجنائية اليها.
باسم جلالة الملك
ان المجلس الاعلى...
وبعد المداولة طبقا للقانون.
في وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق الفصل 347 من القانون الجنائي

ذلك ان الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار موضوع الطعن بالنقض اعتبر تهمة الحصول على خاتم حقيقي واستعماله لمصلحته غير ثابت في حق المتهم لانه على فرض حصوله على خاتم الموثق واستعماله بدون علمه او موافقته فانه لم يستعمله بطريقة الغش لان الوثيقة الوحيدة التي بين ايدينا كتبها المتهم وديلها سلام شهد فيه بانه توصل منه بشيك لذا يكون المتهم قد استعمل الخاتم لفائدة مكتب الموثق وليس لفائدته شخصيا ما دام البيع تم باسم مكتب التوثيق ولمصلحته. الا ان وقائع النازلة والفصل 347 من القانون الجنائي لا تتفق مع القرار المطعون فيه ومن قبله الحكم الابتدائي لانهما خالفا معا وقائع النازلة والفصل اعلاه بمحضر الضابطة ومحاضر الجلسات تفيد اعتراف المتهم تسليمه للسيد السالمي علي وصلا في ورقة عادية لا علاقة لها بدفتر حولات مكتب الموثق مكتوبة بخط يده ومختومة بخاتم الموثق وموقعة من طرف المتهم الذي نصب نفسه موثقا كما انه حرر شيكا بخط يده لفائدته مقابل الوصل الذي حرره ولولا ذلك لما استطاع تحرير الشيك لفائدته ولما تمكن من اختلاس او سرقة الف درهم على حساب الطاعن لذا يكون المتهم حصل دون حق على خاتم حقيقي واستعمله بطريقة الغش موهما من سلمه بانه صاحب الطابع وانه يتصرف بهذه الصفة لذا فان الفصل 347 من القانون الجنائي ينطبق في النازلة مما يجعل القرار معرضا للنقض.

لكن حيث انه ما دام القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي يكون قد تبنى تعليقاته وانه عندما اعتمد فيما قضى به اعتباره المطلوب في النقض على التعليل الوارد في الوسيلة من كون المتهم قد استعمل ذلك الخاتم لفائدة مكتب الموثق وليس لفائدته شخصيا ما دامت عملية البيع قد تمت بمكتب الموثق ولمصلحته بكون الحكم المذكور قد علل تعليلا سليما فيما قضى به من براءة بخصوص الحصول على خاتم حقيقي دون حق واستعماله هذا فضلا عن كون الطاعن لم يبين في وسيلته الضرر المادي والفوائد المالية التي فاتته او ضاعت منه بسبب الحكم بالبراءة من التهمة المذكورة. وفي شان وسيلتي النقض الثانية والثالثة مجتمعتين المتخذة اولاهما من خرق قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بانقضاء التزام خاصة الفصل 320 ذلك انه يتبين من الوثائق وخاصة تصريحات المتهم وكل من السيد العماري سلام والتاقي احمد انه تسلم منهم مبلغ 12000 درهم من قبل مصاريف التسجيل ذلك ان المتهم اقر بتسليمه هذا المبلغ اقرارا قضائيا كما اعترف الجميع بان الطاعن ادى مصاريف التسجيل لفائدتهما حماية لسمعة مكتبه ومراعاة للشقة القائمة بينه وبين زبائنه. وبعد هذا الاعتراف الصريح زعم المتهم انه سلم هذا المبلغ لكتابة الطاعن دون ان يثبت زعمه هذا او دون ان يكون اية قرينة على تسلمها لهذا المبلغ ، وانه رغم اعتراف بوجود التزام في ذمته لفائدة مكتب الطاعن بمبلغ 12000.00 درهم وعدم اثباته لانقضاء هذا الالتزام باية وسيلة كانت قضت محكمة

الدرجة الثانية برفض طلب الطاعن المتعلق بهذا المبلغ مؤيدة في ذلك ما قضت به المحكمة الابتدائية فتكون المحكمة قد خرقت الفصل 320 من قانون الالتزامات والعقود.

ذلك ان محكمة الدرجة الثانية بعد مناقشتها لمستنتجات الطاعن وعدم ردها على دفعه المتعلقة بصفة خاصة برد المبلغ المختلس من طرف المتهم ورفع التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي لحقت مكتبه الى ما يناسب هذا الضرر تكون قد قصرت في التعليل وخرقت مقتضيات المسطرة المعنية في هذا المجال باعتبارها واجبة التطبيق في مجال الدعوى المدنية التابعة وباعتبارها الاصل والاحكام العامة في المجال الجنائي ان القرار اعتمد في تعليله وبصورة اجمالية دون مناقشة او تحليل ودون الاشارة الى مستنتجات الاطراف والرد على دفعهم بتأييده للحكم الابتدائي برمته فيكون القرار قد.... بان استئناف الاحكام الابتدائية يترتب عنه نشر القضايا امام محكمة الدرجة الثانية وعرضها للنقاش من جديد صرحا على ان تكون قناعة المحكمة قائمة على اساس لكن حيث انه من جهة اولى فان المحكمة الزجرية غير ملزمة بتطبيق قواعد المسطرة المدنية الا عندما يوجد في نص في المسطرة الجنائية يحيل في تلك المسطرة ومن جهة ثانية فانه اذا كان الاستئناف ينشر الدعوى وبشقيها امام محكمة الاستئناف فان لهذه المحكمة الحق في الاعتماد على ما قرره القاضي الابتدائي وتبنى ما اعتمدته من تعليقات دون ما حاجة الى اضافة تعليل زايد وان محكمة الاستئناف ما دامت قد ايدت الحكم الابتدائي تكون قد اخذت بكل تعليقات وان الحكم الابتدائي علل ما قضى به بخصوص طلب ارجاع مبلغ الف درهم يكون المطالب بالحق المدني الطاعن يعترف بتسليم شك بنكي من المتهم محمل بنفس المبلغ اي انه توصل من المتهم بمقابل ذلك المبلغ المالي باعتبار ان الشيك هو وسيلة وفاء ما علل ايضا ما قضى به بخصوصه طلب ارجاع مبلغ 1200000 درهم بالغائه على حالة بعدم ثبوت استيلاء المتهم على نفس هذا المبلغ بعد ان اكد انه سلمه للمطالب بالحق المدني بعدما توصل به من المسمين العماري سلام والتافي احمد ، تكون الوسيطتان على غير اساس. لهذه الاسباب

قضى برفض طلب النقض المرفوع من طرف اسكوكدنوار الدين وبان المبلغ المودع اصبح ملكا للخزينة العامة.

رقم الحكم

1088

تاريخ الحكم

1993/01/21

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 46

ملف جنائي 16262 - 90

موظف بمؤسسة تهدف الى الربح - اختصاص محكمة العدل الخاصة - لا
- المستخدم يعتبر موظفا عموميا بمفهوم الفصل 224 من مجموعة القانون
الجنائي اذا كان ينتمي لمصلحة ذات نفع عام .
- المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات النفع العام هو الهدف من
تأسيسها : فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست
مصلحة ذات نفع عام ، ولو تحقق النفع العام من الخدمات التي تقوم بها .
- المكتب المغربي للسياحة مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 .
- شركة المغرب السياحي شركة مساهمة مجهولة الاسم ، والغرض من
تأسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه
وفق نظام اقتصادي ، فهي تدخل في نطاق القطاع الخاص ، وبالتالي
فمستخدموها ليسوا موظفين عموميين بمقتضى الفصل 224 من القانون
الجنائي .

باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث انه بمقتضى قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتطوان بتاريخ 20 مايو 1985
قضى بعدم الاختصاص استنادا الى مقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي
ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 6 / 10 / 1972 المعدل بالظهير المؤرخ في
24 / 4 / 1975 ، وذلك ان الظنين - اتريعات لحسن - كان يشغل منصب مدير
بفندق - لوبار ادور - بشفشاون - التابع لشركة - المغرب السياحي - واثناء
عمله اختلس مبلغ 170.78.855 درهما وتوبع من اجل جناية اختلاس اموال
عمومية طبقا للفصل 32 من الظهير المذكور وتعديلاته . وذلك بعد استئناف حكم
ابتدائية شفشاون القاضي بالبراءة .
وحيث انه بمقتضى قرار صادر عن قاضي التحقيق بمحكمة لاعدل الخاصة بتاريخ

13 / 11 / 1990 قضى بدوره بعدم الاختصاص في النازلة طبقا لمقتضيات ظهير 6 أكتوبر 1972 المعدل بظهير 25 دجنبر 1980 وذلك لانعدام صفة الموظف بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي في حق الظنين المذكور وكونه لا يشتغل بشركة تدخل في نطاق النفع العام ضمن المؤسسات العمومية .

وحيث اعتبرت محكمة الاستئناف بتطوان في تعليلها ان الظنين اتريعات لحسن موظفا عموميا يدخل في مفهوم مقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي لكونه يعمل كمستخدم وموظف بشركة المغرب السياحي - والتي هي مؤسسة سياحية تابعة من حيث اختصاصها للمكتب المغربي للسياحة - الذي له صيغة المؤسسة العمومية ذات النفع العام المحدث بظهير 17 / 12 / 1957 والمغير بظهير 12 / 1 / 1976 والتي تخضع في تسييرها لمقتضى القرار الوزيري المؤرخ في 10 / 10 / 1946 حسب تغييره وتتميمه .

وحيث اعتبر قاضي التحقيق بمحكمة العدل الخاصة ان الاختصاص لا ينعقد لهذه المحكمة لكون الظنين المذكور لا يتمتع بصفة موظف عمومي لان القانون التأسيسي لشركة المغرب السياحي المؤرخ في 30 / 8 / 1961 المسجل بالرباط بتاريخ 4 / 9 / 1961 يؤكد على انها شركة مجهولة الاسم تخضع للقوانين المعمول بها بالنسبة للشركات طبقا للظهير الشريف المؤرخ في 11 / 8 / 1922 و النصوص المعدلة له . وتعتبر بالنظر لطبيعتها القانونية من الاشخاص المعنويين المدرجين في النظام الخاص ولا تدخل في نطاق النفع العام لعدم وجود اي رقابة للدولة عليها . ويزيد الفصل الثالث من قانونها الاساسي في بيان هذا الاتجاه ، كما ان الفرق شاسع بين نظام كل من شركة - المغرب السياحي - و المكتب المغربي للسياحة - المعترف مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 . ويستخلص مما سبق ان الظنين المشار اليه اعلاه ليست له صفة موظف عمومي ، حسب مدلول القانون الجنائي .

وحيث يتضح من القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها عبارة عن شركة مساهمة مجهولة الاسم وتدخل في نطاق الاشخاص المعنويين المنتمين للقطاع الخاص وان الغرض من تاسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه وفق نظام اقتصادي . وحيث ان المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات نفع عام او خاص هو هدف تاسيسها فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست بمصلحة ذات نفع عام ولو تحقق غرض النفع العام من الخدمات التي تقدمها . وحيث يتجلى من الاطلاع على القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها شركة تجارية تهدف الى تحقيق الربح للمساهمين وتخضع بطبيعتها القانونية الى اشخاص القانون الخاص المطبق عليهم قانون الشركات و ان المستخدمين بها لا يعدون موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي .

وحيث انه على اثر صدور القرارين المذكورين اللذين اكتسبا قوة الشيء المقضي به وهما متعارضان ، وحيث لا توجد اية محكمة يشمل نفوذها المحكمتين المتنازعين سوى المجلس الاعلى فعليه اذن ان يجعل حدا للتنازع القائم كما يقتضي ذلك الفصلان 264 و 265 من قانون المسطرة الجنائية . من اجله

فان المجلس فصل في تنازع الاختصاص وبعد ان اعتبر قرار محكمة الاستئناف بتطوان الصادر بتاريخ 29 شعبان 1405 الموافق 20 مايو 1985 باطلا و غير نافذ المفعول فيما قضى به من عدم الاختصاص ، قضى باحالة النازلة والاطراف على محكمة الاستئناف بتطوان للبت فيها طبقا للقانون .

رقم الحكم

5734

تاريخ الحكم

1992/07/23

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 47

ملف جنحي 14168 90

مفهوم الموظف العمومي في القانون الجنائي - اثاره العذر القانوني.
- البنك الشعبي يعتبر مؤسسة عمومية تقوم بخدمات ذات نفع عام حسب الفصل الثالث من المرسوم الملكي المؤرخ في 21 ابريل 1967 وبالتالي فالمستخدمون به يعتبرون موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من مجموعة القانون الجنائي.

- العذر القانوني اذا لم تقع اثارته من طرف من يعنيه الامر امام محكمة العدل الخاصة لا يؤدي عدم القاء سؤال بشانه الى نقض الحكم وابطاله.

باسم جلالة الملك

ان المجلس الاعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون

وفي الموضوع : في شان وسيلتي النقض الاولى والثالثة مجتمعتين المتخذة اولاهما من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق القواعد الجوهرية للمسطرة وخاصة مقتضيات الفصل 26 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان دفاع العارض سبق له ان تقدم امام المحكمة بدفع يرمي الى عدم الاختصاص ويلتمس اجراء البحث واستدعاء الشهود ، وان المحكمة اصدرت حكما عارضا ورد في الصفحتين السابعة والثامنة قضى برفض الدفع والملمتس دون ان تبين ما اذا كان الحكم صدر بالاغلبية وبما ان مقتضيات الفصل 26 الانف الذكر ينص على : وتتخذ باغلبية الاصوات المقررات المتعلقة بقبول ورفض الظروف المخففة وكذا المقررات المتعلقة بالاختصاص او عوارض الجلسة وان الحكم جاء خاليا من هذه الاشارة

والمتخذة ثانيتهما من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق مقتضيات الفصلين 19 و20 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان الفصل 19 ينص على : اذا ارتأى الرئيس ان التحقيق غير كامل او اذا وقع اكتشاف عناصر جديدة بعد احالة القضية على المحكمة جاز له ان يامر بجميع اعمال التحقيق التي يراها مفيدة وان الفصل 20 ينص على : يخول للرئيس سلطة تقديرية يمكنه ان يمدد بموجبها جميع المقررات او يامر باتخاذ جميع التدابير التي يراها مفيدة للكشف عن الحقيقة طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصلين 464 و465 من قانون المسطرة الجنائية ويجوز له على الخصوص اثناء المناقشة الامر بتقديم كل وثيقة يراها مفيدة لابرار الحقيقة كما يمكنه ان يستدعي ولو عن طريق الاوامر بالحضور او الاستقدام كل شخص يرى من اللازم الاستماع اليه. " وبما ان الاستماع الى الشهود المضمنة اسمائهم بقرار السيد قاضي التحقيق باجراء بحث تكميلي لم يتم ، وبما ان دفاع العارض تقدم بملتمس ذلك الشان الا ان المحكمة رفضت ذلك رغم ان الاستماع لاولئك الشهود كان يؤثر على مجرى القضية ويثبت براءة المتهم. وان المحكمة حينها اصدرت حكمها بشأن هذا الملمتس ولم تتخذ حكمها باغلبية الاصوات وانها لم تبرر تراجعها عن القرار السابق الذي سبق ان اتخذته ولا الاسباب التي ادت الى عدم تنفيذ ما قرره

حيث انه من جهة فان المحكمة قررت رفض الدفعين المستدل بهما اعلاه باغلبية الاصوات اذ جاء في اخر صفحة من الحكم المطعون فيه ما يلي : تصرح المحكمة باختصاصها للنظر في هذه القضية وبعدم اجراء بحث تكميلي ولا داعي لاستدعاء الشهود وذلك بعد التصويت بالاغلبية ، ومن جهة اخرى فان المحكمة بررت عدم اجراء بحث تكميلي واستدعاء الشهود وفق ما ورد اعلاه بان ذلك اصبح مستحيلا بعدما قررت انتداب من يستمع اليهم باحدى المدن الاسبانية

ولم يتم ذلك لتعذر الاستماع اليهم ومن ثمة فلم يبق مجال للقول بخرق الفصول المذكورة مما تكون معه الوسيلتان غير مجديتين.

وفي شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني - خرق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 22 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان هذا الفصل ينص على : ويجب على الطرف المدني ان يقدم الى قاضي التحقيق او النيابة العامة او محكمة العدل الخاصة جميع البيانات او الوثائق المكتوبة اللازمة لاثبات حقيقة الاختلاس . وان البنك الشعبي الذي حكمت له المحكمة بما طلب لم يقدم اي بيان او وثيقة تثبت الاختلاس المزعوم.

حيث يتجلى من وثائق الملف ان البنك الشعبي قدم بيانات كتابية تشتمل على عدة (اختلاس)ات ضد عدد من زبائنه الا ان المتهم قام برد عدة مبالغ الى اصحابها كما هو مفصل في الحكم عدا المبلغ المحكوم به وهو 3575 درهما التي لم يردھا المتهم الى المطالب بالحق المدني او الى غيره مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

وفي شان وسيلة النقض الرابعة المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق مقتضيات الفصل 24 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان هذا الفصل ينص على : يطرح الرئيس الاسئلة حسب الترتيب الاتي : هل المتهم مدان بالفعل المنسوب اليه. هل ارتكب هذا الفعل في هذا الظرف او ذاك من الظروف المشددة ؟ هل ارتكب هذا الفعل في هذه الحالة او تلك من حالات الاعذار القانونية ويتداول اعضاء المحكمة ثم يصوتون بنعم او بلا على الاسئلة المطروحة باغلبية الاصوات وبالرجوع الى الحكم المطعون فيه نجده طرح السؤال الاول فقط بعد انتهاء المناقشات دون التطرق الى السؤالين الثاني والثالث مما يعد خرقا للفصل 24 الانف ذكره.

حيث ان الحكم المطعون فيه اورد في اسفل صفحته الثامنة ، واثر الاسئلة مباشرة ما يلي : " ثم تداولت الهيئة الحاكمة في شان وجود ظروف مخففة او عدم وجودها في حق المدان التوازني مروان رشيد وبعد اجراء عملية التصويت طبقا لمقتضيات الفصل 24 من قانون محكمة العدل الخاصة قررت المحكمة بالاغلبية وانه توجد ظروف مخففة في حقه " بما يتبين معه ان المحكمة طبقت الفصل المذكور تطبيقا سليما ومما تكون معه الوسيلة على غير اساس. واما العذر القانوني فلم يقع الدفع به امام المحكمة ، كما ان الظروف المشددة لا مصلحة للطاعن في اثارتها.

وفي شان وسيلة النقض الخامسة المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني ضعف التعليل وعدم كفايته الذي يوازن انعدامه ذلك ان العارض سبق له ان تقدم بدفع بعدم اختصاص محكمة العدل الخاصة بالنظر في قضيته لانه يعتبر مستخدما تابعا للبنك الشعبي حيث كانت مهمته في برشلونة تقتصر

على ارشاد المغاربة العاملين هناك الى كيفية فتح الحسابات وارسال الحوالات الى حساباتهم بالبنك الشعبي بالمغرب وانه لم يكن بحكم عمله هناك يتلقى اية اموال سواء كانت عامة او خاصة. وانه باعتباره مستخدما في البنك المذكور فانه لا يمكن ان يعتبر في حكم الموظف ما دام هذا البنك مثله مثل سائر الابناك يقوم بعملية ذات طبيعة تجارية ويساهم فيه اشخاص طبيعيون او معنويون. وان المنفعة التي يحققها لا تختلف عن المنافع التي يحققها سائر الابناك فهو يتلقى الودائع ويسلم القروض بالفوائد ويقدم خدمات لزيائنه بالمقابل. وهذا هو الدور الذي تقوم به الابناك الاخرى سواء كانت الدولة مساهمة فيها او لم تكن ولهذا فلا يمكن ان يعتبر العارض في حكم الموظف المنتمي لمؤسسة عمومية بمفهوم القانون الاداري.

حيث ان الحكم المطعون فيه قد اورد بهذا الصدد ما يلي : حيث ان البنوك الشعبية حسب ما تضمنته النصوص القانونية المؤسسة لها او تلك التي لها علاقة بها وخاصة الظهير الشريف رقم 1660.232 المؤرخ في 16 شعبان 1380 موافق ثاني فبراير 1961 والمرسوم الملكي رقم 67.66 المؤرخ في 10 محرم 1387 موافق 21 ابريل 1967 الصادر بمثابة قانون يتعلق بالهيئة البنكية والقرض الذي خصص فقرة من فصله الثالث لاجهزة القرض الشعبي ويعتبر تلك الابناك بحسب ما توفرت عليه من خصائص بمقتضى تلك النصوص مؤسسة عمومية تقوم بمصلحة ذات نفع عام وبالتالي فان العاملين بها يعتبرون موظفين عموميين خاضعين لمقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي الامر الذي يجعل هذا الدفع غير مبني على اساس ويتعين رفضه

وفي شان وسائل النقض السادسة والسابعة والثامنة مجتمعة ، المتخذة اولها من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق قواعد جوهرية للمسطرة انعدام التعليل ذلك ان المحكمة صنف الاسئلة التي القتها والمتعلقة بالوقائع المنسوبة للعارض. فهناك اسئلة ترتبط ب(اختلاس) اموال عامة واخرى ترتبط ب(اختلاس) اموال خاصة. وانها اعتبرت ان الفعل الذي ارتكبه العارض يشكل (اختلاس) لاموال عامة او خاصة قام بها موظف عمومي. وان المحكمة لم تبين ما اذا كان العارض بالفعل موظفا عموميا او هو فقط مستخدم بالبنك الشعبي اذ انه لا يخضع في عمله الى مقتضيات القانون المنظم للوظيفة العمومية. كما ان البنك الشعبي يقاضي مستخدميه امام محاكم الشغل والقرارات الصادرة من طرف مديره لا تعتبر قرارات ادارية.

والمتخذة ثانيتهما من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني ، انعدام التعليل وعدم كفايته وتحريف الوقائع ذلك انه وقعت الاشارة في الاسئلة التي طرحتها المحكمة في السؤال الاول والثالث الى ان العارض اختلس من الاموال العامة التي كانت تحت يده بسبب وظيفته ، في حين لم يثبت في الملف انه تسلم اموالا عامة اذا لم يكن مكلفا بتلقي الودائع من الزبناء وليس له اي

صندوق يضع فيه تلك الاموال بل ان عمله كان في مقر القنصلية كمرشد ولا حق له بتلقي اية اموال من الزبناء في دولة اجنبية كما ان البنك لم يكن يؤمنه على اية اموال

والمتخذة ثالثتها من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق القواعد الجوهرية للمسطرة انعدام التعليل وعدم كفايته تحريف الوقائع والتناقض في اجراء الحكم ذلك ان هذا الاخير اورد في اسئلته المتعلقة بوقائع الدعوى انه مرة يصف الاموال التي اختلسها العارض بانها عامة واخرى بانها خاصة دون ان يعطي اي مقياس من المقاييس التي اعتمدها للتفرقة بين طبيعة تلك الاموال. كما انه لم يشير في الاسئلة المتعلقة بالاموال الخاصة رقم 3 - 5 - 6 - 7 - 8 الى انه قام ب(اختلاس) هذه الاموال بحكم وظيفته في حين ان الفصل 31 من قانون محكمة العدل الخاصة يشترط انه كان يتصرف فيها بحكم وظيفته حيث انه من جهة فان العارض لم يكن في وسعه ان يقوم ب(اختلاس) الاموال لو لم يكن ملحقا بالقنصلية المغربية ببرشلونة باسبانيا لمساعدة العمال المغاربة هناك على تحويل اموالهم الى الابناك الشعبية بالمغرب. وهذا هو الذي يسهل له القيام ب(اختلاس) اموالهم والاستفادة منها لفائدته الشخصية ، ومن جهة اخرى فانه كان يقوم ب(اختلاس) اموال خاصة باعتبار انه كان يستملها بسبب وظيفته المذكورة ويقوم بتحويلها الى فائدته هو بدل تحويلها الى مكانها حسب رغبة مودعيها على ان قيامه باحد ال(اختلاس)ين كاف في قيام الجريمة في حقه ، ومن جهة ثالثة فانه خلافا لما يدعيه العارض فان الاسئلة التي ذكرها العارض اعلاه تتضمن كلها انه كان يقوم بال(اختلاس) المذكور بسبب وظيفته اذ لولا هذه الاخيرة لما امكنه القيام بما نسب اليه كما انه لم يبين ما هو التناقض الواقع في اجزاء الحكم مما تكون الوسائل غير حرية بالاعتبار من جهة وغير مقبولة من جهة اخرى. وحيث ان الحكم المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني الماخوذ به كما انها تبرر العقوبة المحكوم بها.

لهذه الاسباب

قضى برفض الطلب المقدم من طرف التوازني مروان رشيد ضد الحكم الصادر عن محكمة العدل الخاصة بتاريخ ثاني اكتوبر 1989 في القضية عدد 837 وبان المبلغ المودع اصبح ملكا لخزينة الدولة.

رقم الحكم

6078

تاريخ الحكم

1991/07/18

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 45

ملف جنحي: 90-28073

- التعويض - مصلحة مشروعة - مشروبات كحولية - لا.
- لما كانت شكاية الطاعن تتعلق بالتعويض عن نفس سرقة المشروبات الكحولية فان المحكمة قد عللت قضاءها برفض هذا التعويض وقالت بان الاتجار في المشروبات الكحولية هو عمل غير مشروع وان الاضرار التي لحقت بصاحبها لم تمس مصلحة مشروعة له.

باسم جلالة الملك

ان المجلس:

وبعد المداولة طبقا للقانون.
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان الفرع الاول من وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق مقتضيات الفصل (347) من القانون المسطرة الجنائية، ذلك ان الحكم المطعون فيه بالنقض لا يتضمن بعض الوقائع التي تعتبر اساسية ومنها التصريح بالاستئناف من طرف كل من المتهم والطالب بالحق المدني وعدم ذكر ذلك يعد نقصا في التعليل من جهة فانه لا يتضمن من هو المستشار المقرر الذي قرر في هذه النازلة وتلي تقريره مما يفوت على المجلس الاعلى حق فرض مراقبته على الاحكام والقرارات ويعرضها للنقض والابطال.
حيث، انه خلافا لما ورد في الوسيلة فقد نص القرار المطعون فيه صفحته الاولى بما يلي: بناء على الاستئناف المرفوع من طرف المتهم والطرف المدني بتاريخ (19/6/1990) والثاني بتاريخ (21/6/1990) مما تكون معه خلاف الواقع من جهة.
ومن جهة ثانية فان القرار المطعون فيه افاد في صفحته الثانية "وبعد تلاوة المستشار المقرر" كاف للدلالة على التقرير تمت تلاوته وبذلك يكون الفرع الاول

من الوسيلة على غير اساس.

وفي شان الفرع الثاني من الوسيلة المتخذ من خرق مقتضيات الفصل (484) من قانون العقود والالتزامات وانعدام التعليل والاساس القانوني.

ذلك ان القرار المطعون فيه بالنقض تناقض بين حيثياته من جهة الوقائع من جهة ثانية ولم يطبق مقتضيات الفصل المذكور تطبيقا سليما.

ذلك ان المرافع والمتهم لم يكن بينهما عقد بيع ليبطل من طرف القضاة بل كان هناك (اختلاس) وسرقة احدثت اضرار وجب التعويض عنها طبقا لمقتضيات الفصل (77) من قانون العقود والالتزامات وهذا الفصل لم يستثن اي نوع من انواع الضرر وان الحكم نص على المسروقات ليست فقط قنينات المواد الكحولية بل ايضا المواد الغذائية.

وان الفصل (352) من قانون المسطرة الجنائية ينص على القرارات تكون باطلة ان لم تكن معللة باسباب او كانت تحتوي على اسباب متناقضة.

حيث، يتجلى من تنصيصات القرار المطعون فيه الذي ورد فيه ما يلي: حيث، ان المحكمة بعد اطلاعها على الوثائق تبين لها ان المطالب المدنية المقدمة من طرف المتضرر قد انصبت في اساسها على الاضرار التي لحق المطالب بها من عملية السرقة التي تعرض لها متجره الخاص ببيع المشروبات الكحولية والتي يطالب على اساسها الحكم له بتعويض عما فقده من المشروبات المذكورة من جهة اخرى فقد نص القرار المذكور في حيثية اخرى انه ما دام الاتجار في المشروبات الكحولية هو عمل غير مشروع طبقا للفصل المذكور من مدونة الالتزامات والعقود المغربية فان الاضرار التي لحقت المطالب بالحق المدني لم تمس مصلحة مالية مشروعة له. وبالتالي فانه لا يجب التعويض عنها.

وحيث، انه بالاضافة الى ما ذكر فانه بالرجوع الى شكاية الطاعن الواردة في الصفحة الثانية من محضر الضابطة القضائية نجد انها انصبت على سرقة المشروبات الكحولية وقد تم حجز بعض القنينات الفارغة لا على اساس المواد الغذائية.

مما يتجلى معه ان القرار المطعون فيه جاء معللا كافيا ولا يحتوي على اي تناقض يستوجب نقضه مما يكون معه الفرع الثاني من الوسيلة على غير اساس.

لهذه الاسباب:
قضى برفض الطلب.

رقم الحكم

تاريخ الحكم

1988/05/31

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 42 - 43

ملف جنائي: 87/12644

محكمة العدل الخاصة - التزوير بهدف ال(اختلاس) -

لما كانت افعال التزوير و(اختلاس) اختتام الدولة ارتكبتها المتهم ل(اختلاس) اموال
عمومية يقل مبلغها عن النصاب القانوني لاختصاص محكمة العدل الخاصة فقد
كانت هذه المحكمة على صواب حين قضت بعدم الاختصاص لان هذه الافعال
وان كانت مستقلة بذاتها فانه لا يمكن فصلها عن جريمة ال(اختلاس) المذكورة.

في شان الدفعين الاول والثاني من وسيلة النقض الوحيدة مجتمعين، المتخذ
اولهما من كون القرار المطعون فيه تضمن تضاربا وتناقضا واضحا ذلك ان المحكمة
المصدرة له صرحت بثبوت الفعل الذي سيجعل المحكمة التي سيحال عليها
النزاع مقيدة بموقف المحكمة حول ثبوت الافعال وسيكون دورها منحصر في
تحديد العقوبة على افعال سبق الفصل فيها من طرف المحكمة المطلوب نقض
قرارها وان هذه الوضعية لا يظهر ان المشرع كان يهدف اليها حين وضع النص
وانه كان على المحكمة الا تفصل في حقيقة ثبوت الواقعة او عدمها ما دام قد
تبين لها ان المبلغ الذي تم اختلاسه يقل عن اختصاصها والمتخذ ثانيهما من عدم
تطبيق مقتضيات الفصلين (360) و(342) من القانون الجنائي بشكل سليم ذلك
ان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه اوردت في تنصيصات قرارها ان تهمة
التزوير وتزيف اختتام الدولة واستعمالها لا تشكل افعالا مستقلة بذاتها وانما كان
الهدف منها الوصول الى الاختلاس، وانه يتضح من خلال ما ذكر ان تهم التزوير
وتزيف اختتام الدولة واستعمالها لا تشكل جرائم معاقب عليها ما دام الهدف
منها الوصول الى (اختلاس) مع ان جميع جرائم التزوير لا تتم الا من اجل الوصول

الى هدف معين وبالتالي فان القول بان عدم تحقيق هاته النتيجة يصبغ الشرعية على الفعل وان موقف المحكمة هذا لا ينسجم وروح التشريع مما يتعين معه نقض القرار موضوع الطعن.

حيث، انه من جهة، فالرجوع الى ما اثاره العارض في الفرع الاول من وسيلة النقض الوحيدة نجد انه لا يعارض فيما ذهبت اليه المحكمة بالتصريح بعدم اختصاصها بالنسبة للنصاب القانوني المحدد لاختصاص محكمة العدل الخاصة طبقا لمقتضيات الفصل (31) من القانون المنظم للمحكمة المذكورة وبالتالي فانه لا لوم على المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه فيما تعرضت له بالجواب على السؤالين/13/و/14/بـ "نعم" ما دامت محكمة العدل الخاصة تعتبر بالنسبة لها الاسئلة التي يلقيها الرئيس على اعضاء الهيئة الحاكمة الاجوبة عنها هي التي تقوم مقام التعليل لا سيما وانه يتجلى من تصفح اوراق الملف ان مجموع الاختلاسات المنسوبة الى المطلوبين في النقض قد بلغ/82993/درهما فقد كان على المحكمة لكي تصرح بعدم اختصاصها طبقا لمقتضيات الفصل (31) من القانون المنظم لمحكمة العدل الخاصة بعد تعديله ان تشير الى المبلغ الثابت (اختلاس هـ).

وحيث، انه من جهة ثانية،

فخلافا لما يدعيه العارض، من القول بان عدم تحقق الهدف المعين من جرائم التزوير وتزييف اختتام الدولة واستعمالها يصبغ الشرعية على الافعال المذكورة لان المحكمة لم تقصد ذلك ولم تشر اليه في شيء وذلك بتنصيب القرار المطعون فيه على ما يلي:

حيث، ان تهمة التزوير وتزييف اختتام الدولة واستعمالها لا تشكل افعالا مستقلة بذاتها وانما كان الهدف منها الوصول الى الاختلاس، ذلك ان الافعال المتابع من اجلها المطلوبين في النقض مرتبطة بجرائم التزوير وتزييف اختتام الدولة واستعمالها وانها وان كانت مستقلة في حد ذاتها فانه لا يمكن فصلها عن الفعل الجنائي الامر الذي يجعل محكمة العدل الخاصة غير مختصة بالنظر في هذه القضية وانها عندما صرحت بعدم اختصاصها وباحالة ملف النازلة على من له حق النظر فيه تكون طبقت القانون تطبيقا سليما ولم تخرق مقتضياته في شيء مما تكون معه الوسيلة خلاف الواقع من جهة وعلى غير اساس من جهة اخرى.

لهذه الاسباب،

قضى برفض الطلب.

رقم الحكم 3284

تاريخ الحكم 1985/04/11

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 17354

خيانة الامانة - عناصر - ابرازها.

خيانة الامانة هي الاختلاس بسوء نية اضرارا بالغير لمال سلم للشخص لاستعماله في غرض معين.

لما ادانت المحكمة الطاعن من اجل خيانة الامانة بعله انه اغلق الدكان وغادر المدينة بدون اخبار اصحابه دون ان تبرز عناصر خيانة الامانة كما هي محددة قانونا ((الفصل / 547 / من ق. ج)) يكون قرارها ناقص التعليل.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من انعدام الاساس القانوني والنقص في التعليل وخرق مقتضيات الفصل (547) من القانون الجنائي ذلك ان القرار المطعون فيه واخذ العارض من اجل خيانة الامانة دون ابراز العناصر التي تتكون منها الجريمة المذكورة وهي:

1 - فعل الاختلاس او التبديد المكون للعنصر المادي.

2 - الطابع التدليسي المكون للعنصر المعنوي.

3 - ان يكون الاختلاس ارتكب اضرارا بالمالك او الحائز او واطع اليد.

4 - طبيعة الاشياء المختلسة.

5 - ان تكون الاشياء سلمت له لردّها او استعمالها لغرض معين.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية.

حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى بالغاء الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه ببراءة العارض وحكم عليه من جديد بستة اشهر حبسا ومائتين وخمسين درهما غرامة واقتصر في تعليل الادانة بقوله:

((حيث اعترف المتهم بكل ما نسب اليه في جميع المراحل.

((وحيث ان المتهم اغلق الدكان وغادر مدينة مكناس الى الدار البيضاء بدون

اخبار المشتكين.
(وحيث ان عناصر خيانة الامانة ثابتة ثبوتا كافيا في حق المتهم)).
وحيث، ان القرار المطعون فيه لم يبرز في حق العارض توفر العناصر التي تتكون منها جنحة خيانة الامانة المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل (547) من القانون الجنائي وهي الاختلاس بسوء نية اضرار بالغير لبضائع او غيرها سلمت له لاستعمالها لغرض معين مما يكون معه القرار المذكور ناقص التعليل غير مرتكز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب
قضى بالنقض والاحالة.

رقم الحكم

3062

تاريخ الحكم

1985/04/04

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 12527

سرقة - نية التملك.

السرقه هي اختلاس مال الغير عمدا بنية تملكه وان اخذ المتهم اكياس الغير لاستيفاء دين له عليه لا يعد سرقة وان المحكمة لما عللت قضاءها بادانته بان تبرير اخذ هذه الاكياس كان لقاء دين له على الضحية لا ينفي عنه عنصر سوء النية تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا وعرضت قرارها للنقض.

في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من سوء التعليل الموازي لانعدامه تحريف الوقائع عدم ارتكاز القرار على اساس قانوني سليم التطبيق الخاطئ لنص الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي ذلك ان وقائع القضية وكما هو ثابت من محضر الضابطة القضائية ان العارض طالب النقض لم يقم عمدا باختلاس اكياس القمح والشعير وانما قام فقط بحبسها وبدون نية تفويت ملكيتها محل صاحبها المطلوب في النقض الى حين ان يفي هذا الاخير بالدين الذي له لوالد العارض ومعطيات الملف لا تفيد بالقطع ان العارض تتوفر في حقه العناصر التكوينية للفصل (505) من القانون الجنائي اذ ان عناصر هذا الفصل تنطلق ابتداء من وجود العمد الجنائي وهو قصد خاص يهدف من ورائه صاحبه الى الاستيلاء على ملك الغير.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية. حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معلل من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان فساد التعليل يوازي انعدامه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على العارض من اجل ارتكابه جنحة السرقة طبقا للفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي بشهرين حبسا مشمولاً بايقاف التنفيذ ومائتي درهم غرامة وبتعويض مدني مع تعديل الحكم المستأنف بالرفع من مبلغ التعويض واقتصر في تعليل ذلك على القول:

((وحيث ان الحكم الابتدائي معللا تعليل قانونيا مستندا الى وقائع القضية بالملف الامر الذي يتعين معه تاييده في مبدئه لسلامته)) كما ان الحكم الابتدائي اقتصر في تعليل الادانة بقوله:

((وحيث ان ما يبرر به المتهم اخذه الاكياس السبعة وهو رابطة المديونية لا تنفي عنه العنصر المعنوي الذي هو النية الاجرامية)).

لكن، حيث ان الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي المعاقب بمقتضاه العارض يشترط في اختلاس المال المملوك للغير ان يكون عمدا وهو القصد الخاص اي نية التملك للشيء وان اخذ الاكياس السبعة من اجل استيفاء الدين كما في النازلة الحالية لا يعتبر الفعل سرقة وان ما ذهبت اليه المحكمة يعتبر من قبيل فساد التعليل الموازي لانعدامه وخرقا لمقتضيات الفصل (505) المذكور اعلاه الشيء الذي يكون معه القرار ناقص التعليل وغير مرتكز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب

قضى بالنقض والاحالة.

رقم الحكم

3062

تاريخ الحكم

1985/04/04

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 12527

سرقة - نية التملك.

السرقه هي اختلاس مال الغير عمدا بنية تملكه وان اخذ المتهم اكياس الغير لاستيفاء دين له عليه لا يعد سرقة وان المحكمة لما عللت قضاءها بادانته بان تبرير اخذ هذه الاكياس كان لقاء دين له على الضحية لا ينفي عنه عنصر سوء النية تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا وعرضت قرارها للنقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من سوء التعليل الموازي لانعدامه تحريف الوقائع عدم ارتكاز القرار على اساس قانوني سليم التطبيق الخاطئ لنص الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي ذلك ان وقائع القضية وكما هو ثابت من محضر الضابطة القضائية ان العارض طالب النقض لم يقوم عمدا باختلاس اكياس القمح والشعير وانما قام فقط بحبسها وبدون نية تفويت ملكيتها محل صاحبها المطلوب في النقض الى حين ان يفى هذا الاخير بالدين الذي له لوالد العارض ومعطيات الملف لا تفيد بالقطع ان العارض تتوفر في حقه العناصر

التكوينية للفصل (505) من القانون الجنائي اذ ان عناصر هذا الفصل تنطلق ابتداء من وجود العمد الجنائي وهو قصد خاص يهدف من ورائه صاحبه الى الاستيلاء على ملك الغير.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية. حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معلل من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان فساد التعليل يوازي انعدامه. وحيث، ان القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على العارض من اجل ارتكابه جنحة السرقة طبقا للفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي بشهرين حبسا مشمولا بايقاف التنفيذ ومائتي درهم غرامة وبتعويض مدني مع تعديل الحكم المستأنف بالرفع من مبلغ التعويض واقتصر في تعليل ذلك على القول:

((وحيث ان الحكم الابتدائي معللا تعليل قانونيا مستندا الى وقائع القضية بالملف الامر الذي يتعين معه تاييده في مبدئه لسلامته)) كما ان الحكم الابتدائي اقتصر في تعليل الادانة بقوله: ((وحيث ان ما يبرر به المتهم اخذه الاكياس السبعة وهو رابطة المديونية لا تنفي عنه العنصر المعنوي الذي هو النية الاجرامية)). لكن، حيث ان الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي المعاقب بمقتضاه العارض يشترط في اختلاس المال المملوك للغير ان يكون عمدا وهو القصد الخاص اي نية التملك للشيء وان اخذ الاكياس السبعة من اجل استيفاء الدين كما في النازلة الحالية لا يعتبر الفعل سرقة وان ما ذهبت اليه المحكمة يعتبر من قبيل فساد التعليل الموازي لانعدامه وخرقا لمقتضيات الفصل(505) المذكور اعلاه الشيء الذي يكون معه القرار ناقص التعليل وغير مرتكز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب
قضى بالنقض والاحالة.

رقم الحكم

1772

تاريخ الحكم

1984/02/23

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 35 - 36

ملف جنائي: 16064

تعلييل... اخفاء مسروق... عنصر العلم.

يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا ويعد نقصان التعلييل بمثابة انعدامه. لما كانت المحكمة قد ادانت الطاعن من اجل جنحة اخفاء مسروق استنادا الى فكرة الاقتناع بالادانة دون ابرز العلم كشرط اساسي لقيام هذه الجريمة يكون قضاؤها ناقص التعلييل يوازي انعدامه.

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من انعدام التعلييل ذلك ان القرار المطعون فيه لم يعلل ما قضى به على العارض خصوصا وان فصل المتابعة يقتضي عنصري الاخفاء للاشياء المختلصة او المبددة والعلم بانها ناتجة عن الاختلاس والتبديد وانه لا اثر في القرار المذكور لادلة الاثبات التي تفيد توفر هذين العنصرين.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية، حيث انه بمقتضى الفصل (347) في فقرته السابعة والفصل (352) في فقرته الثانية من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعلييل يوازي انعدامه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى على العارض من اجل اخفاء المسروق المنصوص عليه وعلى عقوبته في الفصل (571) من مجموعة القانون الجنائي بسنة واحدة حبسا منفذا ومائة وخمسين درهما غرامة واقتصر في تعلييل ذلك بقوله:

” حيث اعترف المتهم فياق محمد انه اشترى حزاما ذهبيا من المتهم لخضر محمد الا انه صرح بعدم علمه بمصدره. وحيث ان المحكمة اقتنعت بان الافعال المنسوبة الى المتهمين ثابتة في حقهم ثبوتا كافيا “ .

” اما فيما يخص باقي الاظناء فانهم متابعون فقط بالجرح وان اعترافهم امام الضابطة القضائية وحده كافي لادانتهم عملا بمقتضيات الفصل المشار اليه اعلاه .

” وحيث ان المحكمة اقتنعت بما فيه الكفاية بادانتهم من اجل ما نسب اليهم ” .

” وحيث ان القرار المطعون فيه لم يبرز في حق العارض عنصر اخفاء المسروق عن علم وهو العنصر الاساسي في جنحة اخفاء المسروق المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل (571) من مجموعة القانون الجنائي مما جاء معه ناقص التعليل وغير متركز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب

ومن غير حاجة لبحث الوسيلة المستدل بها على النقض
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ تاسع محرم 1403 الموافق لسابع وعشري اكتوبر 1982 تحت عدد (758) في القضية ذات الرقم 340 / 365 / 82 بالنسبة للعارض فياق محمد بن عمر بن محمد وباحالة النازلة فيما يخصه على نفس المحكمة لتبت فيها من جديد طبق القانون وهي مترتبة من هيئة اخرى وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

نوع الحكم

رقم الحكم 491

تاريخ الحكم 1984/01/19

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 35 - 36

ملف جنحي: 7953

حكم غيابي - تبليغه - العلم به.

يبلغ منطوق الحكم الصادر غيابيا الى الفريق المتغيب وينص في التبليغ على ان التعرض يقبل في ظرف عشرة ايام فاذا لم يسلم التبليغ لصاحبه شخصا ولم

يتبين من احدى وثائق التنفيذ ان المتهم اطلع على الحكم الصادر غيابيا فان اجل التعرض يمتد الى انتهاء امد تقادم العقوبة " الفصلان 372 - 373 من ق. م. ج " .

ان المحكمة لما عللت قضاءها بعدم قبول التعرض لوقوعه خارج الاجل بعلة ان المتعرض سبق له ان طلب بواسطة دفاعه نقض الحكم فقرر المجلس عدم قبوله لتسلطه على حكم غيابي وان المتعرض لا بد ان يكون قد اطلع على منطوق الحكم في حين ان هذا الاطلاع لم يكن طبق ما هو منصوص عليه قانونا وعلى اساس ان الحكم الصادر غيابيا بصفة صريحة مما يجعل القرار معرضا للنقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون،
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض،
في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من التناقض في التعليل الموازي لانعدامه مع خرق مقتضيات الفصلين (372) و(373) من قانون المسطرة الجنائية،
ذلك ان الطالب تقدم فعلا عن طريق دفاعه بطلب نقض القرار الجنحي الصادر ضده بتاريخ 8 / 1 / 1973 وانه من الممكن ان يعتبر كل طالب نقض على علم بمنطوق الحكم الصادر ضده الا انه ما تجدر الاشارة اليه انه لا يمكن الخلط بين العلم والاعلام المسطري وان المشرع في ميدان الاحكام الغيابية الزم جميع الاطراف المستفيدة من الحكم ان تقوم بتبليغه اذا ما صدر غيابيا الى الطرف المحكوم عليه وان الفصل (372) من قانون المسطرة الجنائية يلزم تبليغ منطوق الحكم الغيابي الى علم الفريق المتغيب من التنصيص على ان التعرض يقبل في ظرف عشرة ايام اذا لم يبلغ شخصا وان اجل الطعن يبقى مفتوحا امامه الى حين تقادم العقوبة وان شيئا من هذا لم يقع وان القرار الغيابي لم يبلغ الى الطاعن ابدا على الطريقة المنصوص عليها في الفصلين المذكورين اعلاه.
هذا بالاضافة الى ان المجلس في قراره القاضي برفض طلب النقض اعتمد اساسا على وصف القرار الاستئنافي المتعرض عليه حاليا، وان الحثيات التي اعتمدها القرار المطعون فيه حاليا تجعل الطالب في حيرة من امره فتعرضه غير مقبول لسبق طعنه بالنقض ونقضه رفض لكون القرار لا زال قابلا للتعرض.
بناء على الفصلين (372) و(373) من قانون المسطرة الجنائية.
حيث، انه بمقتضى الفصلين المذكورين فانه يبلغ منطوق الحكم الصادر غيابيا الى علم الفريق المتغيب وينص في التبليغ على ان التعرض يقبل في ظرف عشرة ايام كما يجوز التعرض على الحكم الغيابي بتصريح في صيغة جواب يوضع باسفل وثيقة التبليغ او بتصريح بمكتب الضبط وذلك في ظرف العشرة ايام التي تلي التبليغ وعلاوة على ذلك فان لم يسلم التبليغ لصاحبه شخصا ولم يتبين

من احدى وثائق التنفيذ ان المتهم اطلع على الحكم الصادر غيابيا فان اجل تعرضه يمتد الى انتهاء اجل تقادم العقوبة.

وحيث، يتجلى من تنسيقات القرار المطعون فيه ان المحكمة صرحت بعدم قبول تعرض العارض على الحكم الغيابي لصدوره منه خارج الاجل القانوني على اعتبار ان المتعرض سبق له ان طلب بواسطة دفاعه نقض القرار الجنحي الصادر ضده بتاريخ 8 / 1 / 1973 فقضى المجلس الاعلى بعدم قبول طلبه لتسلطه على قرار غيابي لا زال قابلا للمراجعة بطريق التعرض اذ ان المحكوم عليه سعاد محمد لا بد ان يكون قد علم بمنطوق الحكم وبضمنه قبل ان يقدم على طلب نقض القرار المذكور والا فكيف يطعن فيه والحال وانه لم يطلع عليه ولم يعلمه.

حيث، ان القرار المطلوب نقضه اولا والذي اعتبره المجلس غيابيا والمزعوم ان العارض اطلع عليه فان هذا الاطلاع لم يكن طبق ما هو منصوص عليه في الفصلين المذكورين وعلى اساس انه غيابي بصفة صريحة الشيء الذي يجعل القرار الحالي المطلوب نقضه قد خرق مقتضيات الفصلين المشار اليهما اعلاه وعرض القرار للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ سادس وعشري رمضان 1401 الموافق لثامن وعشري يوليوز 1981 تحت عدد (3533 / 81) في القضية رقم (15824 / 73) وباحالة النازلة على نفس المحكمة لتبت فيها من جديد طبق القانون وهي متركبة من هيئة اخرى، وبرد المبلغ المودع لمودعه، وبانه لا حاجة لاستخلاص الصائر.

رقم الحكم

1477

تأخ الحكم

1982/11/11

م المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

ملف جنائي (9510)

محكمة العدل - احكامها - الاغلبية - بيان جوهري.
- فيما يتعلق باحكام محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عنها تقوم مقام التعليل.
- غير انه يجب ان يشار في هذه الاحكام الى استيفاء جميع الاجراءات المنصوص عليها في القانون ومنها التنصيب على اغلبية الاصوات عند تطبيق العقوبة وان هذا الاجراء الجوهري يتعلق بالنظام العام للمجلس حق اثارته تلقائيا.
- لما كان الحكم المطعون فيه لم يرد فيه بوجه صريح ما يفيد احترام هذا الاجراء فان المحكمة تكون قد خرقت الفصلين (25) و(27) من قانون محكمة العدل الخاصة وعرضت حكمها للنقض.
نظرا للطلب المرفوع من المسمى عبد الباري بوشنتوف بمقتضى تصريح ادلى به في ثالث عشر يناير 1982 امام رئيس مؤسسة السجن المدني بالرباط من اجل نقض الحكم الصادر حضوريا في القضية ذات العدد (655) بتاريخ خامس عشر ذي الحجة 1401 الموافق لحادي عشر يناير 1982 من محكمة العدل الخاصة والقاضي عليه بثلاث سنوات حبسا نافذا عن جناية اختلاس اموال عامة من طرف موظف عمومي كانت تحت يده بمقتضى وظيفته وبرده مبلغ خمسة واربعين الف درهم وخمسمائة وثلاثة واربعين درهما وثمانية واربعين سنتيما لفائدة الخزينة العامة.

وفي الموضوع:

في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من نقصان التعليل وخرق مقتضيات الفصل (27) من الظهير المؤسس لمحكمة العدل الخاصة.
ذلك ان الحكم المطعون فيه اكتفى في تعليل ما قضى به على العارض بالاسئلة التي طرحها الرئيس على اعضاء المحكمة واجيب عليها بنعم بالاغلبية القانونية دون ان يدعم باسباب واقعية والقانونية تبرر هذه المؤاخذة كما تنص على ذلك مقتضيات الفصل (27) من الظهير الشريف المتعلق باحداث محكمة

خاصة للعدل والفصلين (347) من فقرته السابعة و(352) في فقرته الثانية من قانون المسطرة الجنائية مما يجعل الحكم ناقص التعليل ومعرضا للنقض والابطال.

حيث، انه من جهة، فالاسئلة التي يلقيها الرئيس على اعضاء الهيئة الحاكمة والاجوبة عنها هي التي تقوم مقام التعليل وان الاسئلة الموضوعة بشأن العارض من رقم واحد الى رقم 89 باستثناء الاسئلة ذات الارقام 12 - 28 - 41 - 68 - 81 قد تضمنت بما فيه الكفاية العناصر الواقعية والقانونية للجريمة التي ادين من اجلها المتهم.

وحيث، انه من جهة ثانية، فان الفصل (27) المشار اليه لم ينص على اشتغال الحكم على الاسباب تحت طائلة البطلان مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

لكن في شان وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف المجلس الاعلى لتعلقها بالنظام العام والمتخذة من خرق القانون خاصة الفصلين (25 - 27) من ظهير محكمة العدل الخاصة المؤرخ في سادس اكتوبر 1972 والاخلال ببيان جوهري فيما يخص التنصيب على اغلبيه الاصوات عند تطبيق العقوبة. بناء على الفصلين (25 - 27) من قانون محكمة العدل الخاصة. حيث ان الفصل (25) من الظهير الشريف المتعلق باحداث محكمة خاصة للعدل المؤرخ في سابع وعشري شعبان 1392 الموافق لسادس اكتوبر 1972 ينص في فقرته الثانية على ان المحكمة تصوت على تطبيق العقوبة التي تقرر باغلبيه الاصوات.

وحيث، ان الفصل (27) من نفس الظهير، ينص على انه يجب ان يشار في احكام محكمة العدل الخاصة الى استيفاء جميع الاجراءات المنصوص عليها في هذا الظهير الشريف. وحيث، انه لم يرد في الحكم المطعون فيه ما يفي بهذا البيان الجوهري بوجه صريح.

وحيث، ان المحكمة تكون بعملها هذا قد خرقت الفصلين (25 - 27) المشار اليهما وعرضت حكمها للنقض والابطال.

من اجله

قضى بنقض وابطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة العدل الخاصة بتاريخ حادي عشر يناير 1982 وباحالة النازلة على نفس المحكمة وهي متركة من هيئة اخرى لتبت فيها من جديد طبق القانون، وبانه لا موجب لاستخلاص الصائر.

نوع

رقم الحكم 973

تاريخ الحكم 1981/07/09

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

ملف جنائي: 69833

القذف... جريمة.. شروط...

يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

تقوم جريمة القذف الموجه الى الافراد بنسبة عمل شائن يمس بشرف الشخص او حرمة وذلك عن طريق طريق الخطب او الصراخ او التهديدات المفوه بها في الاماكن والاجتماعات العمومية.

وان القرار المطعون فيه وكذا الحكم الابتدائي المؤيد لم يبرز ان المتهم قذف المطالب بالحق المدني باحدى الوسائل المشار اليها بان نسب اليه ما يمس بشرفه او حرمة فهو لذلك يكون ناقص التعليل ومعرضا للنقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض،

في شان وسيلة النقض الثالثة المتخذة من انعدام التعليل، ذلك انه بالرجوع الى محتويات الحكم الابتدائي نجد ان تصريحات الشهود المعتمدة من قبله تتمثل في ان المتهم اخبر الشهود بان الاموال التي يتاجر بها المشتكي هي اموال الدولة جاءت على يد الخائن الجنرال اوفقيروان الشهود لم يضيفوا الى هذا التصريح اي عنصر اخر ينم عن نسبة فعل ال(اختلاس) الى المشتكي بصفته شريكا او مرتكبا لجريمة الاخفاء وذلك بان يدعي ان الخصم كان عالما بمصدر تلك الاموال، وجريمة اخفاء الاشياء المختلسة لا تقوم الا اذا توفر عنصر العلم بمصدر تلك الاشياء وبالتالي فليس هناك ما يمس الشرف والاعتبار، اذ جاء ادعاء المتهم مجملا وخاليا مما يفيد توفر هذا العنصر لدى المشتكي الذي بدونه لا يمكن وصف سلوكه بالاجرام، ومحكمة الموضوع لم تكيف الاحداث بشكل يوحي بكون الافعال المنسوبة الى الظنين تمس شرف المشتكي او اعتباره،

وذلك يجعل قرارها منعدم التعليل.
بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية،
حيث، انه بمقتضى الفصل (347) في فقرته السابعة والفصل (352) في فقرته
الثانية من نفس القانون يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية
والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.
وحيث، ان القرار المطعون فيه ادان العارض من اجل جنحة القذف بشهر واحد
حبسا نافذا وبادائه تعويضا مدنيا لطالبه بنياس الحاج الحسن وقدره ثلاثة الاف
درهم وذلك طبقا للفصلين (44) و(47) من قانون الصحافة.
وحيث، ان الفصل (47) من قانون الصحافة المشار اليه يشير للعقاب عن القذف
الموجه الى الافراد باحدى الوسائل المبنية في الفصل (38) من نفس القانون،
وذلك اما بواسطة الخطب او الصراخ او التهديدات المفوه بها في الاماكن
والاجتماعات العمومية كما ان الفصل (44) من نفس القانون يقتضي نسبة عمل
شائن يمس بشرف الشخص او حرمة.
وحيث، ان القرار المطعون فيه وكذلك الحكم الابتدائي المؤيد به مبدئيا لم يبرز
كل منهما ان الطاعن قام بارتكاب جنحة القذف ضد المطالب بالحق المدني
باحدى الوسائل المشار اليها انفا كما انه لم يبرز ان ما قام به المتهم يمس
بشرف او شخص الضحية مما تكون معه المحكمة لم تبين قرارها على اساس
صحيح من القانون ولم تعلل ما قضت به تعليلا كافيا وبذلك يكون قرارها معرضا
للقض والابطال.

من اجله
ومن غير حاجة الى بحث باقي الوسائل المستدل بها على النقض.
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف باكادير
بتاريخ 28 جمادي الثانية 1398 الموافق خامس يونيه 1978 وباحالة القضية على
نفس المحكمة لتبت فيها من جديد طبق القانون وهي متركبة من هيئة اخرى
وبارجاع المبلغ المودع لمودعه وعلى المطلوب في النقض بالصائر وقدره مائتا
درهم يستخلص طبق الاجراءات المقررة في قبض صوائر الدعاوى الجنائية مع
تحديد الاجبار في ادنى امده القانوني.

ع 1159 (س 22)

تاريخ الحكم

1979/05/07

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 29

في الملف الجنائي رقم: 52160

موظف... مفهومه... التشريع الجنائي:

قاعدة:

* يعد موظفا عموميا في تطبيق احكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته يعهد اليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة او مهمة ولو مؤقتة باجر او بدون اجر يساهم بها في خدمة الدولة او المصالح العمومية او الهيئات البلدية او المؤسسات العمومية او مصلحة ذات نفع عام.

* شركة استثمار اراضي الدولة الفلاحية تعتبر مصلحة ذات نفع عام كما يعتبر مستخدموها موظفون بها تسري عليهم احكام التشريع الجنائي.

* يتعرض للنقض حكم المحكمة التي قررت ان شركة استثمار الاراضي الفلاحية تعتبر ذات نفع خاص وانها مختصة بالنظر في الجرائم المنسوبة لمستخدميها بدل محكمة العدل الخاصة.

وبعد المداولة طبقا للقانون:

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان الوسيلة الوحيدة النقض المتخذة من ان المطلوبين في النقض كانوا وقت ارتكاب الافعال المنسوبة اليهم يعملون بشركة استثمار الاراضي الفلاحية التي تعتبر مؤسسة شبه عمومية وان القدر المختلس يفوق خمسة الاف درهم وبذلك فان المحكمة المختصة هي محكمة العدل الخاصة وبالتالي فان القرار المطعون فيه صدر خرقا للقانون فيتعين نقضه وابطاله.

بناء على الفصلين الاول والواحد والثلاثين من الظهير الشريف المؤسس لمحكمة العدل الخاصة الصادر بتاريخ 27 شعبان 1392 الموافق لسادس اكتوبر 1972 والفصل (224) من مجموعة القانون الجنائي.

حيث ينص الفصل الاول من الظهير المذكور انه خلافا لمقتضيات النصوص الصادرة بتنظيم المحاكم وتحديد اختصاصها وتاليها ولمقتضيات قانون المسطرة الجنائية تحدث محكمة تدعى "محكمة العدل الخاصة" يعهد اليها طبق الشروط المنصوص عليها في الفصل (31) بالنظر دون غيرها من المحاكم الاخرى في الجرائم المحددة والمعاقب عليها بالفصل (32) وما يليه الى غاية الفصل (39). وحيث، ينص الفصل (31) من نفس الظهير انه خلافا لمقتضيات الفصل (241) وما يليه من القانون الجنائي فان الجرائم المشار اليها في الفصل (32) وما يليه تختص بالنظر فيها محكمة العدل الخاصة ويعاقب عليها طبق ما هو منصوص عليه في الفصول المذكورة اذا كان مجموع التبديد او الاختلاس يبلغ قيمة تساوي او تتجاوز خمسة الاف درهم.

وحيث، ينص الفصل (224) من مجموعة القانون الجنائي انه يعد موظفا عموميا في تطبيق احكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد اليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة او مهمة ولو مؤقتة باجر او بدون اجر يساهم بذلك في خدمة الدولة او المصالح العمومية او الهيئات البلدية او المؤسسات العمومية او مصلحة ذات نفع عام.

وحيث، يتجلى مما ذكر ومن الاطلاع على وثائق الملف ان شركة استثمار اراضي الدولة الفلاحية تعتبر مصلحة ذات نفع عام وان المطلوبين في النقض يعتبرون موظفين بها.

وحيث، يتبين من مراجعة الخبرة المجراة في النازلة ان المبلغ المختلس يفوق خمسة الاف درهم.

وحيث، تكون بذلك المحكمة المختصة بالنظر في النازلة هي محكمة العدل الخاصة لا المحكمة الابتدائية بسوق اربعاء الغرب ومحكمة الاستئناف بالرباط. وعليه فان القرار المطعون فيه الذي قضى باختصاص محكمة الاستئناف بالنظر في النازلة باعتبار شركة استثمار الاراضي الفلاحية شركة ذات نفع خاص يكون قد صدر خرقا للمقتضيات الانفة الذكر.

من اجله

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ ثالث ربيع الثاني 1395 الموافق لخامس عشر ابريل 1975 في القضية ذات الرقم (75/119) وباحالة النازلة على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى لتبت فيها من جديد طبق القانون وعلى المطلوب في النقض بالصائر تضامنا بينهم وقدره مائتا درهم يستخلص طبق الاجراءات المقررة في قبض صوائر الدعاوى الجنائية مع تحديد الاجبار في ادنى امده القانوني.

كما قرر اثبات قراره هذا في سجلات محكمة الاستئناف بالرباط اثر الحكم المطعون فيه او بطرته.

نوع الحكم

رقم الحكم

5734

تاريخ الحكم

1992/07/23

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 47

ملف جنحي 90 14168

مفهوم الموظف العمومي في القانون الجنائي - اثاره العذر القانوني.
- البنك الشعبي يعتبر مؤسسة عمومية تقوم بخدمات ذات نفع عام حسب
الفصل الثالث من المرسوم الملكي المؤرخ في 21 ابريل 1967 وبالتالي
فالمستخدمون به يعتبرون موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من
مجموعة القانون الجنائي.
- العذر القانوني اذا لم تقع اثارته من طرف من يعنيه الامر امام محكمة العدل
الخاصة لا يؤدي عدم القاء سؤال بشأنه الى نقض الحكم وابطاله.
وفي الموضوع : في شان وسيلتي النقض الاولى والثالثة مجتمعيتين المتخذة
اولاهما من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق القواعد
الجوهرية للمسطرة وخاصة مقتضيات الفصل 26 من القانون المؤسس
لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان دفاع العارض سبق له ان تقدم امام المحكمة
بدفع يرمي الى عدم الاختصاص ويلتمس اجراء البحث واستدعاء الشهود ،
وان المحكمة اصدرت حكما عارضا ورد في الصفحتين السابعة والثامنة قضى

برفض الدفع والملتمس دون ان تبين ما اذا كان الحكم صدر بالاغلبية وبما ان مقتضيات الفصل 26 الانف الذكر ينص على : وتتخذ باغلبية الاصوات المقررات المتعلقة بقبول ورفض الظروف المخففة وكذا المقررات المتعلقة بالاختصاص او عوارض الجلسة وان الحكم جاء خاليا من هذه الاشارة والمتخذة ثانيتها من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق مقتضيات الفصلين 19 و20 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان الفصل 19 ينص على : اذا ارتأى الرئيس ان التحقيق غير كامل او اذا وقع اكتشاف عناصر جديدة بعد احالة القضية على المحكمة جاز له ان يامر بجميع اعمال التحقيق التي يراها مفيدة وان الفصل 20 ينص على : يخول للرئيس سلطة تقديرية يمكنه ان يمدد بموجبها جميع المقررات او يامر باتخاذ جميع التدابير التي يراها مفيدة للكشف عن الحقيقة طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصلين 464 و465 من قانون المسطرة الجنائية ويجوز له على الخصوص اثناء المناقشة الامر بتقديم كل وثيقة يراها مفيدة لابرار الحقيقة كما يمكنه ان يستدعي ولو عن طريق الاوامر بالحضور او الاستقدام كل شخص يرى من اللازم الاستماع اليه. " وبما ان الاستماع الى الشهود المضمنة اسماءهم بقرار السيد قاضي التحقيق باجراء بحث تكميلي لم يتم ، وبما ان دفاع العارض تقدم بملتمس ذلك الشأن الا ان المحكمة رفضت ذلك رغم ان الاستماع لاولئك الشهود كان يؤثر على مجرى القضية ويثبت براءة المتهم. وان المحكمة حينها اصدرت حكمها بشأن هذا الملمس ولم تتخذ حكمها باغلبية الاصوات وانها لم تبرر تراجعها عن القرار السابق الذي سبق ان اتخذته ولا الاسباب التي ادت الى عدم تنفيذ ما قرره حيث انه من جهة فان المحكمة قررت رفض الدفعين المستدل بهما اعلاه باغلبية الاصوات اذ جاء في اخر صفحة من الحكم المطعون فيه ما يلي : تصرح المحكمة باختصاصها للنظر في هذه القضية وبعدم اجراء بحث تكميلي ولا داعي لاستدعاء الشهود وذلك بعد التصويت بالاغلبية ، ومن جهة اخرى فان المحكمة بررت عدم اجراء بحث تكميلي واستدعاء الشهود وفق ما ورد اعلاه بان ذلك اصبح مستحيلا بعدما قررت انتداب من يستمع اليهم باحدى المدن الاسبانية ولم يتم ذلك لتعذر الاستماع اليهم ومن ثمة فلم يبق مجال للقول بخرق الفصول المذكورة مما تكون معه الوسيطتان غير مجديتين. وفي شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني - خرق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 22 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان هذا الفصل ينص على : ويجب على الطرف المدني ان يقدم الى قاضي التحقيق او النيابة العامة او محكمة العدل الخاصة جميع البيانات او الوثائق المكتوبة اللازمة لاثبات حقيقة الاختلاس. وان البنك الشعبي الذي حكمت له المحكمة بما طلب لم يقدم اي بيان او

وثيقة تثبت الاختلاس المزعوم.

حيث يتجلى من وثائق الملف ان البنك الشعبي قدم بيانات كتابية تشتمل على عدة اختلاسات ضد عدد من زبائنه الا ان المتهم قام برد عدة مبالغ الى اصحابها كما هو مفصل في الحكم عدا المبلغ المحكوم به وهو 3575 درهما التي لم يردها المتهم الى المطالب بالحق المدني او الى غيره مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

وفي شان وسيلة النقض الرابعة المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق مقتضيات الفصل 24 من القانون المؤسس لمحكمة العدل الخاصة ذلك ان هذا الفصل ينص على : يطرح الرئيس الاسئلة حسب الترتيب الاتي : هل المتهم مدان بالفعل المنسوب اليه. هل ارتكب هذا الفعل في هذا الطرف او ذاك من الظروف المشددة ؟ هل ارتكب هذا الفعل في هذه الحالة او تلك من حالات الاعذار القانونية ويتداول اعضاء المحكمة ثم يصوتون بنعم او بلا على الاسئلة المطروحة باغلبية الاصوات وبالرجوع الى الحكم المطعون فيه نجده طرح السؤال الاول فقط بعد انتهاء المناقشات دون التطرق الى السؤالين الثاني والثالث مما يعد خرقا للفصل 24 الانف ذكره.

حيث ان الحكم المطعون فيه اورد في اسفل صفحته الثامنة ، واثر الاسئلة مباشرة ما يلي : " ثم تداولت الهيئة الحاكمة في شان وجود ظروف مخففة او عدم وجودها في حق المدان التوازني مروان رشيد وبعد اجراء عملية التصويت طبقا لمقتضيات الفصل 24 من قانون محكمة العدل الخاصة قررت المحكمة بالاغلبية وانه توجد ظروف مخففة في حقه " بما يتبين معه ان المحكمة طبقت الفصل المذكور تطبيقا سليما ومما تكون معه الوسيلة على غير اساس. واما العذر القانوني فلم يقع الدفع به امام المحكمة ، كما ان الظروف المشددة لا مصلحة للطاعن في اثارتها.

وفي شان وسيلة النقض الخامسة المتخذة من خرق القانون عدم الارتكاز على اساس قانوني ضعف التعليل وعدم كفايته الذي يوازن انعدامه ذلك ان العارض سبق له ان تقدم بدفع بعدم اختصاص محكمة العدل الخاصة بالنظر في قضيته لانه يعتبر مستخدما تابعا للبنك الشعبي حيث كانت مهمته في برشلونة تقتصر على ارشاد المغاربة العاملين هناك الى كيفية فتح الحسابات وارسال الحوالات الى حساباتهم بالبنك الشعبي بالمغرب وانه لم يكن بحكم عمله هناك يتلقى اية اموال سواء كانت عامة او خاصة. وانه باعتباره مستخدما في البنك المذكور فانه لا يمكن ان يعتبر في حكم الموظف ما دام هذا البنك مثله مثل سائر الابناك يقوم بعملية ذات طبيعة تجارية ويساهم فيه اشخاص طبيعيون او معنويون. وان المنفعة التي يحققها لا تختلف عن المنافع التي يحققها سائر الابناك فهو يتلقى الودائع ويسلم القروض بالفوائد ويقدم خدمات لزبائنه بالمقابل. وهذا هو الدور الذي تقوم به الابناك الاخرى سواء

كانت الدولة مساهمة فيها او لم تكن ولهذا فلا يمكن ان يعتبر العارض في حكم الموظف المنتمي لمؤسسة عمومية بمفهوم القانون الاداري.

حيث ان الحكم المطعون فيه قد اورد بهذا الصدد ما يلي : حيث ان البنوك الشعبية حسب ما تضمنته النصوص القانونية المؤسسة لها او تلك التي لها علاقة بها وخاصة الظهير الشريف رقم 1660.232 المؤرخ في 16 شعبان 1380 موافق ثاني فبراير 1961 والمرسوم الملكي رقم 67.66 المؤرخ في 10 محرم 1387 موافق 21 ابريل 1967 الصادر بمثابة قانون يتعلق بالهيئة البنكية والقرض الذي خصص فقرة من فصله الثالث لاجهزة القرض الشعبي ويعتبر تلك الابناك بحسب ما توفرت عليه من خصائص بمقتضى تلك النصوص مؤسسة عمومية تقوم بمصلحة ذات نفع عام وبالتالي فان العاملين بها يعتبرون موظفين عموميين خاضعين لمقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي الامر الذي يجعل هذا الدفع غير مبني على اساس ويتعين رفضه

وفي شان وسائل النقض السادسة والسابعة والثامنة مجتمعة ، المتخذة اولها من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق قواعد جوهرية للمسطرة انعدام التعليل ذلك ان المحكمة صنفت الاسئلة التي القتها والمتعلقة بالوقائع المنسوبة للعارض. فهناك اسئلة ترتبط باختلاس اموال عامة واخرى ترتبط باختلاس اموال خاصة. وانها اعتبرت ان الفعل الذي ارتكبه العارض يشكل اختلاسا لاموال عامة او خاصة قام بها موظف عمومي. وان المحكمة لم تبين ما اذا كان العارض بالفعل موظفا عموميا او هو فقط مستخدم بالبنك الشعبي اذ انه لا يخضع في عمله الى مقتضيات القانون المنظم للوظيفة العمومية. كما ان البنك الشعبي يقاضي مستخدميه امام محاكم الشغل والقرارات الصادرة من طرف مديره لا تعتبر قرارات ادارية. والمتخذة ثانيتهما من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني ، انعدام التعليل وعدم كفايته وتحريف الوقائع ذلك انه وقعت الاشارة في الاسئلة التي طرحتها المحكمة في السؤال الاول والثالث الى ان العارض اختلس من الاموال العامة التي كانت تحت يده بسبب وظيفته ، في حين لم يثبت في الملف انه تسلم اموالا عامة اذا لم يكن مكلفا بتلقي الودائع من الزبناء وليس له اي صندوق يضع فيه تلك الاموال بل ان عمله كان في مقر القنصلية كمرشد ولا حق له بتلقي اية اموال من الزبناء في دولة اجنبية كما ان البنك لم يكن يؤمنه على اية اموال

والمتخذة ثالثتها من خرق القانون - عدم الارتكاز على اساس قانوني خرق القواعد الجوهرية للمسطرة انعدام التعليل وعدم كفايته تحريف الوقائع والتناقض في اجراء الحكم ذلك ان هذا الاخير اورد في اسئلته المتعلقة بوقائع الدعوى انه مرة يصف الاموال التي اختلسها العارض بانها عامة واخرى بانها خاصة دون ان يعطي اي مقياس من المقاييس التي اعتمدها للفرقة بين

طبيعة تلك الاموال. كما انه لم يشر في الاسئلة المتعلقة بالاموال الخاصة رقم 3 - 5 - 6 - 7 - 8 الى انه قام باختلاس هذه الاموال بحكم وظيفته في حين ان الفصل 31 من قانون محكمة العدل الخاصة يشترط انه كان يتصرف فيها بحكم وظيفته

حيث انه من جهة فان العارض لم يكن في وسعه ان يقوم باختلاس الاموال لو لم يكن ملحقا بالقنصلية المغربية ببرشلونة باسبانيا لمساعدة العمال المغاربة هناك على تحويل اموالهم الى الاباتك الشعبية بالمغرب. وهذا هو الذي يسهل له القيام باختلاس اموالهم والاستفادة منها لفائدته الشخصية ، ومن جهة اخرى فانه كان يقوم باختلاس اموال خاصة باعتبار انه كان يستملها بسبب وظيفته المذكورة ويقوم بتحويلها الى فائدته هو بدل تحويلها الى مكانها حسب رغبة مودعيها على ان قيامه باحد الاختلاسين كاف في قيام الجريمة في حقه ، ومن جهة ثالثة فانه خلافا لما يدعيه العارض فان الاسئلة التي ذكرها العارض اعلاه تتضمن كلها انه كان يقوم بالاختلاس المذكور بسبب وظيفته اذ لولا هذه الاخيرة لما امكنه القيام بما نسب اليه كما انه لم يبين ما هو التناقض الواقع في اجزاء الحكم مما تكون الوسائل غير حرة بالاعتبار من جهة وغير مقبولة من جهة اخرى. وحيث ان الحكم المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني الماخوذ به كما انها تبرر العقوبة المحكوم بها.

لهذه الاسباب

قضى برفض الطلب المقدم من طرف التوازي مروان رشيد ضد الحكم الصادر عن محكمة العدل الخاصة بتاريخ ثاني اكتوبر 1989 في القضية عدد 837 وبان المبلغ المودع اصبح ملكا لخزينة الدولة.

البلد

نوع الحكم

رقم الحكم 1/1796

تاريخ الحكم 2000/10/25

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

امجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 57 - 58

ملف جنائي عدد 7783 / 2000

- محكمة العدل الخاصة - سؤال - تضمينه عدة افعال لابرار عناصر جريمة واحدة في حق متهم واحد - الامر بايداع المتهم في السجن.
- الادلاء بمستنتجات النيابة العامة الكتابة (لا) - تطبيق الفصل 28 (نعم).
بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عليها لابرار عناصر الجريمة وكيفية ارتكابها تقوم مقام التعليل.
قانون محكمة العدل الخاصة قانون خاص والفصل 28 المحتج به هو القابل للتطبيق لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه في السجن كتابة.

في شان وسائل النقض الاولى والثانية والرابعة مجتمعة المتخذة من انعدام الاساس وانعدام التعليل وتحريف الوقائع وخرق القانون وخاصة الفصل 27 من ظهير 6 / 10 / 72 المتعلق باحداث محكمة خاصة للعدل والفصل 352 من قانون المسطرة الجنائية الخاصة تدع باسباب ويجب ان يشار فيها الى استيفاء جميع الاجراءات المنصوص عليها في هذا الظهير وتحرر طبقا لمقتضيات الفصل 347 من قانون المسطرة الجنائية وينص الفصل 352 من هذا القانون على بطلان كل حكم ليس معللا باسباب. وانه بالرجوع الى الحكم المطلوب نقضه نجده لا يتضمن اي تعليل لما قضى به من ادانة الطالب، ولا اية مناقشة او اشارة لها عرفته القضية من تصريحات وما تحتوي عليه من محاضر وبيانات خاصة وان المتابعة في البداية وجهت اساسا ضد احمد الذي اعترف بقيامه وحده بالاختلاس دون علم الطالب في حين ادين العارض بالاختلاس دون تقديم اي بيان عن الاسباب التي جعلت المحكمة تقتنع بذلك.. كما ان الحكم قضى بادانة الطالب بانه اختلس بمساهمة الغير مبلغ 200.000 درهم بعد اتفاق سابق وانه بالرجوع الى محتويات الملف بما في ذلك السؤالين الاول والثاني يتضح غياب اية واقعة تتعلق بالاختلاس او بالمساهمة او بالاتفاق مع الغير وان السؤال الاول اكتفى بالقول بان العارض استولى على المبلغ المذكور صحبة الغير للتصرف فيه دون وجه حق دون بيان كيف قام بهذا الاختلاس ومتى وماهية الوسائل التي جعلت المحكمة تقتنع بذلك ومتى وقع الاتفاق على ذلك مع الغير، ثم ان المحكمة اعتبرت ان الدليل على قيام الطالب بالاختلاس هو انه نقل الكيس من السيارة ووضعه قرب شبك الزايدي المعطي الذي لم يكن موجودا بالشباك وانه عوض بقائه بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة غادر المكان " الموجود به دون رقابة

" وتوجه وجهة اخرى لاداء معاش امرأة باحدى الشبايبك في حين ان كل الشهود بمن فيهم الزايدي المعطي اكدوا امام المحكمة ان ما جرى به العمل هو ان يترك الطاعن كيس النقود بمكتب شباك العلمي عندما لا يجد الزايدي المعطي بمكتبه وان ما قام به الطالب كان عاديا ولا يمكن ان يعتمد في اثبات سوء نية، فضلا عن ذلك فان المحكمة حرفت الوقائع لما ضمنت السؤال ان الطالب وضع الكيس " قرب شباك الزايدي المعطي " وانصرف في حين ان الثابت من المف انه ترك الكيس بمكتب شباك السيد العلمي، ولما قالت ان العارض غادر المكان الموجود به الكيس دون رقابة في حين ان المكان مراقب ويوجد به السيد العلمي.

ومن جهة اخرى فان الحكم المطعون فيه جمع السؤال الفريد المتعلق بالمتهم بين اختلاسه لمبلغ 200.000 درهم وقيامه بذلك بمساهمة الغير وباتفاق سابق وكونه عمد صحبة الغير الى الاستيلاء على المال اضافة الى بقية الوقائع، مما يكون تعقيدا ونقصانا في التعليل ومما يكون معه الحكم معرضا للنقض والابطال.

حيث انه بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عنها تقوم مقام التعليل. وحيث يتجلى من الحكم المطعون فيه الذي ادان العارض بما ذكر اعلاه ان السؤال الوحيد الذي القاه الرئيس على الهيئة الحاكمة والمجاب عنه بنعم في حق الطاعن ورد كالاتي: " هل المتهم حراث بو علي ابن بو شعيب بن امبارك مدان بكونه خلال سنة 1999 وهو موظف عمومي يشغل منصب مفتش مساعد بالخزينة العامة بالرباط ومكلف بمهمة جلب الاموال الضرورية لتمويل صناديق الخزينة العامة للمملكة من بنك المغرب وصندوق الايداع والتدبير اختلس بمساهمة الغير وبعد اتفاق سابق مبلغ 200.000.00 درهم من الاموال العامة التي كانت تحت يده بحكم وظيفته ذلك انه صباح يوم 14 / 4 / 1999 توجه صبة الغير الى بنك المغرب لصرف شيك بمبلغ 200.000.00 درهم لفائدة مصالح الخزينة العامة وانه بعد حيازة المبلغ المذكور اعلاه على شكل سبع رزم فئة 200 درهم وست رزم اخرى من فئة 100 درهم وبعد احصائه وعده وضعه صحبة الغير بالكيس المخصص لذلك والاتجاه به الى الخزينة العامة في سيارة مدرعة معدة خصيصا لهذا الغرض عمد المتهم المذكور اعلاه صحبة الغير الى الاستيلاء على مبلغ (200.000.00 درهم) من اصل المبلغ المذكور اعلاه للتصرف فيه دون وجه حق وعمل على نقل الكيس من السيارة ووضعه قرب شباك الزايدي المعطي الذي لم يكن موجودا انذاك بالشباك وعوض بقاء المتهم بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة فيه الى حين حضور امين الصندوق الرئيس لعد المبلغ بحضوره وقيمة المبلغ المذكور والتوقيع له في كناش معد لهذا الغرض غادر المكان الموجود به الكيس دون

رقابة وتوجه الى وجهة اخرى لاداء معاش امرأة بجانب الشبايك الى ان حضر امين الصندوق ووجد الكيس دون رقابة وعده صحبة ادريس خيي الموظف بالخزينة العامة ووجد الخصاص بالكيس بالمبلغ المذكور اعلاه والتي لم يجد له المتهم تبريرا ولا تسديدا في الحال ". مما يتبين معه ان الامر يتعلق بجريمة واحدة ومتهم واحد ولا يعتبر السؤال معقدا ولو تعددت الافعال الواردة فيه ما دام ذكرها ضروريا لابرار عناصر الجريمة بكاملها وكيفية ارتكابها مما يكون معه الحكم قد ابرز العناصر الواقعية والقانونية للفعل بما فيه الكفاية دون اي تحريف للوقائع. وان باقي ما انتقد على الحكم يشكل مناقشة ومجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بالفقرة الثانية من الفصل 568 من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسائل الاربع غير مرتكزة على اساس.

وفي شان وسيلة النقض الخامسة المتخذة من خرق القانون وخاصة مقتضيات الفصل 28 من القانون المنظم لمحكمة العدل الخاصة والفصل 36 من قانون المسطرة الجنائية انعدام التعليل، ذلك ان دفاع العارض اثار امام المحكمة اثر تقديم النيابة العامة طلب تطبيق الفصل 28 المذكور مجموعة من الدفوع ترمي الى وجوب تقديم هذا الطلب مكتوبا وفقا للفقرة الاولى من الفصل 36 المشار اليه. وان المحكمة لما طبقت الفصل 28 على الطالب دون ان يكون الملتمس مكتوبا تكون قد خرقت الفصلين المذكورين، كما اثار ان تطبيق الامر بالقضاء القبض يجب ان تكون هناك اسباب واقعية وقانونية تبرر ذلك ولا يمكن تطبيقه على من مثل امام المحكمة في حالة اعتقال ومنحته السراح المؤقت خلال المحاكمة. ورغم اثار هذه الدفوع والالتماس بالاشهاد بتقديمها في محضر الجلسة فان المحكمة لم تلتف اليها ولم تشر في حكمها الى تقديمها ولم تناقشها كما انها خرقت مقتضيات الفصل 28 من القانون محكمة العدل الخاصة لعدم تقديم اي ملتمس كتابي مما يكون معه حكمها معرضا للنقض والابطال.

حيث انه من جهة لا ينتج من تنسيقات الحكم المطعون فيه ولا من اوراق الملف اثار هذه الدفوع امام محكمة الموضوع، وانما تثار لأول مرة امام المجلس الاعلى مما يكون معه هذا الفرع مخالفا للواقع. وحيث انه من جهة اخرى فان قانون محكمة العدل الخاصة هو قانون خاص وان الفصل 28 منه المحتج به وهو القابل للتطبيق، لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه السجن كتابة. وان المحكمة حين طبقته بناء على طلب النيابة العامة تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما مما يكون معه هذا الفرع من الوسيلة غير مرتكز على اساس. وحيث ان الحكم المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي

صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني
الماخوذ به كما انها تبرر العقوبة المحكوم بها.
من اجله

قضى برفض الطلب المرفوع من المسمى حراث بو علي بن بو شعيب ضد
الحكم الصادر عن محكمة العدل الخاصة بالرباط بتاريخ 18 يناير 2000 في
القضية ذات العدد 1270 وحكم على صاحبه بالصائر وقدره الف درهم يستخلص
طبق الاجراءات المقررة في قبض صوائر الدعاوي الجنائية مع تحديد الاجبار
في ادنى امده القانوني.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه بقاعة
الجلسات العادية بالمجلس الاعلى الكائن بشارع النخيل حي الرياض بالرباط

البلد

نوع الحكم

رقم الحكم 1/1796

تاريخ الحكم 2000/10/25

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 57 - 58

ملف جنائي عدد 7783 / 2000

- محكمة العدل الخاصة - سؤال - تضمينه عدة افعال لابرار عناصر جريمة
واحدة في حق متهم واحد - الامر بايداع المتهم في السجن.
- الادلاء بمستنتجات النيابة العامة الكتابة (لا) - تطبيق الفصل 28 (نعم).
بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها
الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عليها لابرار عناصر الجريمة وكيفية
ارتكابها تقوم مقام التعليل.
قانون محكمة العدل الخاصة قانون خاص والفصل 28 المحتج به هو القابل
للتطبيق لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه في
السجن كتابة.
باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون
حيث ان طالب النقض كان يوجد رهن الاعتقال خلال الاجل المضروب لطلب
النقض فهو معفى بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 581 من قانون
المسطرة الجنائية من الايداع المقرر بالفقرة الاولى من نفس الفصل.
وحيث انه ادلى بمذكرة لبيان وجوه الطعن بامضاء الاستاذ خالد السفياني
المحامي بالرباط والمقبول للترافع امام المجلس الاعلى.
وحيث كان الطلب علاوة على ذلك موافقا لما يقتضيه القانون فانه مقبولا
شكلا.

في شان وسائل النقض الاولى والثانية والرابعة مجتمعة المتخذة من انعدام
الاساس وانعدام التعليل وتحريف الوقائع وخرق القانون وخاصة الفصل 27 من
ظهير 6 / 10 / 72 المتعلق باحداث محكمة خاصة للعدل والفصل 352 من
قانون المسطرة الجنائية الخاصة تدع باسباب ويجب ان يشار فيها الى
استيفاء جميع الاجراءات المنصوص عليها في هذا الظهير وتحرر طبقا
لمقتضيات الفصل 347 من قانون المسطرة الجنائية وينص الفصل 352 من هذا
القانون على بطلان كل حكم ليس معللا باسباب. وانه بالرجوع الى الحكم
المطلوب نقضه نجده لا يتضمن اي تعليل لما قضى به من ادانة الطالب، ولا
اية مناقشة او اشارة لها عرفت القضية من تصريحات وما تحتوي عليه من
محاضر وبيانات خاصة وان المتابعة في البداية وجهت اساسا ضد احمد الذي
اعترف بقيامه وحده بالاختلاس دون علم الطالب في حين ادين العارض
بالاختلاس دون تقديم اي بيان عن الاسباب التي جعلت المحكمة تقتنع
بذلك.. كما ان الحكم قضى بادانة الطالب بانه اختلس بمساهمة الغير مبلغ
200.000 درهم بعد اتفاق سابق وانه بالرجوع الى محتويات الملف بما في
ذلك السؤالين الاول والثاني يتضح غياب اية واقعة تتعلق بالاختلاس او
بالمساهمة او بالاتفاق مع الغير وان السؤال الاول اكتفى بالقول بان العارض
استولى على المبلغ المذكور صفة الغير للتصرف فيه دون وجه حق دون
بيان كيف قام بهذا الاختلاس ومتى وماهية الوسائل التي جعلت المحكمة
تقتنع بذلك ومتى وقع الاتفاق على ذلك مع الغير، ثم ان المحكمة اعتبرت ان
الدليل على قيام الطالب بالاختلاس هو انه نقل الكيس من السيارة ووضعه
قرب شبك الزايدي المعطي الذي لم يكن موجودا بالشباك وانه عوض بقاءه
بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة غادر المكان " الموجود به
دون رقابة " وتوجه وجهة اخرى لاداء معاش امرأة باحدى الشبايك في حين
ان كل الشهود بمن فيهم الزايدي المعطي اكدوا امام المحكمة ان ما جرى
به العمل هو ان يترك الطاعن كيس النقود بمكتب شبك العلمي عندما لا
يجد الزايدي المعطي بمكتبه وان ما قام به الطالب كان عاديا ولا يمكن ان

يعتمد في اثبات سوء نية، وفضلا عن ذلك فإن المحكمة حرفت الوقائع لما تضمنت السؤال ان الطالب وضع الكيس " قرب شباك الزايدي المعطي " وانصرف في حين ان الثابت من المف انه ترك الكيس بمكتب شباك السيد العلمي، ولما قالت ان العارض غادر المكان الموجود به الكيس دون رقابة في حين ان المكان مراقب ويوجد به السيد العلمي.

ومن جهة اخرى فان الحكم المطعون فيه جمع السؤال الفريد المتعلق بالمتهم بين اختلاسه لمبلغ 200.000 درهم وقيامه بذلك بمساهمة الغير وباتفاق سابق وكونه عمد صحبة الغير الى الاستيلاء على المال اضافة الى بقية الوقائع، مما يكون تعقيدا ونقصانا في التعليل ومما يكون معه الحكم معرضا للنقض والابطال.

حيث انه بالنسبة للاحكام الصادرة عن محكمة العدل الخاصة فان الاسئلة التي يلقيها الرئيس على الهيئة الحاكمة والاجوبة عنها تقوم مقام التعليل. وحيث يتجلى من الحكم المطعون فيه الذي ادان العارض بما ذكر اعلاه ان السؤال الوحيد الذي القاه الرئيس على الهيئة الحاكمة والمجاب عنه بنعم في حق الطاعن ورد كالاتي: " هل المتهم حراث بو علي ابن بو شعيب بن امبارك مدان بكونه خلال سنة 1999 وهو موظف عمومي يشغل منصب مفتش مساعد بالخزينة العامة بالرباط ومكلف بمهمة جلب الاموال الضرورية لتمويل صناديق الخزينة العامة للمملكة من بنك المغرب وصندوق الايداع والتدبير اختلس بمساهمة الغير وبعد اتفاق سابق بمبلغ 200.000.00 درهم من الاموال العامة التي كانت تحت يده بحكم وظيفته ذلك انه صباح يوم 14 / 4 / 1999 توجه صبحه الغير الى بنك المغرب لصرف شيك بمبلغ 200.000.00 درهم لفائدة مصالح الخزينة العامة وانه بعد حيازة المبلغ المذكور اعلاه على شكل سبع رزم فئة 200 درهم وست رزم اخرى من فئة 100 درهم وبعد احصائه وعده وضعه صحبة الغير بالكيس المخصص لذلك والاتجاه به الى الخزينة العامة في سيارة مدرعة معدة خصيصا لهذا الغرض عمد المتهم المذكور اعلاه صحبة الغير الى الاستيلاء على مبلغ (200.000.00 درهم) من اصل المبلغ المذكور اعلاه للتصرف فيه دون وجه حق وعمل على نقل الكيس من السيارة ووضعه قرب شباك الزايدي المعطي الذي لم يكن موجودا انذاك بالشباك وعوض بقاء المتهم بجانب الكيس لمراقبة المبالغ المالية الموضوعة فيه الى حين حضور امين الصندوق الرئيس لعد المبلغ بحضوره وقيمة المبلغ المذكور والتوقيع له في كناش معد لهذا الغرض غادر المكان الموجود به الكيس دون رقابة وتوجه الى وجهة اخرى لاداء معاش امرأة بجانب الشبايك الى ان حضر امين الصندوق ووجد الكيس دون رقابة وعده صحبة ادريس خيي الموظف بالخزينة العامة ووجد الخصاص بالكيس بالمبلغ المذكور اعلاه

والتي لم يجد له المتهم تبريرا ولا تسديدا في الحال ". مما يتبين معه ان الامر يتعلق بجريمة واحدة ومتهم واحد ولا يعتبر السؤال معقدا ولو تعددت الافعال الواردة فيه ما دام ذكرها ضروريا لابرار عناصر الجريمة بكاملها وكيفية ارتكابها مما يكون معه الحكم قد ابرز العناصر الواقعية والقانونية للفعل بما فيه الكفاية دون اي تحريف للوقائع. وان باقي ما انتقد على الحكم يشكل مناقشة ومجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بالفقرة الثانية من الفصل 568 من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسائل الاربع غير مرتكزة على اساس.

وفي شان وسيلة النقض الخامسة المتخذة من خرق القانون وخاصة مقتضيات الفصل 28 من القانون المنظم لمحكمة العدل الخاصة والفصل 36 من قانون المسطرة الجنائية انعدام التعليل، ذلك ان دفاع العارض اثار امام المحكمة اثر تقديم النيابة العامة طلب تطبيق الفصل 28 المذكور مجموعة من الدفوع ترمي الى وجوب تقديم هذا الطلب مكتوبا وفقا للفقرة الاولى من الفصل 36 المشار اليه. وان المحكمة لما طبقت الفصل 28 على الطالب دون ان يكون الملتمس مكتوبا تكون قد خرقت الفصلين المذكورين، كما اثار ان تطبيق الامر بالقاء القبض يجب ان تكون هناك اسباب واقعية وقانونية تبرر ذلك ولا يمكن تطبيقه على من مثل امام المحكمة في حالة اعتقال ومنحته السراح المؤقت خلال المحاكمة. ورغم اثاره هذه الدفوع والالتماس بالاشهاد بتقديمها في محضر الجلسة فان المحكمة لم تلتف اليها ولم تشر في حكمها الى تقديمها ولم تناقشها كما انها خرقت مقتضيات الفصل 28 من القانون محكمة العدل الخاصة لعدم تقديم اي ملتمس كتابي مما يكون معه حكمها معرضا للنقض والابطال.

حيث انه من جهة لا ينتج من تنسيقات الحكم المطعون فيه ولا من اوراق الملف اثاره هذه الدفوع امام محكمة الموضوع، وانما تثار لأول مرة امام المجلس الاعلى مما يكون معه هذا الفرع مخالفا للواقع. وحيث انه من جهة اخرى فان قانون محكمة العدل الخاصة هو قانون خاص وان الفصل 28 منه المحتج به وهو القابل للتطبيق، لا يوجب ان يكون طلب النيابة العامة بايداع المحكوم عليه السجن كتابة. وان المحكمة حين طبقته بناء على طلب النيابة العامة تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما مما يكون معه هذا الفرع من الوسيلة غير مرتكز على اساس.

وحيث ان الحكم المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني

الماخوذ به كما انها تبرر العقوبة المحكوم بها.
من اجله

قضى برفض الطلب المرفوع من المسمى حراث بو علي بن بو شعيب ضد
الحكم الصادر عن محكمة العدل الخاصة بالرباط بتاريخ 18 يناير 2000 في
القضية ذات العدد 1270 وحكم على صاحبه بالصائر وقدره الف درهم
يستخلص طبق الاجراءات المقررة في قبض صوائر الدعاوي الجنائية مع
تحديد الاجبار في ادنى امده القانوني.

القرار عدد 5/5 الصادر بتاريخ

الحكم بالبراءة من جريمة – اختصاص المحكمة المدنية للنظر في مادية الفعل والضرر الناتج عنه –
نعم

2013/01/08

في الملف رقم 1986/1/5/2012

القاعدة:

الحكم بالبراءة من الجرح الخطأ وعدم الاختصاص في المطالب المدنية المتعلقة بها، وهو حكم لا يصرح بانتفاء مادية الجرح الخطأ بل مجرد البراءة من جريمته الذي لا يمنع القضاء المدني من النظر سواء في توفر ماديته أو توفر عناصر الضرر الناتج عنها إن وجدت لاختلاف الأساس القانوني للدعويين الجنائية والمدنية،

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث صح ما عابته الوسيلة، ذلك أن القرار اعتبر أن إدانة المطلوبة في النقض من أجل جريمة الاختطاف يفيد أن الفعل المرتكب عمدي وبالتالي فإن سقوط الطاعة من السيارة وإصابتها بجروح ناتج عن الجريمة المذكورة سيما وقد قضى القرار ببراءة المطلوب من جنحة الجروح دون عمد لاستغراقها بالجنائية المذكورة ولا يمكن المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر مرتين، في حين أن الحكم الجنائي الابتدائي والقرار الإستئنافي المؤيد له المدلى به في الملف يفيد أن التعويض الممنوح للطاعة يتعلق بما تعرضت له من ضرر جريمة الاختطاف فقط والبراءة من الباقي بما فيه الجرح الخطأ وعدم الاختصاص في المطالب المدنية المتعلقة بها، وهو حكم لم يصرح بانتفاء مادية الجرح الخطأ بل مجرد البراءة من جريمتها الذي لا يمنع القضاء المدني من النظر سواء في توفر ماديته من عدمه أو توفر عناصر الضرر الناتج عنها إن وجدت لاختلاف الأساس القانوني للدعويين الجنائية والمدنية، مما يجعل تعليل القرار فاسدا يوازي انعدام التعليل المبرر للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى طبقاً للقانون وتحميل المطلوبين الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد إبراهيم بولحيان والمستشارين السادة: الناظفي اليوسفي مقررًا ومحمد أوغريس وجواد انهاري ولطيفة أهضمون أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن هوداية وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة نجاة مروان.

نوع الحكم

رقم الحكم

7/1137

تاريخ الحكم

2000/02/24

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 59 - 60

الملف جنحي عدد: 99 / 7 / 6 / 20214

- تقادم العقوبة - بداية احتساب الاجل - اثار التقادم - غرفة الجنايات وصف الحكم بالجنحة - خضوعه للتقادم في الجنح (نعم).

ان تقادم العقوبة في المواد الجنائية يترتب عنه تخلص المحكوم عليه من مفعول الحكم اذا لم ينفذ داخل الاجال المحددة بمقتضى القانون.

ان المقصود بالعقوبة هي تلك التي تصدر بمقتضى حكم قضائي تبعا لنوع الجريمة التي ادين من اجلها المحكوم عليه.

تبتدئ مدة تقادم العقوبة من تاريخ صدور الحكم متى كان نهائيا وغير قابل للطعن... ويعتبر تاريخ صدور الحكم الغيابي عن غرفة الجنايات بداية لسريان مدة التقادم ان لم تطعن فيه النيابة العامة بالنقض.

إذا أصدرت غرفة الجنايات حكماً غيابياً ووصفت الأفعال المعروضة عليها بأنها جنحة ولم تطلب النيابة العامة نقض هذا الحكم، فإن العقوبة المحكوم بها تخضع للتقادم الجنحي بداية من تاريخ صدوره. المحكوم عليه بهذه الصفة متى سقطت العقوبة بالتقادم لا يسلم نفسه للسجن ولا يمكن القاء القبض عليه بعد ذلك قصد إعادة محاكمته أو تنفيذ نفس العقوبة.

وبعد المداولة طبقاً للقانون.

وفي الموضوع:

في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائياً من طرف المجلس الأعلى المتعلقة بخرق مقتضيات الفصول 509 و 690 و 692 من قانون المسطرة الجنائية. حيث يستفاد من أوراق الملف وتنصيصات القرار المطعون فيه أنه تبعا للمسطرة عدد 1971 وتاريخ 18 / 10 / 1985 المنجزة من طرف الدرك الملكي بتارجيست والمتضمن لشكاية المسمى قيد حياته أهرار لحسن مفادها أنه بنفس التاريخ تعرض بالحمام الذي يديره لاعتداء من طرف العارض عندما ضربه هذا الأخير إلى عينه اليسرى نتج عنه عجز مؤقت قدره سبعة عشر يوماً وذلك حسب الشهادة الطبية عدد 467 / 85 المضمنة بالملف.. فقد توبع العارض بجنحة الضرب والجرح طبقاً للفصل 400 من القانون الجنائي وأحيل على المحكمة الابتدائية بالحسيمة التي أصدرت بتاريخ 21 / 10 / 1985 حكماً تحت عدد 1749 قضى بآدانتها عنها وعقابه بشهر واحد حبساً وغرامة قدرها 250 درهما نافذين؛ وتاريخ 17 / 12 / 1985 استأنف الوكيل العام للملك الحكم المذكور بعلّة أن الضحية دخل إلى المستشفى وتوفي نتيجة لما تعرض له من الاعتداء فأصدرت الغرفة الجنحية لمحكمة الاستئناف بالمدينة المذكورة قراراً تحت عدد 295 وتاريخ 02 / 4 / 1986 قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وبعدم الاختصاص نظراً لكون الوقائع المنسوبة إلى المتهم تكتسي صبغة جنائية... وبناءً على هذا القرار أحيل ملف العارض على غرفة الجنايات بنفس المحكمة بتهمة الضرب والجرح المفضيين إلى الموت دون نية إحداثه طبقاً للفصل 403 من القانون الجنائي وبعد إجراء المسطرة الغيابية في حقه أصدرت الغرفة المذكورة قرارها الغيابي بتاريخ 30 / 7 / 1993 تحت عدد 110 (ملف رقم 76 / 89) قضى بعد إعادة تكييف الوقائع بآدانتها عن جنحة الضرب والجرح طبقاً للفصل 400 من القانون الجنائي بسنة واحدة حبساً وغرامة 500 درهم نافذتين وذلك بعلّة أنه لم يثبت ما يفيد أن الضحية قد توفي من جراء الاعتداء الذي تعرض له من المتهم وبعد القاء القبض على هذا الأخير بتاريخ 4 / 2 / 1999 حوكم من جديد وفق المسطرة العادية حيث صدر القرار المطعون فيه

حسب منطوقه المشار اليه اعلاه... وقد عللت ما قضت به الغرفة من رفض الدفع بتقادم العقوبة بما يلي: "حيث ان دفاع المتهم دفع بان الفصل 509 من قانون المسطرة الجنائية يشترط لاعادة محاكمة المتهم الذي حوكم بمقتضى المسطرة الغيابية بالا تكون العقوبة الصادرة في حقه قد سقطت بالتقادم وبما ان مؤازره قد حكم عليه غيابيا بتاريخ 30 / 7 / 93 من اجل جنحة فان العقوبة تكون قد تقادمت... وحيث ان القانون وحدة متكاملة وبالتالي ينبغي فهم الفصل 509 المحتج به في اطار ما قبله وما بعده من الفصول.. وحيث ان المتهم المحال على غرفة الجنايات اذا تعذر القاء القبض عليه طبقت في شأنه المسطرة الغيابية طبقا للفصل 499 من قانون المسطرة الجنائية وما يليه... ويبقى خاضعا للاعتقال واعادة المحاكمة ولو كلفت غرفة الجنايات الافعال بالجنحة كما هو الحال في النازلة ولا يحق له ممارسة حق الطعن بالتعرض.. وتبعاً لذلك فان المقصود بسقوط العقوبة بالتقادم المنصوص عليها في الفقرة الاولى من الفصل 509 هي العقوبة المقررة للفعل الذي كان المتهم متابع به اصلا وهي جناية الضرب والجرح المفضي الى الموت دون نية احداثه وذلك على اعتبار ان الحكم والاجراءات المتخذة منذ الامر بالمسطرة الغيابية تسقط كلها بحكم القانون ويبقى المتهم متابعاً باصل المتابعة التي هي جناية.. وحيث والحالة هذه فان الدفع بالتقادم لا اساس له ويتعين رفضه".

لكن: حيث من جهة فاذا كان مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 509 من قانون المسطرة الجنائية تقضي بانه "اذا سلم المحكوم عليه غيابيا نفسه للسجن او اذا قبض عليه قبل اسقاط عقوبته بالتقادم" فان المقصود بالعقوبة وخلافا لما ذهب اليه القرار المطعون فيه هي تلك التي وردت في الحكم الغيابي وليس العقوبة المقررة للجريمة بمقتضى القانون ذلك ان المشرع عندما تناول موضوع تقادم العقوبات في المواد الجنائية طبقا للفصول 688 وما يليه من قانون المسطرة الجنائية فقد قصد بذلك العقوبات التي صدرت بها الاحكام القضائية وليس العقوبات المقررة بمقتضى فصول القانون الجنائي او القوانين الجنائية الخاصة.. ومن جهة اخرى فان تقادم العقوبة في المواد الجنائية يترتب عنه تخلص المحكوم عليه من مفعول الحكم اذا لم ينفذ داخل الاجال المحددة بمقتضى القانون.. ويبتدىء سريانه من تاريخ صدور الحكم متى كان نهائيا وغير قابل للطعن.. وتبعاً لذلك ولما كان القرار الجنائي الصادر عن غرفة الجنايات بالحسime بتاريخ 30 / 7 / 1993 تحت عدد 110 صريحا فيما قضى به من ادانة العارض عن جنحة الضرب والجرح وكان نهائيا بعدم الطعن فيه بالنقض من طرف النيابة العامة تبعاً للحق المخول لها بمقتضى الفصل 507 من قانون المسطرة الجنائية وكانت مقتضيات الفصل 690 من نفس القانون تقضي بان العقوبات الجنحية تتقادم بمضي خمس سنوات كاملة من يوم

صدور الحكم فان الاجراءات التي نفذت في حق العارض بعد مرور خمس سنوات والمتمثلة في القاء القبض عليه بتاريخ 4 / 2 / 1999 ومحاكمته بعد ذلك تعتبر مخالفة للمقتضيات القانونية المذكورة وخاصة الفصل 692 من نفس القانون والتي تنص على ان " المحكوم عليهم غيابيا او بسبب تخلف اللذين تقادمت عقوبتهم لا يمكن بحال من الاحوال ان يقدموا انفسهم لقضاء مدة العقوبة المحكوم بها عليهم غيابيا" وبذلك فان غرفة الجنايات عندما اصدرت قرارها على النحو المذكور تكون قد خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض والابطال.

من اجله

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 14 / 4 / 1999 في القضية ذات الرقم 76 / 1998 وباحالة القضية على محكمة الاستئناف بفاس للبت فيها من جديد طبقا للقانون، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر. كما قرر اثبات حكمه هذا بسجلات محكمة الاستئناف بالحسيمة اثر القرار المطعون فيه او بطرته .

نوع الحكم رقم الحكم

2909

تاريخ الحكم

1985/03/28

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 11426 / 84

الاجل الكامل - خيانة الامانة - الزور النصب - عناصر - الضرر.
تعتبر جميع الاجال المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية اجال كاملة لا يحسب اليوم الاول لبدايتها ولا اليوم الاخير لنهايتها.
اذ كانت الشهادة الاولى المسلمة للطاعن لاثبات ان نسخة القرار المطعون فيه لم تكن جاهزة خلال الاجل القانوني غير عاملة لانها سلمت قبل انصرام الاجل اللازم للامضاء اصل القرار فان الشهادة الثانية التي سلمت في الاجل القانوني تعتبر صحيحة طالما لم تثبت زوريتها ولا ادعى فيها الزور.
يعتبر الضرر عنصرا اساسيا لقيام جرائم خيانة الامانة والزور واستعماله والنصب.
يكون قرار المحكمة ناقص التعليل يوازي انعدامه لما اكتفت من اجل ادانة الطاعن بخيانة الامانة بانه حول مبالغ مالية من اموال الشركة الى حسابه الخاص ولم يعط الحساب عنها دون ان تبرز الخسارة التي لحقت بالشركة من جراء هذا التحويل بل اكدت انها لا تستطيع ان تحدد ما انفقه الطاعن على اصلاح ((الباخرة)) وامرت باجراء **(خبرة حسابية)** في هذا الشأن وبادرت في نفس الوقت الى ادانته من اجل هذه الجريمة قبل معرفة ما ستؤول اليه هذه المحاسبة كما انها بادانته من اجل الزور اكتفت بالقول بان التشطيب والخدش من صنع المتهم دون ان تبين الضرر الذي لحق بالشركة من جراء ذلك كما لم تعلل بالمرة جريمة النصب التي ادانته من اجلها.

باسم جلالة الملك
ان المجلس:
وبعد المداولة طبقا للقانون.
وفي الموضوع:
في شان وسيلة النقض الثانية في فرعها الثالث والاخير المتخذين من نقصان التعليل الموازي لانعدامه.
ذلك ان القرار المطعون فيه ادان العارض بجرائم خيانة الامانة والزور واستعماله والنصب دون ان يبرز العناصر المكونة لهذه الجرائم وقبل التأكد من حصول الضرر الذي يعتبر عنصرا من عناصر الجرائم التي كان العارض متابعا لها.
بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية.
حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معللا تعليلا كافيا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا، وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.
وحيث، يتجلى من القرار المطعون فيه ان المحكمة المصدرة له قضت بادانة العارض بجرائم خيانة الامانة والزور واستعماله والنصب وعاقبته بالعقوبة الحبسية والغرامة المشار اليهما اعلاه من غير ان تبرز في قرارها المطعون فيه عناصر الجرائم المذكورة بما فيه الكفاية ولا سيما عنصر الضرر الذي يعتبر ركنا

من اركانها طبقا لمقتضيات الفصول (547) و(351) و(540) من مجموعة القانون الجنائي. ففيما يخص خيانة الامة خلصت المحكمة الى القول: ((وحيث ان تحويل الظنين الدابري عبد الله جزءا من اموال الشركة ودفعه الى حسابه البنكي المفتوح في اسمه الخاص واستيلائه فيما بعد على المبالغ المخولة دون اعطاء حسابات عنها كلها عناصر كافية لثبوت ارتكابه لتهمة خيانة الامة دون ان تبرز المحكمة الخسارة التي لحقت الشركة من جراء هذا التحويل بل انها صرحت في حيثية اخرى بانها لم تستطع تحديد الاتفاقات التي قد يكون المتهم قام بها من اجل اصلاح الباخرة ((ركراكة) وما يتعلق بها، وان الامر يتطلب اجراء (خبرة حسابية)، ومع هذا بادرت المحكمة الى التصريح بادانة العارض قبل معرفة ما سيؤول اليه الامر، وهل سيسفر عن وجود خسارة حقيقية للشركة او عن انفاق المبلغ المخول كان في مصالحها الخاصة. وفيما يتعلق بالزور فان المحكمة اكدت بالقول بان التشطيب والخدش هما من صنع الظنين دون ابراز الضرر الذي لحق الشركة من جرائمها. واما فيما يتعلق بجريمة النصب فانها لم تعلل الادانة بها بتاتا. وعليه، فان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه عندما اصدرته على النحو المذكور لم تعلله تعليلا كافيا، ولم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون.

لهذه الاسباب
قضى بالنقض والاحالة.

نوع الحكم

رقم الحكم

1088

تاريخ الحكم

1993/01/21

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 46

ملف جنائي 16262 - 90

موظف بمؤسسة تهدف الى الربح - اختصاص محكمة العدل الخاصة - لا
- المستخدم يعتبر موظفا عموميا بمفهوم الفصل 224 من مجموعة القانون
الجنائي اذا كان ينتمي لمصلحة ذات نفع عام .
- المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات النفع العام هو الهدف من
تأسيسها : فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست
مصلحة ذات نفع عام ، ولو تحقق النفع العام من الخدمات التي تقوم بها .
- المكتب المغربي للسياحة مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 .
- شركة المغرب السياحي شركة مساهمة مجهولة الاسم ، والغرض من
تأسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه وفق
نظام اقتصادي ، فهي تدخل في نطاق القطاع الخاص ، وبالتالي فمستخدموها
ليسوا موظفين عموميين بمقتضى الفصل 224 من القانون الجنائي .
باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث انه بمقتضى قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتطوان بتاريخ 20 مايو 1985
قضى بعدم الاختصاص استنادا الى مقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي
ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 6 / 10 / 1972 المعدل بالظهير المؤرخ في
24 / 4 / 1975 ، وذلك ان الظنين - اتريعات لحسن - كان يشغل منصب مدير

بفندق - لوبار ادور - بشفشاون - التابع لشركة - المغرب السياحي - واثناء عمله اختلس مبلغ 170.78.855 درهما وتويع من اجل جناية اختلاس اموال عمومية طبقا للفصل 32 من الظهير المذكور وتعديلاته . وذلك بعد استئناف حكم ابتدائية شفشاون القاضي بالبراءة .

وحيث انه بمقتضى قرار صادر عن قاضي التحقيق بمحكمة لاعدل الخاصة بتاريخ 13 / 11 / 1990 قضى بدوره بعدم الاختصاص في النازلة طبقا لمقتضيات ظهير 6 اكتوبر 1972 المعدل بظهير 25 دجنبر 1980 وذلك لانعدام صفة الموظف بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي في حق الظنين المذكور وكونه لا يشتغل بشركة تدخل في نطاق النفع العام ضمن المؤسسات العمومية .

وحيث اعتبرت محكمة الاستئناف بتطوان في تعليلها ان الظنين اتريعات لحسن موظفا عموميا يدخل في مفهوم مقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي لكونه يعمل كمستخدم وموظف بشركة المغرب السياحي - والتي هي مؤسسة سياحية تابعة من حيث اختصاصها للمكتب المغربي للسياحة - الذي له صبغة المؤسسة العمومية ذات النفع العام المحدث بظهير 17 / 12 / 1957 والمغير بظهير 12 / 1 / 1976 والتي تخضع في تسييرها لمقتضى القرار الوزيري المؤرخ في 10 / 10 / 1946 حسب تغييره وتتميمه .

وحيث اعتبر قاضي التحقيق بمحكمة العدل الخاصة ان الاختصاص لا ينعقد لهذه المحكمة لكون الظنين المذكور لا يتمتع بصفة موظف عمومي لان القانون التاسيسي لشركة المغرب السياحي المؤرخ في 30 / 8 / 1961 المسجل بالرباط بتاريخ 4 / 9 / 1961 يؤكد على انها شركة مجهولة الاسم تخضع للقوانين المعمول بها بالنسبة للشركات طبقا للظهير الشريف المؤرخ في 11 / 8 / 1922 و النصوص المعدلة له . وتعتبر بالنظر لطبيعتها القانونية من الاشخاص المعنويين المدرجين في النظام الخاص ولا تدخل في نطاق النفع العام لعدم وجود اي رقابة للدولة عليها . ويزيد الفصل الثالث من قانونها الاساسي في بيان هذا الاتجاه ، كما ان الفرق شاسع بين نظام كل من شركة - المغرب السياحي - و المكتب المغربي للسياحة - المعتبر مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 . ويستخلص مما سبق ان الظنين المشار اليه اعلاه ليست له صفة موظف عمومي ، حسب مدلول القانون الجنائي .

وحيث يتضح من القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها عبارة عن شركة مساهمة مجهولة الاسم وتدخل في نطاق الاشخاص المعنويين المنتمين للقطاع الخاص وان الغرض من تاسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه وفق نظام اقتصادي . وحيث ان المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات نفع عام او خاص هو هدف تاسيسها فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست بمصلحة ذات نفع عام ولو تحقق غرض النفع العام من الخدمات التي تقدمها .

وحيث يتجلى من الاطلاع على القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها شركة تجارية تهدف الى تحقيق الربح للمساهمين وتخضع بطبيعتها القانونية الى اشخاص القانون الخاص المطبق عليهم قانون الشركات و ان المستخدمين بها لا يعدون موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي . وحيث انه على اثر صدور القرارين المذكورين اللذين اكتسبا قوة الشيء المقضي به وهما متعارضان ، وحيث لا توجد اية محكمة يشمل نفوذها المحكمتين المتنازعين سوى المجلس الاعلى فعليه اذن ان يجعل حدا للتنازع القائم كما يقتضي ذلك الفصلان 264 و 265 من قانون المسطرة الجنائية . من اجله

فان المجلس فصل في تنازع الاختصاص وبعد ان اعتبر قرار محكمة الاستئناف بتطوان الصادر بتاريخ 29 شعبان 1405 الموافق 20 مايو 1985 باطلا و غير نافذ المفعول فيما قضى به من عدم الاختصاص ، قضى باحالة النازلة والاطراف على محكمة الاستئناف بتطوان للبت فيها طبقا للقانون . وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الاعلى الكائن بساحة الجولان بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة : محمد امين الصنهاجي رئيس غرفة ، والمستشارين السادة محمد التونسي ومحمد الحجوي ومحمد شرقي وادريس وبمحضر السيد عبد الرحمن مورينو الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة كاتب الضبط السيد الدغمي بو عزة

نوع الحكم

رقم الحكم

248

تاريخ الحكم

1982/07/03

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الأعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 31

ملف جنائي: 1270

جنائي - اثبات.

بناء على الفصلين (289) و(290) من ق. م. ج. لا يجوز للقاضي ان ييني حكمه الا على حجج عرضت اثناء الاجراءات ونوقشت شفاهيا وحضوريا امامه، واذا كان اثبات الجريمة متوقفا على حجة جارية عليها احكام القانون المدني فيراعي القاضي في ذلك قواعد القانون المذكورة. وان المحكمة لما اعتبرت شهادة الشهود لاثبات تسلم المتهم مبلغ 140.000 درهما الذي نازع فيه هذا الاخير لم تراع قواعد الاثبات المدنية وعرضت بذلك قرارها للنقض.

بناء على طلب النقض المرفوع من الطالب السالف الذكر بمقتضى تصريح افضى به بواسطة الاستاذ ابن السعيد بتاريخ واحد وثلاثي دجنبر 1980 لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف باكاير والرامي الى نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية بالمحكمة المذكورة بتاريخ خامس وعشرين دجنبر 1980 في القضية عدد (6906) والقاضي مبدئيا بتاييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه عليه بسنة واحدة حبسا نافذا وخمسماية درهم (500) نافذة كذلك من اجل النصب مع تعديله بجعل العقوبة الحبسية مؤجلة التنفيذ.

باسم جلالة الملك

ان المجلس:

بعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض،

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق القواعد الجوهرية للمسطرة وخرق القانون الفصول (290 - 347 - 352) من قانون المسطرة الجنائية و(443) من قانون الالتزامات والعقود ذلك ان دفاع العارض اثار امام محكمة الاستئناف ان شهادة الشهود المستمع اليهم من طرف الضابطة القضائية لا يمكن اعتبارها لانهم لم يؤدوا اليمين القانونية ولم يستمع اليهم من طرف المحكمة بالاضافة الى ان مبلغ (140.000) مائة واربعون الف درهم لا يمكن اثباته بشهادة الشهود فاعتماد المحكمة على هذه الشهادة يعد خرقا للفصل (290) من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص على انه اذا كان اثبات الجريمة يتوقف على حجة جارية عليها احكام القانون المدني فان القاضي يراعي في ذلك قواعد القانون المذكور كما يعد خرقا للفصل (443) من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ان الاتفاقات والافعال التي يكون من شانها ان تنشئ او تعدل الالتزامات او الحقوق التي

تتجاوز قيمتها (250)

درهما لا يمكن اثباتها بشهادة الشهود ويلزم ان تحرر بشأنها حجة كتابية ويجعل القرار بالتالي منعدم التعليل مخالفاً للفصلين (347 - 352) من قانون المسطرة الجنائية.

بناء على الفصلين (289) و(290) من قانون المسطرة الجنائية. حيث، انه بمقتضى الفصل الاول لا يمكن للقاضي ان يبنى مقرره الا على حجج عرضت اثناء الاجراءات ونوقشت شفاهيا وحضوريا امامه وبمقتضى الفصل الثاني اذا كان اثبات الجريمة متوقفا على حجة جارية عليها احكام القانون المدني فيراعي القاضي في ذلك قواعد القانون المذكور.

وحيث يتجلى من تنسيقات القرار المطعون فيه الذي ورد فيه قوله: "حيث حضر الظنين امام الهيئة الاستئنافية وانكر ان يكون قد تسلم من المشتكي اي مبلغ مالي على اساس اقامة مشروع بينهما وان الشهود الذين شهدوا لفائدته هم من عائلته (اي المشتكي) وحيث ان انكار الظنين تكذبه تصريحات الشهود الخمسة المستمع اليهم من طرف النيابة العامة وكذا قاضي التحقيق والذين حضروا مع المشتكي والمشتكي به في بيت واحد الى ان سلم المشتكي الى المشتكي به مبلغ 140.000.00 درهم على اساس قيام هذا الاخير بشراء ضيعة بناحية اكادير للاشتراك فيها - وحيث ان الظنين لم يعارض شهادة الشهود عندما عرضت عليه من طرف المحكمة باية وسيلة اخرى يمكن الاعتماد عليها في استبعادها كوسيلة من وسائل الاثبات القانونية" انه اي القرار المطعون فيه لم يحترم مقتضيات الفصلين (289 - 290) من قانون المسطرة الجنائية المشار اليهما اذا اعتمد شهادة شهود لم يحضروا امام المحكمة لاثبات واقعة تسلم المتهم مبلغا ماليا يصل الى 140.000 درهم الشيء الذي ينافي فيه المتهم وينكره وكان يتعين على المحكمة - والحالة عما ذكر ان تراعي قواعد الاثبات المدني عملا بالفصل (290) من قانون المسطرة الجنائية وبما انها لم تفعل فقد عرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

وبصرف النظر عن بقية الوسائل المستدل بها. قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه وباحالة النازلة على محكمة الاستئناف بمراكش لتبت فيها من جديد طبق القانون وبرد المبلغ المودع لصاحبه وبانه لا حاجة لاستخلاص الصائر.

نوع الحكم

رقم الحكم

3042

تاريخ الحكم

1983/05/17

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي: 15144

تعد جريمة تقديم الرشوة مستقلة في عناصرها عن جريمة الارشاء فهي تقوم لمجرد توافر القصد الجنائي في عرض او تقديم الرشوة الى الموظف لحمله على القيام بعمل او الامتناع عن عمل سواء استجاب الموظف لذلك ام لا لذلك فان ما اثاره الطاعن الراشي من ان الوسيط لم يقم بتسليم مبلغ الرشوة الى الموظف، لا اثر له على قيام جريمته.

باسم جلالة الملك

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى فاتح بن محمد بمقتضى تصريح افضى به بواسطة الاستاذ او القاضي محمد بتاريخ حادي عشر غشت 1982 لدى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف باكاير والرامي الى نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية بها بتاريخ خامس غشت 1982 تحت عدد (2433) في القضية ذات الرقم (822554) والقاضي بتاييد الحكم الابتدائي المحكوم عليه بمقتضاه من اجل تقديم هبة للحصول على مزية بسنة واحد حبسا ومائتين وخمسين درهما غرامة.

ان المجلس:

بعد ان تلا السيد المستشار محمد عبد الكبير التزيتي التقرير المكلف به في

القضية،

وبعد الانصات الى السيد محمد العزوزي المحامي (العام) في مستنتاجاته،
وبعد المداولة طبقا للقانون،

في شان الوسيلة الفريدة المتخذة من انعدام الاساس القانوني ذلك انه لم يرد
من مستندات الملف ما يفيد ان لطفي مصطفى قدم فعلا الى القاضي المبلغ
المزعوم تسليمه اياه قصد عرضه على هذا الاخير - ولنفترض ان الوسيط في
الرشوة يعد مشاركا للراشي فان القاعدة ان اية جريمة لا تتم لا بالنسبة للشريك
ولا بالنسبة للفاعل الرئيسي ما لم يقع الشروع في ركنها المادي الذي يتمثل
بالنسبة لجريمة الارشاء في تقديم العرض الى المرسل اليه لان القانون لا
يعاقب على الاعمال التمهيدية او التحضيرية وانه من غير المستصاغ قانونا تصور
قيام جريمة الارشاء مع غياب احد اركانها - الاساسية الذي هو المرتشي
والقاعدة ان الشريك شانه في ذلك شان الفاعل الرئيسي اذا لم يقم بتنفيذ
مخططة الاجرامي، فان المتواطئين معه يكونون بمنحى من العقاب.
حيث، ان الجريمة المتابع بها العارض وهي تقديم هبة للحصول على مزية
والاستجابة الى طلب الرشوة تعد جريمة تامة مستقلة في عناصرها القانونية
عن جريمة الارشاء الخاصة بالموظفين، بل يكفي لتحقيق جريمة الراشي توفر
القصد عنده من وراء عرضه وتقديمه الرشوة لاجل حمل الموظف على القيام
بعمل او الامتناع عنه قصد الحصول على مزية او فائدة سواء استجاب الموظف
لذلك العرض ام لا، لذلك فان ما اثاره العارض في وسيلته بعدم توفر اركان الجريمة
وعدم تحققها بدعوى ان الوسيط لم يقم بتسليم مبلغ الرشوة الى القاضي يعد
ذلك تفسيرا خاطئا لمدلول فعل العارض الجنائي وبجعل الوسيلة مخالفة للقانون
وعديمة الجدوى.

من اجله

قضى برفض الطلب.

نوع الحكم

رقم الحكم

6816

تاريخ الحكم

1990/07/26

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 45

ملف جنائي: 89-16950

- سبق المتابعة - ضرورة البيان.
- كل شخص ابرئت ذمته او حكم باعفائه لا يمكن ان يتابع بعد ذلك من اجل نفس الوقائع ولو اتصفت بصفة قانونية اخرى (الفصل 351 من ق. م. ج.).
- لما قضت المحكمة بعدم قبول المتابعة بناء على ان المتهم سبق ان توبع من اجل نفس الوقائع كما هو ثابت من الحكم القضائي دون ان يبين نوع الجريمة يكون قضاؤها ناقص التعليل.

باسم جلالة الملك.

بناء على طلب النقض المرفوع من طرف ادارة الجمارك بمقتضى تصريح افضت به لدى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 24 يוניه 88 من اجل نقض القرار الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد (2835/87) بتاريخ 16/يونييه/88 القاضي بالغاء الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على كريني اعماروش من اجل حيازة بضائع وسيارة اجنبية بدون سند شهرين حبسا و 300 درهم غرامة نافذين وادائه لادارة الجمارك تعويضا قدره (85200) ومصادرة السيارة لفائدة ادارة الجمارك.

ان المجلس:

بعد ان تلا السيد: محمد الحومة التقرير المكلف به في القضية.
وبعد الانصات ال السيد: احمد بن يوسف المحامي العام في مستنتاجاته.
وبعد المداولة طبقا للقانون.
ونظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان الشق الاخير من الوسيلة الثانية المتخذة من خرق الفصل (352) من
قانون المسطرة الجنائية.
بناء على مقتضيات الفصل (352) المذكور التي تقتضي انه يجب تحت طائلة
البطلان ان يكون كل حكم او قرار معللا تعليلا كافيا و غير متناقض.
وحيث، ان نقصان التعليل يوازي انعدام التعليل.
وحيث، بالرجوع الى القرار المطعون فيه تبين انه الغي الحكم الابتدائي وقضى
بعدم قبول المتابعة في اطار الفصل (351) من قانون المسطرة الجنائية اعتمادا
على كون المطلوب في النقض سبق ان توبع على نفس الوقائع حسبما اتضح
من نسخة الحكم النهائي الصادر بتاريخ 17/مايو/84 في القضية عدد (2243/83)
دون ان يشير القرار الى نوع الجريمة التي تضمنتها نسخة الحكم النهائي المدلى
بها سواء في التعليل او في الوقائع وان عدم الاشارة الى ذلك والاكتفاء بالقول:
اتضح بعد الاطلاع عليها انها تتضمن الوقائع المتابع من اجلها حاليا يجعل القرار
ناقص التعليل الموجب للنقض.
وحيث، ان مصلحة **(الاطراف)** تقتضي احالة القضية على نفس المحكمة.

لهذه الاسباب:
قضى بالنقض والاحالة.

نوع الحكم

رقم الحكم

9492

تاريخ الحكم

1989/12/14

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 45

ملف جنائي: 13019/88

- الدفع بحالة التلبس - عدم الجواب.

- بناء على الفصل (78) من ق.ج. فانه يجوز ضبط المجرم وسوقه الى اقرب ضابط من ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس

- تكون المحكمة قد خرقت القانون لما اعتبرت الفعل يشكل جناية دون ان تتأكد من توافر شروط الفصل (436) من ق.ج. وتجب على دفع الطاعن بانه كان قد اوثق المشتكي وضبطه في حالة التلبس بالهجوم على منزله ليلا.

باسم جلالة الملك.

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى البهجة العربي بمقتضى تصريح افضى به بواسطة محامية الاستاذ عمري بتاريخ رابع عشر دجنبر 1987 لدى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف باكاير الرامي الى نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية بها بتاريخ ثامن دجنبر 1987 تحت عدد (4903) في الملف رقم (1226/87) والقاضي بالغاء الحكم الابتدائي المحكوم باربعة اشهر حبسا بمقتضاه عليه من اجل جنحة الضرب والجرح وبتعويض مدني قدره اربعمائة درهم لصالح المتضرر والحكم من جديد بعدم الاختصاص بعلة اكتساء النازلة صبغة جنائية. ان المجلس:

بعد ان تلا السيد المستشار احمد عدة التقرير المكلف به القضية. وبعد الانصات الى السيد احمد بن يوسف المحامي العام في مستنتاجاته. وبعد المداولة طبقا للقانون. نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض. في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من فرعها الاول من عدم ابراز العناصر القانونية للفعل الجرمي المنصوص عليه في الفصل (436) من القانون الجنائي. ذلك ان القرار المطعون فيه اعتبر وقائع النازلة تكتسي صبغة جنائية نص عليها وعلى عقوبتها في الفصل (436) المشار اليه دون ان يبرز العناصر القانونية للفصل المذكور واكتفى فيما قضى به على القول: بان الافعال التي قام بها الاطناء مخالفة لمقتضيات الفصل (436) من القانون الجنائي والمتخذة في فرعها الثاني من عدم الرد على الدفع الطاعن المنزل منزله انعدام التعليل. ذلك ان الفصل (436) يعاقب من يخطف شخصا او يقبض عليه او يحبسه او يحجزه بدون امر سلطات المختصة ومجيزا في حالات اخرى ذلك ومن ضمنها الحالات المنصوص عليها في الفصل (78) من قانون المسطرة الجنائية وان الطاعن بالرغم من اثارته هذا الدفع فان المحكمة لم ترد عليه ردا كافيا في حين ان المشتكي به قام بانتهاك حرمة منزل الطاعن وفي ساعة متاخرة من الليل وتم اعلام شيخ القبيلة بامرته وكذلك الضابطة القضائية وهو عين ما ينص عليه الفصل (78) من قانون المسطرة الجنائية. بناء على الفصلين (347) و (352) من قانون المسطرة الجنائية. حيث، انه بمقتضى الفصل (347) وفقرته السابعة والفصل (352) في فقرته الثانية يجب ان يكون كل حكم او قرار معللا من الناحية الواقعية والقانونية والا كان باطلا كما ان عدم الرد على دفعات الاطراف دفعا كافيا ينزل منزله انعدام التعليل. وحيث، انه بالرجوع الى الحكم الابتدائي تبين انه اعتمد فيما قضى به على ان المسمى ساكو المتهم في الملف ذاته بجنحة الهجوم على منزل الغير وان الطاعن وبقية الاطناء امسكوه لما هجم على منزلهم ليلا وكتفوه الى اليوم الموالي وان سكان الدوار شاهدوه اذ ورد فيه: وحيث، صرح الاطناء الآخرون واجابوا في مختلف اطوار القضية بان الطنين ساكوا ابراهيم دخل الى منزلهم ليلا وكتفوه الى اليوم الموالي وشاهده سكان الدوار. وحيث، ان المحكمة بعد اطلاعها على محتوى الملف ودراستها للقضية من مجموع جوانبها تثبت لديها ان الطنين ساكوا ابراهيم دخل الى مسكن الاطناء الآخرين الشيء الذي من اجله اقتنعت بادانته طبق فعل المتابعة. وحيث، ان القرار المطعون فيه اقتصر فيما قضى به والغاء الحكم الابتدائي والتصريح بعدم الاختصاص باعتبار الافعال المتابع بها الطاعن تكون جنائية المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل (436) من القانون الجنائي على التعليل التالي دون ابراز عناصر الفصل (436) ودون الرد الكافي عن دفع الطاعن اذ ورد فيه.

وحيث، يتجلى للمحكمة بعد مناقشتها للقضية ان الافعال التي قام بها الاظناء البهجة والحسن ومحمد مخالفة لمقتضيات الفصل المذكور وتكون بالتالي جناية في حين ان هناك حالات نص عليها الفصل المذكور يجز فيها القانون ذلك ومن ضمنها الحالة المنصوص عليها في الفصل (78) من قانون المسطرة الجنائية الذي نص على انه يحق لكل شخص ضبط المجرم وسوقه الى اقرب ضابط من ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس بجريمة او بجنحة يعاقب عليها القانون بالسجن.

وحيث، ان المحكمة لما اصدرت قرارها على النحو المذكور دون ابراز عناصر الفصل (436) من القانون الجنائي ودون الرد الكافي على دفع الطاعن فيما يرجع لتواجهه في الظروف المنصوص عليها في الفصل (78) من عدم تواجده سيما وان الهجوم حسبما ورد في الحكم الابتدائي وقع ليلا عرضه للنقض والابطال.

لهذه الاسباب:
قضى بالنقض والاحالة.

البلد

نوع

رقم الحكم 1778

تاريخ الحكم 1983/03/28

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 -
العدد 32

ملف جنحي: 62379

النصب والتزوير - اثبات.

يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

لما كانت المحكمة قد اكتفت في تعليل قضائها بادانة الطاعن من اجل النصب والتزوير بالقول بانها استخلصت مما راج في القضية ان الطاعن كان على علم بان الشيك مسروق وانه اتفق مع المتهم الاخر على اقتسام المال بينهما ولم تبرز

العناصر التي استخلصت منها هذا الاستنتاج ولا بينت العناصر المكونة لجنتي
النصب والتزوير يكون قضاؤها ناقص التعليل.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في شأن الوسيلة الثانية المتخذة من انعدام التعليل والتضارب والتناقض في
حيثيات القرار بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية.
حيث، انه بمقتضى الفصلين (347) في فقرته السابعة والفصل (332) في فقرته
الثانية يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان
باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه لما ادان العارض بجنتي النصب والتزوير طبقا
للفصول (354) و(357) و(540) من القانون الجنائي اكتفى في تعليله على القول:
" اما المتهم المنادي حميد فبعد ان قدم عنده البخاري ومجلال واتفقا معه على
بيع الدراجتين ومكانه من الشيك ودفعه للبنك لاستخلاص القدر الموجود به عدة
مرات ولم يجد لصاحب الشيك رصيذا وهنا كان ايضا من حق المنادي ان يبحث
بدوره عن مصدر الشيك ومن هو صاحبه والقدر الموجود به وعلى اي شيء ترتب
ولكنه بدوره لم يكلف نفسه عناء البحث اصف الى ذلك ان كلا من البخاري
والمنادي علما بان الشيك مسروق الاول علم ذلك من طريق مجلال باعترافه
ايضا اخفاء الحقيقة عن المنادي والثاني علم ذلك عن طريق عائلة العبدلاوي
التي دفعت له ثمن الدراجتين " .

لكن حيث ان الحكم المطعون فيه حينما صرح بانه استخلص مما راج في القضية
ان المنادي كان على علم بان الشيك مسروق من صاحبه وانه اتفق ومجلال
على اقتسام القيمة بينهما والحصول على منفعة مالية لم تبرز العناصر التي
استخلص منها هذا الاستنتاج اذ ان الحثية التي قبلها والتي - تتحدث عن
الافعال التي قام بها المنادي وعن دوره في النازلة لا تفيد قيامه بالافعال التي
يستخلص منها ما ادين به خصوصا اذا علمنا انه هو الذي اقام الشكاية المباشرة
مما يجعل التعليل الذي استندت عليه المحكمة خال من بيان العناصر المكونة
لجنة النصب والتزوير كما يستلزمها الفصول (354) و(357) و(540) من القانون
الجنائي مما يجعل القرار المطعون فيه ناقص التعليل ومعرضا للنقض والابطال
عملا بالفصلين المشار اليهما اعلاه.

من اجله

ومن غير حاجة لبحث باقي الوسائل المستدل بها على النقض.

قضى المجلس بنقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بمكناس بتاريخ ثامن عشر ابريل 1977 في القضية ذات العدد (518 / 77) وبإحالة القضية وطالب النقض فيها - المنادى على نفس المحكمة لتبت فيها من جديد طبقا للقانون وهي متركبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه وعلى المطلوب في النقض الصائر.

البلد

نوع الحكم

رقم الحكم 1088

تاريخ الحكم 1993/01/21

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 46

ملف جنائي 16262 - 90

موظف بمؤسسة تهدف الى الربح - اختصاص محكمة العدل الخاصة - لا
- المستخدم يعتبر موظفا عموميا بمفهوم الفصل 224 من مجموعة القانون
الجنائي اذا كان ينتمي لمصلحة ذات نفع عام .
- المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات النفع العام هو الهدف من
تأسيسها : فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست
مصلحة ذات نفع عام ، ولو تحقق النفع العام من الخدمات التي تقوم بها .
- المكتب المغربي للسياحة مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 .
- شركة المغرب السياحي شركة مساهمة مجهولة الاسم ، والغرض من
تأسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه وفق
نظام اقتصادي ، فهي تدخل في نطاق القطاع الخاص ، وبالتالي فمستخدموها
ليسوا موظفين عموميين بمقتضى الفصل 224 من القانون الجنائي .
باسم جلالة الملك
وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث انه بمقتضى قرار صادر عن محكمة ال(استئناف) بتطوان بتاريخ 20 مايو
1985 قضى بعدم الاختصاص استنادا الى مقتضيات الفصل 224 من القانون
الجنائي ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 6 / 10 / 1972 المعدل بالظهير
المؤرخ في 24 / 4 / 1975 ، وذلك ان الظنين - اتريعات لحسن - كان يشغل
منصب مدير بفندق - لوبار ادور - بشفشاون - التابع لشركة - المغرب السياحي
- واثناء عمله اختلس مبلغ 170.78.855 درهما وتويع من اجل جناية اختلاس اموال
عمومية طبقا للفصل 32 من الظهير المذكور وتعديلاته . وذلك بعد (استئناف) حكم

ابتدائية شفشاون القاضي بالبراءة .

وحيث انه بمقتضى قرار صادر عن قاضي التحقيق بمحكمة لاعدل الخاصة بتاريخ 13 / 11 / 1990 قضى بدوره بعدم الاختصاص في النازلة طبقا لمقتضيات ظهير 6 أكتوبر 1972 المعدل بظهير 25 دجنبر 1980 وذلك لانعدام صفة الموظف بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي في حق الظنين المذكور وكونه لا يشتغل بشركة تدخل في نطاق النفع العام ضمن المؤسسات العمومية .

وحيث اعتبرت محكمة الاستئناف بتطوان في تعليلها ان الظنين اتريعات لحسن موظفا عموميا يدخل في مفهوم مقتضيات الفصل 224 من القانون الجنائي لكونه يعمل كمستخدم وموظف بشركة المغرب السياحي - والتي هي مؤسسة سياحية تابعة من حيث اختصاصها للمكتب المغربي للسياحة - الذي له صيغة المؤسسة العمومية ذات النفع العام المحدثه بظهير 17 / 12 / 1957 والمغير بظهير 12 / 1 / 1976 والتي تخضع في تسييرها لمقتضى القرار الوزيري المؤرخ في 10 / 10 / 1946 حسب تغييره وتتميمه .

وحيث اعتبر قاضي التحقيق بمحكمة العدل الخاصة ان الاختصاص لا ينعقد لهذه المحكمة لكون الظنين المذكور لا يتمتع بصفة موظف عمومي لان القانون التأسيسي لشركة المغرب السياحي المؤرخ في 30 / 8 / 1961 المسجل بالرباط بتاريخ 4 / 9 / 1961 يؤكد على انها شركة مجهولة الاسم تخضع للقوانين المعمول بها بالنسبة للشركات طبقا للظهير الشريف المؤرخ في 11 / 8 / 1922 و النصوص المعدلة له . وتعتبر بالنظر لطبيعتها القانونية من الاشخاص المعنويين المدرجين في النظام الخاص ولا تدخل في نطاق النفع العام لعدم وجود اي رقابة للدولة عليها . ويزيد الفصل الثالث من قانونها الاساسي في بيان هذا الاتجاه ، كما ان الفرق شاسع بين نظام كل من شركة - المغرب السياحي - و المكتب المغربي للسياحة - المعتبر مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير 12 / 1 / 1976 . ويستخلص مما سبق ان الظنين المشار اليه اعلاه ليست له صفة موظف عمومي ، حسب مدلول القانون الجنائي .

وحيث يتضح من القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها عبارة عن شركة مساهمة مجهولة الاسم وتدخل في نطاق الاشخاص المعنويين المنتمين للقطاع الخاص وان الغرض من تاسيسها طبقا للفصل الثالث من قانونها الاساسي هو الربح المحصل عليه وفق نظام اقتصادي . وحيث ان المعول عليه لاعتبار مصلحة ما من المصالح ذات نفع عام او خاص هو هدف تاسيسها فاذا انصب التأسيس على تحقيق الربح بصفة اساسية فهي ليست بمصلحة ذات نفع عام ولو تحقق غرض النفع العام من الخدمات التي تقدمها .

وحيث يتجلى من الاطلاع على القانون الاساسي لشركة - المغرب السياحي - انها شركة تجارية تهدف الى تحقيق الربح للمساهمين وتخضع بطبيعتها القانونية الى اشخاص القانون الخاص المطبق عليهم قانون الشركات و ان المستخدمين

بها لا يعدون موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي .
وحيث انه على اثر صدور القرارين المذكورين اللذين اكتسبا قوة الشيء المقضي
به وهما متعارضان ، وحيث لا توجد اية محكمة يشمل نفوذها المحكمتين
المتنازعتين سوى المجلس الاعلى فعليه اذن ان يجعل حدا للتنازع القائم كما
يقتضي ذلك الفصلان 264 و 265 من قانون المسطرة الجنائية .
من اجله

فان المجلس فصل في تنازع الاختصاص وبعد ان اعتبر قرار محكمة الاستئناف

بتطوان الصادر بتاريخ 29 شعبان 1405 الموافق 20 مايو 1985 باطلا و غير نافذ
المفعول فيما قضى به من عدم الاختصاص ، قضى باحالة النازلة والاطراف على
محكمة الاستئناف بتطوان للبت فيها طبقا للقانون .
وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه بقاعة
الجلسات العادية بالمجلس الاعلى الكائن بساحة الجولان بالرباط وكانت الهيئة
الحاكمة متركبة من السادة : محمد امين الصنهاجي رئيس غرفة، والمستشارين
السادة محمد التونسي ومحمد الحجوي ومحمد شرقي وادريس وبمحضر السيد
عبد الرحمن مورينو الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة كاتب الضبط السيد
الدغمي بو عزة .

نوع الحكم

رقم الحكم

4855

تاريخ الحكم

1983/07/26

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

ملف جنحي: 15372

تكون المحكمة قد عللت قضاءها بالادانة من اجل اصدار شيك بدون رصيد حين قالت بان المتهم اعترف في المرحلة الابتدائية وان ما ادلى به من كشوف بنكية لا تثبت انه خلال اصدار الشيك كان له رصي. يكفي لتوفر سوء النية... عدم وجود رصيد قابل للتصرف او وجود رصيد يقل عن قيمة الشيك، اذ المفروض في الشخص ان يتتبع حساباته لدى البنك والا يسحب شيكا الا بعد التحقق من توافر قيمته.

وبعد المداولة طبقا للقانون، نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض، في شان وسيلة النقض الفريدة، المتخذة من خرق القانون، وخرق الفصل (547) من القانون الجنائي وعدم الارتكاز على اساس قانوني وعدم التعليل، وعدم استيعاب الوثائق المدلى بها. ذلك ان القرار المطعون فيه صحح الحكم الابتدائي المبني على توفر سوء النية في النازلة والحالة ان عنصر سوء النية غير متوفر. حيث، انه خلافا لما يدعيه العارض فان القرار المطعون فيه جاء معللا تعليلا كافيا اذ ورد فيه ما نصه: (حيث ان المتهم اعترف بالتهمة المنسوبة اليه خلال المرحلة

الاولى).

وحيث، ان ما ادلى به من كشوف بنكية لا يثبت انه خلال اصدار الشيك كان للمتهم رصيد.

وحيث، انه لم يثبت لهذه المحكمة من وثائق الملف ولا من تصريحات المتهم ما يثبت حسن نيته مما تكون معه عناصر الفصل (543) موضوع المتابعة قائمة في حقه...).

وحيث، يتجلى من ذلك ان الاعتراف بما نسب الى العارض باصداره لشيك بدون رصيد وعن سوء النية بمعنى الفصل (543) المذكور الذي طالبت النيابة العامة بتطبيقه هو الذي يشمل ذلك الاعتراف بجميع اركان الجريمة الواردة في الفصل بما في ذلك عنصر سوء النية.

فضلا عن انه يكفي في توفر سوء النية في اصدار الشيك بدون رصيد عدم وجود رصيد قابل للتصرف او رصيد يقل عن قيمة الشيك، اذ المفروض في الشخص ان يتتبع حساباته لدى البنك والا يصدر شيكا الا بعد ان يتحقق من توفره على قيمته مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

من اجله

قضى برفض الطلب.

نوع الحكم

رقم الحكم

4578

تاريخ الحكم

1983/07/19

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

ملف جنائي: 14692

التعليل - بيان العناصر.

يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية، والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

وان المحكمة لما عللت قضاءها بالادانة من اجل عرقلة تنفيذ اشغال امرت بها السلطة والحاك خسائر مادية بملك الغير بالقول بان الاظناء اعترفوا بان المتهم الطاعن هو الذي حرضهم على القيام بكسر المواد وان انكاره ما هو الا محاولة للتملص من العقاب من غير ان تبين العناصر الواقعية والقانونية التي اعتمدتها في الادانة يكون قضاؤها ناقص التعليل.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

في شان وسيلة النقض الثالثة المتخذة من عدم الارتكاز على اساس قانوني وانعدام التعليل.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية،
حيث، انه بمقتضى الفصل (347) في فقرته السابعة والفصل (352) في فقرته الثانية من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية

والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه. وحيث، ان القرار المطعون فيه الذي الغى الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه ببراءة العارض من جنحتي عرقلة تنفيذ اشغال امرت بها السلطة والحاق خسائر مادية بملك الغير لفائدة الشك، وقضى عليه من جديد من اجل نفس التهمة بشهرين اثنين حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة واقتصر في تعليل ذلك بما يلي:

” وحيث اعترف الاظناء الستة بان المتهم الاول (العارض) هو الذي حرضهم على القيام بكسر المواد “ .

وحيث، ان انكار الطنين الاول (العار) في سائر مراحل البحث والمحاكمة ما هو الا محاولة للتملص من العقاب.

وحيث، ان الحكم الابتدائي... قد خالف الصواب حين قضى ببراءة المتهم الاول، الشيء الذي ارتات معه المحكمة الغائه في حق الطنين الاول... من غير ان يبين العناصر الواقعية والقانونية التي ارتكز عليها في ادانة العارض فجاء بسبب ذلك ناقص التعليل وبالتالي غير مبني على اساس قانوني ومعرضا للنقض والابطال عملا بالفصلين المذكورين اعلاه.

من اجله

ومن غير حاجة لبحث باقي الوسائل المستدل بها على النقض.

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف باكاير بتاريخ رابع وعشرين يونيه 1982 وباحالة النازلة والاطراف فيها على نفس المحكمة، وهي متركة من هيئة اخرى لتبت فيها من جديد طبق القانون.

وبرد المبلغ المودع لصاحبه.

نوع الحكم

الحكم

2031

تاريخ الحكم

1995/05/17

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 48

ملف جنحي 19035 92

مال مشترك - تصرف فيه - سوء النية

- يعتبر سوء النية ركنا اساسيا في جنحة التصرف في المال المشترك بدون اذن الشريك.

- المحكمة لما لم تبرز هذا العنصر واعتبرت الجنحة المذكورة قائمة دون ابرازه تكون قد خالفت القانون وعرضت قرارها للنقض.

باسم جلالة الملك

ان المجلس الاعلى...

وبعد المداولة طبقا للقانون

في شان وسيلة النقض الثانية من طرف القانون ، خرق الفصل 523 من ق. ج.

بناء على الفصلين 347 و353 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث انه بمقتضى الفصل 347 في فقرته السابعة والفصل 352 من فقرته الثانية من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معلل من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.

وحيث تنص الفقرة الثانية من الفصل 523 المستدل به على انه يعاقب بنفس

العقوبة المالك على الشياخ او الشريك الذي يتصرف بسوء نية في المال

المشترك او براس المال.

حيث يتجلى من القرار المطعون فيه انه عندما قضى بادانة الطاعن بجنحة التصرف في مال مشترك بسوء نية بعد الغائه للحكم الابتدائي القاضي ببراءته لم

يبرز عناصر الفصل 523 المؤاخذ بمقتضاه ولا سيما عنصر سوء النية ولم يبين

الحجج التي اعتمدها في الغاء حيثيات الحكم الابتدائي ، ولا يكفي في التعليل

القول : " حيث انه بالرجوع الى مستندات الملف ومحتوياته وما راج خلال مناقشة

القضية وظروفها وملابساتها والقرائن الواقعية والقانونية وشهادة الشاهد

المستمع اليه من طرف هذه المحكمة تبين ان الظنين كان شريكا وان هذا الاخير

استولى على كافة المبالغ الناتجة عن بيع المحصول الفلاحي وحيث انه تبعا

لذلك فان المحكمة ترى ان التهمة ثابتة في حق الظنين ."

الامر الذي يكون معه القرار المطعون فيه مشوبا بالخرق الجوهرى للقانون مما

يعرضه للنقض والابطال.

وحيث ان حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان وبصفة استثنائية احالة القضية على نفس المحكمة.
من اجله

ومن غير حاجة لبحث باقي الوسائل المستدل بها على النقض قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة في القضية الجنحية ذات العدد 10626 / 90 يناير 1992 وباحالة القضية على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى لتبت فيها طبقا للقانون وبرد القدر المودع وعلى المطلوب في النقض بالصائر.

كما قرر اثبات قراره هذا في سجلات محكمة الاستئناف المذكورة اثر القرار المطعون فيه او بطرته.

نوع الحكم

رقم الحكم

3/1166

تاريخ الحكم

2000/12/04

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 57 - 58

ملف جنائي عدد 27353 / 99
التفاليس البسيط - سوء النية - الاضرار بحقوق الدائنين.
حسب مقتضيات الفصلين 559 و 560 من القانون الجنائي فان معاقبة المديرين او المسيرين او المصفين للشركة عن جنحة التفاليس البسيط مشروط بما اذا كان توقفهم عن الدفع بسوء نية ويضر بحقوق الدائنين مع تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.
باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

في شان وسيلة النقص الوحيدة المتخذة من عدم التعليل وانعدام الاساس القانوني وخرق الفصل 556 من القانون الجنائي وما يليه ذلك ان القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي موضحا انه صادف الصواب سيما وان المستأنف لم يأت بجديد من شأنه ان يغير ما انتهى اليه الحكم المستأنف في حين ان القرار يجب ان يعلل تعليلًا كافيًا وبصفة قانونية فالحكم الابتدائي اقتصر على تدوين مقتضيات الفصل 559 دون بقية الفصول المتابعة وهي 556 و 557 وما يليه الى الفصل 560 من القانون الجنائي وقد اشار كذلك الى انه وان كان هناك اعتراف صريح يتوقف عن الدفع فان ذلك لا يفيد لعدم توضيح تاريخ التوقف ولعدم وجود سوء النية لكن الاعتراف كاف وحده لثبوت الجنحة حسب الفصل 556 ق ج الذي لم يشترط وجوب توضيح تاريخ التوقف كما لم يشترط سوء النية لان مج(رد) الاهمال كاف لقيام الجنحة والفصول الاخرى اللاحقة وان كانت تتحدث عن سوء النية فهي حالات خاصة حددها القانون بدقة وان محكمة الاستئناف اقتصر على القول بتأييد الحكم الابتدائي مع تبني حثياته دون ان تتأكد من القيمة القانونية لهذه الحثيات مما جاء معه القرار عديم التعليل والاساس القانوني محرفًا لوثائق الملف خارقًا للقانون وبذلك فهو معرض للنقض.

حيث ان القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي وبذلك يكون قد تبني علله واسبابه وان الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه جاء معللاً ومبنيًا على اساس قانوني وناقش جميع فصول المتابعة ولم يحرف اية وثيقة عندما اشار الى ما يلي: " حيث ان الفصل 559 من ق ج ينص على انه في حالة توقف الشركة عن الدفع يعاقب بعقوبة التفالس البسيط المنصوص عليها في الفصل 557 من نفس القانون المديرون او المسيرون او المصفون في تلك الشركة سواء كانت تلك الشركة مجهولة الاسم او محدودة المسؤولية الا ان ذلك مشروط بان يكون المسير او المدير له سوء نية في ارتكاب احدى الافعال المنصوص عليها على سبيل الحصر منها ثلاث حالات نص عليها الفصل 557 ق ج.... ومنها حالتين منصوص عليهما في الفصل 558 ق ج..

وحيث ان المحكمة اخذت منها بعين الاعتبار هذه المعطيات القانونية المكونة لجريمة التفالس البسيط المنصوص عليها في الفصول اعلاه لتطبيق ذلك على وثائق النازلة تبين لها ان المتهمه وهي شركة مجهولة الاسم لئن اعترف ممثلها القانوني لدى الضابطة القضائية ان الشركة في حالة توقف عن دفع ديونها الا ان هذا التوقف مقيد باحترام ممثلها لما ورد في الفصلين 559 و 560 ق ج... وهما الفصلين المتعلقان بالتفالس بالنسبة للشركة كشخص معنوي وذلك خلافا لمقتضيات الفصل 558 ق ج في فقرته الثالثة التي جاء فيها اذا امتنع عن التصريح في كتابة الضبط المختصة بتوقفه عن الدفع... وهذه الحالة لا تطبق حسب

مفهوم الفصلين 559 و 560 المذكورين اعلاه على الشركات ومسيرها هذا من جهة ومن جهة اخرى حتى على افتراض وجود حالة الامتناع من التصريح... فلا المشتكي ولا المتهم حددا تاريخ هذا التوقف حتى يمكن للمحكمة التأكد من وجود الامتناع الفعلي للتصريح به لدى الجهة المختصة ام لا فضلا عن ذلك فان الملف خال مما يفيد كون المتهمه حين توقفت عن دفع الديون كان من شان ذلك الاضرار بحقوق الدائنين ما دام ممثلها حاول التفاوض مع خصمه المشتكي... وهذا التفاوض دفع لرفع دعوى محاسبة قضائية مما تبقى معه الوسيلة على غير اساس.

من اجله

قضى برفض طلب النقض وبتحميل الطاعنة الصائر.

رقم الحكم

982

تاريخ الحكم

1981/07/16

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنائي: 70833

تكييف - الاشارة للنصوص.

ما دامت المحكمة قد كيفت الافعال المنسوبة الى المتهم التكييف القانوني الصحيح ووصفتها بانها تكون جريمة اضرار النار عمدا في ملك الغير فان عدم التنصيص على الفصل المطبق على النازلة لا اثر له على صحة قضائها. المحكمة غير ملزمة بالجواب على وسائل الدفاع الا اذا قدمت اليها في شكل مستنتجات كتابية صحيحة او في شكل ملتمس شفوي طلب الاشهاد به. لا تناقض بين ما نصت عليه المحكمة من ان الغيرة هي التي دفعت المتهمة الى ارتكاب الافعال المدنية من اجلها وبين ما صرحت به من ثبوت الجريمة في حقها لان الاندفاع العاطفي لا يمكن باي حال ان يعدم المسؤولية او ينقص منها.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

وفي الموضوع:

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق مقتضيات الفقرة الثانية من

الفصل (348) من قانون المسطرة الجنائية ذلك ان الفصل (352) من القانون المذكور ينص على ان الاحكام والقرارات تكون باطلة اذا اغفل عن منطوق الحكم او اذا لم يكن يحتوي على البيانات المنصوص عليها في الفصل (348) وهذا الفصل ينص على انه: " وفي حالة الحكم في جوهر الدعوى يقضي منطوق الحكم بالادانة او الاعفاء او البراءة. فان قضى بالادانة نص فيه زيادة على ذلك على الجريمة المثبت اقترافها من طرف المتهم وعلى فصول القانون المطبقة " وان القرار المطعون فيه لم ينص في جميع مشتملاته على نصوص القانون التي طبقها على النازلة والتي بمقتضاها عاقب العارضة وبذلك يكون باطلا طبقا للفصل (352) الانف الذكر في فقرته الثالثة.

حيث، انه ما دام القرار المطعون فيه ابرز الافعال المنسوبة الى العارضة وكيفها التكييف القانوني الصحيح ووصفها بانها تكون جريمة اضرار النار عمدا في ملك الغير فان عدم التنصيص على الفصل المطبق في النازلة - والحالة هذه - لا يضر، مما تكون معه الوسيلة غير مجدية،

وفي شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من خرق مقتضيات الفصل (347) في فقرته السابعة والفقرة الثانية من الفصل (352) من قانون المسطرة الجنائية ذلك ان القرار المطعون فيه لم يحترم هذه المقتضيات مما جعله من جهة عديم التعليل لكونه لم يذكر النصوص والاسباب الواقعية والقانونية التي بنى عليها منطوقه ومن جهة اخرى جاء متناقضا في حيثياته اذ انه بنى ما قضى به على اعتراف العارضة بما اقدمت عليه من افعال في حين ان هذه النقطة لا تثير اي اشكال لان العارضة هي التي اخطرت الشرطة غير ان النقطة التي نوقشت امام المحكمة وتجنبها القرار ولم يشر اليها هي المتمثلة في حالة العارضة النفسية ونار الغيرة التي احرق احشائها وقبل ان تقدم على احراق السياج هل كانت تملك حريتها وهي تاتي هذه الفعلة ام كانت تحت اكرامه معنوي يندرج تحت اطار الفصل (124) من القانون الجنائي وان علاقة الزوج الغير المشروعة بعشيقته ومعاشرتها هي سبب خارجي لا يستطيع احد ان يراقب مفعوله وهو ارضاء عاطفة الغيرة المتاجرة وطغيانها على كل تفكير وان عدم مناقشة القرار هذه النقطة يجعله عديم التعليل، ومن جهة اخرى فان احدى حيثياته ورد فيها: وحيث اعترفت المتهمه بالفعل المنسوب اليها وان عشيقة زوجها كانت تسكن مع امها وان الغيرة هي التي دفعتها لذلك، وجاء في حيثية اخرى.

"حيث تبعا لذلك اقتنعت الهيئة بان لطيفة مدانة بالافعال المنسوبة اليها " فجاء ناقص التعليل لان اقتراف الاعمال تعترف به العارضة ولكنها تضيف ان هذه الاعمال كانت تحت تاثير الغيرة.

حيث انه من جهة، فان المحاكم لا تكون ملزمة بالجواب على وسائل الدفاع الا اذا قدمت اليها في شكل مستنتاجات كتابية صحيحة او في شكل ملتمسات شفوية التمس الاشهاد بها وانه لا ينتج لا من القرار المطعون ولا من بين اوراق الملف

انها قدمت على النحو المذكور ومن جهة اخرى فانه لا تناقض بين ما نصت عليه المحكمة من ان الغيرة هي التي دفعت العارضة الى ارتكاب المنسوب اليها وبين ما صرحت به من ثبوت الجريمة في حقها لان الاندفاع العاطفي لا يمكن باي حال من الاحوال ان يعدم المسؤولية او ينقص منها، مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

وحيث، ان القرار المطعون فيه سالم من كل عيب شكلي وان الاحداث التي صرحت المحكمة بثبوتها بما لها من سلطان ينطبق عليها الوصف القانوني المأخوذ به كما انها تبرز العقوبة المحكوم بها.

من اجله
قضى برفض الطلب المرفوع.

الرئيس: السيد محمد امين الصنهاجي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد محمد التونسي، المحامي العام: السيد بن بوشتي، المحامي: الاستاذ عبد اللطيف كديرة.

نوع الحكم

كم 239 (س 24)

تاك 1981/11/26

محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي
التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شأن وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة
مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا
او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما
كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام
الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل
التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع
اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت
حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام
الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت
الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه
استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة
قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.
بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.
حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من
شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى
الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.
وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت
عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة،
وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس
هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت
المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن
او غير ذلك.
وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي
عقد للبيع او الرهن في النازلة.
وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك
تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا
صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس
بتاريخ واحد وعشري يبرابر 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294)

وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي
متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص
الصائر.

الرئيس: السيد عبد السلام الدبي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد
عبد السلام الحاجي، المحامي: الاستاذ باحاجي.

نوع الحكم

رق 239 (س 24)

1981/11/26

محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.

يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية
في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد
الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

باسم جلالة الملك

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى علامي بن عباس بمقتضى تصريح
افضى به بواسطة الاستاذ باحاجي محمد بتاريخ ثامن وعشر يبرابر 1977 لدى
كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بمكناس والرامي الى نقض القرار الصادر عن
المحكمة المذكورة بتاريخ ثاني ربيع الثاني 1397 الموافق لواحد وعشري يبرابر
1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) والقاضي بتاييد الحكم الابتدائي
المحكوم عليه بمقتضاه من اجل التصرف بسوء نية في متروك بشهر واحد حبسا
ومائة وعشرين درهما غرامة.
ان المجلس:

بعد ان تلا السيد المستشار عبد السلام الحاجي التقرير المكلف به في القضية. وبعد الانصات الى السيد عبد الكريم الصفار المحامي العام في مستنتجاته. وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهرى للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.

ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها. وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.

وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكييفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس

بتاريخ واحد وعشري يراير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

الرئيس: السيد عبد السلام الدبي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد عبد السلام الحاجي، المحامي: الاستاذ باحاجي.

رقم 2391 (س 24)

تاريخ 1981/11/26

اسم محكمة النقض - المغرب

المجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي
التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المدولة طبقا للقانون،
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهرى للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع

اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت
حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام
الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت
الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه
استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة
قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.
بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من
شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى
الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.
وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت
عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة،
وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس
هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت
المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن
او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي
عقد للبيع او الرهن في النازلة.

وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك
تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا
صحيا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس
بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294)
وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي
متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص
الصائر.

الرئيس: السيد عبد السلام الدبي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد
عبد السلام الحاجي، المحامي: الاستاذ باحاجي.

رقم الحكم 239 (س 24)

تاريخ الحكم 1981/11/26

امحكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.

يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهرى للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.

ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.

وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.

وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

الرئيس: السيد عبد السلام الدبي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد عبد السلام الحاجي، المحامي: الاستاذ باحاجي.

نوع الحكم

رقم ال 239 (س 24)

تاريخ الحكم 1981/11/26

ة محكمة النقض - المغرب

المص مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية
في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد
الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

في شان وسيلة النقص الثانية المتخذة من الخرق الجوهرى للقانون خاصة
مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا
او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما
كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام
الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل
التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع
اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت
حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام
الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت
الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه
استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة
قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.
بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.
حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من
شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى
الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.
وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت
عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة،
وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس
هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت
المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن
او غير ذلك.
وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي
عقد للبيع او الرهن في النازلة.
وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك
تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا
صحيا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس
بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294)
وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي
متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص
الصائر.

نوع الحكم

رقم الحكم

239 (س 24)

تاريخ الحكم

1981/11/26

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.

يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في
التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد
الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

باسم جلالة الملك

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى علامي بن عباس بمقتضى تصريح افضى به بواسطة الاستاذ بحاجي محمد بتاريخ ثامن وعشر يبرابر 1977 لدى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بمكناس والرامي الى نقض القرار الصادر عن المحكمة المذكورة بتاريخ ثاني ربيع الثاني 1397 الموافق لواحد وعشري يبرابر 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) والقاضي بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم عليه بمقتضاه من اجل التصرف بسوء نية في متروك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة.
ان المجلس:

بعد ان تلا السيد المستشار عبد السلام الحاجي التقرير المكلف به في القضية. وبعد الانصات الى السيد عبد الكريم الصفار المحامي العام في مستنتاجاته. وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.

ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.
حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعي الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها. وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.
وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

الصفقات العمومية - توافر عناصرها - عقود إدارية

القرار رقم 664

المؤرخ في 18/6/98

الملف الإداري رقم 194/5/1/98

الصفقات العمومية - توافر عناصرها - عقود إدارية

- الصفقات العمومية تعتبر عقودا إدارية بنص القانون إذا توافرت عناصرها ومقوماتها الأساسية وخصوصا فتح باب المناقصة أو المزايدة لفسح المجال أمام المنافسة والشفافية.

الاستثناء - العقود العادية - اختصاص.

- تظل مستثناة من ميدان تطبيق مرسوم 14/10/76 المتعلق بالصفقات العمومية الإتفاقات والعقود

المتعين على الإدارات إبرامها وفقا لكيفيات وقواعد الحق العادي.

- القانون رخص للإدارات والجماعات الحق في إبرام اتفاقات في إطار القانون الخاص عن طريق سندات الطلب إذا كانت المبالغ المتعامل من أجلها لا تتجاوز مائة ألف درهم مما يضيف على العقد صبغة العقد العادي ويكون الاختصاص قائما في هذه الحالة لجهة القضاء العادي.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل.

حيث إن الاستئناف المصرح به بتاريخ 12 يبرابر 1998 من طرف حامد زريك ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 25/6/1997 في الملف 18/97 والقاضي بعدم الاختصاص النوعي مقبول لتوفره على الشروط المتطلبة قانونا.

في الجوهر :

حيث إنه بناء على مقال مؤرخ في 18/2/97 عرض المستأنف أنه توصل من المدعى عليها الجماعة الحضرية للنخيل بمراكش بطلب تحت رقم 4/93 موقع من طرف رئيسها قصد تزويدها بتجهيزات قيمتها 97500 درهم وأنه فعلا قام بتزويدها بالتجهيزات المذكورة والتي توصلت بها الجماعة بتاريخ 29/7/93 مرفقة بفاتورة مترتبة عن هذه العملية تحمل الثمن المشار إليه أعلاه إلا أن المدعى عليها المذكورة لم تؤد ما بذمتها رغم المحاولات العديدة ولذلك التمس المدعي الحكم عليها بأداء المبلغ المذكور مع الفوائد القانونية ومع تعويض عن التماطل قدره 10000 درهم وبعد المناقشة قضت المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها نوعيا للبت في الطلب فاستأنف المدعي الحكم المذكور، وحيث تمسك في استئنافه بعدة أسباب ترمي إلى التصريح باختصاص المحكمة الإدارية للبت في النزاع.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

حيث إنه من الواضح أن جوهر النزاع هو معرفة طبيعة المعاملة التي تمت بين المستأنف والمستأنف عليها.

وحيث إنه إذا كانت هذه الأخيرة تعترف بقيام المستأنف بتزويدها فعلا بعدة تجهيزات فإنها بالمقابل تنفي طابع الصفقة العمومية على العملية المذكورة. وحيث إنه مما لا جدال فيه أن الصفقة العمومية إذا كانت فعلا تعتبر عقدا إداريا بنص القانون فإن ذلك يتوقف أولا وأخيرا على وجوب توفر عناصر الصفقة العمومية أي أن تقوم الإدارة المعنية بالأمر بفتح باب المناقصة أو المزايدة ليفوز من يعنيه الأمر بالصفقة المذكورة أما في الوضع الحالي للنازلة فإنه من الثابت من أوراق الملف وكما أشار إلى ذلك الحكم المستأنف عن صواب فإن قيمة المعاملة قد حددت مبدئيا في مبلغ 97500 درهم مما يجعل مقتضيات الفصل 51 من مرسوم 14/10/76 الذي ينص على أنه تبقى مستثناة من ميدان تطبيق هذا المرسوم الاتفاقات والعقود المتعين على الإدارات إبرامها وفقا لكيفيات وقواعد الحق العادي هي المقتضيات الواجبة التطبيق على النازلة الشيء الذي يعني أن القانون قد رخص فعلا للإدارات والجماعات الحق في إبرام تعاقدات في إطار القانون الخاص وعن طريق سندات الطلب، كما هو الوضع في النزاع الحالي عندما أقدمت الجماعة على تقديم طلب للمستأنف المذكور لتزويدها بتجهيزات هي في حاجة إليها إذ أن مثل هذه العملية وإن كان الهدف منها خدمة المصلحة العامة فإنه لا اعتبار المعاملة صفقة عمومية وبالتالي إضفاء طابع العقد الإداري عليها بقوة القانون يجب توفر الشروط المشار إليها أعلاه والتي لا وجود لها مما يبقى معه المجال مفتوحا أمام المستأنف لمقاضاة المستأنف عليها أمام جهة القضاء العادي وطبقا لأحكام القانون الخاص الشيء الذي يتعين معه تأييد الحكم المستأنف على أساس إحلال هذه العلة القانونية محل العلة المنتقدة في الحكم المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكم المستأنف.

وبه صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية السيد محمد المنتصر الداودي والمستشارين السادة : مصطفى مدرع، محمد بورمضان، السعدية بلمير وأحمد دينية وبمحضر

المحامي العام السيد عبد اللطيف بركاش وبمساعدة كاتب الضبط السيد محمد المنجرا.

القرار رقم 689

المؤرخ في 2/7/98

الملف الإداري رقم 889/5/1/96

مؤسسة التعليم الخاص - طبيعتها - شروطها - هدفها.

- قانون 15/86 أقر إمكانية إحداث مؤسسة التعليم الخاص بواسطة أشخاص ذاتيين أو معنويين تحفيزا على الاستثمار في قطاع التعليم بالامتيازات التي منحها لكل مستثمر مهتم من خلال مجموعة من الإعفاءات الضريبية.

- المشرع أضفى على مؤسسة التعليم الخاص طبيعة العمل التجاري الصرف القائم على استثمار أموال بقصد جني الربح.

- مبدأ المشاركة في هذا المجال يتحقق بالجمع بين عنصر رأس المال وبين عنصر الكفاءة العلمية من أجل استثمار زبائن والحصول على أرباح وعدم جواز حمل المؤسسة لاسم تحمله مؤسسة عمومية.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل

حيث إن الاستئناف المصرح به بتاريخ 13 غشت 1996 من طرف وزير المالية مساعد مدير الضرائب ضد الحكم رقم 87 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 17 أبريل 1996 في الملف 121/95 والقاضي بأن مؤسسة روض الهناء مؤسسة تجارية وليست مؤسسة مدنية ذات عمل مدني وبأنها تخضع لمقتضيات من الفقرة الأولى في المادة العاشرة من قانون الضريبة العامة على الدخل، وتطبق عليها نسبة الاشتراك المحددة في 0,50% المشار إليها في الفقرة ب من المادة 104 مكرر من القانون المذكور والحكم تبعاً لذلك بإلغاء ما تم فرضه زائداً على نسبة الاشتراك المذكورة.

حيث إن الاستئناف المذكور مقبول لتوفره على الشروط المتطلبة قانوناً.

وفي الجوهر :

حيث يؤخذ من أوراق الملف ومن فحوى الحكم المستأنف المشار إليه أنه بناء على مقال مؤرخ في 19/4/94 عرضت المدعية المستأنف عليها المذكورة أنها توصلت خلال شهر غشت 1993 بإعلان بقصد أداء مبلغ 5940 درهم عن الاشتراك الواجب دفعه عن السنة الضريبية 1993 بمقتضى الفصل 104 مكرر من قانون الضريبة العامة على الدخل المضاف بالفصل 4 من قانون المالية لسنة 1992 المصادق عليه بظهير 30/12/91 مع غرامة قدرها 594 درهم ومبلغ 297 درهم عن فوائد التأخير وأنه لما كانت قد أدت مبلغ 540 درهم بتاريخ 29/1/93 بحسب نسبة 0,50% من مجموع الدخل الإجمالي لسنة 1992 البالغ حسبما أسفرت عنه نتيجة المحاسبة 108000 درهم ولما تبين لها أن إدارة الضرائب بتازة قد احتسبت الاشتراك المذكور بنسبة 6% فقد سارعت داخل أجل أربعة أشهر الموالية لتاريخ الشروع في تحصيل الجدول الضريبي إلى المنازعة في ذلك المقدار أمام السيد مدير إدارة الضرائب بكتابها المؤرخ في 23/9/93 وأنها بعد توصلها بالجواب داخل أجل ستة أشهر فإنها تبادر داخل أجل الشهر المنصوص عليه في المادة 114 من قانون 17-89 المتعلق بالضريبة العامة على الدخل إلى المنازعة في ذلك المقدار ملتزمة إلغاء الجدول الضريبي موضوع النزاع.

وبعد المناقشة وتمسك إدارة الضرائب بمشروعية الضريبة المنازع فيها أصدرت المحكمة الإدارية الحكم المشار إليه أعلاه فاستأنفت وزارة المالية مديرية الضرائب الحكم المذكور.

وحيث تمسكت في أوجه استثنائها بخرق أحكام المادة 104 من ظهير 21 نونبر 1989 المتعلق بالضريبة العامة على الدخل وخرق قواعد مسطرية بعدم تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها قانونا وانعدام التعليل وتناقضات بعض تعليقات الحكم، ذلك أن إقرار المحكمة إلحاق مهنة التعليم الحر بطائفة الأعمال التجارية أي المهن التجارية بغرض استنتاج أثر جبائي يمكن من إخضاعها لنسبة 0,50% برسم الاشتراك الأدنى عوضا عن نسبة 6% يؤدي إلى خلق تناقضات في إطار نفس المهنة ويعمل على التمييز في المعاملة الجبائية حسب نوع الضريبة كما أن ذلك يخالف غرض المشرع إضافة إلى أن إضفاء الطبيعة التجارية على هذه المهنة تقتضي من الناحية القانونية تعميم تلك الطبيعة على كل مؤسسات التعليم الحر بالمغرب فضلا عن أن ذلك يستلزم إخضاع تلك المؤسسات لكل الالتزامات التي تقع على عاتق التجار وزيادة تحملاتها الضريبية ومن جهة أخرى فإن المحكمة بصنيعها هذا تكون قد كيفت الدعوى تكييفًا خاطئًا ولم يكن من حقها أن تجتهد من أجل تحديد طبيعة التعليم الحر التي حددها المشرع مسبقا وأن تعتمد من أجل التوصل إلى تحديد تلك الطبيعة نظرية الأعمال التجارية بطبيعتها دون البحث عن موقف المشرع الجبائي وكيفية معاملة الإدارة الجبائية لهذه المؤسسات.

وحيث بلغت نسخة من مقال الاستئناف للمستأنف عليها.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث إن جوهر النزاع هو معرفة طبيعة مؤسسة التعليم الخاصة وهل الأمر يتعلق فعلا بمؤسسة تجارية أو مؤسسة مدنية لمعرفة نسبة الضريبة الواجب أدائها من طرفها على الدخل العام.

وحيث إنه وكما أشار إلى ذلك الحكم المستأنف فإن مشروع قانون 15/86 عندما أشار إلى إمكانية إحداث مؤسسة التعليم الخاص بواسطة أشخاص ذاتيين أو معنويين وما أمر به من تحفيز على الاستثمار في قطاع التعليم بالامتيازات التي منحها لكل مستمر مهتم بمقتضى قانون 16/86 من خلال مجموعة من الإعفاءات الضريبية يكون قد أقر بمبدأ المشاركة في هذا المجال الذي يتحقق بالجمع بين عنصر رأس المال وبين عنصر المؤسسة العلمية من أجل استثمار زيان والحصول على أرباح وعدم جواز حمل المؤسسة لاسم تحمله مؤسسة عمومية مما يضيف على مؤسسة التعليم الخاص طبيعة العمل التجاري الصرف القائم على استثمار أموال بقصد جني الربح.

وحيث يستنتج مما سبق أن مؤسسة التعليم الحر قابلة لإضفاء الطبيعة التجارية عليها مما تكون معه إدارة

الضرائب عندما اعتمدت على نسبة الاشتراك المحددة في 6% بالنسبة لصنف المهن المميزة بعلامة حسب المادة 104 مكرر وليس على نسبة 0,50% قد أسست جدولتها لدين الضريبة الذي تتحمله المستأنف عليها على نسبة مخالفة لواقع النزاع وغير التي يقتضيها القانون المطبق بخصوصه. وحيث إنه تبعا لذلك كله فإن الحكم المستأنف كان في محله وأن المستأنفة لم تدل بأية عناصر جديدة في مقال استئنافها مما يجب معه رد وسائل الاستئناف المدلى بها.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكم المستأنف وبإسناد تنفيذه الى المحكمة التي أصدرته. وبه صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية السيد محمد المنتصر الداودي والمستشارين السادة : مصطفى مدرع، محمد بورمضان، السعدية بلمير وأحمد دينية وبمحضر المحامي العام السيد عبد اللطيف بركاش وبمساعدة كاتب الضبط السيد محمد المنجرا.

نوع الحكم

رقم الحكم 239

تاريخ الح 1981/11/26

اسم المحكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي
التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة
مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا
او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما
كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة
- وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف
كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد
من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند
المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة
يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء
الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى
على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت
القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.
بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.
حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من
شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى
الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.
وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت
عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة،
وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو
التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت
المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او
غير ذلك.
وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي
عقد للبيع او الرهن في النازلة.
وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك
تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا
صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس

بتاريخ واحد وعشري يبرابر 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

رقم الحكم 239

تاريخ الحكم 1981/11/26

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي
التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهرى للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة

يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها. وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.

وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرابر 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

الرئيس: السيد عبد السلام الدبي، المستشار المكلف باعداد التقرير: السيد عبد السلام الحاجي، المحامي: الاستاذ باحاجي.

نوع الحكم

رقم الحكم

239 (س 24)

تاريخ الحكم

1981/11/26

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.

يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.

ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من

شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها. وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك. وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة. وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

الحكم

رقم الحكم

239 (س 24)

تاريخ الحكم

1981/11/26

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي

التركة - التصرف بسوء نية.

يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.

ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعي الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها.
وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة،
وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.
وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكيفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب
قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي مترتبة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

رقم الحكم 239

تاريخ الحكم 1981/11/26

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32

ملف جنحي
التركة - التصرف بسوء نية.
يعاقب بالحبس والغرامة احد الورثة او مدعي صفة الوارث اذا تصرف بسوء نية في التركة او في جزء منها قبل اقتسامها " الفصل / 523 / من ق. ج " .
يقتضي التصرف في متروك تفويته اما بالبيع او الرهن او غير ذلك، فمجرد الاستيلاء عليه لا يكفي لقيام هذه الجريمة.

وبعد المداولة طبقا للقانون،
نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان وسيلة النقض الثانية المتخذة من الخرق الجوهري للقانون خاصة مقتضيات الفصل (523) من القانون الجنائي.
ذلك ان الفصل المذكور يشترط لقيام الجنحة المعاقب عليها ان يكون المتهم وارثا

او مدعيا للارث مع ان العارض في هذه النازلة ليس بوارث ولا بمدع للارث وانما كان مجرد امين وحارس وان اختفاء هذا الركن المادي من شأنه عدم قيام الجنحة - وان يكون الوارث او المدعي للارث قد تصرف في التركة باحدى وسائل التصرف كالبيع والاستهلاك او باية وسيلة تنهي حيازته وان شيئا من هذا لم يقع اذ تاكد من حيثيات الحكم ان الجزء الموجود تحت يد العارض كان لا زال تحت حيازته عند المتابعة ولم يخرج من يده الا عندما طلبه منه القاضي - كما ان قيام الجنحة يقتضي توفر القصد الجنائي عند المتهم بالتصرف المقصود منه التفويت الشيء الذي لم يتوفر في النازلة بل على العكس من ذلك صرح العارض انه استولى على جزء من التركة في انتظار القسمة لا غير - وعليه تكون المحكمة قد خرقت القانون خرقا جوهريا مستوجبا للنقض.

بناء على الفصل (523) من القانون الجنائي.

حيث، ان الفصل المذكور ينص في فقرته الاولى على انه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم احد الورثة او مدعى الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة او جزء منها قبل اقتسامها. وحيث، ان المحكمة واخذت العارض من اجل التصرف بسوء نية في متروك وقضت عليه من اجل ذلك بشهر واحد حبسا ومائة وعشرين درهما غرامة، وحيث، ان مجرد الاستيلاء على جزء من التركة من طرف فرد ليس بوارث ليس هو التصرف في المتروك بمفهوم الفصل (523) المشار اليه والذي يقتضي تفويت المتروك او جزء منه على الغير وحرمان ذلك الغير من حقوقه اما بالبيع او الرهن او غير ذلك.

وحيث، انه لم يفع تفويت بمفهوم الفصل (523) المذكور كما لم يثبت انه حرر اي عقد للبيع او الرهن في النازلة.

وعليه، فان المحكمة تكون قد كيفت الافعال تكييفا غير سليم واساءت بذلك تطبيق الفصل (523) الانف الذكر وبالتالي فانها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ واحد وعشري يبرير 1977 تحت عدد (427) في القضية رقم (2294) وباحالة النازلة للبت فيها من جديد طبقا للقانون على نفس المحكمة وهي متركة من هيئة اخرى وبرد المبلغ المودع لصاحبه، وبانه لا داعي لاستخلاص الصائر.

نوع ال

رقم الم 3062

تاريخ ام 1985/04/04

اسم اة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 12527

سرقة - نية التملك.

السرقه هي اختلاس مال الغير عمدا بنية تملكه وان اخذ المتهم اكياس الغير لاستيفاء دين له عليه لا يعد سرقة وان المحكمة لما عللت قضاءها بادانته بان تبرير اخذ هذه الاكياس كان لقاء دين له على الضحية لا ينفي عنه عنصر سوء النية تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا وعرضت قرارها للنقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من سوء التعليل الموازي لانعدامه تحريف الوقائع عدم ارتكاز القرار على اساس قانوني سليم التطبيق الخاطئ لنص الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي ذلك ان وقائع القضية وكما هو ثابت من محضر الضابطة القضائية ان العارض طالب النقض لم يقم عمدا باختلاس اكياس القمح والشعير وانما قام فقط بحبسها وبدون نية تفويت ملكيتها محل صاحبها المطلوب في النقض الى حين ان يفى هذا الاخير بالدين الذي له لوالد العارض ومعطيات الملف لا تفيد بالقطع ان العارض تتوفر في حقه العناصر التكوينية للفصل (505) من القانون الجنائي اذ ان عناصر هذا الفصل تنطلق ابتداء من وجود العمد الجنائي وهو قصد خاص يهدف من ورائه صاحبه الى الاستيلاء على ملك الغير.

بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية.

حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معلل من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان فساد التعليل يوازي انعدامه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على العارض من اجل ارتكابه جنحة السرقة طبقا للفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي بشهرين حبسا مشمولا بايقاف التنفيذ ومائتي درهم غرامة وبتعويض مدني مع تعديل الحكم المستأنف بالرفع من مبلغ التعويض واقتصر في تعليل ذلك على القول:

((وحيث ان الحكم الابتدائي معللا تعليلًا قانونيًا مستندًا الى وقائع القضية بالملف الامر الذي يتعين معه تاييده في مبدئه لسلامته)) كما ان الحكم الابتدائي اقتصر في تعليل الادانة بقوله:

((وحيث ان ما يبرر به المتهم اخذه الاكياس السبعة وهو رابطة المديونية لا تنفي عنه العنصر المعنوي الذي هو النية الاجرامية)).

لكن، حيث ان الفصل (505) من مجموعة القانون الجنائي المعاقب بمقتضاه العارض يشترط في اختلاس المال المملوك للغير ان يكون عمدا وهو القصد الخاص اي نية التملك للشيء وان اخذ الاكياس السبعة من اجل استيفاء الدين كما في النازلة الحالية لا يعتبر الفعل سرقة وان ما ذهبت اليه المحكمة يعتبر من قبيل فساد التعليل الموازي لانعدامه وخرقا لمقتضيات الفصل (505) المذكور اعلاه الشيء الذي يكون معه القرار ناقص التعليل وغير مرتكز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب
قضى بالنقض والاحالة.

نو الحكم

رقم الحكم

3284

تاريخ الحكم

1985/04/11

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

ملف جنحي: 17354

خيانة الامانة - عناصر - ابرازها.

خيانة الامانة هي الاختلاس بسوء نية اضرارا بالغير لمال سلم للشخص لاستعماله في غرض معين.

لما ادانت المحكمة الطاعن من اجل خيانة الامانة بعللة انه اغلق الدكان وغادر المدينة بدون اخبار اصحابه دون ان تبرز عناصر خيانة الامانة كما هي محددة قانونا ((الفصل / 547 / من ق. ج)) يكون قرارها ناقص التعليل.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من انعدام الاساس القانوني والنقص في التعليل وخرق مقتضيات الفصل (547) من القانون الجنائي ذلك ان القرار المطعون فيه واخذ العارض من اجل خيانة الامانة دون ابراز العناصر التي تتكون منها الجريمة المذكورة وهي:

1 - فعل الاختلاس او التبيد المكون للعنصر المادي.

2 - الطابع التدليسي المكون للعنصر المعنوي.

3 - ان يكون الاختلاس ارتكب اضارا بالمالك او الحائز او واضع اليد.
4 - طبيعة الاشياء المختلسة.
5 - ان تكون الاشياء سلمت له لردها او استعمالها لغرض معين.
بناء على الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية.
حيث، انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل (347) والفقرة الثانية من الفصل (352) من القانون المذكور يجب ان يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلا وان نقصان التعليل يوازي انعدامه.
وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى بالغاء الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه ببراءة العارض وحكم عليه من جديد بستة اشهر حبسا ومائتين وخمسين درهما غرامة واقتصر في تعليل الادانة بقوله:
حيث اعترف المتهم بكل ما نسب اليه في جميع المراحل.
وحيث ان المتهم اغلق الدكان وغادر مدينة مكناس الى الدار البيضاء بدون اخبار المشتكين.
(وحيث ان عناصر خيانة الامانة ثابتة ثبوتا كافيا في حق المتهم)).
وحيث، ان القرار المطعون فيه لم يبرز في حق العارض توفر العناصر التي تتكون منها جنحة خيانة الامانة المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل (547) من القانون الجنائي وهي الاختلاس بسوء نية اضرار بالغير لبضائع او غيرها سلمت له لاستعمالها لغرض معين مما يكون معه القرار المذكور ناقص التعليل غير مرتكز على اساس صحيح من القانون.

لهذه الاسباب
قضى بالنقض والاحالة.

نوع الحكم

رقم الحكم

134

تاريخ الحكم

1986/07/01

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 40

ملف جنحي: 14319/85

جريمة - اقترافها خارج المغرب - اختصاص - احتيال - جريمة مستمرة.
لما كان الطاعن موجودا بالمغرب ولم يدل بما يثبت انه حوكم نهائيا في الخارج فان تصدي القضاء المغربي للبت في القضية غير مشوب باي عيب ويتفق مع احكام الفصلين (751) و(752) من ق.م.ج كما ان المتابعة التي تمت بناء على اعلان صادر عن سلطات القطر الذي ارتكبت فيه الجنحة لعدم وجود شاكية صادرة عن الضحية تعتبر مطابقة لاحكام الفصل (752) المذكور.
استعمال وسائل الاحتيال والنصب للاستيلاء على مال وتكرار الاستيلاء يجعل الجريمة من الجرائم المتتابعة يبتدى فيها التقادم من اليوم التالي لارتكاب اخر فعل.

و بعد المداولة طبقا للقانون
و نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض.
في شان الوسيلة المتعلقة بعدم الاختصاص وخرق مقتضيات الفصل (748) من قانون المسطرة الجنائية ذلك انه باستعراض الفصل المذكور يتبين منه على سبيل مفهوم المخالفة بان الفعل الرئيسي اذا كان انجز في قطر اجنبي فان الاختصاص يعود الى محاكم هذا الاخير لا لمحاكم المملكة ، و انه بالنسبة لجرائم النصب فان الفعل الرئيسي هو الفعل الماس بالمصالح المالية المتجسد في تلقي الاوراق المزورة ثم منح المعاش استنادا الى تلك الاوراق ولا شك ان مكان وقوع هذا الفعل هو الخارج الامر الذي يكون معه اختصاص المحكمة المغربية للبت في القضية غير سليم يستوجب النقض والاحالة.
حيث ان اثاره العارض عدم اختصاص المحكمة المغربية للبت في القضية باعتبار

ان الفعل الرئيسي للجريمة المدان بها قد تم خارج المملكة المغربية يتعارض في ادعائه هذا مع مقتضيات الفصل (752) من قانون المسطرة الجنائية التي تقتضي بان كل فعل له صفة جنحة سواء في نظر القانون المغربي او في نظر تشريع القطر الذي ارتكب فيه يمكن المتابعة من اجله بالمغرب ان كان مرتكبه مغربيا ولكن بشرط الا تجري المتابعة او يقع الحكم الا اذا رجع الجاني الى المغرب ولم يدل بما يثبت انه حوكم نهائيا في الخارج.

و حيث ان العارض موجود بالمغرب ولم يدل بما يثبت انه حوكم نهائيا في الخارج من غير اعتبارا لمدى نشاطه ودوره في اتمام الجريمة يكون تصدي المحكمة المغربية للبث في القضية غير مشوب باي عيب وتكون الوسيلة على غير اساس.

و في شان الوسيلة الثانية المتخذ من خرق الفصل 752 من قانون المسطرة الجنائية ذلك انه يشترط لاجراء المتابعة من طرف النيابة العامة ضرورة توصلها بشكاية من الشخص المتضرر او استنادا الى اعلان من سلطات القطر الذي ارتكبت الجنحة فيه ، و ان المؤسسة المتضررة لم تقدم اية شكاية في الموضوع كما ان سلطات القطر الفرنسي لم توجه اي اعلان في هذا الشأن الى السلطات المغربية وان الرسالة التي تلقتها الضابطة القضائية من قبل القنصلية الفرنسية باكادير لم ترد في صيغة اعلان او في شكل شكاية كما ورد في الحكم الابتدائي الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه غير مرتكز على اساس يستوجب النقض والابطال.

حيث انه خلافا لما ذكره العارض فان متابعته واثارة البحث في قضيته ثم على سبيل تلتقي الضابطة القضائية كتابا من قنصلية فرنسا باكادير تحت عدد 70 بتاريخ 32 يوليوز 1984 موقوفا برسالة مجهولة بتاريخ 3 يوليوز 1984 والتي يدعي فيها كاتبها بان المسمى ابوض ابراهيم بن موسى الساكن بدوار كرزيل يتقاضى مرتبا يقدر ب 7500 درهم لكل ثلاثة اشهر عوضا عن المسمى لعطش محمد بن احمد الذي توفي منذ سنة 1961 والذي كان يعمل سابقا بفرنسا من علم 1925 الى 1939 من الصندوق المستقل الوطني للضمان الاجتماعي بمناجم فرنسا "فيه الكفاية على ان متابعة العارض تمت في اطار ما يستوجبه الفصل 752 من قانون المسطرة الجنائية من الاستناد على اعلان من سلطات القطر الذي ارتكبت فيه الجنحة في حالة عدم وجود شكاية من الشخص المتضرر مما تكون معه الوسيلة مخالفة للواقع.

و في شان الفرع الاول من الوسيلة الثالثة المتخذة من خرق الفصل الثالث من قانون المسطرة الجنائية وانعدام الاساس القانوني ذلك ان العارض اثار دفعا بالتقادم لان جريمة النصب من الجرائم الفورية التي يبدا التقادم بشانها اعتبارا من تاريخ انجاز الفعل المادي للجريمة المتمثل في استعمال الاحتيال لايقاع شخص في غلط بتاكيدات خادعة ، و ان الفعل وقع في غضون سنة 1979 ولم تثر

المتابعة الا في سنة 1984 ، غير ان المحكمة اجابت برفض طلبه معللة ذلك بان الظنين لا زال يتقاضى المبالغ المالية من صندوق الضمان الاجتماعي الفرنسي نتيجة نصبه واحتياله وقد اقر المتهم بتوصله بهذه المبالغ بعد ثلاث سنوات تلي سنة 1979، في حين ان استمرار الطاعن في تلقي المعاش انما هو استمرار لنتائج تدخله للمرة الاولى المترتب عنه التقادم ويكون القرار المطعون فيه مخالفا للقانون يستوجب النقض والابطال.

حيث ان استعمال وسائل الاحتيال والنصب انما هي وسائل ينبغي منها المحتال الاستيلاء على مال المحتال عليه وبتكرار ذلك الاستيلاء تعتبر جريمة النصب والاحتيال من الجرائم المتتابعة التي يكون التقادم المسقط فيها للدعوى الجنائية يبدأ من اليوم التالي لارتكاب اخر فعل وتحقق نتيجته المتمثلة في الاستحواذ على مال الضحية الشيء الذي يكون معه رفض المحكمة لدفع العارض بتعليل ان الظنين لا زال يتقاضى المبالغ المالية من صندوق الضمان الاجتماعي الفرنسي نتيجة نصبه واحتياله وقد اقر المتهم بتوصله بهذه المبالغ بعد ثلاث سنوات تلي سنة 1979 غير مشوب باي عيب ويكون معه فرع الوسيلة عديم الجدوى. في شان الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة المتخذ من انعدام الاساس ذلك انه من القواعد المسلمة انه لا يجوز قبول شهادة شخص حول وقائع تتعلق به شخصا وان المحكمة قد خرقت هذا المبدأ بتقريرها ادانة العارض بجنحة محاولة الارتشاء اعتمادا على ما ورد في محضر الضابطة القضائية من كون واضعية قدمت لهم رشوة من لدن الطاعن وانه ينبغي امام المحكمة هذه التهمة موضحا ان نية الارتشاء لم تكن متوفرة وغاية ما هناك انه سلم لرجال الدرك حقيبة تحتوي الى جانب الاوراق المطلوبة منه على المبلغ المحجوز المعتبر في نظرهم بمثابة رشوة مما يعد القرار المطعون فيه غير قائم على اساس يستوجب النقض والابطال.

حيث ان الاساس الذي اعتمدته المحكمة في ادانة العارض بجريمة الارتشاء هو اعترافه امام الضابطة القضائية وانه لا لوم على المحكمة باخذها بالاعتراف امام الضابطة القضائية ما دام الامر يتعلق بجنحة هذا فضلا على حجز المبلغ المالي الذي قدمه العارض كاداة الارتشاء الشيء الذي يجعل المحكمة قد ابرزت وجه اقتناعها بارتكاب العارض الجريمة المنسوبة اليه وعللت ما قضت به تعليلا كافيا مما يكون معه فرع الوسيلة غير جدير بالاعتبار.

وفي شان الوسيلة الرابعة المتخذة من خرق القواعد الجوهرية في اجراءات المسطرة ذلك ان القرار المطعون فيه لا ينتج من تنصيباته ان الهيئة التي اصدرته كانت مشككة من نفس الهيئة القضائية التي ناقشت القضية مما يؤدي الى النقض والابطال.

حيث ان محضر الجلسة الصحيح شكلا والمكمل لما عسى ان يكون قد اغفل عنه القرار بالرجوع اليه نجد ان الهيئة التي ناقشت القضية هي نفس الهيئة القضائية

التي نطقت بالقرار المطعون فيه مما تكون معه الوسيلة مخالفة للواقع.

لهذه الاسباب
قضى برفض الطلب

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد : 9/12/184

حكم : 2379

بتاريخ : 2012/08/17

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الاختصاص النوعي:

حيث دفع مدير الجمارك و الضرائب غير المباشرة بعد اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب على اعتبار أن أساس النزاع ينصب حول القول بصحة الالتزام بكفالة من عدمه وهو من العقود المدنية التي يعود اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عنها لجهة القضاء العادي. لكن حيث يؤخذ من فحوى النزاع ووقائعه أن الكفالة الجمركية المنازع في صحتها تعتبر ضمانا تؤمن للخزينة العامة تحصيل رسوم جمركية ناجمة عن معاملة جمركية استنادا إلى تصريح جمركي. وحيث أن الثابت قانونا أن الرسوم الجمركية تعد من الديون العمومية التي تختص المحاكم الإدارية بالبت في الدعوى المتعلقة بتحصيلها طبقا للمادة الثامنة من القانون رقم 90/41 محدث للمحاكم الإدارية. وحيث أنه تأسيسا على ما ذكر يتعين رد الدفع المثار و القول باختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب.

المنطوق

وتطبيقا لمقتضيات القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنيا ابتدائيا و حضوريا:

باختصاصها نوعيا للبت في الطلب.

نقض - نيابة الوكيل القضائي للمملكة عن الدولة في مرحلة النقض - جواز المصادقة على حجز أموال عمومية مرصودة.

مادام السند التنفيذي الذي هو قرار المصادقة على حجز ما للمدين لدى الغير يتضمن التصريح بمديونية الدولة فغن للوكيل القضائي للمملكة الصفة للنيابة عن الدولة في مرحلة الطعن بالنقض، إذ أن تدخله واجب

كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو المؤسسات العمومية.
يجوز للمتروّع ملكيته أن يحجز على الاعتمادات المتوفرة في الحساب الخصوصي المرصود لإحداث
الطرق السيارة لأن أداء قيمة الأرض المتروّع ملكيتها يدخل في إطار ما رصد له الحساب ألا وهو إنشاء
الطرق.
رفض الطلب

القرار عدد 352، الصادر بتاريخ 3 يونيو 2009، في الملف عدد 2008/4/775
باسم جلالة الملك

حيث دفع المطلوبون في النقض بكون الطعن قدم من غير ذي صفة على اعتبار أن أطراف الحجز لدى
الغير ثلاثة، وأن مسطرة الحجز تتم بين هؤلاء فقط، ثم أن الأمر لا يتعلق بمديونية الدولة الذي يحتم
استدعاء الوكيل القضائي مما يتعين معه عدم قبول الطعن.
لكن لما نص السند التنفيذي على مديونية الدولة، وصرح بها فلولوكيل القضائي للمملكة حق النيابة عنها في
الطعن بالنقض فضلا على أن الطاعنين استمدوا صفتهم من القرار المطعون فيه مما يجعل ما أثّر عديم
الأساس.

حيث يستفاد من أوراق الملف، ومن ضمنها القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية
بالرباط تحت رقم 765 بتاريخ 2008/6/9 في الملف عدد 2/8/80 أنه بتاريخ 2007/9/7 تقدم ورثة
الحاج الخضير بمقال عرضوا فيه أنه بمقتضى سند تنفيذي حائز لقوة الشيء المقتضى به، وهو القرار
الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2002/3/7 في الملف 1/1/4/1934 تم إيقاع حجز على ما لوزارة
التجهيز والنقل بين يدي الخازن العام للمملكة على حساب الوزارة عدد 317010، المتعلق بمديرية
الطرق، وأنه بناء على محضر الحجز لدى الغير المنجز من طرف المفوض القضائي موضوع الملف
التنفيذي عدد 1/142 بتاريخ 2002 الذي يشهد فيه بكونه قام بالحجز على الحساب المذكور في حدود
مبلغ 2.245.230 درهم، وبذلك يكون الدين المطالب المصادقة على الحجز لدى الغير ثابت وحال
ومستحق بناء على سند تنفيذي، لذلك يلتزمون الحكم بالمصادقة على الحجز المضروب بين يدي الخازن
على الحساب أعلاه مع أمر المحجوز عليه بتسليمه لصندوق كتابة ضبط المحكمة الإدارية بالرباط لتسليمه
إليهم مع النفاذ المعجل، وبعد إجراء خبرة وتام الإجراءات أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط
بالمصادقة على الحجز بين يدي الخازن للمملكة على حساب وزارة التجهيز والنقل المفتوح لديه تحت رقم
317010 وهو نفس الحساب الذي أصبح يحمل بمقتضى قانون المالية لسنة 2007 رقم 331701 والذي
يحمل حاليا رقم 3100117001 وتأمّر تبعا لذلك المحجوز لديه بتسليم كتابة الضبط لدى هذه المحكمة
المبلغ المحجوز وقدره 2.245.230 درهم لتسليمه للطالبين مع النفاذ المعجل، استؤنف من طرف
الطاعنين فأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه.

في الفرعين الأوليين من الوسيلة الأولى : المتخذة من فساد التعليل الموازي لانعدامه المتجلي في فساد
التعليل فيما يتعلق بخرق الحكم المستأنف للفصول 32 و 50 و 514 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أنه
سبق للعارضين أن تمسكوا في استئنافهم بكون الحكم المستأنف خرق الفصل 32 أعلاه لما قضى وفق
الطلب رغم أن المقال لم يتضمن أسماء الأطراف، وإن المحكمة أجابت بكون الحكم المراد تنفيذه بمسطرة
الحجز يتضمن أسماء الأطراف، وبذلك تكون قد حرقت الواقع لأن الحكم موضوع المناقشة هو الصادر
في مسطرة المصادقة على الحجز وليس الصادر في مسطرة نزع الملكية، وهذا الخرق ترتب عنه خرق
آخر تجلّى في عدم الإشارة إلى أسماء الأطراف في ديباجة الحكم مما يعد خرقا للفصل 50 أعلاه، ومن
جهة أخرى فقد تمسك العارضون كذلك بخرق الفصل 514 من قانون المسطرة المدنية باعتبار أن الطلب

يستهدف التصريح بمديونية الدولة غير أن المحكمة أجابت بكون الوكيل القضائي لم يكن طرفا في الحجز لدى الغير حتى يدخل في مسطرة المصادقة على الحجز، وأن هذا التعليق فاسد باعتبار أن الفصل المحتج به لا يستثني مسطرة الحجز ولا المصادقة عليه، الشيء الذي يستلزم معه نقض القرار.

لكن، لما كان الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية يوجب أن تكون طلبات النقض مبنية على أحد الأسباب خرق قاعدة مسطرية اضر بأحد لأطراف... وأن الطاعنين لم يبينوا الضرر الذي لحقهم خاصة وأن الغاية تحققت وتوصل جميع الأطراف فضلا على أن الطاعنين أتموا النقض الحاصل في مقالهم الاستئنافي علما أن الأمر لا يتعلق بدعوى مبتدئة بل بمسطرة تتعلق بالتنفيذ الجبري، وأن المحكمة عندما صرحت بما جاء في الوسيلة لم تخرق ما احتج به ولم تحرف وقائع النازلة. ومن جهة أخرى، فإدخال الوكيل القضائي حسب مقتضيات الفصل 514 يجب أن يتم كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو المؤسسات العمومية، والتصريح بذلك تم في القرار المطلوب تنفيذه أي بمقتضى السند التنفيذي، ومسطرة المصادقة على الحجز تدرج ضمن إجراءات التنفيذ الجبري ولا تتعلق هي الأخرى بالدعوى المبتدئة وأن هذه العلة تقوم مقام العلة المنقذة مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار. في الفرع الثالث من الوسيلة الأولى :

حيث يعيب الطاعنون القرار لفساد التعليق فيما يتعلق بعدم الجواب على دفع عدم إمكانية الحجز على الاعتمادات المتوفرة في الحساب الخصوصي لأنها من صنف النفقات غير القابلة للحجز، وأن المحكمة أجابت بكون الأموال المحجوزة مرصودة لتعويض المنزوعة ملكيتهم مما يجعلها أموالا خاصة قابلة للحجز وبذلك حرفت الدفع الذي يقصد بهان السيولة الموجودة بالحساب ليست فائضا بل مرصودة لأداء نفقات ملتزم بها أصلا مما يجعل جواب المحكمة يخرج عن فحوى الدفع.

لكن وخلافا لما أثير فإن المحكمة لما صرحت بكون الغرض من الصندوق الخصوصي الذي تم الحجز عليه لصيانة الطرق، وبأن القطعة الأرضية التي تم نزع ملكيتها رصدت لبناء الطريق السيار مما تكون معه الأموال المحجوزة رصدت هي الأخرى لتعويض أصحاب الأراضي المنزوعة تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما باعتبار أن أداء قيمة الأرض يدخل في إطار إحداث الطرف المنشأة عليها، وكان ما بهذا الفرع من الوسيلة عديم الأساس.

في الفرع الرابع من الوسيلة :

حيث يعيب الطاعنون القرار بفساد التعليق فيما يتعلق باستبعاد السبب القائل بتحريف الحكم للوقائع عند نسبة وجود تصريح ايجابي للمحجوز بين يديه، ذلك أنه سبق للعارضين أن أثاروا تحريف المحكمة للوقائع لما اعتبرت أن هناك تصريحا ايجابيا، والحال أن المحجوز بين يديه أدلى بتصريح سلبي غير أن المحكمة اعتمدت ما جاء في الخبرة واعتبرتها بمثابة التصريح الايجابي، وهذا التعليق فاسد فهو تحريف للوقائع وما خلص إليه القرار من وجود تصريح ايجابي يحتاج إلى تدقيق في المفاهيم لأن المشرع اعتبر التصريح الايجابي إجراء ضروريا لإتمام إجراءات المصادقة على الحجز وتصريح المحجوز بين يديه سلبا ليس لكون ما يحتوي عليه الحساب الواقع عليه الحجز لا يشكل عناصر ايجابية بل هو اعتمادات رصدت لأداء نفقات ولولا هذه النفقات لما اعتمدت هذا الحساب أصلا.

لكن لما تبين للمحكمة من أوراق الملف، الشيء الذي أكدته الوسيلة في هذا الفرع، أن التصريح المدلى به لا يعتبر أن المحجوز لديه لا يتوفر على أي مبالغ للمحجوز عليها، بل أن التصريح المذكور أكد أن هناك مبالغ موجودة في حساب المحجوز عليها غير أنها رصدت لأداء النفقات واعتبرت أن من جملة هذه النفقات أداء قيمة الأرض المقامة عليها الطريق وبالتالي اعتبرت أن التصريح المقدم إليها غير سلبي بمفهوم الفصل 494 من قانون المسطرة المدنية الشيء الذي أكدته الخبرة، وبذلك لم تحرف الوقائع

وعللت قرارها بما يكفي لرده وكان ما بالوسيلة خلاف الواقع.

في الفرع الخامس من الوسيلة الأولى :

حيث يعيب الطاعنون القرار بفساد التعليل فيما يتعلق بالرد عن السبب القائل بكون المصادقة على الحجز تمثل اعتداء على اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية، ذلك أن المحكمة صرحت بأنها عندما طبقت القانون المتعلق بالحجز لدى الغير لا يعد ذلك تعديا على السلطة التشريعية، علما أنه من واجب القضاء مواجهة الإدارة في حالة امتناعها بدون مبرر عن تنفيذ حكم صادر في مواجهة الإدارة في حالة الجبري ولا يعتبر ذلك تعديا على السلطة التشريعية، علما أنه من واجب القضاء مواجهة الإدارة في حالة امتناعها بدون مبرر عن تنفيذ حكم صادر في مواجهة الجبري ولا يعتبر ذلك تعديا على السلطة التنفيذية، والحال أن أعمال هذه المسكرة يترتب عنه تدخل في السلطة التشريعية وأن تحديد الموارد والنفقات والإذن بأدائها وتحصيل المداخل لا يكون إلا بواسطة قوانين للمالية من اختصاص الجهاز التشريعي الذي يعهد بتنفيذ إلى السلطة التنفيذية، وتأسيسا على ذلك فالحسابات الخصوصية من ضمن عناصر القانون المالي وتحديد مداخلها ونفقاتها من اختصاص الجهاز التشريعي، الشيء الذي يجعل المصادقة على الحجز وتسليم مبلغ مالي مرصود لنفقة محددة لغير ما كان قد رصد له عمل الجهاز التشريعي.

لكن لئن أثار الطاعنون أمام محكمة الموضوع تجاوز القضاء لسلطته وتعيده على السلطتين التشريعية والتنفيذية إلا أنه لم يثره على النحو الوارد ببداية الوسيلة، إذ اعتبر أن المصادقة على الحجز وما اتبع ذلك هو تجاوز سافر لسلطة القضاء، وإن باقى ما أثير قد سبق الجواب عنه في معرض الرد عن الفرع الثالث من الوسيلة، مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار.

في الفرع السادس من الوسيلة الأولى:

حيث يعيب الطاعنون القرار بفساد التعليل فيما يتعلق بالرد على خرق الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية، الذي تنص مقتضياته على أن إجراء الحجز بين يدي الغير يتطلب إذن القاضي في جميع الأحوال ودون استثناء، وأن هذا الفصل جاء عاما لذلك لا يمكن الاجتهاد مع وجود النص، علما أن هذا الفصل هو الذي أسس لمسطرة الحجز لدى الغير، غير أن محكمة الدرجة الأولى اعتبرت أن هذا الأمر لا يستقيم لكون الحجز لدى الغير الذي يتم بناء على سند تنفيذي لا يحتاج إلى استصدار أمر قضائي وإنما يتم تلقائيا من قبل مأمور التنفيذ باعتباره من إجراءات التنفيذ.

لكن لما كانت مقتضيات الفصل 495 من قانون المسطرة المدنية تنص على أن الحجز لدى الغير يتم على سند تنفيذي أو بأمر يصدره رئيس المحكمة بناء على طلب، وإن هذا الفصل استعمل لفظة أو التي تفيد المغايرة، وبذلك يكون القرار المطعون فيه المؤيد للأمر بالمصادقة على الحجز طبق الفصل الواجب التطبيق بناء على توفير الدائنين على سند تنفيذي، وكان ما أثير عديم الأساس.

في الفرع السابع و التاسع من الوسيلة :

حيث يعيب الطاعنون القرار بفساد التعليل في استبعاد الدفع المستند إلى تعارض الحجز لدى الغير مع مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العمومية، ذلك أن المحكمة صرحت في معرض الجواب على هذا الدفع بأنه ولئن كان لا يجوز الحجز على الأموال العمومية فما ذلك إلا لغاية تفادي عرقلة سير المرفق باعتبار أن هذه الأموال من مستلزمات ممارسة نشاطه وأيضا من باب أن الدولة مليئة الذمة وليس لكونها أموال عمومية مادام لا يوجد نص قانوني يمنع حجزها ولكن إذا ثبت امتناع الدولة من تنفيذ حكم بدون مبرر فغن ملاءة الذمة تصبح غير مجدية بالنسبة للتنفيذ وفي هذه الحالة يجوز القيام بتنفيذ الجبري على الأموال العمومية.

وحيث أن هذا التعليل يتعارض مع كافة المبادئ القانونية والاجتهادات القضائية التي تتركس مبدأ عدم جواز إيقاع الحجز على الأموال العمومية ومن جهة أخرى فقد صرحت المحكمة بأن المصادقة على الحجز لا تشكل عرقلة لسير المرفق العمومي وهو تعليل فاسد إذ أن تصحيح الحجز وتسليم مبلغ مالي يتجاوز مليوناً من الدراهم فيه عرقلة لسير المرفق، وأن الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية جاء بصيغة المنع في مواجهة المحاكم للنظر ولو بصفة تبعية في الطلبات التي من شأنها عرقلة عمل الإدارة، الشيء الذي يجعل القرار بمنح هذا عرضة للنقض.

لكن وخلافاً لما جاء في هذين الفرعين لما تبين للمحكمة أن الحجز لدى الغير تم على أموال الصندوق المحدث أساساً لأداء النفقات التي من جملتها أداء قيمة الأرض المحدث عليها الطريق بسبب نزع ملكيتها والصادر بشأنها السند التنفيذي في هذه المسطرة، وأن إيقاع الحجز على أموال الصندوق لا يترتب عنه عرقلة سير المرفق العام، أيدت الحكم المستأنف علماً أن المبلغ حجز لأنه مرصود ولا يعد ذلك عرقلة للمرفق العام وأن هذه العلة تقوم مقام العلة المنتقدة في القرار مما يجعل ما أثير عديم الأساس. في الفرعين الثامن والعاشر من الوسيلة الأولى :

حيث يعيب الطاعنون القرار بفساد التعليل في معرض الرد عن عدم منازعة الإدارة في تنفيذ الحكم وتناقض تعليلات القرار، ذلك أنه على عكس ما صرحت به المحكمة من كون العارضين لم ينازعوا في واقعة امتناع الإدارة عن التنفيذ، والحال أنهم صرحوا بتمام هذا التنفيذ وأن المعنيين بالأمر توصلوا بمبالغ مالية، ودليل ذلك أن القرار أشار إلى ذلك حينما اعتبر أن التنفيذ لم يطل كافة المبالغ وأنه تم التنفيذ في حدود المبالغ المستحقة إذ تم إيداعها بصندوق الإيداع والتدبير مع اقتطاع المبلغ الذي سبق للمطوبين التوصل به في إطار مسطرة الاتفاق بالتراضي الشيء الذي يجعل المحكمة عندما صادقت على الحجز تكون قد تجاوزت المبالغ المستحقة، ومن جهة أخرى فقد تمسك العارضون بإثبات المطوبين في النقض كوهم مازالوا مدنين بالمبالغ موضوع الحجز وإلا ما كان هناك مبرر لإيقاعه، إلا أن المحكمة أجابت بكون المبالغ المحصل عليها ليست كل المبالغ المستحقة وبذلك يكون إيقاع الحجز في حدود المبالغ المتبقية مبرراً، وبذلك كان على المحكمة إلغاء الحكم المستأنف وتعديله في حدود المبالغ التي ترى أنها مستحقة وعندما لم تفعل يكون منطوقها متناقضاً مع تعليلاتها مما يعرض قرارها للنقض. لكن من جهة فغن ما ورد بالفرع الثامن لم يسبق عرضه على قضاة الموضوع ليعرف رأيهم فيه مما لا تقبل معه مناقشة لأول مرة أمام المجلس الأعلى، ومن جهة أخرى لما تبين للمحكمة أن المبالغ التي تم منحها للمطوبين في النقض لا تمثل المبلغ المحكوم به نهائياً بل تمثل هذه التعويضات جزاء من المبلغ، صادقت على الحجز في حدود المبالغ التي لازالت بذمة الطالبة وإن ذلك لا يعد تناقضاً مع ما قضت به مما يجعل ما أثير عديم الأساس.

في الوسيلة الثانية المستمدة من خرق القانون :

حيث يعيب الطاعنون القرار المطعون فيه بخرق القانون، ذلك أن مسطرة الحجز لدى الغير تحكمها مقتضيات الفصول من 488 إلى 496 من قانون المسطرة المدنية، وإن القرار المطعون فيه صدر في نطاق الفصل 494 من القانون الأنف الذكر فير أنه مخالف لأحكام الفصول أعلاه، لأن مسطرة لحجز لدى الغير تبتدىء بإجراء تحفظي وهو الحجز لدى الغير ثم تتحول إلى إجراء تنفيذي وهو تصحيح الحجز و أن ذلك يتطلب تدخل المحجوز لديه بتصريح سلمي أو ايجابي، وفي هذا الإطار حدد الفقه علاقة المحجوز عليه بالمحجوز لديه أي التي يكون المحجوز لديه مدنياً للمحجوز عليه ومن ثم فغن في نازلة الحال فغن المحجوز لديه ليس من الغير باعتباره غير مدين للمحجوز عليها، وبذلك يكون المحاسب ليس من الاغيار في علاقته بصرف أموال الإدارة بل هو جزء من آليات تنفيذ وصرف تلك لنفقات، لذلك يتعذر تطبيق

الفصل 494 على نازلة الحال.

لكن من جهة فالطاعنون لم يتبنوا الخروقات التي طالت الفصول المشار إليها في الوسيلة، ومن جهة أخرى فغنه يكفي لتحقيق صفة الغير في شخص المحجوز لديه أن يكون غير ملتزم شخصيا بالدين ولا تربطه بالمحجوز عليه علاقة تبعية، علما أن ما ورد بالوسيلة بشأن علاقة المحجوز لديه مع المحجوز عليه يختلط فيها الواقع بالقانون ولم يسبق عرضها على قضاة الموضوع حتى يمكن مناقشتها لأول مرة أمام المجلس الأعلى، مما يجعل ما أثير غير معقول.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

السيد بوشعيب البوعمرى رئيسان والسادة المستشارون : عائشة بن الراضي مقررة، والحسن بومريم ومحمد دغير ومحمد منقار بنيس أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة الزهرة الحفاري.

المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء

حكم صدر بتاريخ: 07/07/17

تحت عدد:

ملف جنحي تلبسي رقم: 07/4053

// بعد المداولة طبقا للقانون //

أولا : في الدعوى العمومية :

حيث تابعت النيابة العامة الظنين نور الدين الراضي من أجل الجنح المسطرة أعلاه وفقا لفصول المتابعة وهي الفقرات -6- 3 و 10 من الفصل 607 من ق ج.

حيث إن المحكمة وباستقرائها لوقائع النازلة والوثائق الخاصة بها ثبت لديها أن مناط النازلة هو شراء (واستعمالها في ميدان الاعلاميات بواسطة الانترنت وحمايتها القانونية. حيث **DOMAINE** الحقوق)

عرف الفقه والقضاء الفرنسيين من خلال محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ

20/9/1991 بأن الحق في ميدان الاعلاميات هو " الوسيلة التقنية للاستغلال نشاط تجاري".

حيث أكد الفقه الفرنسي أيضا أن للحقل المعلوماتي حماية قانونية غير مستمدة في التشريع كما هو الحال للملكية الصناعية للعلامات التجارية وانها تستمد شرعيتها من القاعدة الراسخة في قانون الاتصال " أول

Premier déclarant, premier occupant مصرح أول مستفيد " . "

حيث يشترط لتطبيق القاعدة المذكورة ألا يكون الحق ناسخا لأحد مماثل من نفس الزمرة وهذا الشرط هو المعمول به داخل جميع الهيئات الدولية المختصة في منح الحقوق ومنها الهيئة الأمريكية

"INTERNET ASSIGNED NUMBER AUTHORITY" المركزية.

حيث ركز المطالب بالحقوق المدني في شكايته أن الظنين نور الدين الراضي دخل إلى نظامه المعلوماتي عن طريق الاحتيال واستعمل اسمه التجاري وأضاف إليه علم دولة إسرائيل، مقاطعة إسرائيل وبعض صور الأطفال وكراريكاتور حيواني فصار يعرضه عليه قصد شرائه وبالتالي ابتزازه.

حيث أجاب الظنين في سائر أطوار القضية أن شراء الحقوق هو عملية تجارية قانونية محضة وأن أي نزاع يمس ذلك يرجع فيه إلى هيئة تحكيمية بدلاً من اللجوء إلى القضاء وأن استعماله لاسم التجاري وفابنك وأضاف عبارات ورموز أخرى كان الهدف منه هو التوضيح لمسؤولي البنك أن نظامه المعلومات غير محمي وبه خلل إمكانية إنشاء حقوق أخرى عن طريق الافتراضات اللغوية واستعمال الحروف بطريقة أخرى.

حيث إنه ولئن كان شراء الحقوق هو عملية مشروعة وقانونية ولها حماية شخصية وتلقائية كما تم توضيحه أعلاه، فإنه يشترط مع ذلك عدم استغلاله بطريقة تخالف القواعد والضوابط والمعايير الجاري بها العمل دولياً.

حيث إن الثابت من خلال الوثائق المدلى بها أن الظنين المذكور اشترى أولاً حقلاً من الشركة الفرنسية "الا أنه ومن أجل استغلاله دخل بوابة التجاري وفابنك ومن خلالها موقعه المعلوماتي واجتذب "OVH" صورة لعلامته واسمه التجاريين كما وأضاف إليها عبارة "مقاطعة إسرائيل" مع العلم الإسرائيلي وعلامة المنع.

حيث إنه باطلاع المحكمة على محضر المعاينة الذي أنجزه مكتب الأعوان القضائيين بفرنسا بناء على Attijariwafabank.org.New-atijariwafabank.com – KHALID OUDGHIRI.COM – OUDGHIRI.COM – WWW.semitisme.com « وأضاف إلى الحقل المسمى "ATIJARIWAFABA.COM" ،

ارهاب دولة إسرائيل ضد الشعب الفلسطيني مع وجود علامة "مقاطعة إسرائيل".

حيث أكد الظنين أثناء استجوابه من طرف هيئة الحكم في سائر الأطوار أنه تعمد إنشاء تلك الحقوق بعد شرائها وأن ما أضافه إلى بوابة التجاري وفابنك كان الهدف منه هو إثارة انتباه المستعمل أنه لا يتواجد بالموقع الحقيقي للتجاري وفابنك.

لكن حيث إن ما أثاره الظنين من استعمال للعلامة والاسم التجاريين للتجاري وفابنك في حقله المشتري واستعماله لنفس الألوان وإضافة الأشكال الهندسية التي أقامها بنفس الموقع يجعله أولاً قد دخل إلى الموقع "Cybersquatting" المعلوماتي الحقيقي للبنك ولم يمكث به وبالتالي احتلاله كما يرفض ذلك نظام " وثانياً أوقع المستعمل للموقع في الغلط إذ أن مجرد الخطأ في كتابة الاسم التجاري للبنك بحرف تاء " t i " يجعله يدخل إلى الموقع المنشأ من طرف الظنين أولاً، لأن حرفي "Typosquatting" واحدة " " ويعتقد إنذاك بأنه يدخل إلى الموقع t t يسبقان من حيث الترتيب الأبجدي في اللغة الفرنسية حرفي " الحقيقي للبنك خصوصاً وأن موقعه المضافة إليه بوابة التجاري وفابنك يحمل الاسم بكامله أي بتائين . "t t"

حيث إن عنصر الاحتيال الذي اشترطه الفصل 607 - 3 من ق ج يتجسد في كون الظنين لم يلج الموقع المعلوماتي للبنك عن طريق الخطأ أو الصدفة وإنما تعمد ذلك أولاً من خلال تصريحاته وثانياً من خلال استعمال بوابة التجاري وفابنك بتائين واستعمال الرموز والألوان الخاصة به وإضافة أشكال ورموز هندسية أخرى بعيدة كل البعد عن النشاط التجاري وهو الأمر الذي يفرض استبعاد أية فرضية للقول بالمنافسة غير المشروعة التي يشترط لقيامها إنشاء نشاط تجاري مماثل وأن يكون البيع والشراء مع كافة

الزبناء وليس مع البنك لوحده كما عمد إلى ذلك الظنين المذكور.
حيث إن ما أثاره الظنين يشكل أيضا عرقلة لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات كما يفرض ذلك الفصل 607-5 من ق ج والتي تتجسد في كون الظنين عمد إلى استقبال المراسلات الالكترونية لبعض الزبناء الذين يلجون الموقع بعد كتابة الاسم التجاري للبنك بتاء واحدة ، مباشرة في الموقع المنشأ من طرفه ويعمد بعد ذلك إلى تحويلها إلى الموقع الحقيقي للبنك مما يفوت على هذا الأخير الاتصال المباشر بزبنائه كما يفرض على ذلك العقد الرابط بينهما.

حيث إنه ومن جهة أخرى فإن الظنين وإن ردد في سائر الأطوار أنه لا يريد الاساءة الى البنك من خلال إحداثه لهذه الحقول والبرنامج المعلوماتي الخاص بها، إلا أن طريقة استعماله لبوابة البنك، وإضافة الرموز الخاصة به واستعمال احتمالات اللغوية لاسمه التجاري ووضعها رهن إشارة الغير عبر شركة الأنترنت التي تجعل الفعل يتصف بالعالمية. كل ذلك يجعل نية الاضرار به ثابتة وهو القصد الخاص اللازم توافره في هذه النازلة ولكون بالتالي العناصر المادية والمعنوية للجنح المعلوماتية كما سطرها الفصل 607 المذكور قائمة في صفته.

حيث إن المحكمة بعد دراسة القضية من خلال وثائق الملف ومحتوياته وما راج أمامها ثبت لديها واقتنعت بأن الأفعال المنسوبة إلى الظنين ثابتة في حقه وفقا للفقرات 3 و5 و10 - من الفصل 607 من ق ج وليس وفقا للفصول 6-3 و7 و10 مما يتعين التصريح بمؤاخذته من اجلها.
ونظرا لظروفه الاجتماعية وعدم سوابقه القضائية قررت المحكمة تمتيعه بظروف التخفيف مع جعل العقوبة الحبسية موقوفة التنفيذ في حقه.

ثانيا : في الدعوى المدنية التابعة :

أ – من حيث الشكل:

حيث جاءت المطالب المدنية وفق الشكل المتطلب قانونا مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.

ب – من حيث الموضوع:

حيث تقدم نائب الطرف المدني بمذكرة كتابية يلتمس بمقتضاها الحكم لفائدته بتعويض مدني قدره مليوني درهم عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به مع النفاذ المعجل وتحديد مدة الإكراه البدني في الأقصى مع الصائر.

حيث إن الأفعال التي قام بها الظنين والثابتة في حقه بمقتضى تعليقات الدعوى العمومية أعلاه قد ألحقت بالمطالب بالحق المدني ضررا ماديا ومعنويا يستحق عنه التعويض.

حيث إن الضرر المعنوي للبنك يتجسد من خلال المس بسمعته كمؤسسة بنكية يعرض نشاطه التجاري وخدماته الائتمانية على العموم ليس فقط على الصعيد الوطني وإنما على الصعيد العالمي نظرا لعالمية شبكة الانترنت.

حيث إن الضرر المادي قد ثبت من خلال مجموع الاجراءات التي قام بها البنك من اجل اكتشاف ما حصل لنظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاصة به.

حيث إن المحكمة وبما لها من سلطة تقديرية في تحديد التعويض ترى الحكم بمبلغ 600.000 درهم كتعويض إجمالي.

حيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

حيث يتعين تحديد مدة الإكراه البدني في الأدنى.

حيث إن المحكمة لا ترى ضرورة لاشفاعة الحكم بالنفاذ المعجل لعدم توافر شروط الفصل 147 من ق.م.م.

وعملا بمقتضيات الفصول 286 إلى 304-293 وما يليه 636 و 638 من ق.م.ج وكذا فصول المتابعة و 55 و 146 من ق.ج.

لهذه الأسباب:

فإن المحكمة وهي تنبث في القضايا الجنحية التلبسية تصرح علنيا ابتدائيا وحضوريا:

أولا : في الدعوى العمومية:

بمؤاخذة الظنين نور الدين الراضي من أجل ما نسب إليه والحكم عليه بستة (06) أشهر حبسا موقوف التنفيذ وبغرامة مالية نافذة قدرها 10.000,00 درهم مع تحميله الصائر وتحديد مدة الإجبار في الأدنى.

ثانيا : في الدعوى المدنية التابعة:

أ - بقبول المطالب المدنية شكلا.

ب- بأداء المدان لفائدة المطالب بالحق المدني التجاري وفابنك تعويضا مدنيا قدره: 600.000,00 درهم مع الصائر والإكراه في الأدنى وبرفض ما عدا ذلك.

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في
ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا.

المجلد الثالث

الجزء الأول

في القانون المغربي مبحث تعارض المصالح

الجزء الثاني

النيابة في القانون المغربي

مع الملاحق

إعداد: مصطفى علاوي حاصل على الإجازة في

الشرعية جامعة القرويين فاس

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في
ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا.

المجلد الثالث

الجزء الأول

مبحث تعارض المصالح

في القانون المغربي

إعداد: مصطفى علاوي حاصل على الإجازة في
الشرعية جامعة القرويين فاس

مقدمة المجلد الثالث

بعدما انتهت من إصدار المجلدين الأول و الثاني من الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا. أقدم المجلد الثالث في جزئين الأول تحت موضوع تعارض المصالح في القانون المغربي و الثاني تحت عنوان النيابة كلاهما من منظور الحكامة المالية استكمالا لهذا الموضوع الهام و الواجب الإلمام به ولتحقيق الشمولية في الإستيعاب التام أعددت ملاحق لهذه الغاية خلال البحث.

عسى أن يستفيد منه الجميع و ما توفيقي إلا من عند الله.

النصوص القانونية

الفصل 480

متصرفو البلديات والمؤسسات العامة، والأوصياء، والمساعدون القضائيون أو المقدمون والآباء الذين يديرون أموال أبنائهم، وأمناء التفليسة (السنادكة)، و مصفو الشركات، لا يسوغ لهم اكتساب أموال من ينوبون عنهم إلا إذا كانوا يشاركونهم على الشيوع في ملكية الأموال التي هي موضوع التصرف. كما أنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يجعلوا من أنفسهم محالا لهم بالديون التي على من يتولون إدارة أموالهم. وليس لهؤلاء الأشخاص كذلك أن يأخذوا أموال من ينوبون عنهم على سبيل المعاوضة أو الرهن.

إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو الرهن ممن حصل التصرف لصالحه، إذا كانت له أهلية التفويت، أو من المحكمة أو من أي سلطة مختصة أخرى مع مراعاة الأحكام المتعلقة بذلك والواردة في ظهير المسطرة المدنية.

الفصل 481

لا يسوغ للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا، لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم، الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها كما أنه لا يسوغ لهم أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن. ويترتب على مخالفة هذا الفصل الحكم بالبطلان وبالتعويضات.

الفصل 482

يعتبر وسطاء في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 480 و 481 السابقين زوجات الأشخاص المذكورين فيهما وأبناؤهم وإن كانوا رشداً.

: Article 480 .

Les administrateurs des municipalités et établissements publics, les tuteurs les conseils judiciaires ou curateurs, les pères qui gèrent les biens de leurs enfants, les syndics de faillite, les liquidateurs de société, ne peuvent se rendre cessionnaires des biens de personnes qu'ils représentent, sauf dans le cas où ils seraient copropriétaires des biens à aliéner. Ne peuvent également les personnes ci-dessus se rendre cessionnaires des créances quelconques contre ceux dont ils administrent les biens. Ils ne peuvent recevoir les biens en

échange ou en nantissement. La cession, vente, échange ou nantissement peut toutefois être ratifiée par celui pour le compte duquel elle a lieu, s'il a capacité d'aliéner, ou par le tribunal, ou par toute autre autorité compétente, sous réserve des règles y relatives exprimées dans notre dahir sur la procédure civile.

Article 481 :

Les courtiers et experts ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par personne interposée, des biens meubles ou immeubles dont la vente ou estimation leur a été confiée, ni les recevoir en échange ou en nantissement, le tout à peine de nullité qui peut être prononcée, ainsi que les dommages.

Article 482 :

Sont réputées personnes interposées, dans les cas prévus aux articles 480 et 481 ci-dessus, la femme et les enfants, même majeurs, des personnes qui y sont dénommées.

Nantissement :

(nom masculin)

Gage donné à un prêteur, à un créancier.

Contrat qui met le créancier en possession d'un gage pour garantir la dette.

الفصل 310

إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر.

الباب الثاني: إبطال الالتزامات

الفصل 311

يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد.

الفصل 312

لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما. أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجر عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحَجْر عنهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة. وفي حالة العَبْن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

الفصل 313

تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لموروثهم من مدتها. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقادم أو بوقفه.

الفصل 314

تنتضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد.

الفصل 315

يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان⁴⁹³ لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال.

ولا يخضع هذا الدفع للتقادم المقرر في الفصول 311 إلى 314 السابقة.

الفصل 316

يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد

493 - المقصود بالبطلان في هذا الفصل، البطلان النسبي أي الإبطال.

الذي تقرر إبطاله. وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة.

الفصل 317

الالتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمن بيان جوهر الالتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

الفصل 318

إذا لم تحصل الإجازة أو التصديق صراحة، يكفي أن ينفذ طوعا كليا أو جزئيا الالتزام القابل للإبطال ممن كان على بينة من عيوبه، بعد الوقت الذي **كان** يمكن له فيه إجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح.

الإجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال. أما بالنسبة إلى الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية قبل التصديق أو التنفيذ فتطبق القاعدة المقررة في آخر الفصل 316.

قانون المحاماة

المادة 45

لا يجوز للمحامي :

1. أن يتفق مسبقا مع موكله على الأتعاب المستحقة عن أي قضية، ارتباطا بالنتيجة التي يقع التوصل إليها؛
 2. أن يقتني، بطريق التفويت، حقوقا متنازعا فيها قضائيا، أو أن يستفيد هو أو زوجه أو فروعهم بأي وجه كان، من القضايا التي يتولى الدفاع بشأنها.
- كل اتفاق يخل بهذه المقتضيات يكون باطلا بحكم القانون.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 19 مارس 2015

الباب الثالث: آثار الوكالة في مواجهة الغير

الفصل 920

إذا أبرم الوكيل العقد باسمه الشخصي، كسب الحقوق الناشئة عنه، وظل ملتزما مباشرة تجاه من تعاقد معهم كما لو كانت الصفقة لحسابه ولو كان هؤلاء قد علموا بأنه معير اسمه أو أنه وكيل بالعمولة.

الفصل 921

الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلًا وفي حدود وكالته لا يتحمل شخصيا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم. ولا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل.

الفصل 922

ليس للغير أي دعوى على الوكيل بوصفه هذا، من أجل إلزامه بتنفيذ الوكالة ما لم تكن الوكالة قد أعطيت له لمصلحتهم أيضا.

الفصل 923

تثبت للغير على الوكيل دعوى من أجل إلزامه بقبول تنفيذ العقد، إذا كان هذا التنفيذ يدخل ضرورة في وكالته.

الفصل 924

لمن يتعامل مع الوكيل، بصفته هذه، الحق دائما في أن يطالبه بإبراز رسم وكالته وله عند الحاجة أن يطلب منه نسخة مصدقة من هذا الرسم، وعندئذ تكون نفقة هذه النسخة عليه.

الفصل 925

التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه.

الفصل 926

يلتزم الموكل مباشرة بتنفيذ التعهدات المعقودة لحسابه من الوكيل في حدود وكالته. التحفظات والعقود السرية المبرمة بين الموكل والوكيل والتي لا تظهر من الوكالة نفسها لا يجوز الاحتجاج بها على الغير، ما لم يقدّم الدليل على أنهم كانوا يعلمون بها عند العقد.

الفصل 927

لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية:

أولاً: إذا أقره، ولو دلالة؛

ثانياً: إذا استفاد منه؛

ثالثاً: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛

رابعاً: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته تعليمات

الموكل مادام الفرق يسيراً، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.

الفصل 928

إذا تصرف الوكيل بلا وكالة، أو تجاوز حدود وكالته، وتعدر لذلك تنفيذ العقد الذي أبرمه، التزم بالتعويضات لمن تعاقد معه.

ولكن الوكيل لا يتحمل بأي ضمان:

أ - إذا أعلم من تعاقد معه بمضمون وكالته علماً كافياً؛

ب - إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بمضمون وكالته.

وكل ذلك، ما لم يلتزم الوكيل بأن يجعل الموكل يقوم بتنفيذ العقد⁴⁹⁴.

الباب الرابع: انقضاء الوكالة

الفصل 929

تنتهي الوكالة:

أولاً - بتنفيذ العملية التي أعطيت من أجلها؛

ثانياً - بوقوع الشرط الفاسخ الذي علق عليه، أو بفوات الأجل الذي منحت

لغايتها؛

ثالثاً - بعزل الوكيل؛

رابعاً - بتنازل الوكيل عن الوكالة؛

خامساً - بموت الموكل أو الوكيل؛

494 - يكرس هذا الفصل في فقرته الأخيرة ما يصطلح عليه بالتعهد عن الغير؛ ويظهر هذا التعهد جلياً من خلال الصيغة الفرنسية:

Le tout à moins qu'il ne se soit porté fort de l'exécution du contrat.

ويمكن اعتبار هذه الفقرة من تطبيقات الفصل 36 من قانون التزامات العقود.

سادسا - بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه، كما هي الحال في الحَجْر والإفلاس⁴⁹⁵. وذلك ما لم ترد الوكالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها، برغم حدوث هذا التغيير في الحالة؛
سابعا - باستحالة تنفيذ الوكالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين.

الفصل 930

الوكالة المعطاة من شخص معنوي أو من شركة تنتهي بانتهاء ذاك الشخص أو هذه الشركة⁴⁹⁶.

الفصل 116

إذا أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالحمق⁴⁹⁷ أو بأي سبب آخر من أسباب نقص الأهلية، عينت المحكمة، بناء على طلب المتعاقد الآخر أو أي ذي مصلحة غيره، مقدما خاصا. ويقرر هذا المقدم، بعد إذن المحكمة ما إذا كان يقبل العقد أو يفسخه، وفق ما تقتضيه مصلحة ناقص الأهلية. وفي حالة الإفلاس⁴⁹⁸، يكون المقدم بحكم القانون هو وكيل التفليسة (السنديك) أو أي نائب آخر لكتلة الدائنين.

495 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاوله التي عوضت نظام الإفلاس.

496 - " استثناء من أحكام الفصل 930 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، لا يترتب عن توقف نشاط مؤسسة التدبير انتهاء اتفاقية التحصيل المشار إليها في المادة 27 أعلاه. وتحل بقوة القانون مؤسسة التدبير الجديدة بصفتها موكلا محل مؤسسة التدبير العاجزة "؛ وذلك بمقتضى المادة 60 من القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الديون، سالف الذكر.

497 - قارن مع المادة 217 من مدونة الأسرة.

498 - نَسَخَتُ المادة 733 من مدونة التجارة لسنة 1996، الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة القانون التجاري الذي كان يتضمن في الفصل 197 وما بعده الأحكام المتعلقة بموضوع الإفلاس؛ وعُوضت بمقتضيات الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقاوله (الفصل 545 وما بعده) الذي استحدث ثلاث مساطر رئيسية: 1- التسوية القضائية؛ وفي نطاقها يستمر نشاط المقاوله مع المدين؛ 2- التفويت ويقوم على تفويت المقاوله لأحد الأغيار مما يضمن استمرارية نشاطها؛ 3- التصفية القضائية وتتبنى على تصفية أصول المدين من أجل وفاء خصومه.

ويسبق الفصل في مآل المدين بفترة إعداد الحل تتغير في نطاقها قواعد غل يد المدين بالموازاة مع السلطات المخولة للسنديك من تسيير كلي أو جزئي أو مراقبة، في حين تؤدي التصفية القضائية إلى غل يد المدين بقوة القانون .

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

الفرع الثاني: القسمة

الفصل 1083

إذا تمت التصفية في الحالات المذكورة في الفصول السابقة، وفي غيرها من الحالات الأخرى التي تلزم فيها قسمة أموال الشركة، **يحق** للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم، أن يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه، بشرط أن ينعقد إجماعهم عليها. وللشركاء جميعاً، حتى من لم يشترك في الإدارة منهم، أن يشتركوا مباشرة في إجراء القسمة.

الباب الثالث: التصفية والقسمة

الفصل 1064

القسمة بين الراشدين المتمتعين بأهلية مباشرة حقوقهم من شركاء ومالكين على الشياح تحصل بالطريقة المبينة في السند المنشئ، أو بأي طريقة أخرى يرونها، ما لم يقرروا بالإجماع الالتجاء إلى التصفية قبل إجراء أي قسمة.

الفرع الأول: التصفية

الفصل 1065

لجميع الشركاء حتى من لم يكن مشاركاً في الإدارة، الحق في المشاركة في إجراء التصفية.

وتجري التصفية بواسطة الشركاء جميعاً أو بواسطة مصف يعين بإجماعهم ما لم يكن قد حدد من قبل بمقتضى عقد الشركة.

وإذا تعذر اتفاق المعنيين بالأمر على اختيار المصفي أو كانت هناك أسباب معتبرة تقتضي ألا يعهد بمهمة التصفية للأشخاص المعينين في عقد الشركة، فإن التصفية تتم قضاء بناء على طلب أي واحد من الشركاء.

الفصل 1066

تعتبر أموال الشركة وديعة عند المتصرفين مادام المصفي لم يعين، ويجب على هؤلاء أن يقوموا بما تقتضيه العمليات العاجلة.

الفصل 1067

كل تصرفات الشركة المنحلة يلزم أن تتضمن أنها "في طور التصفية".

كل شروط عقد الشركة وكل الأحكام القانونية المتعلقة بالشركات القائمة تسري على الشركة وهي في طور التصفية، سواء في علاقات الشركاء بعضهم ببعض أو في علاقاتهم بالغير، وذلك ضمن الحدود التي يمكن فيها تطبيقها على شركة في طور التصفية، ومع عدم الإخلال بأحكام هذا الباب.

الفصل 1068

إذا تعدد المصفون، لم يسغ لهم أن يعملوا منفردين ما لم يؤذنوا في ذلك صراحة.

الفصل 1069

على المصفي، سواء أكان قضائياً أم لا، بمجرد مباشرته مهام عمله، أن يقوم بمشاركة متصرفي الشركة بإجراء الإحصاء والميزانية لما للشركة من أصول وخصوم، ويوقع على رسم الإحصاء والميزانية من الجميع.

وعلى المصفي أن يتسلم ما يسلمه المتصرفون من دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها المالية وأن يحافظ عليها، وعليه أن يقيد في دفتر اليومية كل العمليات المتعلقة بالتصفية بحسب تواريخ إنجازها، وفقاً لقواعد المحاسبة المعمول بها في التجارة، وأن يحتفظ بكل المستندات المؤيدة لهذه العمليات وغيرها من الحجج المتعلقة بالتصفية.

الفصل 1070

المصفي يمثل الشركة في طور التصفية، ويتولى إدارتها.

والتفويض الممنوح له يشمل القيام بكل ما يلزم استنضاض أموال الشركة، ودفع ديونها، وعلى الأخص استيفاء الحقوق، وإنجاز الأعمال المعلقة، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي يقتضيها الصالح المشترك، ونشر كل ما يلزم من إعلانات لاستدعاء دائني الشركة للتقدم بحقوقهم عليها، ودفع ديون الشركة الخالية من النزاع أو المستحقة الأداء، والبيع قضائياً لعقارات الشركة التي تتعذر قسمتها بسهولة وبيع البضائع الموجودة في المتجر والأدوات. والكل مع عدم الإخلال بالتحفظات التي يتضمنها سند تعيين المصفي، أو القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع أثناء إجراء التصفية.

الفصل 1071

إذا لم يتقدم دائن معروف للمصفي ليستوفي حقه على الشركة، كان للمصفي أن يودع المبلغ المستحق له، حينما يكون هذا الإيداع سائغا قانونيا.

وبالنسبة للالتزامات التي لم يحل أجلها بعد، أو المتنازع فيها، يجب على المصفي أن يحتفظ بالمبلغ الكافي لمواجهةها، وأن يودعه في محل أمين.

الفصل 1072

إذا لم تكف أموال الشركة لسداد ديونها المستحقة الأداء، وجب على المصفي أن يطالب الشركاء بالمبالغ اللازمة لذلك إن كانوا ملتزمين بتقديمها بحسب طبيعة الشركة، أو كانوا لازالوا مدينين بحصصهم في رأس المال كلا، أو بعضا. وتوزع أنصباء الشركاء المعسرين على الباقيين بالنسبة التي يتحملون بها الخسائر.

الفصل 1073

للمصفي أن يعقد القروض وغيرها من الالتزامات، ولو عن طريق الكمبيالة وأن يظهر الأوراق التجارية، وأن يمهل مديني الشركة إلى أجل وأن يجري الإنابة وأن يقبلها، وأن يرهن أموال الشركة، وكل ذلك ما لم تتضمن وكالته ما يخالفه، وفي الحدود الضرورية التي يقتضيها صالح التصفية فقط.

الفصل 1074

ليس للمصفي إجراء الصلح ولا التحكيم، ولا أن يتنازل عن التأمينات ما لم يكن ذلك في مقابل استيفاء الدين أو في مقابل تأمينات أخرى معادلة، ولا أن يبيع دفعة واحدة الأصل التجاري المكلف بتصفيته ولا التقويت على وجه التبرع، ولا بدء عمليات جديدة، ما لم يؤذن له صراحة في إجراء شيء مما سبق. غير أنه يسوغ له القيام بعمليات جديدة، في الحدود التي تستلزمها تصفية العمليات المعقدة. وعند المخالفة، يتحمل المصفي مسؤولية عمله، وإذا تعدد المصفون، تحملوا بهذه المسؤولية على سبيل التضامن فيما بينهم.

الفصل 1075

يسوغ للمصفي أن ينيب غيره في إجراء عمل محدد أو أكثر، وهو مسؤول وفقا لقواعد الوكالة، عن الأشخاص الذين يحلهم محله.

الفصل 1076

ليس للمصفي، ولو كان معينا من المحكمة، أن يخالف القرارات المتخذة بإجماع ذوي المصلحة والتي تتعلق بإدارة المال المشترك.

الفصل 1077

على المصفي أن يقدم للمالكين على الشياح أو الشركاء، بناء على أي طلب منهم، البيانات الكاملة عن حالة التصفية، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والمستندات المتعلقة بأعمالها.

الفصل 1078

يتحمل المصفي بكل الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل بأجر بالنسبة إلى تقديم الحساب وإلى رد ما تسلمه بسبب نيابته، وعليه عند انتهاء التصفية أن يجري إحصاء وميزانية تتضمن الأصول والخصوم ملخصا فيها العمليات التي قام بها، ومحددا فيها المركز النهائي للشركة على ضوء ما يظهر منها.

الفصل 1079

لا يفترض في عمل المصفي أنه بغير أجر. وإذا لم تحدد أجرة المصفي كان للمحكمة أن تقدرها على أساس ما يقدمه لها، مع عدم الإخلال بحق ذوي المصلحة في الاعتراض على تقديرها.

ويترتب على التصفية القضائية أداء المصروفات المنصوص عليها في تعريف المصروفات القضائية.

الفصل 1080

ليس للمصفي الذي يفي بالديون المشتركة من ماله إلا أن يباشر حقوق الدائنين الذين وفاهم بحقوقهم، وليس له أن يرجع على الشركاء أو المالكين على الشياح إلا بنسبة مناب كل منهم.

الفصل 1081

بعد انتهاء التصفية وتقديم الحساب عنها، يودع المصفي دفاتر الشركة المنحلة ومستنداتها ووثائقها عند كتابة ضبط المحكمة، أو في مكان آخر أمين تعيينه له المحكمة إذا لم يعين له ذوو المصلحة بالأغلبية الشخص الذي يجب إيداع هذه الأشياء عنده. ويلزم الاحتفاظ بالأشياء السابقة حيثما أودعت لمدة خمس عشرة سنة من يوم إيداعها.

ولذوي المصلحة وورثتهم وخلفائهم، كما للمصفين أنفسهم، الحق دائما في أن يطلعوا على تلك الوثائق وأن يأخذوا منها نسخا، ولو بواسطة موثقين.

الفصل 1082

إذا تخلف واحد أو أكثر من المصفين، بسبب الموت أو الإفلاس أو الحَجْر أو الانسحاب أو العزل، وجب إحلال مصفين آخرين محلهم بالطريقة المنصوص عليها لتعيينهم. وتطبق أحكام الفصل 1030 في عزل المصفين وتنازلهم عن تلك الأمور.

ظهير شريف رقم 1.06.23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين⁴⁹⁹

المادة 31

يمنع على المفوض القضائي بصفة شخصية أو بواسطة الغير:

- أن تكون له أي مصلحة في قضية يباشر فيها مهامه؛
 - أن يرصد لحسابه أموالا يكون قد أوّتمن عليها ؛
 - أن يشارك في المزايدات المتعلقة بالأشياء المكلف ببيعها أو يقبل مشاركة أو عرض زوجه أو أصوله أو فروعه؛
 - أن يقتني حقوقا منازعا فيها باشر إحدى إجراءاتها وذلك لنفسه أو لحساب زوجه أو أصوله أو فروعه أو أقاربه إلى الدرجة الرابعة.
- ويجب عليه أن يودع بصندوق المحكمة المبالغ التالية في أجل ثمانية أيام من تاريخ تسلمها:

- 1 - الأموال الناضية المستخلصة من طرفه لدى مدين أو المسلمة منه طوعا للتحري من دينه ؛
- 2 - المبالغ المستخلصة من الحجز لدى الغير؛
- 3 - المبالغ الناتجة عن بيع المنقولات المادية.

499 - الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 559.

المادة 32

يمنع على المفوض القضائي تحت طائلة بطلان الإجراء وتعرضه للمتابعة، أن يباشر أي إجراء لنفسه أو لحساب زوجه أو أصوله أو فروعه أو أقاربه إلى الدرجة الثالثة.

القانون رقم 32.09 يتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁵⁰⁰

كما تم تعديله بالقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 بتاريخ 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

المادة 30

يمنع على الموثق أن يتلقى عقدا في الحالتين التاليتين:

- إذا كانت له أو لزوج أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في العقد؛

- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه أو لأصوله أو لفروعه مع أحد الأطراف إلى الدرجة الرابعة بإدخال الغاية.

المادة 31

يمنع على الموثقين المتشاركين الذين يزاولون مهامهم في مكتب واحد تلقي العقود التي يكون أحدهم أو زوجه أو أحد أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة المحظورة المشار إليها في المادة السابقة طرفا فيها أو معنيا بها.

المادة 32

لا يجوز أن يكون شاهدا في العقود التي يتلقاها الموثق، زوجه، أو أقاربه، أو زوج أو أقارب شريكه، أو زوج أو أقارب أطراف العقود إلى الدرجة المحظورة في المادة 30 أعلاه، وكذا المتمرنون بمكتبه وأجراؤه.

المادة 33

يمنع على كل موثق:

- أن يتسلم أموالا أو يحتفظ بها مقابل فوائد؛

500- الجريدة الرسمية، عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611.

- أن يستعمل ولو مؤقتا مبالغ أو قيما توجد في عهده بأي صفة كانت فيما لم تخصص له؛

- أن يحتفظ بالمبالغ التي في عهده لحساب الغير بأي صفة كانت، ويجب عليه وضعها فور تسلمها بصندوق الإيداع والتدبير.

تحدد طريقة تنظيم وتسيير الحساب المفتوح بإسم الموثق بصندوق الإيداع والتدبير بنص تنظيمي⁵⁰¹.

المادة 34

يمنع على كل موثق:

- أن يقبل توقيعاً على أوراق تتضمن التزامات أو اعترافات مع ترك بياض في متن الوثيقة ولا سيما في مكان اسم المستفيد أو الدائن أو المبلغ؛

- أن يستعير لشؤونه الخاصة اسم الغير في العقود التي يتلقاها؛

- أن يعرض نفسه ضامناً أو كفيلاً بأي صفة كانت في القروض التي قد يطلب منه إثباتها في العقد؛

- أن يبرم عقوداً تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت، أو أن تفويتها يتوقف على إجراءات غير مستوفاة؛

- أن يضمن العقد مقتضيات من شأنها أن تخل بالنظام العام؛

- أن يبرم عقوداً لحساب موثق أوقف عن عمله، أو أن يحل محله بأي صفة كانت، ما عدا إذا تم تعيينه بمقتضى المادة 20 من هذا القانون؛

- أن يقوم بتضمين العقود مقتضيات تترتب عنها منفعة شخصية له أو لزوج أو أقاربه أو أن يشترط فيها منفعة لصالح غيره؛

- أن يلجأ إلى سماسرة لجلب الزبناء، أو أن يشترك مع الغير في اقتسام الأتعاب والمستحقات التي يخولها القانون؛

- أن يحتفظ بأصول العقود في غير مقر عمله ما لم يؤذن له استثناء بذلك من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعين بدائلتها مع إبلاغ الوكيل العام للملك لديها ورئيس المجلس الجهوي.

501- المرسوم رقم 2.14.289 صادر في 14 من رجب 1435 (14 ماي 2014) بتنظيم وتسيير الحساب المفتوح باسم الموثق بصندوق الإيداع والتدبير؛ الجريدة الرسمية عدد 6259 بتاريخ 26 رجب 1435 (26 ماي 2014)، ص 4688.

ظهیر شریف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962)
بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي⁵⁰²

الفصل 245

كل موظف عمومي أخذ أو تلقى أية فائدة في عقد أو دلالة أو مؤسسة أو استغلال مباشر يتولى إدارته أو الإشراف عليه، كلياً أو جزئياً، أثناء ارتكابه الفعل، سواء قام بذلك صراحة أو بعمل صوري أو بواسطة غيره، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم.
وتطبق نفس العقوبة على كل موظف عام حصل على فائدة ما في عملية كلف بتسيير الدفع أو بإجراء التصفية بشأنها.
إذا كانت قيمة الفائدة التي تم الحصول عليها تقل عن مائة ألف درهم فإن الجاني يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ألفي درهم إلى خمسين ألف درهم⁵⁰³.

الفصل 246

تطبق أحكام الفصل السابق على الموظف العمومي خلال خمس سنوات بعد انتهاء وظيفته، أياً كانت كيفية هذا الانتهاء، وذلك فيما عدا الحالة التي يكون قد حصل فيها على الفائدة عن طريق الميراث.

الجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013).

مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)
يتعلق بالصفقات العمومية

المادة 26 التصريح بالشرف

⁵⁰² - الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

⁵⁰³ - نفس الإحالة.

يجب أن يبين التصريح بالشرف الاسم الشخصي و العائلي للمتنافس و صفته و محل سكناه، و كذا أرقام الهاتف و الفاكس و العنوان الإلكتروني و إذا كان يتصرف باسم شركة، العنوان التجاري للشركة و شكلها القانوني و رأسمالها و عنوان المقر الاجتماعي. و كذا الصفة التي يتصرف بها و الصلاحيات المخولة إليه.

يبين التصريح بالشرف أيضا رقم القيد في السجل التجاري و رقم الضريبة المهنية و رقم الانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أو في هيئة أخرى للاحتياط الاجتماعي بالنسبة للمتنافسين المقيمين بالمغرب و بيان الهوية البنكية.

و يتضمن التصريح بالشرف أيضا البيانات التالية:

- (أ) التزام المتنافس بتغطية الأخطار الناجمة عن نشاطه المهني، بوثيقة تأمين ضمن الحدود و الشروط المحددة في دفاتر التحويلات؛
- (ب) التزام المتنافس، إذا كان يعتزم اللجوء إلى التعاقد من الباطن بأن لا يتجاوز هذا التعاقد خمسين في المائة (50%) من مبلغ الصفقة و أن لا يشمل الحصة أو الجزء الرئيسي منها، و أن يتأكد من أن المتعاقدين معه من الباطن يتوفرون كذلك على الشروط المنصوص عليها في المادة 24 أعلاه؛
- (ج) الإشهاد بأنه لا يوجد في حالة تصفية قضائية أو تسوية قضائية و إذا كان في حالة تسوية قضائية، بأنه مرخص له من طرف السلطة القضائية المختصة بمتابعة مزاولة نشاطه؛
- (د) الالتزام بعدم القيام بنفسه أو بواسطة شخص آخر باللجوء إلى أفعال الغش أو رشوة الأشخاص الذين يتدخلون بأية صفة كانت في مختلف مساطر إبرام الصفقات و تدبيرها و تنفيذها؛
- (هـ) الالتزام ألا يقوم بنفسه أو بواسطة شخص آخر بتقديم وعود أو هبات أو هدايا بهدف التأثير على مختلف مساطر إبرام الصفقة و تنفيذها؛
- (و) الإشهاد بأنه لا يوجد في حالة تضارب المصالح كما هي مبينة في المادة 168 بعده؛
- (ز) الإشهاد بصحة المعلومات الواردة في التصريح بالشرف و في الوثائق التي أدلى بها في ملف ترشيحه تحت طائلة تطبيق الإجراءات القسرية المقررة في المادتين 138 و 159 أدناه.

المادة 168

محاربة الغش والرشوة وتضارب المصالح

يتعين على المتدخلين في مساطر إبرام الصفقات المحافظة على الاستقلالية في معاملاتهم مع المتنافسين وألا يقبلوا منهم أي امتياز أو مكافأة وأن يمتنعوا عن ربط أية علاقة معهم من شأنها أن تمس بموضوعيتهم ونزاهتهم واستقلاليتهم .

يجب على أعضاء لجان طلبات العروض و المباريات والمساطر التفاوضية واللجان الفرعية أو أي شخص آخر، يدعى للمشاركة في أعمال هذه اللجان عدم التدخل بصفة مباشرة أو غير مباشرة في مسطرة إبرام الصفقات العمومية، عندما تكون لديهم مصلحة، سواء بصفة شخصية، أو عن طريق شخص وسيط لدى المتنافسين تحت طائلة بطلان أعمال اللجان المذكورة .

الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 الصفحة 3468

-

ظهير شريف رقم 1.02.297 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)

بتنفيذ القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي

لمادة 22

يمنع على كل عضو من المجلس الجماعي، تحت طائلة العزل الذي يتم وفق الشكليات المنصوص عليها بالمادة السابقة، ودون الإخلال بالمتابعة القضائية، أن يربط مصالح خاصة مع الجماعة التي هو عضو فيها أو أن يبرم معها أعمالا أو عقودا للكرء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك الجماعة، أو أن يبرم معها صفقات للأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي شكل آخر من الأشكال تدبير المرافق العمومية الجماعية، سواء بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين.

الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 الصفحة 3490

-

ظهير شريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)

بتنفيذ القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العمالات والأقاليم

المادة 24

يمنع على كل عضو من مجلس عمالة أو إقليم، تحت طائلة العزل الذي يتم وفق الشكليات المنصوص عليها بالمادة السابقة، ودون الإخلال بالمتابعة القضائية، أن يربط مصالح

خاصة مع العمالة أو الإقليم الذي هو عضو في مجلسه، أو أن يبرم معه أعمالاً أو عقوداً للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك العمالة أو الإقليم، أو أن يبرم معه صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقوداً للامتياز أو الوكالة أو أي شكل آخر من أشكال تدبير المرافق العمومية التابعة للعمالة أو الإقليم، سواء بصفة شخصية أو بصفته مساهماً أو وكيلاً عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين.

القانون الجديد للجماعات المحلية سنة 2016

الجهات

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات والأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه. يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجهة أن يربط مصالح خاصة مع الجهة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجهة عضواً فيها أو

مع الهيئات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها وان يبرم معها أعمالاً أو عقوداً للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك الجهة أو ان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقوداً للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجهة أو ان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح. سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهماً أو وكيلاً عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه. وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها.

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المحكمة الإدارية .

العمالات و الأقاليم

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجماعة عضوا فيها أو مع إلهيات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك الجماعة أو أن يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجماعة أو أن يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلاً عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويلا للجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة و تبنت مسؤوليته في استغلال التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية .

الجماعات

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجماعة عضوا فيها أو مع إلهيات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك الجماعة أو أن يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجماعة. أو أن يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويلا للجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة و تبنت مسؤوليته في استغلال التسيريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية .

الملخص

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات و كذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات و النص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس العمالة او الإقليم أن يربط مصالح خاصة مع العمالة أو الإقليم . أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون العمالة أو الإقليم عضوا فيها أو مع الهيئات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا او عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك العمالة أو الإقليم ا وان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو

الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للعمال أو الإقليم ا وان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروع . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشراكات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسييريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمال أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمال أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمال أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية .

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات والأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه. يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجهة أو العمال أو الإقليم أو الجماعة . أن يربط مصالح خاصة مع الجهة أو العمال أو الإقليم أو الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجهة أو العمال أو الإقليم أو الجماعة. عضوا فيها أو مع الهيآت أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك الجهة أو العمال أو الإقليم أو الجماعة أو ان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجهة أو العمال أو الإقليم أو الجماعة أو ان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروع . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسييريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمال أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمال أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمال أو الإقليم طلب عزله من المحكمة الإدارية .

القانون التجاري المغربي:
الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 المؤرخ ب 15 من ربيع الأول
1417 (فاتح أغسطس 1996)- منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في
1996/10/3

المادة 702

تطبق مقتضيات هذا القسم على مسيري المقاوله الفردية أو ذات شكل شركة و التي كانت موضوع فتح المسطرة، سواء كانوا مسيرين قانونيين أو فعليين، يتقاضون أجرا أم لا.

التفالس و الجرائم الأخرى :

الفصل الأول

التفالس

المادة 721

يدان بالتفالس في حال افتتاح إجراء المعالجة الأشخاص المشار إليهم في المادة 702 الذين تبين إنهم ارتكبوا احد الأفعال التالية:

1- قاموا إما بعمليات شراء قصد البيع بثمن أقل من السعر الجاري أو لجأوا إلى وسائل مجحفة قصد الحصول على أموال بغية تجنب أو تأخير فتح مسطرة المعالجة؛

2- اختلسوا أو أخفوا كلا أو جزءا من أصول المدين؛

3- قاموا تدليسيا بالزيادة في خصوم المدين؛

4- قاموا بمسك حسابات وهمية أو أخفوا وثائق حسابية لمقاوله أو الشركة أو امتنعوا عن مسك أية حسابات رغم أن القانون يفرض ذلك .

المادة 722

يعاقب المتفالس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 10 000 إلى 100 000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

يتعرض المشاركون في التفالس لنفس العقوبات و إن لم تكن لهم صفة مسيري المقولة.
عندما يكون المتفالس مسيرا قانونيا أو فعليا لشركة ذات أسهم مسعرة ببورصة القيم،
تضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

المادة 723

يتعرض كذلك لسقوط الأهلية التجارية المنصوص عليه في الباب الثاني من هذا القسم
كعقوبة إضافية الأشخاص المدانون من اجل الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل.

المادة 724

يعاقب بنفس عقوبات التفالس :

- 1-الأشخاص الدين أخفوا أو ستروا أو كتموا كلا أو جزءا من الأموال المنقولة أو العقارية
لفائدة الأشخاص المشار إليهم في المادة 702 ؛
- 2-الأشخاص الدين صرحوا تدليسيا بديون وهمية أثناء المسطرة سواء باسمهم أو بواسطة
الغير.

ويعاقب أيضا بنفس العقوبات كل سنديك اقترف أحد الأفعال الآتية:

- 1-الإضرار عمدا و بسوء نية بمصالح الدائنين ،إما باستعماله لأغراض شخصية أموالا
تلقاها بمناسبة قيامه بمهمته و إما بإعطائه منافع للغير يعلم أنها غير مستحقة ؛
 - 2-الاستعمال اللامشروع للسلط المخولة له قانونا ، في غير ما أعدت له و بشكل معاكس
لمصالح المدين أو الدائنين ؛
 - 3-استغلال السلط المخولة له من أجل استعمال أو اقتناء بعض أموال المدين لنفسه سواء
قام بذلك شخصا أو بواسطة الغير ؛
- ويعاقب أيضا بنفس العقوبات ، الدائن الذي يقوم بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة
التسوية أو التصفية القضائية ، بإبرام عقد أو عدة عقود تخوله امتيازات خاصة على حساب
الدائنين الآخرين.

شركات المساهمة

ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)

بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة

المادة 56

يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديريها العامين على
مجلس الإدارة للترخيص به مسبقا.

يسري نفس الحكم على الاتفاقات التي يكون المتصرف أو المدير العام معنيا بها بصورة غير مباشرة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

كما يلزم الحصول على ترخيص مجلس الإدارة مسبقا فيما يخص الاتفاقات المبرمة بين شركة مساهمة ومقولة، إذا كان أحد متصرفي الشركة أو مديرها العام مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولا بصفة غير محدودة أو مسيرا لها أو متصرفا فيها أو مديرا عاما لها عضوا في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس الرقابة فيها.

المادة 57

لا تطبق أحكام المادة 56 على الاتفاقات المتعلقة بالعمليات المعتادة المبرمة وفق شروط عادية.

المادة 58

يتعين على المتصرف أو المدير العام المعني بالأمر إطلاع المجلس على كل اتفاق تنطبق عليه المادة 56 بمجرد علمه بوجوده، ولا يحق له المشاركة في التصويت على الترخيص المطلوب.

يخبر رئيس مجلس الإدارة ومراقب أو مراقبي الحسابات بكل الاتفاقات المرخص بها بمقتضى المادة 56 داخل أجل ثلاثين يوما تبتدئ من تاريخ إبرامها، ويعرضها على موافقة الجمعية العامة العادية المقبلة.

المادة 62

يمنع على المتصرفين غير الأشخاص المعنويين، تحت طائلة بطلان العقد، الاقتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة، كما يمنع عليهم العمل على أن تمنح لهم الشركة تغطية في الحساب الجاري أو بأية طريقة أخرى وأن تكفل أو تضمن احتياطيا التزاماتهم تجاه الأغيار.

غير أنه إذا كانت الشركة ستستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لتلك المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يسري نفس المنع على المديرين العاميين وعلى الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين المتصرفين، كما يطبق على أزواج وأقارب وأصهار الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وعلى كل شخص وسيط.

المادة 100

يمنع، تحت طائلة بطلان العقد، على أعضاء مجلس الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس الرقابة غير الأشخاص المعنويين، أن يحصلوا على قروض من الشركة مهما كان شكل هذه القروض، أو أن يعملوا على أن تمنح لهم تغطية في الحساب الجاري أو بأي طريقة أخرى أو أن يجعلوا الشركة تضمن أو تكلف التزاماتهم تجاه الغير.

غير أنه إذا كانت الشركة تستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لهذه المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يطبق نفس المنع على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس الرقابة. كما يطبق على أزواج وأقارب وأصهار الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وكذا على كل شخص وسيط.

المادة 343

تطبق حالات المنع المنصوص عليها في المادتين 62 و 100 وضمن نفس الشروط المحددة فيها على رئيس ومسيرى الشركة.

المادة 423

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المصفي الذي قام عن سوء نية :

- 1- باستعمال أموال أو اعتمادات الشركة الجارية تصفيتها استعمالا يعلم تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاوله أخرى له بها مصلحة مباشرة أو غير مباشرة ؛

2- ببيع بعض أو كل أصول الشركة الجارية تصفيتها خرقاً لأحكام المادتين 365 و366

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة⁵⁰⁴

كما تم تعديله:

- بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص 3837.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

504 - الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الفصول من 185 إلى 200⁵⁰⁵

الفرع الرابع: بيع منقولات القاصر

الفصل 201

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم. يتحقق القاضي في هذه الحالة قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقومها خبير يعينه لهذه الغاية عند الاقتضاء وليثبت أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور.

الفصل 202

إذا لم تقع المراضاة أو كانت قيمة المنقولات تتجاوز ألفي درهم أجري البيع بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط. يقع هذا المزاد في أقرب سوق عمومي أو في أي مكان آخر يتوقع فيه الحصول على أحسن نتيجة. ويحاط العموم علماً بتاريخ ومكان المزاد بكل وسائل الإشعار المناسبة لأهمية المبيع. يباشر البيع بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين تحت إشراف هذا الأخير، ويرسو المزاد على من قدم أعلى عرض في التاريخ والمكان المعينين. يجري المزاد بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم إشهار إعلان البيع إلا إذا كان المنقول عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة تقصير الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى. يحدد الثمن الأساسي للبيع خبير يعينه القاضي لهذه الغاية. يسدد المشتري الثمن والصوائر حالاً ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقداً. ينذر عند تأخره عن الأداء بتأديته دون أجل.

⁵⁰⁵ - تم نسخ أحكام الفصول من 185 إلى 196، وكذا الفصول من 197 إلى 200 المكونة للفرع الثالث بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

إن لم يستجب للإنذار الموجه إليه أعيد البيع على نفقته ومسؤوليته.
يتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه والثمن الذي وقفت به المزايذة الجديدة إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الأول أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما.

الفصل 203

إذا ادعى الغير أن المنقولات المراد بيعها في المزاد ملك له يؤجل البيع إلى أن يبيت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في الأمر في أقرب وقت إذا كان طلب إخراج تلك الأشياء من المزايذة مرفوقا بحجج كافية. ويستثنى من ذلك المنقولات التي يسرع الفساد إليها حيث تستمر إجراءات بيعها ولا يسلم ثمنها إلى أن يبيت في ملكيتها من طرف قاضي الموضوع.
إذا وافق القاضي المكلف بشؤون القاصرين على تأجيل البيع قدم طلب بإخراج الأشياء إلى محكمة مكان التنفيذ خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ الأمر؛ وإلا فتواصل الإجراءات. ولا تتابع عند الاقتضاء إلا بعد الحكم في هذا الطلب.

الفصل 204

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

الفصل 205

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبائعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914)⁵⁰⁶.

يعين القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يوجد بدائرتة المركز الرئيسي للأصل التجاري بطلب من الوصي أو المقدم خبيراً لتحديد الثمن الأساسي.

⁵⁰⁶ - إن الإحالة على الفصل 3 من الظهير الشريف الصادر في 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914) بشأن بيع ورهن الأصول التجارية، أصبحت منصرفة إلى المادة 103 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187 - وذلك بعدما نسخت أحكام هذا القانون تطبيقاً للمادة 733 منه، أحكام الظهير الشريف المذكور، وعوّضت الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها.

وتنص المادة 103 من مدونة التجارة على أنه: "إذا طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني سواء كان بطلب من طرف سنديك التسوية أو التصفية القضائية أو من أي مصف أو مسير قضائي أو كان قضائياً بطلب من أي ذي حق، وجب على الطالب أن يبلغ ذلك للبائعين السابقين في الموطن المختار في تقييداتهم مصرحاً لهم بسقوط حقهم في دعوى الفسخ تجاه من رسا عليهم المزاد إذا لم يرفعوها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ".

لا يمكن أن يرسو المزاد على من قدم العرض الأعلى إذا كان الثمن يقل عن ثمن التقييم الذي حدده الخبير لمجموع العناصر المادية المكونة للأصل التجاري. تباع في هذه الحالة بالتقسيط مختلف العناصر التي تكون الأصل التجاري.

الفصل 206

تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

الفرع الخامس: البيع القضائي لعقار القاصر

الفصل 207

يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

الفصل 208

يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة. ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وما له أو عليه من حقوق وعقود الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان. ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أو عدمه. يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجر وفقا للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام.

الفصل 209

إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمرأضة.

إذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائرتة أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي، وذلك وفقا للإجراءات والشروط التالية:

يحدد عند الاقتضاء للعقار المراد بيعه الثمن الأساسي الذي يقدره خبير يعينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

يقوم عون كتابة الضبط بالإشهار القانوني الذي يحدد القاضي شروطه باعتبار قيمة العقار على أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين.

يبين في إعلان المزااد العلني تاريخ ومكان افتتاحه ويعلق بباب العقار وبالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية وينشر إن اقتضى الحال في صحيفة يومية كثيرة الرواج، وفي الجريدة الرسمية.

يبلغ عون كتابة الضبط للحاجر إجراءات الإشهار التي تم القيام بها ويخطر به ضرورة الحضور في اليوم المحدد لإجراء السمسرة.

الفصل 210

يرسو المزااد على من قدم العرض الأعلى ويؤدي الثمن خلال ثلاثة أيام من وقوع السمسرة وإلا لم يسلم له العقار، ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي صوائر إجراءات السمسرة.

إذا لم ينفذ من رسا عليه المزااد شروط السمسرة أنذر بتنفيذها فإن لم يستجب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل السابق. ولا يمكن في هذه الحالة للمشتري المتخلف أن يسترجع العربون الذي قد يكون دفعه.

تتحصر إجراءات السمسرة الجديدة في إشهار يتم خلال شهرين ويتضمن هذا الإشهار بيان الثمن الذي رست به المزايدة الأولى وتاريخ السمسرة الجديدة.

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق بين الثمن الذي رسا به عليه المزااد وثمن البيع الثاني دون أن يكون له الحق في المطالبة بما قد ينتج من زيادة.

الفصل 211

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.
القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.

يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.

للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة⁵⁰⁷

كما تم تعديله:

- بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص 3837.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

507 - الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الفصول من 185 إلى 200⁵⁰⁸

الفرع الرابع: بيع منقولات القاصر

الفصل 201

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم. يتحقق القاضي في هذه الحالة قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقومها خبير يعينه لهذه الغاية عند الاقتضاء وليثبت أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور.

الفصل 202

إذا لم تقع المراضاة أو كانت قيمة المنقولات تتجاوز ألفي درهم أجري البيع بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط. يقع هذا المزاد في أقرب سوق عمومي أو في أي مكان آخر يتوقع فيه الحصول على أحسن نتيجة. ويحاط العموم علماً بتاريخ ومكان المزاد بكل وسائل الإشعار المناسبة لأهمية المبيع. يباشر البيع بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين تحت إشراف هذا الأخير، ويرسو المزاد على من قدم أعلى عرض في التاريخ والمكان المعينين. يجري المزاد بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم إشهار إعلان البيع إلا إذا كان المنقول عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة تقصير الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى. يحدد الثمن الأساسي للبيع خبير يعينه القاضي لهذه الغاية. يسدد المشتري الثمن والصوائر حالاً ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقداً. ينذر عند تأخره عن الأداء بتأديته دون أجل.

⁵⁰⁸ - تم نسخ أحكام الفصول من 185 إلى 196، وكذا الفصول من 197 إلى 200 المكونة للفرع الثالث بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

إن لم يستجب للإنذار الموجه إليه أعيد البيع على نفقته ومسؤوليته.
يتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه والثمن الذي وقفت به المزايدة الجديدة إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الأول أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما.

الفصل 203

إذا ادعى الغير أن المنقولات المراد بيعها في المزاد ملك له يؤجل البيع إلى أن يبت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في الأمر في أقرب وقت إذا كان طلب إخراج تلك الأشياء من المزايدة مرفوقا بحجج كافية. ويستثنى من ذلك المنقولات التي يسرع الفساد إليها حيث تستمر إجراءات بيعها ولا يسلم ثمنها إلى أن يبت في ملكيتها من طرف قاضي الموضوع.
إذا وافق القاضي المكلف بشؤون القاصرين على تأجيل البيع قدم طلب بإخراج الأشياء إلى محكمة مكان التنفيذ خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ الأمر؛ وإلا فتواصل الإجراءات. ولا تتابع عند الاقتضاء إلا بعد الحكم في هذا الطلب.

الفصل 204

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

الفصل 205

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبائعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914)⁵⁰⁹.

يعين القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يوجد بدائرتة المركز الرئيسي للأصل التجاري بطلب من الوصي أو المقدم خبيراً لتحديد الثمن الأساسي.

⁵⁰⁹ - إن الإحالة على الفصل 3 من الظهير الشريف الصادر في 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914) بشأن بيع ورهن الأصول التجارية، أصبحت منصرفة إلى المادة 103 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187 - وذلك بعدما نسخت أحكام هذا القانون تطبيقاً للمادة 733 منه، أحكام الظهير الشريف المذكور، وعوّضت الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها.

وتنص المادة 103 من مدونة التجارة على أنه: "إذا طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني سواء كان بطلب من طرف سنديك التسوية أو التصفية القضائية أو من أي مصف أو مسير قضائي أو كان قضائياً بطلب من أي ذي حق، وجب على الطالب أن يبلغ ذلك للبائعين السابقين في الموطن المختار في تقييداتهم مصرحاً لهم بسقوط حقهم في دعوى الفسخ تجاه من رسا عليهم المزاد إذا لم يرفعوها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ".

لا يمكن أن يرسو المزاد على من قدم العرض الأعلى إذا كان الثمن يقل عن ثمن التقييم الذي حدده الخبير لمجموع العناصر المادية المكونة للأصل التجاري. تباع في هذه الحالة بالتقسيط مختلف العناصر التي تكون الأصل التجاري.

الفصل 206

تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

الفرع الخامس: البيع القضائي لعقار القاصر

الفصل 207

يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

الفصل 208

يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة. ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وما له أو عليه من حقوق وعقود الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان. ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أو عدمه. يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجر وفقا للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام.

الفصل 209

إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمرأضة.

إذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائرتة أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي، وذلك وفقا للإجراءات والشروط التالية:

يحدد عند الاقتضاء للعقار المراد بيعه الثمن الأساسي الذي يقدره خبير يعينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

يقوم عون كتابة الضبط بالإشهار القانوني الذي يحدد القاضي شروطه باعتبار قيمة العقار على أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين.

يبين في إعلان المزااد العلني تاريخ ومكان افتتاحه ويعلق بباب العقار وبالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية وينشر إن اقتضى الحال في صحيفة يومية كثيرة الرواج، وفي الجريدة الرسمية.

يبلغ عون كتابة الضبط للحاجر إجراءات الإشهار التي تم القيام بها ويخطر به ضرورة الحضور في اليوم المحدد لإجراء السمسرة.

الفصل 210

يرسو المزااد على من قدم العرض الأعلى ويؤدي الثمن خلال ثلاثة أيام من وقوع السمسرة وإلا لم يسلم له العقار، ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي صوائر إجراءات السمسرة.

إذا لم ينفذ من رسا عليه المزااد شروط السمسرة أنذر بتنفيذها فإن لم يستجب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل السابق. ولا يمكن في هذه الحالة للمشتري المتخلف أن يسترجع العربون الذي قد يكون دفعه.

تتحصر إجراءات السمسرة الجديدة في إشهار يتم خلال شهرين ويتضمن هذا الإشهار بيان الثمن الذي رست به المزايدة الأولى وتاريخ السمسرة الجديدة.

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق بين الثمن الذي رسا به عليه المزااد وثمن البيع الثاني دون أن يكون له الحق في المطالبة بما قد ينتج من زيادة.

الفصل 211

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.
القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.

يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.

للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي⁵¹⁰

الفرع 6: في الجرائم المتعلقة بالصناعة والتجارة والمزايدات العمومية
(الفصول 287 - 292)

الفصل 287

كل إخلال بالتنظيم المتعلق بالمنتجات المعدة للتصدير الذي يهدف إلى ضمان جودتها ونوعها وحجمها، يعاقب بغرامة تتراوح بين مائتين⁵¹¹ وخمسة آلاف درهم وبمصادرة السلعة.

الفصل 288

يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين وبغرامة من مائتين⁵¹² إلى خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من حمل على التوقف الجماعي عن العمل أو على الاستمرار فيه، أو حاول ذلك مستعملاً الإيذاء أو العنف أو التهديد أو وسائل التدليس متى كان الغرض منه هو الإجبار على رفع الأجور أو خفضها أو الإضرار بحرية الصناعة أو العمل.

وإذا كان العنف أو الإيذاء أو التهديد أو التدليس قد ارتكب بناء على خطة متواطأ عليها، جاز الحكم على مرتكبي الجريمة بالمنع من الإقامة من سنتين إلى خمس سنوات.

⁵¹⁰ - الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

⁵¹¹ - نفس الإحالة.

⁵¹² - نفس الإحالة.

يعد مرتكباً لعرقلة حرية المزاد، ويعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من مائتين⁵¹⁴ إلى خمسين ألف درهم، كل من أحدث عرقلة أو اضطراباً أو حاول إحداثهما، في حرية المزاد أو المناقصة سواء قبل المزاد أو المناقصة أو أثناءهما وذلك بوسائل العنف أو الإيذاء أو التهديد إذا تعلق ذلك بملكية أو انتفاع أو استئجار عقار أو منقول، أو تعلق بمشروع أو توريد أو استغلال أو أية مصلحة أخرى.

ويعاقب بنفس العقوبات من أقصى أو حاول إقصاء المنافسين، أو حدد أو حاول تحديد المزايدة أو المناقصة، وذلك إما بهدايا أو وعود أو تواطؤ أو أساليب احتيالية أخرى، وكذلك من تسلم هذه الهدايا أو قبل هذه الوعود.

الدستور المغربي 2011

الفصل 35

يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون.

⁵¹³ - نسخت الفصول 289 - 290 - 291 بمقتضى المادة 101 من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.00.225 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)؛ الجريدة الرسمية، عدد 4810 بتاريخ 3 ربيع الآخر 1421 (6 يوليو 2000)، ص 1941. وقد تضمنت مقتضيات الفصول 289 و 290 و 291 سالف الذكر أعلاه، في المادتين 68 و 69 من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة كالاتي:

المادة 68: يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 10.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من اقتعل أو حاول افتعال رفع أو تخفيض سعر سلع أو خدمات أو سندات عامة أو خاصة، باستعمال أية وسيلة كانت لنشر معلومات كاذبة أو افتراءات أو بتقديم عروض في السوق قصد الإخلال بسير الأسعار أو عروض مزايدة على الأسعار التي طلبها الباعة أو باستخدام أية وسيلة أخرى من وسائل التدليس. عندما يتعلق رفع أو تخفيض الأسعار المفتعل بالمواد الغذائية أو الحبوب أو الدقيق أو المواد الطحينية أو المشروبات أو العقاقير الطبية أو الوقود أو السماد التجاري، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا يزيد مبلغها على 800.000 درهم.

يمكن أن ترفع مدة الحبس إلى خمس سنوات والغرامة إلى 1.000.000 درهم إذا تعلقت المضاربة بمواد غذائية أو بضائع لا تدخل في الممارسة الاعتيادية لمهنة المخالف.

المادة 69: يمكن في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 67 و 68 أعلاه، أن يعاقب مرتكب المخالفة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من القانون الجنائي بصرف النظر عن تطبيق الفصل 87 من القانون المذكور.

⁵¹⁴ - انظر الهامش المضمن في الفصل 111 أعلاه.

تضمن الدولة حرية المبادرة والمقاولة، والتنافس الحر. كما تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة، من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، والحفاظ على الثروات الطبيعية الوطنية، وعلى حقوق الأجيال القادمة.

تسهر الدولة على ضمان تكافؤ الفرص للجميع، والرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظاً.

الفصل 36

يعاقب القانون على المخالفات المتعلقة بحالات تنازع المصالح، وعلى استغلال التسييريات المخلة بالتنافس النزيه، وكل مخالفة ذات طابع مالي.

على السلطات العمومية الوقاية، طبقاً للقانون، من كل أشكال الانحراف المرتبطة بنشاط الإدارات والهيئات العمومية، وباستعمال الأموال الموجودة تحت تصرفها، وبإبرام الصفقات العمومية وتدبيرها، والزجر عن هذه الانحرافات.

يعاقب القانون على الشطط في استغلال مواقع النفوذ والامتياز، ووضعيات الاحتكار والهيمنة، وباقي الممارسات المخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والمشروعة في العلاقات الاقتصادية.

تحدث هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها.

مدخل في النيابة في العقد و التعبير الصادر عن النائب .

المرجع الوسيط في شرح القانون المدني

المؤلف عبد الرزاق السنهوري

طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان

- النيابة في العقد

(التعبير الصادر من النائب)

- تمهيد :

التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها - فيكون صريحاً أو ضمنياً - ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو ([1]) .

والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق المدين . وأما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة ([2]) .

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمس شخص الأصل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا

عن إرادة الأصيل ، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو ([3]) . والخصوصية في التعبير الذي يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا في شخص صاحبه كما هو الحال في كل تعبير عن الإرادة ، بل في شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد فتحل إرادته محل ارادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخصي يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد بها بالذكر . فنتكلم اذن في مسائل ثلاث : (ا) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

— حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

— النائب والرسول :

تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولاً (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التي تلحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

— العبرة بإرادة النائب وبنيتة :

ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفي لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (1) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فاولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (2) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان

النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سيء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصل حسن النية . وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل ، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول ([4]) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة 104 على ما يأتي :
" 1 - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . "

" 2 - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أن كان من المفروض حتماً أن يعملها ([5]) . "

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقهاء في مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام ([6]) .

- أما الأهلية فينظر فيها للأصل :

ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصل ، فالأصل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد ([7]) .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصل ، فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف ([8]) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة ([9]) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي أضفى على النائب صفته ، وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصل . فيجوز أن يكون الأصل قاصراً - مميزاً أو غير مميز - كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

الشرط الثاني - استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة :

- مجاوزة النائب لحدود نيابته :

وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته ، وهي الحدود التي عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذي نعامل مع النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديري الشركات ووكلاء الدوائر ، وإن يكون العمل الذي قام به يدخل عادة في حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذي انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند (10).

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة 107 على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائها (11) " . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . (والنص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة 703 على ما يأتي : " - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

2 - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه أخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة (12) " . - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة :

فإذا جاوز النائب حدود النيابة لوم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (13) .

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

- الاسم المستعار أو المسخر (prete - nom) :

ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما . ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل في حالتين :

(1) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة .

(2) أو كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة 106 من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن اثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائناً أو مدنياً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " ([14]) .

– التعاقد باسم الأصيل :

فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة في محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة 106 ، وقد تقدم ذكرهما .

ب – آثار النيابة

– العلاقة فيما بين النائب والغير :

النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فاطر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

– العلاقة فيما بين النائب والأصيل :

يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

– العلاقة فيما بين الأصيل والغير :

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفي شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما اثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة 105 من القانون المدني الجديد على أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " . ([15])

فيكسب الأصيل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب . كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل .

ج – تعاقد الشخص مع نفسه (*)

– نظرة عامة :

متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ،

فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت إرادتين ([16]) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشرعية الإسلامية والشرعية الانجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحتها في فروض معينة ، والشرائع التي أباحتها حرمتها في ظروف استثنائها ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم الشرائع التي تبيح .

— تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم :

لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وإن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو أباحتها وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية ([17]) .

— تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد :

أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة 108 بأنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة . " ([18])

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لنفسه ([19]) ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين ([20]) .

وهناك رأي يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأي وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ([21]) . ولكن تبينا بعد

التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا اناب عن غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الانابة إلى حيد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في

المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، يكون شأنها شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا اجازة . وهذا ما يقضي به صراحة نص المادة 108 .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وإن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، يكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة 108 سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة 20 وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر – ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه – وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو بيسير الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات ⁽¹²²⁾ . ومثل ما تقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري ⁽¹²³⁾ . ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتمس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

(1) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً " فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصي على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا ندرجاً وفي حدود معينة . كان القانون الروماني يعترف من قديم بنياية الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله دائناً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنيابته في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائناً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل . ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استيفاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلاً تحكم القانون كالوصي والقيم ، فقد كان يعطى دفْعاً لدعوى الغير ، وفي في هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطي الموكل دعوى قبل الغير ، أي أن يصبح الشخص دائناً بوكيل ، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقي الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدي بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (انظر جيرار ص 678 ، ص 690 – وانظر في القانون الفرنسي القديم بريسو (Brissaud) ص 1442 وما بعدها) . وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى

الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم . والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث (انظر البدائع 6 ص 33 - ص 34) .

([2]) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كام في الولي ، فإن القانون هو الذي يعين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي ، فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن العقد هو الذي يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذي يضيف صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معا . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثاني . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نصين حذفنا من المشروع النهائي لوضوح حكمهما . فكانت المادة 155 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " . وكانت المادة 156 من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " 1 - النيابة اتفاقية أو قانونية . 2 - يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذي يحدد تلك السلطة " . (انظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 90 - ص 91) .

([3]) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل ، كان رسولا في حدود هذه التعليمات ونائبا في خارج هذه الحدود (انظر في هذا المعنى بلانيول وربير وإسمان 1 فقرة 57) .

ويذهب الدكتور حلمي بهجت بدوي إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففي الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب في إمضاء العقد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما في إمضاء العقد . أما في النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده ، ولكن اثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل (الدكتور حلمي بهجت بدوي ص 79 - 80 - وانظر في النظريات المختلفة التي تقول باشتراك ارادتي النائب والأصيل في إبرام العقد ديموج 1 ص 147 - 150) . وانظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريقة الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأي القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول سافيني ، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتيس (Mitteis) ، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذي تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة 1949 ص 147 - ص 165 . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصيل ، هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذي يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية (انظر الرسالة المتقدمة الذكر ص 167 - ص 178) .

وانظر في رأي للأستاذ بولانجية (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصيل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فإن إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، إلى المقدمة التي وضعها الأستاذ بولانجية للرسالة المذكورة . ويشير الدكتور كلاريز في رسالته (ص 137 - ص 140 و 223) إلى جواز أن تكون النيابة في عمل مادي (fait materiel) لا في عمل قانوني (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثاني ، فالمتبوع في هذه الحالة يكون مسئولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه ل لا في الأعمال القانونية فحسب بل وفي الأعمال المادية (انظر في هذا المعنى شيروني (Chironi) في المسؤولية اللاعقدية جزء أول فقرة 156 وما بعدها - مازو جزء أول فقرة 934 وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولي عن رب العمل إذا كان العمل الذي قام به الفضولي عملاً مادياً .

([4]) قارن ديموج 1 فقرة 147 - فقرة 150 ، والدكتور حلمي بهجت بدوي ص 79 - ص 80 ، والدكتور احمد حشمت أبو ستيت ص 93 - ص 94 .

([5]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 157 من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : " يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها " . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم 107 بالنص الآتي : " 1 - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها .

2 - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان المفروض حتماً أن يعلمها . " وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 107 . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : " عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فأستعويض عن التعبير ، " بوجوب العلم بها " بالتعبير " بافتراض العلم بها حتماً " ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يتمشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى . وأصبح رقم المادة 104 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلبسها من ظروف ، فيجب أن يناف الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما

يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين معسر توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ " . (انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 90 – ص 94) .

([6]) محكمة الاستئناف المختلطة في 17 مايو سنة 1905 م 17 ص 277 – نظرية العقد للمؤلف فقرة 206 .

([7]) محكمة الاستئناف المختلطة في 30 يناير سنة 1913 م 25 ص 161 . والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء الوكيل ، وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد ، صح العقد ، ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

([8]) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (8 يونيو سنة 1915 مجموعة الرسمية 16 ص 148) .

([9]) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : " وعلى تقيض ما تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للبطلان " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 92) .

([10]) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة 158 فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه " . وبقي هذا النص في المشروع النهائي وفي المشروع الذي وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، " إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما أن لهذه المادة مقابلاً في القانون الحالي وهي المادة 518 مدني – وكانت المادتان 518 / 634 من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل – ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذي يتعاقد مع نائب عن الغير تقضي عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكتفي بسند عرفي ، وقد يصر على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع في هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير " . وجاء في تقرير اللجنة : " حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها

" . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (انظر في كل هذه مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ، ص 95 – ص 97) .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتي : " فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوي في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 102 – ص 103) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 160 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن اثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب يجهل هو أيضاً أن النيابة قد انقضت " . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة " ينصرف إلى الأصل " بعبارة " يضاف إلى الأصل " ، وأصبح رقم المادة 110 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 110 . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة الاداة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون المعنى اوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة 107 ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة – هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " قد تنقضي النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصل أو الغاء التوكيل ، فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقد ملزماً للأصل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار " . (انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 102 – ص 104) .

([12]) ويلاحظ أنه في الفرضين الأولين – النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب – ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الأخيرين – جهل النائب والغير لانقضاء النيابة والظروف التي يغلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل – فنفاذ عمل النائب في حق الأصل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .
([13]) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته . المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل – بناء على إرادته – نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

([14]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 159 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب " . فأقرته لجنة

المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم 109 من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 109 . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة " إلا إذا كان يستفاد من الظروف " بعبارة " إلا إذا كان من المفروض حتماً " ، وأصبح رقم المادة 106 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 98 – ص 101) .

وانظر أيضاً المادة 32 فقرة 2 و 3 من قانون الالتزامات السويسري . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسري حكماً هاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهي التي تقضي بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوي عنده التعامل معه أو مع من فوضه " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 96) .

هذا ويلاحظ أن الفضولي ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

([15]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 158 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . 2 – ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه " . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها 108 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 108 . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة 105 . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 95 – ص 97) .

وانظر أيضاً المادة 30 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره ، فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، واليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 95 – ص 96) .

([16]) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان 1 فقرة 68 ص 88) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج اثراً (ديموج 1 فقرة 42 – فقرة 43) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (انظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ، ومن جعل اثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه " أصول الالتزامات " ص 124 – ص 125) .

([17]) نظرية العقد للمؤلف ص 231 – ص 236 .

([18]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 161 من المشروع التمهيدي مع اختلال لفظي بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلاً لنص المادة 108 ، وقدمته تحت رقم 111 وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء عن مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يغني عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكون الشخص وكيلاً عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن خيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم 108 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 105 – ص 108) .

وانظر في هذه المسألة المادة 37 من المشروع الفرنسي الإيطالي .

([19]) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة 479 على أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزداد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الاختلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " . ونصت المادة 480 على أنه " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار " . (ويلاحظ هنا أن السماسر والخبير انزلا منزلة النائب لاتحاد العلة) . وجاء في المادة 481 : " يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه " .

([20]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته

نائباً عن الطرفين في أن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة " . . . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 105 – ص 106) .

([21]) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : " ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل . . . ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 106) .

([22]) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعيين المحكمة وصياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض مصالح القصر بعضها مع بعض (م 12) . كما قضى بأنه " اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعهم أو من يمثل الوصي ، ولم يبلغ هذا التعارض مبلغاً يخشى معه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 16 ، ففي هذه الحالة تقيم المحكمة وصياً خاصاً " . ويجوز كذلك تعيين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م 17) .

([23]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي . " ويجوز أن تقضي بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك بإباحة تعامل الولي ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 106) .

البحث

تقديم

القاعدة العامة انه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين. و التعارض في هذه الحالة إذا كان النائب ينوب عن المتابعين معاً لم يحسب حساب أحد من الأصليين و هو في حالة إذا كان النائب ينوب عن أحد المتابعين مع أصالته عن نفسه تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها فلا تنيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين .⁵¹⁵

و هؤلاء هم المصطلح عليهم بأشخاص المنع في القانون المغربي.

موضوع تعارض المصالح في القانون المغربي

تناول الفصل 480 من ق.ل.ع

كلا من أشخاص المنع النسبي(1) و حدود هذا المنع المبرزة لمعالم أنواع التصرفات الممنوعة و المحل الذي تقع عليه هذه التصرفات (2) و أخيراً الجزاء المترتب عن مخالفة المنع (3)

1: أشخاص المنع النسبي

هؤلاء الأشخاص يتمثلون مبدئياً في كل نائب تصرف للنفس بالنفس أو بواسطة حددهم الفصل 480 من ق ل ع المغربي و إن كان هذا التحديد لا يمكن أن يحمل إلا على محل المثل دون الحصر و إذا ثبت هذا فإن هؤلاء الأشخاص حسب تحديد الفصل 480 من ق ل ع المغربي .

- متصرفوا لبلديات (أو الجماعات المحلية بصفة اعم) و المؤسسات

العامة و بعبارة أخرى كل من كلف بتدبير و تسيير أموال الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة ، إذا ما أردنا أن نوظف هنا الصياغة المعتمدة في الفصل 514 من المسطرة المدنية .⁵¹⁶

الأوصياء و المقدمون أو الهيئة التي أنيط بها مهمة مساعدة القاضي المكلف بشؤون القاصرين و المحجوز عليهم قضائياً و الآباء الدين حصرت ولايتهم في القيام بأعمال الإدارة فقط .

516

الفصل 514

كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمدىونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأموال المخزنية وجب إدخال العون القضائي في الدعوى وإلا كانت غير مقبولة.

الفصل 515⁵¹⁶

ترفع الدعوى ضد:

- 1 - الدولة، في شخص رئيس الحكومة وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء؛
 - 2 - الخزينة، في شخص الخازن العام؛
 - 3 - الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمالات والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس القروي بالنسبة للجماعات؛
 - 4 - المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني؛
 - 5- المديرية العامة للضرائب، في شخص المدير العام للضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها⁵¹⁶؛
 - 6- مديرية أملاك الدولة، في شخص مدير أملاك الدولة فيما يخص النزاعات التي تهم الملك الخاص للدولة.
 - 6- مديرية أملاك الدولة، في شخص مدير أملاك الدولة فيما يخص النزاعات التي تهم الملك الخاص للدولة.
- تم تغيير وتنظيم الفصل 515 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 100.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.53 بتاريخ 29 من جمادى الآخرة 1434 (10 ماي 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6156 بتاريخ 19 رجب 1434 (30 ماي 2013)، ص 4362.
- تم تنظيم الفصل 515 أعلاه بموجب القانون رقم 48.01 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.12⁵¹⁶ بتاريخ 15 ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 4977 بتاريخ 28 ذي القعدة 1422 (11 فبراير 2002)، ص 249.

أمناء التفليسية (السنادكة) و موظفوا الشركات و يلحق
بأمناء التفليسية مساعدو السنديك و هم المراقبون
المراقبون الذي يعينهم القاضي المنتدب بسير المسطرة
المادة 645 من مدونة التجارة⁵¹⁷

517 _ هامش

مدونة التجارة (ظهير فاتح أغسطس 1996)

الفصل الثاني: السنديك

المادة 640

يكلف السنديك بتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية ابتداء من تاريخ صدور حكم فتح المسطرة حتى قفلها.
يسهر السنديك على تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التقويت.
يقوم السنديك بتحقيق الديون تحت مراقبة القاضي المنتدب.
يتعين على السنديك بمناسبة القيام بمأموريته أن يحترم الالتزامات القانونية والتعاقدية المفروضة على رئيس
المقولة.

المادة 641

يخبر السنديك القاضي المنتدب بسير المسطرة. ويمكن لهما في أي وقت أن يطلبوا الاطلاع على كل العقود أو الوثائق
المتعلقة بالمسطرة.
يطلع وكيل الملك القاضي المنتدب، بناء على طلب هذا الأخير أو تلقائيا، على الرغم من أية مقتضيات تشريعية
مخالفة، على جميع المعلومات المتوفرة لديه والتي يمكن أن تكون مفيدة في المسطرة.

المادة 642

للسنديك وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم، مع مراعاة الحقوق المعترف بها للمراقبين.

المادة 643

يتخذ السنديك كل إجراء لإخبار الدائنين واستشارتهم. ويطلع القاضي المنتدب على الملاحظات التي وجهها إليه
المراقبون.

المادة 644

يمكن للمحكمة استبدال السنديك بطلب من القاضي المنتدب تلقائيا أو بناء على تشكك لديه من المدين أو أحد الدائنين.

الفصل الثالث: المراقبون

المادة 645

يعين القاضي المنتدب واحدا إلى ثلاثة مراقبين من بين الدائنين الذين يتقدمون إليه بطلب. ويمكن أن يكون المراقبون
أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

عندما يعين القاضي المنتدب عدة مراقبين، يسهر على أن يكون واحد منهم على الأقل من بين الدائنين الحاملين
لضمانات وأن يكون آخر من بين الدائنين العاديين.

لا يمكن تعيين أي من أقارب رئيس المقولة أو أصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة بإدخال الغاية كمراقب أو كممثل عن شخص معنوي تم اختياره كمراقب.

يساعد المراقبون السنديك في أعماله والقاضي المنتدب في مهمة مراقبة إدارة المقولة. ويمكنهم الاطلاع على كل الوثائق التي يتوصل بها السنديك.

ويبلغ المراقبون الدائنين الآخرين بما تحقق من مهمتهم في كل مرحلة من مراحل المسطرة.

يقوم المراقب بعمله بالمجان؛ يمكنه أن يمثل بأحد أعوانه أو بمحام.

يمكن للمحكمة أن تعزل المراقبين بناء على اقتراح من القاضي المنتدب أو السنديك.

التحفظية الباب الثاني: الإجراءات

المادة 646

يتعين على السنديك بمجرد الشروع في مهمته وحسب الحالة، أن يطلب من رئيس المقولة القيام بنفسه بجميع الأعمال الضرورية لحماية حقوق المقولة ضد مدّينها والحفاظ على قدراتها الإنتاجية، أو أن يقوم السنديك بها بنفسه. للسنديك الصفة للقيام باسم المقولة بتقييد جميع الرهون الرسمية أو الرهون أو الرهون الحيازية أو الامتيازات التي يكون رئيس المقولة قد أهمل اتخاذها أو تجديدها.

يحصل السنديك من رئيس المقولة أو من كل أحد من الغير الحائز على الوثائق والدفاتر المحاسبية التي لديه قصد دراستها.

المادة 647

في حالة عدم إعداد الحسابات السنوية أو في حالة عدم وضعها رهن إشارة السنديك، يعد هذا الأخير اعتماداً على كل وثيقة أو معلومات متوفرة لديه تقييماً للوضعية.

المادة 648

يمكن للقاضي المنتدب أن يأمر السنديك بوضع الأختام على أموال المقولة.

المادة 649

يمكن للسنديك، إذا ما طلب رفع الأختام، أن يقوم بجرد لأموال المقولة.

لا يحول غياب الجرد دون ممارسة دعاوي الاستحقاق أو الاسترجاع.

المادة 650

ابتداء من صدور حكم فتح المسطرة، لا يمكن للمسيرين القانونيين أو الفعليين، مأجورين كانوا أم لا، تحت طائلة البطال، أن يفوتوا الحصة في الشركة أو الأسهم أو شهادات الاستثمار أو شهادات حق التصويت التي تمثل حقوقهم داخل الشركة والتي كانت موضوع حكم فتح المسطرة، إلا وفق الشروط التي تحددها المحكمة.

تحول الأسهم وشهادات الاستثمار أو شهادات حق التصويت إلى حساب خاص مجمد يفتحه السنديك باسم حاملها وتمسكه الشركة أو الوسيط المالي حسب الحالة. ولا يمكن القيام بأية عملية في هذا الحساب دون ترخيص من القاضي المنتدب.

يشير السنديك في سجلات الشركة، إن اقتضى الحال، إلى عدم قابلية تفويت حصص المسيرين.

يسلم السنديك لمسيري الشركة الذين تم تحويل حصصهم الممثلة لحقوقهم في الشركة إلى الحساب الخاص المنصوص عليه أعلاه، شهادة تسمح لهم بالمشاركة في جمعيات الشركة.

تنتهي بقوة القانون فترة عدم قابلية التفويت عند قفل المسطرة مع مراعاة المادة 567.

المادة 651

يمكن للقاضي المنتدب أن يأمر بتسليم الرسائل الموجهة لرئيس المقاوله إلى السنديك. ويمكن لرئيس المقاوله، بعد إخباره، أن يحضر فتحها. ويجب على السنديك أن يعيد إليه فوراً كل الرسائل التي لها طابع شخصي. ينتهي هذا التدبير في تاريخ صدور الحكم الذي يحصر مخطط الاستمرارية أو التقويت أو عند قفل التصفية القضائية.

المادة 652

يحدد القاضي المنتدب الأجور المتعلقة بالأعمال التي يمارسها رئيس المقاوله أو مسيرو الشخص المعنوي. عند انعدام الأجر، يمكن للأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة أن يحصلوا بالاقتطاع من أصول الشركة، لهم ولعائلاتهم، على إعانات يحددها القاضي المنتدب.

قانون الالتزامات والعقود

الباب الثالث: التصفية والقسمة

الفصل 1064

القسمة بين الراشدين المتمتعين بأهلية مباشرة حقوقهم من شركاء ومالكين على الشياح تحصل بالطريقة المبينة في السند المنشئ، أو بأي طريقة أخرى يرونها، ما لم يقرروا بالإجماع الالتجاء إلى التصفية قبل إجراء أي قسمة.

الفرع الأول: التصفية

الفصل 1065

لجميع الشركاء حتى من لم يكن مشاركاً في الإدارة، الحق في المشاركة في إجراء التصفية. وتجري التصفية بواسطة الشركاء جميعاً أو بواسطة مصف يعين بإجماعهم ما لم يكن قد حدد من قبل بمقتضى عقد الشركة.

وإذا تعذر اتفاق المعنيين بالأمر على اختيار المصفي أو كانت هناك أسباب معتبرة تقتضي ألا يعهد بمهمة التصفية للأشخاص المعنيين في عقد الشركة، فإن التصفية تتم قضاء بناء على طلب أي واحد من الشركاء.

الفصل 1066

تعتبر أموال الشركة ودیعة عند المتصرفين مادام المصفي لم يعين، ويجب على هؤلاء أن يقوموا بما تقتضيه العمليات العاجلة.

الفصل 1067

كل تصرفات الشركة المنحلة يلزم أن تتضمن أنها "في طور التصفية".

كل شروط عقد الشركة وكل الأحكام القانونية المتعلقة بالشركات القائمة تسري على الشركة وهي في طور التصفية، سواء في علاقات الشركاء بعضهم ببعض أو في علاقاتهم بالغير، وذلك ضمن الحدود التي يمكن فيها تطبيقها على شركة في طور التصفية، ومع عدم الإخلال بأحكام هذا الباب.

الفصل 1068

إذا تعدد المصفون، لم يسغ لهم أن يعملوا منفردين ما لم يؤذنوا في ذلك صراحة.

الفصل 1069

على المصفي، سواء أكان قضائيا أم لا، بمجرد مباشرته مهام عمله، أن يقوم بمشاركة متصرفي الشركة بإجراء الإحصاء والميزانية لما للشركة من أصول وخصوم، ويوقع على رسم الإحصاء والميزانية من الجميع.

وعلى المصفي أن يتسلم ما يسلمه المتصرفون من دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها المالية وأن يحافظ عليها، وعليه أن يقيّد في دفتر اليومية كل العمليات المتعلقة بالتصفية بحسب تواريخ إنجازها، وفقا لقواعد المحاسبة المعمول بها في التجارة، وأن يحتفظ بكل المستندات المؤيدة لهذه العمليات وغيرها من الحجج المتعلقة بالتصفية.

الفصل 1070

المصفي يمثل الشركة في طور التصفية، ويتولى إدارتها.

والتفويض الممنوح له يشمل القيام بكل ما يلزم لاستنضاض أموال الشركة، ودفع ديونها، وعلى الأخص استيفاء الحقوق، وإنجاز الأعمال المتعلقة، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي يقتضيها الصالح المشترك، ونشر كل ما يلزم من إعلانات لاستدعاء دائني الشركة للتقدم بحقوقهم عليها، ودفع ديون الشركة الخالية من النزاع أو المستحقة الأداء، والبيع قضائيا لعقارات الشركة التي تتعذر قسمتها بسهولة وبيع البضائع الموجودة في المتجر والأدوات. والكل مع عدم الإخلال بالتحفظات التي يتضمنها سند تعيين المصفي، أو القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع أثناء إجراء التصفية.

الفصل 1071

إذا لم يتقدم دائن معروف للمصفي ليستوفي حقه على الشركة، كان للمصفي أن يودع المبلغ المستحق له، حينما يكون هذا الإيداع سائغا قانونيا.

وبالنسبة للالتزامات التي لم يحل أجلها بعد، أو المتنازع فيها، يجب على المصفي أن يحتفظ بالمبلغ الكافي لمواجهتها، وأن يودعه في محل أمين.

الفصل 1072

إذا لم تكف أموال الشركة لسداد ديونها المستحقة الأداء، وجب على المصفي أن يطالب الشركاء بالمبالغ اللازمة لذلك إن كانوا ملتزمين بتقديمها بحسب طبيعة الشركة، أو كانوا لازالوا مدينين بحصصهم في رأس المال كلا، أو بعضا. وتوزع أنصباء الشركاء المعسرين على الباقيين بالنسبة التي يتحملون بها الخسائر.

الفصل 1073

للمصفي أن يعقد القروض وغيرها من الالتزامات، ولو عن طريق الكمبيالة وأن يظهر الأوراق التجارية، وأن يمهّل مديني الشركة إلى أجل وأن يجري الإنابة وأن يقبلها، وأن يرهن أموال الشركة، وكل ذلك ما لم تتضمن وكلاته ما يخالفه، وفي الحدود الضرورية التي يقتضيها صالح التصفية فقط.

الفصل 1074

ليس للمصفي إجراء الصلح ولا التحكيم، ولا أن يتنازل عن التأمينات ما لم يكن ذلك في مقابل استيفاء الدين أو في مقابل تأمينات أخرى معادلة، ولا أن يبيع دفعة واحدة الأصل التجاري المكلف بتصفيته ولا التقويت على وجه التبرع، ولا بدء عمليات جديدة، ما لم يؤذن له صراحة في إجراء شيء مما سبق. غير أنه يسوغ له القيام بعمليات جديدة، في الحدود التي تستلزمها تصفية العمليات المعلقة. وعند المخالفة، يتحمل المصفي مسؤولية عمله، وإذا تعدد المصفون، تحملوا بهذه المسؤولية على سبيل التضامن فيما بينهم.

الفصل 1075

يسوغ للمصفي أن ينيب غيره في إجراء عمل محدد أو أكثر، وهو مسؤول وفقا لقواعد الوكالة، عن الأشخاص الذين يحلهم محله.

الفصل 1076

ليس للمصفي، ولو كان معينا من المحكمة، أن يخالف القرارات المتخذة بإجماع ذوي المصلحة والتي تتعلق بإدارة المال المشترك.

الفصل 1077

على المصفي أن يقدم للمالكين على الشياح أو الشركاء، بناء على أي طلب منهم، البيانات الكاملة عن حالة التصفية، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والمستندات المتعلقة بأعمالها.

الفصل 1078

يتحمل المصفي بكل الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل بأجر بالنسبة إلى تقديم الحساب وإلى رد ما تسلمه بسبب نيابته، وعليه عند انتهاء التصفية أن يجري إحصاء وميزانية تتضمن الأصول والخصوم ملخصا فيها العمليات التي قام بها، ومحددا فيها المركز النهائي للشركة على ضوء ما يظهر منها.

الفصل 1079

لا يفترض في عمل المصفي أنه بغير أجر. وإذا لم تحدد أجرة المصفي كان للمحكمة أن تقدرها على أساس ما يقدمه لها، مع عدم الإخلال بحق ذوي المصلحة في الاعتراض على تقديرها. ويترتب على التصفية القضائية أداء المصروفات المنصوص عليها في تعريف المصروفات القضائية.

الفصل 1080

ليس للمصفي الذي يفي بالديون المشتركة من ماله إلا أن يباشر حقوق الدائنين الذين وفاهم بحقوقهم، وليس له أن يرجع على الشركاء أو المالكين على الشياح إلا بنسبة مناب كل منهم.

الفصل 1081

بعد انتهاء التصفية وتقديم الحساب عنها، يودع المصفي دفاتر الشركة المنحلة ومستنداتها ووثائقها عند كتابة ضبط المحكمة، أو في مكان آخر أمين تعينه له المحكمة إذا لم يعين له ذوو المصلحة بالأغلبية الشخص الذي يجب إيداع هذه الأشياء عنده. ويلزم الاحتفاظ بالأشياء السابقة حيثما أودعت لمدة خمس عشرة سنة من يوم إيداعها. ولذوي المصلحة وورثتهم وخلفائهم، كما للمصفين أنفسهم، الحق دائما في أن يطلعوا على تلك الوثائق وأن يأخذوا منها نسخا، ولو بواسطة موثقين.

الفصل 1082

إذا تخلف واحد أو أكثر من المصفين، بسبب الموت أو الإفلاس أو الحَجْر أو الانسحاب أو العزل، وجب إحلال مصفين آخرين محلهم بالطريقة المنصوص عليها لتعيينهم.

وتطبق أحكام الفصل 1030 في عزل المصفين وتنازلهم عن تلك الأمور.

الفرع الثاني: القسمة

الفصل 1083

إذا تمت التصفية في الحالات المذكورة في الفصول السابقة، وفي غيرها من الحالات الأخرى التي تلزم فيها قسمة أموال الشركة، يحق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم، أن يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه، بشرط أن ينعقد إجماعهم عليها.

وللشركاء جميعا، حتى من لم يشترك في الإدارة منهم، أن يشتركوا مباشرة في إجراء القسمة.

الفصل 1084

إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة، أو إذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه، أو كان غائبا كان لمن يريد منهم الخروج من الشياح أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون.

الفصل 1085

لدائني الشركة، ولدائني كل من المتقاسمين إن كان معسرا، أن يتعرضوا لإجراء القسمة عينا أو بطريق التصفية بدون حضورهم، ولهم أن يتدخلوا فيها على نفقتهم، كما أن لهم أن يطلبوا إبطال القسمة التي أجريت برغم تعرضهم.

الفصل 1086

للمتقاسمين، ولأي واحد منهم، أن يوقفوا دعوى إبطال القسمة المقامة من أحد الدائنين بدفعهم له دينه، أو بإيداعهم المبلغ الذي يطالب به.

الفصل 1087

الدائنون الذين استدعوا على وجه قانوني سليم للاشتراك في القسمة، ولكنهم لم يتقدموا إلا بعد تمامها، لا يحق لهم طلب إبطالها، وإذا لم يحتفظ بمبلغ كاف للوفاء بديونهم، حق لهم أن يباشروا حقوقهم على ما لم تتناوله القسمة من الشيء

المشترك، إن وجد. فإن كانت القسمة قد تناولت الأشياء المشتركة كلها حق لهم أن يباشروا حقوقهم في مواجهة المتقاسمين في الحدود التي تقتضيها طبيعة الشركة أو الشياخ.

الفصل 1088

يعتبر كل من المتقاسمين أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه، سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية كما يعتبر أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء.

الفصل 1089

القسمة، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية. لا يجوز إبطالها إلا للغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن.

الفصل 1090

يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض حصصهم، من أجل الأسباب السابقة على القسمة، وفقا لأحكام البيع.

الفصل 1091

إبطال القسمة، لسبب من الأسباب التي يقررها القانون، يقتضي إعادة المتقاسمين إلى الوضع القانوني والفعلية الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق على وجه قانوني سليم عن طريق المعاوضة.

ولا يسوغ إبطال القسمة إلا للأسباب التي تعيب الرضى كالإكراه أو الغلط أو التدليس أو الغبن.

ويجب رفع دعوى الإبطال خلال سنة من وقت تمام القسمة فإن انقضى هذا الأجل كانت الدعوى غير مقبولة.

ولا يكون للإبطال بسبب الغبن محل، إلا في الحالة المنصوص عليها في الفصل 56.

الفصل 56

الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

و كذلك يلحق بمصفي الشركات الذين يعينهم القاضي أو
إجماع الشركاء وفقا لما يقضي به الفصل 1065 من
ق.ل.ع.م. متصرف الشركة التي تبقى أموالها وديعة عنده
قبل تعيين المصفي كي يجري في شأنها ما تقتضيه

ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)

بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة

المادة 56

يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديريها العامين على مجلس الإدارة للترخيص به مسبقا.

يسري نفس الحكم على الاتفاقات التي يكون المتصرف أو المدير العام معناها بها بصورة غير مباشرة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

كما يلزم الحصول على ترخيص مجلس الإدارة مسبقا فيما يخص الاتفاقات المبرمة بين شركة مساهمة ومقولة، إذا كان أحد متصرفي الشركة أو مديريها العامين مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولا بصفة غير محدودة أو مسيرا لها أو متصرفا فيها أو مديرا عاما لها عضوا في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس الرقابة فيها.

المادة 62

يمنع على المتصرفين غير الأشخاص المعنويين، تحت طائلة بطلان العقد، الاقتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة، كما يمنع عليهم العمل على أن تمنح لهم الشركة تغطية في الحساب الجاري أو بأية طريقة أخرى وأن تكفل أو تضمن احتياطيها التزاماتهم تجاه الأغيار.

غير أنه إذا كانت الشركة ستستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لتلك المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يسري نفس المنع على المديرين العامين وعلى الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين المتصرفين، كما يطبق على أزواج وأقارب وأصهار الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وعلى كل شخص وسيط.

العمليات العاجلة كما يقضي بذلك الفصل 1066 من ق.ل.ع.م.

و إلى جانب من ذكر نرى أن نضيف أيضا مصفي التركات و إن لم يشملها النص صراحة لكون دور المصفي في الشركات لا يختلف في طبيعة المهمة المنوطة به عن دور المصفي في التركات .

-وسطاء كل من ذكر سابقا من الأشخاص الممنوعين و يقصد بالوسطاء هنا كل من استعمل كاسم مستعار أي كوسيلة للتحايل على المنع النسبي الذي يقضي به الفصل 480 و يراد بها في الحقيقة إلى انصراف أثار ما أبرم من التصرفات إلى الأشخاص الممنوعين. و كمثال على الوسطاء السمسار صاحب محلات البيع بالمزايدة العلنية . و إذا كان الفصل 482 من ق.ل.ع.م قد جعل من أزواج الأشخاص الممنوعين و أولادهم كوسطاء قرينة قانونية على انصراف هذه التصرفات لأولئك الممنوعين . فان هذه القرينة لا ينحصر قيامها فيمن ذكر فقط و إنما تقوم أيضا حتى عندما يستخدم في الوساطة احد الأصول كالأب أو الجد أو احد العقب كالأخ أو الأخت و بصفة اعم فان هذه القرينة من شأنها ان تقوم وفقا للتفسير الواسع لنص الفصل 482 كلما كانت هناك رابطة القرابة بين الوسيط و الشخص الممنوع . و المعيار العام لقيام هذه القرينة هو التأكد من مدى استفادة كل من الوسيط عندما يكون من الأقارب و الممنوع من مال الآخر . و في هذا نشير إلى أن المجلة العثمانية قد أحسنت صنعا عندما نصت في الفقرة الأولى من فصلها 1497⁵¹⁸ على أنه . "ليس للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله ممن لا تجوز شهادتهم له

حدود المنع النسبي .

518

(مادة 1497)

صحة بيع الوكيل

ليس للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له إلا أن يكون قد باعه بأزيد من ثمن مثله فحينئذ يصح وأيضاً إن كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله: بعه لمن شئت ففي ذلك الحال يجوز بيعه بثمن مثله لهؤلاء .

مجلة الأحكام العدلية

المؤلف: لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية
الناشر: موقع المكتبة القانونية و الشرعية

المبدأ : منع التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة في مال المنوب عنه .

بمقتضى الفصل 480 ، فإنه يمنع على النائب كيفما كانت صفته النيابية أن يتصرف في أموال المنوب عنه لنفسه بنفسه أو بواسطة من يستخدمه للتحايل على المنع من جهة سواء كانت هذه الأموال أشياء أو حقوقا عينية أو معنوية أو شخصية ، و من جهة أخرى سواء كان نوع التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة و الواقع على هذه الأموال يتمثل في الشراء أو البيع أو الحوالة أو المقايضة أو الرهن لا بل الأكثر من هذا فان الأمر عندما يتعلق بالتصرف على سبيل الحوالة فان النائب يمنع و لو وقعت هذه الحوالة لنفسه على دين من الديون المترتبة في ذمة المنوب عنه . و بعبارة أخرى لا يمكن للنائب أن يتعاقد بما يجعل منه محالا له مع الغير المحيل الذي ترتب له دين في ذمة المنوب عنه المحال عليه .

و الجدير بالذكر أن منع النائب من التصرف لنفسه بنفسه أو بواسطة عنه يقوم عندما تكون الأموال التي يقع عليها التصرف مملوكة للمنوب عنه على وجه الخصوص . و تأسيسا عليه فإن المنع يرتفع طبقا لمقتضيات الفصل 480 من ق . ل . ع عندما تكون الأموال مملوكة للمنوب عنه على وجه الشيع مع النائب.

و بصفة عامة عندما تكون هذه الأموال محل مصلحة مشتركة بين النائب و المنوب عنه إذ العبرة في المنع بتعارض المصالح التي يقوم التصرف قرينة عليه و لا شك أن التعارض ينتفي مبدئيا و على الأقل في الحوالة و الرهن عندما تكون هذه المصلحة مشتركة بينهما .

2-الاستثناء :

جواز التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة في مال المنوب عنه

المشتركة مصلحته فيه مع النائب خاصة عند شيوع ملكيتها لذلك المال .

يتبين من خلال ما يقضي به الفصل 480 من ق.ل.ع.المغربي ، أن النائب لا يمنع من تقويت أموال المنوب عنه لنفسه بنفسه أو بواسطة عنه إلا إذا كانت هذه الأموال مملوكة ملكية شائعة بين النائب و المنوب عنه انتفى المنع لارتفاع التعارض في المصالح الذي بسببه قرر المنع و الحديث عن الملكية الشائعة التي تقوم قرينة قانونية على ارتفاع التعارض و بالتالي انتفاء المنع يستدعينا إلى توضيح ما مفاده بطبيعة الحال أنه لما كان لا يعقل أن تكون هناك ملكية جارية على الشياع بين النائب و المنوب عنه عندما يتعلق الأمر بالأموال العامة كأموال الخزينة أو الجماعات المحلية لذلك نرى أنه ليس من شأن ما

يقضي به الفصل 480 من جواز التصرف أن ينصرف إلى الأشخاص المحددين في متصرفي البلديات و المؤسسات العامة أو من في حكمهم من متولي تدبير الأموال العامة .

أما جواز التصرف بالنسبة لمن تم تحديدهم من الأشخاص الآخرين فينبغي أن تراعي فيه كل من مدونة الأسرة المغربية و خاصة في فصلين 269 و 270 و المسطرة المدنية عندما يتعلق الأمر بالأوصياء و المقدمين بمن فيهم ممن يساعد القاضي المكلف بشؤون القاصرين و المحجور عليهم كما ينبغي أن تراعي فيه إلى جانب مقتضيات مدونة الأسرة للقسم التاسع تصفية التركة ، المواد 373 و ما بعده من نفس القانون ، عندما يتعلق الأمر بمصفي الشركات و مقتضيات كل من الأحكام الواردة في ق.ل.ع.المغربي .

(مثلا في فصوله 1070 و 1074 و 1080) تصفية و القسمة⁵¹⁹ و الأحكام الواردة في القانون التجاري .

عندما يتعلق الأمر بوكلاء الدائنين في التقليسة أو أمناء اتحاد التقليسة⁵²⁰ أو مصفي الشركات

519

الفصول 721 إلى 724 من مدونة التجارة

520

شركات المساهمة المواد من 56 و 62 و 100 و 343 و 423

قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)⁵²⁰

المادة 423

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المصفي الذي قام عن سوء نية:

1. باستعمال أموال أو اعتمادات الشركة الجارية تصفيتها استعملات يعلم تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقولة أخرى له بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة؛
2. ببيع بعض أو كل أصول الشركة الجارية تصفيتها خرقا لأحكام المادتين 365 و 366.

لا يحق للمعني بالأمر المساهمة في عملية التصويت ولا تراعى أسهمه في حساب النصاب القانوني والأغلبية.

المادة 62⁵²⁰

يمنع على المتصرفين غير الأشخاص المعنويين تحت طائلة بطلان العقد، الاقتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة أو من إحدى شركاتها التابعة أو من شركة أخرى مراقبة من طرفها حسب مدلول المادة 144 أدناه، كما يمنع عليهم العمل على أن تمنح لهم الشركة تغطية في الحساب الجاري أو بأية طريقة أخرى وأن تكفل أو تضمن احتياطيا التزاماتهم تجاه الأغيار.

غير أنه إذا كانت الشركة تستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لتلك المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يسري نفس المنع على المديرين العامين والمديرين العامين المنتدبين والممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين المتصرفين وعلى مراقبي الحسابات، كما يطبق على أزواج الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وعلى كل شخص وسيط.

المادة 100⁵²⁰

يمنع، تحت طائلة بطلان العقد، على أعضاء مجلس الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس الرقابة غير الأشخاص المعنويين، أن يحصلوا على قروض مهما كان شكلها من الشركة أو من إحدى الشركات التابعة لها أو من شركة أخرى تخضع لمراقبتها حسب مدلول المادة 144 أدناه أو أن يعملوا على أن تمنح لهم تغطية في الحساب الجاري أو بأي طريقة أخرى أو أن يجعلوا الشركة تضمن أو تكفل التزاماتهم تجاه الغير.

غير أنه إذا كانت الشركة تستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لهذه المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يطبق نفس المنع على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس الرقابة وعلى مراقبي الحسابات، كما يطبق على أزواج الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وكذا على كل شخص وسيط.

المادة 343

إذا ارتكز بطلان بعض العقود أو المداولات اللاحقة لتأسيس الشركة على خرق لقواعد الشهر، جاز لكل ذي مصلحة في تسوية العقد أو المداولة أن يوجه إنذاراً للشركة بتسوية الوضع داخل أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ الإنذار المذكور.

عند عدم إجراء التسوية المطالب بها داخل هذا الأجل، يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات تعيين وكيل للقيام بذلك الإجراء على نفقة الشركة.

المادة 56⁵²⁰

يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديريها العامين أو مديريها العامين المنتدبين أو أحد المساهمين فيها الذي يملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من خمسة في المائة من رأس المال أو من حقوق التصويت على مجلس الإدارة للترخيص به مسبقاً.

يسري نفس الحكم على الاتفاقات التي يكون أحد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى أعلاه معناها بها بصورة غير مباشرة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

كما يلزم الحصول على ترخيص مجلس الإدارة مسبقاً فيما يخص الاتفاقات المبرمة بين شركة مساهمة ومقولة، إذا كان أحد المتصرفين أو المديرين العامين أو المديرين العامين المنتدبين في الشركة مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولاً بصفة غير محدودة أو مسيراً لها أو متصرفاً فيها أو مديراً عاماً لها أو عضواً في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس رقابتها.

المادة 57

لا تطبق أحكام المادة 56 على الاتفاقات المتعلقة بالعمليات المعتادة المبرمة وفق شروط عادية.

-الجزاء المترتب عن مخالفة المنع النسبي

إن كان الفصل 480 من ق.ل.ع.المغربي منع الأشخاص المحددين من التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة على سبيل البيع أو الحوالة أو المقايضة أو الرهن فقد نص صراحة في الفقرة الثانية منه على إمكانية التراجع عن المنع عند إجازة التصرف إلا أنه بالمقابل لم يتعرض لطبيعة الجزاء المترتب عن خرق هذا المنع إذ اقتصر في صياغته على المنع بعبارة لا يسوغ كما جاء في النص العربي للفصل 480 من ق.ل.ع و المنع المطلق كما جاء في الترجمة الفرنسية

il ne peuvent recevoir en échange ou nantissement

-طبيعة الجزاء المترتب عن المنع النسبي المقرر في الفصل 480

-تمييز جزاء البطلان من الإبطال .

يعتبر البطلان من الوسائل القانونية التي تحمي النظام العام ضد ما قد يهدد استقرار المعاملات مما يجعله لا يقبل الإجازة و لا التصديق عليه (الفصل 310 من ق.ل.ع.المغربي)⁵²¹ كما أنه يحق لكل ذي مصلحة في البطلان أن يتمسك به و على المحكمة نفسها أن تقضي به و لو لم يتمسك به أحد المتقاضين .

المادة 58⁵²⁰

يتعين على المتصرف أو المدير العام أو المدير العام المنتدب أو المساهم المعني بالأمر إطلاع المجلس على كل اتفاق تنطبق عليه المادة 56 بمجرد علمه بوجوده. ولا يحق له المشاركة في التصويت على الترخيص المطلوب.

يخبر رئيس مجلس الإدارة مراقب أو مراقبي الحسابات بكل الاتفاقات المرخص بها بمقتضى المادة 56 داخل أجل ثلاثين يوما تبتدئ من تاريخ إبرامها، ويعرضها على موافقة الجمعية العامة العادية المقبلة.

يقدم مراقب أو مراقبو الحسابات تقريراً خاصاً عن هذه الاتفاقات إلى الجمعية التي تبت بناء على ذلك التقرير الذي يحدد مضمونه بمرسوم⁵²⁰.

521

ينص الفصل 310 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي .
إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر .

أما الإبطال فمن الممكن إجازة التصرف أو التصديق عليه على أن تحترم في هذه الإجازة أو التصديق ما يقتضيه الفصل 317 من ق.ل.ع.م.

يرى بعض الفقه⁵²² أن العقد موقوف⁵²³ أي لا ينفذ إلا بعد الإجازة ممن له الصفة و قد ارتأى المشرع الأخذ به في أهم تطبيق من تطبيقاته و هو بيع ملك الغير فهو تلمس جزاء

522

الصفحة 106 الوسيط في القانون المدني . عبد الرزاق السنهوري .

المجلد الرابع الصفحة 106 المطلب الثاني التابع بطريقة للنيابة. عبد الرزاق السنهوري

523

الإجازة .

تعرف الاجازة بأنها تنازل من تقرر الإبطال لمصلحته عن الحق في طلب هذا الإبطال، فهي بهذا المعنى تصرف قانوني يصدر من جانب واحد يؤدي الى تطهير العقد من العيب الذي يشوبه أو الى رفع الخطر الذي يتهدهده ، فهي كما قال الكزبري : الرضى ببقاء العقد ، واستقراره نهائيا ممن له حق ابطاله .

وفي هذا الصدد فان التشريعات القديمة و الحديثة لم تأخذ بفكرة تطبيق نظام الاجازة على البطلان ، وهو ما نص عليه الفصل 310 من ق.ل.ع ، وأيضا ما اكدته الفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني المصري و الليبي و الفقرة الأولى من المادة 142 من القانون السوري .

وقد خرج القانون المصري - الليبي في المادة 487 و السوري في المادة 457 - عن القاعدة السابقة ، و اقر إجازة الهبة الباطلة - الاجازة الضمنية- لعيب في الشكل و هو ما نصت المادة 489 من القانون المدني التي جاء فيها "اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه .+

لكن يجب ان لا يتخذ من هذا المسلك ذريعة للقبول بتطبيق الاجازة على البطلان و الابطال، لان هذه الحالة وردت في التشريعات السابقة على سبيل الاستثناء ، و الاستثناء يجب ان يفسر تفسيراً ضيقاً، أخذاً بالقاعدة الفقهية: "لا يتوسع في الاستثناء" ، كما أن القضاء المصري يبرر هذا الموقف باعتبار ان الهبة تخلف التزاماً طبيعياً ، فان حدث ان وفي به الواهب او ورثته ما حق له الرجوع فيه.

و على العكس من ذلك فانه اذا كانت التشريعات السابقة ترفض اجازة العقد الباطل لأنه معدوم ، فإنها اقرت اجازة العقد القابل للإبطال لأنه عقد موجود ، وكل ما في الامر انه ينطوي على عيب أو نقص يهدد زواله ، وقد عبر الفقه عن هذا الفارق بين العقد الباطل و القابل للإبطال بقوله : نستطيع ان نعالج المريض لا الميت). لذلك اعطت هذه التشريعات للمتعاقد الذي تقرر

المنع من الشراء في القواعد الخاصة بالنيابة لا في القواعد الخاصة بالبطلان و عليه فانطلاقاً من هذه القواعد الخاصة بالنيابة يتبين أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة (أي النيابة) أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره . و إلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا باع النائب المال لنفسه سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه . يكون قد جاوز حدود نيابته فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجاز له هذا (524)

الابطال لمصلحته و حمايته ان يختار بين إعمال الابطال فينهي وجود العقد و بين اجازته فيستقر نهائياً. وهذا ما نص عليه الفصل 317 من ق.ل.ع المغربي و المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي ، و المادة 139 من القانون المدني المصري ، و التي تطابقها كل من المادة 140 من القانون المدني السوري و المادة 139 من القانون الليبي .

-احمد شكري السباعي ، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن ، ص:406 طبعة 1987 منشورات عكاظ .

[+]التقادم على نوعين: تقادم مكسب و تقادم مسقط . فالتقادم المكسب هو الذي يسمح لحائز الحق العيني ان يكسب هذا الحق اذا استمرت حيازته مدة من الزمن عينها القانون. اما التقادم المسقط فهو سبب يؤدي الى انقضاء الحقوق الشخصية و العينية ما عدى حق الملكية .

-مأمون الكزبري ، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات و العقود المغربي ، الجزء الثاني - اوصاف الالتزام و انتقاله و انقضاؤه - ، مطبعة دار القلم ، بيروت-لبنان ، الطبعة الثانية 1974 ص.

العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه، ولكن لتخلف أحد شروط النفاذ تتوقف آثاره على إجازة من يملك حق الإجازة ، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لنفاذ العقد أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد، وولاية على نوع التصرف الذي يجريه.

وتتحقق الولاية على محل العقد، بالملك أو النيابة، فإن تصرف من هو غير مالك أو غير وكيل بملك غيره، ينعقد العقد موقوفاً على إجازة المالك، هذه هي حالة بيع الفضولي.

أما الولاية على التصرف، تتحقق باكتمال التمييز لدى العاقد، لذا فتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي . لأن الولاية حسب الرأي الغالب لدى فقهاء المسلمين تعتبر شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

إلا أن البعض الآخر يرى انه " إذا جاوز النائب حدود نيابته - رغم المنع و عدم وجود نيابة أصلا لأي منهما - فإن التصرف يكون باطلا بطلانا نسبيا . و قد تقرر هذا البطلان بنص خاص .

و البطلان النسبي ينقسم إلى قسمين . فهناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للإبطال .

و في هذه الحالة يكون التصرف قائما و منتجا لا ثارة إلى أن يتقرر إبطاله . و هناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للتصحيح . و في هذه الحالة لا يكون التصرف منتجا لآثاره إلى أن يتقرر تصحيحه " . و هو ما ورد في الفقرة الثانية من الفصل 480 من قانون

تمييز البطلان عن عدم النفاذ (عدم السريان)

قد يقع الخلط بين البطلان وعدم النفاذ حين نعتبر هذا الأخير نوعا خاصا من البطلان يتضمن عدم النفاذ الجزئي، أي أنه بطلان في حق الغير، إلا أنه في الحقيقة لا يسوغ أن يقع الخلط بينهما على هذا الأساس، ذلك أن البطلان جزاء يعدم العقد من أساسه ويمنعه من إنتاج آثاره بين عاقيه أساسا، أما عدم النفاذ فإنه يجعل العقد غير نافذ في حق الغير فقط، دون اعتبار لصحة العقد أو بطلانه، فيكون العقد صحيحا ومنتجا لكافة آثاره بالنسبة لعاقيه، ومع ذلك فإنه لا يسري في مواجهة الغير .
ولذلك فالبطلان شيء وعدم النفاذ شيء آخر، حيث أنه كفانا فرقا بينهما أن البطلان يعدم العقد من أساسه سواء بين المتعاقدين أو

باتجاه الغير، أما عدم النفاذ فإنه يجعل العقد غير نافذ في حق الغير فقط.

ان عدم النفاذ يقابله في الفقه الاسلامي، العقد الموقوف وهو الذي لا يترتب على إنشائه أي اثر من آثاره، على الرغم من انه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتيب الأثر على اجازته ممن له حق مباشرته

عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة - مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلامية)، من جامعة القاهرة، 1968، ص 43

وبالرغم من ان قانون الالتزامات والعقود المغربي لم يأخذ بنظرية العقد الموقوف كقاعدة عامة، إلا ان هناك فصول مبعثرة تحمل حكم العقد الموقوف في باب الوكالة والفضالة وغيرهما، كما في حالة عقد الوكالة الذي يتجاوز فيه الوكيل صلاحياته ويخالف تعليمات الموكل فان مصير هذه التصرفات أنها تبقى موقوفة على اجازة الموكل (الأصيل) وقراره . "لها،" الفصل 927 من ق ل ع

الالتزامات و العقود. إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو أو الرهن ممن حصل التصرف لصالحه . إذا كانت له أهلية التفويت . أو المعلمة أو أي سلطة مختصة أخرى مع مراعاة الأحكام المتعلقة بذلك و الواردة في ظهير المسطرة المدنية.⁵²⁵

525

قانون المسطرة المدنية

الفصول من 185 إلى 200⁵²⁵

الفرع الرابع: بيع منقولات القاصر

الفصل 201

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم.

الفصل 206

تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

الفرع الخامس: البيع القضائي لعقار القاصر

الفصل 207

يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

الفصل 205

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبائعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914)⁵²⁵.

الفصل 514

كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأملاك المخزنية وجب إدخال العون القضائي في الدعوى وإلا كانت غير مقبولة.

الفصل 515⁵²⁵

ترفع الدعوى ضد:

- 1 - الدولة، في شخص رئيس الحكومة وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء؛
- 2 - الخزينة، في شخص الخازن العام؛
- 3 - الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمليات والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس القروي بالنسبة للجماعات؛
- 4 - المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني؛

5- مديرية الضرائب، في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها⁵²⁵.

الفصل 516

توجه الاستدعاءات والتبليغات وأوراق الإطلاع والإنذارات والإخطارات والتنبيهات المتعلقة بفاقد الأهلية والشركات والجمعيات وكل الأشخاص الاعتباريين الآخرين إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه.

الفصل 517

إذا كان قاض من قضاة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية أو زوجه طرفا في الدعوى بصفة مدع أو مدعى عليه أصدر الرئيس الأول لمحكمة النقض بناء على طلب من يعنيه الأمر قرارا يقضي بتعيين المحكمة التي ستنتظر في القضية خارج دائرة محكمة الاستئناف التي يزاول القاضي فيها مهامه وذلك خلافا لقواعد الاختصاص المشار إليها في هذا القانون.

يكون كل حكم صادر بدون هذا القرار باطلا.*

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللا.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

أو إمكانية تصحيح بيع ملك الغير وفق ما ورد في الفصل 485 من قانون الالتزامات و العقود عندما نصت على ان بيع ملك الغير يقع صحيحا

1-إذا أقره المالك

2-إذا كسب البائع فيه بعد ملكية الشيء

و إذا رفض المالك الإقرار. كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. و زيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض. إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير .

و لا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير .

أو توقف نفاذ تصرفات الصغير المميز إذا كانت دائرة بين للنفع و الضرر على إجازة نائبة الشرعية حسب المصلحة الراجعة للمحجوز و في الحدود المخولة لكل نائب شرعي

نصت المادة 225 من مدونة الأسرة على أنه " تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية

1-تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به

3-يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجعة للمحجوز و في الحدود المخولة للإختصاصات لكل نائب شرعي و المادة 228 تتضمن على أنه تخضع تصرفات السفية و المعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه

و ذهب فريق من الفقهاء إلى أن جزاء مخالفة المنع ليس هو قابلية البيع للإبطال. فالبطلان النسبي لا يكون إلا بسبب نقص في الأهلية أو تخلف شرط من شروط الصحة والأمر هنا على غير هذا فلا البائع أو نائبه يناقص الأهلية و المفروض أيضا أن الإرادة سالمة و

المادة 273

لا تطبيق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

خالية من كل العيوب غاية ما في الأمر أن البيع لا ينفذ في حق البائع إلا بإقراره . "أي بعبارة منصور مصطفى منصور " أن الشراء قبل الإجازة يكون عقدا موقوفا على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي." (526)

و لعل هذا الرأي الأخير كان له تأثير على بعض من أجابوا عن التساؤل الذي يثيره

في المغرب تحديد طبيعة الجزاء المقرر في الفصل 480 من ق.ل.ع إذا نجد الأستاذ محيي الدين إسماعيل علم الدين بعدما انتبه إلى أن المشرع المغربي لم يحدد الجزاء المترتب عن مخالفة الحظر رأيا بأنه " و الظاهر من الفصل 480 أن العقد يكون موقوفا فإذا اقره الأصل أي القاصر بعد بلوغ الرشد أو جماعة الدائنين في حالة التقليسة أو المحكمة في حالة تصفية الشركة فإن التصرف ينفذ .

إذا لم يقع إقراره كان مجردا من كل اثر قانوني".

و الواقع إذا اعتبرنا العقد الذي يبرمه الشخص الممنوع بمفهوم الفصل 480 من ق.ل.ع.م انه عقد موقوف بالمفهوم الذي يعطي إياه الفقه الإسلامي كان علينا إن نسلم بصحة هذا العقد في انعقاده إي بجواز الأقدام على تكوينه بغض النظر عما إذا كان هذا العقد سينفذ في حق صاحبه الأصلي عند إجازته أم لا . و الحال انه كما يتبين من الفصل 480 فان المنع لا يتعلق بالنفذ و إنما بتكوين العقد في حد ذاته . و بعبارة أخرى فان المنع المنصوص عليه في الفصل 480 سابق لتكوين العقد و ليس لاحقا له . و إذا كان الأمر كذلك وجب علينا إن نبحت عن طبيعة الجزاء المترتب عن المنع خارج العقد الموقوف.

و يتضح من خلال تفحص قانون الإلتزامات و العقود المغربي أن الفصلين 480 و 482 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي ،

لهما صلة بالفصل 317 من ق.ل.ع.م الذي يحدد الشروط التي ينبغي مراعاتها لقيام إجازة أو التصديق على التصرف الذي كان من الممكن سماع دعوى إبطاله قضاء .

و قد تأثرا أساسا بالقانون المدني الفرنسي و خاصة الفصل 1596 منه 527 الذي حدد طبيعة الجزاء صراحة في البطلان nullité و إذا كان النص الفرنسي لم يحدد بدوره

المقصود بالبطلان فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد سد هذا النقص .⁵²⁸ عندما ذهب إلى أن المناقصة (Adjudication) التي ترسو لفائدة الأشخاص الممنوعين في الفصل 1596 من القانون الفرنسي تقع تحت طائلة بطلان نسبي (Mutilité relative) لا يمكن أن يتمسك به إلا من قصد القانون حمايته .

و بالتالي فإن الشخص الممنوع الذي إشتري بالرغم من المنع لا يمكن له التمسك بهذا البطلان النسبي .

يستنتج مما سبق أن طبيعة الجزاء المترتب عن مخالفة المنع المنصوص عليه في الفصل 480 من ق . ل . ع المغربي تتمثل في الإبطال الذي لا يتوخى القانون من وراء تقريره إلى حماية المصلحة الخاصة التي تملك حق التخلي عن هذه الحماية إذا ما أراد صاحبها الإجازة أو التصديق على تصرف النائب للنفس بالنفس أو بالواسطة .

الإجازة أو التصديق على تصرف النائب للنفس بالنفس أو بالواسطة .

بعدما تبين أن المنع الذي قرره الفصل 480 من ق . ل . ع هو منع نسبي نصت الفقرة الثانية من الفصل المذكور على إمكانية رفعه من قبل المنوب عنه و ذلك عن طريق السماح صراحة للنائب بإبرام التصرف لنفسه بنفسه أو بواسطة عنه سواء تعلق الأمر

في التصرف المسموح إبرامه بالبيع أو الحوالة أو المقايضة أو الرهن ، أو عن طريق منح المنوب عنه للنائب إجازة التصرف أو تصديقه ، في حالة ما إذا سبق للنائب أن أبرمه بالرغم من المنع .

Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;

Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire.

إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة فإن التصرف لا يكون منتجا لآثاره إلا من وقت الإجازة أو التصديق عليه ⁵²⁹، ذلك أن التصرف كان ممنوعا إبرامه كذلك قيامه قبل هذه الإجازة أو التصديق .

و هذه الخصوصية المتمثلة في عدم سريان الإجازة أو التصديق بأثر رجعي هي التي تتميز بها قاعدة الإبطال كجزء للمنع المنصوص عليه في الفصل 480 الأنف الذكر .

و إلا ما كان للمنع فيه مفعول أقوى من الجزاء الذي يحمي به المشرع الوضوح في حرية إبرام التصرفات المشوبة مثلا بعيوب الإرادة ⁵³⁰ .

و الفائدة في هذا التمييز أنه لما كان الأصل أن يفترض دائما حسن النية في جميع التصرفات ⁵³¹ إلا أنه وجب التحلي به عند تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها ⁵³²

و بالأحرى عند تكوين مصدر هذه الإلتزامات .

لذلك فالتصرفات تستلزم الوضوح في حرية إبرامها و بالتالي قيامها وإنتاج آثارها إلى أن يتبين أحد المتعاقدين أن إرادته معيبة و أن الطرف الآخر قد عاكس الثقة التي وضعها المشرع فيه فيختار بين طلب حمايته بتقرير القاضي لإبطال التصرف بين إجازة أو التصديق على التصرف و بالتالي اعتبار المتعاقد الآخر و كأنه كان حسن النية و محترما

529

الأستاذ عبد السيد تناعو
الأستاذ محمد شيلح

530

الفصل 317

الالتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمننا بيان جوهر الالتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصریح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

الفصل 39

يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه.

531

الفصل 477

يفترض دائما مادام العكس لم يثبت حسن النية
قانون الإلتزامات و العقود المغربي .

532

الفصل 231

أو العرف أو يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الإلتزام التي يقررها القانون، كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا
الإتصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته
قانون الإلتزامات و العقود المغربي .

لثقة الموضوعه فيه منذ إبرام التصرف و هذا ما يعبر عنه الإجازة في هذه الحالة تسري
بأثر رجعي .

أما عندما يتعلق الأمر بحالة الفصل 480 فإن المشرع عندما قرر المنع لم يقصد إلى حماية
وضوح الحرية في الإرادة و إنما إلى ضرورة احترام الغير للصلاحيات المخولة إياه و عدم
استغلالها لمصلحته الخاصة التي يفترض تعارضها مع مصلحة من مكنه بتلك الصلاحية
إلى أن يأذن له هذا الأخير بتحقيق تلك المصلحة الخاصة لنفسه بحيث إذا ما كان قد سبق
له أن حققها قبل الإذن (أي الإجازة أو التصديق) فلا يكون لذلك التحقيق وجود و بالتالي
مفعول نظرا لأنه كان في الفترة السابقة عن الإذن ممنوعا . و ينتج عن هذا أن الشخص
الممنوع إذا كان قد رتب حقا عينيا للغير على المال الذي اقتنتاه للمسه بالرغم من المنع و
قبل الإذن فإن هذا الغير و لو كان حسن النية لا يمكن له أن يكسبه و عليه في هذه الحالة
على من تعاقد معه (أي النائب) بالتعويض لأنه يكون هنا في وضع من تعاقد مع غير مالك
المال (الفصل 485 من ق.ل.ع.م) و لا يجوز له الاحتجاج من هنا بجهل القانون في المنع
الذي قرره لأن الأمر هنا لا يتعلق باحترام الإرادة أو الغير حسن النية و إنما يتعلق
بضرورة احترام القاعدة الأمرة التي يفترض في كل متعامل أن يعلم المنع الذي تقضي به
ليس فقط بالنسبة للأشخاص المذكورين في الفصل 480 و إنما حتى الخبراء و السماسرة و
وسطائهم (الفصل 481 من ق.ل.ع.م) .

**-ثانيا . المنع في تولي طرفي العقد هو منع مطلق لتعلقه بالإخلال بالتزامات
قانونية تفرضها طبيعة العمل .**

(حالة الفصل 481 من ق.ل.ع.م)

ينص الفصل 481 على أن "السماسرة و الخبراء لا يسوغ لهم أن يشتروا بأنفسهم أو
بواسطة غيرهم من الأشخاص المستعارين الأموال المنقولة العقارية التي يناط بهم بيعها أو
تقويمها كما لا يسوغ لهم أن يتلقوا هذه الأموال على سبيل المقايضة أو الرهن و إلا وقع
كل ما سبق من التصرفات تحت طائلة البطلان الذي يحكم به إلى جانب التعويضات التي قد
تطلب عما تسببت فيه هذه التصرفات من ضرر " .

--أشخاص المنع المطلق في الفصل 481

يتبين من النص السابق أن السماسرة و الخبراء يمنعون منعاً مطلقاً من التصرف للنفس
بالنفس أو بواسطة غيرهم من يريدون التحايل بهم على المنع المنصوص عليه في الفصل
481 المذكور سواء تمثل ذلك التصرف في البيع بـبل و حتى الحوالة – أو المقايضة أو
الرهن .

السمسار يقصد به ذلك الوسيط الذي "تتخصص مهمته في التقريب بين وجهات النظر للبائع و المشتري مقابل أجره على عمله هذا دون أن يلتزم بشيء قبلهما "

و عليه فانطلاقاً من هذا التحديد يمكن أن يعد سمساراً حتى صاحب محلات البيع بالمزايدة العلنية أن هذه لمحلات غالباً ما يقتصر دورها على الوساطة بين البائعين و المشترين بالنسبة للمواد و البضائع التي تحصل المزايدة عليها

الخبير. أو العريف كما يسمى في تونس هو الشخص الفني أو التقني الذي تستعين به المحكمة فيما لا علاقة له مطلقاً بالقانون أو كل من يلجأ إليه صاحب المال لتخمينه أي تقدير قيمته أو تقويمه .

-الشخص المستعار كوسيط . هو كل من يستعمل للتحايل على المنع المقرر في الفصل 481 من ق.ل.ع.م سواء كان سمسار آخر أو صاحب محل للبيع بالمزايدة العلنية الذي يعرض فيه المال محل التصرف على النمو الذي أوضحنه بصدد تحديد المقصود بوسطاء الأشخاص الممنوعين بمقتضى الفصل 480

و عندما يجري التصرف بواسطة أولاد أو أزواج الممنوعين منعاً مطلقاً فان ذلك يقوم قرينة قانونية قاطعة على أن التصرف حصل لمصلحة الشخص الممنوع (الفصل 482 من ق.ل.ع.م).

--البطلان كجزاء على مخالفة المنع المطلق .

لا شك أن السبب في المنع المطلق بهذا الصدد يرجع إلى الالتزامات التي يترتبها القانون على طبيعة العمل المنوط بكل من السمسار و الخبير.

فطبيعة عمل السمسار تلزمه أن يقدم الخدمات بصدق وثقة و حسن نية ⁵³³ .

533

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة⁵³³

الثالث: السمسرة القسم

المادة 405

السمسرة عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد.

تخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة، وفيما عدا ذلك تخضع للمقتضيات الآتية بعده.

المادة 406

إن السمسار ولو لم يكن مكلفاً إلا من طرف واحد، ملزم نحو الطرفين بأن يقدم الخدمات بصدق ودقة وحسن نية وأن يخبرهما بجميع الظروف المتعلقة بالخدمة، وهو مسؤول تجاه كل منهما بما ينشأ عن تدليسه أو خطئه.

المادة 407

السمسار ضامن لما تسلمه من الأوراق والأمتعة والقيم المالية والوثائق المتعلقة بالخدمات التي تمت على يده ما لم يثبت ضياعها أو عيبها بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة.

المادة 408

إذا تم البيع بناء على عينة من السلعة وجب على السمسار حفظ العينة إلى أن تقبل السلعة نهائياً أو أن تتم الصفقة، ما لم يعفه المتعاقدان من هذا الالتزام.

المادة 409

يسأل السمسار عن عدم تنفيذ العقد إذا لم يذكر لأحد المتعاقدين اسم المتعاقد الآخر، وفي حالة تنفيذ العقد يحل محل موكله فيما له من حقوق على الطرف الآخر.

المادة 410

السمسار ضامن لصحة آخر توقيع موضوع على الوثائق التي تمر بين يديه وتتعلق بالخدمات التي توسط فيها إذا كان هذا التوقيع لأحد المتعاقدين بواسطته.

المادة 411

يضمن السمسار هوية زبائنه.

المادة 412

لا يضمن السمسار يسر زبائنه ولا تنفيذ العقود المبرمة بواسطته ولا قيمة أو نوعية الأشياء المتعاقدين بشأنها ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ ينسب إليه.

المادة 413

إذا كانت للسمسار، بصرف النظر عن أجرته، مصلحة شخصية في الخدمة، وجب عليه تنفيذ الالتزام على وجه التضامن مع زبونه.

المادة 414

إذا كان للسمسار مصلحة شخصية في المعاملة وجب عليه أن يخبر بذلك الأطراف المتعاقدين وإلا تعرض لدفع تعويض عما يحدث لهم من ضرر.

المادة 415

يحق الأجر للسمسار إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف.

إذا كان العقد قائماً على شرط واقف فلا يستحق السمسار الأجر إلا بعد حصول الشرط.

إذا كان الأجر المتعهد به للسمسار يفوق ما تتطلبه الخدمة المقدمة فيمكن طلب تخفيضه ما لم يكن الأجر قد تم تحديده أو دفعه بعد إبرام العقد.

تجب مصاريف السمسار إذا اتفق عليها ولو لم يتم إبرام العقد.

المادة 416

إذا تم فسخ العقد بعد إبرامه سواء وقع الفسخ اختياريًا باتفاق الأطراف أو بموجب أحد أسباب الفسخ المقررة قانونًا فلا يفقد السمسار حقه في المطالبة بأجرته ولا يلزم برد ما قبضه منها ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ جسيم ينسب إليه.

المادة 417

إذا توسط السمسار عن علم في عمل غير مشروع فلا أجر له.

المادة 418

يستحق السمسار أجرته من الطرف الذي كلفه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك.

المادة 419

إذا لم يحدد مقدار أجره السمسار باتفاق أو بعرف فعلى المحكمة تحديده إما حسب سلطتها التقديرية الخاصة أو استنادًا إلى رأي الخبراء اعتمادًا على ما يجري به العمل في الخدمات المماثلة، مع مراعاة ظروف العملية الخاصة كالوقت الذي تطلبته وطبيعة الخدمة التي قام بها.

المادة 420

إذا كلف عدة سمسرة بموجب عقد واحد فيسألون على وجه التضامن عن تنفيذ عقد السمسرة ما لم يسمح لهم بالعمل على انفراد.

المادة 421

إذا كلف السمسار من طرف عدة أشخاص لإنجاز عمل مشترك بينهم فإن كل واحد منهم ملزم إزاء السمسار على وجه التضامن مع الآخرين بجميع آثار عقد السمسرة.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

عيوب الرضى

الفصل 39

يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه.

الفصل 317

الالتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمن بيان جوهر الالتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

مدونة التجارة

عيوب الرضى الفصل 39 317

و لذلك فعندما يعمد السمسار إلى التصرف لنفسه بنفسه أو بواسطة عنه.فان هذا التصرف قرينة قانونية على إخلائه بالالتزامات الملقة قانونا على عاتقه.وهذا الإخلال لا يسمح بإمكانية المطالبة بالتعويض عنه فقط . و إنما يجعل التصرف الذي حصل به الإخلال باطلا بطلانا يستطيع أن ينيره كل من له مصلحة فيه و كذلك القاضي من تلقاء نفسه خاصة عندما يتعلق الأمر بحالة رسوم المزايدة على السمسار فيقوم هذا الأخير استعمالا للحق الذي يمنحه إياه الفصل 477 في فقرته الأخيرة من المسطرة المدنية بالتصريح خلال ثمانية و أربعين (48) ساعة على أن الغير الذي زايد لمصلحته هو الشخص السمسار نفسه أو الخبير الذي قوم .. موضوع المزايدة .

-و ما قيل عن السمسار يتأكد أكثر عندما يتعلق الأمر بالخبير إذ أن طبيعة هذا الأخير توجب عليه ". أن يقوم بأمانة و إخلاص بالمهمة المسندة إليه و أن يعطي رأيه بكل تجرد و استقلال ". فعندما يتصرف في الأموال التي عمل على تقويمها بالبيع أو الحوالة أو المقايضة أو الرهن و ذلك لنفسه بنفسه أو بواسطة عنه.فان هذا التصرف يقوم قرينة قانونية قاطعة على الحصول الإخلال بالالتزامات الموضوعه على كاهل الخبير عند قيامه بالعمل المنوط به . و هذا الإخلال الذي يبلوره تصرف الخبير لنفسه أو بواسطة عنه ينجم عنه إلى جانب الإعلان عن بطلانه . أداء التعويضات من يقبل الخبير من جدول الخبراء

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية

الفصل 477

إذا حل اليوم و الساعة المعينان لإجراء السمسرة و لم يؤد المنفذ عليه ما بذمته قام عون التنفيذ بعد التذكير بالعقار الذي هو موضوع السمسرة و بالتكاليف التي يتحملها و الثمن الأساسي المحدد للسمسرة في دفتر التحملات أو عند الاقتضاء العروض الموجودة و آخر أجل لقبول العروض الجديدة بإرساله على المزايدة الأخير الذي قدم كفيلا موسرا بعد إطفاء ثلاث شمعات مدة كل منها دقيقة واحدة تقريبا يتم إشعالها على التوالي و يحرر محضرا بإرساء السمسرة .

يؤدي من رست عليه السمسرة ثمنها بكتابة الضبط خلال عشرة أيام من المزايدة و يجب عليه علاوة و على ذلك أن يؤدي مصاريف التنفيذ المحددة من طرف القاضي و المعلن عنها قبل السمسرة .

يحق لهذا الشخص أن يصرح بأنه مزاييد عن الغير خلال ثمانية و أربعين ساعة من إجراء السمسرة.

خاصة عندما يعين هذا الأخير من قبل المحكمة و ذلك كجزاء تأديبي يمكن إصداره ليس في حقه فقط و إنما في حق كل من يقوم تصرفه قرينة على المساس بسمعة العدالة و السير الحسن للقضاء و لو كان قاضيا أو أحد مساعدي القضاء كالمحامي و كاتب الضبط و عون التنفيذ.

**المنع الراجع لعدم صلاحية الشخص لأن يكون خصما و حكما في آن واحد
(تصرف القاضي أو مساعديه في الحقوق المتنازع عليها لنفس بالنفس
أو بواسطة).**

و جاء في الفصل 30 من قانون المسطرة المدنية المغربي القديم للملغى في فقرته الأولى أنه يمنع كل كاتب ضبط و كل قاض أن يكتسب أو تحول إليه ملكية الحقوق المتنازع عليها في دائرة اختصاص المحاكم التي يباشر فيها مهامه. كل ذلك سواء كان مباشرة أو بواسطة.

إلا أن قانون المسطرة المدنية المغربي الحالي المصادق عليه بظهير 11 رمضان 1394 الموافق 28 شتنبر 1974 لا يشمل على نص مماثل للفصل 30 المذكور . وبذلك يكون المنع الذي كان يتقيد به القضاء و مساعديه في ظل قانون المسطرة المدنية القديم قد ارتفع مع ملاحظة أن سبب المنع الوارد في قانون المسطرة المدنية القديم يرجع ليس فقط إلى عنصر الغرر الذي يهين على الحق أو الدين المتنازع فيه. و إنما أيضا إلى ضرورة الحفاظ على سمعة العدالة و هيبتها بين الناس و وضع حد لكل مل من شأنه أن يمس بالسير الحسن و العادي للعدالة.

يبقى المنع الذي شمل المساعدون القضائيون بمقتضى المادة 480 قانون الالتزامات و الفصول ينطبق على القضاة من باب أولى سيما أن الفصل 245 من القانون الجنائي يعاقب كل موظف عمومي أخذ أو تلقى أية فائدة في عقد أو دلالة أو مؤسسة أو استغلال مباشر يتولى إدارته أو الإشراف عليه كليا أو جزئيا أثناء ارتكاب الفعل سواء قام بذلك صراحة أو بعمل صوري أو بواسطة غيره .

أشخاص المنع الجزاء المترتب عن هذا المنع المقصود بالحق المتنازع فيه

أولا . أشخاص المنع .

هم كل من أسندت إليه مهمة تحقيق العدالة أو المساعدة على هذا التحقيق أي القضاة و
المساعدون القضائيون . و نرى أن نشير من بين هؤلاء بالدرجة الأولى إلى .

-القضاة. إذ يمثلون العدالة إلى الدرجة التي أصبحوا معها رمزا لها لذلك يقع عليهم عبء
المحافظة "في جميع الأحوال على صفة الوقار و الكرامة التي تتطلبها مهامهم."

-كتاب الضبط. أي ذلك السلك من الموظفين لدى المحاكم و الذين توكل إليهم تسهيلا للسير
الحسن للعدالة الوظائف الضبطية و جميع الأعمال الإدارية التي نص عليها القانون إلى
جانب مهمة المساهمة في تشكيل هيئات المحاكم مما يضع عليهم عبء الامتناع عن كل
عمل من شأنه إيقاف أو عرقلة تسيير المحاكم .⁵³⁴

-المحاميين. باعتبار أن عمل هؤلاء يؤمن حسن سير القضاء بما يؤدي إلى تحقيق مصلحة
العدالة إلى الدرجة التي لم يعودوا فيها مجرد مساعدين للقضاء و إنما أصبحوا جزءا من
الأسرة القضائية لذلك "يمنع على المحامي أن يقتضي بطريق التفويت حقوقا متنازعا فيها
أو أن يستفيد هو أو زوجه أو فروعه بأي وجه كان من القضايا التي يتولى .. بشأنها أمام
القضاء. " كما تنص على ذلك المادة 45 من القانون رقم 28/08 المتعلق بتعديل القانون
المنظم للمحاماة بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 بتاريخ 20-10-2008 و كل اتفاق
يخل بهذه المقتضيات يكون باطلا بقوة القانون .

-المفوضون. القضائيون. الذين تتمثل أهم اختصاصاتهم في التبليغ و القيام بالإجراءات التي
يتطلبها تنفيذ الأحكام و القرارات و العقود و السندات التي لها قوة تنفيذية و نظرا لكون هذه
الاختصاصات تتصل اتصالا وثيقا بتحقيق العدالة و السير الحسن العادي للقضاء لذلك جاء
في المادة 31 من القانون رقم 81.03 المنظم لمهنة المفوضين القضائيين بأنه يمنع على
المفوض القضائي بصفة شخصية أو بواسطة للغير أن يشارك في المزايدة المتعلقة بالأشياء
المكلف ببيعها أو يقبل مشاركة أو عرض زوجه أو أصوله أو فروعه و أن يقتني حقوقا
منازعا فيها بأشهر إحدى إجراءات و ذلك لنفسه أو لحساب زوجه أو أصوله أو فروعه أو
أقاربه إلى الدرجة الرابعة

ثانيا: تحديد المقصود بالحق المتنازع فيه :

534

الفقرة الثانية من المادة 46 تنص على أنه (يمنع عليهم أي القضاة – كذلك القيام بأي عمل فردي أو جماعي كيفما كانت طبيعته قد تؤدي إلى
وقف أو عرقلة عقد الجلسات أو السير العادي للمحاكم .)
ظهير شريف بتاريخ 24 مارس 2016 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13-106 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة
الجريدة الرسمية عدد 6456 و تاريخ 14 أبريل 2016

إن المنع الذي يعقل يدي القاضي و مساعدى القضاء من التصرف لمصلحتهم يرجع إلى الحق المتنازع فيه الذي يقوم قرينة على حصول المساس بحرمة العدالة و نزاهتها.

و يعتبر الحق متنازعا فيه كما يقضى بذلك الفصل 2/192 من ق.ل.ع.م: "إذا كان هناك نزاع في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة أو كانت هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه". و يتبين من هذا النص أن الحق يعتبر متنازعا فيه إذا رفعت في شأنه دعوى اتخذ فيها المدعى عليه موقف الإنكار للحق أو دفع الدعوى بسقوط حق المدعى في رفعها بالتقادم أو نازع في مقدار الحق موضوع الدعوى. و يبقى الحق متنازعا فيه إلى أن يصدر الحكم و يصبح نهائيا إما بفوات مواعيد الطعن بالطرق العادية كالتعرض و الاستئناف أو باستشهاد هذه الطرق العادية للطعن و بعد ذلك لا يكون هذا الحق متنازعا فيه إلا إذا تم الطعن في الحكم بإحدى وسائل الطعن غير العادية كالطعن بالنقض أو بتعرض الغير الخارج عن الخصومة أو بإعادة النظر. أما إذا تمسك المدعى عليه بدفع شكلي أو بدفع بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة. بأن موقفه هذا لا يجعل الحق متنازعا فيه.

كما يعتبر الحق متنازعا فيه و لو لم ترفع في شأنه دعوى قضائية إذا أثير حول الحق نزاع جدي كما لو اغتصب شخص أرض غيره و اقتصر صاحب الأرض على تقديم شكوى إلى السلطات الإدارية المحلية فيدعي المغتصب أنه هو المالك لا بل الأكثر من هذا فانه ليس من الضروري لكي يكون الحق متنازعا فيه أن تكون الدعوى وقت التصرف فيه قد رفعت بشأنه أو أن يثار حوله نزاع جدي و إنما يكفي أن يكون هذا الحق في وضع يصبح معه من الطبيعي أن يتوقع رفع هذه الدعوى أو حصول نزاع حول أصله (أي جوهره) كما لو كان هذا الحق ناتجا عن تصرف سابق قابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن المعتقد به قانونا. و لقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط صدر بتاريخ 30 أكتوبر 1945 بأنه: "بمقتضى الفصل 192 من ق.ل.ع.⁵³⁵ يكون الحق

535

قانون الالتزامات والعقود
ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 19 مارس 2015

الفصل 192

تبطل حوالة الحق المتنازع فيه، ما لم تتم بموافقة المدين المحال عليه.

متنازعا فيه إذا حصل نزاع في أصل الحق أو الدين نفسه وقت البيع أو الحوالة ، أو إذا وجدت ظروف من طبيعتها أن تحمل على توقع منازعات قضائية جدية حول الحق في أصله نفسه." (contestation)

و على كل، فإن مسألة التعرف عما إذا كان هناك نزاع جدي أو ما إذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تحمل على توقع قيام هذا النزاع، هي مسألة واقع يرجع أمر تقديرها إلى سلطة قاضي الموضوع.

و الجدير بالإشارة أن المنع الذي يعقل القاضي و الشخص المعتبر جزءا من أسرة القضاء (المحامي) أو مساعدا للقضاء (كاتب الضبط ، المفوض القضائي) من اقتناء الحقوق المتنازع فيها لا يعمل بع إلا في دائرة نفوذ المحكمة التي يزاول فيها وظيفته. و عليه ، فإن حاكم الجماعة القروية أو حاكم المقاطعة الحضرية لا يمنع من التصرف لمصلحته في الحقوق المتنازع فيها إلا إذا كانت هذه الأخيرة تدخل ضمن اختصاصات محكمته أو توجد داخل الدائرة التي يشملها نفوذه. و القاضي أو كاتب الضبط الذي يعمل في محكمة ابتدائية أو المفوض القضائي يمنع من اقتضاء الحقوق المتنازع فيها التي تختص بنظرها المحكمة الابتدائية في دائرته أما الحقوق المتنازع فيها خارج هذه الدائرة و التي تخرج من نطاق اختصاصه يمكن له اكتسابه بالشراء أو الحوالة مع التنبيه إلى ضرورة مراعاة أحكام الفصل 1/192 من ق.ل.ع.م و المستشار أو كاتب الضبط في محكمة الاستئناف يمنع عليه أيضا اقتناء الحقوق المتنازع فيها التي يدخل اختصاص نظرها ضمن دائرة محكمة الاستئناف التي يعمل بها.

أما المستشار أو كاتب الضبط الذي يباشر وظيفته بمحكمة النقض فإنه يمنع من اكتساب الحقوق المتنازع فيها في كافة التراب الوطني-لان اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء التراب الوطني- و لو كان من شأن الحكم الذي سيصدر لحسم النزاع الواقع على تلك الحقوق ألا يكون قابلا للطعن فيه بالنقض مثل الأحكام التي يصدرها قضاء القرب وفق ظهير 17 أغسطس 2011 المتعلق بتنظيم القضاء قضاء القرب و تحديد اختصاصاته.

ويعتبر الحق متنازعا فيه، في معنى هذا الفصل، إذا كان هناك نزاع في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة، أو كانت هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه.

أما فيما يرجع إلى المحامي، فإن عمله لا يتقيد بمحكمة معينة و إنما يتقيد بدرجة من درجات التقاضي، لذلك فإن كان المحامي مقبولا للترافع أمام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف فإنه يمنع اكتساب الحقوق المتنازع فيها في جميع أنحاء التراب الوطني. أما إذا كان غير مقبول للترافع أمام محكمة النقض فمن الأحوط ألا يقتصر المنع في هذه الحالة فقط على اكتساب الحقوق المتنازع فيها و التي تدخل في دائرة نفوذ المحكمة التي يترافع أمامها و إن لم يكلف بالترافع عن أحد طرفي النزاع حول هذه الحقوق و إنما أيضا في جميع دوائر محاكم الدرجة الأولى و الثانية بالمغرب إذ العبرة في المنع ترجع كما مر بنا إلى ضرورة احترام سمعة العدالة و هيبتها و اكتساب المحامي للحقوق المتنازع فيها قد يقوم قرينة على المساس بهذه العدالة حتى و لو لم تدخل في دائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها مقر عمله طالما أنه يسمح له بالترافع أمام جميع المحاكم المذكورة الموجودة بالمغرب بقي التنبيه في الأخير إلى أن المنع الذي نحن بصدد معالجته يشترط لقيامه من جهة أن يكون النزاع الجدي أو ما يحمل على توقع إثارة هذا النزاع موجودا وقت إرادة اكتساب القاضي أو من يعتبر جزءا من الأسرة القضائية أو مساعدا للقضاء للحقوق المتنازع فيها. أما إذا تم اكتساب هذه الحقوق قبل قيام النزاع أو ما يحمل على توقعه فلا نكون أمام المنع القانوني . كما يشترط لقيام المنع من جهة أخرى أن يكون الشخص الذي يريد اقتناء الحقوق المتنازع عليها متمتعا بصفة القاضي أو المحامي أو المساعد القضائي وقت الإقدام على اكتساب هذه الحقوق المتنازع فيها ، بحيث إذا سبق للشخص باقتناع حقوقا متنازعا عليها في حدود ما يسمح به الفصل 1/192 من ق.ل.ع.م قبل تمتعه بهذه الصفة فإن المنع لا يشمل و بالتالي يبقى تصرفا صحيحا و لو أصبح الحق و لو أصبح الحق المتنازع فيه داخلا في دائرة المحكمة التي منحت له صفة العمل بها كقاض، و محام أو مساعد قضائي و معنى هذا كما يقول الأستاذ سمير عبد السيد تناغو⁵³⁶ فإن الرجل إذا ما اقتنى الحق المتنازع فيه قبل أن يعين في القضاء أو قبل أن ينقل إلى المحكمة المختصة أو إذا اقتناه بعد أن ترك العمل بالقضاء فإن المنع لا يشمل و لا يكون تصرفه باطلا.

ثالثا: الجزاء المترتب عن المنع:

إذا كان الجزاء الذي رتبته المشرع عن مخالفة المنع يتمثل في البطلان بموجب القانون المنظم لكل من مهنة المحاماة و هيئة المفوضين القضائيين، فإن هذا البطلان الذي كان يحمي المنع عند مخالفته من قبل القاضي أو كاتب الضبط في ظل قانون المسطرة المدنية القديم لا يوجد له اثر ليس فقط في قانون الالتزامات و العقود و إنما حتى في قانون المسطرة المدنية الجديد. و مع ذلك فبالرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بالبطلان، فإنه ينطبق من باب أولى على مخالفة القاضي و مساعده كاتب الضبط للمنع من اقتناء

الحقوق المتنازع فيها باعتبار أن عبارة المـساعدين القضائيين الواردة في الفصل 480 من قانون الالتزامات و العقود تضم المـساعدين و القضاة من باب أخرى تماشياً مع المنطق السليم.

ملحق آثار الوكالة في مواجهة الغير

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

الباب الثالث: آثار الوكالة في مواجهة الغير

الفصل 920

إذا أبرم الوكيل العقد باسمه الشخصي، كسب الحقوق الناشئة عنه، وظل ملتزما مباشرة تجاه من تعاقد معهم كما لو كانت الصفقة لحسابه ولو كان هؤلاء قد علموا بأنه معير اسمه أو أنه وكيل بالعمولة.

الفصل 921

الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلًا وفي حدود وكالته لا يتحمل شخصيا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم. ولا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل.

الفصل 922

ليس للغير أي دعوى على الوكيل بوصفه هذا، من أجل إلزامه بتنفيذ الوكالة ما لم تكن الوكالة قد أعطيت له لمصلحتهم أيضا.

الفصل 923

تثبت للغير على الوكيل دعوى من أجل إلزامه بقبول تنفيذ العقد، إذا كان هذا التنفيذ يدخل ضرورة في وکالته.

الفصل 924

لمن يتعامل مع الوكيل، بصفته هذه، الحق دائما في أن يطالبه بإبراز رسم وکالته وله عند الحاجة أن يطلب منه نسخة مصدقة من هذا الرسم، وعندئذ تكون نفقة هذه النسخة عليه.

الفصل 925

التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وکالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه.

الفصل 926

يلتزم الموكل مباشرة بتنفيذ التعهدات المعقودة لحسابه من الوكيل في حدود وکالته. التحفظات والعقود السرية المبرمة بين الموكل والوكيل والتي لا تظهر من الوكالة نفسها لا يجوز الاحتجاج بها على الغير، ما لم يقدّم الدليل على أنهم كانوا يعلمون بها عند العقد.

الفصل 927

لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وکالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية:

أولاً: إذا أقره، ولو دلالة؛

ثانياً: إذا استفاد منه؛

ثالثاً: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛

رابعاً: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته تعليمات

الموكل مادام الفرق يسيراً، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد

الفصل 928

إذا تصرف الوكيل بلا وكالة، أو تجاوز حدود وکالته، وتعذر لذلك تنفيذ العقد الذي أبرمه، التزم بالتعويضات لمن تعاقد معه.

ولكن الوكيل لا يتحمل بأي ضمان:

أ - إذا أعلم من تعاقد معه بمضمون وکالته علماً كافياً؛

ب - إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بمضمون وكالته.
وكل ذلك، ما لم يلتزم الوكيل بأن يجعل الموكل يقوم بتنفيذ العقد⁵³⁷.

الباب الرابع: انقضاء الوكالة

الفصل 929

تنتهي الوكالة:

أولا - بتنفيذ العملية التي أعطيت من أجلها؛
ثانيا - بوقوع الشرط الفاسخ الذي علقت عليه، أو بفوات الأجل الذي منحت لغايته؛

ثالثا - بعزل الوكيل؛

رابعا - بتنازل الوكيل عن الوكالة؛

خامسا - بموت الموكل أو الوكيل؛

سادسا - بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه، كما هي الحال في الحَجْر والإفلاس⁵³⁸. وذلك ما لم ترد الوكالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها، برغم حدوث هذا التغيير في الحالة؛
سابعا - باستحالة تنفيذ الوكالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين.

الفصل 930

الوكالة المعطاة من شخص معنوي أو من شركة تنتهي بانتهاء ذاك الشخص أو هذه الشركة⁵³⁹.

537 - يكرس هذا الفصل في فقرته الأخيرة ما يصطلح عليه بالتعهد عن الغير؛ ويظهر هذا التعهد جليا من خلال الصيغة الفرنسية:

Le tout à moins qu'il ne se soit porté fort de l'exécution du contrat.

ويمكن اعتبار هذه الفقرة من تطبيقات الفصل 36 من قانون التزامات والعقود.

538 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقابلة التي عوضت نظام الإفلاس.

539 - " استثناء من أحكام الفصل 930 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، لا يترتب عن توقف نشاط مؤسسة التدبير انتهاء اتفاقية التحصيل المشار إليها في المادة 27 أعلاه. وتحل بقوة القانون مؤسسة التدبير الجديدة بصفتها موكلا محل مؤسسة التدبير العاجزة "؛ وذلك بمقتضى المادة 60 من القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الديون، سالف الذكر.

إذا أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالحمق⁵⁴⁰ أو بأي سبب آخر من أسباب نقص الأهلية، عينت المحكمة، بناء على طلب المتعاقد الآخر أو أي ذي مصلحة غيره، مقدماً خاصاً. ويقرر هذا المقدم، بعد إذن المحكمة ما إذا كان يقبل العقد أو يفسخه، وفق ما تقتضيه مصلحة ناقص الأهلية. وفي حالة الإفلاس⁵⁴¹، يكون المقدم بحكم القانون هو وكيل التقليسة (السنديك) أو أي نائب آخر لكتلة الدائنين.

540 - قارن مع المادة 217 من مدونة الأسرة.

541 - نَسَخَتْ المادة 733 من مدونة التجارة لسنة 1996، الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة القانون التجاري الذي كان يتضمن في الفصل 197 وما بعده الأحكام المتعلقة بموضوع الإفلاس؛ وعُوضت بمقتضيات الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقاول (الفصل 545 وما بعده) الذي استحدث ثلاث مساطر رئيسية: 1- التسوية القضائية؛ وفي نطاقها يستمر نشاط المقاول مع المدين؛ 2- التفويت ويقوم على تفويت المقاول لأحد الأغيار مما يضمن استمرارية نشاطها؛ 3- التصفية القضائية وتنبنى على تصفية أصول المدين من أجل وفاء خصومه.

ويسبق الفصل في مآل المدين بفترة إعداد الحل تتغير في نطاقها قواعد غل يد المدين بالموازاة مع السلطات المخولة للسنديك من تسيير كلي أو جزئي أو مراقبة، في حين تؤدي التصفية القضائية إلى غل يد المدين بقوة القانون .

ملحق بيع الحقوق المتنازع عليها

المرجع

المطول في شرح الصيغ القانونية

للدعاوى والأوراق القضائية

في البيع

تشريع – فقه – قضاء صفحة 293 إلى

304

المؤلف

سيد حسن البغال

الناشر علم الكتب القاهرة

مبحث

بيع الحقوق المتنازع فيها

المواد من 469 حتى 472 مدنى

نصوص القانون المدني المصري.

مادة 469. (1) إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات و فوائد الثمن مع وقت الدفع

(2) و يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي

مادة 470. لا تسرى أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد.

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك و باع أحدهم نصيبه للآخر.

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته.

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقارا و بيع الحق لحائز العقار.

مادة 471 لا يجوز للقضاة و لا لأعضاء النيابة و لا للمحامين و لا لكتبة المحاكم و لا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم و لا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا.

مادة 472. لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار و إلا كان العقد باطلا

النصوص العربية المقابلة

القانون الليبي. المواد 458 و 459 و 460

القانون السوري .المواد 437 و 438 و 439

القانون اللبناني. المادتان 380 و 381

القانون الكويتي. المواد 510 و 512 و 513

القانون العراقي. المواد 573 و 594 و 595

الأعمال التحضيرية

ورد بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا على نصوص المواد من 469 حتى 476 من القانون المدني ما يلي

1-قد يكون الحق (عينيا كان أو شخصا) متنازعا فيه. و يعتبر كذلك إذا كان قد رفعت به دعوى في الموضوع. أو قام بشأنه نزاع جدي فالمسألة اذن متروكة لتقدير القاضي.

2-و بيع الحقوق المتنازع فيها على هذا النحو لها خاصيتان.

أ)- أنه لا يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم و لكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد للمشتري الثمن و المصروفات و الفوائد.

و قد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة . بخلاف التقنيين الحالي . فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء.

3-فيما يتعلق بجواز استرداد الحق إذا بيع. فقد خصص المشروع لهذه المسألة مادتين و يلاحظ من مقارنة نصوص المشروع بما يقابلها من النصوص في التقنيين الحالي في هذا الموضوع ما يأتي

(1)يعمم المشروع معنى الحق المتنازع فيه . يكون شخصا أو عينيا أما التقنين الحالي فالظاهر من ألفاضه أنه يتكلم عن الحق

الشخص دون الحق العيني مع أن الحكم واحد بالنسبة للنوعين من الحق .

(2)يعرف المشروع الحق المتنازع فيه بما يحسم الخلاف في ذلك.

(3)يذكر المشروع ما يجب رده لاسترداد المبيع فهو الثمن الحقيقي و المصروفات و فوائد الثمن بسعر الفائدة القانونية من وقت الدفع. و المشروع في هذا يتفق مع التقنين الحالي. و الفكرة هي منع المضاربة و يترتب على ذلك أن المشتري لابد أن يكون عالما بالنزاع

الواقع على الحق. و يترتب على ذلك أيضا أنه في الفروض التي تنتفي فيها فكرة المضاربة ينتفي حق الاسترداد. و قد حصر المشروع هذه الفروض في أربعة أ)بيع الوارث أو الشريك الحق المتنازع فيه إلى وارث أو شريك آخر و يعارض فكرة المضاربة هنا أن الاشتراك في الميراث أو في الشيوع قد يكون هو الدافع للشراء.

ب)نزول المدين للدائن عن حق متنازع فيه ووفاء للدين المستحق في ذمته و في هذا الوفاء بمقابل يتعارض مع فكرة المضاربة. فان الدائن يستوفي حقه أكثر مما يشتري حقا متنازعا فيه

ج)بيع الحق المتنازع فيه إلى الحائز للعقار المرهون في هذا الحق فان الحائز إنما أراد أن يتقي حق المرتهن في تتبع العين و لم يرد المضاربة (و يلاحظ غموض نص التقنين الحالي في هذه المسألة إذا تقول المادة 433/355 "إذا اشترى مشتر حقا متنازعا فيه منعا لحصول دعوى)

د)بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلا في مجموعة من المال بيعت بثمن واحد كما في بيع التركة فان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته في هذه الحالة و تنعدم فكرة المضاربة و هذا الفرض الرابع لم ينص عليه التقنين الحالي.

و إذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا فاسترداده له يمكن تكييفه على أنه شراء للحق من الدائن تم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة. و إذا كان عينيا فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح.

4-أما إذا بيع الحق المتنازع فيه إلى عمال القضاء الذين يقع النزاع في دائرة اختصاصهم فان البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا و في هذا يتفق المشروع مع التقنين الحالي مع ملاحظة ما يأتي

1)عدد مشروع عمال القضاء على سبيل الحصر على النحو الذي تبعه التقنين الحالي و هم كل من يخشى من نفوذه في النزاع الذي يحتمل أن يرفع إلى القضاء بشأن الحق المبيع فلا يدخل الحجاب و الفراشون و نحوهم.

2)ذكر مشروع إن جزاء المنع هو البطلان لمطلق و يتمسك به كل ذا مصلحة و يدخل في ذلك البائع نفسه و المنازع في الحق

3)زاد المشروع بان ذكر تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء هو التطبيق الكثير الوقوع في العمل و هو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيرهم و سواء تعامل المحامي بسمه أم

باسم مستعار. و يلاحظ أنه يجوز بعد انتهاء النزاع أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازعا فيه

5) وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم و لا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن و المصروفات و الفوائد. أما العكس فجائز و يكون لعامل القضاء الذي ينازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن

الصيغة رقم 21

أندار بعرض مبلغ الاسترداد حق مبيع متنازع عليه

انه في يوه / / 19/ الساعة

و أعلنتهما بالآتي

1-باع المنذر إليه الثاني إلى المنذر إليه الأول حقا منازعا عليه مع المنذر و أقيمت بشأنه الدعوى رقم لسنة محكمة و التي مازالت متداولة بالجلسات (أو صدر فيها حكم ابتدائي لم يصبح نهائيا بعد).

2-و قد تم هذا البيع في مقابل مبلغ جنيها سدده المنذر إليه الأول إلى المنذر إليه الثاني.

3-و حيث أنه يحق للمنذر أن يتخلص من المطالبة المقامة ضده إلى ما قام برد ما سدده المنذر إليه الأول من ثمن حقيقي و بفوائد و مصروفات و مقدار ذلك كله مبلغ جنيها و ذلك أعمالا لما ترخصه له المادة 469 من القانون المدني.

...و حيث أن الغرض من إعلان المنذر إليه الثاني بصلب هذا الإنذار هو لإحاطته علما بما تضمنه.

لذلك

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في التاريخ المبين بصدر هذا الإنذار إلى حيث محل إقامة كلا من المنذر إليهما و عرضت على المنذر إليه الأول مبلغ جنيها في مقابل تسليم المنذر مستندات المطالبة المشار إليها هذا الإنذار و التنازل الصادر بشأنها مع التأشير

عليها بالتنازل و بحيث إذا ما رفض العرض فإنني سأودع المبلغ المعروض خزينة محكمة..... جزئية المدنية مع اعتبار هذا الإيداع مبرءا لذمة المنذر

أراء الشراح و أحكام القضاء

متى يكون الحق متنازعا فيه .

--يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه جدي حتى و لو لم تقم دعوى بشأن هذا النزاع الجدي بعد و إن يكون المشتري مضاربا و إن يتم التنازل عن الحق مقابل ثمن نقدي.

--و إذا أقيمت دعوى بشأن المتنازع فيه و صدر بشأنها حكم ابتدائي فان الحق يعتبر مازال متنازعا و إذا ما صدر هذا الحكم النهائي أو انغلق باب الطعن بالطرق الاعتيادية دون الطعن عليه فقد أصبح الحق غير متنازع فيه حتى و لو كان باب الطعن بطريق التماس إعادة النظر أو النقض مازال مفتوحا أو لجأ الـ المحكوم عليه بالفعل.

--و يجب لاعتبار الحق متنازعا فيه أن يقوم به هذا الوصف وقت الشراء ذلك أنه إذا استجد النزاع على الوجه المتقدم لا نصبح إزاء بيع لحق متنازع فيه.

اعتبار الحق متنازعا فيه أو غير متنازعا فيه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض

--إن محكمة الموضوع إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي أثبتتها و قدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة (257 قديم المقابلة للمادة 469) من القانون المدني أو عدم توافره و اذن فان عملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض.(1)

شروط استرداد الحق المتنازع فيه :

--يشترط للاعتداد بطلب الاسترداد ثلاثة شروط أولها أن يوجه إلى المتصرف إليه قبل أن ينحسم النزاع حول الحق محل التصرف و ثانيها ان يطلب الاسترداد أمام القضاء بصفة أصلية دون عودة للمنازعة في أصل الحق و مؤدى ذلك انه لا يتعد بطلب الحكم أصليا ببطلان التنازل و بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد ، ذلك لأن العلة في تقرير حق الاسترداد هو وضع حد للنزاع أمام القضاء و ثالثا أن يرد المسترد و بالفعل إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه و فوائده من وقت الدفع و المصروفات.

--القانون لا يخول المدين الحق في استرداد الدين بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية و بغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس. (1)

آثار الاسترداد:

--إذا تم الاسترداد على الوجه الصحيح فإن المتنازل ضده يحل محل المشتري عوض الاسترداد ، و لا يعتبر الاسترداد شراءا جديدا للحق المتنازع فيه ، و يترتب على ذلك أن تسقط جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد و تعتبر كأن لم تكن.

--إلا أن العلاقة بين المشتري و البائع لا تتأثر بالاسترداد و من ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن و الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، و لا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات ، غير أن المشتري لا يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان بعد أن انتزع المسترد الشيء المبيع من المشتري ، و ذلك ما لم يكن المشتري يجهل انه اشترى حقا متنازعا فيه ، فان كان جاهلا بذلك حق له على الرجوع على البائع بالضمان و التعويض.

-- و في العلاقة بين البائع و المسترد يكون للاسترداد أثر الصلح في حسم النزاع.

الحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها لاسترداد:

--وفقا لنص المادة 470 من القانون المدني فانه لا يجوز الاسترداد في أموال بيعت جزافا بثمان واحد.

(2) إذا كان الحق المتنازع فيه بين ورثة أو مالك و باع احدهم نصيبه لآخر من بينهم

(3) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته (4) اذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقارا و بيع الحق لحائز العقار

الحظر المنصوص عليه في المادة 471 من القانون المدني مقصور على من عدده النص على سبيل الحصر -وفي نطاق معين و محدد و أن يتوافر موجب الحظر وقت الشراء:

--و يشترط لأعمال الحظر المنصوص عليه في المادة 471 مدني أن يكون المشتري من عمال القضاء الدين عددهم النص على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليهم و من ثم لا يمتد لحضر إلى الخبراء و مترجمي المحاكم أو وكلاء المحامين و كتبتهم أو العاملين لديهم أو العاملين في المحاكم أو ديوان وزارة العدل من غير الكتبة و المحضرين و لو كانوا من الموظفين الفنيين و لا مأموري الضبط القضائي ، كما لا يسرى الحظر إلا إذا كان

المشتري ممن عددهم النص فلا يسري الحظر إذا كان المشتري ليس منهم و لو كن البائع واحدا منهم

و يقصد بلفظ القضاء كل من خوله المشرع سلطة الفصل في الخصومة سواء كان من رجال القضاء العادي بمختلف درجاته و مختلف ألقابهم ، و لا يشمل الحظر المستشارين و الأعضاء الفنيين بقسمي الفتوى و التشريع بمجلسي الدولة ، و يقصد بأعضاء النيابة أعضاء النيابة العامة بمختلف درجاتهم و ألقابهم من النائب العام إلى معاوني النيابة و لكن الحظر لا يشمل أعضاء النيابة الإدارية و يرى البعض أن المقصود بالمحامين أعضاء نقابة المحامين و لو كانوا تحت التمرين و يشمل الحظر محامي ادارة قضايا الحكومة بمختلف درجاتهم و ألقابهم، أما كتبة المحاكم و المحضرين فيندرج تحتهم كل من يصدق عليه هذا الوصف أيا كان اختصاصه.

و يتحدد نطاق الحظر سعة أو ضيقا تبعا لاتساع أو ضيق دائرة اختصاص أو نشاط المشتري ، فبالنسبة الى قاضي المحكمة الجزئية يقتصر على الحقوق التي يقع نضر النزاع حولها في اختصاص هذه المحكمة فيجوز له شراء الحقوق التي يقع نضر النزاع حولها في اختصاص محكمة جزئية أخرى و لو كانت تابعة لنفس المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمته ، أما قاضي المحكمة الابتدائية فيمتد الحظر إلى الحقوق التي تختص بنظر النزاع حولها محكمته الابتدائية أو المحاكم الجزئية التابعة لها ، أما مستشار محكمة الاستئناف فيمتد الحظر إلى الحقوق التي تختص بنظرها الجزئية أو الابتدائية التي تقع بدائرتها ، أما مستشار محكمة النقد فيمتنع عليه شراء أي حق متنازع فيه لامتداد اختصاصها إلى جميع أنحاء الجمهورية و ذلك حتى و لو كان الحكم في النزاع غير قابل للطعن فيه بالنقض لان مجرد احتمال رفع طعن و لو كان غير مقبول يكفي للعمل على دفع الشبهة بحظر الشراء ، و بالنسبة لأعضاء النيابة فيقتصر الحظر على الحقوق التي يكون النزاع حولها من اختصاص المحكمة التي يعمل فيها و من ثم يمتنع على النائب العام و مساعديه و غيرهم ممن يمتد اختصاصهم إلى جميع أنحاء الدولة شراء أي حق متنازع فيه ، و بالنسبة للمحامين فان المحامين المقيدين أمام المحاكم الجزئية يحظر عليهم شراء الحقوق التي تختص أية محكمة جزئية بنظر النزاع حولها و لو كانت غير المحكمة التي يباشر عمله بالفعل في دائرتها إذ أن له الحق في مباشرته أمام غيرها ، أما المحامون المقيدون أمام المحاكم الابتدائية أو الاستئناف أو النقد فيحظر عليهم شراء سائر الحقوق المتنازع فيها أيا كانت المحكمة التي تختص بنظر النزاع و لو كانت غير المحكمة التي يباشر المشتري عمله أمامها بالفعل اذ العبرة بالقيد الذي يخولهم المرافعة أمام كل المحاكم الابتدائية في الجمهورية.(1)

حظر بيع أملاك الحكومة بالممارسة لعاملين بها:

--مؤدي أحكام المادتين الأولى و الثانية من لائحة شروط و قيود بيع أملاك الحكومة الحرة الصادرة في 21 أغسطس سنة 1940 م و قرار مجلس الوزراء الصادر ب تاريخ 18 من مارس سنة 1942 ثم قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 1943/01/31 أن يعتبر الأصل في بيع أملاك الحكومة الخاصة أن يكون بالمزاد العلني أو بواسطة مظاريف مختومة أن المشروع و إن استثنى من هذا الأصل بعض أملاك الحكومة فأباح بيعها بالممارسة ، إلى إن هذه الاستثناءات تختلف فيما بينها من حيث نطاق تطبيقها بحسب ما يستظهر من النصوص المتعلقة بيها و يبين من القرار 1942/03/18 المشار إليه أنه لما قامت لدى المشروع دواعي الحظر على الموظفين أن يشتروا بالذات أو بالواسطة شيئا من أملاك الحكومة بغير طريق المزاد لم بر مبررا لان يشمل هذا الحظر الأراضي المنصوص عليها في الفقرات الخمس من المادة الثانية من لائحة سنة 1902 لضالة شأنها فاستبعد بالنسبة لهذه الحالات المظنة التي قد تكتنف شراء الموظفين لأراضي الحكومة الخاصة بطريق الممارسة و سلب وزير المالية الحق الذي كانت تخوله إياه الفقرة السادسة من المادة الثانية المشار إليها في أن يبيع أملاك الدولة الخاصة بطريق الممارسة بغير قيد إلا من تقديره ، كما يبين من الأحكام السابق الإشارة إليها من ناحية أخرى انه بالنسبة للاستثناءات التسعة التي لم ينص عليها بالمادة الثانية من اللائحة سنة 1902 أن القرار الصادر بشأنها في 1943/01/31 لم يعرض ب شيء لما تضمنه قرار مجلس الوزراء الصادر في 1942/03/18 في خصوص منع الموظفين و المستخدمين بصفة عامة من شراء أملاك الدولة بالذات أو بواسطة بغير طريق المزاد كما لم يعرض لإلغاء الفقرة السادسة من المادة الثانية من لائحة سنة 1902 و ما ترتب على هذا الإلغاء من سلب وزير المالية الحق في أن يبيع هذه الأملاك في أحوال خاصة بالممارسة وفقا لما يراه ، مما مفاده أن الحظر على الموظفين في شراء أملاك الدولة الخاصة بغير طريق المزاد و سلب السلطة التقديرية لوزير المالية في أن يبيع هذه الأملاك بطريق الممارسة قد ضللا قائمين ، و أن كلما ترخص فيه قرار 1943/01/31 هو أنه خول وزارة المالية حقا مقيدا في بيع بعض أنواع من الأراضي المملوكة للحكومة و جعل هذا الحق بالنسبة لكل حالة منوطا بالغرض

الذي يؤدي إلى تحقيق المصلحة فيها و مقيدا بالشروط التي يتطلبها المشرع بحيث إذا أذنت وزارة المالية ببيع شيء من أملاك الحكومة دون أن تتوافر مبررات هذا البيع ،أو دون أن تتحقق شروطه في كل حالة فإنها تكون متجاوزة الرخصة التي أعطيت لها ، و لا محل لعدم التفرقة بين الموظفين و غير الموظفين في جميع الاستثناءات التسعة التي نص عليها بالقرار المشار إليه إذ أن المشرع لو أراد المساواة إطلاقا لنص عليها صراحة بهذا القرار أسوة بما فعله بالنسبة للحالات الخمس الواردة بالمادة الثانية من لائحة سنة 1902 حيث نص صراحة في قرار سنة 1942 على عدم سريان حظر البيع بالممارسة للموظفين في هذه الحالات جميعها ، و لما كان الاستثناء الأول الذي شمله القرار الصادر في 31 يناير

سنة 1943 المتعلق بالأراضي التي تباع لمستأجريها من صغار الزراع و إذ يفصح هذا التعبير عن هدف المشرع الذي يسعى إليه بالتوسعة على صغار الزراع تدعيمها لمكانتهم الاجتماعية بنشر الملكية الصغيرة بينهم ، و كان الظاهر من هذا النص إن صغار الزراع الذين أراد المشرع إن يخصصهم - دون سواهم - بهذه المصلحة هم من كانت حرقتهم الأصلية الزراعة ، و إذا كانت الصفة الأصلية للموظفين هي الوظيفة ، و ليست الزراعة بالنسبة لهم - ان هم زاولوها - إلا عملا عارضا يستلزم نوعا من القرار و التوطن في الأرض أو الإشراف عليها مما قد يتنافى مع مقتضيات الوظيفة و قيودها ، و كانت العلة من حظر البيع للموظفين بالممارسة هي ضمان حسن التصرف في أموال الحكومة و المحافظة على أموال الخزانة العامة ، و إذ تعتبر هذه العلة قائمة في بيع أملاك الحكومة موضوع الاستثناء الأول المنصوص عليه بالقرار الصادر في 1943/1/31 ، فان هذا يستوجب حظر البيع بالممارسة لموظفي الحكومة بالنسبة لهذا الاستثناء سواء في ذلك تحققت المظنة التي تكتنفه باللجوء إلى أساليب غير سليمة أم لم تتحقق ، و إذا وقعت المخالفة وجب الحكم بإبطال البيع . (1)

ملحق التبایع بطریق النيابة المرجع

المطول في شرح الصیغ القانونية
للدعاوى والأوراق القضائية

في البيع تشريع – فقه – قضاء صفحة
51 إلى 82

المؤلف

سید حسن البغال

الناشر علم الكتب

القاهرة

التبایع بطریق النيابة

المواد من 104 حتى 108 و من 479 حتى 481 من القانون المدني المصري

نصوص القانون

مادة 104: (1) إذا تم العقد بطريقة النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

(2) و مع ذلك إذا كان النائب وكيلًا و يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها

مادة 105: إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل فإن ما ينشأ عن العقد من العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصل.

مادة 106: إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفة نائباً ، فإن اثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً لا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب.

مادة 107: إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن اثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصل أو خلفانه.

مادة 108: لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة.

مادة 479: لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما ني طبه بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء و مع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى.

مادة 480: لا يجوز للسماسة و لا للخبراء ان يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار.

مادة 481: يصبح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا أجازته من ثم البيع لحسابه.

النصوص العربية المقابلة

القانون الليبي: المواد 468 و 469 و 470

القانون السوري : المواد 447 و 448 و 449

القانون الكويتي : المواد 558 و 592 و 593

القانون الأردني : المادتان 548 و 549

الأعمال التحضيرية:

ورد بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا على نصوص المواد من 479 حتى 481 من القانون المدني ما يلي:

(1) حددت النيابة عن البائع التي تمنع الشراء تحديدا أدق ، فوسع المشروع من ناحية و ضيق من ناحية ، وسع في انه أضاف إلى الأوصياء و الوكلاء القوام و المديرين و الموظفين العامين و السنديك و الحارس المصفي (لأموال المعسر) و المصفي لشركة أو شركة ، و ضيق في أنه اخرج الأولياء الشرعيين ، فهؤلاء يتبع في شأنهم قانون الأحوال الشخصية ، و ينص المشروع على عدم الإخلال به و تجيز الشريعة الإسلامية شراء الولي لنفسه مال الصغير.

(2) زيد على النواب السماسرة و الخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها لان حكمة المنع فيهم متوافرة.

(3) نص المشروع صراحة على أن البيع ممنوع و لو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار ، و النص على الحالة الأولى يزيل لبسا، و على الحالة الثانية يواجه أمرا كثير الوقوع.

(4) أجاز المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع، و قد قرر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة) لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله، كالوصي يستأذن المجلس الحسبي.

(5) عرض المشروع لتقدير التعويض في حالة ما إذا لم يجر العقد و بيع المال من جديد لمشتتر أجنبي، فان المشتري الأول يتحمل في هذه الحالة على سبيل التعويض مصروفات البيع الثاني و ما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع، و ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة.

أراء الشراح و أحكام القضاء:

التعريف بالنيابة بصفة عامة:

--النيابة بصفة عامة ووفقا لأبسط وأيسر تعريف لها هي" عمل قانوني يصدر عن إرادة الأصيل و يرمي إلى تخويل النائب القيام بتصرف يعود على الأصيل دون النائب"

....و هذا التعريف يفصل بين مضمون النيابة و مدلولها ، و بين مصدرها، فالنيابة و على ما سوف نفصل فيما بعد قد تكون نيابة قانونية أي مصدرها القانون و قد تكون نيابة اتفاقية مصدرها العقد و هو الغالب و الأعم.

--و يعرف قمة الفقه القانوني العربي المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري النيابة بأنها:
"حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى الشخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو".(1)

الوكالة في البيع:

---و حيث إن هذا النعى سديد ذلك أن مؤدى نص المادة 699 من القانون المدني أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها هي لحساب الأصيل فإذا باشر إجراء معيناً سواء كان من أعمال التصرف أو الإرادة فلا يجوز مقاضاته عن هذا الإجراء، و إنما توجه الخصومة للأصيل، لما كان ذلك، و كان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن و المطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، و كان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن و المطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، و كان إجراء هذا التصرف إنما يكون لحساب الأصيل ، مما يقتضي توجيه الدعوى في النزاع الناشئ عنه إلى الأخير، و إذ خلف الحكم المطعون فيه هذا النظر و قضى برفض الدفع المبدى من الطاعن-بعد قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة-وبإثبات التعاقد موضوع النزاع على سند انه مفوض في إبرامه و التوقيع عليه بمقتضى عقد الوكالة فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.(1)

أوجه التفرقة بين النيابة و الوكالة:

--ليس هناك تلازم بين الوكالة و بين النيابة، و لأن النيابة قد يكون مصدرها القانون ثم قد يكون مصدرها حكم القضاء، و قد يكون مصدرها الاتفاق و عندها نكون إزاء و بصدد نيابة اتفاقية، و من هذا المصدر الأخير يأتي أحيانا الخلط بين النيابة الاتفاقية و الوكالة.

--غير أن عقد الوكالة و أن كان يعتبر مصدرا لنيابة اتفاقية في بعض الصور إلا انه يتميز عنه ذلك لان الوكالة عمل يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بتصرف قانوني لحساب الموكل و لكن الوسيلة الفنية للتي يقوم الوكيل بهذا التصرف عن طريقها ليست من جوهر عقد الوكالة

إذ قد ينفذ الوكيل التزامه عن طريق تعاقد مع الغير باسم الأصيل مباشرة فيكون بذلك قد نفذه بطريق النيابة.

...و قد ينفذ التزامه عن طريق القيام بالتصرف باسمه الشخصي ثم ينقل بعد ذلك الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد إلى الأصيل بتصرف جديد و من ثم نجد انه ليس هناك تلازم بين الوكالة و بين النيابة.

--كذلك قد توجد وكالة دون نيابة كالحال فيما يعرف بالاسم المستعار حيث يستبعد الوكيل اسم الأصيل و يبرم التصرف مع الغير باسمه مباشرة دون أن يفصح عن اسم الأصيل، و لكن لحساب هذا الأخير فتتصرف في علاقتهما آثار التصرف إلى الأصيل

--الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا انه يجوز أن يتم بطريق النيابة بان يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير و لحسابه بحيث تنصرف آثاره إليه و في غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساسا باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل احدهما-و هو النائب- محل الآخر-و هو الأصيل في إجراء العمل القانوني الذي يقوم به لحسابه، و تقتضي تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها-الأصيل و النائب- على عناصر الوكالة و حدودها و هو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل و تنصرف آثاره إليه، و تخضع العلاقة بين الموكل و الوكيل في هذا الصدد من حيث مداها و آثارها لإحكام الاتفاق المبرم بينهما و هو عقد الوكالة (1)

--المقرر أن إقرار الوكيل في حدود وكالته حجة على موكله و ينصرف أثره إليه، لما كان ذلك و كان النائب بالأوراق أن البند الثالث عشر من عقد البيع المؤرخ 1966/8/8 المتضمن بين الشركة المطعون ضدها الثانية للمطعون ضده الأول قطعة الأرض موضوع الدعوى، حظر على الأخير التنازل عنها للغير إلا بعد الحصول على موافقة الشركة الكتابية الصريحة على العقد بقبول التنازل و ذلك لكي تحصل الشركة على حقوقها الثابتة في هذا العقد من المتنازل إليه و كانت الكتابة المتطلبة في هذا الشأن هي للإثبات و كان المحامي الحاضر عن رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها الثانية قد قرر بمحضر جلسة 1970/1/26 أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بموافقة الشركة على التنازل المؤرخ 1976/2/10 المتضمن تنازل المطعون ضده الأول للطاعن عن قطعة الأرض مشتراه و ذلك إذا دفع لها مؤجل الثمن و هو ما أكدته أيضا في مذكرتها المقدمة لتلك المحكمة في 1975/3/9 و من ثم فان التكييف القانوني الصحيح لما أقرت به الشركة أنها

موافقة على التنازل معلقة على شرط الوفاء لها بكامل الثمن و إذ تحقق هذا الشرط بسداد الطاعن المتنازل له عن الأرض، كامل الثمن، فان موافقة الشركة تكون قد تحققت و لا يجوز لها أن تعود فتعدل عما وافقت عليه بقالة (بالقول) أن هذه الموافقة تتطلب اتخاذ إجراءات معينة لم تتخذ بعد، و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر و تطلب موافقة الشركة الكتابية على التنازل و رتب على ذلك قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن حالة أن ما اقر به المحامي الحاضر عن الشركة يعد موافقة منها على التنازل على النحو السالف بيانه فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (1)

النيابة القانونية:

--النيابة القانونية هي تلك التي يكون مصدرها القانون مباشرة كما هو الشأن في نيابة الولى الشرعي.

النيابة القضائية:

النيابة القضائية هي تلك التي يكون مصدرها حكم القضاء كما هو الحال في شأن نيابة الوصى أو القيم عن المحجور عليه

--و لا يجوز الخلط بين النيابة القانونية و النيابة القضائية بحسبان أن النيابة القضائية إنما تكون نتاج تطبيق نصوص قانونية، ذلك ان النيابة القانونية تثبت للنائب فور نشوء الواقعة التي تنبثق عنها هذه النيابة بعكس النيابة القضائية التي تتطلب استصدار حكم من القضاء بها.

النيابة الاتفاقية:

و هي تلك التي يكون مصدرها الاتفاق.

النيابة الصريحة:

النيابة الصريحة هي تلك التي تفرغ في سند مكتوب، و قد يتحد فيه اسم النائب، او تكون موجهة في هذا السند إلى كافة كما هو الشأن في حالة توجيه دعوة لعمل معين عن طريق النشر للكافة.

النيابة الضمنية:

تكون النيابة ضمنية إذا كانت صلة المنيب بالمناب إليه من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه النيابة الضمنية من جانب المنيب و يتحقق ذلك في فروض كثيرة منها نيابة الزوجة عن

زوجها في شراء الحاجيات المنزلية و المفروشات و الأمتعة التي تقتضيها عادة الحياة الزوجية.

النيابة الظاهرة:

--هناك حالات يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجي يبرر اعتقاده بوجود النيابة ووقوع التصرف في حدودها و إذا كانت العدالة تقتضي في هذه الصورة إنفاذ التصرف في حق الأصل فان القضاء لم يجد سبيلا في ذلك سوى ابتداع فكرة الإنابة الظاهرة، مع ملاحظة عدم الخلط بينها و بين الإنابة الضمنية حيث تكون هناك إنابة حقيقية و لكن تعبير الأصل عنها كان تعبيراً ضمنياً، و يشترط في الإنابة الظاهرة توافر ثلاثة شروط أولها أن يعمل النائب باسم الأصل و لكن دون نيابة سواء لانتهاء النيابة أو بطلانها أو انقضائها أو تجاوزه حدودها و يلحق بذلك سوء استخدام النائب للنيابة باستغلالها لتحقيقها لأغراض شخصية، و ثانيها حسن نية الغير مما يستلزم عدم علمه بانتقاء النيابة أو بطلانها أو انقضائها أو تجاوزه و إذ كان الأصل أن يثبت المتعامل مع نائب من حدود نيابته فانه يقع على الغير عبء إثبات حسن نيته، و قد طبق المشرع المصري هذا الشرط في المادة 107 و ثالثها أن يقوم مظهر خارجي منسوب إلى الأصل سواء بتقصير منه أو بغير تقصير يبرر الاعتقاد بوجود النيابة . فان توافرت هذه الشروط الثلاثة ترتب عنها الإنابة ما يترتب على النيابة الحقيقية مع ملاحظة أنه في العلاقة الداخلية بين النائب و الأصل يتعين التفرقة بين ما إذا كان الأول سيء النية فيرجع عليه الأصل بالتعويض أو حسن النية فلا يرجع عليه الأصل بشيء. (1)

--الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبياً عن تلك العلاقة بين الوكيل و الموكل-مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصل و من انصراف اثر التعامل تبعاً لذلك إلى هذا الأخير ، إلا انه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كان يقوم مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً في اعتقاده بان ثمة وكالة قائمة بينهما ، إذ يكون من حق الغير حسن النية في هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بانصراف اثر التعامل الذي ابرمه مع من اعتقد بحق انه وكيل --- إلى الأصل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما --- وهي غير موجودة في الواقع ، بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لان ما ينسب إلى الأصل في هذا الصدد يشكل في جانبه صورة من صور الخطأ الذي من شأنه أن يخدع الغير حسن النية في نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصل و يحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه، و لما كان الأصل في التعويض أن

يكون عينيا، كلما كان ممكنا، فان سبيله في هذه الحالة يكون بجعل التصرف الذي أجراه الغير حسن النية نافذا في حق الأصل

-و إذ كان ذلك و كان مؤداه انه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل و الغير، بحيث ينصرف-إلى الموكل- أثر التصرف الذي عقده وكيله الظاهر مع الغير.(2)

الأساس القانوني الذي تقوم عليه النيابة الظاهرة:

--النيابة الظاهرة هي تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة و يرجع ذلك إلى وجوب تغليب استقرار التعامل و حماية مصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توافر الثقة في المعاملات.

--و قد تقوم النيابة الظاهرة في بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة في القانون، و من ذلك ما نصت عليه المادة 332 من القانون المدني على أنه "يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، و يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة من الدائن..."

شروط الاعتراف بالوضع الظاهر الذي تقوم عليه النيابة الظاهرة:

--يشترط للاعتراف بالوضع الظاهر لتقوم النيابة الظاهرة لتقوم النيابة الظاهرة توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن يعمل النائب باسم الأصل و لكن بغير نيابة، و يكون ذلك إما بأن يجاوز النائب حدود نيابته المرسومة له، و إما بأن يستمر في العمل بعد انتهاء نيابته، و أما أن يعمل كنائب دون نيابة أصلا، أو بنيابة باطلة أو للإبطال بعد إبطالها.

الشرط الثاني: أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب: و يجب بداهة أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية، إذ لو كان يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه، كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك، و ليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل، و قد يكون إقدامه على التعاقد أتيا ن أنه حصل على تعهد من الوكيل يجعل الموكل يقر التصرف، و في هذا الفرض أيضا لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره، و إنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض، و لما كان المفروض أن الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه و له في سبيل ذلك تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته.

الشرط الثالث: أن يتوافر مظهر خارجي يقوم عليه حسن نية الغير الذي يتعامل مع النائب و يكون من شأنه أن يجعل الغير معذورا في اعتقاده أن هناك وكالة قائمة.

--إن عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل، لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير، لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من اثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزماً قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أنه يتعاقد مع الأصيل أو النائب، فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل و بين الموكل، كما هو الحال في الوكالة الظاهرة.(2)

-- يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً و أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة و لما كان تعيين المدير وفقاً لنظام الشركة المشهر-و الذي صار حجة على الكافة- لا يترتب عليه خلق مظهر خارجي خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه و كان المدين الذي اتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن التصرف التبرعي لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين و لا يملك توكيل غيره في إجرائه و ممن ثم فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة و الظاهر.(3)

قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية و الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بشأن نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر و الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق:

وحيث أن الوقائع تتحصل — على ما بين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — في أن المطعون عليها الأولى أقامت الدعوى رقم ٢٣٩٦ سنة ١٩٨٠ مدني الإسكندرية الابتدائية ضد الطاعنين و آخرين بطلب الحكم باستحقاقها للعقار المبين بالأوراق ، وإلزامهم بتسليمه لها خاليا ، تأسيساً على ملكيتها له ، تدخلت ... مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة — وطلبت الحكم باستحقاقها للعقار المذكور على سند من القول بتملكها له بالشراء من المطعون عليها الأولى بعقد مسجل بتاريخ ٢٤/٦/١٩٨٠ ، مع تسليمه لها خاليا ، دفع الطاعنون الدعوى بشغلهم الوحدات الخاصة بهم بالعقار بموجب عقود إيجار صادرة لهم من ابنة المطعون عليها الأولى ، وبتاريخ ٢٠/٤/١٩٨١ حكمت محكمة أول درجة باستحقاق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخير ملكية العقار محل النزاع ، ورفضت ما عدا ذلك من طلبات ، استأنفت المطعون عليها الأولى و مورثة باقي المطعون عليهم هذا الحكم لدى محكمة استئناف الإسكندرية بالاستئناف رقمي ٧٤٦،٦٨٥ لسنة ٣٧ ق

إسكندرية وبتاريخ ٢٧/٥/١٩٨٢ حكمت المحكمة بعدم جواز الاستئناف رقم ٧٤٦ لسنة ٣٧ ق — ثم حكمت بتاريخ ١٩/١/١٩٨٤ بتسليم العقار للمطعون عليهم من الثاني إلى الخامسة خاليا ممن يشغله ، طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرات أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه ، وإذ عرض الطعن على دائرة المواد المدنية والتجارية المختصة في غرفة مشورة ، حددت جلسة لنظره ، وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٧/٦/١٩٨٥ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية و التجارية مواد الأحوال الشخصية عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل ، وإذ حددت الهيئة جلسة لنظر الطعن ، قدمت النيابة مذكرة رأت فيها رفض الطعن

وحيث انه وإن كان الأصل أن العقود لا تنفذ الا في حق عاقدتها ، وان صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها ، إلا انه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد أعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لا اعتبارات توجبها العدالة ، وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول دون وصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها انه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه -- سلبا أو إيجابا --- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها إن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق.

... وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

... وحيث أن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ، وفي بيان ذلك يقولون أن الحكم أقام قضاءه على سند من عدم نفاذ عقود الإيجار الصادرة من ابنة المطعون عليها الأولى إلى الطاعنين في حق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة ، لتقصيرهم في التأكد من صفة المؤجرة لهم ، ولو كانوا حسن النية ، وفي حين أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بنفاذ تصرفات المالك الظاهر في حق المالك الحقيقي متى كان من صدر إليه التصرف حسن النية ، وكانت المظاهر العامة من شأنها ان تولد لديه خطأ شائعا بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات... وحيث أن هذا النعى في محله ، ذلك إن المقرر في قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه -- نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، في مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه -- سلبا أو إيجابا -- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير

حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد

الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين أنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب مما يستوجب نقضها لهذا السبب ، دون حاجة إلى بحث أسباب الطعن.(١)

مقتطفات من بحث شيق للأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى تعليقا على هذا الحكم:

أخذت محكمة النقض -- صراحة -- في هذا الحكم ، في حدود معينة بنظرية الوضع الظاهر التي نشأت ، في الفقه الفرنسي ، على خلاف مبادئ القانون ، لتهيئة وسيلة للفصل في منازعات على وجه يراه عادلا ، ومؤدى النظرية إن التصرفات التي أجراها شخص خدع بوضع قانون مخالف للحقيقة ، ولكن أحاطت به المظاهر الخارجية للوضع الحقيقي ، تصبح نهائية ، وناذرة ، كما لو كانت تصرفات قامت على أساس مركز قانوني مطابق تماما للحقيقة ، وقصد بها توفير السلامة لمن لا يستطيعوا معرفة الأوضاع القانونية الحقيقية للذين يتعاملون معهم ، وحماية الأشخاص الذين انخدعوا تحت تأثير مظاهر كاذبة ، في حقيقة سلطات من تعاقدوا معهم.

على أن هذه النظرية ، رغم مسحة العدالة التي تتطلبها تخالف المبادئ العامة للقانون التي لها وضوح البديهية ، والتي لهذا ، يعترف بها الكافة رغم كونها غير مسطورة فيه: لا يجوز لشخص أن ينقل لغيره حقوقا ليست له ، الذي يعتبر احد الأعمدة التي يقوم عليها النظام القانوني ، ويعبر عنه فقهاء الشريعة بقولهم أن فاقد الشيء لا يعطيه ، ولا يؤثر في فاعليته عدم ظهوره في نص صريح في التقنين المدني لأنه في الحقيقة مبدأ يعلو على الإرادة الشارع التي لاستطيع وضع قاعدة عامة تقضى بجواز إن يعطى الشخص لغيره ما ليس عنده .

... وذهبت محكمة النقض لتأسيس حكمها ، إلى انه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وتنضبط جميعا مع وحدة علتها ، واتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول دون وصفها بالاستثناء وتصبح واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شروط تطبيقها .

... بهذا تشير المحكمة إلى نصوص متفرقة في المجموعات المدنية ، تقضى بنفاذ التصرف ، الذي ابرمه المتصرف إليه ، حسن النية ، مع غير صاحب الحق الذي انتقل إليه ، كالمادة

١٠٧ التي تقضى بأن العقد الذي يبرمه النائب بعد انقضاء نيابته بالعزل أو وفاة الأصيل مثلاً يضاف أثره إلى الأصيل أو إلى خلفائه ، والمادة ٢٤٤ التي تجيز للدائن وللخلف الخاص ، حسن النية ، إن يتمسك بالعقد الصوري ، والمادة ٢٣٨/٣ في الأثر النسبي للدعوى البوليصية ، والمادة ٣٣٣ التي تقضى بصحة الوفاء ، بحسن نية ، لشخص كان الدين في حيازته "والمادة ٩٧٦ في كسب ملكية المنقول بحيازته والمادة ٤٧٨ التي تجعل عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت غير سار في مواجهة من كسب بعوض " حقا عينيا على العين المباعة " إذا كان حسن النية ، والمادة ١٠٣٤ التي تبقى لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية " الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر .

... على أن هذه النصوص ، على خلاف ما تؤكدته محكمة النقض ، لها صفة استثنائية بحتة ولا يمكن لغير الشارع أن يضيف إليها أية حالة أخرى ، ولا يجوز للقاضي القياس عليها ولا بالأولى ، إن يستخلص منها قاعدة عامة تجيز لفاقد الشيء أن يعطيه ، على خلاف ما يمليه العقل الفطري قبل أن يقضى به القانون ، وفضلا عن هذا ، فإن الشروط التي وضعتها محكمة النقض لنفاذ تصرف صاحب الوضع الظاهر ، لا يتوافر ، دائما ، في الحالات التي نص عليها القانون كما أن بعض هذه الحالات تتضمن شروطا يخلو منها ما وضعه الحكم ، فالمادة ٣٣٣ ، مثلاً يقوم حكمها ويظل الوفاء صحيحا ولو لم يكن الدائن الحقيقي قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا " في ظهور حائز الدين " بمظهر صاحبه والمادة ٩٧٦ تعلق الأثر المكسب لملكية المنقول ، أو الحق العيني عليه ، كما اشرنا ، على حيازته وهو شرط يخلو منه اجتهاد محكمة النقض ، وليس في الحقيقة بين هذه النصوص ، مشتركا سوى الفكرة التي تقوم عليها ، وهي حماية الثقة المشروعة في المعاملات القانونية التي دعت الشارع إلى وضعها ، استثناء على المبدأ العام الذي لا يجيز لشخص أن يتصرف دون سند قانوني ، في حق لغيره ، إما المادة ١٠٣٤ فقد جمعت فيها نصوص كثيرة ، متفرقة ، قصد بها في التقنين المدني المختلط حماية الدائن المرتهن الاجنبي ، القوى بالامتيازات الأجنبية وبالمعتمد البريطاني في إنشاء الاحتلال ، وكانت قاصرة على التقنين المختلط ، ولم تمتد إلى التقنين المدني الوطني الا في سنة ١٩٣٣ لبواعث إنسانية بحتة .

... وعلى خلاف ما زعم البعض ، لم يقصد بهذه النصوص سوى محابة الدائن المرتهن الاجنبي واضطرت مصر إلى قبولها تحت تأثير رغبتها الملحة في تخفيف مضار الامتيازات الأجنبية باستبدال تقنين واحد ، تطبقه جهة قضائية واحدة اغلب أعضائها من الأجانب ، بقوانين ثماني عشر دولة أجنبية تطبقها المحاكم القنصلية على العلاقات القانونية بين رعاياها والمصريين الذين كان يطلق عليهم الاهالي أسوة بالمواطنين في المستعمرات .

... ويقطع بالصفة الاستثنائية لهذه النصوص ان الشارع في التقنين المدني الجديد ابقى على

تقاليد التقنين القديم ، والتقنين الفرنسي في أعمال الأثر الرجعي للبطلان وللفسخ بعد إن كان قد عطله في المشروع التمهيدي لمصلحة الغير حسن النية ، رغم أن المالك بعد زوال سند ملكيته ، بالإبطال أو بالفسخ ، يعتبر أهم تطبيقات المالك الظاهر بالنسبة للتصرفات التي أجراها قبل زواله ، وأخذت محكمة النقض ، في حكم سابق ، بهذه الفكرة ، حين قررت أن القانون عندما أراد حماية الأوضاع الظاهرة وضع لها نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت فيها ، كما قضت ، بحق ، أن الشارع في المادتين ١٤٥ و ١٥٢ مدني " لا يعتد بالتصرف الصادر من غير ذي صفة قبل صاحب الحق، على سند من استقرار المعاملات " وانه وحينما أراد في التقنين المدني الاعتداد بالوضع الظاهر في بعض الحالات المحددة لم يضع لها قاعدة عامة تنظمها وإنما افرد لكل حالة منها حكما يستقل بشرائطه الخاصة من غيره ، كما هو الحال بالنسبة للنائب الظاهر (مادة ١٠٧) والدائن الظاهر (مادة ٣٣٣) وهي حالات استثنائية لا يقاس عليها ، وقضت أخيرا بأن القانون المدني لم يتخذ " في نظرية الأوضاع الظاهرة " مبدأ عاما يسرى على كافة التصرفات وإنما أورد نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت بصدها فلا يجوز التوسع في تطبيق هذه النظرية على غير الحالات التي ارتأها المشرع لحماية الأوضاع الظاهرة كما لا يجوز القياس عليها " وطبقت هذه القواعد على عقد الإيجار لتخلص إلى انه " لما كانت القواعد العامة في القانون تقضى بأن إيجار ملك الغير لا ينفذ في حق المالك ، فإنه لا محل للتحدي بنظرية الحائز الظاهر بدعوى استقرار المعاملات وحماية الأوضاع الظاهرة لإهدار قواعد قانونية واجبة الاحترام والتطبيق .

... ونضيف في النهاية ان محكمة النقض قصرت تطبيق المبدأ الذي ادعت استخلاصه ، "باستقراء نصوص القانون المدني " على المعاوضة ولو كان مبدأ مقررا في القانون حقيقة لتعين تطبيقه على التبرع لاسيما وان بعض النصوص التي قصدت المحكمة الإشارة إليها كالمادة ٢٤٤ في الصورية والمادة ٩٧٦ في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، لا تفرق بين المعاوضة والتبرع ، فقصر نظرية الوضع الظاهر على المعاوضة يقطع بأن المحكمة وازنت في حكمها بين المصالح المتعارضة ولم تطبق مبدأ في القانون

... على إن استناد محكمة النقض إلى حجة داحضة لا يعنى ان حكمها فاقد لكل أساس ، فقد ذهب البعض الى تأسيس صحة تصرفات المالك الظاهر على مثل قديم ، يقضى بأن الغلط الشائع ينشئ الحق ، ورأى البعض الآخر اعتبارها مجرد تطبيق لمبادئ المسؤولية المدنية .

.. وقد حاول بعض الفقهاء تفسير نظرية الوضع الظاهر بمسؤولية من يتحمل نتيجته الضارة:

صحة تصرف المالك الظاهر تتأسس في كل الأحوال على مسؤولية المالك الحقيقي فيكون سقوط دعوى الاستحقاق التي لهذا الأخير ، بمثابة تعويض عيني للمتصرف إليه حسن النية

وان كان أساس هذه المسؤولية يختلف باختلاف ظروف نشأة الوضع الظاهر ، فالمالك وفقا لرأى البعض يرتكب خطأ يقيم مسؤوليته طبقا للقواعد العامة ،

إذا علم أو كان في إمكانه أن يعلم باستحواذ المالك الظاهر على عقاره ، ويرتكب وفقا لرأى البعض الآخر تعسفا في استعمال حقه إذا لم يستعمله ويسر بهذا تصرف المالك الظاهر فيه ، أما إذا لم يكن في مقدور المالك العلم بحقه فإن مسؤوليته تتأسس على تحمل التبعة ، لأنه حتى في هذه الحالة ، قد ترتب على عدم معرفته بحقه خطر على الائتمان العام .

.. فيعتبر حكم محكمة النقض في الحدود التي اخذ فيها بنظرية الوضع الظاهر مجرد تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية ويقوم من ثم على أساس صحيح. .. نخلص من كل ما قدمناه إلى أن محكمة النقض في حكمها المشار إليه تستلزم لحماية الغير الذي يتعامل مع صاحب الحق الظاهر ثلاثة شروط أضافت إليها شرطا رابعا هو أن يكون التصرف الذي ابرمه هذا الأخير معاوضة : -

(أ) ان يكون المتصرف إليه حسن النية يجهل وقت إبرام التصرف انه يتعامل مع غير صاحب الحق أو في عبارة مقاربة يعتقد انه مع صاحب الحق ، والعبرة في توافر حسن النية ، بوقت إبرام التصرف واقل شك يبدد حسن النية التي تفترض اعتقادا مؤكدا وكاملا في شرعية وسلامة سند من يقدم على التعامل معه ، فإذا ثار في نفس المتصرف إليه شك في انه يتعامل مع غير صاحب الحق اعتبر سيء النية ، وحسن النية وفقا للقاعدة العامة ، مفترض وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل عليه

(ب) أن تكون الشواهد المحيطة بصاحب الوضع الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، ولا يعنى هذا الشرط كما قدمنا سوى أن يكون المتصرف إليه يقظا في تعامله وقام قبل تعاقد بالتحريرات التي تواجهها العادات في مثل العقد الذي ابرمه بما في ذلك فحص سندات الحق الذي يدعيه المتصرف وفي عبارة وجيزة إلا يكون قد خدع بالوضع الظاهر نتيجة خطئه إهمالا أو عدم انتباه أو تسرع أو غيره.

... ويجب على المتصرف إليه أن يقيم الدليل على انه تعاقد تحت تأثير الاعتقاد الشائع بمطابقة الوضع الظاهر للحقيقة نظرا للشواهد التي أحاطت به أو وفقا لعبارة محكمة النقض الفرنسية أن يثبت " الغلط الشائع " وفي عبارة أخرى عليه أن يقيم الدليل على يقظته في التعامل وقيامه بالتحري الذي توجبه العادة ومع ذلك لم يفلح في كشف الحقيقة.

(ج) أن يكون صاحب الحق قد اشترك بخطئه في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه وفي عبارة أخرى أن تكون الشواهد أو الإشارات التي كونت الوضع الظاهر قد قامت نتيجة خطأ صاحب الحق ، وعلى المتصرف إليه ، الذي يتمسك بالوضع الظاهر أن يثبت هذا الخطأ بان يقيم الدليل على أن صاحب الحق قد ساهم بفعله في قيام تلك الشواهد أو

هذه الإمارات وان هذه أو تلك قد قامت نتيجة إهماله. ... فإذا لم يقدّم الدليل على هذا الخطأ امتنع نفاذ التصرف الذي أجراه صاحب الحق الظاهر لانعدام أساسه القانوني الذي يقوم على فكرة التعويض العيني وتعين تطبيق قواعد القانون وهي تقضى بإبطال هذا التصرف وإعادة الحق إلى صاحبه مهما كانت قوة الشواهد التي أحاطت به وأياً كان عذر الغير الذي ركن إلى سلامته ، فخطأ صاحب الحق في عبارة وجيزة كما صرحت محكمة النقض في حكم سابق بمناسبة الوكالة الظاهرة ، هو أساس الاعتراف بالوضع الظاهر وترتيب آثار الوضع الحقيقي عليه .

.. وبهذا أدانت الهيئة العامة لمحكمة النقض قلة من الأحكام اعترفت بالوضع الظاهر ورتبت عليه تصرف صاحبه دون اعتبار لسلوك صاحب الحق وصلته به اكتفاء بحسن نية الغير والاعتقاد العام بمطابقة الوضع الظاهر للحقيقة وأيدت القضاء الغالب الذي يستلزم فضلاً عن ذلك خطأ من جانب صاحب الحق بمساهمته في إقامة الوضع الظاهر واشتراكه تبعاً في خديعة الغير الذي اطمأن إليه ، وبدأ هذا القضاء الغالب واضحاً في الوكالة الظاهرة: يجب لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل قيام مظهر خارجي منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر ، أو في عبارة أخرى أن يقع من الأصل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً في اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما،

فلا تقوم الوكالة الظاهرة إذا خلت أوراق الدعوى مما يثبت أعمالاً أو تصرفات للمالك من شأنها أن تعكس قيام أي مظهر خارجي يحمل على الاعتقاد بأنه وكل من تعاقد معه في إيجار ملاكه.

(د) أن يكون التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر معاوضة، إما إذا تلقى الغير من هذا الأخير تبرعاً، كان هذا التبرع فير نافذ في مواجهة صاحب الحق الذي يتقضى ضرراً حيث أن الغير يبتغي نفعاً تفضل مصلحة الأول تحقيقاً للعدالة على مصلحة الثاني.

... ونرى في خاتمة هذا البحث أن الحلول التي قررتها محكمة النقض في حكمها المشار إليه في حماية المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر سليمة في الجملة، و لكن المحكمة خانها التوفيق في تهيئة الأساس القانوني لهذه الحلول: استخلصت مبدأ عاماً من نصوص استثنائية تخضع لقاعدة التفسير الضيق و تختلف فيما بينها في شروط تطبيقها، مما يتعذر معه ردها إلى مبدأ عام واحد وان أمكن القول بقيامها على فكرة واحدة لا يمكن أن ترفع عنها صفة الاستثنائية، وكانت المحكمة تستطيع اتقاء هذه العثرة بتأسيس حماية الغير على خطأ صاحب الحق بمساهمته في إقامة الوضع الظاهر و بالتالي في خديعة الغير الذي اطمأن إليه ليكون نفاذ التصرف في مواجهة صاحب الحق تعويضاً عينياً عن الضرر الذي

لحق الغير نتيجة خطئه و هو الأساس الذي رآته المحكمة في حكمها الصادر من الدائرة المدنية في 29 ديسمبر سنة 1979 المشار إليه.

...و لم تكن المحكمة كذلك موفقة في وصف الشواهد "المحيطة بالوضع الظاهر بأن يكون من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة لأن تعبير "الاعتقاد الشائع" مرادف للغلط الشائع الذي بينا عدم دقته فضلا عن إيمانه بالمثل القائل بأن الغلط الشائع ينشئ الحق الذي لا يعبر عن أية قاعدة قانونية، و كان الأولى أن تستلزم المحكمة فيمن يتمسك بالوضع الظاهر يقظة في التعامل و إتباعا للعادة في التحري عن الحقيقة على نحو ينفي الخطأ عن سلوكه و هي الفكرة التي أل إليها الخطأ الشائع أو الخطأ القاهر اللذان يجرى التعبير بهما أحيانا في بحوث الفقهاء أو في أحكام القضاء (1)

- المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه و إن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيدها و أن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر من غيره من تصرفات بشأنها، الا باستقراء نصوص القانون المدني-يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة و حماية حركة التعامل في المجتمع و تنضبط جميعا مع وحدة علتها و اتساق في الحكم المشترك فيها، بما يحول دون وصفها بالاستثناء، و تصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها و استوفت شرائط تطبيقها، و مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه- سلبا أو إيجابا- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز و التي من شأنها ان تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة – مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر و الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق.(1)

أهلية الأصيل هي محل الاعتبار في النيابة الاتفاقية:

--يجب-في النيابة الاتفاقية – أن يكون الأصيل أهلا أن يؤدي بنفسه العمل الذي أناب فيه، ذلك لان العقد و أن كان ينعقد بإرادة النائب إلا أنه ينتج أثره في شخص الأصيل، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد.

--أما فيما يتعلق بالنيابة القانونية فان القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي يضيف على النائب صفته و هو-أي القانون- الذي يعين أهليته و أهلية الأصيل و من ثم فيجوز أن يكون الأصيل قاصرا مميزا أو غير مميز.

البيع بطريقة النيابة:

-النيابة-وعلى ما سبق أن تناولنا- تكون أما نيابة قانونية أو نيابة قضائية أو نيابة اتفاقية، فإذا كانت نيابة اتفاقية فان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها و يتحقق ذلك في عقد

الوكالة و الذي سوف نتناوله فيما بعد..

--و من صور البيع أعمالا للنيابة القانونية و القضائية بيع الولي أو الوصي أو القيم أو وكيل عن الغائب أو الحارس القضائي.

سلطة الولي في البيع:

--الولي إما أن يكون وليا طبيعيا و هو الأب أو وليا شرعيا و هو الجد الصحيح، و ولاية الأب- إي ولاية الطبيعية أوسع مدى من سلطة الولي الشرعي و هو الجد الصحيح.

--و بينما أجازت المادة 13 من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1952) للأب أن يتصرف في أموال القاصر التي ألت إليه من أبيه أي من الولي الطبيعي أيا كان مقدارها دون إذن من محكمة الأحوال الشخصية، و أجازت له المادة السابعة من القانون نفسه أن يتصرف في أموال القاصر الأخرى إذا لم تزد قيمتها عن ثلاثمائة جنية أما إن زادت عن ذلك فيجوز أن يطلب الأب من المحكمة الإذن له بالتصرف و لا تملك المحكمة عندئذ رفض طلبه إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر أو إذا كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

....بينما ذلك نجد أن المادة 15 من قانون الولاية على المال قد حظرت على الولي الشرعي التصرف في أموال القاصر بيعا أو شراء إلا بإذن من المحكمة.

--و للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

--و لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر و لا الصلح عليه و لا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

--و إذا كان مورث القاصر قد أوصى بان لا يتصرف وليه أبا كان أو جدا- في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة و تحت إشرافها.

إن تجاوز النائب حدود نيابته فلا ينصرف اثر التصرف إلى الأصيل إلا إذا أقره:

--يتعين حتى ينصرف اثر العمل الذي يقوم به النائب - إلى الأصيل - أن يكون هذا العمل في حود نيابته أما إذا جاوز النائب هذه الحدود فانه يفقد صفة النيابة و لا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل و لا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بمقدار المنفعة التي عادت عليه.

--الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة و من حدودها و له في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت من قيام الوكالة و من حدودها

و له في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فان قصر فعلية تقصيره، و إن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف اثر تصرفه إلى الأصيل و يستوي في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية قصد الإضرار بالموكل أو بغيره. (1)

--لئن كان طلب الوكيل في إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تتيح له ذلك أعمالاً لنص المادة 702 من القانون المدني، إلا أنه تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، و أبرم تصرفه فان هذا التصرف يكون موقوفاً على إجازة الموكل، فان أقره اعتبر نافذاً في حقه وقت إبرامه، و إذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقاري، و طلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية فان إجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة و يضحى التصرف صحيحاً و نافذاً في حقهم، و إذا التزم الحكم المطعون فيه النظر، فان النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون و تفسيره يكون غير صحيح. (2)

وساطة السمسار في البيع:

إذ يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه انه استند في قضائه برفض الدعوى- بطلب مقابل السمسرة - بالنسبة للمطعون عليها الثانية-البائعة- إلى مخالفة شروط التفويض لأن البية تم بثمن قدره 30000 ج عل خلاف التفويض الصادر من المطعون عليها المذكورة إلى الطاعن-السمسار-الذي تضمن شرطاً مقتضاه أن يكون البيع بثمن قدره 35000 ج و كان الحكم المطعون فيه فيما أورده لم يعن ببحث دور الطاعن الثاني في إتمام هذه الصفقة بناء على هذا التفويض بالبيع الذي دعا إلى عقدها بثمن يقل عن الثمن الوارد بالتفويض المذكور، و هل كان ذلك نتيجة تنازل المطعون عليها الثانية عن التمسك بشرط البيع بثمن التفويض، لما كان ذلك فان الحكم يكون معيباً بالقصور. (1)

لا يضاف اثر العقد إلى الأصيل إذا لم يعلن النائب صفته وقت إبرام العقد:

--عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل لان تعامل الوكيل باسمه لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل، و كل ما يترتب على ذلك من اثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزماً قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل و بين الموكل كما هو الحال في الوكالة الظاهرة.

إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فان اثر العقد الذي يبرمه- يضاف إلى الأصيل أو خلفائه:

--تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه "....." و مفاد ذلك أن القانون لا يحمي الغير الذي يتعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب و الغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا معقب عليها أن المطوعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن احد الدائنين و انتهاء وصايته على باقي الدائنين ببلوغهم سن الرشد، فان الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التي أسبغها القانون على النائب الظاهرة التي تتمثل في انصراف أثر العقد إلى الأصل، و بذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلا ظاهرا مبرئا لذمته. (1)

لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه دون ترخيص من الأصل:

--وضع المشرع قاعدة عامة تقضي بان تعاقد الشخص مع نفسه كما إذا كان موكلا في بيع مال فاشتراه لنفسه، أو تعاقد لحساب غيره و هو نائب طرفي العقد كما لو كان موكلا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء، ذلك انه في الحال الأولى يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية و مصالح الأصل، و في الحالة الثانية يتعذر عليه رعاية مصلحة موكله دون تفريط في مصلحة الموكل الآخر، على أن المشرع قد استثنى من هذه القاعدة العامة ثلاث حالات: الأولى إذا رخص الأصل في ذلك مقدما، و الثانية: إذا قضى القانون بخلاف ذلك، كنص المادة الرابعة عشرة من قانون الولاية على المال الذي يجيز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، و الثالثة أن يقضي عرف التجارة بخلاف ذلك، كتعامل الوكيل بالعمولة فيما نيظ بيعه أو شراؤه من أوراق مالية أو بضائع، فيتعاقد مع نفسه نيابة عن طرفي العقد وفقا لعرف التجارة. (2)

--تقضي المادة 108 من القانون المدني: "....." فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا في حق الأصل إلا إذا أجازته، و قد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضي فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد، فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها، و قد تضمن هذا الإيصال- على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه- إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة ودیعة لدى الشركة، فان هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد ودیعة بين نفسه و بين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه (الشركة) و هو ما لا يجوز عملا بالمادة 108 مدني سألقة الذكر ألا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد، و بالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على أساس عقد الوديعة- و إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال و الموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة الوديعة و كان هذا الإقرار منصبا في ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند، فان الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة

الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة و إنما يستمد ذلك الإقرار من هذا العقد و بالتالي يدور معه وجودا وعدما، و من ثم فان عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها. (1)

--إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة و يكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا في حق الموكل إلا إذا أجازته، و القرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها و أن يرخص مقدما للوكيل في التعاقد مع نفسه و يكون عمله نافذا في حق الأصيل. (2)

في جواز التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر:

--إذا فوض المنيب المناب في أن البيع عنه أو يشتري له شيئا معيناً دون أن يذكر اسمه (أي اسم المنيب) في العقد، ففي هذه الحالة يكون الشخص المسخر في علاقته بمن تعاقد معه بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذي تنتقل إليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن، و يكون هو كذلك أيضا بالنسبة إلى الغير، أما في علاقته بموكله، فيكون هذا الأخير هو الذي ينصرف إليه اثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن، دون حاجة إلى صدور تصرف جديد ينقل الملكية إليه من المسخر و لا إلى صدور اعهد جديد منه بالتزامه بالثمن.

- من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره و حكمه هو حكم كل وكيل، فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشيء و كل في أن يحصل عليه لحساب موكله، و لا فارق بينه و بين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة، و هذا يقتضي أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل و الوكيل قد تمت لمصلحة الموكل و لحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق و لا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ،

و لا يكون له أن يتحيل بأي وسيلة للإستئثار بالصفقة دونه، و من ثم فان كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه و بين وكيله و لو أنها تكون للوكيل معير الاسم فيما بينه و بين البائع و الغير، و يرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة في مواجهة كافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما، و ينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء و إنما يلزم ذلك الإجراء في علاقة الأصيل بالغير.

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا و يستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر و بالتالي إلى الموكل ، و القضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع و استحالة انتقالها إلى الموكل و من ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون و ما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه و بين الوكيل و ليس البائع. (1)

جواز أن يحتفظ المشتري بحقه في إحلال غيره محله:

--إن قرار المشتري الظاهر في تاريخ لاحق لعقد البيع بأنه لم يكن في هذا العقد إلا اسما مستعارا لغيره، و إن كان يصلح للاحتجاج بما حواه على المقر نفسه و على ورثته بوصفهم خلفا عاما له في كسب المشتري للحقوق الناشئة عن العقد و إسنادها إليه مباشرة دون حاجة إلى تصرف جديد، على افتراض أن معير السم هو في حكم الوكيل عنه، إلا انه يشترط لأعمال هذا الحكم أن يتفق في العقد على حق المشتري في اختيار الغير، فإذا لم تتفق على ذلك، و إذا لم يعمل المشتري حقه فيه و أعمله بعد الميعاد المتفق عليه مع البائع، فان الافتراض يزول و تزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة. و إذا كان الثابت في الدعوى أن المشتري لم يتفق مع البائعين على حقه في اختيار الغير، لا في عقد البيع و لا في الطلب الذي قدمه إلى مأمورية الشهر العقاري فان الحكم المطعون فيه إذا اعتمد على هذا الطلب- الذي ذكر فيه المشتري أن البيع النهائي لصالح القاصر المشمول بولايته في اعتبار عقد البيع صادرا مباشرة إلى هذا الأخير، و قضى برفض دعوى الطاعنين بصحة صدور هذا العقد الى مورثهم رغم انه المشتري الذي وقع على العقد باسمه و لحسابه فانه يكون قد خالف القانون. (2)

--البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير و أن لم يرد به نص في التقنين المدني إلا انه من الجائز التعامل به، و يجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بان يحتفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه في التقرير بالشراء عن الغير و يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة و انصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر. (1)

الفرق بين الوكالة في الشراء و الشراء باسم مستعار:

--تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير و بين المشتري المستتر بأنها وكالة تجري أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين و

بالنسبة الى الغير غير جار على إطلاقه، فان بين أحكام الوكالة و الأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير و الآثار التي تترتب عليها تنافرا، فإسناد ملكية المشتري الظاهر قبل البيع، و بقاء العين في ملكية مشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا عمله بعد الميعاد المتفق عليه، و هي إحكام مقررة في شرط اختيار الغير كلها تخالف أحكام الوكالة تماما، و لئن كان الفقه و القضاء في فرنسا قد ذهب في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول- و هو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عني الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاة مقصورة على حالة ما إذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذ لم يعمل هذا الحق أو عمله بعد الميعاد، فالافتراض يزول و تزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة. (2)

بيع النائب لنفسه:

--الأصل العام انه لا يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه، سواء أن يتعاقد الحساب نفسه كما إذا كان موكلا في بيع مال فيشتريه لحسابه، أو يتعاقد لحساب غيره حالة كونه نائبا عن طرفي التعاقد فيبيع مالا و كله في بيعه شخص إلى شخص آخر و كله في الشراء.

--و على ذلك نصت المادة 108 من القانون المدني و ورد بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا عليها انه يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين، قد يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية، و متعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى، و بذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية و مصالح الأصيل.

...و قد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين في آن واحد، و في هذه الحالة يكون عمله اقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة.

- غير أن هذا الأصل العام- و الذي حرم تعاقد الشخص مع نفسه- و بالتالي بيع النائب لنفسه- يرد عليه استثنائي ناولهما إن يأذن الأصيل للنائب إجراء ذلك لنفسه -سلفا- ا وان يجيز هذا التصرف و يقر التعاقد بعد حصوله.

...و الاستثناء الثاني يتعلق بما قد تقضي به قواعد قانونية تبيح ذلك و من ذلك اباحة تعامل الولي الطبيعي مع ولده وفقا لإحكام الشريعة الإسلامية، و اباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد كما تقضي بذلك قواعد القانون التجاري.

- و يلاحظ أن الولي الشرعي- جد الصغير- لا يملك ما يملكه الولي الطبيعي بل يلزم تعيين وصي خاص للتعاقد معه و على ذلك نصت المادتان 14 و 31 من المرسوم بقانون 119 من سنة 1952 بإحكام الولاية على المال .

- متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام بتسوية الدين و نزع ملكية أطيان المدينين الآخرين و شرائها بالمزاد لنفسه و انه أوفى مقابل التسوية لحسابهم جميعا و من المال المشترك، فان النيابة التبادلية في الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التي قررتها تلك المحكمة في هذه الحالة تمنع من إضافة المال إلى الوكيل أو النائب الراسي عليه المزداد بل و يعتبر رسو المزداد كأنه لم يكن إلا في خصوص إنهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم. (1)

- ليس ما يمنع في القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة و لم يحرم القانون اجتماع الصفتين في شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة و وحدة المشتري و لا يغير من الأمر شيئا أن يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لان انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها. (1)

-تقضي المادة 108 من القانون المدني بأنه : "....." فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا في حق الأصيل إلا إذا أجازته و قد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضي فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد، فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها، و قد تضمن هذا الإيصال- على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة، فان هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد وديعة بين نفسه و بين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه الشركة و هو ما لا يجوز عملا بالمادة 108 مدني سألفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد، و بالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على أساس عقد الوديعة- و إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال و الموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة، و كان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند، فان الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، و إنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد و بالتالي يدور معه وجودا و عدما و من ثم فان عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها. (2)

- إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك مت تعارض في المصالح، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة و يكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا في حق الموكل إلا إذا أجازته، و القرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها و أن

يرخص مقدما للوكيل في التعاقد مع نفسه و في هذه الحالة يعمل الوكيل في حدود وكالته إذا تعاقد مع نفسه و يكون عمله نافذا في حق

الأصيل. (1)

نصوص تشريعية وردت بشأن البيع تطبيقا لحكم المادة 108 من القانون المدني تحت عنوان بيع النائب لنفسه:

- نصت المادة 479 من القانون المدني بأنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن من القضاء مع عدم لإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى".

- و يعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 108 من القانون المدني، و قد حدد طائفة النواب عن الغير المكلفين ببيع المال ايا كان مصدرا نيابتهم، و يندرج فيهم الوكيل بالبيع و الوصي و القيم و النائب عن غيره بحكم القانون و الموظف العام المعهود إليه بيع المال و ألسنديك و الحارس و المصفي - كل ذلك حتى و لو كان البيع بالمزاد العلني اذ يمتنع عليهم شراء المال المعهود إليهم بيعه.

--وفقا للنص المادة 480 من القانون المدني فانه لا يجوز للسماسة أو الخبراء ان يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء كان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار.

يشترط لإنزال أحكام حظر بيع النائب لنفسه أو لمن ينوب عنه أن تكون نيابته عن البائع ثابتة وقت الشراء:

- إذا كان الحكم قد أقيم على أن الطاعن الأولى كانت معيرة اسمها لزوجها الطاعن الثاني-احد الأوصياء على القصر - في وفاء الديون التي على التركة و الحلول فيها و في إجراءات البيع فيبطل الشراء الحاصل من هذا الأخير وفقا للمادة 258 مدني (قديم) و كان الثابت من وقائع الدعوى أن المجلس الحسبي اصدر قرارا بأفراد الوصيين الآخرين دون الوصي بإدارة أموال القصر و بني هذا القرار على ما نسب إلى الأخير من إهماله في تحصيل الذممات و استغلال أطيان القصر لنفسه و أن إدارته للتركة ليست كما يجب، فهذا الحكم يكون مخطئا في تطبيق القانون، إذ الإدارة هي أهم خصائص الوصاية التي يستطيع أن يقوم بها الوصي دون إذن المجلس الحسبي، و هذا القرار الصادر بأفراد الوصيين بالإدارة هو عزل ل للوصي الآخر منها، و هو عزل من باب أولى من أعمال التصرف، و متى انحلت عن ذلك الوصي صفة الإدارة و التصرف أن حلت عنه أيضا صفة تمثيل

القاصر فيهما و زالت عنه بذلك كل خصائص الوصاية و أصبح بالتالي خارجا عن دائرة الحظر الوارد في القانون. هذا فضلا عن أن ذلك الوصي كان ممثلا في إجراءات البيع بوصفه مدينا و كانت هذه الإجراءات موجهة إلى الوصيين الآخرين كممثلين للقصر، فهو لم يكن حتى في خصوص البيع الذي انتهت إليه هذه الإجراءات يعمل كوصي على القصر و بذلك لا تؤدي المادة 258 و لا المادة 21 من قانون المجالس الحسبية إلى ما انتهى إليه هذا الحكم و من ثم جاء خطؤه في تطبيق القانون. (1)

استثناء من حكم المادتين 479 و 480 مدني:

- وفقا لنص المادة 481 من القانون المدني يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها المادتين السالفتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه.

... و قد ورد الأعمال التحضيرية تعليقا على ذلك أن المشروع أجاز تصحيح البيع رغما انه باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع لتعارض المصلحة، و ان هذه الإجازة تتم عن طريق من تم البيع لحسابه أو بإذن من القضاء قبل حصول البيع كالإذن للوصي من محكمة الأحوال الشخصية.

الفهرس

مقدمة المجلد الثالث

النصوص القانونية

مدخل في النيابة في العقد و التعبير الصادر عن النائب

البحث

تقديم

موضوع تعارض المصالح في القانون المغربي

حدود المنع النسبي

2-الاستثناء :

جواز التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة في مال المنوب عنه

المشتركة مصلحته فيه مع النائب خاصة عند شيوع ملكيتها لذلك المال

-الجزاء المترتب عن مخالفة المنع النسبي

-طبيعة الجزاء المترتب عن المنع النسبي المقرر في الفصل 480

-تمييز جزاء البطلان من الإبطال .

الاجازة .

العقد الموقوف .

تمييز البطلان عن عدم النفاذ (عدم السريان)

الإجازة أو التصديق على تصرف النائب للنفس بالنفس أو بالواسطة

-ثانيا . المنع في تولي طرفي العقد هو منع مطلق لتعلقه بالإخلال بالتزامات قانونية تفرضها طبيعة العمل .

تصرف القاضي أو مساعديه في الحقوق المتنازع عليها لنفس بالنفس أو بواسطة).

أشخاص المنع الجزاء المترتب عن هذا المنع المقصود بالحق المتنازع فيه أولا . أشخاص المنع .

-القضاة

المحامين

المفوضون. القضاة

تحديد المقصود بالحق المتنازع فيه :

موضوع تعارض المصالح في القانون المغربي

حدود المنع النسبي

-الاستثناء :

جواز التصرف للنفس بالنفس أو بالواسطة في مال المنوب عنه

المشاركة مصلحته فيه مع النائب خاصة عند شيوع ملكيتها لذلك المال

-تمييز جزاء البطلان من الإبطال

-طبيعة الجزاء المترتب عن المنع النسبي المقرر في الفصل 480

آثار الوكالة في مواجهة الغير
ملحق بيع الحقوق المتنازع عليها
ملحق التبائع بطريق النيابة

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف
المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و
تصحيحا.

المجلد الثالث
الجزء الثاني
النيابة في القانون المغربي

إعداد و تنسيق: مصطفى علاوي
حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة
القرويين فاس

مقدمة

أقدم الجزء الثاني تحت عنوان النيابة في القانون المغربي من المجلد الثالث من مؤلف الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا من منظور الحكامة الجيدة وتخلل البحث

ملاحق استكمالاً للإستفادة و إستيعاب المادة و يشمل النيابة القانونية و
النيابة القضائية و النيابة الإتفاقية عسى أن ينال رضى المستفيدين
و الله ولي التوفيق .

النصوص القانونية

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة⁵⁴²
كما تم تعديله:

- بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3
شعبان 1431 (16 يوليو 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان
1431 (26 يوليو 2010)، ص 3837.

542 - الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

المادة 225

تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

- 1 - تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً؛
- 2 - تكون باطلة إذا كانت مضرّة به؛
- 3 - يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب

المادة 228

تخضع تصرفات السفه والاعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه.

القسم الثاني: النيابة الشرعية

الباب الأول: أحكام عامة

المادة 229

النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.

المادة 230

يقصد بالنيابة الشرعية في هذا الكتاب:

- 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
- 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
- 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

المادة 231

صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد؛

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛

- وصي الأب؛

- وصي الأم؛

- القاضي؛

- مقدم القاضي.

المادة 232

في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائباً شرعياً للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدماً.

المادة 233

للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني. وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. وتكون النيابة الشرعية على السفیه والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي.

المادة 234

للمحكمة أن تعين مقدماً إلى جانب الوصي تكلفه بمساعدته أو بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر.

الباب الثاني: صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي

المادة 235

يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور.

يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي.

يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقاً لأحكام المواد الموالية.

الفرع الأول: الولي

أولاً: الأب

المادة 236

الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب.

المادة 237

يجوز للأب أن يعين وصياً على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

ثانياً: الأم

المادة 238

يشترط لولاية الأم على أولادها:

1 - أن تكون راشدة؛

2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك.

يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها.

تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

المادة 239

للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول.

ثالثاً: أحكام مشتركة لولاية الأبوين

المادة 240

لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم).

وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك. ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي.

المادة 241

إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) أثناء إدارتها، وجب على الولي إبلاغ القاضي بذلك لفتح ملف النيابة الشرعية، كما يجوز للمحجور أو أمه القيام بنفس الأمر.

المادة 242

يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه.

المادة 243

في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريراً سنوياً عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه. للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية.

الفرع الثاني: الوصي والمقدم

المادة 244

إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدماً للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصابة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم. للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم. لأعضاء الأسرة وطالبي الحبر، وكل من له مصلحة في ذلك، ترشيح من يتولى مهمة المقدم.

يمكن للمحكمة أن تعين مقدماً مؤقتاً عند الحاجة.

المادة 245

تحيل المحكمة الملف حالا على النيابة العامة لإبداء رأيها داخل مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما، على أن تثبت المحكمة في الموضوع داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل برأي النيابة العامة.

المادة 246

يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أميناً. للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما.

المادة 247

- لا يجوز أن يكون وصياً أو مقدماً:
- 1 - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة انتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق؛
 - 2 - المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية؛
 - 3 - من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور.

المادة 248⁵⁴³

للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفاً مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور، وتبلغ المحكمة ما قد يراه من تقصير أو يخشاه من إتلاف في مال المحجور.

المادة 249

- إذا لم يكن مال المحجور قد تم إحصاؤه، تعين على الوصي أو المقدم إنجاز هذا الإحصاء، ويرفقه في جميع الأحوال بما يلي:
- 1 - ما قد يكون لدى الوصي أو المقدم من ملاحظات على هذا الإحصاء؛
 - 2 - اقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور وللمن تجب نفقته عليه؛
 - 3 - المقترحات الخاصة بالإجراءات المستعجلة الواجب اتخاذها للمحافظة على أموال المحجور؛

543- تم استدراك خطأ في هذه المادة ونشر بالجريدة الرسمية عدد 5328 بتاريخ 15 جمادى الأولى 1426 (23 يونيو 2005)، ص 1890.

- 4 - المقترحات المتعلقة بإدارة أموال المحجور؛
5 - المداخليل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال المحجور.

المادة 250

يحفظ الإحصاء ومرفقاته بملف النيابة الشرعية ويضمن في كناش التصرف الشهري، أو اليومي، إن اقتضى الحال.
يحدد مضمون وشكل هذا الكناش بقرار من وزير العدل⁵⁴⁴.

المادة 251

لكل من النيابة العامة، والنائب الشرعي، ومجلس العائلة، أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الانتهاء من الإحصاء، تقديم ملاحظاته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة اللازمة للمحجور، واختيار السبل التي تحقق حسن تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله.
يحدث مجلس للعائلة، تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي⁵⁴⁵.

المادة 252

يقوم العدلان بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشرافه، بالإحصاء النهائي والكامل للأموال والحقوق والالتزامات، وذلك بعد إخبار النيابة العامة وبحضور الورثة والنائب الشرعي والمحجور إذا أتم الخامسة عشرة سنة من عمره.
وتمكن الاستعانة في هذا الإحصاء وتقييم الأموال وتقدير الالتزامات بالخبراء.

المادة 253

على الوصي أو المقدم أن يسجل في الكناش المشار إليه في المادة 250 أعلاه، كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره مع تاريخها.

544 - قرار لوزير العدل رقم 275.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون كناش التصرف، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 523.

545 - مرسوم رقم 2.04.88 صادر في 25 من ربيع الآخر 1425 (14 يونيو 2004) بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1425 (21 يونيو 2004)، ص 2671.

المادة 254

إذا ظهر للمحجور مال لم يشملته الإحصاء السابق، أعد الوصي أو المقدم ملحقاً به يضاف إلى الإحصاء الأول.

المادة 255

يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي.
لا يصادق على هذه الحسابات إلا بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها.
وعند ملاحظته خلافاً في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور.

المادة 256

على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب حولها.

المادة 257

يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان. ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء.

المادة 258

تنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الأحوال الآتية:

- 1 - بموت المحجور أو موت الوصي أو المقدم أو فقدهما؛
- 2 - ببلوغ المحجور سن الرشد إلا إذا استمر الحجر عليه قضائياً لأسباب أخرى؛
- 3 - بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لإنجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم؛
- 4 - بقبول عذره في التخلي عن مهمته؛
- 5 - بزوال أهليته أو بإعفائه أو بعزله.

المادة 259

إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقا بالمستندات اللازمة، داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، دون أن تتجاوز ثلاثين يوما إلا لعذر قاهر. تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها.

المادة 260

يتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم الحساب أو تسليم الأموال.

المادة 261

تسلم الأموال إلى المحجور عند رشده، وإلى الورثة بعد وفاته، وإلى من يخلف الوصي أو المقدم في الحالات الأخرى. في حالة عدم التسليم تطبق الأحكام المشار إليها في المادة 270 بعده.

المادة 262

في حالة وفاة الوصي أو المقدم أو فقد أهليته المدنية يتخذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإجراءات الملائمة لحماية وصيانة أموال المحجور. تخول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور على تركة الوصي أو المقدم المتوفى امتيازاً يرتب في المرتبة المنصوص عليها في المقطع الثاني مكرر من المادة 1248 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود⁵⁴⁶.

546- ينص الفصل 1248 من ق ل ع على ما يلي: " الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد، وهي تباشر وفقاً للترتيب التالي:

أولاً:

ثانياً:

ثانياً مكرر: الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها، المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، ونفقتها و نفقة الأولاد والأبوين؛....."

المادة 263

يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، بحقه في رفع كل دعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع.

تتقدم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتتقدم بسنة بعد العلم بذلك.

المادة 264

يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية، تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها.

الباب الثالث: الرقابة القضائية

المادة 265

تتولى المحكمة رقابة النيابة القانونية، طبقاً للمقتضيات المنصوص عليها في هذا الكتاب.

ويقصد بهذه الرقابة، رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها، والأمر بكل الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها والإشراف على إدارتها.

المادة 266

في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفى، أو وفاة الوصي أو المقدم، يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كان يعيش معهم، إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام، ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة.

ترفع الفترة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلى شهر، في حالة فقدان القريب أو الوصي أو المقدم للأهلية.

المادة 267

يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية.

المادة 268

يحدد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بعد استشارة مجلس العائلة عند الاقتضاء،
المصاريف والتعويضات المترتبة عن تسيير أموال المحجور.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو
أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به،
وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو
وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمثل لأحكام المادة
256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه
إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد
الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته،
إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي
المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
- 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في
تجارة أو مضاربة؛
- 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
- 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
- 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
- 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛

7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.

قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

المادة 275

قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور.

المادة 276

القرارات التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين طبقاً للمواد 226 و 240 و 268 و 271 تكون قابلة للطعن.

قانون المسطرة المدنية

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

الباب الثالث: المساطر المتعلقة بالأحوال الشخصية

الفرع الأول: مقتضيات عامة

الفصل 179

تطبق في قضايا الأحوال الشخصية مقتضيات القسم الثالث والباين الأول والثاني من القسم الرابع إذا لم تكن مخالفة لمقتضيات هذا الباب.

يمارس مهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل⁵⁴⁷.

الفصل 179 مكرر

يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن. ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقها في ظرف شهر من تاريخ طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها. وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه⁵⁴⁸.

الفصل 180

إذا أحييت القضية على القاضي استدعى حالا الأطراف إلى الجلسة. يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجرى دائما محاولة التصالح.

⁵⁴⁷ - تم تغيير وتتميم وتعويض الفصل 179 أعلاه بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر، مع الإشارة إلى أن الفقرات الثانية والثالثة والأخيرة من النص الأصلي كانت موضوع تعديلات متتالية بمقتضى النصوص التالية:

- القانون رقم 9.78، الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.78.952 بتاريخ 20 جمادى الأولى 1399 (18 أبريل

1979)؛ الجريدة الرسمية عدد 3473 بتاريخ 26 جمادى الآخرة 1399 (23 مايو 1979)، ص 1439.

- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.346 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)؛ الجريدة الرسمية عدد

4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1414 (29 سبتمبر 1993)، ص 1832.

⁵⁴⁸ - تم تغيير وتتميم وتعويض الفصل 179 مكرر أعلاه بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

إذا تم التصالح أصدر القاضي حالا حكما يثبت الاتفاق وينهي النزاع وينفذ بقوة القانون ولا يقبل أي طعن.

الفرع الثاني: النيابة القانونية

الفصل 181

تطبق المقتضيات الآتية في تنظيم وتسيير النيابة القانونية.

الفصل 182

يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل.

الفصل 183⁵⁴⁹

الفصل 184

يفتتح "بقسم قضاء الأسرة" بالمحكمة الابتدائية ملف لكل نيابة قانونية ويقيد بسجل خاص يمسك لهذه الغاية⁵⁵⁰.

الفصول من 185 إلى 200⁵⁵¹

الفرع الرابع: بيع منقولات القاصر

الفصل 201

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم.

يتحقق القاضي في هذه الحالة قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقومها خبير يعينه لهذه الغاية عند الاقتضاء وليثبت أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور.

⁵⁴⁹ - تم نسخ أحكام الفصل 183 أعلاه بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

⁵⁵⁰ - تم تغيير وتتميم وتعويض الفصل 184 أعلاه بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

⁵⁵¹ - تم نسخ أحكام الفصول من 185 إلى 196، وكذا الفصول من 197 إلى 200 المكونة للفرع الثالث بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

الفصل 202

إذا لم تقع المراضاة أو كانت قيمة المنقولات تتجاوز ألفي درهم أجري البيع بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط.

يقع هذا المزاد في أقرب سوق عمومي أو في أي مكان آخر يتوقع فيه الحصول على أحسن نتيجة. ويحاط العموم علما بتاريخ ومكان المزاد بكل وسائل الإشعار المناسبة لأهمية المبيع.

يباشر البيع بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين تحت إشراف هذا الأخير، ويرسو المزاد على من قدم أعلى عرض في التاريخ والمكان المعينين.

يجرى المزاد بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم إشهار إعلان البيع إلا إذا كان المنقول عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة تقصير الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى.

يحدد الثمن الأساسي للبيع خبير يعينه القاضي لهذه الغاية.

يسدد المشتري الثمن والصوائر حالا ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقدا.

ينذر عند تأخره عن الأداء بتأديته دون أجل.

إن لم يستجب للإنذار الموجه إليه أعيد البيع على نفقته ومسؤوليته.

يتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه والثمن الذي وقفت به المزايدة الجديدة إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الأول أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما.

الفصل 203

إذا ادعى الغير أن المنقولات المراد بيعها في المزاد ملك له يؤجل البيع إلى أن يبت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في الأمر في أقرب وقت إذا كان طلب إخراج تلك الأشياء من المزايدة مرفوقا بحجج كافية. ويستثنى من ذلك المنقولات التي يسرع الفساد إليها حيث تستمر إجراءات بيعها ولا يسلم ثمنها إلى أن يبت في ملكيتها من طرف قاضي الموضوع.

إذا وافق القاضي المكلف بشؤون القاصرين على تأجيل البيع قدم طلب بإخراج الأشياء إلى محكمة مكان التنفيذ خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ الأمر؛ وإلا فتواصل الإجراءات. ولا تتابع عند الاقتضاء إلا بعد الحكم في هذا الطلب.

الفصل 204

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

الفصل 205

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبائعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914)⁵⁵².

يعين القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يوجد بدائره المركز الرئيسي للأصل التجاري بطلب من الوصي أو المقدم خبيراً لتحديد الثمن الأساسي. لا يمكن أن يرسو المزاد على من قدم العرض الأعلى إذا كان الثمن يقل عن ثمن التقييم الذي حدده الخبير لمجموع العناصر المادية المكونة للأصل التجاري. تباع في هذه الحالة بالتقسيط مختلف العناصر التي تكون الأصل التجاري.

الفصل 206

تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

الفرع الخامس: البيع القضائي لعقار القاصر

الفصل 207

يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

الفصل 208

يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة. ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وما له أو عليه من حقوق وعقود الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان. ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أو عدمه.

⁵⁵² - إن الإحالة على الفصل 3 من الظهير الشريف الصادر في 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914) بشأن بيع ورهن الأصول التجارية، أصبحت منصرفة إلى المادة 103 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187 - وذلك بعدما نسخت أحكام هذا القانون تطبيقاً للمادة 733 منه، أحكام الظهير الشريف المذكور، وعوّضت الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها.

وتنص المادة 103 من مدونة التجارة على أنه: "إذا طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني سواء كان بطلب من طرف سنيك التسوية أو التصفية القضائية أو من أي مصف أو مسير قضائي أو كان قضائياً بطلب من أي ذي حق، وجب على الطالب أن يبلغ ذلك للبائعين السابقين في الموطن المختار في تقييداتهم مصرحاً لهم بسقوط حقهم في دعوى الفسخ تجاه من رسا عليهم المزاد إذا لم يرفعوها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ".

يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائياً للحاجر وفقاً للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام.

الفصل 209

إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمرضاة.

إذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائره أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي، وذلك وفقاً للإجراءات والشروط التالية:

يحدد عند الاقتضاء للعقار المراد بيعه الثمن الأساسي الذي يقدره خبير يعينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

يقوم عون كتابة الضبط بالإشهار القانوني الذي يحدد القاضي شروطه باعتبار قيمة العقار على أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين.

يبين في إعلان المزاد العلني تاريخ ومكان افتتاحه ويعلق بباب العقار وبالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية وينشر إن اقتضى الحال في صحيفة يومية كثيرة الرواج، وفي الجريدة الرسمية.

يبلغ عون كتابة الضبط للحاجر إجراءات الإشهار التي تم القيام بها ويخطر به بضرورة الحضور في اليوم المحدد لإجراء السمسرة.

الفصل 210

يرسو المزاد على من قدم العرض الأعلى ويؤدي الثمن خلال ثلاثة أيام من وقوع السمسرة وإلا لم يسلم له العقار، ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي صوائر إجراءات السمسرة.

إذا لم ينفذ من رسا عليه المزاد شروط السمسرة أنذر بتنفيذها فإن لم يستجب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل السابق. ولا يمكن في هذه الحالة للمشتري المتخلف أن يسترجع العربون الذي قد يكون دفعه.

تنحصر إجراءات السمسرة الجديدة في إشهار يتم خلال شهرين ويتضمن هذا الإشهار بيان الثمن الذي رست به المزايدة الأولى وتاريخ السمسرة الجديدة.

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق بين الثمن الذي رسا به عليه المزاد وثمن البيع الثاني دون أن يكون له الحق في المطالبة بما قد ينتج من زيادة

الفرع الأول: الأهلية⁵⁵³

الفصل 3

الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية⁵⁵⁴.

وكل شخص أهل للإلزام والالتزام⁵⁵⁵ ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك⁵⁵⁶.

الفصل 4

إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية⁵⁵⁷ بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم⁵⁵⁸ فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها، ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير⁵⁵⁹.

غير أنه يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية، إذا وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية. ويجب أن تصدر الموافقة على الشكل الذي يقتضيه القانون.

553 - قارن مع المادة 206 وما بعدها من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ في 14 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

554 - انظر الفصل 3 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب الصادر بتاريخ 12 غشت 1913.

555 - المادة 209 من مدونة الأسرة: « سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة ».

556 - المادة 210 من مدونة الأسرة: « كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته ».

557 - المادة 213 من مدونة الأسرة: « يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛ 2 - السفیه؛ 3 - المعتوه ».

558 - قارن مع مقتضيات المادة 229 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: « النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم ». والمادة 230 من نفس المدونة حيث يقصد بالنايب الشرعي: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي؛ 2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛ 3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

559 - قارن مع أحكام تصرفات ناقص الأهلية في المادة 225 وما بعدها من مدونة الأسرة.

يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعا ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف.

الفصل 6

يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا.

ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام، وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير.

الفصل 7

القاصر المأذون له إننا صحيحا في التجارة والصناعة، لا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الإذن الممنوح له، وفي جميع الأحوال يشمل هذا الإذن الأعمال الضرورية لتعاطي التجارة المأذون فيها⁵⁶¹.

الفصل 8

يجوز في أي وقت بإذن المحكمة وبعد سماع أقوال القاصر إلغاء الإذن بتعاطي التجارة إذا توفرت هناك أسباب خطيرة تبرره. ولا يكون لهذا الإلغاء أثر بالنسبة إلى الصفقات التي شرع فيها القاصر قبل حصول الإلغاء.

560 - تتحدث بعض فصول هذا القانون عن "القاصر" "le mineur" و"ناقص الأهلية" "l'incapable" معا؛ بينما تتحدث فصول أخرى عن "القاصر" فقط.

561 - قارن مع المادة 226 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه:

« يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار.

يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.

يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه.»

قارن كذلك مع مقتضيات المادتين 13 و14 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.96.83 بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

الفصل 9

القاصر وناقص الأهلية يلتزمان دائماً، بسبب تنفيذ الطرف الآخر التزامه، وذلك في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ. ويكون هناك نفع إذا أنفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة، أو إذا كان هذا الشيء لازال موجودا في ماله.

الفصل 10

لا يجوز للمتعاقد الذي كان أهلا للالتزام أن يحتج بنقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه.

الفصل 11

الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية⁵⁶².

ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمُعَاوِضَة والكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة.

الفصل 12

التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون، تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم. ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة، حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون، ولا على إقرار لدى محكمة يتعلق بأمور لم تصدر عن النائب نفسه.

الفصل 13

لا يجوز للنائب القانوني عن القاصر أو المحجور عليه أن يستمر في تعاطي التجارة لحسابهما إلا إذا أذنت له بذلك السلطة المختصة، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تأذن إلا في حالة النفع الظاهر للقاصر أو المحجور عليه.

562 - راجع صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي في المادة 235 وما بعدها من مدونة الأسرة.

الفصل 480

متصرفو البلديات والمؤسسات العامة، والأوصياء، والمساعدون القضائيون أو المقدمون والآباء الذين يديرون أموال أبنائهم، وأمناء التفليسة (السنادكة)، و مصفو الشركات، لا يسوغ لهم اكتساب أموال من ينوبون عنهم إلا إذا كانوا يشاركونهم على الشيوع في ملكية الأموال التي هي موضوع التصرف. كما أنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يجعلوا من أنفسهم محالا لهم بالديون التي على من يتولون إدارة أموالهم. وليس لهؤلاء الأشخاص كذلك أن يأخذوا أموال من ينوبون عنهم على سبيل المعاوضة أو الرهن.

إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو الرهن ممن حصل التصرف لصالحه، إذا كانت له أهلية التفويت، أو من المحكمة أو من أي سلطة مختصة أخرى مع مراعاة الأحكام المتعلقة بذلك والواردة في ظهير المسطرة المدنية.

الفصل 481

لا يسوغ للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا، لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم، الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها كما أنه لا يسوغ لهم أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن. ويترتب على مخالفة هذا الفصل الحكم بالبطلان وبالتعويضات.

الفصل 482

يعتبر وسطاء في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 480 و 481 السابقين زوجات الأشخاص المذكورين فيهما وأبناؤهم وإن كانوا رشداً.

. Article 480 :

Les administrateurs des municipalités et établissements publics, les tuteurs les conseils judiciaires ou curateurs, les pères qui gèrent les biens de leurs enfants, les syndics de faillite, les liquidateurs de société, ne peuvent se rendre cessionnaires des biens de personnes qu'ils représentent, sauf dans le cas où ils seraient copropriétaires des biens à aliéner. Ne peuvent également les personnes ci-dessus se rendre cessionnaires des créances quelconques contre ceux dont ils administrent les biens. Ils ne peuvent recevoir les biens en

échange ou en nantissement. La cession, vente, échange ou nantissement peut toutefois être ratifiée par celui pour le compte duquel elle a lieu, s'il a capacité d'aliéner, ou par le tribunal, ou par toute autre autorité compétente, sous réserve des règles y relatives exprimées dans notre dahir sur la procédure civile.

Article 481 :

Les courtiers et experts ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par personne interposée, des biens meubles ou immeubles dont la vente ou estimation leur a été confiée, ni les recevoir en échange ou en nantissement, le tout à peine de nullité qui peut être prononcée, ainsi que les dommages.

Article 482 :

Sont réputées personnes interposées, dans les cas prévus aux articles 480 et 481 ci-dessus, la femme et les enfants, même majeurs, des personnes qui y sont dénommées.

Nantissement :

(nom masculin)

Gage donné à un prêteur, à un créancier.

Contrat qui met le créancier en possession d'un gage pour garantir la dette.

الفصل 310

إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر.

الباب الثاني: إبطال الالتزامات

الفصل 311

يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقدم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد.

الفصل 312

لا يبدأ سريان مدة التقدم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما. أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجر عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحَجْر عنهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة. وفي حالة العَبْن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

الفصل 313

تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لموروثهم من مدتها. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقدم أو بوقفه.

الفصل 314

تنتضي دعوى الإبطال بالتقدم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد.

الفصل 315

يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان⁵⁶³ لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال.

ولا يخضع هذا الدفع للتقدم المقرر في الفصول 311 إلى 314 السابقة.

الفصل 316

يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد

563 - المقصود بالبطلان في هذا الفصل، البطلان النسبي أي الإبطال.

الذي تقرر إبطاله. وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة.

الفصل 317

الالتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمن بيان جوهر الالتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

الفصل 318

إذا لم تحصل الإجازة أو التصديق صراحة، يكفي أن ينفذ طوعا كليا أو جزئيا الالتزام القابل للإبطال ممن كان على بينة من عيوبه، بعد الوقت الذي كان يمكن له فيه إجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح.

الإجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال. أما بالنسبة إلى الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية قبل التصديق أو التنفيذ فتطبق القاعدة المقررة في آخر الفصل 316.

قانون المحاماة

المادة 45

لا يجوز للمحامي :

1. أن يتفق مسبقا مع موكله على الأتعاب المستحقة عن أي قضية، ارتباطا بالنتيجة التي يقع التوصل إليها؛
 2. أن يفتني، بطريق التفويت، حقوقا متنازعا فيها قضائيا، أو أن يستفيد هو أو زوجه أو فروعهم بأي وجه كان، من القضايا التي يتولى الدفاع بشأنها.
- كل اتفاق يخل بهذه المقتضيات يكون باطلا بحكم القانون.

ظهير شريف رقم 1.06.23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ

القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين⁵⁶⁴

المادة 31

يمنع على المفوض القضائي بصفة شخصية أو بواسطة الغير :

- أن تكون له أي مصلحة في قضية يباشر فيها مهامه؛
 - أن يرصد لحسابه أموالا يكون قد أوّتمن عليها ؛
 - أن يشارك في المزايدات المتعلقة بالأشياء المكلف ببيعها أو يقبل مشاركة أو عرض زوجه أو أصوله أو فروعه؛
 - أن يقتني حقوقا منازعا فيها باشر إحدى إجراءاتها وذلك لنفسه أو لحساب زوجه أو أصوله أو فروعه أو أقاربه إلى الدرجة الرابعة.
- ويجب عليه أن يودع بصندوق المحكمة المبالغ التالية في أجل ثمانية أيام من تاريخ تسلمها:

1 - الأموال الناضية المستخلصة من طرفه لدى مدين أو المسلمة منه طوعا للتحري من دينه ؛

2 - المبالغ المستخلصة من الحجز لدى الغير؛

3 - المبالغ الناتجة عن بيع المنقولات المادية.

المادة 32

يمنع على المفوض القضائي تحت طائلة بطلان الإجراء وتعرضه للمتابعة، أن يباشر أي إجراء لنفسه أو لحساب زوجه أو أصوله أو فروعه أو أقاربه إلى الدرجة الثالثة.

القانون رقم 32.09 يتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁵⁶⁵

كما تم تعديله بالقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 بتاريخ 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

- الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 564.559

- الجريدة الرسمية، عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 565.5611

المادة 30

يمنع على الموثق أن يتلقى عقدا في الحالتين التاليتين:

- إذا كانت له أو لزوج أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في العقد؛

- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوج أو لأصوله أو لفروعه مع أحد الأطراف إلى الدرجة الرابعة بإدخال الغاية.

المادة 31

يمنع على الموثقين المتشاركين الذين يزاولون مهامهم في مكتب واحد تلقي العقود التي يكون أحدهم أو زوجه أو أحد أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة المحظورة المشار إليها في المادة السابقة طرفا فيها أو معنيا بها.

المادة 32

لا يجوز أن يكون شاهدا في العقود التي يتلقاها الموثق، زوجه، أو أقاربه، أو زوج أو أقارب شريكه، أو زوج أو أقارب أطراف العقود إلى الدرجة المحظورة في المادة 30 أعلاه، وكذا المتمرنون بمكتبه وأجراؤه.

المادة 33

يمنع على كل موثق:

- أن يتسلم أموالا أو يحتفظ بها مقابل فوائد؛

- أن يستعمل ولو مؤقتا مبالغ أو قيما توجد في عهده بأي صفة كانت فيما لم تخصص له؛

- أن يحتفظ بالمبالغ التي في عهده لحساب الغير بأي صفة كانت، ويجب عليه وضعها فور تسلمها بصندوق الإيداع والتدبير.

تحدد طريقة تنظيم وتسيير الحساب المفتوح بإسم الموثق بصندوق الإيداع والتدبير بنص تنظيمي⁵⁶⁶.

المادة 34

يمنع على كل موثق:

- المرسوم رقم 2.14.289 صادر في 14 من رجب 1435 (14 ماي 2014) بتنظيم وتسيير الحساب 566 المفتوح بإسم الموثق بصندوق الإيداع والتدبير؛ الجريدة الرسمية عدد 6259 بتاريخ 26 رجب 1435 (26 ماي 2014)، ص 4688.

- أن يقبل توقيعاً على أوراق تتضمن التزامات أو اعترافات مع ترك بياض في متن الوثيقة ولا سيما في مكان اسم المستفيد أو الدائن أو المبلغ؛
- أن يستعير لشؤونه الخاصة اسم الغير في العقود التي يتلقاها؛
- أن يعرض نفسه ضامناً أو كفيلاً بأي صفة كانت في القروض التي قد يطلب منه إثباتها في العقد؛
- أن يبرم عقوداً تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت، أو أن تفويتها يتوقف على إجراءات غير مستوفاة؛
- أن يضمن العقد مقتضيات من شأنها أن تخل بالنظام العام؛
- أن يبرم عقوداً لحساب موثق أوقف عن عمله، أو أن يحل محله بأي صفة كانت، ما عدا إذا تم تعيينه بمقتضى المادة 20 من هذا القانون؛
- أن يقوم بتضمين العقود مقتضيات تترتب عنها منفعة شخصية له أو لزوج أو أقاربه أو أن يشترط فيها منفعة لصالح غيره؛
- أن يلجأ إلى سمسرة لجلب الزبناء، أو أن يشترك مع الغير في اقتسام الأتعاب والمستحقات التي يخولها القانون؛
- أن يحتفظ بأصول العقود في غير مقر عمله ما لم يؤذن له استثناء بذلك من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعين بدائرتها مع إبلاغ الوكيل العام للملك لديها ورئيس المجلس الجهوي.

ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962)
بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي⁵⁶⁷

الفصل 245

كل موظف عمومي أخذ أو تلقى أية فائدة في عقد أو دلالة أو مؤسسة أو استغلال مباشر يتولى إدارته أو الإشراف عليه، كلياً أو جزئياً، أثناء ارتكابه الفعل، سواء قام بذلك صراحة أو بعمل صوري أو بواسطة غيره، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم.

وتطبق نفس العقوبة على كل موظف عام حصل على فائدة ما في عملية كلف بتسيير الدفع أو بإجراء التصفية بشأنها.

إذا كانت قيمة الفائدة التي تم الحصول عليها تقل عن مائة ألف درهم فإن الجاني يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ألفي درهم إلى خمسين ألف درهم⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ - الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

تطبق أحكام الفصل السابق على الموظف العمومي خلال خمس سنوات بعد انتهاء وظيفته، أيا كانت كيفية هذا الانتهاء، وذلك فيما عدا الحالة التي يكون قد حصل فيها على الفائدة عن طريق الميراث.

الجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013).

**مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)
يتعلق بالصفقات العمومية**

المادة 26 التصريح بالشرف

يجب أن يبين التصريح بالشرف الاسم الشخصي و العائلي للمتنافس و صفته و محل سكناه، و كذا أرقام الهاتف و الفاكس و العنوان الإلكتروني و إذا كان يتصرف باسم شركة، العنوان التجاري للشركة و شكلها القانوني و رأسمالها و عنوان المقر الاجتماعي. و كذا الصفة التي يتصرف بها و الصلاحيات المخولة إليه.

يبيّن التصريح بالشرف أيضا رقم القيد في السجل التجاري و رقم الضريبة المهنية و رقم الانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أو في هيئة أخرى للاحتياط الاجتماعي بالنسبة للمتنافسين المقيمين بالمغرب و بيان الهوية البنكية.

و يتضمن التصريح بالشرف أيضا البيانات التالية:

- (أ) التزام المنافس بتغطية الأخطار الناجمة عن نشاطه المهني، بوثيقة تأمين ضمن الحدود و الشروط المحددة في دفاتر التحملات؛
- (ب) التزام المنافس، إذا كان يعتزم اللجوء إلى التعاقد من الباطن بأن لا يتجاوز هذا التعاقد خمسين في المائة (50%) من مبلغ الصفقة و أن لا يشمل الحصة أو الجزء الرئيسي منها، و أن يتأكد من أن المتعاقدين معه من الباطن يتوفرون كذلك على الشروط المنصوص عليها في المادة 24 أعلاه؛

- (ج) الإشهاد بأنه لا يوجد في حالة تصفية قضائية أو تسوية قضائية و إذا كان في حالة تسوية قضائية، بأنه مرخص له من طرف السلطة القضائية المختصة بمتابعة مزاولة نشاطه؛
- (د) الالتزام بعدم القيام بنفسه أو بواسطة شخص آخر باللجوء إلى أفعال الغش أو رشوة الأشخاص الذين يتدخلون بأية صفة كانت في مختلف مساطر إبرام الصفقات و تدبيرها و تنفيذها؛
- (هـ) الالتزام بالألا يقوم بنفسه أو بواسطة شخص آخر بتقديم وعود أو هبات أو هدايا بهدف التأثير على مختلف مساطر إبرام الصفقة و تنفيذها؛
- (و) الإشهاد بأنه لا يوجد في حالة تضارب المصالح كما هي مبينة في المادة 168 بعده؛
- (ز) الإشهاد بصحة المعلومات الواردة في التصريح بالشرف و في الوثائق التي أدلى بها في ملف ترشيحه تحت طائلة تطبيق الإجراءات القسرية المقررة في المادتين 138 و 159 أدناه.

المادة 168 محاربة الغش والرشوة وتضارب المصالح

يتعين على المتدخلين في مساطر إبرام الصفقات المحافظة على الاستقلالية في معاملاتهم مع المتنافسين وألا يقبلوا منهم أي امتياز أو مكافأة وأن يمتنعوا عن ربط أية علاقة معهم من شأنها أن تمس بموضوعيتهم ونزاهتهم واستقلاليتهم .

يجب على أعضاء لجان طلبات العروض و المباريات والمساطر التفاوضية واللجان الفرعية أو أي شخص آخر، يدعى للمشاركة في أعمال هذه اللجان عدم التدخل بصفة مباشرة أو غير مباشرة في مسطرة إبرام الصفقات العمومية، عندما تكون لديهم مصلحة، سواء بصفة شخصية، أو عن طريق شخص وسيط لدى المتنافسين تحت طائلة بطلان أعمال اللجان المذكورة .

الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 الصفحة 3468

ظهير شريف رقم 1.02.297 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)

بتنفيذ القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي

لمادة 22

يمنع على كل عضو من المجلس الجماعي، تحت طائلة العزل الذي يتم وفق الشكليات المنصوص عليها بالمادة السابقة، ودون الإخلال بالمتابعة القضائية، أن يربط مصالح خاصة مع الجماعة التي هو عضو فيها أو أن يبرم معها أعمالاً أو عقوداً للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك الجماعة، أو أن يبرم معها صفقات للأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقوداً للامتياز أو الوكالة أو أي شكل آخر من الأشكال تدبير المرافق العمومية الجماعية، سواء بصفة شخصية أو بصفته مساهماً أو وكيلاً عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين.

لجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 الصفحة 3490

ظهير شريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)

بتنفيذ القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العمالات والأقاليم

المادة 24

يمنع على كل عضو من مجلس عمالة أو إقليم، تحت طائلة العزل الذي يتم وفق الشكليات المنصوص عليها بالمادة السابقة، ودون الإخلال بالمتابعة القضائية، أن يربط مصالح خاصة مع العمالة أو الإقليم الذي هو عضو في مجلسه، أو أن يبرم معه أعمالاً أو عقوداً للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك العمالة أو الإقليم، أو أن يبرم معه صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقوداً للامتياز أو الوكالة أو أي شكل آخر من أشكال تدبير المرافق العمومية التابعة للعمالة أو الإقليم، سواء بصفة شخصية أو بصفته مساهماً أو وكيلاً عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين.

القانون الجديد للجماعات المحلية سنة 2016

ظهير شريف بتاريخ 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14 – 111 المتعلق بالجهات

منشور بالجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 13 يوليو 2015 .

المادة 68 .

ظهير شريف بتاريخ 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14 - 112 المتعلق بالعمالات و الأقاليم

منشور بالجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 13 يوليو 2015 .

المادة 66 .

ظهير شريف بتاريخ 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14 - 113 المتعلق بالجماعات

منشور بالجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 13 يوليو 2015 .

الجهات

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات والأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه. يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجهة أن يربط مصالح خاصة مع الجهة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجهة. عضوا فيها أو

مع الهيئات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها أو ان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهتم أملاك الجهة أو ان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي

عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجهة أو ان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسيريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المحكمة الإدارية .

العمالات و الأقاليم

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجماعة عضوا فيها أو مع إلهيات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك الجماعة أو أن يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجماعة أو أن يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويلا للجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة و تبنت مسؤوليته في استغلال التسيريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية.

الجماعات

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجماعة عضوا فيها أو مع إلهيات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك الجماعة أو أن يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجماعة. أو أن يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويلا للجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة و تبنت مسؤوليته في استغلال التسيريات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية .

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات و الأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات و كذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات و النص للمادة 66 أعلاه .

يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس العمالة او الإقليم أن يربط مصالح خاصة مع العمالة أو الإقليم . أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون العمالة أو الإقليم عضوا

فيها أو مع الهيئات أو مع المؤسسات العمومية أو مع شركات التنمية التابعة لها وان يبرم معها أعمالا أو عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم مع أملاك العمالة أو الإقليم ا وان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للعمالة أو الإقليم ا وان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشراكات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة او الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المصلحة الإدارية .

المادة 66 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالعمالات والأقاليم والمادة 65 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجماعات وكذا المادة 68 من ظهير 7 يوليوز 2015 المتعلق بالجهات والنص للمادة 66 أعلاه. يمنع على كل عضو من أعضاء مجلس الجهة أو العمالة او الإقليم أو الجماعة . أن يربط مصالح خاصة مع الجهة أو العمالة او الإقليم أو الجماعة أو مع مجموعات الجماعات الترابية التي تكون الجهة أو العمالة او الإقليم أو الجماعة. عضواا فيها أو

مع الهيئات او مع المؤسسات العمومية او مع شركات التنمية التابعة لها ا وان يبرم معها أعمالا او عقودا للكراء أو الاقتناء أو التبادل أو كل معاملة أخرى تهم أملاك الجهة أو العمالة او الإقليم أو الجماعة أو ان يبرم معها صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو عقودا للامتياز أو الوكالة أو أي عقد يتعلق بطرق تدبير المرافق العمومية للجهة أو العمالة او الإقليم أو الجماعة أو ان يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح . سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه . وتطبق نفس الأحكام على عقود الشركات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها .

تطبق مقتضيات المادة 65 أعلاه على كل عضو اخل بمقتضيات الفقرة السابقة أو تبنت مسؤوليته في استغلال التسريبات المخلة بالمنافسة النزيهة أو استغلال مواقع النفوذ و الامتياز أو ارتكب مخالفة ذات طابع مالي تلحق ضررا بمصالح العمالة أو الإقليم .

تنص المادة 65 على انه في حالة ارتكاب أعضاء مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل يجوز لعامل العمالة أو الإقليم طلب عزله من المحكمة الإدارية .

القانون التجاري المغربي:

الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 المؤرخ ب 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)- منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 1996/10/3

المادة 702

تطبق مقتضيات هذا القسم على مسيري المقاوله الفردية أو ذات شكل شركة و التي كانت موضوع فتح المسطرة، سواء كانوا مسيرين قانونيين أو فعليين، يتقاضون أجرا أم لا.

التفالس و الجرائم الأخرى :

الفصل الأول

التفالس

المادة 721

يدان بالتفالس في حال افتتاح إجراء المعالجة الأشخاص المشار إليهم في المادة 702 الذين تبين إنهم ارتكبوا احد الأفعال التالية:

1- قاموا إما بعمليات شراء قصد البيع بثمن أقل من السعر الجاري أو لجأوا إلى وسائل مجحفة قصد الحصول على أموال بغية تجنب أو تأخير فتح مسطرة المعالجة؛

2- اختلسوا أو أخفوا كلا أو جزءا من أصول المدين؛

3- قاموا تدليسيا بالزيادة في خصوم المدين؛

4- قاموا بمسك حسابات وهمية أو أخفوا وثائق حسابية لمقاوله أو الشركة أو امتنعوا عن مسك أية حسابات رغم أن القانون يفرض ذلك .

المادة 722

يعاقب المتفالس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 10 000 إلى 100 000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

يتعرض المشاركون في التفالس لنفس العقوبات و إن لم تكن لهم صفة مسيري المقولة.
عندما يكون المتفالس مسيرا قانونيا أو فعليا لشركة ذات أسهم مسعرة ببورصة القيم،
تضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

المادة 723

يتعرض كذلك لسقوط الأهلية التجارية المنصوص عليه في الباب الثاني من هذا القسم
كعقوبة إضافية الأشخاص المدانون من اجل الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل.

المادة 724

يعاقب بنفس عقوبات التفالس :

- 1-الأشخاص الدين أخفوا أو ستروا أو كتموا كلا أو جزءا من الأموال المنقولة أو العقارية
لفائدة الأشخاص المشار إليهم في المادة 702 ؛
- 2-الأشخاص الدين صرحوا تدليسيا بديون وهمية أثناء المسطرة سواء باسمهم أو بواسطة
الغير.

ويعاقب أيضا بنفس العقوبات كل سنديك اقترف أحد الأفعال الآتية:

- 1-الإضرار عمدا و بسوء نية بمصالح الدائنين ،إما باستعماله لأغراض شخصية أموالا
تلقاها بمناسبة قيامه بمهمته و إما بإعطائه منافع للغير يعلم أنها غير مستحقة ؛
 - 2-الاستعمال اللامشروع للسلط المخولة له قانونا ، في غير ما أعدت له و بشكل معاكس
لمصالح المدين أو الدائنين ؛
 - 3-استغلال السلط المخولة له من أجل استعمال أو اقتناء بعض أموال المدين لنفسه سواء
قام بذلك شخصا أو بواسطة الغير ؛
- ويعاقب أيضا بنفس العقوبات ، الدائن الذي يقوم بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة
التسوية أو التصفية القضائية ، بإبرام عقد أو عدة عقود تخوله امتيازات خاصة على حساب
الدائنين الآخرين.

شركات المساهمة

ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)

بتنفيذ القانون رقم [17.95](#) المتعلق بشركات المساهمة

المادة 56

يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديريها العامين على
مجلس الإدارة للترخيص به مسبقا.

يسري نفس الحكم على الاتفاقات التي يكون المتصرف أو المدير العام معنيا بها بصورة غير مباشرة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

كما يلزم الحصول على ترخيص مجلس الإدارة مسبقا فيما يخص الاتفاقات المبرمة بين شركة مساهمة ومقولة، إذا كان أحد متصرفي الشركة أو مديريها العامين مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولا بصفة غير محدودة أو مسيرا لها أو متصرفا فيها أو مديرا عاما لها عضوا في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس الرقابة فيها.

المادة 57

لا تطبق أحكام المادة 56 على الاتفاقات المتعلقة بالعمليات المعتادة المبرمة وفق شروط عادية.

المادة 58

يتعين على المتصرف أو المدير العام المعني بالأمر إطلاع المجلس على كل اتفاق تنطبق عليه المادة 56 بمجرد علمه بوجوده، ولا يحق له المشاركة في التصويت على الترخيص المطلوب.

يخبر رئيس مجلس الإدارة ومراقب أو مراقبي الحسابات بكل الاتفاقات المرخص بها بمقتضى المادة 56 داخل أجل ثلاثين يوما تبتدئ من تاريخ إبرامها، ويعرضها على موافقة الجمعية العامة العادية المقبلة.

المادة 62

يمنع على المتصرفين غير الأشخاص المعنويين، تحت طائلة بطلان العقد، الاقتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة، كما يمنع عليهم العمل على أن تمنح لهم الشركة تغطية في الحساب الجاري أو بأية طريقة أخرى وأن تكفل أو تضمن احتياطيا التزاماتهم تجاه الأغيار.

غير أنه إذا كانت الشركة ستستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لتلك المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يسري نفس المنع على المديرين العاميين وعلى الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين المتصرفين، كما يطبق على أزواج وأقارب وأصهار الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وعلى كل شخص وسيط.

المادة 100

يمنع، تحت طائلة بطلان العقد، على أعضاء مجلس الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس الرقابة غير الأشخاص المعنويين، أن يحصلوا على قروض من الشركة مهما كان شكل هذه القروض، أو أن يعملوا على أن تمنح لهم تغطية في الحساب الجاري أو بأي طريقة أخرى أو أن يجعلوا الشركة تضمن أو تكلف التزاماتهم تجاه الغير.

غير أنه إذا كانت الشركة تستغل مؤسسة بنكية أو مالية، لا يطبق هذا المنع على العمليات المعتادة لهذه المؤسسة والمبرمة وفق شروط عادية.

يطبق نفس المنع على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس الرقابة. كما يطبق على أزواج وأقارب وأصهار الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية وكذا على كل شخص وسيط.

المادة 343

تطبق حالات المنع المنصوص عليها في المادتين 62 و 100 وضمن نفس الشروط المحددة فيها على رئيس ومسيرى الشركة.

المادة 423

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المصفي الذي قام عن سوء نية :

- 1- باستعمال أموال أو اعتمادات الشركة الجارية تصفيتها استعمالا يعلم تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاوله أخرى له بها مصلحة مباشرة أو غير مباشرة ؛

2- بيع بعض أو كل أصول الشركة الجارية تصفيتها خرقاً لأحكام المادتين 365 و366

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة⁵⁶⁹
كما تم تعديله:

- بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص 3837.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الفصول من 185 إلى 200⁵⁷⁰

569 - الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

الفرع الرابع: بيع منقولات القاصر

الفصل 201

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم. يتحقق القاضي في هذه الحالة قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقومها خبير يعينه لهذه الغاية عند الاقتضاء وليثبت أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور.

الفصل 202

إذا لم تقع المراضاة أو كانت قيمة المنقولات تتجاوز ألفي درهم أجري البيع بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط.

يقع هذا المزاد في أقرب سوق عمومي أو في أي مكان آخر يتوقع فيه الحصول على أحسن نتيجة. ويحاط العموم علما بتاريخ ومكان المزاد بكل وسائل الإشعار المناسبة لأهمية المبيع.

يباشر البيع بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين تحت إشراف هذا الأخير، ويرسو المزاد على من قدم أعلى عرض في التاريخ والمكان المعينين. يجري المزاد بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم إشهار إعلان البيع إلا إذا كان المنقول عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة تقصير الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى.

يحدد الثمن الأساسي للبيع خبير يعينه القاضي لهذه الغاية.

يسدد المشتري الثمن و الصوائر حالا ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقدا.

ينذر عند تأخره عن الأداء بتأديته دون أجل.

إن لم يستجب للإنذار الموجه إليه أعيد البيع على نفقته ومسؤوليته.

يتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه والثمن الذي وقفت به المزايدة الجديدة إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الأول أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما.

الفصل 203

⁵⁷⁰ - تم نسخ أحكام الفصول من 185 إلى 196، وكذا الفصول من 197 إلى 200 المكونة للفرع الثالث بموجب القانون رقم 72.03، سالف الذكر.

إذا ادعى الغير أن المنقولات المراد بيعها في المزاد ملك له يؤجل البيع إلى أن يبت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في الأمر في أقرب وقت إذا كان طلب إخراج تلك الأشياء من المزايدة مرفوقا بحجج كافية. ويستثنى من ذلك المنقولات التي يسرع الفساد إليها حيث تستمر إجراءات بيعها ولا يسلم ثمنها إلى أن يبت في ملكيتها من طرف قاضي الموضوع.

إذا وافق القاضي المكلف بشؤون القاصرين على تأجيل البيع قدم طلب بإخراج الأشياء إلى محكمة مكان التنفيذ خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ الأمر؛ وإلا فتواصل الإجراءات. ولا تتابع عند الاقتضاء إلا بعد الحكم في هذا الطلب.

الفصل 204

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

الفصل 205

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبائعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914)⁵⁷¹.

يعين القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يوجد بدائرتة المركز الرئيسي للأصل التجاري بطلب من الوصي أو المقدم خبيراً لتحديد الثمن الأساسي.

لا يمكن أن يرسو المزاد على من قدم العرض الأعلى إذا كان الثمن يقل عن ثمن التقويم الذي حدده الخبير لمجموع العناصر المادية المكونة للأصل التجاري. تباع في هذه الحالة بالتقسيط مختلف العناصر التي تكون الأصل التجاري.

الفصل 206

تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

⁵⁷¹ - إن الإحالة على الفصل 3 من الظهير الشريف الصادر في 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914) بشأن بيع ورهن الأصول التجارية، أصبحت منصرفة إلى المادة 103 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187 - وذلك بعدما نَسَخَتْ أحكام هذا القانون تطبيقاً للمادة 733 منه، أحكام الظهير الشريف المذكور، وعَوَّضَتْ الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها.

وتنص المادة 103 من مدونة التجارة على أنه: "إذا طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني سواء كان بطلب من طرف سنديك التسوية أو التصفية القضائية أو من أي مصف أو مسير قضائي أو كان قضائياً بطلب من أي ذي حق، وجب على الطالب أن يبلغ ذلك للبائعين السابقين في الموطن المختار في تقييداتهم مصرحاً لهم بسقوط حقهم في دعوى الفسخ تجاه من رسا عليهم المزاد إذا لم يرفعوها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ".

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

الفرع الخامس: البيع القضائي لعقار القاصر

الفصل 207

يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

الفصل 208

يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة. ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وما له أو عليه من حقوق وعقود الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان. ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أو عدمه. يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجر وفقا للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام.

الفصل 209

إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمرضاة.

إذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائرتة أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي، وذلك وفقا للإجراءات والشروط التالية:

يحدد عند الاقتضاء للعقار المراد بيعه الثمن الأساسي الذي يقدره خبير يعينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

يقوم عون كتابة الضبط بالإشهار القانوني الذي يحدد القاضي شروطه باعتبار قيمة العقار على أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين.

يبين في إعلان المزاد العلني تاريخ ومكان افتتاحه ويعلق بباب العقار وبالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية وينشر إن اقتضى الحال في صحيفة يومية كثيرة الرواج، وفي الجريدة الرسمية.

يبلغ عون كتابة الضبط للحاجر إجراءات الإشهار التي تم القيام بها ويخطر به بضرورة الحضور في اليوم المحدد لإجراء السمسرة.

الفصل 210

يرسو المزااد على من قدم العرض الأعلى ويؤدى الثمن خلال ثلاثة أيام من وقوع السمسرة وإلا لم يسلم له العقار، ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي صوائر إجراءات السمسرة.

إذا لم ينفذ من رسا عليه المزااد شروط السمسرة أنذر بتنفيذها فإن لم يستجب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل السابق. ولا يمكن في هذه الحالة للمشتري المتخلف أن يسترجع العربون الذي قد يكون دفعه.

تتخصر إجراءات السمسرة الجديدة في إشهار يتم خلال شهرين ويتضمن هذا الإشهار بيان الثمن الذي رست به المزايعة الأولى وتاريخ السمسرة الجديدة.

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق بين الثمن الذي رسا به عليه المزااد وثمان البيع الثاني دون أن يكون له الحق في المطالبة بما قد ينتج من زيادة.

الفصل 211

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.
القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.

يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.

للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

ملحق في التعبير عن الإرادة
الوسيط في شرح القانون المدني
الجزء الأول
نظرية الإلتزام بوجه عام
مصادر الإلتزام

العقد

دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان

النيابة في العقد و التعبير الصادر عن النائب .

المرجع الوسيط في شرح القانون المدني

المؤلف عبد الرزاق السنهوري

طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان

- النيابة في العقد

(التعبير الصادر من النائب)

83 - تمهيد :

التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها - فيكون صريحاً أو ضمنياً - ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو ([1]) .

والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق المدين . وأما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة ([2]) .

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمس شخص الأصل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصل ، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو ([3]) . والخصوصية في التعبير الذي يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا في شخص صاحبه كما هو الحال في كل تعبير عن الإرادة ، بل في شخص غيره وهو الأصل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد فتحل إرادته محل ارادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخصي يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد بها بالذكر . فنتكلم اذن في مسائل ثلاث : (أ) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

84 - حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصل .

(ثانياً) وان تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وان يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

الشرط الأول - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل :

85 - النائب والرسول :

تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولاً (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس

واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التي تلحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

86 - العبرة بإرادة النائب وبنيتة :

ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفي لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (1) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فالولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (2) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك في الأحوال التي يترتب فيها القانون اثر على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية . أما إذا كان النائب سيء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصيل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصيل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (4)

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة 104 على ما يأتي :

" 1 - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . "

" 2 - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أن كان من المفروض حتماً أن يعملها (5) . "

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقهاء في مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام (6) .

87 - أما الأهلية فينظر فيها للأصيل :

ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد [7] . وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل ، فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف [8] . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة [9] .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي اضفى على النائب صفته ، وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصيل . فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً - مميزاً أو غير مميز - كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

الشرط الثاني - استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة :

88 - مجاوزة النائب لحدود نيابته :

وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته ، وهي الحدود التي عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذي نعامل مع النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديري الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذي قام به يدخل عادة في حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذي انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند [10] .

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة 107 على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائها [11] " . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . (والنص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة 703 على ما يأتي : " - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

2 - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه أخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة [12] " .

89 - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة :

فإذا جاوز النائب حدود النيابة لوم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار ([13]) .

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

90 - الاسم المستعار أو المسخر (prete - nom) :

ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف اثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما . ومع ذلك يضاف اثر العقد إلى الأصيل في حالتين :

- (1) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة .
- (2) أو كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة 106 من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : " إذا لم يعلن العقاد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن اثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " ([14]) .

91 - التعاقد باسم الأصيل :

فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة في محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة 106 ، وقد تقدم ذكرهما .

ب - آثار النيابة

92 - العلاقة فيما بين النائب والغير :

النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فاطر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسؤولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

93 - العلاقة فيما بين النائب والأصيل :

يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

94 - العلاقة فيما بين الأصيل والغير :

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفي شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما اثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة 105 من القانون المدني الجديد على أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " . ([15])

فيكسب الأصيل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب . كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل .

ج - تعاقد الشخص مع نفسه (*)

95 - نظرة عامة :

متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت إرادتين ([16]) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشرعية الإسلامية والشرعية الانجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحتها في فروض معينة ، والشرائع التي أباحتها حرمتها في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم الشرائع التي تبيح .

96 - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم :

لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وإن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو أباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية ([17]) .

97 - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد :

أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة 108 بأنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء

أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة . " ([18])

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلاً في بيع مال فاشتره لنفسه ([19]) ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلاً في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تنيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين ([20]) .

وهناك رأي يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأي وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ([21]) . ولكن تبيننا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا اناب عن غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الانابة إلى حيد أن يبيع للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، يكون شأنها شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضي به صراحة نص المادة 108 .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وإن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، يكون عمله نافذاً في حق الأصل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة 108 سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة 20 وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر – ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه – وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو بيسير الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات ([22]) . ومثل ما تقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري ([23]) . ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتبس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

(1) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً " فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصبي على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا ندرجاً وفي حدود معينة . كان القانون الروماني يعترف من قديم بنياية الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله داننا لا مدينياً . ثم أخذ يعترف بنيايتها في جعل رب الأسرة مدينياً أيضاً ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا داننا ولا مدينياً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل . ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استيفاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلاً تحكم القانون كالوصي والقيم ، فقد كان يعطى دفْعاً لدعوى الغير ، وفي هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أي أن يصبح الشخص داننا بوكيل ، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقي الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدي بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مدينياً له (انظر جيرار ص 678 ، ص 690 – وانظر في القانون الفرنسي القديم بريسو (Brissaud) ص 1442 وما بعدها) . وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم . والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث (انظر البدائع 6 ص 33 – ص 34) .

([2]) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كام في الولي ، فإن القانون هو الذي يعين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي ، فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن العقد هو الذي يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذي يضيف صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معا . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثاني . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نصين حذفاً من المشروع النهائي لوضوح حكمهما . فكانت المادة 155 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " . وكانت المادة 156 من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " 1 – النيابة اتفاقية أو قانونية . 2 – يحدد التفويض الصادر من الأصل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذي يحدد تلك السلطة " . (انظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 90 – ص 91) .

([3]) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصل ، كان رسولا في حدود هذه التعليمات ونائبا في خارج هذه الحدود (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان 1 فقرة 57) .

ويذهب الدكتور حلمي بهجت بدوي إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففي الأولى تشترك إرادة الأصل والنائب في إمضاء العقد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما في إمضاء العقد . أما في النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده ، ولكن اثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصل (الدكتور حلمي بهجت بدوي ص 79 – 80 – وانظر في النظريات المختلفة التي تقول باشتراك ارادتي النائب والأصل في إبرام العقد ديموج 1 ص 147 – 150) . وانظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب ينقمص شخص الأصل عن طريقة الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأي القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول سافيني ، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصل كما يقول إهرنج ، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصل كما يقول ميتيس (Mitteis) ، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذي تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة 1949 ص 147 – ص 165 . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصل ، هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذي يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصل فهي إرادة الأصل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية (انظر الرسالة المتقدمة الذكر ص 167 – ص 178) . وانظر في رأي للأستاذ بولانجيه (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فأرادة النائب تحل محل إرادة الأصل ، إلى المقدمة التي وضعها الأستاذ بولانجيه للرسالة المذكورة . ويشير الدكتور كلاريز في رسالته (ص 137 – ص 140 و 223) إلى جواز أن تكون النيابة في عمل مادي (fait materiel) لا في عمل قانوني (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثاني ، فالمتبوع في هذه الحالة يكون مسئولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا في الأعمال القانونية فحسب بل وفي الأعمال المادية (انظر في هذا المعنى شيروني (Chironi) في المسؤولية اللاعقدية جزء أول فقرة 156 وما بعدها – مازو جزء أول فقرة 934 وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في

المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولي عن رب العمل إذا كان العمل الذي قام به الفضولي عملاً مادياً .

([4]) (قارن ديموج 1 فقرة 147 - فقرة 150 ، والدكتور حلمي بهجت بدوي ص 79 - ص 80 ، والدكتور احمد حشمت أبو سنتيت ص 93 - ص 94 .

([5]) (تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 157 من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : " يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها " . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم 107 بالنص الآتي : " 1 - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها . 2 - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان المفروض حتماً أن يعلمها . " وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 107 . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : " عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فاستعويض عن التعبير ، " بوجوب العلم بها " بالتعبير " بافتراض العلم بها حتماً " ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يتمشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى " . وأصبح رقم المادة 104 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلبسها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية في بيع صادر من مدين معسر توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ " .) انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 90 - ص 94 .

([6]) (محكمة الاستئناف المختلطة في 17 مايو سنة 1905 م 17 ص 277 - نظرية العقد للمؤلف فقرة 206 .

([7]) (محكمة الاستئناف المختلطة في 30 يناير سنة 1913 م 25 ص 161 . والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء الوكيل ، وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد ، صح العقد ، ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

([8]) (وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلًا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (8 يونيو سنة 1915 المجموعة الرسمية 16 ص 148) .

([9]) (ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : " وعلى تقيض ما تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للبطلان " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 92) .

([10]) (وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة 158 فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه " . وبقي هذا النص في المشروع النهائي وفي المشروع الذي وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، " إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما أن لهذه المادة مقابلاً في القانون الحالي وهي المادة 518 مدني - وكانت المادتان 518 / 634 من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل - ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذي يتعاقد مع نائب عن الغير تقضي عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكتفي بسند عرفي ، وقد يصر على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع في هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير " . وجاء في تقرير اللجنة : " حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية

تفصيلية ، في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها " . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (انظر في كل هذه مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ، ص 95 - ص 97) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتي : " فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضاءها ، كان لمن تعاقده معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوي في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 102 - ص 103) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 160 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن اثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقده معه النائب يجهل هو أيضاً أن النيابة قد انقضت " . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة " ينصرف إلى الأصل " بعبارة " يضاف إلى الأصل " ، وأصبح رقم المادة 110 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 110 . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة الاداة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون المعنى اوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة 107 ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " قد تنقضي النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصل أو الغاء التوكيل ، فإذا تعاقده في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده ملزماً للأصل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار " . (انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 102 - ص 104) .

([12]) (ويلاحظ أنه في الفرضين الأولين - النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الآخرين - جهل النائب والغير لانقضاء النيابة والظروف التي يغلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل - فنفاذ عمل النائب في حق الأصل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

([13]) (فلو كان النائب وكلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكلاً بإرادته . المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

([14]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 159 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائناً أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقده معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب " . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم 109 من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 109 . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعض عن عبارة " إلا إذا كان يستفاد من الظروف " بعبارة " إلا إذا كان من المفروض حتماً " ، وأصبح رقم المادة 106 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 98 - ص 101) .

وانظر أيضاً المادة 32 فقرة 2 و 3 من قانون الالتزامات السويسري . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسري حكماً هاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهي التي تقضي بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوي عنده التعامل معه أو مع من فوضه " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 96) .

هذا ويلاحظ أن الفضولي ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

([15]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 158 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصل مباشرة . 2 - ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه " . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها 108 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 108 . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة 105 . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 95 - ص 97) .

وانظر أيضاً المادة 30 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغي

أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره ، فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ،
واليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات .
ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص
95 - 96) .

([16]) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن
إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن
أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين .
ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .
أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافقت فيه القبول مع
الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانول وريبير
وإسمان 1 فقرة 68 ص 88) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها
القانون تنتج أثراً (ديموج 1 فقرة 42 - فقرة 43) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (انظر رأياً آخر
للدكتور حلمي بهجت بدوي يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في
إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه "
أصول الالتزامات " ص 124 - ص 125) .

([17]) نظرية العقد للمؤلف ص 231 - ص 236 .
([18]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 161 من المشروع التمهيدي مع اختلال لفظي بسيط . وأقرته لجنة
المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلاً لنص المادة 108 ، وقدمته تحت رقم 111 وفي لجنة القانون المدني بمجلس
الشيوخ تساعل أحد الأعضاء عن الجزاء عن مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان
وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل . وتساعل عضو آخر هل الترخيص السابق يغني عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب
بالإيجاب . واعتراض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض
بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكون
الشخص وكيلًا عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلًا عن غيره
فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على
بقاء المادة كما هي تحت رقم 108 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال
التحضيرية 2 ص 105 - ص 108) .

وانظر في هذه المسألة المادة 37 من المشروع الفرنسي الإيطالي .
([19]) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة 479 على أنه " لا
يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم
مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به ببيع بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما
يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " . ونصت المادة 480 على أنه " لا يجوز للسماصرة ولا للخبراء أن يشتروا
الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمانهم أم باسم مستعار " . (ويلاحظ هنا أن
السماسر والخبير انزلا منزلة النائب لاتحاد العلة) . وجاء في المادة 481 : " يصح العقد في الأحوال المنصوص
عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه " .

([20]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتصور أن يتعاقد الشخص مع
نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من
ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن
الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة " . . . وغنى عن البيان
أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 105
- ص 106) .

([21]) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : " ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة
الأصيل . . . ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص " (مجموعة الأعمال
التحضيرية 2 ص 106) .

([22]) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة
وليه أو عند تعارض مصالح القصر بعضها مع بعض
(م 12) . كما قضى بأنه " إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو من
يمثله الوصي ، ولم يبلغ هذا التعارض مبلغاً يخشى معه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 16 ، ففي
هذه الحالة تقيم المحكمة وصياً خاصاً " . ويجوز كذلك تعيين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م 17) .

([23]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي . " ويجوز أن تقضي بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك بإباحة تعامل الولي ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 106) .

مصادر الإلتزام الوسيط الجزء 1 العقد

توافق الارادتين-المتعاقدان الغائبان

2 - المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين) (*)

(Contrat par correspondance ou entre absents)

120 - تحديد الموضوع : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أي منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين

غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة :
البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك [1] .

وليس الذي يميز ما بين الفرضين في حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو
ألا يجتمعا في مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول
وعلم الموجب به . ففي التعاقد ما بين حاضرين تمنحي هذه الفترة من الزمن ، ويعلم
الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه . أما في التعاقد ما بين غائبين فإن القبول
يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن
ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذي يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين
صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين
على ما سنرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور
القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين ، ويكفي لتحقيق ذلك أن
نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب المزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول
بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله [2] .

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول
والعلم به [3] .

121 - ماذا يترتب على هذا التحديد - زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على
النحو الذي قدمناه تبين في الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من
الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت
صدور القبول أما وقت العلم به ظ فإذا تعين الوقت الذي يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان
الذي يتم فيه : يتم في المكان الذي يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم
الموجب بالقبول ، ويتم في المكان الذي يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم
بمجرد صدور القبول .

فرمان العقد هو الذي حدد مكان ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه في بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتلفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين ، فتجري في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين ([4]) .

وعلىنا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أي مكان . ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم ننتقل إلى أحكام القانون المصري .

أ - الفقه والقوانين الأجنبية

122 - مذاهب أربعة في الفقه : الفقه في البلاد التي ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد - كما في فرنسا وفي مصر في ظل القانون القديم - منقسم متشعب الرأي ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمرسالة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ([5]) . فإذا قلنا أن العبرة في تمام العقد هي بتلاقي الإرادتين نو فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلافياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقي ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقي الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لا تتلاق الإرادتان ([6]) .

فليس يعنيه إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلاً ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ح وقت صدور القبول وقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (*systeme de declaration*) - والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (*systeme d'expedition*) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه - به - وهذا هو مذهب تسلم القبول (*systeme de reception*) - والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (*systeme d'information*) .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

123 - مذهب إعلان القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون أن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

124 - مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضي بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

125 - مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد اخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد اخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل أن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة اعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

126 - مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فمتفرع عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشيء أثراً قانونياً ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

127 - النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فيتبين الفرق بينهما فيما يأتي :

1 - إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى العلم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله وصول العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

2 - إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت أي من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أي عقد آخر ناقل للملكية .

3 - هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواضيع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسري هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

4 - في الدعوى البوليصة لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

5 - العقود التي صدرت من تاجر شهر افلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطان علمعرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الافلاس . فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

6 - تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (*lex loci contractu*) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأي المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

7 - قد يكون ارتكاب جريمة في بضع الفروض متوقفاً على تمام عقد مدني ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً

عليها . فيهم أن نعرف في أي مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبديد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

128 - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . اخذ مبه التقنين الألماني (م 130) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م 2 فقرة أولى) ، والتقنين التجاري الإيطالي (م 36) ، والتقنين الإسباني (م 262 فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسري بمذهب تصدير القبول (م 10) . ويأخذ التقنين المدني السوري الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت المادة 98 من هذا التقنين على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك " . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري ([7]) .

أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضي محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ([8]) .

ب - أحكام القانون المصري

129 - القانون القديم : لم يشتمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل ([9]) .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (10).

وبقى الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول (11).

130 - القانون الجديد : أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، اخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسي في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص في المادة 91 على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " . وقد مر الكلام في هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ في نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة 97 بما يأتي :

" 1 - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

1- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذان وصل إليه فيهما هذا القبول (12) " .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء في هذا الصدد وما هو الشيء الذي اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانوني خاص ، فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول اخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من

وجهت إليه ، أي بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة 97 على أن الحكم الذي أورده ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي ورد في العبارة الأخيرة من المادة 91 ، وهي تقضي بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر " قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 97 ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغي أن تفسر على مقتضاه .

وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتتبع هذه النصوص ، مثل ذلك ما ورد في المادة 599 من تجدد الإيجار تجديداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء ([13]) .

([1]) (والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن في أكثر العقود . ولا تستثني إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسيهما في مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يقضي القانون الفرنسي بذلك في الزواج (acte de mariage) وفي عقد الزوجية المالي (Contrat de mariage) وفي عقد التبني (adoption) .

([2]) (ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أصم وهما في مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذي تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تتبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر في هذا الفرض إيموس وأرمانجون : اسئلة في القانونين المدني والتجاري المصريين سنة 1904 ص 39 رقم 57) .

([3]) (ولا يعتبر تعاقد بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً ثم بين حاضرين شفويّاً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط في 11 أبريل سنة 1934 م 46 ص 240) . كذلك لا يعتبر تعاقد بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يعني عن حضور الأصيل (استئناف مختلط في 23 ديسمبر سنة 1936 م 49 ص 43) .

([4] 1) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا الموضوع ، فنصت المادة 140 من هذا المشروع على أنه " يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان " . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " لا يثير التعاقد بالتلفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولذلك تسري عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتلفون قد تم في مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالتعاقد بالتلفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمني نبي إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم . فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنهما شيء واحد . وتفرعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتلفون تاماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أو الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هي القاعدة المقررة في الفقرة الأولى من المادة 131 من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 52 - ص 53 في الهامش) .

([5] 1) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقته . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبيعه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشتري أن البائع يعرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد ظ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في 21 أكتوبر سنة 1913 الشرائع 1 ص 288 - محكمة الاستئناف المختلطة في 2 ديسمبر سنة 1903 م 16 ص 15 - وفي 11 يناير سنة 1905 م 17 ص 72 - وفي 29 ديسمبر سنة 1910 م 33 ص 97 - وفي 12 مايو سنة 1926 م 38 ص 401) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أصابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة 172 من المشروع التمهيدي وسيأتي ذكرها) .

([6] 1) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقي الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول مردود با ، الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن يختار وقت صدور القبول من شأنها ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

([7] 1) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : " واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت بجمليتها من القانون المصري ، فيما عدا العقود بالمرسالة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات التجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لنلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوى العلاقة " (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص 11) .

([8] 1) محكمة النقض الفرنسية في 16 يونية سنة 1913 دالوز 1 - 229 - و في 29 يناير سنة 1913 دالوز 1923 - 1 - 176 . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان العقد . وهناك حكمان آخران يتعلقان بمكان العقد : 6 أغسطس سنة 1867 دالوز 68 - 1 - 35 - وفي أول ديسمبر سنة 1875 دالوز 77 - 1 - 450 .

([9] 1) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض (26 مارس سنة 1912 المجموعة الرسمية 13 ص 183) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة 1950 المحاماة 30 رقم 461 ص 1030 . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلًا من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (دمياط الجزئية في 21 أبريل سنة 1915 الشرائع 2 ص 251) ، فهو قد اخذ بمذهب تصدير القبول .

([10] 1) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في غيابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في 30 يناير سنة 1896 م 8 ص 101 - وفي) فبراير سنة 1922 م 34 ص 157 - وفي 4 أبريل سنة 1933 م 45 ص 226 - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في 21 فبراير سنة 1922 جازيت 12 ص 35 - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في 19 فبراير سنة 1923 جازيت 14 ص 34 - وفي 3 مارس سنة 1924 جازيت 15 ص 26 - وفي 3 يونية سنة 1944 م 56 ص 180) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في 2 ديسمبر سنة 1915 م 28 ص 43 - وفي 13 يناير سنة 1926 م 38 ص 179 - وفي 9 فبراير سنة 1927 م 39 ص 227 - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في 5 مارس سنة 1928 جازيت 19 ص 256 - وفي 28 سبتمبر سنة 1941 المحاماة 22 رقم 59 ص 150) . وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في 6 مايو سنة 1925 م 37 ص 401 - وفي 24 فبراير 1943 م 55 ص 64 - وفي 5 أبريل سنة 1949 م 61 ص 91) .

([11] 1) من ذلك ما جاء بنظرية العقد للمؤلف : " يشعر المستعرض لحلول المتقدمة بشيء من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن المتأمل في المسألة لا يسعه إلا أن يماشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداءً بإيجابه ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فالموجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد وإن يتم . أما لتأشيعات التي وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة ، فلا نظنها موفقة في ذلك . والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة ولم يمكن الاهتداء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض . وآمن فرض في تفسير إرادة الموجب أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن نأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا نأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ، بل نأخذ بها لأنها تتفرع عن المبدأ الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في التشريع المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما لاعتد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاهتداء إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة الموجب الغامضة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة

الرأي الذي نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هي التي تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم " (نظرية العقد للمؤلف فقرة 304 – فقرة 305) .

أنظر أيضاً في الفقه المصري الذي أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمي بهجت بدوي ص 111 – ص 112 والدكتور احمد حشمت أبو ستيت ص 89 .

([12] 1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 139 من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع اختلاف لفظي طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظي ، وأصبح رقم المادة 99 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم 97 ومع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 52 – ص 55) . وانظر أيضاً المادة 2 فقرة أولى من المشروع الفرنسي الإيطالي .

([13] 1) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لآينة بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . ويدهي أن هذا الحكم قر يسري حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً ، أو حيث يقضي القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هي الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختياري (وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في التنفيذ الاختياري كما قدمنا) اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب . ذلك أن الموجب هو الذي يبتدئ التعاقد ، فهو الذي يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن الطبيعي والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فمذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه – أنظر الفقرة الأولى من المادة 125 من المشروع – ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصري على رأي معين في هذا الصدد . فقد اختلفت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص في المسائل المدنية (26 مارس سنة 1912 المجموعة الرسمية 13 ص 183) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (30 يناير سنة 1896 م 8 ص 101 –) فبرابر سنة 1922 م 34 ص 157 – 4 أبريل سنة 1933 م 45 ص 226) . وبين مذهب الإعلان (13 يناير سنة 1926 م 38 ص 179 –) فبرابر سنة 1927 م 39 ص 227) . وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلطة والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في 6 مايو سنة 1925 م 37 ص 401 – دمياط 21 أبريل سنة 1915 الشرائع 2 ص 251) . ولم تتح لمحكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضي على هذا الخلاف بأسره " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 53 – ص 54) .

التسميات : العقد ، الوسيط_ جزء 1_ مصادر_ الالتزام

توافق الارادتين-المتعاقدان في مجلس واحد

توافق الإرادتين

98 - التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقهاء والقضاء . وهذا بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على موالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (1) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (2) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

1- المتعاقدان في مجلس واحد

99 - الإيجاب والقبول : تقدم أنه لا يد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين ح يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فنتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

1- صدور الإيجاب :

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

100 - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات ⁽¹⁾ قد تطول . ويعتبر من قبل المفاوضات أن يعرض

شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كان يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (م 134) يقي بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض ([2]) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة ([3]) .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل تفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانوني .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول ، فإذا اثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وأنبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

101 - الإيجاب المعلق : وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى

الأسبقية في القبول حتى ينفذ الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه .

102 - الإيجاب البات :

فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون . فين فصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمة .

القوة الملزمة للإيجاب :

103 - في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول ([4]) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبنى هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته ([5]) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً في التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ([6]) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمني ، ونظرية المسؤولية التقصيرية ([7]) .

104 - في القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي . فقضت المادة 93 بما يأتي : " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . 2 - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة

المعاملة ([8]) " . فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم نعد بعد هذا النص في حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي ([9]) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبل يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر ([10]) . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمني ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب ، أن يترصد الموجب مستقبلاً إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد الذي يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل في الميعاد المقرر لوصوله ([11]) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التي حددها ، وما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المادة كما سيأتي .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أي وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

سقوط الإيجاب :

105 - الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقضي المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م 96 وسيأتي ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضي المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يظل الموجب مرتباً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشييه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لا حق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق إرادتين ([12]) " .

106 - الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م 94 ^[13]) .

107 - القبول بعد سقوط الإيجاب إيجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذي قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتي بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذي سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ^[14] . ونرى ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب - اقتران الإيجاب بالقبول

108 - الميعاد الذي يصح فيه القبول - مدة قيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقترن بالقبول - ما دام مجلس العقد لم ينفذ . فإذا انقضت سقط الإيجاب وامتنع التعاقد .

109 - مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة 94 من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها : " 1 - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .

2 - ومع ذلك يتم العقد ، واو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد (15) " .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد اخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد (16) " .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة (17) - يقتضي أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والحرص ما لا يخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ، وصادر احدهما إيجاباً للآخر ، فليس

من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أي منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد في انفض ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو ف ينظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد ([18]) .

([1]) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية وهي تقتضي السرعة في البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه اذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ما سئرى .

([2]) وقد سببت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التعبير الصريح والتعبير الضمني (انظر فقرة 76) ، وبيننا هناك أن هذا النص في حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه .

([3]) 2 مارس سنة 1904 م 16 ص 147 - انظر أيضاً حكماً آخر في 24 ابريل سنة 1902 م 14 ص 264 .

([4]) استئناف مختلط في 30 يناير سنة 1896 م 8 ص 101 - وفي) يونيه سنة 1898 م 10 ص 322 - وفي 8

مارس سنة 1900 م 12 ص 156 - وفي 2 مارس سنة 1904 م 16 ص 147 - وفي 21 ابريل سنة 1904 م

16 ص 213 - وفي 15 نوفمبر سنة 1923 م 36 ص 32 - وفي 13 مارس سنة 1945 م 57 ص 88 .

([5]) استئناف مختلط في 21 مايو سنة 1879 بوريللي بك م 301 فقرة 5 - وفي 18 يناير سنة 1912 م 24 ص

100 - وفي 23 نوفمبر سنة 1917 م 30 ص 62 .

([6]) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في 6 يناير سنة 1923 جازيت 14 ص 13 رقم 17 .

([7]) أنظر كتاب " نظرية العقد " للمؤلف ص 244 - ص 246 .

([8]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 130 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - إذا حدد ميعاد للقبول

التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . 2 - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل

" . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على

المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما ادخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة 95 في المشروع

النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 95 . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني

بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم 93 . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 36 - ص 38) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : " كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم

يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه " (م 129 من

المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المعقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 30) .

([9]) هذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 37) .
([10]) وقد كانت المادة 132 من المشروع التمهيدي تجري على هذا الوجه ، وحذفت في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 40) . ويلاحظ أننا انتقلنا في هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر في مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .
([11]) أنظر في مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمناً محكمة الاستئناف المختلطة في 18 يناير سنة 1912 م 24 ص 100 .

هذا وتقديم عطاء في مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء - والعلم هنا يقع على تقديم العطاء في ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سريراً كما تقضي بذلك طبيعة المعاملة - يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فض المظاريف ، لأن الإيجاب قد أقرن بأجل ضمناً هو الميعاد الذي حدد لإرساء العطاء .
([12]) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 36 - وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في 17 نوفمبر سنة 1917 م 3 ص 62 .

([13]) كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يعدد الحالات التي يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة 133 من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " يسقط الإيجاب : 1) إذا انقضت صفته الملزمة قبل أي قبول . 2) إذا رفضه من وجه إليه . 3) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر " . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعداد يحسن تركه للفقهاء (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 40 - ص 41 في الهامش) .
([14]) أنظر في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص 253 حاشية رقم 1 و 2 .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة 141 من المشروع التمهيدي تجري على الوجه الآتي : " يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد ، ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوي إلا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن يخطر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الأخطار اعتبر القبول غير متأخر " وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتي : " ويجب التفريق بين القبول الذي يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذي يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثاني دون الأول هو الذي يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون في الأخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب " . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 49 - ص 51) .

([15]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 131 من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا فروقا لفظية طفيفة) . ولما تلى النص في لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهوماً أنه لم يرد الإمعان في وجهة النظر المادية التي نراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة 96 في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على

المادة دون تعديل تحت رقم 96 . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساعل أحد الاعضاء عما إذا كان من الممكن الاستغناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفي لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفضاً من مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم 94 . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 39 - ص 44) .

([16]) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 42 .

([17]) أنظر المادة 4 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 147 فقرة 1 من التقنين الألماني .

([18]) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي وهو المذهب الذي قصد القانون الجديد أن يستمد منه في هذه المسألة . وقد اختلفت

الحنفية مع الشافعية في ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب له أن يرجع في قبوله قبل انفضاض مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعي ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولا ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفي محدود المدى من الناحية العملية . فالحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس . أما المذهب الملاكي فيشترط الفورية كالمذهب الشافعي ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يختره القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرج .

وتنقل هنا بعض ما جاء في البدائع في هذه المسألة : " وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد ، لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده ، فوجد الثاني والاول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا ان اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً . وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور . ولنا ان في ترك اعتبار الفور ضرورة لان القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل " (البدائع 5 ص 137) .

هذا التحليل الرائع هو الذي تقف عنده . ولا نجاري المذهب الحنفي بعد ذلك في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : " وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل . . . ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد ، لأنه لما سارا وسارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . أما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت ، فاختلف المجلس بسيرها " (البدائع 5 ص 137) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي ، ثم يقلبون المسألة على وجوها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختياري (المشي أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينعقد . وفي هذا ذهاب بالمنطق إلى ابعاد مدى ، وفيه من الحرج في التعامل مالا يخفى ، إذ يمتنع على " شخصين يمشيان أنو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس ، فيكفي الاتحاد الحكمي ، وقد اقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحكمي في التنقل غير الاختياري للضرورة ، والضرورة ذاتها هي التي تقضي علينا أن نكتفي بالاتحاد الحكمي في التنقل الاختياري أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع الحرج في حالة يكثر وقوعها وهي السفر بالسكة الحديدية ، فذكر في هذه المسألة ما يأتي : " أما لو تباعا وهما في السفينة فإنه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانهما لأنهما لا يملكان إيقافها (طحطاوي عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد " (شرح المجلة لسليم باز ص 86)

البحث

النيابة القانونية و القضائية و الاتفاقية:

تمهيد

إن النيابة تجوز في البيع كما تجوز في بقية التصرفات القانونية الأخرى.

و مجال النيابة إما ما يقتضيه القانون عندما يكون الشخص في وضع معين بالنظر إلى حالته الشخصية أو مركزه المالي (النيابة القانونية)، و أما ما يقرره القاضي أو يأمر به خاصة عندما يكون مال الشخص محل نزاع أو ترتبط به حقوق أشخاص آخرين مما يستوجب تأمينه و الحرص عليه و تدبيره إلى حين الانتهاء من تصفيته و بالتالي من تفريده بقسمته (النيابة القضائية)، و اما يستدعيها أخيرا ما يفرضه تنفيذ إرادة احد الطرفين الأصليين في العقد أوهما معا كي يتفرغ أو تفرغا لأمر أخرى (النيابة الاتفاقية).

و النيابة أيا كان مصدرها الذي يحدد نوعها لا تتصرف في الأصل إلا إلى تكوين العقد. أما آثار هذا العقد فتتصرف إلى الطرف الأصلي لذلك نجد أن النيابة تقتضي أن يبرم النائب التصرف بإرادته هو و ليس بإرادة الأصيل، على أن يكون إبرام التصرف باسم الأصيل كي تتصرف آثاره إلى هذا الأخير كما لو كان هو الذي أبرمه-في الحدود التي رسمها أو رسمت قانونا أو قضاء للنائب.

و يقصد بالحدود المرسومة للنيابة ذلك المجال الذي يستطيع فيه النائب التعبير عن إرادته. و هذا المجال ينظر إليه في تحديده إما من زاوية الأموال التي تم في شأنها تفويض السلطة للنائب أو من زاوية التصرفات أو الصلاحيات التي على النائب أن يتقيد بها ولو اقتصررت هذه الصلاحيات على مجرد تفويض للإمضاء و الملاحظ أن النزاعات التي تثور في شأن النيابة غالبا ما تنصب على مجالها المتمثل في الحدود المرسومة لها. و حل هذه النزاعات يقتضي الرجوع إلى مصدر النيابة الذي قد يكون هو القانون بالنسبة إلى النيابة القانونية أو القاضي بالنسبة إلى النيابة القضائية أو عقد الوكالة بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية.

أولا: مجال تفويض السلطة في النيابة القانونية

إن مجال السلطة المخولة للنائب القانوني أو الشرعي يحدده القانون المنظم لهذه النيابة.

1- الحراسة القانونية .

و هي التي تترتب للغير الذي توجد في حوزته المنقولات و العقارات التي صدر أمر قضائي بحجزها (الفصلان 456 و 457 من المسطرة المدنية).⁵⁷²

⁵⁷² _

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،
كما تم تعديله .

الفصل 456

إذا كانت المنقولات أو العقارات المملوكة للمنفذ عليه الصادر ضده الأمر بالحجز التحفظي في حوزة الغير بلغ عون التنفيذ لهذا الأخير الأمر وسلمه نسخة منه.
يترتب عن ذلك الأمر اعتبار الغير حارسا للمنقول أو العقار المحجوز عدا إذا اختار تسليمه إلى العون.
يلزمه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عنه إلا بإذن من القضاء.

الفصل 457

يقدم الغير المحجوز لديه عند التبليغ إذا كان المحجوز منقولا وصفا تفصيليا لهذا المحجوز ويذكر بالحجز السابق الذي قد يكون وقع بين يديه والذي مازال ساري المفعول، فإن كان المحجوز عقارا سلم وثائق الملكية التي عنده ما لم يختار بعد الإحصاء إقامته حائزا له.
يجر محضر بتصريحاته ترفق به المستندات المؤيدة لها ويودع الكل خلال ثمانية أيام بكتابة ضبط المحكمة المختصة.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية⁵⁷²

الفرع الثاني: الحجز التنفيذي

الفصل 459

لا يمكن تمديد الحجز التنفيذي إلى أكثر مما هو لازم لأداء ما وجب للدائن وتغطية مصاريف التنفيذ الجبري.
لا يقع هذا التمديد إذا لم ينتظر من بيع الأشياء المحجوزة ثمن يتجاوز مبلغ مصاريف التنفيذ الجبري.
(أ) حجز المنقولات

الفصل 460

يجري العون المكلف بالتنفيذ، حجزا على أموال المدين وفقا لمقتضيات الفصلين 455 و456 إذا امتنع المدين بعد التبليغ المقرر طبقا لمقتضيات الفصل 440 من إبراء ذمته أو لم ينفذ التزامه المتعلق بتأدية ما بذمته سواء كان هناك حجز تحفظي أم لا.

الباب الرابع: حجز المنقولات والعقارات

الفرع الأول: الحجز التحفظي

الفصل 452

يصدر الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية، ويحدد هذا الأمر ولو على وجه التقريب مبلغ الدين الذي رخص الحجز بسببه ويبلغ هذا الأمر وينفذ دون تأخير.

الفصل 453

لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تقويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر.

الفصل 454

يبقى المحجوز عليه حائزا للأموال إلى أن يتحول الحجز التحفظي إلى حجز آخر ما لم يؤمر بغير ذلك وما لم يعين حارس قضائي.

يمكن له نتيجة ذلك أن ينتفع بها انتفاع الشخص الحريص على شؤون نفسه وأن يملك الثمار دون أن يكون له حق كرائها إلا بإذن من القضاء. ولا يمكن التمسك بكل عقد يتعلق بأصل تجاري أو بأحد عناصره في مواجهة الدائن الذي أوقع حجزا تحفظيا على ذلك الأصل أو على أحد عناصره مما يتعلق بموضوع العقد المشار إليه.

الفصل 455

إذا وقع الحجز التحفظي على منقولات توجد في حوزة المنفذ عليه قام عون التنفيذ بحصرها وترقيمها في محضر. إذا تعلق الأمر بحلي أو أشياء ثمينة تضمن المحضر بقدر الامكان وصفها وتقدير قيمتها. إذا تعلق الأمر بأصل تجاري تضمن المحضر وصف العناصر المادية وتقدير قيمتها وتتخذ نفس الإجراءات إذا اقتصر الحجز على أحد عناصره.

يقيد المحضر - في الحالات المشار إليها في الفقرة السابقة بسعي من عون التنفيذ - في السجل التجاري حيث يكون مرجعا بالنسبة للعناصر الغير المادية للأصل التجاري التي يشملها الحجز أيضا، ويتم هذا التقييد ولو أهمل التاجر أو الشركة التجارية تطبيق المقتضيات التشريعية التي تحتم تسجيل التجار والشركات التجارية في السجل التجاري.

إذا تعلق الحجز التحفظي بعقار محفظ أو في طور التحفيظ فإن الأمر الصادر به يوضع بالمحافظة العقارية لتسجيله بالرسم العقاري بسعي من المستفيد منه.

إذا تعلق الأمر بحجز تحفظي على عقار غير العقارات المشار إليها في الفقرة أعلاه حدده المحضر ببيان مكان وجوده وحدوده ومساحته إن أمكن مع الإشارة إلى كل المعلومات المفيدة وترسل نسخة من الأمر بالحجز والمحضر بواسطة عون التنفيذ إلى رئيس المحكمة الابتدائية قصد تقييده بسجل خاص موضوع رهن إشارة العموم ويقع الإشهار علاوة على ذلك لمدة خمسة عشر يوما بتعليق الإعلان بالمحكمة على نفقة الحاجز.

الفصل 456

إذا كانت المنقولات أو العقارات المملوكة للمنفذ عليه الصادر ضده الأمر بالحجز التحفظي في حوزة الغير بلغ عون التنفيذ لهذا الأخير الأمر وسلمه نسخة منه.

يترتب عن ذلك الأمر اعتبار الغير حارسا للمنقول أو العقار المحجوز عدا إذا اختار تسليمه إلى العون.

يلزمه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عنه إلا بإذن من القضاء.

الفصل 457

يقدم الغير المحجوز لديه عند التبليغ إذا كان المحجوز منقولا وصفا تفصيليا لهذا المحجوز ويذكر بالحجز السابق الذي قد يكون وقع بين يديه والذي مازال ساري المفعول، فإن كان المحجوز عقارا سلم وثائق الملكية التي عنده ما لم يختار بعد الإحصاء إقامته حائزا له.

يحرر محضر بتصريحاته ترفق به المستندات المؤيدة لها ويودع الكل خلال ثمانية أيام بكتابة ضبط المحكمة المختصة.

الفصل 458

لا تقبل الحجز الأشياء التالية:

- 1 - فراش النوم والملابس وأواني الطبخ اللازمة للمحجوز عليه ولعائلته؛
 - 2 - الخيمة التي تأويهم؛
 - 3 - الكتب والأدوات اللازمة لمهنة المحجوز عليه؛
 - 4 - المواد الغذائية اللازمة مدة شهر للمحجوز عليه ولعائلته التي تحت كفالته؛
 - 5 - بقرتين وستة رؤوس من الغنم أو المعز باختيار المحجوز عليه بالإضافة إلى فرس أو بغل أو جمل أو حمارين باختيار المحجوز عليه مع ما يلزم لأكل وفراش هذه الحيوانات مدة شهر من تبن وعلف وحبوب؛
 - 6 - البذور الكافية لبذر مساحة تعادل مساحة الملك العائلي؛
 - 7 - نصيب الخماس ما لم يكن لفائدة رب العمل.
- والكل دون مساس بالمقتضيات المتعلقة بالملك العائلي.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية⁵⁷²

الفصل 514

كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأموال المخزنية وجب إدخال العون القضائي في الدعوى وإلا كانت غير مقبولة.

الفصل 515⁵⁷²

ترفع الدعوى ضد:

- 1 - الدولة، في شخص رئيس الحكومة وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء؛
- 2 - الخزينة، في شخص الخازن العام؛
- 3 - الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمالات والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس القروي بالنسبة للجماعات؛
- 4 - المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني؛
- 5- مديرية الضرائب، في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها⁵⁷².

الفصل 516

توجه الاستدعاءات والتبليغات وأوراق الإطلاع والإنذارات والإخطارات والتنبيهات المتعلقة بفاقي الأهلية والشركات والجمعيات وكل الأشخاص الاعتباريين الآخرين إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه

30 من شوال 1429 (30 أكتوبر 2008) في شأن تفويض إمضاء الوزراء وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة (ج).
ر. عدد 5688 بتاريخ 5 ذو الحجة 1429 - 4 ديسمبر

المادة الأولى

يمكن للوزراء وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة الذين يطلق عليهم اسم "السلطات الحكومية" في ما يلي من النص ، أن يفوضوا ، بقرار ، إلى الموظفين والأعوان التابعين لإدارتهم الذين يمارسون على الأقل مهام رئيس مصلحة أو مهام مماثلة ، الإمضاء أو التأشير ، نيابة عنهم ، على جميع الوثائق المتعلقة بالمصالح الخاضعة لسلطتهم ، ماعدا المراسيم والقرارات التنظيمية.

المادة 2

يمكن للسلطات الحكومية أن تفوض ، بقرار ، إلى الموظفين والأعوان الخاضعين لسلطتها ، الإمضاء أو التأشير ، نيابة عنها ، على وثائق الالتزام بالنفقات والأوامر بالصرف أو تفويض الاعتمادات والأوامر بتحويلها والأوامر بقبض الموارد والوثائق المثبتة للنفقات والموارد ، وذلك طبقا للشروط المحددة في النظام العام للمحاسبة العمومية وأحكام المرسوم رقم 401-98-2 الصادر في 9 محرم 1420 (26 أبريل 1999) المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية ، كما وقع تغييره وتتميمه.

المادة 3

يمكن للسلطات الحكومية أن تفوض ، بقرار ، إلى ولاية الجهات وعمال العمالات أو الأقاليم ، في حدود دائرة نفوذهم الترابي ، الإمضاء أو التأشير ، نيابة عنها ، على جميع الوثائق المتعلقة بأعمال المصالح غير الممركزة التابعة لها ، ماعدا المراسيم والقرارات التنظيمية.

المادة 4

يمكن للسلطات الحكومية تفويض إمضاءها ، وفق نفس الكيفيات والشروط المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه ، إلى الموظفين والأعوان غير الخاضعين لسلطتها والذين يمارسون مهامهم بالمصالح غير الممركزة.

يمكن أن تحدد ضمن القرارات المتعلقة بهذا التفويض الشروط الخاصة التي يجب أن يمارس المفوض له مهامه في نطاقها. ويجب أن تحمل هذه القرارات تأشيرة السلطة التي يخضع لها هؤلاء الموظفون والأعوان.

المادة 5

يمكن للسلطات الحكومية أن تفوض ، بقرار ، إلى الموظفين والأعوان غير الخاضعين لسلطتها والذين يمارسون مهامهم بالمصالح غير الممركزة ، الإمضاء أو التأشير ، نيابة عنها ، على الوثائق والأوامر المذكورة في المادة 2 أعلاه ، وذلك طبقا للشروط المحددة في النظام العام للمحاسبة العمومية وأحكام المرسوم السابق الذكر رقم 401-98-2 الصادر في 9 محرم 1420 (26 أبريل 1999). ويجب أن تحمل هذه القرارات تأشيرة السلطة التي يخضع لها هؤلاء الموظفون والأعوان.

المادة 6

يمكن كذلك للمندوبين السامين ، في حدود الاختصاصات المسندة إليهم بموجب ظهير تعيينهم ، تفويض إمضاءهم طبقا لمقتضيات المواد من 1 إلى 5 من هذا المرسوم.

المادة 7

تبعث السلطات المفوضة المعنية نسخا من قرارات التفويض المشار إليها في المادتين 4 و5 أعلاه ، قصد الإخبار ، إلى ولاية الجهات وعمال العمالات والأقاليم المختصين.

أو الحراسة القانونية التي تترتب في المغرب لمدير أملاك الدولة الذي يتولى حيازة و تدبير الممتلكات الصادرة في حق أربابها أحكام غيابية أو الموضوعة تحت العقل أو المصادرة أو المتأتية من التركات الشاغرة أو الهبات أو الوصايا طبقا للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل .⁵⁷³

أو ما تنص عليه المادة 443 من قانون المسطرة الجنائية المغربية .⁵⁷⁴

المادة 8

يمكن إسناد التفويض في الإمضاء لمدة محددة أو غير محددة ، كما يمكن سحبه في كل حين ولا يسري مفعوله ، في جميع الحالات ، إلا خلال مدة ممارسة السلطة المفوضة لمهامها .

وفي حالة ما إذا أدخل تعديل على تكوين الحكومة ، فإن التفويضات الممنوحة سلفا تبقى سارية المفعول إذا ظلت السلطة الحكومية المفوضة وظل المفوض لهم يمارسون نفس المهام التي كانوا يمارسونها من قبل .

المادة 9

يجب أن تتضمن قرارات التفويض في الإمضاء اسم أو أسماء المفوض لهم والوثائق التي يشملها التفويض وأن تحمل نموذج توقيع هؤلاء المفوض لهم .

ويسري مفعول هذه القرارات ، التي تنشر بالجريدة الرسمية ، ابتداء من تاريخ توقيعها من قبل السلطات المفوضة .

المادة 10

يعمل بهذا المرسوم ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، وتنسخ ، ابتداء من نفس التاريخ ، أحكام الظهير الشريف رقم 1-57-068 الصادر في 9 رمضان 1376 (10 أبريل 1957) في شأن تفويض إمضاء الوزراء وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة ، كما وقع تغييره وتتميمه .

تعوض الإحالات في النصوص الجاري بها العمل إلى الظهير السابق الذكر رقم 1-57-068 الصادر في 9 رمضان 1376 (10 أبريل 1957) ، بالإحالة إلى هذا المرسوم .

وحرر بالرباط في 30 من شوال 1429 (30 أكتوبر 2008).

⁵⁷³ _

المادة 3 من مرسوم 23 أكتوبر 2008 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نوفمبر 2008 المتمم بمرسوم 16 مارس 2016 الجريدة الرسمية عدد 6451 و تاريخ 28 مارس 2016 .

⁵⁷⁴ _

ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية 574

2 - أجهزة مساطر المعالجة القضائية و التصفية القضائية و معالجة صعوبة المقولة و التسوية القضائية المتمثلة في القاضي المنتدب والسنديك .

و تزاوّل مهام السنديك من طرف كاتب الضبط و يمكن للمحكمة عند الإقتضاء
إسنادها للغير .⁵⁷⁵

المسطرة الغيابية

المادة 443

إذا تعذر القبض على المتهم بعد الإحالة أو إذا لاذ بالفرار بعد القبض عليه أو إذا كان في حالة الإفراج المؤقت أو
الوضع تحت المراقبة القضائية، ولم يستجب إلى الاستدعاء بالمثل المسلم إليه، فإن رئيس غرفة الجنايات أو المستشار
المنتدب من طرفه يصدر أمرا بإجراء المسطرة الغيابية.

ينص هذا الأمر على أنه يتعين على المتهم أن يحضر داخل أجل ثمانية أيام، وإلا فيصرح بأنه عاص للقانون ويوقف
عن مزاوله حقوقه المدنية وتعتقل أملاكه خلال مدة التحقيق الغيابي ويمنع من رفع أية دعوى قضائية طيلة نفس المدة ويصرح
بأنه سيحاكم رغم تغيبه وأن على كل شخص أن يدل على المكان الذي يوجد فيه.

يشير هذا الأمر، زيادة على ما تقدم ، إلى هوية المتهم وأوصافه وإلى وصف الجناية المتهم بها وإلى الأمر بإلقاء
القبض عليه.

المادة 444

يعلق الأمر بإجراء المسطرة الغيابية بباب آخر مسكن للمتهم، وعند عدم معرفة هذا المسكن، بباب المحكمة
الجنايتية وترسل نسخة منه إلى مدير الأملاك المخزنية بالدائرة التي كان يوجد فيها آخر مسكن للمتهم، وعند عدم معرفة
هذا المسكن إلى مدير الأملاك المخزنية بالمكان الذي تتعقد فيه المحكمة الجنايتية.

المادة 445

علاوة على ما تقدم، يذاع ثلاث مرات داخل أجل ثمانية أيام الإعلان التالي بواسطة الإذاعة الوطنية:
« صدر عن غرفة الجنايات لدى محكمة الاستئناف ب-... أمر بإجراء المسطرة الغيابية ضد « فلان (الهوية) الذي
كان يوجد مسكنه الأخير ب-... والمتهم ب-...
« وأوصاف المتهم فلان هي»....

« يتعين على فلان أن يقدم نفسه حالا إلى أية سلطة قضائية أو شرطية.

« ويتحتم على كل شخص يعرف المكان الذي يوجد به المتهم أن يعلم بذلك نفس «السلطات.»

575 _

أنظر المادة 568 من مدونة التجارة ظهير فاتح أغسطس 1996 الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى
الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.
التي نصت على ما يلي

و المادة 637 من نفس القانون القسم الرابع القواعد المشتركة لمساطر المعالجة
القضائية و التصفية القضائية .⁵⁷⁶

- 3 - الوكيل للغيبة أو المسير⁵⁷⁷ .

المادة 568

يقضى بالتسوية القضائية إذا تبين أن وضعية المارقة ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه وإلا فيقضى بالتصفية
القضائية.

تعين المحكمة القاضي المنتدب والسنديك.

تزاوّل مهام السنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة، عند الاقتضاء، أن تسندها للغير.

⁵⁷⁶ _

المادة 637

تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك.

يمنع إسناد مهمة القاضي المنتدب أو السنديك إلى أقارب رئيس المارقة أو مسيرها حتى الدرجة الرابعة بإدخال
الغاية.

⁵⁷⁷ _

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة
على نص قانون المسطرة المدنية⁵⁷⁷

الفرع الحادي عشر: الغيبة

الفصل 263

يمكن لكل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة أو للنياحة العامة لدى المحكمة الابتدائية تقديم مقال
عند وجود ضرورة تسيير كل أو بعض أموال تركها شخص افترضت غيبته بسبب انقطاع أخباره دون أن
يتترك وكالة لأحد إلى المحكمة الابتدائية لمحل آخر موطن أو آخر محل إقامة من تفترض غيبته وإلا فإلى
المحكمة التي توجد الأموال بدائرتها قصد الأمر باتخاذ إجراءات التسيير اللازمة وخاصة تعيين كاتب
ضبط يكلف بهذا التسيير ضمن الشروط التي تحددها المحكمة.

يمنع على هذا المسير أن يفوت أي منقول أو عقار دون إذن من القضاء.

يبت القاضي بأمر غير قابل للطعن. ويتعين على النياحة العامة إذا لم تكن هي التي قدمت المقال أن
تدلي بمستنتاجاتها.

الفرع الثاني عشر: أهلية الدولة للإرث

الفصل 267

إذا كانت الدولة مؤهلة عند انعدام وارث معروف للإرث أخبرت السلطة المحلية لمكان الوفاة وكيل الملك بذلك مع بيان المتروك على وجه التقريب. ويصدر رئيس المحكمة الابتدائية المحال عليه الطلب من طرف وكيل الملك أمرا على طلب يعين فيه كاتب ضبط لإحصاء الأموال والقيم المتروكة ويعينه قيما إن كانت لها أهمية ما لحراستها. ويضع هذا الكاتب الأختام عند الحاجة. ويحرر محضرا بمختلف هذه العمليات.

إذا كانت الأموال تشتمل على عناصر قابلة للتلف استؤذن رئيس المحكمة في بيعها بالكيفيات المقررة لبيع منقولات القاصر. وتوضع الأموال الناتجة عن هذا البيع بعد خصم المصاريف بصندوق الإيداع والتدبير⁵⁷⁷.

يخطر وكيل الملك حينئذ إدارة الأملاك المخزنية.

الفصل 268

يأمر رئيس المحكمة الابتدائية عند الاقتضاء باتخاذ جميع تدابير الإشهار التي يراها ضرورية وخاصة تعليق أمره بآخر موطن للهالك وبمقر الجماعة لمحل ازدياده إن كان معروفا وحتى النشر في جريدة واحدة أو أكثر من الجرائد التي يعينها.

ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية⁵⁷⁷

الفصل 474

بمجرد ما يقع الحجز العقاري أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 471 فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهيئ دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن ويبين الإعلان عن المزاد تاريخ افتتاحه، وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع.

يبلغ إلى العموم المزاد والبيع:

1 - بتعليق:

(أ) على باب مسكن المحجوز عليه وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات؛

(ب) باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ؛

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق إن كان الثمن الذي رست به المزايدة الجديدة أقل من الأولى دون أن يكون له حق طلب ما قد ينتج من زيادة.

(ج) بمكاتب السلطة الإدارية المحلية.

2 - بكل وسائل الإشهار (في الصحافة والإذاعة...) المأمور بها عند الاقتضاء من طرف الرئيس حسب أهمية الحجز.

يتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى إقفال محضر المزاد ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز.

الفصل 475

إذا لم تكن العقارات مكتراة وقت الحجز فإن المنفذ عليه يبقى حائزا لها بصفته حارسا قضائيا حتى يوم البيع ما لم يصدر الأمر بغير ذلك، ويمكن للمحكمة أن تبطل عقود الكراء إذا أثبت الدائن أو من رسا عليه المزاد أنها أبرمت إضرارا بحقوقه دون مساس بمقتضيات الفصلين 453 و454.

يمنع على المنفذ عليه بمجرد تبليغه الحجز أي تفويت في العقار تحت طائلة البطلان وتعقل ثمار هذا العقار ومدا خيله عن المدة اللاحقة للتبليغ وتوزع بنفس المرتبة مع ثمن العقار نفسه.

يعتبر الإشعار الموجه للمكترين من العون المكلف بالتنفيذ طبق الطرق العادية للتبليغ بمثابة حجز لدى الغير بين أيديهم على المبالغ التي كانوا سيؤدونها عن حسن نية قبل التبليغ بالنسبة للمدة الموالية لهذا التبليغ.

الفصل 476

تقع السمسرة في محل كتابة الضبط التي نفذت الإجراءات وأودع فيها المحضر بعد ثلاثين يوما من تبليغ الحجز المنصوص عليه في الفصل السابق. غير أنه يمكن تمديد الأجل نتيجة الظروف بأمر معلل من الرئيس لمدة لا يمكن أن تتجاوز في الكل تسعين يوما بإضافة الثلاثين يوما الأولى إليها.

يبلغ في الأيام العشرة الأولى من هذا الأجل عون التنفيذ للمنفذ عليه أو من يقوم مقامه ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 469 إتمام إجراءات الإشهار ويخطر به بوجوب الحضور في اليوم المحدد للسمسرة.

يستدعى في الأيام العشرة الأخيرة من نفس المدة لنفس التاريخ المحجوز عليه والمتزايدين الذين قدموا عروضهم طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 474.

الفصل 477

إذا حل اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة ولم يؤد المنفذ عليه ما بذمته قام عون التنفيذ بعد التذكير بالعقار الذي هو موضوع السمسرة وبالتكاليف التي يتحملها والثلث الأساسي المحدد للسمسرة في دفتر التحملات أو عند الاقتضاء العروض الموجودة وآخر أجل لقبول العروض الجديدة بإرساله على المزايد الأخير الذي قدم أعلى عرض موسرا أو قدم كفيلا موسرا بعد إطفاء ثلاث شمعات مدة كل منها دقيقة واحدة تقريبا يتم إشعالها على التوالي ويحرر محضرا بإرسال السمسرة.

يؤدي من رست عليه السمسرة ثمنها بكتابة الضبط خلال عشرة أيام من المزايد ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي مصاريف التنفيذ المحددة من طرف القاضي والمعلن عنها قبل السمسرة.

يحق لهذا الشخص أن يصرح بأنه مزايدي عن الغير خلال ثمانية وأربعين ساعة من إجراء السمسرة.

الفصل 478

لا يمكن تغيير التاريخ المحدد للسمسرة إلا بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع التنفيذ بدائره تبعا لمقال الأطراف أو لعون التنفيذ ولا يكون ذلك إلا لأسباب خطيرة ومبررة بصفة كافية وخاصة إذا لم تكن هناك عروض أو كانت العروض المقدمة غير كافية بصفة واضحة⁵⁷⁷.

الفصل 479

يمكن لكل شخص داخل عشرة أيام من تاريخ السمسرة أن يقدم عرضا بالزيادة عما رسا به المزايد بشرط أن يكون العرض يفوق بمقدار السدس ثمن البيع الأصلي والمصاريف.

يتعهد صاحب هذا العرض كتابة ببقائه متزايدا بثمن المزايد الأول مضافة إليه الزيادة.

تقع سمسرة نهائية بعد انصرام أجل ثلاثين يوما، يعلن عنها وتشهر وتتم في شأنها نفس الإجراءات المتخذة في السمسرة الأولى.

الفصل 480

يعتبر محضر المزايدة:

- 1 - سنداً للمطالبة بالثمن لصالح المحجوز عليه ولذوي حقوقه.
 - 2 - سند ملكية لصالح الراسي عليه المزداد.
- يذكر المحضر بأسباب الحجز العقاري والإجراءات المتبعة وإرساء المزايدة التي تمت.
لا يسلم المحضر مع وثائق المحجوز عليه إلا عند إثبات تنفيذ شروط المزايدة.

الفصل 481

لا ينقل إرساء المزداد إلى من رست عليه السمسرة إلا حقوق الملكية للمحجوز عليه.

الفصل 482

إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه لإبطال الحجز رفع دعوى الاستحقاق.
يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح.

الفصل 483

يجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يقدم دعواه أمام المحكمة المختصة ويودع دون تأخير وثائقه، ويستدعى المحجوز عليه والدائن الحاجز إلى أقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضهما وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولاً بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف.

الفصل 484

يجب أن يقدم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة وتتبع في هذا الطعن نفس المسطرة المشار إليها في الفصل السابق المتعلقة بدعوى الاستحقاق.
يحكم على المدعي الذي خسر دعواه في هذه الحالة أو تلك بالمصاريف المتسببة عن مواصلة الإجراءات دون مساس بالتعويضات.

الفصل 485

إذا لم ينفذ الراسي عليه المزداد شروط المزايدة أُنذر بذلك فإن لم يستجب خلال عشرة أيام أعيد البيع تحت مسؤوليته وعهده.

الفصل 486

تتخصر إجراءات إعادة البيع في إشهار جديد فقط على أن تقع السمسرة الجديدة خلال ثلاثين يوماً من هذا الإشهار.
يتضمن الإشهار علاوة على البيانات العادية المتعلقة بالعقار بيان المبلغ الذي وقف به المزداد الأول وتاريخ المزايدة الجديدة.

و هما الذي يعينا بأمر قضائي غير قابل للطعن ، عند وجود ضرورة تسيير كل أو بعض أموال شخص افترضت غيبته بسبب انقطاع أخباره دون أن يترك وكالة لأحد." (الفصل 1/263 من المسطرة المدنية).⁵⁷⁸

-4-الولاية و الوصاية و التقديم : إن القانون المحدد لمجال السلطة المخولة للنائب الشرعي في هذه المجال هو مدونة الأسرة المغربية خاصة الفصول من 206 إلى 228 و من 229 إلى 276 منها.

و يلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية تعلق صلاحية الوصي أو المقدم لبيع عقار القاصر - عديم الأهلية أو ناقصها - أو أمواله المنقولة التي تتجاوز قيمتها 10000 درهم على إذن القاضي (المواد 271 إلى 273) ،⁵⁷⁹

غير أنه يمكن للمشتري المتخلف توقيف إجراءات البيع الجديد إلى يوم المزايدة الجديدة بإثبات قيامه بتنفيذ شروط المزاو الذي استفاد منه والوفاء بالمصاريف التي تسبب فيها نتيجة خطئه.

الفصل 487

يترتب عن المزايدة الجديدة فسخ الأولى بأثر رجعي.

- 578

الفرع الحادي عشر: الغيبة

الفصل 263

يمكن لكل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة أو للنيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية تقديم مقال عند وجود ضرورة تسيير كل أو بعض أموال تركها شخص افترضت غيبته بسبب انقطاع أخباره دون أن يترك وكالة لأحد إلى المحكمة الابتدائية لمحل آخر موطن أو آخر محل إقامة من تفترض غيبته وإلا فإلى المحكمة التي توجد الأموال بدائرتها قصد الأمر باتخاذ إجراءات التسيير اللازمة وخاصة تعيين كاتب ضبط يكلف بهذا التسيير ضمن الشروط التي تحددها المحكمة.

يمنع على هذا المسير أن يفوت أي منقول أو عقار دون إذن من القضاء.

يبت القاضي بأمر غير قابل للطعن. ويتعين على النيابة العامة إذا لم تكن هي التي قدمت المقال أن تدلي بمستنتاجاتها.

- 579

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله .

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الذي يتوقف صدوره عندما يتعلق الأمر بالعقار على التأكد من تحقق المسوغ المتمثل في أن الضرورة اقتضت تفضيله على الأموال الأخرى للقاصر و أن البيع يتم بالمزاد العلني (المادة 474) ، ⁵⁸⁰ وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية . (الفصل 462 و مابعد و الفصل 474 و ما بعده منه) ⁵⁸¹ .

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

- 580

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

- 581

الفصل 474

بمجرد ما يقع الحجز العقاري أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 471 فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهيئ دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن ويبين الإعلان عن المزاو تاريخ افتتاحه، وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع.

يبلغ إلى العموم المزاو والبيع:

1 - بتعليق:

أ) على باب مسكن المحجوز عليه وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات؛

ب) باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ؛

ج) بمكاتب السلطة الإدارية المحلية.

2 - بكل وسائل الإشهار (في الصحافة والإذاعة...) المأمور بها عند الاقتضاء من طرف الرئيس حسب أهمية الحجز.

يتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى إقفال محضر المزاو ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز.

الفصل 475

إذا لم تكن العقارات مكررة وقت الحجز فإن المنفذ عليه يبقى حائزا لها بصفته حارسا قضائيا حتى يوم البيع ما لم يصدر الأمر بغير ذلك، ويمكن للمحكمة أن تبطل عقود الكراء إذا أثبت الدائن أو من رسا عليه المزاو أنها أبرمت إضرارا بحقوقه دون مساس بمقتضيات الفصلين 453 و454.

يمنع على المنفذ عليه بمجرد تبليغه الحجز أي تقويت في العقار تحت طائلة البطلان وتعقل ثمار هذا العقار ومدا خيله عن المدة اللاحقة للتبليغ وتوزع بنفس المرتبة مع ثمن العقار نفسه.

يعتبر الإشعار الموجه للمكترين من العون المكلف بالتنفيذ طبق الطرق العادية للتبليغ بمثابة حجز لدى الغير بين أيديهم على المبالغ التي كانوا سيؤدونها عن حسن نية قبل التبليغ بالنسبة للمدة المولية لهذا التبليغ.

الفصل 476

تقع السمسرة في محل كتابة الضبط التي نفذت الإجراءات وأودع فيها المحضر بعد ثلاثين يوما من تبليغ الحجز المنصوص عليه في الفصل السابق. غير أنه يمكن تمديد الأجل نتيجة الظروف بأمر معلل من الرئيس لمدة لا يمكن أن تتجاوز في الكل تسعين يوما بإضافة الثلاثين يوما الأولى إليها.

يبلغ في الأيام العشرة الأولى من هذا الأجل عون التنفيذ للمنفذ عليه أو من يقوم مقامه ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 469 إتمام إجراءات الإشهار ويخطره بوجوب الحضور في اليوم المحدد للسمسرة.

يستدعى في الأيام العشرة الأخيرة من نفس المدة لنفس التاريخ المحجوز عليه والمتزايدين الذين قدموا عروضهم طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 474.

الفصل 477

إذا حل اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة ولم يؤد المنفذ عليه ما بذمته قام عون التنفيذ بعد التذكير بالعقار الذي هو موضوع السمسرة وبالتكاليف التي يتحملها والتمن الأساسي المحدد للسمسرة في دفتر التحملات أو عند الاقتضاء العروض الموجودة وآخر أجل لقبول العروض الجديدة بإرساله على المزايد الأخير الذي قدم أعلى عرض موسرا أو قدم كفيلا موسرا بعد إطفاء ثلاث شمعات مدة كل منها دقيقة واحدة تقريبا يتم إشعالها على التوالي ويحرر محضرا بإرسال السمسرة.

يؤدي من رست عليه السمسرة ثمنها بكتابة الضبط خلال عشرة أيام من المزاو ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي مصاريف التنفيذ المحددة من طرف القاضي والمعلن عنها قبل السمسرة.

يحق لهذا الشخص أن يصرح بأنه مزايّد عن الغير خلال ثمانية وأربعين ساعة من إجراء السمسرة.

الفصل 478

لا يمكن تغيير التاريخ المحدد للسمسرة إلا بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع التنفيذ بدائرتة تبعا لمقال الأطراف أو لعون التنفيذ ولا يكون ذلك إلا لأسباب خطيرة ومبررة بصفة كافية وخاصة إذا لم تكن هناك عروض أو كانت العروض المقدمة غير كافية بصفة واضحة⁵⁸¹.

الفصل 479

يمكن لكل شخص داخل عشرة أيام من تاريخ السمسرة أن يقدم عرضا بالزيادة عما رسا به المزداد بشرط أن يكون العرض يفوق بمقدار السدس ثمن البيع الأصلي والمصاريف.
يتعهد صاحب هذا العرض كتابة ببقائه متزايّدا بثمن المزداد الأول مضافة إليه الزيادة.
تقع سمسرة نهائية بعد انصرام أجل ثلاثين يوما، يعلن عنها وتشهر وتتم في شأنها نفس الإجراءات المتخذة في السمسرة الأولى.

الفصل 480

يعتبر محضر المزايدة:

- 1 - سندا للمطالبة بالثمن لصالح المحجوز عليه ولذوي حقوقه.
 - 2 - سند ملكية لصالح الراسي عليه المزداد.
- يذكر المحضر بأسباب الحجز العقاري والإجراءات المتبعة وإرساء المزايدة التي تمت.
لا يسلم المحضر مع وثائق المحجوز عليه إلا عند إثبات تنفيذ شروط المزايدة.

الفصل 481

لا ينقل إرساء المزداد إلى من رست عليه السمسرة إلا حقوق الملكية للمحجوز عليه.

الفصل 482

إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه لإبطال الحجز رفع دعوى الاستحقاق.
يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح.

الفصل 483

يجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يقدم دعواه أمام المحكمة المختصة ويودع دون تأخير وثائقه، ويستدعى المحجوز عليه والدائن الحاجز إلى أقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضهما وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولا بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف.

الفصل 484

يجب أن يقدم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة وتتبع في هذا الطعن نفس المسطرة المشار إليها في الفصل السابق المتعلقة بدعوى الاستحقاق.
يحكم على المدعي الذي خسر دعواه في هذه الحالة أو تلك بالمصاريف المتسببة عن مواصلة الإجراءات دون مساس بالتعويضات.

الفصل 485

و عندما يتعلق الأمر بشراء الوصي أو المقدم عقارا لمصلحة القاصر فإن إذن القاضي بهذا الشراء يتوقف على التثبت من أن الشراء يحقق نفعاً للقاصر و لا يلحق ضرراً بماله.

و قرار القاضي بالترخيص بإحدى التصرفات المذكورة في المادة 271⁵⁸² من مدونة الأسرة يجب أن يكون معللاً.⁵⁸³

إذا لم ينفذ الراسي عليه المزااد شروط المزايدة أنذر بذلك فإن لم يستجب خلال عشرة أيام أعيد البيع تحت مسؤوليته وعهده.

الفصل 486

تتخصر إجراءات إعادة البيع في إشهار جديد فقط على أن تقع السمسة الجديدة خلال ثلاثين يوماً من هذا الإشهار. يتضمن الإشهار علاوة على البيانات العادية المتعلقة بالعقار بيان المبلغ الذي وقف به المزااد الأول وتاريخ المزايدة الجديدة.

غير أنه يمكن للمشتري المتخلف توقيف إجراءات البيع الجديد إلى يوم المزايدة الجديدة بإثبات قيامه بتنفيذ شروط المزااد الذي استفاد منه والوفاء بالمصاريف التي تسبب فيها نتيجة خطئه.

الفصل 487

يترتب عن المزايدة الجديدة فسخ الأولى بأثر رجعي.

يلزم المشتري المتخلف بأداء الفرق إن كان الثمن الذي رست به المزايدة الجديدة أقل من الأولى دون أن يكون له حق طلب ما قد ينتج من زيادة.

- 582

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

غير أن صلاحية البيع و الشراء عندما يمارسها الأب بصفته وليا لولده القاصر أو الأم عند عدم وجود الأب⁵⁸⁴ لا يخضعان لرقابة القضاء القبلية في إدارتهما لأموال المحجور و لا في البيع و الشراء عملا بالمادة 240 من مدونة

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

⁵⁸³ -

الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.
القانون رقم 70.03 بميثاق مدونة الأسرة
الفرع الأول: الولي

ثانيا: الأم

المادة 238

يشترط لولاية الأم على أولادها:

- 1 - أن تكون راشدة؛
- 2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك.

⁵⁸⁴ -

القانون رقم 70.03 بميثاق مدونة الأسرة
الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

الأسرة 585 و يقدمان تقريراً سنوياً عن هذه التصرفات للمحكمة التي لها صلاحية إتخاذ كل الإجراءات للمحافظة على أموال المحجور و مصالحه المادية

الولي

أولاً: الأب

المادة 236

الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، ولأب أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولاده في حالة حصول مانع للأب.

المادة 237

يجوز للأب أن يعين وصياً على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

الأم

المادة 238

يشترط لولاية الأم على أولادها:

- 1 - أن تكون راشدة؛
 - 2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك.
- يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها. في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

المادة 239

لأب ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول.

585

المادة 240

لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم). وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك. ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي.

و المعنوية طبقا للمادة 243 من مدونة الأسرة ⁵⁸⁶ ، باعتبارها تتولى رقابة
النيابات القانونية و رعاية مصالح المحجورين ⁵⁸⁷

على أنه إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح
زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور ، رفع الأمر إلى المحكمة
التي يمكنها أن تأذن به و تعين ممثلا للمحجور لإبرام التصرف و المحافظة على
مصالحه عملا بالمادة 269 من مدونة الأسرة ⁵⁸⁸

شأن الأب و الأم شأن الوصي و المقدم في هذا المقتضى .
و يقصد بالنائب الشرعي الأتي ذكره ⁵⁸⁹

_ 586

المادة 243

في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور
وتميمتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه.
للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه
المادية والمعنوية.

_ 587

المادة 265

تتولى المحكمة رقابة النيابة القانونية، طبقا للمقتضيات المنصوص عليها في هذا الكتاب.
ويقصد بهذه الرقابة، رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها، والأمر بكل الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها
والإشراف على إدارتها.

_ 588

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح
المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على
مصالحه.

_ 589

- 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
 - 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
 - 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.
- و الترتيب يفيد الأفضلية في الولاية .

كما نصت المادة 232 من مدونة الأسرة على أنه في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائباً شرعياً للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدماً⁵⁹⁰ .

المادة 230

يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:

- 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
- 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
- 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

_590

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية

القسم الأول: الأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور

الباب الأول: الأهلية

المادة 206

الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

المادة 207

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

المادة 208

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

المادة 210

كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

المادة 211

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة.

الباب الثاني: أسباب الحجر وإجراءات إثباته

الفرع الأول: أسباب الحجر

المادة 212

أسباب الحجر نوعان: الأول ينقص الأهلية والثاني يعدمها.

المادة 213

يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- 1 - الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛
- 2 - السفیه؛
- 3 - المعتوه.

المادة 214

الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة.

المادة 215

السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته.

المادة 216

المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته.

المادة 217

يعتبر عديم أهلية الأداء:
أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛
ثانياً: المجنون وفاقد العقل.
يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.
الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

المادة 218

ينتهي الحجر عن القاصر إذا بلغ سن الرشد، ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر.
يحق للمحجور بسبب إصابته بإعاقة ذهنية أو سفه، أن يطلب من المحكمة رفع الحجر عنه إذا أنس من نفسه الرشد كما يحق ذلك لنائبه الشرعي.
إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده.
يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيده القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد.
يترتب عن الترشيح تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها.
وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيح من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة.

المادة 219

إذا رأى النائب الشرعي قبل بلوغ المحجور سن الرشد أنه مصاب بإعاقة ذهنية أو سفه، رفع الأمر إلى المحكمة التي تنظر في إمكانية استمرار الحجر عليه، وتعتمد المحكمة في ذلك، سائر وسائل الإثبات الشرعية.
الفرع الثاني: إجراءات إثبات الحجر ورفع

المادة 220

فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة.

المادة 221

يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك.

المادة 222

تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفع، على خبرة طبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية.

المادة 223

يشهر الحكم الصادر بالحجر أو برفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة.

الباب الثالث: تصرفات المحجور

الفرع الأول: تصرفات عديم الأهلية

المادة 224

تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر.

الفرع الثاني: تصرفات ناقص الأهلية

المادة 225

تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

- 1 - تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضاً؛
- 2 - تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛
- 3 - يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي.

المادة 226

يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار.

يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.

يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه.

المادة 227

للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للصغير المميز إذا وجدت مبررات لذلك.

المادة 228

تخضع تصرفات السفه والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه.

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

القسم الثاني: النيابة الشرعية

الباب الأول: أحكام عامة

المادة 229

النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.

المادة 230

يقصد بالنيابة الشرعي في هذا الكتاب:

- 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
- 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
- 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

المادة 231

صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد؛
- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛
- وصي الأب؛
- وصي الأم؛
- القاضي؛
- مقدم القاضي.

المادة 232

في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائبا شرعيا للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدما.

المادة 233

للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني. وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. وتكون النيابة الشرعية على السفه والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي.

المادة 234

للمحكمة أن تعين مقدما إلى جانب الوصي تكلفه بمساعدته أو بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر.

الباب الثاني: صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي

المادة 235

يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور.

يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي.

يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقا لأحكام المواد الموالية.

المادة 236

الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب.

المادة 237

يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

ثانياً: الأم

المادة 238

يشترط لولاية الأم على أولادها:

- 1 - أن تكون راشدة؛
- 2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك. يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها. في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

المادة 239

للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول.

ثالثاً: أحكام مشتركة لولاية الأبوين

المادة 240

لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم). وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك. ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي.

المادة 241

إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) أثناء إدارتها، وجب على الولي إبلاغ القاضي بذلك لفتح ملف النيابة الشرعية، كما يجوز للمحجور أو أمه القيام بنفس الأمر.

المادة 242

يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه.

المادة 243

في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه. للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية.

الفرع الثاني: الوصي والمقدم

المادة 244

إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدما للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصابة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم. للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم. لأعضاء الأسرة وطالبي الحجر، وكل من له مصلحة في ذلك، ترشيح من يتولى مهمة المقدم. يمكن للمحكمة أن تعين مقدما مؤقتا عند الحاجة.

المادة 245

تحيل المحكمة الملف حالا على النيابة العامة لإبداء رأيها داخل مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما، على أن تبت المحكمة في الموضوع داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل برأي النيابة العامة.

المادة 246

يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أميناً. للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما.

المادة 247

لا يجوز أن يكون وصيا أو مقدما:

- 1 - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة انتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق؛
- 2 - المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية؛
- 3 - من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور.

المادة 248⁵⁹⁰

للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفاً مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور، وتبليغ المحكمة ما قد يراه من تقصير أو يخشاه من إتلاف في مال المحجور.

المادة 249

إذا لم يكن مال المحجور قد تم إحصاؤه، تعين على الوصي أو المقدم إنجاز هذا الإحصاء، ويرفقه في جميع الأحوال بما يلي:

- 1 - ما قد يكون لدى الوصي أو المقدم من ملاحظات على هذا الإحصاء؛
- 2 - اقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور وللمن تجب نفقته عليه؛
- 3 - المقترحات الخاصة بالإجراءات المستعجلة الواجب اتخاذها للمحافظة على أموال المحجور؛
- 4 - المقترحات المتعلقة بإدارة أموال المحجور؛
- 5 - المداخل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال المحجور.

المادة 250

يحفظ الإحصاء ومرفقاته بملف النيابة الشرعية ويضمن في كناش التصرف الشهري، أو اليومي، إن اقتضى الحال. يحدد مضمون وشكل هذا الكناش بقرار من وزير العدل⁵⁹⁰.

المادة 251

لكل من النيابة العامة، والنائب الشرعي، ومجلس العائلة، أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الانتهاء من الإحصاء، تقديم ملاحظاته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة اللازمة للمحجور، واختيار السبل التي تحقق حسن تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله.

يحدث مجلس العائلة، تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي⁵⁹⁰.

المادة 252

يقوم العدلان بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشرافه، بالإحصاء النهائي والكامل للأموال والحقوق والالتزامات، وذلك بعد إخبار النيابة العامة وبحضور الورثة والنائب الشرعي والمحجور إذا أتم الخامسة عشرة سنة من عمره.

وتمكن الاستعانة في هذا الإحصاء وتقييم الأموال وتقدير الالتزامات بالخبراء.

المادة 253

على الوصي أو المقدم أن يسجل في الكناش المشار إليه في المادة 250 أعلاه، كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره مع تاريخها.

المادة 254

إذا ظهر للمحجور مال لم يشمل الإحصاء السابق، أعد الوصي أو المقدم ملحقاً به يضاف إلى الإحصاء الأول.

المادة 255

يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي.

لا يصادق على هذه الحسابات إلا بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها.
وعند ملاحظته خلافاً في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور.

المادة 256

على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب حولها.

المادة 257

يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان. ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء.

المادة 258

تنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الأحوال الآتية:

- 1 - بموت المحجور أو موت الوصي أو المقدم أو فقدهما؛
- 2 - ببلوغ المحجور سن الرشد إلا إذا استمر الحجر عليه قضائياً لأسباب أخرى؛
- 3 - بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لإنجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم؛
- 4 - بقبول عذره في التخلي عن مهمته؛
- 5 - بزوال أهليته أو بإعفائه أو بعزله.

المادة 259

إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقاً بالمستندات اللازمة، داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، دون أن تتجاوز ثلاثين يوماً إلا لعذر قاهر.
تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها.

المادة 260

يتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم الحساب أو تسليم الأموال.

المادة 261

تسلم الأموال إلى المحجور عند رشده، وإلى الورثة بعد وفاته، وإلى من يخلف الوصي أو المقدم في الحالات الأخرى.
في حالة عدم التسليم تطبق الأحكام المشار إليها في المادة 270 بعده.

المادة 262

في حالة وفاة الوصي أو المقدم أو فقد أهليته المدنية يتخذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإجراءات الملائمة لحماية وصيانة أموال المحجور.
تخول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور على تركة الوصي أو المقدم المتوفى امتيازاً يرتب في المرتبة المنصوص عليها في المقطع الثاني مكرر من المادة 1248 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود⁵⁹⁰.

المادة 263

يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، بحقه في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع.
تتقدم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتتقدم بسنة بعد العلم بذلك.

المادة 264

يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية، تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها.
الباب الثالث: الرقابة القضائية

المادة 265

تتولى المحكمة رقابة النيابة القانونية، طبقاً للمقتضيات المنصوص عليها في هذا الكتاب.
ويقصد بهذه الرقابة، رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها، والأمر بكل الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها والإشراف على إدارتها.

المادة 266

في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفى، أو وفاة الوصي أو المقدم، يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كان يعيش معهم، إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام، ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة.
ترفع الفترة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلى شهر، في حالة فقدان القريب أو الوصي أو المقدم للأهلية.

المادة 267

يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية.

المادة 268

يحدد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بعد استشارة مجلس العائلة عند الاقتضاء، المصاريف والتعويضات المترتبة عن تسيير أموال المحجور.

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعاه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

المادة 270

يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له.

في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 247 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر.

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالتزخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

يتبين مما سبق أن مجال سلطة النيابة الشرعية التي تثبتت للأب كولي يبقى غير مقيد طالما ظلت ممارسة الأب لصلاحيات.. لا تحقيق النفع ودرء الضرر عن أموال أولاده القاصرين. أما إذا خرجت هذه الممارسة النيابة عن هدفها كان للمحكمة أن تتدخل لمنع ما يبعد النفع و يقرب الضرر إلى أموال أولاده القاصرين باعتبارها تتولى رقابة النيابات القانونية و رعاية مصالح عديمي الأهلية أو ناقصيها

أما تصرفات غير الأب أو الأم من وصي و مقدم مثلا فهي محصنة بالإذن المسبق في إبرام هذه التصرفات مما هو وارد في المادة 271 من

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

المادة 274

يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

المادة 275

قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور.

المادة 276

القرارات التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين طبقا للمواد 226 و 240 و 268 و 271 تكون قابلة للطعن.

و حالة تعارض المصالح الواردة في المادة 269 من مدونة الأسرة 592

591

المادة 271

لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

- 1 - بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛
 - 2 - المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛
 - 3 - تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما؛
 - 4 - عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر؛
 - 5 - قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛
 - 6 - أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ؛
 - 7 - الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.
- قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

المادة 272

لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

المادة 273

لا تطبق الأحكام المذكورة إذا كان ثمن المنقولات محددا بمقتضى القرارات والأنظمة وتم البيع بهذا الثمن.

592

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه.

بالإضافة إلى الرقابة العامة على النيابة القانونية .

ثانياً: مجال تفويض السلطة في النيابة القضائية : 593

المادة 269

إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه

593_

قانون الالتزامات والعقود

الباب الثاني: الحراسة

الفصل 818

إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة. ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات، وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية ولأحكام هذا الباب.

الفصل 819

ويجوز، بموافقة الأطراف المعنية إسناد الحراسة لشخص يتفقون عليه فيما بينهم. كما يجوز الأمر بها من القاضي في الأحوال التي يحددها قانون المسطرة.

الفصل 820

يجوز أن لا تكون الحراسة بالمجان.

الفصل 821

للحارس حفظ الشيء وإدارته. ويجب عليه أن يجعله يدر كل الثمار التي في إمكانه أن يدرها.

الفصل 822

وليس له أن يقوم بأي عمل من أعمال التقويت إلا ما هو ضروري لمصلحة الأشياء المعهود إليه بحراستها.

الفصل 823

إذا كانت الأشياء الخاضعة للحراسة معرضة للتعب، جاز للقاضي أن يأذن في بيعها وفقاً للإجراءات المتطلبة في بيع الشيء المرهون، وتقع الحراسة على الثمن.

الفصل 824

على الحارس أن يرد الشيء بدون أجل لمن يعينه الخصوم أو القضاء ويتحمل بشأن هذا الرد، بنفس الالتزامات التي يتحمل بها المودع عنده المأجور.

الفصل 825

يضمن الحارس القوة القاهرة والحادث الفجائي، إذا كان مماتلا في رد الشيء أو إذا كان خصما في الدعوى ورضي أن يقوم بمهمة الحارس المؤقت، أو إذا كانت القوة القاهرة قد تسببت بفعله أو بخطئه أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم.

الفصل 826

على الحارس أن يقدم حسابا مضبوطا عن كل ما تسلمه وكل ما أنفقه مع ما يؤيده من الحجج، ومع بيان المقدار. وإذا لم تكن حراسته على سبيل التبرع، فإنه يسأل عن كل خطأ يرتكب في إدارته، وفقا للقواعد المقررة للوكالة.

الفصل 827

إذا تعدد الحراس كانوا متضامنين بقوة القانون، وفقا للقواعد المقررة للوكالة.

الفصل 828

على الخصم الذي يرد إليه الشيء أن يدفع للمودع عنده المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها بحسن نية وبدون إفراط، وكذلك الأجور المتفق عليها أو التي يحددها القاضي. وإذا كانت الوديعة اختيارية، كان للمودع عنده حق مطالبة جميع المودعين، بالمصروفات والأجور على نسبة ما لكل واحد منهم من فائدة في الوديعة.

الفصل 1070

المصفي يمثل الشركة في طور التصفية، ويتولى إدارتها.

والتفويض الممنوح له يشمل القيام بكل ما يلزم استنضاض أموال الشركة، ودفع ديونها، وعلى الأخص استيفاء الحقوق، وإنجاز الأعمال المتعلقة، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي يقتضيها الصالح المشترك، ونشر كل ما يلزم من إعلانات لاستدعاء دائني الشركة للتقدم بحقوقهم عليها، ودفع ديون الشركة الخالية من النزاع أو المستحقة الأداء، والبيع قضائيا لعقارات الشركة التي تتعذر قسمتها بسهولة وبيع البضائع الموجودة في المتجر والأدوات. والكل مع عدم الإخلال بالتحفظات التي يتضمنها سند تعيين المصفي، أو القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع أثناء إجراء التصفية.

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.

يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.

للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

المادة 388

يستعين المصفي في تقدير قيمة أموال التركة بالخبراء أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.

المادة 389

يقوم المصفي بعد استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو المحكمة وموافقة الورثة، بأداء ديون التركة التي تعين قضاؤها، أما الديون المتنازع فيها فتسوى بعد الفصل فيها نهائيا.
لا تتوقف قسمة الموجود من مال التركة على استيفاء ما لها من ديون.
إذا كان على التركة ديون، أوقفت قسمة التركة في حدود مبلغ الدين المطالب به، إلى حين البت في النزاع.

المادة 390

يجب على المصفي في حالة إفسار التركة، أو في حالة احتمال إفسارها، أن يوقف تسوية أي دين ولو لم يقم بشأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

المادة 391

يقوم المصفي بأداء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما يفي بذلك من عقار.
تباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني، إلا إذا اتفق الورثة على أن يتولوا ذلك لأنفسهم على أساس الثمن المحدد بواسطة خبرة بقيمتة المقررة من طرف ذوي الخبرة من عرفاء وغيرهم، أو بواسطة المزايدة فيما بينهم.

المادة 392

يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة بالترتيب المنصوص عليه في المادة 322، تسليم وثيقة الوصية للموكل إليه تصفيتها طبقا للمادة 298.

الفرع الأول: صلاحيات الوكيل والتزاماته

الفصل 890

يجوز أن تكون الوكالة خاصة أو عامة.

الفصل 891

الوكالة الخاصة هي التي تعطى من أجل إجراء قضية أو عدة قضايا أو التي لا تمنح الوكيل إلا صلاحيات خاصة.
وهي لا تمنح الوكيل صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى القضايا أو التصرفات التي تعينها وكذلك توابعها الضرورية وفقا لما تقتضيه طبيعتها أو العرف ⁵⁹³ المحلي.

الفصل 892

وكالة التقاضي وكالة خاصة. وهي تخضع لمقتضى أحكام هذا القانون وهي لا تخول صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى الأعمال التي تعينها، وعلى الأخص فهي لا تعطي الصلاحية في قبض الدين أو إجراء الإقرار أو الاعتراف بالدين أو إجراء الصلح، ما لم يصرح بمنحها للوكيل.

الفصل 893

الوكالة العامة هي التي تمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة لإدارة كل مصالح الموكل، أو هي التي تمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في قضية معينة.

وهي تمنح الصلاحية لإجراء كل ما تقتضيه مصلحة الموكل وفقا لطبيعة المعاملة وعرف⁵⁹³ التجارة، وعلى الأخص قبض ما هو مستحق له، ودفع ديونه، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية، ورفع دعاوى الحيازة (الدعوى التصرفية)، ورفع الدعاوى أمام القضاء على المدينين وحتى التعاقد الذي من شأنه تحميل الموكل بالالتزامات في الحدود التي يقتضيها تنفيذ المعاملات التي كلف الوكيل بإجرائها.

الفصل 894

لا يجوز للوكيل، أيا ما كان مدى صلاحياته، بغير إذن صريح من الموكل توجيه اليمين الحاسمة، ولا إجراء الإقرار القضائي، ولا الدفاع أمام القضاء في جوهر الدعوى، ولا قبول الحكم أو التنازل عنه، ولا قبول التحكيم أو إجراء الصلح، ولا الإبراء من الدين، ولا تفويت عقار أو حق عقاري ولا إنشاء الرهن رسميا كان أم حيازيا، ولا شطب الرهن أو التنازل عن الضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين، ولا إجراء التبرعات ولا شراء أو تفويت لأصل تجاري أو تصفيته. ولا التعاقد على إنشاء شركة أو شياخ، وكل ذلك ماعدا الحالات التي يستثنىها القانون صراحة.

الفصل 895

على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة.

الفصل 896

إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة، فإن الفرق يكون لفائدة الموكل.

الفصل 897

إذا ثار الشك حول مدى الصلاحيات الممنوحة للوكيل أو شروطها كان القول قول الموكل بيمينه.

الفصل 898

إذا عين الموكل بعقد واحد ومن أجل نفس القضية عدة وكلاء، لم يجز لهؤلاء أن يعملوا منفردين، ما لم يكونوا مأذونين صراحة في ذلك. فلا يسوغ لأي منهم أن يجري أي عمل في غياب الآخر، حتى لو استحال على هذا الآخر الاشتراك معه في إجراءاته.

و لا يسري هذا الحكم:

أولا - إذا تعلقت الوكالة بالدفاع أمام القضاء، أو برد الوديعة أو بدفع دين مستحق الأداء وغير متنازع فيه، أو باتخاذ إجراء تحفظي في مصلحة الموكل، أو بعمل عاجل من شأن تركه أن يضر بهذا الأخير؛
ثانيا - في الوكالة القائمة بين التجار لأعمال التجارة.

وفي هاتين الحالتين، يسوغ لأحد الوكلاء أن ينفرد دونهم بإنجاز العمل، ما لم يصرح بالعكس.

الفصل 899

إذا عين عدة وكلاء بعقد متفرقة من أجل نفس القضية، كان لأي منهم أن ينفرد بالعمل في غياب الآخرين.

الفصل 900

لا يسوغ للوكيل أن يوكل تحت يده شخصا آخر في تنفيذ الوكالة، ما لم يمنح الصلاحية في ذلك صراحة أو ما لم تستخلص هذه الصلاحية من طبيعة القضية أو من ظروف الحال.

غير أن الوكيل العام ذا الصلاحية التامة يعتبر مأذونا في أن يوكل تحت يده كليا أو جزئيا.

الفصل 901

الوكيل مسؤول عمن يوكل تحت يده. غير أنه إذا رخص له في أن يوكل تحت يده شخصا آخر دون أن يعين هذا الشخص، فإنه لا يكون مسؤولا إلا إذا اختار لذلك شخصا لا تتوفر فيه الصفات المطلوبة لإنجاز الوكالة أو إذا كان قد أحسن الاختيار ولكنه أعطى لمن وكله تحت يده تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو إذا كان لم يراقبه مع أن مراقبته كانت ضرورية وفقا لمقتضيات ظروف الحال.

الفصل 902

في جميع الأحوال، يلتزم نائب الوكيل مباشرة تجاه الموكل في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل، وتكون له نفس حقوق هذا الأخير.

الفصل 903

على الوكيل أن يبذل، في أدائه المهمة التي كلف بها، عناية الرجل المتبصر حي الضمير. وهو مسؤول عن الضرر الذي يلحق الموكل نتيجة انتفاء هذه العناية كما إذا لم ينفذ اختيارا مقتضى الوكالة أو التعليمات التي تلقاها، أو إذا لم يتخذ ما يقتضيه العرف⁵⁹³ في المعاملات.

وإذا توفرت للوكيل أسباب خطيرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو إلى مخالفة ما جرى عليه العرف⁵⁹³، وجب عليه أن يبادر بإخطار الموكل بها في أقرب فرصة، وعليه أن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في الانتظار خطر.

الفصل 904

الالتزامات المذكورة في الفصل السابق يجب أن تراعى على شكل أكثر صرامة:
أولا - عندما تكون الوكالة بأجر؛
ثانيا - عندما تباشر الوكالة في مصلحة قاصر أو ناقص أهلية أو شخص معنوي.

الفصل 905

إذا تعيبت الأشياء التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل، أو ظهرت عليها بوادر العوار على نحو يمكن معه التعرف عليها من شكلها الخارجي، وجب على الوكيل إجراء ما يلزم للمحافظة على حقوق الموكل في مواجهة المكارى (صاحب النقل) أو غيره من المسؤولين.

وإذا كان في التأخير خطر أو إذا حدث التعيب على نحو لا يستطيع الوكيل معه الانتظار ريثما يرجع إلى الموكل، فإنه يجوز للوكيل، بل يجب عليه عندما تقتضيه مصلحة الموكل أن يعمل على بيع الأشياء بواسطة السلطة القضائية، بعد إثبات حالتها، وعليه أن يخطر فورا الموكل بكل ما يكون قد أجراه.

الفصل 906

على الوكيل أن يعلم الموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها.

الفصل 907

على الوكيل، بمجرد إنهاء مهمته، أن يبادر بإخطار الموكل بها، مع إضافة كل التفاصيل اللازمة التي تمكن هذا الأخير من أن يتبين على نحو مضبوط الطريقة التي أنجز بها الوكيل تلك المهمة.

وإذا تسلم الموكل الإخطار، ثم تأخر في الرد أكثر مما تقتضيه طبيعة القضية أو العرف⁵⁹³، اعتبر أنه أقر ما فعله الوكيل، ولو كان هذا قد تجاوز حدود وكالته.

الفصل 908

على الوكيل أن يقدم لموكله حسابا عن أداء مهمته، وأن يقدم له حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه، مؤيدا بالأدلة التي يقتضيها العرف⁵⁹³ أو طبيعة التعامل وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها.

الفصل 909

الوكيل مسؤول عن الأشياء التي يتسلمها بمناسبة وكالته، وفقا لأحكام الفصول 791 و 792 و 804 و 813. إلا أنه إذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يسأل، وفقا لما هو مذكور في الفصل 807.

الفصل 910

يجب أن تفهم أحكام الفصل 908 السابق على نحو أكثر تسامحا إذا كان الوكيل ينوب عن زوجته أو أخته أو شخص آخر من عائلته. وفي هذه الحالات، يمكن، وفقا لظروف الحال، أن يصدق الوكيل بيمينه، فيما يتعلق برد الأشياء التي تسلمها لحساب موكله.

الفصل 911

على الوكيل، بمجرد انتهاء الوكالة، أن يرد رسم الوكالة لموكله أو أن يودعه في المحكمة. الموكل أو خلفاؤه الذين لا يطلبون رد رسم الوكالة يتحملون بالتعويضات تجاه الغير حسني النية.

الفصل 912

إذا تعدد الوكلاء، فإن التضامن لا يقوم بينهم، إلا إذا اشترط. ومع ذلك فإن التضامن يقوم بقوة القانون بين الوكلاء: أولا - إذا حدث الضرر للموكل بتدليسهم أو بخطأهم المشترك، وتعذر تحديد نصيب كل منهم في وقوعه؛ ثانيا - إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة؛ ثالثا - إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة، ما لم يشترط غير ذلك. إلا أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، لا يسألون عما يكون قد أجراه أحدهم خارج حدود الوكالة، أو بإساءته مباشرتها.

الفصل 927

لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية: أولا: إذا أقره، ولو دلالة؛ ثانيا: إذا استفاد منه؛ ثالثا: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛ رابعا: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته تعليمات الموكل مادام الفرق يسيرا، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.

الفرع الخامس: اليمين

الفصل 460

الأحكام المتعلقة باليمين⁵⁹³ مقررة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية⁵⁹³.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص قانون
المسطرة المدنية 593

الباب الثاني: المستعجلات

الفصل 149

يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده⁵⁹³ بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في
الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع
في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة
الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات.

إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة.
إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول.
تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس.

قانون الالتزامات والعقود

الباب الثاني: الحراسة

الفصل 818

إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة. ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو
العقارات، وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية ولأحكام هذا الباب.

الفصل 819

ويجوز، بموافقة الأطراف المعنية إسناد الحراسة لشخص يتفقون عليه فيما بينهم. كما يجوز الأمر بها من القاضي
في الأحوال التي يحددها قانون المسطرة.

الفصل 820

يجوز أن لا تكون الحراسة بالمجان.

الفصل 821

لحارس حفظ الشيء وإدارته. ويجب عليه أن يجعله يدر كل الثمار التي في إمكانه أن يدرها.

الفصل 822

وليس له أن يقوم بأي عمل من أعمال التقويت إلا ما هو ضروري لمصلحة الأشياء المعهود إليه بحراستها.

الفصل 823

إذا كانت الأشياء الخاضعة للحراسة معرضة للتعب، جاز للقاضي أن يأذن في بيعها وفقا للإجراءات المتطلبة في بيع الشيء المرهون، وتقع الحراسة على الثمن.

الفصل 824

على الحارس أن يرد الشيء بدون أجل لمن يعينه الخصوم أو القضاء ويتحمل بشأن هذا الرد، بنفس الالتزامات التي يتحمل بها المودع عنده المأجور.

الفصل 825

يضمن الحارس القوة القاهرة والحادث الفجائي، إذا كان مماتلا في رد الشيء أو إذا كان خصما في الدعوى ورضي أن يقوم بمهمة الحارس المؤقت، أو إذا كانت القوة القاهرة قد تسببت بفعله أو بخطئه أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم.

الفصل 826

على الحارس أن يقدم حسابا مضبوطا عن كل ما تسلمه وكل ما أنفقه مع ما يؤيده من الحجج، ومع بيان المقدار. وإذا لم تكن حراسته على سبيل التبرع، فإنه يسأل عن كل خطأ يرتكب في إدارته، وفقا للقواعد المقررة للوكالة.

الفصل 827

إذا تعدد الحراس كانوا متضامنين بقوة القانون، وفقا للقواعد المقررة للوكالة.

الفصل 828

على الخصم الذي يرد إليه الشيء أن يدفع للمودع عنده المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها بحسن نية وبدون إفراط، وكذلك الأجور المتفق عليها أو التي يحددها القاضي. وإذا كانت الوديعة اختيارية، كان للمودع عنده حق مطالبة جميع المودعين، بالمصروفات والأجور على نسبة ما لكل واحد منهم من فائدة في الوديعة.

الفصل 1070

المصفي يمثل الشركة في طور التصفية، ويتولى إدارتها.

والتفويض الممنوح له يشمل القيام بكل ما يلزم استنضاض أموال الشركة، ودفع ديونها، وعلى الأخص استيفاء الحقوق، وإنجاز الأعمال المتعلقة، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي يقتضيها الصالح المشترك، ونشر كل ما يلزم من إعلانات لاستدعاء دائني الشركة للتقدم بحقوقهم عليها، ودفع ديون الشركة الخالية من النزاع أو المستحقة الأداء، والبيع قضائيا لعقارات الشركة التي تتعذر قسمتها بسهولة وبيع البضائع الموجودة في المتجر والأدوات. والكل مع عدم الإخلال بالتحفظات التي يتضمنها سند تعيين المصفي، أو القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع أثناء إجراء التصفية.

المادة 387

على المصفي أثناء تصفية التركة، أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة في الدعاوي وأن يستوفي ما لها من ديون حالة.

يكون المصفي ولو لم يكن مأجورا مسؤولا مسؤولية الوكيل المأجور.
للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته للتركة في مواعيد دورية.

المادة 388

يستعين المصفي في تقدير قيمة أموال التركة بالخبراء أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.

المادة 389

يقوم المصفي بعد استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو المحكمة وموافقة الورثة، بأداء ديون التركة التي تعين قضاؤها، أما الديون المتنازع فيها فتسوى بعد الفصل فيها نهائيا.
لا تتوقف قسمة الموجود من مال التركة على استيفاء ما لها من ديون.
إذا كان على التركة ديون، أوقفت قسمة التركة في حدود مبلغ الدين المطالب به، إلى حين البت في النزاع.

المادة 390

يجب على المصفي في حالة إفسار التركة، أو في حالة احتمال إفسارها، أن يوقف تسوية أي دين ولو لم يقم بشأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

المادة 391

يقوم المصفي بأداء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما يفي بذلك من عقار.
تباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني، إلا إذا اتفق الورثة على أن يتولوا ذلك لأنفسهم على أساس الثمن المحدد بواسطة خبرة بقيمته المقررة من طرف ذوي الخبرة من عرفاء وغيرهم، أو بواسطة المزايدة فيما بينهم.

المادة 392

يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة بالترتيب المنصوص عليه في المادة 322، تسليم وثيقة الوصية للموكل إليه تصفيته طبقا للمادة 298.

الفرع الأول: صلاحيات الوكيل والتزاماته

الفصل 890

يجوز أن تكون الوكالة خاصة أو عامة.

الفصل 891

الوكالة الخاصة هي التي تعطى من أجل إجراء قضية أو عدة قضايا أو التي لا تمنح الوكيل إلا صلاحيات خاصة.
وهي لا تمنح الوكيل صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى القضايا أو التصرفات التي تعينها وكذلك توابعها الضرورية
وفقا لما تقتضيه طبيعتها أو العرف⁵⁹³ المحلي.

الفصل 892

وكالة التقاضي وكالة خاصة. وهي تخضع لمقتضى أحكام هذا القانون وهي لا تخول صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى الأعمال التي تعينها، وعلى الأخص فهي لا تعطي الصلاحية في قبض الدين أو إجراء الإقرار أو الاعتراف بالدين أو إجراء الصلح، ما لم يصرح بمنحها للوكيل.

الفصل 893

الوكالة العامة هي التي تمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة لإدارة كل مصالح الموكل، أو هي التي تمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في قضية معينة.

وهي تمنح الصلاحية لإجراء كل ما تقتضيه مصلحة الموكل وفقا لطبيعة المعاملة وعرف⁵⁹³ التجارة، وعلى الأخص قبض ما هو مستحق له، ودفع ديونه، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية، ورفع دعاوى الحيازة (الدعوى التصرفية)، ورفع الدعاوى أمام القضاء على المدينين وحتى التعاقد الذي من شأنه تحميل الموكل بالالتزامات في الحدود التي يقتضيها تنفيذ المعاملات التي كلف الوكيل بإجرائها.

الفصل 894

لا يجوز للوكيل، أيا ما كان مدى صلاحياته، بغير إذن صريح من الموكل توجيه اليمين الحاسمة، ولا إجراء الإقرار القضائي، ولا الدفاع أمام القضاء في جوهر الدعوى، ولا قبول الحكم أو التنازل عنه، ولا قبول التحكيم أو إجراء الصلح، ولا الإبراء من الدين، ولا تفويت عقار أو حق عقاري ولا إنشاء الرهن رسميا كان أم حيازيا، ولا شطب الرهن أو التنازل عن الضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين، ولا إجراء التبرعات ولا شراء أو تفويت لأصل تجاري أو تصفيته. ولا التعاقد على إنشاء شركة أو شياخ، وكل ذلك ماعدا الحالات التي يستثنىها القانون صراحة.

الفصل 895

على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة.

الفصل 896

إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة، فإن الفرق يكون لفائدة الموكل.

الفصل 897

إذا ثار الشك حول مدى الصلاحيات الممنوحة للوكيل أو شروطها كان القول قول الموكل بيمينه.

الفصل 898

إذا عين الموكل بعقد واحد ومن أجل نفس القضية عدة وكلاء، لم يجز لهؤلاء أن يعملوا منفردين، ما لم يكونوا مأذونين صراحة في ذلك. فلا يسوغ لأي منهم أن يجري أي عمل في غياب الآخر، حتى لو استحال على هذا الآخر الاشتراك معه في إجرائه.

و لا يسري هذا الحكم:

أولا - إذا تعلقَت الوكالة بالدفاع أمام القضاء، أو برد الوديعة أو بدفع دين مستحق الأداء وغير متنازع فيه، أو باتخاذ إجراء تحفظي في مصلحة الموكل، أو يعمل عاجل من شأن تركه أن يضر بهذا الأخير؛
ثانيا - في الوكالة القائمة بين التجار لأعمال التجارة.

وفي هاتين الحالتين، يسوغ لأحد الوكلاء أن ينفرد دونهم بإنجاز العمل، ما لم يصرح بالعكس.

الفصل 899

إذا عين عدة وكلاء بعقود متفرقة من أجل نفس القضية، كان لأي منهم أن ينفرد بالعمل في غياب الآخرين.

الفصل 900

لا يسوغ للوكيل أن يوكل تحت يده شخصا آخر في تنفيذ الوكالة، ما لم يمنح الصلاحية في ذلك صراحة أو ما لم تستخلص هذه الصلاحية من طبيعة القضية أو من ظروف الحال.

غير أن الوكيل العام ذا الصلاحية التامة يعتبر مأذونا في أن يوكل تحت يده كليا أو جزئيا.

الفصل 901

الوكيل مسؤول عمن يوكل تحت يده. غير أنه إذا رخص له في أن يوكل تحت يده شخصا آخر دون أن يعين هذا الشخص، فإنه لا يكون مسؤولا إلا إذا اختار لذلك شخصا لا تتوفر فيه الصفات المطلوبة لإنجاز الوكالة أو إذا كان قد أحسن الاختيار ولكنه أعطى لمن وكله تحت يده تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو إذا كان لم يراقبه مع أن مراقبته كانت ضرورية وفقا لمقتضيات ظروف الحال.

الفصل 902

في جميع الأحوال، يلتزم نائب الوكيل مباشرة تجاه الموكل في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل، وتكون له نفس حقوق هذا الأخير.

الفصل 903

على الوكيل أن يبذل، في أدائه المهمة التي كلف بها، عناية الرجل المتبصر حي الضمير. وهو مسؤول عن الضرر الذي يلحق الموكل نتيجة انتفاء هذه العناية كما إذا لم ينفذ اختيارا مقتضى الوكالة أو التعليمات التي تلقاها، أو إذا لم يتخذ ما يقتضيه العرف⁵⁹³ في المعاملات.

وإذا توفرت للوكيل أسباب خطيرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو إلى مخالفة ما جرى عليه العرف⁵⁹³، وجب عليه أن يبادر بإخطار الموكل بها في أقرب فرصة، وعليه أن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في الانتظار خطر.

الفصل 904

الالتزامات المذكورة في الفصل السابق يجب أن تراعى على شكل أكثر صرامة:
أولا - عندما تكون الوكالة بأجر؛
ثانيا - عندما تباشر الوكالة في مصلحة قاصر أو ناقص أهلية أو شخص معنوي.

الفصل 905

إذا تعيبت الأشياء التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل، أو ظهرت عليها بوادر العوار على نحو يمكن معه التعرف عليها من شكلها الخارجي، وجب على الوكيل إجراء ما يلزم للمحافظة على حقوق الموكل في مواجهة المكارى (صاحب النقل) أو غيره من المسؤولين.

وإذا كان في التأخير خطر أو إذا حدث التعيب على نحو لا يستطيع الوكيل معه الانتظار ريثما يرجع إلى الموكل، فإنه يجوز للوكيل، بل يجب عليه عندما تقتضيه مصلحة الموكل أن يعمل على بيع الأشياء بواسطة السلطة القضائية، بعد إثبات حالتها، وعليه أن يخطر فورا الموكل بكل ما يكون قد أجراه.

الفصل 906

على الوكيل أن يعلم الموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها.

الفصل 907

على الوكيل، بمجرد إنهاء مهمته، أن يبادر بإخطار الموكل بها، مع إضافة كل التفاصيل اللازمة التي تمكن هذا الأخير من أن يتبين على نحو مضبوط الطريقة التي أنجز بها الوكيل تلك المهمة.

وإذا تسلم الموكل الإخطار، ثم تأخر في الرد أكثر مما تقتضيه طبيعة القضية أو العرف⁵⁹³، اعتبر أنه أقر ما فعله الوكيل، ولو كان هذا قد تجاوز حدود وكالته.

الفصل 908

على الوكيل أن يقدم لموكله حسابا عن أداء مهمته، وأن يقدم له حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه، مؤيدا بالأدلة التي يقتضيها العرف⁵⁹³ أو طبيعة التعامل وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها.

الفصل 909

الوكيل مسؤول عن الأشياء التي يتسلمها بمناسبة وكالته، وفقا لأحكام الفصول 791 و792 و804 و813.

إلا أنه إذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يسأل، وفقا لما هو مذكور في الفصل 807.

الفصل 910

يجب أن تفهم أحكام الفصل 908 السابق على نحو أكثر تسامحا إذا كان الوكيل ينوب عن زوجته أو أخته أو شخص آخر من عائلته.

وفي هذه الحالات، يمكن، وفقا لظروف الحال، أن يصدق الوكيل بيمينه، فيما يتعلق برد الأشياء التي تسلمها لحساب موكله.

الفصل 911

على الوكيل، بمجرد انتهاء الوكالة، أن يرد رسم الوكالة لموكله أو أن يودعه في المحكمة.

الموكل أو خلفاؤه الذين لا يطلبون رد رسم الوكالة يتحملون بالتعويضات تجاه الغير حسني النية.

الفصل 912

إذا تعدد الوكلاء، فإن التضامن لا يقوم بينهم، إلا إذا اشترط. ومع ذلك فإن التضامن يقوم بقوة القانون بين الوكلاء:

أولا - إذا حدث الضرر للموكل بتدليسهم أو بخطأهم المشترك، وتعذر تحديد نصيب كل منهم في وقوعه؛

ثانيا - إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة؛

ثالثا - إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة، ما لم يشترط غير ذلك.

إلا أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، لا يسألون عما يكون قد أجراه أحدهم خارج حدود الوكالة، أو بإساءته

مباشرتها.

الفصل 927

لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية:

أولا: إذا أقره، ولو دلالة؛

ثانيا: إذا استفاد منه؛

ثالثا: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛

إن مجال السلطة المخولة للنائب القاضي يحدده القاضي عند تعيينه. و عليه فان وثيقة التعيين- حكما كانت أو أمرا- هي التي تحدد مجال الصلاحيات التي يمكن للنائب القضائي ممارستها فإذا لم تتضمن وثيقة التعيين مجال التفويض فلا يكون للنائب أن يمارس إلا الصلاحيات التي تدخل في أعمال الإدارة بما في ذلك القيام بالبيع أو الشراء عندما تقتضيه أعمال الإدارة ذاتها و ينتج عن هذا أنه إذا لم تحدد وثيقة تعيين الحارس القضائي مثلا مجال صلاحيته بدقة أو على الأقل بما فيه الكفاية من الوضوح انحصر هذا المجال على حفظ الشيء و إدارته. و في هذا الصدد ينص الفصل 821 من ق.ل.ع.م على أنه "للحارس حفظ الشيء و إدارته. و يجب عليه أن يجعله يدر كل الثمار التي في إمكانه أن يدرها". و بالتالي فان الحارس القضائي لا تكون له الصلاحية في البيع أو الشراء إلا إذا أذن له القاضي بعد التأكد من تحقق عنصر الاستعجال (الفصل 149 من المسطرة المدنية) في القيام بما هو ضروري حسبما تقتضيه الأشياء المحروسة نفسها(الفصل 822 من ق.ل.ع.م. المغربي).

رابعا: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقصى مما تضمنته تعليمات الموكل مادام الفرق يسيرا، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.

الفرع الخامس: اليمين

الفصل 460

الأحكام المتعلقة باليمين⁵⁹³ مقررة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية⁵⁹³.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية⁵⁹³

الباب الثاني: المستعجلات

الفصل 149

يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده⁵⁹³ بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات.

إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة.

و لا شك أن عنصر الاستعجال يتحقق عندما تكون الأشياء المحروسة معرضة للتعييب أو التلف كما أن مصلحة هذه الأشياء نفسها تقتضي إما بيع ما هو معرض للتلف أو العيب منها أو شراء ما قد يضع حدا لأسباب التلف أو العيب (الفصل 823 من ق.ل.ع.م.).

و عندما نقول بأن المبدأ عند عدم تحديد مجال تفويض السلطة أو الصلاحيات المخولة للنائب المخولة للنائب القضائي في وثيقة تعيينه يحمل على حصر هذا المجال في أعمال الإدارة فقط دون أعمال التصرف و بالدرجة الأولى البيع و الشراء لأصل الشيء فليس معنى ذلك أن المبدأ يعمل به على إطلاقه و إنما ينبغي النظر أيضا إلى ما تقتضيه طبيعة النيابة القضائية في حد ذاتها. و عليه فإذا كانت التصفية القضائية للشركة أو التركة مثلا تخضع لنفس المبدأ و بالتالي يكون على المصفي القضائي أن يتقيد بالصلاحيات المتمثلة في أعمال الإدارة فقط الفصل 1/1070 من ق.ل.ع.م و الفصل 252 من المسطرة المدنية) و ذلك عندما لا تتضمن وثيقة تعيينه المهام الممنوحة به. فان طبيعة التصفية القضائية تقتضي ألا يقتصر مجال لتفويض (السلط و الصلاحيات) على أعمال الإدارة فقط و إنما يمكن أن يمتد حتى إلى أعمال التصرف-بالبيع خاصة- التي تهدف إلى تحقيق المراد من التصفية. لذلك يستطيع المصفي القضائي أن يقوم ببيع البضائع و الأدوات التي تتوفر عليها الشركة (الفصل 2/1070 من ق.ل.ع.م) كما يستطيع أن يبيع منقولات فعقارات التركة (الفصل 1/256 من المسطرة المدنية) كي يتمكن من الحصول على المبالغ التي سيوفي بها الديون المترتبة على التركة بعد استئذان القاضي في هذا الوفاء (الفصل 254 من المسطرة المدنية). غير أنه لما كان التصرف مثلا على سبيل التبرع أو على سبيل البيع الواقع على التجاري موضوع التصفية لا تقتضيه طبيعة التصفية لذلك فانه لا يدخل في مجال التفويض إلا أذن به القاضي صراحة (الفصل 1074 من ق.ل.ع.م).

ثالثا: مجال تفويض السلطة في النيابة الاتفاقية.

إن مجال السلطة المخولة للتائب الاتفاقي (الوكيل) يحدده عقد الوكالة الذي هو مظنة النيابة الاتفاقية مع الأخذ بعين النظر نصوص قانون الالتزامات و العقود المغربي المكمل لإرادة المتعاقدين في عقد الوكالة. و بعبارة أخرى، و كما يقول

الأستاذ سمير عبدا فان "المرجع في تحديد سلطة الوكيل في عقد البيع هو عقد الوكالة ذاته. فإذا لم يوجد في هذا العقد تحديد ، فانه يرجع إلى قواعد القانون المكملة " المنصوص عليها في الفصول المنظمة لصلاحيات الوكيل و التزاماته و هي من 890 إلى 912 من ق.ل.ع.م. و عليه ، إذا كان مجال تفويض السلطة أو الصلاحيات للوكيل يحدده عقد الوكالة، فان هذا المجال يضيق نطاقه أو يتسع بحسب ما إذا كنا أمام عقد وكالة خاصة أو عقد وكالة عامة(الفصل 890 من ق.ل.ع.المغربي) .

-فقد لا يفوض (بموجب) عقد الوكالة إلا سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة بالذات أو مجموعة من الأعيان المحددة بالذات أو بثمن محدد. فهنا نكون أمام وكالة خاصة (الفصل 1/891 من ق.ل.ع.م) يقتصر مجال تفويض السلطة فيها على ما تم تحديده بدقة بحيث إذا ما خرج الوكيل عن حدود هذا المجال أو تجاوزه ما كان للموكل أن يلتزم بما تم الخروج عنه أو تجاوزه إلا إذا أجاز له الموكل صراحة أو ضمنا (وهنا تكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة). أو استفاد منه إما بما يزيد في نفعه أو ينفذ من أعبائه أو زيادة يسيرة أو زيادة مألوفة في عرف التجارة أو عرف مكان إبرام العقد الذي أبرمه الوكيل كي تنصرف آثاره إلى الموكل (الفصل 927 من ق.ل.ع.م). و مما تجدر الإشارة إليه أن الوكيل إذا قام بممارسة صلاحيات أخرى تقتضيها بالضرورة المهام المحددة في الوكالة الخاصة أو يألّفها العرف السائد في مكان العقد الموكل إبرامه للوكيل ، فانه لا يكون قد تجاوز حدود مجال السلطة المفوضة له حتى ولو لم تحدد تلك الصلاحيات الأخرى في عقد الوكالة (الفصل 2/891 من ق.ل.ع.م).

-و بالمقابل فان عقد الوكالة قد يفوض السلطة للوكيل قصد القيام بجميع التصرفات القانونية بالنسبة لجميع أموال الموكل أو قد يفوض السلطة للوكيل قصد القيام بجميع التصرفات بالنسبة لعين معينة. فهنا نكون أمام وكالة عامة(الفصل 1/893 من ق.ل.ع.المغربي) .

و الملاحظ أن الوكالة العامة غالبا ما يمنحها الموكل إما نظرا لعدم تجربته أو لعدم انتباهه إلى ما يلزم من الحيلة و الحذر أو لمبالغته في الثقة الموضوعية في الوكيل ، لذلك فهي من هذا المنظور تعد أكثر خطورة على الموكل من الوكالة

الخاصة. و هذه الخطورة هي التي دفعت بتدخل المشرع المغربي لتوفير الحماية له عندما سن الأحكام المنظمة للوكالة العامة و بالدرجة الأولى الفصول 2/893 و 894 و 897 من ق.ل.ع.م.

و توخيا لهذه الحماية يجدر التميز قصد التعرف على مجال تفويض السلطة في الوكالة العامة، بين الوكالة العامة التي استعملت فيها ألفاظ صريحة أو محددة و الوكالة العامة التي استعملت فيها ألفاظ غير محددة أو فضفاضة أي تلك التي يطلق عليها عن غير الصواب الذي تستوجبه الدقة القانونية الوكالة الواردة في ألفاظ عامة:

-فمجال تفويض السلطة المعبر عنه في الوكالة العامة بألفاظ صريحة أو محددة يشمل كل الصلاحيات التي توضحها بقوة الألفاظ المستعملة بنفسها لا بغيرها من الظروف و الملابسات التي تساهم في تصريح عبارات العقد بوجه عام على النحو المألوف في ميدان تأويل العقود. و السبب في تقصير الصراحة في الألفاظ المستعملة في الوكالة على المعنى الذي يفهم منها بنفسها فقط يرجع إلى أن الأصل في الوكالة التخصيص. لذلك فعندما يختلف الموكل مع الوكيل في مجال التفويض أو ما علق عليه هذا التفويض فإن حمل الوكالة على التخصيص يضع عبء الإثبات على عاتق الوكيل. و إذا لم يؤد إثباته إلى إقناع القاضي اخذ بما ادعاه الموكل. إلا انه مادامت العبرة بالحجج فيما يفضي لتكوين القناعة لدى القاضي و كان الادعاء المجرد ليس من شأنه أن يولد القناعة خارج البرهنة على ثبوت الادعاء بالحجج ، فإن هذه القناعة عندما تكتسب من الادعاء المجرد، يكون على هذا الادعاء أن يدعم باليمين التي تعد بدورها من الحجج عندما يسمح بها القانون (وسائل الإثبات: الفصل 460 من ق.ل.ع.م.).

إذا ثبت هذا التوضيح ، قلنا بعده إن الألفاظ المستعملة في عقد الوكالة العامة إذا كانت صريحة أو محددة في الدلالة المستفادة منها بنفسها و كانت هذه الدلالة تفيد البيع أو الصلح أو التحكيم أو أي عمل آخر من أعمال التصرف دخلت مشمولات اللفظ الصريح في مجال التفويض (و هذا هو المعنى المقصود من الفصل 894 من ق.ل.ع.م.). أما إذا كانت هذه الدلالة لا يمكن أن تفيد البيع أو الصلح أو أي عمل آخر من أعمال التصرف إلا ضمنا فهنا تدخل الوكالة العامة في إطار تلك

التي عبر عنها بألفاظ غير محددة أو فضفاضة و ذلك لسبب ما ذكر أعلاه و المتمثل في أن الأصل في الوكالة التخصيص.

-و إذا كان مجال تفويض السلطة قد عبر عنه في الوكالة العامة بألفاظ غير صريحة أو غير محددة أي فضفاضة أو يثور الشك حول مدلولها، فإن هذا المجال لا يمكن مهما احتمل مدلول الألفاظ المستعملة فيه من صلاحيات، أن يخرج عن تلك الصلاحيات التي تسمح للوكيل بإدارة مصالح الموكل دون الصلاحيات التي تسمح له بالقيام بأعمال التصرف التي لا تقتضيها ضرورة مراعاة مصالح الموكل نفسها. و بطبيعة الحال ، فإن (إدارة تدبير مصالح الموكل تدخل فيه تلك الأعمال التي تهدف إلى استيفاء الديون و لو بعد مطالبتة بها قضاء أو الوفاء بها. أو اتخاذ الإجراءات التحفظية أو إبرام ما هو ضروري من التصرفات التي يستوجبها مجال الصلاحيات المخولة للوكيل (الفصل 2/893 من ق.ل.ع.م). و على كل فإذا ثار الخلاف بين الوكيل و الموكل حول ما إذا كانت العبارات المستعملة صريحة بالمعنى السالف الذكر أو كانت غير صريحة أي فضفاضة فإن خصوصية الوكالة تنقل عبء الإثبات إلى الوكيل و لو كان المدعي هو الموكل و بذلك يكون على الوكيل أن يثبت أن مجال تفويض السلطة يكمن فيما يدعيه هو لا فيما يدعيه الموكل. و إذا عجز عن هذا الإثبات كان القاضي أمام حالة الشك التي عليه أن يفسرها لمصلحة الموكل عند تأييد هذا الأخير لادعائه باليمين (الفصل 897 من ق.ل.ع.م).

و بعد توضيح مجال تفويض السلطة من النيابة الاتفاقية يجدر بنا أن نشير إلى أن هذا المجال عندما ينحصر في صلاحية الشراء فإنه قد يلتبس بحالة التعاقد

بشرط تعيين المشتري كما قد يلتبس هذا المجال بحالة التعاقد باسم مستعار و الذي يميز تفويض السلطة بالشراء في الوكالة عن الحالتين السابقتين:

أن الوكيل بالشراء يعلن عن اسم موكله لذلك تتصرف آثار العقد إلى هذا الموكل. أما الذي يشتري بشرط تعيين المشتري أي مع الاحتفاظ لنفسه بحق اختيار الغير كمشتري فإنه لا يعلن عن اسم هذا الغير لا بل الأكثر من هذا أنه قد لا يكون هذا الغير موجودا في ذهن المشتري وقت الاحتفاظ بهذا الحق. كما أنه قد يكون هناك

شخص من الغير و لكن المشتري لا يستعمل حقه في الاختيار و إنما يحتفظ بآثار العقد لنفسه و ذلك كما يقول الأستاذ سمير عبد السيد تناغو⁵⁹⁴ .

-و نظرا لما سبق لأن التعاقد بشرط تعيين المشتري يلزم التعاقد فقط أي المشتري الظاهر، إلا إذا قام هذا الأخير بتعيين المشتري الحقيقي خلال الأجل المحدد. فهنا تنصرف آثار العقد إلى المشتري المعين و يكون التعاقد في وضع الوكيل الذي يبرم التصرف بالنيابة.

-و كذلك فإن الشراء عن طريق وسيط باسم مستعار ينتج اثاره لمصلحة هذا الوسيط و بالتالي يكون وحده الملتزم تجاه من تعاقد معهم كما لو كانت الصفقة لحسابه و لو كان هؤلاء قد علموا بأنه معير اسمه أو أنه وكيل بالعمولة. (الفصل 920 من ق.ل.ع.م).

و يترتب على هذا أن الوسيط إذا أراد أن يحول ما اشتراه إلى صاحب المصلحة الحقيقي أن يقوم ببيعه ثانية لهذا الأخير كي تنتقل إليه الملكية. و بطبيعة الحال فإن القيام بهذه العملية الثانية يستوجب أداء الرسوم ثانية و ذلك عندما يكون موضوع العملية عقارا أو منقولا من المنقولات التي تخضع للرسوم عند تفويتها.

ملحق التبايع بطريق النيابة المرجع

المطول في شرح الصيغ القانونية
للدعاوى والأوراق القضائية

في البيع تشريع – فقه – قضاء صفحة

51 إلى 82

المؤلف

سيد حسن البغال

الناشر علم الكتب

القاهرة

التبايع بطريق النيابة

المواد من 104 حتى 108 و من 479 حتى 481 من القانون المدني المصري

نصوص القانون

مادة 104: 1) إذا تم العقد بطريقة النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

2) و مع ذلك إذا كان النائب وكيلاً و يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها

مادة 105: إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن العقد من العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل.

مادة 106: إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد انه يتعاقد بصفة نائباً ، فان اثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائناً أو مديناً لا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب.

مادة 107: إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فان اثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصل أو خلفانه.

مادة 108: لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل ، على انه يجوز للأصل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة.

مادة 479: لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما ني طبه بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء و مع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى.

مادة 480: لا يجوز للسامسة و لا للخبراء ان يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار.

مادة 481: يصبح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا أجازاه من ثم البيع لحسابه.

النصوص العربية المقابلة

القانون الليبي: المواد 468 و 469 و 470

القانون السوري : المواد 447 و 448 و 449

القانون الكويتي : المواد 558 و 592 و 593

القانون الأردني : المادتان 548 و 549

الأعمال التحضيرية:

ورد بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا على نصوص المواد من 479 حتى 481 من القانون المدني ما يلي:

(1) حددت النيابة عن البائع التي تمنع الشراء تحديدا أدق ، فوسع المشروع من ناحية و ضيق من ناحية ، وسع في انه أضاف إلى الأوصياء و الوكلاء القوام و المديرين و الموظفين العامين و السنديك و الحارس المصفي (لأموال المعسر) و المصفي لشركة أو شركة ، و ضيق في أنه اخرج الأولياء الشرعيين ، فهؤلاء يتبع في شأنهم قانون الأحوال الشخصية ، و ينص المشروع على عدم الإخلال به و تجيز الشريعة الإسلامية شراء الولي لنفسه مال الصغير.

(2) زيد على النواب السماسرة و الخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها لان حكمة المنع فيهم متوافرة.

(3) نص المشروع صراحة على أن البيع ممنوع و لو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار ، و النص على الحالة الأولى يزيل لبسا، و على الحالة الثانية يواجه أمرا كثير الوقوع.

(4) أجاز المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع، و قد قرر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة) لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله، كالوصي يستأذن المجلس الحسبي.

(5) عرض المشروع لتقدير التعويض في حالة ما إذا لم يجز العقد و بيع المال من جديد لمشتري أجنبي، فان المشتري الأول يتحمل في هذه الحالة على سبيل التعويض مصروفات البيع الثاني و ما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع، و ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة.

أراء الشراح و أحكام القضاء:

التعريف بالنيابة بصفة عامة:

--النيابة بصفة عامة ووفقا لأبسط وأيسر تعريف لها هي " عمل قانوني يصدر عن إرادة الأصيل و يرمي إلى تحويل النائب القيام بتصرف يعود على الأصيل دون النائب"

....و هذا التعريف يفصل بين مضمون النيابة و مدلولها ، و بين مصدرها، فالنيابة و على ما سوف نفصل فيما بعد قد تكون نيابة قانونية أي مصدرها القانون و قد تكون نيابة اتفاقية مصدرها العقد و هو الغالب و الأعم.

--و يعرف قمة الفقه القانوني العربي المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري النيابة بأنها:

"حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى الشخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو".(1)

الوكالة في البيع:

---و حيث إن هذا النعى سديد ذلك أن مؤدى نص المادة 699 من القانون المدني أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها هي لحساب الأصل فإذا باشر إجراء معيناً سواء كان من أعمال التصرف أو الإرادة فلا يجوز مقاضاته عن هذا الإجراء، وإنما توجه الخصومة للأصيل، لما كان ذلك، و كان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن و المطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، و كان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن و المطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، و كان إجراء هذا التصرف إنما يكون لحساب الأصل، مما يقتضي توجيه الدعوى في النزاع الناشئ عنه إلى الأخير، و إذ خلف الحكم المطعون فيه هذا النظر و قضى برفض الدفع المبدى من الطاعن-بعد قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة-وبإثبات التعاقد موضوع النزاع على سند انه مفوض في إبرامه و التوقيع عليه بمقتضى عقد الوكالة فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.(1)

أوجه التفرقة بين النيابة و الوكالة:

--ليس هناك تلازم بين الوكالة و بين النيابة، و لأن النيابة قد يكون مصدرها القانون ثم قد يكون مصدرها حكم القضاء، و قد يكون مصدرها الاتفاق و عندها نكون إزاء و بصدد نيابة اتفاقية، و من هذا المصدر الأخير يأتي أحيانا الخلط بين النيابة الاتفاقية و الوكالة.

--غير أن عقد الوكالة و أن كان يعتبر مصدراً لنيابة اتفاقية في بعض الصور إلا انه يتميز عنه ذلك لان الوكالة عمل يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بتصرف قانوني لحساب الموكل و لكن الوسيلة الفنية للتي يقوم الوكيل بهذا التصرف عن طريقها ليست من جوهر عقد الوكالة إذ قد ينفذ الوكيل التزامه عن طريق تعاقد مع الغير باسم الأصل مباشرة فيكون بذلك قد نفذه بطريق النيابة.

...و قد ينفذ التزامه عن طريق القيام بالتصرف باسمه الشخصي ثم ينقل بعد ذلك الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد إلى الأصل بتصرف جديد و من ثم نجد انه ليس هناك تلازم بين الوكالة و بين النيابة.

--كذلك قد توجد وكالة دون نيابة كالحال فيما يعرف بالاسم المستعار حيث يستبعد الوكيل اسم الأصل و يبرم التصرف مع الغير باسمه مباشرة دون أن يفصح عن اسم الأصل، و لكن لحساب هذا الأخير فتتصرف في علاقتهما آثار التصرف إلى الأصل

--الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير و لحسابه بحيث تنصرف أثره إليه و في غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساسا باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما-و هو النائب- محل الآخر-و هو الأصل في إجراء العمل القانوني الذي يقوم به لحسابه، و تقتضي تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها-الأصل و النائب- على عناصر الوكالة و حدودها و هو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل و تنصرف أثره إليه، و تخضع العلاقة بين الموكل و الوكيل في هذا الصدد من حيث مداها و أثارها لإحكام الاتفاق المبرم بينهما و هو عقد الوكالة (1)

--المقرر أن إقرار الوكيل في حدود وكالته حجة على موكله و ينصرف أثره إليه، لما كان ذلك و كان النائب بالأوراق أن البند الثالث عشر من عقد البيع المؤرخ 1966/8/8 المتضمن بين الشركة المطعون ضدها الثانية للمطعون ضده الأول قطعة الأرض موضوع الدعوى، حظر على الأخير التنازل عنها للغير إلا بعد الحصول على موافقة الشركة الكتابية الصريحة على العقد بقبول التنازل و ذلك لكي تحصل الشركة على حقوقها الثابتة في هذا العقد من المتنازل إليه و كانت الكتابة المطلوبة في هذا الشأن هي للإثبات و كان المحامي الحاضر عن رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها الثانية قد قرر بمحضر جلسة 1970/1/26 أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بموافقة الشركة على التنازل المؤرخ 1976/2/10 المتضمن تنازل المطعون ضده الأول للطاعن عن قطعة الأرض مشتراه و ذلك إذا دفع لها مؤجل الثمن و هو ما أكدته أيضا في مذكرتها المقدمة لتلك المحكمة في 1975/3/9 و من ثم فإن التكييف القانوني الصحيح لما أقرت به الشركة أنها موافقة على التنازل معلقة على شرط الوفاء لها بكامل الثمن و إذ تحقق هذا الشرط بسداد الطاعن المتنازل له عن الأرض، كامل الثمن، فإن موافقة الشركة تكون قد تحققت و لا يجوز لها أن تعود فتعدل عما وافقت عليه بقالة (بالقول) أن هذه الموافقة تتطلب اتخاذ إجراءات معينة لم تتخذ بعد، و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر و تطلب موافقة الشركة الكتابية على التنازل و رتب على ذلك قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن حالة أن ما أقر به المحامي الحاضر عن الشركة يعد موافقة منها على التنازل على النحو السالف بيانه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (1)

النيابة القانونية:

--النيابة القانونية هي تلك التي يكون مصدرها القانون مباشرة كما هو الشأن في نيابة الولي الشرعي.

النيابة القضائية:

النيابة القضائية هي تلك التي يكون مصدرها حكم القضاء كما هو الحال في شأن نيابة الوصى أو القيم عن المحجور عليه

--و لا يجوز الخلط بين النيابة القانونية و النيابة القضائية بحسبان أن النيابة القضائية إنما تكون نتاج تطبيق نصوص قانونية، ذلك ان النيابة القانونية تثبت للنائب فور نشوء الواقعة التي تنبثق عنها هذه النيابة بعكس النيابة القضائية التي تتطلب استصدار حكم من القضاء بها.

النيابة الاتفاقية:

و هي تلك التي يكون مصدرها الاتفاق.

النيابة الصريحة:

النيابة الصريحة هي تلك التي تفرغ في سند مكتوب، و قد يتحد فيه اسم النائب، او تكون موجهة في هذا السند إلى كافة كما هو الشأن في حالة توجيه دعوة لعمل معين عن طريق النشر للكافة.

النيابة الضمنية:

تكون النيابة ضمنية إذا كانت صلة المنيب بالمناب إليه من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه النيابة الضمنية من جانب المنيب و يتحقق ذلك في فروض كثيرة منها نيابة الزوجة عن زوجها في شراء الحاجيات المنزلية و المفروشات و الأمتعة التي تقتضيها عادة الحياة الزوجية.

النيابة الظاهرة:

--هناك حالات يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجي يبرر اعتقاده بوجود النيابة ووقوع التصرف في حدودها و إذا كانت العدالة تقتضي في هذه الصورة إنفاذ التصرف في حق الأصل فان القضاء لم يجد سبيلا في ذلك سوى ابتداع فكرة الإنابة الظاهرة، مع ملاحظة عدم الخلط بينها و بين الإنابة الضمنية حيث تكون هناك إنابة حقيقية و لكن تعبير الأصل عنها كان تعبيراً ضمناً، و يشترط في الإنابة الظاهرة توافر ثلاثة شروط أولها أن يعمل النائب باسم الأصل و لكن دون نيابة سواء لانتفاء النيابة أو بطلانها أو انقضائها أو تجاوزه حدودها و يلحق بذلك سوء استخدام النائب للنيابة باستغلالها لتحقيقها لأغراض شخصية، و ثانيها حسن نية الغير مما يستلزم عدم علمه بانتفاء النيابة أو بطلانها أو انقضائها أو تجاوزه و إذ كان الأصل أن يثبت المتعامل مع نائب من حدود نيابته فانه يقع على الغير

عبء إثبات حسن نيته، و قد طبق المشرع المصرى هذا الشرط في المادة 107 و ثالثها أن يقوم مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل سواء بتقصير منه أو بغير تقصير يبرر الاعتقاد بوجود النيابة . فان توافرت هذه الشروط الثلاثة ترتب عنها الإنابة ما يترتب على النيابة الحقيقية مع ملاحظة أنه في العلاقة الداخلية بين النائب و الأصيل يتعين التفرقة بين ما إذا كان الأول سيء النية فيرجع عليه الأصيل بالتعويض أو حسن النية فلا يرجع عليه الأصيل بشيء. (1)

--الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل و الموكل-مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن انصراف اثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير ، إلا انه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كان يقوم مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا في اعتقاده بان ثمة وكالة قائمة بينهما ، إذ يكون من حق الغير حسن النية في هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بانصراف اثر التعامل الذي ابرمه مع من اعتقد بحق انه وكيل --- إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما --- وهي غير موجودة في الواقع ، بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لان ما ينسب إلى الأصيل في هذا الصدد يشكل في جانبه صورة من صور الخطأ الذي من شأنه أن يخدع الغير حسن النية في نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل و يحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه، و لما كان الأصل في التعويض أن يكون عينيا، كلما كان ممكنا، فان سبيله في هذه الحالة يكون بجعل التصرف الذي أجراه الغير حسن النية نافذا في حق الأصيل

و- إذ كان ذلك و كان مؤداه انه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل و الغير، بحيث ينصرف-إلى الموكل- أثر التصرف الذي عقده وكيله الظاهر مع الغير.(2)

الأساس القانوني الذي تقوم عليه النيابة الظاهرة:

--النيابة الظاهرة هي تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة و يرجع ذلك إلى وجوب تغليب استقرار التعامل و حماية مصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توافر الثقة في المعاملات.

--و قد تقوم النيابة الظاهرة في بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة في القانون، و من ذلك ما نصت عليه المادة 332 من القانون المدني على أنه "يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، و يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة من الدائن..."

شروط الاعتراف بالوضع الظاهر الذي تقوم عليه النيابة الظاهرة:

--يشترط للاعتراف بالوضع الظاهر لتقوم النيابة الظاهرة لتقوم النيابة الظاهرة توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن يعمل النائب باسم الأصل و لكن بغير نيابة، و يكون ذلك إما بأن يجاوز النائب حدود نيابته المرسومة له، و إما بأن يستمر في العمل بعد انتهاء نيابته، و أما أن يعمل كنائب دون نيابة أصلاً، أو بنيابة باطلة أو للإبطال بعد إبطالها.

الشرط الثاني: أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب: و يجب بداهة أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية، إذ لو كان يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه، كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك، و ليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل، و قد يكون إقدامه على التعاقد أتيان أنه حصل على تعهد من الوكيل يجعل الموكل يقر التصرف، و في هذا الفرض أيضاً لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره، و إنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض، و لما كان المفروض أن الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه و له في سبيل ذلك تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته.

الشرط الثالث: أن يتوافر مظهر خارجي يقوم عليه حسن نية الغير الذي يتعامل مع النائب و يكون من شأنه أن يجعل الغير معذوراً في اعتقاده أن هناك وكالة قائمة.

--إن عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل، لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير، لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزماً قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أنه يتعاقد مع الأصل أو النائب، فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل و بين الموكل، كما هو الحال في الوكالة الظاهرة.(2)

--يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً و أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة و لما كان تعيين المدير وفقاً لنظام الشركة المشهور-و الذي صار حجة على الكافة- لا يترتب عليه خلق مظهر خارجي خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه و كان المدين الذي اتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن التصرف التبرعي لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين و لا يملك توكيل غيره

في إجراءاته و ممن ثم فأن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة و الظاهر. (3)

قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية و الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بشأن نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر و الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق:

وحيث أن الوقائع تتحصل — على ما بين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — في أن المطعون عليها الأولى أقامت الدعوى رقم ٢٣٩٦ سنة ١٩٨٠ مدني الإسكندرية الابتدائية ضد الطاعنين و آخرين بطلب الحكم باستحقاقها للعقار المبين بالأوراق ، وإلزامهم بتسليمه لها خاليا ، تأسيسا على ملكيتها له ، تدخلت ... مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة — وطلبت الحكم باستحقاقها للعقار المذكور على سند من القول بتملكها له بالشراء من المطعون عليها الأولى بعقد مسجل بتاريخ ٢٤/٦/١٩٨٠ ، مع تسليمه لها خاليا ، دفع الطاعنون الدعوى بشغلهم الوحدات الخاصة بهم بالعقار بموجب عقود إيجار صادرة لهم من ابنة المطعون عليها الأولى ، وبتاريخ ٢٠/٤/١٩٨١ حكمت محكمة أول درجة باستحقاق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخير ملكية العقار محل النزاع ، ورفضت ما عدا ذلك من طلبات ، استأنفت المطعون عليها الأولى و مورثة باقي المطعون عليهم هذا الحكم لدى محكمة استئناف الإسكندرية بالاستئناف رقمي ٧٤٦،٦٨٥ لسنة ٣٧ ق إسكندرية وبتاريخ ٢٧/٥/١٩٨٢ حكمت المحكمة بعدم جواز الاستئناف رقم ٧٤٦ لسنة ٣٧ ق — ثم حكمت بتاريخ ١٩/١/١٩٨٤ بتسليم العقار للمطعون عليهم من الثاني إلى الخامسة خاليا ممن يشغله ، طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرات أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه ، وإذ عرض الطعن على دائرة المواد المدنية والتجارية المختصة في غرفة مشورة ، حددت جلسة لنظره ، وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٧/٦/١٩٨٥ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية و التجارية مواد الأحوال الشخصية عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل ، وإذ حددت الهيئة جلسة لنظر الطعن ، قدمت النيابة مذكرة رأت فيها رفض الطعن

وحيث انه وإن كان الأصل أن العقود لا تنفذ الا في حق عاقدتها ، وان صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها ، إلا انه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد أعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لا اعتبارات توجبها العدالة ، وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم

المشترك فيها ، بما يحول دون وصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها انه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه -- سلبا أو إيجابا --- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها إن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق.

... وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

... وحيث أن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ، وفي بيان ذلك يقولون أن الحكم أقام قضاءه على سند من عدم نفاذ عقود الإيجار الصادرة من ابنة المطعون عليها الأولى إلى الطاعنين في حق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة ، لتقصيرهم في التأكد من صفة المؤجرة لهم ، ولو كانوا حسنى النية ، وفي حين أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بنفاذ تصرفات المالك الظاهر في حق المالك الحقيقي متى كان من صدر إليه التصرف حسن النية ، وكانت المظاهر العامة من شأنها ان تولد لديه خطأ شائعا بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات... وحيث أن هذا النعى في محله ، ذلك إن المقرر في قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه -- نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، في مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه -- سلبا أو إيجابا -- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد

الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب مما يستوجب نقضها لهذا السبب ، دون حاجة إلى بحث أسباب الطعن.(١)

مقتطفات من بحث شيق للأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى تعليقا على هذا الحكم:

أخذت محكمة النقض -- صراحة -- في هذا الحكم ، في حدود معينة بنظرية الوضع الظاهر التي نشأت ، في الفقه الفرنسي ، على خلاف مبادئ القانون ، لتهيئة وسيلة للفصل في منازعات على وجه يراه عادلا ، ومؤدى النظرية إن التصرفات التي أجراها شخص خدع بوضع قانون مخالف للحقيقة ، ولكن أحاطت به المظاهر الخارجية للوضع الحقيقي ،

تصبح نهائية ، ونافذة ، كما لو كانت تصرفات قامت على أساس مركز قانوني مطابق تماما للحقيقة ، وقصد بها توفير السلامة لمن لا يستطيعوا معرفة الأوضاع القانونية الحقيقية للذين يتعاملون معهم ، وحماية الأشخاص الذين انخدعوا تحت تأثير مظاهر كاذبة ، في حقيقة سلطات من تعاقدوا معهم.

على أن هذه النظرية ، رغم مسحة العدالة التي تتطلبها تخالف المبادئ العامة للقانون التي لها وضوح البديهية ، والتي لهذا ، يعترف بها الكافة رغم كونها غير مسطورة فيه: لا يجوز لشخص أن ينقل لغيره حقوقا ليست له ، الذي يعتبر احد الأعمدة التي يقوم عليها النظام القانوني ، ويعبر عنه فقهاء الشريعة بقولهم أن فاقد الشيء لا يعطيه ، ولا يؤثر في فاعليته عدم ظهوره في نص صريح في التقنين المدني لأنه في الحقيقة مبدأ يعلو على الإرادة الشارعة التي لاستطيع وضع قاعدة عامة تقضى بجواز إن يعطى الشخص لغيره ما ليس عنده .

... وذهبت محكمة النقض لتأسيس حكمها ، إلى انه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وتنضبط جميعا مع وحدة علتها ، واتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول دون وصفها بالاستثناء وتصبح واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شروط تطبيقها .

... بهذا تشير المحكمة إلى نصوص متفرقة في المجموعات المدنية ، تقضى بنفاذ التصرف ، الذي ابرمه المتصرف إليه ، حسن النية ، مع غير صاحب الحق الذي انتقل إليه ، كالمادة ١٠٧ التي تقضى بأن العقد الذي يبرمه النائب بعد انقضاء نيابته بالعزل أو وفاة الأصل مثلا يضاف أثره إلى الأصل أو إلى خلفائه ، والمادة ٢٤٤ التي تجيز للدائن وللخلف الخاص ، حسن النية ، إن يتمسك بالعقد الصوري ، والمادة ٢٣٨/٣ في الأثر النسبي للدعوى البوليصة ، والمادة ٣٣٣ التي تقضى بصحة الوفاء ، بحسن نية ، لشخص كان الدين في حيازته "والمادة ٩٧٦ في كسب ملكية المنقول بحيازته والمادة ٤٧٨ التي تجعل عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت غير سار في مواجهة من كسب بعوض " حقا عينيا على العين المبيعة " إذا كان حسن النية ، والمادة ١٠٣٤ التي تبقى لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية " الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر .

... على أن هذه النصوص ، على خلاف ما تؤكد محكمة النقض ، لها صفة استثنائية بحتة ولا يمكن لغير الشارع أن يضيف إليها أية حالة أخرى ، ولا يجوز للقاضي القياس عليها ولا بالأولى ، إن يستخلص منها قاعدة عامة تجيز لفاقد الشيء أن يعطيه ، على خلاف ما يمليه العقل الفطري قبل أن يقضى به القانون ، فضلا عن هذا ، فإن الشروط التي

وضعتها محكمة النقض لنفاذ تصرف صاحب الوضع الظاهر ، لا يتوافر ، دائما ، في الحالات التي نص عليها القانون كما أن بعض هذه الحالات تتضمن شروطا يخلو منها ما وضعه الحكم ، فالمادة ٣٣٣ ، مثلا يقوم حكمها ويظل الوفاء صحيحا ولو لم يكن الدائن الحقيقي قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا " في ظهور حائز الدين " بمظهر صاحبه والمادة ٩٧٦ تعلق الأثر المكسب لملكية المنقول ، أو الحق العيني عليه ، كما اشرنا ، على حيازته وهو شرط يخلو منه اجتهاد محكمة النقض ، وليس في الحقيقة بين هذه النصوص ، مشتركا سوى الفكرة التي تقوم عليها ، وهي حماية الثقة المشروعة في المعاملات القانونية التي دعت الشارع إلى وضعها ، استثناء على المبدأ العام الذي لا يجوز لشخص أن يتصرف دون سند قانوني ، في حق لغيره ، إما المادة ١٠٣٤ فقد جمعت فيها نصوص كثيرة ، متفرقة ، قصد بها في التقنين المدني المختلط حماية الدائن المرتهن الاجنبي ، القوى بالامتيازات الأجنبية وبالمعتمد البريطاني في إنشاء الاحتلال ، وكانت قاصرة على التقنين المختلط ، ولم تمتد إلى التقنين المدني الوطني الا في سنة ١٩٣٣ لبواعث إنسانية بحته .

... وعلى خلاف ما زعم البعض ، لم يقصد بهذه النصوص سوى محابة الدائن المرتهن الاجنبي واضطرت مصر إلى قبولها تحت تأثير رغبتها الملحة في تخفيف مضار الامتيازات الأجنبية باستبدال تقنين واحد ، تطبقه جهة قضائية واحدة اغلب أعضائها من الأجانب ، بقوانين ثماني عشر دولة أجنبية تطبقها المحاكم القنصلية على العلاقات القانونية بين رعاياها والمصريين الذين كان يطلق عليهم الاهالي أسوة بالمواطنين في المستعمرات .

... ويقطع بالصفة الاستثنائية لهذه النصوص ان الشارع في التقنين المدني الجديد ابقى على تقاليد التقنين القديم ، والتقنين الفرنسي في أعمال الأثر الرجعي للبطلان وللفسخ بعد إن كان قد عطله في المشروع التمهيدي لمصلحة الغير حسن النية ، رغم أن المالك بعد زوال سند ملكيته ، بالإبطال أو بالفسخ ، يعتبر أهم تطبيقات المالك الظاهر بالنسبة للتصرفات التي أجراها قبل زواله ، وأخذت محكمة النقض ، في حكم سابق ، بهذه الفكرة ، حين قررت أن القانون عندما أراد حماية الأوضاع الظاهرة وضع لها نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت فيها ، كما قضت ، بحق ، أن الشارع في المادتين ١٤٥ و ١٥٢ مدني " لا يعتد بالتصرف الصادر من غير ذي صفة قبل صاحب الحق ، على سند من استقرار المعاملات " وانه وحينما أراد في التقنين المدني الاعتداد بالوضع الظاهر في بعض الحالات المحددة لم يضع لها قاعدة عامة تنظمها وإنما افرد لكل حالة منها حكما يستقل بشرائطه الخاصة من غيره ، كما هو الحال بالنسبة للنائب الظاهر (مادة ١٠٧) والدائن الظاهر (مادة ٣٣٣) وهي حالات استثنائية لا يقاس عليها ، وقضت أخيرا بأن القانون المدني لم يتخذ " في نظرية الأوضاع الظاهرة " مبدأ عاما يسرى على كافة التصرفات وإنما أورد نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت بصدها فلا يجوز التوسع في تطبيق هذه النظرية على غير الحالات التي ارتأها المشرع لحماية

الأوضاع الظاهرة كما لا يجوز القياس عليها " وطبقت هذه القواعد على عقد الإيجار لتخلص إلى انه " لما كانت القواعد العامة في القانون تقضى بأن إيجار ملك الغير لا ينفذ في حق المالك ، فإنه لا محل للتحدي بنظرية الحائز الظاهر بدعوى استقرار المعاملات وحماية الأوضاع الظاهرة لإهدار قواعد قانونية واجبة الاحترام والتطبيق .

... ونضيف في النهاية ان محكمة النقض قصرت تطبيق المبدأ الذي ادعت استخلاصه ، "باستقراء نصوص القانون المدني " على المعاوضة ولو كان مبدأ مقررا في القانون حقيقة لتعين تطبيقه على التبرع لاسيما وان بعض النصوص التي قصدت المحكمة الإشارة إليها كالمادة ٢٤٤ في الصورية والمادة ٩٧٦ في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، لا تفرق بين المعاوضة والتبرع ، فقصر نظرية الوضع الظاهر على المعاوضة يقطع بأن المحكمة وازنت في حكمها بين المصالح المتعارضة ولم تطبق مبدأ في القانون

... على إن استناد محكمة النقض إلى حجة داحضة لا يعنى ان حكمها فاقد لكل أساس ، فقد ذهب البعض الى تأسيس صحة تصرفات المالك الظاهر على مثل قديم ، يقضى بأن الغلط الشائع ينشئ الحق ، ورأى البعض الآخر اعتبارها مجرد تطبيق لمبادئ المسؤولية المدنية .

.. وقد حاول بعض الفقهاء تفسير نظرية الوضع الظاهر بمسؤولية من يتحمل نتيجته الضارة:

صحة تصرف المالك الظاهر تتأسس في كل الأحوال على مسؤولية المالك الحقيقي فيكون سقوط دعوى الاستحقاق التي لهذا الأخير ، بمثابة تعويض عيني للمتصرف إليه حسن النية وان كان أساس هذه المسؤولية يختلف باختلاف ظروف نشأة الوضع الظاهر ، فالمالك وفقا لرأى البعض يرتكب خطأ يقيم مسؤوليته طبقا للقواعد العامة ،

إذا علم أو كان في إمكانه أن يعلم باستحواذ المالك الظاهر على عقاره ، ويرتكب وفقا لرأى البعض الآخر تعسفا في استعمال حقه إذا لم يستعمله ويسر بهذا تصرف المالك الظاهر فيه ، أما إذا لم يكن في مقدور المالك العلم بحقه فإن مسؤوليته تتأسس على تحمل التبعة ، لأنه حتى في هذه الحالة ، قد ترتب على عدم معرفته بحقه خطر على الائتمان العام .

.. فيعتبر حكم محكمة النقض في الحدود التي اخذ فيها بنظرية الوضع الظاهر مجرد تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية ويقوم من ثم على أساس صحيح. .. نخلص من كل ما قدمناه إلى أن محكمة النقض في حكمها المشار إليه تستلزم لحماية الغير الذي يتعامل مع صاحب الحق الظاهر ثلاثة شروط أضافت إليها شرطا رابعا هو أن يكون التصرف الذي ابرمه هذا الأخير معاوضة : -

(أ) ان يكون المتصرف إليه حسن النية يجهل وقت إبرام التصرف انه يتعامل مع

غير صاحب الحق أو في عبارة مقارنة يعتقد انه مع صاحب الحق ، والعبرة في توافر حسن النية ، بوقت إبرام التصرف واقل شك يبدد حسن النية التي تفترض اعتقاداً مؤكداً وكاملاً في شرعية وسلامة سند من يقدم على التعامل معه ، فإذا ثار في نفس المتصرف إليه شك في انه يتعامل مع غير صاحب الحق اعتبر سيء النية ، وحسن النية وفقاً للقاعدة العامة ، مفترض وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل عليه

ب (أن تكون الشواهد المحيطة بصاحب الوضع الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، ولا يعنى هذا الشرط كما قدمنا سوى أن يكون المتصرف إليه يقظاً في تعامله وقام قبل تعاقد بالتحريرات التي تواجهها العادات في مثل العقد الذي أبرمه بما في ذلك فحص سندات الحق الذي يدعيه المتصرف وفي عبارة وجيزة إلا يكون قد خدع بالوضع الظاهر نتيجة خطئه إهمالاً أو عدم انتباه أو تسرع أو غيره.

... ويجب على المتصرف إليه أن يقيم الدليل على انه تعاقد تحت تأثير الاعتقاد الشائع بمطابقة الوضع الظاهر للحقيقة نظراً للشواهد التي أحاطت به أو وفقاً لعبارة محكمة النقض الفرنسية أن يثبت " الغلط الشائع " وفي عبارة أخرى عليه أن يقيم الدليل على يقظته في التعامل وقيامه بالتحري الذي توجبه العادة ومع ذلك لم يفلح في كشف الحقيقة.

ج (أن يكون صاحب الحق قد اشترك بخطئه في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه وفي عبارة أخرى أن تكون الشواهد أو الإشارات التي كونت الوضع الظاهر قد قامت نتيجة خطأ صاحب الحق ، وعلى المتصرف إليه ، الذي يتمسك بالوضع الظاهر أن يثبت هذا الخطأ بأن يقيم الدليل على أن صاحب الحق قد ساهم بفعله في قيام تلك الشواهد أو هذه الإشارات وإن هذه أو تلك قد قامت نتيجة إهماله. ... فإذا لم يقيم الدليل على هذا الخطأ امتنع نفاذ التصرف الذي أجراه صاحب الحق الظاهر لانعدام أساسه القانوني الذي يقوم على فكرة التعويض العيني وتعين تطبيق قواعد القانون وهي تقضى بإبطال هذا التصرف وإعادة الحق إلى صاحبه مهما كانت قوة الشواهد التي أحاطت به وأياً كان عذر الغير الذي ركن إلى سلامته ، فخطأ صاحب الحق في عبارة وجيزة كما صرحت محكمة النقض في حكم سابق بمناسبة الوكالة الظاهرة ، هو أساس الاعتراف بالوضع الظاهر وترتيب آثار الوضع الحقيقي عليه .

.. وبهذا أدانت الهيئة العامة لمحكمة النقض قلة من الأحكام اعترفت بالوضع الظاهر ورتبت عليه تصرف صاحبه دون اعتبار لسلوك صاحب الحق وصلته به اكتفاء بحسن نية الغير والاعتقاد العام بمطابقة الوضع الظاهر للحقيقة وأيدت القضاء الغالب الذي يستلزم فضلاً عن ذلك خطأ من جانب صاحب الحق بمساهمته في إقامة الوضع الظاهر واشتراكه تبعاً في خديعة الغير الذي اطمأن إليه ، وبدأ هذا القضاء الغالب واضحاً في الوكالة الظاهرة: يجب لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل قيام مظهر خارجي منسوب

للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر ، أو في عبارة أخرى أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا في اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما،

فلا تقوم الوكالة الظاهرة إذا خلت أوراق الدعوى مما يثبت أعمالا أو تصرفات للمالك من شأنها أن تعكس قيام أي مظهر خارجي يحمل على الاعتقاد بأنه وكل من تعاقد معه في إيجار ملاكه.

(د) أن يكون التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر معاوضة، إما إذا تلقى الغير من هذا الأخير تبرعا، كان هذا التبرع فير نافذ في مواجهة صاحب الحق الذي يتقضى ضررا حيث أن الغير يبتغي نفعاً فتفضل مصلحة الأول تحقيقاً للعدالة على مصلحة الثاني.

...و نرى في خاتمة هذا البحث أن الحلول التي قررتها محكمة النقض في حكمها المشار إليه في حماية المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر سليمة في الجملة، و لكن المحكمة خانها التوفيق في تهيئة الأساس القانوني لهذه الحلول: استخلصت مبدأ عاما من نصوص استثنائية تخضع لقاعدة التفسير الضيق و تختلف فيما بينها في شروط تطبيقها، مما يتعذر معه ردها إلى مبدأ عام واحد وان أمكن القول بقيامها على فكرة واحدة لا يمكن أن ترفع عنها صفة الاستثنائية، و كانت المحكمة تستطيع اتقاء هذه العثرة بتأسيس حماية الغير على خطأ صاحب الحق بمساهمته في إقامة الوضع الظاهر و بالتالي في خديعة الغير الذي اطمأن إليه ليكون نفاذ التصرف في مواجهة صاحب الحق تعويضا عينيا عن الضرر الذي لحق الغير نتيجة خطئه و هو الأساس الذي رأته المحكمة في حكمها الصادر من الدائرة المدنية في 29 ديسمبر سنة 1979 المشار إليه.

...و لم تكن المحكمة كذلك موفقة في وصف الشواهد "المحيطة بالوضع الظاهر بأن يكون من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة لأن تعبير "الاعتقاد الشائع" مرادف للغلط الشائع الذي بينا عدم دقته فضلا عن إيمانه بالمثل القائل بأن الغلط الشائع ينشئ الحق الذي لا يعبر عن أية قاعدة قانونية، و كان الأولى أن تستلزم المحكمة فيمن يتمسك بالوضع الظاهر يقظة في التعامل و إتباعا للعادة في التحري عن الحقيقة على نحو ينفي الخطأ عن سلوكه و هي الفكرة التي أل إليها الخطأ الشائع أو الخطأ القاهر اللذان يجرى التعبير بهما أحيانا في بحوث الفقهاء أو في أحكام القضاء (1)

- المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه و إن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيديها و أن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر من غيره من تصرفات بشأنها، الا باستقراء نصوص القانون المدني-يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر

لا اعتبارات توجبها العدالة و حماية حركة التعامل في المجتمع و تنضبط جميعا مع وحدة علتها و اتساق في الحكم المشترك فيها، بما يحول دون وصفها بالاستثناء، و تصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها و استوفت شرائط تطبيقها، و مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه- سلبا أو إيجابا- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز و التي من شأنها ان تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة – مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر و الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق.(1)

أهلية الأصيل هي محل الاعتبار في النيابة الاتفاقية:

--يجب-في النيابة الاتفاقية – أن يكون الأصيل أهلا أن يؤدي بنفسه العمل الذي أناب فيه، ذلك لان العقد و أن كان ينعقد بإرادة النائب إلا أنه ينتج أثره في شخص الأصيل، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد.

--أما فيما يتعلق بالنيابة القانونية فان القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي يضي على النائب صفته و هو-أي القانون- الذي يعين أهليته و أهلية الأصيل و من ثم فيجوز أن يكون الأصيل قاصرا مميزا أو غير مميز.

البيع بطريقة النيابة:

-النيابة-وعلى ما سبق أن تناولنا- تكون أما نيابة قانونية أو نيابة قضائية أو نيابة اتفاقية، فإذا كانت نيابة اتفاقية فان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها و يتحقق ذلك في عقد الوكالة و الذي سوف نتناوله فيما بعد..

--و من صور البيع أعمالا للنيابة القانونية و القضائية بيع الولي أو الوصي أو القيم أو وكيل عن الغائب أو الحارس القضائي.

سلطة الولي في البيع:

--الولي إما أن يكون وليا طبيعيا و هو الأب أو وليا شرعيا و هو الجد الصحيح، و ولاية الأب- إي ولاية الطبيعية أوسع مدى من سلطة الولي الشرعي و هو الجد الصحيح.

--و بينما أجازت المادة 13 من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1952) للأب أن يتصرف في أموال القاصر التي ألت إليه من أبيه أي من الولي الطبيعي أيا كان مقدارها دون إذن من محكمة الأحوال الشخصية، و أجازت له المادة السابعة من القانون نفسه أن يتصرف في أموال القاصر الأخرى إذا لم تزدد قيمتها عن ثلاثمائة جنيه أما إن زادت عن ذلك فيجوز أن يطلب الأب من المحكمة الإذن له بالتصرف و لا تملك

المحكمة عندئذ رفض طلبه إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر أو إذا كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

....بينما ذلك نجد أن المادة 15 من قانون الولاية على المال قد حظرت على الولي الشرعي التصرف في أموال القاصر بيعا أو شراء إلا بإذن من المحكمة.

--و للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

--و لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر و لا الصلح عليه و لا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

--و إذا كان مورث القاصر قد أوصى بان لا يتصرف وليه أبا كان أو جدا- في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة و تحت إشرافها.

إن تجاوز النائب حدود نيابته فلا ينصرف اثر التصرف إلى الأصل إلا إذا أقره:

--يتعين حتى ينصرف اثر العمل الذي يقوم به النائب - إلى الأصل - أن يكون هذا العمل في حود نيابته أما إذا جاوز النائب هذه الحدود فانه يفقد صفة النيابة و لا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصل و لا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بمقدار المنفعة التي عادت عليه.

--الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة و من حدودها و له في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت من قيام الوكالة و من حدودها و له في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فان قصر فعلية تقصيره، و إن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف اثر تصرفه إلى الأصل و يستوي في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية قصد الإضرار بالموكل أو بغيره. (1)

--لئن كان طلب الوكيل في إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تتيح له ذلك أعمالا لنص المادة 702 من القانون المدني، إلا أنه تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، و ابرم تصرفه فان هذا التصرف يكون موقوفا على إجازة الموكل، فان أقره اعتبر نافذا في حقه وقت إبرامه، و إذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقاري، و طلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية فان إجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة و يضحى التصرف صحيحا و نافذا في حقهم، و إذا التزم الحكم المطعون فيه النظر، فان النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون و تفسيره يكون غير صحيح. (2)

وساطة السمسار في البيع:

إذ يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه انه استند في قضائه برفض الدعوى- بطلب مقابل السمسرة - بالنسبة للمطعون عليها الثانية-البائعة- إلى مخالفة شروط التفويض لأن البية تم بثمن قدره 30000 ج عل خلاف التفويض الصادر من المطعون عليها المذكورة إلى الطاعن-السمسار-الذي تضمن شرطاً مقتضاه أن يكون البيع بثمن قدره 35000 ج و كان الحكم المطعون فيه فيما أورده لم يعن ببحث دور الطاعن الثاني في إتمام هذه الصفقة بناء على هذا التفويض بالبيع الذي دعا إلى عقدها بثمن يقل عن الثمن الوارد بالتفويض المذكور، و هل كان ذلك نتيجة تنازل المطعون عليها الثانية عن التمسك بشرط البيع بثمن التفويض، لما كان ذلك فان الحكم يكون معيباً بالقصور. (1)

لا يضاف اثر العقد إلى الأصيل إذا لم يعلن النائب صفته وقت إبرام العقد:

--عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل لان تعامل الوكيل باسمه لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل، و كل ما يترتب على ذلك من اثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزماً قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل و بين الموكل كما هو الحال في الوكالة الظاهرة.

إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فان اثر العقد الذي يبرمه- يضاف إلى الأصيل أو خلفائه:

--تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه "....." و مفاد ذلك أن القانون لا يحمي الغير الذي يتعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب و الغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا معقب عليها أن المطوعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن احد الدائنين و انتهاء وصايته على باقي الدائنين ببلوغهم سن الرشد، فان الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التي أسبغها القانون على النائب الظاهرة التي تتمثل في انصراف اثر العقد إلى الأصيل، و بذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلاً ظاهراً مبرئاً لذمته. (1)

لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه دون ترخيص من الأصيل:

--وضع المشرع قاعدة عامة تقضي بان تعاقد الشخص مع نفسه كما إذا كان موكلاً في بيع

مال فاشتره لنفسه، أو تعاقد لحساب غيره و هو نائب طرفي العقد كما لو كان موكلا في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء، ذلك انه في الحال الأولى يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية و مصالح الأصيل، و في الحالة الثانية يتعذر عليه رعاية مصلحة موكله دون تفريط في مصلحة الموكل الآخر، على أن المشرع قد استثنى من هذه القاعدة العامة ثلاث حالات: الأولى إذا رخص الأصيل في ذلك مقدما، و الثانية: إذا قضى القانون بخلاف ذلك، كنص المادة الرابعة عشرة من قانون الولاية على المال الذي يجيز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، و الثالثة أن يقضي عرف التجارة بخلاف ذلك، كتعامل الوكيل بالعمولة فيما نيظ بيعه أو شراؤه من أوراق مالية أو بضائع، فيتعاقد مع نفسه نيابة عن طرفي العقد وفقا لعرف التجارة.(2)

--تقضي المادة 108 من القانون المدني: "....." فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا في حق الأصيل إلا إذا أجازته، و قد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضي فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد، فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها، و قد تضمن هذا الإيصال- على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه- إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة ودیعة لدى الشركة، فان هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد ودیعة بين نفسه و بين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه (الشركة) و هو ما لا يجوز عملا بالمادة 108 مدني سالف الذكر ألا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد، و بالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على أساس عقد الوديعة- و إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال و الموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقراره منه بملكية سيدة ما لقيمة الوديعة و كان هذا الإقرار منصبا في ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند، فان الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة و إنما يستند ذلك الإقرار من هذا العقد و بالتالي يدور معه وجودا وعدما، و من ثم فان عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها. (1)

--إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة و يكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا في حق الموكل إلا إذا أجازته، و القرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها و أن يرخص مقدما للوكيل في التعاقد مع نفسه و يكون عمله نافذا في حق الأصيل. (2)

في جواز التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر:

--إذا فوض المنيب المناب في أن البيع عنه أو يشتري له شيئاً معيناً دون أن يذكر اسمه (أي اسم المنيب) في العقد، ففي هذه الحالة يكون الشخص المسخر في علاقته بمن تعاقد معه بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذي تنتقل إليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن، و يكون هو كذلك أيضاً بالنسبة إلى الغير، أما في علاقته بموكله، فيكون هذا الأخير هو الذي ينصرف إليه اثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن، دون حاجة إلى صدور تصرف جديد ينقل الملكية إليه من المسخر و لا إلى صدور اعهد جديد منه بالتزامه بالثمن.

- من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره و حكمه هو حكم كل وكيل، فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشيء و كل في أن يحصل عليه لحساب موكله، و لا فارق بينه و بين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة، و هذا يقتضي أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل و الوكيل قد تمت لمصلحة الموكل و لحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق و لا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ،

و لا يكون له أن يتحيل بأي وسيلة للإستئثار بالصفقة دونه، و من ثم فإن كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه و بين وكيله و لو أنها تكون للوكيل معير الاسم فيما بينه و بين البائع و الغير، و يرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة في مواجهة كافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما، و ينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء و إنما يلزم ذلك الإجراء في علاقة الأصيل بالغير.

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقداً جدياً و يستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر و بالتالي إلى الموكل ، و القضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع و استحالة انتقالها إلى الموكل و من ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون و ما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه و بين الوكيل و ليس البائع. (1)

جواز أن يحتفظ المشتري بحقه في إحلال غيره محله:

--إن قرار المشتري الظاهر في تاريخ لاحق لعقد البيع بأنه لم يكن في هذا العقد إلا اسماً مستعاراً لغيره، و إن كان يصلح للاحتجاج بما حواه على المقر نفسه و على ورثته بوصفهم خلفاً عما له في كسب المشتري للحقوق الناشئة عن العقد و إسنادها إليه مباشرة دون حاجة

إلى تصرف جديد، على افتراض أن معير السم هو في حكم الوكيل عنه، إلا أنه يشترط لأعمال هذا الحكم أن يتفق في العقد على حق المشتري في اختيار الغير، فإذا لم يتفق على ذلك، و إذا لم يعمل المشتري حقه فيه و أعمله بعد الميعاد المتفق عليه مع البائع، فإن الافتراض يزول و تزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة. و إذا كان الثابت في الدعوى أن المشتري لم يتفق مع البائعين على حقه في اختيار الغير، لا في عقد البيع و لا في الطلب الذي قدمه إلى مأمورية الشهر العقاري فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتمد على هذا الطلب- الذي ذكر فيه المشتري أن البيع النهائي لصالح القاصر المشمول بولايته في اعتبار عقد البيع صادرا مباشرة إلى هذا الأخير، و قضى برفض دعوى الطاعنين بصحة صدور هذا العقد الى مورثهم رغم انه المشتري الذي وقع على العقد باسمه و لحسابه فإنه يكون قد خالف القانون. (2)

--البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير و أن لم يرد به نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به، و يجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بان يحتفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه في التقرير بالشراء عن الغير و يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة و انصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر. (1)

الفرق بين الوكالة في الشراء و الشراء باسم مستعار:

--تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير و بين المشتري المستتر بأنها وكالة تجري أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين و بالنسبة الى الغير غير جار على إطلاقه، فإن بين أحكام الوكالة و الإحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير و الآثار التي تترتب عليها تنافرا، فإسناد ملكية المشتري الظاهر قبل البيع، و بقاء العين في ملكية مشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، و هي إحكام مقررة في شرط اختيار الغير كلها تخالف أحكام الوكالة تماما، و لئن كان الفقه و القضاء في فرنسا قد ذهب في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول- و هو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عني الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاة مقصورة على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذ لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد، فالافتراض يزول و تزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة. (2)

بيع النائب لنفسه:

--الأصل العام انه لا يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه، سواء أن يتعاقد الحساب نفسه كما إذا كان موكلا في بيع مال فيشتريه لحسابه، أو يتعاقد لحساب غيره حالة كونه نائبا عن طرفي التعاقد فيبيع مالا و كله في بيعه شخص إلى شخص آخر و كله في الشراء.

--و على ذلك نصت المادة 108 من القانون المدني و ورد بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا عليها انه يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين، قد يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية، و متعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى، و بذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية و مصالح الأصل.

...و قد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين في آن واحد، و في هذه الحالة يكون عمله اقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة.

- غير أن هذا الأصل العام- و الذي حرم تعاقد الشخص مع نفسه- و بالتالي بيع النائب لنفسه- يرد عليه استثنائي ناولهما إن يأذن الأصل للنائب إجراء ذلك لنفسه -سلفا- ا وان يجيز هذا التصرف و يقر التعاقد بعد حصوله.

...و الاستثناء الثاني يتعلق بما قد تقضي به قواعد قانونية تبيح ذلك و من ذلك اباحة تعامل الولي الطبيعي مع ولده وفقا لإحكام الشريعة الإسلامية، و اباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد كما تقضي بذلك قواعد القانون التجاري.

- و يلاحظ أن الولي الشرعي- جد الصغير- لا يملك ما يملكه الولي الطبيعي بل يلزم تعيين وصي خاص للتعاقد معه و على ذلك نصت المادتان 14 و 31 من المرسوم بقانون 119 من سنة 1952 بإحكام الولاية على المال .

- متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام بتسوية الدين و نزع ملكية أطيان المدينين الآخرين و شرائها بالمزاد لنفسه و انه أوفى مقابل التسوية لحسابهم جميعا و من المال المشترك، فان النيابة التبادلية في الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التي قررتها تلك المحكمة في هذه الحالة تمنع من إضافة المال إلى الوكيل أو النائب الراسي عليه المزاد بل و يعتبر رسو المزاد كأنه لم يكن إلا في خصوص إنهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم. (1)

- ليس ما يمنع في القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة و لم يحرم القانون اجتماع الصفتين في شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة و وحدة المشتري و لا يغير من الأمر شيئا أن يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لان انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها. (1)

-تقضي المادة 108 من القانون المدني بأنه : "....." فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص

فلا يكون نافذا في حق الأصل إلا إذا أجازته و قد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضي فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد، فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلاً لها، و قد تضمن هذا الإيصال- على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة، فإن هذا الإقرار يكون متضمناً انعقاد عقد وديعة بين نفسه و بين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه الشركة و هو ما لا يجوز عملاً بالمادة 108 مدني سألقة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد، و بالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على أساس عقد الوديعة- و إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال و الموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقراراً منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة، و كان هذا الإقرار منصفاً على ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند، فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة الشركة التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، و إنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد و بالتالي يدور معه وجوداً و عدماً و من ثم فإن عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها. (2)

- إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً حدود الوكالة و يكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذاً في حق الموكل إلا إذا أجازته، و القرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها و أن يرخص مقدماً للوكيل في التعاقد مع نفسه و في هذه الحالة يعمل الوكيل في حدود وكالته إذا تعاقد مع نفسه و يكون عمله نافذاً في حق

الأصيل. (1)

نصوص تشريعية وردت بشأن البيع تطبيقاً لحكم المادة 108 من القانون المدني تحت عنوان بيع النائب لنفسه:

- نصت المادة 479 من القانون المدني بأنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن من القضاء مع عدم لإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى".

- و يعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 108 من القانون

المدني، و قد حدد طائفة النواب عن الغير المكلفين ببيع المال ايا كان مصدرا نيابتهم، و يندرج فيهم الوكيل بالبيع و الوصي و القيم و النائب عن غيره بحكم القانون و الموظف العام المعهود إليه بيع المال و السنديك و الحارس و المصفي - كل ذلك حتى و لو كان البيع بالمزاد العلني اذ يتمتع عليهم شراء المال المعهود إليهم بيعه.

--وفقا للنص المادة 480 من القانون المدني فانه لا يجوز للسماسرة أو الخبراء ان يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء كان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار.

يشترط لإنزال أحكام حظر بيع النائب لنفسه أو لمن ينوب عنه أن تكون نيابته عن البائع ثابتة وقت الشراء:

- إذا كان الحكم قد أقيم على أن الطاعن الأولى كانت معيرة اسمها لزوجها الطاعن الثاني-احد الأوصياء على القصر - في وفاء الديون التي على التركة و الحلول فيها و في إجراءات البيع فيبطل الشراء الحاصل من هذا الأخير وفقا للمادة 258 مدني (قديم) و كان الثابت من وقائع الدعوى أن المجلس الحسبي اصدر قرارا بأفراد الوصيين الآخرين دون الوصي بإدارة أموال القصر و بني هذا القرار على ما نسب إلى الأخير من إهماله في تحصيل الذممات و استغلال أطيان القصر لنفسه و أن إدارته للتركة ليست كما يجب، فهذا الحكم يكون مخطئا في تطبيق القانون، إذ الإدارة هي أهم خصائص الوصاية التي يستطيع أن يقوم بها الوصي دون إذن المجلس الحسبي، و هذا القرار الصادر بأفراد الوصيين بالإدارة هو عزل ل للوصي الآخر منها، و هو عزل من باب أولى من أعمال التصرف، و متى انحلت عن ذلك الوصي صفة الإدارة و التصرف أن حلت عنه أيضا صفة تمثيل القاصر فيهما و زالت عنه بذلك كل خصائص الوصاية و أصبح بالتالي خارجا عن دائرة الحظر الوارد في القانون. هذا فضلا عن أن ذلك الوصي كان ممثلا في إجراءات البيع بوصفه مدينا و كانت هذه الإجراءات موجهة إلى الوصيين الآخرين كممثلين للقصر، فهو لم يكن حتى في خصوص البيع الذي انتهت إليه هذه الإجراءات يعمل كوصي على القصر و بذلك لا تؤدي المادة 258 و لا المادة 21 من قانون المجالس الحسبية إلى ما انتهى إليه هذا الحكم و من ثم جاء خطؤه في تطبيق القانون. (1)

استثناء من حكم المادتين 479 و 480 مدني:

- وفقا لنص المادة 481 من القانون المدني يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها المادتين السالفتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه.

... و قد ورد الأعمال التحضيرية تعليقا على ذلك أن المشروع أجاز تصحيح البيع رغما انه باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع لتعارض المصلحة، و ان هذه الإجازة تتم عن طريق من

تم البيع لحسابه أو بإذن من القضاء قبل حصول البيع كالإذن للوصي من محكمة الأحوال الشخصية.

فهرس البحث

النيابة القانونية و القضائية و الاتفاقية:

مجال تفويض السلطة في النيابة القانونية

الحراسة القانونية

2 – أجهزة مساطر المعالجة القضائية و التصفية القضائية و معالجة صعوبة
المقولة و التسوية القضائية

الولاية و الوصاية و التقديم

الوكيل للغيبة أو المسير

مجال تفويض السلطة في النيابة القضائية

مجال تفويض السلطة في النيابة الاتفاقية.

فهرس الملاحق

مدخل في النيابة في العقد و التعبير الصادر عن النائب .

التعبير الصادر من النائب

النيابة في العقد

شروط تحقق النيابة

آثار النيابة

تعاقد الشخص مع نفسه

توافق الارادتين-المتعاقدان الغائبان

المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

توافق الإرادتين

توافق الارادتين-المتعاقدان في مجلس واحد
المتعاقدان في مجلس واحد

سقوط الإيجاب

– اقتران الإيجاب بالقبول

التبايع بطريق النيابة

النيابة الاتفاقية

النيابة القضائية

النيابة القانونية

النيابة الضمنية

النيابة الظاهرة

سلطة الولي في البيع

البيع بطريقة النيابة

وساطة السمسار في البيع

الفرق بين الوكالة في الشراء و الشراء باسم مستعار

بيع النائب لنفسه

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل
الاستقرار توثيقا و تصحيحا.

المجلد الرابع
الجزء الأول
المسؤولية عن عمل الغير

الجزء الثاني
عقد البيع

اعداد : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة
جامعة القرويين
فاس

مقدمة

نظرا لما يتميز به موضوع المسؤولية عن عمل الغير من أهمية وفائدة قصوى لاستكمال الإحاطة الشاملة بموضوع الحكامة الجيدة سواء منها القضائية أو الإدارية او المالية ارتأيت أفراد الجزء الأول من المجلد الرابع من مؤلف الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي تصحيحا و توثيقا في ظل الإستقرار بتناوله ، على أن أتناول موضوع عقد البيع في الجزء الثاني لما له من فائدة وارتباط بالحكامة المالية ، عسى أن أكون وفقت في إخراج هاذين الموضوعين الهامين تنمة للمواضيع السابقة ، و ما توفيقي إلا من عند الله .

مؤلف
الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل
الاستقرار توثيقا و تصحيحا.

المجلد الرابع
الجزء الأول
المسؤولية عن عمل الغير

اعداد : مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة
جامعة القرويين
فاس

النصوص القانونية المغربية

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الثالث: الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.
والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

الفصل 79

الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

الفصل 80

مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.
ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها.

- 1 - استعمال اسم أو علامة تجارية- 595- تماثل تقريبا ما هو ثابت قانونا لمؤسسة أو مصنع معروف من قبل، أو لبلد يتمتع بشهرة عامة، وذلك بكيفية من شأنها أن تجر الجمهور إلى الغلط في شخصية الصانع أو في مصدر المنتج.
- 2 - استعمال علامة أو لوحة أو كتابة أو لافتة أو أي رمز آخر يماثل أو يشابه ما سبق استعماله على وجه قانوني سليم من تاجر أو صانع أو مؤسسة قائمة في نفس المكان يتجر في السلع المشابهة، وذلك بكيفية من شأنها أن تؤدي إلى تحويل الزبناء عن شخص لصالح شخص آخر.

595- انظر المادة 69 وما بعدها من مدونة التجارة بخصوص العنوان التجاري؛ انظر كذلك القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

3 - أن تضاف إلى اسم إحدى السلع ألفاظ : صناعة كذا... أو وفقا لتركيب كذا... أو أي عبارة أخرى مماثلة تهدف إلى إيقاع الجمهور في الغلط إما في طبيعة السلعة أو في أصلها.

4 - حمل الناس على الاعتقاد أن شخصا قد حل محل مؤسسة معروفة من قبل أو أنه يمثلها، وذلك بواسطة النشرات وغيرها من الوسائل.

الفصل 85

(ظهير 19 يوليوز 1937) لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده. الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما.

المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأموروهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها. أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من متعلميهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم.

وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم وأرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها.

الأب والأم وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل، إذا كانوا يسكنون معهم، ولو كانوا بالغين سن الرشد. وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1 - أنهم باشرُوا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2 - أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3 - أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر.

ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم.

الفصل 85 مكرر

(ظهير 4 مايو 1942) يسأل المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم.

والخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في حصول الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقا للقواعد القانونية العامة.

وفي جميع الحالات التي تقوم فيها مسؤولية رجال التعليم العام وموظفي إدارة الشبيبة نتيجة ارتكاب فعل ضار أو بمناسبته إما من الأطفال أو من الشبان الذين عهد بهم إليهم بسبب وظائفهم وإما ضدهم في نفس الأحوال، تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبدا أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من ممثله.

ويطبق هذا الحكم في كل حالة يعهد فيها بالأطفال أو الشبان إلى الموظفين السابق ذكرهم قصد التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الضوابط، ويوجدون بذلك تحت رقابتهم، دون اعتبار لما إذا وقع الفعل الضار في أوقات الدراسة أم خارجها.

ويجوز للدولة أن تبشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشببية وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة.
ولا يسوغ، في الدعوى الأصلية، أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تبشر الدولة ضدهم دعوى الاسترداد.
وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة "قاضي الصلح" 596 الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر.
ويتم التقادم، بالنسبة إلى تعويض الأضرار المنصوص عليها في هذا الفصل بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار.

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه 597.
وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.
مدونة الأسرة المغربية

صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

المادة 210

596- يشمل التنظيم القضائي للمملكة حاليا المحاكم التالية: 1- المحاكم الابتدائية (يمكن تصنيف المحاكم الابتدائية حسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها إلى محاكم ابتدائية مدنية ومحاكم ابتدائية اجتماعية ومحاكم ابتدائية زجرية)؛ 2- المحاكم الإدارية؛ 3- المحاكم التجارية؛ 4- محاكم الاستئناف؛ 5- محاكم الاستئناف الإدارية؛ 6- محاكم الاستئناف التجارية؛ 7- محكمة النقض.

انظر الظهير الشريف رقم 1-74-338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة كما تم تغييره وتنظيمه بموجب القانون رقم 10-34 الصادر بتنفيذه ظهير الشريف رقم 11-148-1 صادر في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4386.

وبذلك يمكن صياغة الفقرة أعلاه كالآتي: وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر.

597- انظر المادة 217 من مدونة الأسرة؛ حيث يعتبر عديم أهلية الأداء: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، المجنون وفاقد العقل.

المادة 217

يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

ثانياً: المجنون وفاقد العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.
القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية المغربية كما تم تعديله .
الباب الرابع: الدعوى المدنية

المادة 7

يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنائية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة.

ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي .

الفصل 108

التعويضات المدنية المحكوم بها يجب أن تحقق للمتضرر تعويضاً كاملاً عن الضرر الشخصي الحال المحقق الذي أصابه مباشرة من الجريمة.

الفصل 109

جميع المحكوم عليهم من أجل نفس الجنائية أو نفس الجنحة أو نفس المخالفة يلزمون متضامنين بالغرامات والرد والتعويضات المدنية والصوائف، إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك.

فهرس مواضيع المسؤولية عن عمل الغير .⁵⁹⁸
المسؤولية عن عمل الغير⁵⁹⁹

⁵⁹⁸

- الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الغلزام بوجه عام مصادر الإلتزام المجلد الأول صفحة 1321 .

⁵⁹⁹

حول المسؤولية عن عمل الغير المسؤولية تقوم على خطأ مفترض :
بوجه عام ان الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبتته المضرور مدعي المسؤولية .
إلا ان هناك حالات خاصة في المسؤولية تقوم اجمعها على خطأ مفترض وليس على خطأ واجب الإثبات .
فالمشرع رغبة منه في تخفيف عبء الإثبات عن المضرور ، أنشأ لمصلحته قرائن قانونية تعفيه في بعض الاحوال من وجوب اثبات الخطأ . في كافة الحوادث التي يسأل فيها الشخص عن فعل الغير يجب افتراض الخطأ ابتداء لأن وقوع الحادث يعتبر في ذاته قرينة على الاخلال بواجب الرقابة والملاحظة . (محكمة النقض الجنائي-1934/11/19- طعن رقم 1386 سنة 44 ق)

نصت المادة 163 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " كل من ارتكب خطأ سبب ضرر للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض فقد رتب الإلتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرر للغير واورد صياغة النص في عبارة عامة مما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطيء سواء كان مكونة لجريمة معاقب عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الإخلال بأي واجب قانوني لم تكلفه القوانين العقابية بنص خاص"
(طعن رقم 1041 لسنة 52 ق 19 / 12 / 1985) قضت محكمة النقض المصرية - :
- بأن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصير به المنصوص عليها في المادة 163 من القانون المدني (+) هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير .

(الطعن رقم 40 لسنة 43 ق 30 / 10 / 1978)

(+) قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29
بشأن إصدار القانون المدني المصري

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض نصت المادة 174 فقرة 1، 2 من القانون المدني المصري على أنه :-

-يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها " وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في إختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه

-ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أن القانون المدني المصري إذ نص في المادة 174 منه على أن يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس. قضت محكمة النقض: المصرية " أنه بوجه عام ان الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبتته المضرور مدعي المسؤولية .

الا ان هناك حالات خاصة في المسؤولية تقوم أجمعها علي خطأ مفترض وليس على خطأ واجب الإثبات فالمشرع رغبة منه في تخفيف عبء الإثبات عن المضرور ، أنشأ لمصلحته قرائن قانونية تعفيه في بعض الاحوال من وجوب اثبات الخطأ في كافة الحوادث التي يسأل فيها الشخص عن فعل الغير يجب افتراض الخطأ ابتداء لأن وقوع الحادث يعتبر في ذاته قرينة علي الاخلال بواجب الرقابة والملاحظة " (محكمة النقض الجنائي 1934/11/19 م طعن رقم 1386 سنة 4 ق) قضت محكمة النقض: المصرية

-على أنه ليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل الغير المشروع ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تقويتها أمر محقق يجب التعويض عنه." (الطعن رقم 203 لسنة 30 مكتب فني 16 صفحة رقم 527 بتاريخ 1965/4/29) المادة 170 من القانون المدني المصري تنص على أنه : (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لاحكام المادتين 221 ، 222 + مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة) . قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29

بشأن إصدار القانون المدني. المادة : (221) 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول 2- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقّعه عادةً وقت التعاقد.

المادة : (222) 1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء 2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عمّا يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب. وحيث أن عبء إثبات الضرر على المضرور كما أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذ به حكمه مقبولا قانونا .(الطعن رقم 421 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/9) وأن الضرر المادي هو المساس بحقوق الشخص المالية وبحقه في سلامة جسده . (الطعن رقم 1041 لسنة 58 ق جلسة 1993/4/14 لسنة 44 ص 104) .

لا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه وجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر ذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى. وحيث أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو انقطاعها من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع . (نقض رقم 522 لسنة 45 ق في 1983/1/13) قضت محكمة النقض المصرية : بأن التعويض عن الضرر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في الاستطاعة توقّعه ببذل جهد معقول . 8/11/1966 (- م نقض م - 17 - 1629) .

قضت محكمة النقض المصرية يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا ويكون قد وقع بالفعل وأن يكون وقوعه في المستقبل حتميا . (الطعن رقم 528 لسنة 50 ق جلسة 1984/4/29)

وقد قضت محكمة النقض المصرية : بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها ما يصيب المضرور بسبب طول أمد التقاضي . (- م نقض م - 18 - 373) .

الفرع الأول – المسؤولية عن عمل الغير
المبحث الأول – مسؤولية من تجنب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته
المطلب الأول – متى تتحقق مسؤولية متولى الرقابة
1- تولى الرقابة

2- صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة
المطلب الثانى – الأساس الذى تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة
ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة
كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض
كيف ينفى متولى الرقابة علاقة السببية
قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة
المبحث الثانى – مسؤولية المتبوع عن التابع
المطلب الأول – متى تتحقق مسؤولية المتبوع
1- علاقة التبعية

عنصر السلطة الفعلية
عنصر الرقابة والتوجيه
2- خطأ التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها
خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير
حال تأدية الوظيفة أو بسببها

حيث أنه من المقرر أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية تقوم لصالح المضرور ويكون للمسئول أن يقوم بنفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه
كما أنه لا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه وجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر ذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى .
وحيث أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو انقطاعها من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع .
(نقض رقم 522 لسنة 45 ق فى 13/1/1983)
إن التعويض عن الضرر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول .
(– 8/11/1966 م نقض م – 17- 1629) .
قضت محكمة النقض المصرية : يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحه مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا ويكون قد وقع بالفعل وأن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا .
(الطعن رقم 528 لسنة 50 ق جلسة 1984/4/29) وأنه الضرر المادي هو المساس بحقوق الشخص المالية وبحقه فى سلامة جسده .
(الطعن رقم 1041 لسنة 58 ق جلسة 1993/4/14 لسنة 44 ص 104) .
وحيث أن الثابت من جسامه الواقعة وإهمال المتهم والذي كان سببا فى زيادة ألام وأحزان ولوعة الطالبة وأسرة المجني عليها ولا شك أن هذا سوف يكون له أثره فى تقدير التعويض المستحق باعتباره من الظروف الملازمة
(المادة 170 مدني مصري 599)
المادة : (170) يُقَدَّرُ القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعيًا فى ذلك الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُعَيِّنَ مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير
وحيث أن المستقر عليه فى قضاء النقض أن الاعتداد بجسامه الخطأ فى تقدير التعويض من الظروف الملازمة التي تدخل فى سلطة قاضى الموضوع .
(نقض مدني 1964/4/30 مجموعة أحكام النقض 99-631-2-15) .

- الخطأ فى تأدية الوظيفة
الخطأ بسبب الوظيفة
الخطأ بمناسبة الوظيفة
الخطأ الأجنبى عن الوظيفة
المطلب الثانى – الاساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع
1- تكييف مسئولية المتبوع
الخطأ المفترض
تحمل التبعية
مسئولية عن الغير (الضمان والنيابة والحلول)
2- قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

البحث

التعريفات

الجريمة و شبه الجريمة : ⁶⁰⁰

الجريمة ⁶⁰¹ هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا ⁶⁰² الأضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بان يعرض عن المال الذي أتلفه .

⁶⁰⁰ - قانون الالتزامات و العقود المغربي

الباب الثالث: الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشبه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

⁶⁰¹ - القانون الجنائي المغربي

الفصل 110

الجريمة هي عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه.

⁶⁰² - الفاعل

ملف جنحي عدد 8774 / 98
المغرب

تميز

نوع الحكم

و شبه الجريمة

اجتهاد قضائي 603

رقم الحكم	7/2263
تاريخ الحكم	1998/10/01
اسم المحكمة	محكمة النقض - المغرب
المصدر	مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 55
الممثل القانوني للشركة - مسؤوليته الجنائية . - كل شخص سليم العقل قادر على التمييز يكون مسؤولا شخصا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات التي نص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك. - لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلا للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت ان الافعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها او بتفويض منها تندرج ضمن الافعال المجرمة قانونا. - ان صفة التمثيل او رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر اطلاقا رخصة للتصرف خلافا للقانون ولا تعذره ان يكون جاهلا لمقتضياته. لكن حيث من جهة فانه طبقا لمقتضيات الفصل 132 من القانون الجنائي يكون كل شخص سليم العقل قادر على التمييز مسؤولا شخصا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات التي نص القانون فيها صراحة على خلاف ذلك... وانه لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلا للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت ان الافعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها او بتفويض منها تندرج ضمن الافعال المجرمة قانونا... ذلك ان صفة التمثيل او رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر اطلاقا رخصة للتصرف خلافا للقانون ولا تعذره ان يكون جاهلا لمقتضياته... الامر الذي يكون معه القرار المطعون قد خالف هذه المقتضيات عندما اعفى المطلوب ضده في النقض من المسؤولية الجنائية بعللة ان ال(شكاية) التي سبق له ان تقدم في مواجهة الطالب مدعي في حقه بوقائع النصب والاحتيال انما تقدم بها باسم شركة لاسوال التي يمثلها وهي شركة مجهولة الاسم... ومن جهة اخرى فان المحكمة المطعون في قرارها وخلافا لما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية عندما انتهت الى القول بكون وقائع ال(شكاية) موضوع تهمة الوشاية الكاذبة كانت صحيحة اعتمادا على عقد البيع المؤرخ في 20 / 3 / 92 واستبعدت العقد الملحق المؤرخ في 26 / 3 / 1992 والمصادق على توقيع طرفيه بما فيهما المطلوب في النقض ودون ان تبين سبب ذلك بالرغم من كونه لم يكن موضوع انكار او نقاش من هذا الاخير وبالرغم من كونه وثيقة لو اخذت به المحكمة باعتباره معطلا لمحل وطريقة اداء الثمن التي يتضمنها العقد الاول لغيرت من نتيجة القرار الذي اصدرته. تكون بذلك قد اساءت في الاخذ بوقائع الدعوى و غيرت في مضمونها الثابتة لديها وتجنبت الرد عن دفع احد الاطراف فجاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه ومعرضا للنقض والابطال نقضا يخص المقتضيات المدنية المتعلقة بالمطالب بالحق المدني والمنصب على المسؤولية وما نتج عنها. من اجله قضى المجلس الاعلى بنقض وابطال القرار المطعون فيه	
603 _	
المغرب	
نوع الحكم	نقض
رقم الحكم	9/241
تاريخ الحكم	2004/11/02
اسم المحكمة	محكمة النقض - المغرب
المصدر	مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 61

الملف الجنحي عدد: 2590 / 2003

وفاة - علاقة سببية - خبرة.

يجب على المحكمة ان تبرز العلاقة السببية بين الفعل المادي والنتيجة التي هي الوفاة، ومن ثم معرفة سببها في حالة الشك هي من الامور التقنية التي يعود لذوي الاختصاص امر البت فيها.

وحيث يتجلى من القرار المطعون فيه ان المحكمة المصدرة له اكدت في ابراز العلاقة السببية بين الفعل المادي والنتيجة التي هي الوفاة بقولها "وحيث انه يستتبع مما سبق بان الرامي عمر لما خرج يمشي على اقدامه وهو يتكلم ويحرك يده ويتجادل وبعيد التخائق ادخل منزله وهو لا يتكلم ولا يمشي وبعد ذلك (مباشرة) توفي دون تدخل اي عامل اجنبي من خروجه من منزله حتى وفاته سوى ما صدر من المتهم مما اعتبرت معه المحكمة ان خنقة من طرف المتهم هو الذي ادى الى وفاته وقررت ادانته من اجل ذلك".

دون ان تبرز بما فيه الكفاية الاسباب التي استخلصت منها بان وفاة الضحية كانت نتيجة مسك المتهم لهذه الاخيرة، علما بان ملف النازلة خال من اي شهادة طبية تثبت ما توصلت اليه المحكمة كما ان الطبيب الذي فحص الضحية والمستمع اليه من طرف المحكمة كشاهد وبعد ادائه اليمين القانونية صرح بانه لم يشاهد على جسم الضحية اي خدوش او اثار للعنف ولا علة له باسباب الوفاة، علما بان معرفة سبب الوفاة في حالة الشك مسألة تقنية يعود لذوي الاختصاص امر البت فيها الامر الذي تكون المحكمة قد بنت قرارها على غير اساس وجاء بذلك معرضا للنقض.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه

عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال⁶⁰⁴ وعدم احتياط⁶⁰⁵ ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة .

604 -المغرب

نوع الحكم

رقم الحكم

تاريخ الحكم

اسم المحكمة

المصدر

تميز

7725

1984/10/09

محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر

2000 - العدد 37 - 38

ملف جنحي: 19416

القتل خطأ - اهمال - بيان.

يعاقب من ارتكب بعدم تبصره او عدم احتياطة او عدم انتباهه او اهماله او عدم مراعاته للنظم والقوانين، قتلًا غير عمدي، او تسبب فيه من غير قصد. "الفصل 432 من القانون الجنائي."

لما قضت المحكمة بادانة الطاعن من اجل القتل خطأ باهمال: بعله ان اهماله يتجلى في كون الضحية مجرد عامل عادي غير تقني وقد تركه الظنين يمسح مصعد الفندق الذي يقع تشغيله بالكهرباء فالعمل خطر على مثل العامل الضحية وكان على الظنين ان يتخذ الاحتياطات الكافية واللازمة في مثل الحالة لمنع حدوث ما يمكن حدوثه... من غير ان تبرز المحكمة نوع هذا الاهمال الذي كان سببا في وقوع الاصطدام كمخالفته للانظمة القانونية للعمل باهمال لوضع الآلة في مكانها او غير ذلك يكون قضاؤها ناقص التعليل المنزل بمنزلة انعدامه.

وحيث، انه يتعين على قضاة الزجر ان يعللوا احكامهم تعليلًا محكمًا فيما يرجع للوقائع المتابع من اجلها العارض وان الخطأ في ذلك يجعل الحكم بالادانة غير مبني على اساس قانوني.

وحيث، ان القرار المطعون فيه باكتفائه بتصحيح الحكم الابتدائي يكون قد تبنى علله واسبابه.

وحيث، ورد في الحكم المؤيد استئنافا ان الظنين العارض ارتكب من غير قصد قتل الضحية الهالك وذلك باهماله.

وحيث، ان الاهمال يتجلى في كون الضحية الهالك حديث عهد بعمله وان الظنين لم يتخذ الاحتياطات لذلك مما يكون معه هو المتسبب العفوي في الحادث.

كما ان القرار المطعون فيه بالنقض اقتصر على ما يلي:

حيث ان الضحية مجرد عامل عادي غير تقني وقد تركه الظنين يمسح المصعد بفندق صحراء اكادير وهو يعمل بالكهرباء فيعتبر العمل ذا خطر على مثل العامل الضحية وعلى الظنين ان يتخذ الاحتياطات الكافية واللازمة في مثل هذا الوقت لمنع حدوث ما يمكن ان يحدث من ضرر للعامل وهو ما لم يحم به الظنين فيكون اهماله قائما والعلاقة السببية بين الخطأ والجريمة ثابتة تجاه الظنين من غير ان تبرز المحكمة صفة هذا الاهمال الذي كان سببا في حدوث الاصطدام كخرقه لانظمة قانون العمل باهماله لوضع الآلة في مكانها او بوضع سلك في مكان مخصوص لمنع انفلاته وضبطه باعتباره عائدا لتحريك المصعد الكهربائي. وعليه، ان المحكمة الابتدائية وبعدها الاستئنافية المؤيدة لحكمها لم تعلل تعليلًا كافيًا كما يستلزمه الفصل 432 من القانون الموحد اليه مما يعرضه للنقض والابطال.

لهذه الاسباب

وبصرف النظر عن الوسيطتين الاولى والثانية.

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه

605 - عمل يصيب الغير بالضرر

يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط

حالات تشكل مخالفة للقانون الجنائي مثال

القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق كما تم تعديله:

بالقانون رقم 116.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم
1.16.106 بتاريخ 13 شوال 1437 (18 يوليو 2016)؛ الجريدة
الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذو القعدة 1437 (11 أغسطس
2016) ص 5865

الفرع الثالث: الجروح غير العمدية الناتجة عن حادثة سير
المادة 167⁶⁰⁵

كل سائق ثبتت مسؤوليته عن حادثة سير وتسبب للغير، نتيجة هذه الحادثة، عن غير عمد، بعدم تبصره أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته لأحد التزامات السلامة أو الحيلة المقررة في هذا القانون أو في النصوص الصادرة لتطبيقه في جروح أو إصابة أو مرض، ترتب عليها عجز مؤقت عن العمل لمدة تفوق ثلاثين (30) يوما، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين وبغرامة من ألف ومائتين (1.200) إلى ستة آلاف (6.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ترفع العقوبة إلى الضعف، إذا اقترن ارتكاب الحادثة بإحدى الحالات الآتية:
إذا كان الفاعل في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو تحت تأثير مواد مخدرة؛
إذا كان الفاعل تحت تأثير أدوية تحظر القيادة بعد تناولها؛
إذا تجاوز السرعة القصوى المسموح بها بما يعادل أو يفوق 50 كلم في الساعة؛
إذا كان غير حاصل على رخصة القيادة أو على الصنف المطلوب لقيادة المركبة المعنية؛

إذا كان يسوق مركبته خرقا لمقرر يقضي بسحب رخصة القيادة أو بتوقيفها أو بإلغائها؛

إذا ارتكب إحدى المخالفات التالية:

عدم احترام الوقوف الإلزامي المفروض بضوء تشوير أحمر؛
عدم احترام الوقوف الإلزامي المفروض بعلامة "قف" (stop) ؛
عدم احترام حق الأسبقية؛
التوقف غير القانوني ليلا ومن غير إنارة خارج تجمع عمراني؛
عدم توفر المركبة على الحصادات المحددة بالنصوص التنظيمية؛
السير في الاتجاه الممنوع؛
التجاوز المعيب.

إذا لم يتوقف، رغم علمه بأنه ارتكب حادثة سير أو تسبب في وقوعها أو غير حالة مكان الحادثة، محاولا بذلك التملص من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي قد يتعرض لها.

الفرع الرابع: القتل غير العمدى الناتج عن حادثة سير
المادة 605¹⁷²

كل سائق ثبتت مسؤوليته عن حادثة سير وتسبب، نتيجة هذه الحادثة، بعدم تبصره أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته لأحد التزامات السلامة أو الحيطه المقررة في هذا القانون أو في النصوص الصادرة لتطبيقه في قتل غير عمدى، يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من سبعة آلاف وخمسمائة (7.500) إلى ثلاثين ألف (30.000) درهم.

ترفع العقوبة إلى الضعف، إذا اقترن ارتكاب الحادثة بإحدى الحالات الآتية:
إذا كان الفاعل في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو تحت تأثير مواد مخدرة؛
إذا كان الفاعل تحت تأثير أدوية تحظر السياقة بعد تناولها؛
إذا تجاوز السرعة القصوى المسموح بها بما يعادل أو يفوق 50 كلم في الساعة؛
إذا كان غير حاصل على رخصة السياقة أو على الصنف المطلوب لسياقة المركبة المعنية؛

إذا كان يسوق مركبته خرقاً لمقرر يقضى بسحب رخصة السياقة أو بتوقيفها أو بالغائها؛

إذا ارتكب إحدى المخالفات التالية:

عدم احترام الوقوف الإلجباري المفروض بضوء تشوير أحمر؛
عدم احترام الوقوف الإلجباري المفروض بعلامة "قف" (Stop)؛
عدم احترام حق الأسبقية؛
التوقف غير القانوني ليلاً ومن غير إنارة خارج تجمع عمراني؛
عدم توفر المركبة على الحصات المحددة بالنصوص التنظيمية؛
السير في الاتجاه المعيب؛
التجاوز المعيب.

إذا لم يتوقف، رغم علمه بأنه ارتكب حادثة سير أو تسبب في وقوعها أو غير حالة مكان الحادثة، محاولاً بذلك التملص من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي قد يتعرض لها.

القانون الجنائي المغربي

الفصل 435

من تسبب عن غير عمد، في الأحوال المشار إليها في الفصل 607 وبالفقرة (5) من الفصل 608، في حريق نتج عنه موت شخص أو أكثر، أو إصابته بجروح، يعد مرتكباً للقتل أو الإصابة خطأ، ويعاقب بهذه الصفة، تطبيقاً للفصول الثلاثة السالفة.

الفرع 3: في القتل أو الجرح خطأ

(الفصول 432-435)

الفصل 432

من ارتكب، بعدم تبصره أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم أو القوانين، قتلاً غير عمدى، أو تسبب فيه عن غير قصد، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى ألف درهم.

فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير ملائمة⁶⁰⁶ ، وتسبب في دهس شخص في الطريق⁶⁰⁷ ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب⁶⁰⁸ أو ورثته⁶⁰⁹ عن الضرر الذي أحدثه⁶¹⁰

الفصل 433

من تسبب، بعدم تبصره أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم أو القوانين، في جرح غير عمدي أو إصابة أو مرض، نتج عنه عجز عن الأشغال الشخصية تزيد مدته على ستة أيام، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين، وغرامة من مائتين⁶⁰⁵ إلى خمسمائة درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

الفصل 8 :

- 3 - من سبب عن غير قصد بعدم تبصره أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو بإهماله أو بعدم مراعاته للنظم جرحا أو إصابة أو مرضا نتج عنه عجز عن الأشغال الشخصية مدة تعادل أو تقل عن ستة أيام.
- 5 - من تسبب في إحراق مال منقول أو عقار مملوك للغير في الحالات الآتية، إما نتيجة قدم أو عدم إصلاح أو عدم تنظيف الأفران أو المداخل أو محلات الحدادة أو المساكن أو المصانع المجاورة. وإما نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط عند إشعال حراقات أو إطلاقها.
- 8 - من تسبب في إغراق طريق أو أملاك للغير نتيجة رفع مستوى مساقط المياه في الطواحن أو المصانع أو البرك فوق الارتفاع الذي حددته السلطات المختصة.

⁶⁰⁶ -

البلد	مصر
نوع الحكم	تمييز
رقم الحكم	4716
تاريخ الحكم	1987/02/04
اسم المحكمة	محكمة النقض - مصر

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه الذي اعتنق اسباب الحكم الابتدائي و اضاف اليها اسباب جديدة بعد ان بين واقعة الدعوى بما مفاده ان الطاعن كان يقود جرارا زراعيا الحقت به مقطوعة بسرعة كبيرة لم يهدئها عند دخوله الى شارع فرعى كان المجني عليه يقف على ناصيته فانحرف نحوه وصدمه بالمركبة فاصابه باصابات اودت بحياته، خلص الى ان ركن الخطا يشتمل في مخالفة الطاعن قواعد واداب المرور لعدم تهدئة السير عند منعطف الشارع الفرعي القادم اليه من شارع رئيسي بسرعة كبيرة، لما كان ذلك، وكان تقدير الخطا المستوجب للمسئولية مرتكبا جنائيا او مدنيا وتقدير توافر السببية بين الخطا والنتيجة او عدم توافره هو في المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب ما دام تقديرها سائغا ومستندا الى ادلة مقبولة ولها اصل في الاوراق، وكان مؤدى ما خلص اليه الحكم من توافر خطا الطاعن على الصورة المتقدمة وقيام رابطة السببية بينه وبين وقوع الحادث، انه اطرح دفاع الطاعن - الذي اورده بمدوناته - ان المجني عليه قفز امامه فجأة، والذي يعتبر من اوجه الدفاع الموضوعية التي لا تستأهل ردا صريحا، اكتفاء باخذ المحكمة بادلة الثبوت التي عولت عليها في قضائها بالادانة، وكان من المقرر ان من حق محكمة الموضوع ان تستخلص من اقوال الشهود وسائر العناصر المطروحة امامها على بساط البحث الصورة الصحيحة للواقعة حسبما يؤدي اليه اقتناعها وان تطرح ما يخالفها من صور اخرى ما دام استخلاصها سائغا مستندا الى ادلة مقبولة في العقل والمنطق و لها اصلها في الاوراق، فان ما يثيره الطاعن في شأن اغفال دفاعه بارتداد الحادث الى المجني عليه الذي قفز امامه فجأة ينحل الى جدل موضوعي في تقدير ادلة الدعوى وفي الصورة التي استخلصتها المحكمة لها مما لا يجوز امام محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان الحكم قد اورد - اخذ باقوال الشاهد ونقلا عن المعاينة - ان اثار الدماء وجدت بجوار المنزل على جانبي الطريق، وهو ما لا ينافي مع الطاعن في سلامة ماخذه، فان زعمه ان هذه الاثار وجدت بمنصف الطريق يكون على غير اساس، لما كان ذلك، وما ان الحكم قد اورد طلب انتقال المحكمة لمعاينة مكان الحادث لاثبات استحالة حصوله وفق تصوير الشاهد ودعوة الطبيب الشرعي لمناقشته في بيان الصلة بين الصدمة الجراحية وبين الحادث، ثم افصح عن اطمئنانه الى تصوير الشاهد للواقعة، والى قيام علاقة السببية بين خطا الطاعن وبين وقوع الحادث الذي ادى الى اصابات المجني عليه التي اودت بحياته، استنادا الى التقرير الطبي الذي اورد مؤداه، وكان ما نقله الحكم عن المعاينة - مما لا يمارى الطاعن فيه - لا يتناقض بل يتفق مع تصوير الشاهد الذي اعتنقه الحكم - وكان الطاعن لم يبين وجه استحالة حدوث الواقعة كما رواها الشاهد التي ينفيا اثباتها من المعاينة، وكانت المحكمة لا تلتزم باجابة طلب اجراء المعاينة الذي لاي يتجه الى نفي الفعل المكون للجريمة ولا الى اثبات استحالة حصول الواقعة كما رواها الشهود، بل كان المقصود به اثارة الشبهة في الدليل الذي اطمأنت اليه المحكمة، كما لا تلتزم باجابة الدفاع الى طلبه مناقشة الطبيب الشرعي ما دام ان الواقعة قد وضحت لديها ولم ترمى من جانبها حاجة الى اتخاذ هذا الاجراء - وهو الحال في الدعوى - فان ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص يكون غير مقبول، لما كان ذلك، وكان من المقرر ان السرعة التي تصلح اساسا للمساءلة الجنائية في جرمي القتل والاصابة الخطا ليست لها حدود ثابتة وانما هي التي تجاوز الحد الذي تقتضيه ملاسبات الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه، فيتسبب عن هذا التجاوز الموت او الجرح، وان تقدير ما اذا كانت سرعة السيارة في ظروف معينة تعد عنصرا من عناصر الخطا او لا تعد هو ما يتعلق بموضوع الدعوى، فان الحكم اذ اعتبر القيادة بسرعة ثلاثين كيلو مترا في الساعة عند الدخول من طريق رئيسي الى طريق فرعى تقع المنازل على جانبه بجرار زراعي الحقت به مقطوعة، خطأ يستوجب المساءلة، يكون قد اقترن

بالصواب، ويضحي النعي عليه في هذا الصدد، على غير سند، لما كان ما تقدم، فإن الطعن برمته يكون على غير اساس متعينا رفضه موضوعا مع الزام الطاعن المصاريف المدنية.

607 - Gazette des Tribunaux du Maroc N°: 38Page: 77 مجلة المحاكم المغربية

إن لمحكمة الموضوع كامل السلطنة في تقدير قيمة التصريحات المدلى بها لدى الضابطة القضائية كوقائع . ان أجزاء الحكم يكمل بعضها بعضا وان ما قد يرد ناقصا في المنطوق يكمل بالحيثيات .

قرار المجلس الأعلى عدد 7552، بتاريخ 1985/07/11، ملف جنحي عدد 21723-24

حيث إن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تقدير قيمة التصريحات المدلى بها لدى الضابطة القضائية كوقائع . وحيث يتجلى من القرار المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من تصريحات السائق اللقبى عبد الله ومن الظرف الزماني الذي كان يسير فيه وهو الليل وانتشار الظلام ومن آثار الكبح الممتدة على طول 18 مترا عناصر مخالفة عدم ملائمة السرعة لظروف السير سيما وأنه كان يجب على السائق المذكور - وهو في حالة تقابل مع سيارة أخرى - أن يقلل من سرعته إلى الحد الذي يتمكن معه من الوقوف في الحد المناسب مما تكون معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس . وفي شأن وسيلة النقض الثانية المتخذة من خرق القانون وخاصة مقتضيات الفصلين 348 و 352 من قانون المسطرة الجنائية . ذلك أن القرار المطعون فيه لم ينص في منطوقه على نوع المخالفة والنص القانوني المطبق عليها، كما أنه عندما حمل اللقبى عبد الله نصف المسؤولية وحمل كل واحد من السائقين الآخرين ربعها فقط، اقتصر في التعليل ذلك على القول "... والمحكمة من خلالها مقارنتها لأخطاء المر تكتبه من قبل الأطراف فقد اتضح لها أن المتهم اللقبى عبد الله ساهم في وقوع الحادثة بنسبة النصف والمسمين الحاج فرج وفارس بنسبة الربع لكل واحد منهما" دون أن توضح السبب الذي جعله يعتبر أن مخالفة السرعة الغير الملائمة تكون مخالفة اخطر وأثقل من الوقوف المعيب وانعدام الإنارة ، وليس العكس مع ان الفصل 352 المشار إليه ينص على أن الأحكام والقرارات تكون باطلة إذا لم تكن معلة ، مما يكون معه القرار المطعون فيه غير معلل في مسألة توزيع المسؤولية وبالتالي يتعين نقضه . حيث أنه من جهة أولى فإن أجزاء الحكم يكمل بعضها بعضا وان ما قد يرد ناقصا في المنطوق يكمل بالحيثيات . وحيث ورد في حيثيات القرار المطعون فيه ذكر نوع المخالفة المنسوبة للسائق اللقبى عبد الله والنص المسبق عليها إذ جاء فيه " : حيث إن السائق ملزم وفقا لمقتضيات الفصل 32 من قرار 24/1/1953 بالسير بسرعة ملائمة وبالزيادة من التخفيف من السرعة كما كانت هناك ظروف توجي بإمكانية ارتكاب الحادثة . " وحيث أنه من جهة أخرى فإن الثابت من تنقيصات القرار المطعون فيه أنه علل بما فيه الكفاية ما قضى به من توزيع المسؤولية وجعل نصفها على عاتق اللقبى عبد الله إذ جاء فيه - علاوة على ما أوردته الوسيلة - ما يلي : " حيث ان التعليلات الجنحية أفادت أن الحادثة وقعت لما دخلت سيارة بيكوب في سيارة من نوع رونو 4 كانت تسبقها وتسير في نفس الاتجاه ثم اتت سيارة ثالثة من نوع فيايط فدخلت في السيارتين المصدومتين وقد نتج عن الاصطدام وفاة شخصين وإصابة من معاهما بجروح، ووقوع الحادثة بهذه الكيفية يوضح مدى الدور الذي قام به كل من السائقين الثلاثة" كما جاء فيه قبل ذلك ما يلي " : وحيث ان مخالفة عدم ملائمة السرعة كانت السبب المباشر في وقوع الحادثة...." مما تكون معه الوسيلة - بفرعها على غير أساس . من أجله : قضى برفض الطلبين.

608 - Cour de cassation Pays: Maroc Rabat Revue: Gazette des Tribunaux du Maroc مجلة المحاكم المغربية

N°: 62 Page: 111

المجلس الأعلى قرار رقم 10017 – بتاريخ 1989/12/26 - ملف عدد 88/21832/21230

بناء على طلب النقض المرفوع من طرف شركة التامين الملكي المغربي والمسؤول المدني ايت سعيد منير بن احمد بمقتضى تصريح مشترك أفضيا به بواسطة الأستاذ الشرقاوي بتاريخ 22/6/ 88 لدى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بمراكش والرامي إلى نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية بها بتاريخ 88/6/14 تحت عدد 4014 في القضية ذات الرقم 88/ 452 والقاضي مبدئيا بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على المتهم ايت سعيد بأدائه لفائدة المهدي بنكيران تعويضا قدره 13797 درهم ولفائدة السميح محمد تعويضا إجماليا قدره 109351 درهم وإحلال شركة التامين الملكي المغربي محل مؤمنتها في الأداء .

وبعد المداولة طبقا للقانون، وبعد ضم الملفين نظرا لارتباطهما ، نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالبي النقض في شأن وسيلة النقض الفريدة المتخذة من خرق مقتضيات ظهير . 2/10/1984 ذلك أن العارضين أثارا عند مناقشة القضية أمام

محكمة الاستئناف انه لا يمكن الاعتماد على تقرير الخبير السيد السميح مصطفى لإثبات دخل المطالب بالحق المدني الحاج محمد السميح، لعل أن هذا التقرير ليست له أية حجية كما انه لم يصدر بناء على تكليف قضائي . كما انه بالرجوع إلى المبلغ الذي اعتمده قضاة الموضوع يتبين انه يشمل المداخل الكرائية ومداخل التجارة وان المداخل الكرائية لا تتأثر بالإصابات البدنية اللاحقة بالمطلوب في النقض . ولو في حالة الوفاة، في حين تجارته يمكن ان تتأثر فعلا، لكن في حدود المداخل المعتمدة على النشاط البدني الشخصي له . كما أن ظهير 84/10/2 / أوضح في فصله 7 انه يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار أجرة المثل كما لو كان يدير هذه التجارة لفائدة الغير مقابل اجر معلوم، "إذا كان المصاب يتولى بنفسه إدارة أمواله وتعذر التمييز في دخله من ذلك وبما أن القرار المطعون فيه عندما قام باحتساب التعويض استنادا إلى مجموع مداخل المطالب بالحق المدني دون اعتبار الجزء الذي ينوب عمله في إدارة أمواله وتجارته يكون قد خرقت القانون مما يتعين نقضه" . حيث إن المادة 7 من الظهير المشار إليه تنص على انه اذا كان المصاب يتولى بنفسه إدارة أو استغلال أمواله وتعذر التمييز في دخله من ذلك بين ما ينوب عمله وما تذر أمواله وجب تقدير الأجرة أو الكسب المهني المتخذ أساسا لتحديد رأس المال المعتمد باعتبار الأجرة أو الكسب المهني الذي يحصل عليه شخص يزاول نشاطا مماثلا لما يقوم به . وحيث إن القرار المطعون فيه بالرجوع إلى المبلغ الذي اعتمده يتبين انه يشمل المداخل الكرائية ومداخل التجارة، وان المداخل الكرائية لا تتأثر بالإصابات البدنية اللاحقة بالمطلوب في النقض ولو في حالة الوفاة، في حين أن تجارته يمكن أن تتأثر فعلا، لكن في حدود المداخل المعتمدة على النشاط البدني الشخصي له . وحيث ان القرار المطعون فيه عندما قام باحتساب التعويض استنادا إلى مجموع مداخل المطالب بالحق المدني دون اعتبار الجزء الذي تأثر بسبب الإصابة فقط وتحديد الجزء الذي ينوب عمله في إدارة أمواله وتجارته يكون قد خرق القانون وبذلك فان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه، لم تجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض والإبطال . وحيث ان الطعن مرفوع من طرف شركة التأمين والمسؤول المدني فان أثره ينحصر فيما يرجع لنطاق نظر المجلس الأعلى في مقتضيات المتعلقة بالعارضين لا غير عملا بمقتضيات الفقرة 3 من الفصل 585 من قانون المسطرة الجنائية. من اجله قضى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه .

-609

المغرب

نوع الحكم	نقض
رقم الحكم	1126
تاريخ الحكم	1992/01/14
اسم المحكمة	محكمة النقض - المغرب
المصدر	مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 45

ملف جنحي: 1898-89

- حوادث السير - وفاة الام - تعريض الابناء.
- اذا نتج عن الحادثة وفاة المصاب استحق من كانت عليه نفقتهم وفقا لنظام احواله الشخصية وكذا كل شخص اخر كان يعوله تعويضا عما فقده من موارد عيشهم بسبب وفاته (المادة 4/من ظهير حوادث السير).
- لما قضت المحكمة بعدم قبول طلبات التعويض الناتجة عن وفاة الام المصابة بناء على عدم اثبات انها كانت تجب عليها نفقتهم دون ان تبحث فيما وقع الاستدلال به من ان الام كان لها دخل قار وكانت تجب عليها نفقتهم يكون قضاؤها ناقص التعليل.
ويعد المداولة طبقا للقانون.
في شان الوسيلة الاولى والثانية مجتمعين ، المتخذة من انعدام التعليلات والحجيات لكون الحكم الابتدائي اعتمد في التعويضات التي قضى بها على الاجرة الدنيا المحددة في الجدول البياني المرفق بظهير (2 - 10 - 1984) وانه رفض التعويض عن الضرر المادي للطالبين ، معللة ذلك بان نفقتهم واجبة على الاب من دون الام الفقيد نظيف فاطنة بنت بوعزة وان هاته كانت تتقاضى ايرادا عمريا بالاضافة الى معاش عن زوجها الهالك يبلغ مجموعهما (5726,58) درهما عن كل ثلاثة اشهر ذلك من طرف الصندوق الوطني للقاعد الخاص بعمال البنابات والاشغال العمومية بفرنسا وذلك يكون كسبها السنوي (22906,32) درهما ، والذي يعطى رسامال قدره (172500,00) درهما حسب جدول (2 - 10 - 1984) وان الطالبين يتيمتا الاب كما هو ثابت من خلال موجب الاتفاق وان خاضر عبد المجيد مقدم عن اختيه القاصرتين بموجب التقديم وعليه فان نفقة القاصرتين الغير متزوجتين واجبة على والدتهما المرحومة التي كانت تتوفر على دخل قار خلافا لما ذهب اليه الحكم الابتدائي واستنادا الى ذلك فقد تمسكتا الطالبتان بمنحهما التعويض المادي التالي: لفوزية (38419,00) درهما بعد اعمال الزيادة النسبية المنصوص عليها في المادة 13 من ظهير (2 - 10 - 1984) ولزهور (31363,00) درهما بعد اعمال نفس الزيادة النسبية وان الحكم الابتدائي سكت عن المطاعن التي تمسكت بها الطالبتان المقدمة في المذكرة الدفعية المدلى بها امام محكمة الاستئناف بجلسة (16 - 11 - 1988) وان عدم الجواب عنها والاقتصار على تبني الحكم الابتدائي مدعاة للنقض.
والمتخذة ثانيهما من الخرق الجوهري للقانون لكون واقعة يتم المطالبتين بالحق المدني من جهة ابيهما المستدل عليها بموجب الاتفاق والتقديم المدلى

بهما في الملف يكون القرار الاستثنائي بتأييده للحكم الابتدائي وتبينه لحجته قد خرق مدونة في الاحوال الشخصية التي تجعل نفقة الابن على الضرر المادي المستحق للطالبين قد خرق مقتضيات المادتين 11 و 13 من ظهير (2 - 10 - 1984) مما يقتضي النقص والابطال. حيث، ان التعليل الوارد بالحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه الذي تبني علله واسبابه ورد على هاته الصورة: (حيث، ان ذوي حقوق الهالكة نظيف فاطنة بنت بوعزة لم يعزوا مقالهم بما يثبت اجرة الهالكة ، الشيء الذي يتعين معه اعمال الحد الأدنى للاجر لتحديد التعويضات المستحقة والذي هو 7980 درهما) و (حيث، التمس دورا الحقوق الحكم له بتعويضات مادية معززين مقالهم بموجب الاتفاق) و (حيث، انه طبقا لنظام الاحوال الشخصية فان الاب ملزم بالاتفاق على ابنائه كما انه في حالة عجز الاب عن الاتفاق وكانت الام غنية) و (حيث، ان المطالبين بالحق المدني لم يتقدموا بما يفيد وجوب النفقة على الام الشيء الذي يتعين معه عدم قبول مطالبهما الرامية الى الحكم لهما بالتعويضات المادية) وبذلك يكون القرار المطعون فيه بعدم ترصه للطعون الواردة بالمذكرة الاستئنافية حول ما اثير بها وما ارفقها من وثائق متعلقة بان والدتهما الهالكة كان لها دخلا قارا وشمولهما بالاتفاق عليهما من قبلها وتمكينهما بالتعويض المادي الذي تلحان على طلبه كل ذلك يجعل القرار المطعون فيه على النحو الوارد عليه ناقص التعليل مستوجب نقضه.

لهذه الاسباب:

قضى بالنقض والاحالة.

اجتهاد مصري

التعويض الموروث هو حق لمن وقع عليه الفعل الضار من الغير ، إذ إن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت ، كما يسبق كل سبب نتيجته ، إذ في هذه اللحظة يكون المجنى عليه ما زال أهلاً لكسب الحقوق ، ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر المادي الذي لحقه ، وحسبما يتطور هذا الضرر ويتقادم ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، كل بحسب نصيبه الشرعي في الميراث ، ويحق لهم بالتالي مطالبته المسؤول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم ، لا من الجروح التي أحدثها الفعل الضار به فحسب وإنما أيضاً من الموت الذي أدت إليه هذه الجروح ، باعتباره من مضاعفاتها.

(الطعن رقم 80 لسنة 84 جلسة 19/03/2016)

السبب المنتج الفعال في حالات الغرق في البحر للشواطي العامة يتحقق بخطأ المشرفين والمستغلين للشاطي محل الحادث وعدم تزويده بالعمال المنقذين ومعدات الإنقاذ والمسعفين إذ يعتبر ذلك انحرافاً عن السلوك المألوف الذي يقتضى على المشرفين على الشاطي اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة المستحمين ووقايتهم من الغرق وإسعافهم عندما يشرفون على الغرق.

(الطعن رقم 7701 لسنة 78 جلسة 06/04/2016)

إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي (بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء احتراق ملفات قضايا محكوم فيها لصالحه وتحوى أصول شيكات صادرة له) ، القاضى برفض الدعوى ، على سند من خلو الأوراق مما يثبت قيام خطأ في جانب تابعي المطعون ضده بصفته، دون أن يبحث الخطأ المرفقى ، المبني على إهمال وتقصير جهة الإدارة ، في توفير وسائل الحماية اللازمة لملفات القضايا ، المنوط بها الحفاظ عليها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وحجب نفسه عن بحث مدى مسئولية المطعون ضده بصفته على أساس الخطأ المرفقى ، فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب ، الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 9773 لسنة 66 جلسة 21/12/2015)

يقول الأستاذ السنهاوري الشيء هو كل شيء مادي غير حي فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق ، ما دامت حراسته تقتضي عناية خاصة .. السنهاوري الوسيط فقرة 727

مفاد النص في المادة 178 مدني مصري

من القانون المدني يدل على أن المشرع قصد بهذا النص أن يدفع ظلماً يمكن أن يحيق بطائفة من المضرورين، فلم يشترط وقوع ثمة خطأ من المسؤول عن التعويض وفرض على كل من أوجد شيئاً خطراً ينتفع به أن يتحمل تبعه ما ينجم عن هذا الشيء من أضرار سواء كان مالكا أو غير مالك، فحمل الحارس هذه المسؤولية وأسسها على خطأ مفترض يكفي لتحقيقه أن يثبت المضرور وقوع الضرر بفعل الشيء، ولا يملك المسؤول لدفع المسؤولية إلا أن يثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه

القانون المدني المصري

المادة : (178) كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة.

الطعن رقم لسنة تاريخ الجلسة
5432 70 15-4-2007 52 1 ع ص

يقصد بالحارس الذي يفترض الخطأ في جانبه هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السيطرة الفعلية على الشيء على أنه يمكن أن يتعدد الحراس متى ثبت أن الحراسة قد تحققت لأكثر من شخص على نفس الشيء وتساوت سلطاتهم في الاستعمال والإدارة والرقابة بشرط قيام السلطة الفعلية لهم جميعاً على الشيء نفسه

الطعن لسنة تاريخ الجلسة
رقم
5432 70
52 1 11

ص ع

قاعدة الاجتهادات المصرية . 611

كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض

المادة : (163) من القانون المدني المصري

الموجز:

التزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور . سببه عقد التأمين وليس خطأ الغير
المسئول عن الحادث . مؤداه . عدم وجود علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير وبين الضرر

إذ كانت المادة 178 من القانون المدني قد اشترطت لمسئولية الحارس عن الشيء أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية أو شيئاً تقتضي حراسته عناية خاصة، وكان مكنم الخطر في الشبكة الكهربائية ليس فيما تتكون منه من أعمدة وأسلاك ممدودة، ولكن فيما يسري خلالها من طاقة كهربائية وهذه الطاقة لا تقبل بطبيعتها التجزئة. ولا يتصور تسليمها من يد إلى يد شأن الأشياء المادية، ولأهمية الطاقة فقد أنشأت الدولة لإنتاجها ونقلها وتوزيعها شخصيات اعتبارية بمقتضى قوانين وقرارات متعددة حددت فيها حقوقها وطبيعة العلاقة بينها ويتضح من الإطلاع عليها أن المشرع اعتبر أن إنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها من المنافع العامة التي تخضع دائماً للإشراف المباشر للدولة وما يستتبع ذلك من اعتبار منشأتها من الأموال العامة وقد نصت المادة 87 من القانون المدني على أن " تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص...." وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

الطعن رقم	لسنة	تاريخ الجلسة	س	ع	ص
5432	70	15-11	52	1	11
		4-2007			

جرى قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - على أن تمثل الدولة هو نوع من النيابة القانونية وأن الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشؤون المتعلقة بوزارته بحسابه هو المشرف على تنفيذ السياسة العامة للدولة.

الطعن رقم	لسنة	تاريخ الجلسة	س	ع	ص
5432	70	15-4-2007			
52	1	11			

إن المادة 1/221 من القانون المدني قد نصت على أن " ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب..." ويدخل في الكسب الفائت ما يأمل المضرور في الحصول عليه من كسب متى كان لهذا الأمل أسباب مقبولة، ذلك أن فرصة تحقيق الكسب أمر محتمل إلا أن فواتها أمر محقق شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الأبوين في بر ابنهما لهما رعاية وانتفاعاً بإحسانه إليهما، أمراً قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حياً دون انتظار بلوغه سنأ معينة.

إن القانون لم يشترط سنأ معينة بالابن المتوفى في حادث للحكم للوالدين بتعويض مادي عن فوات فرصة أملهما في رعايته لهما في شيخوختهما شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الوالدين في بر ابنهما بهما ورعايته لهما والانتفاع بإحسانه لهما أمراً قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حياً دون انتظار بلوغه سنأ معينة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر في قضائه فإن النعي عليه بسبب الطعن (النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون) يكون على غير أساس.

الطعن رقم	لسنة	تاريخ الجلسة	س	ع	ص
4797	64	15-1-2007			
52	1	7			
4797	64	15-1-2007			
52	1	7			

610 - الوسيط في شرح القانون المدني عبد الرزاق السنهوري - جزء 1، مصادر الالتزام
611 -

الذى تحمله المؤمن بدفعه التعويض . اثره . عدم عدم جواز تاسيس رجوع المؤمن على المسئول على قواعد المسئولية التقصيرية . حلول المؤمن له لا يكون الا بالحوالة او بالحلول الاتفاقى .

القاعدة:

الغير المسئول عن وقوع الحادث - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - ليس هو السبب المباشر لالتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين له المضرور من هذا الحادث حتى يمكن القول بان رجوع المؤمن على المسئول التقصيرية باعتبار ان المسئول قد سبب بخطئه الذى تحقق به الخطر المؤمن من ضررا للمؤمن رتب ضمان هذا الاخير اذا لاتوجد علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير والضرر الذى تحمله المؤمن بدفعه التعويض الى المؤمن له ، بل ان سبب التزام المؤمن بدفع قيمة التأمين الى المؤمن له هو عقد التأمين ذاته فلولا قيام هذا العقد لما التزم بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع التأمين رغم وقوع الحادث وبالتالي فلم يكن من سبيل لان يحل المؤمن له قبل المسئول الا عن طريق الحوالة او الحلول الاتفاقى .

(المواد 303 ، 747 ، 751 مدنى)

المادة : (303)يجوز للدائن أن يحوّل حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين.

المادة : (751)لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين.

المادة : (747)التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

(الطعن رقم 1622 ، 3639 لسنة 60 ق جلسة 11 / 12 / 1997 س 48 ج 2 ص 1430)

الموجز:

دعوى المضرور المباشرة قبل شركة التأمين الغرض منها . حماية المضرور بضمان حصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر . خضوع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 752 مدني⁶¹² . بدء سريانه من وقت وقوع الفعل المسبب لضرر سريان القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها في شأن هذا التقادم .

القاعدة:

إذ لم يكن للمضرور طبقاً للقواعد العامة وقبل العمل بالقانونين المشار إليهما في أول يناير سنة 1956 أن يرجع على شركة التأمين إلا بالدعوى غير المباشرة استعمالاً لحق مدينه المؤمن له قبلها ، وكان المشرع قد رأى أن يخرج على هذه القواعد تحقيقاً للأغراض التي استهدف بها حماية المضرور ضماناً لحصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي وقع عليه مهما بلغت قيمة هذا التعويض بما أورده في عجز الفقرة الأولى من المادة الخامسة المشار إليها من القانون 652 لسنة 1955 وجعل بذلك للمضرور من الحادث الذي يقع من سيارة مؤمن عليها أن يرجع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه من هذا الحادث ، ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة 752 من القانون المدني⁶¹³ وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين ، وإذ كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت الفعل الذي سبب له الضرر مما يترتب عليه أن مدة الثلاث سنوات المقررة هذه الدعوى تسري من هذا الوقت ، إلا ان التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسري في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها .

(المادة 172 مدني - المادتان 176 ، 178 مرافعات)

⁶¹² - المادة 1- : (752) تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى -2. ومع ذلك لا تسري هذه المدة : (أ) في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك . (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

⁶¹³ - المادة 1- : (752) تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى -2. ومع ذلك لا تسري هذه المدة : (أ) في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك . (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

المادة 1- : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع 2- . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

(الطعن رقم 11293 لسنة 65 ق جلسة 4/11/1997 س 48 ج 2 ص 1175)

الموجز:

دعوى المضرور قبل المؤمن إذا كان أساس الفعل غير المشروع فيها جريمة . أثره . وقف سريان التقادم بالنسبة لمضرور قبل المؤمن طوال مدة المحاكمة الجنائية أو التحقيق بمعرفة النيابة العامة أو قاضى التحقيق . عودة سريانه بصدور الحكم الجنائى النهائى أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر أو صدور قرار نهائى من النيابة أو من قاضى التحقيق بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية .

القاعدة:

إذا كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن هو جريمة فإن سريان هذا التقادم يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية أو يجرى فيها التحقيق بمعرفة النيابة العامة أو قاضى التحقيق ، ولا يعود هذا التقادم إلى السريان إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى أو انتهاء المحكمة بسبب آخر أو صدور قرار نهائى من النيابة أو من قاضى التحقيق بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية .

(المادة 172 مدنى - المادتان 176 ، 178 مرافعات)

المادة 1- : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع 2- . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم

تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

(الطعن رقم 11293 لسنة 65 ق جلسة 4/11/1997 س 48 ج 2 ص 1175)

الموجز:

إقامة المطعون ضدها دعواها المباشرة قبل شركة التأمين متضمنة طلب التعويض الموروث عن وفاة مورثها - أحد ركاب السيارة الأجرة أداة الحادث - بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة أمر النيابة العامة بعدم وجود لإقامة الدعوى الجنائية نهائياً لوفاة المتهم . القضاء برفض الدفع بالتقادم بالنسبة لهذا التعويض استناداً إلى أن الحق فيه يتقادم بخمس عشرة سنة باعتباره متولداً من عقد نقل الأشخاص . خطأ .

القاعدة:

لما كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن العمل غير المشروع الذي سبب الضرر للمطعون ضدها شكل جنحة قيدت ضد سائق السيارة الأجرة أداة الحادث والذي كان المورث أحد ركابها وان النيابة العامة أمرت بتاريخ 18/3/1991 بعدم وجود وجه إقامة الدعوى الجنائية لوفاة المتهم ، فإن سريان هذا التقادم يكون قد وقف من تاريخ وقوع الحادث وبدأ سريانه من تاريخ صيرورة هذا الأمر نهائياً في 19/6/1991 ولما كانت المطعون ضدها قد أقامت دعواها المباشرة بالتعويض قبل الشركة الطاعنة في 22/11/1994 أى بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية نهائياً فيكون الحق في رفعها قد سقط بالتقادم الثلاثي ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بالتقادم بالنسبة للتعويض الموروث استناداً إلى أن الحق فيه يتقادم بخمس عشرة سنة باعتباره متولداً من عقد نقل الأشخاص فإنه يكون قد طبق فيما يتعلق بالتقادم حكماً مغايراً لما نص عليه القانون بالنسبة لتقادم الدعوى المباشرة مما يعيبه بالخطأ

القانون

تطبيق

في

(المادة 172 مدنى - المادتان 176 ، 178 مرافعات)

المادة 1- : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه .وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع -2 . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

(الطعن رقم 11293 لسنة 65 ق جلسة 4/11/1997 س 48 ج 2 ص 1175)

الموجز:

ارتكاب ضابط بالقوات المسلحة جريمة قتل عمد بمسدسه الذى فى عهده بحكم وظيفته . أثره . تحقق مسئولية وزير الدفاع عن الضرر باعتباره متبوعاً . نفى الحكم المطعون فيه هذه المسئولية على قالة إن خطأ التابع منبت الصلة بعمله مكاناً وزماناً وانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والوظيفة . خطأ.

القاعدة:

لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التابع المسئول ضابط بالقوات المسلحة يعمل تحت رئاسة المطعون ضده-وزير الدفاع - وأنه قتل مورثى الطاعنين بمسدسه الحكومى الذى فى عهده بحكم وظيفته فإن وظيفته لدى المطعون ضده تكون قد هيات له فرصة إتيان عمله غير المشروع إذ لولا هذه الوظيفة وما يسرته لصاحبها من حيازة السلاح النارى المستعمل فى قتل مورثى الطاعنين لما وقع الحادث منه وبالصورة التى وقع بها ، ويكون المطعون ضده مسئولاً عن الضرر الذى أحدثه الضابط بعمله غير المشروع ، وإذ نفى الحكم المطعون فيه مسئولية المطعون ضده عن هذا الضرر قولاً منه أن الخطأ الذى قارفه التابع منبت الصلة بعمله مكاناً وزماناً وأنه لا توجد علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون. تتحصل فى أن الطاعنة فى الطعن رقم 807 سنة 58 ق أقامت الدعوى 8189 لسنة 1985 مدنى جنوب القاهرة الابتدائية على المطعون ضده وآخرين بطلب الحكم بإلزامهم متضامين بأن يؤدوا إليها مبلغ مليون جنيه

على سبيل التعويض ذلك أنه بتاريخ 10 / 10 / 1982 قتل الرائد طيار عمداً ولديها و وأمها وشرع فى قتلها فأحدث بها الإصابات المبينة بالتقرير الطبى وقدم للمحاكمة الجنائية وقضى بإدانته بعقوبة الاعدام فى القضية رقم 622 لسنة 1982 جنايات شرق القاهرة العسكرية وإذ استعمل الجانى سلاحه الأسمى - مسدس - الذى كان فى عهده بحكم وظيفته فى ارتكاب الحادث بما يجعل المطعون ضده بصفته مسئولاً عن تعويض الأضرار التى لحقت بها فقد أقامت الدعوى بطلباتها سالفه البيان ، كما أقام مورثا الطاعنين فى الطعن 723 لسنة 58 وآخرون الدعوى 12138 لسنة 1968 مدنى جنوب القاهرة الابتدائية على المطعون ضده نفسه بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدى إليهما مبلغ مائة ألف جنية عويضاً عن الأضرار التى أصابتهما بوفاة حفيدهما- ولدى إبنهما المتوفى من الطاعنة فى الطعن الأول - فى الحادث ذاته موضوع الدعوى السالف بيانها . ومحكمة أول درجة بعد أن أمرت بضم الدعويين للإرتباط حكمت بتاريخ 29 / 4 / 1987 فى الدعوى رقم 8189 لسنة 1985 بإلزام المطعون ضده بصفته بأن يؤدى للطاعنة فى الطعن 807 سنة 58 ق مبلغ ثلاثين ألف جنية وفى الدعوى 12138 لسنة 1968 بإلزامه بأن يؤدى إلى مورثة الطاعنين فى الطعن 723 لسنة 58 ق المرحومة مبلغ خمسة آلاف جنية ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات استأنف الخصوم الحكم بالاستئنافات 7558 ، 8023 ، 8124 سنة 104 ق القاهرة وبعد ضم الاستئنافات الثلاثة قضت المحكمة بتاريخ 22 / 12 / 1978 بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعويين . طعن الطاعنون فى هذا الحكم بطريق النقض بالطعنين المائلين وقدمت النيابة مذكرة فى كل منهما أبدت فيها رأى بنقض الحكم وعرض الطعنان على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظرهما وفيها أمرت المحكمة بضم الطعنين والتزمت النيابة رأيها. وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقولون إن الحكم نفى مسؤولية المطعون ضده عن الخطأ الذى ارتكبه تابعه استناداً إلى أن الحادث وقع منه خارج نطاق وظيفته وبعيداً عن محيطها وفى وقت لم يكن قائماً بعمل من أعمالها أو مباشراً لشأن من شئونها ولم تكن الوظيفة هى السبب فى وقوع الخطأ فى حين أن الثابت فى واقعة الدعوى

1128

وإذ نفى الحكم المطعون فيه مسؤولية المطعون ضده عن هذا الضرر قولاً منه أن الخطأ الذى قارفه التابع منبت الصلة بعمله مكاناً وزماناً وأنه لا توجد علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق بما يوجب نقضه. (174 مدنى ، 178 مرافعات المعدلة بق 13 لسنة 73)

المادة 1- : (174) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها 2- .وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

(الطعان رقما 723 ، 807 لسنة 58 ق جلسة 8 / 4 / 1997 س 48 ج 1 ص 623 ، 624 ، 625 ، 626 ، 627)

الموجز:

مسئولية المتبوع . قيامها على خطأ مفترض من جانبه لا يقبل إثبات العكس . نطاقها . أن يكون فعل التابع قد وقع أثناء تأديته وظيفته أو كان قد أستغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكاب الفعل غير المشروع سواء كان ذلك لمصلحة المتبوع أو بغفير علمه . م 174 مدنى.

القاعدة:

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن القانون المدنى إذ نص فى المادة 174 منه على أن - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها . (2) وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه فعلية فى رقابته وفى توجيهه- قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعة سوء اختباره لتابعة وتقصيره فى رقابته ، وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسؤولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسؤولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب

المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً باوظيفة أو لا . علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه.(م 174 مدنى)

المادة 1- : (174) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها -2 .وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

(الطعان رقما 723 ، 807 لسنة 58 ق جلسة 8 / 4 / 1997 س 48 ج 1 ص 623 ، 624 ، 625 ، 626 ، 627)

الموجز:

حق التقاضى والإبلاغ والشكوى . من الحقوق المباحة . مؤدى ذلك عدم مسؤولية من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق أو زوداً عنه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدود فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق بقصد الإضرار بالخصم .
القاعدة:

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد النص فى المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدنى ان من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وأن حق التقاضى وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لا يدعو إلى مسائلة طالما لم ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده ، ولا يسأل من يلج ابواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو زوداً عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عنه إلى اللدد فى الخصومة والعنت

مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم .
(المادة 163 مدنى ، المادتان 178 ، 265 مرافعات ، المادة 102 إثبات)

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

الإبلاغ عن الجرائم . عدم اعتباره خطأ تقصيرياً ما لم يثبت كذب البلاغ وتوافر سوء القصد أو صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط . عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع حتماً بكذبها .

القاعدة:

تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيرياً يستوجب مسؤولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط . فمجرد عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع حتماً بكذبها .
(المادة 163 مدنى ، المادتان 178 ، 265 مرافعات ، المادة 102 إثبات)

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

استخلاص الفعل المؤسس عليه طلب التعويض من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاص سائغاً ، تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه . خضوعه لرقابة محكمة النقض

القاعدة:

المقرر أنه ولئن كان استخلاص الفعل الذى يؤسس عليه طلب التعويض مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغاً وله أصل ثابت بالأوراق فضلاً عن أن تكييف هذا الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه هو

من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض .
(المادة 163 مدنى - المادتان 178 ، 265 مرافعات - المادة 102 إثبات)

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

مسألة خصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضى . وجوب إيراد الحكم
العناصر الواقعية والظروف التى يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً
سائغاً .

القاعدة:

يتعين على الحكم الذى ينتهى إلى مسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق
التقاضى أن يورد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التى يصح استخلاص نية
الانحراف و الكيد منها استخلاصاً سائغاً .

(المادة 163 مدنى - المادتان 178 ، 265 مرافعات - المادة 102 إثبات)

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره لصالح المتهم فى جريمة البلاغ الكاذب .
لا يدل بمجردة على كذب الوقائع المبلغ بها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث
عناصر المسئولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية فى الأساس بين الدعويين .

القاعدة:

قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره لصالح المتهم لا يدل على كذب
الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسئولية المدنية
طالما لم تفصل المحكمة الجنائية فى هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية .

(المادة 163 مدنى - المادتان 178 ، 265 مرافعات - المادة 102 إثبات)

المادة (163) :كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره فى جريمة البلاغ الكاذب . لا يعد دليلاً على عدم صحة الوقائع المبلغ عنها . وجوب ألا تبني المحكمة المدنية حكمها إلا على ما يقتضيه بحثها عناصر المسؤولية من النزاع المطروح عليها .

القاعدة:

استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلاً على عدم صحة الوقائع المبلغ بها ، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التى يجب ألا تبني قضاءها إلا على ما يقتضيه بحثها عناصر المسؤولية من النزاع المطروح عليه .

(المادة 163 مدنى - المادتان 178 ، 265 مرافعات - المادة 102 إثبات)

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(الطعن رقم 11865 لسنة 65 ق جلسة 29/6/1997 س 48 ج 2 ص 1025)

الموجز:

الأثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم أو استبدال مدته لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . مؤداه . الحكم الصادر للمضرور بالتعويض المؤقت لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفاً فيه .

القاعدة:

القاعدة فى الإجراء القاطع للتقادم أن الأثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم أو استبدال مدته لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه ، ولا يغير من ذلك أن نص المادة الخامسة من القانون 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات قد أنشأ دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضاع هذه الدعوى للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة 752 من القانون المدنى ، كما ألزم شركة التأمين بأن تؤدى إلى المضرور مقدار ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته مما

مفاده أن الحكم بالتعويض يكون حجة على الشركة ولو لم تكن طرفاً فيه ، ذلك أن حجيته عليها عندئذ مقصورة على إثبات تحقق الشرط المنصوص عليها بتلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون أن يكون لها أن تنازع في ذلك المقدار ، ومن ثم فإن الحكم بالتعويض المؤقت لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفاً فيه .

(المادة 172 مدنى - المادتان 176 ، 178 مرافعات - المادة 102 إثبات)

(الطعن رقم 1796 لسنة 65 ق جلسة 24/6/1997 س 48 ج 2 ص 995)

الموجز:

دعوى التعرض عن الضرر الشخصى المباشر من وفاة المجنى عليه . اختلافها عن دعوى ورثة الأخير بطلب التعويض الموروث . الدعوى الأولى غير قاطعة لتقادم الثانية

القاعدة:

إذا كانت الدعوى التى يرفعها من حاق به ضرر شخصى مباشر من وفاة المجنى عليه تختلف فى موضوعها عن الدعوى التى يرفعها ورثة المجنى عليه بطلب التعويض الموروث فإن رفع الدعوى بطلب التعويض عن الضرر الشخصى المباشر ليس من شأنه قطع التقادم بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الموروث .

(المادة 172 مدنى - المادتان 176 ، 178 مرافعات - المادة 102 إثبات)

(الطعن رقم 1796 لسنة 65 ق جلسة 24/6/1997 س 48 ج 2 ص 995)

الموجز:

إقامة المطعون ضدها على الشركة الطاعنة - التى لم تكن طرفاً فى الدعوى المدنية المقامة أمام محكمة الجرح - دعوى بطلب التعويض المادى والأدبى عما أصابها من وفاة مورثها . إضافتها طلباً عارض بالتعويض الموروث بعد فوات أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الحكم الجنائى باتاً . صيرورة الدفع المبدى من الشركة بسقوط الحق فى المطالبة بالتعويض الموروث بالتقادم الثلاثى صحيحاً . القضاء برفض هذا الدفع . مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه .

القاعدة:

لما كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الأولى لم تختصم الشركة الطاعنة في الدعوى المدنية التي رفعتها أمام محكمة الجناح فإن الحكم الصادر في تلك الدعوى بإلزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض المؤقت لا يجعل مدة تقام دعوى التعويض الكامل بالنسبة للشركة الطاعنة خمس عشر سنة بدلاً من ثلاث سنوات طالما لم يصدر في مواجهتها وكان الثابت أيضاً أنه قضى بإدانة المطعون ضده الثاني بحكم صار باتاً 9/5/1989 وقد أقامت المطعون ضدها الأولى عن نفسها وبصفتها الدعوى الماثلة على الشركة الطاعنة والمطعون ضدهما الأخيرين للمطالبة بالتعويض المادي والأدبي الذي أصابها عن وفاة مورثها فقط ثم أضافت طلباً عارضاً بصحيفة أودعت قلم الكتاب في 20/6/1993 هو الحكم بمبلغ ثلاثين ألف جنيه تعويضاً موروثاً أي بعد فوات أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الحكم الجنائي باتاً ومن ثم يكون الدفع المبدى من الشركة الطاعنة بسقوط الحق في المطالبة بالتعويض الموروث بالتقادم الثلاثي صحيحاً وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في أسبابه برفض هذا الدفع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(المادة 172 مدنى - المادتان 176 ، 178 مرافعات - المادة 102 إثبات)

المادة 1- : (172) مدني

تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع -2 . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

(الطعن رقم 1796 لسنة 65 ق جلسة 24/6/1997 س 48 ج 2 ص 995)

الموجز:

للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن في التأمين الإجبارى من حوادث السيارات خضوعها للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 752 مدنى . بدء سريانة من وقت

وقوع الحادث المسبب للضرر . اختلافها في هذا عن دعوى المضرور بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المشروع قبل المسئول عن الضرر التي يبدأ سريان تقادمها الثلاثي من تاريخ العلم بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه . م 172 مدني . القاعدة:

أنشأ المشرع بمقتضى المدنية الناشئة عن حوادث السيارات للمضرور من هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص على أن تخضع هذه الدعاوى للتقادم المنصوص عليه في المادة 752 من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين. وإذا كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الحادث التي ترتبت عليه مسؤولية المؤمن فإنه يترتب على ذلك- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعاوى تسرى من هذا الوقت ، وهي في هذا تختلف عن دعواه بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المسئول عن الضرر والمنصوص عليها في المادة 172 من القانون المدني إذ لا تسقط بالتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من التاريخ الذي يتحقق فيه.

(المادة 5 ، 13 ق 652 لسنة 1955 (قضى بالحكم 56 لسنة 22 ق دستورية بعدم دستورية المادة (5) فيما تضمنته من قصر آثار عقد التأمين في شأن التيارات الخاصة على الغير دون الركاب) (الطعن رقم 4615 لسنة 61 ق جلسة 19 / 6 / 1997 س 48 ج 2 ص 931)

الموجز:

تقادم دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن . خضوعه للقواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها.

القاعدة:

لما كانت دعوى الطاعنين المضرورين موجهة إلى الشركة المطعون ضدها والمؤمن من مخاطر السيارة المتسببة في الحادث لديها ابتغاء تغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن وفاة

مورثها فإن حكم تقادمها يخضع للتقادم المنصوص عليه في المادة 752 من القانون المدني دون التقادم المنصوص عليه في المادة 172 منه ويسرى في شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها. (المادة 172 ، 382 ، 752 مدني)

المادة 1- : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه . وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع 2- . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

المادة 1- : (382) لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب 2- . ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً.

المادة 1- : (752) تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى 2- . ومع ذلك لا تسري هذه المدة : (أ) في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك . (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

(الطعن رقم 4615 لسنة 61 ق جلسة 19 / 6 / 1997 س 48 ج 2 ص 931)

الموجز:

دعوى المضرور قبل المؤمن إذا كان الفعل غير المشروع فيها جريمة رفعت عنها الدعوى الجنائية . أثره . وقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن طوال مدة المحاكمة الجنائية. عودة سريانه بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم بات فيها أو بسبب

آخر . علة ذلك . رفع الدعوى الجنائية مانع قانونى فى معنى المادة 382 / 1 مدنى يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه القاعدة:

إذ كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر الذى يستند إليه الطاعنان فى دعواهما قبل المطعون ضدتهما- المؤمن - هو جريمة ورفعت الدعوى على مقارفها فى الجنحة رقم ... فإن سريان التقادم بالنسبة لدعواهما يقف فى هذه الحالة طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود إلى السريان إلا بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم بات فيها أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء على أسباب الانقضاء على أساس أن قيام الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعاً قانونياً فى معنى المادة 382 من القانون المدنى يتعذر معه عليهما المطالبة بحقها. وإذ تحقق انقضاؤها بفوات ميعاد طعن النيابة العامة فى الحكم الصادر فى هذه الجنحة حضورياً بتاريخ 19 / 5 / 1984 ببراءة قائد تلك السيارة فإنه ومن اليوم التالى لهذا الانقضاء يبدأ سريان التقادم الثلاثى المسقط لدعوى الطاعين بالتعويض وإذ كانت قد رفعت فى 25 / 5 / 1988 فإنها تكون قد أقيمت بعد سقوط الحق فى رفعها ، لا يغير من ذلك ما تحدى به الطاعنان من أن تقادم دعواهما يبدأ سريانه من 30 / 3 / 1985 تاريخ الحكم الصادر فى استئناف المدعين بالحق المدنى فى الجنحة آفة البيان إذ من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة - أن استئناف المدعى بالحقوق المدنية يقتصر أثره على الدعوى المدنية بأطرافها لايتعداه إلى موضوع الدعوى الجنائية والتى تكون قد انقضت بأحد الأسباب الخاصة بها.(المادة 132 ، 382 ، 752 مدنى) (الطعن رقم 4615 لسنة 61 ق جلسة 19 / 6 / 1997 س 48 ج2 ص 931) الموجز:

وقوع تصادم بين سيارتين . تقديم النيابة العامة قائد إحداهما للمحاكمة الجنائية وإدعاء بعض المضرورين مدنياً قبله. القضاء ببراءته ورفض الدعوى المدنية . عدم استئناف النيابة العامة لهذا القضاء. أثره . انقضاء الدعوى الجنائية . إقامة مضرور آخر دعوى مباشرة قبل شركة التأمين المؤمن لديها من مخاطر السيارة الأخرى . بدء سريان تقادمها

الثلاثى المسقط من اليوم التالى لهذا الانقضاء. لا يغير من ذلك استئناف المدعين بالحق المدنى للحكم الجنائى. علة ذلك اقتصار أثر هذا الاستئناف على الدعوى المدنية بأطرافها ولا يتعداها إلى موضوع الدعوى الجنائية .

القاعدة:

إذ كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر الذى يستند إليه الطاعنان فى دعواهما قبل المطعون ضدهما- المؤمن - هو جريمة ورفعت الدعوى على مقارفها فى الجنحة رقم ... فإن سريان التقادم بالنسبة لدعواهما يقف فى هذه الحالة طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود إلى السريان إلا بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم بات فيها أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء على أسباب الانقضاء على أساس أن قيام الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعاً قانونياً فى معنى المادة 382 من القانون المدنى يتعذر معه عليهما المطالبة بحقها. وإذ تحقق انقضاؤها بفوات ميعاد طعن النيابة العامة فى الحكم الصادر فى هذه الجنحة حضورياً بتاريخ 19 / 5 / 1984 ببراءة قائد تلك السيارة فإنه ومن اليوم التالى لهذا الانقضاء يبدأ سريان التقادم الثلاثى المسقط لدعوى الطاعين بالتعويض وإذ كانت قد رفعت فى 25 / 5 / 1988 فإنها تكون قد أقيمت بعد سقوط الحق فى رفعها ، لا يغير من ذلك ما تحدى به الطاعنان من أن تقادم دعواهما يبدأ سريانه من 30 / 3 / 1985 تاريخ الحكم الصادر فى استئناف المدعين بالحق المدنى فى الجنحة آفة البيان إذ من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة - أن استئناف المدعى بالحقوق المدنية يقتصر أثره على الدعوى المدنية بأطرافها لايتعداه إلى موضوع الدعوى الجنائية والتي تكون قد انقضت بأحد الأسباب الخاصة بها.

(المادة 132، 382، 752 مدنى)

المادة : (132) إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً.

المادة -1 : (382) لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب -2. ولا يسري

التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثلّه قانوناً.

المادة 1- : (752) تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى 2- ومع ذلك لا تسري هذه المدة (أ) في حالة إخفاء بيانات متعلّقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

(الطعن رقم 4615 لسنة 61 ق جلسة 19 / 6 / 1997 س 48 ج 2 ص 931)

الموجز:

اقتصار استئناف الملزم بالتعويض عن الضرر على النعى بالمبالغة في قيمة التعويض المقضى به. تضمنه تسليمياً بثبوت المسؤولية التقصيرية بعناصرها . أثره . عدم جواز تعرض المحكمة الاستئنافية لها إثباتاً أو نفياً . مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه برفض الدعوى على قالة انتفاء عناصر المسؤولية التقصيرية. مناقضته قضاء قطعياً بثبوت تلك المسؤولية.

القاعدة:

إذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها أقاما استئنافها على سبب واحد هو النعى على حكم محكمة أول درجة المبالغة في قيمة التعويض المقض به بما يتضمنه تسليمياً بثبوت المسؤولية التقصيرية بعناصرها ، الأمر الذي لم يعد مطروحاً على محكمة الاستئناف ، ولم يكن يجوز لها أن تعرض له إثباتاً أو نفياً ، بل تقتصر على مناقشة مناسبة التعويض المقضى به لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند في قضاؤه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على قوله إنه - لم يقدم ثمة دليل على اعتقاله فعلاً في الفترة التي يزعم أنه اعتقل خلالها ، وأن المحكمة لا تطمئن إلى أقوال شاهده أمام محكمة أول درجة لأنها لا تعدو أن تكون مجاملة له ولا يوجد دليل آخر في الأوراق يساندها ، كما تلتفت المحكمة عن المستندات المقدمة من المستأنف

ضده - الطاعن - لأنها أثبتت بعد حقبة طويلة من الزمن ولا تدل بذاتها على أنها من فعل التعذيب المزعوم - فإن الحكم يكون قد ناقض قضاء قطعياً بثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ووجوب تعويض الطاعن عما لحق به وعرض لأمر غير مطروح عليه بما يعيبه. (م / 232 مرافعات ، 101 إثبات) (الطعن رقم 33 96 لسنة 59 ق جلسة 17 / 6 / 1997 س 48 ج 2 ص 907)

الموجز:

التعويض . استقلال قاضى الموضوع بتقديره . تعيين عناصر الضرر التى تدخل فى حساب التعويض . من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض . قضاء الحكم بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصر الضرر . قصور .

القاعدة:

لئن كان تقدير التعويض عن الضرر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع إلا أن تعيين عناصر الضرر التى تدخل فى حساب التعويض هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض و كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القول بأن مبلغ مناسب لجميع الأضرار المادية و الأدبية التى لحقت بالطاعن دون بيان لعناصر هذه الأضرار فإنه يكون مشوباً بالقصور . (المادتان 178 ، 253 مرافعات 13 لسنة 1968 و المواد 163 ، 221 ، 222 مدنى مصري

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض

المادة -1 : (221) إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضي هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول -2. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقّعه عادةً وقت التعاقد.

المادة 1- : (222)يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء -2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عمّا يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

131 لسنة 1948 (

(الطعن رقم 288 لسنة 58ق - جلسة 28/7/1992 س 43 ج 1 ص 997)

الموجز:

تعويض " التعويض عن التعذيب " تقادم " تقادم الدعوى الناشئة عن التعذيب " مسئولية " المسئولية عن وقائع التعذيب " دستور الدعاوى الناشئة عن التعذيب الذى ترتكبه السلطة ضد الأفراد . عدم سقوطها بالتقادم . مسئولية الدولة عنها دون قصرها على مرتكبي التعذيب و الجهات التى يتبعونها . علة ذلك . م 57 من الدستور و المادتان 2 ، 14 من إتفاقية مناهضة التعذيب الموافق عليها بقرار رئيس الجمهورية رقم 154 لسنة 1986 . القاعدة:

النص فى المادة 57 من الدستور (المصري) على أن - كل إعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين و غيرها من الحقوق و الحريات العامة التى يكفلها الدستور و القانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية و لا المدنية الناشئة عنها بالتقادم و تكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الإعتداء - و فى المادة الثانية من إتفاقية مناهضة التعذيب - التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10/12/1984 ووافقت مصر عليها بقرار رئيس الجمهورية رقم 154 لسنة 1986 . على أن - تتخذ كل دولة عجرات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة أو أية عجرات أخرى لمنع أعمال التعذيب فى أى إقليم يخضع لإختصاصها القضائى و لا يجوز التذرع بأية ظروف إستثنائية أياً كانت سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديداً بالحرب أو عدم إستقرار سياسى داخلى أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة كمبرر للتعذيب و لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى مرتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب - و فى المادة الرابعة

على أن - تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة - و في المادة الرابعة عشر على أن - تضمن كل دولة طرف في نظامها القانوني إنصاف من يتعرض لعمل من أعمال التعذيب و تمتع بحق قابل للتنفيذ في تعويض عادل و مناسب - يدل على أن المشرع قدر أن التعذيب الذي ترتكبه السلطة ضد الأفراد هو عمل إجرامي ذو طبيعة خطيرة أيأ كانت الظروف التي يقع فيها أو السلطة الآمرة بإرتكابه و أن الدعاوى الناشئة عنه قد يتعذر الوصول إلى الحق فيها ما بقيت الظروف السياسية التي وقع في ظلها قائمة و لذلك إستثنى المشرع هذه الدعاوى من القواعد العامة فمنع سقوطها بالتقادم و لم يقصر المسؤولية فيها على مرتكبي التعذيب و الجهات التي يتبعونها بل جعل هذه المسؤولية على عائق الدولة بأسرها .

(المادة 57 دستور 1972 و المادتان 2 ، 14 من اتفاقية مناهضة التعذيب الموافق عليها بالقرار الجمهوري 154 لسنة 1986) (الطعن رقم 288 لسنة 58 ق جلسة 28/7/1992 س 43 ع 1 ص 997 ق 207)

الموجز:

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . قيامها على خطأ مفترض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس . تحقق هذه المسؤولية بخطأ التابع و هو يؤدي عملا من أعمال الوظيفة أو كونها السبب المباشر للخطأ ، أو وقوع الفعل أثناء تأدية الوظيفة أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له بأية طريقة فرصة ارتكابه . م 174 مدني .

القاعدة:

مؤدى نص المادة 174 من القانون المدني أن المشرع أقام هذه المسؤولية - مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه - على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعه سوء إختيار تابعه و تقصيره في رقابته و أن القانون حدد نطاق هذه المسؤولية بأن يكون هذا العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها بما مؤداه أن مسؤولية المتبوع تقوم في حالة خطأ التابع و هو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة أو أن تكون

الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه . أو كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته على إتيان هذه فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة إرتاكابه فيخرج عن نطاق مسؤولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه و بين ما يؤدي من أعمال الوظيفة ارتباط مباشر و لم تكن هي ضرورية فيما وقع من خطأ و لا داعية إليه و على ذلك إذا انتفت العلاقة بين الفعل الضار و الوظيفة بأن ارتكب التابع العمل غير المشروع فى غير أوقات العمل وقت أن تخلى فيه عن عمله لدى المتبوع فتكون الصلة بينهما قد انقطعت و لو مؤقتاً و يصبح التابع حراً يعمل تحت مسؤوليته وحده .

(المادة 174 مدنى 131 لسنة 1948)

المادة 1- : (174) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها 2- .وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه

(الطعن رقم 2775 لسنة 58 ق جلسة 19/7/1992 ج2 ص 977)

الموجز:

تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . نص المادة 172 مدنى . وروده عاماً دون تخصيص . مفاده دعوى المسؤولية عن العمل الشخصى ودعوى المسؤولية عن الاشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . لا أثر لقيام المسؤولية الأولى على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض . علة ذلك .

القاعدة:

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المشرع حين تحدث عن تقادم الدعوى المدنية أورد نص المادة 172 من القانون المدنى عاماً منبسطاً على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن

العمل غير المشروع بصفة عامة واللفظ متى ورد عاماً ولم يَقم الدليل على تخصيصه وجب حملة على عمومته وإثبات حكمه قطعاً لجميع أفرادهِ ، ومن ثم تتقدم دعوى المسؤولية عن العمل الشخصي ودعوى المسؤولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر و بالشخص المسئول عنه قانوناً ، ولا يؤثر في ذلك كون المسؤولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما مصدره الفعل غير المشروع الذي تترتب عليه المسؤولية والتي لا يتأثر تقدم دعاوها بطريقة إثبات الخطأ فيها .

(المادة 172 مدنى 131 لسنة 1948)

المادة 1- : (172) تسقط بالتقدم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع 2- . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (الطعن رقم 963 لسنة 58 ق - جلسة 25/6/1992 س 43 ع 1 ص 883 ق 183)

الموجز:

دعوى التعويض الناشئة عن جريمة . عدم سقوطها إلا بسقوط الدعوى الجنائية بالتقدم . لا يغير من ذلك تأسيس دعوى التعويض على قواعد المسؤولية الشيعية .

القاعدة:

إذا نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة فإن دعوى التعويض تتقدم في الأصل بثلاث سنوات فإذا كانت هذه المدة قد بدأت في السريان وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

(المادة 172 / 2 مدنى 131 لسنة 1948)

المادة 1- : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه .وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع -2 . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (الطعن رقم 963 لسنة 58 ق - جلسة 25/6/1992 س 43 ع 1 ص 883 ق 183)

الموجز:

خلو القانون المصرى كأصل عام من تقرير المسئولية عن المخاطر التى لا يلابسها شئ من التقصير . الاستثناء . حالات متفرقة ورد النص عليها بمقتضى تشريعات خاصة . القاعدة:

إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الشخص مسئولاً عن المخاطر التى لا يلابسها شئ من التقصير كأصل عام بل لم يأخذ بهذا النوع من المسئولية إلا فى حالات متفرقة بمقتضى تشريعات خاصة .

(المادة 163 مرافعات 131 لسنة 1948)

(الطعن رقم 828 لسنة 58 ق جلسة 18/6/1992 س 43 ج 1 ص 828)

الموجز:

استناد الطاعن إلى نظرية تحمل تبعة المخاطر فى المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب العدوان الإسرائيلى على مدينة القدس التى كان يعمل بها دون أن ينسب ثمة خطأ إلى المطعون ضده أو يبين سنده من القانون . غير مقبول .

القاعدة:

إن استناد الطاعن إلى نظرية تحمل تبعة المخاطر دون أن ينسب إلى المطعون ضده ثمة خطأ أو يبين سنده من نصوص القانون فى مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب

العدوان الإسرائيلي على مدينة القدس التي كان يعمل بها يكون ظاهر الفساد و من ثم تكون دعواه قائمة على غير أساس .

(المادتان 163، 253 مرافعات 131 لسنة 1948)

(الطعن رقم 828 لسنة 58 ق جلسة 18/6/1992 س 43 ج 1 ص 828)

الموجز:

دعوى المضرور قبل شركة التأمين . ق 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجبارى على السيارات . دعوى مباشرة . عدم التزام المضرور باستصدار حكما بتقرير مسؤولية المؤمن له أو قائد السيارة أو اختصام أيهما فى الدعوى متى كانت السيارة التى وقع منها الحادث مؤمنا عليها وثبتت مسؤولية مالکها المؤمن له أو مرتكب الحادث .

القاعدة:

مفاد نص المادة السادسة من القانون 449 لسنة 1955 بشأن السيارات وقواعد المرور والفقرة الأولى من المادة الخامسة والمواد 16 ، 17 ، 18 ، 19 من القانون 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن للمضرور من الحادث الذى يقع من السيارة المؤمن عليها إجباريا أن يرجع على شركة التأمين مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة الحادث مستمدا حقه فى ذلك من نصوص القانون المشار إليه آنفا دون اشتراط أن يستصدر أولا حكما بتقرير مسؤولية المؤمن له أو قائد السيارة عن الحادث ودون ضرورة لاختصامهما فى الدعوى ذلك أن التزام المؤمن طبقا للأحكام سالفه البيان يمتد إلى تغطية المسؤولية عن أفعال المؤمن له ومن يسأل عنهم وغيرهم من مرتكبي الحادث على حد سواء . ومن ثم فلا يشترط لإلزام شركة التأمين بأداء التعويض للمضرور سوى أن تكون السيارة التى وقع منها الحادث مؤمنا عليها لديها وأن تثبت مسؤولية مالکها المؤمن له أو مرتكب الحادث حسب الأحوال بغير حاجة إلى اختصام أيهما فى دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن .

(م 6 ق 449 لسنة 1955)

(م 5 / 1 ، 16 ، 17 ، 18 ، 19 ، ق 652 لسنة 1955)

(الطعن رقم 1324 لسنة 55 ق جلسة 24/3/1992 س 43 ج 1 ص 495)

الموجز:

التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ التقصيري .للمضرور الجمع بينه وبين ما يكون مقررأ له عنه بموجب قوانين أو قرارات أخرى من مكافآت أو معاشات استثنائية.شرطه . تقديره من سلطة محكمة الموضوع.

القاعدة:

المقرر-وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة -أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويض الذى يطالب به عن الضرر الناشئ عن الخطأ وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وبين ما يكون مقررأ له عن ذلك بموجب قوانين أو قرارات أخرى من مكافآت أو معاشات استثنائية بشرط أن يراعى ذلك عند تقدير التعويض بحيث لا يتجاوز مجموع ما يعود عليه من ذلك القدر المناسب والكافى لجبر الضرر وحتى لا يثرى المضرور من وراء ذلك بلا سبب وأن تقدير ذلك مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

(المادة 163 مدنى 131 لسنة 1948) .

(المادة 15 ق 46 لسنة 1972) .

(الطعن رقم 1662 لسنة 57 ق -جلسة 12/2/1992 س 43 ج 1 ص 294)

قاعدة التشريعات المغربية :

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الباب الثالث: الإلتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.

وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

- اجتهادات قضائية

القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات المسؤولية التقصيرية
القاعدة

رقم القرار

2012-10-30

محكمة النقض

تقوم مسؤولية مشيد البناء إذا رتب ضرراً للغير ما لم يثبت أن الضرر حصل نتيجة لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر نفسه.

قرار محكمة النقض عدد 4758 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد
2012/5/1/1291

2012-10-30

محكمة النقض

يستحق أصول الهالك ضحية الحادث تعويضاً شاملاً عن الأضرار التي لحقت بهم جراء فقد من كان يعولهم و يخضع تقدير التعويض لسلطة المحكمة.

القرار عدد 4758 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد 2012/5/1/1291
2012-10-30

محكمة النقض

لا يؤثر بعد أو قرب مكان وقوع الحادثة عن المكان الوارد بمحاضر الضابطة القضائية في ثبوت وقوع الحادث.

القرار عدد 4762 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد 2012/5/1/1090

2012-09-04

محكمة النقض

تستنتج المحكمة قيام مسؤولية المؤمن انطلاقا من عقد التأمين المبرم بينه و بين المؤمن له باعتبار العقد شريعة المتعاقدين.

القرار عدد 3681 المؤرخ في : 2012/09/04 ملف مدني عدد 2012/3/1/1282

2012-08-28

محكمة النقض

يتحمل المتسبب في الضرر تعويض المتضرر متى ثبتت العلاقة السببية بين فعله والضرر المترتب له.

قرار محكمة النقض عدد 3486 المؤرخ في 2012-08-28 ملف مدني عدد

2011/3/1/2676

2012-08-05

محكمة النقض

المدني – المسؤولية التقصيرية – التقادم تتقادم دعوى التعويض عن الجرم و شبه الجرم بمضي 5 سنوات من الوقت الذي يبلغ إلى علم المتضرر الضرر و المسؤول عنه، و في جميع الأحوال تتقادم الدعوى الناشئة عن الفعل الضار بمضي عشرون سنة من وقت حدوث الضرر طبقا للفصل 378 من ق.ل.ع.

قرار محكمة النقض عدد 2229 المؤرخ في : 05082012 ملف مدني عدد 718132010

2012-06-21

محكمة الاستئناف التجارية

– المدني – المسؤولية المدنية: الأصل ان للمتعاقدين حرية انشاء التزامهما بالطريقة التي يريانها محققة لاهدافهما في إطار المسؤولية العقدية القائمة بينهما، ولهما ايضا تعديل قواعد المسؤولية العقدية في حدود القانون والنظام العام .

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم " 1168 " الصادر بتاريخ 21062012 ملف
عدد 3472011

2012-05-15

محكمة النقض

يتعين في مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر و الوارد في منطوق الحكم أن يكون مطابقا
لما ورد في التعليل.

قرار محكمة النقض عدد 2400 المؤرخ في 15-05-2012 ملف مدني عدد
2011/3/1/2162

2012-04-24

محكمة النقض

يكون هناك محل للتعويض إذا ثبت أن مقاول البناء خالف التصميم المرخص به و لم يقم بما
تم الاتفاق عليه بالشكل الذي رتب ضرا لمالك البناء.

قرار محكمة النقض عدد 2069 المؤرخ في : 2012/04/24 ملف مدني عدد 2908
2010/2/1/

2012-04-18

محكمة الاستئناف التجارية

– مدني – المسؤولية المدنية – ما دام أن المحكمة سبق لها القضاء بالتعويض عن المظل
وأن الفائدة القانونية لها نفس الهدف فلا يجوز تعويض نفس الضرر أكثر من مرة (نعم)
قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم : 22212012 صدر بتاريخ:

18042012

2012-04-17

محكمة النقض

يجب لدفع المسؤولية عن حارس الشيء أن يثبت أنه قام بما هو لازم لمنع حدوث الضرر أو أن الضرر نجم عن حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر على اعتبار المسؤولية المقررة في مواجهته مسؤولية مفترضة.

قرار محكمة النقض عدد 1965 المؤرخ في 17-04-2012 ملف مدني عدد

2010/3/1/3592

2012-04-17

محكمة النقض

يسأل حارس الشيء عن الأضرار التي يتسبب فيها هذا الأخير للغير ، سواء كان المتضرر على علاقة به أو أجنبيا عنه.

قرار محكمة النقض عدد 1965 المؤرخ في 17-04-2012 ملف مدني عدد

2010/3/1/3592

2012-04-05

محكمة النقض

– مدني – المسؤولية المدنية – يستوجب فعل المنافسة غير المشروعة الحكم بالتعويض لفائدة المتضرر من هذا الفعل شريطة أن يتم إثبات هذا الضرر ومدى جسامته وتأثيره على نشاط المتضرر (نعم) .

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم : 19282012 صدر بتاريخ: 05042012

2012-03-13

محكمة النقض

يستحق ضحية حادثة سير تعويضا عن العجز المؤقت مقابل فقدته أجره باعتباره أجيرا دون حاجة لإثباته فقد هذا الأجر، و على من يدعي عكس ذلك أن يثبت ادعاءه.

القرار عدد 1265 المؤرخ في : 13/03/2012 ملف مدني عدد 2011/5/1/4260

2012-03-07

محكمة الاستئناف التجارية

– المدني – المسؤولية المدنية: ضياع طرد بريدي وفوات فرصة اتمام الصفقة مع المرسل اليها واحتفاظها بالمبالغ المستحقة للشركة المرسلة وعدم ادائها لها .

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم " 426 " الصادر بتاريخ 2012-03-06

ملف عدد 732012 محكمة النقض

يستحق من الرأسمال المعتمد للجميع %إخوة الهالك ضحية حادثة سير تعويضا نسبته 15 إذا أثبتوا أن الهالك كان ينفق عليهم و لو كانوا رشداء.

القرار عدد 1148 المؤرخ في : 2012/03/06 ملف مدني عدد 2011/5/1/4008

2012-01-10

محكمة النقض

يسأل الطبيب عن الأضرار قد يتسبب فيها بعدم بذله العناية اللازمة و عن أخطائه الناجمة عن قلة اليقظة و التبصر

قرار محكمة النقض عدد 119 المؤرخ في : 2012/01/10 ملف مدني عدد

2010/3/1/3788

2011-12-20

محكمة النقض

إذا تعدد المسؤولون عن الضرر و تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في إحداثه، كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج. و محكمة الموضوع بعد أن تبين لها تعذر تحديد نسبة كل من صاحبة الورش و مقولة الحفر في إحداث الضرر و حملتهما متضامنتين مبلغ جبره، كان قرارها مطابقا للفصلين 99 و 100 من ق.ل.ع

قرار محكمة النقض عدد 5552 المؤرخ في : 2011/12/20 ملف مدني عدد

2010/5/1/1841

2011-12-06

محكمة النقض

إن التعويض في المسؤولية العقدية حسب الفصل 263 ل ع يكون إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام و إما التأخر في الوفاء و ذلك و لو لم يكن هناك أي سوء نية في جانب المدين. قرار محكمة النقض عدد 5245 المؤرخ في : 2011/12/06 ملف مدني عدد

2010/3/1/1164

2011-11-29

محكمة النقض

يقع على الصانع مسؤولية ضمان عيوب منتوجه و عدم إضراره بالزبون طالما كان هذا الأخير لا يتوفر على الوسائل التقنية التي تمكنه من اكتشاف العيب قرار محكمة النقض عدد 5179 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد

2011/3/1/3520

2011-11-29

محكمة النقض

تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع حتى بالنسبة للتسهيلات و الإعدادات التي يقدمها له بسبب وجود علاقة تبعية أيا كان مدى هذه العلاقة، و يسأل المتبوع عن أخطاء التابع الصادرة عنه بهذه الصفة.

القرار عدد 5177 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 2010/3/1/4806

2011-11-29

محكمة النقض

يتحمل الموثق إلزاما بتحقيق نتيجة المعاملة المتمثلة في إبرام العقد، و يسأل عن كل إخلال منه بهذه المهمة مما قد يسببه من ضرر لأحد طرفي العقد.

قرار محكمة النقض عدد 5178 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 4676

2009/3/1/

2011-11-29

محكمة النقض

يرجع تقدير التعويض المستحق للمتضرر للسلطة التقديرية للمحكمة شريطة تعليقه و بيان عناصره.

القرار عدد 5178 المؤرخ في 29-11-2011 ملف مدني عدد 4676 / 2009/3/1/

2011-11-22

محكمة النقض

يستحق ورثة الهالك ضحية حادثة سير التعويض المقرر قانونا يقسم عليهم بالتساوي إن كان معيلا دون أن يكون ممن تجب نفقتهم علي الهالك

قرار محكمة النقض عدد 5026 المؤرخ في : 2011/11/22 ملف مدني عدد

2011/5/1/2627

2011-11-15

محكمة النقض

لا يتحمل الضحية أي مسؤولية طالما لم يصدر عنه أي عمل إيجابي في ترتيب النتيجة.

القرار عدد 4809 المؤرخ في : 2011/11/15 ملف مدني عدد 2011/5/1/1477

2011-10-25

محكمة النقض

يعتبر تصريح ضحية حادث سير في محاضر الضابطة القضائية بطبيعة عمله كافي للحكم لها بالتعويضات المستحقة عن فقده الكسب، و تحديد التعويضات على أساس العمل المصرح به

قرار محكمة النقض عدد 4586 المؤرخ في : 2011/10/25 ملف مدني عدد

2011/5/1/1476

2011-10-25

محكمة النقض

يلتزم المشيد لبناءات دون ترخيص قانوني بتعويض الأضرار التي قد تترتب للغير جراء قيامه بهذه التشييدات.

قرار محكمة النقض عدد 4602 المؤرخ في : 2011/10/25 ملف مدني عدد

2009/3/1/976

2011-10-25

محكمة النقض

للمحكمة سلطة تقديرية في تقييم أدلة الدعوى و ترتيب الأثر الذي تستحقه و لا رقابة عليها إلا فيما يخص التعليل.

القرار عدد 4602 المؤرخ في : 2011/10/25 ملف مدني عدد 2009/3/1/976

2011-10-25

محكمة النقض

تناقش مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية المرفوعة على اساس المسؤولية التفصيلية من طرف المحكمة و في إطار الذي رفعت فيه دون تغيير من المسؤولية التفصيلية إلى المسؤولية العقدية.

قرار محكمة النقض عدد 4599 المؤرخ في 2011-10-25 ملف مدني عدد

2009/3/1/3556

2011-10-18

محكمة النقض

المدني – المسؤولية يحل صندوق التأمينات الخاص بالموثقين بقوة القانون محل الموثق المرتكب لخطأ تجاه الغير طالما ثبت للمحكمة عسر الموثق أو قراره إلى مكان مجهول.

قرار محكمة النقض عدد 4447 المؤرخ في : 18102011 ملف مدني عدد 3514122010

2011-10-05

محكمة النقض

يخضع تحديد مسؤولية المتسبب في الضرر للسلطة التقديرية للمحكمة شريطة تعليل قرارها تعليلا سائغا بأسباب مستمدة من وقائع و أدلة القضية و كافية لحمل قضائها.

قرار محكمة النقض عدد 4605 المؤرخ في 25-10-2011 ملف مدني عدد

2009/3/1/2763

2011-06-28

محكمة النقض

يلتزم بالتعويض الطرف الذي استفاد على حساب غيره من الفعل المسبب للضرر وحده دون غيره ممن قد يكون ساهم في حدوث الضرر.

قرار محكمة النقض عدد 3127 المؤرخ في 28-06-2011 ملف مدني عدد

2009/3/1/2775

2011-06-21

محكمة النقض

المدني – المسؤولية التقصيرية يتعين على محكمة الموضوع أن ترد بمقبول عن الدفع بانعدام التأمين أو كون الواقعة المنشأة مستثناة من الضمان قبل الحكم بالتعويض.

قرار محكمة النقض عدد 2945 المؤرخ في 21062011 ملف مدني عدد 2614132009

2011-04-26

محكمة النقض

لا يكفي خطأ المتضرر عند انفجار قنينة الغاز، و إنما يعفى الحارس القانوني متى ثبت أنه قام بكل ما هو ضروري لمنع الضرر

القرار عدد 1871 المؤرخ في 2011/04/26 ملف مدني عدد 2010/3/1/2140

2011-04-26

محكمة النقض

يرجع تقدير المسؤولية عن الحادث للمحكمة، و لا رقابة عليها إلا فيما يخص التعليل.

القرار عدد 1995 المؤرخ في 2011-04-26 ملف مدني عدد 2009/7/1/4630

2011-04-26

محكمة النقض

– المدني – المسؤولية التقصيرية – يكفي خطأ المتضرر عند انفجار قنينة الغاز، و إنما يعفى الحارس القانوني متى ثبت أنه قام بكل ما هو ضروري لمنع الضرر.
قرار محكمة النقض عدد 1871 المؤرخ في 26042011 ملف مدني عدد 2140132010

2011-04-19

محكمة النقض

إن صاحب الدراجة النارية الذي اصطدم بسيارة من الخلف وكان صاحبها في وضع سلبي متوقفا عند الإشارة الضوئية، لا يمكن في هذه الوضعية أن ينسب إلى هذا الأخير أي خطأ مرتب مسؤوليته عن الحادث.

قرار محكمة النقض عدد 1821 المؤرخ في : 2011/04/19 ملف مدني عدد 4832

2009/7/1/

2011-04-05

محكمة النقض

يوجه طلب الضحية أو ذويه بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم إلى صندوق ضمان حوادث السير إذا كان المسؤول عن الأضرار مجهولا و ذلك في ظرف ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادثة.

القرار عدد 1543 المؤرخ في : 2011/04/05 ملف مدني عدد 2010/5/1/1997

2011-04-05

محكمة النقض

تقوم مسؤولية المؤمن له عن الأضرار التي تسبب فيها بسبب إهماله و عدم احتياطه، و يحل المؤمن محله في أداء التعويض المستحق للمتضرر.

القرار عدد 1503 المؤرخ في 2011-04-05 ملف مدني عدد 2010/3/1/62

2011-03-29

محكمة النقض

لا يشترط ظهير 1984-10-24 بشأن التعويض عن حوادث الشغل شكلا معيناً لإثبات الأجر.

القرار عدد 1366 المؤرخ في : 2011/03/29 ملف مدني عدد 2010/5/1/2269
2011-03-03

محكمة النقض

– المدني – المسؤولية : للمحكمة إثبات الضرر عما أصاب صاحب الضيعة الفلاحية من جراء تسرب المياه العادمة إلى المياه الجوفية بواسطة خبرة فنية، لم يهدم المتسبب في الضرر حكمها بمقبول.

قرار محكمة النقض عدد: 312 بتاريخ: 3032011 ملف تجاري عدد: 1001312010
2011-02-13

محكمة النقض

لا تلزم المحكمة بإجراء خبرة جديدة طالما توفرت لديها المعطيات اللازمة للفصل في النزاع.

قرار محكمة النقض عدد 5387 المؤرخ في : 2011/02/13 ملف مدني عدد
2011/5/1/2016

2011-02-13

محكمة النقض

يتحمل حارس الشيء مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها الشيء ما لم يثبت أنه فعل كل ما كان يجب لدرء وقوع الحادث المرتب للضرر

القرار عدد 5387 المؤرخ في : 2011/02/13 ملف مدني عدد 2011/5/1/2016
2010-11-19

محكمة النقض

يتحمل الناقل مسؤولية إيصال الراكب إلى المكان المتفق عليه سليماً، و يسأل عن كل ضرر يقع لهذا الأخير، و لا تنعدم مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الضرر تسببت فيه قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

القرار عدد 4730 المؤرخ في : 2010/11/19 ملف مدني عدد 2009/7/1/974

2010-11-09

محكمة النقض

تقع مسؤولية هذه الحوادث على هؤلاء الأشخاص الذين يلتزمون بإبرام عقود تأمين على مسؤوليتهم.

قرار محكمة النقض عدد 4662 المؤرخ في : 2010/11/09 ملف مدني عدد 1363

2010/5/1/

تاريخ الإصدار المحكمة

القاعدة رقم القرار

2010-11-09 محكمة النقض

يكون هناك مجال إثارة الخطأ الطبي إذا ثبت من خلال الخبرات المنجزة وجود علاقة سببية بين الضرر و الخطأ الطبي المرتكب.

قرار محكمة النقض عدد 4711 المؤرخ في 2010-11-09 ملف مدني عدد

2009/3/1/1128

2010-11-09 محكمة النقض

لا يتحمل المؤمن و الحارس القانوني للعربة مسؤولية الحوادث المرتكبة من طرف أصحاب المرائب و الأشخاص المتعاطين عادة سمسرة الناقلات أو بيعها أو إصلاحها، و تقع مسؤولية هذه الحوادث على هؤلاء الأشخاص الذين يلتزمون بإبرام عقود تأمين على مسؤوليتهم.

القرار عدد 4662 المؤرخ في : 2010/11/09 ملف مدني عدد 1363 2010/5/1/

1218

2010-10-26 محكمة النقض

يجب أن ينبني القول بقيام العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر على اليقين لا على الاحتمال.

قرار محكمة النقض عدد 4431 المؤرخ في 2010-10-26 ملف مدني عدد 2009/7/1/1819

2010-10-26 محكمة النقض

يستثنى أصحاب الحارس القانوني للناقلة من الضمان عن الحوادث التي يتحمل مسؤوليتها.

القرار عدد 4432 المؤرخ في 2010-10-26 ملف مدني عدد 2009/7/1/ 1952
1262

2009-04-15 محكمة النقض

إن التزام المهندس للإشراف على البناء التزام بنتيجة. عدم تحقق النتيجة كافية لإقرار مسؤوليته برد ما دفع إليه مع التعويض.

قرار المجلس الأعلى عدد : 594 بتاريخ: 2009/4/15 ملف تجاري عدد :
2006/1/3/792

2009-02-26 محكمة الاستئناف التجارية مدني –

المسؤولية المدنية – الإقرار بالمديونية و بعدم الوفاء بالإلتزامات المحددة بمقتضى الاعتراف بالدين الحكم بالمبلغ المضمن في الطلب (نعم)

قرار محكمة الاستئناف التجارية حكم رقم : 748 بتاريخ: 2009/2602 ملف
رقم: 1139408

7414

2008-11-19 محكمة النقض مدني –

المسؤولية المدنية – علم المتضررين بالضرر و عدم علمهم بالمسؤول عنه إلا بعد صدور قرار جنائي، احتساب التقادم يكون من يوم صدور القرار المذكور. (صحيح)

قرار محكمة النقض عدد: 4003 المؤرخ في: 2008/1911 ملف مدني عدد:

2008/112713

2008-10-08 محكمة النقض – المدني –

المسؤولية : – تسأل ادارة الجمارك والضرائب غير المباشرة عن أخطاء
تسيير مصالحها، والأخطاء المصلحية لمستخدميها، والتي يترتب عنها ضرر مباشر بحق
الغير

القرار عدد: 3323 المؤرخ في: 2008/0810 ملف مدني عدد: 2007/78313

7794

2008-07-28 محكمة النقض – مدني –

المسؤولية المدنية – التقاضي وسلوك المساطر الدفاعية حق لا يساءل عنه إلا حين
ممارسته بسوء نية، ومتى ثبت للمحكمة ان المتعرضين على مطلب التحفيظ مارسوا
تعرضهم بحسن نية معتقدين تملكهم لجزء من المطلب، وعدم ثبوت سوء نيته تقضي
برد طلب التعويض (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2898 المؤرخ في : 2008/2807 ملف مدني عدد :

2007/143413

2008-07-16 محكمة النقض – مدني –

المسؤولية المدنية – مساءلة المدعى عليهم شخصيا عن الأضرار اللاحقة بالمدعين
قائمة متى ارتكزت على كون الشكاية المسببة للضرر قدمت بصفته الشخصية
وبالأصالة عن أنفسهم وليس باعتبارهم نوابا عن الجماعة السلالية (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2758 المؤرخ في : 2008/167 ملف مدني عدد :

2006/340712

2008-07-02 محكمة النقض – مدني –

المسؤولية المدنية – تشييد بناية فوق ارض الغير بحسن نية، يلزم المحكمة بالقضاء
على مالك العقار بأن يؤدي للباني حسن النية قيمة المواد مع أجره اليد العاملة أو أن

يدفع مبلغا يعادل ما يزيد عن قيمة المواد مع أجره اليد العاملة، والمحكمة التي قضت
بإفراغ الباني دون مراعات الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري عرضت قرارها
للنقض.

قرار محكمة النقض عدد : 2571 المؤرخ في : 2008/0207 ملف مدني عدد :
2007/388313

18-06-2008 محكمة النقض المدني –
المسؤولية المدنية – مسؤولية حارس الشيء قائمة متى وقع الضرر في المقر التابع له
وبوسائل تقنية تعود ملكيتها له (نعم).

قرار محكمة النقض عدد: 2364 المؤرخ في: 2008/1806 ملف مدني عدد:
2006/268613

28-05-2008 محكمة النقض مدني –
شركة الحصول على التمويل اللازم لممارسة الشركة لنشاطها من الالتزامات التي على
عائق المدير المتصرف الوحيد للشركة (نعم) – مسؤوليته (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2083 المؤرخ في : 2852008 ملف مدني عدد :
2006/371012

07-05-2008 محكمة النقض مدني –
المسؤولية – إدلاء الموثق بوصل صادر عن المحافظة العقارية يفيد أن المبالغ التي
أداها سببها تأسيس ملف الشركة بالرسم العقاري موضوع البيع يجعل رفض احتساب
المبالغ بعلة عدم تعزيزها بالوثائق اللازمة نقصا في التعليل (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 1765 المؤرخ في : 2008/0705 ملف مدني عدد :
2006/182012

17-12-2007 محكمة النقض مدني – المسؤولية المدنية – عقد التدبير المفوض لا يقيم مسؤولية المفوض إليه إلا بعد
دخوله حيز التنفيذ (نعم) – التعويض عن الأضرار السابقة (لا).

قرار محكمة النقض عدد 4185 المؤرخ في : 2007/1712 ملف مدني عدد :
2005/255213

2007-10-03 محكمة النقض – مدني –
المسؤولية – يستحق أصول الضحية واخوته تعويضا ماديا عن الضرر اللاحق بهم
جراء فقدانهم لمعيّلتهم بمقتضى موجب الكفالة (نعم).
قرار محكمة النقض عدد: 3124 المؤرخ في: 2007/0310 ملف مدني عدد:
2005/116913

2007-05-30 محكمة النقض – مدني –
المسؤولية المدنية – مناط استحقاق التعويض هو ثبوت الضرر وليس تنفيذ الحكم
القاضي بالإفراغ من عدمه (نعم) .
القرار عدد : 1928 المؤرخ في : 2007/305 ملف مدني عدد : 2005/203412

2007-05-16 محكمة النقض – مدني –
المسؤولية المدنية – ما دام السبب في وقوع الحادثة هو إهمال حارس الحواجز إغلاق
الممر إلى حين مرور القطار ، فإن مسؤوليته قائمة (نعم) .
القرار عدد : 1722 المؤرخ في : 2007/165 ملف مدني عدد : 2005/188312

2007-03-28 محكمة النقض – مدني –
المسؤولية – عدم قيام حارس المسبح بما كان ضروريا لمنع الحادث بجعل مشرفين
إضافيين ينظمون عملية القفز ، بعد التأكد من خلو المسبح من السباحين حتى لا يقع
الاصطدام بينهم ، يجعل مسؤوليته عن الوفاة قائمة.
قرار محكمة النقض عدد : 1403 المؤرخ في : 2006/0305 ملف مدني عدد :

2005/213913

07-03-2007 محكمة النقض مدني -

المسؤولية التقصيرية - المحكمة حينما اعتبرت مسؤولية الطاعن عن الضرر اللاحق بمنزل المطلوبين عقدية، لا يعيب القرار الإشارة في الحكم الاستثنائي الذي أيده إلى مقتضيات الفصلين 78 و 904 من ق.ل.ع ما دام الفصل الأخير يتعلق بمسؤولية الوكيل بالعمولة والدعوى أسست في الأصل على المسؤولية العقدية والتقصيرية
قرار محكمة النقض عدد : 778 المؤرخ في : 2007/0703 ملف مدني عدد:

2005/ 117613

11-10-2006 محكمة النقض مدني -

المسؤولية المدنية - إذا وقعت الإصابة داخل المسبح و الضحية لم ينقل إلى مستشفى إلا بعد ما أحس المصاب بأن صحته تزداد تدهورا فتوفى على إثر الإصابة وأن صاحب المسبح لم يثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر وأنه يرجع لسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور، فإن مسؤوليته محققة.
قرار محكمة النقض عدد : 3008 المؤرخ في : 2006/1110 ملف مدني عدد :

2005/344213

04-10-2006 محكمة النقض المدني -

المسؤولية: ثبوت الأضرار التي أصيبت بها المطلوبة بواسطة خبرة ، و أنها كانت نتيجة التقصير المصلحي للمستشفى في أداء واجباته المتمثلة في تقديم العلاجات المتطلبة في وقتها ترك المطلوبة بمفردها تعاني من مخاض الوضع على الرغم من وجود قابلية بالمصلحة يجعل مسؤولية الدولة قائمة.(نعم)

القرار عدد : 789 المؤرخ في : 2006/410 ملف إداري عدد : 2003/33044

06-09-2006 محكمة النقض

المدني - المسؤولية المدنية - يلزم مالك العقار بمنح تراخيص للمشتريين بإدخال الماء لمحلاتهم (لا) - مطالبته بالتعويض عن عدم الاستغلال (لا).

قرار محكمة النقض عدد: 2546 المؤرخ في: 2006/0609 ملف مدني عدد :

2005/150713

2006-03-15 محكمة النقض – المدني –

المسؤولية :مطالبة المطلوب في النقض بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء إفراغه تعسفا من ملكه بمقتضى محضر تنفيذ تم إبطاله يحتم على المحكمة البحث عن الخطأ الذي ارتكبه الطالبون الذين دخلوا المدعى فيه تنفيذا لحكم قضائي وقع خطأ في تنفيذه من طرف عون التنفيذ.

القرار عدد : 864 المؤرخ في : 2006/153 ملف مدني عدد : 2004/128812

2005-10-19 محكمة النقض

المدني – المسؤولية المدنية – ثبوت المسؤولية عن الضرر موجب للتعويض (نعم).

قرار محكمة النقض عدد: 2739 المؤرخ في: 19102005 ملف مدني عدد

462132004:

2005-06-08 محكمة النقض – مدني –

المسؤولية المدنية – توصل الوكيل بإنذار من الموكل من أجل تمكينه من الوثائق المتعلقة بالعقار موضوع الوكالة وعدم استجابته ، هو التصرف يضر بالموكل ويعرقل الإجراءات الإدارية المتعلقة بالعقار مما يضر بمصلحة الموكل المادية – استحقاق التعويض (نعم).

قرار محكمة النقض عدد: 1732 المؤرخ في: 08062005 ملف مدني عدد

3330172003:

2005-06-08 محكمة النقض – مدني –

المسؤولية المدنية – توصل المدعى عليه بإنذار من المدعي من أجل تمكينه من الوثائق ولم يستجب ، يعرقل الإجراءات الإدارية المتعلقة بالعقار مما يضر بمصلحة المدعي المادية وأن الضرر يجبر بالتعويض.

قرار محكمة النقض عدد: 1732 المؤرخ في: 08062005 ملف مدني عدد

3330172003:

2004-02-12 محكمة الاستئناف التجارية - مدني -

المسؤولية المدنية - يصبح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الاجل المقرر في السند المنشئ للالتزام ، وعدم تنفيذه لإلتزاماته يجعله متماطلا ويتعين بالتالي الحكم عليه باداء تعويض لتغطية الاضرار الحاصلة للدائن من جراء ذلك (نعم)

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم : 4722004 صدر بتاريخ: 12022004

التعويض 614

يقصد بالتعويض بصفة عامة جبر الضرر و إزالته و يكون التعويض عن الخسائر و الأضرار اللاحقة بالأفراد و الجماعات و الدول على صورة مبالغ مالية تدفع على سبيل إصلاح الضرر و جبره. و في قوانين المعاشات و التعويض هو المكافأة التي يتلقاها الشخص عند نهاية خدمته، و هي تصرف عندما لا يكون للشخص الحق في الحصول على معاش مستمر . و في إطار السياسة و العلاقات الدولية يشير التعويض إلى تقديم ما يمكن بواسطته التغلب على الضرر المادي و المعنوي في حالات السلم و الحرب.

الضرر

مصطلح في القوانين الغربية يعني الأذى الذي يلحق شخصا ما ويعطيه الحق في الحصول على تعويض مادي مقابل ما تعرض له من أذى قد يؤثر عليه فيما بعد . و قانون الضرر له تنويعات مختلفة الأشكال فهو يتعلق بشكل رئيسي بالأذى الذي أصاب جسم المرء أو سمعته أو ممتلكاته أو تجارته فعلى سبيل المثال : لو أساء شخص أساء شخص ما إلى سمعته بعبارات جارحة فإنه يحق لك المطالبة بالتعويض نتيجة لما سببته لك عباراته من أضرار من أضرار .

و من ضمن الأضرار الأخرى . إنتهاك حرمة الممتلكات أو الإعتداء على حقوق المؤلف 615 .

615 -

القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁶¹⁵

العقوبات الجنائية

المادة 64⁶¹⁵

يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة تتراوح بين عشرة آلاف (10.000) ومائة ألف (100.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بطريقة غير مشروعة وبأي وسيلة كانت بقصد الاستغلال التجاري بخرق متعمد :

- لحقوق المؤلف المشار إليها في المادتين 9 و 10 ؛
 - لحقوق فنانى الأداء المنصوص عليها في المادة 50 ؛
 - لحقوق منتجي المسجلات الصوتية الواردة في المادة 51 ؛
 - لحقوق هيآت الإذاعة المنصوص عليها في المادة 52.
- ويراد بالخروقات المتعمدة بقصد الاستغلال التجاري ما يلي :
- كل اعتداء متعمد على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، ليس دافعه، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، الربح المادي؛
 - كل اعتداء متعمد ارتكب من أجل الحصول على امتياز تجاري أو على كسب مالي خاص.

ويعاقب بنفس العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه وكذا بالتدابير والعقوبات الإضافية المشار إليها في المادة 64.3 بعده :

- كل من قام باستيراد أو تصدير نسخ منجزة خرقا لأحكام هذا القانون ؛
- كل من قام بشكل غير مشروع بأحد الأعمال المشار إليها في البند 1 من المادة 7 من هذا القانون ؛

- كل من قام بأحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 65 من هذا القانون ؛
- كل من ثبتت في حقه المسؤولية الجنائية الواردة في المادة 65.4 من هذا القانون.

المادة 64.1

تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادة 64 أعلاه في حالة الاعتياذ على ارتكاب المخالفة.

و استعمالها في الإنتاج السنمائي . و تنشأ معظم الأضرار نتيجة تكاسل الطرف الآخر في الإلتزام بحدود و قواعد العهود المنصوص عليها بين البشر أو عن تنفيذ العقد الذي وقعه . و يغطي هذه الأضرار قانون العقود و الإلتزامات .

و يمكن اعتبار الضرر جريمة . فلو تعرض شخص ما للضرب و الجرح ، فإن له الحق في الحصول على تعويضات مالية كما للدولة الحق في معاقبة الشخص الذي ضربك لأنه أخل بالقانون الجنائي ، و قانون الضرر . و يحمي قانون الضرر – عادة – الشخص الذي

المادة 2.64

يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وبغرامة تتراوح بين ستين ألف (60.000) وستمئة ألف (600.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من ارتكب أحد الأفعال المشار إليها في المادة 64 واقترب فعلا آخر يعد خرقا لحقوق المؤلف/الحقوق المجاورة داخل الخمس سنوات التي تلي صدور حكم أول صار نهائيا.

المادة 3.64

في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، يمكن للمحكمة المختصة أن تأمر باتخاذ التدابير الوقائية وتصدر العقوبات الإضافية التالية، ما لم يكن قد صدر أمر أو حكم قضائي سابق متعلق بنفس الموضوع وفي مواجهة نفس الأطراف :

1- حجز جميع النسخ المنجزة خرقا لأحكام هذا القانون وأغلفتها والمواد والأدوات التي يمكن أن تكون قد استعملت لاقتراف المخالفة، والأصول المرتبطة بالمخالفة وكذا الوثائق والحسابات والأوراق الإدارية المتعلقة بهذه النسخ ؛

2- مصادرة جميع الأصول التي يمكن إثبات علاقتها بالنشاط غير القانوني، وتتم كذلك، ما عدا في الحالات الاستثنائية، مصادرة جميع النسخ المنجزة خرقا لأحكام هذا القانون وأغلفتها والمواد والأدوات المستعملة من أجل إنجازها دون أي تعويض من أي نوع كان لفائدة المدعى عليه ؛

3- إتلاف هذه النسخ وأغلفتها والمواد والأدوات المستعملة من أجل إنجازها، ما عدا في الحالات الاستثنائية ؛ أو الأمر في الحالات الاستثنائية، بالتصرف فيها بشكل آخر معقول، خارج النطاق التجاري بكيفية تقلص إلى أدنى حد خطر حدوث خروقات جديدة وذلك دون أي تعويض من أي نوع كان لفائدة المدعى عليه ؛

4- الإغلاق النهائي أو المؤقت للمؤسسة التي يستغلها مرتكب المخالفة أو شركاؤه فيها؛

5- نشر الحكم الصالح بالإدانة بجريدة واحدة أو أكثر، يتم تحديدها من لدن المحكمة المختصة، وذلك على نفقة المحكوم عليه، شريطة أن لا تتعدى مصاريف هذا النشر الحد الأقصى للغرامة المقررة.

يريد تعويضا عن الأذى الذي لحق به . أما القانون الجنائي فإن المتضرر فيه هو الدولة التي يحق لها معاقبة الأشخاص الذين ارتكبوا جريمة تلحق الضرر بالمصلحة العامة .⁶¹⁶

المسؤولية عن التقصيرية .

ما هية الخطأ⁶¹⁷

الخطأ الراجح في الفقه هو العمل الضار غير المشروع⁶¹⁸، أي العمل الضار المخالف للقانون .⁶¹⁹

معناه تعدي أو انحراف في السلوك لا يمكن للشخص متوسط الذكاء (الشخص العادي) ان وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها محدث الضرر ان يرتكبة ومعيار تقدير الخطأ اذن هو سلوك الرجل العادي او رب العائلة مع الاعتداء بنفس الظروف التي وقع فيها الحدث او الفعل والمقصود بالشخص متوسط الذكاء أوسط الناس يقظة وحيطة فلا يقدر الخطأ اذن بمن يكون اقل منه يقظة ولا من كل اكثر حرصا. وتأكيد لذلك وتفصيلا له حكم بانه متي كان معيار الخطأ الذي يستوجب المسؤولية يرتكز على الاهمال وعدم التبصر فهذا يكون اما اتيان عمل كان يتعين عدم القيام به او امتناع عن عمل كان يتعين ألا يصدر منه

620 .

⁶¹⁶ -

دائرة معارف القرن العشرين - محمد فريد وجدي
الموسوعة العربية العالمية

⁶¹⁷ -

الوجيز في النظرية العامة للالتزام د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري
كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهاوري. الجزء الأول مصادر الالتزام
طج.... الخطأ، 776. تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية، 777. العنصر المادي التعدي، 779 العنصر المعنوي الإدراك

⁶¹⁸ -

قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

⁶¹⁹ -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهاوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 777

⁶²⁰ -

عناصر الخطأ:

عنصران في الخطأ الأول مادي يتمثل في الانحراف أو التعدي والثاني معنوي هو التمييز والادراك

المحور الأول – العنصر المادي:-

لا يكون مرتكبا الخطأ مسئولا فيما قدمنا الا اذا انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص العادي اذا وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الخطأ . فأن تبين ان الشخص المعتاد ما كان ليسلك ذات السلوك الذي احدث الضرر اعتبر مسبب الضرر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد.

Jurisdiction:

Cour de cassation

Pays:

Maroc

Rabat

Date de décision:

23/01/2002

Type de décision:

Arrêt

Numéro de décision:

63/1

Numéro de dossier:

4299/2001

Chambre:

Pénale

وحيث ان القرار المطعون فيه الذي ادان العارضة بجناية اضرار النار عمدا في شيء مملوك لها طبق الفصل 582 من القانون الجنائي وفق ما ذكر أعلاه في بيتها بواسطة شمعة القتها قرب سريرها وغادرت المكان. وحيث ان الاعتراف القضائي هو سيد الادلة في ميدان الاثبات بغض النظر عن تصريحات الشاهدين المستمع إليهما بعد ان ادينا اليمين القانونية. حيث ان فصل المتابعة 581 من ق ج يعاقب كل من اوقد النار عمدا في شيء غير مملوك له وهذا لا ينطبق على المتهمه باعتبارها اضرمت النار في اثاث منزلها الذي تملكه بما فيه من حاجيات. حيث ان الفصل الذي تتأطر فيه افعال المتهمه الجرمية هو الفصل 582 من ق ج بعد تكييف الفعل من جديد وخصوصا ان الشاهدين المستمع إليهما اكدتا حالة الذعر والخوف التي كانا عليها فور حصول الفعل مما حدا بهما إلى مغادرة منزليهما والخروج إلى الشارع لطلب النجدة مما يحقق عنصر الضرر المنصوص عليه بالفصل المذكور.... " لكن حيث انه بمقتضى الفصل 582 من القانون الجنائي يعاقب من اوقد النار عمدا أو أمر بذلك في شيء مملوك له من الأشياء المدودة في الفصل 581 من نفس القانون وسبب بذلك لغيره ضررا ايا كان عن عمد. وحيث يتجلى من تعليل القرار استنتاج الضرر المذكور من مجرد حالة الذعر والخوف التي كانت عليها الشاهدتان وهو استنتاج غير سليم ليس من شأنه اثبات الضرر الذي يجب ان يكون حقيقيا وقابلا للتقدير فضلا عن عدم ابراز عنصر سوء النية في الفعل المتمثل في العلم في التسبب للغير في الضرر، مما يكون معه القرار المطعون فيه ناقص التعليل ومعرضا للنقض والابطال. من اجله ومن غير حاجة لبحث الفرع الأول من الوسيلة المستدل بها. قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه .

ولا شك بأن تقدير الخطأ بحسب الظروف الخارجية يعني عدم الاعتداد بأية ظروف نفسية أو شخصية ومع ذلك فإن الخطأ غير العمدى هو الأكثر انتشاراً ويتمثل كذلك في الانحراف عن السلوك المعتاد ، لكن مقترف الخطأ لا يقصد النتيجة .

ويسفر تطبيق المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الي نتيجتين الاولى اعتبار الشخص مخطئاً اذا استعمل حقه بصورة غير مشروعة او تعسف في استعمال حقه والثانية هي انتفاء الخطأ اذا حدث الضرر بينما الشخص في حالة من حالات الدفاع الشرعي ، او الضرورة او تنفيذ امر الرئيس .

تطبيقات انتفاء الخطأ:-

اولا - حالة الدفاع الشرعي⁶²¹:

من احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول على الا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، والا اصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .⁶²²

الشخص المعتاد سوف يدافع عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو ماله حتي ولو ادى هذا الدفاع الشرعي الي الاضرار بالغير وترتيباً علي ذلك اذا اطلق "س" الرصاص على سارق منزله أو منزل الجار فإنه لا يكون مسئولاً حيث لا خطأ على فعله فالشخص المعتاد لو هاجمه لص فإنه يقوم بذات الامر .

⁶²¹ - كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 786
⁶²² - القانون المدني المصري .

المادة : (166) من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.
قانون الالتزامات والعقود المغربي

الفصل 95

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤخذ به المدعى عليه.

وحالة الدفاع الشرعي، هي تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله

ويبين من النص القانوني⁶²³ انه لا يمكن انتفاء الخطأ عن الفعل الضار في الدفاع الشرعي الا اذا توافرت شروط الاتية:

الشرط الاول

وجود خطر حال علي نفس المدافع او ماله او علي نفس الشخص من الغير او ماله شريطة ان يكون الغير كما انه لا يلزم حتي تقوم حالة الدفاع الشرعي وقوع اعتداء فعلي . بل يكفي ان يقع فعل يخشي منه وقوع الاعتداء وهي اية حال من مسائل الواقع المتروك تقديرها لسلطة محكمة الموضوع .

الشرط الثاني : ان يكون الخطر المهدد به غير مشروع وترتيباً علي ذلك لو رغب شخص ضبط لص متلبس بالسرقه لتسليمه الي الشرطة فلا يكون للص ضربة او اصابة لكي يمنع عملية الضبط لانها عمل مشروع.

الشرط الثالث : لا يجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي فأن جاوز الشخص حدود الدفاع اعتبر معتدياً تقوم مسؤولية الي جانب مسؤولية المعتدي لكنها مسؤولية مخففة أي لا يلتزم المجاور فيها سوي بتعويض تراعي فيه قواعد العدالة لان المضرور هو الذي بدأ بالاعتداء.⁶²⁴

⁶²³ _

جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29

بشأن إصدار القانون المدني
لمادة : (166) من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

-قانون الالتزامات والعقود المغربي

الفصل 95

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن **حادثة** فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه.

وحالة الدفاع الشرعي، هي تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله.

⁶²⁴ _

صفحة 786 كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام

ثانيا : حالة الضرورة⁶²⁵ :

ان حالة الضرورة⁶²⁶ تختلف عن الدفاع الشرعي ففي الأولى يلحق الضرر بشخص لا دخل له في الخطر الذي احدثه بمن احدثه بينما مصدر الضرر في الدفاع الشرعي هو المضرور نفسه⁶²⁷.

ويضرب الفقه مثلا على حالة الضرورة بسائق المركبة الذي يرغب في تفادي اصابة عابر الطريق بان اوقف المركبة فجأة فأصاب احد ركابها.

ثانيا : ان حالة الضرورة لا تقوم الا اذا توافرت عناصر ثلاثة :

– تتميز به حالة الضرورة عن الدفاع الشرعي بما يلي :

⁶²⁵ _

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 792

⁶²⁶ _

⁶²⁶

ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي

الباب الرابع: في الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة

(الفصلان 124 – 125)

الفصل 124

لا جنائية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال الآتية:

- 1 - إذا كان الفعل قد أوجبه القانون وأمرت به السلطة الشرعية.
- 2 - إذا اضطر الفاعل ماديا إلى ارتكاب الجريمة، أو كان في حالة استحالة عليه معها، استحالة مادية، اجتنابها، وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته.
- 3 - إذا كانت الجريمة قد استلزمته ضرورة حالة للدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء.

الفصل 125

تعتبر الجريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي في الحالتين الآتيتين:

- 1 - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلا لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون أو ملحقاتهما.
- 2 - الجريمة التي ترتكب دفاعا عن نفس الفاعل أو نفس غيره ضد مرتكب السرقة أو النهب بالقوة.

⁶²⁷ _

جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29

بشأن إصدار القانون المدني

__ ان يوجد ضرر محقق أي خطر خال يهدد النفس او المال بالنسبة لمحدث الضرر او غيره

– وان يكون مصدر هذا الضرر اجنبيا عن الشخص المضرور .

ثالثا :الا يكون مصدر الضرر مخطأ وهو يكون كذلك اذا كان الخطر الذي حدث تقاضيه مساو في القيمة او اقل من الضرر الذي اصاب المضرور فعلا ففي الحالتين يعتبر محدث الضرر مخطئا لان الشخص المعتاد لا يرتكب ضررا لیتقاضي ضررا مماثلا او اقل جسامه من الضرر الذي تلافاه ⁶²⁸ .

ثالثا حالة تنفيذ امر الرئيس⁶²⁹:

اطاعة أمرصادر عن الرئيس يجعل التعدي عملا مشروعا بشروط ثلاثة : ⁶³⁰
أولا أن يكون من صدر عنه الأمر موظفا عاما .

ثانيا أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ' و لو غير مباشر ' طاعته واجبة عليه . ⁶³¹

628 _

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الفصل 94

لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله.

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه. القانون المدني المصري

المادة (168) : من سبب ضرراً للغير ليتقاضي ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً.

629 _

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الإلتزام صفحة 790

630 _

القانون المدني المصري

المادة : (167) لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبه عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة

631 _

القانون الجنائي المغربي

أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه و أن هذا الإعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن و الثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت و التحري .⁶³²

ويكون مقترف الضرر حسن النية اذا كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه شريطة ان يبنى اعتقاده على اسباب معقولة وان يكون قد راعى في القيام بعمله جانب الحيطة او الحذر و يقع عبء اثبات حسن النية على عاتق مرتكب الضرر .

والجدير بالذكر ان المسؤولية المدنية لا ترتفع الا عن المروؤوس لا الرئيس الذي اصدر الامر الذي ترتب الضرر على تنفيذه⁶³³ .

تطبيق للخطأ :

التعسف في استعمال الحق⁶³⁴:

معايير ثلاث⁶³⁵

– 1 قصد الاضرار بالغير:

الفصل 225

كل قاض، أو موظف عمومي، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية يأمر أو يباشر بنفسه عملاً تحكيمياً، ماساً بالحريات الشخصية أو الحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية.

لكن إذا أثبت أنه تصرف بناء على أمر صادر من رؤسائه في مادة تدخل في نطاق اختصاصهم ويوجب عليه طاعتهم، فإنه يتمتع بعذر معف من العقاب، وفي هذه الحالة تطبق العقوبة على الرئيس الذي أصدر الأمر وحده.

⁶³² -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 791

⁶³³ -

القانون الجنائي المغربي

الفصل 258

إذا أثبت القاضي أو الموظف العمومي أنه تصرف بناء على أمر من رؤسائه، في نطاق اختصاصاتهم التي يجب عليه طاعتهم فيها، فإنه يتمتع بعذر معف من العقاب؛ وفي هذه الحالة تطبق العقوبة على الرئيس الذي أصدر الأمر وحده.

⁶³⁴ -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 834

⁶³⁵ -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 843

يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه اذا استعمله قاصدا الاضرار بالغير كما لا يغير من اعتبار الشخص متعسفا في هذه الحالة ان يختلط لديه قصد الاضرار بالغير مع قصد تحقيق منفعة له . واذا قام صاحب العمل بفصل العامل لحالة من الحالات الواردة بقانون العمل فهو يستعمل حقه . فأن تبين ان الفصل كان بقصد الانتقام من العامل او بقصد التشهير به كان صاحب العمل متعسفا في استعمال حقه .

- 2 رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا⁶³⁶:

يكون الشخص متعسفا عندما يبغي من استعمال حقه تحقيق مصلحة تعتبر تافهة مقارنة بما يصيب الغير من الضرر . وانما يتعين في هذه الحالة ان يثبت رجحان الضرر على المصلحة ، فإن تبين ان المصلحة ترجح الضرر لا يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه . وتقدير ما اذا كانت المصلحة ضئيلة او تافهة مقارنة بالضرر الذي يحدث مسألة يترك تقديرها لمحكمة الموضوع و لا رقابة عليها من محكمة النقض .

3 - عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها :⁶³⁷

لا شك بأن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه اذا كانت المصلحة التي يتوخاها صاحب الحق غير مشروعة بما في ذلك مثلا استعمال المنزل لاغراض منافية للاداب العامة.

المحور الثاني - العنصر المعنوي : الادراك ، او التمييز :

لا يكفي الانحراف او التعدي انفا لقيام الخطأ بل يتعين ان يصدر الانحراف من شخص يدرك انحرافه او تعديله علي قواعد السلوك المنضبطة والثابت ان الشخص يكون مميزا متي يلغ السابعة غير مصاب بعارض من عوارض الاهلية فأن لم يبلغ الشخص سن السابعة او بلغها مصاب بعارض من عوارض الاهلية ، فأنه لا يمكن نسبة خطأ الية لانعدام الادراك او التمييز ويلاحظ ان المسؤولية المدنية لا ترتفع عند عديم التمييز الا اذا كان انعدام ادراكه لاسباب لا دخل لارادته فيها ، فأن كان الشخص مميزا ، واقترب الخطأ وهو عديم

-
636

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 845

-
637

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 846

الارادة اثر تناول مادة مخدرة او مسكرة فأنة يسأل عن الضرر الذي وقع لانه كان فاقد التمييز بخطأ منه. واذا كانت القاعدة ان الادراك او التمييز عنصر في الخطأ لا يقوم بدونه فقد استثنى القانون ⁶³⁸ حالة يمكن ان تقوم فيها المسؤولية بالرغم من انعدام التمييز والمتامل بالنص يري ما يلي :

ان مسؤولية عديم التمييز ⁶³⁹ احتياطية وجوازية ومخففة وحماية أي تقوم علي حماية المضرور اما انها احتياطية فلانها لا تقوم الا اذا استحال على المضرور الحصول علي التعويض اعمالا احكام المسؤولية عن فعل الغير وهي مسؤولية جوازية يجوز للقاضي اعمالها او اعمال القواعد العامة وبها لا يمكن مساءلة عديم التمييز والمسؤولية مخففة فأن كانت القاعدة ان التعويض يجبر الضرر فأن القاضي في مسؤولية عديم التمييز يكتفي بتعويض عادل وهو لا يعادل قيمة الضرر . ⁶⁴⁰

- 638

القانون المدني المصري

المادة (164) 1- : يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز 2- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه ⁶³⁸.

وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.

الفصل 97

الصم البكم وغيرهم من ذوي العاهات يسألون عن الأضرار الناتجة من أفعالهم أو أخطائهم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم.

- 639

مدونة الأسرة المغربية

المادة 217

يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

- 640

القانون المدني المصري

واخيرا فمسؤولية عديم التمييز حمائية القصد منها عدم ترك المضرور بدون حماية او بمعنى ادق تعويض الضرر لمجرد ان مقترف الخطأ عديم التمييز.

الضرر :

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية ، فليس يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث ضررا و هو على نوعين ضرر مادي و ضرر معنوي (أدبي) .⁶⁴¹

تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، التي تقوم لمجرد ارتكاب الفعل الجرمي حتى لو لم يترتب عليه ضرر بالغير وكذا يمكن ان يكون الضرر موروثا يلحق بالمورث قبل الوفاة او قد يصيب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر و مثاله الحق الذي يعتبر الإخلال به ضررا أصاب الأولاد بالتبعية هو حقهم في النفقة قبل أبيهم .⁶⁴²

وفي كل الحالات فإن اثبات الضرر يقع على عاتق من يدعيه .

المادة (164) 1- : يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز -2. ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه⁶⁴⁰.

وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.

الفصل 97

الصم البكم وغيرهم من ذوي العاهات يسألون عن الأضرار الناتجة من أفعالهم أو أخطائهم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم.

⁶⁴¹ -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 855

⁶⁴² -

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 856

عناصر الضرر

اولا -الاخلال بمصلحة المضرور :

فلا يشترط اذن ان يشتمل الاخلال بالضرورة علي حق للمضرور بل يكفي ان يمس بمجرد مصلحة . وتفسير ذلك انه لا صعوبة اذا كان الفعل الضار قد اخل للمضرور مثلا حق الانسان في حياة في سلامة جسمه ، او حق الملكية وبذلك يتحقق الضرر. و يعتبر الضرر قائما اذا انطوي على المساس بميزة للمضرور وقت تحقيق الضرر بما في ذلك مثلا الحرمان من الإنفاق وعلى عكس ذلك اذا لم يكن ثمة اخلال بحق او بمصلحة فلا يقوم عنصر الضرر.

و الحق في التعويض عن الضرر لا يثبت الا للمضرور او نائبه او خلفه اما الغير الاجنبي عن المضرور فلا يكون له المطالبة بالتعويض عن ضرر لم يصبه .

ثانيا - ان تكون المصلحة مشروعة :

لا يقوم الضرر الا اذا ترتب علي الاخلال بمصلحة مشروعة فان كانت المصلحة التي تم المساس بها غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام والاداب لم يقيم عنصر الضرر قانونا . فالضرر الجسماني ينطوي بالضرورة على المساس بمصلحة مشروعة اما الحرمان من الكسب او تحقيق خسارة معينة جراء الاصابة او الاعتداء فلا يدخل من عناصر التعويض أي لا يجوز التعويض عن الحرمان من مباشرة النشاط غير المشروع خلال فترة الاصابة

ثالثا - تحقق الضرر ⁶⁴³:

لا يكون الضرر مستوجبا التعويض عنه الا اذا كان محقق الوقوع وهو يكون كذلك اذا وقع فعلا او كان احتمال وقوعه في المستقبل امرا حتميا.

- 1 الضرر المستقبل:

الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعا وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره . كأن تؤدي إصابة عامل إلى تفاقم عجزه أو وفاته فللمصاب أو وراثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر .⁶⁴⁴

و يختلف التعويض عن الضرر المستقبل عن الضرر الحال وعن الضرر المحتمل فالتعويض عن الضرر الحال علي اساس عناصر وقعت فعلا اما التعويض عن الضرر المستقبل فيجري بالنظر الي عناصر لم تتحقق بعد ولكنها مؤكدة الوقوع في المستقبل . اما الضرر الإحتمالي فلا يتم التعويض عنه على اساس ان الضرر لم يقع فعلا . كما ان وقوعه في المستقبل امر غير مؤكد . وبذا ، لا يقتصر تعويض الاصابة على ما انفق فعلا من نفقات علاج بل يشمل ما ينتظر ان ينفقه مستقبلا لاتمام العلاج ما دام ذلك محققا فإذا لم يتيسر للقاضي ان يحدد مقدار الضرر المادي بصفة نهائية يجوز له ' ان يحكم للمضرور بالتعويض عما تحقق بالفعل من عناصر الضرر ويحتفظ له بالحق في ان يطالب مستقبلا في خلال مدة يحددها باعادة النظر في التقرير ليشمل التعويض العناصر الاخرى التي لها ان تتحقق في تاريخ لاحق على ان يكون بناء على طلب المضرور . ويتضمن الحكم ما يفيد بأنه مؤقت لا يشمل كل الاضرار⁶⁴⁵ .

حالة صدور حكم بتعويض الضرر ولم يحتفظ للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي مدة معينة .

يحق للمضرور طلب تكملة التعويض شريطة قيامه باثبات الضرر الطارئ بعد الحكم ، او مايسمي تفاقم الضرر ، و فرق التعويض عن تفاقم الضرر ، والتعويض التكميلي فالاول يجبر الضرر الطارئ بعد الحكم او ما يسمى تفاقم الضرر و فرق التعويض عن تفاقم الضرر و التعويض التكميلي فالاول يجبر الضرر الطارئ من تاريخ صدور الحكم النهائي وهو تعويض عن ضرر كان في الحقيقة احتماليا وقت صدور الحكم النهائي لكنه اصبح

644

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 860

645

ar.jurispedia.org جمهورية مصر العربية > القانون المدني

مؤكداً بعد صدور الحكم والحكم بالتعويض عن الضرر المتفاقم لا يمس حجية الحكم السابق فهو تعويض عن ضرر جديد اما التعويض التكميلي فهو وصف للحالة التي يقدر فيها القاضي ان التعويض المؤقت غير واضح فيحتفظ للمضرور بناء على طلبه النظر في التقدير خلال مدة معينة.

تفويت الفرصة 646 :

يتمثل الضرر المادي في الخسارة التي تلحق المضرور او المكسب الذي يفوته وقد استقر قضاء النقض علي ان تفويت الفرصة ضرر محقق يستوجب التعويض حتي ولو كانت الافادة منها امرا محتملا فالتعويض لا ينصب علي الفرصة ذاتها لانها امر احتمالي وانما يكون عن تفويت الفرصة باعتباره ضرراً مؤكدا . ومع ذلك يتعين لاعتبار ان تفويت الفرصة ضرر مؤكد توافر فرصة جدية ، وحقيقية تم الحرمان منها وتأكيداً لذلك وتفصيلاً له حكم بتعويض الابوين عن الامل في ان يستظلا برعاية ابنهما الذي فقد في الحادثة فبفقدته فانت فرصتهما بضياح املهما وحكم بالتعويض عن تفويت فرصة الترقية الي درجة اعلي.

انواع الضرر

المحور الاول - الضرر المادي:

الضرر المادي اخلال يحيق بالمضرور له قيمة مالية او بمصلحة له ذات قيمة مالية والفقة علي ان الضرر الجسدي أي المساس بسلامة الجسم هو ضرر مادي يترتب عليه خسارة مالية للمضرور يتمثل في نفقات العلاج وكسب فائت يتمثل في العجز في القدرة على العمل .

والاعتداء على حق مالي ايا كان نوعه أي سواء كان حقا عينيا تبعيا او على حق شخصي يعتبر ضرراً ماديا .

وقد يتمثل الضرر المادي في المساس بمجرد مصلحة أي ميزة لم ترق بعد الى مرتبة الحق بما في ذلك مثلاً الحرمان من الإنفاق⁶⁴⁷ .

646

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام صفحة 862

647

-
- Tribunal de première instance

Pays:

- Maroc
- El jadida

Date de décision:

09/02/1972

Type de décision:

- Jugement

Numéro de décision:

3474/72

Numéro de dossier:

0

Chambre:

- Néant

Thème:

- Civil
- Responsabilité civile

Mots clés:

- Fait des choses
- Présomption de responsabilité

Code:

- Dahir des Obligations et des Contrats

Article:

88

Source:

- Revue

Revue:

- Gazette des Tribunaux du Maroc مجلة المحاكم المغربية

انه حتى ولو حكم على المتهم في القضية الجنحية بالبراءة، فإن هذا لا يمنع المدعى من اللجوء الى القضاء المدني الذي بني على المسؤولية على الفصل 88 من قانون العقود والالتزامات الذي يحدد مسؤولية الشخص على الاشياء التي تحت حراسته، على المسؤولية الجنحية التي بني عليها القاضي الجنحي حكمه .

المحكمة الابتدائية بالبليضاء ملف عدد 3474/72 صادر بتاريخ 1972/02/09

قانون الالتزامات والعقود - الفصل - 88 قوة الشيء المقضي به في الجنحي على المدني

وبعد المداولة طبقا للقانون

وحيث تبين من محضر الحادثة ومن الرسم الثاني الملحق به أن الضحية كان يسير في أقصى يمينه فصدمه المدعى عليه من الخلف وأراد قتلا ولم يقف الا عن بعد 34 متر تاركا اثر الحصار الشيء الذي يدل على انه كان يسير بسرعة غير ملائمة لظروف المكان والزمان. وحيث ان المدعى عليه باعتباره حارسا للشاحنة يكون مسؤولا عن الأخطار والأضرار التي تسببت فيها الشاحنة للغير. وحيث إن الأخير " الضحية" لم يرتكب أي خطأ إذ كان يسير في أقصى يمينه كما تبين من الرسم البياني وكانت دراجته تتوفر على الضوء الأحمر الخلفي بشهادة من صاحبه الذي كان يمشي معه وقت الحادثة وأن ما جاء في تقرير الدرك. هو أن المحيط الأحمر موجود ولكنه مقطوع، يفيد ان الضوء كان ولكنه قطع باثر الصدمة القوية. وحيث ان مسؤولية الحادثة يتحملها المدعى عليه باعتباره حارسا للشاحنة عملا بالفصل 88 من قانون العقود والالتزامات. وحيث إن الحكم الجنحي يعتبر حجة لدى القاضي المدني فيما أورده من حكمه، وان المدعى ادلى بحكم جنحي ابتدائي وعلى من ادعى ان الحكم استؤنف ان يدل بما يفيد انه استأنفه. فليس على المدعي بعدما ادلى بحكم ابتدائي ليس عليه ما يفيد انه مستأنف وان يدلي بما يثبت انه مستأنف. وحيث انه حتى ولو حكم على المدعى عليه مدنيا الان، المتهم في القضية الجنحية بالبراءة، فإن هذا لا يمنع المدعى من اللجوء الى القضاء المدني الذي بني على المسؤولية على الفصل 88 من قانون العقود والالتزامات الذي يحدد مسؤولية الشخص على الاشياء التي تحت حراسته، على المسؤولية الجنحية التي بني عليها القاضي الجنحي حكمه. وحيث ان الدفع الذي تقدمت به الشركة من ان القضية قضية شغل لا يركز على اساس وليس دفعا ملزما، فليس بكاف لاعتبار الحادثة حادث شغل بتصريح ناقض بان الضحية عادة يذهب إلى عمله في الفصل من ظهير 6/2/63 وان كان اعتبر مسافة الذهاب والإياب داخلية في وقت الشغل إلا انه يجب على من ادعى ذلك ان يثبت ان الضحية كان ذاهبا فعلا الى الشغل اذ ان الحادثة وقعت حوالي الساعة 5 والنصف صباحا والشغل عادة لا يبتدىء الا في الساعة 8 صباحا وعلى من يدعي ان الشغل يبدأ قبلا ان يدلي بما يثبته، فليس من المعقول ان اكثر من ساعتين ونصف داخلية في وقت العمل. كما ان الشركة لم تدل بما يثبت ان مسطرة حادثة الشغل اتبعت وان الحادثة صرح بها بكيفية قانونية. خاصة وان الحادثة وقعت بتاريخ 1969/10/11 ولم يصرح بها حتى الان وان صورة الرسالة التي أدلت بها الشركة من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا تفيد إلا أن الصندوق دفع للأرملة مبلغ 542,72 درهم لتجهز الجنازة، وان الصندوق المذكور يعطي العامل الذي مات مبلغ التجهيز ولو توفي في فراشه. وحيث ان من ادعى شيئا فعليه إثباته. وحيث ان الشركة لم تثبت ان القضية قضية شغل، لذلك يجب رفض دفعها. وحيث ان المحكمة تتوفر على كافة العناصر لتحديد الضرر الحاصل لكل واحد من المطالبين بالحق المدني ومن ثم تقدير التعويض الملائم له. وحيث إن الأرملة ومحارها لحقتهم أضرار مادية ومعنوية وأنهم فقدوا معيلهم وبذلك يستحقون شمول مبلغ من القدر المحكوم به لفائدتهم بالنفاذ المعجل. وحيث ان المطالبين بالحق المدني قدموا جميع الوثائق الضرورية في مثل هذه الحالة . لهذه الأسباب: وتطبيقا للفصلين 148 و 191 من قانون المسطرة المدنية والفصل 88 من قانون العقود والالتزامات.

حكمت المحكمة علنيا وابتدائيا وحضوريا في حق جميع الأطراف .بقبول الطلب شكلا وفي الموضوع حكمت على المدعى عليه مبارك بن رحال بن محمد بان يؤدي لورثة الضحية على المبالغ الآتية : لأرملته فاطنة بنت محمد تعويضا ماديا ومعنويا قدره : 20.000 درهم. ولها عن محارها أبناء الضحية وهم حسن بتعويض ماديا ومعنويا 20.000 : درهم حسن..... 12.000 درهم مبارك 22.000 درهم محمد 23.000 درهم خديجة 24.000 درهم ولبوشعيب بن محمد والد الضحية بتعويض قدره : 10.000 درهم ولأخيه محمد : 10.000 درهم ولأخيه محمد بتعويض معنويا قدره : 1.500 درهم مع شمول المبالغ المحكوم بها بالنفاذ المعجل لغاية الربع بالنسبة للزوجة والقاصرين وحدهم بإحلال شركة التامين الشركة الملكية محل المؤمن له في الأداء جعلت الصائر مناصفة بين الطرفين وحددت الإكراه عن الصائر والمبالغ المحكوم بها في حده الأدنى. وألغت الطلب في الباقي حكما ابتدائيا .

حادثة سير - تعويض ذوي الحقوق -فقد مورد العيش- تطبيق القانون الأجنبي حادثة سير - تعويض ذوي الحقوق -فقد مورد العيش- تطبيق القانون الأجنبي

حادثه سير - تعويض ذوي الحقوق -فقد مورد العيش- تطبيق القانون الأجنبي.

لما كان المصاب المتوفى في حادثه سير من جنسية فرنسية فإنه يرجع في استحقاق ذوي حقوقه التعويض عن فقد مورد عيشهم بسبب وفاته من جراء الحادثة إلى ما يقرره القانون الفرنسي طبقا لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 4 من ظهير 2 أكتوبر 1984 التي تحيل صراحة إلى استحقاق هذا التعويض ممن كانت تجب على المصاب نفقته وفقا لنظام أحواله الشخصية، والذي بالرجوع إليه وتحديدًا المادة 205 من القانون المدني يتبين أن إلزام الولد بالإئناق على والديه وباقي أصوله مؤسس على عنصر الاحتياج، وهو ما يتوجب إثباته من طرف هؤلاء لاستحقاقهم التعويض المذكور .

نقض وإحالة

في شأن وسيلة النقض الوحيدة المتخذة من خرق مقتضيات المادة 4 من ظهير 1984/10/2 وانعدام الأساس القانوني وخرق المادة 364 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 345 من قانون المسطرة المدنية وانعدام التعليل، ذلك أن الحكم الابتدائي خرق المادة 4 من ظهير 1984 ، باعتبار أن والدي الهالك لم يثبتا فقدانهما مورد عيشهما بسبب وفاة ابنهما المرحوم دومنيك (في حادثه السير التي أودت بحياته، والتمست الطاعنة إلغاء الحكم الابتدائي ورفض التعويض المادي، إلا أن محكمة الاستئناف أيدت الحكم الابتدائي بعلّة أن القاعدة هي أن نفقة الأبناء تقع على الآباء والعكس صحيح، والتعليل الذي أورده هو تعليل فاسد وقلبا لقاعدة الإثبات وخرقا للفصل 399 ق.ل.ع ومسا بالفصل 4 من ظهير 1984 الذي يوجب على الطرف المتضرر من ذوي حقوق المصاب إثبات ما فقده من موارد عيشهم بسبب وفاته، إلا أن والدي الهالك لم يثبتا فقدهما لمورد عيشهما وأن ابنهما تجب عليه نفقتهما مما يعرض القرار للنقض.

بناء على الفصلين 365 و 370 من قانون المسطرة الجنائية وبمقتضاها يجب أن تكون الأحكام والقرارات معلة من الناحيتين الواقعية والقانونية، وإلا كانت باطلة وأن فساد التعليل يوازي انعدامه.

وحيث إنه بمقتضى المادة 4 من ظهير 1984/10/2 إذا نتج عن الإصابة وفاة المصاب استحق من كانت تجب عليه نفقتهم وفقا لنظام أحواله الشخصية وكذا كل شخص كان يعوله تعويضا عما فقده من موارد عيشهم بسبب وفاته.

وحيث إنه بمقتضى المادة 205 من القانون المدني الفرنسي: "أن الأبناء مطالبين بالنفقة على أبيهم وأمه أو غيرهم من الأصول في حالة احتياج . "وحيث إن مقتضيات التي تضمنتها المادة 205 من القانون المدني الفرنسي لا تناقض تلك التي تضمنتها المادة 4 من ظهير 1984 /10/2 بخصوص تطبيق نظام الأحوال الشخصية للمصاب وإثبات الإنفاق من طرف ذويهم.

وحيث إن الهالك فرنسي الجنسية وأهليته المدنية تخضع لقانون أحواله الشخصية، كما أن وضعيته والديه المطالبين بالحق المدني الفرنسي الجنسية تحكمها نفس قواعد القانون المذكور.

وحيث لما كانت المادة 205 من القانون المدني الفرنسي تؤسس استحقاق التعويض المادي للأبوين على توفر عنصر الاحتياج، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض مادي لوالدي

انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي:

من المسلم به ان المضرور او نائبه هو الذي يثبت له الحق في طلب التعويض اما غير المضرور فلا يستطيع ان يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه فاذا اصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر اصاب اخر فيما يسمى بالضرر المرتد فلا بد من توافر حق لهذا الغير يعتبر الاخلال به ضررا اصابة اما بمجرد احتمال وقوع ضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض وهكذا يشترط للتعويض عن الضرر المادي المرتد ان ينشأ عن الاصابة او الوفاة الاخلال بحق ثابت يحميه القانون ويستوي في هذا ان يكون الحق ماليا ، او مدنيا او سياسيا بما في ذلك القبض على الشخص دون وجه حق او اعتقاله او تعذيبه فإذا ثبت الحق فيه للمضرور فإنه ينتقل الى وريثه ⁶⁴⁸ .

وعلى العكس من ذلك يمكن ان يتمثل التعويض عن الضرر المادي المرتد لمجرد الاخلال بمصلحة مالية للاقارب اذا لم يكن لهؤلاء الحق في النفقة وثبت ان المتوفي كان يعولهم فعلا وفي هذه الحالة يشترط في تحقيق الضرر المادي للشخص الذي يدعي نتيجة وفاة اخر ان

الهالك دومنيك) ل (بعلة" :أن القاعدة هو أن نفقة الأبناء تجب على الآباء والعكس صحيح، وأن الدفع بتطبيق قاعدة الإسناد بالرجوع إلى ما سطره التشريع الفرنسي لا عمل له به لكون التعويض ناتج عن شبه جريمة وليس إرثا بين ورثة الهالك، وأن الاستثناء من القاعدة على مثيره عبر إثباته"، والحال أنه لا

يبين من وثائق الملف أنهما أثبتا عدم توفرهما على مورد عيش وأنهما كان يعيشان على نفقة الفرع المتوفى وهما الملزمين قانونا بهذا الإثبات تكون قد خالفت قاعدة الإسناد التي تحيل مباشرة على قانون الأحوال الشخصية للهالك وعرضت قرارها للنقض بهذا الخصوص.

من أجله

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

يثبت ان المتوفي كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر ودائم وان فرصة الاستمرار
على ذلك كانت محققة . 649

_649

Juridiction

: Cour de cassation

Pays/Ville

: Maroc, Rabat

Date de décision

: 17/03/2004

Type de décision

: Arrêt

2723

Numéro de décision

: 229

Numéro de dossier

: 1097/5/1/2003

Travail>Accident de travail

Source

Revue de la Cour Suprême المجلس الأعلى N°62 مجلة قضاء

حادثة شغل - جريمة قتل - تعويض ذوي الحقوق - مطالبة بالإيراد.
إن ذوي الحقوق الذين تم تعويضهم في إطار القانون العام عن الضرر اللاحق بهم من جراء قتل موروّثهم أثناء تأديته
لعمله، لا يمكنهم المطالبة بالإيراد في نطاق مسطرة الشغل، إذ غاية المشرع هي حصول ذوي الحقوق على تعويض عن

العبرة في تحقيق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة آخر هو ان يثبت ان المجني عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر ودائم وان فرصة الاستمرار علي ذلك في المستقبل كانت محققة فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضي له بتعويض على هذا الاساس كما يشترط ان تكون المصلحة المالية مشروعة لوجوب المطالبة بتعويض الضرر المادي المرتد , فاذا كانت العلاقة التي تربط المضرور بالمدعي غير مشروعة او مخالفة للاداب العامة فلا يحكم بالتعويض عن الضرر المادي المرتد من الوفاة وهكذا حكم بعدم تعويض الخيلة عن فقد خليلها رغم انه كان يتولي الانفاق عليها علي ان هذا الحكم لا يمتد لي الطفل الطبيعي بحيث يجوز تعويضه عن الضرر المادي المرتد عن فقد والده ولما كان الحق في التعويض يثبت للمضرور على هذا النحو

الضرر وهو في نازلة الحال قد حصل بمقتضى القرار الجنائي.

القرار عدد 229، المؤرخ في: 2004/03/17، الملف الاجتماعي عدد: 2003/1/5/1097

وبعد المداولة وطبقا للقانون

في الوسيطتين المستدل بهما للنقض الأولى والثانية مجتمعتين:
حيث تعيب الطاعنة على القرار خرق القانون الفصل 3 من ظهير 1963/2/6 وفساد التعليل ذلك أن الهالك محمد بهي أوسعيد تعرض لاعتداء بباب العمارة التي يعمل بها حارسا ولفظ انفاسه في الحين مما تعتبر معه الحادثة تكتسي صبغة حادثة شغل وفقا لأحكام الفصل المستدل به والقرار رد طلب العارضة بعلة حصول الورثة على تعويض في إطار القانون العام في حين أن الدعوى الحالية تستند إلى قيام علاقة الشغل بينما الخطأ هو أساس المسؤولية في إطار القانون العام والعارضة لم تحصل بعد على أي تعويض في إطار دعوى الحق العام وأن تعليل القرار بأن العارضة لم تسلك مسطرة التنفيذ ولم تثبت عسر أو امتناع المحكوم عليه حتى يتسنى لها الرجوع على المشغل يعتبر تعليلًا فاسداً.
لكن حيث إن الثابت لقضاة الموضوع أن ذوي الحقوق ومنهم طالبة النقض وابتاؤه المقدمة عليهم صدر لفائدتهم تعويض يؤديه العربي عبد القادر قاتل الضحية بمقتضى القرار الجنائي الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بوجدة بتاريخه 2000/6/14 في الملف الجنائي عدد 2000/25 الذي وقع الإدلاء به من طرف دفاع طالبة النقض مما ترتب عنه أن ذوي الحقوق تم تعويضهم عن الضرر اللاحق بهم من جراء وفاة موروثهم في إطار القانون العام مما لا يمكن لهم المطالبة بالإيراد في نطاق مسطرة الشغل إذ غاية المشرع هي حصول ذوي الحقوق على تعويض عن الضرر وهو في نازلة الحال قد حصل بمقتضى القرار الجنائي المشار إليه وهذا التعليل المستمد من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع يحل محل تعليل القرار والوسيلتان لا سند لهما.

لهذه الأسباب
قضى المجلس الأعلى برفض الطلب

فإنه ينتقل بالتالي الي وراثته بحيث يمكن لهؤلاء المطالبة بالتعويض الذي كان لمورثهم ان يطالب به لو بقي حيا.

المحور الثاني – الضرر الادبي:

اولا – ماهية الضرر الادبي:

الضرر الادبي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله و لكن يصيب مصلحة غير مالية كالضرر الذي يصيب الشرف و الإعتبار و العرض أو العاطفة و الشعور و الحنان أو الإعتداء على حق ثابت لشخص .

و يتميز الضرر الأدبي أنه يجب أن يكون ضررا محققا غير احتمالي خلافا للضرر المادي⁶⁵⁰ . و الضرر الأدبي لا يمس اموال المضرور وانما يصيب مصلحة غير مالية ومن ذلك ان اصابة الجسم يمكن ان تعد ضررا ماديا كونها عتداء علي حق الانسان في الحياة وسلامة الجسم وضررا ادبيا يصيب المضرور في عاطفته وشعوره وتدخل الى قلبه الغم والحزن ويمكن ارجاعه الى حالات معينة منها الضرر الادبي الناجم عن اصابة الشخص والالم الذي تخلفه الاصابة يكون ضررا ماديا وادبيا كذلك وقد يتمثل الضرر الادبي فيما يصيب الشخص في شرفه واعتباره نتيجة لقذف والسب وقد يحدث الضرر الادبي عن مجرد المساس بالعاطفة والشعور فانزعاع الطفل من والديه يصيبها باللوعة والحسرة مما يسوغ التعويض.

وما ينطبق على التعويض عن الضرر المادي ينطبق على الضرر المادي الذي يمكن حساب الخسارة او الكسب الفائت عنه مبلغ محدد يدفع للمضرور .^{651 - 652}

650

كتاب الوسيط في شرح القانون المدني - عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول مصادر الالتزام

651

القانون المدني المصري

المادة : (170) يُقَدَّرُ القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُعَيَّنَ مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

المادة 1- (222) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء -2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

ثانيا - احكام الحق في التعويض عن الضرر الادبي:
اصحاب الحق في التعويض عن الضرر الادبي وانتقاله:
- 1 صاحب الحق في التعويض⁶⁵³ :

_ 652

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الباب الثالث: الإلتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.
والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

الفصل 98

الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.
ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه.

_ 653

المغرب

نوع الحكم تمييز

رقم الحكم 25

تاريخ الحكم 1982/01/14

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 31

ملف جنائي: 76207 الى 9

الدعوى العمومية - الدعوى المدنية - علاقة.

- ان حق اقامة الدعوى المدنية امام المحاكم الجزرية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة حق استثنائي لا يجوز ان يمارس الا في الحالات التي يحددها القانون.
- بمقتضى الفصل (7) من ق. م. ج. فان الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض يرجع الحق في اقامتها الى من لحقه شخصا ضرر ذاتي او مادي او معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة .

- ان اقامة الدعوى المدنية التابعة يتطلب وجود دعوى عمومية تتعلق بالجرم الذي تسبب في الضرر المطلوب التعويض عنه وذلك بناء اما على متابعة من طرف النيابة او استدعاء مباشر من طرف المتضرر او بناء على غير ذلك مما هو منصوص عليه في الفصل (393) من ق. م. ج.

- ليس في الملف ما يفيد ان المتهم كان متابعا بالجرح خطأ وان الادانة كانت بخصوص جريمتي عدم التمكن والقتل خطأ فلم يكن من حق المحكمة والحالة هذه ان تقبل المطالب المدنية المتعلقة بالتعويض عن الجروح والمقدمة من طرف الجرحى في الحادث.

وحيث، انه من جهة اخرى، فالقرار المطعون فيه ايد الحكم الابتدائي مبدئيا وقد علل هذا الاخير ما قضى به لذوي حقوق الهالك الخايف عبد القادر - بعد ادانة المتهم بالافعال التي تسببت في موت الهالك المذكور بالاستناد الى ما ادلى به المطالبون بالحق المدني وخاصة الزوجة ومحاجيرها كما ان محكمة الاستئناف عللت ما قضت به من زيادة في التعويض بقولها: "وحيث تبين من وثائق الملف المتعلقة بالضحية وباجرته الشهيرة الثابتة وكذا المتعلقة بسن كل واحد من ابناؤه وكذا حالة الارملة تبين من كل ذلك ان التعويضات الاجمالية المحكوم بها باستثناء الابن حسن تتسم بنوع من الاجحاف ولا تتناسب والعناصر المذكورة ولا مع الاضرار الحاصلة لمن ذكر لذا قررت المحكمة في نطاق سلطتها التقديرية" ولا يحتاج الامر الى تعليل خاص بكل عنصر طالما لم يقع النزاع بشأن عنصر من عناصر الضرر يعينه: مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

لكن في شأن وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق الفصول الثاني والسابع و(393) من قانون المسطرة الجنائية ذلك في القرار المطعون ايد مقتضيات الحكم المستأنف فيما قضى به من قبول طلبات بعض الجرحى ومنحهم تعويضات في حين انه بالرجوع لوثائق الملف يتبين انه لم تقع متابعة بتاتا من اجل الجرح خطأ كما ان المطالبين بالحق المدني الجرحى لم يتقدموا باي استدعاء مباشر من اجل هذه الجحة وانما تقدموا بمطالبهم المدنية مجردة.

حيث، ان حق اقامة الدعوى المدنية امام المحاكم الجزرية للمطالبة بالتعويض عن جريمة من الجرائم هو حق استثنائي لا يجوز ان يمارس الا في الحالات التي حددها القانون.
وحيث، انه بمقتضى الفصل السابع من قانون المسطرة الجنائية فان الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض يرجع الحق في اقامتها الى من لحقه شخصا ضرر ذاتي مادي او معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة
وحيث، ان اقامة الدعوى المدنية التابعة تتطلب وجود دعوى عمومية تتعلق بالجرم الذي تسبب في الضرر المطلوب التعويض عنه وذلك بناء اما على متابعة من طرف النيابة العامة او استدعاء مباشر من طرف الشخص المتضرر او بناء على غير ذلك مما هو منصوص عليه في الفصل (393) من قانون المسطرة الجنائية.
وحيث، لا ينتج من تنصيصات القرار المطعون فيه ولا من الحكم الابتدائي المؤيد به ولا من وثائق الملف ان المتهم في النازلة كان متابعا سواء عن طريق النيابة العامة او بواسطة الاستدعاء المباشر من طرف المتضرر - بالجرح خطأ كما يتجلى من القرار المطعون فيه ومن الحكم الابتدائي ان الادانة كانت بخصوص جريمتي عدم التمكن والقتل خطأ.

وحيث، ان المحكمة الجزرية التي عرضت القضية على انظارها لم يكن لها الحق - والحالة ما ذكر - في قبول المطالب المدنية المتعلقة بالتعويض عن الجرح والمقدمة من طرف الجرحى في الحادث.
وبما ان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه قبلت تلك المطالب ونظرت فيها فانها تكون بذلك خرقت المقتضيات القانونية الانفة الذكر وعرضت قرارها للنقض والابطال جزئيا.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه نقضا جزئيا فيما قضى به من تايد الحكم الابتدائي في جزئه المتعلق بقبول مطالب الجرحى عن اصابتهم بجروح .

تميز	المغرب
4729	نوع الحكم
1991/06/06	رقم الحكم
محكمة النقض - المغرب	تاريخ الحكم
مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 47	اسم المحكمة
	المصدر

المشرع المصري⁶⁵⁴ يقتصر التعويض عن الضرر الادبي الناشئ عن الوفاة في نطاق
الازواج والاقارب الي الدرجة الثانية وهم : الوالدان والاخوة والاخوات والجدة لام ، والجدة

ملف جنحي 5286 92

الشكاية المقررة في الفصل 548 من القانون الجنائي والشروط المتعين توفرها في تقديمها.
- تطبيق مقتضيات الفصل 548 وما يليه من مجموعة القانون الجنائي تقتضي ان يكون المعتدى عليه بالسرقة او
خيانة الامانة في حالة تمكنه من تقديم الشكاية او سحبها وبالتالي تصح تصرفاته واجازته فاذا كان في حالة
مرضية - مثلا - لا تسمح له بذلك كما هو الشأن في النازلة ، فلا مجال للاخذ بالمقتضيات الواردة في الفصول
المذكورة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

بناء على المذكرة المدلى بها من لدن طالب النقص.

في شان وسيلة النقص الاولى المتخذة من خرق مقتضيات الفصلين 548 - 535 من القانون الجنائي ، خرق
القواعد الجوهرية في اجراء المسطرة انعدام الاساس القانوني وانعدام التعليل ذلك انه جاء في الفصل 548
المذكور ان الاعفاء من العقوبة وقيود المتابعة الجنائية المقررة في الفصول 534 الى 536 يسري على جريمة خيانة
الامانة المعاقب عليها في الفصل 547 الا ان الفصل 535 من القانون الجنائي ينص على : اذا كان المال المسروق
مملوكا لاحد اصول السارق او احد اقاربه او اصهاره الى الدرجة الرابعة فلا تجوز متابعة الفاعل الا بناء على شكوى
المجني عليه وسحب الشكوى يضع حدا للمتابعة. وفي هذه النازلة فان الاموال ملك لوالد العارض حسبما فصل
اعلاه وحتى لو اخذ بادعاء المطالبين بالحق المدني فان الاموال ستكون ملكا لوالدهم وهو كذلك والد العارض.
وحسب المشتكين والنيابة العامة وقرار محكمة الاستئناف فان تحويل المبالغ المالية والمنسوب للعارض تم قيد
حياة والد المتهم ولم يتقدم الوالد المذكور باية الشكاية في مواجهة ابنه وقد يقال بانه اذا كان الهالك لم يتقدم ب
الشكاية فان ذلك تم من لدن ورثته بعد وفاته الا انه اذا كانت هناك نصوص تنظم ارث الاموال فليس هناك لا من
حيث الشرع ولا من القانون ما يفيد ان حقوقا اخرى تورث وان ارث تلك الحقوق خاضع لنظام مثل ما هو عليه الامر
بالنسبة للارث والاموال الخ.

حيث ان العارض ادين بجريمة خيانة الامانة وما دامت الافعال المدان من اجلها ثبت للمحكمة ارتكابها من طرفه
ابان مرض ابيه مرضا افقده التحكم في نفسه وامره فان الاستدلال بمقتضيات الفصل 548 وما معه من مجموعة
القانون الجنائي لا محل له لان تقديم و الشكاية امكانية الرجوع عنها يقتضي ان يقع ذلك ممن تصح تصرفاته
واجازته والامر بخلاف ذلك في النازلة الحالية حسب تعليقات المحكمة مما تكون معه الوسيلة غير مجدية..

لهذه الاسباب

قضى برفض الطلب .

654

القانون المدني المصري ينظم المسؤولية التقصيرية عن تعويض الأضرار الحادثة للغير في المواد من 163 إلى 178
وإن هذه المسؤولية إما أن تكون مسئولية عن الفعل الشخصي للمسئول (وقد نظمها القانون في المواد من 163 إلى 172)، وأحكامها تعتبر القواعد
العامة للمسئولية المدنية ، وإما أن تكون مسئولية عن فعل الغير (تنظمها المواد من 173 إلى 175) أو مسئولية عن ضرر الأشياء التي تولى
حراستها (تحكمها المواد من 176 إلى 178)

تصفح النصوص القانونية حول المسؤولية المدنية في مصر :

مادة 163 - مادة 164 - مادة 165 - مادة 166 - مادة 167 - مادة 168 - مادة - 169 مادة 170 - مادة 171 - مادة 172 - مادة 173 - مادة 174 -
مادة 175 - مادة 176 - مادة 177 - مادة 178

المادة : (163) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

المادة - 1 : (164) يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز - 2. ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

المادة : (165) إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

المادة : (166) من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

المادة : (167) لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبه عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة.

المادة : (168) من سبب ضرراً للغير لیتفادی ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً.

المادة : (169) إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في التعويض.

المادة : (170) يُقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و 222 مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

المادة - 1 : (171) يُعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً - 2. ويُقدّر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض.

المادة - 1 : (172) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع - 2. على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

المادة - 1 : (173) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز - 2. ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته. وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج - 3. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

المادة - 1 : (174) يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها - 2. وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه.

المادة : (175) للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر.

المادة : (176) حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المادة - 1 : (177) حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر، ولو كان انهزاماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه - 2. ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقدّم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه.

المادة : (178) كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة.

لاب ، والاولاد ، والاحفاد⁶⁵⁵ . ولا يعطي القاضي تعويضا لهؤلاء جميعا اذا وجدوا ولكن يحكم بة لمن اصابة منهم الم حقيقي من جراء موت المصاب.

2 - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي :

الثابت ان الحق في التعويض عن الضرر الادبي لا ينتقل الي الغير سواء اثناء حياة المصاب او بعد وفاته بالميراث او الوصية الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب به الدائن امام القضاء ، المادة 222 مدني مصري⁶⁵⁶ . ومقتضى الحالة الاولى ان يكون هناك

- 655 -

جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 29 / 7 / 1948

بشأن إصدار القانون المدني.

المادة 1- (222) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء -2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب

المملكة المغربية :

ظهير شريف رقم 1.84.177 صادر في محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) معتبر بمثابة

قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك لجريدة الرسمية عدد 3753 بتاريخ 1984/10/03

التعويض عن الأضرار اللاحقة بذوي المصاب من جراء وفاته

المادة الرابعة - إذا نتج عن الإصابة وفاة المصاب استحق من كانت تجب عليه نفقتهم وفقاً لنظام أحواله الشخصية وكذا كل شخص آخر كان يعوله تعويضاً عما فقده من موارد عيشهم بسبب وفاته.

ولزوج المصاب المتوفى وأصوله وفروعه من الدرجة الأولى وحدهم الحق في التعويض عما أصابهم من ألم من جراء وفاته، وذلك ضمن الحدود التالية :

الزوج : ضعف مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة بعده (إذا تعددت الأرامل استحققت كل منهن ضعف المبلغ المشار إليه) ؛

الأصول والفروع : ثلاثة أنصاف المبلغ الأدنى الأنف الذكر لكل واحد منهم.

- 656 -

المادة 1- (222) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء -2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

اتفاق بين المضرور ، والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدأ استحقاقه , ومقداره بحيث اذا توفي المضرور بعد هذا الاتفاق استحق ورثة التعويض ميراثا.

والحالة الثانية . معناها ان يكون المضرور ، قد رفع الدعوي فعلا امام المحكمة مطالبا بالتعويض ، فاذا توفي بعدها انقطع سير الخصومة ومع ذلك يجوز لورثة المتوفي تجديد السير في الدعوي مطالبين بالحكم لهم بالتعويض الذي سبق ان طالبه مورثهم.

3 - حالات استحقاق التعويض عن الضرر الادبي:

وجب التمييز بين الضرر الادبي الذي يلحق المتوفي نفسه لا ينتقل بالميراث الا اذا تحدد بمقتضى الاتفاق كما اشرنا او طالب الدائن به امام القضاء وبين الضرر الذي اصاب اقارب الميت في عواطفهم وشعورهم من جراء موته ويقتصر الحق في المطالبة به علي الازواج والاقارب الي الدرجة الثانية.

اما اذا ترتب علي الاعتداء مجرد الاصابة لا الوفاة كانت مثار جدل وهكذا فان المحكمة العليا حين قضت للمطعون ضدهم الثلاثة الاخيرين بالتعويض عن الضرر الادبي الذي حاق بشخص كل منهم نتيجة تعذيب شقيقهم تكون قد طبقت في رأينا صحيح القانون.

1 - موقف القضاء الفرنسي:

اثير التساؤل بصدد جواز مطالبة الاقارب بالتعويض عما اصابهم من اضرار نتيجة اصابة عزيز لديهم وليس عن وفاة وقد تشددت بعض الاحكام فاشتراطت ان يكون الضرر جسيما واستثنائيا حتي يعطي للاقارب الحق في التعويض فقد تواتر قضاء الدائرة الجنائية لمحكمة النقض علي رفض تعويض الاقارب عما اصابهم من ضرر من جراء اصابة عزيز لديهم. من المسلم به ان نص المادة 2/222 من القانون المدني المصري⁶⁵⁷ قد جاء محددا الاشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي وهذا التحديد للاشخاص

المادة - 1 : (222) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء - 2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للآزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

الازواج او الاقارب حتي الدرجة الثانية لا بمعني ان النص قيد الحق في التعويض عن الضرر الادبي عن الوفاة او عن مجرد الاصابة.

رابطه السببية

وجوب توفر علاقة سببية بين الخطأ والضرر للمطالبة بالتعويض:

لقد اشترط فقهاء القانون وجوب وجود رابطه سببية بين الخطأ والضرر⁶⁵⁸ المدعى

658 _

المغرب

نوع الحكم

رقم الحكم

تاريخ الحكم

اسم المحكمة

المصدر

تميز

9/241

2004/11/02

محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 61

به للقضاء بالتعويض اذ يقولون:

لا يكفي في قيام المسؤولية المدنية حصول ضرر لشخص و وقوع خطأ من شخص آخر بل لا بد ان يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر والا انعدمت المسؤولية .

659

كما جاء ايضا في ذلك المعنى :

لا يكفي لإثبات تدخل العمل للمساءلة في إحداث الضرر إثبات تحقق الضرر في ذات مكان و زمان العمل غير المشروع وإنما يلزم إثبات ترتب الضرر على هذا العمل او بعبارة

الملف الجنحي عدد: 2590 / 2003

وفاة – علاقة سببية – خبرة.

يجب على المحكمة ان تبرز العلاقة السببية بين الفعل المادي والنتيجة التي هي الوفاة، ومن ثم معرفة سببها في حالة الشك هي من الامور التقنية التي يعود لذوي الاختصاص امر البت فيها. في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف المجلس الاعلى لتعلقها بالنظام العام والمتخذة من نقصان التعليل الموازي لانعدامه.

بناء على الفصل 347 و 352 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث انه بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل والثانية من الفصل الثاني يجب ان يكون كل حكم او قرار معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية تعليل كافي وسليما.

وحيث ان نقصان التعليل او فساد يوازي انعدامه.

وحيث يتجلى من القرار المطعون فيه ان المحكمة المصدرة له اكتفت في ابراز العلاقة السببية بين الفعل المادي والنتيجة التي هي الوفاة بقولها "وحيث انه يستنبط مما سبق بان الرامي عمر لما خرج يمشي على اقدامه وهو يتكلم ويحرك يده ويتجادل ويبعد التخائق ادخل منزله وهو لا يتكلم ولا يمشي وبعد ذلك (مباشرة) توفي دون تدخل اي عامل اجنبي من خروجه من منزله حتى وفاته سوى ما صدر من المتهم مما اعتبرت معه المحكمة ان خنقة من طرف المتهم هو الذي ادى الى وفاته وقررت ادانته من اجل ذلك".

دون ان تبرز بما فيه الكفاية الاسباب التي استخلصت منها بان وفاة الضحية كانت نتيجة مسك المتهم لهذه الاخيرة، علما بان ملف النازلة خال من اي شهادة طبية تثبت ما توصلت اليه المحكمة كما ان الطبيب الذي فحص الضحية والمستمع اليه من طرف المحكمة كشاهد وبعد ادائه اليمين القانونية صرح بانه لم يشاهد على جسم الضحية اي خدوش او اثار للعنف ولا علة له باسباب الوفاة، علما بان معرفة سبب الوفاة في حالة الشك مسالة تقنية يعود لذوي الاختصاص امر البت فيها الامر الذي تكون المحكمة قد بنت قرارها على غير اساس وجاء بذلك معرضا للنقض.

لهذه الاسباب

قضى بنقض وابطال القرار المطعون فيه

659 _

الوافي في شرح القانون المدني – في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية – مؤلف الدكتور سليمان مرقس المجلد الاول - لبنان، 1992 ص 455

أخرى إثبات توافر علاقة سببية بينهما و هذا ما يقع على المضرور إثباته .⁶⁶⁰

يقول العلامة السنهاوري عن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

علاقة السببية بين الخطأ و الضرر معناها ان توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي اصاب المضرور. و السببية هي الركن الثالث من اركان المسؤولية وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ .⁶⁶¹

تعدد اسباب الضرر:

اولا - تعادل الاسباب:

اذا اشتركت عوامل عدة في احداث الضرر فإنه يتعين عند انصار تعادل الاسباب اعتبار كل العوامل متعادلة او متساوية في احداث الضرر بانها جميعا ساهمت في وقوع الضرر أي لولاها لما وقع الضرر.

ثانيا - نظرية السبب المنتج:

اذا اشتركت اسباب عدة في احداث الضرر فانها جميعا لا تعتبر متساوية بل يجب التمييز من بينها بدقة بين الاسباب العارضة او غير المألوفة ، وبين الاسباب المنتجة او المألوفة والاولى تستبعد من حدوث الضرر اما الثانية فيعتد بها بحسب المجري العادي للامور . وعلية يكون السبب المنتج في المثال السابق هو قيادة السارق للسيارة برعونة او عدم تبصر اما اهمال المالك لغلاق السيارة فإنه مستبعد بحسب المجري العادي للامور .

انتفاء رابطة السببية:

المحور الاول - انتفاء المسؤولية عن الضرر غير المباشر:

⁶⁶⁰ -

شرح احكام القانون المدني - مصادر الالتزام - مؤلف الدكتور مصطفى الجمال، 1991، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 392

⁶⁶¹ -

عبد الرزاق السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - داء احياء التراث العربي بيروت لبنان - ص 872 و 873

إذا تعاقب أو تلاحقت الأضرار عن الخطأ فهل يسأل مقترف الخطأ عنها جميعاً أو علي العكس فإنه لا يسأل إلا عن الضرر المباشر.

ويضرب بواتينيه فقيه القانون الفرنسي القديم مثلاً علي ذلك بقيام تاجر الماشية ببيع بقرة مريضة انتقلت منها العدوي الي مواشي المشتري فماتت جميعاً فلم يتمكن المشتري من زراعة أرضه واحتجاج الي المال ولم يستطيع وفاء ديونه فحجز الدائنون علي أمواله التي بيعت في المزاد بثمن بخس فهل يسأل البائع عن جميع الأضرار السابقة ؟
جاء المشرع المصري . بان التعويض لا يشمل إلا الضرر الذي يكون نتيجة طبيعة الإخلال بالالتزام . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن الدائن في مكنته أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

فإن كان يمكن للمضرور توقي الضرر ولم يفعل اعتبر كذلك قد اخطأ فيحتمل تبعه خطئه وبذلك لا يسأل مرتكب الخطأ سوى عن موت البقرة وسائر مواشي المشتري فقط باعتبارها أضرار لم يستطيع توقيها ببذل جهد معقول.

أما عجز المشتري عن زراعة أرضه ، وعدم القدرة على الوفاء بديونه فهي أضرار غير مباشرة كان بوسعة تلافيها ببذل جهد معقول بما ، في ذلك مثلاً شراء ماشية أخرى.

المحور الثاني – انقطاع علاقة السببية : فكرة السبب الأجنبي : القوة القاهرة ، خطأ المضرور ، خطأ الغير:

معني القوة القاهرة ⁶⁶² يختلف عن الحادث الفجائي والحقيقة أنهما مترادفان والقوة القاهرة ، او الحادث الفجائي واقعة استثنائية عامة لا يمكن توقعها ويستحيل دفعها تنقطع بها علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية.

_662

Jurisdiction:

Cour de cassation

Pays:

Maroc

Rabat

Date de décision:

18/12/2012

Type de décision:

Arrêt

Numéro de décision:

5653

Numéro de dossier:

2573/1/3/2011

Chambre

Civil

- حيث تعيب الطاعنة على القرار خرق الفصول 261 و 264 و 268 و 269 ل ع ذلك أنها أسست دعواها التعويض بالمطالبة بإرجاع مبلغ الشيك على إخلال الموثق بالتزامه بالقيام بعمل المتمثل في تسجيل الرهن من الدرجة الأولى وكذا إخلال بالامتناع عن عمل أي عدم تسليم الشيك إلا بعد تقييد الرهن وأنه عملاً بالفصلين 261 و 262 ل ع فإنه عند الإخلال بالالتزام بعمل أو الامتناع عنه يتحول الالتزام إلى تعويض وحجم التعويض هو الوارد بالفصل 264 ل ع كما أن القرار عند اعتباره أن الموثق أصبح متحلاً من المسؤولية لأن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً ويقصد بذلك أنه يوجه أمام قوة القاهرة وحدث فجائي والحال حسب الفصل 29 ل ع أن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقدّم المدعى الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه بل الأهم من هذا فإنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عنه خطأ سابق للمدين وهذا ما أخطأ فيه القرار لأن خطأ الموثق واضح وهو مبادرته بتسليم الشيك لمانح الرهن مخالفاً بذلك تعليمات البنك قبل أن يعمل على تقييد الرهن الممنوح له بصفة حقيقية في الرسم المتعلق به وبذلك الخطأ سابق للوضعية التي منعتها من إنجاز مهمته والقرار بحديثاته خرق الفصول أعلاه مما يعرضه للنقض. حيث صح ما عابته الطالبة على القرار ذلك أنه عملاً بالفصل 261 ل ع فإن الالتزام بعمل يتحول عند عدم الوفاء إلى تعويض كما أنه إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل أصبح المدين ملتزماً بالتعويض بمجرد حصول الإخلال ولا محل لأي تعويض إذا ثبت أن سبب عدم الوفاء ناتج عن قوة القاهرة أو حادث فجائي أو مظل المدين غير أنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين ولما كان من الثابت من وثائق الملف ووقائع النزاع المعروضة أمام قضاة الموضوع أن المطلوب التزم بتسجيل رهن من الدرجة الأولى لفائدة طالبة لضمان تسوية مبلغ القرض الممنوح وتسليم شهادة الملكية تحمل التقييد المذكور إلا أنه لم يقدّم بذلك قبل تسليم مبلغ الشيك لمؤسسة البنك الشعبي أو بالموازاة مع ذلك وقبل أن تسجل رهون أخرى على العقار المبيع جعلت من المتعذر عليه تسجيل الرهن الملتزم به وأن تسليمه للشيك قبل ذلك يعد خطأ لا يقع فيه مثله إذ المفروض في الموثق نظراً لطبيعة المهمة الموكولة إليه ولدرجة اطلاعه وعلمه بالمساطر القانونية والإجراءات الواجب اتخاذها في مثل هذه الحالات أن يتوقع مسارعة الدائنين إلى تسجيل رهون على العقار فيستحيل عليه تسجيل الرهن المطلوب قانوناً والمحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً لوجود رهون أخرى على العقار المبيع لها حق الأولوية في التسجيل وهي استحالة قانونية لم تكن بفعل الموثق وخطئه وأن مقتضيات الفصل 335 م ق ل ع تنص على أنه ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً استحالة طبيعة أو قانونية يغير فعل المدين أو خطئه >> دون أن تناقش فعل المطلوب بتسليم الشيك قبل تسجيل الرهن ومدى أخذه الاحتياطات اللازمة لذلك ومدى إمكانية توقعه وعدم توقعه

وتختلف القوة القاهرة عن حالة الضرورة التي تحيط بالشخص ، وتدفعه لاتقاء ضرر يهدده الي الاضرار بغيرة ، والاولي يستحيل دفعها ، والثانية يمكن تحملها . كذا فأن الضرورة تؤثر علي الخطأ بينما تؤثر القوة القاهرة علي رابطة السببية وان جميع بين الاثنين ، عدم التوقع.

اولا :القوة القاهرة:

لا يمكن بداية تكييف الواقعة علي انها قوة قاهرة تنقطع بها علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الا اذا توافرت شرائط عدة.

1- شروط القوة القاهرة:

لا يكون الحادث قوة قاهرة الا اذا كان غير متوقع وقت حدوث الضرر والثابت ان عدم التوقع مسألة نسبية تختلف من حالة لاحري فالحرب قد تكون متوقعة وعندها لا تعتبر قوة قاهرة وقد تنشب فجأة فتعد عندئذ بمثابة حادث غير متوقع كذا فان الامطار الغزيرة امر متوقع في البلاد الاستوائية وغير متوقعة في البلاد الجافة ، والزلازل حادث متوقع في دول حزام الزلازل وغير ذلك في الدول الاخرى.

اما الشرط الثاني فمفاده ان يكون الحادث مستحيلا دفعة او تفادية وعليه اذا كان الحادث غير متوقع وممكن مع ذلك دفعة فأنه لا يعتبر قوة قاهرة ذلك ان عدم تفادي الضرر ينطوي بذاته علي خطأ من جانب المدعي عليه . واخيرا يجب ان يكون الحادث اجنبيا ولا يكون كذلك الا اذا كان المدعي عليه لايدفان وقع الحادث لخطا من المدعي عليه او من احد تابعة لم يكن الحادث اجنبيا.

2 - اثر القوة القاهرة:

لظهور تسجيلات ورهون أخرى على العقار تكون قد خرقت الفصول المستدل بها ولم تعلل قرارها تعليلا كافيا وسليما وعرضته للنقض.

إذا توافرت للقوة القاهرة شرائطها انقطعت بها علاقة السببية وبالتالي لا تجعل المخطئ ملزماً بالتعويض . والاعفاء من التعويض كامل فإن كان الضرر حصيلة القوة القاهرة وخطأ المسئول لا يلتزم المسئول مساهمة خطئة في احداث الضرر علي نحو يقي فية جزء من الضرر دون تعويضة.

ثانيا - خطأ المضرور:

الفرض الأول : استغراق احد الخطأين للخطأ الآخر:

إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور كانت المسؤولية عن الضرر من جانب المدعي عليه لانعدام رابطة السببية لان الخطأ الأول كان بذاته كاف لوقوع الضرر. أحد الخطأين أشد جسامة من الخطأ الآخر أحدهما عمديا والثاني غير عمدى . بأن الراغب فى الإنتحار بإلقاء نفسه أمام سيارة يستغرق خطؤه الخطأ غير العمدى الذى وقع من المدعى عليه المتمثل فى الإسراع بالقيادة خلافا لقوانين المرور.

أحد الخطأين نتيجة من الخطأ الآخر:

كذا يكون الخطأ مستغرقا إذا حدث احد الخطأين كنتيجة للخطأ الآخر فأن كان خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعي عليه اعتبر الاخير مسئولا بالتعويض مسؤولية كاملة.

الفرض الثاني : الخطأ المشترك:

إذا كان الخطأ المستغرق الذى يعفى من المسؤولية يقوم علي ان احد الخطأين غير مستقل عن الخطأ الآخر فأن المشترك علي عكس ذلك يقوم علي ان الخطأ مستقل او متميزة وبذا يمكن للقاضي توزيع مقدار التعويض عن الخطأ المشترك علي المسئولين بالتساوي الا اذا امكن تحديد جسامة كل خطأ.

ثالثا - خطأ الغير:

الغير كل شخص خلاف المدعي عليه والمضرور وبذا لا يعتبر غيرا ؛ الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا بما فى ذلك التابع بالنسبة للمتبوع , يعتبر غيرا ؛ اقارب

المضرور. وعليه حال فان خطأ الغير لا يقوم الا اذا توافرت له عناصر الخطأ أي بوصفه محض تعدي او انحراف عن سلوك الشخص المعتاد.

اثر خطأ الغير:

يكون شركاء المسؤولية قبل المضرور متضامنين وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي لا يمكن رجوع المضرور وبتعويض الجزء الذي سببه كل واحد من المسؤولين عن الضرر مسئول من بين المتعديين لم يسبب جزءا فقط من الضرر بل سبب الضرر كله .⁶⁶³

عناصر التعويض القضائي العادي⁶⁶⁴

التعويض القضائي :

يحكم به لجبر الضرر الناتج عن توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر ورابطة سببية.

عناصر تحديد التعويض القضائي العادي الناتج عن الضرر المادي

نصت الفقرة الأولى من المادة 221 مدني على أنه :

- 1 - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول.)

663

<https://liabilitypedia.wordpress.com>

بحث المسؤولية | موسوعة المسؤولية | إنشاء وتطوير /مصطفى محمد عطية .

664

الوجيز في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام

الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهوري [من ص 853 إلى ص 856

ومن هذا النص يتضح أن هناك عنصرين للتعويض وهما: الخسارة الحاصلة ، و الكسب الفائت.

الخسارة الحاصلة : هي النقص في ثروة المضرور المترتب على الفعل الضار.

(الطعن رقم 1935 لسنة 2011 ق)

الكسب الفائت :

هو ما كان المضرور يأمل لأسباب مقبولة الحصول عليه من كسب.

(الطعن رقم 158 لسنة 24 ق] [الطعن رقم 31 لسنة 37 ق] [الطعن رقم 7085 لسنة 63 ق)

يعتبر تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع فالقاضي في تقديره للتعويض - سواء التعويض عن المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية - يدخل في حسابه هذين العنصرين ، فيقوم بتعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض فيقدر أولاً ما أصاب المضرور من خسارة ، ثم يقدر ما فات المضرور من كسب ، ومجموع هذين العنصرين يمثل قيمة التعويض .

ويعتبر تقدير التعويض عن الضرر بتعيين العناصر المكونة له من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

التعويض عن المسؤولية العقدية :

المدين الذي لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً يلتزم بالتعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام وعن التأخر في تنفيذ الإلتزام ، فمثلاً المدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه. والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، فيثبت مقدار ما أصابه من خسارة ومقدار ما فاته من كسب.

التعويض عن المسؤولية التقصيرية :

طبقاً للمادة 163 من القانون المدني المصري يلتزم كل من سبب بخطأه ضرراً للغير بالتعويض ، ويشمل التعويض كل ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع بعنصريه الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فوته عليه العمل الضار.

من أحكام محكمة النقض في هذا الشأن:

1/ إذا أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى المعاش قبل الأوان فلا خطأ في ذلك. فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التي تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقاً مكتسباً له، محله بالبداية أن يكون الموظف باقياً يعمل في الخدمة. أما إذا كانت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل فلا مناص من إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال بحقه في البقاء في الخدمة، ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة.

[الطعن رقم 57 لسنة 12 ق]

2/ مسؤولية الناقل تتمثل في أن يسلم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول طبقاً للبيان الوارد بشأنها في سند الشحن، وأن يلزم بتعويض المرسل إليه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب طبقاً لما يتوقعه الشخص المعتاد.

[الطعن رقم 45 لسنة 36 ق]

3/ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة طلبت الحكم لها بمبلغ. ... وهو ما يمثل قيمة التعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلف السيارة والحكم لها بمبلغ. ... شهرياً وهو ما يعادل إيراد السيارة التي حرمت منه، ولما كان هذان العنصران -الخسارة الحاصلة والكسب الفائت -هما قوام طلبات الطاعن وعلى أساسها تلتزم المحكمة بتقدير التعويض، فإن الحكم إذ اعتبر عنصر التعويض عما فات الطاعنة من كسب طلباً للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس يكون قد خالف القانون.

[الطعن رقم 329 لسنة 45 ق]

4/ التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر، متوقعاً كان هذا الضرر، أو غير متوقع، ويقوم الضرر المباشر وفقاً للمادة 221 / 1 من القانون المدني على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته. وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في تقدير التعويض على قيمة البضاعة حسب فواتير الشراء، مغفلاً في تقديره عنصراً أساسياً من عناصر الضرر المباشر هو ما عساه يكون قد فات الوزارة الطاعنة من كسب، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

[الطعن رقم 423 لسنة 39 ق]

5/ التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع ويقوم الضرر المباشر وفقاً للمادة 221 / 1 من القانون المدني على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته.

(الطعن رقم 1252 لسنة 67 ق)

اثبات رابطة السببية⁶⁶⁵:

المضرور يقع عليه عبء اثبات توافرت السببية بوصفه مدعياً

مقدمة

تعتبر هذه المسؤولية خروجاً عن مبدأ لا تزر وزر أخرى، لذلك يلزم أن يكون هناك سبباً جدياً ومعقولاً لتحمل الفرد لنتائج أفعال هذا الغير. وهذه المسؤولية على ثلاثة أنواع:

⁶⁶⁵

المسؤولية عن فعل الغير التي تستلزم إثبات الخطأ. -

-المسؤولية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس.

- المسؤولية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ غير القابل لإثبات العكس.

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ الواجب الإثبات.

(حالة مسؤولية رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة عن الأطفال والتلاميذ).

رغم أن هذه المسؤولية تقترب من حيث شكلها العام من المسؤوليات الموضوعية، فإنه يسري عليها ما يسري على المسؤولية الشخصية من أحكام خصوصاً ما يتعلق بالإثبات إذ أن المشرع قد أسس هذه المسؤولية على الخطأ الواجب الإثبات من طرف المدعي كما ورد في ف 85 مكرر.

مسؤولية متولي الرقابة . 666

المسؤولية عن فعل الغير

مسؤولية متولي الرقابة

شروط المسؤولية

الشرط الاول - ان يكون الشخص مكلفا برقابة غيره:

لا يكفي لقيام مسؤولية متولي الرقابة وجود شخص يتولي رقابة غيره بل يجب ان يكون متولي الرقابة مكلفا فعلا برقابة غيره ومصدر التكليف القانون او الاتفاق ومثلا الاولي التزام الاب بالرقابة علي ولده ومثال الثانية مسؤولية المستشفى عن الأضرار التي يسببها النزلاء والمهم ان مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم الا في حالات ثلاث : القصر . والحالة العقلية . والحالة الصحية.

الرقابة على القاصر:

اظهر حالات الرقابة هي رقابة القاصر اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ويستمر الالتزام بالرقابة قائما حتي بعد بلوغ السن اذا كان في كف القائم علي ترتيبه أي لم يكن قد استقبل بنفسه ويستمر الالتزام قائما في هذه الحالة الي بلوغ القاصر أي من الأجلين : بلوغ سن الرشد او استقلاله . وتنتقل القاصر من ابية الي معلمة في المدرسة او المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف كما تنتقل الرقابة علي الزوجة القاصر الي زوجها او الي من يتولي الرقابة علي لزوج.

الشرط الثاني : وقوع فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة:

لا تقوم مسؤولية متولي الرقابة الا اذا وقع من الخاضع فعل غير مشروع أي ان يصدر منه . خطأ ينجم عنه ضرر بالغير

ويتعين بهذا الخصوص التمييز بين ما اذا كان الخاضع للرقابة مميزا غير مميز فأذا كان الخاضع للرقابة مميزا فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة الا اذا تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة أي يجب ان يثبت الضرر الخطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة إعمالا للقواعد العامة اما اذا كان الخاضع للرقابة غير مميز فأن مسؤولية متولي الرقابة تقوم علي الخطأ المفترض من جانبه.

الفرع الثاني – اساس مسؤولية متولي الرقابة وانتفاء المسؤولية:

مسؤولية متولي الرقابة تقوم علي الخطأ المفترض هو الإخلال بالالتزام بالرقابة الذي اوجبه القانون او الاتفاق وعلي اية حال فاذا ارتكب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع افترض متولي الرقابة قصر او اهمل بالالتزام الواقع علي عاتقه . وبذا يعد مسئولا ما لم يثبت عكس

ذلك ويجوز للمضرور الرجوع بالتعويض علي أي منهما او عليهما معا فاذا رجع المضرور علي متولي الرقابة بالتعويض امكن للاخير ان يتراجع بما دفعة علي الخاضع للرقابة وبذا فمسئولية متولي الرقابة لا تمنع من قيام مسؤولية الخاضع لها. كذا يمكن للمكلف بالرقابة التخلص من عبء المسؤولية في الحالتين الاولى باثبات انه قام بواجب الرقابة فعلا والثانية باثبات ان الضرر كان لا بد ان يقع حتي ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية او الحرص.

مسئولية المتبوع . 667

شروط مسؤولية المتبوع 668

667

بحث المسؤولية | موسوعة المسؤولية | إنشاء وتطوير /مصطفى محمد عطية ...

668

جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 29 / 7 / 1948

بشأن إصدار القانون المدني

المادة - 1 : (173) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز - 2. ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج - 3. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

الشرط الاول - علاقة التبعية: -

لا يشترط لقيام التبعية وجود علاقة عقدية بين المتبوع والتابع ولا يشترط ان يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه او ان يتقاضى التابع أجراً من عمله بل اكتفى بوجود سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه تكفي لقيام علاقة التبعية . فتقوم التبعية ولو لم يربط بين المتبوع والتابع علاقة تعاقدية . كذا فان وجود علاقة عقدية باطللة او حكم بإبطالها لا يمنع من قيام رابطة التبعية . ولا يشترط لقيام التبعية ان يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه فتقوم المسؤولية حتى ولو كان التابع مفروضاً على المتبوع بما في ذلك الموظفين او المستخدمين بالمجالس المحلية تسال عنهم هذه المجالس حتى ولو لم تتدخل بتعيينهم.

كذا فان المرشد البحري تابع لمالك السفينة برغم ان ادارة الميناء هي التي تقوم بتعيين المرشد ولا دخل لمالك السفينة في اختياره ويستوى ان يتقاضى التابع اجرا كالعامل بالنسبة لصاحب العمل او لا يتقاضى اجرا.

المادة - 1 : (174) يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها - 2. وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه.

المادة : (175) للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر

قانون الالتزامات والعقود المغربي
الفصل 85

(ظهر 19 يوليوز 1937) لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده.

الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبنائهما القاصرون الساكنون معهما.

المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم وأمورهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها.

أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من متعلميهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم.

وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم وأرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها.

الأب والأم وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل، إذا كانوا يسكنون معهم، ولو كانوا بالغين سن الرشد. وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1 - أنهم باثروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2 - أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3 - أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر.

ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم

وتتحقق علاقة التبعية اذا كان للمتبوع سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه للتابع ولا يشترط الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل المقصود الناحية الادارية او التنظيمية ؛ والأولى تفترض ان المتبوع يمارس من الناحية الفنية نفس عمل التابع بما فى ذلك مثلا المشرف على الحرفة بالنسبة لعماله والثانية لا تشترط إمام صاحب العمل بطبيعة العمل الذى يقوم به العامل او نوعه بما فى ذلك صاحب العمل فى مشروع ضخم.

ونلفت النظر بهذا الخصوص الى مسألتين الاولى ان سلطة المتبوع فى اصدار الاوامر او التعليمات لا تقوم الا بالنسبة للاعمال التى يؤديها التابع لمصلحة المتبوع لو لحسابه والمعنى انه اذا صدرت اوامر او تعليمات من المتبوع لتابعه خارج نطاق الاعمال الموكولة الى التابع فى تحقق مسؤولية المتبوع عن الاضرار التى يمكن ان تنشأ عنها على سند بان هذه الاعمال لا تتعلق بها سلطة المتبوع.

والمسألة الثانية ان يتعين ان تقع الاعمال التى يقوم بها التابع لحساب المتبوع اثناء تادية وظيفته او بسببها اى انه يكفى لانعقاد مسؤولية المتبوع ان يقوم الدليل على ارتباط العمل غير المشروع بالظروف المكانية او الزمانية للعمل او ان تكون الوظيفة قد هيات للتابع وسيلة ارتكابه

الشرط الثانى - وقوع العمل غير المشروع اثناء تادية الوظيفة او بسببها :-

فيجب بداية ان يكون عمل التابع غير مشروع وقد تنعقد مسؤولية التابع عن الفعل الشخصى وفى هذه الحالة يجب اثبات خطأ التابع

كذا يمكن ان تتحقق مسؤولية التابع على اساس المسؤولية عن عمل الغير والمقصود بذلك مسؤولية متولى الرقابة وفيها يكون الخطا مفترضا اى ان مسؤولية المتبوع تنعقد اذا لم يتمكن التابع من نفي قرينه الخطأ اما باثبات انه قام بواجب الرقابة او بقطع علاقة السببية والمهم انه اذا تحققت مسؤولية التابع على اساس الخطا الثابت او على اساس الخطا المفترض تعين مساءلة المتبوع عن اعمال تابعه حتى ولو تعذر تعيين هذا التابع من بين تابعى المتبوع فى حال تعددهم ويتعين كذلك ان يقع الخطا من التابع اثناء تادية وظيفته او بسببها ولا يكون الخطا فى اثناء الوظيفة الا اذا كان فعل التابع مما يدخل فى اعمال وظيفته

ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بخطأ طبيب في المستشفى الذي يعمل لحساب في علاج المريض وقاد المركبة الذي يصيب أحد المارة أثناء قيادته سيارة مخدومة كذا يمكن أن يقع خطأ التابع بسبب الوظيفة أي لا يرتكبه التابع أثناء الوظيفة لكنها هيئات له الفرصة لوقوعه أو سهلت وقوعه كما أن المضرور لا يعلم في العادة ما هي حدود وظيفته التابع ليقر أن عمل الأخير في حدود وظيفته أو خارج نطاقها كذا فالتوسع في مساءلة المتبوع في أعمال تابعيه يجعل المتبوع أكثر تشدداً في رقابة تابعيه بما يكفل الوقاية من الحوادث فضلاً عن اتساقه والفلسفة التي تقوم عليها المسؤولية عن فعل الغير وننبه بأن مسؤولية المتبوع لا تنعقد في حالتين : الأولى إذا كان عمل التابع غير المشروع منبت الصلة بوظيفته ففي هذا الغرض تنقطع علاقة السببية بين الفعل غير المشروع الصادر من التابع ووظيفته فلا يسأل المتبوع عنه بما في ذلك مثلاً العامل الذي يرتكب سرقة أثناء أجازته من العمل والحالة الثانية أن يكون المضرور قد تعامل مع التابع وهو يعلم أن الأخير يخالف تعيمات وأوامر متبوعه حيث يرى البعض بحق أن المضرور شريك للتابع في ارتكاب الخطأ فلا تقوم لذلك مسؤولية المتبوع

آثار مسؤولية المتبوع عن عمل التابع

أولاً : - دفع مسؤولية المتبوع:

فليس له مثلاً لدفع المسؤولية اثبات عدم ارتكاب خطأ في الرقابة أو التوجيه كما لا يجوز دفع المسؤولية باثبات أن سبباً اجنبياً بالنسبة له كان سبب الضرر ومع ذلك يكون المسؤولية أي ينفي وجود رابطة للمتبوع التخلص من عبء المسؤولية تبقى قيام شروط التبعية أصلاً أو ينفي وقوع الضرر أثناء قيام التابع بتأدية وظيفته أو بسببها كما يكون للمتبوع دفع المسؤولية بنفي أركان مسؤولية التابع ذاتها

ثانياً - دعوى المسؤولية

فقد يرى المضرور بداية أن مصلحته تتحقق برفع دعوى التعويض على المتبوع على تعويض على التابع خصوصاً أن مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه لا تخلص التابع من المسؤولية عن خطئه الشخصي

وقد يرى المضرور الرجوع على التابع والمتبوع معا وبه يكرر للمتبوع ان يرجع بقيمة ما الاولى :دفعه للمضرور من تعويض على التابع نوعان اذن من الدعاوى عن رابطة التبعية دعاوى المضرور والثانية دعاوى المتبوع فى مواجهة التابع

1 - دعاوى المضرور على المتبوع :

يكون للمضرور ويتعين التفرقة فى الحكم بحسب ما اذا كانت الدعاوى امام القضاء المدنى يكون للمضرور الرجوع مباشرة على المتبوع عن اعمال تابعة غير المشروعة دون حاجة لادخال التابع فى الدعاوى

او بما يسمى بالضمان القانونى وعلى عكس ذلك اذا رفعت دعاوى المسؤولية امام القضاء الجنائى اى عن جريمة ارتكبها التابع تعين بالضرورة ادخال التابع فى الدعاوى ذلك ان اساس مسؤولية المتبوع جريمة التابع بما يستلزم وقوع خطأ من التابع لذا يتعين اختصاصه

2 - دعاوى المضرور على التابع :-

إذا كان للمضرور الرجوع مباشرة على المتبوع على أساس مسؤولية المتبوع فانه يجوز له كذلك الرجوع على التابع ولكن على اساس المسؤولية الشخصية ومع ذلك اذا سام خطأ المتبوع فى إحداث الضرر فانه يترتب على ذلك نتيجة مفادها ان التابع بمكنته الرجوع بجزء من التعويض الذى دفعه على المتبوع

3 - رجوع المضرور على المتبوع والتابع :-

يجوز له كذلك الرجوع على المتبوع والتابع معا يقوم التامن بين التابع والمتبوع وهو تضامن مقرر فيما قدمنا لمصلحة المضرور وبذا اذا دفع التابع التعويض على اساس مسئوليته الشخصية فانه يتحمل به نهائيا لانه المسئول الاصلى اما اذا دفع المتبوع التعويض امكنه الرجوع به على التابع لانه مسئول بالتبعية

4 - دعاوى المتبوع بما دفعه من تعويض على التابع ⁶⁶⁹ :

"و حيث إن الطعن أقيم على سببين يعني بهما الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون و القصور في التسبب و الإخلال بحق الدفاع ، و في بيان ذلك يقول إن الحكم قضى بالتعويض الذي قدره استناداً إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، حال كون الأخير قد قضى بامتناع عقابه في الجنائية محل واقعة القتل لإصابته بأفة عقلية ، و من ثم لا يسأل المتبوع ، و هو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

و حيث إن هذا النعي سديد ، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها " م 174 مدني " قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسؤوليته هو بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فإن مسؤولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه ، و إذ كانت لا تتحقق إلا بتوافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ و الضرر و علاقة السببية ، وكان الثابت بالأوراق أن التابع وقت اقترافه حادث القتل لم يكن مميزاً لإصابته بمرض عقلي يجعله غير مدرك لأقواله و أفعاله مما ينتفي به الخطأ في جانبه لتخلف الركن المعنوي للخطأ ، وهو ما يستتبع انتفاء مسؤوليته ، و بالتالي انتفاء مسؤولية الطاعن المتبوع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر و بنى قضاءه بإلزام الطاعن بصفته بالتعويض على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، يكون معيباً بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه و يوجب نقضه.

و حيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ، و لما تقدم يتعين إلغاء الحكم المستأنف و رفض الدعوى."

(الطعن رقم 4844 لسنة 69 ق – جلسة 2011/3/20 – مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد الرابع 2013 – ص 161 ،

(162)

محكمة النقض: لا يجوز الرجوع بالتعويض على المتبوع عن عمل تابعه المصاب بمرض عقلي أثناء ارتكابه الجريمة

إغلاق

قضت محكمة النقض بأن:

"و حيث إن الطعن أقيم على سببين يعني بهما الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون و القصور في التسبب و الإخلال بحق الدفاع ، و في بيان ذلك يقول إن الحكم قضى بالتعويض الذي قدره استناداً إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، حال كون الأخير قد قضى بامتناع عقابه في الجنائية محل واقعة القتل لإصابته بأفة عقلية ، و من ثم لا يسأل المتبوع ، و هو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

و حيث إن هذا النعي سديد ، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها " م 174 مدني " قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسؤوليته هو بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فإن مسؤولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه ، و إذ كانت لا تتحقق إلا بتوافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ و الضرر و علاقة السببية ، وكان الثابت بالأوراق أن التابع وقت اقترافه حادث القتل لم يكن مميزاً لإصابته بمرض عقلي يجعله غير مدرك لأقواله و أفعاله مما ينتفي به الخطأ في جانبه لتخلف الركن المعنوي للخطأ ، وهو ما يستتبع انتفاء مسؤوليته ، و بالتالي انتفاء مسؤولية الطاعن المتبوع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر و بنى قضاءه بإلزام الطاعن بصفته بالتعويض على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، يكون معيباً بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه و يوجب نقضه.

و حيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ، و لما تقدم يتعين إلغاء الحكم المستأنف و رفض الدعوى."

يكون للمتبوع الرجوع على التابع فى الحدود التى يكون فيها التابع مسئولاً عن تعويض الضرر ذلك ان مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه بتعيه لا اصلية ويمكنه المتبوع الرجوع الاولى دعوى الحلول والثانية : بما دفعه من تعويض للمضرور على التابع بطريقتين بالدعوى الشخصية

فذا اختار المتبوع الرجوع على تابعه بدعوى الحلول القانونية جاز للتابع ان يتمسك فى مواجهته بالدفع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة المضرور بما فى ذلك الدفع بالتقادم الثلاثى

وقد يرجع المتبوع بما دفعه للمضرور على تابعه بالدعوى الشخصية وفيها اذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه شريطه ان يكون المدين قد استفاد من هذا الوفاء

وفى كل الحالات ليس للمتبوع الرجوع على تابعه بالتعويض الذى اوفى به المضرور استنادا الى الدعوى الشخصية المنصوص عليها بالمادة 800 مدنى⁶⁷⁰ وهى دعوى الكفيل فى مواجهة المدين على سند بانه لا يجوز للكفيل الرجوع بهذه الدعوى اذا كانت الكفالى

(الطعن رقم 4844 لسنة 69 ق - جلسة 2011/3/20 - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الرابع 2013 - ص 161 ، 162)

المصدر: مجلة هيئة قضايا الدولة

670 _

قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29

بشأن إصدار القانون المدني المصري.

- المادة 1- (800) للكفيل الذي وقى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه -2. ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده -3. ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع.

مقررة لمصلحة الدائن المضرور وحده والثابت ان ضمان المتبوع لآعمال تابعه ضمان
مقرر بنص القانون لمصلحة الدائن المضرور فقط

اساس مسؤولية المتبوع

قرينة الخطأ تكون اما فى اختيار تابعه اوفى مراقبته فاصبح الخطأ مفترضا لذلك
من جانب المتبوع اى يفترضه القانون ولا يجيز اثبات عكسه
و ذهب القضاء المصري إلى أن العلاقة بين الوظيفة والفعل الضار تعتبر قائمة إذا كانت
الوظيفية هي السبب الذي أدى إلى التفكير في ارتكاب الفعل كالخادم الذي يتدخل في
مشاجرة بين مخدمه وآخر مدفوعا بعمله لديه مما أدى إلى ضربه ضربا أفضى إلى موت
(فعمله هو الذي جعله يفكر في ذلك الفعل الضار) كضرب موظف عام لشخص ما احتماء
بوظيفته.

وقد تبني القضاء المصري ⁶⁷¹ هذه النظرية في بعض احكامه حيث قضت بأن "
المقرر -فى قضاء هذه المحكمة - أن القانون المدنى إذ نص فى المادة 174 منه ⁶⁷² على

⁶⁷¹ -

يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع

تجرى المادة 174 من القانون المدنى بالآتى :-

- (1) يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تادية وظيفته او بسببها.
- (2) وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقيبته وفى توجيهه.

احكام النقض المرتبطة

الموجز:

مسألة المتبوع عن اعماله تابعه غير المشروعة . كفاية ثبوت ان الحادث نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه . اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه
بمسئولية الطاعنة عن التعويض لردده الحادث الذى نجم عنه اصابة المطعون عليه الى خطأ احد تابعيه . نعى الطاعنة عليه بالخطأ لانقضاء مسؤولية لصنوع امر
النياحة بحفظ الجثة لعدم معرفة الفاعل . جدلا فيما تستقل محكمة الموضوع بتحصيله وفهمه . عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

القاعدة:

اقامة الحكم قضاءه بمسئولية الطاعنة عن التعويض عى مااستخلصه من اوراق الجثة انفة الذكر ان الخطأ وقع من احد العمال التابعين الذى ادار مفتاح تشغيل
الالة - البريمة أثناء قيام المطعون عليه باعمال صيانتها مما نجم عنه حدوث اصابته فانه يكون قد ورد الحادث الى خطأ تابع الطاعنة ورتب على ذلك مسئوليتها
عن الضرر ، وكان مؤدى هذا الحكم المطعون فيه انه قطع - وفى نطاق ما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديرية -وباسباب سائغة انمرتكب الفعل الضار رغم
الجهالة بفاعله او تعذر تعيينه من بين العاملين لديها هو احد تابعي الطاعنة وكان يكفى فى مسألة المتبوع عن اعمال تابعه غي المشروعة ان يثبت ان الحادث قد
نتج عن خطأ التابع ولو تعذر من بين تابعيه وكان الثابت انه لم يصدر حكم جنائي بات اصابة المطعون عليه بان تعيب الحكم بما ورد بسبب النعى لايعدو ان يكون
- فى حقيقته - جدلا فيما تستقل محكمة الموضوع بتحصيله وفهمه وتقديره ز هو مالا تجوز امام محكمة النقض ، ويكون ماقدره الحكم فى صدد مسؤولية الطاعنة
عن التعويض صحيحا فى القانون.

(المادتان 101 ، 102 اثبات ، 174 مدنى ، 253 مرافعات)

(الطعن رقم 4861 لسنة 61 ق جلسة 28 / 12 / 1997 س 48 ج 2 ص 1584)

الموجز:

مسئولية المتبوع . قيامها على خطأ مفترض من جانبه لا يقبل إثبات العكس . نطاقها . أن يكون فعل التابع قد وقع أثناء تأديته وظيفته أو كان قد أستغل وظيفته أو ساعدته أو هيات له فرصة ارتكاب الفعل غير المشروع سواء كان ذلك لمصلحة المتبوع أو بغير علمه . م 174 مدنى.

القاعدة:

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن القانون المدنى إذ نص فى المادة 174 منه على أن - يكون المتبع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها . (2) وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه فعليه فى رقيبته وفى توجيهه- قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعة سوء اختباره لتابعه وتقصيره فى رقيبته ، وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيات له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو ع ن باعث شخصى ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه إليه متصلاً باوظيفة أو لا . علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه.

(م 174 مدنى)

(الطعن رقم 723 ، 807 لسنة 58 ق جلسة 8 / 4 / 1997 س 48 ج 1 ص 623 ، 624 ، 625 ، 626 ، 627)

الموجز:

ثبوت ارتكاب المتهم الخطأ أثناء وبسبب وظيفته وهو شرطى . أثره : مسئولية وزير الداخلية عن أعمال تابعه . أساس ذلك ؟

القاعدة:

لما كان والدى المجنى عليه قد ادعى مدنياً قبل المتهم والسيد وزير الداخلية بصفته المسئول عن الحقوق المدنية بطلب إلزامهما متضامين بمبلغ 51 جنيه على سبيل التعويض المؤقت . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد انتهت إلى ثبوت الخطأ فى جانب المتهم ، وكان هذا الخطأ قد سبب ضرراً للمدعين بالحقوق المدنية يتمثل فى فقدهما إبنهما المجنى عليه مما يلتزم معه المتهم بتعويض هذا الضرر عملاً بالمادة 163 من القانون المدنى ، وإذ كان هذا الخطأ قد ارتكبه المتهم أثناء وبسبب تأدية وظيفته و هو شرطى تابع للسيد وزير الداخلية بصفته المسئول عن أعمال تابعه سالف الذكر غير المشروعة عملاً بالمادة 174 من القانون المدنى ، فإنه يتعين إجابة المدعين بالحقوق المدنية لطلبهما.

(المادة 251 من قانون الاجراءات الجنائية و المادتين 163 / 174 من القانون المدنى)

(الطعن رقم 48220 لسنة 59 ق جلسة 29/12/1996 س 47 ص 1455)

الموجز:

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة . مناطقها . علاقة التبعية . قوامها . السلطة الفعلية للمتبوع فى التوجيه والرقابة . إنعدام هذا الأساس وإنقطاع العلاقة بين خطأ التابع وبين العمل الذى يؤديه لمصلحة المتبوع . أثره . انتفاء مسئولية المتبوع.

القاعدة:

أساس مسئولية المتبوع ما للمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأمر إلى التابع فى طريقة أداء عمله والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته عن الخروج عليها وهو الأمر الذى تقوم به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، ومتى إنعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائماً بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولاً عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المتهم قتل أبناء المطعون عليهما فى منزلهما فى الوقت الذى كان متغيباً فيه عن عمله ومستغلاً عدم تواجدهما به ، ومن ثم فإن وقت ارتكاب العمل غير المشروع لم يكن يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، وإنما وقعت الجريمة خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وفى الوقت الذى تخلى فيه عن عمله الرسمى فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته وبين العمل غير المشروع الذى ارتكبه ، ويكون حراً يعمل تحت مسئوليته وحده دون أن يكون للطاعة سلطة التوجيه والرقابة عليه وهى مناط مسئوليتها ، ومن ثم لا يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فتنتفى مسئولية الطاعة عن التعويض المطالب به ولا يغير من ذلك أن المتهم تربطه علاقة عمل مع والدة المجنى عليهم - المطعون عليها الثالثة - وسبق تهديده لها يوم أن قامت بإثبات تأخره عن العمل بدقتر الحضور أو ترده على منزل المطعون عليهما وتعاملهما معه على أساسا هذه العلاقة ، إذ ي شأن لهذه العوامل بأعمال الوظيفة التى لا يربطها بواقعه القتل رابطة بحث لولاها ما كانت الجريمة قد وقعت.

(المادة 174 مدنى - المادة 248 مرافعات)

(الطعن رقم 1919 لسنة 60 ق جلسة 12/3/1995 س 46 ج 1 ص 468)

الموجز:

تحديد المتبوع المسئول عن خطأ التابع . العبرة فيه بوقت وقوع الخطأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب للتعويض.

القاعدة:

العبرة في تحديد المتبوع المسؤول عن خطأ التابع هي بوقت نشوء الحق في التعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذي ترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض.
(المادتان 52 ، 174 مدنى - المواد 63 ، 176 ، 178 مرافعات)
(الطعن رقم 3660 لسنة 60 ق جلسة 19/2/1995 س 46 ص 420 ج 1)
الموجز:

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . ماهيتها . اعتبار المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون . للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضروب . م 175 مدنى . لم يستحدث المشرع بهذه المادة دعوى شخصية جديدة للمتبوع يرجع بها على تابعه.

القاعدة:

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضروب وهي تقوم على فكرة الضمان القانوني ، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد . ومن ثم فإن للمتبوع الحق في أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضروب ، كما يرجع الفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه . وهذه القاعدة هي التى قننها المشرع في المادة 175 من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر . ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.
(المواد 163 ، 174 ، 175 ، 279 مدنى)
(الطعن رقم 3535 لسنة 58 ق جلسة 5/1/1995 س 46 ج 1 ص 82)

الموجز:

مسئولية حارس الشئ . اساسها . قيامها على خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ او تابعة . م 178 مدنى.

القاعدة:

مسئولية حارس الشئ تقوم على خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ او تابعة الذى يمارس الحراسة عليه لحساب متبوعة باستعمال الشئ لحساب المتبوع وبموافقته.
(م 174 ، 178 مدنى)
(الطعن رقم 2801 لسنة 60 ق جلسة 12 / 4 / 1994 س 45 ص 1534 ج 2)

الموجز:

القضاء بالزام المتبوع بالتعويض . وجوب بيان الحكم خطأ التابع وأدلته . عدم إفصاح الحكم عن المصدر الذى استظهر منه ثبوت الخطأ . قصور .

القاعدة:

إذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائى لأسبابه وأورد بمدوناته قوله - أن قضاء محكمة أول درجة قد أصاب صحيح الواقع والقانون فيتعين معه القضاء بتأييد الحكم المستأنف لأسبابه ولا يقدح في ذلك ما أثاره المستأنف الثانى في الاستئناف الأصلى - الطاعن - بعد م مسئوليته قبل الشركة عما أصابها من أضرار بمقولة أن المستأنف الأول - المطعون عليه الثانى - ليس تابعاً له ، إذ أنه مالك قطعة الأرض المجاورة لمخزن الشركة وأن المستأنف الأول كان يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر ومن ثم يكون تابعاً له ويسأل عن أعماله باعتباره متبوع - وكان هذا الذى ساقه الحكم واتخذة عماداً لقيام مسؤولية الطاعن بصفته متبوعاً للمقاول الذى عهد إليه بعملية حفر الأساس بأرضه - لا يواجه دفاع الطاعن بانتفاء تبعية المقاول له ولا يؤدى إلى النتيجة التى أقام عليها قضاءه إذ لا يبين منه مصدر هذا الإشراف ومداه وكيفية هذا التوجيه وصورته كما لم يبين الحكم سبيله إلى هذا الذى خلص إليه والمصدر الذى استقاه منه حتى يعرف بوضوح أساس مسؤولية الطاعن وحقيقة ما وقع منه وما إذا كان قد تدخل فعلياً في تنفيذ العمل الذى ناط به المقاول المطعون عليه الثانى فإنه فضلاً عن قصوره يكون معيباً بالخطأ في القانون والفساد في الاستدلال.
(المواد 163 ، 174 مدنى و 178 مرافعات)
(الطعن رقم 2980 ، 3057 لسنة 62 ق جلسة 5/12/1993 س 44 ع 3 ص 330)

الموجز:

استدلال الحكم على قيام علاقة التبعية الموجبة لمسئولية المتبوع عن فعل تابعه من مجرد قيام علاقة العمل ومن إطلاق القول بأن ما ارتكبه التابع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته وبسببها وأن وجوده في الوظيفة قد سهل له ارتكابها دون الإفصاح عن الأدلة التى استخلص منها هذه النتيجة . قصور .

القاعدة:

إذ كان الحكم المطعون فيه قد أسند على قيام علاقة التبعية الموجبة لمسئولية الطاعن من مجرد قيام علاقة العمل ومن إطلاق القول بأن ما ارتكبه المطعون ضدهم الثلاثة الآخرون قد وقع منهم أثناء تأدية وظيفتهم وبسببها وأن وجودهم في الوظيفة قد سهل لهم ارتكابها دون أن يفصح عن الأدلة التي استخلص منها هذه النتيجة بما يعجز محكمة النقض عن رقابته ، وإذ رتب على ذلك وحده مسئولية الطاعن بوصفه متبوعاً عن التعويض المحكوم به على المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين فإنه يكون معيباً بالقصور.

(المواد 163 ، 174 مدنى و 178 مرافعات)

(الطعن رقم 3750 لسنة 62 ق - جلسة 24/6/1933 س 44 ح 2 ص 767)

الموجز:

إرتكاب التابع فعلاً غير مشروع دون وقوع خطأ شخصى من المتبوع . مؤاده . يكون المتبوع متضامناً مع تابعه ومسئولاً قبل المضرور . للمضرور خيار الرجوع على التابع أو المتبوع أو عليهما معاً.

القاعدة:

من المقرر أنه إذا ارتكب التابع فعلاً غير مشروع دون أن يقع من المتبوع خطأ شخصى فإن المتبوع يكون متضامناً مع تابعه ومسئولاً قبل المضرور عن أعماله غير المشروعة ، وما ينبى على ذلك من أن المضرور يكون بالخيار إما أن يرجع على التابع وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، ولكن إذا أراد المضرور الرجوع على التابع فحسب فإنه يتعين أن يكون الأخير أهلاً لأن يخاصم ويختصم وفقاً لأحكام القانون.

(المواد 163 ، 174 ، 284 ، 285 مدنى)

(الطعن رقم 1905 لسنة 56 ق جلسة 7/6/1993 س 44 ج 2 ص 575)

الموجز:

الخطأ الذى يرتكبه أحد موظفى الدولة . لا يعد قراراً إدارياً . اختصاص القضاء العادى بالتعويض عنه.

القاعدة:

إن إرتكاب أحد موظفى الدولة خطأ أثناء أداء وظيفته لا يعد قراراً إدارياً وبالتالي فإن التعويض عنه من اختصاص جهة القضاء العادى .(المواد 174 ، 163 مدنى و 46 لسنة 1972)

(المواد 163 ، 174 مدنى و 15 ق 46 لسنة 1972)

الموجز:

علاقة التبعية . مناهها . أن تكون للمتبوع سلطة فعلية فى إصدار الأوامر للتابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته حتى ولو لم يكن حراً فى اختيار تابعه.

القاعدة:

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمل معين يقوم به لحساب المتبوع وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها حتى ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار التابع.

(المادتان 163 ، 174 مدنى)

(الطعن رقم 734 لسنة 59 ق جلسة 22/4/1993)

الموجز:

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . مسئولية تبعية . اعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون . حقه فى الرجوع بما يفى من تعويض للمضرور . قوام علاقة التبعية . السلطة الفعلية للمتبوع فى التوجيه والرقابة . جواز مباشرة هذه السلطة من تابع آخر نيابة عن المتبوع ولحسابه.

القاعدة:

مفاد نص المادتين 174 ، 175 من القانون المدنى أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، ويعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه وتقوم علاقة التبعية بين المتبوع وتابعه كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة والتوجيه ولو كانت الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية كما تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها سواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما كان فى استطاعته إستعمالها ومن ثم فإن قوام علاقة المتبوع للتابع هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فعلية فى توجيهه ورقابته وكفى لتحقيقها أن

يقوم بها تابع آخر نيابة عنه ولحسابه.
(المادتان 174 ، 175 مدني)
(الطعن رقم 1758 لسنة 56 ق جلسة 28/3/1993 س 44 ص 831)

الموجز:

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . قيامها على خطأ مفترض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس . تحقق هذه المسؤولية بخطأ التابع و هو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة أو كونها السبب المباشر للخطأ ، أو وقوع الفعل أثناء تأدية الوظيفة أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له بأية طريقة فرصة ارتكابه . م 174 مدني.

القاعدة:

مؤدى نص المادة 174 من القانون المدني أن المشرع أقام هذه المسؤولية - مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه - على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعه سوء إختيار تابعه و تقصيره في رقابته و أن القانون حدد نطاق هذه المسؤولية بأن يكون هذا العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها بما مؤداه أن مسؤولية المتبوع تقوم في حالة خطأ التابع و هو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه . أو كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته على إتيان هذه فعلة غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه فيخرج عن نطاق مسؤولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه و بين ما يؤدي من أعمال الوظيفة ارتباط مباشر و لم تكن هي ضرورية فيما وقع من خطأ و لا داعية إليه و على ذلك إذا انتفت العلاقة بين الفعل الضار و الوظيفة بأن ارتكب التابع العمل غير المشروع في غير أوقات العمل وقت أن تخلى فيه عن عمله لدى المتبوع فتكون الصلة بينهما قد انقطعت و لو مؤقتاً و يصبح التابع حراً يعمل تحت مسؤوليته وحده.

(المادة 174 مدني 131 لسنة 1948)
(الطعن رقم 2775 لسنة 58 ق جلسة 19/7/1992 ج 2 ص 977)

الموجز:

المؤسسة العلاجية لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة رئيس مجلس إدارتها دون الوزير هو ممثلها أمام القضاء سلطته في الرقابة والإشراف علي العاملين لديه المواد 1 و 8 و 12 من قرار رئيس الجمهورية رقم 1581 لسنة 1967 في شأن إعادة تنظيم المؤسسات العلاجية مؤدي ذلك لرئيس مجلس الإدارة صفة المتبوع في مدلول المادة 174 مدني ويلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع وزير الصحة ليست له صفة المتبوع بالنسبة للعاملين بتلك المؤسسة علة ذلك.

القاعدة:

النص في المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 1581 لسنة 1967 في شأن إعادة تنظيم المؤسسات العلاجية علي أن - تنشأ بالمحافظات التي يصدر بتحديد قرار رئيس الجمهورية هيئات عامة تسمى (مؤسسات علاجية) تكون لها الشخصية الاعتبارية وفي المادة الثامنة منه علي أن يتولى مجلس إدارة المؤسسة إدارتها وتصريف شئونها ويمثل رئيس مجلس إدارة المؤسسة في صلاتها بالأشخاص الأخرى وأمام القضاء وله أن ينيب عنه غيره في المادة 12 منه علي أن يتولى مدير المستشفى أو الوحدة إدارتها وتصريف شئونها تحت إشراف رئيس مجلس الإدارة في حدود اللوائح المنظمة لذلك تدل هذه النصوص مجتمعة علي أن المؤسسة العلاجية لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة وأن رئيس مجلس إدارتها دون الطاعة هو الذي يمثلها أمام القضاء وله وحده حق الرقابة والإشراف علي العاملين بتلك المؤسسة ومحاسبتهم علي الخروج عليها وبالتالي يتحقق بالنيابة لرئيس مجلس إدارة المؤسسة علي العاملين بها صفة المتبوع في مدلول حكم المادة 174 من القانون المدني ويلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ولا ينال من ذلك النص في المادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية المشار إليه علي أن لوزير الصحة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه علي هذه المؤسسات والنص في المادة الثامنة منه علي أن يتولى رئيس مجلس إدارة المؤسسة إدارتها وتصريف شئونها تحت إشراف وزير الصحة لأن ذلك الإشراف والرقابة والتوجيه قصد به مجرد مراقبتها ضماناً لعدم خروجها عن الإطار المرسوم لها بمقتضى القانون لتحقيق الغرض الذي قامت من أجله الأمر الذي لا تفقد معه المؤسسة العلاجية شخصيتها الاعتبارية فلا يتحقق للطاعن صفة المتبوع بالنسبة للعاملين بتلك المؤسسة في حكم المادة من القانون المدني وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بإلزام الطاعن بالتعويض المحكوم به بالتضامن مع المطعون عليه الثاني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(المواد 52 ، 53 ، 174 من القانون المدني ، 3 من قانون المرافعات)
(الطعن رقم 2613 لسنة 56 ق جلسة 13/5/1990 قاعدة 192 ص 127 س 41 ع 2)

الموجز:

تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية التزاماتها بشأن تأمين اصابات العمل لا يخل بما يكون للعامل أو ورثته من حق مثل شخص المسئول عن الاصابة مسؤولية رب العمل عن أعمال تابعة جواز رجوع العامل على رب العمل استنادا الى أحكام المسؤولية التقصيرية باعتباره متبوعاً مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع شرطه م 174 مدني مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية انما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن كقالة مصدرها القانون م 68/2 ق 79 لسنة 1975 نطاق تطبيقها.

القاعدة:

اذ كان مقتضى نص المادة 66 من القانون رقم 79 لسنة 1975 أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية التزاماتها بشأن تأمين اصابات العمل لا يخل بما يكون للمؤمن من له العامل أو ورثته من حق قبل الشخص المسؤول عن الاصابة ولما كانت المادة 174 من القانون المدني قد نصت على أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها وكانت مسؤولية المتبوع عن تابعه ليست مسؤولية ذاتية انما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن و كفالته ليست مصدرها العقد وإنما القانون فانه لا يجدى الشركة الطاعنه التحدى قبل المطعون ضدهم بعد جواز تمسكهم قبلها باحكام المسؤولية التقصيرية طبقا للقانون المدني على ما جرى به نص المادة 68/2 من القانون 79 لسنة 1975 والتي لا تجيز للمصاب أو ورثته فيما يتعلق باصابات العمل بأن يتمسك قبل الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بأحكام أى قانون آخر ولا يجيز له أيضا بالنسبة لصاحب العمل الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ ذاتي من جانبه ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية واذ كان العامل يقتضحه في التعويض عن اصابة العمل من الهيئة المذكورة في مقابل الاشتراكات التي قام بسدادها هو رب العمل بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسؤول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين.

(66) ، 68 من القانون 79 لسنة 1975 ، 174 مدني)
(الطعن رقم 3587 لسنة 58 ق جلسة 9/5/1990 س 41 ص 13)

الموجز:

مسؤولية المتبوع عن تابعه ذاتية ، هو في حكم الكفيل المتضامن مصدرها القانون أحكام قانون التأمينات الاجتماعية . مجال اعمالها عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية.

القاعدة:

من المقرر في ضوء ما نصت عليه المادة 174 من القانون المدني من أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وأن مسؤولية المتبوع عن تابعه ليست مسؤولية ذاتية وانما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن ، وكفالته ليس مصدرها العقد وانما مصدرها القانون ، فانه لا يجدي التحدي في هذه الحالة بأحكام قانون التأمينات الاجتماعية التي لا تجيز للمصاب فيما يتعلق باصابات العمل - أن يتمسك ضد الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بأحكام أي قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم ، ذلك أن مجال . تطبيق هذا الحكم هو عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية.

(م 174 من ق المدني ، م 251 ! . ج)
(الطعن رقم 6587 لسنة 55 ق جلسة 26/1/1988 س 39 ص 217)
(الطعن رقم 1720 لسنة 34 ق جلسة 25/1/1965 س 16 ص 93)

الموجز:

رجوع المتبوع علي تابعه بالتعويض المحكوم به للمضروب . شرطه أن يكون قد أداه للمضروب . للمتبوع - مع ذلك - أن يختصم تابعه في دعوى المضروب قبله ، وأن يطلب الحكم على تابعه بما قد يحكم به عليه لحكم التعويض - في هذه الحالة - حجية قبل التابع.

القاعدة:

لئن كان لا يحق للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضروب إلا إذ قام بأدائه للمضروب . إلا أن القضاء قد أجاز للمتبوع أن يختصم تابعه في الدعوى التي يرفعها المضروب على المتبوع وحده وأن يطلب المتبوع في هذه الدعوى الحكم على تابعه بما قد يحكم به عليه للمضروب وذلك لما . للمتبوع من مصلحة في هذا الاختصاص لأن مسؤوليته تبعية لمسؤولية التابع فإذا استطاع هذا درء مسؤوليته وهو بطبيعة الحال أقدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه ، استفاد المتبوع من ذلك وانتفت بالتالي مسؤوليته هو ، و إذا لم يستطع التابع ، كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنه أن يعود فيجادل في وقوع الخطأ منه عندما يرجع عليه المتبوع بما أوفاه للمضروب من التعويض المحكوم به . وطبيعي أنه إذا حكم للمتبوع في تلك الدعوى على التابع بما حكم به للمضروب على المتبوع ، فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع يكون معلقا على وفاء المتبوع بالتعويض المحكوم به عليه للمضروب.

(المادة 163 ، 174 ، 175 مدني) و (م 101 إثبات)
(الطعن 540 لسنة 34 ق جلسة 30/1/1969 س 20 ص 199)
(الطعن رقم 902 لسنة 51 ق جلسة 22/6/1986)

الموجز:

قضاء المحكمة الجنائية ببراءة الطاعنة ورفض الدعوى المدنية قبلها لإنقضاء الخطأ الشخصي في جانبها . لا يحول دون مطالبتها أمام المحكمة المدنية باعتبارها مسؤولة عن أعمال تابعها محدث الضرر . م 174 مدني.

القاعدة:

إذ كان الثابت من الأوراق أن مطالبة الطاعنة بالتعويض المدني أمام المحكمة الجنائية كان مبناها المسؤولية عن الأعمال الشخصية طبقا للمادة 163 من القانون المدني ، ولم تتناول المحكمة - وما كان لها أن تتناول وعلى ما جري به قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض - بحث طلب التعويض على أي أساس آخر ، وقضت برفض الدعوى المدنية إستنادا الي إنتفاء ركن الخطأ في حق الطاعنة فإن ذلك لا يحول دون مطالبتها أمام المحكمة المدنية باعتبارها مسؤولة عن الضرر

أن - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها . . وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً

الذي أحدثه تابعه بعمله غير المشروع طبقاً للمادة 174 من القانون المدني لاختلاف السبب في كل من الطرفين ، وإذ لم يخالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون علي غير أساس ولا يغير من هذا النظر ما ورد بحكم المحكمة الجنائية من أن المتهم وحده هو الذي أحضر العمال وأشرف عليهم حين قيامهم بالعمل الذي تسبب في وقوع الحادث إذ أن ذلك كان بصدد نفي مسؤولية الطاعة عن عملها الشخصي.

(المادتان 174، 163 مدني)

(الطعن رقم 369 لسنة 45 ق جلسة 6/6/1978 س 29 ص 1406)

(الطعن رقم 1041 لسنة 52 ق جلسة 19/12/1985 س 36 ص 1147)

الموجز:

مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع قوامها . انتفاء مسؤولية التابع أثره انتفاء الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع مسؤولية التابع تحققها بتوافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . نفي الحكم المطعون فيه خطأ التابع أثره انتفاء مسؤولية المتبوع بصفته أو بشخصه . مخالفة الحكم ذلك وقضاؤه بمسئولية المتبوع الشخصية . مخالفة للقانون.

القاعدة:

لما كانت مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها بمقتضى المادة 174 من القانون المدني قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسئولته هو بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فإن مسؤولية المتبوع لا يكون لها أساس تقوم عليه وإذ كانت مسؤولية التابع لا تتحقق إلا بتوافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه نفى الخطأ المنسوب إلى المتهم بوصفه تابعاً للمسؤولين بالحقوق المدنية (الطاعنين) فإن ذلك يستتبع انتفاء مسؤولية التابع - وهو ما انتهى إليه الحكم - وبالتالي انتفاء مسؤولية وزير النقل ورئيس هيئة السكك الحديدية بوصفهما متبوعين له وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنين بالتعويض المدني المطلوب تأسيساً على خطئهما الشخصي ولم يستلزم الأساس الذي أقيمت عليه الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه فيما قضى به في الدعوى المدنية والقضاء برفضها والتزام المطعون ضدهم المدعين بالحقوق المدنية المصاريف المدنية وذلك بغير حاجة إلى بحث باقي وجوه الطعن.

(المادتان 163، 174 من القانون المدني)

(الطعن رقم 2711 لسنة 53 ق جلسة 18/1/1984 س 35 ص 57)

جمعت بواسطة / محمد راضى مسعود
رئيس رابطة المحافظة على قيم وتقاليد المحاماه

منتدى روح القانون laweg.net

أحكام نقض مدني مصري

وحيث استقر قضاء النقض على - أن المادة 174 مدني أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه متى كان الضرر واقعاً منه حال تأدية وظيفته وبسببها علاقة التبعية لاتقتضى أن يكون التابع مأجور على نحو دائم يكفى اعتقاد المضرور بصحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب المتبوع .

(طعن رقم 1566 لسنة 42 ق جلسة 11/3/1972)

-وحيث استقر قضاء النقض على أن النص في المادة 178 من القانون المدني يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المسؤولية المقررة بموجبها تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لايقبل اثبات العكس

ومن ثم فإن هذه المسؤولية لاتبرأ عن الحارس بآثبات أنه لم يرتكب خطأ أو انه قام بما ينبغى من العناية والحيطه حتى لايقع الضرر من الشيء الذى يتولى حراسته)

(طعن رقم 1052 لسنة 53 ق جلسة 1/31/1984 و طعن رقم 538 لسنة 43 ق جلسة (1/3/1977)

_ 672

المادة - 1 : (174) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها - 2 . وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقيبته وفي توجيهه.

فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه- قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعة سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته "وما قضت به من ان "هذه المسؤولية مسؤولية المتبوع مفترضة افتراضاً قانونياً"وقضت بأن اساس مسؤولية السيد عن اخطاء خادمه قائمة قانوناً على مايفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع او رقابته .

673 إنتقال الحراسة القانونية في القانون المغربي

673 _

المغرب	البلد
تميز	نوع الحكم
6/2306	رقم الحكم
2001/07/11	تاريخ الحكم
محكمة النقض - المغرب	اسم المحكمة
مجلة قضاء المجلس الأعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2004 - العدد 62	المصدر

- حالات انتقال الحراسة من صاحبها الأصلي إلى الغير.

الملف الجنحي عدد: 96/12436

- نافذة ذات محرك - الحراسة المادية - الحراسة القانونية - اسس المسؤولية.

إذا كان اساس المسؤولية هي الحراسة القانونية دون اعتبار للحراسة المادية بخصوص مقتضيات الفصل (19) من الشروط النموذجية المتعلقة بنقل الملكية للناقلات ذات المحرك، فانه بالنسبة لمن عهد اليهم باصلاح السيارات فان الحراسة المادية تبقى اساس المسؤولية بنص صريح في الفصل الثالث من الشروط النموذجية.

باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض بواسطة الاستاذ بن محمد الكزولي وعز الدين مامو المحاميان بهيئة الدار البيضاء والمقبولان للترافع امام المجلس الاعلى.

في شأن وسيلة النقض الفريدة المتخذة من الخرق الجوهري للقانون ذلك ان القرار المطعون فيه اخرج شركة التامين الشمال الافريقي وفيما بيد القرارات من الدعوى على اساس ان السيارة المرتكب بها الحادثة كانت تحت عهدة الظنين وليس المسئول المدني في حين ان التامين مرتبط بالناقلة موضوع الخطر اكثر مما هو مرتبط بمالكها او المصرح او المكتب فهو يشمل ليس فحسب المؤمن ولكن يشكل كل شخص له الحراسة والقيادة المادية للناقلة كما يتجلى من خلال الفصل الثالث من الشروط النموذجية كما ان الفصل (16) من قرار 34/11/28 ينص على ان المسؤولية المدنية تكون على عاتق الشخص الذي له الحراسة القانونية وان العبرة تكون بها لا بالحراسة المادية وان ما قضت به محكمة الاستئناف يعد خرقا لمقتضيات الفصل الثالث والفصل (16) من قرار 1934/11/28 يجعل القرار المطعون فيه معرضا للنقض.

حيث يتجلى من تنصيبات الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه وقد تبنى علله واسبابه ان السيارة المرتكب بها الحادثة قد وضعها مالكها تحت حراسة الظنين لاصلاح العطب الحاصل فيها حرقه كميكانكي.

وحيث، انه خلافا لما جاء في الوسيلة فان مقتضيات الفصل الثالث من قرار لوكيل الوزارة في المالية رقم (65.070) بتاريخ 25 يناير 65 المنظم للشروط النموذجية العامة لعقدة تامين السيارات قد استثنى من (الضمان) اصحاب المرائب والاشخاص المتعاطين عادة سمسرة الناقلات او بيعها او اصلاحها او ازالة عطب فيها ومراقبة حسن سيرها وكذا اعوانهم فيما يخص الناقلات المعهود بها اليهم بحكم مهامهم.

وحيث، اذ كانت الحراسة القانونية تبقى قائمة دون اعتبار للحراسة المادية كما هو الشأن بالنسبة لمقتضيات الفصل (19) من نفس القرار المتعلق بنقل الملكية للناقلات ذات المحرك فانه بالنسبة لمن عهد اليهم باصلاح السيارات فان الحراسة المادية تبقى اساس المسؤولية بنص صريح وهو الفصل الثالث كما سبقت الاشارة الى مقتضياته وبذلك يكون الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه قد طبق الفصل الثالث تطبيقا سليما حينما اخرج شركة التامين الشمال الافريقي وفيما بين القارات من الدعوى اذ ورد فيه ما يلي: "وبذلك تكون حراسة السيارات قد انتقلت للظنين مما يكون معه الدفع بانعدام (الضمان) الثمار من طرف شركة التامين في محله وذلك تطبيقا للفصل الثالث من القرار النموذجي للتامين الامر الذي يستوجب اخراجها من الدعوى واخراج المسئول المدني كذلك لان حراسة السيارة لم تكن لديه". مما تكون معه الوسيلة على غير اساس.

لهذه الاسباب

قضى برفض الطلب المقدم من طرف صندوق مال (الضمان) في شخص ممثله القانوني

1- حالات انتقال الحراسة للغير اختياريًا: عندما يتم انتقال الحراسة من صاحبها الأصلي إلى الغير بطرق مشروعة فإن الأمر لا يثير مشاكل قانونية على اعتبار أن الحارس الجديد هو الذي يتحمل المسؤولية عن فعل الشيء إذا أصبح له الحق في استعمال الشيء ومراقبته وتوجيهه.

حالة انتقال الحراسة للتابع أو الابن القاصر.

التابع أو الابن القاصر الذي يلحق الضرر بالغير أو يستعمل سيارة أبيه أو يتسبب في ارتكاب حادثة سير فالمسؤولية يتحملها المتبوع أو الأبوين⁶⁷⁴.

2- حالات انتقال الحراسة للغير اضطراريًا:

تكون عندما يفقد المالك سيطرته على الشيء⁶⁷⁵

- 674

الفصل 85 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي

(ظهير 19 يوليوز 1937) لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده.

الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما.

المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأمورهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها.

أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من متعلميهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم.

وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم وأرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها.

الأب والأم وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل، إذا كانوا يسكنون معهم، ولو كانوا بالغين سن الرشد. وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1 - أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2 - أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3 - أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر.

ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم.

- 675

	المغرب
نقض	نوع الحكم
2628	رقم الحكم
1985/04/18	تاريخ الحكم
محكمة النقض - المغرب	اسم المحكمة
مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39	المصدر

وفي شأن وسيلة النقص الثالثة المتخذة من خرق الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية والفصل (12) من الشروط النموذجية العامة لعقود التأمين، انعدام التعليل، انعدام السند القانوني وخرق القانون. ذلك ان القرار المطعون فيه صرح بإحلال العارضة في الاداء بسبب ان السيارة استعملت من طرف سائقها دون علم المؤمن له، في حين ان هذا السبب - وعلى عكس من ذلك - مبرر لإخراجها من الدعوى طبقا لمقتضيات الفصل (3) من الشروط النموذجية المذكورة، كما فعلت محكمة ال(استئناف) بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 16 ابريل 1978 والذي جاء فيه على الخصوص ما يلي: ((حيث ان المسؤولية المدنية للحادثة تقع على الظنين شخصيا رعا لمقتضيات الفصل (18) من ظهير 19 / 1 / 1953 الذي يؤخذ منه ان مالك الناقلة لئن بقي مسئولاً مدنيا حتى عند تحويله استعمالها للغير فان المسؤولية عند عدم ادنه يتحملها السائق او الذي كلفه بسياسة الناقلة دون اذن مالكها وحيث انه يستخلص من الفصل (3) من قرار 25 / 1 / 65 المتعلق بالشروط النموذجية العامة لعقود التأمين عند تعريفه للمؤمن له ان الضمان لا يشمل سائق الناقلة الذي استعملها دون اذن من المالك او المكتتب وان مدعي الاذن عليه اثباته، وحيث ان الفصل (12) من القرار المذكور المحتد به من طرف صندوق مال الضمان والمعتمد عليه في الحكم الابتدائي لا يقصد بالضرورة ان صاحب الناقلة المؤمن له يبقى مسئولاً مدنيا ولو في حالة سرقة سيارة او استعمالها دون اذنه الا في حالة ارتكابه خطأ او اهمالا خطيرا له علاقة مباشرة بالحادثة او كان السائق الجاني من الاشخاص الذين يسال عنهم طبقا للفصل (85) من ق. ل. ع. كايه القاصر مثلاً يبقى متمتعاً بالضمان وان كان السائق لا يتوفر على رخصة او باقي الوثائق اللازمة للسياسة، وحيث ان الظنين في النازلة ليس من تابعي صاحب الشاحنة ولا من الاشخاص الذين يسال عن خطئهم ولم يثبت من خلال البحث ارتكاب صاحب الناقلة اي خطأ او تهاون او اهمال له علاقة مباشرة بالحادثة وان المتسبب فيها دون اذن صاحبها ولا علمه ولم يضبط سرعتها حسب الظروف المكانية والزمانية ولم يتخذ الحيطة الكافية التي تفرضها انظمة السير وهكذا داس في طريقه الضحية وتسبب في قتله، وحيث ينتج مما سبق ان الحكم الابتدائي باقراره المسؤولية المدنية لمالك الشاحنة واحلال مؤمنه شركة التأمين محله في الاداء لم يرتكز على اساس قانوني سليم للامر الذي يستلزم الغائه والامر بإخراجها من الدعوى)) اذ لا يعقل ان يكون مالك السيارة مسئولاً، والتأمين ساري المفعول اذا استولى شخص على سيارة دون اذن من مالكها او دون توفره على رخصة السياقة ولهذا فان التأويل الذي اعطته المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لمقتضيات الفصل (12) من الشروط العامة غير مصادف للصواب وفي غير محله. حيث، انه بمقتضى الفصلين (347) في فقرته السابعة و(352) في فقرته الثانية من قانون المسطرة الجنائية يجب ان يكون كل حكم معللاً من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلاً وان نقصان التعليل او تناقضه ينزلان منزلة انعدام التعليل. وبناء على الفصول (88) و(85) من قانون الالتزامات والعقود و (18) من ظهير 19 يناير 1953 المتعلق بالمحافظة على الطرق العمومية ومراقبة السير والجولان (القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق) و3 و11 (الفقرة د) و12 من الشروط النموذجية العامة لعقود تأمين السيارات. وحيث، يستفاد من مجموع مقتضيات هذه الفصول متكاملة ان مالك السيارة هو المسئول عنها بمقتضى حراسته لها الى ان تنتقل منه، وبدون تفريط، الى الغير الذي لم يكن مسئولاً عنه مدنياً وان الضمان لا يشمل الا في حالة مسئوليته شخصيا عن السيارة، او مدنياً عن ساقها بدون ادنه ممن هم تحت رعايته او في خدمته. وحيث، يتجلى من القرار المطعون فيه انه - من جهة - ادان مرتكب الحادثة محمد بن عبد القادر بجريمة سياقة السيارة بدون اذن صاحبها بمقتضيات جنائية حازت قوة الشيء المقضي به مما يقتضي حتماً ان السيارة كانت في حراسته عندما ارتكب الحادثة بها، لا في حراسة مالكها، وانه اثبت - من جهة اخرى وفي نفس الوقت - ان الحراسة كانت بيد المالك وقضى مع ذلك بإحلال العارضة محله في الاداء دون ان يبين بدقة ووضوح - تجنباً للتناقض - ان مالك السيارة عروق حجاج ارتكب خطأ في الحراسة بتفريط منه او انه مسئول مدنياً عن مرتكب الحادثة الذي ساق السيارة بدون ادنه ليتأتى عندئذ القول بسرمان التأمين وبالتالي بإحلال العارضة محله في اداء التعويضات المحكوم بها لضحايا الحادثة، اذ الاحلال مناطة مسؤولية المالك وهي مرتبطة بالحراسة التي انتقلت منه الى الغير بدون اذن او ترخيص. وعليه، فان المحكمة عندما اصدرت قرارها على النحو المذكور لم تعلله تعليلاً كافياً ولم تجعل لما قضت به اساساً صحيحاً من القانون. وحيث، ان طلب النقص مرفوع من شركة التأمين وحدها فيما يخص احلالها محل مؤمنها في الاداء، فان اثره ينحصر فيما يرجع لنطاق نظر المجلس الاعلى في المقتضيات المدنية المتعلقة بهذا الاحلال لا غير، عملاً بمقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل (585) من قانون المسطرة الجنائية.

لهذه الاسباب

قضى بالنقض جزئياً فيما يخص مسالة التأمين

إلا أنه نظرا التأمين الإلزامي يغطي مثل هذه المخاطر كما هو الشأن بالنسبة للتأمين الإلزامي ضد حوادث السير، إذ أن الفصل 12 من القرار المتعلق بالشروط النموذجية العامة لعقدة التأمين على السيارات الصادر سنة 1965⁶⁷⁶ نسخ بمقتضيات قرار وزير المالية و الخصخصة رقم 1053.06 صادر في 28 ربيع الآخر 1427 (26 ماي 2006)

⁶⁷⁶

الشروط النموذجية العامة لعقود التأمين عن السيارات (25 يناير 1965)

الجريدة الرسمية عدد 2750 بتاريخ 14/07/1965 الصفحة 1382 نسخ بمقتضيات قرار وزير المالية و الخصخصة رقم 1053.06 صادر في 28 ربيع الآخر 1427 (26 ماي 2006)

الفصل 12

الاستثناء المتعلق برخصة السياقة المطبق على التأمينات - أ- (المسؤولية المدنية أثناء السير) - ج- (الأضرار اللاحقة بالناقلة)- و- (كسر الزجاج) - ز- (الدفاع وإقامة الدعوى).

(رخصة السياقة أو غيرها من الوثائق) المطلوبة في نطاق النظام الخاص بسيارة الناقلة المؤمن عليها حتى ولو كان يساعد السائق شخص يتوفر على رخصة السياقة القانونية أو إذا كانت هذه الوثائق عديمة الصلاحية وذلك باستثناء حالات السرقة أو العنف أو استعمال الناقلة بدون علم المؤمن له.

مدونة التأمينات المغربية 2002

المادة 122 :

يجب أن يغطي التأمين المنصوص عليه في المادة 120 أعلاه المسؤولية المدنية لمكتب عقد التأمين ومالك العربدة وكل شخص يتولى ، بإذن من المكتب أو مالك العربدة ، حراستها أو قيادتها.

المادة 124 :

تشمل إجبارية التأمين تعويض الأضرار اللاحقة بكل شخص ماعدا :

1- مكتب العقد ومالك العربدة المؤمن عليها وكل شخص يتولى بإذن من المكتب أو مالك العربدة حراستها أو قيادتها ؛

2- السائق ؛

3- الممثلون القانونيون للشخص المعنوي مالك العربدة المؤمن عليها إذا كانوا منقولين على متنها ؛

4- أجراء أو مأمورو المؤمن له أو السائق المسؤول عن الحادثة وذلك أثناء مزاولة مهامهم.

677 نجده قد استثنى حالات السرقة والعنف واستعمال السيارة بدون علم صاحبها من مبدأ عدم التأمين المنصوص عليه في الفصل السابق، إذ أن مثل هذه الحالات تندرج ضمن الخدمات العامة التي يقدمها صندوق مال الضمان⁶⁷⁸ عندما يكون الشخص المسؤول

677 _

قرار لوزير المالية والخصوصية رقم 1053.06

صادر في 28 من ربيع الآخر 1427 (26 ماي 2006)

يحدد الشروط النموذجية العامة

للعقود المتعلقة بتأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك

استثناءات من التأمين وحدود الضمان

المادة 4 : استثناءات عامة

لا يضمن هذا العقد ما يلي :

(د) الأضرار التي تسبب فيها عمدا مكتتب العقد أو مالك العربة المؤمن عليها وكذا كل شخص يتولى بإذن من المكتتب أو مالك العربة حراستها أو قيادتها.

غير أن المؤمن يبقى ضامنا للخسائر والأضرار التي يتسبب فيها الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسؤولا عنهم مدنيا بموجب الفصل 85 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وذلك كيفما كانت طبيعة وجسامة أخطاء هؤلاء الأشخاص :

678 _

مدونة التأمينات المغربية 2002

المادة 134

يتحمل صندوق ضمان حوادث السير التعويض الكلي أو الجزئي للأضرار البدنية التي تسببت فيها عربة بريّة ذات محرك غير مرتبطة بسكة حديدية أو بواسطة مقطوراتها أو شبه مقطوراتها وذلك في الحالة التي يكون فيها الأشخاص المسؤولون عن هذه الحوادث مجهولين أو غير مؤمنين وغير قادرين على تعويض الضحايا بسبب عسرهم.

يستثنى من الاستفادة من صندوق ضمان حوادث السير :

1- مالك العربة المشار إليها في الفقرة السابقة، عدا في حالة سرقة العربة، وكذا السائق، وبصفة عامة، كل شخص له حراسة هذه العربة عند وقوع الحادثة؛

2- الممثلون القانونيون للشخص المعنوي المالك للعربة البرية ذات محرك إذا كانوا منقولين على متنها؛

3- أجراء أو مأمورو مالك أو سائق العربة البرية ذات محرك الذي تقع عليه مسؤولية الحادثة أثناء قيامهم بعملهم؛

مجهولا أو عاجزا عن الأداء للإعسار وهذا ما ينطبق عادة على كل من السارق والغاصب للشيء.

نظريات أساس مسؤولية الحراسة⁶⁷⁹ في القانون المغربي

أ- نظرية الخطأ:

إن التطور الصناعي الهائل وما نتج عنه لم تعد نظرية الخطأ التقليدية ملائمة كأساس للمسؤوليات الموضوعية وهو الأمر الذي تطلب من أنصارها إدخال بعض التعديلات الجوهرية عليها. فتم لهم ذلك عندما اكتفوا بافتراض هذا الخطأ في جانب الحارس. وبالرغم من أن ظاهر هذا الافتراض في الخطأ يوحي بتخفيف عبء الإثبات على المضرور الذي لم يعد ملزما بإثبات خطأ الحارس، لكن يبقى بإمكان هذا الأخير أن يتحلى من هذه المسؤولية إن هو قدم الدليل على قيامه بالحراسة اللازمة. وإزاء هذا الوضع الذي يسيء للمضرور فإن معظم التشريعات التي اعتنقت هذه النظرية نراها قد اعتبرت قرينة افتراض الخطأ من القرائن القاطعة التي لا يجوز إقامة الدليل على خلافها. ونظرا لكثرة الانتقادات التي وجهت لفكرة الخطأ المفترض لعدم قدرتها على تبرير بعض الأوضاع التي ينشأ عنها الضرر خصوصا في الأحوال التي يكون فيها سبب الضرر

4- في حالة سرقة العربة البرية ذات محرك، مرتكبو السرقة وشاركوهم وكذا الأشخاص الآخرون المنقولون على متنها، عدا إذا أثبت هؤلاء حسن نيتهم.

غير أنه يمكن للأشخاص المشار إليهم في البنود 1 و 2 و 3 و 4) أعلاه المطالبة بالاستفادة من صندوق ضمان حوادث السير إذا كانت مسؤولية الحادثة التي تسببت فيها عربة أخرى برية ذات محرك تقع على من له حراستها وذلك في حدود هذه المسؤولية

679 -

وتعني الحراسة كقاعدة عامة أن تكون للشخص الحارس سلطة استعمال الشيء ورقابته وتوجيهه إما بنفسه أو بواسطة الأشخاص الآخرين الذين يسأل عنهم مدنيا في إطار الفصل 85 من ق.ل.ع -محمد الكشور - حراسة الأشياء ، طبيعتها وآثارها، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية 1990 مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء.

مجهولاً أو عندما يكون الضرر ناشئاً عن عيب خفي في الشيء لا علاقة له بخطأ الحارس. فإن أنصار هذه النظرية حاولوا تصحيح مسار هذه النظرية وذلك بتعديل بعض جوانبها فأسفر هذا التعديل عن ظهور : نظرية الخطأ في الحراسة". وقد قال بهذه الفكرة كل من الفقيهين " مازو " و "بيسون" ويتمثل مضمون هذه النظرية في أن الحارس يتحمل واجب حراسة الشيء ومراقبته بالشكل الذي يمنع إلحاق الأذى بالغير، ويعد هذا الواجب من قبيل الالتزامات بغاية المتعارف عليها في الميدان العقدي، وأي إخلال بهذا الواجب يحمل صاحبه نتائج. فخطأ الحارس وفقاً لهذا المنظور الجديد يتحقق بمجرد حصول الضرر.

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها للنقد بسبب الذي وقع فيه أنصارها وهو ما دفع بالفقيه "دالان" إلى القول بأن نظرية الخطأ في الحراسة ما هي إلا حيلة لجأ إليها أنصار فكرة الخطأ لتأكيد أهمية الخطأ كمبرر معقول لمسؤولية حارس الشيء. لذلك لم يكتب النجاح لهذه النظرية.

ب- نظرية تحمل تبعة المخاطر:

الخطأ وفقاً لهذه النظرية ليس شرطاً لازماً لتحقيق هذه المسؤولية في ميدان حراسة الأشياء، إذ العبرة لدى أنصار هذه النظرية بنوعية النشاط الاقتصادي الذي يمارسه الحارس وبمدى المنفعة التي يحصل عليها من خلال هذه الأنشطة الاقتصادية. فقد اعتبر هؤلاء الأنصار أن الشخص الذي يستفيد من شيء معين يتوجب عليه تحمل تبعات المخاطر التي يتسبب فيها إذ الغنم بالغرم.

ونظراً لأن نطاق هذه النظرية ضيق جداً لأنه ينحصر في الأشياء الخطرة بطبيعتها، أما بالنسبة للأشياء التي لا تنطوي على هذه الخطورة فإن النظرية تعجز عن إيجاد المبرر القانوني لها. وهو الأمر الذي يضعف من أهمية هذه النظرية.

ج- نظرية الضمان:

يرى أنصارها بأن أساس المسؤولية عن حراسة الأشياء يكمن في نظرية الضمان التي تهدف إلى حماية المصاب سواء في ماله أو جسده وذلك بقطع النظر عن نوعية الخطأ الذي

صدر عن مرتكب الفعل الضار. فالحارس يتحمل تبعات هذا الفعل بقوة القانون، وهذا يعني أن مسؤوليته تقرر ولو لم يرتكب أي خطأ قانوني يذكر.

نوعية الأساس الذي قصده المشرع المغربي في ف 88⁶⁸⁰ من ق.ل.ع:

هناك اتجاه فقهي يرى بأن مسؤولية حارس الشيء أساسها الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، بينما يرى البعض الآخر بأن أساس المسؤولية إنما يكمن في فكرة تحمل تبعة المخاطر. هذا في الوقت الذي نجد أن هناك من حاول تأسيس هذه المسؤولية على فكرة

680

• مجلة قضاء محكمة النقض

N°:

73

Année R:

2011

Page:

98

مسؤولية تقصيرية – مسؤولية حارس الشيء – الإعفاء من المسؤولية. إن مناط مسؤولية الحارس القانوني للشيء هو الضرر الذي يصيب الغير بفعل هذا الشيء، و الضرر يعتبر ناشئا عنه إذا تدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا في حدوثه، أما إذا كان دور الشيء سلبيًا و دون أثر فاعل في حصول النتيجة الضارة فإن الحارس لا يتحمل أي تبعية. رفض الطلب

القرار عدد 545 الصادر بتاريخ 8 فبراير 2011 في الملف المدني عدد 2009/7/1/3902

حيث يستفاد من وثائق الملف، و من القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بسطات بتاريخ 2008/11/25 في الملف عدد 10/08/172 أن الطاعن تقدم بمقال أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة عرض فيه أنه بتاريخ 2005/6/27 تعرض لحادثة سير تسبب فيها المدعى عليه عبد الله بواسطة سيارة نوع فورد رقم أ/ب/25818 مؤمن عليها لدى شركة التأمين سينا ملتصقا إحالته على خبرة طبية مع حفظ حقه في تقديم طلباته على ضوئها و اعتبار المدعى عليه مسؤولا مدنيا و إحلال شركة التأمين المذكورة محله في الأداء ، و بعد إجراء الخبرة و تمام الإجراءات صدر حكم يقضي بتحميل سائق الدراجة الهوائية ثلاثة أرباع المسؤولية و إبقاء الربع على عاتق سائق السيارة فورد و أدائه للمدعى تعويضا إجماليا قدره 97,44.965 درهم و الكل مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم و إحلال شركة التأمين سينا محله في الأداء و برفض باقي الطلبات، استأنفته هذه الأخيرة أصليا و الطالب فرعيا أمام محكمة الاستئناف المذكورة التي ألغت الحكم المستأنف و الحكم تصديا برفض الطلب و هو القرار المطعون فيه. في وسيلة النقض: حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه بانه عدم الأساس القانوني و انعدام التعليل، ذلك أن المحكمة قضت برفض الطلب مع أن الحارس للسيارة لم يثبت أنه قام بما هو ضروري لمنع وقوع الضرر الأمر الذي يجعل الشرطين المترتبين للإعفاء المنصوص عليهما في الفصل 88 من قانون الالتزامات و العقود غير متوفرين، كما أن السائق ملزم بأن يسير حسبما تقتضيه أصول السير و الجولان التي يوجد فيها طبقا للفصل 32 من ظهير 1953/1/24، و بالتالي فإن المحكمة لما حملته كامل المسؤولية بالرغم من ذلك يجعل قرارها معرضا للنقض. لكن، حيث إن مناط مسؤولية الحارس القانوني للشيء هو الضرر الذي يصيب الغير بفعل هذا الشيء ، و الضرر يعتبر ناشئا عنه إذا تدخل تدخلًا إيجابيًا في حدوثه، أما إذا كان دور الشيء سلبيًا و دون أثر فاعل في حصول النتيجة الضارة فإن الحارس لا يتحمل أي تبعية ، و محكمة الاستئناف لما بنت قضاءها بإعفاء الحارس من المسؤولية تكون قد اعتبرت تدخل السيارة كان سلبيًا و لم يكن لها أي دور في حدوث الضرر، يكون قرارها مرتكزا على أساس و علته تعليلا كافيا وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار. لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب .

الخطأ التقليدية التي تستلزم إثبات خطأ الحارس⁶⁸¹، لكن هذا الأخير رأي ضعيف لم يلق مساندة تذكر.

أما عن موقف القضاء المغربي فالظاهر أنه لم يعتمد نظرية معينة، إذ هناك بعض الاجتهادات التي اعتمد فيها فكرة افتراض الخطأ في جانب الحارس وهي كثيرة، إلا أن ذلك لم يمنعه من استعمال مصطلح المسؤولية المفروضة على الحارس في حالات أخرى وهي من العلامات التي تؤكد ميله إلى تأسيس هذه المسؤولية على فكرة التحمل بالمخاطر. إلا أن الذي يتعين الانتباه إليه هو أنه سواء كانت هذه المسؤولية مبنية على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس أو كانت مقررة بقوة القانون فإن النتائج المترتبة عن الوضعين السابقين ستكون واحدة طالما أن الحارس لا يحق له نفي هذه المسؤولية إلا بإثباته للسبب الأجنبي لا غير.

2- وسائل دفع مسؤولية حارس الشيء⁶⁸² :

⁶⁸¹ _

القرار 758

الصادر بتاريخ 15 /12/ 1976

في الملف المدني رقم 799 41

حيث يعيب الطاعن بخرق القانون الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أن المطلوبين في النقض لا يجادلان في أن عقد العمل لإصلاح السيارة تم بين المطلوبين دون تدخل الطاعن وأن المراكشي معترف أنه مكتري لنصف الكراج من الطاعن وليس تابعا له وكل منهما له حرفته المستقلة به ولذلك يجب أن يسأل كل واحد منهما عن خطأ الحارس فيما يرجع للأشياء التي توجد بالمكان الذي يستقل به ولذلك لا يمكن أن يسأل الطاعن تبعا لمسؤولية الحارس إلا على الأضرار التي تقع على الأشياء التابعة له والمودعة من أصحابه تحت حراسته .

حقا حيث إن الذي دلت عليه وثائق الملف ومن ذلك الحكم المطعون فيه أن العامل محمد بن عبدالله بن حيدة يعمل حارسا لدى كل من الطاعن والمراكشي المطلوب وأن كل واحد منهما له محله الخاص به وأن العامل بنحيدة المذكور يحرس لكل منهما محله الخاص به فهو حين يحرس المحطة يعتبر عاملا لبوعبيد وحينما يحرس محل الصباغة يعتبر حارسا للمراكشي فيجب أن يكون تابعا لكل منهما فيما يخص ما كلف به من طرف مشغله.

وحيث إن المحكمة المطعون في حكمها إذ ثبت لها ما ذكر كان يجب أن يعتبره تابعا للمراكشي فقط فيما وقع في محل الصباغة وأن تحصر مسؤولية إحراق السيارة بين العامل الذي قام بإحراقها والمراكشي الذي يعتبر هذا العامل تابعا له في الأشياء التي وضعها تحت حراسته وأنها بحكمها بمسؤولية بو عبيد الذي لا يعتبر بنحيدة تابعا له وقت حراسته معمل الصباغة لصاحبه المراكشي تكون قد خرقت الفصل المشار إليه في الوسيلة

⁶⁸² _

القضاء المدني

مسؤولية حارس الشيء - حوادث القطار.

تدخل السكة الحديدية في مفهوم الطريق العام و إن كانت ملكا للمكتب الوطني للسكك الحديدية، وذلك لا يغير من طبيعتها العمومية، وفي دعوى التعويض بسبب الحادثة المتسبب فيها القطار ينعقد الاختصاص للمحكمة العادية، ويتحمل المسؤولية فيها المكتب الوطني للسكك الحديدية في إطار مسؤولية حارس الشيء طبقا للفصل 88 من ق.ل.ع.

لكن، حيث إن المادة 8 من قانون 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية استتنت دعاوى التعويض عن الأضرار المتسببة في الطريق العام عن مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام وأسند الاختصاص بالبت فيها إلى المحاكم العادية ويدخل في مفهوم الطريق العام السكة الحديدية وإن كانت ملكا للمكتب الوطني - ولا يغير ذلك من طبيعتها العمومية - و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بجوابها عن هذا الدفع بأنها مختصة بناء على استثناء دعوى التعويض بسبب حادثة متسببة عن القطار بوصفه مركبة عمومية، لم تخرق المادة 8 من القانون المذكور، وطبقته تطبيقا سليما وما بهذا الفرع من الوسيلة على غير أساس، وبخصوص الفرع الثاني المتخذ من خرق المحكمة للبت في الدفع بعدم الاختصاص بحكم مستقل، لم ترتب المادة 13 من قانون إحداث المحاكم الإدارية جزءا على ضم الدفع للجوهر، وتحل هذه العلة القانونية لمحكمة النقض المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع محل العلة المنتقدة. وبخصوص الدفع المثار بشأن رفع الدعوى ضد الطالب الأول بواسطة ممثله لا مديره و الوزارة الأولى في شخص الوزير الأول، ووزارة النقل في شخص وزيرها، فإن مقال الدعوى وجه على المكتب الوطني بوصفه مؤسسة عمومية في شخص ممثله القانوني و الوزارة الأولى بواسطة الوزير الأول ووزارة النقل بواسطة وزيرها وذلك طبقا للفصل 515 من ق.م.م ويبقى ما بالوسيلة بجميع فروعها على غير أساس.

وفيما يخص الوسيلة الثانية:

لكن من جهة أولى، فإن مسؤولية الطالب الأول عن الحادثة هي مسؤولية حارس الشيء في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع، وهو ما أطرت به المحكمة الدعوى في قرارها المطعون فيه، وهو يسأل عن الضرر الذي نشأ عن القطار بسبب دهسه لموروث المطلوبين بوصفه مؤسسة عمومية، وقد استتقت المحكمة توصيف الحادثة من الوقائع المعروضة عليها، في إطار السلطة المخولة لها قانونا في إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع وتنزيل نصوص القانون عليها، ولا رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة النقض إلا من حيث التعليل، ولم يسبق للطالبيين عرض المناقشة بخصوص ظروف و أسباب الحادثة أمام قضاة الموضوع بالكيفية و الوصف الذي أورده في الوسيلة، ويعد من قبيل المسائل الواقعية المختلطة بالقانون، يجب أن تثار أمام قضاة الموضوع لمعرفة رأيهم فيه وجوابهم عليه، ولم يبين الطاعنان في الوسيلة ما هي الالتزامات القانونية الموجبة لمسؤولية الضحية المنصوص عليها في الفصول من 14 إلى 22 من القانون رقم 110-60-1 لم تجب عنها المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه مما كان ما ورد بشأن ذلك في الوسيلة غامضا ومبهما، وتبقى الوسيلة لذلك في الفرع الأول بخصوص أساس المسؤولية غير مؤسس، و الفرعين منها الثاني و الثالث غير مقبولين.

وفيما يرجع للوسيلة الثالثة

لكن فمن جهة أولى، يرجع إلى المحكمة سلطة تقدير الوقائع المعروضة عليها واستخلاص قضائها منها، ولا رقابة عليها من طرف محكمة النقض إلا من حيث التعليل، ومن جهة أخرى يخضع لتقديرها الأمر بخبرة من عدمه وذلك متى كانت في حاجة إليها لاستخلاص قضائها في مسألة يرجع بيانها إلى أهل الاختصاص، و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه استخلصت في قضائها أن الحادثة

في الوقت الذي اكتفت فيه معظم التشريعات المعاصرة بذكر السبب الأجنبي كمبرر معقول لانتفاء هذه المسؤولية نتيجة لانتفاء العلاقة السببية بين فعل الشيء، وما ترتب عنه من نتائج ضارة، فإننا نلاحظ أن المشرع المغربي قد تشدد كثيرا مع الحارس إذ أنه لا يحق له التحلل من المسؤولية المنصوص عليها في الفصل 88 إلا بإثباته للأمريين التاليين:

أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.

أن الضرر يرجع إما لحادث فجائي أو لقوة القاهرة أو لخطأ المضرور.

أ- إثبات الحارس للسبب الأجنبي:

يقصد بالسبب الأجنبي ذلك الثلاثي المتمثل في كل من القوة القاهرة والحدث الفجائي وخطأ المضرور، إلا أننا لاحظنا أن القضاء اعتاد على إلحاق خطأ الغير بالأسباب السابقة بالرغم من أن معظم التشريعات المدنية قد أغفلت ذكره كسبب مبرر للإعفاء من المسؤولية إلى جانب الأسباب التقليدية الأخرى.

1- القوة القاهرة⁶⁸³ والحدث الفجائي كسبب للتخفيف من حدة القرينة المنصوص عليها في⁶⁸⁴ ف 88:

تسبب فيها القطار، وتسند المسؤولية إلى الطالب الأول بصفته حارس أداة الحادثة، وأن ظروف وقوع هذه الحادثة تبين مما استخلصته من محضر الضابطة القضائية في إطار السلطة المخولة لها قانونا أن القطار انطلق في مسيره في الوقت الذي كان الهالك ينوي الصعود إليه، مع أن مسؤولية مستخدميه وحراسه ألا يعطوا الإشارة لانطلاقه إلا بعد التأكد من صعود المسافرين وإغلاق أبوابه، كما أن إثبات أجر ودخول الهالك يخضع لسلطتها في التحقيق منه عن طريق الخبرة الحسابية، وهو ما لجأت إليه بشأن ذلك، مما تكون معه قد أبرزت في قرارها بعلل سائغة إسناد المسؤولية للطالب الأول واعتمادها للدخل السنوي للهالك في إطار ظهير 1984/10/02 المطبق في النازلة طبقا للفصل 26 منه وأجابت عن دفع الطالبين بما يعتبر كافيا في ردها، وما بالوسيلة على غير أساس.

683 -

- يرى بعض الفقه أن: القوة القاهرة هي الحدث الذي لا يمكن توقعه ولا مقاومته، والذي ينتج عن قوة أجنبية، مثل العاصفة والصاعقة والزلازل والحرب وقرار السلطة أو فعل الأمير والإضراب، بينما الحادث الفجائي فهو العائق الداخلي الناتج عن ظروف ترجع للمدين نفسه (كعيب في المعدات أو خطأ العامل)، والذي ليس غير قابل للمقاومة بشكل تام، مما يفيد بأن شخصا أكثر استعدادا يمكنه - ولو بشيء من الصعوبة - مقاومته. هذا التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي يجد أحيانا فائدة في المجال التعاقدي، هكذا مثلا في وديعة الفندق، فإن الفصل 1953 من القانون المدني الفرنسي يجعل الفندق مسؤولا عن السرقة البسيطة لأمتعة المسافرين أو النزول، لكن الفصل 1954 منه يعفيه من السرقة التي تتم عن طريق قوة السلاح أو أي قوة القاهرة. ويبدو هنا أن الفصل 1953 يهتم بالحادث الفجائي، على العكس من ذلك الفصل 1954 الذي يهتم القوة القاهرة. ولكن في غير المجال التعاقدي فلا توجد أهمية عملية لهذا التمييز.

Henri LALOU. Op cit. P 164.

ويقول آخر: القوة القاهرة عموما هي كل قوة لا يمكننا مقاومتها سواء من الناحية القانونية أو من الناحية المادية. وإذا نتجت

الاتجاه القار في كل من الفقه والقضاء يذهبان إلى التسوية بين القوة القاهرة والحدث الفجائي من حيث الآثار القانونية المترتبة عنهما بالرغم من التباين الموجود بينهما من حيث الاصطلاح اللغوي، فمتى ثبت أن الفعل الذي يدعيه الحارس كان مما يستحيل دفعه وأنه كان غير متوقع الحصول أثناء وقوع الحادث إلا ويعد سببا لإعفاء الحارس كلياً أو جزئياً مع مراعاة باقي العناصر الأخرى خصوصاً ما يتعلق منها بنفي الخطأ المنسوب إليه. ولقد تشدد القضاء المغربي كثيراً تجاه بعض الأفعال التي لم يعتبرها من قبيل القوة القاهرة، فذهب إلى عدم اعتبار الزوبعة التي تسببت في سقوط سلك كهربائي على الأرض الأمر الذي أدى إلى وفاة طفلة من قبيل القوة القاهرة. كما لم يعتبر الحوادث الناجمة عن عيوب السيارات من قبيل القوة القاهرة عامة عدا في بعض الحالات الاستثنائية كالحالة التي يتسبب فيها انسداد مقود سيارة جديدة في وقوع الحادث. وفي مقابل ذلك اعتبرت محكمة النقض في بعض القرارات بأن حالة التجاوز الخاطئ الذي يحمل عنصر المباغلة للحارس الذي يسير في الاتجاه المعاكس تعد من قبيل القوة القاهرة التي يترتب عليها الإعفاء الكلي من المسؤولية.

2- خطأ المضرور كسبب لإعفاء الحارس من المسؤولية:

القوة القاهرة عن قوى الطبيعة، وليس من فعل الإنسان، فإنها تسمى بشكل خاص الحادث الفجائي .
H. WATRIN. De la responsabilité civile. Librairie-éditeur. Paris. 1873. P 145.
وفي قول آخر: الحادث الفجائي هو الحدث الذي لا تتدخل فيه أية إرادة بشرية، أو أي خطأ لشخص ما، إنها واقعة من الطبيعة حيث لا يمكن إثارة مسؤولية أي كان . على العكس من ذلك فالقوة القاهرة لا تستثني فعل الإنسان، ولكن الإرادة والحرية لا تصل إلى درجة الاختيار، في هذه الحالة الفعل ليس إلا أداة أو وسيلة مادية، مثال الدفاع الشرعي .
Jos WILLEMS. Essai sur la responsabilité civile. Imp.A. Chauvin et fils. Toulouse. 1896. P 38.

684

- الفصل 88 -

كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

- 1 - أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر؛
- 2 - وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي، أو لقوة القاهرة، أو لخطأ المتضرر.

يمكن القول بصورة عامة أن خطأ المضرور يكون قد يكون سببا للإعفاء الكلي من المسؤولية عندما تتوافر فيه شروط القوة القاهرة بأن يكون غير متوقع ومستحيل الدفع. كما أنه قد يكون سببا للإعفاء الجزئي من هذه المسؤولية عندما يكون مجرد سبب من الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر.

إلا أنه بالرجوع إلى الصيغة التي وضع بها المشرع المغربي م 88 فإننا نلاحظ أن إعفاء الحارس كليا من تحمل المسؤولية نتيجة لخطأ المضرور لا يتقرر في الواقع إلا في نادر الأحوال عندما يكون هذا الخطأ بمثابة السبب الوحيد المولد للضرر وأن يكون متوفرا على عناصر القوة القاهرة وأن يكون الحارس قد فعل كل ما كان ضروريا لمنع وقوع الضرر. ونظرا للصعوبات التي تعترض الحارس بخصوص هذا الإثبات فإن أقصى ما يحققه في معظم الحالات هو الإعفاء الجزئي من تحمل المسؤولية الملقة على عاتقه.

أما عن موقف القضاء المغربي من الدفع السابق فإننا نلاحظ أنه يختلف من مرحلة لأخرى، فبالنسبة للأحكام الصادرة عن هذا القضاء قبل تأسيس المجلس الأعلى فإنها كانت لا تتردد في قبول طلبات الإعفاء الكلي خصوصا في الأحوال التي يكون فيها خطأ المضرور هو السبب الوحيد الذي نشأ عنه الضرر. إلا أن الأمر قد تغير بعد إنشاء المجلس الأعلى سنة 1957 إذ أن قضاة المجلس أصبحوا يتشددون كثيرا في قبول طلبات الإعفاء الكلي بالاستناد إلى خطأ المضرور حتى ولو كان هذا الخطأ على جانب كبير من الخطورة.

3- خطأ الغير كمبرر لدفع مسؤولية الحارس⁶⁸⁵ :

685

قرار المجلس الأعلى محكمة النقض سابقا

بتاريخ 02 يناير 1996 الصادر في الملف المدني

90/2049 والمنشور بمجلة الاشعاع عدد 14 ص 112.

وبعد الطعن بالنقض من طرف المحكوم عليهما استنادا إلى ان العلاقة التي تربط بين الطرفين هي علاقة تعاقدية، ولذلك ينبغي أعمال احكام المسؤولية العقدية على كل نزاع ترتب عن هذه العلاقة واستبعاد مقتضيات المسؤولية التقصيرية، وعلى ذلك فالفصل 88 من ق ل ع، لا ينطبق على النازلة، ويتعلق بالاغيار الذين لا يربطهم أي عقد مع المدعي، كما انه يتطلب ان يكون الشيء المحروس متحركا بقوة ذاتية، والحمام ليس كذلك لانه ثابت في مكانه ولا يتصور انه يسبب ضررا للغير.

وقضى بنقض القرار استنادا إلى ان الامر يتعلق بالمسؤولية العقدية، ولا يمكن تحميل صاحب الحمام مسؤولية الحادثة الا إذا ثبت خطأ من جانبه وهو ما لم تناقشه وتبحث فيه المحكمة فكان قرارها ناقص التعليل، معرضا للنقض.

يناقش هذا القرار مسؤولية مالك الحمام عن الأضرار التي تصيب المستحامين، والاطار القانوني لها والاساس الذي تبنى عليه.

ونظرا لكثرة الحوادث التي يتعرض لها هؤلاء سواء بسبب السقوط أو الاحتراق بالماء، أو غيرهما، فانه من الطبيعي ان يحتدم الجدل بين الطرفين، وان يسعى كل منهما للتكييف القانوني الذي يحمي مصالحه.

فالمتضرر يرى بان حارس الشيء يتحمل مسؤولية الشيء الموجود في حراسته سواء كان عقارا أو منقولا متحركا أو ثابتا، ومسؤوليته قانونية ومفترضة، ولا يمكنه التخلص منها الا إذا اثبت الشرطين الواردين في الفصل 88 من ق ل ع وهما فعله ما كان ضروريا لتفادي الحادث، ووجود قوة قاهرة أو سبب اجنبي أو خطأ المتضرر.

في حين يجنح صاحب الحمام إلى ان مسؤوليته لا يمكن ان تقوم الا في إطار الفصل 78 من ق ل ع بعد اثبات خطأ أو تقصير من جانبه يكون هو السبب في حدوث الضرر، أي ان النقاش يدور حول عبء الاثبات والطرف الذي يقع عليه.

والمجلس الأعلى انتصر لهذا الرأي الاخير واعتبر ان هناك عقدا بين الطرفين يتحمل بموجبه مالك الحمام الطرف المدعى عليه التزاما ببذل عناية فقط ولا يمكن افتراض مسؤوليته، بل لا بد من اثبات صدور خطأ أو تقصير من جانبه، وبالتالي يجب على المتضرر اثبات ذلك.

وهذا الاتجاه القضائي ليس جديدا اذ سبق لمحكمة الاستئناف بالرباط ان اتخذته منذ 1934/12/24.

كما سبق للمجلس الأعلى ان اصدر قرارا تحت عدد 397 بتاريخ 1979/12/28 في الملف المدني 78 و552 جاء فيه :

" يعد التزام صاحب الحمام تجاه زبائنه التزاما ببذل عناية، وباتخاذ الاحتياطات الضرورية لسلامتهم، وليس التزام بضمان هذه السلامة، لا يمكن التصريح بمسؤولية صاحب الحمام الا إذا ثبت خطأ أو تقصير من جانبه(1).

كما ان محكمة الاستئناف بالدار البيضاء اصدرت قرارات عديدة في نفس الاتجاه ومن بينها على سبيل المثال: قرار عدد 5041 بتاريخ 1995/7/13 في الملف المدني 94/6492.

إن ما يسري على خطأ المضرور هو الذي يسري أيضا على الخطأ الذي يتسبب فيه الغير والمقصود بالغير هنا هو ما عدا المضرور والحارس وخلفائهما وأتباعهما. غير أن الذي يتعين الانتباه إليه هو أن خطأ الغير حتى ولو اشتمل على عناصر القوة القاهرة أو الحدث الفجائي فإنه لا يعد لوحده سببا كافيا لإقرار الإعفاء الكلي أو الجزئي من

المسؤولية إذ يتعين على الحارس كما هو منصوص عليه في ف 88 أن يثبت بأنه فعل ما كان ضروريا لمنع وقوع الضرر.⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ -

- وقوع الحادث - انقلاب السيارة - موت الركاب - مسؤولية مفترضة لدى السائق - نعم

القرار رقم 238

الصادر في 4 ربيع الأول 1389 - 21 ماي 1969

اصطدام السيارة بمجموعة أشجار وانقلابها مرات متعددة ومقتل بعض الركاب تجعل حارس السيارة مسؤولا عن الأضرار التي تسببت فيها السيارة إلى أن يثبت إعفاءه أولا بأنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر وثانيا بأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو لقوة قاهرة أو لخطأ المتضرر.

وحيث إنه طبقا للفصل 88 الموماً إليه أعلاه يبقى الشخص مسؤولا عن الأشياء التي تحت حراسته حتى يثبت إعفاءه من المسؤولية المفروضة عليه.

وحيث إن المحكمة لاحظت في حكمها أن السيارة اصطدمت بمجموعة أشجار فانقلبت مرات متعددة و أنه مات من جراء الحادث أربعة أشخاص كانوا يركبون على متنها مجانا" و حيث إن هذه الأفعال الواردة في الحكم المطعون فيه نفسه تجعل حارس السيارة الموماً إليها مسؤولا طبقا للفصل 88 من ظهير العقود و الالتزامات عن الأضرار التي سببت فيها السيارة التي في حراسته.

و حيث إن المحكمة بقضائها بما سطر أعلاه قد طبقت تطبيقا خاطئا قواعد المسؤولية و خرقت بالتالي الفصل 88 المشار إليه .

لمجنون والقاصر - إصابتهما بالضرر - مسؤولية حارس الشيء

القرار المدني رقم 375

الصادر في 15 يونيو 1966

القاعدة

لا يمكن اعتبار ما يصدر عن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة خطأ بمعنى الفصلين 78 و 88 من ظهير العقود والالتزامات لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف فالضرر الحاصل لهما من الشيء المجعول في حراسة الغير يجب أن يتحمله الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولا عنها طبقا للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

بناء على ما نص عليه الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود من أن كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

(1) أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.

(2) وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو لقوة قاهرة أو خطأ المصاب.

وبناء على أن الخطأ يعرفه الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات بالإمساك عما يجب فعله أو فعل ما يجب تركه من غير قصد إحداث ضرر.

ب- تقدير إثبات الحارس بأنه فعل ما كان ضروريا لمنع وقوع الضرر موكول للقضاء⁶⁸⁷

:

وبناء على أن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة لا يمكن أن يعتبر ما يصدر منهما خطأ بالمعنى الذي يرمي إليه الفصلان 78 و 88 من ظهير العقود والالتزامات لعدم ما يوجب عليهما فعل شيء أوتركه لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف.

وبناء على أن الضرر الحاصل لهما من الشيء المجهول في حراسة الغير يجب أن يتحملة الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

وحيث إن الحكم المطعون فيه (محكمة الاستئناف بالرباط 15 يناير 1963) عندما رفض الطلب المقدم من صالح بن امبارك ضد ((كون)) والشركة العامة لتأمين التأمين بتعويض صالح عن الضرر الحاصل له من وفاة ابنه عبد القادر إثر حادثة سيارة اقتصر على القول بأن الطفل عبد القادر بن صالح صدمته سيارة المسمى كون عندما انفصل فجأة عن جماعة من الأطفال واخترق طريق مرور السيارة رغم أن سائقها استعمل آلة التنبيه وأن عبد القادر ارتكب خطأ عند عبوره الطريق في هذه الظروف وأن المسمى كون الذي توبع أمام محكمة الصلح بالدار البيضاء لعدم السيطرة والقتل الغير المتعمد صدر في حقه حكم بالبراءة مما يجعل حارس الشيء أثبت أنه فعل كل ما كان ضروريا لمنع الضرر لأن القاضي الجنائي لم يأخذ بثبوت أية مخالفة لقواعد السير ولا بوجود أي عنصر من عناصر جنحة القتل غير المتعمد.

وحيث استنتجت المحكمة مما سبق ((أنه نظرا لهذه الأحوال التي وقع فيها إثبات فعل كل ما كان ضروريا لمنع الضرر الذي يرجع لخطأ المصاب، فإن حارس الشيء يعفى كليا من المسؤولية المفروضة في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود)).

وحيث إن المحكمة بارتكازها على ارتكاب خطأ من الطفل المصاب البالغ من العمر 12 عاما والذي لم يبلغ سن التكليف لتعفي ((كون)) من المسؤولية المفروضة عليه دون أن تعتبر أن الطفل لم يبلغ سن التكليف وأن فعله لا يمكن اعتباره خطأ بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات لم تركز حكمها على أساس قانوني فضلا عن كونها خالفت الفصلين 78 و 88 المشار إليهما أعلاه وجعلت حكمها بذلك معرضا للنقض.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض حكم محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 15 يناير 1963 فيما يخص مقتضياته القضائية برفض طلب صالح بن مبارك كما قضى بإحالة القضية على محكمة الاستئناف بفاس لتبت فيها من جديد طبق القانون وعلى المطلوبين في النقض بالصائر.

كما قرر إثبات حكمه هذا في سجلات محكمة الاستئناف بالرباط إثر الحكم المطعون فيه أوبطرته.

وبه صدر الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه في قاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالمشور وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من الرئيس الأول السيد أحمد اباحيني والمستشارين السادة: امحمد بن يخلف، ادريس بنونة محمد عمور سالمون بنسباط وبمحضر المحامي العام السيد مولاي عبد الواحد العلوي، وبمساعدة كاتب الضبط السيد الصديق خليفة.

_ 687

قاعدة:

عندما يكون العامل تابعا لشخصين مختلفين لكل منهما مكان عمله الخاص به فإن الضرر الذي يتسبب فيه هذا العامل للغير أثناء عمله لا يسأل عنه إلا رب العمل الذي وقع الضرر أثناء أوبمناسبة العمل عنده ولا تمتد هذه المسؤولية إلى رب العمل الآخر.

القرار 758

الصادر بتاريخ 15 / 12 / 1976

في الملف المدني رقم 41 799

وبعد المداولة طبقاً للقانون.

حيث يعيب الطاعن بخرق القانون الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أن المطلوبين في النقض لا يجادلان في أن عقد العمل لإصلاح السيارة تم بين المطلوبين دون تدخل الطاعن وأن المراكشي معترف أنه مكتري لنصف الكراج من الطاعن وليس تابعا له وكل منهما له حرفته المستقلة به ولذلك يجب أن يسأل كل واحد منهما عن خطأ الحارس فيما يرجع للأشياء التي توجد بالمكان الذي يستقل به ولذلك لا يمكن أن يسأل الطاعن تبعا لمسؤولية الحارس إلا على الأضرار التي تقع على الأشياء التابعة له والمودعة من أصحابه تحت حراسته .

حقا حيث إن الذي دلت عليه وثائق الملف ومن ذلك الحكم المطعون فيه أن العامل محمد بن عبدالله بن حيدة يعمل حارسا لدى كل من الطاعن والمراكشي المطلوب وأن كل واحد منهما له محله الخاص به وأن العامل بنحيدة المذكور يحرس لكل منهما محله الخاص به ففوحين يحرس المحطة يعتبر عاملا لبوعبيد وحينما يحرس محل الصباغة يعتبر حارسا للمراكشي فيجب أن يكون تابعا لكل منهما فيما يخص ما كلف به من طرف مشغله.

وحيث إن المحكمة المطعون في حكمها إذ ثبت لها ما ذكر كان يجب أن يعتبره تابعا للمراكشي فقط فيما وقع في محل الصباغة وأن تحصر مسؤولية إحراق السيارة بين العامل الذي قام بإحراقها والمراكشي الذي يعتبر هذا العامل تابعا له في الأشياء التي وضعها تحت حراسته وأنها بحكمها بمسؤولية بوعبيد الذي لا يعتبر بنحيدة تابعا له وقت حراسته معمل الصباغة لصاحبه المراكشي تكون قد خرقت الفصل المشار إليه في الوسيلة .

وحيث إن القضية جاهزة للبت فيها لتوفرها على جميع العناصر الواقعية طبقاً للفصل 368 من قانون المسطرة المدنية .

من أجله

قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المطعون فيه وبعد التصدي الحكم من جديد بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من نصف التعويض (4.000) درهم على الحسين بن محمد بوعبيد وبإلغاء طلب التعويض الموجه ضد هذا الأخير الحسين بن محمد بوعبيد . وعلى المطلوب في النقض بالصائر ابتدائيا واستئنافيا وأمام المجلس الأعلى .

وبه صدر الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور حوله في قاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى ساحة لافيغيري بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من سيادة الرئيس الأول إبراهيم قدارة والمستشارين السادة : الحاج محمد الفلاح - مقررا - الحاج عبد الغني المومي - محمد زين العابدين بنبراهيم - محمد العربي العلوي، وبمحضر المحامي العام السيد عبد الكريم الوزاني وبمساعدة كاتب الضبط السيد سعيد المعروف في .

الباب الثالث: الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

689 _

في مجال مسؤولية الدولة عن الأخطاء المرفقية، قررت محكمة النقض مسؤولية الإدارة العامة للأمن الوطني عن حجزها لسيارة وإيداعها بالمستودع بدون مبرر، معتبرة أن هذا الفعل يعد خطأ مرفقياً موجباً للتعويض عن الضرر المتجلى في الحرمان من استعمال السيارة وتصريف الأمور الشخصية والمهنية والمس بالكرامة.

كما أقرت المحكمة مسؤولية مرفق السكة الحديدية عن الحوادث التي تتسبب فيها القطارات، بسبب عدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون تعرض المواطنين لأي ضرر، وبخصوص معايير تحديد المرفق العمومي اعتبرت محكمة النقض أن الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم مرفق عام، وبالتالي تبقى العقود التي تبرمها والقرارات التي تتخذها بمناسبة تسييرها للمرفق المذكور تكتسي صبغة إدارية يرجع اختصاص الفصل في النزاعات الناشئة عنها للقضاء الإداري.

1 تأكيد مسؤولية الإدارة العامة للأمن الوطني عن حجزها لسيارة وإيداعها بالمستودع بدون مبرر

2 تأكيد مسؤولية مرفق السكة الحديدية عن الحوادث التي تتسبب فيها القطارات، بسبب عدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة

افتتاح السنة القضائية 2015

690 _

اجتهاد قضائي صادر عن محكمة النقض المغربية:

مسؤولية حارس الشيء

موسوعة القانون

1- ينص الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات على أن حارس الشيء يكون مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عنه اللهم إذا أثبت أنه فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأن هذا الضرر ناتج عن حدث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب.

2 - تكون المحكمة قد طبقت الفصل 88 المذكور أعلاه تطبيقاً، خاطئاً بقولها إن الحكم بالبراءة يثبت أن السائق عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر إذ ليس يكفي أن يطلب من الحارس عدم ارتكاب خطأ بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ احتياطات خاصة تفرضها الظروف لتجنب الحادث.

ملف 17241/ 1964 قرار 239 بتاريخ 1970/05/13

وبعد المداولة طبقا للقانون.

فيما يتعلق بالوجه الوحيد المستدل به:

بناء على الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات.

وحيث ينص هذا الفصل على أن حارس الشيء يكون مسؤول عن الأضرار الناتجة عنه اللهم إذا أثبت أنه فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأن الضرر ناتج عن حدث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب. وحيث إنه حسب مقال مؤرخ ب 19 مايو 1962 تقدم ميمون بن أحمد ابن عباس بدعوى أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء يطالب أزيلا فرناند والشركة المغربية للتأمين للتعويض عن الأضرار الحاصلة له من جراء وفاة طفله البالغ من العمر ست سنوات عندما صدمته سيارة أزيلا المذكور بالطريق الرابطة بين الدار البيضاء وبرشيد وبالتالي الحكم عليهما تضامنا بأداء 40.000 درهم فقضت المحكمة الابتدائية بتوزيع المسؤولية وبأداء أزيلا تعويضا قدره 1.000 درهم على أن تحل شركة التأمين محله في الأداء وقد ارتكزت على العلل الآتية: حيث إن الدعوى مرتكزة على الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات.

وحيث ينتج من محضر الدرك أنه وقت الحادث الذي وقع ليلا ولكن دون أن يكون هناك ضباب وكان أزيلا يقود سيارته في طريق مستقيمة مستعملا أجهزة إنارته فكان في إمكانه أن يرى الأطفال الخارجين من المسجد الموجود في جانب الطريق وحيث كان من حقه أن يضغط على الفرملة وحيث إن الطفل قطع الطريق دون أن يتأكد من أنه يمكنه القيام بذلك بدون خطر كما أن السائق ارتكب خطأ لعدم محاولته القيام بآية عملية لتجنبه مما يجب معه تحميل صاحب السيارة نصف المسؤولية وبعد استئناف أزيلا وشركة التأمين قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الطلب لعللة أن الطفل ارتكب خطأ وأن السائق فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر نظرا لكونه حكم عليه جنائيا بالبراءة.

وحيث إن المحكمة بقولها أن الحكم بالبراءة يثبت أن السائق عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر قد طبقت تطبيقا، خاطئا الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات إذ أنه ليس يكفي أن يطلب من الحارس عدم ارتكاب أي خطأ بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ احتياطات خاصة تفرضها الظروف لتجنب الحادث.

وحيث من جهة أخرى علاوة على ما تقدم ارتكزت المحكمة على خطأ الطفل في حين أنه ورد في حكمها أنه يبلغ من العمر ثمان سنوات وفي حين أنها لم تنتبه إلى مسألة عدم التكليف بالنسبة لهذا الطفل غير المميز طبقا للفصل 77 من ظهير العقود والالتزامات فيكون حكمها غير مرتكز على أساس قانوني كما أنها طبقت تطبيقا، خاطئا الفصل 88 المومل إليه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه

مجموعة قرارات المجلس الأعلى الجزء الأول 1966 – 1982 ص 645.

691

قرار محكمة النقض عدد 1243 الصادر بتاريخ 7 دجنبر 2011

في الملف الجنحي عدد 2011/5/6

القاعدة

القتل الخطأ- السلوك الإجرامي- تحديد صورة الخطأ غير العمدي

مادامت المحكمة الجزرية قد قررت إدانة صاحب البناء عن القتل الخطأ الناتج عن انهيار عمارة مجاورة لورش بنائه بسبب أشغال الحفر فإنه كان عليها أن تبرز في تعليلها القانوني والواقعي ما هو العمل أو الامتناع عن العمل المقترف من طرفه، والذي يعكس إحدى صور الخطأ المنصوص عليها في الفصلين 432 و 433 من القانون الجنائي، والمتجلية تحديدا في عدم التبصر أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة النظم والقوانين، وأن تجيب عن دفعه بانتفاء مسؤوليته الجنائية بكونه عهد بأشغال الحفر لمقولة مختصة تحت إشراف مهندس مسؤول، ولما لم تفعل فإن تعليل قرارها يكون مشوبا بالقصور الموجب لنقضه.

نقض وإحالة

"حيث بعدم احتياط الظنينة وعدم مراعاتها للنظم والقوانين وشروعها في الحفر جعل العمارة محل النزاع تنهار، فقد تسببت في مقتل6

أشخاص

وجرح عدد آخر، الأمر الذي يبقى معه الحكم الابتدائي المستأنف القاضي بإدانتها من أجل جنحتي القتل الخطأ والجرح الخطأ مصادفا للصواب". غير أنه بالرجوع إلى إحدى الوثائق الحاسمة التي وردت على السيد وكيل الملك ضمن أوراق الضابطة والمتعلقة بمحضر اجتماع اللجنة التقنية بتاريخ 2000/2/26

بأمر من السيد عامل صاحب الجلالة على المنطقة لتدارس أسباب انهيار العمارة، يتبين منخلاصة التقرير الذي أعدته LPEE اللجنة أن تقرير الخبرة

التي أنجزها المختبر العمومي للتجارب والدراسات حصر أسباب انهيار العمارة في 7 أسباب أولها أعمال حفر القبو بالبقعة الأرضية رقم 12 على

عمق 3 أمتار من جهة يمين العمارة المنهارة، ثم أضاف التقرير 6 أسباب أخرى منها ما يتعلق بالغش في البناء الحاصل في العمارة المنهارة ومنها ما يرجع إلى عدم تحمل الدعامات الأساسية لثقل الطابقين الرابع والخامس اللذين تمت إضافتهما بالعمارة المنهارة بدون ترخيص. فانطلاقاً من هذه

الحقائق ترى الطاعة أن ما انتهى إليه القرار المطعون فيه لم يكن مبنياً على أساس سليم يجب عما أثير من وسائل الدفاع رغم جدتها، فالعارضة لم

تقم بعملية الحفر بصفتها الشخصية بل أسندت ذلك بموجب اتفاق إلى كل من الظننيين (محمد) ف(ومحمد) ك (اللذين اعترفا في جميع أقوالهما تمهيداً يا وقضائياً أنهما تعاقداً معها لأجل القيام بعملية حفر قبو بالبقعة التي تملكها بعد حصولها على ترخيص قانوني من السلطات المحلية للقيام بذلك و

أنهما استخدمتا لهذا الغرض آلة للحفر، وشرع أحد العمال التابع لهما بإنجاز المطلوب بتاريخ 2000/2/20 وانتهى بتاريخ 2000/2/22 بحضور ومراقبة المهندس المعماري الذي كان يطلع على سير الأشغال بين الفينة والأخرى. ومعلوم أن المسؤولية الجنائية لا تقوم بالوكالة خلاف المسؤولية المدنية، وأن العارضة تعاقبت مع مقاوله مستقلة مالياً وإدارياً ولا تخضع من حيث التسيير

والتوجيه إلا لسلطة الظننيين (محمد) ك (ومحمد) ف (وأن عملية الحفر تمت بتوجيه من هذين الأخيرين وقد استندت الطاعة في دفع مسؤوليتها

الجنائية إلى ما استقر عليه المجلس الأعلى بهذا الخصوص في

قراره عدد 2863 الصادر بتاريخ 2003/10/09 في الملف المدني عدد 2003/5/1/1074 ، غير أن القرار المطعون فيه خرج عن هذه المبادئ

وقضى ببراءة من قام بعملية الحفر وأدان العارضة، مما يجعله فاسد التعليل وغير مبني على أساس صحيح ومعرضاً للنقض والإبطال. بناء على

المادتين 365 و 370 من ق.م.ج:

حيث يجب بمقتضى البند الثامن من المادة 365 من ق.م.ج. والبند الثالث من المادة 370 من نفس القانون أن يكون كل حكم أو قرار معللاً من

الناحيات الواقعية والقانونية وإلا كان باطلاً وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه. وحيث إنه لما كان المقرر قانوناً أن جرائم القتل والجرح خطأ تتحقق بعدم التبصر أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة النظم والقوانين عملاً بمقتضى الفصولين 432 و 433 من ق.ج، فإن

المحكمة ملزمة كلما قررت إدانة المتهم من أجل هذه الجرائم أن تبين السلوك المرتكب من طرفه والذي يعكس واقعا وقانوناً إحدى صور الخطأ

المعددة في الفصولين المذكورين، وعليه فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اكتفت في تعليل قرارها بإدانة الطاعة من أجل القتل الخطأ

والجرح الخطأ بالقول :

"حيث بعدم احتياط الظنينة وعدم مراعاتها للنظم والقوانين وشروعها في الحفر جعل العمارة محل النزاع تنهار...". فإنها لم تبرز حسب هذا التعليل ما هو العمل أو الامتناع عن العمل المقترف من طرف الطاعة والذي ينطوي على عدم الاحتياط وعدم مراعاة النظم والقوانين، خاصة وأنها لم تشر ع في عملية الحفر إلا بعد استفادها لكل المساطر التنظيمية المقررة في هذا الميدان وأنها أسندت عملية الحفر لمقاول مختصة تحت إشراف مهندس

مختص الأمر الذي يجعل قرارها والحالة هذه مشوباً بالقصور في التعليل وعرضه للنقض والإبطال.

لأجله

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني المقارن .⁶⁹²

- المسؤولية التقصيرية:

وهي التي تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام قانوني عام هو عدم الإضرار بالغير.

أنواع المسؤولية التقصيرية:

تتضمن المسؤولية التقصيرية أنواعاً عدة، وهي:

- **المسؤولية عن العمل الشخصي:** وتعد القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وتقوم

على المبدأ الذي مفاده أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهذا ما

جاء مثلاً في المادة /163/ من القانون المدني المصري⁶⁹³ والمادة 1382 من القانون

المدني الفرنسي⁶⁹⁴.

أركان المسؤولية عن العمل الشخصي:

تقوم المسؤولية عن العمل الشخصي على ثلاثة أركان، وهي:

الركن الأول: الخطأ:

يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على عنصرين، وهما:

العنصر المادي:

⁶⁹² -

www.arab-ency.com/ar/البحوث/المسؤولية

⁶⁹³ -

المادة (163) : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

⁶⁹⁴ -

وهو التعدي: الخطأ هو انحراف في السلوك، وبالتالي فهو تعد. وهذا الانحراف إما أن يكون ناجماً عن عمد أو

عن إهمال. والتعدي الذي يقع بالعمد معياره ذاتي، حيث ينظر إلى نية الفاعل نفسه. أما التعدي الذي يقع بالإهمال فمعياره موضوعي، حيث يقاس فيه سلوك الفاعل بسلوك شخص مجرد هو الشخص العادي من الناس، وجد في الظروف الخارجية ذاتها، فإذا كان الفاعل لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي، فلا يعدّ فعله تعدياً. وهذا هو معيار الرجل المعتاد.

العنصر المعنوي:

وهو الإدراك: مناط المسؤولية هو الإدراك. فلا يكفي توافر التعدي؛ كي يقوم ركن الخطأ، وإنما لابدّ من أن يقع التعدي من شخص مدرك لنتائج أعماله. ومن ثمّ يجب أن يكون المعتدي مميزاً. ومن انعدم الإدراك والتمييز لديه لا يعد مسؤولاً إذا قام بفعل غير مشروع. وسنّ التمييز في القانون السوري هي سبع سنوات في المسؤولية المدنية. ومن حيث المبدأ لا يعد عديم التمييز مسؤولاً؛ إلا أنه يقر القانون مسؤوليته في حالات استثنائية؛ وذلك إذا لم يتمكن المضرور من الحصول على التعويض من المكلف برقابة عديم التمييز. وتنتفي صفة الخطأ عن العمل غير المشروع في حالات معينة كالدفاع الشرعي، وحالة الضرورة.

الركن الثاني: الضرر:

يجب الإشارة هنا إلى أن التعويض يشمل في المسؤولية التقصيرية الضرر الإجمالي⁶⁹⁵ والضرر المحقق⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ -

الضرر الاحتمالي:

هو الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مستقبلاً غير محقق الوقوع، فهو يختلف عن الضرر المستقبلي ولا تقوم عليه المسؤولية المدنية بل ينتظر حتى يصبح الاحتمال يقيناً فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلاً، مثلاً: أن يحدث شخص بخطئه خلا في منزل جاره فهو ضرر محقق يلزم المسؤول بإصلاحه أما ما قد يؤدي إليه الخلل من انهزام المنزل في المستقبل فهو من قبيل الضرر المحتمل ولا تعويض عنه إلا إذا انهزم فعلاً نتيجة هذا الخلل.* وينبغي عدم الخلط بين الضرر المحتمل والضرر المتمثل في تفويت فرصة وهي حرمان الشخص فرصة كان يحتمل ان تعود عليه بالكسب فالفرصة أمر

محتمل ولكن تفويتها أمر محقق، كأن يصدم شخص كان في طريقه إلى أداء امتحان في مسابقة، فقد فوتت عليه الفرصة أو الفوز، وهذا القدر كاف لتحقيق الضرر الذي يقع فعلاً فهو مستوجب التعويض

كل خطأ سبب ضراراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض

تجرى المادة 163 من القانون المدني المصري بالآتي :-

كل خطأ سبب ضراراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

احكام النقض المرتبطة

الموجز:

احتمال الضرر . لا يصلح أساساً لطلب التعويض . وجوب أن يكون الضرر محققاً . قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى المدنية لعدم ثبوت ضرر شخصي مباشر من الجريمة في حق الطاعن للأدلة التي إطمأن إليها صحيح . النعي عليه جدل موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض.

القاعدة:

من المقرر في القانون أن احتمال الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض . بل يلزم أن يكون الضرر المدعى به محققاً ، وكانت المحكمة حين قضت برفض الدعوى المدنية - التعويض - قد أسست قضاءها على ما قالتها من عدم ثبوت ضرر شخصي مباشر من الجريمة في حق الطاعن أخذاً بما خلص إليه تقرير الخبير الذي إطمأنت إليه ، وهو ما تملكه في حدود سلطتها فلا معقب عليها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعوى المدنية قبل المطعون ضده بناء على تقرير قانوني صحيح يكفي لحمل قضاؤه ، فإن ما يثيره الطاعن ينحل إلى جدل موضوعي حول سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى وعناصرها بما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض.
(المواد 163 من القانون المدني ، 251 ، 302 ، 309 إجراءات جنائية)
(الطعن رقم 2428 لسنة 60 ق جلسة 9/12/1998 س 49 ص 1426)

696 -

الضرر المحقق :

لكي يتوفر الضرر لابد يكون وقع فعلاً أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل وفي هذا يجب أن نميز بين ثلاث أقسام للضرر المستوجب التعويض : 1- الضرر الواقع : هذا الواقع فعلاً ولا مشكلة تثار حول وقوعه كإصابة الشخص نتيجة حادث السيارة . 2- ضرر مؤكد الوقوع : هو الضرر لم يقع بعد ولكن وقوعه مؤكد فبسبب الضرر قد تحقق ولكن آثاره كلها أو بعضها تراخت في المستقبل كإصابة عامل بعاهة مستديمة تحجز عن الكسب مستقبلاً ، فبعوض عن الضرر الذي وقع فعلاً متن جراء عجزه عن العمل في الحال وعن الضرر الذي سيقع حتماً نتيجة عجزه عن العمل في المستقبل فالتعويض شمل الضرر الحالي والضرر المستقبل المحقق الوقوع ، أو تهدم منزل يكون حتمي ولا بد من وقوعه نتيجة لعمل آلات مصنع مجاور أدت إلى الأضرار بالأساس، فإن الضرر في هذه الحالة يكون مؤكداً الوقوع.

الموجز:

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع التقديرية . شرطه.

القاعدة:

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستنداً إلى عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الطاعنة الموجب للتعويض لإصدارها قرار إنهاء خدمة المطعون ضده رغم أنها قامت باتخاذ الإجراءات التأديبية ضده بمجازته إدارياً عن أيام الغياب التي انقطع فيها عن عمله وبالتالي فما كان يجوز لها أن تعمل

الركن الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وهو الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية وتعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص. لذا حتى يستحق المتضرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد فيه .
يمكن أن ينسب الضرر لعدة أسباب لا لسبب واحد و نكون أمام تعدد الأسباب، ويمكن أن يترتب عن خطأ ما ضرر أو ويلحقه وقوع ضرر ثاني ثم ثالث وهو ما يسمى بتعاقب الأضرار.

وفي هذا تحديد الأضرار التي أنتجها الخطأ ومن تحديد النقطة التي تنقطع عندها السببية.

697

قرينة الاستقالة الضمنية المنصوص عليها في المادة 100 من القانون رقم 48 لسنة 1978 وهي اسباب سائغة ومستمدة من عناصر الدعوى وتكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه.
(المادة 178 مرافعات مصري ، 163 مدنى مصري)
(الطعن رقم 9621 لسنة 66 ق جلسة 20 / 11 / 1997 س 48 ج 2 ص 1279)
697

رابطة السببية في المسؤولية المدنية

رابطة السببية

فهرس

١ تعدد اسباب الضرر :

١,١ اولاً – تعادل الاسباب:

١,٢ ثانياً – نظرية السبب المنتج:

٢ انتفاء رابطة السببية :

٢,١ المحور الاول – انتفاء المسؤولية عن الضرر غير المباشر:

٢,٢ المحور الثاني – انقطاع علاقة السببية

٢,٢,١ اولاً : القوة القاهرة:

٢,٢,٢ ثانياً – خطأ المضرور:

٢,٢,٣ ثالثاً – خطأ الغير:

٣ اثبات رابطة السببية:

تعدد اسباب الضرر :

اولا - تعادل الاسباب :

اذا اشتركت عوامل عدة في احداث الضرر فإنه يتعين عند انصار تعادل الاسباب اعتبار كل العوامل متعادلة او متساوية في احداث الضرر بانها جميعا ساهمت في وقوع الضرر أي لولاها لما وقع الضرر .

ثانيا - نظرية السبب المنتج:

اذا اشتركت اسباب عدة في احداث الضرر فانها جميعا لا تعتبر متساوية بل يجب التمييز من بينها بدقة بين الاسباب العارضة او غير المألوفة ، وبين الاسباب المنتجة او المألوفة والاولى تستبعد من حدوث الضرر اما الثانية فيعتد بها بحسب المجري العادي للامور . وعليه يكون السبب المنتج في المثال السابق هو قيادة السائق للسيارة برعونة او عدم تبصر ، اما اهمال المالك لاجلاق السيارة فإنه مستبعد بحسب المجري العادي للامور . والى نظرية السبب المنتج تواتر قضاء محكمتنا العليا

انتفاء رابطة السببية:

المحور الاول - انتفاء المسؤولية عن الضرر غير المباشر:

اذا تعاقب او تلاحقت الاضرار عن الخطأ فهل يسأل مقترف الخطأ عنها جميعا او علي العكس فانه لا يسأل الا عن الضرر المباشر .

ويضرب بواتينيه فقيه القانون الفرنسي القديم مثلا علي ذلك بقيام تاجر الماشية ببيع بقرة مريضة انتقلت منها العدوي الي مواشي المشتري فماتت جميعا فلم يتمكن المشتري من زراعة ارضه واحتجاج الي المال ولم يستطيع وفاء ديونه فحجز الدائنون علي امواله التي بيعت في المزاد بثمن بخس فهل يسأل البائع عن جميع الاضرار السابقة ؟

جاب المشرع المصري . بان التعويض لا يشمل الا الضرر الذي يكون نتيجة طبيعة الاخلال بالالتزام . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن الدائن في مكنه أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

فأن كان يمكنه المضروور توقي الضرر ولم يفعل اعتبر كذلك قد اخطأ فيحتمل تبعة خطئه وبذا لا يسأل مرتكب الخطأ سوي عن موت البقرة وسائر مواشي المشتري فقط باعتبارها اضرار لم يستطيع توقيها ببذل جهد معقول .

إما عجز المشتري عن زراعة أرضه ، وعدم القدرة علي الوفاء بديونه فهي اضرار غير مباشرة كان بوسعة تلافيها ببذل جهد معقول بما ، في ذلك مثلا شراء ماشية أخرى .

المحور الثاني - انقطاع علاقة السببية

معني القوة القاهرة يختلف عن الحادث الفجائي والحقيقة أنهما مترادفان والقوة القاهرة ، او الحادث الفجائي واقعة استثنائية عامة لا يمكن توقعها ويستحيل دفعها تنقطع بها علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية .

وتختلف القوة القاهرة عن حالة الضرورة التي تحيط بالشخص ، وتدفعه لاتقاء ضرر يهدده الي الاضرار بغيره ، والاولى يستحيل دفعها ، والثانية يمكن تحملها . كذا فأن الضرورة تؤثر علي الخطأ بينما تؤثر القوة القاهرة علي رابطة السببية وان جميع بين الاثنينين ، عدم التوقع .

اولا : القوة القاهرة:

لا يمكن بداية تكليف الواقعة علي انها قوة القاهرة تنقطع بها علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الا اذا توافرت شرائط عدة .

1- شروط القوة القاهرة :

لا يكون الحادث قوة القاهرة الا اذا كان غير متوقع وقت حدوث الضرر والثابت ان عدم التوقع مسألة نسبية تختلف من حالة لاخري فالحرب قد تكون متوقعة وعندها لا تعتبر قوة القاهرة وقد تنشأ فجأة فتعد عندئذ بمثابة حادث غير متوقع كذا فان الامطار الغزيرة

امر متوقع في البلاد الاستوائية وغير متوقعة في البلاد الجافة ، والزلازل حادث متوقع في دول حزام الزلازل وغير ذلك في الدول الاخرى .

اما الشرط الثاني فمفاده ان يكون الحادث مستحيلا دفعة او تفادية وعليه اذا كان الحادث غير متوقع وممكن مع ذلك دفعة فانه لا يعتبر قوة القاهرة ذلك ان عدم تفادي الضرر ينطوي بذاته علي خطأ من جانب المدعي عليه . واخيرا يجب ان يكون الحادث اجنبيا ولا يكون كذلك الا اذا كان المدعي عليه لا يدان وقع الحادث لخطا من المدعي عليه او من احد تابعة لم يكن الحادث اجنبيا .

- 2 اثر القوة القاهرة :

اذا توافرت للقوة القاهرة شرائطها انقطعت بها علاقة السببية وبالتالي لا تجعل المخطئ ملزما بالتعويض . والاعفاء من التعويض كامل فان كان الضرر حصيلة القوة القاهرة وخطأ المسئول لا يلتزم المسئول مساهمة خطئة في احداث الضرر علي نحو يفي فيه جزء من الضرر دون تعويضه .

ثانيا - خطأ المضرور:

الفرض الأول : استغراق احد الخطأين للخطأ الآخر :

اذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور كانت المسؤولية عن الضرر من جانب المدعي عليه لانعدام رابطة السببية لان الخطأ الاول كان بذاته كاف لوقوع الضرر .

أحد الخطأين أشد جسامه من الخطأ الآخر

أحدهما عمديا والثاني غير عمدى . بأن الراغب في الإنتحار بإلقاء نفسه أمام سيارة يستغرق خطأه الخطأ غير العمدى الذى وقع من المدعى عليه المتمثل في الإسراع بالقياده خلافا لقوانين المرور

أحد الخطأين نتيجة من الخطأ الآخر :

كذا يكون الخطأ مستغرقا اذا حدث احد الخطأين كنتيجة للخطأ الآخر فان كان خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعي عليه اعتبر الاخير مسئولا بالتعويض مسؤولية كاملة .

الفرض الثاني : الخطأ المشترك :

اذا كان الخطأ المستغرق الذي يعفى من المسؤولية يقوم علي ان احد الخطأين غير مستقل عن الخطأ الآخر فان المشترك علي عكس ذلك يقوم علي ان الخفاء مستقلة او متميزة وبذا يمكن للقاضي توزيع مقدار التعويض عن الخطأ المشترك علي المسئولين بالتساوي الا اذا امكن تحديد جسامه كل خطأ .

ثالثا - خطأ الغير :

الغير كل شخص خلاف المدعي عليه والمضرور وبذا لا يعتبر غيرا ؛ الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا بما في ذلك التابع بالنسبة للمتبوع ، يعتبر غيرا ؛ اقارب المضرور . وعليه حال فان خطأ الغير لا يقوم الا اذا توافرت له عناصر الخطأ أي بوصفه محض تعدي او انحراف عن سلوك الشخص المعتاد .

اثر خطأ الغير :

كان شركاء في المسؤولية قبل المضرور متضامين وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي لا يمكن رجوع المضرور وبتعويض الجزء الذي سببه كل واحد من المسئولين عن الضرر مسئول من بين المتعديين لم يسبب جزاء فقط من الضرر بل سبب الضرر كله

اثبات رابطة السببية:

المضرور يقع عليه عبء اثبات توافرت السببية بوصفه مدعيا ..

المرجع

مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

1- مسؤولية متولي الرقابة:

ويشترط لقيام هذه المسؤولية توافر شرطين، وهما:

الشرط الأول: تولى شخص الرقابة على شخص آخر:

وتستند هذه الرقابة إما إلى القانون، كرقابة الولي على النفس على القاصر، أو إلى الاتفاق؛ كرقابة رب العمل على الصانع. وسبب الرقابة إما أن يكون القصر أو الحالة العقلية والجسمية. ويعد القاصر بحاجة إلى الرقابة - في القانون السوري مثلاً - إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة من عمره، أو بلغها وكان لا يزال في كنف القائم على تربيته.

الشرط الثاني: قيام الخاضع للرقابة بعمل غير مشروع أضر بالغير.

وتكون مسؤولية متولي الرقابة إما أصلية، وذلك عندما يكون الخاضع للرقابة غير مميز، أو تبعية؛ وذلك عندما يكون الخاضع للرقابة مميزاً، وهنا تكون مسؤولية الخاضع للرقابة أصلية، ومن ثم يمكن للمضروع الرجوع على الاثنين معاً (متولي الرقابة والخاضع لها)؛ وذلك لأن مسؤوليتهما هي تضامنية.

وتقوم مسؤولية متولي الرقابة على خطأ مفترض يقبل ثبات العكس، وهو الخطأ في رقابة القاصر. ويستطيع متولي الرقابة أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان سيقع حتى لو قام بواجب الرقابة.

2- مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع:

ar.jurispedia.org/index... /رابطه_السببية_في_المسؤولية_المدنية

رابطه_السببية_في_المسؤولية_المدنية - جوريبيديا القانون المشارك

ويشترط

لتحقق هذه المسؤولية توافر شرطين، وهما:

الشرط الأول: علاقة التبعية بين المتبوع والتابع :

ومضمون هذه العلاقة هو خضوع التابع للمتبوع، بحيث تكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه، ومثال ذلك علاقة العامل (وهو التابع) برب العمل (وهو المتبوع).

الشرط الثاني: ارتكاب المتبوع عملاً غير مشروع نتج منه ضرر أصاب الغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

ويترتب على ذلك أنه لا تتحقق مسؤولية المتبوع إلا إذا قامت مسؤولية التابع، ولا تقوم مسؤولية التابع إلا إذا توافرت أركان المسؤولية عن العمل الشخصي وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. ولا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا وقع الخطأ من التابع في أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ومثال ذلك أن يصدم سائق السيارة أحد المارة في أثناء قيامه بعمله. ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع هي مسؤولية تبعية تقوم إلى جانب مسؤولية التابع التي تعد أصلية. ومن ثم يحق للمضرور أن يلاحق كلاً من التابع والمتبوع بالتعويض؛ وذلك لأن مسؤوليتهما عن الضرر هي تضامنية. ويجيز القانون عادة للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه.

وأساس مسؤولية المتبوع عن عمل التابع هو الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، ومعنى ذلك أن المتبوع لا يستطيع أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه لم يخطئ. ولا يمكن له أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة وخطأ المضرور وفعل الغير.

الخطأ في القانون . 698

بيّن القانون المدني المصري ⁶⁹⁹ فيما وضعه من أحكام للمسؤولية، عقديّة كانت أم تقصيرية، أن الأساس فيها جميعاً هو الخطأ دون أن يعرف ماهية الخطأ، فقد ذكرت المادة 164 من القانون المدني المصري ⁷⁰⁰ أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تعريف الخطأ وتحديد مفهومه، أو وضع معيار معين له. فمنهم من أخذ بالنظرية التقليدية للخطأ التي تشترط أن يتوافر فيه عنصران: أولهما، نفسي وهي الإضرار بالغير أو توقع الضرر والمضي في الفعل المحدث له مع ذلك، أو عدم الاحتياط لتلافيه، وثانيهما، مادي وهو أن يكون الفعل غير مشروع أو إخلالاً

698 _

www.arab-ency.com/ar/البحوث/المسؤولية

www.arab-ency.com/_/details.law

699 _

المادة 164

- (1) يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .
- (2) ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه , او تعذر الحصول على تعويض من المسئول , جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم

700 _

المادة 164

كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

بالقانون أو الواجب القانوني، ومنهم من يعول على نظرية تحمل التبعة. وإلى هذا اتجهت معظم التشريعات المدنية العربية وعدد من التشريعات الأجنبية.

وفي هذا المجال، عرّف الفقيه الفرنسي بلانيول الخطأ بأنه إخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق، كما عرفه سافاتييه بأنه «الإخلال بواجب كان في الإمكان معرفته ومراعاته».

ولأن هناك نوعين من المسؤولية: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فإن ذلك يستتبع وجود نوعين من الخطأ: الخطأ العقدي، وهو خطأ يتتبع في تكيفه وتعيّن مداه ظروف التعاقد وما اتفق عليه أطراف العقد، ويتأتى عن عدم تنفيذ المدين لما التزم به سواء أكان هذا الالتزام بنتيجة أم كان التزاماً عاماً بالتبصر والعناية. فالمدين إذا لم ينفذ التزامه الناشئ عن العقد يكون قد انحرف عن السلوك الواجب في ذلك بنحو لا يفعله المدين الرشيد. والخطأ التقصيري وهو الخطأ الذي يتأتى في الإخلال بواجب قانوني. ميز الفقه بين أنواع الخطأ، وذكر منها الخطأ العمد الذي يكون بحيث يقصد المرء إحداث الضرر فيما يقدم عليه من الإخلال بواجب قانوني. والخطأ غير العمد وهو يكون عندما يقع الإخلال بواجب قانوني بغير أن يتجه فيه قصد المسؤول إلى إحداث الضرر، ويدق البحث في هذا النوع من الخطأ إذ على تحديده يكون الفصل في توافر المسؤولية أو انعدامها، ويعدّ محدث الضرر مخطئاً إذا كان منحرفاً في مسلكه عما كان يجب أن يكون عليه. كما ميز الفقهاء بين الخطأ التافه وهو ذلك الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال وعدم الانتباه ولا يقتصره الرجل الحريص، وتتوافر المسؤولية عنه ما دام قد ترتب عليه ضرر بالغير إذ إن القانون لم يعلق قيام المسؤولية على درجة معينة من الخطأ، وبين الخطأ اليسير وهو الذي لا يقتصره شخص معتاد في حرصه وعنايته. ثم هنالك الخطأ الذي لا يغتفروه وهو الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي وينجم عن فعل أو ترك إرادي وذلك مع انعدام أي دوافع تبرره، وهذا الخطأ تنعدم فيه نية الإضرار مما يميزه من الخطأ العمد الذي يجب توافرها فيه، ثم هنالك الخطأ الجسيم وهو ما يقول فقهاء الرومان إنه عدم إدراك وعدم توقع ما كان على أي أحد أن يدركه أو يتوقعه. ويتميز هذا النوع من الخطأ من الخطأ العمد

أو الخطأ الذي لا حيث يمكن أن يقع الخطأ الجسيم بغير سوء نية
الفاعل ودون أن يتجه قصده لإحداث الضرر. وتذهب أحكام القضاء إلى أن الخطأ الجسيم
يتحقق بذلك الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ حداً خاصاً من الجسامة.
وإذا كان القانون والفقه قد عدّا أنه لا وجود للمسؤولية المدنية إلا بتوافر أركانها الثلاثة:
الخطأ، والضرر، ورابطة السببية بينهما، وأنه يتعين ثبوت هذه الأركان جميعاً لإمكان
القضاء بما يطلب من تعويض، لكنه وجد ذلك متعذراً في إثبات حدوث الضرر عن فعل
خاطئ من جانب المسؤول في بعض الحالات، وهذا ما حدا بالتشريعات في بعض الأحوال
وبالقضاء في أخرى، إلى رفع عبء الإثبات عن كاهل المضرور في حالات بعينها كما في
المسؤولية القائمة على قرينة افتراض الخطأ كما سوف يأتي بيانه.

أركان الخطأ ركن مادي هو التعدي وركن معنوي هو الإدراك. وبحسب المعيار التقليدي
فإنه يجب التفرقة بين التعدي بالعمد والتعدي بالإهمال، فإذا كان التعدي بالعمد، أي
ينطوي على قصد إحداث الضرر (وهو ما يعبر عنه بالجريمة المدنية)، فإن تقديره يكون
عندئذ ذاتياً بيد أن القضاء والفقه مستقران على إلحاق الخطأ الجسيم بالعمد ليأخذ
ذاك حكم هذا، أما إذا كان التعدي بالإهمال، وهذه هي الحالة الغالبة، وهو ما يعبر
عنه بشبه الجريمة المدنية، فإن التقدير الشخصي لا يصلح، ويختلف المقياس من شخص
لآخر لذا فالرأي مستقر على الأخذ بمعيار مجرد فيقاس فعل المسؤول بمسلك شخص مجرد
هو الشخص المعتاد. أما الركن المعنوي في الخطأ فإن مناط المسؤولية فيه التمييز إذ لا
مسؤولية دون تمييز، ويتوافر التمييز ببلوغ الصغير سن السابعة دون أن يعرض له ما يفقده
العقل، وهذا هو ما استقرت عليه تقاليد القانون منذ الرومان إذ لا يمكن مساءلة عديم التمييز
لأن انعدام التمييز يخلي من المسؤولية من الناحيتين الجنائية والمدنية
معاً. وقد عالجت التشريعات النافذة في كل بلد آثار الخطأ بنصوص تركز على قاعدة
عامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض، وتلك هي السياسة التشريعية التي
جرت عليها التقنيات اللاتينية دون إيرادها تطبيقات تفصيلية للخطأ بل اقتصر على
وضع القاعدة العامة، وذلك بخلاف القوانين الأنغلوسكسونية والجرمانية فإنها تعتمد

إلى التفصيل وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ. ومن المعروف، على سبيل المثال، في القانون الإنكليزي أنه لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ بل يحوي أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه، ومن ثم لم يسم هذا القسم من القانون الإنكليزي «قانون الخطأ» بل «قانون الأضرار». وفي كل الأحوال إن التشريعات متفقة على أن الخطأ هو الركن الأول في المسؤولية أما الركن الثاني فهو أن يحدث هذا الخطأ ضرراً، ثم هنالك الركن الثالث وهو السببية، وتعني علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، والسببية ركن مستقل وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ. كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعد خطأ وتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعة فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود، وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية. ولا يظهر استقلال السببية عن الخطأ بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مقترفاً، أما آثار المسؤولية وجزاؤها «التعويض» فإنها تترتب إذا توافرت أركانها على النحو المذكور، وعندها يتوجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه. فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية وهو جزاؤها. وهنالك أنواع للمسؤولية، منها المسؤولية الأدبية التي لا تدخل في دائرة القانون ولا يترتب عليها جزاء قانوني وأمرها موكول إلى الضمير. والمسؤولية القانونية التي تدخل في دائرة القانون ويترتب عليها جزاء قانوني، وهنالك المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وتقوم الأولى على أن هنالك ضرراً أصاب المجتمع أما الثانية فتقوم على أن ضرراً أصاب الفرد، ثم هنالك المسؤولية العقدية التي تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، والمسؤولية التقصيرية التي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وبدورها تشتمل المسؤولية التقصيرية على أنواع هي المسؤولية عن الأعمال الشخصية التي عالجها القانون المدني المصري في المواد 174-176⁷⁰¹ وهي تستند إلى الأركان الثلاثة للمسؤولية، ثم هنالك المسؤولية عن عمل

⁷⁰¹ -

الغير ، ويقوم أساسها على الخطأ أيضاً، وشروطها أن يتولى شخص الرقابة على آخر وأن يصدر عمل غير مشروع من الخاضع للرقابة، ودفع هذه المسؤولية تكون بنفي قرينة الخطأ أو نفي السببية وحق المكلف بالرقابة في الرجوع على من هو تحت رقابته، ثم هنالك مسؤولية المتبوع عن التابع، مادة 174 من القانون المدني المصري⁷⁰² ، وشروطها أن تكون هنالك علاقة تبعية بين التابع والمتبوع وأن يقع من التابع خطأ وأن يقع الخطأ في حال تأدية الوظيفة أو بسببها ولا تدفع مسؤولية المتبوع إلا بنفي مسؤولية التابع استناداً إلى سبب أجنبي، ويقوم أساس مسؤولية المتبوع على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس في رأي بعض الفقهاء. وعلى أساس تحمل التبعية في رأي بعضهم الآخر. ولما كانت مسؤولية المتبوع تقوم تبعاً لمسؤولية التابع فإن المتبوع متى دفع التعويض كان له الحق بالرجوع على التابع بكل ما دفع لأن الخطأ خطأ هذا التابع، وهذا ما نصت عليه المادة 175 من القانون المصري⁷⁰³ . وهنالك المسؤولية الناشئة عن الأشياء والتي ورد النص عليها في

(1) يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها . (2) وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة في رقابته وفي توجيهه.

المادة 176

حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان او تسرب ، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يد له فيه

⁷⁰² -

المادة 174

(1) يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها . (2) وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة في رقابته وفي توجيهه.

⁷⁰³ -

المادة 175

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر .

المواد 176-178 من القانون المصري⁷⁰⁴ ، فإذا كانت الأشياء من الحيوان فشروط المسؤولية أن يتولى شخص حراسة الحيوان وأن يحدث الحيوان ضرراً، وهي تقوم في أساسها على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، أما إذا كان الشيء بناء فإن هنالك شرطين لتحقيق المسؤولية: أن يكون المسؤول حارساً للبناء وأن يتهدم البناء، وأساس هذه المسؤولية خطأ مفترض، ثم هنالك مسؤولية حارس الأشياء ولها شرطان أن يتولى شخص حراسة شيء مما أشارت إليه نصوص المادة 177 مصري⁷⁰⁵ ، وأن يقع الضرر من فعل الشيء وأساس هذه المسؤولية خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس. وقضت المادة 169 من القانون المصري⁷⁰⁶ بأنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في

⁷⁰⁴ _

المادة 176

حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان او تسرب ، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يد له فيه .

المادة 177

(1)حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر ، ولو كان انهزاما جزئيا ، مالم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة او قدم فى البناء او عيب فيه . (2) ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فة اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

المادة 178

كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة الات ميكانيكية يكون مسئول عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر ، مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لايد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة

⁷⁰⁵ _

المادة 177

(1)حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر ، ولو كان انهزاما جزئيا ، مالم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة او قدم فى البناء او عيب فيه . (2) ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فة اتخاذ هذه التدابير على حسابه

⁷⁰⁶ _

المادة 169

اذا تعدد المسئولين عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر , وتكون المسؤولية بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض

التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض. ولأن أركان المسؤولية الثلاثة هي وقائع مادية فإنه يجوز الإثبات بجميع الطرق ولا سيما البيئة والقرائن. وينشأ الحق في التعويض منذ وقوع الضرر وليس الحكم هو مصدر الحق في التعويض وهو ليس منشأً للحق وإنما مقرر له فحسب. ويعين القاضي التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون مقسطاً، وهذا يقدر بالنقد على أنه يجوز تبعاً للظروف أن يأمر القاضي بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ويقدر القاضي مدى التعويض، ليشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ويشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً

المسؤولية التقصيرية في القانون المغربي

المسؤولية التقصيرية في القانون المغربي⁷⁰⁷

Jurisdiction

: Tribunal de première instance

Pays/Ville

: Maroc, El jadida

Numéro de décision

: 3474/72

Gazette des Tribunaux du Maroc مجلة المحاكم المغربية N° 14 p.55

انه حتى ولو حكم على المتهم في القضية الجنحية بالبراءة، فان هذا لا يمنع المدعى من اللجوء الى القضاء المدني الذي بني على المسؤولية على الفصل 88 من قانون العقود والالتزامات الذي يحدد مسؤولية الشخص على الاشياء التي تحت حراسته، على المسؤولية الجنحية التي بنى عليها القاضي الجنحي حكمه.

المحكمة الابتدائية بالبيضاء

ملف عدد 3474/72 صادر بتاريخ 1972/02/09

قانون الالتزامات والعقود - الفصل - 88 قوة الشيء المقضي به في الجنحي على المدني
إن المحكمة :

بعد الاستماع الى تلاوة القاضي المقرر السيد في الجلسة العمومية المنعقدة بتاريخ: 9/02/1972 وبناء على الوثائق المدلى بها والمذكرات والطلبات الختامية التي قدمها الخصوم وجميع أوراق ملف المسطرة المتبعة من طرف العضو المقرر.

وبعد المداولة طبقا للقانون

بناء على المقال الذي وضعه المدعون المساعدون قضائيا بواسطة محاميهم الأستاذ بكتابة الضبط بتاريخ 1972/10/20 يعرض فيه انه بتاريخ 1969/10/11 وبالطريق الرئيسية رقم 9 سيدي اسماعيل مراكش على بعد 13 كلم من سيدي اسماعيل وقعت حادثة سير ذهب ضحيتها الهالك السيد خويلى الذي كان ممتطيا دراجته العادية في طريقه إلى سيدي بنور وتسبب فيها المدعى عليه السيد مبارك بن رجال الذي كان يسوق شاحنة من نوع برليي مسجلة تحت رقم 46 - 5266 والذي كان يسير في نفس اتجاه الضحية فصدم الضحية من الخلف وأراد قتيلا في الحال.

وحيث إن هذه الحادثة تسببت للعارضين في أضرار مادية ومعنوية جد جسيمة خاصة زوجته وأولاده. وإن مسؤولية الحادثة تقع بكاملها على عاتق المدعى عليه الذي كان يسير بسرعة غير ملائمة لظروف المكان والزمان إذ أنه صدم الضحية في أقصى اليمين ولم يوقف إلا عن بعد 36 م. من نقطة الاصطدام وقد سبق أن صدر على المدعى عليه المتسبب في هذه الحادثة حكم جنحي أدين بثلاثة أشهر حبسا مؤجلا وغرامة نافذة حكم ب 1972/3/23 ملف 2231. لذلك فالمدعون يلتزمون من المحكمة استدعاء المدعى عليهما والحكم على المدعى عليه الأول بأن يؤدي لورثة الضحية الآتية أسماؤهم :

1- بوشعيب بن محمد أب الضحية : 20.000 درهم. ولامه بتعويض 20.000 درهم. ولأخيه محمد بن بوشعيب 10.000 ولأرملته فاطمة بنت محمد : 50.000 ولكل واحد من أولاده الخمسة وهم : حسن وحسين ومبارك ومحمد وخديجة تعويضا ماديا ومعنويا قدره (10.000) درهم فيكون مجموع المبلغ المطلوب هو 300.000 درهم وبإحلال شركة التأمين الأمريكية محل المؤمن له في الأداء مع التنفيذ المعجل وتحديد الإيجار في أقصاه. ويتحمل المحكوم عليه الصائر.

وحيث استدعى الطرفان إلى قاعة الجلسات فحضر الأستاذ عن المدعين وحضرت الأستاذة عن المدعى عليهما المسؤول المدني وشركة التأمين الأمريكية وأدلت بمذكرة حاز الأستاذ نسخة منها والأستاذ ... عن المدعى عليه نسخة منها كذلك والتمس الأستاذ مهلة للجواب فجعلت القضية في جلسة 19/1/1972. في جلسة 19/1/1972 حضر الأطراف واسند والنظر للمحكمة والتمست الأستاذة تأخير القضية لجلسة أخرى ليدلي الأستاذ ... الذي طلب الأخير للجواب وأنه اسند النظر بدون جواب فتقرر جعل القضية في المداولة 9/2/1972.

وحيث إن الأستاذة عن الجانب المدعى عليه التمس في جوابها رفض الطلب شكلا لأنه قدم على هيئة جماعية ولأنه ليس في المسألة ما يدل على أن المدعين حسن وحسين ابني الضحية. وفي الموضوع يقول أن مسؤولية الحادثة تقع بكاملها على عاتق الضحية ذلك أنه كان يسير ليلا بدون إنارة كما يستفاد من تقرير الدرك وأن قرار قاضي الجرح لا يلزم قاضي الأمور المدنية الأحق به ما دام أطراف الدعوى وبالأخص شركة التأمين لم يقع استدعاؤهم للحضور بالجلسة الجنحية لإبداء دفاعهم. احتياطيا إذا ما ارتأت المحكمة أن تحل العارضين جزءا من المسؤولية فيجب تحمل القسط الأوفر للضحية أي 5/4 عليه و 5/1 على العارضين. في المطالب :

(1) حيث أنه لا يفوت المحكمة أن الضحية لا عمل له ولا حرفة وأنه لا يوجد في لائحة الضرائب وإن المطالب مبالغ فيها جدا.

(2) إن أخ الضحية صرح لرجال الدرك بأن أخاه يذهب عادة إلى عمله في معمل القطن لذلك فإن الأمر يتعلق بحادثة شغل وليس للمتضررين الا طلب تعويض تكميلي ولهذه الأسباب يلتزم العارضين التصريح بعدم قبول الطلب شكلا وإلغاؤه جوهرًا واحتياطيا التصريح بتحمل السائق خمس المسؤولية 1/5، وأربعة أخماسها يتحملها الضحية، التصريح بأن الأمر يتعلق بحادثة شغل وإبقاء القضية إلى أن يقع حكم ملف الشغل وإرجاع المبالغ المطلوبة إلى مبالغ معقولة المدعى و تحمل المدعى الصائر.

وحيث تبين من محضر الحادثة ومن الرسم الثاني الملحق به أن الضحية كان يسير في أقصى يمينه فصدمه المدعى عليه من الخلف وأرادته قتيلا ولم يقف إلا عن بعد 34 متر تاركا اثر الحصار الشيء الذي يدل على أنه كان يسير بسرعة غير ملائمة لظروف المكان والزمان.

وحيث أن المدعى عليه باعتباره حارسا للشاحنة يكون مسؤولا عن الأخطار والأضرار التي تسببت فيها الشاحنة للغير. وحيث إن الأخير " الضحية" لم يرتكب أي خطأ إذ كان يسير في أقصى يمينه كما تبين من الرسم البياني وكانت دراجته تتوفر على الضوء الأحمر الخلفي بشهادة من صاحبه الذي كان يمشي معه وقت الحادثة وإن ما جاء في تقرير الدرك. هو أن المحيط الأحمر موجود ولكنه مقطوع، يفيد أن الضوء كان ولكنه قطع باثر الصدمة القوية. وحيث أن مسؤولية الحادثة يتحملها المدعى عليه باعتباره حارسا للشاحنة عملا بالفصل 88 من قانون العقود والالتزامات. وحيث إن الحكم الجنحي يعتبر حجة لدى القاضي المدني فيما أورده من حكمه، وإن المدعى ادلى بحكم جنحي ابتدائي وعلى من ادعى أن الحكم استؤنف أن يدل بما يفيد أنه استؤنفه. فليس على المدعي بعدما ادلى بحكم ابتدائي ليس عليه ما يفيد أنه مستأنف وإن يدلي بما يثبت أنه مستأنف.

وحيث انه حتى ولو حكم على المدعى عليه مدنيا الان، المتهم في القضية الجنحية بالبراءة، فان هذا لا يمنع المدعى من اللجوء الى القضاء المدني الذي بني على المسؤولية على الفصل 88 من قانون العقود والالتزامات الذي يحدد مسؤولية الشخص على الاشياء التي تحت حراسته، على المسؤولية الجنحية التي بني عليها القاضي الجنحي حكمه.

وحيث ان الدفع الذي تقدمت به الشركة من ان القضية قضية شغل لا يرتكز على اساس وليس دفعا ملزما، فليس بكاف لاعتبار الحادثة حادث شغل بتصريح ناقض بان الضحية عادة يذهب إلى عمله في الفصل من ظهير 6/2/63 وان كان اعتبر مسافة الذهاب والإياب داخلية في وقت الشغل إلا انه يجب على من ادعى ذلك ان يثبت ان الضحية كان ذاهبا فعلا الى الشغل اذ ان الحادثة وقعت حوالي الساعة 5 والنصف صباحا والشغل عادة لا يبتدىء الا في الساعة 8 صباحا وعلى من يدعي ان الشغل يبدأ قبل ان يدلي بما يثبته، فليس من المعقول ان اكثر من ساعتين ونصف داخلية في وقت العمل.

كما ان الشركة لم تدل بما يثبت ان مسطرة حادثة الشغل اتبعت وان الحادثة صرح بها بكيفية قانونية.

خاصة وان الحادثة وقعت بتاريخ 11/10/1969 ولم يصرح بها حتى الان وان صورة الرسالة التي أدلت بها الشركة من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا تفيد إلا أن الصندوق دفع للأرملة مبلغ 542,72 درهم لتجهز الجنازة، وان الصندوق المذكور يعطي العامل الذي مات مبلغ التجهيز ولو توفي في فراشه.

وحيث ان من ادعى شيئا فعليه إثباته.

وحيث ان الشركة لم تثبت ان القضية قضية شغل، لذلك يجب رفض دفعها.

وحيث ان المحكمة تتوفر على كافة العناصر لتحديد الضرر الحاصل لكل واحد من المطالبين بالحق المدني ومن ثم تقدير التعويض الملائم له.

وحيث إن الأرملة ومحارها لحقتهم أضرار مادية ومعنوية وأنهم فقدوا معيّلهم وبذلك يستحقون شمول مبلغ من القدر المحكوم به لفائدتهم بالنفاذ المعجل.

وحيث ان المطالبين بالحق المدني قدموا جميع الوثائق الضرورية في مثل هذه الحالة .

لهذه الأسباب:

وتطبيقا للفصلين 148 و 191 من قانون المسطرة المدنية والفصل 88 من قانون العقود والالتزامات.

حكمت المحكمة علنيا وابتدائيا وحضوريا في حق جميع الأطراف.

بقبول الطلب شكلا وفي الموضوع حكمت على المدعى عليه مبارك بن رحال بن محمد بان يؤدي لورثة الضحية على المبالغ الآتية :

لأرملته فاطنة بنت محمد تعويضا ماديا ومعنويا قدره : 20.000 درهم.

ولها عن محارها أبناء الضحية وهم حسن بتعويض ماديا ومعنويا : 20.000 درهم

.....حسن..... 12.000 درهم

.....مبارك..... 22.000 درهم

.....محمد..... 23.000 درهم

.....خديجة..... 24.000 درهم

ولبوشعيب بن محمد والد الضحية بتعويض قدره : 10.000 درهم

ولامه رقية بنت محمد : 10.000 درهم

ولاخيه محمد بتعويض معنويا قدره : 1.500 درهم

مع شمل المبالغ المحكوم بها بالنفاذ المعجل لغاية الربع بالنسبة للزوجة والقاصرين وحدهم بإحلال شركة التامين الشركة الملكية محل المؤمن له في الأداء جعلت الصائر مناصفة بين الطرفين وحددت الإكراه عن الصائر والمبالغ المحكوم بها في حده الأدنى.

وألغت الطلب في الباقي.

Jurisdiction

: Cour de cassation

Pays/Ville

: Maroc, Rabat

"Le Critère" N° 44 مجلة المعيار

- الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني تلزم آثاره قيل كل دفع أو دفاع و لا تقبل آثارته أمام محكمة الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية.
- وقوع أحداث و المتضرر في عهدة الأستاذ المشرف على المادة و تحت مسؤوليته يشكل تسييرا سينا للمرفق العام يرتب مسؤولية الإدارة.
- حجية الاتفاقات تقتصر إلزاميتها على طرفيها.

القرار عدد "618" الصادر بتاريخ 2008/07/09، ملف رقم 2006/2/4/2534

باسم جلالة الملك

بناء على المقال الاستئنافي المرفوع بتاريخ 2006/07/20 من طرف شركة سينا للتأمين بواسطة دفاعها الأستاذ سليم بنسعيد، الذي استأنف بمقتضاه الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2005/09/28 في الملف عدد 47 ت/2004.

و بناء على مذكرة الجواب المدلى بها بتاريخ 2006/12/12 من طرف السيد السبتي محمد كريم بواسطة دفاعه الأستاذ بتر كور أمين محمد.

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

و بناء على المادة 47 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

و بناء على قانون المسطرة المدنية.

و بناء على الأمر بالتخلي الصادر بتاريخ 2008/03/17.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلني المنعقدة بتاريخ 2008/07/09.

و بناء على المناداة على الأطراف و من ينوب عنهم عدم حضورهم.

و بعد تلاوة المستشار السيدة عائشة بن الراضي لتقريرها في هذه الجلسة و الاستماع على ملاحظات المحامي العام السيد سابق الشرقاوي.

و بعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل: حيث إن الاستئناف المقدم من طرف شركة التأمين سينا و من معها المذكورة أسمائهم بالمقال بتاريخ

2006/07/20 ضد الحكمين الصادرين عن المحكمة الإدارية بفاس في الملف رقم 2004/47 التمهيدي القاضي بإجراء خبرة بتاريخ 2005/01/19 و آليات في الموضوع بتاريخ 2005/04/04 جاء مستوفيا لجميع الشروط المتطلبة قانونا فهو مقبول شكلا.

في الموضوع: حيث يستفاد من أوراق الملف و من ضمنها الحكمين المستأنفين أنه بتاريخ 2004/03/17 تقدم سبتي محمد كريم بمقال عرض فيه أنه يدرس بثانوية ابن حزم و بتاريخ 2004/02/23 تعرض لحادث عندما كان في حصة التربية البدنية و سقط على يده اليسرى و السبب في ذلك يرجع إلى مدرس المادة الذي فرط في الرقابة و التوجيه ملتصا بالحكم له بتعويض مؤقت قدره 500 درهم و إحالته على خبرة طبية لتحديد مخلفات الحادث مع حفظ حقه في تقديم مطالبه النهائية و إحلال شركة التأمين سينا محل المدعى عليهم في الأداء و شمل الحكم بالنفاذ المعجل، و بعد إجراء خبرة حددت نسبة العجز الجزئي الدائم في 6 في المائة و تمام الإجراءات أصدرت المحكمة حكما يقضي على الدولة المغربي في شخص الوزير الأول بأن تؤدي المدعي تعويضا إجماليا قدره 12.000.00 درهم من إخلال شركة التأمين في الأداء و الفوائد القانونية من تاريخ الحكم.

في أسباب الاستئناف:

حيث يعيب المستأنفون الحكم المستأنف بمجانبته للصواب عندما بنت إدارية فاس و هي مختصة باعتبار أن اتفاقية الضمان المدرسي التي تربط

وزارة التربوي الوطنية بشركة التأمين تنص بصفة صريحة في بندها الثامن على أن الاختصاص يعود إلى المحكمة الإدارية

بالرباط.

لكن حيث إنه بناء على الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بمقتضى المادة 14 من قانون 41.90 المحدثه بموجب المحاكم الإدارية فغنه يجب الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع و لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف غلا بالنسبة للأحكام الغيابية.

و حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنفة سبق لها في المرحلة الابتدائية أن دفعت بعدم الاختصاص النوعي و ليس المكاني مما يجعل ما أثير غير مقبول.

في السبب الثاني:

حيث يعيب المستأنفون بمجانيته للصواب ذلك أن المحكمة قبلت الدعوى رغم أن البند الثامن من الاتفاقية أعلاه يشترط قبل اللجوء إلى القضاء استنفاد جميع المساعي لفض النزاع و أن المستأنف عليه لم يسلك الصلح.

لكن و خلافا لما جاء في هذا السبب فإن من جملة ما عزز به المدعي دعواه نسخة من رسالة وجهها إلى المستأنفة شركة التامين يطلب فيها إجراء صلح ودي معها توصلت بها عن طريق البريد المضمون بتاريخ 2004/03/08 و لم تجب عنها مما يجعل ما أثير خلاف الواقع فضلا على أن مقتضيات الفصل 8 المحتج به لا تحول دون التوجه إلى القضاء من طرف المتضررين.

في السبب الثالث:

حيث يعيب المستأنفون الحكم المستأنف بخرق الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات و العقود ذلك أن المحكمة قضت على الدولة بتعويض على أساس كامل المسؤولية رغم أن هذا الفصل واضح في كون إثبات الخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي قد يحتج به ليس مفترضا بل لا بد من إثباته و أن المستأنف عليه لم يدل بشيء مما يستلزم معه إلغاء الحكم بخصوص المسؤولية.

لكن حيث تبين من الإشعار بحادثة رياضية مدرسية المرسل من طرف مدير ثانوية ابن حزم التي وقعت بها الحادثة إلى وزير التربية الوطنية و الشباب أن الحادثة وقعت أثناء حصة الأنشطة الرياضية المدرسية بملعب كرة القدم بالمؤسسة و تحت إشراف أستاذ المادة عندما اصطدم الضحية بأحد زملائه أثناء اللعب الشيء الذي تعرض له المستأنف عليه و هو عهدة الأستاذ المشرف على المادة أعلاه و تحت مسؤوليته و بشكل تسييرا شينا للمرفق العام مسؤولية الإدارة مما يجعل ما أثير غير ذي أساس.

في السبب الرابع:

حيث يعيب المستأنفون استنادا المحكمة في تحديد التعويض على سلطتها التقديرية و الحال أن التعويض في نازلة الحال يخضع لبنود اتفاقية الضمان المدرسي التي تربط الدولة بشركة التأمين و التي حددت مبلغ 30.000.00 درهم في حالة العجز البدني المطلق أي نسبة 100 بالمائة.

لكن من جهة فإن الاتفاقية المحتج بها ملزمة لطرفيها و لا تأثير لها على الغير علما أن المحكمة قضت بالتعويض المناسب لجبر الضرر الذي بقي عالقا بالضحية مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار و يكون بالتالي الحكم المستأنف واجب التأييد. لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكمين المستأنفين.

المجنون والقاصر – إصابتهما بالضرر – مسؤولية حارس الشيء

القرار المدني رقم 375

الصادر في 15 يونيو 1966

محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)

القاعدة

لا يمكن اعتبار ما يصدر عن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة خطأ بمعنى الفصلين 78 و 88 من ظهير العقود والالتزامات لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف فالضرر الحاصل لهما من الشيء المجعول في حراسة الغير يجب أن يتحملة

الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

1966.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة في 15 يونيو 1966.

وبعد الاستماع بهذه الجلسة إلى المستشار السيد امحمد بن يخلف في تقريره وإلى ملاحظات المحامي العام السيد مولاي عبد الواحد العلوي.

وبعد المداولة طبقاً للقانون.

بناء على ما نص عليه الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود من أن كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

(1) أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر.

(2) وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو لقوة قاهرة أو خطأ المصاب.

وبناء على أن الخطأ يعرفه الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات بالإمساك عما يجب فعله أو فعل ما يجب تركه من غير قصد لإحداث ضرر.

وبناء على أن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة لا يمكن أن يعتبر ما يصدر منهما خطأ بالمعنى الذي يرمي إليه الفصلان 78 و88 من ظهير العقود والالتزامات لعدم ما يوجب عليهما فعل شيء أو تركه لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف.

وبناء على أن الضرر الحاصل لهما من الشيء المجهول في حراسة الغير يجب أن يتحملة الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

وحيث إن الحكم المطعون فيه (محكمة الاستئناف بالرباط 15 يناير 1963) عندما رفض الطلب المقدم من صالح بن امبارك ضد ((كون)) والشركة العامة لتأمين التأمين بتعويض صالح عن الضرر الحاصل له من وفاة ابنه عبد القادر إثر حادثة سيارة اقتصر على القول بأن الطفل عبد القادر بن صالح صدمته سيارة المسمى كون عندما انفصل فجأة عن جماعة من الأطفال واخترق طريق مرور السيارة رغم أن سائقها استعمل آلة التنبيه وأن عبد القادر ارتكب خطأ عند عبوره الطريق في هذه الظروف وأن المسمى كون الذي توبع أمام محكمة الصلح بالدار البيضاء لعدم السيطرة والقتل الغير المتعمد صدر في حقه حكم بالبراءة مما يجعل حارس الشيء أثبت أنه فعل كل ما كان ضرورياً لمنع الضرر لأن القاضي الجنائي لم يأخذ بثبوت أية مخالفة لقواعد السير ولا بوجود أي عنصر من عناصر جنحة القتل غير المتعمد.

وحيث استنتجت المحكمة مما سبق ((أنه نظراً لهذه الأحوال التي وقع فيها إثبات فعل كل ما كان ضرورياً لمنع الضرر الذي يرجع لخطأ المصاب، فإن حارس الشيء يعفى كلياً من المسؤولية المفروضة في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود)).

وحيث إن المحكمة بارتكازها على ارتكاب خطأ من الطفل المصاب البالغ من العمر 12 عاماً والذي لم يبلغ سن التكليف لتعفي ((كون)) من المسؤولية المفروضة عليه دون أن تعتبر أن الطفل لم يبلغ سن التكليف وأن فعله لا يمكن اعتباره خطأ بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات لم تركز حكمها على أساس قانوني فضلاً عن كونها خالفت الفصلين 78 و88 المشار إليهما أعلاه وجعلت حكمها بذلك معرضاً للنقض.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض حكم محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 15 يناير 1963 فيما يخص مقتضياته القاضية برفض طلب صالح بن مبارك كما قضى بإحالة القضية على محكمة الاستئناف بفاس لتبت فيها من جديد طبق القانون وعلى المطلوبين في النقض بالصائر.

كما قرر إثبات حكمه هذا في سجلات محكمة الاستئناف بالرباط إثر الحكم المطعون فيه أوبطرته.

المسؤولية المدنية

للأستاذ توفيق عبد العزيز

*الجزء الثاني

*الجزء الثالث

المسؤولية المدنية -الجزء الثاني

الركن الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

تعريف: السببية هي اسناد فعل من الافعال آلي مصدره المباشر، وهي في معرض بحثنا : العلاقة المباشرة التي تقوم بين خطأ شخص والضرر الحاصل لشخص آخر نتيجة ذلك، الخطأ وهي الركن الثالث من اركان المسؤولية المدنية الذي لا تقوم ألا بتوافره، وكثيرا ما يحدث خطأ من شخص وضرر لشخص آخر، ألا ان العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تنعدم، وبانعدامها تنعدم مسؤولية المخطئ رغم الخطأ الذي ارتكبه. فمن يسوق سيارة وهو لا يتوفر على رخصة السياقة ويسير بسرعة معتدلة مراعى قانون السير فيصدم شخصا ثملا يسير ذات اليمين وذات الشمال في الطريق العام ويصاب هذا الاخير بجروح، فلا شك ان سائق السيارة ارتكب خطأ بسياقته السيارة بدون رخصة، ولا شك ايضا ان الشخص الثمل تضرر من جراء الجروح التي اصيب بها نتيجة اصطدامه بالسيارة، ألا انه ليس هناك علاقة سببية بين خطأ السائق الذي هو السياقة بدون رخصة وبين ضرر المجروح، ذلك ان سبب وقوع الضرر للمار يرجع آلي خطئه لا آلي السياقة بدون رخصة. وكذلك من يقوم بوضع سم لشخص في الطعام فيتناول هذا الشخص الطعام المسموم ألا انه قبل ان يفعل السم فعله في الاكل، يأتي شخص ويطلق عليه عيارا ناريا فيرديه في الحال فلا شك ان اطلاق الرصاص على الشخص المسموم هو الذي ادى آلي قتله، وقد قطع السببية بين فعل واضع السم وموت الأكل وبالتالي فان واضع السم لا يعد مسؤولا مدنيا عن وفاة الضحية، ولا يمكن لورثة هذا الاخير ان يطالبوه بتعويض عن وفاته، وان كان جنائيا بعد مرتكبا لمحاولة جناية التسمم المنصوص عليه في الفصلين 114 و998 من القانون الجنائي المعاقب عليه كالجريمة التامة.

وقد يقع ضرر لشخص نتيجة فعل قام به شخص آخر وتقوم السببية بين فعل الاول وضرر الثاني الا ان مرتكب الفعل لا يعد مسؤولا عن الضرر الحاصل للمتضرر وذلك اذا كان الفعل الذي قام به الفاعل لا يعتبر خطأ، كالدائن الذي يوقع الحجز على منقولات مدينة نتيجة عدم وفاء المدين بالتزامه وتباع بالمزاد العلني بأبخس الاثمان، فلا شك ان المدين تضرر من بيع منقولاته، الا ان الدائن الذي تسبب في هذا البيع لا يعد مسؤولا لانه مارس حقا له مشروعاً، ولان الضرر يرجع الى خطأ المدين نفسه.

ومعرفة ما اذا كانت السببية بين خطأ المخطئ وضرر المتضرر قائمة ام لا ؟ وما هو الضرر الذي يستحق المتضرر عنه التعويض مسألة دقيقة وذلك راجع من جهة آلي ان الضرر كثيرا ما ينشأ عن اكثر من سبب واحد، وقد يكون من بين هذه الاسباب المتضرر نفسه فيجب البحث في هذه الحالة عن مدى توافر السببية في أي فعل من هذه الافعال أو فيها جميعا، ومن جهة أخرى فان كثيرا ما تنشأ عن خطأ واحد اضرار متلاحقة، فأی ضرر يمكن ان يسال عنه المخطئ ام عنها جميعا وهناك حالات أخرى تنتفي فيها المسؤولية بين خطأ المخطئ وضرر المتضرر، وعليه فسنبحث موضوع السببية في ثلاثة مباحث.

المبحث الاول : انعدام السببية - المبحث الثاني : تلاحق الاضرار - المبحث الثالث : انعدام السببية وهذا المبحث الاخير يحتوي على مطلبين :

المطلب الاول : خطأ المضرور - المطلب الثاني : القوة القاهرة والحادث المفاجئ وخطأ المضرور.

المبحث الاول

نظرية تعدد الأسباب

كثيرا ما تتعدد الاسباب التي تتدخل في احداث الضرر للغير سواء كانت قريبة ام بعيدة، مما ادى الى قيام نظرتين في الأفق القانوني وكناتهما ألمانية، فالاولى تعرف تكافؤ الاسباب وتعادلها، والثانية تعرف بالسبب المنتج او الفعال.

نظرية تكافؤ الأسباب وتعادلها :

قال بها الفقيه الألماني جون فيري وتتلخص في ان كل سبب تدخل في احداث الضرر مهما كان اثره ضئيلا يعتبر سبيلا متكافئا مع الاسباب الاخرى التي تدخلت في احداثه، وبالتالي يسال مرتكبه بالاضافة الى مرتكب او مرتكبي الافعال الاخرى بنفس النسبة، لان حسب هذه النظرية كل من هذه الافعال يعد سببا في احداث الضرر للمضروب ومساهم فيه، ولولاه لما وقع الضرر. فلو ان شخصا ترك باب سيارته مفتوحا وجاء سارق فسرقتها وساقها بسرعة فائقة فصدم شخصا كان يعبر الطريق فان مسؤولية الحادثة بمقتضى هذه النظرية يتحملها بالتساوي كل من مالك السيارة والسارق، اذ لولا خطأ المالك بترك السيارة مفتوحة لما أغرى ذلك السارق وسرقتها، ولولا سرعة السارق في سيره لما وقعت الحادثة وبذلك يسال كل من المالك والسارق. ولو اضيف الى هذين الخطأين خطأ الضحية نفسه الذي كان يسير وسط الطريق في انعراج لانصهر خطاه الى خطأ المالك والسارق واصبح الثلاثة مسؤولين بالتساوي عن الضرر الحاصل للمضروب بمن فيهم المضروب نفسه، ولا شك ان هذه النظرية : نظرية الضرر الحاصل للمضروب بمن فيهم المضروب نفسه، ولا شك ان هذه النظرية: نظرية تكافؤ الاسباب غير عملية اذ انها تسوي بين جميع الاسباب التي ساهمت ولو بقسط ضئيل في احداث الضرر بل وحتى ما كان منها بعيدا ما دام ساهم في احداث الخطأ. فبحسب هذه النظرية يسال المضروب الذي قطع الطريق وصدم من طرف سائق سيارة يسير بسرعة مفرطة، وذنب المار انه عبر الطريق ولو لم يعبر الطريق ولم يخرج من مسكنه لما وقعت الحادثة، وتحت تأثير النقد الشديد الذي وجه الى نظرية تكافؤ الاسباب بعدم ملائمتها لواقع الحياة ظهرت نظرية ثانية هي نظرية السبب المنتج.

نظرية السبب المنتج او الفعال

ظهرت هي الاخرى في ألمانيا ينادي بها الفقيه الألماني فون كريس، وخلصتها انه عند تعدد الاخطاء التي تتسبب في احداث ضرر فانه ينظر الى الخطا الذي يؤدي عادة الى هذه النتيجة دون غيره من الاخطاء الاخرى المشاركة. ففي مثالنا الاول، فان مالك السيارة الذي تركها مفتوحة لا يعد مسؤولا عن الضرر الحاصل للشخص المصدم لان ترك السيارة مفتوحة لا يؤدي عادة الى صدم احد وبالتالي يكون صاحب السيارة غير مسؤول عن الضرر الحاصل للمصدم، بينما السارق الذي ساق السيارة بسرعة فائقة ولم يحترم قوانين ونظم المرور هو الذي تسبب في الحادثة وحده لان سيطرة السيارة بسرعة فائقة مع عدم احترام قواعد السير يؤدي عادة الى الحوادث اذن فخطا سائق السيارة هو السبب المنتج للحادثة، وقد يضاف اليه خطأ المتضرر اذا ما عبر الطريق دون احتياط ودون ان يتأكد من خلوها من السيارات، او قطع الطريق وهو ثمل يسير ذات اليمين وذات الشمال فان فعله هذا يعد شيئا طبيعيا وعاديا في ارتكاب الحادثة يضاف الى السبب الاول وهو سيطرة السيارة بسرعة فائقة مع عدم احترام قوانين المرور، ومن هنا نرى ان نظرية السبب الناتج تأخذ بالسبب العادي والفعال في ارتكاب الفعل الضار، ولو تعددت بنفس الدرجة وتهمل الافعال الاخرى العارضة التي لا تحدث عادة حوادث وقد استقر القضاء اخيرا على الاخذ بنظرية السبب المنتج وقد احسن المشرع المغربي صنعا عندما اخذ هو الآخر بنظرية السبب المنتج اذ نص في الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود على ان " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي او المادي الذي احدثه لا بفعله فقط، ولكن بخطاه أيضا، وذلك عندما يثبت ان هذا الخطا هو السبب المباشر في ذلك الضرر " ونص الفصل 79 من نفس القانون على ان " الدولة والبلديات مسؤولة عن الاضرار الناتجة مباشرة عن تسيير ادارتها وعن الاخطاء المصلحية لمستخدميها".

فمن هذين الفصلين يتبين ان المشرع المغربي حذا حذو المشرع الفرنسي في الاخذ بنظرية السبب المنتج.

المبحث الثاني

نظرية تسلسل الأضرار وتعاقبها

تعريف، نظرية تسلسل الاضرار عكس نظرية تعدد الاسباب التي رأيناها من قبل، ان نظرية تعدد الاسباب تعني تعدد الاخطاء التي ادت كلها الى ضرر واحد او عدة اضرار ولكن في وقت واحد، بينما نظرية، تسلسل الاضرار تعني ان سببا واحدا نشأت عنه عدة أضرار متلاحقة واقل متلاحقة لا متعددة، لان التلاحق أو التعاقب أو التسلسل كلها الفاظ تفيد ان هذه الاضرار وقعت متلاحقة نتيجة خطأ واحد ولم تقع في وقت واحد.

بينما تعدد الاضرار ينشأ في وقت واحد من خطأ واحد او متعدد. ولنضرب مثلا لتعدد الاضرار، شخصا يسوق سيارة تحمل بضاعة، فتصدم في الطريق من طرف شاحنة وتسفر الحادثة عن انقلاب السيارة وإحراقها، واصابة سائقها بجروح، ادت الى بتر ساقه فلا

شك ان هذا الشخص - سائق السيارة - أصيب بأضرار مادية في سيارته وبضاعته وملابسه وجسمانية في بدنه ومعنوية في بئر ساقه الذي يلزمه طول حياته، كل هذه أضرار متعددة الا انها نتجت عن خطأ واحد في وقت واحد اما تسلسل الأضرار او تعاقبها فقد وجدت له مثالا واحدا في اكثر من عشرة كتب في الموضوع وهو المثال الذي ضربه الفقيه الفرنسي بواثيب (البقرة الموبوءة) تاجر في المواشي باع بقرة موبوءة الى شخص آخر يشتغل بتربية الماشية والزراعة فتنقل العدوى الى مواشي المشتري وتموت عن آخرها فيعجز المشتري عن زراعة أراضيه ويقترض مبالغ مالية تمكنه من الزراعة ويرهن في ذلك أرضه فلا يستطيع أداء الدين مما يجعل الدائنين يوقعون الحجز على الأرض ويبيعونها بأبخس الاثمان وفاء لدينهم فلا شك ان مشتري البقرة تضرر أضرارا متلاحقة، موت البقرة، موت المواشي ببيع الأرض، ويرى بواثي ان الأضرار المباشرة التي يستحق عليها المشتري التعويض هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشي اما العجز عن الزراعة او العجز عن عدم الوفاء بالديون فهي أضرار غير مباشرة كان في استطاعة المزارع ان يتوقاها بشيء من التدبير الحكيم، وان كان هذا المثال يطبق على المسؤولية العقدية ونحن بصدد المسؤولية التقصيرية، فانه يمكن ان يضرب مثلا آخر عن تلاحق الأضرار وتسلسلها. ساعي البريد يقوم بتوزيع البريد داخل المدينة فيصدم من طرف سائق سيارة وينقل الى المستشفى، قبل ان تبلغ الرسائل الى اصحابها وتشعر ادارة البريد بالحادث، فلم تكلف ساعيا آخر باتمام عمل الساعي المتضرر فهل يسال صاحب السيارة عن الأضرار التي لحقت بشخص ادعى انه لم يتوصل بالاستدعاء الى امتحان في الوقت المحدد، بسبب الحادثة التي تعرض لها ساعي البريد او الأضرار التي لحقت تاجرا لم يتوصل بأشعار باستلام بضاعته التي وصلت بالطائرة من أمين النقل للسبب نفسه، واضطر الى اداء مبالغ مهمة اضافية عن كراء المخزن الذي وضعت فيه البضائع، فلا شك ان ساعي البريد تضرر من جراء الحادثة التي اصيب بها ولا شك ان المرشح آلي الامتحان تضرر كذلك نتيجة عدم اتمام ساعي البريد عمله، ولا شك كذلك ان التاجر تضرر بدفع مبالغ زائدة على المبلغ الذي كان سيدفعه الى أمين النقل لو انه توصل بالاشعار في الوقت المحدد، ألا ان هذه الأضرار كلها ليست نتيجة طبيعية لخطأ سائق السيارة، اذا كان على ادارة البريد المحلية ان تكلف ساعيا آخر بإتمام عمل الساعي المصاب ولا يسال سائق السيارة ألا عن الضرر المباشر بسبب خطئه وهو جرح ساعي البريد، أما غيره من الأضرار فلا يسال عنها لانها اضرار غير مباشرة وكذلك الشخص الذي يصاب بجروح نتيجة صدمة من طرف سائق السيارة فيهمل معالجة تلك الجروح الى ان تطورت وادت الى مضاعفات اضطر معها الى عرض نفسه أخيرا على طبيب يشير عليه باجراء عملية جراحية يستصعبها المتضرر فيتطور الأمر الى مرض لا ينفع فيه العلاج ولا العملية الجراحية ويؤدي الى وفاة المتضرر فلا شك ان المتضرر أصيب بأضرار متلاحقة : جروح عادية، ثم ضرر يتطلب عملية جراحية ثم ضرر لا ينفع فيه العلاج وأخيرا الوفاة، فهل يعتبر سائق السيارة المتسبب في الحادث مسؤولا عن كل هذه الأضرار بما فيها الوفاة.

أولا يسال عن الجرح وحده، ويعتبر غيره من الأضرار الأخرى ناشئة عن خطأ المتضرر الذي لم يبادر الى العلاج، اعتقد ان الامر ليس في غاية السهولة فيجب ان ينظر أولا الى هذا الضحية ومستواه الفكري والحضاري، فاذا كان من سكان البوادي الذين لا يؤمنون بجدوى الطب الحديث ويستعملون التداوي بالأعشاب او الكي او الرقي، او كانت العملية غير محققة النتائج فان مرتكب الحادثة يعد مسؤولا عن الوفاة، اما اذا كان الضحية من سكان المدن واهمل علاج نفسه حتى ساءت حالته فلا شك ان خطأ هذا قطع خطأ مرتكب الحادثة الذي لا يسال الا عن الجرح الذي حصل للضحية لأنه كان في استطاعته ان يتوفى هذه الأضرار ببذل جهد معقول في العلاج والتداوي، وعرض نفسه على الاطباء ليتمكن من حصر المرض في اوله والقضاء عليه، فاذا عمل ولم ينفع العلاج بذلك يسال مرتكب الحادثة عن نتائج عمله ولو أتت متلاحقة.

وكذلك الشخص الذي يصاب بحادثة سير فيضطر لملازمة الفراش مدة يهمل فيها تجارته حتى تبور فيضطر الى اقتراض مبالغ مالية لاستئناف نشاطه التجاري، ويرهن منزله ضمانا للدين، إلا ان تجارته تكسد مرة أخرى، فيضطر تحت طلب الدائنين الى بيع منزله المرهون بأبخس الاثمان، فلا شك هنا ان هذا الشخص أصيب بأضرار متلاحقة جروح في جسمه، كساد تجارته الأولى، كساد تجارته الثانية توقيع الحجز على منزله وبيعه بأبخس الاثمان وأخيرا إفلاسه، فهل يسال مرتكب الحادثة عن كل هذه الأضرار المتلاحقة ؟ اعتقد انه لا يسال ألا عن الجروح وما ترتب عنها من كساد التجارة الاولى بسبب ملازمته الفراش، أما كساد تجارته الثانية وبيع منزله وإفلاسه فان هذه الأضرار كان في استطاعته ان يتوقاها ببذل جهد معقول ولذلك فان المعيار الذي يجب ان نقيس به الضرر المباشر، هو الضرر الذي لا يمكن للمتضرر ان يتوقاه ببذل جهد معقول فاذا امكن ان يتوقاه كان ضررا غير مباشر لا يستحق عليه تعويضا لأنه هو الذي اهمل وأخطأ في بذل الجهد، ولذلك يجب ان يتحمل نتيجة خطاه.

وقد وقع خلاف في بادئ الامر في الفقه والقضاء حول الضرر الذي يجب التعويض عنه اهو الضرر المباشر فقط ؟ أو جميع الأضرار الناشئة عن خطأ ولو تلاحقت أو تسلسلت ؟ كما في الامثلة التي سقتها اعلاه، وأخيرا استقر الاجتهاد وبعده التشريع على ان الضرر الذي يجب ان يعرض هو ما كان نتيجة عادية وطبيعية ومباشرة لخطأ المسؤول والى هذا الاتجاه ذهب المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود.

فقد نص الفصل 98 من نفس القانون على ان " الضرر في الجرائم وأشبه الجرائم، هي الخسارة التي لحقت المدعى فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر الى إنفاقها او سيضطر الى إنفاقها لاصلاح نتائج الفعل الذي ارتكبه إضرارا به وكذلك ما حرم

من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل".

ونص الفصل 264 من القانون المذكور في فقرته الاولى على ان " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كان ناتجاً مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام".

من النصين السابقين تبين ان الضرر الذي أعطى فيه المشرع المغربي الحق للمتضرر في طلب التعويض، سواء كان الضرر ناشئاً عن المسؤولية العقدية او التقصيرية هو ما كان نتيجة عادية ومباشرة ومألوفة للفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول، اما الأضرار المتلاحقة غير العادية فلا يسأل عنها مرتكب الخطأ، وانما يسأل عنها من تدخل بصفة مباشرة في إحداثها ونسوق هنا امثلة اخرى في حالة تدخل أسباب أخرى مستقلة عن خطأ المخطئ الاول بالإضافة الى الأمثلة التي سقناها اعلاه، فالشخص الذي يصاب بحادثة سيارة بجروح، وينقل الى المستشفى على سيارة إسعاف ثم تتعرض هذه الأخيرة الى حادثة تؤدي الى انقلابها، مما سبب في وفاة الضحية المجروح فلا شك ان سبب الوفاة يرجع الى انقلاب سيارة الإسعاف لا الى سائق السيارة الأولى الذي يسأل فقط عن الجروح التي تسبب فيها للضحية وكذلك الشخص الذي يجرح نتيجة خطأ شخص آخر فنقل الى المستشفى للعلاج فيحترق المستشفى بمن فيه، او يخطئ الطبيب في وصف الدواء او وصف العملية او في العملية نفسها مما يؤدي الى وفاة المجروح او الى مضاعفات اخرى ما كانت لتحدث بسبب الجروح الاولى فهذه الأسباب أجنبية عن خطأ المخطئ وبالتالي تعفيه مما قد يترتب عنها من اضرار للغير.

للبحث بقية

مجلة المحاكم المغربية، عدد 19/20، ص 31

المسؤولية المدنية - الجزء الثالث

المطلب الثالث :

خطأ الغير

تعريف الغير : يقصد بالغير هنا كل من سوى المضرور والمدعى عليه، والاشخاص الذين يساءل عنهم، اما الاشخاص الذين يساءل عنهم المدعى عليه بمقتضى القانون كابنائيه القاصرين الساكنين معه، او مختلي العقل او بمقتضى العقد كخدامه اثناء حالة التبعية او التلاميذ في المدارس بالنسبة للمعلمين او الاطفال في اندية الشبيبة والرياضة بالنسبة لمدربيهم او مختلي العقل بالنسبة لمن كلفوا بمراقبتهم وحراستهم، او متعلمي الحرف والصناعات بالنسبة لمعلمي هذه الحرف الفصلان 85 و85 مكرر من قانون العقود والالتزامات. فهؤلاء جميعاً لا يعتبرون من الغير، في حالة ما اذا ارتكب المسؤول عنهم خطأ او ارتكب احدهم خطأ ساعد على وقوع الضرر لاحد من الغير .

وهكذا، اذا ما ارتكب المدعى عليه خطأ ادى الى احداث ضرر للمضرور، وساعد على هذا الضرر خطأ ارتكبه احد الذين يسأل عنهم المدعى عليه المذكورين اعلاه، فان المدعى عليه يسأل عن الضرر الكامل، ولا يمكنه ان يدفع بخطأ الغير، لان هذا الغير ليس اجنبياً عنه . ولنضرب لذلك امثلة :

شخص يقود سيارة في ملكه ويحمل معه صديقاً له، وفي الطريق يقع اصطدام بين سيارته وسيارة آتية من الاتجاه المعاكس، وذلك بخطأ من السائقين معا لكون ان اي منهما لم يلتزم يمينه عند التقابل، واصيب الراكب بجروح نتيجة الاصطدام وتقدم بدعوى المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به من جراء الاصطدام، وتبين ان السيارة الثانية في ملك سائق السيارة الاولى يسوقها مستخدمه في مهمة للمالك او ابنه القاصر الساكن معه فان المدعى عليه الاول الذي اقام عليه المدعى دعوى التعويض لا يمكنه ان يدفع بخطأ الغير، لان الغير وان ارتكب خطأ ساعد على وقوع الضرر فان هذا الغير، لا يعد اجنبياً عن المدعى عليه، ولا غيراً بالنسبة له .

او يحاول سائق السيارة تفادي دوس عابر الطريق يعبرها فجأة، وبدون احتياط من غير المكان المخصص للراجلين. فينحرف تحت المفاجأة بسرعة الى اليمين مما يجعله يصدم سيارة كانت متوقفة على جانب الطريق الايمن ويلحق بها اضراراً مادية، واذا بعبابر الطريق هو ابن المدعى عليه مالك السيارة او احد خدمه في حالة التبعية واي شخص اخر من الذين يسأل عنهم المدعى عليه ففي هذه الحالة كما في الحالة الاولى لا يمكن للمدعى عليه ان يدفع بخطأ الغير، وانما يتحمل هو وحده، كامل مسؤولية الضرر .

وتجب التفرقة هنا بين حالة المسؤولية الشخصية، التي يكون فيها الشخص مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، كما يتأتى تفصيل ذلك فيما بعد، وبين حالة المسؤولية عن الأشياء التي تحت حراسة الشخص، ففي حالة المسؤولية عن الأشياء عندما يكون سائق السيارة الثانية - كما في المثال الأول - هو ابن مالك السيارة الأولى، إلا أن السيارة التي كان يسوقها الابن أو التابع، ليست في ملك الابن أو المتبوع وإنما هي في ملك شخص اجنبي عنه فإن المدعى عليه مالك السيارة الأولى، يستفيد من خطأ الغير، ويعفيه عند ثبوته من جزء من المسؤولية، لأن الغير المسؤول هنا - والمسؤولية عن الأشياء - هو مالك السيارة الثانية لا سائقها وهو غير بالنسبة لسائق السيارة الأولى .

وفي المثال الثاني، إذا كان عابر الطريق ابناً أو تابعاً لسائق السيارة، إلا أن السيارة ليست في ملك السائق، وإنما هي في ملك شخص آخر سلمها له لقضاء بعض أغراضه ففي هذه الحالة كذلك، ومناطق المسؤولية هنا هو المسؤولية عن الأشياء. فإن الغير الذي ارتكب خطأ يعد اجنبياً عن المسؤول وبالتالي يحق لهذا الأخير أن يتمسك بخطأ الغير .

إلا أنه في حالة ما إذا كانت السيارة في المثال الأول في ملك صاحب السيارة الأولى، كان سائقها اجنبياً عن مالكها، فإن مالك السيارة الأول الذي هو في نفس الوقت مالك السيارة الثانية - والمسؤولية هنا عن الأشياء - لا يمكنه أن يدفع بخطأ الغير، الذي هو سائق الثانية والذي لا تربطه به أي رابطة من حيث المسؤولية (1) .

قد يرتكب الغير خطأ يكون هو السبب المباشر والمنتج للضرر، فيقطع العلاقة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الحاصل للمدعي، فنقول أن خطأ الغير، قد أعفى المدعى عليه من كل المسؤولية، وقد يرتكب الغير خطأ ساعد على أحداث الضرر بالإضافة إلى خطأ المدعى عليه فنكون في حالة تعدد المسؤولية، وقد يضاف إلى هذين الخطأين خطأ المضرور نفسه، وسنخصص فرعاً لكل حالة من هذه الحالات الثلاث :

الفرع الأول :

خطأ الغير وحده

قد يرتكب غير المدعى عليه، خطأ أحدث ضرراً للمدعي، وفي هذه الحالة إذا ما ثبت أن خطأ الغير هو السبب المنتج وحده لأحداث الضرر للمدعي فإن خطأ هذا الغير، يقطع العلاقة السببية بين فعل المدعى عليه، والضرر الحاصل للمدعي، ويعفى المدعى عليه من كل مسؤولية اتجاه المضرور المدعي، فالشخص الذي يركب سيارة أجرة، فتتقلب هذه الأخيرة نتيجة اجتياز سيارة أخرى لها، وقطعها الطريق عليها بانحرافها إلى اليمين بمجرد الاجتياز، مما اضطر معه سائق السيارة الأولى إلى الانحراف إلى اليمين بسرعة لتفادي الاصطدام بالسيارة المجتازة، لتتقلب السيارة ويصاب بعض الركاب بجروح، فلا شك أن خطأ سائق السيارة الثانية هو السبب المباشر في وقوع الحادثة وإصابة الركاب بجروح وبالتالي يعفى المدعى عليه سائق السيارة الأولى - الناقل - من كل مسؤولية اتجاه الركاب. وسائق السيارة الذي يوقفها عند إشارة الضوء الأحمر، فيأتي سائق سيارة أخرى يريد الوقوف إلا أنه لم يتمكن من ذلك لعطب في الحصار فيصدم السيارة الأولى التي يدورها وتحت تأثير الصدمة تصدم دراجياً كان متوقفاً أمامها في انتظار إشارة الضوء الأخضر ويصاب بجروح فلا شك أن مسؤولية هذه الحادثة لا يتحملها حارس السيارة الأولى التي صدمت الدراجي، وإنما يتحملها حارس السيارة الثانية التي صدمت السيارة الأولى، وأن خطأ هذا الغير يعفى المدعى عليه مالك السيارة الأولى بل أنه - أي مالك السيارة الأولى - من حقه أن يحصل على تعويض ما لحق بسيارته من خسارة نتيجة صدمها .

والممثل الذي يمثل في أفلام رعاة البقر أو يمثل في دور شرطي في محاربة العصابات، أو أحد أفراد هذه العصابات في الأفلام البوليسية يستعمل مسدساً مخصصاً لهذه الغاية محشواً بذخيرة مبيتة خاصة بالتمثيل وإذا بالشخص المكلف بملء هذه المسدسات وقد أراد قتل عدو له من الممثلين أو فعل ذلك عن خطأ، يعمد إلى حشو المسدس برصاص قاتل، ويصوب الممثل مسدسه إلى أحد أفراد العصابة أو إلى شرطي وهو يؤدي دوره وبدون علم منه بالحشو فيطلق رصاصة تصيب الممثل الأخير في مقتل وترديه قتيلاً، فلا شك أن فعل المكلف بحشو المسدسات سواء كان عمداً أو خطأ، - هو السبب المباشر في أحداث الضرر للممثل الآخر، وبالتالي يعفى الممثل الذي أطلق الرصاص، من كل مسؤولية اتجاه ذوي حقوق الضحية، أو اتجاه الضحية نفسه أن أصيب بجروح لم تؤد إلى وفاته .

وفي المسؤولية العقدية : خياط سلمه الزيناء الاثواب لخياطتها، فتندلع النار في دكان بجوار دكانه نتيجة ترك صاحبه فرن الغاز مثلاً، وتحترق الاثواب المودعة عند الخياط، فلا شك أن الخياط لا يتحمل اية مسؤولية اتجاه زينائه لأن خطأ صاحب الدكان الذي اشتعلت فيه النار هو المسؤول اتجاه اصحاب الاثواب .

مستودع لحفظ البضائع، يودع فيه الزبناء بضاعتهم لحفظها واسترجاعها متى شاءوا لقاء اجر عن ذلك فيعمد ساكن فوق المستودع الى محاولة تصريف مياه تجمعت في مطبخه او في بيت النظافة ويدخل قضيب حديد في مجرى الماء، فيثقب انبوبا يمر من المستودع فيمتلئ المستودع ماء ويفسد البضائع المودعة، فلا شك ان خطأ الساكن الذي ثقب الانبوب يكون هو السبب المباشر في احداث الضرر بالبضاعة المودعة في المستودع، وبالتالي يكون خطأ - خطأ الساكن - قد اعفى صاحب المستودع من كل مسؤولية اتجاه زبائنه اصحاب البضائع. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 66/7/13. " ان احداث وفاة المريض نتيجة خطأ في عملية التخدير وثبوت عدم وقوع اي خطأ في الجراحة من الطبيب الذي اجراها وعدم استطاعة هذا الاخير منع الطبيب الذي عينته ادارة المستشفى من مباشرة عملية التخدير ينتفي معه الخطأ التقصيري في جانب الطبيب الجراح" (2) .

وعلى الجملة، فكلما كان خطأ الغير هو السبب المباشر في احداث الضرر للغير ولم يقدّم المدعى عليه باي خطأ فان المسؤولية كلها يتحملها الغير، ويعفى المدعى عليه من كل مسؤولية .

وفي جميع الحالات المتقدمة في خطأ الغير فان المدعى عادة يقيم الدعوى ضد المتسبب في الضرر مباشرة ثم يعتمد هذا الاخير، الى ادخال الغير المتسبب في الضرر في الدعوى، وفي حالة ثبوت خطئه فان المحكمة تخرج المدعى عليه الاول من الدعوى متى تبين انه لم يرتكب اي خطأ وتحكم على المدخل المسؤول بكل التعويض المستحق للمدعي .

ومن غير الضروري ان يكون هذا الغير معلوما، ليكون خطاه معفيا للمدعى عليه، فقد يمكن ان يكون الغير مجهولا متى ثبت من التحقيق او اثبت المدعى عليه ان الخطأ ارتكبه الغير وان هذا الغير مجهول .

ففي المسؤولية العقدية، نأخذ كمثال صاحب مصبنة يقوم بتصيبين الملابس وتنظيفها وصبغها، وفي الليل تتعرض مصبنته - التي احكم اغلاق ابوابها كالعادة - الى كسر الاقفال، او الى ثقب الجدار من طرف لصوص ويستولون على كل ما فيها من ملابس واثاث، ولم يقع العثور على السارق فلا شك ان هذا السارق ما دام لم يقع العثور عليه يعتبر مجهولا، ومع ذلك فان فعله هذا يعد قوة قاهرة بالنسبة لصاحب المصبنة ويعفيه من كل مسؤولية وهو المفهوم المخالف لمقتضيات الفصل 807 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ان "يضمن المودع عنده الهلاك او الضرر الناتج عن اي سبب كان يمكنه التحرز منه .

اولا - عندما يخذل اجرا عن حفظ الوديعة .

ثانيا - عندما يتسلم الودائع بحكم مهنته او وظيفته" وعلى العكس من ذلك لو ان صاحب المصبغة لم يحكم اغلاق اقفالها، او لو ترك احدى النوافذ بدون اغلاق ودخل منها اللصوص ليتحمل كامل المسؤولية اتجاه الزبائن وذلك نتيجة اهماله .

وفي المسؤولية التقصيرية : سائق السيارة تسير بسرعة معتدلة ملتزما يمينه واذا بسائق شاحنة يجتازه ثم تقطع عليه الطريق بغتة وبرجوعه الى اليمين " ذنب السمكة" فيضطر سائق السيارة الاولى الى الانحراف بغتة وبسرعة لتفادي الاصطدام بالشاحنة المذكورة فيصيب راجلا يسير بجانب الطريق وتابع سائق الشاحنة طريقه دون توقف ودون ان يتمكن احد من اخذ رقم الشاحنة ويبقى الغير المتسبب في الحادثة مجهولا .

وكذلك سائق السيارة الذي يتقابل مع سيارة اخرى وترمي حجرة على الزجاج الامامي للسيارة الاولى فينكسر ويصيب السائق بجروح يتعذر معها عليه التحكم في السيارة فيصطدم بشجرة او سيارة اخرى اتية من الاتجاه المعاكس ويصاب بعض الاشخاص بجروح بسبب الحادثة وتابع سائق السيارة الثانية طريقه دون توقف ولم يتمكن احد من التعرف عليه ويبقى مجهولا (3) مثل هذين الحالتين معا، رغم ان المتسبب في الحادثة مجهول فان خطأ هذا الغير المجهول يعفي المدعى عليه من كل مسؤولية بعد ان يثبت هذا الاخير ان خطأ الغير المجهول يعفي المدعى عليه من كل مسؤولية بعد ان يثبت هذا الاخير ان خطأ الغير هو المسؤول عن الحادثة وانه - اي المدعى عليه - لم يرتكب اي خطأ يحاسب عليه .

الفرع الثاني

تعدد المسؤولين

قد يرتكب المدعى عليه خطأ ويرتكب الغير خطأ دون ان يستغرق احدهما الآخر - راجع استغراق احد الخطاين الآخر، عدد 21 من هذه المجلة - " فنكون في حالة تعدد المسؤولين، بمعنى ان كل واحد منهما او منهم يعد مسؤولا عن جزء من التعويض عن الضرر اللاحق بالمدعي، حسب جسامته او بساطة الخطأ الذي ارتكبه اتجاه المضرور، ولا فرق في ذلك سواء كانت المسؤولية عقدية او تقصيرية، وسواء كان الخطأ واجب الاثبات او مفترضا تجاههما معا او تجاه احدهما دون الآخر .

ففي المسؤولية التقصيرية سائق السيارة يسير ليلاً ، وعند تقابله مع سيارة أخرى، لم يقم سائقها بتبديل الانارة ويترك الضوء القوي مشتعلًا فيعشى السائق الآتي من الاتجاه المعاكس والذي كان يسير بسرعة مرتفعة ويصدم دراجياً كان يسير امامه، فلا شك ان سائق السيارة الذي صدم الدراجي - ولنفرض ان الدراجة التي كان يركبها الضحية كانت مضاءة بكيفية قانونية - يكون قد ارتكب خطأ بعدم تخفيضه السرعة لتكون متلائمة مع الزمان والمكان الذي يجتازه - الليل التقابل الانارة القوية - ولو ادى الامر الى وقوفه عند عدم رؤيته الطريق وان سائق السيارة الآتي من الاتجاه المعاكس هو الآخر قد ارتكب خطأ بعدم تخفيضه الانارة عند التقابل، ولا شك ان خطأ احدهما لم يستغرق خطأ الآخر كما لم يكن نتيجة طبيعية له وبذلك فان كلاهما قد ارتكب خطأ مستقلاً عن الآخر وبالتالي يكون مسؤولاً عن خطاه. وان خطأ السائقين في هذا المثال متساو الشيء الذي يجعل كلا منهما يتحمل نصف المسؤولية .

وكذلك الشخص الذي يركب المقعد الخلفي من دراجة نارية، فيقع اصطدام بينها وبين دراجة أخرى آتية من الاتجاه المعاكس لعدم التزام أي من السائقين اليمين عند التقابل فلا شك ان كلا من السائقين ارتكب خطأ وان خطاهما متساو وان من حق المضرور وهو راكب المقعد الخلفي ان يحصل على تعويض الضرر منهما معاً كلا حسب نصيبه في المسؤولية، ولا يمكن ان يواجه الضحية بتجزئة المسؤولية بين السائقين لانه - أي الضحية- لم يرتكب أي خطأ .

وفي المسؤولية العقدية : الشخص الذي يركب سيارة أجرة، وفي الطريق يقع اصطدام بينها وبين سيارة أخرى آتية عن يمين الأولى، الا ان سائقها لم يحترم علامة "قف" الموجودة عن يمينه، فيصاب بعض ركاب السيارة الأولى بجروح فلا شك ان كلا من السائقين ارتكب خطأ ساهم في ارتكاب الحادثة، سائق سيارة الأجرة كان يسير بسرعة مرتفعة ولم يخفئها عند اقترابه من ملتقى الطرق تحسباً لما عسى ان يقع، وسائق السيارة الثانية لم يحترم علامة قف. ومن حق المضرور ان يحصل على تعويضه الكامل منهما معاً او من ايهما يختار : سائق السيارة التي كان يركبها في نطاق المسؤولية العقدية (عقد النقل) وسائق السيارة الثانية في نطاق المسؤولية التقصيرية .

ومقابل في البناء يتعهد بناء عمارة ولما ينهي اعماله يتعاقد مالكيها مع مقاول في الماء وبعد مدة وجيزة تصاب العمارة بشقوق خطيرة في بعض الجدران، ثم تبين ان الماء تسرب من بعض الانابيب الداخلية الباطنية، والذي لم يحكم مقاول الماء تلحيماً عند الالتقاء وينزل الماء على اساس العمارة الذي لم يقم مقاول البناء بوضع الاسمنت المسلح بالكيفية التي وضعها المهندس واضع التصميم، وانما هناك نقص في الحديد والاسمنت وملأ الفراغ برمل مما ساعد على وقوع انخفاض في الاساس نتج عنه نزول في الجدران فلا شك ان كلا من المقاول في البناء والمقاول في ادخال الماء قد ارتكب خطأ ساهم في وقوع الضرر، ولا شك ان كلا منهما يعتبر مسؤولاً تجاه مالك العمارة حسب ما يقدره الخبراء .

وغالباً ما يتقدم المضرور بدعوى التعويض ضد من يظن انه المسؤول عن الضرر، ثم يدخل المدعى عليه الطرف الآخر في الدعوى ليتمكن ان يحكم عليه باداء تعويض يناسب الخطأ الذي ارتكبه حسب جسامته او يسره، ويعفى منه المدعى عليه الاول .

وفي حالة ما اذا لم يمكن تحديد نصيب كل من المدعى عليهما، فان القاضي يجعل نصيب كل منهم متساوياً مع الآخر أي يقسم التعويض الذي يستحقه المدعي بالتساوي على المدعى عليهما او عليهما (الفصلان 99 و100 من قانون الالتزامات والعقود) كما يجب ان يحكم عليهما متضامنين باداء المبلغ المحكوم به ولمن ادى المبلغ ان يرجع على المحكوم عليه الآخر باداء ما نابه من التعويض .

واذا لم يدخل المدعي في الدعوى - وفي حالة تعدد المسؤولية - الا مسؤولاً واحداً ظناً منه ان المسؤولية تقع عليه وحده، وبعد دراسة القضية ومراقبة الاطراف تبين للمحكمة ان المدعى عليه لا يتحمل أي جزء من المسؤولية وان الطرف الذي لم يدخل في الدعوى، يتحمل جزءاً منها فانها لا تستطيع ان تحكم على من لم يدخل في الدعوى، وانما تحكم على المدعى عليه بان يؤدي للمدعي كامل التعويض الذي يستحقه، ولمن ادى التعويض الكامل ان يرجع على المتسبب الآخر في الدعوى ليحصل منه على تعويض يعادل نصيبه في المسؤولية، (5) .

الفرع الثالث خطأ الضحية يضاف الى خطأ الغير

قد ترتكب الضحية خطأ يضاف الى خطأ الغير فيكون اطراف العلاقة ثلاثة ضحية من جهة ومسؤولين الا ان الضحية في هذه الحالة يكون هو الآخر قد ارتكب خطأ ساهم في ارتكاب الحادثة مثال ذلك سائق سيارة نقل يقف في مكان غير مخصص لنزول الركاب ويعيد عن الطوار الايمن ويفتح الباب لينزل احد الركاب وعند نزول هذا الاخير دون احتياط ودون التأكد من خلو الطريق يمر راكب

الفصل الأول : المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي :

يجب توافر ثلاثة عناصر لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي ، و هي :

1- الخطأ

دراجة نارية ويصدم النازل فيصاب بجروح فلا شك ان كلا من سائق الناقلة قد ارتكب خطأ بوقوفه في مكان غير مخصص للوقوف، كما لم يلتزم يمينه عند الوقوف وان الضحية هو الاخر قد ارتكب خطأ بنزوله دون احتياط ودون ان يتأكد من خلو الطريق .

كما ان سائق الداراجة النارية قد ارتكب خطأ بعدم انتباهه وقت اجتياز الناقلة بالاضافة الى انه اجتاز من اليمين وهي الجهة التي ينزل منها الركاب لوجود البابين بها، وبما ان الاطراف الثلاثة قد ارتكب كل منهم خطأ، فانه يتحمل نصيبه من التعويض يعادل الخطأ الذي ارتكبه ولنفرض ان خطأ كل منهم يمثل الثلث، فانه لا حق للمضرور الا في الثلثين فقط وانه هو يتحمل الثلث الاخر مقابل خطئه .

هوامش :

(1) هذا مع العلم ان حارس السيارة يعد مسؤولاً عن الاضرار التي تسبب فيها عملاً بالفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، وقد ضربنا هذا المثال فقط لتوضيح معنى الغير .

(2) التعليق على نصوص القانون المدني 1 ص 49 للاستاذ العروسي .

(3) ان خطأ الغير لا يمكن ان يعفى من المسؤولية، الا اذا كون هذا الخطأ القوة القاهرة او الحادث الفجائي : حكم عدد 148 الصادر بتاريخ 7 محرم 1389 الموافق 26 مارس 1969 .

(4) وقد قضى المجلس الاعلى في قرار له صدر بتاريخ 1970/4/15 تحت عدد 197 " ان المحكمة تكون قد خرقت الفصل 88 من ق ل ع عندما رفضت دعوى الضحية لعله ان الحادث الواقع في المصعد يرجع الى حدث فجائي تسبب فيه شخص لم يتعرف على هويته، في حين ان هذا الاعتبار مجرد افتراض لم يثبت. في هذا الفصل لا نتكلم عن المسؤولية المفترضة، وانما على المسؤولية الواجبة الاتبات اي المسؤولية الشخصية وسنخصص فصولا اخرى ان شاء الله للمسؤولية عن الغير .

(5) الوسيط من 1 هامش ص 1019 للدكتور الاستاذ السنهوري .

مجلة المحاكم المغربية، العدد 22 ، ص 33

2 - الضرر

3- العلاقة السببية بينهما.

المبحث الأول : الخطأ

المطلب الأول : تعريف الخطأ و العناصر المكونة له :

بأنه ترك ما كان يجب فعله أو "عرف الفصل 78 من ق ل ع المغربي ⁷⁰⁸ الخطأ بأنه و الخطأ يتشكل "فعل ما كان يجب الإمساك عنه ، و ذلك من غير قصد لإحداث الضرر من عنصر مادي و آخر معنوي

1- العنصر المادي : ارتكاب فعل التعدي :

يتبين من الفصلين 77 و 78 من ق ل ع ⁷⁰⁹ ، أن الإخلال بالالتزامات القانونية هو الذي يشكل العنصر المادي للخطأ ، و لا فرق بين أن يكون هذا الأخير مقصودا في ذاته – فعل التعدي - أو غير مقصود بحيث حصل عن طريق التقصير و الإهمال .

⁷⁰⁸ -

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.
والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

⁷⁰⁹ -

الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم

الفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

الفصل 78

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.
وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تنشأ عند خرق الالتزامات القانونية⁷¹⁰ فإن القضاء هو الذي يتولى تحديد حالات الإخلال بهذه الأخيرة⁷¹¹ ، غير أن الصعوبة تكمن في معرفة

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

_710

Jurisdiction

: Cour de cassation

Pays/Ville

: Maroc, Rabat

Date de décision

: 22/05/1991

Type de décision

: Arrêt

ID

: 5427

Numéro de décision

: 1234

Numéro de dossier

: 1209/96

Thème:

Civil>Nullité et Rescision de l'Obligation

Mots clés

Dol civil, Dol pénal, Escroquerie, Distinction, Pouvoir du juge civil, Cause déterminante du consentement, Annulation, Rescision

Base légale:

Art(s) 52 Dahir des Obligations et des Contrats

Source

Ouvrage : Publication de la Cour Suprême pour le quarantième anniversaire, , (1997)

ان ما تضمنه حكم جنائي من أن رسم البيع ينفي عن المتهم جريمة الاحتيال لا يقصد القاضي المدني الذي يبقى من حقه قانونا . دون أن يكون قد خرق قوة الشيء المقضي به - أن يبحث في توفر عنصر التدليس المدني الذي يختلف في طبيعته القانونية عن التدليس الجنائي المعبر عنه بالنصب باعتبار أن الطرق الاحتيالية فيه عنصر مستقل بذاته وتكون عادة اشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني بمقتضى الفصل 52 من (ق.ل . ع) فإن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ اليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر ، والتدليس ينصب على وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن، وقضاة الموضوع

يستقلون بتقدير تلك الوقائع دون رقابة عليهم من طرف محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل أو إدعاء التحريف .
وان المحكمة بالتالي كانت على صواب عندما اعتمدت أساسا في القول بثبوت التدليس ومن ثم في قضائها ببطالان عقد البيع المبرم بين الطرفين الذي شابه عيب من عيوب الرضى على ما استخلصته من الملابس التي صاحبت إبرام هذا العقد ومن تصريحات الطاعن نفسه المفصلة بالقرار.

قرار رقم : 1234 - بتاريخ 1991/05/22 - ملف عدد : 1209/86

في الوسيلة الاولى

وحيث يعيب الطاعن على المحكمة خرق قواعد مسطرية أضر به وخرق الفصول 142-141-335 من قانون المسطرة المدنية لكون المستشار المقرر لم يصدر أمرا بالتخلي مع تبليغه للأطراف ومن جهة أخرى فإن الثابت من وثائق الملف ان المستأنف المطلوب في النقض "قدم وسائل الاستئناف في عريضة مستقلة عن المقال رفعها مباشرة الى محكمة الاستئناف وأن المقال لا يتضمن وقائع النازل ولا موجبات الاستئناف، وأن المستأنف الذي تقدم بالتصريح بالاستئناف لدى كتابة ضبط محكمة الدرجة الأولى كان عليه أن يودع لدى نفس الكتابة المذكورة المتضمنة لأسباب الاستئناف وأنه أثار خرق لفصلين 141 و 142 من قانون المسطرة المدنية ودفع بعدم قبول الاستئناف وأن المحكمة غضت الطرف عن ذلك.

لكن حيث من جهة فإن عدم إصدار أمر بالتخلي إنما يترتب عنه ترك الباب مفتوحا أمام الأطراف للإدلاء بما لديهم، وأن القضية راجت بعدة جلسات قدم أثانها الطرفان مستنتاجاتهما بعد النقض واستنفذا دفاعهما، وأن الطاعن لم يلحقه بالتالي أي ضرر من عدم إصدار الأمر المذكور ومن جهة أخرى فإن المستأنف عليه طالب بحفظ حقه في تقديم مذكرة تفصيلية لاحقة، وأنه ليس في القانون ما يلزمه بوضع تلك المذكرة لدى محكمة الدرجة الأولى التي يكون عليها بمقتضى الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية أن توجه التصريح بالاستئناف مع المستندات المرفقة به الى كتابة ضبط محكمة الاستئناف المختصة - وفيما يتعلق بكون الاستئناف غير مقبول شكلا بسبب أن التصريح به لا يتضمن وقائع النازلة ولا موجبات الاستئناف فإن محكمة الاستئناف سبق لها بمقتضى قرارها بتاريخ 20/5/1980 تحت عدد 1144 أن قضت بعدم قبول الاستئناف شكلا لنفس السبب، غير أن المجلس الأعلى نقض هذا القرار بتاريخ 16/12/1981 تحت عدد 829 بعلّة أنه ليس هناك ما يفيد تبليغ الحكم الابتدائي للمستأنف حتى يحسب علي يكون معه التصريح بعدم قبول استئنافه لا يركز على أساس " أنه بعد صدور هذا القرار لم يبقى موضوع لإثارة الدفع بعدم قبول الاستئناف فالوسيلة بوجهها غير جديرة بالاعتبار .
في الوسيلتين الثانية والثالثة:

حيث يعيب الطاعن على محكمة انعدام التعليل وتحريف الوقائع ومحتويات الحجج وخرق القانون لكونها أوردت ضمن تعليلاتها أن المستأنف عليه "الطاعن يؤكد واقعة الاحتيال الثابتة بمقتضى الحكم الجنحي ابتدائيا واستئنافيا وهي السبب الذي دفع بالبائع الى إبرام عقد البيع "مع أن الحكم الجنحي عدد 613 الصادر بتاريخ 16/3/1978 المؤيد استئنافيا بتاريخ 5/6/1978 قضى في تعليقه في الصفحة الثالثة على أن رسم البيع ينفي تهمة الاحتيال " وأن ذلك يدل على أن إدانته انصبت على الوقائع الأخرى دون واقعة شراء الدار المستندة على شراء صحيح، وأنه وإن لم يقع التنصيص صراحة على براءته من تلك التهمة في منطوق الحكم إلا أن هذه البراءة واضحة من تعليلاته، أن المحكمة لما اعتبرت أن واقعة الإحتيال ثابتة بمقتضى الحكم الجنحي المشار اليه فيما يتعلق بواقعة بيع نصف الدار تكون قد أولت تنصيصاته تأويلا غير صحيح وخرقت من جهة أخرى حجية الأمر المقضى به .

لكن حيث من جهة فإن ما تضمنه الحكم الجنائي عدد 619 المؤيد استئنافيا الذي بعدما أدان الطاعن بجرائم النصب الاحتيال مع استعمال لقب متعلق بمهنة طبيب من أن رسم البيع ينفي تهمة الاحتيال ويجعل المحكمة غير مختصة بإرجاع المنزل المبيع " لا يقيد القاضي المدني الذي يبقى من حقه قانونا - دون أن يكون قد خرق قوة الأمر المقضى به أن يبحث في توفر عنصري التدليس المدني الذي يختلف في طبيعته عن التدليس الجنائي المعبر عنه بالنصب باعتبار أن الطرق الاحتيالية فيه عنصر مستقل بذاته وتكون عادة أشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني ومن جهة أخرى فإنه بمقتضى الفصل 52 من ظهير الالتزامات والعقود فإن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ اليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر الخ ... كما أن التدليس ينصب على وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن، وأن قضية الموضوع يستقبلون بتقدير تلك الوقائع دون رقابة عليهم من محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل أو إدعاء التحريف .
وان المحكمة اعتمدت أساسا في القول بثبوت التدليس ومن ثم بقضائها ببطالان عقد البيع المبرم بين الطرفين الذي شابه عيب من عيوب الرضى على ما استخلصته من الملابس التي صاحبت إبرام هذا العقد ومن تصريحات الطاعن نفسه

لدى الضابطة القضائية من أنه : خلال سنة 1976 أتاها المطلوب في النقض في شأن علاج ابنه من مرض عقلي وأنه أوهمه أنه قادر على معالجة ابنه المريض عن طريق الشعوذة والسحر وأنه طلب منه مبلغا ماليا دفع له جزءا منه ولما عجز عن دفع الباقي حمله على التعاقد معه في شأن بيع نصف داره تحت تأثير إيهامه بشفاء ابنه من مرضه، وأن العقد وإن كان لا يتضمن هذه الواقعة التي يؤكدتها المطلوب في النقض وإنما تضمن البيع فقط فإن الدوافع والأسباب على الإقدام على البيع قد ثبتت بحجج وأحكام ومحاضر لضباط الشرطة وأن القانون يجيز إثبات التدليس بجميع الوسائل، وأن القضاء الزجري بت في موضوع النصب والاحتيال وترك للقضاء المدني ما هو مختص به إضافة إلى أن عقد البيع نفسه لا يتضمن معاينة تسليم الثمن وإنما أشار إلى أنه وقع باعتراف الطرفين وأن التدليس يطلق على الأساليب الاحتيالية التي يقصد منها إيقاع شخص في غلط يدفعه إلى التعاقد " وبذلك تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا سليما وكافيا لتبرير ما توصلت إليه في منطوقها فالوسيلة غير مرتكزة على أساس وغير جديرة بالإعتبار .

لهذه الاسباب
قضى المجلس الأعلى برفض الطلب .

- Cour de cassation

Pays:

- Maroc

- Rabat

Date de décision:

14/03/2000

Type de décision:

- Arrêt

Numéro de décision:

190

Numéro de dossier:

651/5/99

Chambre:

- Néant

Thème:

- Travail

- Grève

Mots clés:

- Révocation

- D'un salarié
- Grève de solidarité
- Grève illégitime
- Faute grave

المجلس الأعلى قرار رقم 190 صادر بتاريخ 2000/03/14 ملف اجتماعي رقم 651/5/1/99 التعليق حيث يستفاد من مستندات الملف ، ومن القرار المطعون فيه أن الطاعن تقدم بمقال قصد الحكم له بما هو مفصل فيه وبعد إجراءات مسطرية صدر حكم قضى له بالمبلغ المحدد فيه عن العطلة السنوية وعن البذلة وبرفض باقي الطلبات بعد الطعن فيه بالاستئناف صدر قرار بالتاريخ أعلاه قضى بتأييد الحكم الابتدائي. _ في شأن وسائل النقض الأربعة مجتمعة : حيث يعيب الطاعن على القرار عدم الجواب على دفوعه والتناقض في التعليق وتحريف الفصلين 6-12 من قرار 1948/10/23 وانعدام التعليق وخرق نص دستوري ذلك أنه أثار أن الحكم الابتدائي ربط بين واقعة الإضراب وواقعة فسخ عقد العمل وأن القاضي الابتدائي عوض بحثه في أسباب فصل العارض بحث في الإضراب وتاريخه وأسبابه وأن المحكمة اعتبرت أن الإضراب الذي قام به العارض مع بقية العمال غير مشروع وفي شق آخر اعتبرته مشروعاً مما شكل تناقضاً في التعليق رغم أن محضر مفتش الشغل المحرر بتاريخ 25/4/1995 نص على أن المشغلة قررت التراجع عن توقيف العمال شرط عدم مطالبتهم بالأجرة عن مدة التوقف وبالتزامهم بعدم شن إضراب وهو ما لم يوافق عليه العارض وأن هذه الدفوع لم يقع الرد عليها والقرار المطعون فيه تناقض في تعليقه حين اعتبر مشروعية الإضراب بخصوص المطالبة بالرجوع إلى العمل بالساعات العادية وتعويض البذلة وأداء الأجر مدة التوقف عن العمل كما اعتبره غير مشروع بالنسبة للإضراب التضامني في حين أن طرد العامل تم يوم 16/12/1994 وإضراب العمال يوم 28/3/1995 مما يجعل التضامن مع العامل المطرود ليس سبباً أساسياً علاوة على أنه لا يوجد نص تشريعي يمنع الإضراب التضامني. وأن الفصل السادس من قرار 23/10/1948 لا يشير إلى الإضراب ولا إلى الإضراب التضامني خلافاً لما اعتمدته القرار من أن الإضراب التضامني يشكل خطأ جسيماً وفضلاً عن ذلك فإن الدستور قد نص على أن الإضراب حق مضمون وأن التغيب الجماعي يكتسي طابع الشرعية ومحى بالدستور مما لا مجال معه لتطبيق أحكام الفصل 12 من القرار المذكور خلافاً لما ذهب إليه القرار. لكن حيث إن القرار اعتمد في تعليقه على أن الطاعن قد قام بإضراب تضامني مع عامل تم توقيفه عن العمل من طرف مشغلته وهو ما ثبت للمحكمة من شهادة الشهود المستمع إليهم في المرحلة الابتدائية والإضراب وإن كان حقاً مشروعاً فإن الغاية منه الدفاع عن حقوق مكتسبة ومشروعة للعمال وأن الإضراب التضامني لا يهدف إلى مصلحة عامة للمضربين ويشكل بالتالي عملاً غير مشروع وهو ما انتهى إليه القرار الذي رد دفوع الطاعن في هذا الصدد وأنه لا يوجد أي تناقض في تعليق القرار الذي اعتمد وعن صواب مقتضيات الفصل السادس من قرار 23/10/1948 حين اعتبر أن الإضراب التضامني يشكل خطأ جسيماً يستوجب الطرد من العمل مما كان معه معللاً ومطابقاً للقانون والوسائل جميعها على غير أساس. لهذه الأسباب . قضى المجلس الأعلى برفض الطلب .

Jurisdiction

: Cour de cassation

Pays/Ville

: Maroc, Rabat

Date de décision

: 22/05/1991

Type de décision

: Arrêt

ID

: 5427

Numéro de décision

: 1234

Numéro de dossier

: 1209/96

Abstract

Thème:

Civil›Nullité et Rescision de l'Obligation

Mots clés

Dol civil, Dol pénal, Escroquerie, Distinction, Pouvoir du juge civil, Cause déterminante du consentement, Annulation, Rescision

Base légale:

Art(s) 52 Dahir des Obligations et des Contrats

Source

Ouvrage : Publication de la Cour Suprême pour le quarantième anniversaire, , (1997)

ان ما تضمنه حكم جنائي من أن رسم البيع ينفي عن المتهم جريمة الاحتيال لا يقصد القاضي المدني الذي يبقى من حقه قانونا . دون أن يكون قد خرق قوة الشيء المقضي به - أن يبحث في توفر عنصر التدليس المدني الذي يختلف في طبيعته القانونية عن التدليس الجنائي المعبر عنه بالنصب باعتبار أن الطرق الاحتيالية فيه عنصر مستقل بذاته وتكون عادة اشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني بمقتضى الفصل 52 من (ق.ل . ع) فإن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ اليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقدا الطرف الآخر ، والتدليس ينصب على وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن، وقضاة الموضوع يستقلون بتقدير تلك الوقائع دون رقابة عليهم من طرف محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل أو إدعاء التحريف . وان المحكمة بالتالي كانت على صواب عندما اعتمدت أساسا في القول بثبوت التدليس ومن ثم في قضائها بطلان عقد البيع المبرم بين الطرفين الذي شابه عيب من عيوب الرضى على ما استخلصته من الملاحظات التي صاحبت إبرام هذا العقد ومن تصريحات الطاعن نفسه المفصلة بالقرار.

في الوسيطتين الثانية والثالثة:

حيث يعيب الطاعن على محكمة انعدام التعليل وتحريف الوقائع ومحتويات الحجج وخرق القانون لكونها أوردت ضمن تعليلاتها أن المستأنف عليه "الطاعن يؤكد واقعة الاحتيال الثابتة بمقتضى الحكم الجنحي ابتدائيا واستئنافيا وهي السبب الذي دفع بالبائع الى إبرام عقد البيع "مع أن الحكم الجنحي عدد 613 الصادر بتاريخ 16/3/1978 المؤيد استئنافيا بتاريخ 5/6/1978 قضى في تعليقه في الصفحة الثالثة على أن رسم البيع ينفي تهمة الاحتيال " وأن ذلك يدل على أن إدانته انصبت على الوقائع الأخرى دون واقعة شراء الدار المستندة على شراء صحيح، وأنه وإن لم يقع التتبع صراحة على براءته من تلك التهمة في منطوق الحكم إلا أن هذه البراءة واضحة من تعليلاته، أن المحكمة لما اعتبرت أن واقعة الإحتيال ثابتة بمقتضى الحكم الجنحي المشار اليه فيما يتعلق بواقعة بيع نصف الدار تكون قد أولت تنقيصاته تأويلا غير صحيح وخرقت من جهة أخرى حجية الأمر المقضى به .

لكن حيث من جهة فإن ما تضمنه الحكم الجنائي عدد 619 المؤيد استئنافيا الذي بعدما أدان الطاعن بجرائم النصب الإحتيال مع استعمال لقب متعلق بمهنة طبيب من أن رسم البيع ينفي تهمة الإحتيال ويجعل المحكمة غير مختصة بإرجاع المنزل المبيع " لا يقيد القاضي المدني الذي يبقى من حقه قانونا - دون أن يكون قد خرق قوة الأمر المقضى به أن يبحث في توفر عنصري التدليس المدني الذي يختلف في طبيعته عن التدليس الجنائي المعبر عنه بالنصب باعتبار أن الطرق الإحتيالية فيه عنصر مستقل بذاته وتكون عادة أشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني ومن جهة أخرى فإنه بمقتضى الفصل 52 من ظهير الالتزامات والعقود فإن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ اليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر الخ ... كما أن التدليس ينصب على وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن، وأن قضية الموضوع يستقبلون بتقدير تلك الوقائع دون رقابة عليهم من محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل أو إدعاء التحريف .

وان المحكمة اعتمدت أساسا في القول بثبوت التدليس ومن تم بقضائها ببطلان عقد البيع المبرم بين الطرفين الذي شابه عيب من عيوب الرضى على ما استخلصته من الملاحظات التي صاحبت إبرام هذا العقد ومن تصريحات الطاعن نفسه لدى الضابطة القضائية من أنه : خلال سنة 1976 أتاه المطلوب في النقض في شأن علاج ابنه من مرض عقلي وأنه أؤهمه أنه قادر على معالجة ابنه المريض عن طريق الشعوذة والسحر وأنه طلب منه مبلغا ماليا دفع له جزءا منه ولما عجز عن دفع الباقي حمله على التعاقد معه في شأن بيع نصف داره تحت تأثير إيهامه بشفاء ابنه من مرضه، وأن العقد وإن كان لا يتضمن هذه الواقعة التي يؤكدنها المطلوب في النقض وإنما تضمن البيع فقط فإن الدوافع والأسباب على الإقدام على البيع قد ثبتت بحجج وأحكام ومحاضر لضباط الشرطة وأن القانون يجيز إثبات التدليس بجميع الوسائل، وأن القضاء الجزري بت في موضوع النصب والإحتيال وترك للقضاء المدني ما هو مختص به إضافة الى أن عقد البيع نفسه لا يتضمن معاينة تسليم الثمن وإنما أشار الى أنه وقع باعتراف الطرفين وأن التدليس يطلق على الأساليب الإحتيالية التي يقصد منها إيقاع شخص في غلط يدفعه الى التعاقد " وبذلك تكون المحكمة قد عللت قرارها بتعليلها سليما وكافيا لتبرير ما توصلت اليه في منطوقها فالوسيلة غير مرتكزة على أساس وغير جديرة بالإعتبار .

لهذه الاسباب
قضى المجلس الأعلى برفض الطلب .

Jurisdiction

: Cour de cassation

Pays/Ville

: Maroc, Rabat

Date de décision

: 09/07/2008

Type de décision

: Arrêt

ID

: 2617

Numéro de décision

: 618

Numéro de dossier

: 2534/4/2/2006

Chambre

: Administrative

Abstract

Thème:

Administratif Responsabilité Administrative

Mots clés

Exception d'incompétence, In limin litis, Elève, Dommage

Base légale:

Art(s) 79 Dahir des Obligations et des Contrats

Source

Al Mi3iar "Le Critère" مجلة المعيار N°44

- الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني تلزم آثاره قبل كل دفع أو دفاع و لا تقبل آثاره أمام محكمة الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية.
- وقوع أحداث و المتضرر في عهدة الأستاذ المشرف على المادة و تحت مسؤوليته يشكل تسييرا سيئا للمرفق العام يرتب مسؤولية الإدارة.
- حجية الاتفاقات تقتصر إلزاميتها على طرفيها.

القرار عدد "618" الصادر بتاريخ 2008/07/09، ملف رقم 2006/2/4/2534
حيث يعيب المستأنفون بمجانبته للصواب ذلك أن المحكمة قبلت الدعوى رغم أن البند الثامن من الاتفاقية أعلاه يشترط قبل اللجوء إلى القضاء استنفاد جميع المساعي لفض النزاع و أن المستأنف عليه لم يسلك الصلح.
لكن و خلافا لما جاء في هذا السبب فإن من جملة ما عزز به المدعي دعواه نسخة من رسالة وجهها إلى المستأنفة شركة التامين يطلب فيها إجراء صلح ودي معها توصلت بها عن طريق البريد المضمون بتاريخ 2004/03/08 و لم تجب عنها مما يجعل ما أثير خلاف الواقع فضلا على أن مقتضيات الفصل 8 المحتج به لا تحول دون التوجه إلى القضاء من طرف المتضررين.
في السبب الثالث:

حيث يعيب المستأنفون الحكم المستأنف بخرق الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات و العقود ذلك أن المحكمة قضت على الدولة بتعويض على أساس كامل المسؤولية رغم أن هذا الفصل واضح في كون إثبات الخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي قد يحتج به ليس مفترضا بل لا بد من إثباته و أن المستأنف عليه لم يدل بشيء مما يستلزم معه إلغاء الحكم بخصوص المسؤولية.
لكن حيث تبين من الإشعار بحادثة رياضية مدرسية المرسل من طرف مدير ثانوية ابن حزم التي وقعت بها الحادثة إلى

وزير التربية الوطنية و الشباب أن الحادثة وقعت أثناء حصة النشطة الرياضية المدرسية بملعب كرة القدم بالمؤسسة و تحت إشراف أستاذ المادة عندما اصطدم الضحية بأحد زملائه أثناء اللعب الشيء الذي تعرض له المستأنف عليه و هو عهدة الأستاذ المشرف على المادة أعلاه و تحت مسؤوليته و بشكل تسبيرا شينا للمرفق العام مسؤولية الإدارة مما يجعل ما أثير غير ذي أساس.

في السبب الرابع:

حيث يعيب المستأنفون استنادا المحكمة في تحديد التعويض على سلطتها التقديرية و الحال أن التعويض في نازلة الحال يخضع لبنود اتفاقية الضمان المدرسي التي تربط الدولة بشركة التأمين و التي حددت مبلغ 30.000.00 درهم في حالة العجز البدني المطلق أي نسبة 100 بالمائة.

لكن من جهة فإن الاتفاقية المحتج بها ملزمة لطرفيها و لا تأثير لها على الغير علما أن المحكمة قضت بالتعويض المناسب لجبر الضرر الذي بقي عالقا بالضحية مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار و يكون بالتالي الحكم المستأنف واجب التأييد.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكمين المستأنفين..

__ 711

Jurisdiction: Cour d'appel

Pays/Ville: Maroc, Casablanca

Date de décision: 13/04/1982

Type de décision: Arrêt

ID: 1985

Numéro de décision: 567

Art(s) 88 Dahir des Obligations et des Contrats

Source Revue Marocaine de Droit المجلة المغربية للقانون N°2 Avril, Mai, Juin 1986

محكمة الاستئناف بالدار البيضاء

قرار رقم 567 صادر بتاريخ 1982/04/13

التعليق:

من حيث أن المستأنفين مالكي الباخرة (أبوكس) لم ينزعوا في المسؤولية عن حادث 14/6/77 الذي أدى إلى إصابة المراكب (وجان جانيت) (لامادولون) (وبير الأكبر) بأضرار مختلفة الجسامة عندما كانت المراكب المصدومة راسية في رصيف سوق السمك بمرسى الدار البيضاء.

من حيث أن مالك الباخرة (أبوكس) يقر بكيفية غير صريحة بمسؤوليته عن الحادث موعزا إياها إلى الكسر اللاحق

بمحرك باخرته مما لم يمكنها من الرجوع إلى الخلف.

من حيث أنه على أي حال فإن القرائن القضائية أنه عند حصول تصادم بين سفينة راسية وسفينة سائرة فإنه يفترض وقوع التصادم بخطأ من السفينة الثانية (دالوز 1899 - 2 - 465).

من حيث لا محل إذن في هذه الظروف من تحميل مسؤولية الحادث إلى الباخرة (أبوكس).

فيما يخص الخطأ المفترض ارتكازا على الفصل 88 ق.ل.ع :

من حيث أن القاضي الابتدائي استبعد تطبيق أحكام الفصل 88 ق.ل.ع بمناسبة الإشارة إلى أن المدعين أسسوا طلبهم على أحكامه وعلل ذلك بوجود نص خاص في القانون البحري (الفصل 124).

من حيث أن المستأنف عليهم يتمسكون حتى في هذه المرحلة من التقاضي بضرورة تطبيق أحكام الفصل 88 ق.ل.ع الذي يجعل قرينة مسؤولية الضرر على عاتق حارس الشيء مادام لم يثبت خطأ المتضرر أو قيامه بما من شأنه إعفاءه من المسؤولية وتمسك الأول منهما بقرار محكمة النقض الفرنسية الصادرة بصدق قضية غرق السفينة (لاموريسير) .

لكن حيث أن هذا القضاء منتقد لخطورته على صعيد إمكانية تطبيق حق الترك فضلا على أنه لا يمكن عند التصادم افتراض قرينة خطأ بالنسبة لحارس سفينة دون الآخر (مؤلف القانون البحري للعميد ريبير - طبعة 1953 - الجزء الثالث صحيفة 33 نبذة 2089).

من حيث أنه علاوة على ذلك فإن من شأن أعمال مبدأ الخطأ المفترض خرق قاعدة قانونية بحرية خصوصية منصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 297 من ق.ت.بحري التي تنص صراحة على وجود قرينة الخطأ فيما يخص الاصطدام بين سفينتين، وهذا ما ينص عليه كذلك الفصل السادس (الفقرة الثانية) من معاهدة التصادم المبرمة ببروكسيل في 10/10/1957.

من حيث أن القضاء الفرنسي يسير في منحاه المشار إليه في تطبيق قواعد الحراسة على الأشياء مما أدى إلى استبعاد مبدأ تحديد المسؤولية وذلك بعلّة أن هذه المسؤولية هي شخصية يتحملها المالك مباشرة بوصفه حارسا للسفينة وليس للمالك أن يتمسك بالتحديد سوى بالنسبة للمسؤولية كمتبوع مسؤول عن أخطاء الربان والمؤمنين البحريين، فإذا قبل بأن أساس مسؤولية الحارس هي قرينة على الخطأ في الحراسة، فإن خطأ المالك الشخصي يحرّمه من ميزة التحديد.

من حيث أن هذا المنحى القضائي منتقد لأنه حتى إذا قبل تطبيق المسؤولية الناتجة عن الأشياء على السفينة فإنه لا شك في اعتبار الربان حارسا لها لما له من سيادة مطلقة في قيادتها وإدارة دفتها.

من حيث أنه يتعين ارتكازا على هذه الأسانيد بالضبط استبعاد تطبيق أحكام الفصل 88 ق.ل.ع في النازلة فيكون الحكم الابتدائي قد صادف الصواب في هذا المخصوص.

من حيث التحديد القانوني لمسؤولية المالك :

من حيث لا خلاف أن مبدأ مسؤولية السفينة المحدودة هو من القواعد الأساسية في القانون البحري (مؤلف القانون البحري للعميد ريبير، طبعة 1922 صحيفة 116 نبذة 1228) ووفقا لهذا المبدأ، فإن للسفينة ذمة بحرية خاصة، لها حقوقها والتزاماتها داخل ذمة المالك العامة، وهذه الذمة البحرية هي الكفيلة باستخلاص ديون الدائنين البحريين ذلك لأن مالك السفينة ليس مدينا عاديا.

من حيث أنه من البين من حيثيات الحكم المستأنف مجانبته الصواب عندما صرح بوجوب تطبيق أحكام الفصل 124 ق.ت.بحري التي استبعدتها عمليا بعلّة أنها خاصة بالخسارة الناتجة عن حمولة الباخرة دون الأضرار اللاحقة بالغير من طرف البواخر غير الملزمة معها في حين أن هذا يخالف تلك الأحكام التي لها رواسيها التاريخية للقرون الوسطى التي كانت تبني التخفيف من مسؤولية المالك عن تصرفات الربان باعتبار تعذر ممارسة الأول على الثاني حق الرقابة والتوجيه فضلا عن أن أحكام الفصل المذكور لا تضع التمييز الذي اعتبره القاضي الابتدائي.

من حيث أنه يكون من الثابت إذن تأسيسا على هذا النظر أن الحكم الابتدائي جانب الصواب بتطبيقه متطلبات الفصل 124 ق.ت.بحري بكيفية تخرج عن المقصود من إقرارها فتكون الوسائل الاستثنائية المعتمدة من طرف الطاعنين في محلها وجديرة بالاعتبار مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف بمراعاة أحكام الفصل المذكور وكذا الفصل 127 من نفس القانون.

من حيث أنه وخلافا لطروحات السادة مفروض ومن معه، فإن مقتضيات الفصل 124 من ق.ت.بحري هي الواجبة التطبيق في النازلة ولو تعلق الأمر بصدام بحري لا بتنفيذ عقد نقل بل مهما كان نوعه كما يدفعون اعتبارا للمبررات المبينة أعلاه.

من حيث أنه وخلافا لطروحات بعض الأطراف الذين طعنوا في مقتضيات الفصل 124 من القانون التجاري البحري بعبارات مجحفة فإن من شأن إقرار هذه المقتضيات المحافظة على وزن مصالح كبار وصغار مجهزي السفن (القانون التجاري البحري المغربي، بيسيير، طبعة 1933).

من حيث أنه فيما يخص النعي على ضلالة التعويضات المقررة كما يتمسك بذلك بعض أصحاب البواخر المتضررة فإن المحاكم منوط بها تطبيق القانون بحذاقيره فلا اجتهد مع وجود نص.

من حيث أنه لا يوجد بالملف ما يثبت أن الخطأ الذي أدى إلى حادث 14/6/77 مما يتعين معه إهمال مبدأ التحديد لمسؤولية هذا الأخير. « أبوكس » صادر على مالك الباخرة من حيث أنه يتعين إذن تحديد التعويضات المستحقة لكافة الأطراف المتضررة من الحادث المذكور على المنوال التالي:

المعيار الذي يتعين على القاضي اعتماده لضبط سلوك الأفراد إزاء هذا النوع من الالتزامات ، ذلك أن الأفراد ليسوا على مستوى واحد من الحيطة و التبصر و اليقظة ، الأمر الذي يفرض على المحكمة الخيار بين تطبيق المعيار الشخصي الذي يميز سلوكيات الأفراد و معاملتهم على قدر إمكانياتهم الذاتية ، أو تطبيق المعيار الموضوعي الذي يتعامل مع كافة الأفراد باعتبار إمكانيات الفرد العادي متوسط الخبرة و الذكاء.

2-العنصر المعنوي : إمكانية نسبة الفعل الضار للشخص المخطئ : بمعنى

أنه يتعين أن يكون هذا الشخص مدركا لنتائج أفعاله ، و نظرا إلى أن مسألة الإدراك ترتبط ارتباطا وثيقا بعنصر التمييز وجودا و عدما ، كمالا و نقصا ، فإن جل التشريعات المدنية جعلت من الإدراك و التمييز مناطا للمسؤولية المدنية ، و هو ما أكد عليه الفصل 96 من ق ل ع المغربي .

أ- حالات انعدام التمييز في إطار ق ل ع المغربي :

من خلال ف 96 من ق ل ع المغربي ⁷¹² ، يتبين أن المشرع المغربي اعتبر كلا من الصبي غير المميز و المجنون فاقدين للإدراك و العقل ، و بالتالي فإنهما لا يسألان عن

192,12 × 138 طن (حمولة الباخرة الصادمة) = 25.132,56 درهم.
من حيث أنه يتعين توزيع المبلغ المذكور بين الأطراف المتضررة وفق التالي...
فيما يتعلق بالحكم على المؤمنين :
من حيث أنه لا يوجد تأمين إجباري في مادة النقل البحري وبالتالي يكون الحكم الابتدائي القاضي بإحلال شركة التأمين محل المحكوم عليه في غير محله.
وحيث إن دعوى المدعي في مواجهة شركة التأمين غير مقبولة لانقضاء العلاقة القانونية بينهما.
وحيث إن شركة التأمين لا تلعب في النازلة سوى دور الضامن ومادام الطرف المدعى عليه لم يدخل في الدعوى هذا الضامن ليضمنه فيما قد يحكم به عليه، فإنه لا مجال للحكم على المؤمن بطريقة مباشرة بناء على طلب المدعي وحده.
لهذه الأسباب:
. موضوعا :

بالغاء الحكم المتخذ فيا قضى به من إحلال شركة التأمين والحكم بإخراجها من الدعوى.
. وبتعديل الحكم فيما قضى به من التعويض لفائدة المدعين الثلاثة، وذلك بتحديد التعويض على الشكل التالي :
- لفائدة السادة مفروض حسن ومن معه مبلغ 8.688,11 درهم من تاريخ الحكم بالنسبة لفائدة القانونية.
- لفائدة السيد بن الإدريسي والمهدي مبلغ 8.857,88 درهم مع الفائدة القانونية من تاريخ الطلب.
- لفائدة السيد الميموني مبلغ 7.586,55 درهم مع الفائدة القانونية من تاريخ الطلب والصائر بالنسبة.
. وقررت إرجاع تنفيذ هذا الحكم إلى المحكمة التي صدر منها الحكم المستأنف.

نتائج أفعالهما الضارة ، و هو ما يحتم الاحتكام إلى قواعد المسؤولية عن فعل الغير ، كما اعتبر المشرع المغربي ، السكر الاضطرابي واحدا من الأسباب التي ينعدم فيها العنصر المعنوي للخطأ، و بالتالي تنعدم فيها المسؤولية ، بخلاف السكر الاختياري حيث يعامل السكران بنقيض قصده كما ورد في ف 93 من ق ل ع. و من جهة أخرى فإذا كان ق ل ع المغربي قد قرر إعفاء ذوي العاهات العقلية و القاصرين و فاقد التمييز لأسباب اضطرارية ، فإنه لم يقرر إعفاء ذوي العاهات البدنية الأخرى مثل الصم و البكم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم .

ب- هل يمكن نسبة الخطأ التقصيري للشخص المعنوي ⁷¹³ :

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه ⁷¹².

وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.

712 - انظر المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية؛ حيث يعتبر عديم أهلية الأداء: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، المجنون وفاقد العقل.

⁷¹³

(+)

الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

مدونة التجارة

الباب المتعلق بالشيك

مدونة التجارة المغربية (صيغة موحدة بتاريخ 19 سبتمبر 2016)

المادة 313

يجب على المؤسسة البنكية المسحوب عليها التي رفضت وفاء شيك لعدم وجود مؤونة كافية أن تأمر صاحب الحساب بإرجاع الصيغ التي في حوزته والتي في حوزة وكلائه إلى جميع المؤسسات البنكية التي تعتبر من زبائنها، وألا يصدر خلال مدة عشر سنوات شيكات غير تلك التي تمكن من سحب مبلغ مالية من طرف الساحب لدى المسحوب عليه أو التي يتم اعتمادها. تخبر المؤسسة البنكية المسحوب عليها في نفس الوقت وكلاء زبونها وكذا أصحاب الحساب الآخرين.

غير أن لصاحب الحساب أن يستعيد إمكانية إصدار الشيكات مع مراعاة تطبيق الفقرة الأولى من المادة 317 إذا ثبت أنه:

1- أدى مبلغ الشيك غير الموفى أو قام بتوفير مؤونة كافية وموجودة لأدائه من طرف المسحوب عليه؛

2- أدى الذعيرة المالية المنصوص عليها في المادة 314.

المادة 314

تحدد الغرامة المالية التي يجب على صاحب الحساب أن يؤديها لاسترجاع إمكانية إصدار الشيكات كما يلي:

1 - 5 % من مبلغ الشيك أو الشيكات غير المؤداة موضوع الإنذار الأول المنصوص عليه في المادة 313؛

2 - 10 % من مبلغ الشيك أو الشيكات موضوع الإنذار الثاني؛

3 - 20 % من مبلغ الشيك أو الشيكات موضوع الإنذار الثالث وكذا الإنذارات اللاحقة.

المادة 317

يجوز للمحكمة في الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة أن تمنع المحكوم عليه خلال مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات، من إصدار شيكات غير التي تمكنه فقط من سحب مبالغ مالية لدبال مسحوب عليه أو شيكات معتمدة. ويمكن أن يكون هذا المنع مشفوعا بالنفاذ المعجل. ويرفق المنع بأمر موجه إلى المحكوم عليه يلزمه بإرجاع صيغ الشيكات الموجودة في حوزته أو كلائه إلى المؤسسة البنكية التي سلمتها له. ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر ملخص للحكم القاضي بالمنع في الجرائد التي تعينها وطبقا للكيفية التي تحددها وذلك على نفقة المحكوم عليه.

ويجب على المحكمة أن تخبر بنك المغرب بملخص الحكم بالمنع، الذي يجب عليه بدوره أن يخبر المؤسسات البنكية بذلك المنع.

ونتيجة لهذا المنع، يجب على كل مؤسسة بنكية أخبرت به من طرف بنك المغرب، أن تمتنع عن تسليم المحكوم عليه وكلائه صيغ شيكات غير الصيغ المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

المادة 318

يعاقب الحبس من شهر إلى سنتين وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 درهم من أصدر شيكات رغم الأمر الموجه إليه عملا بمقتضيات المادة 313 أو خرقا للصادر ضده بمقتضى المادة 317.

وتطبق العقوبات ذاتها على الوكيل الذي أصدر عن علم، شيكات منع إصدارها على موكله عملا بمقتضيات المادتين 313 و 317.

تضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى إذا كانت الشيكات مسحوبة خرقا للإنذار أو المنع من طرف الأشخاص المشار إليهم في الفقرتين الأولى والثانية، ولم يقع الوفاء بها عند التقدير لعدم وجود مؤونة كافية.

القانون الجنائي المغربي

الفصل 127

لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من

الفصل 36 ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62.

الفصل 36

5- المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89.

6- حل الشخص المعنوي.

7- نشر الحكم الصادر بالادانة.

الفصل 62

التدابير الوقائية العينية هي :

1- مصادرة الاشياء التي لها علاقة بالجريمة او الاشياء الضارة او الخطيرة او المحظور امتلاكها.

2- اغلاق المحل او المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة.

المسؤولية المدنية لممثل الشخص المعنوي في قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 927

لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية:

أولاً: إذا أقره، ولو دلالة؛

ثانياً: إذا استفاد منه؛

ثالثاً: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛

رابعاً: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته تعليمات الموكل مادام الفرق يسيراً، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.

قانون المسطرة الجنائية المغربي

المادة 9

يمكن إقامة الدعو بالمدنية و الدعو بالعمومية في أي واحد أمام المحكمة الجزرية المحالة إليها الدعو بالعمومية.

تختص هذه المحكمة سواء كانا المسؤول ولعنا لضرر شخصاً ذاتياً أو معنوياً خاضعاً للقانون المدني. كما تختص بالنظر في القضايا المنسوبة لأشخاص القانون العام في حالة ما إذا كانت دعو بالمسؤولية ناتجة عن ضرر تسببته في هو سيلة من وسائل النقل.

مدونة الشغل المغربية صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

المادة 12

يعاقب المشغل عن مخالفة أحكام المادة 9 أعلاه بغرامة من 15.000 إلى 30.000 درهم. وفي حالة العود، تضاعف الغرامة المذكورة أعلاه.

عند مخالفة الأجير لأحكام الفقرة الأولى من المادة 9 أعلاه، تتخذ في حقه عقوبة التوقيف لمدة 7 أيام. وفي حالة تكراره لنفس المخالفة خلال السنة، تتخذ في حقه عقوبة التوقيف لمدة 15 يوماً.

وفي حالة تكراره لنفس المخالفة للمرة الثالثة، يمكن فصله نهائياً عن الشغل.

يعاقب المشغل عن مخالفة أحكام المادة 10 أعلاه بغرامة من 25.000 إلى 30.000 درهم. وفي حالة العود، تضاعف الغرامة والحكم بحبس تتراوحت مدته بين 6 أيام و 3 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مسؤولية رئيس المقاوله

مدونة الشغل المغربية صيغة محينه بتاريخ 26 أكتوبر 2011

المادة 326

يجب على رئيس المقاوله، أن يقدم لطبيب الشغل، جميع التسهيلات التي تتيح له، من جهة، مراقبة مدى استيفاء المقاوله لشروط الشغل، وفي مقدمتها التعليمات الخاصة التي تحت على التمسك بتدابير السلامة وحفظ الصحة، عند إنجاز أشغال خطيرة من نوع الأشغالالمشار إليها في المادة 293 أعلاه، وتتيح له، من جهة أخرى، التعاون مع الأطباء القائمين على علاج الأجراء، ومع كل من يمكن أن يفيد في شغله.

المادة 393

يمنع على كل مسؤول له نفوذ على الأجراء، أن يبيع، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لأجراء المقاوله التي يشتغل فيها، ما اشتراه من مواد أو سلع بنية تحقيق الربح. وإذا وقع نزاع حول ذلك، فالبيئة على البائع في إثبات عدم حصوله على أي ربح من مبيعاته. يجب في النشاطات الفلاحية، عندما يبيع المشغل لأجرائه محاصيل من منتوجه، أن يسعرها بتراضي الطرفين، على ألا يزيد السعر عن قيمة المحصول عند إنتاجه، كما تحدده النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالأسعار.

مدونة الجمارك المغربية

القسم الثاني

الأشخاص المؤهلون لتقديم تصريح

مفصل بالبضائع

المعشر في الجمرك

الفصل 67 - 1- لا يمكن أن يقوم بعمل المصريح بالبضائع المقدمة أو المودعة في الجمرك إلا مالكو البضائع المذكورة والمعشرون المقبولون وكذا الأشخاص الذاتيون أو المعنويون المشار إليهم في الفصل 69 بعده.

يجب على مالك البضائع المصريح أن يثبت صفته كمالك للبضائع بتقديم:

- الوثائق التجارية التي تثبت أن شراء أو بيع هذه البضائع قد تم باسمه الخاص؛

- سندات النقل المحررة في اسمه الخاص أو بأمر منه.

يمكن لمالك البضائع أن يخول بتوكيل منه جميع السلطات إلى الوكيل العامل في خدمته دون سواه للتصريح نيابة عنه.

2- لأجل تطبيق هذه المدونة:

أ) يعد بمثابة مالكين: الناقلون والحائزون والمسافرون وسكان الحدود فيما يخص البضائع أو الأشياء أو المواد التي ينقلونها أو يحوزونها؛

ب) يعتبر بمثابة معشر: كل شخص ذاتي أو معنوي يزاول مهنة القيام لفائدة الغير بالإجراءات الجمركية المتعلقة بالتصريح المفصل بالبضائع سواء كانت هذه المهنة ممارسة بصفة رئيسية أو بصفة ثانوية وكيفما كان نوع التوكيل المخول إياه.

القسم الثالث

الفصل 221 - إن الشركاء والمتواطئين في ارتكاب جنحة أو مخالفة جمركية تطبق عليهم وفق شروط الحق العام نفس العقوبات المطبقة على المرتكبين الرئيسيين للجنحة أو للمخالفة الجمركية، ويمكن أن تطبق عليهم التدابير الاحتياطية المنصوص عليها في الفصل 220 أعلاه.

كما تطبق هذه العقوبات والتدابير الاحتياطية على الأشخاص الذاتيين أو المعنويين الذين لهم مصلحة في الغش. وفي غير الحالات المنصوص عليها في القانون الجنائي يعتبر المتواطئون في ارتكاب الجنحة أو المخالفة الجمركية الأشخاص الذين قاموا على علم بما يلي :

1 - حرضوا مباشرة على ارتكاب الغش أو سهّلوا ارتكابه بأية وسيلة من الوسائل؛

2 - اشترّوا أو حازوا ولو خارج الدائرة بضائع ارتكب الغش بشأنها ؛

3 - سترّوا تصرفات مرتكبي الغش أو حاولوا جعلهم في مأمن من العقاب.

ويعتبر شخصا ذاتيا أو معنويا له مصلحة في الغش :

أ) الذين قاموا على علم بتمويل عملية الغش ؛

ب) مالكو البضائع المرتكب الغش بشأنها.

الفصل - 227 عندما ترتكب جنحة أو مخالفة جمركية من طرف المتصرفين أو المسيرين أو المديرين لشخص معنوي أو من طرف أحدهم العامل باسم ولحساب الشخص المعنوي يمكن بصرف النظر عن المتابعات المجراة ضدهم أن يتابع الشخص المعنوي نفسه وأن تفرض عليه العقوبات المالية، وعند الاقتضاء التدابير الاحتياطية المنصوص عليها في 3 و4 و6 من الفصل 220 أعلاه.

الفصل 220 - إن التدابير الاحتياطية الشخصية في ميدان الجمارك هي :

1 - (ملغى)

2 - منع الدخول إلى المكاتب والمخازن والساحات الخاضعة لحراسة الجمرک؛

3 - سحب رخصة قبول المعشر في الجمرک أو الإذن في الاستخلاص الجمركي ؛

4 - الحرمان من الاستفادة من الأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمارك ؛

5 - المنع من استخدام النظم المعلوماتية للإدارة ؛

6 - سحب رخصة استغلال مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي.

ويمكن أن تتخذ هذه التدابير على إثر ارتكاب جنح أو مخالفات للتشريع الجمركي أو مخالفات للحق العام بموجب قرار قضائي أو إداري حسب الحالة طبقا للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة.

مساءلة الشخص المعنوي

القانون المعدل لظهير 16 يوليوز 1957 بشأن النقابات المهنية (ظهير 15 فبراير 2000)

ظهير شريف رقم 1.00.01 صادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000)

بتنفيذ القانون رقم 11.98 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.119

الصادر في 18 من ذي الحجة 1376 (16 يوليو 1957) بشأن النقابات المهنية

الجريدة الرسمية عدد 4777 بتاريخ 2000/03/13 الصفحة 417

المادة الأولى

يتم الظهير الشريف رقم 1.57.119 الصادر في 18 من ذي الحجة 1376 (16 يوليو 1957) بشأن النقابات المهنية بالفصل 2 مكرر التالي :

الفصل 2 مكرر - يمنع على المنظمات المهنية للمشغلين والأجراء أن تتدخل في شؤون بعضها البعض، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وأن تقوم بكل عمل من هذا القبيل بما فيه تقديم مبالغ مالية غير مبررة قانونا، كما يمنع المس باستقلالية هذه المنظمات فيما يخص تكوينها وتسييرها وإدارتها.

يمنع على كل شخص طبيعى أو معنوي أن يعرقل ممارسة الحق النقابي.

الفصل 23 - يتابع من أجل مخالفة مقتضيات هذا الظهير الشريف مؤسسو النقابات ورؤساؤها ومديروها ومسيروها أيا كانت تسميتهم وكل شخص طبيعى أو معنوي عرقل ممارسة الحق النقابي ويعاقبون بغرامة يتراوح مبلغها بين 3.000 و 5.000 درهم.

وفي حالة العود يعاقب بغرامة يتراوح مبلغها بين 5.000 و 10.000 درهم وبحبس تتراوح مدته بين ستة أيام وسنة واحدة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

- المؤسسون والرؤساء والمديرون والمسيريون أيا كانت تسميتهم لنقابات تستمر في أعمالها أو تشكل من جديد بعد حلها ؛
- مؤسسو النقابات ورؤساؤها ومديروها ومسيروها أيا كانت تسميتهم الذين يخالفون أحكام الفصل 2 مكرر أعلاه أو يعرقلون ممارسة الحق النقابي ؛
- كل شخص طبيعى أو معنوي عرقل ممارسة الحق النقابي.

مجموعة القانون الجنائي

صيغة محينة بتاريخ 19 سبتمبر 2016

الفصل 126

تطبق العقوبات والتدابير الوقائية المقررة في هذه المجموعة على الأشخاص الذاتيين.

الفصل 127

لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و6 و7 من الفصل 36 ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62.

الفصل 62

التدابير الوقائية العينية هي:

- 1 - مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها.
- 2 - إغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلّت في ارتكاب الجريمة

ونفس النهج سار عليه في جرائم الإرهاب في المادة 218 فقرة 4 من ق.ج،

مجموعة القانون الجنائي

صيغة محينة بتاريخ 19 سبتمبر 2016

الفصل 1-1-713218

غير أنه ، إذا كان الفاعل شخصا معنويا، يعاقب بغرامة تتراوح بين 1.000.000 و 10.000.000 درهم، مع الحكم بحله وبالتدابير الوقائية المنصوص عليها في الفصل 62 من هذا القانون، دون المساس بحقوق الغير ودون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها في حق مسيري الشخص المعنوي أو مستخدميه المرتكبين للجريمة أو المحاولة.

الفصل 2-713218

غير أنه، إذا كان الفاعل شخصا معنويا، يعاقب بغرامة تتراوح بين 1.000.000 و 10.000.000 درهم، مع الحكم بحله وبالتدابير الوقائية المنصوص عليها في الفصل 62 من هذا القانون، دون المساس بحقوق الغير ودون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها في حق مسيري الشخص المعنوي أو مستخدميه المرتكبين للجريمة أو المحاولة.

الفصل 4-713218

فيما يخص الأشخاص المعنوية، بغرامة من 1.000.000 إلى 5.000.000 درهم دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيريهما أو المستخدمين العاملين بها المتورطين في الجرائم.

الفصل 5-713218

غير أنه، إذا كان الفاعل شخصا معنويا، يعاقب بغرامة تتراوح بين 1.000.000 و 10.000.000 درهم، مع الحكم بحله وبالتدابير الوقائية المنصوص عليها في الفصل 62 من هذا القانون، دون المساس بحقوق الغير ودون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها في حق مسيري الشخص المعنوي أو مستخدميه المرتكبين للجريمة أو المحاولة.

الفصل 7-218

إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، فيعاقب بغرامة تتراوح بين مائة ألف ومليون درهم.

إذا كان الفاعل شخصا معنويا فيجب الحكم بحله والحكم بالتدبيرين للقائمين المنصوص عليهما في الفصل 62 من القانون الجنائي مع عدم المساس بحقوق الغير.

قانون المسطرة الجنائية (2016/9 /19)

المادة 9

يمكن إقامة الدعو بالمدينة والدعو بالعمومية في أي واحد أمام المحكمة الزجرية المحالة إليها الدعو بالعمومية.

تختص هذه المحكمة سواء كانا المسؤول عن الضرر شخصا ذاتيا أو معنويا خاضعا للقانون المدني. كما تختص بالنظر في القضايا المنسوبة لأشخاص القانون العام في الحالة ما إذا كانت الدعو بالمسؤولية ناتجة عن ضرر تسبب في هوسائل النقل

الذي أسند الاختصاص في الدعاوى المدنية التابعة سواء كان المسؤول عن الأضرار المسببة شخصا ذاتيا أو معنويا، حيث أعطى الاختصاص للقضاء الزجري في هذه الحالة رغم أن القاعدة اختصاصه في الدعاوى العمومية.
- الأساس الثالث: طبقا للمواد 678 إلى 686 من قانون 03-03 المتعلق بالمسطرة الجنائية،

المادة 678

تهدف مجموعة بطائق الأشخاص المعنوية لجمع المعلومات المنصوص عليها في المادة 681 بعده، المتعلقة بالعقوبات والتدابير الصادرة سواء في حق الأشخاص المعنوية أو في حق الأشخاص الذاتيين الذين يسرونها

المادة 681

إذا صدرت عقوبة بصفة شخصية على أحد مسير شخص معنوي من أجل جرائم المنصوص عليها في البند الخامس من المادة 679 أعلاه فتوضع:

1- بطاقة رقم 1 خاصة في اسم هذا المسير؛

2- بطاقة رقم 1 خاصة في اسم الشخص المعنوي.

غير أنه لا يشار إلى العقوبات والتدابير الصادرة في حق مسير الشخص المعنوي في البطاقة رقم 3 الخاصة بهذا الشخص المعنوي.

المادة 686

يمكن أن تسلم البطاقة رقم 2 المتعلقة بشخص معنوي أو بمسير شخص معنوي لمن يأتي ذكرهم:

- قضاة النيابة العامة وقضاة التحقيق والمدير العام للأمن الوطني والقيادة العليا للدرك الملكي ورؤساء مختلف المحاكم والهيئات القضائية والإدارات العمومية، خاصة منها المكلفة بالإشراف على المهن المختلفة؛

- رؤساء المحاكم التجارية والقضاة المكلفين بالسجل التجاري عند تقديم طلبات الإدراج في السجل؛

- مجلس القيم المنقولة فيما يخص الأشخاص المعنوية الخاضعة لمراقبته.

يمكن أن تسلم البطاقة لسائر الإدارات العمومية للدولة والجماعات المحلية، التي تتلقى عروضاً تتعلق بالتزامات أو سمسرة أشغال أو سمسرة صفقات عمومية.

تسلم البطائق رقم 3 طبقا لمقتضيات المادة 668 أعلاه.

الفصل 121 من ق.ج. الفرنسي، و المادة 227 من مدونة الجمارك المغربية،

مدونة الجمارك

الفصل 227 - عندما ترتكب جنحة أو مخالفة جمركية من طرف المتصرفين أو المسيرين أو المديرين لشخص معنوي أو من طرف أحدهم العامل باسم ولحساب الشخص المعنوي يمكن بصرف النظر عن المتابعات المجراة ضدهم أن يتابع الشخص المعنوي نفسه وأن تفرض عليه العقوبات المالية، وعند الاقتضاء التدابير الاحتياطية المنصوص عليها في 3 و 4 و 6 من الفصل 220 أعلاه.

Code pénalFr

Article 121-1

Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

Article 121-2

Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 54 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

Article 121-3

Modifié par Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 - art. 1 JORF 11 juillet 2000

Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure

إذا كان الإجماع حاصلًا في ميدان الفقه و القضاء و التشريع بخصوص وجوب مساءلة الأشخاص المعنوية عن الأضرار التي يتسبب فيها الطاقم البشري المكون لها، فإن الخلاف يكمن في تحديد الأساس القانوني الذي تتبني عليه مسؤولية هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية⁷¹⁴.

و في هذا الإطار ظهرت نظرية تحمل المتبوع لعواقب أخطاء تابعيه ، غير أن هذه النظرية لم تبرر موقفها من الحالات التي يرتكب فيها الضرر من طرف المسيرين ، إذا أن هؤلاء لا يمكن اعتبارهم تابعين للأشخاص المعنوية ، لما لهم من سلطة و استقلال في القيام بمهامهم. و من هنا ظهرت نظرية أخرى تؤسس المسؤولية وفقًا لمبدأ الحقيقة الواقعية للشخص المعنوي⁷¹⁵ ، و التي ترتب مساءلة الشخص المعنوي بصورة مباشرة عن كل الأضرار

⁷¹⁴ _

⁷¹⁵ _

الشخص الاعتباري

وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست له شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية ([1]) .

146 – أهلية الأداء :

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق .

ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء .

ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً .

والذي يعيننا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة :

- 1 - عقود اغتناء ، وهي عقود يعتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له .
 - 2 - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر .
 - 3 - عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري .
 - 4 - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .
- فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع .
- وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام الأربعة .

147 - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها :

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال ([2]) .

148 - الأصل في الشخص أن يكون ذا أهلية :

والمفروض في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا ما قضت به المادة 109 إذ نصت على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ([3]) " .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه ([4]) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية ([5]) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تقضي به المادة 119 إذ تنص على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب أبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ([6]) " .

ولا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق

احتياطية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة ([7]) .

149 – أحكام الأهلية من النظام العام :

وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يُعطى شخصٌ أهليةً غيرَ متوافرةٍ عنده ، ولا أن يُوسَّعَ عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلاً . وإلى ذلك تشير المادة 48 من القانون (الحالي) الجديد إذ تنص على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " .

2 – أحكام الأهلية

([1]715) هذا وقد صدر حکمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهينة وبطبيقها على إنها عادة لها قوة القانون (25 مارس سنة 1931 المحاماة 12 رقم 364 ص 744) ، والحكم الثاني يقضي بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لا بد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كان توهب للدير أو توقف عليه (9 ابريل سنة 1931 المحاماة 12 رقم 365 ص 746) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضي بأن الرهينة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في صر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، والقانون المادة 14 من الأمر العالي الصادر في 14 مايو سنة 1883 بترتيب واختصاصات المجلس المحلي لطائفة الاقباط الارثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يفتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ويترتب على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . فالحكم المطعون فيه إذ عد المطران مالاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلاً منصبه الديني لمجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدني 24 مايو سنة 1942 مجموعة عمر 3 رقم 155 ص 431) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملكه الراهب قبل دخوله في الرهينة – وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية – فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصيته اعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تملكه هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة 1927 ص 315) : " ليكن معروفاً ما للأسقف إن كان له شيء ، وليكن معروفاً ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد . . فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ، ليس له أن يوصي في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام " .

([2]715) وسنرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء .

أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمناه . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن في

الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز و لكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جارينا هذا المألوف في بعض الأحيان .

([3]715) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 163 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يكون أهلاً للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته " . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي : " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها " ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم 112 . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة " فلم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها " لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوراً لم يحجز عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : " كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " ، وأصبح رقم المادة 109 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 109 – ص 112) .

([4]715) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا اثبت مدعى الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (18 يولييه سنة 1891 الحقوق 6 ص 191 – 21 يولييه سنة 1891 الحقوق 7 ص 225) – انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في 28 يونية سنة 1916 م 28 ص 446 ، وفي 28 مارس سنة 1918 م 30 ص 316 .

([5]715) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أين تحمل تبعة تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس الحسبي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثماني عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (15 فبراير سنة 1921 المجموعة الرسمية 22 رقم 62 . وانظر أيضاً محكمة بني سويف الابتدائية في 8 فبراير سنة 1928 المحاماة 9 ص 524) .

([6]715) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 165 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالبطلان " . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة 162 يكون غفلاً من نص يجيز لنقص الأهلية أبطال العقد ، فينبغي أن يثبت هذا الحكم في صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتي : " يجوز لنقص الأهلية أن يطلب أبطال العقد ، ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي قصره " . وأصبح رقم المادة 123 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تستعيز عن عبارة " ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته الخ " بعبارة " وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته " . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما أثرت أن تجري القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة 119 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 133 – ص 138) .

([7]715) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في 30 ديسمبر 1913 م 26 ص 117 – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعياً أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية في حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفة شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك مادامت الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية فعلاً إليه (نقض جنائي 4 مايو سنة 1945 المحاماة 27 رقم 149 ص 348 . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني في 4 مايو سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 128 ص 352) .

المصدر السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني_ ج 1_ نظرية الالتزام بوجه عام_ مصادر الالتزام

التي يتسبب فيها الأفراد الذين يشكلون الطاقم البشري للشخص المعنوي⁷¹⁶ ، بشرط أن يكون الفعل الضار قد تم ارتكابه أثناء مزاولة الوظيفة أو الخدمة المسندة إليهم أو بمناسبةها ، أما إذا كان الخطأ شخصياً فإن الشخص المعنوي لا يكون مسؤولاً عنه⁷¹⁷ .

716 _

- الممثل القانوني للشخص المعنوي – مسؤوليته الجنائية

القرار رقم 2263/7

المؤرخ في 1/10/98

الملف الجنحي رقم 8774/98

-

القاعدة:

– لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلاً للشخص المعنوي من المسؤولية الجنائية متى ثبت أن الأفعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها أو بتفويض منها تندرج ضمن الأفعال المجرمة قانوناً.

– إن صفة التمثيل أو رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر اطلاقاً رخصة للتصرف خلافاً للقانون ولا تعذره أن يكون جاهلاً لمقتضياته.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

وحيث يستفاد من تنصيصات الحكم الابتدائي أنه أدان المطلوب في النقض بجنحة الوشاية الكاذبة بناءً على التعليقات التالية : " حيث أن المحكمة بعد دراستها للقضية واطلاعها على وثائق الملف تبين لها بأن المشتكى به سبق له وأن تقدم بشكاية ضد المطالب بالحق المدني تتعلق بالنصب والاحتيال على أساس أن هذا الأخير أبرم معه عقد بيع وتوصل بجميع الثمن ورغم ذلك امتنع من اتمام البيع حيث احتفظ بنظير الرسم العقاري وعند الاستماع إلى الطرفين من طرف الضابطة القضائية صرح المطالب بالحق المدني بأن الشكاية كيدية ولا أساس لها من الصحة وأن المشتكى به لم ينفذ جميع التزاماته حيث بقي بحوزته جزء من ثمن المبيع وبالتالي بقي من حقه الاحتفاظ بنظير الرسم العقاري مادام أنه لا زال المالك الحقيقي للعقار .. وحيث أن المحكمة بعد فحصها لوثائق الملف وخاصة نسخة الاتفاق الملحق بعقد البيع المبرم بين الطرفين والمؤرخ في 26/3/1992 تبين لها بأن المشتكى به لم يؤد جميع الثمن إلى المشتكى وذلك خلافاً لما أكدته بالشكاية التي تقدم بها لدى الضابطة القضائية الشيء الذي يؤكد على أنه كان على علم بكذب الوقائع التي بلغ عنها .. وحيث إنه علاوة على ما سبق فإن الشكاية التي تقدم بها المشتكى به لدى الضابطة القضائية قد حفظت من طرف النيابة العامة ... وحيث أن المحكمة بناءً على ما ذكر أعلاه اقتنعت بأن جنحة الوشاية الكاذبة مستجمة لكافة عناصرها القانونية ثابتة في حق المشتكى به ويتعين بالتالي التصريح بمواخذته من أجلها.

وحيث اعتمدت محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه للقول بالغاء الحكم الابتدائي وتصدياً للحكم ببراءة المطلوب ضده على التعليقات التالية : « حيث أن المحكمة بعد رجوعها إلى وثائق الملف تبين لها أن المشتكى به تقدم بشكاية الوشاية الكاذبة في مواجهة المشتكى به شخصياً في حين أن هذا الأخير سبق له أن تقدم بشكاية النصب والاحتيال في مواجهة المشتكى باسم شركة لأكسوال وهي شركة مجهولة الاسم وبصفته يمثلها كمتصرف منتدب .. وحيث من جهة أخرى فإن الوقائع الواردة بشكاية شركة لأكسوال هي وقائع صحيحة وأن المشتكى جناح مصطفى يعترف بكونه يحتفظ بنظير الرسم العقاري ولن يسلمه للمشتكى به إلا إذا وضع هذا الأخير المبالغ المالية المتبقية بزمته .. وحيث لم يثبت للمحكمة ما يفيد أن المشتكى به عند تقديمه الشكاية باسم الشركة التي

المطلب الثاني : أنواع الخطأ التقصيري :

1- الخطأ الإيجابي و الخطأ السلبي : لا تثير الأخطاء الإيجابية أية إشكالات قانونية من حيث التحديد ، لكونها تتجسد في ارتكاب فعل مادي مخالف للقانون ، أما الأخطاء السلبية ، فهي تثير عدة إشكالات ، و تتحد عدة مظاهر قانونية ، فالخطأ السلبي قد يكون بالامتناع عن القيام بالواجب القانوني كما هو الحال بالنسبة للقاضي الذي يتمتع عن إصدار الأحكام في القضايا المعروضة عليه ، لأنه يكون منكرا للعدالة ⁷¹⁸ .

يمثلها كان ينوي الاضرار بالمشتكي وبأنه كان عالما بكذب الوقائع التي بلغ عنها خاصة وأن الشركة تتوفر على عقد بيع نهائي يلتمس فيه الطرفان من السيد المحافظ تقييد نقل الملكية بالرسم العقاري ...».

لكن حيث من جهة فإنه طبقا لمقتضيات الفصل 132 من القانون الجنائي يكون كل شخص سليم العقل قادر على التمييز مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات التي نص القانون فيها صراحة على خلاف ذلك .. وانه لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلا للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت أن الأفعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها أو بتفويض منها تندرج ضمن الأفعال المجرمة قانونا .. ذلك أن صفة التمثيل أو رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر إطلاقا رخصة للتصرف خلافا للقانون ولا تعذره أن يكون جاهلا لمقتضياته .. الأمر الذي يكون معه القرار المطعون قد خالف هذه المقتضيات عندما أعفى المطلوب ضده في النقض من المسؤولية الجنائية بعله أن الشكاية التي سبق له أن تقدم بها في مواجهة الطالب مدعيا في حقه بوقائع النصب والاحتيال إنما تقدم بها باسم شركة لاكسوال التي يمثلها وهي شركة مجهولة الاسم .. ومن جهة أخرى فإن المحكمة المطعون في قرارها وخلافا لما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية عندما انتهت الى القول بكون وقائع الشكاية موضوع تهمة الوشاية الكاذبة كانت صحيحة اعتمادا على عقد البيع المؤرخ في 20/3/92 واستبعدت العقد الملحق المؤرخ في 26/3/1992 والمصادق على توقيع طرفيه بما فيهما المطلوب في النقض ودون أن تبين سبب ذلك بالرغم من كونه لم يكن موضوع إنكار أو نقاش من هذا الأخير وبالرغم من كونه وثيقة لو أخذت به المحكمة باعتباره معللا لمحل وطريقة أداء الثمن التي يتضمنها العقد الأول لغيرت من نتيجة القرار الذي أصدرته. تكون بذلك قد أساءت في الأخذ بوقائع الدعوى وغيرت في مضمونها التابئة لديها وتجنبت الرد عن دفع أحد الأطراف فجاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه ومعرضا للنقض والإبطال نقضا يخص المقتضيات المدنية المتعلقة بالمطالب بالحق المدني والمنصب على المسؤولية وما ينتج عنها.

من أجله

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 15/7/1997 في القضية ذات الرقم 568/1/96 في خصوص الدعوى المدنية ..

⁷¹⁷ - القرار السابق

طبقا لمقتضيات الفصل 132 من القانون الجنائي يكون كل شخص سليم العقل قادر على التمييز مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات التي نص القانون فيها صراحة على خلاف ذلك... وانه لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلا للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت أن الأفعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها أو بتفويض منها تندرج ضمن الأفعال المجرمة قانونا... ذلك أن صفة التمثيل أو رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر إطلاقا رخصة للتصرف خلافا للقانون ولا تعذره أن يكون جاهلا لمقتضياته...

⁷¹⁸ -

القانون الجنائي المغربي

كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية، امتنع من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه، وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه ورغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم على الأكثر، وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات.

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الفصل 81

القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه يسأل مدنيا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته (718) .

718 - انظر حالات المخاصمة المنصوص عليها في الفصولين 391 و 392 من قانون المسطرة المدنية. الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية كما وقع تغييره وتتميمه؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2742.

قانون المسطرة المدنية المغربي

الفرع الثالث: مخاصمة القضاة

الفصل 391

يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية:

- 1 - إذا ادعى ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهئى القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه؛
- 2 - إذا قضى نص تشريعي صراحة بجوازها؛
- 3 - إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يستحق عنها تعويض؛
- 4 - عند وجود إنكار العدالة.

الفصل 392

يعتبر القاضي منكرا للعدالة إذا رفض البت في المقالات أو أهمل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة.

الفصل 393

يثبت إنكار العدالة بإخطارين يبلغان إلى القاضي شخصا بعد أجل خمسة عشر يوما بين الأول والثاني.

يقوم بهذين الإخطارين - طبقا للشروط الخاصة بإثبات الحالة والإنذارات - رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي تعلق مباشرة المحكمة التي ينتمي إليها القاضي أو رئيس كتابة الضبط بمحكمة النقض إذا تعلق الأمر بقضاة من محكمة الاستئناف أو من محكمة النقض.

لا تتم الإجراءات إلا بطلب مكتوب موجه مباشرة إلى رئيس كتابة الضبط المختص من الطرف المعني بالأمر.

و قد يتمثل في كتمان بعض الوقائع الصحيحة و إخفائها بهدف طمس الحقيقة و تضليل الغير ، و من جهة أخرى ، إذا كان الميدان الجنائي محكوما بقاعدة المشروعية ⁷¹⁹ ، بحيث لا يعتبر الفعل السلبي أو الامتناع جريمة إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ⁷²⁰ ، فإن الوضع في القانون المدني محكوم بقاعدة من يستطيع و لا يفعل يعد مسؤولا .

يجب على كل رئيس لكتابة الضبط أحيل عليه الطلب أن يقوم بالإجراءات القانونية اللازمة في ذلك وإلا تعرض للعزل.

الفصل 394

يمكن مخاصمة القاضي بعد بقاء الإخطارين السابقين بدون جنوى.

⁷¹⁹ -

الفصل 1

يحدد التشريع الجنائي أفعال الإنسان التي يعدها جرائم، بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي، ويوجب زجر مرتكبيها بعقوبات أو بتدابير وقائية.

الفصل 2

لا يسوغ لأحد أن يعتذر بجهل التشريع الجنائي.

الفصل 3

لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون.

الفصل 4

لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه.

الفصل 5

لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لم يعد يعتبر جريمة بمقتضى قانون صدر بعد ارتكابه. فإن كان قد صدر حكم بالإدانة، فإن العقوبات المحكوم بها، أصلية كانت أو إضافية، يجعل حد لتنفيذها.

⁷²⁰ -

القانون الجنائي المغربي

الفصل 1

يحدد التشريع الجنائي أفعال الإنسان التي يعدها جرائم، بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي، ويوجب زجر مرتكبيها بعقوبات أو بتدابير وقائية.

الفصل 2

لا يسوغ لأحد أن يعتذر بجهل التشريع الجنائي.

2- الخطأ العمدى و خطأ الإهمال : ينقسم الخطأ من حيث مدى تدخل الإرادة فى ارتكابه إلى خطأ عمدى و خطأ غير عمدى ، فالخطأ العمدى هو الذى يعمد فيه الشخص إلى ارتكاب الفعل الضار قاصدا تحقيق النتيجة الضارة ، و لا يقتصر العمد هنا على الأخطاء الإيجابية ، بل يشمل الأخطاء السلبية أيضا متى كان القصد منها الإضرار بالغير ، أما الخطأ غير العمدى أو خطأ الإهمال ، فهو نوع من الإخلال بالتزامات القانونية سواء كان منصوصا عليها أم لا ، و ذلك من غير قصد الأضرار بالغير ، و سواء كان الخطأ ناتجا عن أخطاء العمد أو الإهمال فإن المتضرر له الحق فى طلب التعويض فى كلتا الحالتين .⁷²¹

الفصل 3

لا يسوغ مؤاخذه أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون.

الفصل 4

لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذى كان ساريا وقت ارتكابه.

الفصل 5

لا يسوغ مؤاخذه أحد على فعل لم يعد يعتبر جريمة بمقتضى قانون صدر بعد ارتكابه. فإن كان قد صدر حكم بالإدانة، فإن العقوبات المحكوم بها، أصلية كانت أو إضافية، يجعل حد لتنفيذها.

⁷²¹

حالة الفاعل المعنوي:
القانون الجنائي المغربي

الفصل 131

من حمل شخصا غير معاقب، بسبب ظروفه أو صفته الشخصية، على ارتكاب جريمة، فإنه يعاقب بعقوبة الجريمة التي ارتكبها هذا الشخص.

فقد يعمد شخص، سبب النية إلى استغلال الوضع القانوني لشخص آخر بسبب ظروفه أو صفته الشخصية، فيسخره لارتكاب الجريمة، وذلك كأن يكون هذا الأخير عديم المسؤولية إما لجنون أو عته أو صغر في السن، فيأمره على ارتكاب جريمة اعتقادا منه أنه لن يتعرض للعقوبة لأن من ارتكب الفعل غير مسؤول، لكن المشرع توقع هذه الحالة وقرر معاقبة المحرض من أجل الجريمة، وهذا موقف طبيعي ومنطقي لأن الفاعل الحقيقي هو المحرض، أما الشخص الغير المسؤول والذي سخر لارتكاب الفعل ففعله، فإنه يعد مجرد أداة للتنفيذ مسخرة من طرف المحرض الذي يسمى في هذه الحالة بالفاعل المعنوي .

3- الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير : ينقسم الخطأ من حيث مدى خطورته ، إلى خطأ جسيم و خطأ يسير ، فالخطأ الجسيم يحصل عندما يخل الشخص بواجبات قانونية على جانب من الأهمية ، و إذا كانت معالم التفرقة بين خطأ الإهمال و خطأ العمد لا تثير إشكالات قانونية لانتهاء قصد الأضرار بالغير في النوع الأول، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للعلاقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ الذي لا يغتفر ، رغم أن هذا الأخير يبدو في الواقع صورة من صور الخطأ الجسيم ، لأنهما يشتملان على نفس العناصر المادية و الشخصية المكونة لأخطاء الإهمال التي تكون عادة على قدر كبير من الجسامة و الخطورة ، و من هنا عمد المشرع المغربي إلى اعتبار الخطأ الذي لا يغتفر حالة من حالات الخطأ الجسيم و رتب عليه نفس الآثار.

أما الخطأ اليسير فهو يكون أقل خطورة من الخطأ الجسيم ، و إذا كانت القاعدة العامة في هذا النوع من الأخطاء أنها تستحق التعويض كغيرها ، فإن هناك استثناءات لا تجعل لهذا الخطأ اليسير أي اعتبار أثناء تقدير التعويض كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية للقضاة ، حيث لا يسألون مدنيا إلا إذا كان الخطأ جسيما أو كان هناك نص خاص يقرر المسؤولية عن الخطأ اليسير⁷²² . كما لا يسأل أرباب المهن الحرة عن هذا الخطأ إلا إذا

⁷²² -

الموجز:

عدم مسؤولية القاضى عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله . الاستثناء . مسؤوليته اذا انحرف عن واجبات وظيفته أو أساء استعمالها . أحوال مساءلته عن التضمينات . ورودها على سبيل الحصر.

القاعدة:

الأصل هو عدم مسؤولية القاضى عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله لأنه يستعمل فى ذلك حقا خوله القانون وترك له سلطة التقدير فيه ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها فنص فى قانون المرافعات على أحوال معينة أوردتها على سبيل الحصر يسأل فيها القاضى عن التضمينات والحكمة التى توخاها المشرع من ذلك هى توفير الطمأنينة للقاضى فى عمله واحاطته بسياج من الحماية يجعله فى مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامته وهيبته برفع دعاوى كيدية لمجرد التشهير به ، ومن ثم فإنه لا يجوز مقاضاته بالتضمينات عن التصرفات التى تصدر منه ابان عمله الا فى هذه الأحوال .

(م 494 مرافعات - م 163 مدنى) (الطعن رقم 920 لسنة 46 ق جلسة 14/2/1980 س 31 ص 514) (الطعن رقم 1298 لسنة 47 ق جلسة 19/6/1980 س 31 ص 1788)

محكمة النقض - قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية - لائحة بموجزات الحكم

كان عمديا ، رغم أن الاتجاه في الفقه و القضاء المعاصرين ، يقولان بوجوب مساءلة هؤلاء عن أخطائهم سواء كانت يسيرة أو جسيمة.

المطلب الثالث : علاقة الخطأ بنظرية التعسف في استعمال الحق :

1- مفهوم التعسف في استعمال الحق : التعسف لغة هو الغلو و أخذ الشيء على غير طريقته ، و اصطلاحا هو استعمال الحق على نحو يتنافى مع الهدف الاجتماعي الذي أنشئ من أجله ، و يعتبر صورة من صور نظرية الخطأ التقصيري ، و لا فرق في ذلك بين أن يكون فعل التعسف مقصودا في ذاته أم غير مقصود ، غير أن ذلك لا ينفي وجود فوارق جزئية بينهما :

- الخطأ يستوجب التعويض و لو كان يسيرا ، أما التعسف الموجب للتعويض فيتعين أن يكون فاحشا.

- الخطأ يركز في أصله على ارتكاب فعل غير مشروع ، في حين أن التعسف يركز في عمقه على مصلحة مشروعة تجاوز فيها صاحب الحق الحدود المعقولة و ألحق الضرر بالغير.

ورغم ذلك فإن النتيجة المترتبة عنهما واحدة ، و هي ضرورة إصلاح الضرر ، غير أنه و خلافا لحالات المسؤولية التقصيرية العادية ، و التي لا يلجأ فيها القضاء للتعويض العيني إلا على سبيل الاستثناء ، فإن الأضرار الناتجة عن التعسف في استعمال الحق ، غالبا ما يتم إصلاحها عن طريق إزالة أسباب الضرر.

2- مظاهر التعسف في استعمال الحق : من أبرز مظاهر التعسف في استعمال الحق مضار الجوار ، و التي أشار المشرع المغربي إلى الحكم المترتب عنها في الفصل 91 من ق ل ع

المادة 163 من القانون المدني المصري

كل خطأ سبب ضرارا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .
الفقه

الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول
نظرية الالتزام بوجه عام - الدكتور السنهاوي طبعة نادي القضاة سنة 2004 ص

⁷²³ ، كما عدد حالات التعسف في استعمال حقوق الجوار مثل الأصوات المقلقة للراحة و غرس الأشجار دون احترام المسافات اللازمة و تسرب الدخان المكثف لمسكن الجيران.

3- موقف ق ل ع من نظرية التعسف في استعمال الحق :

الفصول 91 – 92 – 94 من ق ل ع المغربي عرضت بعض الحالات التي يتحقق فيها ذلك .⁷²⁴

المطلب الرابع : أسباب انتفاء الخطأ التقصيري :

قد يجتمع في الخطأ عنصره المادي و المعنوي ، و مع ذلك يعفى المخطئ من تحمل عواقب هذه المسؤولية ، و يتعلق الأمر هنا بأسباب الإباحة أو التبرير التي تجعل الفعل المحظور مباحا، و في هذا لإطار نلاحظ أن أسباب تبرير الخطأ تختلف عن أسباب انعدام المسؤولية المدنية كالقوة القاهرة و الحدث الفجائي و خطأ الضحية و الغير / إذ يؤدي هذا النوع إلى

⁷²³

قانون الإلتزامات و العقود المغربي

الفصل 92

ومع ذلك، لا يحق للجيران أن يطلبوا إزالة الأضرار الناشئة عن الإلتزامات العادية للجوار، كالدخان الذي يتسرب من المداخل، وغيره من المضار التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف.

⁷²⁴

ق ل ع المغربي

الفصل 94

لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله.

الفصل 91

للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة بطلب، إما إزالة هذه المحلات، وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التي يتظلمون منها. ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى.

الفصل 92

ومع ذلك، لا يحق للجيران أن يطلبوا إزالة الأضرار الناشئة عن الإلتزامات العادية للجوار، كالدخان الذي يتسرب من المداخل، وغيره من المضار التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف.

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه.

انعدام العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، ثم إن حدوثهما لا يرتبط أصلا بإرادة الشخص المسؤول و إنما بأفعال خارجية يترتب على حدوثها انتفاء المسؤولية.

أما أسباب الإباحة التي تنتفي معها المسؤولية ، فيلاحظ أن الفعل الضار يحصل بإرادة من المخطئ ، و لا فرق في ذلك بين أن تكون هذه الإرادة مدفوعة إلى ارتكاب الفعل الضار كالدفاع الشرعي أو غير مدفوعة إليه كما هو الحال بالنسبة لمن يقبل المخاطر.

1- حالة الدفاع الشرعي : عرف المشرع المغربي الدفاع الشرعي في فق 2 من

ف 95 ق ل ع ⁷²⁵ ، بأنه الحالة التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو ماله أو لنفس الغير أو ماله ، و إذا كان الدفاع الشرعي يؤدي إلى انتفاء الخطأ التقصيري ، فإنه في المقابل ، يؤدي إلى محو الجريمة في الميدان الجنائي، و فق ما هو منصوص عليه في الفصل 124 من ق ج - ⁷²⁶

- ⁷²⁵ ق ل ع المغربي

الفصل 95

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن حادثة فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه.

وحالة الدفاع الشرعي، هي تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله.

⁷²⁶

الباب الرابع : في الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة- (الفصلان 124 -125)

الفصل 124

لا جنائية ولا جنحة ولا مخالفة في الاحوال الآتية :

- 1- إذا كان الفعل قد أوجبه القانون وامرت به السلطة الشرعية.
- 2- إذا اضطر الفاعل ماديا الى ارتكاب الجريمة، او كان في حالة استحالة عليه معها، استحالة مادية، اجتنابها، وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته.
- 3- إذا كانت الجريمة قد استلزمها ضرورة حالة للدفاع الشرعي عن نفس الفاعل او غيره او عن ماله او مال غيره، بشرط ان يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء.

2- حالة الضرورة : لم يتطرق لها ق ل ع ، فبالرغم من أنه اعتبرها واحدا من الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة ، فإنه قيدها بجملة من الشروط الاستثنائية – شروط الضرورة كما هي في ق ج – ، و حالة الضرورة تعني أن يجد الشخص نفسه مضطرا لدفع خطر جسيم عن طريق التضحية بما هو أقل منه أو مساو له ، بشرط أن يكون هذا الخطر حلا وألا يكون المضطر هو الذي تسبب في نشوئه . ومراعاة للوضعية الحرجة و الاستثنائية التي يكون فيها المضطر لارتكاب الخطأ التقصيري ، فإن الرأي الغالب في الفقه و القضاء المعاصرين ، يذهب إلى اعتبارا لضرورة واحدا من الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء ركن الخطأ و لو بصورة نسبية.

3- حالة القبول بالمخاطر : هناك بعض الحالات التي يقبل فيها المضرور نتائج الفعل الضار ، كالشخص الذي يقبل المشاركة في مباراة رياضية محفوفة بالمخاطر ، و في هذا الإطار فإن الرأي الغالب في الفقه يميز بين نوعين من المخاطر التي يقبلها المضرور :

- مخاطر تلحق المضرور المضرور في ماله : هذا النوع من المخاطر حصل الاجماع بشأنها فقها و قضاء على جواز تحمل المضرور لعواقبها لعدم مساس ذلك بالنظام العام.
- مخاطر تلحق المضرور في سلامة جسمه و عقله :

الأصل في هذا النوع هو عدم الاعتداد بالرضى الصادر عن المضرور بشأنها ، و عليه فإنه لا مجال لانتفاء الخطأ في الحالة التي يحصل فيها الاتفاق مسبقا بين الضحية و غيره على أن يضع هذا الأخير حدا لحياة الأول أو يلحق به ضررا أو تشويها. غير أن هناك استثناءات أجاز فيها المشرع قبول نوع معين من المخاطر خصوصا في الميدان الرياضي و الطبي ، و هو ما يحتم على القضاة عدم القول بانتفاء المسؤولية المدنية في ظل حالات القبول بالمخاطر إلا في أضيق الحدود خصوصا عندما يكون هذا القبول مرخصا به وفقا لقوانين و أنظمة خاصة.

مسؤولية رجال التعليم في القانون المغربي .

المطلب الأول: شروط تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر ⁷²⁷ (ق.ل.ع) المغربي :

727

الفصل 85

(ظهر 19 يوليوز 1937) لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده.

الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما.

المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأموروهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها.

أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من متعلميهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم.

وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم وأرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها.

الأب والأم وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل، إذا كانوا يسكنون معهم، ولو كانوا بالغين سن الرشد. وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1 - أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2 - أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3 - أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر.

ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم.

يتعلق هذا الفصل بمسؤولية رجال التعليم والتي تتحقق بتوافر الشرطين التاليين:

1- أن يوجد طفل أو شاب تحت إشراف معلم أو موظف تابع للشببية والرياضة:

أي أن مسؤولية المعلمين وموظفي الشببية والرياضة عن الأضرار التي يتسبب فيها الأطفال والشبان الذين هم في عهدهم تقتصر على الفترات التي يكون فيها هؤلاء تحت إشرافهم، ويتعلق الأمر هنا بأوقات الدراسة أو ممارسة التمارين الرياضية بما في ذلك فترات الاستراحة وأثناء القيام بالرحلات الجماعية للتلاميذ خارج المؤسسة. أما المقصود بمصطلح المعلمين فيتعين أخذه في معناه الواسع بحيث يكون شاملاً لشريحة المعلمين سواء كانوا يعملون في إطار الوظيفة العمومية أو في إطار التعليم الخصوصي. وليس هناك ما يمنع من تطبيق هذه المسؤولية على أساتذة التعليم الثانوي لاتحاد العلة التي تكمن في إمكانية التحكم في سلوك التلاميذ، بخلاف أساتذة التعليم الجامعي الذين لا يخضعون لهذه المقتضيات لانعدام عنصر الرقابة على طلبتهم.

2- أن يتسبب الطفل أو التلميذ أثناء فترة الدراسة أو تلقي التمارين الرياضية في إلحاق الضرر بالغير:

الفصل 85 مكرر

(ظهر 4 مايو 1942) يسأل المعلمون وموظفو الشببية والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم.

والخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في حصول الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقاً للقواعد القانونية العامة.

وفي جميع الحالات التي تقوم فيها مسؤولية رجال التعليم **العام** وموظفي إدارة الشببية نتيجة ارتكاب فعل ضار أو بمناسبته إما من الأطفال أو من الشبان الذين عهد بهم إليهم بسبب وظائفهم وإما ضدهم في نفس الأحوال، تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبداً أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من ممثله. ويطبق هذا الحكم في كل حالة يعهد فيها بالأطفال أو الشبان إلى الموظفين السابق ذكرهم قصد التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الضوابط، ويوجدون بذلك تحت رقابتهم، دون اعتبار لما إذا وقع الفعل الضار في أوقات الدراسة أم خارجها.

ويجوز للدولة أن تباشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشببية وإما على الغير، وفقاً للقواعد العامة.

وهنا يتعين أخذ مصطلح الغير في مفهوم الواسع بحيث يشمل الأشخاص الموجودين داخل وخارج المؤسسة التعليمية أو الرياضية.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بمسؤولية رجل التعليم

مسؤولية رجل التعليم بالمغرب عن الأخطاء التي يتسبب فيها الأطفال الذين هم في عهده وحراسته لا تختلف في شيء عن مسؤولية رجل التعليم في فرنسا. وهي تقوم على ما يلي:

- خلافا للمسؤوليات المترتبة عن فعل الغير والمبنية على قرينة افتراض الخطأ تم تأسيس مسؤولية رجل التعليم ومدربي الرياضة على الخطأ الواجب الإثبات، لذا فإن الطرف المضرور هو الذي يتعين عليه أن يقدم الدليل على نقص الحراسة .

عندما يتعلق الأمر بمسؤولية رجل التعليم العمومي فإن الدولة هي التي تحل محله في الأداء. فالمضرور له الحق في رفع دعواه مباشرة ضد الدولة وذلك خلال الثلاث سنوات الموالية لارتكاب الفعل الضار، وفي ذلك نوع من الخروج عن مهلة التقادم المخصصة لسقوط دعوى المسؤولية التقصيرية (5سنوات) وتعد مدة الثلاث سنوات السابقة مهلة لتقادم الدعوى وليس لسقوط الحق في المطالبة بالتعويض. وبالتالي فهي مدة قابلة للتوقف والانقطاع.

- أنه يترتب على حلول الدولة محل رجل التعليم العمومي في الأداء إمكانية ممارسة الدولة لدعوى الرجوع. ونظرا لارتباط رجل التعليم بالدولة بمقتضى علاقة التوظيف العمومي فإن دعوى الرجوع يتعين رفعها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

مبحث:

المسؤولية التقصيرية⁷²⁸ عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس.

1. مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين.
2. مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن أخطاء متعلميهم.

3. مسؤولية من يتولى رقابة المجانين والمختلين عقليا.

المطلب الأول: مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين.

متى تتحقق عناصر هذه المسؤولية؟ وما هو نوع الأساس القانوني الذي تقوم عليه؟

1- شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

هناك ثلاثة شروط:

أ- أن يتعلق الأمر بوجود طفل قاصر:

حراسة الآباء لأبنائهم القاصرين تنتهي ببلوغ سن الرشد القانوني، ونظرا لأن القاصر قد يتم ترشيده قبل الأوان فإن المشرع الفرنسي قد تنبه لذلك ونص على أن الأب والأم لا يعتبران مسؤولان بقوة القانون عن الأضرار التي يتسبب فيها الابن المرشد في الفترة الموالية للترشيد. وبالرغم من عدم وجود نص بهذا الخصوص في التشريع المغربي فإنه ليس هناك ما يمنع من سريان نفس الحكم عندنا لأن مناط المسؤولية هو استمرار الولاية.

ب- أن يكون القاصر ساكنا مع والديه:

أي أن يكون القاصر مقيما مع والديه إقامة رسمية ، ومفهوم المساكنة له أكثر من مدلول إذ هناك من يربط هذه المسؤولية بضرورة أن يكون القاصر ساكنا مع أبويه ويعيش في كنفهما، وهناك من يرى اعتماد معيار الاستقلال في المعيشة. وللإشارة فإن الأب يتحمل المسؤولية عن أبنائه القاصرين حتى ولو كان غائبا عن المنزل أثناء وقوع الفعل الضار. إذ أن الرقابة لا تتعطل بسبب هذه الغيبة متى كانت مألوفة، ثم إن الأب يتحمل المسؤولية عن ابنه القاصر حتى ولو تم ارتكاب الفعل في الوقت الذي كان فيه القاصر هاربا من بيت والديه على أساس أن واقعة التمرد عن السلطة الأبوية دليل على نقص التربية وبالتالي فإن فقدان السيطرة على القاصر في مثل هذه الأحوال لا يحول دون سريان أحكام المسؤولية الواردة في الفصل 85.

ج- أن يحدث القاصر بفعله ضررا للغير:

لا فرق في ذلك بين الضرر المادي أو المعنوي وعلى المضرور أن يقدم الدليل على أن الضرر قد تسبب فيه هذا القاصر دون غيره، وإذا كان هناك من عذر قاهر ساهم في

حصول الضرر فإن مسؤولية الأب عن ابنه القاصر ستتلاشى أو تتناقص نتيجة لهذا السبب الأجنبي الذي ساهم في وقوع الفعل الضار.

2- أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

أسس ق.ل.ع هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض في جانب من يتولى رقابة شؤون القاصرين. ويتمثل هذا الخطأ المفترض في نقصان الرقابة وسوء التربية، إلا أن قرينة افتراض الخطأ في صف الآباء والأمهات ليست بالقرينة القاطعة وإنما هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، إذ يحق للأبوين نفي المسؤولية عنهما بإثباتهم أن الضرر قد صدر من القاصر في وقت لم يكن بإمكانهما السيطرة على تصرفاته وهذا ما يتحقق في الأوقات التي يكون فيها القاصر في المدرسة أو عند قريب له.

المطلب الثاني: مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن تلامذتهم

معلم الصنعة أو الحرفة يعتبر واحداً من الأشخاص الذين يتولون رقابة أثناء فترة تعلم الصنعة. ويجمع الفقه الحديث على أن نطاق تطبيق هذه المسؤولية يقتصر على تلامذة الصنعة القاصرين. أما عندما يتعلق الأمر بتلامذة الصنعة الراشدين فإن قواعد هذه المسؤولية تتعطل لأن الذي يتعين الرجوع إليه بالنسبة إليهم هي قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع. وبالرغم من أن القرينة التي تبنى عليها هذه المسؤولية الأخيرة ليست في صالح الشخص المسؤول إلا أنها تعد أفيد للطرف المضروب لأن القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس إلا للسبب الأجنبي دون غيره.

ويترتب على ما سبق أن مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن متعلميهم تستمر إلى غاية انتهاء فترة التمرين أو تعلم الصنعة وعودة التلاميذ إلى منازلهم، إذ أنه عند هذا الحد ينقطع واجب الرقابة عليهم، أما إذا كان التلميذ مقيماً عند من يلقنه أصول الصنعة، فإن المسؤولية عنهم تستمر إلى غاية مغادرتهم لمكان تعلم الصنعة بأمر من الجهة المسؤولة عنه سواء تعلق الأمر بصانع تقليدي أو مؤسسة للتكوين المهني.

المطلب الثالث: مسؤولية متولي الرقابة على المجانين والمختلين عقلياً:

خلافًا للمسؤولية عن القاصرين التي حددها المشرع في الأب والأم بعد موته فقط، فإن هذا النوع قد ينتقل إلى واحد من الأقارب أو الأزواج بناءً على قواعد الولاية الشرعية على شخص المريض، غير أن ذلك لا يمنع من إسناد هذه المهمة لجهة أخرى. وللإشارة فإن هذه المسؤولية لا علاقة لها ببلوغ سن معينة ما دام المجنون فاقد الإدراك والتمييز.

مبحث : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس. (حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه)

المطلب الأول: الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتبوع

1-ارتباط المتبوع بخدمه بمقتضى علاقة تبعية:

إذ يكفي لإعمال هذه المسؤولية أن يكون التابع خاضعاً لرقابة المتبوع حتى ولو لم يكن لهذا الأخير دور في اختيار خدمه وتابعيه. وللإشارة فإنه ليس من اللازم أن تكون تبعية العامل للمشغل فنية بل يكفي فيها أن تكون إدارية فالمشغل حتى ولو لم يكن ليفهم في الأصول التقنية للشغل فإنه يسأل عن أخطاء تابعيه.

وإذا لم تتحقق عناصر التبعية كما هو متعارف عليها كعقد المقاولة وعقود المهن الحرة التي تتطلب نوعاً من الاستقلال في العمل فإن كل من المقاول والمهندس والطبيب لا يعتبرون أتباعاً لربنائهم ولو كانوا يتقاضون أجورهم عن الأعمال والخدمات التي قدموها لمن تعاقدوا معهم.

لكن أحياناً قد يحصل أن يكون للشخص الواحد متبوعين أو أكثر الأول أصلي والباقي عرضيين، فمن هو المتبوع الذي يتحمل المسؤولية عن أخطاء التابع المشترك لهم؟ بخصوص الحالة التي يعهد فيها المتبوع الأصلي إلى متبوع آخر عرضي بإنجاز عمل وأثناء هذه الفترة يتسبب التابع في إلحاق ضرر بالغير، يجمع الفقه والقضاء المعاصرين على أن المسؤولية عن فعل التابع يتحملها المتبوع الذي يمارس سلطته الفعلية على شخص التابع.

أما بخصوص ما إذا كان الشخص تابعاً لأكثر من متبوع واحد على وجه الدوام فإن تحديد المسؤولية عن فعل التابع يختلف باختلاف الوضعين الآتيين:

أ-في الحالة التي يحمل فيها التابع لحساب مجموعة أشخاص في عمل مشترك بينهم، يفرض المنطق أن يكون هؤلاء الشركاء مسؤولين عن فعل التابع مسؤولية تضامنية.

ب-في الحالة التي يعمل فيها التابع لحساب أكثر من متبوع بصورة متعاقبة كخدم المنازل الذين يتولون خدمة أكثر من منزل في اليوم الواحد ستحدد المسؤولية في المتبوع الذي ارتكب الفعل الضار عنده.

2-أن يتسبب التابع في ارتكاب الفعل الضار أثناء تأديته للوظيفة المسندة إليه أو بمناسبةها:

أ-ارتكاب التابع للفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة:

بحيث أن التابع إذا أحدث ضرراً بالغير خارج نطاق الوظيفة المعهودة إليه بأن تجاوز حدود هذه الوظيفة فإن المتبوع لا يتحمل المسؤولية عنه.

ب-ارتكاب التابع للفعل الضار بمناسبة الوظيفة:

إن الخطأ الذي يرتكبه التابع بمناسبة الوظيفة أو بسببها هو الذي يكون له ارتباط بمهام الوظيفة التي يتولى التابع إنجازها إذ لولا هذه المهام لما تم ارتكاب الفعل الضار أصلاً، مثل الخادم الذي يشاهد مخدمه يتعرض لاعتداء من طرف الغير فيبادر إلى نجدة متبوعه بالحق الضرر بهذا الغير.

وبالرغم من أن ق.ل.ع المغربي لم يتطرق لبيان حكم الضرر الذي يرتكبه التابع بمناسبة الوظيفة فإن القضاء المغربي لم يتردد في تمديد القرينة المنصوص عليها في ف 85 لتشمل الضرر الذي يتسبب فيه التابع بمناسبة الوظيفة المسندة إليه.

مسألة تقدير ما إذا كان الضرر الذي أحدثه التابع مرتبطاً بالوظيفة أو بسببها فقط تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- أن يتولد عن فعل التابع حصول ضرر للغير:

المطلب الثالث: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

عندما تتحقق عناصر المسؤولية المدنية للمتبوع عن أخطاء تابعيه فإن الضحية تتوفر له أكثر من طريق للمطالبة بحقوقه المدنية إذ له الحق في مقاضاة المتبوع وحده أو الرجوع

على التابع وحده لا اعتبره طرفا في النزاع أو مطالبة التابع والمتبوع في دعوى واحدة لوجود التضامن بينهما. لكن المضرور غالبا ما يفضل الرجوع على المتبوع وحده لما يلي:

- استفادته من قرينة افتراض المسؤولية في صف المتبوع.
- أن المتبوع غالبا ما يكون موسرا أي أن من مصلحة الضحية مقاضاة المتبوع بدل التابع.

- أن المتبوع لا يحق له دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة والحدث الفجائي.

1-رجوع الضحية على التابع:

ليس هناك ما يمنع المضرور من هذه الدعوى المحفوفة بالصعوبات التالية:

- أن الضحية يتوجب عليه إثبات خطأ التابع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. -
- على افتراض كسب المضرور لهذه الدعوى قد يحول إعسار التابع دون الحصول على التعويض.

الحل الأمثل أمام الضحية هو رفع دعواه ضد كل من التابع والمتبوع معا لوجود التضامن بينهما، لكن هذا لا يعني استحقاق المضرور لتعويضين عن الضرر الواحد لأن في ذلك نوع من الإثراء بلا سبب.

2-رجوع المتبوع على التابع:

بالرغم من أن المشرع المغربي لم يشر صراحة إلى أحقية المتبوع في الرجوع على تابعيه فإن البعض يفسر هذا السكوت على أنه إجازة ضمنية لهذه الدعوى وليس دليلا على منعها. وحق المتبوع في الرجوع على التابع يتحدد في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير قد تعسف في استعمال الوظيفة المسندة إليه. أما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه التابع من الأخطار المألوفة التي تحتملها طبيعة المهنة أو الوظيفة أو كان ذلك بأمر من المتبوع فإن هذا الأخير لا يحق له الرجوع على التابع.

مبحث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

يقص د بالعلاقة السببية أن يكون الضرر متولدا عن الخطأ المنسوب للشخص مباشرة أو تسببا ، مباشرة بمعنى اتصال فعل الإنسان بغيره أما تسببا فتعني اتصال أثر فعل الإنسان بغيره.

المطلب الأول: المشاكل القانونية المترتبة عن تحديد العلاقة السببية:

1 - تعدد الأسباب المنشئة للضرر الواحد : مثلا رجل مريض بضعف القلب تلقى ضربة عادية أودت بحياته ، والحال أن مثل هذه الضربة ما كانت لتؤثر على حياة رجل سليم. فأين هو السبب الحقيقي للوفاة ؟ هل هو المرض أم الضرب اليسير؟

للإجابة على هذه الإشكالية ظهرت على الساحة القانونية نظريتان ألمانيتان هما:

أ- نظرية تعادل الأسباب: إذ يرى أنصارها أن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يتعين أخذها بعين الاعتبار، لا فرق بين الأسباب المباشرة والأسباب غير المباشرة. إذ أن كل الوثائق تستحق أن توصف بأنها سبب للحادث مهما ثبت أن الضرر ما كان ليحدث لولا تضافر هذه الأسباب جميعا.

ب- نظرية السبب الفعال والمنتج: حسب هذه النظرية، لو أن صاحب سيارة تركها في مكان عمومي مفتوحة الأبواب ، فقادها اللص وأثناء رؤيته لرجال الشرطة غير الاتجاه فجأة وضاعف سرعته، الأمر الذي تسبب في وقوع حادثة سير. فإن خطأ اللص هو السبب الحقيقي في وقوع الحادث ولا عبرة بالإهمال الذي ارتكبه مالك السيارة، إلا أن الرأي استقر على تفضيل نظرية السبب المنتج سواء في ميدان القضاء أو في ميدان التشريع، إذ أن السببية المباشرة هي التي يتعين أخذها بعين الاعتبار عند تقرير التعويض المستحق عن الضرر. أما بخصوص باقي الأسباب العرضية الأخرى ، فليس لها من دور في هذا المجال إلا إذا تزامن مفعولها بشكل مباشر مع السبب الجوهرى الأمر الذي يجعل مهمة الفصل بين الخطأين أمرا مستعصيا.

2- تعدد الأضرار المترتبة عن الخطأ الواحد: الخطأ الواحد تترتب عليه مجموعة من

الأضرار بعضها مباشر والآخر غير مباشر، الأمر الذي يستدعي تحديد نوعية الضرر القابل للتعويض عنه. وقد اعتبر المشرع المغربي (ف 98) من قبيل الضرر القابل

للتعويض كلا من الخسارات التي لحقت المضرور فعلا وكذا المصروفات التي اضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الضار، وكذا ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

3- مشكلة التضامن في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر الواحد: قد يحدث أن يتسبب

مجموعة من الأشخاص في إلحاق الضرر بالغير، الأمر الذي يتعذر معه نسبة هذا الخطأ لشخص واحد منهم.، و هو أمر يستلزم مساءلة هؤلاء فيما بينهم بالتضامن كما أكد ذلك المشرع المغربي في ف 99 و 100 من ق.ل.ع المغربي⁷²⁹.

ونظرا لأن التضامن في ميدان المسؤولية المدنية لا يتقرر إلا بوجود نص خاص، أو في الحالات التي تقتضيه طبيعة بعض المعاملات فإن القضاء حاول تمديد نطاق تطبيق هذه المؤسسة، الأمر الذي أسفر في النهاية عن ظهور نوع من التضامن السلبي الناقص اصطلح على تسميته بالالتزام التضامني.

المطلب الثاني: أسباب انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

عبء إثبات عناصر المسؤولية يتحمله المضرور، و بالمقابل يمكن المدعى عليه أن يدفع هذه المسؤولية عنه بنفي العلاقة السببية أصلا بين الخطأ والضرر. وإذا لم يكن له ارتباط لا بالفعل ولا بالنتيجة الضارين، فله أن يثبت براءته بتقديم الدليل على أن الضرر كان بفعل أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو الخطأ المنسوب للضحية أو الغير.

1 - القوة القاهرة والحدث الفجائي: تعتبر كل من القوة القاهرة والحدث الفجائي من أهم حالات السبب الأجنبي المؤدية إلى انقطاع العلاقة السببية. وخلافا لما كان يراه بعض الفقه التقليدي من أن القوة القاهرة تختلف عن الحدث الفجائي لكون الأولى ذات مصدر خارجي،

⁷²⁹

الفصل 99

إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين عملوا متواطئين، كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج، دون تمييز بين من كان منهم محرضا أو شريكا أو فاعلا أصليا.

الفصل 100

يطبق الحكم المقرر في الفصل 99، إذا تعدد المسؤولون عن الضرر وتعذر تحديد فاعله الأصلي، من بينهم، أو تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر.

بينما الثاني يكون ذو مصدر داخلي، وأن الأولى مستحيلة الدفع بالنسبة لعامة الناس، والثاني ما كان غير قابل للتوقع بالنسبة للبعض دون البعض الآخر. فإن الاتجاه الفقهي المعاصر يذهب إلى تسوية القوة القاهرة بالحدث الفجائي خصوصا في الجانب المتعلق بالآثار القانونية المترتبة عنهما.

وقد عرف المشرع القوة القاهرة أثناء عرضه لأسباب عدم تنفيذ الالتزامات العقدية وذلك في الفصل 269 الذي ينص على أن « القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية.... ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.... » أما في ميدان المسؤولية التقصيرية فيلاحظ أن المشرع قد نص على القوة القاهرة في ف 95 واعتبرها واحدا من الأسباب المؤدية إلى الإغفاء من المسؤولية إذا لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه.

وللإغفاء من المسؤولية في حالة القوة القاهرة والحدث الفجائي يلزم توافر شرطين هما:
أ- استحالة دفع الضرر الناشئ من القوة القاهرة: لا يكون الفعل من قبيل القوة القاهرة إلا إذا تعذرت مقاومته بأن دخل في عداد المستحيلات التي يستعصي معها دفع الضرر الناشئ عنها. ولا يقتصر هذا الشرط على القوة القاهرة التي تفوق طاقة الجميع كالزلازل.... وإنما يتعين توفره أيضا في الحدث الفجائي متى كانت الاستحالة شبه عامة أما إذا كانت شخصية فلا يعتد بها كسبب للإغفاء.

وهنا يتعين الاحتكام إلى المعيار الموضوعي المجرد الذي يجعل من الشخص العادي مقياسا لما إذا كان الفعل قاهرا أم غير قاهر له وذلك في إطار السلطة التقديرية للمحكمة.

ب - أن يكون العذر القاهر غير متوقع الحصول: هذا الشرط لا يثير إشكالا بالنسبة للقوة القاهرة بخلاف ما عليه الأمر بالنسبة للحدث الفجائي بحيث أن القضاء لا يقبل الإغفاء إلا إذا كان عدم التوقع على درجة كبيرة من المفاجأة. وتطبيقا لذلك فإن المحاكم المغربية لا تعتبر الحوادث الناشئة عن سوء الحالة الميكانيكية للسيارات موجبة لهذا الإغفاء إلا إذا

توافرت في الحدث الفجائي الذي يدعيه سائق السيارة عناصر القوة القاهرة حسب الفصل 95 ق ل ع المغربي ⁷³⁰ .

2 - خطأ المضرور: لم ينص المشرع صراحة على خطأ المضرور كواحد من الأسباب العامة المبررة للإعفاء كما لم يتطرق له في النصوص المنظمة للمسؤولية عن الفعل الشخصي الواجب الإثبات. بخلاف المسؤوليات الموضوعية المبنية على افتراض الخطأ ، حيث ذكر المشرع خطأ المضرور إلى جانب القوة القاهرة والحدث الفجائي كأسباب تبرر دفع مسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين وكذا المسؤولية الملقاة على عاتق حارس الشيء وحارس الحيوان.

لكن رغم ذلك لم يمنع هذا السكوت القضاء المغربي من اعتبار هذا الخطأ موجبا للإعفاء من المسؤولية كليا أو جزئيا متى توافرت شروط ذلك.

أ- خطأ المضرور كسبب للإعفاء الكلي من المسؤولية:

لا يكون كذلك إلا إذا توافرت فيه عناصر القوة القاهرة بأن كان غير متوقع ومستحيل الدفع. وسواء كانت المسؤولية شخصية أو موضوعية فإن المدعى عليه هو الذي يتعين عليه إثبات العناصر السابقة.

يعتبر هذا الأمر كافيا لوحده لتقرير الإعفاء الكلي من المسؤولية متى تعلق الأمر بالمسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات وكذا بالنسبة للمسؤوليات الموضوعية باستثناء مسؤولية حارس الشيء في إطار هذه الأخيرة حيث لا يتقرر الإعفاء إلا بإثبات الأمرين التاليين:

1- أن الحارس قد فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.

⁷³⁰ _

الفصل 95

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن **حادث** فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه.

وحالة الدفاع الشرعي، هي تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله.

2- أن الضرر يرجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو لخطأ المضرور.

وإثبات أحد هذين الأمرين لا يغني عن إثبات الثاني.

ب- خطأ المضرور كسبب للإعفاء الجزئي من المسؤولية:

عندما يكون خطأ المضرور مجرد سبب من الأسباب العديدة التي ساهمت في وقوع الضرر فإن إعفاء المطلوب من المسؤولية لا يكون إلا في حدود نسبة الخطأ الذي ساهم به المضرور في وقع الضرر، وللمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحول هذه النسبة الخطئية إلى كسر تعويض كالنصف أو الثلث....

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن خطأ المضرور لا يجب غيره من الأخطاء الأخرى حتى ولو كانت تافهة فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأخطاء العمدية.

3- الخطأ المنسوب للغير: إذا كان الخطأ المنسوب للغير هو السبب الوحيد لنشوء الضرر،

فهذا يعني إعفاء المدعى عليه كليا، ويطبق هذا الحكم أيضا على الحالات التي يتخذ فيها فعل الغير شكل القوة القاهرة. لكن في حالة ما إذا كان خطأ الغير مجرد سبب من الأسباب التي ساهمت في وقوع الضرر فإن هذه الوضعية تفتح للمضرور بابا إضافيا لمطالبة هذا الغير بالتعويض فضلا عن الدعوى الأصلية التي كانت له ضد المدعى عليه. وميزة هذا التعدد تتجلى في مسألة الطرفين بالتضامن كما أن إعسار أحدهما لا يغني الآخر عن دفع كامل التعويض للمضرور مع احتفاظ الدافع بحق الرجوع على الطرف الذي ساهم أو شارك معه في ارتكاب الفعل الضار.

فصل : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المغربي .

تعتبر هذه المسؤولية خروجاً عن مبدأ لا تزرر وزر أخرى، لذلك يلزم أن يكون هناك سببا جديا ومعقولا لتحمل الفرد لنتائج أفعال هذا الغير. وهذه المسؤولية على ثلاثة أنواع: المسؤولية عن فعل الغير التي تستلزم إثبات الخطأ.

المسؤولية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس.

المسؤولية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ غير القابل لإثبات العكس.

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ الواجب الإثبات.

(حالة مسؤولية رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة عن الأطفال والتلاميذ).
رغم أن هذه المسؤولية تقترب من حيث شكلها العام من المسؤوليات الموضوعية، فإنه يسري عليها ما يسري على المسؤولية الشخصية من أحكام خصوصا ما يتعلق بالإثبات إذ أن المشرع قد أسس هذه المسؤولية على الخطأ الواجب الإثبات من طرف المدعي كما ورد في ف 85 مكرر.

المطلب الأول: شروط تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر (ق.ل.ع):

يتعلق هذا الفصل بمسؤولية رجال التعليم والتي تتحقق بتوافر الشرطين التاليين:

1- أن يوجد طفل أو شاب تحت إشراف معلم أو موظف تابع للشبيبة والرياضة:

أي أن مسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة عن الأضرار التي يتسبب فيها الأطفال والشبان الذين هم في عهدهم تقتصر على الفترات التي يكون فيها هؤلاء تحت إشرافهم، ويتعلق الأمر هنا بأوقات الدراسة أو ممارسة التداريب الرياضية بما في ذلك فترات الاستراحة وأثناء القيام بالرحلات الجماعية للتلاميذ خارج المؤسسة.
أما المقصود بمصطلح المعلمين فيتعين أخذه في معناه الواسع بحيث يكون شاملا لشريحة المعلمين سواء كانوا يعملون في إطار الوظيفة العمومية أو في إطار التعليم الخصوصي. وليس هناك ما يمنع من تطبيق هذه المسؤولية على أساتذة التعليم الثانوي لاتحاد العلة التي تكمن في إمكانية التحكم في سلوك التلاميذ، بخلاف أساتذة التعليم الجامعي الذين لا يخضعون لهذه المقتضيات لانعدام عنصر الرقابة على طلبتهم.

2- أن يتسبب الطفل أو التلميذ أثناء فترة الدراسة أو تلقي التمارين الرياضية في إلحاق الضرر بالغير:

وهنا يتعين أخذ مصطلح الغير في مفهوم الواسع بحيث يشمل الأشخاص الموجودين داخل وخارج المؤسسة التعليمية أو الرياضية.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بمسؤولية رجل التعليم

مسؤولية رجل التعليم بالمغرب عن الأخطاء التي يتسبب فيها الأطفال الذين هم في عهده وحراسته لا تختلف في شيء عن مسؤولية رجل التعليم في فرنسا. وهي تقوم على ما يلي:

خلافًا للمسؤوليات المترتبة عن فعل الغير والمبنية على قرينة افتراض الخطأ تم تأسيس مسؤولية رجل التعليم ومدربي الرياضة على الخطأ الواجب الإثبات، لذا فإن الطرف المضرور هو الذي يتعين عليه أن يقدم الدليل على نقص الحراسة .

عندما يتعلق الأمر بمسؤولية رجل التعليم العمومي فإن الدولة هي التي تحل محله في الأداء. فالمضرور له الحق في رفع دعواه مباشرة ضد الدولة وذلك خلال الثلاث سنوات المالية لارتكاب الفعل الضار، وفي ذلك نوع من الخروج عن مهلة التقادم المخصصة لسقوط دعوى المسؤولية التقصيرية (5سنوات) وتعد مدة الثلاث سنوات السابقة مهلة لتقادم الدعوى وليس لسقوط الحق في المطالبة بالتعويض. وبالتالي فهي مدة قابلة للتوقف والانقطاع.

أنه يترتب على حلول الدولة محل رجل التعليم العمومي في الأداء إمكانية ممارسة الدولة [?] لدعوى الرجوع. ونظرا لارتباط رجل التعليم بالدولة بمقتضى علاقة التوظيف العمومي فإن دعوى الرجوع يتعين رفعها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس.

1. مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين.
 2. مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن أخطاء متعلميهم.
 3. مسؤولية من يتولى رقابة المجانين والمختلين عقليا.
- المطلب الأول: مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين.**
- متى تتحقق عناصر هذه المسؤولية؟ وما هو نوع الأساس القانوني الذي تقوم عليه؟

1- شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

هناك ثلاثة شروط:

أ- أن يتعلق الأمر بوجود طفل قاصر:

حراسة الآباء لأبنائهم القاصرين تنتهي ببلوغ سن الرشد القانوني، ونظرا لأن القاصر قد يتم ترشيده قبل الأوان فإن المشرع الفرنسي قد تنبه لذلك ونص على أن الأب والأم لا يعتبران

مسؤولان بقوة القانون عن الأضرار التي يتسبب فيها الابن المرشد في الفترة الموالية للترشيد. وبالرغم من عدم وجود نص بهذا الخصوص في التشريع المغربي فإنه ليس هناك ما يمنع من سريان نفس الحكم عندنا لأن مناط المسؤولية هو استمرار الولاية.

ب- أن يكون القاصر ساكنا مع والديه:

أي أن يكون القاصر مقيما مع والديه إقامة رسمية ، ومفهوم المساكنة له أكثر من مدلول إذ هناك من يربط هذه المسؤولية بضرورة أن يكون القاصر ساكنا مع أبويه ويعيش في كنفهما، وهناك من يرى اعتماد معيار الاستقلال في المعيشة. وللإشارة فإن الأب يتحمل المسؤولية عن أبنائه القاصرين حتى ولو كان غائبا عن المنزل أثناء وقوع الفعل الضار. إذ أن الرقابة لا تتعطل بسبب هذه الغيبة متى كانت مألوفة، ثم إن الأب يتحمل المسؤولية عن ابنه القاصر حتى ولو تم ارتكاب الفعل في الوقت الذي كان فيه القاصر هاربا من بيت والديه على أساس أن واقعة التمرد عن السلطة الأبوية دليل على نقص التربية وبالتالي فإن فقدان السيطرة على القاصر في مثل هذه الأحوال لا يحول دون سريان أحكام المسؤولية الواردة في ف 85.

ج- أن يحدث القاصر بفعله ضررا للغير:

لا فرق في ذلك بين الضرر المادي أو المعنوي وعلى المضرور أن يقدم الدليل على أن الضرر قد تسبب فيه هذا القاصر دون غيره، وإذا كان هناك من عذر قاهر ساهم في حصول الضرر فإن مسؤولية الأب عن ابنه القاصر ستتلاشى أو تتناقص نتيجة لهذا السبب الأجنبي الذي ساهم في وقوع الفعل الضار.

2- أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

أسس ق.ل.ع هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض في جانب من يتولى رقابة شؤون القاصرين. ويتمثل هذا الخطأ المفترض في نقصان الرقابة وسوء التربية، إلا أن قرينة افتراض الخطأ في صف الآباء والأمهات ليست بالقرينة القاطعة وإنما هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، إذ يحق للأبوين نفي المسؤولية عنهما بإثباتهم أن الضرر قد صدر من

القاصر في وقت لم يكن بإمكانهما السيطرة على تصرفاته وهذا ما يتحقق في الأوقات التي يكون فيها القاصر في المدرسة أو عند قريب له.

المطلب الثاني: مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن تلامذتهم

معلم الصنعة أو الحرفة يعتبر واحداً من الأشخاص الذين يتولون رقابة أثناء فترة تعلم الصنعة. ويجمع الفقه الحديث على أن نطاق تطبيق هذه المسؤولية يقتصر على تلامذة الصنعة القاصرين. أما عندما يتعلق الأمر بتلامذة الصنعة الراشدين فإن قواعد هذه المسؤولية تتعطل لأن الذي يتعين الرجوع إليه بالنسبة إليهم هي قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع. وبالرغم من أن القرينة التي تبني عليها هذه المسؤولية الأخيرة ليست في صالح الشخص المسؤول إلا أنها تعد أفيد للطرف المضرور لأن القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس إلا للسبب الأجنبي دون غيره.

ويترتب على ما سبق أن مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن متعلميهم تستمر إلى غاية انتهاء فترة التمرين أو تعلم الصنعة وعودة التلميذ إلى منازلهم، إذ أنه عند هذا الحد ينقطع واجب الرقابة عليهم، أما إذا كان التلميذ مقيماً عند من يلقنه أصول الصنعة، فإن المسؤولية عنهم تستمر إلى غاية مغادرتهم لمكان تعلم الصنعة بأمر من الجهة المسؤولة عنه سواء تعلق الأمر بصانع تقليدي أو مؤسسة للتكوين المهني.

المطلب الثالث: مسؤولية متولي الرقابة على المجانين والمختلين عقلياً:

خلافاً للمسؤولية عن القاصرين التي حددها المشرع في الأب والأم بعد موته فقط، فإن هذا النوع قد ينتقل إلى واحد من الأقارب أو الأزواج بناء على قواعد الولاية الشرعية على شخص المريض، غير أن ذلك لا يمنع من إسناد هذه المهمة لجهة أخرى. وللإشارة فإن هذه المسؤولية لا علاقة لها ببلوغ سن معينة ما دام المجنون فاقد الإدراك والتمييز.

المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض غير

القابل لإثبات العكس. (حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه)

المطلب الأول: الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتبوع

1-ارتباط المتبوع بخدمه بمقتضى علاقة تبعية:

إذ يكفي لإعمال هذه المسؤولية أن يكون التابع خاضعا لرقابة المتبوع حتى ولو لم يكن لهذا الأخير دور في اختيار خدمه وتابعيه. وللإشارة فإنه ليس من اللازم أن تكون تبعية العامل للمشغل فنية بل يكفي فيها أن تكون إدارية فالمشغل حتى ولو لم يكن ليفهم في الأصول التقنية للشغل فإنه يسأل عن أخطاء تابعيه.

وإذا لم تتحقق عناصر التبعية كما هو متعارف عليها كعقد المقاولة وعقود المهن الحرة التي تتطلب نوعا من الاستقلال في العمل فإن كل من المقاول والمهندس والطبيب لا يعتبرون أتباعا لربنائهم ولو كانوا يتقاضون أجورهم عن الأعمال والخدمات التي قدموها لمن تعاقدوا معهم.

لكن أحيانا قد يحصل أن يكون للشخص الواحد متبوعين أو أكثر الأول أصلي والباقي عرضيين، فمن هو المتبوع الذي يتحمل المسؤولية عن أخطاء التابع المشترك لهم؟ بخصوص الحالة التي يعهد فيها المتبوع الأصلي إلى متبوع آخر عرضي بإنجاز عمل وأثناء هذه الفترة يتسبب التابع في إلحاق ضرر بالغير، يجمع الفقه والقضاء المعاصرين على أن المسؤولية عن فعل التابع يتحملها المتبوع الذي يمارس سلطته الفعلية على شخص التابع.

أما بخصوص ما إذا كان الشخص تابعا لأكثر من متبوع واحد على وجه الدوام فإن تحديد المسؤولية عن فعل التابع يختلف باختلاف الوضعين الآتيين:

أ- في الحالة التي يحمل فيها التابع لحساب مجموعة أشخاص في عمل مشترك بينهم، يفرض المنطق أن يكون هؤلاء الشركاء مسؤولين عن فعل التابع مسؤولية تضامنية.
ب- في الحالة التي يعمل فيها التابع لحساب أكثر من متبوع بصورة متعاقبة كخدم المنازل الذين يتولون خدمة أكثر من منزل في اليوم الواحد ستحدد المسؤولية في المتبوع الذي ارتكب الفعل الضار عنده.

2- أن يتسبب التابع في ارتكاب الفعل الضار أثناء تأديته للوظيفة المسندة إليه أو بمناسبةها:

أ- ارتكاب التابع للفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة:

بحيث أن التابع إذا أحدث ضرراً بالغير خارج نطاق الوظيفة المعهودة إليه بأن تجاوز حدود هذه الوظيفة فإن المتبوع لا يتحمل المسؤولية عنه.

ب- ارتكاب التابع للفعل الضار بمناسبة الوظيفة:

إن الخطأ الذي يرتكبه التابع بمناسبة الوظيفة أو بسببها هو الذي يكون له ارتباط بمهام الوظيفة التي يتولى التابع إنجازها إذ لولا هذه المهام لما تم ارتكاب الفعل الضار أصلاً، مثل الخادم الذي يشاهد مخدمه يتعرض لاعتداء من طرف الغير فيبادر إلى نجدة متبوعه بالحق الضرر بهذا الغير.

وبالرغم من أن ق.ل.ع المغربي لم يتطرق لبيان حكم الضرر الذي يرتكبه التابع بمناسبة الوظيفة فإن القضاء المغربي لم يتردد في تمديد القرينة المنصوص عليها في ف 85 لتشمل الضرر الذي يتسبب فيه التابع بمناسبة الوظيفة المسندة إليه.

مسألة تقدير ما إذا كان الضرر الذي أحدثه التابع مرتبطاً بالوظيفة أو بسببها فقط تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- أن يتولد عن فعل التابع حصول ضرر للغير:

المطلب الثالث: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

عندما تتحقق عناصر المسؤولية المدنية للمتبوع عن أخطاء تابعيه فإن الضحية يتوفر له أكثر من طريق للمطالبة بحقوقه المدنية إذ له الحق في مقاضاة المتبوع وحده أو الرجوع على التابع وحده لاعتباره طرفاً في النزاع أو مطالبة التابع والمتبوع في دعوى واحدة لوجود التضامن بينهما ، لكن المضرور غالباً ما يفضل الرجوع على المتبوع وحده ليستفيد من قرينة افتراض المسؤولية في حق المتبوع وأن المتبوع غالباً ما يكون موسراً أي من مصلحة الضحية مقاضاة المتبوع بدل التابع بالإضافة إلى أن المتبوع لا يحق له دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة والحدث الفجائي.

1- رجوع الضحية على التابع:

ليس هناك ما يمنع المضرور من هذه الدعوى إلا الصعوبات التالية:
يتوجب على الضحية إثبات خطأ التابع وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

على افتراض كسب المضرور لهذه الدعوى قد يحول إعسار التابع دون الحصول على التعويض.

يمكن للضحية دعواه ضد كل من التابع والمتبوع معا لوجود التضامن بينهما، ون استحقاق المضرور لتعويضين عن الضرر الواحد لأن في ذلك نوع من الإثراء بلا سبب.

2 - رجوع المتبوع على التابع:

بالرغم من أن المشرع المغربي لم يشر صراحة إلى أحقية المتبوع في الرجوع على تابعيه فإن البعض يفسر هذا السكوت على أنه إجازة ضمنية لهذه الدعوى وليس دليلا على منعها⁷³¹. وحق المتبوع في الرجوع على التابع يتحدد في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير

⁷³¹

حوادث الشغل - دعوى رجوع شركة التأمين على المتسبب في الحادثة - وجوب إدخال المشغل في الدعوى - لا

القرار 359

الصادر بتاريخ 22 يونيو 1977

ملف مدني 23026

القاعدة

للمصاب أولدوي حقوقه الحق في أن يطلب الغير المسؤول عن الحادث بتكملة التعويض المستحق له في إطار حادثة الشغل وللمؤجر أو لمؤمنه القانوني الحق كذلك في مطالبة هذا الأخير باسترداده ما أداه للعامل أو الغير ولذوي حقوقه.

إذا أقيمت الدعوى على الغير من طرف أحد هاذين الفريقين وجب عليه أن يدخل في الدعوى الطرف الآخر.

المؤجر ليس طرفا آخر بالنسبة لمؤمنه القانوني ولهذا فلا يلزم بإدخاله في الدعوى ضد الغير.

يتعرض للنقض القرار الذي صرح بعدم قبول استئناف المؤمن لعدم إدخال المؤجر المؤمن له أمام محكمة الاستئناف.

الأساس القانوني

الفصل 175 من ظهير 25/06/1927 كما عدل بظهير 06/02/1963

إذا أقيمت الدعوى من طرف المصاب أو ذوي حقوقه أو من طرف المؤجر وعند الاقتضاء مؤمنه، فإن الطرف المعني بالأمر يجب عليه أن يدخل الطرف الآخر في تقرير الاشتراك في الحكم.

حيث نص الفصل 173 من ظهير 6 فبراير 1963 على أن الدعوى على الغير المسؤول يمكن أن يقيمها المؤجر ومؤمنته لتمكينهما من المطالبة بحقوقهما الخاصة: كما نص الفصل 175 من نفس الظهير على أنه إذا أقيمت الدعوى من طرف المصاب أو ذوي حقوقه أو من طرف المؤجر وعند الاقتضاء من طرف مؤمنته فإن الطرف المعني بالأمر يجب عليه أن يدخل الطرف الآخر في تقدير الاشتراك في الحكم.

قد تعسف في استعمال الوظيفة المسندة إليه. أما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه التابع من الأخطار المألوفة التي تحتملها طبيعة المهنة أو الوظيفة أو كان ذلك بأمر من المتبوع فإن هذا الأخير لا يحق له الرجوع على التابع.

وحيث إن المؤمن القانوني الذي هوفي النازلة شركة لكونكورد بمجرد أن طالب بإرجاع المبالغ التي سبق له أن أداها بالفعل شخصيا بصفة كونه حل محل المشغل في التزاماته ضد الضحية المذكورة التي صارت حقا خاصا لشركة لكونكورد طبقا للفصل 173 أعلاه كان غير ضروري وعديم الفائدة أدخل مؤمنة شركة جورج دوبازاس في الدعوى – فعدم إدخالها حينئذ غير موجب لعدم قبول الاستئناف: الذي تقدمت به شركة لكونكورد خلافا لما قضت به محكمة الاستئناف: إذ المقصود من عبارة الطرف الآخر الوارد في الفصل 175 الأنف الذكر هو الطرف المضاد أي الذي لم تتخذ مصلحته مع مصلحة المؤمن القانوني الذي هو النازلة شركة لكونكورد أما المؤجر أي شركة جورج دربراس فليست بطرف مضاد لشركة التأمين المذكورة لأن مصلحتها متحدة.

وحيث إن محكمة الاستئناف حينما قضت بعدم قبول استئناف لكونكورد لسبب عدم إدخالها في طلبها مؤمنها المؤجر تكون قد خالفت مقتضيات ظهير 6 فبراير 1963 وعرضت بذلك قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه.

الإجتهاـ يـص المسؤولة

الإجتهاـ

Jurisprudence Maroc المسؤولية التقصيرية - 732

استقر المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) على جواز شهادة أجير ضد أجير أو في صفه، ولو كان الشاهد في علاقة تبعية مع المشغل حيث جاء في أحد القرارات : " ... لا يوجد ما يمنع من الاستماع إلى شاهد لا زال في علاقة تبعية مع المشغل والمحكمة لما استمعت للشاهد محمد البردعي بعد أدائه اليمين القانونية وأكد أن العامل غادر العمل بمحض إرادته جاءت شهادته صحيحة ولا لبس فيها..." (قرار اجتماعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 أبريل 2005 أشارت إليه بشرى العلوي، الفصل التعسفي

للأجير على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،
السويس، الرباط 2005، ص 121.

تقوم مسؤولية مشيد البناء إذا رتب ضرراً للغير ما لم يثبت أن الضرر حصل نتيجة لحادث
فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر نفسه⁷³³

يستحق أصول الهالك ضحية الحادث تعويضاً شاملاً عن الأضرار التي لحقت بهم جراء فقد
من كان يعولهم و يخضع تقدير التعويض لسلطة المحكمة⁷³⁴

لا يؤثر بعد أو قرب مكان وقوع الحادثة عن المكان الوارد بمحاضر الضابطة القضائية في
ثبوت وقوع الحادث⁷³⁵

تستنتج المحكمة قيام مسؤولية المؤمن انطلاقاً من عقد التأمين المبرم بينه و بين المؤمن له
باعتبار العقد شريعة المتعاقدين⁷³⁶.

يتحمل المتسبب في الضرر تعويض المتضرر متى ثبتت العلاقة السببية بين فعله و الضرر
المرتب له⁷³⁷.

⁷³³ _

ار محكمة النقض عدد 4758 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد 2012 /5/1/1291

⁷³⁴ _

القرار عدد 4758 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد 2012/5/1/1291

⁷³⁵ _

القرار عدد 4762 المؤرخ في : 2012/10/30 ملف مدني عدد 2012/5/1/1090

⁷³⁶ _

القرار عدد 3681 المؤرخ في : 2012/09/04 ملف مدني عدد 2012/3/1/1282

⁷³⁷ _

قرار محكمة النقض عدد 3486 المؤرخ في 2012-08-28 ملف مدني عدد 2011/3/1/2676

المدني – المسؤولية التقصيرية – التقادم تتقادم دعوى التعويض عن الجرم و شبه الجرم بمضي 5 سنوات من الوقت الذي يبلغ إلى علم المتضرر الضرر و المسؤول عنه، و في جميع الأحوال تتقادم الدعوى الناشئة عن الفعل الضار بمضي عشرون سنة من وقت حدوث الضرر طبقا للفصل 378 من ق.ل.ع ⁷³⁸.

المدني – المسؤولية المدنية:الأصل ان للمتعاقدين حرية انشاء التزامهما بالطريقة التي يريانها محققة لاهدافهما في إطار المسؤولية العقدية القائمة بينهما، ولهما ايضا تعديل قواعد المسؤولية العقدية في حدود القانون والنظام العام ⁷³⁹. يتعين في مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر و الوارد في منطوق الحكم أن يكون مطابقا لما ورد في التعليل. ⁷⁴⁰

يكون هناك محل للتعويض إذا ثبت أن مقول البناء خالف التصميم المرخص به و لم يقم بما تم الاتفاق عليه بالشكل الذي رتب ضرا لمالك البناء . ⁷⁴¹

مدني – المسؤولية المدنية – ما دام أن المحكمة سبق لها القضاء بالتعويض عن المثل وأن الفائدة القانونية لها نفس الهدف فلا يجوز تعويض نفس الضرر أكثر من مرة (نعم) ⁷⁴²

يجب لدفع المسؤولية عن حارس الشيء أن يثبت أنه قام بما هو لازم لمنع حدوث الضرر أو أن الضرر نجم عن حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر على اعتبار المسؤولية المقررة في مواجته مسؤولية مفترضة . ⁷⁴³ يسأل حارس الشيء عن الأضرار التي يتسبب فيها هذا الأخير للغير ، سواء كان المتضرر على علاقة به أو أجنبيا عنه. ⁷⁴⁴

⁷³⁸ _

قرار محكمة النقض عدد 2229 المؤرخ في : 2012/08/05 ملف مدني عدد 2010/71813

⁷³⁹ _

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم " 1168 " الصادر بتاريخ 21062012 ملف عدد 3472011

⁷⁴⁰ _

قرار محكمة النقض عدد 2400 المؤرخ في 2012-05-15 ملف مدني عدد 2011/3/1/2162

⁷⁴¹ _

قرار محكمة النقض عدد 2069 المؤرخ في : 2012/04/24 ملف مدني عدد 2908 2010/2/1/

⁷⁴² _

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم : 2012/2221 صدر بتاريخ: 2012/1804

⁷⁴³ _

مدني – المسؤولية المدنية – يستوجب فعل المنافسة غير المشروعة الحكم بالتعويض لفائدة المتضرر من هذا الفعل شريطة أن يتم إثبات هذا الضرر ومدى جسامته وتأثيره على نشاط المتضرر (نعم).⁷⁴⁵

يستحق ضحية حادثة سير تعويضا عن العجز المؤقت مقابل فقدته أجره باعتباره أجيرا دون حاجة لإثباته فقد هذا الأجر، و على من يدعي عكس ذلك أن يثبت ادعاءه.⁷⁴⁶

–المدني – المسؤولية المدنية: ضياع طرد بريدي وفوات فرصة اتمام الصفقة مع المرسل اليها واحتفاظها بالمبالغ المستحقة للشركة المرسلة وعدم ادائها لها.⁷⁴⁷

يستحق إخوة الهالك ضحية حادثة سير تعويضا نسبته 15 % من الرأسمال المعتمد للجميع إذا أثبتوا أن الهالك كان ينفق عليهم و لو كانوا رشداء⁷⁴⁸

يسأل الطبيب عن الأضرار قد يتسبب فيها بعدم بذله العناية اللازمة و عن أخطائه الناجمة عن قلة اليقظة و التبصر⁷⁴⁹

إذا تعدد المسؤولون عن الضرر و تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في إحداثه، كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج. و محكمة الموضوع بعد أن تبين لها تعذر تحديد نسبة كل من صاحبة الورش و مقولة الحفر في إحداث الضرر و حملتهما متضامنتين مبلغ جبره، كان قرارها مطابقا للفصلين 99 و 100 من ق.ل.ع⁷⁵⁰

إن التعويض في المسؤولية العقدية حسب الفصل 263 ل ع يكون إما بسبب عدم الوفاء

قرار محكمة النقض عدد 1965 المؤرخ في 17-04-2012 ملف مدني عدد 2010/3/1/3592
_744

قرار محكمة النقض عدد 1965 المؤرخ في 17-04-2012 ملف مدني عدد 2010/3/1/3592
_745

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم : 2012/1928 صدر بتاريخ: 2012/04/05
_746

القرار عدد 1265 المؤرخ في : 2012/03/13 ملف مدني عدد 2011/5/1/4260
_747

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم " 426 " الصادر بتاريخ 2012/73 ملف عدد 191210
_748

القرار عدد 1148 المؤرخ في : 2012/03/06 ملف مدني عدد 2011/5/1/4008
_749

قرار محكمة النقض عدد 119 المؤرخ في : 2012/01/10 ملف مدني عدد 2010/3/1/3788
_750

قرار محكمة النقض عدد 5552 المؤرخ في : 2011/12/20 ملف مدني عدد 2010/5/1/1841

بالالتزام و إما التأخر في الوفاء و ذلك و لو لم يكن هناك أي سوء نية في جانب المدين⁷⁵¹.

يقع على الصانع مسؤولية ضمان عيوب منتوجه و عدم إضراره بالزبون طالما كان هذا

الأخير لا يتوفر على الوسائل التقنية التي تمكنه من اكتشاف العيب⁷⁵²

تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع حتى بالنسبة للتسهيلات و الإعدادات التي يقدمها له بسبب

وجود علاقة تبعية أيا كان مدى هذه العلاقة، و يسأل المتبوع عن أخطاء التابع الصادرة

عنه بهذه الصفة.⁷⁵³

يتحمل الموثق إلزاما بتحقيق نتيجة المعاملة المتمثلة في إبرام العقد، و يسأل عن كل إخلال

منه بهذه المهمة مما قد يسببه من ضرر لأحد طرفي العقد.⁷⁵⁴

يرجع تقدير التعويض المستحق للمتضرر للسلطة التقديرية للمحكمة شريطة تعليقه و بيان

عناصره.⁷⁵⁵

يستحق ورثة الهالك ضحية حادثة سير التعويض المقرر قانونا يقسم عليهم بالتساوي إن كان

معिला دون أن يكون ممن تجب نفقتهم علي الهالك⁷⁵⁶

لا يتحمل الضحية أي مسؤولية طالما لم يصدر عنه أي عمل إيجابي في ترتيب النتيجة⁷⁵⁷.

يعتبر تصريح ضحية حادث سير في محاضر الضابطة القضائية بطبيعة عمله كافي للحكم

لها بالتعويضات المستحقة عن فقدها الكسب، و تحديد التعويضات على أساس العمل

⁷⁵¹ _

قرار محكمة النقض عدد 5245 المؤرخ في : 2011/12/06 ملف مدني عدد 2010/3/1/1164

⁷⁵² _

قرار محكمة النقض عدد 5179 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 2011/3/1/3520

⁷⁵³ _

القرار عدد 5177 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 2010/3/1/4806

⁷⁵⁴ _

قرار محكمة النقض عدد 5178 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 2009/3/1/ 4676

⁷⁵⁵ _

القرار عدد 5178 المؤرخ في 2011-11-29 ملف مدني عدد 2009/3/1/ 4676

⁷⁵⁶ _

قرار محكمة النقض عدد 5026 المؤرخ في : 2011/11/22 ملف مدني عدد 2011/5/1/2627

⁷⁵⁷ _

القرار عدد 4809 المؤرخ في : 2011/11/15 ملف مدني عدد 2011/5/1/1477

المصرح به 758

يلتزم المشيد لبناءات دون ترخيص قانوني بتعويض الأضرار التي قد تترتب للغير جراء قيامه بهذه التشييدات. 759

للمحكمة سلطة تقديرية في تقييم أدلة الدعوى و ترتيب الأثر الذي تستحقه و لا رقابة عليها إلا فيما يخص التعليل. 760

تناقش مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية المرفوعة على اساس المسؤولية التفصيرية من طرف المحكمة و في إطار الذي رفعت فيه دون تغيير من المسؤولية التفصيرية إلى المسؤولية العقدية. 761

المدني – المسؤولية يحل صندوق التأمينات الخاص بالموثقين بقوة القانون محل الموثق المرتكب لخطأ تجاه الغير طالما ثبت للمحكمة عسر الموثق أو قراره إلى مكان مجهول⁷⁶². يخضع تحديد مسؤولية المتسبب في الضرر للسلطة التقديرية للمحكمة شريطة تعليل قرارها تعليلا سائغا بأسباب مستمدة من وقائع و أدلة القضية و كافية لحمل قضائها. 763 يلتزم بالتعويض الطرف الذي استفاد على حساب غيره من الفعل المسبب للضرر وحده دون غيره ممن قد يكون ساهم في حدوث الضرر .

قرار محكمة النقض عدد 3127 المؤرخ في 28-06-2011 ملف مدني عدد 2009/3/1/2775

⁷⁵⁸

قرار محكمة النقض عدد 4586 المؤرخ في : 25/10/2011 ملف مدني عدد 2011/5/1/1476

⁷⁵⁹

قرار محكمة النقض عدد 4602 المؤرخ في : 25/10/2011 ملف مدني عدد 2009/3/1/976

⁷⁶⁰

القرار عدد 4602 المؤرخ في : 25/10/2011 ملف مدني عدد 2009/3/1/976

⁷⁶¹

قرار محكمة النقض عدد 4599 المؤرخ في 25-10-2011 ملف مدني عدد 2009/3/1/3556

⁷⁶²

قرار محكمة النقض عدد 4447 المؤرخ في : 10/11/2011 ملف مدني عدد 2010/351412

⁷⁶³

قرار محكمة النقض عدد 4605 المؤرخ في 25-10-2011 ملف مدني عدد 2009/3/1/2763

المدني – المسؤولية التقصيرية يتعين على محكمة الموضوع أن ترد بمقبول عن الدفع بانعدام التأمين أو كون الواقعة المنشأة مستثناة من الضمان قبل الحكم بالتعويض.

قرار محكمة النقض عدد 2945 المؤرخ في 21062011 ملف مدني عدد 2614132009 لا يكفي خطأ المتضرر عند انفجار قنينة الغاز، و إنما يعفى الحارس القانوني متى ثبت أنه قام بكل ما هو ضروري لمنع الضرر

القرار عدد 1871 المؤرخ في 2011/04/26 ملف مدني عدد 2010/3/1/2140 يرجع تقدير المسؤولية عن الحادث للمحكمة، و لا رقابة عليها إلا فيما يخص التعليل

القرار عدد 1995 المؤرخ في 2011-04-26 ملف مدني عدد 2009/7/1/4630 – المدني – المسؤولية التقصيرية – يكفي خطأ المتضرر عند انفجار قنينة الغاز، و إنما يعفى الحارس القانوني متى ثبت أنه قام بكل ما هو ضروري لمنع الضرر.

قرار محكمة النقض عدد 1871 المؤرخ في 26042011 ملف مدني عدد 2140132010 إن صاحب الدراجة النارية الذي اصطدم بسيارة من الخلف وكان صاحبها في وضع سلبي متوقفا عند الإشارة الضوئية، لا يمكن في هذه الوضعية أن ينسب إلى هذا الأخير أي خطأ مرتب مسؤوليته عن الحادث.

قرار محكمة النقض عدد 1821 المؤرخ في : 2011/04/19 ملف مدني عدد 4832
2009/7/1/

يوجه طلب الضحية أو ذويها بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم إلى صندوق ضمان حوادث السير إذا كان المسؤول عن الأضرار مجهولا و ذلك في ظرف ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادثة.

القرار عدد 1543 المؤرخ في : 2011/04/05 ملف مدني عدد 2010/5/1/1997 تقوم مسؤولية المؤمن له عن الأضرار التي تسبب فيها بسبب إهماله و عدم احتياطه، و يحل المؤمن محله في أداء التعويض المستحق للمتضرر.

القرار عدد 1503 المؤرخ في 2011-04-05 ملف مدني عدد 2010/3/1/62

لا يشترط ظهير 24-10-1984 بشأن التعويض عن حوادث الشغل شكلا معيناً لإثبات الأجر.

القرار عدد 1366 المؤرخ في : 2011/03/29 ملف مدني عدد 2010/5/1/2269
-المدني – المسؤولية :للمحكمة إثبات الضرر عما أصاب صاحب الضيعة الفلاحية من
جاء تسرب المياه العادمة إلى المياه الجوفية بواسطة خبرة فنية، لم يهدم المتسبب في
الضرر حكمها بمقبول.

قرار محكمة النقض عدد: 312 بتاريخ: 2011/303 ملف تجاري عدد: 2010/100131
لا تلزم المحكمة بإجراء خبرة جديدة طالما توفرت لديها المعطيات اللازمة للفصل في
النزاع.

قرار محكمة النقض عدد 5387 المؤرخ في : 2011/02/13 ملف مدني عدد

2011/5/1/2016

يتحمل حارس الشيء مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها الشيء ما لم يثبت أنه فعل كل ما
كان يجب لدرء وقوع الحادث المرتب للضرر

القرار عدد 5387 المؤرخ في : 2011/02/13 ملف مدني عدد 2011/5/1/2016
يتحمل الناقل مسؤولية إيصال الراكب إلى المكان المتفق عليه سليماً، و يسأل عن كل ضرر
يقع لهذا الأخير، و لا تنعدم مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الضرر تسببت فيه قوة قاهرة أو خطأ
الغير أو خطأ المضرور نفسه.

القرار عدد 4730 المؤرخ في : 2010/11/19 ملف مدني عدد 2009/7/1/974
تقع مسؤولية هذه الحوادث على هؤلاء الأشخاص الذين يلتزمون بإبرام عقود تأمين على
مسؤوليتهم.

قرار محكمة النقض عدد 4662 المؤرخ في : 2010/11/09 ملف مدني عدد 1363

2010/5/1/

يكون هناك مجال إثارة الخطأ الطبي إذا ثبت من خلال الخبرات المنجزة وجود علاقة سببية
بين الضرر و الخطأ الطبي المرتكب.

قرار محكمة النقض عدد 4711 المؤرخ في 09-11-2010 ملف مدني عدد

2009/3/1/1128

لا يتحمل المؤمن و الحارس القانوني للعربة مسؤولية الحوادث المرتكبة من طرف أصحاب المرائب و الأشخاص المتعاطين عادة سمسرة الناقلات أو بيعها أو إصلاحها، و تقع مسؤولية هذه الحوادث على هؤلاء الأشخاص الذين يلتزمون بإبرام عقود تأمين على مسؤوليتهم.

القرار عدد 4662 المؤرخ في : 09/11/2010 ملف مدني عدد 1363 2010/5/1/

يجب أن ينبني القول بقيام العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر على اليقين لا على الاحتمال.

قرار محكمة النقض عدد 4431 المؤرخ في 26-10-2010 ملف مدني عدد

2009/7/1/1819

يستثنى أصحاب الحارس القانوني للناقلة من الضمان عن الحوادث التي يتحمل مسؤوليتها.

القرار عدد 4432 المؤرخ في 26-10-2010 ملف مدني عدد 1952 2009/7/1/

إن التزام المهندس للإشراف على البناء التزام بنتيجة. عدم تحقق النتيجة كافية لإقرار مسؤوليته برد ما دفع إليه مع التعويض

قرار المجلس الأعلى عدد : 594 بتاريخ: 15/4/2009 ملف تجاري عدد :

2006/1/3/792

—مدني — المسؤولية المدنية — الإقرار بالمديونية وبعدم الوفاء بالالتزامات المحددة

بمقتضى الاعتراف بالدين الحكم بالمبلغ المضمن في الطلب (نعم)

قرار محكمة الاستئناف التجارية حكم رقم : 748 بتاريخ: 2009/2602 ملف

رقم:1139408

مدني— المسؤولية المدنية — علم المتضررين بالضرر وعدم علمهم بالمسؤول عنه إلا بعد —

(صدور قرار جنائي، احتساب التقادم يكون من يوم صدور القرار المذكور .)(صحيح

قرار محكمة النقض عدد: 4003 المؤرخ في: 11/11/2008 ملف مدني عدد:

2008/112713

المدني – المسؤولية : – تسأل ادارة الجمارك والضرائب غير المباشرة عن أخطاء –
تسيير مصالحها، والأخطاء المصلحية لمستخدميها، والتي يترتب عنها ضرر مباشر بحق
الغير

القرار عدد: 3323 المؤرخ في: 2008/0810 ملف مدني عدد: 2007/78313

– مدني – المسؤولية المدنية – التقاضي وسلوك المساطر الدفاعية حق لا يساءل عنه إلا
حين ممارسته بسوء نية، ومتى ثبت للمحكمة ان المتعرضين على مطلب التحفيظ مارسوا
تعرضهم بحسن نية معتقدين تملكهم لجزء من المطلب، وعدم ثبوت سوء نيته تقضي برد
طلب التعويض (نعم) .

قرار محكمة النقض عدد : 2898 المؤرخ في : 2008/2807 ملف مدني عدد :

2007/143413

مدني – المسؤولية المدنية – مساءلة المدعى عليهم شخصيا عن الأضرار اللاحقة بالمدعين
قائمة متى ارتكزت على كون الشكاية المسببة للضرر قدمت بصفته الشخصية وبالأصالة
عن أنفسهم وليس باعتبارهم نوابا عن الجماعة السلالية (نعم) .

قرار محكمة النقض عدد : 2758 المؤرخ في : 2008/167 ملف مدني عدد :

2006/340712

مدني – المسؤولية المدنية – تشييد بناية فوق ارض الغير بحسن نية، يلزم المحكمة –
بالقضاء على مالك العقار بأن يؤدي للباني حسن النية قيمة المواد مع أجره اليد العاملة أو
أن يدفع مبلغا يعادل ما يزيد عن قيمة المواد مع أجره اليد العاملة، والمحكمة التي قضت
بإفراغ الباني دون مراعات الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري عرضت قرارها للنقض

قرار محكمة النقض عدد : 2571 المؤرخ في : 2008/0207 ملف مدني عدد :

2007/388313

المدني – المسؤولية المدنية – مسؤولية حارس الشيء قائمة متى وقع الضرر في المقر
التابع له وبوسائل تقنية تعود ملكيتها له (نعم) .

قرار محكمة النقض عدد: 2364 المؤرخ في: 2008/1806 ملف مدني عدد:

2 006/2686132

مدني – شركة الحصول على التمويل اللازم لممارسة الشركة لنشاطها من الالتزامات التي على عاتق المدير المتصرف الوحيد للشركة (نعم) – مسؤوليته (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2083 المؤرخ في : 2008/285 ملف مدني عدد :

2006/371012

–مدني – المسؤولية – إدلاء الموثق بوصل صادر عن المحافظة العقارية يفيد أن المبالغ التي أداها سببها تأسيس ملف الشركة بالرسم العقاري موضوع البيع يجعل رفض احتساب المبالغ بعلة عدم تعزيزها بالوثائق اللازمة نقصا في التعليل (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 1765 المؤرخ في : 2008/0705 ملف مدني عدد :

2006/182012

مدني – المسؤولية المدنية – عقد التدبير المفوض لا يقيم مسؤولية المفوض إليه إلا بعد دخوله حيز التنفيذ (نعم) – التعويض عن الأضرار السابقة (لا).

قرار محكمة النقض عدد 4185 المؤرخ في : 2007/1712 ملف مدني عدد :

2005/255213

–مدني – المسؤولية – يستحق أصول الضحية واخوته تعويضا ماديا عن الضرر اللاحق بهم جراء فقدانهم لمعيّلتهم بمقتضى موجب الكفالة (نعم).

قرار محكمة النقض عدد: 3124 المؤرخ في: 2007/0310 ملف مدني عدد:

2005/116913

–مدني – المسؤولية المدنية – مناط استحقاق التعويض هو ثبوت الضرر وليس تنفيذ الحكم القاضي بالإفراغ من عدمه (نعم).

القرار عدد : 1928 المؤرخ في : 3052007 ملف مدني عدد : 2034122005

—مدني — المسؤولية المدنية — ما دام السبب في وقوع الحادثة هو إهمال حارس الحواجز إغلاق الممر إلى حين مرور القطار ، فإن مسؤوليته قائمة (نعم).

القرار عدد : 1722 المؤرخ في : 1652007 ملف مدني عدد : 2005/188312

—مدني— المسؤولية — عدم قيام حارس المسبح بما كان ضروريا لمنع الحادث بجعل مشرفين إضافيين ينظمون عملية القفز، بعد التأكد من خلو المسبح من السباحين حتى لا يقع الاصطدام بينهم ، يجعل مسؤوليته عن الوفاة قائمة.

قرار محكمة النقض عدد : 1403 المؤرخ في : 03052006 ملف مدني عدد :

2139132005

مدني — المسؤولية التقصيرية — المحكمة حينما اعتبرت مسؤولية الطاعن عن الضرر اللاحق بمنزل المطلوبين عقدية، لا يعيب القرار الإشارة في الحكم الاستئنافي الذي أيده إلى مقتضيات الفصلين 78 و 904 من ق.ل.ع ما دام الفصل الأخير يتعلق بمسؤولية الوكيل بالعمولة والدعوى أسست في الأصل على المسؤولية العقدية والتقصيرية
قرار محكمة النقض عدد : 778 المؤرخ في : 07032007 ملف مدني

عدد: 2005/117613

—مدني— المسؤولية المدنية — إذا وقعت الإصابة داخل المسبح و الضحية لم ينقل إلى مستشفى إلا بعد ما أحس المصاب بأن صحته تزداد تدهورا فتوفى على إثر الإصابة وأن صاحب المسبح لم يثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر وأنه يرجع لسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور، فإن مسؤوليته محققة.

قرار محكمة النقض عدد : 3008 المؤرخ في : 11102006 ملف مدني عدد :

2005/344213

—المدني— المسؤولية: ثبوت الأضرار التي أصيبت بها المطلوبة بواسطة خبرة ، و أنها كانت نتيجة التقصير المصلحي للمستشفى في أداء واجباته المتمثلة في تقديم العلاجات المتطلبة في وقتها ترك المطلوبة بمفردها تعاني من مخاض الوضع على الرغم من وجود

قابلة بالمصلحة يجعل مسؤولية الدولة قائمة.(نعم)

القرار عدد : 789 المؤرخ في : 4102006 ملف إداري عدد : 2003/33044

المدني – المسؤولية المدنية – يلزم مالك العقار بمنح تراخيص للمشتريين بإدخال الماء لمحلاتهم (لا) – مطالبته بالتعويض عن عدم الاستغلال (لا) .

قرار محكمة النقض عدد : 2546 المؤرخ في : 2006/0609 ملف مدني عدد :

2005/150713

–المدني– المسؤولية :مطالبة المطلوب في النقض بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء إفراغه تعسفيا من ملكه بمقتضى محضر تنفيذ تم إبطاله يحتم على المحكمة البحث عن الخطأ الذي ارتكبه الطالبون الذين دخلوا المدعى فيه تنفيذا لحكم قضائي وقع خطأ في تنفيذه من طرف عون التنفيذ.

القرار عدد : 864 المؤرخ في : 2006/153 ملف مدني عدد : 2004/128812

المدني – المسؤولية المدنية – ثبوت المسؤولية عن الضرر موجب للتعويض (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2739 المؤرخ في : 2005/1910 ملف مدني

عدد: 2004/46213

–مدني – المسؤولية المدنية – توصل الوكيل بإنذار من الموكل من أجل تمكينه من الوثائق المتعلقة بالعقار موضوع الوكالة وعدم استجابته ، هو التصرف يضر بالموكل ويعرقل الإجراءات الإدارية المتعلقة بالعقار مما يضر بمصلحة الموكل المادية – استحقاق التعويض (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 1732 المؤرخ في : 2005/0806 ملف مدني

عدد: 2003/333017

– مدني – المسؤولية المدنية – توصل المدعى عليه بإنذار من المدعي من أجل تمكينه من الوثائق ولم يستجب ، يعرقل الإجراءات الإدارية المتعلقة بالعقار مما يضر بمصلحة المدعي المادية وأن الضرر يجبر بالتعويض.

قرار محكمة النقض عدد: 1732 المؤرخ في: 2005/0806 ملف مدني

عدد: 2003/333017

مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع – تعدد المتبوع

قاعدة:

عندما يكون العامل تابعا لشخصين مختلفين لكل منهما مكان عمله الخاص به فإن الضرر الذي يتسبب فيه هذا العامل للغير أثناء عمله لا يسأل عنه إلا رب العمل الذي وقع الضرر أثناء أو بمناسبة العمل عنده ولا تمتد هذه المسؤولية إلى رب العمل الآخر.

القرار 758

الصادر بتاريخ 15 /12/ 1976

في الملف المدني رقم 799 41

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يعيب الطاعن بخرق القانون الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أن المطلوبين في النقض لا يجادلان في أن عقد العمل لإصلاح السيارة تم بين المطلوبين دون تدخل الطاعن وأن المراكشي معترف أنه مكثري لنصف الكراج من الطاعن وليس تابعا له وكل منهما له حرفته المستقلة به ولذلك يجب أن يسأل كل واحد منهما عن خطأ الحارس فيما يرجع للأشياء التي توجد بالمكان الذي يستقل به ولذلك لا يمكن أن يسأل الطاعن تبعا لمسؤولية الحارس إلا على الأضرار التي تقع على الأشياء التابعة له والمودعة من أصحابه تحت حراسته .

حقا حيث إن الذي دلت عليه وثائق الملف ومن ذلك الحكم المطعون فيه أن العامل محمد بن عبدالله بن حيدة يعمل حارسا لدى كل من الطاعن والمراكشي المطلوب وأن كل واحد منهما له محله الخاص به وأن العامل بنحيدة المذكور يحرس لكل منهما محله الخاص به فهو حين يحرس المحطة يعتبر عاملا لبوعبيد وحينما يحرس محل الصباغة يعتبر حارسا للمراكشي فيجب أن يكون تابعا لكل منهما فيما يخص ما كلف به من طرف مشغله.

وحيث إن المحكمة المطعون في حكمها إذ ثبت لها ما ذكر كان يجب أن يعتبره تابعا للمراكشي فقط فيما وقع في محل الصباغة وأن تحصر مسؤولية إحراق السيارة بين العامل الذي قام بإحراقها والمراكشي الذي يعتبر هذا العامل تابعا له في الأشياء التي وضعها تحت حراسته وأنها بحكمها بمسؤولية بوعبيد الذي لا يعتبر بنحيدة تابعا له وقت حراسته معمل الصباغة لصاحبه المراكشي تكون قد خرقت الفصل المشار إليه في الوسيلة .

وحيث إن القضية جاهزة للبت فيها لتوفرها على جميع العناصر الواقعية طبقا للفصل 368 من قانون المسطرة المدنية .

من أجله

قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المطعون فيه وبعد التصدي الحكم من جديد بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من نصف التعويض (4.000) درهم على الحسين بن محمد بوعبيد وبإلغاء طلب التعويض الموجه ضد هذا الأخير الحسين بن محمد بوعبيد -

تأمين – سائق بدون اذن او رخصة – المؤمن مسئول عنه ⁷⁶⁴.

يستفاد من الفصل (13) من القرار الوزيري المؤرخ في 28/نونبر/1934 المتعلق بالتأمين البري ومن الفصل (12) من الشروط العامة للتأمين على السيارات ان مالك الناقلة اذا ارتكب ابنه القاصر حادثة سير بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون رخصة السياقة فان المؤمن يضمن مسؤولية المؤمن له المدنية ويحل محله في اداء التعويض.

في شان وسيلتي النقض الاولى والثانية مجتمعتين،
المتخذة اولاها من الخرق الجوهري للقانون، خرق الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقدة التأمين، ذلك انه يتجلى من وثائق الملف ان مرتكب الحادثة نور الدين شامة بانه لم يكن يتوفر عند ارتكاب الحادثة على رخصة السياقة وانه استعمل الناقلة بدون اذن والده، وهو ما اكده القرار المطعون فيه نفسه، وان محكمة الاستئناف – رغم ذلك قضت بتأييد الحكم الابتدائي وبررته بحيثية غامضة لا يمكن فهمها او استنباط اي مدلول منها، مع العلم ان مضمون الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقد التأمين لا يترك اي مجال للشك حيث نص على انعدام التأمين حينما يكون سائق الناقلة المؤمن عليها لا يتوفر على رخصة

⁷⁶⁴

نقض

4339

1986/05/29

السياقة يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق نصا صريحا، ويكون بالتالي عرضه للنقض.

والمتخذة ثانيتها من انعدام الاساس القانوني او الحثيات، ذلك انه يلاحظ من مراجعة القرار المطعون فيه انه اعتمد على الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود دون نص اخر - وانه باعتماده على هذا الفصل يدل على ما وقع فيه من تناقض، ذلك ان الفصل المذكور يقضي صراحة بتحميل حارس الشيء مسؤولية الضرر الناتج عن هذا الشيء، ولا ينص على اي اعفاء من ذلك الا في الحالات المبينة فيه في حين انه لا توجد اية حالة من الحالات وان الاستدلال بهذا الفصل يكون بمثابة خرق صريح له، الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم التعليل ويعرضه للنقض.

حيث، يتجلى من تنسيقات القرار المطعون فيه ان مرتكب الحادثة نور الدين شامة قاصر وان والده احمد شامة هو المسؤول المدني عنه عملا بمقتضيات الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود.

وحيث، يستفاد من مقتضيات الفصلين (13) من القرار المؤرخ في 28 نونبر 1934 المتعلق بعقد التامين البري و12/ من الشروط النموذجية العامة لعقد التامين على السيارات وان مالك الناقلة اذا ارتكب ابنه القاصر حادثة بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون توفره على رخصة السياقة القانونية وكان مؤمنا له فان المؤمن يضمن مسؤوليته المدنية اي يحل محله في اداء التعويض المحكوم عليه وخصوصا فيما يخص التامين عن المسؤولية المدنية اثناء سير الناقلة مما تكون معه الوسيطتان غير مرتكزتين على اساس.

لهذه الاسباب،
قضى برفض الطلب.

ملف جنائي: 88081

عديم التمييز - مسؤولية جنائية - مسؤولية مدنية ⁷⁶⁵ .
القاصر عديم التمييز ويلحق به فاقد العقل بالنسبة للأفعال الحاصلة منه في حالة جنونه - لا
يسال عن الضرر الذي تسبب فيه، وان المحكمة لما اعفت المتهم من المسؤولية الجنائية
لكونه كان وقت اقتراف الفعل المتابع من اجله فاقد العقل وقضت عليه مع ذلك باداء
التعويض للمطالب بالحق المدني لم تجعل لما قضت به اساس صحيحا من القانون وخرقت

765 _

المغرب

نوع الحكم

تمييز

رقم الحكم

2475

تاريخ الحكم

1983/04/25

اسم المحكمة

محكمة النقض - المغرب

المصدر

مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

الفصل (96) من "ق. ز. ع" وعرضت قرارها للنقض.

في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائياً من طرف المجلس الأعلى لتعلقها بالنظام (العام) والمتخذة من خرق مقتضيات الفصل (96) من قانون العقود والالتزامات. حيث، انه بمقتضى هذا الفصل، فان القصر عديم التمييز لا يسال عن الضرر الحاصل بفعله ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل بالنسبة للافعال الحاصلة منه حالة جنونه. وحيث، ان المحكمة عندما اعفت العارض من المسؤولية الجنائية لكونه وقت ارتكابه للافعال المتابع من اجلها كان فاقد العقل ومع ذلك حكمت عليه بادائه تعويضات مدنية للمطالبة بالحق المدني المطلوبة في النقض، لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون، وخرق مقتضيات الفصل (96) الموما اليه اعلاه، وجعلت حكمها معرضا للنقض في مقتضياته المدنية،

من اجله

ومن غير حاجة لبحث وسيلة النقض الثانية من خرق القواعد الجوهرية في اجراءات المسطرة.

قضى المجلس بنقض وابطال الحكم المطعون فيه.

ملف جنائي: (60235)

متهم - قصور مدني - مسؤولية مدنية⁷⁶⁶ .

لا تشكل سببا للنقض الوسيلة المتعلقة بالمجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول
قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي لا تخضع لرقابة المجلس.
ليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقط بالتفصيل الواردة
في مرافعة دفاع المتهم.
لما كان المتهم قاصرا لم يبلغ بعد سن الرشد المدني فان الاب هو المسؤول عن الضرر الذي
يتسبب فيه للغير وان المحكمة لما قضت عليه شخصا بعد الادانة بالتعويض تكون قد
خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

لكن في الفرع الخامس من نفس الوسيلة المتخذة من خرق القانون ذلك، ان المحكمة حكمت

⁷⁶⁶ -

رقم الحكم 5442

تاريخ الحكم 1983/09/15

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

بتعويض مدني يؤديه الظنين مع انه قاصر فكان الانسب ان يحكم على والده،
بناء على الفصل (137) من قانون مدونة الاحوال الشخصية⁷⁶⁷ والفصل (85) من قانون
العقود والالتزامات.
حيث، انه بمقتضى الفصل (137) من القانون المذكور فان سن الرشد القانوني هو احدى
وعشرون سنة شمسية كاملة.
وحيث، انه بمقتضى الفصل (84) السالف فان الاب يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه
ابنه القاصر الساكن معه.
وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى على طالب النقض بادانته من اجل جناية الاغتصاب
بثلاث سنوات حبسا وتعويض مدني والحال انه لم يبلغ سن الرشد القانوني الذي هو احدى
وعشرون سنة مخالفاً بذلك مقتضيات الفصلين (137) و(85) المشار اليهما اعلاه.

⁷⁶⁷ -

مدونة الأسرة
المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

المادة 210

كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

من اجله

قضى بنقض وابطال الجزء من القرار المتعلق بالدعوى المدنية، وبرفض الطلب فيما عدا ذلك بحيث تظل المقتضيات الاخرى للقرار قائمة الذات نافذة المفعول..

ملف جنحي: 13495 / 84.

ان التامين مرتبط بالمسؤولية عن السيارة المؤمن عليها⁷⁶⁸ وبما ان المالك يكون مسؤولا بمقتضى حراسته للسيارة المؤمن عليها الى ان تنتقل منه بدون تفويت الى الغير ما لم يكن مسؤولا عن هذا الغير بمقتضى القانون فان الضمان لا يشمل الا في حالة مسؤولية شخصا عن السيارة او مدنيا عن ساقها بدون اذنه ممن هم تحت رعايته او في خدمته. لهذا فان شركة التامين لا تلزم بالضمان في حالة سيطرة السيارة بدون اذن مالكيها الا اذا ارتكب المالك تقريبا في الحراسة او كان مسؤولا مدنيا عن مرتكب الحادثة الذي ساقها بدون اذنه (1).

وفي شان وسيلة النقص الثالثة المتخذة من خرق الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية والفصل (12) من الشروط النموذجية العامة لعقود التامين، انعدام التعليل، انعدام السند القانوني وخرق القانون. ذلك ان القرار المطعون فيه صرح باحلال

⁷⁶⁸ -

المغرب	البلد
تميز	نوع الحكم
2628	رقم الحكم
1985/04/18	تاريخ الحكم
محكمة النقض - المغرب	اسم المحكمة

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 39

العارضة في الاداء بسبب ان السيارة استعملت من طرف سائقها دون علم المؤمن له، في حين ان هذا السبب – وعلى عكس من ذلك – مبرر لاجراجها من الدعوى طبقا لمقتضيات الفصل (3) من الشروط النموذجية المذكورة، كما فعلت محكمة الاستئناف بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 16 ابريل 1978 والذي جاء فيه على الخصوص ما يلي: ((حيث ان المسؤولية المدنية للحادثة تقع على الظنين شخصيا رعا لمقتضيات الفصل (18) من ظهير 19 / 1 / 1953 الذي يؤخذ منه ان مالك الناقلة لئن بقي مسئولاً مدنياً حتى عند تخويله استعمالها للغير فان المسؤولية عند عدم اذنه يتحملها السائق او الذي كلفه بسيارة الناقلة دون اذن مالكها وحيث انه يستخلص من الفصل (3) من قرار 25 / 1 / 65 المتعلق بالشروط النموذجية العامة لعقدة التأمين عند تعريفه للمؤمن له ان الضمان لا يشمل سائق الناقلة الذي استعملها دون اذن من المالك او المكتتب وان مدعي الاذن عليه اثباته، وحيث ان الفصل

(12) ⁷⁶⁹ من القرار المذكور المحتد به من طرف صندوق مال الضمان والمعتمد عليه في الحكم الابتدائي لا يقصد بالضرورة ان صاحب الناقلة المؤمن له يبقى مسؤولاً مدنيا ولو في حالة سرقة سيارة او استعمالها دون اذنه الا في حالة ارتكابه خطأ او اهمالا خطيرا له علاقة مباشرة بالحادثة او كان السائق الجاني من الاشخاص الذين يسال عنهم طبقا للفصل (85) من ق. ل. ع. كابنه القاصر مثلاً يبقى متمتعاً بالضمان وان كان السائق لا يتوفر على رخصة او باقي الوثائق اللازمة للسياق، وحيث ان الظنين في النازلة ليس من تابعي صاحب الشاحنة ولا من الاشخاص الذين يسال عن خطئهم ولم يثبت من خلال البحث ارتكاب صاحب الناقلة اي خطأ او تهاون او اهمال له علاقة مباشرة بالحادثة وان المتسبب فيها دون اذن صاحبها ولا علمه ولم يضبط سرعتها حسب الظروف المكانية والزمانية ولم يتخذ الحيطة الكافية التي تفرضها انظمة السير وهكذا داس في طريقه الضحية وتسبب في

-
- ⁷⁶⁹
 - الفصل 11
 - نسخ بمقتضى قرار وزير المالية و الخوصصة رقم 1053.06 صادر في 28 ربيع الآخر 1427 (26 ماي 2006)
 -
 - المستثنيات المشتركة في مجموع التأمينات
 - لا تضمن هذه العقدة ما يلي (1) :

(د) الأضرار التي تسببت فيها عمدا المكنتب في العقدة أو صاحب الناقلة المؤمن عليها وكذا كل شخص يتولى بإذن من هذا أو ذاك حراسة أو سبابة الناقلة المؤمن عليها ولكن لا يتحمل فيها أحد الطرفين المسؤولية المدنية عملا بالفصل 85 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المعتبر بمثابة قانون للالتزامات والعقود (الفصل 13 من القرار) ؛

- الفصل 15
- الاستثناءات المطبقة على التأمينات -ج- (الأضرار الناجمة عن الحوادث) - د- (الأضرار الناتجة عن الحريق) - هـ- (السرقعة) - و- (كسر الزجاج) زيادة على الاستثناءات المنصوص عليها في الفصول السابقة.
- لا تضمن العقدة:
- (هـ) فيما يخص التأمين هـ- (السرقعة): السرقات التي يرتكبها أعضاء أسرة المؤمن له القاطنون معه أو مع شركائهم في الجريمة ؛ والسرقات التي يرتكبها أعوان المؤمن له أثناء عملهم وسرقات عجلات الإسعاف والمطاطيات وكذا سرقات جميع الآلات أو القطع المختلصة على انفراد والتي لا يحول عدم وجودها دون سير الناقلة، على أن هذا الاستثناء الأخير لا يعتبر فيما يخص السرقات المرتكبة في مأوي السيارات والمرائب إذا كان هناك كسر أو تسليق أو استعمال مفاتيح مزورة أو عنف بدني أو محاولة قتل ؛

قتله، وحيث ينتج مما سبق ان الحكم الابتدائي باقراره المسؤولية المدنية لمالك الشاحنة واحلال مؤمنه شركة التامين محله في الاداء لم يرتكز على اساس قانوني سليم للامر الذي يستلزم الغائه والامر باخراجها من الدعوى)) اذ لا يعقل ان يكون مالك السيارة مسئولاً، والتامين ساري المفعول اذا استولى شخص على سيارة دون اذن من مالكها او دون توفره على رخصة (السياقة) ولهذا فان التاويل الذي اعطته المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لمقتضيات الفصل (12) من الشروط العامة غير مصادف للصواب وفي غير محله. حيث، انه بمقتضى الفصلين (347) في فقرته السابعة و(352) في فقرته الثانية من قانون المسطرة الجنائية يجب ان يكون كل حكم معللاً من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلاً وان نقصان التعليل او تناقضه ينزلان منزلة انعدام التعليل.

وبناء على الفصول (88) و(85) من قانون الالتزامات والعقود و(18) من ظهير 19 يناير 1953 المتعلق بالمحافظة على الطرق العمومية ومراقبة السير والجولان و3 و11 (الفقرة د) و12 من الشروط النموذجية العامة لعقدة تامين السيارات.

وحيث، يستفاد من مجموع مقتضيات هذه الفصول متكاملة ان مالك السيارة هو المسئول عنها بمقتضى حراسته لها الى ان تنتقل منه، وبدون تفريط، الى الغير الذي لم يكن مسئولاً عنه مدنياً وان الضمان لا يشمل الا في حالة مسئوليته شخصياً عن السيارة، او مدنياً عن ساقها بدون اذنه ممن هم تحت رعايته او في خدمته.

وحيث، يتجلى من القرار المطعون فيه انه - من جهة - ادان مرتكب الحادثة محمد بن عبد القادر بجريمة سيطرة السيارة بدون اذن صاحبها بمقتضيات جنائية حازت قوة الشيء المقضي به مما يقتضي حتماً ان السيارة كانت في حراسته عندما ارتكب الحادثة بها، لا في حراسة مالكها، وانه اثبت - من جهة اخرى وفي نفس الوقت - ان الحراسة كانت بيد المالك وقضى مع ذلك باحلال العارضة محله في الاداء دون ان يبين بدقة ووضوح - تجنباً للتناقض - ان مالك السيارة عروق حجاج ارتكب خطأ في الحراسة بتفريط منه او انه مسئول مدنياً عن مرتكب الحادثة الذي ساق السيارة بدون اذنه ليتأتى عندئذ القول بسرمان التامين وبالتالي باحلال العارضة محله في اداء التعويضات المحكوم بها لضحايا الحادثة، اذ

الاحلال مناطة مسؤولية المالك وهي مرتبطة بالحراسة التي انتقلت منه الى الغير بدون اذن او ترخيص.

وعليه، فان المحكمة عندما اصدرت قرارها على النحو المذكور لم تعلله تعليلا كافيا ولم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون.

وحيث، ان طلب النقض مرفوع من شركة التامين وحدها فيما يخص احلالها محل مؤمنها في الاداء، فان اثره ينحصر فيما يرجع لنطاق نظر المجلس الاعلى في المقتضيات المدنية المتعلقة بهذا الاحلال لا غير، عملا بمقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل (585) من قانون المسطرة الجنائية.

لهذه الاسباب

قضى بالنقض جزئيا فيما يخص مسالة التامين وبالاحالة.

ملف جنائي: (60235)

متهم - قصور مدني - مسؤولية مدنية ⁷⁷⁰ .

لا تشكل سببا للنقض الوسيلة المتعلقة بالمجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول

⁷⁷⁰ _

البلد	المغرب
نوع الحكم	تمييز
رقم الحكم	5442
تاريخ الحكم	1983/09/15
اسم المحكمة	محكمة النقض - المغرب

المصدر
مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي لا تخضع لرقابة المجلس.
ليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقط بالتفصيل الواردة في مرافعة دفاع المتهم.

لما كان المتهم (قاصر) لم يبلغ بعد سن الرشد المدني فان الاب هو المسؤول عن الضرر الذي يتسبب فيه للغير وان المحكمة لما قضت عليه شخصا بعد الادانة بالتعويض تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق القواعد الجوهرية في المسطرة خرق مقتضيات الفصلين (288 – 289) من قانون المسطرة الجنائية ذلك ان القاعدة العامة تقتضي ان البراءة هي الاصل الى ان تثبت العكس وان الظنين انكر في جميع مراحل التحقيق التهمة المنسوبة اليه وانه بالرجوع الى تصريحاته امام السيد قاضي التحقيق وامام المحكمة فسنجده يصرح بان وجوده كان بسبب غسله لملابسه لان تلك البئر هي مخصصة لغسل الملابس وان تلك القرينة لا يمكن باي حال من الاحوال ان تكون حجة اثبات لادانة المتهم وان الشاهد الوحيد الذي ادلى بشهادته امام المحكمة قد تناقض في شهادته.
حيث، ان الامر لا يعدو ان يكون مجادلة ومناقشة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بمقتضيات الفقرة الثانية منالفصل (568) من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة،

وفي شان وسيلة النقض الثانية في فروعها الاربعة مجتمعة المتخذة من انعدام الاساس القانوني والنقض في التعليل خرق مقتضيات الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية والفقرة الاولى من الفصل (348) من نفس القانون والفصل الاول من قانون المسطرة المدنية من كون القرار المطعون فيه لم يبين الوسائل التي اعتمد عليها في الحكم بالادانة وان كل حكم يجب ان يتضمن الاسباب القانونية والواقعية التي ارتكز عليها في منطوقه وبالتالي ان يكون معللا باسباب. وان القرار المطعون فيه عندما قضى بادانة متهم اصر على الانكار وان ملف النازلة خال من كل اثبات الا – اقوال الضحية وشهادة شاهد

اتى امام المحكمة وتناقض في اقواله كان يتعين عليه ان يشير الى الاسباب الواقعية والقانونية التي ارتكز عليها ولكنه اكتفى في احدى حيثياته بان تصريحات الضحية تؤيدها ظروف القضية ووقائعها وان مثل هذه الحيثية لا يمكن في هذا المجال ان تكون ذلك الاقتناع بادانة الظنين.

كما انه بالرجوع الى حيثيات القرار المطعون فيه فاننا نجده لا يتضمن اي تعليل فهو لم يتعرض الى مرافعات الدفاع بصفة مختصرة وبهذا يكون ناقص التعليل والنقض في التعليل يوازي انعدامه.

كما وان الجلسة كانت سرية وان القرار المطعون فيه لم يشر الى هذا فيكون قد خالف الفقرة الاولى من الفصل (348) من قانون المسطرة الجنائية وان الضحية ليست لها اهلية التقاضي مدنيا لانها ليست لها 21 سنة.

حيث، انه من جهة فما دام القرار قد تعرض الى وسائل الاثبات التي اطمانت اليها المحكمة في تكوين قناعتها ومنها شهادة الشاهد الذي استمعت اليه المحكمة فتكون قد ابرزت بما فيه الكفاية الاسباب الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليها في ادانة العارض.

وحيث، انه من جهة ثانية، فليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقض بتفصيل في مرافعة نائب العارض.

وحيث، انه من جهة ثالثة فخلافا لما يدعيه العارض فقد تعرض القرار الى ان الجلسة كانت سرية اذ ورد فيه ما يلي:

“ عقدت غرفة الجنايات لدى محكمة الاستئناف بطنجة جلسة سرية “ .

وحيث، انه من جهة رابعة، فان المجني عليها المطالب بالحق المدني يبلغ من العمر سبعا وعشرين سنة حسب وثائق الملف وبذلك تكون لها كاملة الاهلية للمطالبة بحقوقها، مما يكون معه ما اثير على غير اساس من الوجهة الاولى والثانية ومخالفا للواقع من الوجهة الثالثة والرابعة.

لكن في الفرع الخامس من نفس الوسيلة المتخذة من خرق القانون ذلك، ان المحكمة حكمت بتعويض مدني يؤديه الظنين مع انه (قاصر) فكان الانسب ان يحكم على والده،

بناء على الفصل (137) من قانون مدونة الاحوال الشخصية والفصل (85) من قانون العقود والالتزامات.

حيث، انه بمقتضى الفصل (137) من القانون المذكور فان سن الرشد القانوني هو احدى وعشرون سنة شمسية كاملة.

وحيث، انه بمقتضى الفصل (84) السالف فان الاب يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه ابنه ال(قاصر) الساكن معه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى على طالب النقض بادانته من اجل جناية الاغتصاب بثلاث سنوات حبسا وبتعويض مدني والحال انه لم يبلغ سن الرشد القانوني الذي هو احدى وعشرون سنة مخالفا بذلك مقتضيات الفصلين (137) و(85) المشار اليهما اعلاه.

من اجله

قضى بنقض وابطال الجزء من القرار المتعلق بالدعوى المدنية، وبرفض الطلب فيما عدا ذلك بحيث تظل المقتضيات الاخرى للقرار قائمة الذات نافذة المفعول.

ملف جنحي: 8/4627

تامين – سائق بدون اذن او رخصة – المؤمن مسئول عنه.

يستفاد من الفصل (13) من القرار الوزيري المؤرخ في 28/نونبر/1934 المتعلق بالتامين

البري ومن الفصل (12) من الشروط العامة للتامين على السيارات ان مالك الناقلة اذا

ارتكب ابنه القاصر حادثة سير بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون رخصة السياقة

فان المؤمن يضمن مسؤولية المؤمن له المدنية ويحل محله في اداء التعويض.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

في شان وسيلتي النقص الاولى والثانية مجتمعتين،

المتخذة اولاهما من الخرق الجوهرى للقانون، خرق الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقدة التامين، ذلك انه يتجلى من وثائق الملف ان مرتكب الحادثة نور الدين شامة بانه لم يكن يتوفر عند ارتكاب الحادثة على رخصة السياقة وانه استعمل الناقلة بدون اذن والده، وهو ما اكده القرار المطعون فيه نفسه، وان محكمة الاستئناف – رغم ذلك قضت بتأييد الحكم الابتدائي وبررته بحيثية غامضة لا يمكن فهمها او استنباط اي مدلول منها، مع العلم ان مضمون الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقد التامين لا ي(ترك) اي مجال للشك حيث نص على انعدام التامين حينما يكون سائق الناقلة المؤمن عليها لا يتوفر على رخصة السياقة يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق نصا صريحا، ويكون بالتالي عرضه للنقض.

والمتخذة ثانيتهما من انعدام الاساس القانوني او الحثيات، ذلك انه يلاحظ من مراجعة القرار المطعون فيه انه اعتمد على الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود دون نص اخر – وانه باعتماده على هذا الفصل يدل على ما وقع فيه من تناقض، ذلك ان الفصل المذكور يقضي صراحة بتحميل حارس الشيء مسؤولية الضرر الناتج عن هذا الشيء، ولا ينص على اي (اعفاء) من ذلك الا في الحالات المبينة فيه في حين انه لا توجد اية حالة من الحالات وان الاستدلال بهذا الفصل يكون بمثابة خرق صريح له، الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم التعليل ويعرضه للنقض.

حيث، يتجلى من تنقيصات القرار المطعون فيه ان مرتكب الحادثة نور الدين شامة قاصر وان والده احمد شامة هو المسؤول المدني عنه عملا بمقتضيات الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود.

وحيث، يستفاد من مقتضيات الفصلين (13) من القرار المؤرخ في 28 نونبر 1934 المتعلق بعقد التامين البري و12/ من الشروط النموذجية العامة لعقد التامين على السيارات وان مالك الناقلة اذا ارتكب ابنه القاصر حادثة بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون توفره على رخصة السياقة القانونية وكان مؤمنا له فان المؤمن يضمن مسؤوليته المدنية اي

يحل محله في اداء التعويض المحكوم عليه وخصوصا فيما يخص التامين عن المسؤولية المدنية اثناء سير الناقلة مما تكون معه الوسيلتان غير مرتكزتين على اساس.

لهذه الاسباب،

قضى برفض الطلب.

ملف جنائي: 88081

عديم التمييز - مسؤولية جنائية - مسؤولية مدنية ⁷⁷¹.

القاصر عديم التمييز ويلحق به فاقد العقل بالنسبة للافعال الحاصلة منه في حالة جنونه - لا يسأل عن الضرر الذي تسبب فيه، وان المحكمة لما اعفت المتهم من المسؤولية الجنائية لكونه كان وقت اقتراف الفعل المتابع من اجله فاقد العقل وقضت عليه مع ذلك باداء التعويض للمطالب بالحق المدني لم تجعل لما قضت به اساس صحيحا من القانون وخرقت الفصل (96) من "ق. ز. ع" وعرضت قرارها للنقض. وبعد المداولة طبقا للقانون،

⁷⁷¹

المغرب

نقض نوع الحكم

رقم الحكم 2475

تاريخ الحكم 1983/04/25

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف المجلس الاعلى لتعلقها بالنظام العام والمتخذة من خرق مقتضيات الفصل (96) من قانون العقود والالتزامات.

حيث، انه بمقتضى هذا الفصل، فان القصر عديم التمييز لا يسال عن الضرر الحاصل بفعله ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل بالنسبة للافعال الحاصلة منه حالة جنونه.

وحيث، ان المحكمة عندما اعفت العارض من المسؤولية الجنائية لكونه وقت ارتكابه للافعال المتابع من اجلها كان فاقد العقل ومع ذلك حكمت عليه بادائه تعويضات مدنية للمطالبة بالحق المدني المطلوبة في النقض، لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون، وخرق مقتضيات الفصل (96) الموما اليه اعلاه، وجعلت حكمها معرضا للنقض في مقتضياته المدنية،

من اجله

ومن غير حاجة لبحث وسيلة النقض الثانية من خرق القواعد الجوهرية في اجراءات المسطرة.

قضى المجلس بنقض وابطال الحكم المطعون فيه .

ملف جنائي: 88081

عديم التمييز – مسؤولية جنائية – مسؤولية مدنية ⁷⁷² .

القاصر عديم التمييز ويلحق به فاقد العقل بالنسبة للأفعال الحاصلة منه في حالة جنونه – لا يسأل عن الضرر الذي تسبب فيه، وإن المحكمة لما اعفت المتهم من المسؤولية الجنائية لكونه كان وقت اقتراف الفعل المتابع من أجله فاقد العقل وقضت عليه مع ذلك بآداء

⁷⁷² -

المغرب

نوع الحكم تمييز

رقم الحكم 2475

تاريخ الحكم 1983/04/25

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الأعلى – الإصدار الرقمي دجنبر 2000 – العدد 33 - 34

التعويض للمطالب بالحق المدني لم تجعل لما قضت به اساس صحيحا من القانون وخرقت الفصل (96) من "ق. ز. ع" 773 وعرضت قرارها للنقض. وبعد المداولة طبقا للقانون،.

في شان وسيلة النقص المثارة تلقائيا من طرف المجلس الاعلى لتعلقها بالنظام العام والمتخذة من خرق مقتضيات الفصل (96) من قانون العقود والالتزامات 774 . حيث، انه بمقتضى هذا الفصل، فان القصر عديم التمييز لا يسأل عن الضرر الحاصل بفعله ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل بالنسبة للأفعال الحاصلة منه حالة جنونه. وحيث، ان المحكمة عندما اعفت العارض من المسؤولية الجنائية لكونه وقت ارتكابه للأفعال المتابع من اجلها كان فاقد العقل ومع ذلك حكمت عليه بادائه تعويضات مدنية للمطالبة بالحق المدني المطلوبة في النقص، لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون، وخرق مقتضيات الفصل (96) الموما اليه اعلاه، وجعلت حكمها معرضا للنقض في مقتضياته المدنية،

من اجله

ومن غير حاجة لبحث وسيلة النقص الثانية من خرق القواعد الجوهرية في اجراءات المسطرة.

773 _

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه 773 . وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.

774 _

الفصل 96

القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنيا عن الضرر الحاصل بفعله. ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه 774 . وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله، إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله.

قضى المجلس بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه.

ملف جنائي: (60235)

متهم - قصور مدني - مسؤولية مدنية⁷⁷⁵ .

لا تشكل سببا للنقض الوسيلة المتعلقة بالمجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول
قضاة الزجر في حدود سلطتهم ال(تقدير)ية والتي لا تخضع لرقابة المجلس.
ليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقط بالتفصيل الواردة
في مرافعة دفاع المتهم.
لما كان المتهم قاصرا لم يبلغ بعد سن الرشد المدني فان الاب هو المسئول عن الضرر الذي
يتسبب فيه للغير وان المحكمة لما قضت عليه شخصا بعد الادانة بالتعويض تكون قد
خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق القواعد الجوهرية في المسطرة خرق
مقتضيات الفصلين (288 - 289) من قانون المسطرة الجنائية ذلك ان القاعدة العامة
تقتضي ان البراءة هي الاصل الى ان تثبت العكس وان الظنين انكر في جميع مراحل

⁷⁷⁵ -

المغرب

نوع الحكم نقض

رقم الحكم 5442

تاريخ الحكم 1983/09/15

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

التحقيق التهمة المنسوبة اليه وانه بالرجوع الى تصريحاته امام السيد قاضي التحقيق وامام المحكمة فسنجده يصرح بان وجوده كان بسبب غسله لملابسه لان تلك البئر هي مخصصة لغسل الملابس وان تلك القرينة لا يمكن باي حال من الاحوال ان تكون حجة اثبات لادانة المتهم وان الشاهد الوحيد الذي ادلى بشهادته امام المحكمة قد تناقض في شهادته. حيث، ان الامر لا يعدو ان يكون مجادلة ومناقشة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بمقتضيات الفقرة الثانية منالفصل (568) من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة،

وفي شان وسيلة النقض الثانية في فروعها الاربعة مجتمعة المتخذة من انعدام الاساس القانوني والنقض في التعليل خرق مقتضيات الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية والفقرة الاولى من الفصل (348) من نفس القانون والفصل الاول من قانون المسطرة المدنية من كون القرار المطعون فيه لم يبين الوسائل التي اعتمد عليها في الحكم بالادانة وان كل حكم يجب ان يتضمن الاسباب القانونية والواقعية التي ارتكز عليها في منطوقه وبالتالي ان يكون معللا باسباب. وان القرار المطعون فيه عندما قضى بادانة متهم اصر على الانكار وان ملف النازلة خال من كل اثبات الا – اقوال الضحية وشهادة شاهد اتى امام المحكمة وتناقض في اقواله كان يتعين عليه ان يشير الى الاسباب الواقعية والقانونية التي ارتكز عليها ولكنه اكتفى في احدى حيثياته بان تصريحات الضحية تؤيدها ظروف القضية ووقائعها وان مثل هذه الحيثية لا يمكن في هذا المجال ان تكون ذلك الاقتناع بادانة الظنين.

كما انه بالرجوع الى حيثيات القرار المطعون فيه فاننا نجده لا يتضمن اي تعليل فهو لم يتعرض الى مرافعات الدفاع بصفة مختصرة وبهذا يكون ناقص التعليل والنقض في التعليل يوازي انعدامه.

كما وان الجلسة كانت سرية وان القرار المطعون فيه لم يشر الى هذا فيكون قد خالف الفقرة الاولى من الفصل (348) من قانون المسطرة الجنائية وان الضحية ليست لها اهلية

التقاضي مدنيا لانها ليست لها 21 سنة.

حيث، انه من جهة فما دام القرار قد تعرض الى وسائل الاثبات التي اطمانت اليها المحكمة في تكوين قناعتها ومنها شهادة الشاهد الذي استمعت اليه المحكمة فتكون قد ابرزت بما فيه الكفاية الاسباب الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليها في ادانة العارض.

وحيث، انه من جهة ثانية، فليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقض بتفصيل في مرافعة نائب العارض.

وحيث، انه من جهة ثالثة فخلافا لما يدعيه العارض فقد تعرض القرار الى ان الجلسة كانت سرية اذ ورد فيه ما يلي:

“ عقدت غرفة الجنايات لدى محكمة الاستئناف بطنجة جلسة سرية “ .

وحيث، انه من جهة رابعة، فان المجني عليها المطالب بالحق المدني يبلغ من العمر سبعا وعشرين سنة حسب وثائق الملف وبذلك تكون لها كاملة الاهلية للمطالبة بحقوقها، مما يكون معه ما اثير على غير اساس من الوجهة الاولى والثانية ومخالفا للواقع من الوجهة الثالثة والرابعة.

لكن في الفرع الخامس من نفس الوسيلة المتخذة من خرق القانون ذلك، ان المحكمة حكمت بتعويض مدني يؤديه الظنين مع انه قاصر فكان الانسب ان يحكم على والده، بناء على الفصل (137) من قانون مدونة الاحوال الشخصية والفصل (85) من قانون العقود والالتزامات.

حيث، انه بمقتضى الفصل (137) من القانون المذكور فان سن الرشد القانوني هو احدى وعشرون سنة شمسية كاملة.

وحيث، انه بمقتضى الفصل (84) السالف فان الاب يكون مسئولا عن الضرر الذي يحدثه ابنه القاصر الساكن معه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى على طالب النقض بادانته من اجل جناية الاغتصاب بثلاث سنوات حبسا وبتعويض مدني والحال انه لم يبلغ سن الرشد القانوني الذي هو احدى وعشرون سنة مخالفا بذلك مقتضيات الفصلين (137) و(85) المشار اليهما اعلاه.

من اجله

قضى بنقض وابطال الجزء من القرار المتعلق بالدعوى المدنية، وبرفض الطلب فيما عدا ذلك بحيث تظل المقتضيات الاخرى للقرار قائمة الذات نافذة المفعول.

ملف جنحي: 84/4627

تامين – سائق بدون اذن او رخصة – المؤمن مسئول عنه.

يستفاد من الفصل (13) من القرار الوزيري المؤرخ في 28/نونبر/1934 المتعلق بالتامين البري ومن الفصل (12) من الشروط العامة للتامين على السيارات ان مالك الناقلة اذا ارتكب ابنه ال(قاصر) حادثة سير بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون رخصة السياقة فان المؤمن يضمن مسؤولية المؤمن له المدنية ويحل محله في اداء التعويض.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالبة النقض،

في شان وسيلتي النقض الاولى والثانية مجتمعتين،

المتخذة اولاهما من الخرق الجوهري للقانون، خرق الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقدة التامين، ذلك انه يتجلى من وثائق الملف ان مرتكب الحادثة نور الدين شامة بانه لم يكن يتوفر عند ارتكاب الحادثة على رخصة السياقة وانه استعمل الناقلة بدون اذن والده، وهو ما اكده القرار المطعون فيه نفسه، وان محكمة الاستئناف – رغم ذلك قضت بتاييد الحكم الابتدائي وبررته بحيثية غامضة لا يمكن فهمها او استنباط اي مدلول منها، مع العلم ان مضمون الفصل (12) من الشروط النموذجية لعقد التامين لا يترك اي مجال للشك حيث نص على انعدام التامين حينما يكون سائق الناقلة المؤمن عليها لا يتوفر على رخصة السياقة يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق نصا صريحا، ويكون بالتالي عرضه للنقض.

والمتخذة ثانيتهما من انعدام الاساس القانوني او الحثيات، ذلك انه يلاحظ من مراجعة القرار المطعون فيه انه اعتمد على الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود دون نص اخر - وانه باعتماده على هذا الفصل يدل على ما وقع فيه من تناقض، ذلك ان الفصل المذكور يقضي صراحة بتحميل حارس الشيء مسؤولية الضرر الناتج عن هذا الشيء، ولا ينص على اي اعفاء من ذلك الا في الحالات المبينة فيه في حين انه لا توجد اية حالة من الحالات وان الاستدلال بهذا الفصل يكون بمثابة خرق صريح له، الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم التعليل ويعرضه للنقض.

حيث، يتجلى من تنصيصات القرار المطعون فيه ان مرتكب الحادثة ---- (قاصر) وان والده ---- هو المسؤول المدني عنه عملا بمقتضيات الفصل (85) من قانون الالتزامات والعقود.

وحيث، يستفاد من مقتضيات الفصلين (13) من القرار المؤرخ في 28 نونبر 1934 المتعلق بعقد التأمين البري و12/ من الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين على السيارات وان مالك الناقلة اذا ارتكب ابنه القاصر حادثة بناقلته التي كان يسوقها بدون علمه او بدون توفره على رخصة السياقة القانونية وكان مؤمنا له فان المؤمن يضمن مسؤوليته المدنية اي يحل محله في اداء التعويض المحكوم عليه وخصوصا فيما يخص التأمين عن المسؤولية المدنية اثناء سير الناقلة مما تكون معه الوسيلتان غير مرتكزتين على اساس.

لهذه الاسباب،

قضى برفض الطلب .

ملف جنائي: (60235)

متهم - قصور مدني - مسؤولية مدنية⁷⁷⁶ .

لا تشكل سببا للنقض الوسيلة المتعلقة بالمجادلة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول
قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي لا تخضع لرقابة المجلس.
ليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى كافة النقط بالتفصيل الواردة
في مرافعة دفاع المتهم.
لما كان المتهم قاصرا لم يبلغ بعد سن الرشد المدني فان الاب هو المسؤول عن الضرر الذي
يتسبب فيه للغيروان المحكمة لما قضت عليه شخصا بعد الادانة بالتعويض تكون قد خرقت
القانون وعرضت قرارها للنقض.

وحيث كان الطلب علاوة على ذلك موافقا لما يقتضيه القانون،
فانه مقبول شكلا.

وفي الموضوع:

في شان وسيلة النقض الاولى المتخذة من خرق القواعد الجوهرية في المسطرة خرق

⁷⁷⁶ -

رقم الحكم 5442

تاريخ الحكم 1983/09/15

اسم المحكمة محكمة النقض - المغرب

المصدر مجلة قضاء المجلس الاعلى - الاصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 33 - 34

مقتضيات الفصلين (288 – 289) من قانون المسطرة الجنائية ذلك ان القاعدة العامة تقتضي ان البراءة هي الاصل الى ان تثبت العكس وان الظنين انكر في جميع مراحل التحقيق التهمة المنسوبة اليه وانه بالرجوع الى تصريحاته امام السيد قاضي التحقيق وامام المحكمة فسنجده يصرح بان وجوده كان بسبب غسله لملابسه لان تلك البئر هي مخصصة لغسل الملابس وان تلك القرينة لا يمكن باي حال من الاحوال ان تكون حجة اثبات لادانة المتهم وان الشاهد الوحيد الذي ادلى بشهادته امام المحكمة قد تناقض في شهادته. حيث، ان الامر لا يعدو ان يكون مجادلة ومناقشة في قيمة حجج الاثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية والتي تخضع لرقابة المجلس الاعلى عملا بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل (568) من قانون المسطرة الجنائية مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة،

وفي شان وسيلة النقض الثانية في فروعها الاربعة مجتمعة المتخذة من انعدام الاساس القانوني والنقض في التعليل خرق مقتضيات الفصلين (347) و(352) من قانون المسطرة الجنائية والفقرة الاولى من الفصل (348) من نفس القانون والفصل الاول من قانون المسطرة المدنية من كون القرار المطعون فيه لم يبين الوسائل التي اعتمد عليها في الحكم بالادانة وان كل حكم يجب ان يتضمن الاسباب القانونية والواقعية التي ارتكز عليها في منطوقه وبالتالي ان يكون معللا باسباب. وان القرار المطعون فيه عندما قضى بادانة متهم اصر على الانكار وان ملف النازلة خال من كل اثبات الا – اقوال الضحية وشهادة شاهد اتى امام المحكمة وتناقض في اقواله كان يتعين عليه ان يشير الى الاسباب الواقعية والقانونية التي ارتكز عليها ولكنه اكتفى في احدى حيثياته بان تصريحات الضحية تؤيدها ظروف القضية ووقائعها وان مثل هذه الحيثية لا يمكن في هذا المجال ان تكون ذلك الاقتناع بادانة الظنين.

كما انه بالرجوع الى حيثيات القرار المطعون فيه فاننا نجده لا يتضمن اي تعليل فهو لم يتعرض الى مرافعات الدفاع بصفة مختصرة وبهذا يكون ناقص التعليل والنقض في التعليل يوازي انعدامه.

كما وان الجلسة كانت سرية وان القرار المطعون فيه لم يشر الى هذا فيكون قد خالف الفقرة الاولى من الفصل (348) من قانون المسطرة الجنائية وان الضحية ليست لها اهلية التقاضي مدنيا لانها ليست لها 21 سنة 777 .

حيث، انه من جهة فما دام القرار قد تعرض الى وسائل الاثبات التي اطمانت اليها المحكمة في تكوين قناعتها ومنها شهادة الشاهد الذي استمعت اليه المحكمة فتكون قد ابرزت بما فيه الكفاية الاسباب الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليها في ادانة العارض. وحيث، انه من جهة ثانية، فليس بمفروض على المحكمة قانونا ان تتعرض في قرارها الى

777- مدونة الأسرة 2004
الباب الأول

الأهلية

المادة 206

الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء.

المادة 207

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

المادة 208

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

المادة 210

كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

كافة النقض بتفصيل في مرافعة نائب العارض.

وحيث، انه من جهة ثالثة فخلافا لما يدعيه العارض فقد تعرض القرار الى ان الجلسة كانت سرية اذ ورد فيه ما يلي:

“ عقدت غرفة الجنايات لدى محكمة الاستئناف بطنجة جلسة سرية “ .

وحيث، انه من جهة رابعة، فان المجني عليها المطالب بالحق المدني يبلغ من العمر سبعا وعشرين سنة حسب وثائق الملف وبذلك تكون لها كاملة الاهلية للمطالبة بحقوقها، مما يكون معه ما اثير على (غير) اساس من الوجهة الاولى والثانية ومخالفا للواقع من الوجهة الثالثة والرابعة.

لكن في الفرع الخامس من نفس الوسيلة المتخذة من خرق القانون ذلك، ان المحكمة حكمت بتعويض مدني يؤديه الظنين مع انه قاصر فكان الانسب ان يحكم على والده، بناء على الفصل (137) من قانون مدونة الاحوال الشخصية⁷⁷⁸ والفصل (85) من قانون العقود والالتزامات.

حيث، انه بمقتضى الفصل (137) من القانون المذكور فان سن الرشد القانوني هو احدى وعشرون سنة شمسية كاملة.

وحيث، انه بمقتضى الفصل (84) السالف فان الاب يكون مسئولا عن الضرر الذي يحدثه ابنه القاصر الساكن معه.

وحيث، ان القرار المطعون فيه قضى على طالب النقض بادانته من اجل جناية الاغتصاب بثلاث سنوات حبسا وبتعويض مدني والحال انه لم يبلغ سن الرشد القانوني الذي هو احدى وعشرون سنة مخالفا بذلك مقتضيات الفصلين (137) و(85) المشار اليهما اعلاه.

_ 778

مدونة الأسرة المغربية

صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

المادة 209

سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة.

من اجله

قضى بنقض وابطال الجزء من القرار المتعلق بالدعوى المدنية، وبرفض الطلب فيما عدا ذلك بحيث تظل المقتضيات الاخرى للقرار قائمة الذات نافذة المفعول.

المجنون والقاصر – إصابتهما بالضرر – مسؤولية حارس الشيء

القرار المدني رقم 375 الصادر في 15 يونيه 1966

القاعدة

لا يمكن اعتبار ما يصدر عن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة خطأ بمعنى الفصلين 78 و88 من ظهير العقود والالتزامات لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف فالضرر الحاصل لهما من الشيء المجعول في حراسة الغير يجب أن يتحملة الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

وبعد المداولة طبقاً للقانون.

بناء على ما نص عليه الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود من أن كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

(1) أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.

(2) وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي أو لقوة قاهرة أو خطأ المصاب.

وبناء على أن الخطأ يعرفه الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات بالإمساك عما يجب فعله أو فعل ما يجب تركه من غير قصد إحداث ضرر.

وبناء على أن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة لا يمكن أن يعتبر ما يصدر منهما خطأ بالمعنى الذي يرمي إليه الفصلان 78 و 88 من ظهير العقود والالتزامات لعدم ما يوجب عليهما فعل شيء أو تركه لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف.

وبناء على أن الضرر الحاصل لهما من الشيء المجهول في حراسة الغير يجب أن يتحملة الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل 88 المذكور ولا يمكنه تجنب تلك المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة.

وحيث إن الحكم المطعون فيه (محكمة الاستئناف بالرباط 15 يناير 1963) عندما رفض الطلب المقدم من صالح بن مبارك ضد ((كون)) والشركة العامة لتثنية التأمين بتعويض صالح عن الضرر الحاصل له من وفاة ابنه عبد القادر إثر حادثة سيارة اقتصر على القول بأن الطفل عبد القادر بن صالح صدمته سيارة المسمى كون عندما انفصل فجأة عن جماعة من الأطفال واخترق طريق مرور السيارة رغم أن سائقها استعمل آلة التنبيه وأن عبد القادر ارتكب خطأ عند عبوره الطريق في هذه الظروف وأن المسمى كون الذي توبع أمام محكمة الصلح بالدار البيضاء لعدم السيطرة والقتل الغير المتعمد صدر في حقه حكم بالبراءة مما يجعل حارس الشيء أثبت أنه فعل كل ما كان ضروريا لمنع الضرر لأن القاضي الجنائي لم يأخذ بثبوت أية مخالفة لقواعد السير ولا بوجود أي عنصر من عناصر جنحة القتل غير المتعمد.

وحيث استنتجت المحكمة مما سبق ((أنه نظرا لهذه الأحوال التي وقع فيها إثبات فعل كل ما كان ضروريا لمنع الضرر الذي يرجع لخطأ المصاب، فإن حارس الشيء يعفى كليا من المسؤولية المفروضة في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود)).

وحيث إن المحكمة بارتكازها على ارتكاب خطأ من الطفل المصاب البالغ من العمر 12 عاما والذي لم يبلغ سن التكليف لتعفي ((كون)) من المسؤولية المفروضة عليه دون أن

تعتبر أن الطفل لم يبلغ سن التكليف وأن فعله لا يمكن اعتباره خطأ بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 78 من ظهير العقود والالتزامات لم تركز حكمها على أساس قانوني فضلا عن كونها خالفت الفصلين 78 و 88 المشار إليهما أعلاه وجعلت حكمها بذلك معرضا للنقض.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض حكم محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 15 يناير 1963 فيما يخص مقتضياته القاضية برفض طلب صالح بن مبارك مسؤولية الدولة – مسؤولية مفترضة – إثبات الخطأ – لا

القرار رقم 456 الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1978 ملف مدني رقم 57590
القاعدة

الدولة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن تسيير إدارتها مسؤولية مبنية على فكرة المخاطر الناجمة عن استعمال أشياء خطيرة كالسيارة وليست مبنية على عنصر الخطأ. يمكن الإغفاء من هذه المسؤولية كليا أو جزئيا إذا ثبت أن الضحية ارتكب خطأ كان له دور في حدوث الضرر.

يكفي لقيام مسؤولية الدولة المبنية على الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود إثبات العلاقة السببية بين الحادث والضرر دونما حاجة لإثبات الخطأ.

بعد المداولة طبقا للقانون

فيما يخص الوسيلة الأولى.

حيث يؤخذ من أوراق الملف ومن محتوى القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2 يوليوز 1973 تحت عدد 1374 – 73 أنه بتاريخ 1964.9.23 وبالطريق الرابطة بين مكناس وتافيلالت وعلى بعد ثمان كيلومترات من الحاجب وقعت حادثة سير ذهب ضحيتها الهالك محمد بن باحدى وذلك حينما كان الجندي حمادي بن محمد القندوسي يسوق سيارة من نوع رونو 4 مسجلة تحت عدد 500898 تابعة للقوات المسلحة الملكية وأحيل السائق على المحكمة الدائمة للقوات المسلحة الملكية التي حكمت بثلاث أشهر

حبسا موقوفة التنفيذ و150 درهما وذلك بتاريخ 1968.12.17 وأنه بتاريخ 1970-1-21 قيدت مامة بنت مبارك مقالا تلتبس فيه الحكم لها بتعويض عما لحقها من ضرر بفقدان زوجها الضحية محمد بن باحدى وحددت مبلغه في 25000 درهم كما قيدت بنفس التاريخ كل من حليلة ومينة ومباركة بنات الضحية محمد بن باحدى مقالا على حدة طلبت كل منهن فيه تعويضا عن الأضرار التي لحقتها ب وفاة والدها مبلغه 16 000 درهم وذلك في مواجهة السائق والدولة المغربية الممثلة في شخص مدير مكتب الاستغلالات الصناعية وشركة التأمين الملكي المغربي والعون القضائي والتمست المدعيات في مقالهن إحلال شركة التأمين محل الدولة في أداء التعويض المطلوب فأجاب المدعى عليهم بأن الطلب مضى عليه أمد التقادم المنصوص عليه في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود وبعد إتمام الإجراءات أصدرت المحكمة الإقليمية (سابقا) بمكناس حكمها بضم الملفات وبعد قبول الدعاوى لتقادمها فاستأنفت المدعيات أمام محكمة الاستئناف بفاس التي قضت بقرارها المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بعدم تقادم الدعاوى وبجعل مسؤولية الحادثة على الطرفين إنصافا بينهما وعلى المدعى عليه السائق بأدائه 10.000 درهم لفائدة مامة بنت مبارك و2000 درهم لكل من حليلة ويامنة ومباركة بنات محمد بن باحدى والكل تحت المسؤولية المدنية للدولة مع إحلال شركة التأمين الملكي المغربي محل مؤمنها في الأداء بناء على عدم وجود حجة تفيد علم المدعيات بالمسؤول عن الضرر الحاصل لهن وعلى أنه كان على من يدعي علمهن إثبات هذا العلم.

وحيث تنعى الطاعنتان الدولة المغربية وشركة التأمين الملكي المغربي على القرار المطعون فيه خرقه لمقتضيات الفصل 106 والفقرة الخامسة من الفصل 380 من قانون العقود والالتزامات وعدم التعليل وانعدام الأساس القانوني ذلك أن المحكمة عللت قرارها الملغي للحكم الابتدائي بأنه لا يوجد بالملف حجة أو قرينة تفيد علم المدعيات بالمسؤول عن الضرر الحاصل لهن دون أن تبحث فيما إذا كان من المستحيل على المدعيات معرفة المسؤول عن الضرر الذي هو الدولة المغربية في حين أن مقتضيات الفصل 106 المذكور المتعلقة بالمعرفة الفعلية لهوية الشخص الملزم بالتعويض ما هي إلا تطبيق للمبدأ العام

المنصوص عليه في الفقرة الخامسة من الفصل 380 المذكور الذي ينص على أن التقادم لا يسري ضد الدائنين إذا كانوا بالفعل في ظروف هاته الحالة لم تكن هناك أية ظروف تجعل من المستحيل على المطلوبات في النقص المطالبة بحقوقهم إذ أن المسؤول عن الضرر كان معروفاً والفصل 106 المذكور ليس له من هدف إلا حفظ حقوق أولئك الذين يوجدون في حالة يستحيل عليهم فيها التعرف على المسؤول عن الحادث ولم يتمكنوا من ممارسة دعواهم في الوقت المناسب وبما أن القرار لم يبحث في الظروف التي كان من المستحيل عليها التعرف على المسؤول عن الضرر فإنه معرض للنقض.

لكن حيث إن المحكمة لم تكن بحاجة إلى البحث في الظروف التي منعت المتضررات من العلم بالمسؤولية عن الضرر ذلك أن تطبيق الفصل 106 المشار إليه لا يقتضي منها ذلك لكونه لا يشترط لابتداء أمد التقادم إلا علم المتضرر بالضرر وبمن هو المسؤول عنه ومادامت المحكمة أوضحت حيثياتها عدم ثبوت علم المتضررات قبل يوم تقديم دعاويهن إلى المحكمة الإقليمية فإنها تكون بذلك قد طبقت الفصل 106 تطبيقاً سليماً وعللت حكمها بما فيه الكفاية الأمر الذي تكون معه الوسيلة منعدمة الأساس.

وفيما يخص الوسيلة الثانية:

حيث تنعى الطاعنتان على القرار المطعون فيه خرقه لمقتضيات الفصل 32 من قانون السير والفصل 8 من ظهير 1913.8.12 المتعلق بالتنظيم القضائي ذلك أن المحكمة عللت قرارها بقولها " حيث يتجلى من محضر الضابطة القضائية وتصريحات رئيس الغرفة العسكرية الذي كان يركب السيارة مرتكبة الحادثة ومن محتوى الحكم الجنحي الذي أدان السائق القندوسي أن هذا الأخير ارتكب مخالفة عدم السيطرة على السيارة فيحين كان على المحكمة بالنظر إلى أن الدعوى موجهة ضد الدولة أن تنتظر فيها بناء على القواعد الاستثنائية للاختصاص استناداً إلى الفصل 8 من ظهير 1913.8.12 الخاص بالتنظيم القضائي وفي حين أنها لم تبين الظروف الزمانية والمكانية التي استفادت منها عدم ملائمة السرعة وفي حين أن الحكم الصادر من المحكمة العسكرية لا يمكن أن يكون الأساس

لتقرير المسؤولية لكونه غير معلل كما سار عليه اجتهاد المجلس زيادة على أن تصريح السائق في محضر الشرطة ليس فيه أي تقدير للسرعة ولا لظروف الزمان والمكان. لكن من جهة حيث إن الطاعنتين لم تبينا ما هي القواعد الاستثنائية التي يجب تطبيقها في النازلة لهذا فإن الفرع غير مقبول.

ومن جهة ثانية حيث إن الفصل 79 من ظهير العقود والالتزامات ينص على مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن تسيير إدارتها وبناء عليه فإن هذه المسؤولية تكون موجودة ولوعند عدم ثبوت أي خطأ من جانبها استنادا إلى فكرة المخاطر الناجمة عن استعمال أشياء خطيرة كالسيارة وأن المسؤولية يمكن استبعادها في حالة ارتكاب الضحية خطأ تسبب وحده في الضرر كما يمكن تقسيمها إن شارك في إحداثه ويكفي الضحية إثبات علاقة السببية بين الحادث والضرر دون أية حاجة لإثبات الخطأ وبهاته العلة القانونية المبنية على الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع والتي تعوض العلة الخاطئة المنتقدة يكون القرار المطعون فيه مبررا تبريرا قانونيا وتكون الوسيلة المستدل بها بدون أثر. لهذه الأسباب

قضى المجلس برفض الطلب.

متابعة المسؤول عن الضرر جنحيا - إجراء قاطع للتقادم - لا

القرار رقم 378 الصادر بتاريخ 17-5-78 في الملف المدني رقم 54876
القاعدة:

إن دعاوي التعويض الناشئة عن الجريمة وشبه الجريمة تتقادم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالمسؤول عنه وأن أمد هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية أو غير القضائية بالتعويض عن الضرر ولا ينقطع بمتابعة المتسبب في الضرر جنحيا.

القرار رقم 378 الصادر بتاريخ 17-5-78 في الملف المدني رقم 54876
وبعد المداولة طبقا للقانون

بناء على الفصلين 106 و381 من قانون الالتزامات والعقود:

وحيث إن دعاوى التعويض الناشئة عن الجريمة وشبه الجريمة تتقدم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالمسؤول عنه وأن أمد التقدم المذكور إنما ينقطع بالمطالبة القضائية أو غير القضائية بالتعويض عن الضرر فلا ينقطع بمتابعة المتسبب في الضرر جنحيا.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 20 يناير 1975 أن محمد بن الحاج غازي طلب بتاريخ 26 أكتوبر 71 من إقليمية فاس الحكم على بنعيسى بن أحمد بأداء مبلغ 5600 درهما تعويضا له عن الضرر الذي تسبب له فيه إثر الاعتداء عليه بالعنف بتاريخ 12 غشت 1965 والذي أدين من أجله جنحيا بالحبس وبالغرامة بحكم أيد من طرف محكمة الاستئناف بتاريخ 22 فبراير 73، فأجاب المدعى عليه الذي دفع التقدم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود، وبتاريخ 17 يناير 74 قضت المحكمة على المدعى بأداء مبلغ التعويض المطلوب أيدتها محكمة الاستئناف بفاس في التاريخ المشار إليه أعلاه بالقرار المطلوب نقضه ورفضت الدفع بالتقدم المذكور.

حيث يعيب الطاعن القرار بخرق الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود لكونه دفع بأن المطلوب في النقض كان على علم بالضرر وبالمسؤول عنه على الأقل منذ أن حكم بإدانة الطاعن ابتدائيا بتاريخ 12 نوفمبر 1965 وأنه لم يطالب بالتعويض إلا بتاريخ 26 أكتوبر 71 فتكون دعواه قد لحقها التقدم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 وأن المحكمة لما قبلت مع ذلك دعوى التعويض تكون قد خرقت مقتضيات الفصل المذكور.

حقا فقد تبين من الاطلاع على وثائق الملف وعلى القرار المطلوب نقضه أن الطاعن دفع أمام قضاة الموضوع بالتقدم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود وأن المحكمة لما رفضت هذا الدفع بعلّة أن الدعوى العمومية لم يفصل فيها نهائيا إلا بتاريخ خامس يوليوز 71 في حين أمد التقدم المذكور لا ينقطع بالمتابعة الجنائية ولكن بالمطالبة القضائية أو غير القضائية بالتعويض عن الضرر وأن المحكمة لما

بثت في الدعوى على هذا النحو المذكور تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 381 المذكور مما يعرض قرارها للنقض.

من أجله

قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المطعون فيه.

الفصل 106 ق ل ع – العلم بالضرر والمسؤول عنه – إثباته وكيفيته

القرار رقم 1503 الصادر بتاريخ 11 يוניه 1986 ملف مدني رقم 84/1837
القاعدة:

يبتدى أمد التقادم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ز.ع من تاريخ العلم بالضرر والمسؤول عنه.

يجب على المؤمن الذي يدعي العلم بالمسؤول أن يثبت ذلك.

لا يكفي لإثبات العلم مجرد الاستماع إلى الضحية وهو بالمستشفى.
وبعد المداولة طبقا للقانون

فيما يتعلق بالوسيلة الوحيدة للنقض

حيث يعيب الطاعن الزرعة محمد على القرار المطعون فيه خرق الفصل 106 من ظهير الالتزامات والعقود ذلك أن التقادم عن شبه جريمة يتم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر ومن هو المسؤول عنه وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدى من وقت حدوث الضرر، وأن القرار المطعون فيه اعتبر علم الضحية بالمتسبب في الحادث من وقت الاستماع إليه من طرف الضابطة القضائية بتاريخ 70/6/16 إذا كان بإمكانية البحث عن المتسبب في الضرر والمسؤول عنه في حين أن الاستماع للضحية غير كاف في معرفة المسؤول عن الضرر وأنه يتعين على مثير التقادم إثبات علم المتضرر الفعلي بالمسؤول عن الضرر مما يعتبر خرقا للفصل 106 المذكور يستلزم النقض.

حيث تبين صحة ما نعتة الوسيلة ذلك أن الفصل 106 من ظهير الالتزامات والعقود صريح في أن التقادم الخمسي يبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر ومن هو المسؤول عنه وأن مجرد استماع الضابطة القضائية لضحية النازلة وهو بالمستشفى ليس دليلاً على علمه بالمسؤول عن الضرر مادام الأخير لم يثبت علم الضحية مما يكون ما ذهب إليه القرار المطعون فيه خلاف ذلك قد خرق مقتضيات الفصل 106 المذكور وتعرض من أجل ذلك للنقض.

وحيث إن مصلحة الخصوم وحسن سير العدالة يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قضى بنقض القرار المطعون فيه وبالإحالة.

دعوى المسؤولية التقصيرية – تقادم – بداية احتساب المدة.

القرار 51 الصادر بتاريخ 11 مارس 1977 ملف مدني 37224

تتقدم دعاوى التعويض عن الضرر الناشئ عن جريمة أو شبه جريمة بمضي خمس سنوات تبتدئ من تاريخ علم المتضرر بالضرر وبالمسؤول عنه.

العلم بالضرر وبالمسؤول عنه مسألة واقعية تختلف باختلاف ظروف كل نازلة يتعين على قضاة الموضوع بحثها دون التقيد في ذلك بتاريخ الحكم القاضي بالمسؤولية.

* يتعرض للنقض قرار المحكمة التي اعتبرت كقاعدة أن التقادم لا يبتدئ إلا من تاريخ الحكم الذي اثبت أن السائق هو المسؤول في حين أن العلم بالضرر والمسؤول عنه قد يقع قبل صدور الحكم الجنحي أو بعده أو خلال المسطرة.

بعد المداولة طبقاً للقانون

فيما يخص الوسيلة الفريدة المستدل بها.

بناء على الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقدم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر بالضرر ومن هو المسؤول عنه.

وحيث يستفاد من أوراق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه (محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 30 مارس 1971) أنه بتاريخ 29 أبريل 1961 وقعت حادثة سير بضاحية مراكش بين سيارة كان يقودها مالكها بن محمد بن أحمد الاشكر ودراجة كان يمتطيها محمد إدريس الذي أصيب على إثرها بجروح وأن هذا الأخير تقدم بمقال لدى المحكمة الإقليمية بمراكش مؤرخ في 23 يبرابر 1967 يلتمس فيه الحكم على مالك السيارة والمؤمن لها شركة لوريان ولاسين بتعويض عما لحقه من أضرار فصدر حكم يقضي له بأربعين ألف درهم وبعد الاستئناف تقرر تأييده.

وحيث كان الطرف المدعى عليه قد أثار مسألة التقادم المنصوص عليها في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود مبرزاً أن الحادثة التي تعرض لها المدعى وقعت بتاريخ 29 أبريل 1961 في حين أن هذا الأخير لم يرفع دعواه بالتعويض إلى يوم 23 يبرابر 1967.

وحيث إن الحكم الابتدائي – الذي تبنت محكمة الاستئناف جوابه على هذا الدفع – قد لاحظ أن سائق السيارة المتسببة في الحادثة كان موضوع متابعة جنحية ولم يحكم بإدانته إلا يوم 10 مارس 1964 ثم وضع قاعدة صرح فيها وحيث أن أجل التقادم يبدأ من تاريخ الحكم بالإدانة فارتكز عليها وعلل حكمه برفض الدفع المثار إذ جاء فيه (وحيث أن خمس سنوات لم تمض من تاريخ الحكم الجنحي الذي أثبت أن السائق هو مسؤول عن الحادثة وبين تسجيل هذه الدعوى وعليه فلا مجال لتطبيق الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود).

وحيث يؤخذ من هذا أن محكمة الموضوع أبعدت الفصل 106 المذكور بناء على قاعدة جعلت التقادم ينطلق من يوم الحكم الجنحي بالإدانة في جميع الأحوال في حين أن العلم بالضرر وهوية المسؤول عنه قد يقع قبل صدور الحكم الجنحي أو بعده أو خلال المسطرة التي أدت إلى صدوره وهي حينئذ مسألة واقعية تختلف باختلاف كل نازلة ويتعين على

قضاة الموضوع بحثها دون التقييد بالقاعدة المشار إليها أعلاه الأمر الذي يستفاد منه أن المحكمة خرقت النص المذكور أعلاه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

دعوى المسؤولية التقصيرية – تقادم – بداية احتساب المدة.

القرار 51

الصادر بتاريخ 11 مارس 1977

ملف مدني 37224

* تتقدم دعاوى التعويض عن الضرر الناشئ عن جريمة أو شبه جريمة بمضي خمس

سنوات تبتدئ من تاريخ علم المتضرر بالضرر وبالمسؤول عنه.

* العلم بالضرر وبالمسؤول عنه مسألة واقعية تختلف باختلاف ظروف كل نازلة يتعين

على قضاة الموضوع بحثها دون التقييد في ذلك بتاريخ الحكم القاضي بالمسؤولية.

* يتعرض للنقض قرار المحكمة التي اعتبرت كقاعدة أن التقادم لا يبتدئ إلا من تاريخ

الحكم الذي اثبت أن السائق هو المسؤول في حين أن العلم بالضرر والمسؤول عنه قد يقع

قبل صدور الحكم الجنحي أوبعده أوخلال المسطرة.

فيما يخص الوسيلة الفريدة المستدل بها.

بناء على الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن دعوى التعويض

من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقدم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه

إلى علم الفريق المتضرر بالضرر ومن هو المسؤول عنه.

وحيث يستفاد من أوراق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه (محكمة الاستئناف بمراكش

بتاريخ 30 مارس 1971) أنه بتاريخ 29 أبريل 1961 وقعت حادثة سير بضاحية مراكش

بين سيارة كان يقودها مالکها بن محمد بن أحمد الاشکر ودراجة كان يمتطيها محمد إدريس الذي أصيب على إثرها بجروح وأن هذا الأخير تقدم بمقال لدى المحكمة الإقليمية بمراكش مؤرخ في 23 يراير 1967 يلتمس فيه الحكم على مالک السيارة والمؤمن لها شركة لوريان ولاسين بتعويض عما لحقه من أضرار فصدر حكم يقضي له بأربعين ألف درهم وبعد الاستئناف تقرر تأييده.

وحيث كان الطرف المدعى عليه قد أثار مسألة التقادم المنصوص عليها في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود مبرزا أن الحادثة التي تعرض لها المدعى وقعت بتاريخ 29 أبريل 1961 في حين أن هذا الأخير لم يرفع دعواه بالتعويض إلى يوم 23 يراير 1967. وحيث إن الحكم الابتدائي – الذي تبنت محكمة الاستئناف جوابه على هذا الدفع – قد لاحظ أن سائق السيارة المتسببة في الحادثة كان موضوع متابعة جنحية ولم يحكم بإدانته إلا يوم 10 مارس 1964 ثم وضع قاعدة صرح فيها وحيث أن أجل التقادم يبدأ من تاريخ الحكم بالإدانة فارتكز عليها وعلل حكمه برفض الدفع المثار إذ جاء فيه (وحيث أن خمس سنوات لم تمض من تاريخ الحكم الجنحي الذي أثبت أن السائق هو مسؤول عن الحادثة وبين تسجيل هذه الدعوى وعليه فلا مجال لتطبيق الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود).

وحيث يؤخذ من هذا أن محكمة الموضوع أبعدت الفصل 106 المذكور بناء على قاعدة جعلت التقادم ينطلق من يوم الحكم الجنحي بالإدانة في جميع الأحوال في حين أن العلم بالضرر وهوية المسؤول عنه قد يقع قبل صدور الحكم الجنحي أو بعده أو خلال المسطرة التي أدت إلى صدوره وهي حينئذ مسألة واقعية تختلف باختلاف كل نازلة ويتعين على قضاة الموضوع بحثها دون التقييد بالقاعدة المشار إليها أعلاه الأمر الذي يستفاد منه أن المحكمة خرقت النص المذكور أعلاه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

دعوى المسؤولية عن الضرر – تقادمها – العلم بالمسؤول عن الضرر – مسألة واقع

القرار 51 الصادر بتاريخ 11 مارس 1977 ملف مدني 37224

القاعدة

- * تتقدم دعاوى التعويض عن الضرر الناشئ عن جريمة أو شبه جريمة بمضي خمس سنوات تبتدئ من تاريخ علم المتضرر بالضرر وبالمسؤول عنه.
- * العلم بالضرر وبالمسؤول عنه مسألة واقعية تختلف باختلاف ظروف كل نازلة يتعين على قضاة الموضوع بحثها دون التقيد في ذلك بتاريخ الحكم القاضي بالمسؤولية.
- * يتعرض للنقض قرار المحكمة التي اعتبرت كقاعدة أن التقدم لا يبتدئ إلا من تاريخ الحكم الذي اثبت أن السائق هو المسؤول في حين أن العلم بالضرر والمسؤول عنه قد يقع قبل صدور الحكم الجنحي أو بعده أو خلال المسطرة.

بعد المدالة طبقا للقانون

فيما يخص الوسيلة الفريدة المستدل بها.

بناء على الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن دعاوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقدم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر بالضرر ومن هو المسؤول عنه.

وحيث يستفاد من أوراق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه (محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 30 مارس 1971) أنه بتاريخ 29 أبريل 1961 وقعت حادثة سير بضاحية مراكش بين سيارة كان يقودها مالكها بن محمد بن أحمد الاشكر ودراجة كان يمتطيها محمد إدريس الذي أصيب على إثرها بجروح وأن هذا الأخير تقدم بمقال لدى المحكمة الإقليمية بمراكش مؤرخ في 23 يبرابر 1967 يلتمس فيه الحكم على مالك السيارة والمؤمن لها شركة لوريان ولاسين بتعويض عما لحقه من أضرار فصدر حكم يقضي له بأربعين ألف درهم وبعد الاستئناف تقرر تأييده.

وحيث كان الطرف المدعى عليه قد أثار مسألة التقدم المنصوص عليها في الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود مبرزا أن الحادثة التي تعرض لها المدعى وقعت بتاريخ 29 أبريل 1961 في حين أن هذا الأخير لم يرفع دعواه بالتعويض إلى يوم 23 يبرابر 1967.

وحيث إن الحكم الابتدائي - الذي تبنت محكمة الاستئناف جوابه على هذا الدفع - قد لاحظ أن سائق السيارة المتسببة في الحادثة كان موضوع متابعة جنحية ولم يحكم بإدانته إلا يوم 10 مارس 1964 ثم وضع قاعدة صرح فيها وحيث أن أجل التقادم يبدأ من تاريخ الحكم بالإدانة فارتكز عليها وعلل حكمه برفض الدفع المثار إذ جاء فيه (وحيث أن خمس سنوات لم تمض من تاريخ الحكم الجنحي الذي أثبت أن السائق هو مسؤول عن الحادثة وبين تسجيل هذه الدعوى وعليه فلا مجال لتطبيق الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود).

وحيث يؤخذ من هذا أن محكمة الموضوع أبعدت الفصل 106 المذكور بناء على قاعدة جعلت التقادم ينطلق من يوم الحكم الجنحي بالإدانة في جميع الأحوال في حين أن العلم بالضرر وهوية المسؤول عنه قد يقع قبل صدور الحكم الجنحي أو بعده أو خلال المسطرة التي أدت إلى صدوره وهي حينئذ مسألة واقعية تختلف باختلاف كل نازلة ويتعين على قضاة الموضوع بحثها دون التقييد بالقاعدة المشار إليها أعلاه الأمر الذي يستفاد منه أن المحكمة خرقت النص المذكور أعلاه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

اجتهاد قضائي صادر عن محكمة النقض المغربية:

مسؤولية حارس الشيء

1- ينص الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات على أن حارس الشيء يكون مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عنه اللهم إذا أثبت أنه فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأن هذا الضرر ناتج عن حدث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب.

2 - تكون المحكمة قد طبقت الفصل 88 المذكور أعلاه تطبيقاً خاطئاً بقولها إن الحكم بالبراءة يثبت أن السائق عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر إذ ليس يكفي أن يطلب من الحارس عدم ارتكاب خطأ بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ احتياطات خاصة تفرضها الظروف لتجنب الحادث.

ملف 17241 / 1964 قرار 239 بتاريخ 1970/05/13

وبعد المداولة طبقا للقانون.

فيما يتعلق بالوجه الوحيد المستدل به:

بناء على الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات.

وحيث ينص هذا الفصل على أن حارس الشيء يكون مسؤول عن الاضرار الناتجة عنه اللهم اذا أثبت أنه فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأن الضرر ناتج عن حدث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب.

وحيث إنه حسب مقال مؤرخ ب 19 مايو 1962 تقدم ميمون بن أحمد ابن عباس بدعوى أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء يطالب ازيرا فرناند والشركة المغربية للتأمين للتعويض عن الاضرار الحاصلة له من جراء وفاة طفله البالغ من العمر ست سنوات عندما صدمته سيارة ازيرا المذكور بالطريق الرابطة بين الدار البيضاء وبرشيد وبالتالي الحكم عليهما تضامنا بأداء 40.000 درهم فقضت المحكمة الابتدائية بتوزيع المسؤولية وبأداء ازيرا تعويضا قدره 1.000 درهم على أن تحل شركة التأمين محله في الأداء وقد ارتكزت على العلل الآتية: حيث إن الدعوى مرتكزة على الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات.

وحيث ينتج من محضر الدرك أنه وقت الحادث الذي وقع ليلا ولكن دون أن يكون هناك ضباب وكان ازيرا يقود سيارته في طريق مستقيمة مستعملا أجهزة إنارته فكان في إمكانه أن يرى الاطفال الخارجين من المسجد الموجود في جانب الطريق وحيث كان من حقه أن يضغط على الفرملة وحيث إن الطفل قطع الطريق دون أن يتأكد من أنه يمكنه القيام بذلك بدون خطر كما ان السائق ارتكب خطأ لعدم محاولته القيام باية عملية لتجنبه مما يجب معه تحميل صاحب السيارة نصف المسؤولية وبعد استئناف ازيرا وشركة التأمين قضت محكمة

الاستئناف بإلغاء الطلب لعلّة ان الطفل ارتكب خطأ وأن السائق فعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر نظرا لكونه حكم عليه جنائيا بالبراءة.

وحيث إن المحكمة بقولها أن الحكم بالبراءة يثبت أن السائق عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر قد طبقت تطبيقا، خاطئا الفصل 88 من ظهير العقود والالتزامات إذ أنه ليس يكفي أن يطلب من الحارس عدم ارتكاب أي خطأ بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ احتياطات خاصة تفرضها الظروف لتجنب الحادث.

وحيث من جهة أخرى علاوة على ما تقدم ارتكزت المحكمة على خطأ الطفل في حين أنه ورد في حكمها أنه يبلغ من العمر ثمان سنوات وفي حين أنها لم تنتبه إلى مسألة عدم التكليف بالنسبة لهذا الطفل غير المميز طبقا للفصل 77 من ظهير العقود والالتزامات فيكون حكمها غير مرتكز على أساس قانوني كما انها طبقت تطبيقا، خاطئا الفصل 88 الموما إليه.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه.

ملف جنحي عدد 8774 / 98

الممثل القانوني للشركة – مسؤوليته الجنائية .⁷⁷⁹

- كل شخص سليم العقل قادر على التمييز يكون مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات التي نص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك.

- لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلا للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت ان الافعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها او بتفويض منها تندرج ضمن الافعال المجرمة قانونا.

- ان صفة التمثيل او رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر اطلاقا رخصة للتصرف خلافا للقانون ولا تعذره ان يكون جاهلا لمقتضياته.

وبعد المداولة طبقا للقانون

لكن حيث من جهة فانه طبقا لمقتضيات الفصل 132 من القانون الجنائي يكون كل شخص سليم العقل قادر على التمييز مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها ما عدا في الحالات

⁷⁷⁹

المغرب

نقض

7/2263

1998/10/01

محكمة النقض - المغرب

مجلة قضاء المجلس الاعلى – الاصدار الرقمي دجنبر 2000 – العدد 55

التي نص القانون فيها صراحة على خلاف ذلك... وانه لا يوجد في القانون ما يعفي مدير شركة ما باعتباره ممثلاً للشخص المعنوي من هذه المسؤولية متى ثبت ان الافعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها او بتفويض منها تندرج ضمن الافعال المجرمة قانوناً... ذلك ان صفة التمثيل او رخصة التفويض التي تسمح له بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر اطلاقاً رخصة للتصرف خلافاً للقانون ولا تعذره ان يكون جاهلاً لمقتضياته... الامر الذي يكون معه القرار المطعون قد خالف هذه المقتضيات عندما اعفى المطلوب ضده في النقض من المسؤولية الجنائية بعلة ان الشكاية التي سبق له ان تقدم في مواجهة الطالب مدعياً في حقه بوقائع النصب والاحتيال انما تقدم بها باسم شركة لأكسوال التي يمثلها وهي شركة مجهولة الاسم... ومن جهة اخرى فان المحكمة المطعون في قرارها وخلافاً لما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية عندما انتهت الى القول بكون وقائع الشكاية موضوع تهمة الوشاية الكاذبة كانت صحيحة اعتماداً على عقد البيع المؤرخ في 20 / 3 / 92 واستبعدت العقد الملحق المؤرخ في 26 / 3 / 1992 والمصادق على توقيع طرفيه بما فيهما المطلوب في النقض ودون ان تبين سبب ذلك بالرغم من كونه لم يكن موضوع انكار او نقاش من هذا الاخير وبالرغم من كونه وثيقة لو اخذت به المحكمة باعتباره معللاً لمحل وطريقة اداء الثمن التي يتضمنها العقد الاول لغيرت من نتيجة القرار الذي اصدرته. تكون بذلك قد اساءت في الاخذ بوقائع الدعوى وغيرت في مضمونها الثابتة لديها وتجنبت الرد عن دفع احد الاطراف فجاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه ومعرضاً للنقض والابطال نقضاً يخص المقتضيات المدنية المتعلقة بالمطالب بالحق المدني والمنصب على المسؤولية وما نتج عنها.

من اجله

قضى المجلس الاعلى بنقض وابطال القرار المطعون فيه

* من مجموعة قرارات المجلس الأعلى الجزء الأول 1966 – 1982 ص 645.

الفهرس

النصوص القانونية

فهرس المسؤولية عن عمل الغير

البحث

التعريفات

تعويض

الضرر

المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

- المسؤولية التقصيرية:

أنواع المسؤولية التقصيرية

المسؤولية عن العمل الشخصي

أركان المسؤولية عن العمل الشخصي

الخطأ

العنصر المادي:

العنصر المعنوي:

الركن الثاني

الضرر

الركن الثالث:

علاقة السببية بين

الخطأ والضرر.

المسؤولية عن عمل الغير

مسؤولية متولي الرقابة:

الشرط الأول:

تولي شخص الرقابة على

الشرط الثاني:

قيام الخاضع للرقابة

بعمل غير مشروع أضر بالغير

2- مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

الشرط الأول:

علاقة التبعية بين

المتبوع والتابع

الشرط الثاني:

ارتكاب المتبوع عملاً

شروط قيام مسؤولية الولي عن أعمال المولى عليه الضارة بالغير

أولاً- القصر

ثانياً- المساكنة.

الخطأ في القانون

جزاء المسؤولية المدنية التقصيرية

التعويض

تعريف التعويض:

أنواع التعويض

التعويض العيني

التعويض بمقابل

التعويض على ثلاثة أنواع

التعويض الاتفاقي

خصائص الشرط الجزائي

طبيعة الشرط الجزائي

شروط الشرط الجزائي

إخلال المدين بالتزامه الأصلي أو التأخر في تنفيذه

إعذار المدين

أن يؤدي إخلال المدين بالتزامه إلى إلحاق ضرر بالدائن

قيام علاقة السببية بين إخلال المدين بالتزامه وبين الضرر الذي لحق بالدائن

آثار الشرط الجزائي

افتراض المشرع في الشرط الجزائي وقوع الضرر بمجرد إخلال المدين بالتزامه

إلزام المتعاقدين والقاضي -من حيث المبدأ- بمضمون الشرط الجزائي

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الحالة الأولى: قيام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي تنفيذاً جزئياً

الحالة الثانية: تقدير مبلغ التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه على نحو كبير

الحالة الثالثة: تجاوز قيمة الشرط الجزائي الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية في حال ما إذا كان

محل الالتزام الأصلي دفع مبلغ من النقود

سلطة القاضي في زيادة مبلغ الشرط الجزائي

الحالة الأولى: عدم وفاء المدين بالتزامه الأصلي يعود إلى ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً
الحالة الثانية: عدم جدية قيمة الشرط الجزائي: فإذا كان مبلغ التعويض في الشرط الجزائي

2 - التعويض القانوني

خصائص الفوائد التأخيرية

الفوائد التأخيرية مقدرة في القانون جزافاً

الضرر في الفوائد القانونية مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس

شرائط استحقاق الفوائد التأخيرية

حالات زيادة الفوائد القانونية وتخفيضها:

حالات زيادة الفوائد القانونية

حالات تخفيض الفوائد القانونية

التعويض القضائي

تقدير التعويض

المسؤولية عن الاعمال الشخصية –التقصيرية .

ما هية الخطأ

عناصر الخطأ

-: المحور الاول – العنصر المادي

تطبيقات انتفاء الخطأ:-

-الدفاع الشرعي

حالة الضرورة

حالة تنفيذ امر الرئيس

قصد الاضرار بالغير

2 - ضالة المصلحة مقارنة بالضرر

2 - حالة المصلحة مقارنة بالضرر

3 - عدم مشروعية المصلحة

المحور الثاني – العنصر المعنوي : الادراك ، او التمييز

الضرر

عناصر الضرر

اولا –الاخلال بمصلحة المضرور :

ثانيا – ان تكون المصلحة مشروعة

ثالثا – ان يكون الضرر محقق الوقوع

–الضرر المستقبل

الاولي : ان الحكم بالتعويض المؤقت يجب ان يكون بناء علي طلب المضرور

ثانيا : يتعين ان يتضمن الحكم ما يفيد بأنه مؤقت لا يشمل كل الاضرار

ثالثا : واذا صدر حكم بتعويض الضرر ولم يحتفظ للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي

تفويت الفرصة

انواع الضرر

المحور الاول – الضرر المادي

انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي:

المحور الثاني – الضرر الادبي:

اولا –ماهية الضرر الادبي:

احكام الحق في التعويض عن الضرر الادبي:

اصحاب الحق في التعويض عن الضرر الادبي وانتقاله:

– صاحب الحق في التعويض

3 – حالات استحقاق التعويض عن الضرر الادبي:

2 - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي :

1 - موقف القضاء الفرنسي:

– رأي خاص

رابطه السببية

تعدد اسباب الضرر:

اولا - تعادل الاسباب:

ثانيا - نظرية السبب المنتج

انتفاء رابطة السببية

المحور الثاني - انقطاع علاقة السببية : فكرة السبب الأجنبي : القوة القاهرة ، خطأ

المضرور ، خطأ الغير:

اولا : القوة القاهرة

1 - شروط القوة القاهرة

2 - اثر القوة القاهرة

الفرض الأول : استغراق احد الخطأين للخطأ الآخر:

ثانيا - خطأ المضرور

الفرض الثاني : الخطأ المشترك

أحد الخطأين نتيجة من الخطأ الآخر

أحد الخطأين أشد جسامه من الخطأ الآخر

ثالثا - خطأ الغير:

اثر خطأ الغير

اثبات رابطة السببية

لمضرور يقع عليه عبء اثبات توافرت السببية بوصفه مدعيا

مقدمة

مسئولية متولي الرقابة

شروط المسؤولية

الشرط الاول - ان يكون الشخص مكلفا برقابة غيره

الشرط الثاني : وقوع فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة:

الرقابة على القاصر

الفرع الثاني – اساس مسؤولية متولي الرقابة وانتفاء المسؤولية:

مسئولية المتبوع

مسئولية متولي الرقابة

شروط المسؤولية

الشرط الاول – ان يكون الشخص مكلفا برقابة غيره

الرقابة على القاصر:

الشرط الثاني : وقوع فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة:

الفرع الثاني – اساس مسؤولية متولي الرقابة وانتفاء المسؤولية

مسئولية المتبوع

شروط مسؤولية المتبوع

الشرط الاول – علاقة التبعية

الشرط الثاني – وقوع العمل غير المشروع اثناء تأدية الوظيفة او بسببها

آثار مسؤولية المتبوع عن عمل التابع

اولا - :دفع مسؤولية المتبوع

ثانيا – دعوى المسؤولية

دعوى المضرور على المتبوع

دعوى المضرور على التابع -:

رجوع المضرور على المتبوع والتابع

دعوى المتبوع بما دفعه من تعويض على التابع

اساس مسؤولية المتبوع

مسؤولية رجال التعليم

المطلب الأول: شروط تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر (ق.ل.ع)

1- أن يوجد طفل أو شاب تحت إشراف معلم أو موظف تابع للشببية والرياضة:
- أن يتسبب الطفل أو التلميذ أثناء فترة الدراسة أو تلقي التمارين الرياضية في إلحاق الضرر بالغير:

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بمسؤولية رجل التعليم
مبحث: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس

1- شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

المطلب الأول: مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين

أ- أن يتعلق الأمر بوجود طفل قاصر:

ب- أن يكون القاصر ساكنا مع والديه:

ج- أن يحدث القاصر بفعله ضررا للغير

2- أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

المطلب الثاني: مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن تلامذتهم

المطلب الثالث: مسؤولية متولي الرقابة على المجانين والمختلين عقليا

مبحث : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض غير القابل

لإثبات العكس (حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه)

المطلب الأول: الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتبوع

1- ارتباط المتبوع بخدمه بمقتضى علاقة تبعية:

الحالة التي يعهد فيها المتبوع الأصلي إلى متبوع آخر عرضي

الحالة التي يحمل فيها التابع لحساب مجموعة أشخاص في عمل مشترك

الحالة التي يعمل فيها التابع لحساب أكثر من متبوع بصورة متعاقبة

- أن يتسبب التابع في ارتكاب الفعل الضار أثناء تأديته للوظيفة المسندة إليه أو بمناسبةها:

أ- ارتكاب التابع للفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة

ارتكاب التابع للفعل الضار بمناسبة الوظيفة:

3- أن يتولد عن فعل التابع حصول ضرر للغير:

المطلب الثالث: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

1-رجوع الضحية على التابع

2-رجوع المتبوع على التابع

مبحث العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

المطلب الأول: المشاكل القانونية المترتبة عن تحديد العلاقة السببية

-تعدد الأسباب المنشئة للضرر الواحد

أ- نظرية تعادل الأسباب

ب- نظرية السبب الفعال والمنتج

- تعدد الأضرار المترتبة عن الخطأ الواحد

- مشكلة التضامن في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر الواحد

المطلب الثاني: أسباب انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

1 - القوة القاهرة والحدث الفجائي

ب- أن يكون العذر القاهر غير متوقع الحصول

-خطأ المضرور

أ-خطأ المضرور كسبب للإعفاء الكلي من المسؤولية:

.

1- أن الحارس قد فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر

2- أن الضرر يرجع لحادث فجائي أو قوة القاهرة أو لخطأ المضرور.

و إثبات أحد هذين الأمرين لا يغني عن إثبات الثاني.

ب-خطأ المضرور كسبب للإعفاء الجزئي من المسؤولية:

- الخطأ المنسوب للغير

فصل : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ الواجب الإثبات.

(حالة مسؤولية رجال التعليم وموظفي الشببية والرياضة عن الأطفال والتلاميذ)

المطلب الأول: شروط تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر (ق.ل.ع):

- 1- أن يوجد طفل أو شاب تحت إشراف معلم أو موظف تابع للشببية والرياضة
- أن يتسبب الطفل أو التلميذ أثناء فترة الدراسة أو تلقي التمارين الرياضية في إلحاق الضرر بالغير

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بمسؤولية رجل التعليم

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس.

المطلب الأول: مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهما القاصرين

شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين

- أن يتعلق الأمر بوجود طفل قاصر

ب- أن يكون القاصر ساكنا مع والديه

ج- أن يحدث القاصر بفعله ضررا للغير

- أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين:

المطلب الثاني: مسؤولية أرباب الحرف والصنائع عن تلامذتهم

المطلب الثالث: مسؤولية متولي الرقابة على المجانين والمختلين عقليا:

المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض غير

القابل لإثبات العكس. (حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه)

المطلب الأول: الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتبوع

1- ارتباط المتبوع بخدمه بمقتضى علاقة تبعية:

2- أن يتسبب التابع في ارتكاب الفعل الضار أثناء تأديته للوظيفة المسندة إليه أو بمناسبة

الحالة التي يعمل فيها التابع لحساب أكثر من متبوع بصورة متعاقبة كخدم المنازل

الحالة التي يحمل فيها التابع لحساب مجموعة أشخاص في عمل مشترك بينهم،

أ- ارتكاب التابع للفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة:

ب- ارتكاب التابع للفعل الضار بمناسبة الوظيفة

3- أن يتولد عن فعل التابع حصول ضرر للغير:

المطلب الثالث: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

1- رجوع الضحية على التابع:

2- رجوع المتبوع على التابع

2- رجوع المتبوع على التابع

نظرية الحراسة القانونية:

نظرية الحراسة المادية

بعض الحالات التي أثارت الجدل على مستوى الحراسة

نظريات أساس مسؤولية الحراسة

حالات انتقال الحراسة للغير اضطراريا

المسؤولية التقصيرية في القانون المغربي

المبحث الأول : الخطأ

المطلب الأول : تعريف الخطأ و العناصر المكونة له

الفصل الأول : المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

- العنصر المادي : الإقبال على ارتكاب فعل التعدي

2- العنصر المعنوي

أ- حالات انعدام التمييز في إطار ق ل ع المغربي : من خلال ف 96 من ق ل ع ،

ب- هل يمكن نسبة الخطأ التقصيري للشخص المعنوي

المطلب الثاني : أنواع الخطأ التقصيري

- الخطأ العمدى و خطأ الإهمال

3- الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير

المطلب الثالث : علاقة الخطأ بنظرية التعسف في استعمال الحق

1- مفهوم التعسف في استعمال الحق

2- مظاهر التعسف في استعمال الحق

3- موقف ق ل ع من نظرية التعسف في استعمال الحق

المطلب الرابع : أسباب انتفاء الخطأ التقصيري

1- حالة الدفاع الشرعي

2- حالة الضرورة

3- حالة القبول بالمخاطر

المسؤولية التقصيرية

الفصل الأول : المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

المبحث الأول : الخطأ

المطلب الأول : تعريف الخطأ و العناصر المكونة له

1- العنصر المادي : الإقبال على ارتكاب فعل التعدي

2-العنصر المعنوي

ت- حالات انعدام التمييز في إطار ق ل ع المغربي

ث- هل يمكن نسبة الخطأ التقصيري للشخص المعنوي

المطلب الثاني : أنواع الخطأ التقصيري

4- الخطأ الإيجابي و الخطأ السلبي

5- الخطأ العمدي و خطأ الإهمال

6- الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير

المطلب الثالث : علاقة الخطأ بنظرية التعسف في استعمال الحق :

- مظاهر التعسف في استعمال الحق

6- موقف ق ل ع من نظرية التعسف في استعمال الحق

المطلب الرابع : أسباب انتفاء الخطأ التقصيري

4- حالة الدفاع الشرعي

5- حالة الضرورة

6- حالة القبول بالمخاطر

المسؤولية عن أعمال الغير في القانون المدني ، مسؤولية المتبوع

شروط تحقق مسؤولية المتبوع

أولاً - قيام علاقة تبعية

شروط تحقق مسؤولية المتبوع

أولاً - قيام علاقة تبعية :

أ - يجب أن تكون الرقابة و التوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع

ب - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية وجود عقد بين التابع و المتبوع

ج - و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه

د - و لا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية

هـ - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة و التوجيه من

الناحية الفنية

- المتبوع الأصلي و المتبوع العرضي

ثانياً - وقوع الفعل الضار من التابع أثناء أداء الوظيفة أو بسببها

- الخطأ بسبب الوظيفة

:

- الخطأ بمناسبة الوظيفة

- الخطأ الأجنبي عن الوظيفة

أساس مسؤولية المتبوع

رجوع المتبوع على التابع

المسؤولية عن أعمال الغير في القانون المدني ، مسؤولية المتبوع

شروط تحقق مسؤولية المتبوع

أولاً - قيام علاقة تبعية

أ - يجب أن تكون الرقابة و التوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع و مصلحته

ب - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية وجود عقد بين التابع و المتبوع

ج - و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه

د - و لا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية

هـ - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة و التوجيه من الناحية الفنية

- المتبوع الأصلي و المتبوع العرضي

ثانياً - وقوع الفعل الضار من التابع أثناء أداء الوظيفة أو بسببها :

- الخطأ أثناء تأدية الوظيفة :

- الخطأ بسبب الوظيفة :

- الخطأ بمناسبة الوظيفة :

- الخطأ الأجنبي عن الوظيفة

أساس مسؤولية المتبوع

رجوع المتبوع على التابع

المسؤولية عن أعمال الغير في القانون المدني ، مسؤولية المتبوع

شروط تحقق مسؤولية المتبوع

أولاً - قيام علاقة تبعية :

أ - يجب أن تكون الرقابة و التوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع و مصلحته

ب - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية وجود عقد بين التابع و المتبوع :

- ج - و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه :
- د - و لا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية
- هـ - و لا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة و التوجيه من الناحية الفنية :

- المتبوع الأصلي و المتبوع العرضي

ثانياً - وقوع الفعل الضار من التابع أثناء أداء الوظيفة أو بسببها :

- الخطأ أثناء تأدية الوظيفة

- الخطأ بسبب الوظيفة :

- الخطأ بمناسبة الوظيفة :

- الخطأ الأجنبي عن الوظيفة

أساس مسؤولية المتبوع 118

لاحظ

رجوع المتبوع على التابع

الإجتهاد

الفهرس

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل
الاستقرار توثيقا وتصحيحا.

المجلد الرابع

الجزء الثاني

عقد البيع

إعداد و تنسيق: مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

مقدمة

يعتبر عقد البيع من أهم العقود لا غنى عن الإلمام بأركانه و له ارتباط وثيق بالحكمة
الجيدة و المالية ارتأيت تناوله في الجزء الرابع من مؤلف الأساسيات و الضروريات في
مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا وتصحيحا.

النصوص القانونية

قانون الالتزامات والعقود المغربي

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الكتاب الثاني: في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها

القسم الأول: البيع

الباب الأول: البيع بوجه عام

الفرع الأول: في طبيعة البيع وأركانه

الفرع الثاني: في تمام البيع

الباب الثاني: آثار البيع

الفرع الأول: آثار البيع بوجه عام

الفرع الثاني: التزامات البائع 1- التسليم 2- الضمان

- الالتزام بضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض

ب - ضمان عيوب الشيء المبيع

الفرع الثالث: في التزامات المشتري

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثنئيا

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين

(بيع الخيار)

الفرع الثالث: بيع السِّلَم الفرع الرابع:

بيع العقارات في طور الإنجاز

الفرع الثاني: في بعض القواعد القانونية العامة

الفصل 474

لا تلغى 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.

الفصل 475

لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون، إن كان صريحا.

الفصل 476

يجب على من يتمسك بالعادة أن يثبت وجودها. ولا يصح التمسك بالعادة إلا إذا كانت عامة أو غالبية، ولم تكن فيها مخالفة للنظام العام ولا للأخلاق الحميدة.

الفصل 477

حسن النية يفترض دائما مادام العكس لم يثبت.

الكتاب الثاني: في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها

القسم الأول: البيع

الباب الأول: البيع بوجه عام

الفرع الأول: في طبيعة البيع وأركانه

الفصل 478

البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له.

الفصل 479

البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته.

أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345.

الفصل 480

متصرفو البلديات والمؤسسات العامة، والأوصياء، والمساعدون القضائيون أو المقدمون والآباء الذين يديرون أموال أبنائهم، وأمناء التفليسة (السنادكة)، ومصفو الشركات، لا يسوغ لهم اكتساب أموال من ينوبون عنهم إلا إذا كانوا يشاركونهم على الشيوع في ملكية الأموال التي هي موضوع التصرف. كما أنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يجعلوا من أنفسهم محالا لهم بالديون التي على من يتولون إدارة أموالهم. وليس لهؤلاء الأشخاص كذلك أن يأخذوا أموال من ينوبون عنهم على سبيل المعاوضة أو الرهن.

إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو الرهن ممن حصل التصرف لصالحه، إذا كانت له أهلية التقويت، أو من المحكمة أو من أي سلطة مختصة أخرى مع مراعاة الأحكام المتعلقة بذلك والواردة في ظهير المسطرة المدنية.

الفصل 481

لا يسوغ للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا، لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم، الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها كما أنه لا يسوغ لهم أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن. ويترتب على مخالفة هذا الفصل الحكم بالبطلان وبالتعويضات.

الفصل 482

يعتبر وسطاء في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 480 و 481 السابقين زوجات الأشخاص المذكورين فيهما وأبنائهم وإن كانوا رشداء.

الفصل 483

يقع صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، ويسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده. ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العمودي الذي يعلوه بغير رضى البائع الأصلي.

الفصل 484

يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة.

الفصل 485

بيع ملك الغير يقع صحيحا:

1 - إذا أقره المالك؛

2 - إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير.

الفصل 486

يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو المقياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر.

الفصل 487

يجب أن يكون الثمن الذي ينعقد عليه البيع معينا. ولا يسوغ أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الغير، كما أنه لا يسوغ أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به الغير ما لم يكن هذا الثمن معروفا من المتعاقدين. ومع ذلك، يجوز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفه معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

الفرع الثاني: في تمام البيع

الفصل 488

يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى.

الفصل 489

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.

الفصل 490

إذا حصل البيع جزافا، فإنه يكون تاما بمجرد أن يتراضى المتعاقدان على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى، ولو لم تكن الأشياء التي يرد عليها قد وزنت أو عدت أو قيست أو كيلت.

والبيع الجزافي هو الذي يرد بتمن واحد على جملة أشياء، دون أن يعتبر عددها أو وزنها أو قياسها إلا لأجل تعيين ثمن المجموع.

الباب الثاني: آثار البيع

الفرع الأول: آثار البيع بوجه عام

الفصل 491

يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه.

الفصل 492

بمجرد تمام البيع، يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم، ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء. وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه. ولا يعمل بهذا الحكم في بيوع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين.

الفصل 493

بمجرد تمام العقد، يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء التي يتحملها الشيء المبيع ما لم يشترط غير ذلك. ويقع على عاتقه أيضا مصروفات حفظ المبيع وجني ثماره. وعلاوة على ذلك، يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم، ما لم يتفق على غير ذلك.

الفصل 494

إذا وقع البيع بالقياس أو الكيل أو العد أو على شرط التجربة أو على شرط المذاق أو على أساس مجرد الوصف، فإن البائع يبقى متحملا بتبعة هلاك المبيع، مادام لم يجر قياسه أو

كيله أو عده أو تجربته أو مذاقه أو فحصه ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا بالفعل في يد المشتري.

الفصل 495

إذا كان البيع على التخيير، مع تحديد أجل للاختيار فإن المشتري لا يتحمل تبعه الهلاك، إلا من وقت تحقق الشرط، ما لم يتفق على غير ذلك.

الفصل 496

يبقى الشيء المبيع أثناء نقله في ضمان البائع، الذي يتحمل تبعه هلاكه، إلى أن يتسلمه المشتري.

الفصل 497

في حالة بيع الثمار على الأشجار ومنتجات البساتين والمحصولات قبل جنيها يتحمل البائع تبعه هلاك المبيع إلى تمام نضجه.

الفرع الثاني: التزامات البائع

الفصل 498

يتحمل البائع بالتزامين أساسيين:

1 - الالتزام بتسليم الشيء المبيع؛

2 - الالتزام بضمانه.

1- التسليم

الفصل 499

يتم التسليم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق.

الفصل 500

يتم التسليم بطرق مختلفة:

1 - تسلم العقارات بتخلي البائع عنها، وتسليم مفاتيحها إذا كانت من المباني، بشرط ألا يكون ثمة عائق يمنع المشتري من وضع اليد عليها؛

2 - تسلم الأشياء المنقولة بمناولتها من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح العمارة أو الصندوق الموضوع فيه، أو بأي وجه آخر جرى به العرف780؛

3 - يتم التسليم ولو بمجرد رضى الطرفين، إذا كان سحب المبيع من يد البائع غير ممكن وقت البيع، أو كان المبيع موجودا من قبل في يد المشتري على وجه آخر؛

4 - إذا كان المبيع عند البيع موجودا في مستودع عام، فإن حوالة أو مناوله شهادة إيداعه أو تذكرة شحنه أو نقله تكون بمثابة تسليمه.

الفصل 501

يتم تسليم الحقوق المعنوية، كحق المرور مثلا، إما بتسليم السندات التي تثبت وجودها، وإما بالاستعمال الذي يباشره المشتري لها برضى البائع. وإذا اقتضى استعمال الحقوق المعنوية حيازة شيء معين، وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع اليد عليه بدون عائق.

الفصل 502

يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجودا فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك.

إذا ذكر في عقد البيع أن الشيء موجود في مكان آخر غير الذي كان موجودا فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد إذا طلب المشتري ذلك.

الفصل 503

إذا لزم نقل المبيع من مكان إلى مكان آخر، فإن تسليمه لا يتم إلا في وقت وصوله إلى المشتري أو إلى نائبه.

الفصل 504

يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف781 من زمن.

ولا يجبر البائع الذي لم يعط المشتري أجلا للوفاء بالثمن على تسليم المبيع، إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسليمه.

ولا يقوم إعطاء الكفيل أو أي تأمين آخر مقام دفع الثمن.

780 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

781 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

الفصل 505

إذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، كان للمشتري 782 أن يحبسها كلها حتى يستوفي الثمن بتمامه، ولو كان قد سمي لكل شيء ثمنه على حدة.

الفصل 506

ليس للبائع أن يمتنع من تسليم الشيء المبيع:

- 1 - إذا رخص لأحد من الغير في قبض الثمن أو ما تبقى منه؛
- 2 - إذا قبل إنابة على الغير من أجل استيفاء الدين أو ما تبقى منه؛
- 3 - إذا منح، بعد العقد، أجلا للوفاء بالثمن.

الفصل 507

لا يجبر البائع على تسليم الشيء المبيع، ولو كان قد منح أجلا للوفاء بالثمن:

- 1 - إذا أعسر المشتري بعد البيع؛
- 2 - إذا كان المشتري مفلسا 783 بالفعل عند البيع بدون علم البائع؛
- 3 - إذا قلل المشتري التأمينات المقدمة منه لضمان الوفاء بالثمن على وجه يعرض البائع لخطر ضياعه عليه.

782 - وردت في النص الفرنسي عبارة "le vendeur" "البائع" بدل "المشتري" كما جاء في الترجمة العربية. وبذلك يمكن صياغة الفصل 505 أعلاه كالآتي: إذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، كان البائع أن يحبسها كلها حتى يستوفي الثمن بتمامه، ولو كان قد سمي لكل شيء ثمنه على حدة.

Lorsque plusieurs choses ont été vendues en bloc, le vendeur a le droit de retenir la totalité des choses vendues jusqu'au paiement de la totalité du prix, alors même que le prix de chaque objet aurait été établi séparément.

783 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقابلة التي عوضت نظام الإفلاس.

الفصل 116

إذا أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالحمق (783) أو بأي سبب آخر من أسباب نقص الأهلية، عينت المحكمة، بناء على طلب المتعاقد الآخر أو أي ذي مصلحة غيره، مقدما خاصا. ويقرر هذا المقدم، بعد إذن المحكمة ما إذا كان يقبل العقد أو يفسخه، وفق ما تقتضيه مصلحة ناقص الأهلية. وفي حالة الإفلاس (783)، يكون المقدم بحكم القانون هو وكيل التفليسة (السنديك) أو أي نائب آخر لكتلة الدائنين.

(4) - قارن مع المادة 217 من مدونة الأسرة.

(783) - نُسخت المادة 733 من مدونة التجارة لسنة 1996، الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة القانون التجاري الذي كان يتضمن في الفصل 197 وما بعده الأحكام المتعلقة بموضوع الإفلاس؛ وعُوضت بمقتضيات الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقابلة (الفصل 545 وما بعده) الذي استحدث ثلاث مساطر رئيسية: 1- التسوية القضائية؛ وفي نطاقها يستمر نشاط المقابلة مع المدين؛

2- التفويت ويقوم على تفويت المقابلة لأحد الأغيار مما يضمن استمرارية نشاطها؛

3- التصفية القضائية وتبني على تصفية أصول المدين من أجل وفاء خصومه.

ويسبق الفصل في مآل المدين بفترة إعداد الحل تتغير في نطاقها قواعد غل يد المدين بالموازاة مع السلطات المخولة للسنديك من تسيير كلي أو جزئي أو مراقبة، في حين تؤدي التصفية القضائية إلى غل يد المدين بقوة القانون.

الفصل 508

إذا باشر البائع حق الحبس المقرر بمقتضى الفصول السابقة، كان مسؤولاً عن الشيء مسؤولية المُرْتَهَن رهنًا حيازياً لمنقول عن المرهون الذي في حوزة.

الفصل 509

مصرفات التسليم كالتى يقتضيها القياس أو الوزن أو العد أو الكيل، تقع على عاتق البائع. وإذا كان المبيع حقا معنويا، وقعت على عاتق البائع أيضا المصرفات اللازمة لإنشاء هذا الحق أو نقله.

والكل ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه.

الفصل 510

إذا وقع البيع بواسطة سمسار، كانت مصرفات السمسرة على البائع، ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه⁷⁸⁴.

الفصل 511

على المشتري مصرفات رفع الشيء المبيع وتسلمه، وكذلك مصرفات أداء الثمن وتلك التى يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصرفات التمير اللازمة لرسم الشراء وعليه أيضا مصرفات التغليف والشحن والنقل.

وتشمل مصرفات التسلم رسوم حق المرور (الترانزيت)، والمكوس والضرائب الجمركية التى تجبى عند انتقال الشيء ووصوله.

والكل ما لم يجر العرف⁷⁸⁵ أو الاتفاق بخلافه.

الفصل 512

784 - وردت في النص الفرنسي عبارة

Les frais de courtage sont à la charge du vendeur, lorsque le courtier a conclu lui-même la vente,

"مصرفات السمسرة يتحملها البائع، عند قيام السمسار بعقد البيع بنفسه"، بدل "إذا وقع البيع بواسطة سمسار، كانت مصرفات السمسرة على البائع" كما جاء في الترجمة العربية.

وبذلك يمكن صياغة الفصل 510 أعلاه كالاتي: مصرفات السمسرة يتحملها البائع، عند قيام السمسار بعقد البيع بنفسه، ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه.

785 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

785 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع. ويمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت.

الفصل 513

إذا كان المبيع شيئاً معيناً، وهلك هذا الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، كان للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته، على نحو ما كان يمكن أن يفعله ضد أي شخص من الغير.

وإذا ورد البيع على شيء مثلي، إلّزم البائع بأن يسلم مثيلاً له في صنفه ومقداره والكل مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل.

الفصل 514

إذا هلك الشيء المبيع أو تعيب قبل التسليم، بفعل المشتري أو بخطئه وجب على هذا الأخير تسلمه في الحالة التي هو عليها، ودفع الثمن كاملاً.

الفصل 515

للمشتري ثمار الشيء وزوائده، سواء كانت مدنية أم طبيعية، ابتداء من وقت تمام البيع. ويجب تسليمها إليه معه، ما لم يقض الاتفاق بخلافه.

الفصل 516

الالتزام بتسليم الشيء يشمل أيضاً توابعه، وفقاً لما يقضي به اتفاق الطرفين أو يجري به العرف⁷⁸⁶.

فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف⁷⁸⁷، اتبعت القواعد الواردة فيما يلي:

الفصل 517

بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار، كما يشمل المزروعات التي لما تنبت، والثمار التي لما تعقد.

786 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

786 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

787 - نفس الملاحظة السابقة. - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

ولا يشمل البيع الثمار المعقودة، ولا المحصولات المعلقة بالأغصان أو الجذور ولا النباتات المغروسة في الأوعية، ولا تلك المعدة لقلعها وإعادة غرسها، ولا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا خشباً، ولا الأشياء المدفونة بفعل الإنسان والتي لا يرجع عهدها إلى قديم الزمان.

الفصل 518

بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءاً متمماً للأقفال. ويشمل كذلك الأرحية والأدراج والخزائن المثبتة فيه، وأنابيب المياه والمواقد المثبتة بجدرانها.

ولا يشمل بيع البناء الأشياء غير الثابتة التي يمكن إزالتها بلا ضرر، ولا مواد البناء المجمعة لإجراء الإصلاحات ولا تلك التي فصلت عنه بقصد استبدال غيرها بها.

الفصل 519

ويشمل بيع العقار كذلك الخرائط وتقدير المصروفات، والحجج والوثائق المتعلقة بملكيتها، وإذا تعلقت حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي لا تدخل في البيع، لم يكن البائع ملتزماً إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المباعة.

الفصل 520

خلايا النحل وبروج الحمام غير الثابتة لا تعتبر جزءاً من العين المباعة.

الفصل 521

البستان والأراضي الأخرى، سواء كانت مغروسة أم لا، الموجودة خارج الدار لا تعتبر من توابعها، ولو كانت متصلة بها بباب داخلي إلا:

1 - إذا كان البستان أو الأراضي بالنسبة إلى البناء، من الصغر جداً بحيث يجب اعتبارها من توابعه؛

2 - إذا تبين من تخصيص المالك أن البستان أو الأراضي كانت معتبرة من توابع الدار.

الفصل 522

إذا تعلق البيع بالأشياء التي تتجدد بعد قطعها أو جني غلتها كالدرق والفصة وكان وارداً على قِطْفَةٍ أو جَذَّةٍ منها، فإنه لا يشمل خلفها. ويشمل بيع الخضر والأزهار والفاكهة ما وجد

منها معلقا بأصله، وكذلك ما ينضج منها أو ينفث بعد البيع إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف.

الفصل 523

بيع الحيوان يشمل:

1 - صغيره الذي يرضعه؛

2 - الصوف أو الوبر أو الشعر المتهى للجز.

الفصل 524

بيع الأشجار يشمل الأرض القائمة عليها، كما يشمل، ثمارها التي لم تعقد.

الثمار المعقودة للبائع، ما لم يشترط غير ذلك.

الفصل 525

النقود والأشياء الثمينة الموجودة داخل شيء منقول لا تعتبر داخلة في البيع الذي يرد عليه، ما لم يشترط غير ذلك.

الفصل 526

الأشياء التي تباع بالوزن والعد، ولا يكون في أثمانها تفاوت محسوس، والأشياء التي يمكن تقسيمها بغير ضرر، يسوغ بيعها بثمان إجمالي واحد، أو على أساس سعر معين لكل وحدة كيل أو وزن.

وإذا وجد المقدار المحدد في العقد كاملا عند التسليم، لزم البيع في الكل، أما إذا وجد فرق بالزيادة أو النقصان وسواء كان البيع بثمان إجمالي واحد أو بثمان مقدر على أساس سعر الوحدة، وجب إتباع القواعد الآتية:

إذا وجدت زيادة، كانت من حق البائع، وإذا وجد نقصان، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد بالنسبة إلى الكل، وبين أن يقبل القدر المسلم ويدفع الثمن بنسبته.

الفصل 527

إذا كان محل البيع أشياء تباع بالعدد وفي أثمانها تفاوت محسوس طبقت القواعد الآتية:

إذا بيعت هذه الأشياء جملة وبثمان إجمالي واحد، فإن كل فرق بالزيادة أو النقصان يبطل البيع. وإذا بيعت على أساس سعر الوحدة وتبين فرق بالزيادة بطل البيع، وإذا كان الفرق

بالنقصان، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ البيع في الكل، وبين أن يقبل المقدار المسلم على أن يدفع الثمن بنسبته.

الفصل 528

إذا كان محل البيع أشياء تباع بالوزن أو القياس ويضرها التبعض ومن بينها الأراضي المبيعة بالقياس، اتبعت القواعد الآتية:

أ - إذا بيع الشيء بتمامه بثمن إجمالي واحد، كانت الزيادة للمشتري من غير أن يكون للبائع خيار فسخ البيع. وإذا وجد فرق بالنقصان، حق للمشتري أن يفسخ البيع أو أن يقبل القدر المسلم مع دفع الثمن المحدد في العقد؛

ب - إذا بيع الشيء على أساس سعر وحدة الكيل 788 ووجد فرق بالزيادة أو النقصان، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد، وبين أن يقبل القدر المسلم، مع دفع الثمن بنسبته.

الفصل 529

إذا بيع الشيء جملة واحدة، أو باعتباره معيناً بذاته، وذكر في العقد قدره عداً أو وزناً أو سعة، لم يكن للبائع حق في زيادة الثمن ولا للمشتري حق في إنقاصه، إلا إذا بلغ الفرق بين القدر المذكور في العقد والقدر الحقيقي للشيء جزءاً من عشرين زيادة أو نقصاناً.

كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف 789 يخالفه.

الفصل 530

إذا كان لزيادة الثمن محل، بسبب الزيادة في المقدار أو الوزن على مقتضى الفصل السابق، كان للمشتري الخيار بين أن يتخلى عن العقد أو أن يقدم الزيادة في الثمن.

الفصل 531

دعوى فسخ العقد ودعوى إنقاص الثمن أو تكملته، وفقاً للفصول السابقة يلزم رفعها خلال السنة التي تبدأ من التاريخ المحدد بمقتضى العقد لبدء انتفاع المشتري أو للتسليم، أو من تاريخ العقد إن لم يحدد فيه تاريخ لبدء الانتفاع أو للتسليم. وإذا لم ترفع تلك الدعاوى في الأجل المذكور، سقطت.

788 - وردت في النص الفرنسي عبارة "unité de mesure" "وحدة القياس" بدل "وحدة الكيل" كما جاء في الترجمة العربية.

789 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

789 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

2- الضمان

الفصل 532

الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

أ - أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛

ب - وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب).

والضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط. وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.

أ - الالتزام بضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض (ضمان الاستحقاق)

الفصل 533

الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع.

الفصل 534

ويلتزم البائع أيضا بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، بمقتضى حق كان موجودا عند البيع.

ويكون الاستحقاق واقعا ضد المشتري في الحالات الآتية:

1 - إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه؛

2 - إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه؛

3 - إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع.

الفصل 535

استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء، بالنسبة إلى الباقي من الأهمية بحيث إن المشتري ما كان ليشتري بدون ذلك الجزء.

ويسري نفس الحكم إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع.

الفصل 536

إذا كانت العين المبيعة مثقلة بحق من حقوق الارتفاق الضرورية الملازمة لها، بمقتضى طبيعة الأمور، كحق المرور الثابت على أرض تحصر أخرى عن الطريق، فإن المشتري لا يثبت له حق الرجوع على البائع، إلا إذا ضمن هذا الأخير تمام خلو العين من كل عبء.

الفصل 537

إذا وجهت على المشتري دعوى، بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعي البينة على دعواه. وإذا كان تنبئه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل، ورغم هذا التنبيه، أن يدافع مباشرة في الدعوى فقد كل حق في الرجوع على البائع.

الفصل 538

إذا استحق المبيع كله من يد المشتري، من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد:

1 - الثمن الذي دفعه ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم؛

2 - المصروفات القضائية التي أنفقتها على دعوى الضمان؛

3 - الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق.

الفصل 539

للمشتري الحق في استرداد الثمن كاملاً، ولو هلك الشيء الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته كلاً أو بعضاً، بفعله أو بخطئه أو نتيجة قوة قاهرة.

الفصل 540

البائع سيئ النية ملزم بأن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات التي أنفقتها حتى مصروفات الزينة أو الترف.

الفصل 541

إذا كانت قيمة الشيء المستحق قد ازدادت عند حصول الاستحقاق ولو بغير عمل المشتري، فإن الزيادة في القيمة تدخل في مبلغ التعويض، إذا صدر تدليس من البائع.

الفصل 542

في حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع، وبحيث إن المشتري كان يمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

وإذا لم يبلغ الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع لم يثبت للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق.

الفصل 543

إذا ورد البيع على عدة أشياء منقولة، وحصل شراؤها كلها جملة واحدة وبثمن واحد، ثم استحق بعضها، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد الثمن، وبين أن يطلب إنقاص الثمن بقدر ما استحق.

إلا أنه إذا كان من طبيعة الأشياء المبيعة عدم إمكان إجراء الفصل بينها بغير ضرر، فإنه لا يكون للمشتري الفسخ إلا بالنسبة إلى الكل.

الفصل 544

يسوغ أن يتفق المتعاقدان على أن البائع لا يتحمل بأي ضمان أصلا.

إلا أنه لا يكون لهذا الشرط من أثر إلا إعفاء البائع من التعويضات، فلا يمكنه أن يحل البائع من التزامه برد الثمن الذي قبضه، كله أو بعضه في حالة الاستحقاق.

ولا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر:

1 - إذا بني الاستحقاق على فعل شخصي للبائع نفسه؛

2 - إذا وقع تدليس من البائع، كما إذا باع ملك الغير على علم منه وكما إذا كان يعرف سبب الاستحقاق، ولم يصرح به.

وفي هاتين الحالتين الأخيرتين، يلتزم البائع أيضا بالتعويض.

الفصل 545

يلتزم البائع برد الثمن أو بتحمل إنقاصه، ولو كان المشتري عالما باحتمال الاستحقاق أو بوجود حقوق تثقل المبيع.

الفصل 546

لا يلتزم البائع بأي ضمان أصلاً:

أ - إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة؛

ب - إذا حصل الانتزاع بفعل السلطة، ما لم يكن فعلها مبنياً على حق سابق ثابت لها يخولها العمل على احترامه، أو على فعل يعزى للبائع؛

ج - إذا حصل للمشتري عرقلة 790 في التصرف، نتيجة تعد من الغير، بدون أن يدعي أي حق على العين المباعة.

الفصل 547

البائع، ولو أدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:

أ - إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع؛

ب - إذا بنى الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري.

الفصل 548

لا يفقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذا كان لم يتمكن، بسبب غيابه، من إخطاره في وقت مفيد، واضطر نتيجة لذلك أن يدافع عن نفسه وحده ضد المستحق.

ب - ضمان عيوب الشيء المباع 791

الفصل 549

يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصاً يسيراً من القيمة أو الانتفاع، وتلك التي جرى العرف 792 على التسامح فيها، فلا تخول الضمان.

ويضمن البائع أيضاً وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري.

790 - وردت في النص الفرنسي عبارة "troublé" "تشويش" بدل "عرقلة" كما جاء في الترجمة العربية.

791 - راجع مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 65 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على ما يلي: "تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني لعيوب الشيء المباع والواردة في الفصول من 549 إلى 575 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود".

792 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

الفصل 550

إلا أنه إذا كان المبيع مما لا يمكن التعرف على حقيقة حالته إلا بإجراء تغيير في طبيعته، كالثمار في قشورها⁷⁹³، فإن البائع لا يضمن العيوب الخفية إلا إذا التزم بذلك صراحة أو إذا كان العرف⁷⁹⁴ المحلي يفرض عليه هذا الضمان.

الفصل 551

في البيوع التي تنعقد على مقتضى أنموذج، يضمن البائع توفر صفات الأنموذج في المبيع. وإذا هلك الأنموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له.

الفصل 552

لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئاً مثلياً يبيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف.

الفصل 795553

إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة، عدا الحيوانات، وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه، خلال السبعة الأيام التالية للتسلم.

وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته، من فحص الشيء المبيع. وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافها. فإن لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع سبئ النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير.

الفصل 554

إذا ظهر عيب في المبيع، وجب على المشتري أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجوداً في المكان، فإذا لم يقم المشتري بإثبات حالة المبيع على وجه سليم، تعين عليه

793 - الثمار في قشورها، أي البيع على رؤية الصوان في الفقه المالكي بكسر الصاد أو ضمها أي ما يصون الشيء كقشر الرمان والجوز واللوز.

794 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

795 - قارن مع مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 65 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على ما يلي: " خلافاً لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الآجال باتفاق المتعاقدين".

أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه المبيع. ولا يتعين إثبات حالة المبيع إذا أبرم البيع على أساس أنموذج لم ينازع في ذاتيته.

وإذا كانت البضاعة آتية من مكان آخر، ولم يكن للبائع من يمثله في محل التسليم وجب على المشتري أن يعمل على حفظها مؤقتا.

وإذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمشتري الحق في أن يعمل على بيع الشيء بحضور ممثل 796 السلطة المختصة في مكان وجوده، وذلك بعد قيامه بإثبات حالته على نحو ما ذكر. ويصبح هذا الإجراء واجبا إذا اقتضته مصلحة البائع. وعلى المشتري أن يبادر بإخطار البائع بكل ما سبق وإلا وجب عليه تعويض الضرر.

الفصل 555

مصرفات رد البضاعة إلى مصدرها في حالة الفصل السابق، تقع على عاتق البائع.

الفصل 556

إذا ثبت الضمان، بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن، وإذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له الحق في أن ينقص من الثمن.

وللمشتري الحق في التعويض:

أ - إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان. ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صانعا، وباع منتجات الحرفة التي يباشرها؛

ب - إذا صرح البائع بعدم وجود العيوب، ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها بحسن نية؛

ج - إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة أو كان عرف 797 التجارة يقتضيها.

الفصل 557

796 - ورد في النص الفرنسي عبارة "en présence de l'autorité compétente"، دون إضافة "ممثّل" كما جاء في الترجمة العربية.

797 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

797 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

إذا ورد البيع على مجموع من أشياء محددة، وكان جزء منها معيبا كان للمشتري أن يستعمل حق الاختيار المخول له بمقتضى الفصل 556 وإذا ورد البيع على أشياء مثلية، لم يكن للمشتري إلا أن يطلب تسليم مثلها في النوع خالية من العيب، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان له محل.

الفصل 558

إذا بيعت عدة أشياء مختلفة صفقة واحدة بثمن إجمالي واحد، كان للمشتري ولو بعد التسليم، أن يطلب فسخ البيع بالنسبة إلى الجزء المتعيب وحده من هذه الأشياء ورد ما يقابله من الثمن. إلا أنه إذا كانت الأشياء المبيعة مما لا يمكن تجزئته بغير ضرر كالأشياء المزدوجة. فإن المشتري لا يكون له أن يطلب الفسخ إلا بالنسبة إلى مجموع الصفقة.

الفصل 559

الفسخ لعيب في الشيء الأصلي يلحق توابع هذا الشيء، ولو حدد لها ثمن مستقل. عيب الشيء التابع لا يكون سببا لفسخ بيع الشيء الأصلي.

الفصل 560

يحصل إنقاص الثمن بتقويم المبيع عند البيع 798 على أساس خلوه من العيب ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها.

وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، حصل التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة.

الفصل 561

في حالة فسخ البيع، يلتزم المشتري بأن يرد:

أولا - الشيء المشوب بالعيب الموجب للضمان، بالحالة التي تسلمه عليها وتوابعه وما كان يعتبر جزءا منه وكذلك الزيادات التي اندمجت فيه بعد البيع؛

ثانيا - ثمار الشيء، من وقت الفسخ بالتراضي، أو من وقت الحكم بالفسخ، وكذلك الثمار السابقة على هذا التاريخ. إلا أنه إذا كانت الثمار غير معقودة فإن المشتري يملكها إذا كان قد جناها ولو قبل نضجها، كما يملك أيضا الثمار الناضجة ولو لم يجنها.

ومن ناحية أخرى يلتزم البائع:

أولا - أن يدفع للمشتري مصروفات الزراعة والري والصيانة ومصروفات الثمار التي ردها إليه؛

ثانيا - أن يرد الثمن الذي قبضه ومصروفات العقد؛

ثالثا - أن يعرض للمشتري الخسائر التي قد يسببها له الشيء المبيع إذا كان وقع تدليس من البائع.

الفصل 562

ليس للمشتري الحق في استرداد الثمن أو في إنقاذه، إذا تعذر عليه رد الشيء المبيع في الحالات الآتية:

أولا - إذا هلك المبيع بحادث فجائي أو بخطأ وقع من المشتري أو من الأشخاص الذين يتحمل المسؤولية عنهم؛

ثانيا - إذا سرق الشيء من المشتري أو اختلس منه؛

ثالثا - إذا حول المشتري الشيء على نحو يصير معه غير صالح لاستعماله فيما أعد له أصلا. إلا أنه إذا لم يكن العيب قد ظهر إلا عند إجراء التحويل أو نتيجة له، فإن المشتري يحتفظ بحقه في الرجوع على البائع.

الفصل 563

إذا هلك الشيء المبيع بسبب العيب الذي كان يشوبه أو بحادث فجائي ناتج عن هذا العيب، كان هلاكه على البائع فيلتزم برد الثمن ويلتزم أيضا بالتعويضات إذا كان سيئ النية.

الفصل 564

لا محل للفسخ، وليس للمشتري إلا طلب إنقاص الثمن:

أولا - إذا كان الشيء قد تعيب بخطأه أو بخطأ من يسأل عنهم؛

ثانيا - إذا كان قد استعمل الشيء استعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة. ويطبق نفس الحكم إذا كان قد استعمل الشيء قبل أن يعرف العيب. أما إذا كان قد استعمله بعد ذلك فيطبق حكم الفصل 572.

الفصل 565

إذا كان الشيء المبيع حصل تسلمه مشوبا بعيب موجب للضمان، ثم حدث فيه بعد ذلك عيب لا يعزى لخطأ المشتري، كان له الخيار بين أن يحتفظ بالشيء ويرجع بالضمان على أساس العيب الأول وفقا لما يقضي به القانون، وبين أن يردده للبائع مع تحمله نقصا في الثمن الذي دفعه يتناسب مع العيب الجديد الذي ظهر بعد البيع. إلا أنه يسوغ للبائع أن يعرض استرداده الشيء المبيع بالحالة التي هو عليها مع تنازله عن حق الرجوع من أجل العيب الجديد. وفي هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين أن يحتفظ بالشيء على الحالة التي يوجد عليها وبين أن يردده دون أداء أي تعويض.

الفصل 566

إذا زال العيب الجديد عادت لصالح المشتري دعوى الضمان على أساس العيب القديم السابق على التسليم.

الفصل 567

إنقاص الثمن الحاصل بسبب عيب ثابت لا يمنع المشتري فيما إذا ظهر في المبيع عيب آخر جديد، من أن يطلب إما فسخ البيع وإما إنقاصا جديدا في الثمن.

الفصل 568

تتقضي دعوى ضمان العيب إذا زال العيب قبل دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن أو في أثناءها، وكان العيب بطبيعته مؤقتا، وليس من شأنه أن يظهر من جديد. أما إذا كان من طبيعة العيب أن يظهر من جديد بعد زواله فإن حكم هذا الفصل لا يطبق.

الفصل 569

لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها.

الفصل 570

يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يستطيع بسهولة أن يعرفها إذا صرح بعدم وجودها.

الفصل 571

لا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من الصفات المتطلبة فيه:
أولا - إذا صرح بها؛

ثانيا - إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان 799.

الفصل 572

دعوى ضمان العيب تنقضي:

أولا - إذا تنازل المشتري عنها صراحة بعد علمه بالعيب؛

ثانيا - إذا باع المشتري الشيء بعد علمه بالعيب أو تصرف فيه على أي وجه آخر باعتباره مالكا؛

ثالثا - إذا كان المشتري قد خصص الشيء لاستعماله الشخصي وظل يستعمله بعد علمه بالعيب الذي يشوبه. ولا تسري هذه القاعدة على المنازل وغيرها من العقارات المشابهة فإن هذه يستطيع الشخص الاستمرار في سكناها أثناء دعوى فسخ البيع.

الفصل 573

كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت:

بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 يوما بعد التسليم؛

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553.

ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب.

الفصل 574

لا يحق للبائع سبئ النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل السابق، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه، ويعتبر سبئ النية كل بائع يستعمل طرقا احتيالية ليلحق بالشئ المبيع عيوباً أو ليخفيها.

الفصل 575

لا دعوى لضمان العيب في البيوع التي تجري بواسطة القضاء.

799 - راجع مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 65 من القانون رقم 31.08 والتي تنص على ما يلي: "غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتوجات المبرمة بين المستهلك والمورد".

الفرع الثالث: في التزامات المشتري

الفصل 576

يتحمل المشتري بالتزامين أساسيين:

الالتزام بدفع الثمن؛

والالتزام بتسليم الشيء.

الفصل 577

على المشتري دفع الثمن في التاريخ وبالطريقة المحددين في العقد، وعند سكوت العقد يعتبر البيع قد أبرم معجل الثمن، ويلتزم المشتري بدفعه في نفس وقت حصول التسليم.

مصروفات أداء الثمن على المشتري.

الفصل 578

إلا أنه إذا جرى العرف⁸⁰⁰ على أن يحصل أداء الثمن داخل أجل محدد أو في أقساط معينة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا اتباع حكمه ما لم يشترطا العكس صراحة.

الفصل 579

إذا منح أجل لأداء الثمن، بدأ سريانه من وقت إبرام العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على ابتدائه من وقت آخر.

الفصل 580

يلتزم المشتري بتسليم الشيء المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد. فإذا سكوت العقد عن البيان، ولم يجر بشأنه عرف⁸⁰¹، التزم المشتري بأن يتسلم المبيع فوراً، إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع، أو إذا تقدم لتسلمه، ولكنه لم

800 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

800 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

801 - نفس الملاحظة السابقة.

801 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

801 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه، عندما يكون هذا الثمن معجلاً، وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمَطْل الدائن.

وإذا لزم تسليم الأشياء المبيعة على عدة دفعات، فإن عدم تسلم الدفعة الأولى يترتب نفس الآثار التي يترتبها عدم تسلم الأشياء كلها.

كل ذلك ما لم يقع اتفاق بين الطرفين على خلافه.

الفصل 581

إذا اشترط بمقتضى العقد أو العرف المحلي⁸⁰² أن البيع يفسخ إذا لم يؤد الثمن فإن العقد يفسخ بقوة القانون بمجرد عدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه.

الفصل 582

إذا ورد البيع على منقولات، ولم يمنح أجل لأداء الثمن، فإنه يجوز أيضاً للبائع عند عدم أداء الثمن، أن يسترد المنقولات الموجودة في يد المشتري، أو أن يمنعه من بيعها. ولا تقبل دعوى الاسترداد بعد مضي خمسة عشر يوماً من تسليم الشيء للمشتري. ويسوغ الاسترداد ولو كان الشيء المبيع قد أدمج في عقار كما تسوغ دعوى الاسترداد ضد الغير، الذين لهم حقوق على هذا العقار.

ويخضع الاسترداد، في حالة الإفلاس للقواعد الخاصة بالإفلاس⁸⁰³.

الفصل 583

إذا حصل للمشتري تشويش في انتفاعه بالشيء المبيع أو كان هناك سبب جدي للخوف من وقوعه قريباً، وذلك اعتماداً على سند سابق على البيع، كان له الحق في حبس الثمن مادام البائع لم يوقف التشويش. ولكن يسوغ للبائع أن يجبره على أداء الثمن، إذا قدم كفيلاً أو تأمينا آخر كافياً يضمن قيامه برد الثمن ومصروفات العقد عند حصول الاستحقاق.

وإذا لم يقع التشويش إلا في جزء من المبيع، لم يسغ للمشتري أن يحبس إلا جزءاً متناسباً من الثمن، وتحدد الكفالة بالجزء المهدد بالاستحقاق.

ولا يسوغ للمشتري أن يباشر حق حبس الثمن، إذا اشترط أدائه برغم حصول التشويش له، أو إذا كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق.

الفصل 584

802 - العرف المحلي لمكان العقد.

803 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاوله التي عوضت نظام الإفلاس.

أحكام الفصل السابق تسري في حالة اكتشاف المشتري في الشيء المبيع عيباً موجباً للضمان.

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثنئياً

الفصل 585

البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنئياً، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثنئياً على الأشياء المنقولة أو العقارية⁸⁰⁴.

الفصل 586

لا يسوغ أن تشترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات. فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر، ردت إليه.

الفصل 587

الأجل المحدد للاسترداد قاطع، فلا يجوز للقاضي تمديده ولو كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعاً إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعاً إلى خطأ المشتري، فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه.

الفصل 588

للمشتري بشرط الاسترداد، خلال الأجل المحدد له، أن ينتفع بالشيء المبيع باعتباره مالكا له، مع عدم الإخلال بما هو مقرر في الفصل 595 وله أن يقبض ثماره، وأن يباشر كل الدعاوى المتعلقة به، بشرط أن يحصل ذلك منه بغير غش.

وللمشتري أن يتخذ الإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون الرسمية التي تثقله.

الفصل 589

إذا لم يباشر البائع حقه في الاسترداد في الأجل الذي حدده العاقدان، فقد حقه في استرجاع المبيع.

804 - تنص المادة 5 من بمدونة الحقوق العينية على أن : " الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص". القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5995 الصادر بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد، فإن الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلاً.

الفصل 590

يحصل طلب الاسترداد بإخطار البائع للمشتري برغبته في أن يرد له المبيع، ومن الضروري أن يقوم البائع في نفس الوقت بعرض الثمن.

الفصل 591

إذا مات البائع، قبل أن يباشر حقه في الاسترداد، انتقل هذا الحق إلى ورثته لما بقي من المدة التي كانت له.

الفصل 592

لا يسوغ لورثة البائع أن يباشروا حق الاسترداد إلا مجتمعين، وبالنسبة إلى المبيع كله. وإذا لم يتفقوا فيما بينهم، ساغ لمن يرغب منهم في الاسترداد أن يباشره على المبيع كله لحساب نفسه. ويسري نفس الحكم إذا باع عدة أشخاص، بالاشتراك فيما بينهم، وبعقد واحد شيئاً يملكونه على الشياع، من غير أن يحتفظوا لأنفسهم بحق مباشرة استرداد كل واحد حصته.

الفصل 593

يسوغ مباشرة دعوى الاسترداد ضد ورثة المشتري مجتمعين. ولكن إذا قسمت التركة، ووقع الشيء المبيع في نصيب أحد الورثة، أمكن مباشرة دعوى الاسترداد ضده من أجل المبيع كله.

الفصل 594

إذا أشهر عُسر البائع، جاز لكتلة دائنيه أن تباشر حق الاسترداد.

الفصل 595

يسوغ للبائع بالتثنية مباشرة دعواه ضد المشتري الثاني، ولو لم يقع التصريح برخصة الاسترداد في البيع الحاصل لهذا الأخير.

الفصل 596

البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يحوز الشيء المبيع إلا بعد دفع:

أولا - الثمن الذي قبضه؛

ثانيا - المصروفات النافعة التي ترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة. أما مصروفات الترف فلا يكون للمشتري إلا حق إزالة التحسينات التي أحدثها إذا أمكن ذلك بغير ضرر، وليس له أن يسترد لا المصروفات الضرورية ولا مصروفات الصيانة، ولا مصروفات جني الثمار.

ويلتزم المشتري، من ناحية أخرى برد:

أولا - الشيء وكل الزيادات الطارئة عليه بعد البيع؛

ثانيا - الثمار التي قبضها من تاريخ دفع الثمن أو إيداعه.

وللمشتري استعمال حق الحبس ضمانا للمدفوعات المستحقة له.

ويطبق كل ما سبق ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه.

الفصل 597

يسأل المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما أنه يسأل عن التغييرات التي ترتب عنها تحول الشيء تحولا أساسيا إضرارا بالبائع.

ولا يسأل المشتري عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ولا عن التغييرات اليسيرة التي لحقت الشيء، وليس للبائع في هذه الحالة طلب إنقاص الثمن.

الفصل 598

إذا استرد البائع العين تنفيذا لشرط الاسترداد ترتب على ذلك رجوعها إليه خالية من كل ما عسى أن يكون المشتري قد حملها من تكاليف ورهون رسمية، ولكن البائع يلتزم بتنفيذ عقود الأكرية التي أبرمها المشتري بدون غش، إذا كانت مدتها لا تتجاوز الأجل المشترط للاسترداد وكان تاريخها ثابتا.

الفصل 599

إذا ورد بيع الثننيا على أرض زراعية⁸⁰⁵، وزرعها المشتري بنفسه أو أكرها لأحد من الغير قام بزراعتها، ثم حصل الاسترداد من البائع خلال السنة الزراعية⁸⁰⁶، كان

805 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "propriété rurale" "ملكية فلاحية" بدل "أراضي زراعية" كما جاء في الترجمة العربية.

للمشتري الحق في الاستمرار في وضع يده على الأجزاء المزروعة حتى نهاية السنة الزراعية، في مقابل دفع كرائها، حسبما يقدره أهل الخبرة، عن المدة ما بين حصول الفسخ ونهاية تلك السنة.

الفصل 600

إذا سمي الاتفاق (ببيع الثُنْيَا) مع كونه يتضمن في الحقيقة رهنا، فإن آثار هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازي للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقا لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير، إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازي على منقول أو الرهن الرسمي.

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

الفصل 601

يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي 807.

الفصل 602

البيع الذي يبرم معلقا على الشرط السابق يعتبر معلقا على شرط واقف، مادام العاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار لم يظهر، صراحة أو ضمنا في الأجل المتفق عليه، إرادته في أنه يقصد إمضاء العقد أو نقضه.

الفصل 603

إذا لم يحدد العقد أجل الخيار، افترض أن المتعاقدين قد ارتضوا الأجل المقرر بمقتضى القانون أو العرف 808.

إلا أنه لا يجوز أن تتجاوز الآجال المحددة بمقتضى العرف 809 الآجال المبينة في الفصل التالي.

806 - يبدأ كراء الأراضي الفلاحية في 13 من سبتمبر من التقويم الميلادي، ما لم يحدد المتعاقدان تاريخا آخر. انظر الفصل 701 من هذا القانون.

807 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

808 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

808 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

808 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

الفصل 604

يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار 810 أن يصرح بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه في المواعيد الآتية:

أ - (ظهير 25 أبريل 1917) بالنسبة إلى العقارات البلدية والأراضي الزراعية، خلال مدة ستين يوما تبدأ من تاريخ العقد؛

ب - بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة وكل الأشياء المنقولة، خلال مدة خمسة أيام.

ومع ذلك يسوغ للمتعاقد أن يتفقوا على أجل أقصر. وكل اشتراط لأجل أطول يكون باطلا، ويلزم إنقاصه إلى الآجال المبينة فيما سبق.

الفصل 605

الأجل المحدد بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو القانون قاطع فلا يسوغ للمحكمة تمديده ولو كان المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بالخيار لم يستعمل حقه لسبب خارج عن إرادته.

الفصل 606

الحق في ثمار المبيع وملحقاته والزيادات الطارئة عليه يبقى موقوفا خلال الأجل المقرر للخيار، وتؤول هذه الأشياء مع المبيع نفسه لمن يكسب ملكيته نهائيا.

الفصل 607

إذا اختار المتعاقد إمضاء العقد في الميعاد المحدد بمقتضى الاتفاق أو القانون أصبح البيع باتا، واعتبر الشيء مملوكا للمشتري من يوم إبرام العقد.

الفصل 608

إذا ترك المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار الأجل ينقضي من غير أن يعلم الآخر بقراره افتراض فيه بقوة القانون أنه قد قبل.

الفصل 609

809 - نفس الملاحظة السابقة.

810- راجع مقتضيات المادة 49 التي نصت على ما يلي: " استثناء من أحكام الفصل 604 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل.

يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلل المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا و عديم الأثر.

لا تطبق أحكام هذه المادة على العقود المبرمة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 51".

يفقد المشتري الحق في رفض مشتراه، إذا صدر منه أي فعل يدل على رغبته في اعتبار نفسه مالكا إياه وعلى الخصوص:

أ - إذا تصرف في الشيء بمقتضى رهن أو بيع أو كراء أو استعمله لنفسه؛

ب - إذا عيب الشيء باختياره؛

ج - إذا حول الشيء إلى شيء آخر.

وعلى العكس من ذلك إذا صدرت الأفعال المذكورة في الأحوال السابقة من طرف البائع افترض أنه اختار نقض البيع، ويفقد بذلك طلب تنفيذه.

الفصل 610

إذا مات من له الخيار قبل أن يختار، انتقل الخيار إلى ورثته، وإذا فقد أهلية التعاقد عينت له المحكمة مقدما خاصا، ويجب على هذا المقدم أن يعمل على النحو الذي يكون أكثر اتفاقا مع مصالح ناقص الأهلية.

الفصل 611

إذا اختار المتعاقد نقض البيع اعتبر العقد كأن لم يكن، ووجب على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما سبق أن أخذه منه.

وتزول الحقوق التي رتبها المشتري خلال أجل الخيار.

الفصل 612

المشتري الذي يتعذر عليه رد المبيع أو لا يستطيع رده إلا متعبيا، نتيجة سبب لا يعزى إلى فعله أو خطئه، لا يتحمل أي مسؤولية.

الفرع الثالث: بيع السِّلَم

الفصل 613

السِّلَم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه.

ولا يجوز إثبات بيع السِّلَم إلا بالكتابة.

الفصل 614

يجب دفع الثمن للبائع كاملاً، وبمجرد إبرام العقد.

الفصل 615

إذا لم يحدد ميعاد التسليم افتراض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى العرف⁸¹¹ المحلي.

الفصل 616

الأطعمة وغيرها من الأشياء التي يرد العقد عليها يجب أن تكون معينة مقداراً وصنفاً ووزناً أو كيلاً، بحسب طبيعتها، وإلا بطل البيع. وإذا كانت الأشياء المباعة مما لا يعد ولا يوزن، كفى أن يحدد صنفها بدقة تامة.

الفصل 617

إذا لم يحدد للتسليم مكان، وجب إجراؤه في محل إبرام العقد.

الفصل 618

إذا منع المدين، بسبب قوة القاهرة، من تسليم ما وعد به، بغير تقصير منه ولا مَطْل كان للدائن الخيار بين فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن، وبين الانتظار حتى السنة التالية. وفي السنة التالية، إذا وجد الشيء المبيع، وجب على المشتري تسلمه ولا يبقى له الحق في فسخ العقد. ويسري نفس الحكم إذا كان قد سبق للمشتري تسلم جزء من المبيع. وعلى العكس من ذلك إذا لم يوجد الشيء المبيع، طبق حكم الفقرة الأولى من هذا الفصل.

الفرع الرابع: بيع العقارات في طور الإنجاز 812

الفصل 618-1

يعتبر بيعاً لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال⁸¹³.

811 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

811 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

812 - تَمَّت مقتضيات الفرع الرابع أعلاه، الباب الثالث (في بعض أنواع خاصة من البيوع) من القسم الأول من الكتاب الثاني لظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود؛ وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 44.00 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3183.

يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال.

الفصل 2-814618

يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان معدا للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص طبقا لأحكام هذا الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان.

الفصل 3-815618

يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان 816..

يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض 817 طبقا للقانون المنظم لمهنة المحاماة 818.

يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من لدن الأطراف ومن الجهة التي حررتها.

يتم تصحيح جميع الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها في سجل خاص يحدد بمقتضى قرار صادر عن وزير العدل.

813- تم تغيير وتنظيم المادة 1-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12 بتغيير وتنظيم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.

814- تم تغيير وتنظيم المادة 2-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

815- تم تغيير وتنظيم المادة 3-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

816- انظر المادة الأولى المرسوم رقم 2.03.853 الصادر في 18 من ربيع الآخر 1425 (7 يونيو 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5222 بتاريخ 28 ربيع الآخر 1425 (17 يونيو 2004)، ص 2640، والتي تنص على أنه: « تطبيقا لأحكام الفصول 3-618 و 16-618 أعلاه، يؤهل لتحرير عقود البيع الابتدائية والنهائية الخاصة ببيع العقار في طور الإنجاز الموثقون، والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض... ».

817- حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ومن جملتها قانون الالتزامات والعقود وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.170 الصادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، بتنفيذ القانون رقم 58.11.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجب الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

818- نُسخَت أحكام الظهير الشريف رقم 1-93-162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، بمقتضى القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 بتاريخ 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

قارن مع مقتضيات المادة 33 من القانون رقم 28.08 المذكور.

الفصل 3- 618 مكرر 819

يجب أن يتضمن عقد البيع الابتدائي على الخصوص البيانات التالية:

- 1- هوية الأطراف المتعاقدة؛
- 2- محل المخابرة المتفق عليه مع وجوب الإخبار في حالة تغييره؛
- 3- رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاقات 820 الواردة على العقار 821؛
- 4- تاريخ ورقم رخصة البناء؛
- 5- موقع العقار محل البيع ووصفه ومساحته التقريبية؛
- 6- ثمن البيع النهائي للمتر المربع وكيفية الأداء أو ثمن البيع الإجمالي بالنسبة للبيع المتعلق باقتناء عقار في إطار السكن الاجتماعي كما هو محدد بالتشريع الجاري به العمل؛

⁸¹⁹ - تم تنميط الفرع الرابع من الباب الثالث بالمادة 618-3 مكرر والمادة 618-3 مكرر مرتين والمادة 618-3 مكرر ثلاث مرات، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12 السالف الذكر.

⁸²⁰ - انظر المواد من 70 إلى 78 من مدونة الحقوق العينية.
القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) 820
كما تم تنميطه:

- القانون رقم 22.13 القاضي بتنميط المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية؛ الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

الفصل الثاني: التحملات العقارية

المادة 70

للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

يختص قاضي المستعجلات بالنظر في الطلبات الرامية إلى الأمر باتخاذ ما يلزم لمنع سقوط البناء أو الأمر بإيقاف الأشغال.

المادة 78

لمالك العقار أو حائزه الذي يخشى لأسباب جدية انهيار بناء مجاور أو تهدمه الجزئي أن يطلب من مالكة أو حائزه اتخاذ ما يلزم لمنع سقوطه.

لمالك العقار أو حائزه المهدد بالضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تجري بالعقار المجاور أن يطالب المالك أو القائم بالأشغال باتخاذ ما يلزم لمنع حدوث الضرر وله أن يطلب وقف تلك الأشغال.

يختص قاضي المستعجلات بالنظر في الطلبات الرامية إلى الأمر باتخاذ ما يلزم لمنع سقوط البناء أو الأمر بإيقاف الأشغال.

⁸²¹ - ينص الفصل 62 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري على ما يلي: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة".
القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الصادر بتنفيذه ظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

7- أجل التسليم؛

8- مراجع ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانه إنهاء الأشغال أو التأمين.

يودع البائع لدى محرر العقد، قصد الاطلاع، نسخا مطابقة للأصل من التصاميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابل للتغيير" وتصاميم الإسمنت المسلح ونسخة من دفتر التحملات ونسخة من الضمانة البنكية أو أي ضمانه أخرى مماثلة أو التأمين.

وتقوم الضمانة المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه بقوة القانون، وعلى الرغم من كل مقتضى مخالف، مقام أي حجز تحفظي يجريه المشتري في نطاق تطبيق أحكام هذا القانون إذا كانت الضمانة المذكورة من شأنها أن تغطي الحقوق موضوع هذا الحجز التحفظي.

الفصل 3- 618 مكرر مرتين

يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف.

لا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء.

يتضمن عقد التخصيص البيانات الواردة في البنود 1 و 2 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7 المنصوص عليها في الفصل 618.3 مكرر أعلاه.

الفصل 3- 618 مكرر ثلاث مرات

يحق للمشتري التراجع عن عقد التخصيص داخل أجل لا يتعدى شهرا ابتداء من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

يجب على البائع في حالة تراجع المشتري عن عقد التخصيص، أن يرجع للمشتري المبلغ المدفوع كاملا داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة هذا الحق.

وتحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة.

يودع البائع المبالغ المالية المؤداة من طرف المشتريين عند إبرام عقود التخصيص، وذلك في الحدود المقررة في الفصل 6-618 أدناه في حساب بنكي خاص في اسم البائع. وتكون

هذه المبالغ المالية المودعة غير قابلة للتصرف أو الحجز إلى حين انقضاء أجل حق التراجع المتعلق بكل عقد. وفي المقابل يتسلم المشتري وصلا بالإيداع.

الفصل 4-822618

يجب على البائع أن يضع دفتر تحملات العقار مطابقا للتصميم المعماري المرخص به يتضمن مكونات المشروع وما أعد له ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم.

يوقع البائع والمشتري على دفتر التحملات مع تصحيح إمضاءهما بعد إطلاع المهندس المعماري عليه وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها للأصل.

يرفق دفتر التحملات، عند الاقتضاء، ببطاقة تقنية موجزة موقعة من قبل البائع تتضمن وصفا لمكونات محل نموذجي منجز من طرفه.

إذا كان العقار محفظا، تودع نسخ من هذا الدفتر ومن التصاميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابل للتغيير" وتصاميم الإسمنت المسلح ومن نظام الملكية المشتركة، عند الاقتضاء، بالمحافظة على الأملاك العقارية.

إذا كان العقار غير محفظ، تودع وتسجل هذه النسخ بسجل خاص لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار.

يحدد بقرار لوزير العدل نموذج السجل المشار إليه في الفقرة أعلاه.

الفصل 5-823618

لا يجوز إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز إلا بعد الحصول على رخصة البناء.

الفصل 6-824618

يؤدي المشتري، كحد أقصى، قسما من الثمن الإجمالي تبعا لتقدم الأشغال حسب المراحل التالية:

5 % عند إبرام عقد التخصيص؛

5 % عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عن عدم وجود عقد التخصيص؛

⁸²² - تم تغيير وتنظيم الفصل 4-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸²³ - تم تغيير وتنظيم الفصل 5-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸²⁴ - تم تغيير وتنظيم الفصل 6-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

10% عند بداية الأشغال؛

60 % مقسمة على ثلاث مراحل وتؤدي حسب اتفاق الأطراف عند الانتهاء من أشغال إنجاز كل مرحلة:

• مرحلة الأشغال المتعلقة بالأساسات على مستوى الطابق الأرضي؛

• مرحلة الأشغال الكبرى لمجموع العقار؛

• مرحلة الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة؛

20 % عند إبرام عقد البيع النهائي وتسلم المفاتيح.

تعفى الإبراءات المؤداة عند عقد التخصيص وعقد البيع الابتدائي من رسوم التسجيل.

الفصل 7-825618

يتعهد البائع باحترام التصميم الهندسية وأجل إنجاز البناء، وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات المشار إليه في الفصل 4-618 أعلاه.

غير أنه، يمكن للبائع، عند الاقتضاء، الاستفادة من أجل إضافي لإتمام أشغال بناء العقار لا تتجاوز مدته ستة أشهر مع إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام أجل إتمام الأشغال الأصلي.

الفصل 8-826618

يعد باطلا كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص في حالة اللجوء إلى إبرامه.

الفصل 9-827618

يتعين على البائع بعد توقيع عقد البيع الابتدائي أن يقدم لفائدة المشتري إما ضمانه إنهاء الأشغال أو ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذا الفصل بنص تنظيمي.

يتحلل البائع بقوة القانون من الالتزام بالضمانة بمجرد تقييد عقد البيع النهائي أو الحكم القضائي النهائي بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظا أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان

⁸²⁵ - تم تغيير وتنظيم الفصل 7-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸²⁶ - تم تغيير وتنظيم الفصل 8-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸²⁷ - تم تغيير وتنظيم الفصل 9-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

العقار في طور التحفيظ أو بمجرد إبرام العقد وصدور الحكم القضائي النهائي إذا كان العقار غير محفظ.

يتحلل البائع من الالتزام بالضمانة بمجرد صدور حكم نهائي بالفسخ ناتج عن رفض المشتري تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في عقد البيع الابتدائي أو إتمام البيع بعد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في المادة 18-618 أدناه.

لا يجوز لمحرر العقد الإفراج عن الأقساط المودعة لديه لفائدة البائع إلا بعد حصوله من طرف هذا الأخير على الضمانة التي تغطي كل قسط يؤديه المشتري.

في حالة تحلل البائع من التزامه بالضمانة، يتعين على محرر العقد الابتدائي للبيع، إرجاع سند أو سندات الضمانة أو التأمين إلى البائع بمجرد توصله بطلب خطي من هذا الأخير، ترفق معه الوثائق التي تثبت الحالتين أعلاه.

الفصل 10-828618

يجوز للمشتري، إذا كان العقار محفظاً، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع. ويبقى التقييد الاحتياطي سارياً إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المشتري. وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً.

يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع.

بمجرد إجراء التقييد الاحتياطي، يمنع على المحافظ على الأملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع.

يتم تعيين رتبة العقد النهائي بأثر رجعي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي.

يقوم المحافظ على الأملاك العقارية أثناء تقسيم الملك موضوع الرسم العقاري الأصلي، بنقل كل تقييد احتياطي مضمن بهذا الرسم إلى الرسم العقاري الفرعي المتعلق به.

الفصل 11-618

لا تخضع لأحكام الفصل 9-618 المشار إليه أعلاه، المؤسسات العمومية والشركات التي يعود مجموع رأسمالها للدولة أو لأي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام.

الفصل 12-618

⁸²⁸ - تم تغيير وتتميم الفصل 10-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

في حالة التأخر عن أداء الدفعات حسب المراحل المنصوص عليها في الفصل 6-618 أعلاه، يتحمل المشتري تعويضا لا يتعدى 1% عن كل شهر من المبلغ الواجب دفعه، على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة.

في حالة تأخر البائع عن إنجاز العقار في الأجل المحدد فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة.

غير أن هذا التعويض عن التأخير لا يطبق إلا بعد مرور شهر من تاريخ توصل الطرف المخل بالتزاماته بإشعار يوجهه إليه الطرف الآخر بإحدى الطرق المنصوص عليها في الفصل 37 وما يليه من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1-74-447 الصادر بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية.

الفصل 13-618-829

يجوز للمشتري التخلي عن حقوقه المترتبة عن بيع العقار في طور الإنجاز لشخص آخر.

يجب أن يتم هذا التخلي وفق الشكل والكيفية المقررين لعقد التخصيص أو لعقد البيع الابتدائي والمنصوص عليهما في الفصول 3-618 و 3-618 مكرر و 3-618 مكرر مرتين أعلاه.

لا يسري هذا التخلي في مواجهة البائع إلا إذا بلغ به بإحدى الطرق المعتمدة قانونا.

تنتقل بقوة القانون، حقوق والتزامات البائع إلى المشتري الجديد.

الفصل 14-618-830

في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين، يستحق المتضرر من الفسخ، مع مراعاة مقتضيات الفصل 19-618 أدناه، تعويضا محددًا في:

15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار؛

20% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة.

⁸²⁹ - تم تغيير وتتميم الفصل 13-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸³⁰ - تم تغيير وتتميم الفصل 14-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

غير أنه يحق للمشتري فسخ العقد دون تحمل أي تعويض إذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لتسليم العقار مع مراعاة مقتضيات الفصل 7-618 أعلاه. وفي هذه الحالة، يستحق المشتري تعويضا محددًا في 20% من المبالغ المؤداة.

يعفى المشتري من أداء التعويض إذا تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

الفصل 15-618 831

لا يعتبر العقار محل البيع منجزا، ولو تم الانتهاء من بنائه، إلا بعد الحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة.

الفصل 16-618 832

يبرم عقد البيع النهائي طبقا لمقتضيات الفصل 3-618 المشار إليه أعلاه، بعد وضع البائع لدى محرر العقد شهادة مسلمة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لدفتر التحملات.

ويتوقف تحرير عقد البيع النهائي على الإدلاء برخصة السكن أو شهادة المطابقة واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحفوظة، وبعد أداء المشتري ما تبقى من ثمن البيع كما هو محدد في عقد البيع الابتدائي.

الفصل 17-618

تحدد بنص تنظيمي تعريفية إبرام المحررات المتعلقة بعقدي البيع الابتدائي والنهائي 833.

الفصل 18-618 834

⁸³¹ - تم تغيير وتنظيم الفصل 15-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.
⁸³² - تم تغيير وتنظيم الفصل 16-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.
⁸³³ - أنظر المرسوم رقم 2.042.143 الصادر في 14 من ذي القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004) تحدد بموجبه تعريفية إبرام المحررات المتعلقة بعقدي البيع الابتدائي والنهائي للعقارات في طور الإنجاز؛ الجريدة الرسمية عدد 5280 بتاريخ 24 ذو القعدة 1425 (6 يناير 2005)، ص 41.
المادة الأولى

"تحدد تعريفية إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز في مبلغ 500 درهم يؤدي لفائدة محرر العقد."
المادة الثانية

"يتقاضى محرر العقد النهائي لبيع العقار مبلغا يتناسب مع ثمن البيع الإجمالي للعقار، وذلك كما يلي:

- أقل من 120.000 درهم أو ما يعادله : مبلغ 600 درهم ؛

- من 120.001 درهم إلى 200.000 درهم : مبلغ 1.000 درهم ؛

- من 200.001 درهم إلى 500.000 درهم : مبلغ 2.500 درهم ؛

- من 500.001 درهم وما فوق : نسبة 0.50% من المبلغ الإجمالي للعقار."

⁸³⁴ - تم تغيير وتنظيم الفصل 18-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

يتعين على البائع بمجرد حصوله على رخصة السكن أو شهادة المطابقة المشار إليهما في الفصل 6-618 أعلاه، وعلى أبعد تقدير داخل ستين (60) يوما الموالية لتاريخهما أن يخبر المشتري بذلك في محل مخابرته المصرح به في عقد البيع الابتدائي أو عند الاقتضاء في عقد التخصيص بإحدى طرق التبليغ المعتمدة قانونا، وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لتحيين الملك موضوع الرسم العقاري من أجل استخراج رسوم عقارية فرعية خاصة إذا كان العقار محفظا.

يتعين على البائع أن يخبر المشتري بواسطة نفس طرق التبليغ المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه بتاريخ استخراج الرسوم العقارية الفرعية داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين (30) يوما الموالية لهذا التاريخ.

الفصل 19-61835

إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، يحق للطرف المتضرر إما:

فسخ العقد بقوة القانون، تطبيقا لأحكام الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 14-618؛

اللجوء إلى التحكيم أو إلى المحكمة من أجل إتمام البيع مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 12-618.

يقوم الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع مقام عقد البيع النهائي قابل للتقيد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظا، أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ.

الفصل 20-61836

تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد النهائي أو صدور الحكم النهائي في الدعوى إذا كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ أما إذا كان العقار محفظا، فإن الملكية تنتقل من تاريخ تقييد العقد أو الحكم المذكورين في الرسم العقاري.

القسم الثاني: في المفاوضة

باب وحيد: في المفاوضة 837

⁸³⁵ - تم تغيير وتنميط الفصل 19-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

⁸³⁶ - تم تغيير وتنميط الفصل 20-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

837 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الوحيد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

الفصل 619

المُعاوضة عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئاً منقولاً أو عقارياً، أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر.

الفصل 620

تتم المُعاوضة بتراضي المتعاقدين.

إلا أنه إذا كان محل المُعاوضة عقارات أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهناً رسمياً، وجب تطبيق أحكام الفصل 489.

الفصل 621

إذا كان أحد العوضين أكثر من الآخر قيمة، ساغ تعويض الفرق بنقود أو بغيرها من الأشياء، معجلاً أو مؤجلاً. ولا يسري هذا الحكم بين المسلمين، إذا كان محل المُعاوضة طعاماً.

الفصل 622

مصروفات العقد تنقسم بقوة القانون بين المتعاضين ما لم يشترطاً غير ذلك.

الفصل 623

يلتزم كل من المتعاضين نحو الآخر بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، إما بسبب الاستحقاق، أو بسبب العيوب الخفية في الشيء الذي أعطاه.

الفصل 624

إذا كان محل المُعاوضة عقارات أو حقوقاً عقارية وقدمت دعوى لفسخها وجب تقييد ذلك على هامش تسجيل عقد المُعاوضة.

الفصل 625

تطبق أحكام البيع على المُعاوضة في الحدود التي تسمح بها طبيعتها.

تكوين عقد البيع

عقد البيع 838 :

838 -

تعريف العقد

المرجع

العقد، الوسيط_ جزء_1، مصادر_الالتزام

الباب الأول

العقد

Le Contrat

تمهيد

35 – مسائل ثلاث :

تمهيد للكلام في العقد بكلمات ثلاث :
إحداها في تعريف العقد ،
والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ،
والثالثة في تقسيم العقود .

1 – تعريف العقد

-الاتفاق والعقد

- لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد
- وجوب الاتفاق على إحداث اثر قانوني- تحديد منطقة العقد : (نطاق العقد)
- المذهبان الشخصي والمادي في العقد.

36 – الاتفاق والعقد :

يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد . فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد (contrat) اخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتيه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة 1101 بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

37 – لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد :

ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد . وننقق في هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

وكان المشروع التمهيدي يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة 122 من هذا المشروع على أن " العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (1838]) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعني عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجازة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (1838] 2) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .

38 – وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانوني :

والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . وينبغي ذلك من الظروف والملابسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة ، في نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسؤولية في جانب من اخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للزئيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرعته ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته ، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أي منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

39 – تحديد منطقة العقد : (نطاق العقد)

وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني . ولكن يجوز ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوي في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes - regle , actes - condition) وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhesion) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة ، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (contrats collectives) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

40 – المذهبان الشخصي والمادي في العقد :

سبق أن أشرنا إلى مذهبين في الالتزام {راجع الرابط} ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادي ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادي يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonte interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكنانها في الضمير ، وما التعبير المادي عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية

فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة externe, declaration de volonte volonte ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية ، فالتعبير المادي عن الإرادة ليس مجرد الدليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادي هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوي عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفي فيما يلي .

نص الفصل 2 من ق.ل.ع.م 839 ، على وجوب توافر أركان ثلاثة

839 -

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016
الباب الأول: الالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة

الفصل 2

الأركان 839 اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1 - الأهلية للالتزام؛

2 - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛

3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام؛

4 - سبب مشروع للالتزام.

الفصل 2.1 (2)

عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني، يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 أدناه (3).

يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك.

غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحركات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون (4) ، ماعدا المحركات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته.

الفصل 1-417 (5)

تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق.

تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف، بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

الفصل 2-417

يُتيح التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة.

تصبح الوثيقة رسمية إذا وضع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق.

عندما يكون التوقيع إلكترونيًا، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به.

839 - وردت في النص الفرنسي عبارة "**les éléments**" "العناصر" بدل الأركان كما جاء في الترجمة العربية؛ فالعناصر تستغرق الأركان وشروط الصحة، أما الأركان فهي أجزاء الماهية التي تختل باختلال بعضها. والملاحظ أن الأهلية من حيث المبدأ ليست ركناً، لأنها لا تعتبر من أجزاء الماهية وإنما من شروط الصحة.

وبذلك يمكن صياغة الفقرة 1 من الفصل 2 أعلاه كالآتي: **العناصر** اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: ...

2- تَمَّ الفصل 2-1 أعلاه، الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود؛ وذلك بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

ويحدد هذا القانون حسب المادة الأولى منه النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني. كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة.

هي التراضي⁸⁴⁰ والمحل⁸⁴¹ والسبب⁸⁴² .

3- تم تغيير أحكام الفصل 2.1 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 09.15 بتغيير الفصل 2.1 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.15 بتاريخ 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015)؛ الجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 (19 مارس 2015)، ص 1751.

4 - المقصود بالقانون في هذا الفصل، القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

-5

- تَمَثَّلَ الفصول 1-417 و 2-417 و 3-417 أعلاه، الفرع الثاني من الباب الأول من القسم السابع من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وذلك بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 53.05.

840 -

التراضي وتعبير الاصيل عن الارادة

الفصل الأول

أركان العقد

68 - مصدر أركان العقد :

العقد يقوم على الإرادة ، أي تراضي المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فالعقد إذن ركنان : التراضي والسبب⁽¹¹⁾ .
وأما المحل فهو ركن في الإلتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الإلتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الإلتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الإلتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاء للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التي يقوم عليها التراضي والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذي يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- 1 - التراضي .
- 2 - المحل .
- 3 - السبب .
- 4 - البطلان .

الفرع الأول

التراضي

69 - وجود التراضي وصحته : يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد ، فإنه لا يكفي لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

- 1 - وجود التراضي .
- 2 - صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

70 - التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة 89 من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين؛ مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لاتعاقد العقد (121) ".
فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين (121). والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تنتج لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

71 - أركان الإرادة (أو العمل القانوني) :

والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعا في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادي من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتنتج لتحقيق سبب مشروع .

72 - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني :

ويعني هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبا بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .
ويترتب على ذلك بدهاء أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .
ولا عبرة بالإرادة التي لم تنتج لإحداث أثر قانوني ، كما في المجاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .
كذلك لا يعتقد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تنتج اتجاهًا جديدًا لإحداث أثر قانوني (141)

73 - كيف يتم التعاقد :

والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باثًا ، ويتحقق ذلك في الاتفاق الابتدائي وفي العريون .
فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية :
(1) التعبير عن الإرادة . (2) توافق الإرادتين (3) مرحلة تمهيدية في التعاقد : الاتفاق الابتدائي والعريون .
المطلب الأول
التعبير عن الإرادة
74 - تعبير الأصل وتعبير النائب :
قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصل وقد يصدر من نائب عنه . فننكلم : (أولاً) في التعبير الصادر من الأصل ، و (ثانيًا) في التعبير الصادر من النائب ، أي النيابة في التعاقد .

1 - التعبير الصادر من الأصل

75 - الإرادة ومظهر التعبير عنها :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .
أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعد به العزم على شيء معين (151) .
وما دامت الإرادة عملاً نفسيًا فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

76 - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

نصت المادة 90 من القانون المدني الجديد على ما يأتي :
" 1 - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود . "

" 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحًا (161) " .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة . وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس . يكون تارة تعبيرًا صريحًا وطورًا تعبيرًا ضمنيًا .
ويكون التعبير عن الإرادة صريحًا إذا كان المظهر الذي اتخذته . كلامًا أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك . مظهرًا من موضوعًا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة . وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التلفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائبًا . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها ، عرقية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعًا عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلا كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطًا أشد مم يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضًا بالإشارة المتداولة عرفًا ، بإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصًا يكون تعبيرًا صريحًا عن الإرادة ، كهز الرأس عموديًا دلالة

على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (121) .

ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (121) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك . وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود ببيعها (1) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م 599) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدبر ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (121) .

وأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهرًا خاصًا في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة مظهرًا للتعبير عن الإرادة بل طريقًا لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكفي بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه القاعد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م 398) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م 457) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م 597) (121) .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً أن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (121) .

وكل ما قدما عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاءً دون نص في ظل القانون القديم (122) .

77 - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (123)

. تمهيد :

إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دام الإثباتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا . كما إذا أمضى شخص عقدًا مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعملها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصي على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال . فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكنها نظرية حديثة كان للألمان الصلح الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة ، ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتيهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) ، فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

78 - نظرية الإرادة الباطنة (volonte interne) :

وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها . حقيقية أو مفترضة . هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

79 - نظرية الإرادة الظاهرة (Volonte externe, declaration de volonte) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في كمنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرًا اجتماعيًا إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية (124) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهرًا من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها . دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية . ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليل على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعي أنه أضمر غير ما أمظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته (115) .

80 - موقف القانون الجديد :

وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل ، على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

81 - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره :

والتعبير عن الإرادة . سواء كان صريحاً أو ضمناً . وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة . لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضي به المادة 91 من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك " (116) ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم . ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجود فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (Efficacite) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أي قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ، ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتي الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قول مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثره القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة 91 بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوي عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات (117) .

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، غز جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

82 - الموت وفقر الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قدما أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي . فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده لأهليته وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبه وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك . فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجود القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضي به المادة 92 من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يثبت العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (118) " . وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجري على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (119) .

ويرجع هذا في رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبه ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبه وتزول بفقده لأهليته . ولا شك في أن حكم القانون الجديد في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل ، فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (120) .

ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم (121) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب . وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً . أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل (122) .

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (231) .

النيابة في العقد (التعبير الصادر من النائب)

(1) يجب على التراضي أن يكون في شكل مخصوص كما في العقود الشكلية التي سبق ذكرها . ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركنا من أركان العقد .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة 135 منه على الوجه الآتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لاتخاذ العقد " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " قطع المشروع بإلزام مذهب افرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لاتخاذ العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين " وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحصاراً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول . ولما تتلى النص الذي نحن بصددده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة " فوق ذلك " ، فأصبح كما يأتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لاتخاذ العقد " . ولما تتلى النص الذي نحن بصددده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة " فوق ذلك " ، فأصبح كما يأتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لاتخاذ العقد " . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لاتخاذ العقد لا يعني عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنص الآتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لاتخاذ العقد " . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم 91 . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها 89 . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 8 ص 13) .

(2) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران ، فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقدين الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد يتلاقى تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 10)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضا الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقه منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدني في 8 مارس سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 169 ص 329) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذف في المشروع النهائي فكانت المادة 127 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبة أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقداً للتمييز " . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبع فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبة والسكر والتوتيم المغناطيسي (أنظر التقنين الألماني تعليقات 1 ص 103) . ويفرق القانون الإنجليزي بين الصترفات التي تتعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرس على استقرار المعاملات (جنكس م 64 و 69 . وولنستون 1 ص 111) " ولما تليت المادة 127 في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة 128 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني " . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تأثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيها يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنداً قوياً في الشريعة الإسلامية ، غز هي تعدد اعتدادنا بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة ، فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقة إذ لم يعد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إيثار المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط 20 فبراير سنة 1896 م 8 ص 132) " ولما تليت المادة 128 في لجنة المراجعة اقترح حذفها " لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به " فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 29 . ص 30 في الهامش) .

(1) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملا تحضيريان ويليهما عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (deliberation) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (execution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة .

وتتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق ، ولا تلتبس بالتنفيذ ، وه شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزا فيه كل هذا الوضوح ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادي ، فيستخلص أسبابا للإقدام على العمل وأخرى للإحجام عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيدا وأقل وضوحا . فإذا انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن ينتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكا لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنهما ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تكفير وتمييز وتبصير .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م 124) على الوجه الآتي : " 1 - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يجوز ذلك أيضا باتخاذ موقف يكون من شأنه تعبعا للظروف ألا يدع شكا فيما يشتمل عليه هذا التعبير . 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم يقض القانون أو ينفي الطرفان على أن يكون صريحا " . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقا للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة 92 من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم 92 . ولما تليت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجع عن هذا الرأي في جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة 90 . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 14 و ص 15 . ص 19) .

(1) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على النص الآتي (م 134 من المشروع) : " 1 - يعتبر عرض البائع مع بيان ثمنها إيجابا 2 - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجابا ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض " فاقترح حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه " فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 41 في الهامش) .

(2) وقد يكون السكوت تعبيريا صريحا عن القبول كما سيجيء (قارن حكما لمحكمة النقض . الدائرة المدنية . في 21 إبريل سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 410 ص 760 ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولا ضمنيا من سكوتة عن الرد على ما تضمنه الإنذار) . .

(1) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشتمل العين الموعد ببيعها (نقض مدني 6 يونيه سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 90 ص 188) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجابا ضمنيا بالهبة من أن المورث فتح حسابا خاصا في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وقالت في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه ففتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات لا يرجح أحدها إلا بمرجح " . (نقض مدني 8 أبريل سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 298 ص 590) .

(2) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيريا صريحا ، ولكنه يتطلب مثلا اتفاقا خاصا (أنظر م 309 و م 445 و م 781) ، أو ينص على أن الإرادة لا نفترض (أنظر 279 و م 354 و م 360) ، أو يستوجب أن يكون تغير الإرادة تفسيريا ضيقا (أنظر م 555) وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيلة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني .

(1) أنظر أنفا فقرة 48 في الهامش .

(2) وقد جرى القضاء المصري على الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط في 13 فبراير سنة 1896 م 8 ص 118 . وفي 12 مارس سنة 1930 م 42 ص 352) . وذهب كذلك إلى أن مسلكا معينا أو ضريا من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحا عن الإرادة (استئناف مختلط في 16 مايو سنة 1929 م 41 ص 401) .

(3) بعض المراجع الرئيسية : سالي في الإعلان عن الإرادة . بنكاز تكملة بودري جزء 2 . ديموج في الالتزامات جزء أول . بلاتويل وريبير وإسمان جزء أول . ديريه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة 1905 ، وانظر أيضا مقالا له في المجلة الانتقادية سنة 1901 . مقال الأستاذ مينال (Meynial) في

الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1902 ص 545 . مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيلبيوم دي بيزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري الفرنسي في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1913 ص 543 . 586 . نظرية العقد للمؤلف ص 150 وما بعدها . أصول الالتزامات للدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص 82 وما بعدها . نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص 70 وما بعدها .

(1) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م 77 : إذا استعمل شخص طرقاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في العقد طبعة تاسعة ص 5 . ص 6 . ولتن في العقد جزء أولى فقرة 94) . أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام فليس هذا منهم في رأينا استمساكاً باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذه إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حما على الإرادة الباطنة ، وهي الزواج والطلاق والعناق (التلويح والتوضيح جزء 2 ص 787 . 789) .

(1) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يغفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحديث أثرها القانوني (Volonte de declarer) فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحديث أثرها القانوني إلا وقت أن يقع على هذه الكتابة ، بل هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتسديدها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهرها مادياً يعتد به في التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحديث أثرها القانوني (أنظر المادتين 127 و 128 من المشروع التمهيدي وقد مر ذكرهما . وانظر في هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص 132 . سالي في إعلان الإرادة ص 2 . رسالة الدكتور الشيني المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد ص 64 هامش رقم 3) . ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة ، أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور von tuhr ص 136 . رسالة الدكتور الشيني المشار إليها ص 84 فقرة 75) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهو لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقاما يستطاع إثبات ذلك ، وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل بتقارب الميدان من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطئ دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة . ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدئين لا يجوز إغفاله ، فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (1) عند تفسير العقد إذا أخذنا لقاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجتبه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل . (2) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حك تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى ، وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م 125) على الوجه الآتي :
" 1 . ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه 2 . إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كن يصل في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أوفي الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر " ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكاً تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تشريعي ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المدة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمراً متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً . على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس " والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م 93 من المشروع النهائي) كما يأتي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت لذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ك " . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 93 ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها 91 . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 19 . ص 28) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزمان قليل . وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذ القانون المصري نفسه . سار على نهج القانون المصري في الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السوري لم ينقل عن القانون المصري نص المادة 91 . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م 98 من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (م 97 من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين الغائبين .

(1) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة 125 من المشروع التمهيدي (وهي المقابلة للمادة 91 من القانون الجديد) الأمر على النحو الذي بيناه في المتن . فهي قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً وجوذاً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه ، وكان هذا النظر يتمشى مع المشروع التمهيدي الذي جعل الإيجاب ملزماً (م 129 من هذا المشروع) . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة 125 من المشروع التمهيدي : " تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذي يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوقاة من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تقريباً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 19 . ص 20) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فحذف المادة 129 من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 126 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

" لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل " ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذي استقر في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة 94 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 94 . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم 92 ، وجاء في تقريرها ما يأتي : " اقترح الاستعاضة عن المادة 92 بالنص الآتي : " ينقض التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في صمر وفرنسا ، ولأنه قد يفضي إلى الإضرار بورثته المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا ينتير للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقد أهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراض للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح ط . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 29 ص 35) .

(19[840]) انظر محكمة الاستئناف الوطنية في 9 مارس سنة 1930 (المحاماة 4 ص 44) - محكمة طنطا في 6 ديسمبر سنة 1930 المجموعة الرسمية رقم 32 ص 305 - وكانت المادتان 50 / 72 من القانون القديم تطبيقاً هذا المبدأ في عقد الهبة فتضمن على ما يأتي : " تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له " .

(1) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد في الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه بعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة . والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا الفرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(1) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أي قبل 15 أكتوبر سنة 1949) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immediate) .

(1) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة 126 من المشروع التمهيدي (وهي التي تقابل المادة 92 من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير للموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزماً ، فورد في هذا الصدد ما يأتي : " يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو يفقد أهليته ، وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو عبارة

أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أي التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه " .

وهذا التعليل إذا صلح في قانون يعتبر الإيجاب ملزماً بموجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذا قالت : " ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... " وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير " . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً .

(أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 31) .

(2) وكان المشروع التمهيدي (م 126) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضي بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته بسقط التعبير ، فكانت المادتان 51 / 73 من هذا القانون تنصان على أنه " يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها من يقوم مقامه " ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين أخذ بهما القانون الجديد ، فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأ نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتي : (1) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد (2) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى عامه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

صحة التراضي - مبحث في الأهلية وعيوب الإرادة

المبحث الثاني

صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

143 - الأهلية وعيوب الإرادة :

كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ([1]) .

وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

(capacitéLa)

الأهلية (*)

اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م 129 – 130 / 189 – 190 قديم) ، ثم ذلك أن الجراء مع نقص الأهلية هو أبطال العقد (م 131 – 132 / 191 – 192 قديم) .

أما القانون الحالي يؤثر الاكتفاء بتشريعات الأحوال الشخصية .

وقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص (الأحوال الشخصية وإجراءاتها) قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم 99 لسنة 1947 الصادر في 13 يولييه سنة 1947 ملغي لاحقاً) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيدده للمصريين كافة .

أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م 11 مدني جديد) ([2]) .

ونبحث في ايجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون (الحالي) الجديد .

1 – النظرية العامة في الأهلية

2 – أحكام الأهلية

(Vices du consentement)

عيوب الإرادة

المطلب الثاني

الغلط - التدليس -الإكراه-الاستغلال .

1 – الغلط (*) (erreur ' L)

2 – التدليس (*) (Le dol) }

3 – الإكراه (*) (La violence) }

4 – الاستغلال (*) (L'exploitation) {

([1]) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة 162 من هذا المشروع يجري بما يأتي : " يجوز إبطال العقد : أولاً – لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً – لعب في الرضاء " . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 110 في الهامش) .

([2]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي : " اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من اثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة 129 / 189 من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعية . أما المادة 130 / 190 من التقنين الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان 131 – 132 / 191 – 192 الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ،

فوضعت الأولى بين قواعد تتنازع القوانين في النصوص التمهيدي ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 109) .

التسميات: الوسيط_ جزء 1، عيوب_ الارادة، مصادر_الالتزام

عبد الرزاق السنهوري شرح القانون المدني الجزء الأول .

عيوب الارادة < الاستغلال

L'exploitation الاستغلال

4 – الاستغلال (*)

(L'exploitation)

202 – الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

ويستخلص من هذا التعريف : (1) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقتضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى ([1]840) . (2) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (3) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

203 – تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيّدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسّعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسُّلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعينت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعتبته في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، هذه التقاليد ، فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وإبته إلا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م 336 – 337 / 19 – 4204) . وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على 8 في المائة ، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنيات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو إلا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته واقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) درجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي

القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء ابطلاً أو تكمة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغني عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية ، وننسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، ودون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغمًا من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . ففرض القانون المدني الألماني في المادة 138 ببطان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (*disproportion choquante*) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (*disproportion évidente*) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقدين الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة . وتقضى المادة 22 من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (*hors de toute proportion*) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات

([2] 840) .

204 - القانون المصري الجديد : وقد سائر القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة واخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة 129 على ما يأتي :

" 1 - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " .

" 2 - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة " .

" 3 - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ([3] 840) " .

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة 130 على أن " يراعى في تطبيق المادة السابقة (م 129) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة ([4] 840) " . والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسياتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد ، واعتد في الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود ، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة 129 سالف الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و (ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

ب - الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

209 - دعيان : إذا توافرت شروط الاستغلال التي أسلفنا ذكرها " جاز للقاضي ، بناء على طلب المتعاقدين المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد " . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويتين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقدين المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن يرفع دعواه في " خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة " (م 129 فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضي بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا الصدد أن السنة ميعاد إسقاط (*déchéance*) لا ميعاد تقادم (*prescription*) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، وتحسب بالتقويم الميلادي (م 3 من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة ، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف ، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال ، فلا يبقى مصري العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل .

أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسندى إنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حساب الأحوال (م 140) ، وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط ، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقضاء أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال ([1]840) .

210 – دعوى الإبطال : وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضي إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً ، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذي سيأتي بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملايسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجري عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتي ذكر هذه الأحكام عند الكلام في بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى في أمرين .

(الأمر الأول) المدة التي ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثاني) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 129 على هذا الحكم فقالت : " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن " . فإذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضي أن الزيادة التي عرضها المشتري تكفي لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذي يكفي لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضي . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء . بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذي يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضي في تقدير ذلك إلى ملايسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبب وافيًا . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

211 – دعوى الإنقاص : وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادئ الأمر دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الاقتصاد على إنقاص التزاماته ، قضى بانقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة ([2]840) . وهذا أيضاً موكل لتقدير القاضي ينظر فيه وفقاً لملايسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . ففي البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رأى الاقتصاد على الإنقاص ، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن . بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري ، بأن يزيد في مقدار الثمن بدلا من أن ينقص في قدر المبيع : فإن نص القانون لا يجبر ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤدي البائع بل يرفع عنه الغبن ، فإن الزيادة في الثمن قد تؤذي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن كما مر .

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينتفى معه اثر الاستغلال .

212 – دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشي كثيرون من هذا النص العام الذي ورد في القانون الجديد عن الاستغلال ، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصري قد واجه فعلاً قضية الاستغلال في الأمثلة التي قدمناها ، وعالجها بالقدر الذي استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفي هنا ، وأن نصاً عاماً في الاستغلال ، لاسيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجب مقتضيات التعامل . فيواجه القاضي ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتتقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام في الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى ([3]840) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك أن النص نادر التطبيق ، وأن قضية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى ([4]840) . وسندى ما يصير إليه الأمر في مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذي اشتمل عليه القانون الجديد ([5]840) .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة_ مصادر_ الالتزام

الإكراه La violence

– الإكراه

187 – الرهبة هي التي تفسد الرضاء :

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الإحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

188 – الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعدمه :

والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدد به ، فاختار اهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة . وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

189 – الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع :

وينبغي أن تنظر إلى الإكراه – كما نظرنا إلى التدليس – من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

190 – النصوص القانونية :

وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين 135 / 195 ، وهو يقضى بأنه " لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة " . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذا تجنب الخوض في كثير من التفصيلات التي عرضت لها هذه النصوص ([1]840) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذي التمييز (*personne raisonnable*) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي ([2]840) .

أما القانون الجديد فقد تجنب نصوصه هذا الخلط ، فاقتصرت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما لمادتان 127 و 128 .

وتنص المادة 127 على ما يأتي :

- 1 - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .
- 2 - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
- 3 - ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه ([3]840) .

وتنص المادة 128 على ما يأتي :

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه ([4]840) " .

191 – عنصران للإكراه :

ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان :

- 1 – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق ، وهذا هو العنصر الموضوعي .
 - 2 – رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل علالتعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .
- وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين . أو الغير أو مجرد المصادفة ([5]840) .

([1]840) نظرية العقد للمؤلف ص 437 – ص 444 .

([2]840) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة 1112 بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار " الرجل الشجاع " ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانوني الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا " الرجل المعتاد " بدلا من " الرجل الشجاع " ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتيه الذاتي ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتيه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن نقد بوتيه لمعيار " الرجل الشجاع " من شأنها أن ينزل المعيار إلى " الرجل المعتاد " ، ولم ينتبهوا إلى أن بوتيه لم ير إبدال معيار موضوعي معيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص 434 حاشية رقم 3) .

([3]840) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 176 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – يكون العقد قابلا للبطلان إذا تعاقدا شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس 2 - وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذي يعيدها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . 3 – وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة " أحد أقاربه " بكلمة " أو غيره " ، ولوحظ في ذلك أن عبارة " أحد أقاربه " أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال واضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق اعز عليه من أقاربه ، وروى أن الخطر الجسيم الذي يحقق بالغير فيبيع الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للغير الذي يعتبر الخطر المحدق به إكراها . وأبدلت كلمة " حالا " التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة " محدقا " . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة " ومزاجه " فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة 131 في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت كلمة " النفس " اكتفاء بكلمة " الجسم " لأن الخطر الذي يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت كلمة " ومزاجه " الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لاشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة " النفس " التي كان مجلس النواب قد حذفها لأن الألام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الألام الجسمانية كمن يخطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخطف . وأصبح رقم المادة 127 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 178 – ص 184) . أنظر المادتين 29 و 30 من قانون الالتزامات السويسري .

([4]840) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 177 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أكن الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . 2 – فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض " . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد ، وأصبح رقمها 132 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هي – لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة – مع استبدال عبارة " أو كان من المفروض حتماً أن يعلم " بعبارة " أو كان في استطاعته أن يعلم " . وأصبح رقم المادة 128 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 185 – ص 188) . أنظر المادة 29 من قانون الالتزامات السويسري .

([5]840) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعنصريه (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مارس سنة 1920 م 32 ص 237 – وفي 23 مارس سنة 1926 م 38 ص 302) . وبثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه ثبتت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالبيت فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي بعد إكراه ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراها في بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص 420 حاشية رقم 2) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في 2 يونيو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 62 ص 157 ومجموعة عمر 1 رقم 55 ص 120 ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : " وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم

فما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون " . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في 7 نوفمبر سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 297 ص 923 .

التسميات: الوسيط_ جزء_1 , عيوب_ الارادة , مصادر_الالتزام

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق-العنصر الموضوعي

أ – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق

وهو العنصر الموضوعي في الإكراه

لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكره ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكتة ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتتكلم إذن فيما يأتي : (1) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (2) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (3) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد

(4) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (5) الشوكة والنفوذ الأدبي .

193 – الإكراه الحسي والإكراه النفسي :

وسائل الإكراه أما أن تقع على الجسم ، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بالإحراق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة

أ – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق

العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

194 – خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه :

ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ([1]) " .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً ، والعبرة في جسامته الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشييه من طريق السحر " والتعزيم " ، أو هددته بأن له قدرة على " الربط والحل " ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد ينبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حل أو محدق ([2]) .

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو الم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضي التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته

بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذي يقع على أي شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفي لتحقيق الإكراه .

195 – الخطر يهدد الغير :

وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 127 التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحقق المتعاقد المكره نفسه " أو غيره " . وقد كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد ([3]) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تقسد إرادته تحت تأثير الخوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم متأثراً بفساد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم إنهم هم الاعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تقسد إرادته فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق ([4]) .

196 – المطالبة بحق كوسيلة للإكراه :

والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمتص التزماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يمتص تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه الوسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أ – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأمناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . وكذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها أن لم يستند ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . وهذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بعثت " دون حق " في نفس المتعاقد المكره ([5]) .

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة بضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل لينتزع من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغي من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراه ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه ([6]) .

197 – الشوكة والنفوذ الأدبي :

ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصالا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصي والقاصر إذا لم يكونا من ذوي القرى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الديني والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس ، لا يكفي عادة ليكون وسيلة للإكراه ، ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع ([7]) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه ([8]) . ولا شك في أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض

له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو اثر عميق في النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . أو ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه ([9]) .

([1]) وكان هذا هو القانون القديم : استئناف مختلط في 27 مايو سنة 1943 م 55 ص 167 .

([2]) وكانت النظرية التقليدية للإكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي ، فهي تذكر " الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال (present) " . وقد جاء في بوتييه : " يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أي أن يكون الشخص مهدداً بالوقوف فيه في الحال إذا لم يفعل ما طلب منه " (التزامات فقرة 25) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتحوّل النص ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر (نظرية العقد للمؤلف ص 430) .

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فكانت الفقرة الثانية من المادة 176 من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتي : " وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يعديها يعتقد ، تبعاً للطروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال " . ولكن جاء المذكرة الإيضاحية للمشروع ما يأتي : " وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطتها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول " . وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصح وأكثر تمشياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 179 – ص 182) .

هذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه " حالاً " ، فلا تجد هذا الوصف في القانون الألماني ولا في القانون السويسري ولا في القانون البولوني .

([3]) أنظر الفقرة الثانية من المادة 176 من المشروع التمهيدي ، وقد أوردناها في الحاشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدي على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدني الفرنسي ، فإن هذا القانون في المادة 1113 حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة . وقد انقسمت الفقهاء في تفسير المادة 1113 إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقدين أن يثبت أن الخطر الذي هدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذي يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة 1113 من شأنها أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص 431 – ص 432) .

أما ما ورد في المشروع التمهيدي فهو لا يحدد صنفاً معيناً من الأقارب كما قدمنا ، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : " ولا يشترط أن يتهدد الخطر لمتعاقدين ذاته ، بل يجوز أن يتهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضي أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو متبع في التقنين الفرنسي (م 1113) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة 19 من المشروع الفرنسي الإيطالي) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لا يتسع لصور جديدة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 180) .

أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدي ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

([4]) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب العتيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري " الخطر الجسيم الداهم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه " (م 30) .

هذا ويقع على المتعاقد العبء في إثبات أن الخطر الذي تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه ، كأن يهد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يرض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للمؤلف ص 426 حاشية رقم 5) .

([5]) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطّر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (3 يونيو سنة 1911 م 23 ص 351) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم في نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنون لم يسيئوا استعمال حقهم (24 يونيو سنة 1914 م 26 ص 479) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كمباشرة الإجراءات الجنائية لا يعد

إكراهاً ما دام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (29 يناير سنة 1914 جازيت 4 رقم 223 ص 88) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسوء النية (26 ديسمبر سنة 1929 جازيت 20 رقم 64 ص 60) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (16 ديسمبر سنة 1896 م) ص 58) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزداد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزداد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء اكبر من الثمن الذي رسا به المزداد (7 فبراير سنة 1928 م 40 ص 186) ، وبأن المجني عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (25 مارس سنة 1947 م 59 ص 154) - وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بان المادة 135 مدني (قديم وتقابل م 127 جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهه ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاص العين المستأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بان عقد الإجارة قد شاب من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (2 يونيو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 62 ص 157 - مجموعة عمر 1 رقم 55 ص 120) .

هذا وقد يبقى الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالشهيرة به عند خطيبة له إذا لم يرض التزماً يعرضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها . في مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغمًا من عدم مشروعية الوسائل التي التجأت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالعقد لا يبطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (17 نوفمبر سنة 1925 سيريه 1926 - 1 - 121) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج 1 فقرة 317) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج 1 فقرة 298) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأن الغاية تبرر الوساطة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستقضي حقه بنفسه مادام لا يتعسف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي (بلانويول وريبير وإسمان 1 فقرة 196 ص 263 - ديموج 1 فقرة 318) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص 429) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويفسدها لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في صورتين اللتين نحن بصددهما - الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع - يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إبطاله للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من صورتين ، فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في صورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا - والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع - أنه متعسف في استعمال هذا الحق .

([6]) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في 16 ديسمبر سنة 1896 م (ص 58 - وفي 28 ديسمبر سنة 1933 م 46 ص 106 - وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في 14 مارس سنة 1917 م 29 ص 288 . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضي له تعهداً بالآل يعمل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في 31 يناير سنة 1896 جازيت دي باليه 96 - 1 - 398) . وبعد إكراهاً كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في 6 فبراير سنة 1903 جازيت دي باليه 1903 - 1 - 728) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : " إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالمعنى الذي يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللأقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضا " (10 نوفمبر سنة 1908 سيريه 1909 - 1 - 76) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م 27 فقرة 2) والقانونين التونسي والمراكشي (م 48 / 52) والقانون اللبناني (م 212) والقانون البرازيلي (م 100) . واشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، فقضت الفقرة الأولى من المادة 178 بأنه " لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ما لم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فيثبت منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق " . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : " وما دام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليثبت منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على نقبض ما تقدم واقعاً بغير حق . ولو أن حق الدائن في هذا الفرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود " . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 185 - ص 186 في الهامش) .

([7]) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إمضاء عقد لا يهبط الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بغير الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء اثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعته بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لا بطلان العقد (21 مارس سنة 1905 الاستقلال 4 ص 310 - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في 23 مارس 1926 م 38 ص 320) . وتقضي المحاكم الوطنية في كتي رمن القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامع تثريه زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

([8]) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً للتأثير في إرادة المتعاقدين ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخته المتزوجتين والمستقلتين عنه – وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخته – وقد ابرم العقد المطعون فيه بالإكراه على يد لجنة من العمدة والمشايخ ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخته أحدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسبوط في 12 فبراير سنة 1942 المحاماة 22 رقم 244 ص 698) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هبة الأقارب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقتصر ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (25 فبراير سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم 29 ص 59) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الاقتناع والتأثير البري ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها – بفرض صحتها – لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضا وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك (12 أبريل سنة 1945 مجموعة عمر 4 رقم 237 ص 628) .

([9]) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن المورثة التي تنتقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتنتجده تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصوصها بالأداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطي لاحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوقة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسليطاً جعلها تنقاد لأرادته وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتفوض له التصرف في الربع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً للمواد 128 و 133 و 136 من القانون المدني (القديم) لانعدام (كذا) رضائها وقت التصرف (8 مايو سنة 1929 المحاماة) رقم 477 ص 861) .

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقتصر به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي بأن " مجرد الخشية الصادرة عن احترام (la seule crainte reverentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد " . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م 55 / 51) والقانون اللبناني (م 212) والقانون البرازيلي (م 100) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م 20) . وهي نصوص منقذة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفي فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد ، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لابتزاز التزامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تعسف في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ، فيلتزم بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يبطل على أساس من التعويض وإن لم تعوزه الإرادة . فالأولى إذن أن تتسع نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص 438 – ص 439) .

وقد أشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا الموضوع . ففضت الفقرة الثانية من المادة 178 بأنه " لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وتعرض المادة 178 من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء . . . والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي ، وهو بمجرد لا يعيب الرضاء ، وإنما يعيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة 20 أنظر أيضاً التقنيات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك " تأثير غير مشروع " على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة " التأثير غير المشروع " استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين . . . الخ . بقصد ابتزاز منعم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه " . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 185 – ص 186 في الهامش) .

ويعرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه . فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كآب وابنه أو كطبيب ومريض أو كمحام وعمله أو كرئيس ديني ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص 648 – ص 689 – كارتير في العقد ص 85 – ص 87)

رغبة تحمل على التعاقد

ب – رغبة تحمل على التعاقد

هذا هو العنصر الثاني الذي يتوافر به الإكراه المعبى للإرادة في إطار المعيار الذاتي الذي أخذ به التشريع المصري وهو الرغبة التي بعثها إلى نفس المتعاقدين المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رغبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن

198 – وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي : قدمنا أن المادة 127 من القانون الجديد تقضي بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق . . ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالاته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنها أن يؤثر في جسامته الإكراه .

وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض .

وقد كان القانون القديم (م 135 / 195) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول ([1]840) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنعاً بالاعتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي ([2]840) .

وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم ([3]840) .

وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية ([4]840) والقوانين الأجنبية الحديثة ([5]840) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد افسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، واليه ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً ، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته ، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس ، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي ([6]840) .

199 – تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية ، فتتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وتدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسيته ، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة 127 .

فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوي ، وهذا غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المدني المتحضر . والعصبي غير الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى . والمرضى غير المعافي . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الاضداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات ، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف اشد وقعاً في نفسه ليلاً منه نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكيف جسامته الخطر في نفس المتعاقد ([7]840) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها ([8]840) . وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض ([9]840) .

([1]840) أنظر أنفاً فقرة 190 – وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي ، وهو التعارض الوارد في المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فذهب إلى وجوب التقريب ما بين المعيارين على الوجه الآتي : إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي ، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي ، ونظراً إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كولميه دي سانتينيير فقرة 22 مكررة (1) – بفنوار ص 606 – كولان وكايبينان 2 ص 285) . وظاهر أن هناك عيباً وضاحاً في هذا التوفيق ، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تقسده بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك أن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه !

([2]840) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعيار ذاتية في عيوب الإرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تطاوع المقتضيات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانونيين . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة ، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً .

([3]840) محكمة الاستئناف الوطنية في 25 أكتوبر سنة 1891 الحقوق 6 ص 302 – محكمة أسبوط الكلية في 26 إبريل سنة 1928 المحاماة 10 رقم 223 ص 447 – محكمة الاستئناف المختلطة في 15 يونيو سنة 1916 م 28 ص 431 – وفي 19 يونيو سنة 1923 م 35 ص 510 – هالتون 1 ص 318 – دي

هاتس 1 لفظ (convention) فقرة 44 – والتون 1 ص 226 – ص 227 – الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة 134 – الدكتور محمد صالح بك فقرة 279 – نظرية العقد للمؤلف فقرة 413 – الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة 88 – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 184 .

([4]840) مرشد الحيران م 288 : " يختلف الإكراه باختلال أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الجنس والضرب كثرة وقلة ، وشدة وضعفاً "

([5]840) القانون المدني الألماني م 123 – قانون الالتزامات السويسري م 30 .

([6]840) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتي : " قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المعيار الذي تقاس به سامته . فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية . . . ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن نغفل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، فيتحقق الإكراه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لطرفه الشخصية في حالة اضطراب ضغط على إرادته وحملته على التعاقد " (نظرية العقد ص 437 و ص 444) .

([7]840) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالمفروض أنه لا يؤثر في إرادة التعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي اكراه عليه . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب العمال يستطيع استرداده بعد غصبه مادام التهديد قد أثر في إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان في استطاعة المتعاقدان يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب في ضياع المال (يولوك في العقد ص 645) . وهذه نظرية تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض .

([8]840) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (2 يونيو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 62 ص 157 – مجموعة عمر 1 رقم 55 ص 120) .

([9]840) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامة الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعي مراعاة حالته عملاً بالمادة 135 من القانون المدني (م 127 جديد) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينة ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له اقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر في إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يعيب رضاء بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند ، بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول له فيها ، لا يكون الإكراه المبطل للعقد ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (أول ابريل سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 294 ص 585) .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة , مصادر_الالتزام

الجهة التي صدر منها الإكراه

ج – الجهة التي صدر منها الإكراه

200 – الإكراه الصادر من المتعاقدين الآخر والإكراه الصادر من الغير : كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر ، الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهرة من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضاء لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين .

أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن المسئول عن هذا العلم هو المكره ، وهو في إحدى الحالتين غير في الحالة الأخرى .

والذي يعني هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . وفلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال ([1]840) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس ([2]840) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر ([3]840) .

201 – الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه .

وقد ذهبته النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد . أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقد . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلاً لفظ " الانتزاع " (extorque) في المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا اثر في صحة العقد ([4]840) .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو اثر من آثار القانون الروماني بقى في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته ([5]840) . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فإثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يتهده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظروف الخارجية واستغله فالعقد قابل للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم اجرا للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد أشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد ([6]840) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد اغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم ([7]840) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلي .

التسميات: الوسيط_جزء 1_ع أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن المسئول عن هذا العلم هو المكره ، وهو في إحدى الحالتين غير في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . وفلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال ([1]840) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس ([2]840) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر ([3]840) .

201 – الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه .

وقد ذهبته النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد . أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقد . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلاً لفظ " الانتزاع " (extorque) في المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا اثر في صحة العقد ([4]840) .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو اثر من آثار القانون الروماني بقى في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته (5]840) . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لا حد فيها ، فإثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظروف الخارجية واستغله فالعقد قابل للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم اجرا للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد أشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيات ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد (6]840) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد اغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (7]840) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلي .

الوسيط_ جزء 1_ يوب_ الإرادة , مصادر_الالتزام

عيوب الإرادة Vices du consentement

عيوب الإرادة Vices du consentement

الغلط - التدليس - الإكراه-الاستغلال .

161 – حصر عيوب الإرادة :

أشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة 166 من هذا المشروع ، حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : " لكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انتزع رضاه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية."

([1]840)

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بنية من أمره . فإرادته تعلق بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة .

أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم إنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلق بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا يتكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهرى أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

وننولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

1 – الغلط (L ' erreur)

2 – التدليس (Le dol)

3 – الإكراه (La violence)

4 – الاستغلال (L'exploitation)

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة , مصادر_ الالتزام

الغلط L ' erreur

عيوب الإرادة < الغلط

1 – الغلط (L ' erreur)

– تعريف الغلط :

– الغلط المانع :

– اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة :

– الغلط في النقل أو في التفسير :

– الغلط الذي يعيب الإرادة :

هو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا اعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم أن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون

(أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد .

(ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن في المسالتين الآتيتين :

1 – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط .

عيوب الارادة < الغلط

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الارادة , مصادر_الالتزام

نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

ب – نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

185-الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة :

قدما أن التدليس من شأنها أن يوقع المتعاقد في غلط ، فإذا كان رضاه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة

، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد ([1]) .

ومن ذلك نرى أن طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاختصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط .

فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس ([2]) .

186 – ولكن التدليس لا يغني عن الغلط :

ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسؤولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبارة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنها أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين :

(أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الإحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته .

(ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر ([3]) .

أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد ([4]) . وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

_ ([1]) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في 31 يناير سنة 1934 م 46 ص 147 .

([2]) اغفل القانون البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م 657 و 663 من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م 870 من القانون النمساوي القديم وم 55 من القانون النمساوي المعدل) – أنظر أيضاً بلانيول 2 فقرة 1066 – ديموج 1 فقرة 364 – مذكرات الأستاذ ليفي إيلمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص 394 .

([3]) محكمة الاستئناف الوطنية في 17 مايو سنة 1899 المحاكم 11 ص 2151 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن التعاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالبطان من ناحية أخرى " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 172 – ص 173) .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة , مصادر_الالتزام

الجمعة، 2 ديسمبر، 2016

الغلط في النقل أو في التفسير

والغلط الذي يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté) وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع في وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interperetation) .

والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة ([1]840) .

عيوب الإرادة < الغلط

([1]840) وقد أشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة 172 من هذا المشروع ، جرى بما يأتي : " تسري الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أي وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرقة " . وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي " لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه " (مجموعة الأعمال

التحضيرية 2 ص 166 – ص 167 في الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهـم أن الغلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التحريف في النقل (قارن المادة 120 من القانون الألماني) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصري يأخذ بالرأي الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر أنفاً فقرة 122 في الهامش) . وسواء اخذ بالرأي الأول تمشياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو اخذ بالرأي الثاني تمشياً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذي حرف الإرادة يكون مسئولاً نحو المتعاقد الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة 123 على أنه " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط " (أنظر المادتين 536 / 658 من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح ارقام الحساب في عقد الصلح - وقد ورد نص القانون الجدي في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة 170 ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة 127 ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة 123 ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 164 – ص 166) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية في أول ديسمبر سنة 1914 الشرائع 2 ص 139 – محكمة الاستئناف المختلطة في 9 ديسمبر سنة 1931 م 44 ص 56 – وفي 7 مارس سنة 1933 م 45 ص 194 – وفي 8 مارس سنة 1933 م 45 ص 195 – وفي 16 نوفمبر سنة 1933 م 46 ص 36 – وفي 3 أبريل سنة 1934 م 46 ص 224 – وفي 21 ديسمبر سنة 1937 م 50 ص 57 . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاوله (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقاوله من جديد فإن القانون ياباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقاوله عبد إتمامها ما دام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدني في 7 نوفمبر سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 297 ص 923) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاققت عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوي الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدني في 11 ديسمبر سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 242 ص 503) .

الوسيط_جزء_1, عيوب_الإرادة, مصادر_الالتزام

تعريف الغلط

يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط ، ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

– الغلط المانع:

– اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة :

– الغلط في النقل أو في التفسير :

– الغلط الذي يعيب الإرادة :

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون :

(أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد .

(ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن في المسألتين الآتيتين :

1- متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط .

الغلط في النقل أو في التفسير

والغلط الذي يعيننا بحثه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة (*erreur sur la formation de la volonte*) وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع في وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (*erreur de transmission*) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (*erreur d'interpretation*) .

والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة ([1]840) .

عيوب الارادة < الغلط

([1]840) وقد أشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة 172 من هذا المشروع ، جرى بما يأتي : " تسري الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أي وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرقة " . وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي " لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 166 – ص 167 في الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهم أن الغلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التحريف في النقل (قارن المادة 120 من القانون الألماني) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصري يأخذ بالرأي الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر أنفاً فقرة 122 في الهامش) . وسواء اخذ بالرأي الأول تمثلياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو اخذ بالرأي الثاني تمثلياً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذي حرف الإرادة يكون مسئولاً نحو المتعاقد الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة 123 على أنه " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط " (أنظر المادتين 536 / 658 من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح - وقد ورد نص القانون الجدي في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة 170 ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة 127 ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة 123 ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 164 – ص 166) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية في أول ديسمبر سنة 1914 الشرائع 2 ص 139 – محكمة الاستئناف المختلطة في 9 ديسمبر سنة 1931 م 44 ص 56 – وفي 7 مارس سنة 1933 م 45 ص 194 – وفي 8 مارس سنة 1933 م 45 ص 195 – وفي 16 نوفمبر سنة 1933 م 46 ص 36 – وفي 3 إبريل سنة 1934 م 46 ص 224 – وفي 21 ديسمبر سنة 1937 م 50 ص 57 . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاول (*erreur de calcul*) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقاول من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقاول عيب إتمامها ما دام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسؤولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدني في 7 نوفمبر سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 297 ص 923) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاققت عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوي الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدني في 11 ديسمبر سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 242 ص 503) .

الوسيط_جزء 1, عيوب الإرادة, مصادر الالتزام

كيف ينصل المتعاقد الآخر بالغلط ؟

175 – الغلط المشترك :

176 – الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر :

177 - تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة :

178- التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

عيوب الإرادة < الغلط

الغلط المشترك

– كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

175 – الغلط المشترك: *erreur commune*

لم نعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهرى . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك نزع التعامل ، ولم يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريره فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء أن الغلط الفردي لا يكفي ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (*erreur commune*) .

ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لأخر صورة على إنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذي يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذي وقع فيه المشتري .

هذه هي نظرية الغلط المشترك ، وهذه هي الحجج التي يقدمها انصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تنمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملي المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تنمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذي صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنها أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو اخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سنبينه فيما يلي .

عيوب الإرادة < الغلط > – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

الوسيط_جزء 1، عيوب_الارادة، مصادر_الالتزام

الجمعة، 2 ديسمبر، 2016

الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر

176 – الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر :

يكفي إذن أن يكون الغلط فردياً . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضي به المادة 120 من القانون الجديد ، فهي تنص على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

يكفي إذن أن يكون الغلط فردياً ([1]840) . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضي به المادة 120 من القانون الجديد ، فهي تنص على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ([2]840) " .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر بعدوى الغلط ، ولزم أن تبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك ، والمخطئ هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً ([3]840) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً ([4]840) . ويخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط في على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت ([5]840) أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال ([6]840) .

وغنى عن البيان إننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعني أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول ([7]840) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفي فيها الغلط الفردي لإبطال العقد ، هي ألا يتمكن المتعاقد الذي وقع في الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ([8]840) .

عيوب_الارادة < الغلط < – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

الوسيط_ جزء_1 , عيوب_ الإرادة , مصادر_ الالتزام

الوسيط_ جزء_1 مصادر_ الالتزام عيوب_ الارادة العقد الالتزام_ بوجه_ عام

عناصر الاستغلال

الاستغلال L'exploitation

الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

الجهة التي صدر منها الإكراه

الغلط المانع erreur - obstacle

رهبة تحمل على التعاقد

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق-العنصر ا ...

الإكراه La violence

نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

عناصر التدليس

التدليس Le dol

الغلط L ' erreur

معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

صحة التراضي - مبحث في الأهلية و عيوب الارادة

اختلاف الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة

الغلط في النقل أو في التفسير

تعريف الغلط

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور

تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال ...

الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر

الغلط الذي يعيب الارادة

الغلط المشترك

على أي شيء يقع الغلط

كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ؟

متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع ؟

مصادر الحق مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام تقسيم المقال – 21 تعريف مصدر الالتزام المقصود بمصدر الالتزام هنا ...

على أي شيء يقع الغلط

169 – على أي شيء يقع الغلط : والغلط الجوهري ، على النحو الذي اسلفناه ، يصح أن يقع ، لا في صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في

القيمة وفي الباعث ([1]840) . والعبرة بأنه غلط جوهري ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

170 – الغلط في صفة جوهري في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهري على الغلط في وصف الشيء ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم – والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما اسلفنا – أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد إنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة ([2]840) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهري في الشيء المبيع ([3]840) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهري في الشيء المبيع ([4]840) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهري في الشيء ([5]840) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهري في الشيء المبيع ، ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى أبطال للغلط ([6]840) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهري في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، وتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار الموهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل في هذه الحالة ([7]840) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهري في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك ([8]840) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك ([9]840) .

171 – الغلط في شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهري على الغلط في شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد كما هو نص المادة 121 . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أن الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهري من صفات المتعاقد كانت هي الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص آخر ما لا معتقداً أن هناك رابطة قاربة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها في المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضي مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه ([10]840) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هي محل الاعتبار وهي التي دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتي . وهو المعيار الذي يطبق في جميع نواحي نظرية الغلط .

172 – الغلط في القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة وهي التي أخذ بها القانون المصري ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذي يطالب به ، بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل ([11]840) .

173 – الغلط في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا اثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو إنها سقطت بدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصّة في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب ([12]840) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى المريض ، لهو لا يستطيع أن يطعن في البيع بدعوى

أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع ([13]840) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدي يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث – فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب – من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، بتحسوسها ولكن لا يجرون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهري ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازع عليهما كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronee) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال ([14]840) .

هذا التناقض المعيب توقيه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذي يجعل العقد باطلاً في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده ([15]840) .

174 – الغلط في الواقع والغلط في القانون : وفي كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهري ، سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط في الواقع أو غلط في القانون . فما دام جوهرياً ، أي مادام هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 122 من القانون المدني الجديد إذ تقضي بما يأتي : " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره ([16]840) " . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه في مصر سارا على أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال ([17]840) .

والذي كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضي بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : " لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون " (Nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يفرض شخص آخر بفائدة تزيد على 7 في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو 7 في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يفرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على 7 في المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى 7 في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة 556 على أنه " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون ([18]840) " .

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهريّة في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مديناً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة ما لا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون ([19]840) .

([1]840) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة 121 ما يأتي : " وينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي . وقد انتهى القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت في نصوص المشروع : (1) أولها يتعلق بالغلط الذي يقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلاصق العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية . وفي هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية ويعامل مادي قوامه الظروف التي لا يستتبع تكوين العقد . (4) والثاني يتصل بالغلط الواقع في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد . والمعيار في هذا الفرض شخصي بحث . (ج) والثالث خاص بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضي به النزاهة في التعامل ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدمنا في تاريخ نص المادة 121) . وقد تنطوي صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعي أو مادي بحث ، هو عنصر نزاهة التعامل ، ويتضح من ذلك أن

تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصي بحث ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتماد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصي والمادة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 143) .

([840]2) 7 يناير سنة 1892 م 4 ص 99 .

([840]3) 7 نوفمبر سنة 1910 م 23 ص 26 – جازيت 1 ص 34 .

([840]4) 19 يناير سنة 1911 م 23 ص 119 – وانظر حكماً ثانياً في 17 مايو سنة 1910 م 23 ص 325 – وحكماً ثالثاً في 18 يناير سنة 1939 م 51 ص 121 .

([840]5) 18 مارس سنة 1946 م 58 ص 75 .

([840]6) 19 مارس سنة 1913 م 25 ص 239 – وانظر حكماً آخر في 18 مارس سنة 1946 م 58 ص 74 (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء والعيب الخفي فيه نظرية العقد للمؤلف فقرة 358 . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى العيب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م 324 / 402) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقدم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م 452) .

([840]7) 7 أبريل سنة 1931 م 43 ص 333 .

([840]8) محكمة الاستئناف المختلطة في 21 ديسمبر سنة 1916 م 29 ص 120 .

([840]9) محكمة الاستئناف المختلطة في 7 يناير سنة 1897 م (ص 104 – وفي 8 أبريل سنة 1897 م) ص 263 – وفي 18 أبريل سنة 1900 المجموعة الرسمية للقضاء المختلطة 25 ص 285 – وفي 7 فبراير سنة 1928 م 40 ص 187 .

([840]10) أنظر في هذه الأمثلة وفي غيرها نظرية العقد للمؤلف فقرة 360 – فقرة 362 .

([840]11) 16 مايو سنة 1917 م 29 ص 426 – جازيت 7 ص 135 رقم 400 – وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (25 مارس سنة 1922 م 36 ص 261) . وفي قضية كان المدين فيها مطالباً بالدافع بالعملة المصرية ، فدفع للدائن بالعملة الفرنسية وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الاتفاق يعطي المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملتين في اليوم الذي كشف فيه هذا الغلط (25 نوفمبر سنة 1925 م 38 ص 76) . كذلك إذا استوفى المدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مارس سنة 1920 م 32 ص 235) . أنظر أيضاً في الغلط في القيمة محكمة الاستئناف المختلطة في 3 أبريل سنة 1934 م 46 ص 224 ، وفي الغلط في القيمة في عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مارس سنة 1922 م 34 ص 261 – وحكماً ثانياً في 12 ديسمبر سنة 1916 م 29 ص 103 – وحكماً ثالثاً في 11 يونيو سنة 1903 م 15 ص 350 . وانظر أحكاماً أخرى تقضي بغير هذا المبدأ في نظرية العقد للمؤلف ص 377 حاشية رقم 2 .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على بنية من قيمة الشيء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

([840]12) أنظر ما جاء في نظرية العقد للمؤلف فقرة 364 ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطاح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت وموت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى ينازع الوارث في الوصية وينتهي بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن اثر النزاع بقي في أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية لا ينازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدي .

([840]13) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغي إلا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلاً في مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبغي إلا يؤثر في صحة العقد وإلا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذي يعرض التعامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسنرى فيما يلي أن الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعم التعامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثليين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت ف يحدث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بان الواقعة التي دفعت المشتري إلى الشراء إنما هي واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك – وما دام المستأجر ، في المثل الثاني ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التي استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذي دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو أكن من السهل عليه أن يتبين ذلك .

([840]14) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول وريبير وبولانجييه سنة 1949 الجزء الثاني فقرة 205 وفقرة 299 وفقرة 304 وفقرة 824 – أما الفقه المصري فقد سار وراء الفقه الفرنسي في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة 130 – الدكتور

محمد وهيبه فقرة 260 وفقرة 318 – قارن نظرية العقد للمؤلف ص 375 هامش رقم 2 – وقارن والتون 1 ص 52 – ص 53 – ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 159) . ومنهم من يثبت أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمي بهجت بدوي ص 173 و ص 179 و ص 198 و 232 – ص 234) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاتة في الالتزامات ص 42 – ص 43 .

ويرى أن الذي دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتدخلها بعضها في بعض ، فتبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من إنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلماً في ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وإننى على ذلك أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعي معيار ذاتي ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في حالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فآثره يبقى مختلفاً عن أثره في الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقي التمييز سليماً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، صار متعيناً أن نجعل حكم الغلط في السبب هو حكماً لغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقي الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالآ إلى ما حدث من التطور .

([15] 840) وسنرى عند الكلام في نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط في السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط في الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال في الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط في السبب بمعناه التقليدي ، أي الغلط المتعلق بالغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سنرى عند الكلام في السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

([16] 840) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 169 من المشروع التهديدي على الوجه الآتي : " الغلط في القانون كالغلط في الواقع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة 126 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ طويلاً في استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتي : " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره " . وأصبح رقم المادة 122 . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 159 – ص 164) .

([17] 840) دي هلتس لفظ (Convention) فقرة 60 – والتون 1 ص 186 – ص 189 – الدكتور محمود وهيبه فقرة 272 – نظرية العقد للمؤلف فقرة 372 – الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة 123 – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 165 .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء يفسد الرضاء لا فرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الواقع (20 مايو سنة 1915 م 27 ص 344) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط في القانون (14 نوفمبر سنة 1918 م 31 ص 22) ، وبأن إضفاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التي أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون في بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (24 فبراير سنة 1897 م 2 ص 171) .

([18] 840) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين (استئناف مختلط في 28 إبريل سنة 1938 م 50 ص 261) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة 122 ما يأتي : " قد المشروع . . . إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصري على ذلك : أنظر استئناف مختلط في 20 مايو سنة 1915 م 27 ص 344 – 5 فبراير سنة 1918 م 30 ص 204 – 14 نوفمبر سنة 1918 م 31 ص 22 " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 159) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلاً للخلاف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في 23 يناير سنة 1930 م 42 ص 226 – وفي 24 مايو سنة 1934 م 46 ص 302 – وفي 6 مارس سنة 1945 م 57 ص 84) . ولكن يشترط أن يكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلاً ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في 16 يناير سنة 1924 م 36 ص 156) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأي آخر ، ففي مثل هذه الحالة يجرى اعتبار الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص 71 – ص 76) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكوبي حريق بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية 150

جنيتها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أي حق في مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسؤولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذي حتمل أن يصاحب الإقرار كان يجهله هو المسؤولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسؤولية لا يقطع بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر ، ويتعين إذن أعمال الإقرار واخذ صاحبه به (نقض مدني في 3 يونيو سنة 1938 مجموعة عمر 2 رقم 127 ص 394) .

([19]840) 5 فبراير سنة 1918 م 30 ص 204 – جازيت 8 رقم 193 ص 79 .

الوسيط_جزء 1_ , عيوب_الارادة , مصادر_الالتزام

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور من معيار موضوعي إلى معيار ذاتي

ورث الفقه الفرنسي التقليدي عن القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون في حالتين : (1) غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها (substance meme de la chose) . (2) غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد .

والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد يكون في أحوال أربع : 1 – غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . 2 – غلط في قيمة الشيء محل الالتزام . 3 – غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد . 4 – غلط في الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجاري الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلاً ، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته كما قدمنا . وهمد الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بان الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أي بأنه كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد (la raison principale et determint) فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، وبصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملايسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسي من الأخذ بمعيار موضوعي إلى الأخذ بمعيار ذاتي نراه واضحاً في تفسير عبارة " الغلط في مادة الشيء ذاتها " الواردة في المادة 1110 من القانون الفرنسي . فقد بدء الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذي يتعلق بالمادة التي يتكون منها الشيء ، ومادة الشيء هي مجموعة الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذي أتى به يوتيه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة ([1]840) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتي في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبري ورو ([2]840) ، فقد أخذوا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبوا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعرف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرياً بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعيّنة فيه ([3]840) . واتفق سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودري وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها ([4]840) ، وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكيبنان وجوسران إلى هذا الرأي ([5]840) .

فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعيّنة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في " مادة الشيء " ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعيّنة عنده ، فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة " مادة الشيء " (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualite

(substantielle) ، أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العقاد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

عيوب الإرادة < الغلط

([1]840) أنظر في هذا المعنى ديرانتون 10 فقرة 114 - 116 - ماركاديه 4 فقرة 407 .

([2]840) أنظر أوبري ورو 4 فقرة 343 مكررة ص 490 و 492 .

([3]840) لوران 15 فقرة 488 .

الوسيط_جزء_1, عيوب_الارادة, مصادر_الالتزام

معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفها في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان 134 / 194 من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن " الغلط موجب لبطان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد " ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : " متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل اعتبار في الشيء " (le rapport principal sous lequel la chose été envisage dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي ،

وقد نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره ([1]840) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة 120 على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد . . . ([2]840) " . ثم نصت المادة 121 على أنه : " 1 - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . 2 - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص . أ - إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . ب - إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ([3]840) " .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتي . فالغلط الجوهري عنده هو الغلط الذي يبلغ ، في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشيء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرياً في اعتبار المتعاقدين ، وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضي أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، ففرض بأن صفة الشيء تكون جوهرياً ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرياً وفقاً لما انطوت عليه نيتهم بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرياً وفقاً لما لا يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان - إذا لم نهتد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح إنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

عيوب الارادة < الغلط

الوسيط_ جزء 1, عيوب_ الإرادة, مصادر_ الالتزام

اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة

وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحدهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة (1]840) ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (2]840) .

عيوب الإرادة < الغلط

(1]840) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهزل والشخص الذي يضمّر غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهني (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

عيوب_ الإرادة, مصادر_الالتزام

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

- 1 - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية .
- 2 - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد " مادة 124 مدني

وقد أشتمل القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط .

فقتضت المادة 124 بما يأتي : " 1 - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . 2 - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ([1]840) " .

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح إنها محصورة ، فيعرض عليها البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق .

التعسف في استعمال الحق وأحواله مادة 5 مدني

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمة الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه ([2]840) .

عيوب الإرادة < الغلط < - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

([1]840) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة 171 من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة 128 في المشروع النهائي . ووافق مجلس الشنواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة 124 . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 166 - ص 170) . وانظر المادة 25 من قانون الالتزامات والسويسي والمادة 38 من قانون الالتزامات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة في 3 أبريل سنة 1934 م 46 ص 224 .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة_ مصادر_ الالتزام

عناصر الاستغلال

الاستغلال L'exploitation

الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

الجهة التي صدر منها الإكراه

الغلط المانع erreur - obstacle

رهبة تحمل على التعاقد

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق-العنصر ا ...

الإكراه La violence

نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

عناصر التدليس

التدليس Le dol

الغلط L ' erreur

معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

صحة التراضي - مبحث في الأهلية و عيوب الارادة

اختلاف الإرادة الظاهرة عن الارادة الباطنة

الغلط في النقل أو في التفسير

تعريف الغلط

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور

تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال ...

الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر

الغلط الذي يعيب الارادة

الغلط المشترك

على أي شيء يقع الغلط

كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ؟

متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع ؟

عيوب الإرادة Vices du consentement

مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام 21-34 ج 1

مصادر الحق مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام تقسيم المقال – 21 تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا ه ...

الغلط المانع erreur - obstacle

عيوب الارادة < الغلط _

الغلط المانع

وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur - obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد ، كما إذا أعطى شخص آخر نقوداً على أنه قرض وأخذها الآخر على إنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع احدهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ما هية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

عيوب الارادة < الغلط _

تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة

ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة – الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث – حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أثرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أثري وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثري .

وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : أما أن الموهوب له أكان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد المربين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع عمله بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تقاهاة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينها .

عيوب الإرادة < الغلط > – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الارادة ,مصادر_

الأحد، 4 ديسمبر، 2016

التدليس Le dol

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد .

وكذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتمالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]840) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عيوب الإرادة

الوسيط_ جزء 1 , عيوب_ الارادة , مصادر_الالتزام

اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة

وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحدهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة ([1]840) ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث ([2]840) .

عيوب الإرادة < الغلط

([1]840) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهزل والشخص الذي يضمّر غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهني (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة , مصادر_ الالتزام

الجمعة، 2 ديسمبر، 2016

الغلط الذي يعيب الإرادة

ويبقى ، بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط ، الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة . وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا اعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم أن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل إلا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون :

(أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد .

(ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن في المسألتين الآتيتين :

1 – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ([1]840) .

([1]840) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدني في أول ابريل 1948 مجموعة عمر 5 رقم 293 ص 586) .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة , مصادر_ الالتزام

مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام 21-34 ج1

مصادر الحق مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام تقسيم المقال – 21 تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا ه ...

الجمعة، 2 ديسمبر، 2016

عيوب الإرادة: Vices du consentement

عيوب الإرادة Vices du consentement

الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال .

أشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة 166 من هذا المشروع ، حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : " لكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انتزع رضاه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية."

([1])

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بنية من أمره . فإرادته تعلق بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة .

أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم إنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلق بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا يتكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهرية أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

1 – الغلط (L'erreur)

2 – التدليس (Le dol)

3 – الإكراه (La violence)

4 – الاستغلال (L'exploitation)

([1]) أنظر المادة 14 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وكانت المادتان 133 / 193 من القانون المدني القديم تنصان على أنه " لا يكون الرضاء صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس " – هذا ولما تليت المادة 166 من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها منصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 141 في الهامش) .

وننقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن عيوب الإرادة ، ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : " تتضمن النصوص المتعلقة بالغبن أهم ما استحدث المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتفت هذه النصوص أثر التقنيات الجرمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وجعلت من الغبن سبباً عاماً للبطلان النسبي وانتقاص العقود إذا اتبح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن أعماله ينتهي إلى تحكم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما يحمل على التغاضي عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى

عليه المشروع . فالتقنيات الحديثة ، وفي طلبتها التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني والتقنين اللبنانيين والتقنين الصيني والتقنين السوفيتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعه المحافظة ، تجعل جميعاً من الغبن سبباً عاماً للبطلان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضي الذي يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري والنية الحسنة والبائع المشروع والضرر الجسيم والبائع المستحث وما إلى ذلك . وعلى أن النص في الغبن بوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف ، كأحوال الغبن في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة – ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصري الحالي ، كالغلط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلًا يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحالي (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى كسكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة بجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من اثر في صحة العقد . وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض المعيب الذي تنطوي عليه نصوص التقنين الحالي (القديم) . . . بأن احتكم إلى معيار شخصي بحث ، قوامه الاعتراف بجنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته ما يقع عليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 139 – ص 140)

صحة التراضي - مبحث في الأهلية وعيوب الإرادة

المبحث الثاني

صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

143 – الأهلية وعيوب الإرادة :

كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ([1]) .

وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

144 – القانون القديم والقانون الجديد(الحالي) :

اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م 129 – 130 / 189 – 190 قديم) ، ثم ذلك أن الجزاء مع نقص الأهلية هو أبطال العقد (م 131 – 132 / 191 – 192 قديم) .

أما القانون الحالي يؤثر الاكتفاء بتشريعات الأحوال الشخصية .

وقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص (الأحوال الشخصية وإجراءاتها) قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم 99 لسنة 1947 الصادر في 13 يولييه سنة 1947 ملغي لاحقاً) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم تويده للمصريين كافة .

أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م 11 مدني جديد) ([2]) .

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون (الحالي) الجديد .

1 – النظرية العامة في الأهلية

2 – أحكام الأهلية

المطلب الثاني

عيوب الإرادة (Vices du consentement)

الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال .

1 – الغلط (*) (erreur ' L)

2 – التدليس (*) (Le dol)

3 – الإكراه (*) (La violence)

4 – الاستغلال (*) (L'exploitation)

([1]) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة 162 من هذا المشروع يجري بما يأتي : " يجوز إبطال العقد : أولاً – لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً – لعب في الرضاء " . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 110 في الهامش) .

([2]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي : " اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من اثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة 129 / 189 من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعية . أما المادة 130 / 190 من التقنين الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان 131 – 132 / 191 – 192 الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تتنازع القوانين في النصوص التمهيدي ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 109) .

نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

ب – نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

185-الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة :

قدما أن التدليس من شأنها أن يوقع المتعاقد في غلط ، فإذا كان رضاه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة

، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد ([1]) .

ومن ذلك نرى أن طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط .

فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس ([2]) .

186 – ولكن التدليس لا يغني عن الغلط :

ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسؤولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنها أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين :

(أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الإحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته .

(ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر ([3]) .

أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد ([4]) . وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

([1]) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في 31 يناير سنة 1934 م 46 ص 147 .

([2]) اغفل القانون البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م 657 و 663 من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م 870 من القانون النمساوي القديم وم 55 من القانون النمساوي المعدل) – أنظر أيضاً بلانيول 2 فقرة 1066 – ديموج 1 فقرة 364 – مذكرات الأستاذ ليفي إيلمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص 394 .

([3]) محكمة الاستئناف الوطنية في 17 مايو سنة 1899 المحاكم 11 ص 2151 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن العاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالإعلان من ناحية أخرى " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 172 – ص 173) .

الوسيط_ جزء 1 , عيوب_ الإرادة , مصادر_الالتزام

التدليس Le dol

2 – التدليس (Le dol)

179 – علاقة التدليس بالغلط :

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد .

وكذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جساماً من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

- عناصر التدليس

180 - عنصران :

تنص المادة 125 من القانون الجديد على أنه

" 1 - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . 2 - ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة

([1]) " . وهذه المادة تقابل المادتين 136 / 196 من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي : " التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى " . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السليبي .

وتنص المادة 126 من القانون الجديد على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب أبطال العقد ، ما لم يثبت أن التعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس . " ([2]) وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً سنفضله فيما بعد .

وبستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين - 1 : ([3]) استعمال طرق احتيالية ، وهذا هو العنصر الموضوعي . 2 - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير . ([4])

- 181 استعمال طرق احتيالية :

الطرق الاحتياطية تنطوي على جانبين : جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوي هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعّمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفي المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد . ([5]) ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف . ([6])

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الإحتياطية مستقلة عن المكذب ، قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتياطية في التدليس . ([7]) فالمهم إذن في الطرق الإحتياطية ليس إنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلاً ، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حبال عقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب . ([8])

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فكفي مجرد الكتمان (reticence) طريقاً احتياطياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به ، ويعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في القانون . ([9]) وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن امرأ هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيجمله بذلك على التعاقد . ([10]) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 125 إذا قضت بأن " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " . ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقي مكتوماً : 1 (أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً ، 2 (أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، 3 (أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول ، 4 (إلا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر . ([11]) وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً في عقود التأمين . ([12])

بقى الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن صورة ، وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس . ([13]) وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقة إحتيالية للحصول من المودع عنده ، وتبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعة . ([14])

– 182 التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك ، فيقدر مبلغ اثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وكذا وعلم وتجارب . ([15])

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذي قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغري بقبول شروط أبهظ ([16]) ، فلا يكون سبباً في إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . ([17]) وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التدليس الذي يغري على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستيقبه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقي في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع . ([18])

– 183 التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير – القانون المدني القديم:

كانت المادتان 136 / 196 من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن " التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى " . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م 1116) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، تمشياً مع النص العربي المشار إليه ومع نص القانون الفرنسي . ([19])

وكذلك الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزي المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمننا نأخذ بالمعيار الذاتي وننتظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني . ([20])

وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين . ([21])

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانقصاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (1) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (2) في الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (3) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به.

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين 136 / 196 ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي " التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى " . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين ([22]) .

ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجهي لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوي الذي سلكه الفقه والقضاء في فرنسا ، ولذهباً مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

184 – القانون المدني الجديد في التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذي وقع فيه القانون القديم ، ونص صراحة في المادة 126 ، كما سبق القول ، على أنه " إذا صدر التذليل من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التذليل ([23]) " . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا في الإكراه (أنظر المادة 128) ، فسوى بحث ما بين الإكراه والتذليل في ذلك ([24]) .

وإذا كان التذليل الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتذليل ، بقي الفرض الذي يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتذليل وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التذليل ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لا للتذليل وللغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد ([25]) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

([1]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 173 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يكون التذليل سبباً فيبطلان العقد إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الحيل ، من الجسامة بحيث لا ولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . 2 - ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملائمتيجهلها المتعاقد الآخر سكوتاً تذليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملائسة " . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة " أو أجنبي اشترك معه فيه " من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بقرئتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة 129 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة " لما أ بزم " في الفقرة الأولى بعبارة " لم يبرم " ووافقت اللجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها 125 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 171 - ص 174) . وانظر المادة 21 من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين 56 / 52 من التقنين التونسي والمراكمشي ، والمادة 94 من التقنين البرازيلي .

([2]) أنظر المادة 209 من قانون الالتزامات اللبناني ، وانظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 184) .

([3]) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتذليل هو الذي يحمل عبء إثبات هذا التذليل بعنصره . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتذليل مكتوباً لأن التذليل واقعة مادية (استئناف مختلط في 13 نوفمبر سنة 1934 م ص 37) - محكمة بني سويف الجزئية في 4 نوفمبر سنة 1899 المحاكم 11 ص 2177) .

ووقع التذليل مسألة موضوعية ، لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع التذليل مسألة قانونية تخضع الرقابة محكمة النقض ، وذلك كالكبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتذليل ، وفيما إذا كان التذليل صادر من الغير يؤثر في صحة العقد (نقض مدني في 18 مايو سنة 1933 مجموعة عمر 1 رقم 123 ص 214 - وفي 20 فبراير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 327 ص 1049) .

([4]) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادتين 125 و 126 ما يأتي : " يشترط في التذليل إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن ينطوي على حيل . بيد أن هذا الحيل يختلف عن مسيها في النصب الجنائي ، إذ يكفي فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ، كسكونه عمداً عن واقعة جهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التذليل المدني والتذليل الجنائي . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغي أن يعتد في تقدير التذليل بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزاي أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (أنظر المادة 667 من التقنين الألماني) . ويشترط كذلك أن تكون الحيل إلى تقديم الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد . ومناط التقدير في هاذ الصد نفسي أو ذاتي ، كما هي الحال بالنسبة لغير وب الرضاء جميعاً " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 172) .

[5] وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التي تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تذليساً يبطل التعاقد الذي يتم بينها وبين الغير (3 أبريل سنة 1929 م 41 ص 333) . ويكون باطلاً للتذليل عقد التامين الذي يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي (استئناف مختلط في ديسمبر سنة 1925 م 38 ص 90) . وإذا اظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتجديد قابل للإبطال (محكمة الاستئناف الوطنية في 30 مارس سنة 1893 الحقوق 8 ص 75 - أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة في 25 أبريل سنة 1922 المحاماة 3 ص 22) . وانظر نظرية العقد للمؤلف ص 393 حاشية رقم 1 .

([6]) محكمة الاستئناف المختلطة في 3 أبريل سنة 1897 م (ص 263 - وفي 8 ديسمبر سنة 1915 م 28 ص 48) .

[7] وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (24 يناير سنة 1923 المحاماة 3 ص 281) . وقضت محكمة اسبوط الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنها أن يؤثر التأثير الكاف في رضاء منتم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد قابلاً للإبطال (29 مارس سنة 1928 المحاماة 9 ص 555) .

[8] على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في 8 ابريل سنة 1897 م 9 ص 263 – وفي 9 مارس سنة 1898 م 10 ص 184 – وفي 8 ديسمبر سنة 1915 م 28 ص 48 – محكمة المنيا الجزئية في 3 أكتوبر سنة 1922 المحاماة 5 ص 267) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يبطل العقد ، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفي بذلك عن الشركة .

الأخطار التي تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة في 28 مايو سنة 1919 م 31 ص 316 ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة في 26 فبراير سنة 1930 م 42 ص 325) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مايو سنة 1893 م 5 ص 269 – وفي 13 فبراير سنة 1929 جازيت 20 ص 79 – وفي 4 فبراير سنة 1931 م 43 ص 203 – وفي 2 فبراير سنة 1933 م 45 ص 154) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصير عليها المؤمن له بعد أن يتبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا البيان الكاتب يعتبر تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مايو سنة 1893 م 5 ص 269 – وفي 2 فبراير سنة 1933 م 45 ص 154) .

([9]) أنظر مثلاً المادة 746 من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .

([10])

(مثل ذلك أن يصطلح وارث مع مدين للتركة ، ويكتفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك ف يكتف عن أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكان يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتف عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يتقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليساً (11 فبراير سنة 1909 م 21 ص 227)

. ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق رد رفعت ضده ، فلا يخبر المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس ، بل وهو لصحيح الاعتقاد بملكيته وبملكيتها م ن باع له ، لا يعد تدليساً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي :
" وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبي ، واعتبر المدعى عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إ ليهي حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي . فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية كانت وما جاء به من أنه مكلف ب تقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشفو خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تة صيله بصدور هذا الحكم –

ما جاء من ذلك على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكيتها من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشتري بكماندعوى الاستحقاق أمام المحكم ة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمنان بائعيه ، فإذا استحق عليه أن علنا المشتري منه كان له عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع والز ما له بالتضمنات " (نقض مدني في 20 فبراير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 327 ص 1094) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحل من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوصاً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما ق رره طالب التأمين غير صحيح ، ثامستخلص الحكم استخلاصاً سائعاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات اثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدمصحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنص العقد ، فإنه لا يكون خطأ في تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (نقض مدني 14 ابريل سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 408 ص 756 –
ملاحظة : تنص المادة 750 من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط تعسفي يرد في وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤم ن منه)

. ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا اطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منظمة لقيد مشترياته ومبيعاته ه وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهري لتعلقه بسجله المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصو رفي تسببب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفاتر لا يؤدي عقلاً إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفتر كأداة إذ بات . وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيه ا بين العاقدين طريقة إثباته ، لمتين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مم افاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له (نقض مدني في 16 مايو سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 76 ص 172) .

([11])

(وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدني في 25 فبراير سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم م 29 ص 59)

. وقضت محكمة استئناف اسبوط بأن مجرد الكتمان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذي تعتمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في 12 فبراير سنة 1942 المحاماة 22 رقم 244 ص 698)
. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب ال عقار المرهون (26 ديسمبر سنة 1940 م 53 ص 51
: ويلاحظ أن الاتفاق الذي لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظير م وافقته علاببيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثاني) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقتسم معه أن الأبطان التي يأخذها هذا الشريك هي أبطان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة بدخلفي مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى با

لقسمة ، فإن هذا يكفي لاعتباره في حكم المادة 136 مدني (قديم) حيلة تفسد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض في دائرتها المدنية في أولديسمبر سنة 1949 ، طعن رقم 69 سنة 18 قضائية ولم ينشر بعد -

هذا وفي وقائع هذه القضية أن الشريط زاد علمجرد الكتمان أنه اخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق) وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنها إذا تبين أن المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأن ذلك في نفسه ودفعه التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير في دفع الفوائد في مواعيدها ، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الديون ترتب عليه نزع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد (31 ديسمبر سنة 1936 المحاماة 17 رقم 312 ص 645 : وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) .

([12]) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (9 ديسمبر سنة 1925 م 38 ص 90) وكذلك يعد تدليساً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعد أمام شهود بأحراق متجره ، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (استئناف مختلط في 5 فبراير سنة 1930 جازيت 20 ص 79) .

[13] على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر في الغلط ، ويبطل العقد للغلط لا للتدليس . ويعرف القانون الانجليزي مايسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه ، إذ يعلن أحد المتعاقدين الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

([14]) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 171 ص 123 .

([15]) محكمة الاستئناف المختلطة في 3 يونية سنة 1911 م 23 ص 351 - 18 نوفمبر سنة 1925 م 38 ص 54 - 31 يناير سنة 1934 م 46 ص 147 - محكمة مصر الكلية الوطنية في 4 يناير سنة 1923 المجموعة الرسمية 25 رقم 3 / 15 .

([16])

(مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمها أن ريع العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار بثمن عال كان للمشتري أن يطلب تعويضاً من البائع هوزيادة الثمن الذي دفعه عن الثمن الذي كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن ميسر إذا لم يستوف الاقساط الواجبة الدفع ، وأندر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل الم شترى بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ماكان يقبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع ، و يلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (31 ديسمبر سنة 1929 م 42 ص 134 - 20 مارس سنة 1935 م 47 ص 362) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه في المزااد يتفق مع شخص على أن يتقدم في المزااد - ويزاد عليهم زيادة وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء اكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإلغاء العطاء الذي سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخصوزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزااد ، فله أن يطعن في العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (ديموج 2 فقرة 608 مكررة) .

([17]) وقد أشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا المعنى . فقد قضت المادة 175 من هذا المشروع بما يأتي : " التدريس الذي يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطي للمدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض " . وجاء في المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتي : " إذا لم يكن من اثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط اشد وقرأ ما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يع تبرعياً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس تترتب عليه مسؤوليته ، ويعطي الحق في طلب التعويض ، سواء اوقع التدليس من أحد الم تعاقدين أم من أجنبي عن العقد " . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 175 فيالهامش) .

[18] أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة سنة 1949 فقرة 228 . ومع ذلك أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة 384 . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففي التدليس غير الدافع إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأي القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقد الآخر أن يعرضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقف في ذلك التدليس على الغلط في ا ، كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحل اقتصر لعاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل منالرايين (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في 7 مارس سنة 1946 م 58 ص 60) .

([19]) والتون 1 ص 252 - 254 - الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات فقرة 285 ص 242 - الدكتور محمد وهبي ص 195 - دي هلنس 1 لفظ (convention) فقرة 64 - هالتون 1 ص 320 - ص 321 - فتحي زغلول ص 133 - محكمة الاستئناف المختلطة في 15 مايو سنة 1912 م 24 ص 341 - وفي 29 مايو سنة 1913 م 25 ص 417 - محكمة المنيا الجزئية في 3 أكتوبر سنة 1922 المحاماة 3 رقم 130 ص 182 - 18 ديسمبر سنة 1930 المحاماة 11 رقم 439 ص 849 .

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل منالمتعاقدين نفسه (نقض مدني في 18 مايو سنة 1933 مجموعة عمر 1 رقم 123 ص 214) . فلم تعد محكمة النقضالتدليس الصادر من أجنبي إلا أنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر منالغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقر 386 - فقرة 392 - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة 128 - الدكتور عبدالسلام ذهني ص 128 - ص 130 .

[20] فقد كان " البريطور " في القانون الروماني يعطي الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذي صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد تدليس صاد ر من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع في التدليس إلا الرجوع عليها الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله . وهذا بخ لاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع منالغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جبرار طبعة سادسة ص 471) .

([21]) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه ونقد هذه المحاولة في نظرية العقد للمؤلف ص 409 حاشية رقم 5 .

[22] وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية الذ ي تقضي بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة منقذة كمارأينا ، فأورد النص الفرنسي للمادتين 136 / 196 ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، قاطعاً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المتر جم تصرف فيه ، فبدلاً من أن ينفذ بالأصل فيذكر أن " التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة . . . " ، ذكر أن " التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر . . . " . فهو لما أورد لفظ " رضاء " وأسندها إلى " أحد المتعاقدين " انشاق إلى ذكر " المتعاقد الآخر " بشيء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص ا لفرنسي الذي ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هي حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأنهذا يفهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب في هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسي دون النصالعربي ، لأن النص الأول هو الذي يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 386) .

([23]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 174 من المشروع التهديدي على الوجه الآتي : " 1 - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطي حقاً للمدلس عليه في طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو اكن فياستطاعته أن يعلم ، بهذا ال تدليس وقت إبرام العقد . 2 -

فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس في استطاعته أنيعلم ، يصدر تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتد عريض " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في صدد هذه المادة ما يأتي :
" اختلفت المذاهب في شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يترتب عليه بطلان العقد . . ، وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب الب طلان . . ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين . . فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان ي علم به ، أو كان في استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما تتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد في اشتراط مصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان في إمكانه أن يعلم ، بالتدليس . ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للإبطال ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يمكنه يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانحصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به " . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسؤولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتي :
" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا الذ دليس " . وأصبح رقم المادة 130 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة " أ و كان من المفروض حتماً أن يعلم " بعبارة " أو كان في استطاعته أن يعلم " ، وأصبح رقم المادة 126 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجم وعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 174 - ص 178) .

[24] ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت للمتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد الم كره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو علناً أقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون ال جديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه ، ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يت حمل المتعاقد في الحالة الثانية عيباً في الإثبات أثقل من العبء الذي يتحملة في الحالة الأولى . ولعله يكون في الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغ ط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه في الإثبات بينما أنللتدليس ولالإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ض حية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سهي عليها أن تجري تعديلاً مماثلاً في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم بحسن عدالتشدد في إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملي .

([25]) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

الوسيط_ جزء 1 , عيوب_ الإرادة , مصادر_ الالتزام

الأحد، 4 ديسمبر، 2016

التدليس Le dol

2 – التدليس (Le dol)

179 – علاقة التدليس بالغلط :

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد .

وكذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]840) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عيوب الإرادة

الوسيط_جزء_1_ عيوب_الإرادة , مصادر_الالتزام

_841

المحل موجود أو ممكن -شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 – المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الاقْبَل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعلوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع اثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، بثمن مقدّر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدا في ذلك ، وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مفاول عن الأجر في مفاولة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

217 – التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للأداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعدده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليف أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرّموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرّم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحرّم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلية باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لز وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يجحد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بارادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ([10]) ، أو أن يجبري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمة المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل ممكن

218 – الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل .
(a l'impossible nul n'est tenu) .
وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم م فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فتياراً ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

وبستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين ([13]) .

220 - الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية - وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبني على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكمالة العقود الاحتمالية . . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 - 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كابن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فيبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

([5]) وقد يكون البيع الواقع على التمام معاً احتمالياً ، فيصبح وجد النجاج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

([6]) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا ابيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد اقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصلها برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال اغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذبوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الالمانين وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقترن رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فلمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 - ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد

الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاه " زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 – ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وقارن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

([7]) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أملة في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلا لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99) .

ولكن بعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه – وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية – وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال – وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه مستقل بالارث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلغيه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انقضاءه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد يبيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يونية 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بغيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يولييه سنة 1903 دالوز 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهد . " وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة

على الملزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني الخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط جزء 1، محل الالتزام، مصادر الالتزام

المحل موجود أو ممكن - شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 – المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الأقبلي للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعلوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت ، بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبلي كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدا في ذلك ، وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقال من الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبلي ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبلي رهنأ رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهنأ حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبلي كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلة ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

217 - التركة المستقبلة : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلة مخالفاً للأداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغيري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلة كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحرير هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلة باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لمز وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلة ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلة في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصي له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلة ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبخنا للمورث التعامل في تركته المستقبلة استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبلي ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه باراته المفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمه المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل ممكن

218 - الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل .

(a l'impossible nul n'est tenu) .

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم م فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فيكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطبقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . ففترأ ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين

([131]) .

220 – الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية – وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبني على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكمالة العقود الاحتمالية . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 – 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كآبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدراً جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فيبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

([5]) وقد يكون البيع الواقع على التنازل مع احتمالاً ، فيصبح وجد النتائج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

([6]) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 – غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صرح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيع للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد أقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصل برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذئوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كيفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقررت رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فللمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن

قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 – ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 – غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاه " زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 – ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وقارن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين اللاتزمات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

([7]) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أملاً في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينة توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يولية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99) .

ولكن يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن ينقذ الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه – وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية – وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال – وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يولية سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلقه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بغيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يولية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يولية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يولية سنة 1903 داللو 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدده " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فيعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني ألخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط_ جزء 1_ محل الالتزام ، مصادر_الالتزام

المحل موجود أو ممكن -شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 – المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبلي : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبلي . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الأقبلي للتعين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعدوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، بثمن مقدر جزأاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبلي محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبلي كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدا في ذلك ، وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن ينمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقاول عن الأجر في مقاوله لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبلي ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لا اعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبلي رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبلي كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلي ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

217 – التركة المستقبلي : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلي مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعدده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليف أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلي كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلي يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحرير هذا التعامل تقرر حماية له من نزفه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلي باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لز وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلي ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلي . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلي في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلي كذلك لا يجوز للموصي له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلي فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلي ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيق في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كان يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلي استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلي محرم كما قدما . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبلي ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يوجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمه المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل ممكن

218 – الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل .

(a l'impossible nul n'est tenu) .

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدماه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . ففتراً ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين

([13]) .

220 – الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية – وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبني على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكمالة العقود الاحتمالية . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنقذة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 – 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كأبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبلي إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فبيع الأثمار المنقذة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

([5]) وقد يكون البيع الواقع على التنازل مع احتمالاً ، فيصبح وجد النتائج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

([6]) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أتيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد أقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصل برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذئوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كيفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقررت رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة

المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للأداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فللمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 – ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 – غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولا ضرر بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاء " زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 – ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وقارن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

([7]) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقررت الهيئة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99) .

ولكن بعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه – وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية – وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال – وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، وبشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يونية 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بغييب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً

تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يوليو سنة 1903 دالوز 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدده " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني ألخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلا " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنتها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط جزء 1، محل الالتزام ، مصادر الالتزام

المحل قابل للتعامل فيه - شروط محل الالتزام

الشرط الثالث المحل قابل للتعامل فيه (dans le commerce) (النظام العام والآداب)

227 – متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه:

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقّد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالاته ([1]) .

وقد يصحب التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي، فأشعة الشمس بحصرها المصور (الفوتوغرافي)، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للاحتلاك. فعند ذلك نصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له. فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه. والمال الموقوف، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين، يقتضي ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً. وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي.

فالمالك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو " كابينات " على شواطئ البحار. والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره. والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع. وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالفة للنظام العام أو للآداب أولهما معاً. ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً. أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية. أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش. أو هو تحريم لأمر تقضي ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء. فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. وتقرر المادة 135 من القانون المدني الجديد هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً (21) ". فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب.

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام. وهذا ما نتولى الآن بحثه.

228 – النظام العام والآداب (*) L'ordre public et les bonnes mœurs :

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلق على مصلحة الأفراد. فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونهم، ولا تحميهم إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعية اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى. بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال. ولا تستطيع أن تحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة ". ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما تستطيع هو أن تضع معياراً مرناً يكون معيار " المصلحة العامة "، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها في حضارة أخرى (31) .

والآداب، في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس. وللدن أثر كبير في تكيفه. وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك. ومعيار الآداب أو " الناموس الأدبي " ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس. وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك (41) .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة. وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة (51) . ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية، حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialization et moralization du droit) (61) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما:

(أولاً) فكرة المعيار، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

(وثانياً) فكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة، وفي جيل معين.

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام، وأخرى تخالف الآداب، في عصرنا الحاضر.

المطلب الأول الاتفاقات التي تخالف النظام العام

229 – روابط القانون العام وروابط القانون الخاص:

حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص، ولا يقتصر على دائرة القانون العام. وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية، فالأولى تعتبر

من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك، وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها.

1 - روابط القانون العام

230 - أنواع هذه الروابط:

القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض. وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية.

وبشمل القانون العام فيما يشمل: (1) القواعد الدستورية والحريات العامة. (2) النظم الإدارية والمالية. (3) النظام القضائي. (4) القوانين الجنائية. ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع.

231 - القواعد الدستورية والحريات العامة:

فالقاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمشرح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام. كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأي معين، كما لا يجوز له النزول عن عضويته.

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام، وذلك كالحرية الشخصية. وما يتفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج، وحرمة النفس والحرمة الأدبية. وحرية الدين والاعتقاد، وحرية الاجتماع، وحرية العمل والتجارة.

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة 49 من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدم، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة 678 من القانون المدني الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه " لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية. ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون " ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد. وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني.

وحرية الزواج من النظام العام. فإذا تعهد شخص إلا يتزوج مطلقاً كان هذا التعهد في الأصل باطلاً، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق إلا تتزوج أصلاً. ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها إلا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته. وإذا كان التعهد صحيحاً، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له. وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعده، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد، ولا يكون مسئولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها. فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة، وأن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها. فلا يصح أن تنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره، في هيئة أو جماعة، وأن ينتمي إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً. وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه إلا يستخدم من العمال إلا من كان منضمًا إلى نقابة، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات ([7]) .

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة. ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان. وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفي عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون ، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على اسرار الصنعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بفعل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا

قدي بزمان ، كان يتعهد الشخص بأن يتمتع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كان يلتزم المتهم بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً ([8]) . تم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً (*raisonnable*) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان. فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده ([9]) . وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن، فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م 686) ، وإذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته (م 687) ([10]) .

323 – النظم الإدارية والمالية:

كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة، فهي إذن من النظم العام . ولا يجوز للأفراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة.

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأخر، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما. كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته، سواء رعى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها. وكل عقد يرمي إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجني من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبدل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقده باطلاً . فالاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو " مقاومة " يزسو " العطاء " عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام ([11]) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجاري محرم عليه بل إن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيمياً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة ([12]) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب. ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذي عينه القانون. لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثاني بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة. ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملتزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعمل تعتبر من النظم العام ، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ([13]) .

233 – النظم القضائي:

نظم التقاضي تحقق في مجموعها " مصلحة عامة " ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فمحدد اختصاص المحاكم – فيما عدا الاختصاص المحلي – يعتبر من النظم العام. ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية. وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظم العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظم العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة ([14]) .

234 – القوانين الجنائية:

ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظم العام. فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كان يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر ([15]) .

2 – روابط القانون الخاص

235 – الأحوال الشخصية والمعاملات المالية:

هذه الروابط أما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلية في دائرة المعاملات المالية.

236 – الأحوال الشخصية:

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كان يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك. بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها. فنصت المادة 50 على أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ". ونصت المادة 51 على أنه " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا ميرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ". أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام. فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة 48 من القانون المدني الجديد على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ". وكالأهلية والولاية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (16) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فلأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يفقد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كان تكون الأولاد على دين الأم مثلاً. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين ذوي الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.

237 – المعاملات المالية:

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية.

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م 823 من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يقيّد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م 834 من القانون المدني الجديد) ، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م 149 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م 129 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المهرق في حالة الحوادث الطارئة (م 147 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م 224 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م 227 من القانون المدني الجديد).

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلاً اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المباعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون. كذلك لا يقيّد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسؤوليته عن الغش الذي يصدر منه. ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

المطلب الثاني الاتفاقات التي تخالف الآداب

238 – العلاقات الجنسية:

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. كذلك يكون باطلاً كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت. أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية، فالتعهد صحيح، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي.

239 – بيوت العهارة:

وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري. فيبيع بيت يدار للعهارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب. وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورهما، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو أعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

240 – المقامرة:

ويكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه في خلال ثلاث سنوات من الوقت الي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك (م 739 من القانون المدني الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي ان يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م 740 من القانون المدني الجديد) . ويعد باطلاً

بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيع معداً للمقامرة قبل صدور العقد، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو أعداد البيت للمقامرة، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة.

241 - أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب:

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف. فمن يتقاضى أجراً جزء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، كمن يتعهد برد ودبحة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمر يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك. ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة في التعامل. فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب. وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور. ثم رجع القضاء عن ذلك، وأصبح الآن يقضي بصفة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين. ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه، بل كشف له عن سر حقيقي كان يجهله.

([1])

أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مال مباح، كالطير في الهواء والسماك في البحر، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه.

([2]) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة 188 من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: " يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ". وفي لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضي ببطلان العقد، فأصبح مماثلاً للنص الذي انتهى إليه القانون الجديد، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم 139. ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته. ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم 135، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 222 - ص 224).

([3]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: " ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً. وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة 138. فعلى اثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك. وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبينها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية. وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لمفكرة النظام العام. وكان يرمي من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام. على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريشتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري، وترغب في وضع معيار عملي بحث قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة. وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الاجتماعي للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألماني الجزء الأول ص 154 - ص 155). ومهما يكن من أمر فليس في الواسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك أطراح ما توطد واستقر من التقاليد. وقد روى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجدد منهن التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة. بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب. فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً ". (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 223).

([4]) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي. فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا، لا تكرمه منه بل اعترافاً بجميل عليه، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً. فالقانون إذن قد ينهي بطريق غير مباشر عما تنهي عنه الأخلاق مباشرة، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً. وقد يأمر، بطريق غير مباشر أيضاً، بما تأمر به الأخلاق مباشرة، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاماً طبيعياً في ذمة المدين.

([5]) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ز

([6]) ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ. وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب.

([7]) محكمة النقض الفرنسية في 24 أكتوبر سنة 1916 1916 دالوز 1 - 247 وسيريه 1920 - 1 - 17 مع تعليق بنكاز - أنظر في هذه المسألة بلانويل وريبير وإسمان 1 فقرة 248.

([8]) محكمة النقض الفرنسية في 2 يولية سنة 1900 سيريه 1904 - 1 - 175 - حكم ثان في 14 مارس سنة 1904 سيريه 1904 - 1 - 444 - حكم ثالث في 15 يونية سنة 1922 سيريه 1922 - 1 - 200 .

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية في 27 مارس سنة 1912 المجموعة الرسمية 13 رقم 120 ص 250 - محكمة بني سويف في 22 ابريل سنة 1913 المجموعة الرسمية 14 رقم 95 ص 184 - محكمة مصر الكلية الوطنية في 21 يولية سنة 1930 المحاماة 11 رقم 315 من 655 محكمة الاستئناف المختلطة في 12 ديسمبر سنة 1901 م 14 ص 46 - وفي 7 ديسمبر سنة 1921 م 34 ص 42 - وفي 2 فبراير سنة 1933 م 45 ص 156.

([9]) محكمة النقض الفرنسية في 17 مايو سنة 1911 سيريه 1913 - 1 - 253 - محكمة الاستئناف المختلطة في 7 ابريل سنة 1920 م 32 ص 260 - وفي 7 ديسمبر سنة 1921 م 34 ص 42 - وفي 28 يناير سنة 1930 جازيت 20 ص 162 رقم 146 - محكمة مصر الكلية الوطنية في 3 نوفمبر سنة 1949 المحاماة 29 رقم 429 ص 790 .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - ليون سنة 1925 - وانظر أيضاً لا باتي (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي - تولوز سنة 1928 .

([10]) ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يتعهد طبيب مثلاً إلا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الدائن في هذا التعهد - لعملائه على اعتبار أنه خليفته ، ويصحب هذا التعهد في الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذي جعل فيه " عيادته " . (أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص 503 هامش رقم 2) .

([11]) محكمة الاستئناف الوطنية في 13 فبراير سنة 1906 الاستقلال 5 ص 255 (السعي للحصول على رتبة أو نشان) - وانظر أيضاً في المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في 5 يونية سنة 1901 الحقوق 6 ص 179 - المجموعة الرسمية 3 رقم 85 / 2 .

([12]) فلا يجوز للمحامي أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلي ليشترخوا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامي أن يأخذ في مقابل " أتعابه " جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

([13]) أنظر أنفاً فقرة 226 .

([14]) أنظر في قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام ، نظرية العقد للمؤلف فقرة 487 ص 507 - ص 510 .

([15]) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالتقسيط - على أن يسمي البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

([16]) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفي الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل انته هي اضطره إلى ذلك (نقض مدني في 29 فبراير سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 35 ص 85). ويكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.

الوسيط_جزء 1_ محل الالتزام ، مصادر_الالتزام

_842

كيف نشأت نظرية السبب -الالتزامات

كيف نشأت نظرية السبب

247 -القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم:

في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب. ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب. وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبئت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا. وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغيّر طبيعتها، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية. وبقيت كذلك عهداً طويلاً. وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث، ضعيفة الأثر، قليلة الجدوى. وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها في العهد الأخير، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية.....

الوسيط_جزء 1_ سبب_الالتزام ، فلسفة_القانون_المدني ، مصادر_الالتزام

سبب_الالتزام -مقدمة البحث

الفرع الثالث

السبب (*)

(La Cause)

242 – السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل – كما يقال عادة – هو أن المحل جواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Quid debetur) الاصطلاح لاتيني، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Cur debetur) الاصطلاح لاتيني ([1]) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي إذا الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملزم من وراء التزامه .

الوسيط_جزء_1 ,سبب_الالتزام ,مصادر_الالتزام

المحل قابل للتعامل فيه -شروط محل الالتزام

الشرط الثالث المحل قابل للتعامل فيه (dans le commerce) (النظام العام والأداب)

227 – متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه:

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

الوسيط_جزء_1 ,محل_الالتزام ,مصادر_الالتزام

المحل معين أو قابل للتعيين -شروط محل الالتزام

الشرط الثاني: المحل معين أو قابل للتعيين

221 – النصوص القانونية:

نصت المادة 133 من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

" 1 -إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً ."

" 2 -ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ([1]) " .

ونصت المادة 134 على ما يأتي:

" إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ([2]) " .

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا كان المحل نقوداً. وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعيين، أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أي اعتبار.

فنتكلم: (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً.

الوسيط_جزء_1 ,محل_الالتزام ,مصادر_الالتزام

والسبب⁸⁴³ لا يتميز بخصوصية معينة في عقد البيع - الذي هو من العقود الملزمة للجانبين والتي يكون فيها سبب الإلتزام⁸⁴⁴ هو الإلتزام المتبادل نفسه⁸⁴⁵.

⁸⁴³

كيف نشأت نظرية السبب - الإلتزامات

كيف نشأت نظرية السبب

247 - القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم:

في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب. ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب. وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبئت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا. وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغيّر طبيعتها، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية. وبقيت كذلك عهداً طويلاً. وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث، ضعيفة الأثر، قليلة الجدوى. وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها في العهد الأخير، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية.....

الوسيط جزء 1، سبب الإلتزام، فلسفة القانون المدني، مصادر الإلتزام

سبب الإلتزام - مقدمة البحث

الفرع الثالث

السبب (*)

(La Cause)

242 - السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين (Quid debetur) الاصطلاح لاتيني، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Cur debetur) الاصطلاح لاتيني ([1]) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الإلتزام العقدي إذا الإلتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

الوسيط جزء 1، سبب الإلتزام، مصادر الإلتزام

المحل قابل للتعامل فيه - شروط محل الإلتزام

الشرط الثالث المحل قابل للتعامل فيه (dans le commerce) (النظام العام والأداب)

227 - متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه:

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلاً للإلتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

الوسيط جزء 1، محل الإلتزام، مصادر الإلتزام

المحل معين أو قابل للتعيين - شروط محل الإلتزام

الشرط الثاني: المحل معين أو قابل للتعيين

نصت المادة 133 من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

" 1 - إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً ."

" 2 - ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ([1]) ."

ونصت المادة 134 على ما يأتي:

" إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ([2]) ."

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا كان المحل نقوداً. وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعيين، أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أي اعتبار.

فنتكلم: (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً.

الوسيط_جزء 1, محل الالتزام, مصادر_الالتزام

_844

التعريف بالالتزام

المرجع : الكتاب الأول من القانون المدني الجديد_الالتزامات بوجه عام_الوسيط في شرح القانون المدني الجديد

الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد

الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية

في التعريف بالالتزام

1 - تحديد مركز الالتزام في القانون المدني

1 - أقسام القانون المدني :

ينقسم القانون المدني - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد ببعضها البعض - إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .

فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .

والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .

والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق العيني أو حق شخصي .

والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، ودينياً إذا نظر إليه من جهة المدين .

2 - الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني () droit reel هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي () droit personnel فهو رابطة مابين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل بالامتناع عن عمل .

ولازال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق لآخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

3 - تقريب الحق العيني من والحق الشخصي : أما الفريق الأول ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً على أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة غذب يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتمثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شيء غير جوهري هو جانب المدين . دامتاً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه " سلطة لشخص على شيء " ، ولم نقل إنه " رابطة ما بين شخص وشئ " . وأما القول بأن الحق العيني هن حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذا لحق الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلزم الناس كافة باحترامه . فإذا أحل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرص المدين مثلاً على أن يتمتع عن القيام بما تعهد به ، كان مسؤولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدني معين ، أو مدنيون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق جوهري ما بين الحقيقتين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها ([1]) .

4 - تقريب الحق العيني من والحق الشخصي : وهناك الفريق الثاني وهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالي (saleilles) ولا مبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجري فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لا باعتبار أنه رابطة ما بين ، بل باعتبار أنه عنصر مالي ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن المدين ، وبذلك يقترب الحق الشخصي من الحق العيني . وهذا هو المذهب المادي في الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلي .

ونحن لا ننكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث . لكننا مع ذلك لا نراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لا ينفي أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقيقتين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطة غير مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين .

5 - بقاء التمييز ما بين الحقيقتين قائماً : يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدني معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

6 - نتائج هذا التمييز : وهذا التمييز ما بين الحقيقتين لا يزال يميزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتترتب عليه نتيجتان هامتان : 1 - لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته .

2 - وله أيضاً ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن . أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضى حقه من الشيء

(droit de preference) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء ([2]) .

2 - المذهبان الشخصي والمادي في الالتزام

7 - الرابطة القانونية ما بين الدائن والمدين : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصي ، أي الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان : juris vinculum .

ولم تثبت هذه الرابطة على حلا واحدة ، بل إنها تطورا . فكانت في أول أمرها سلطة تعطي للدائن على جسم المدين العلي ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطي للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطي للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تلطفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بحبس المدين مثلاً . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عند الرومان ، مظهران : مظهر باعتبار رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً لذمة الدائن ، ويترتب ديناً في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محتفظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه . فمذهب يغلب الناحية الخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألماني الحديث .

8 - المذهب الشخصي في الالتزام : أما المذهب الشخصي (theorie subjective) فيري الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضى شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (savigny) . فقد كان يري الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وفي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا

تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية وإلا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيترتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها . فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام في نظر سافيني شيين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

9 - المذهب المادي في الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الروماني ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيبيرك (Gierke) ، وأبو أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيبيرك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بملحة فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية ([3]) . هذه هي النظرية المادية (theorie objective) للالتزام ، أم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها عي فرنسا نقلاً عن المدرسة الألمانية سالي (saileilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي .

10 - النتائج العملية للمذهب المادي : وليس المذهب المادي مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه المالية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط على المعاملات وتيسير بها ، حني يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبني على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقني الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de creance حوالة الدين) (cession de dette . وهذا ما اعترفت به التقنيات المشبعة بالمذهب المادي ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسري ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني الجديد ، وقد سائر في ذلك الشريعة الإسلامية وفي تعترف بحوالة الدين . أما التقنين المدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا بحوالي الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهري في الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوءه ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة ، أما إذا أخذنا بالمذهب المادي أمكن تصور التزام يقع عبئاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضي المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، وبكفي أن نوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفي المدين التزامه . ولاشك في أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التي لا يمكن تفسيرها إذا تقدينا بالمذهب الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(1) التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين : هناك حالات عملية نري فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد بجائزة من عثر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، وهو التحليل العلمي الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادي ويستعصى على المذهب الشخصي الذي يباي إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(2) نظرية الاشتراط لمصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية في حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن وجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تقدينا بالمذهب الشخصي . فلا استطاع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادي .

(3) السند لحامد : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهنا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا بالمذهب المادي .

11 - تقرير المذهبين الشخصي والمادي : لا شك في أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدي إلى نتائج عملية خطيرة الشأن أن تؤدي إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة في الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التي يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز في الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصي . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا يزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من ودود طرفي الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنري أن نية الطرفين - وهذا شيء نفسي - يؤثر تأثيراً كبيراً في وجود الالتزام صحيحاً وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته . ووجود مدين معين في الالتزام إنما هو هذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته . ووجود مدين معين في الالتزام إنما هو هذا الذي يقوم عليه الفرق الجوهري ما بين الحق الشخصي والحق العيني . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء في الحق سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية في الالتزام .

والتقنين المدني الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادي نتائج علمية هامة ، لم يهجر في الوقت ذاته المذهب الشخصي ، بل استبقاه في كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

3 - اختيار تعريف للالتزام

12 - القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي : بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان 90 / 144 من القانون المدني القديم تنصان على أن " التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة

لشخص الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه " . والقانون القديم كان يسمى الالتزام " تعهداً " . ولفظ " الالتزام " أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة 1101 من هذا القانون على أن " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل " . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلا منهما ينص أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء ، (donner) ، أي نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

13 – التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني : الجدير : وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، في المادة 121 ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي " الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل " .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي ([4]) " كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من رواب القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التقنين المصري الحالي (م 90 / 144) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حفظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد أثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وفي تعدد نزعة الشريعة لغراء في تصويرها بفكرة الالتزام . ويراعي من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالاً تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدي ذلك أن لكل التزام مدينياً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام " .

وقد روى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه وتحرزاً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يغطي على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي أليق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع ([5]) .

14 – التعريف الذي تختاره : وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ، في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .

وعندنا أن التعريف الآتي يفي بهذا الفرق :

" الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل " .

4 – أهمية نظرية الالتزام

وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

14 – أهمية نظرية الالتزام : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام بقي أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجيم . ويجعل لها تارد (tarde) في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون فيها مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل أن البعض قد غالي إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

16 – تطور النظرية : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هي أصلح النظرية قانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، و إذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقيناً عن الرومان كما هي دون تعبير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى النوم . وقد تأثرت في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

17 – تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية : فالنظريات الاشتراكية وما في منحها من النظريات الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً واضحاً . هذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدح بال قواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كطرية الاجتماع وحقوق تكوين النقابات وحقوق الإضرابات . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبني فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تتسع في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقدته يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

18 – تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المذهب المادي للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصي كما قدمنا . وحدث ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسؤولية على الخطأ المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام في تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من " شرط الذهب " ، وفي التسعير الجبري للسلع والأجر .

19 – تأثر النظرية بالعوامل الأدبية : أما تأثير العوامل الأدبية في نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الأدبية ، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهي التزامات تمت بصلصة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجود الامتناع عن الأضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التي ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هي في الواقع أوامر ونواه أدبية تقضي بوجود العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بنوى القربى والأرحام . فإذا قلنا أن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لا نكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيان متلازمان .

20 – ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام نبدأ الكلام في مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة في ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها في أبواب أربعة :

الباب الأول : في العقد .

الباب الثاني : في العمل غير المشروع .

الباب الثالث : في الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : في القانون .

([1]) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك في كتابه " نظرية الالتزام " عن مذكرات الدكتور عبد المعطي خيال بك (فقرة 5) في هذا الصدد ما يأتي : " أن التكليف باحترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالبداهة أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يتقرر إذن بعد وجود الحق العيني ، بينما الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره " . (الدكتور حشمت أبو ستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة 1945 ص 10 هامش رقم 1) .

([2]) ويلاحظ في هذا الصدد أن التنازل عن الحق العيني يتم بارادة منفردة هي إرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون المدني القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تغليباً لناحية ما ينطوي عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون المدني الجديد بارادة صاحب الحق وحدها تغليباً لناحية ما ينطوي عليه الحق من قيمة مالية .

ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص 7 وهامش رقم 1) . نرى أنه لا يوجد سبب فني يمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد اغفلته الصياغة القانونية ، وهي لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (م 333 من القانون المدني الجديد) .

([3]) وساعد على ذبوع النظرية المادية في ألمانيا تحليل الحق الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فاقترب بذلك من الحق العيني الذي هو حق في شيء (Jus in re) وقد أوغل الألمان في التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصي في النهاية خطوة نحو الحق العيني ، إذ يبقى حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عينياً على ما تسلمه .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسؤولية .

فالذمة المالية (Patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهي مجموع من المال يتكون من عناصر ايجابية (actif) ومن عناصر سلبية (Passif) ، ويتميز لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لغرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التي هي شيء مادي ، فإنه يكسب منها هذه الصبغة .

ويميز الألمان بين المديونية (Schuld) والمسؤولية (Haftung) . فالمديونية واجب قانوني معين يقوم به شخص لآخر . فهي إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن المديونية عامل الاجبار على الوفاء ، إنما الاجبار هو المعنى

الذي تتضمنه المسؤولية . فالمدن قد يكون مدنيا ومسئولا في قوت معاً فيجمع ما بين المديونية والمسئولية ، وفي هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك .

وإجباره على الوفاء أما أن يكون بالتسلط على شخصه أو بالتسلط على ماله من طريق شخصه . وقد تنفصل المسؤولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدن على الوفاء (وهذا يقترب من الالتزام الطبيعي في القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المسئول في شخصه (ويقرب من الكفيل بالنفس في الشريعة الإسلامية) أو في ماله عن طريق شخصه (ويقرب من الكفيل الشخصي) ، وقد تنحصر المسؤولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المسئول (ويقرب من الكفيل العيني أو الحائز للعقار الموهون) . فالمسئولية تكون إذن على نوعين : 1) مسئولية شخصية تقع على شخص المسئول أو على ماله عن طريق شخصه . 2) ومسئولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يتبين أن المسؤولية العينية ، وهي أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصيغة المادية (أنظر Rudolf Huebner ; A History of German Private Law) ترجمة إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة 1918 ص 463 – ص 489) .

([4]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 9 في الهامش .

([5]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 9 في الهامش .

3 – اختيار تعريف للالتزام

12 - القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي .

فقد كانت المادتان 90 / 144 من القانون المدني القديم تنصان على أن " التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه " .

والقانون القديم كان يسمى الالتزام " تعهداً " . ولفظ " الالتزام " أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرساً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة 1101 من هذا القانون على أن " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل " . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلا منهما ينص أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين

ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء donner ، أي نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

13 – التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد :

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، في المادة 121 ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي " الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل " .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي ([1]) " كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التقنين المصري الحالي (م 90 / 144) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حفظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل .

والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد أثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهي تعد نزعة الشريعة الغراء في تصويرها بفكرة الالتزام . وبراعي من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالاً تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدي ذلك أن لكل التزام مدنياً يُعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام " .

وقد روى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه وتحرزاً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي أليق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع ([2]) .

14 – التعريف الذي نختاره :

وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ، في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .

وعندنا أن التعريف الآتي يفى بهذا الغرض :

" الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل " .

4- أهمية نظرية الالتزام وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

([1]844) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 9 في الهامش .

([2]844) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 9 في الهامش .

التسميات: الالتزام_بوجه_عام ، الوسيط_جزء_1

4 – أهمية نظرية الالتزام وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

14 – أهمية نظرية الالتزام :بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام بقي أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد Gabriel De Tarde-Jean في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون فيها مجالا فسيحا للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان.

بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالي إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

4 – أهمية نظرية الالتزام وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

14 – أهمية نظرية الالتزام :

بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام بقي أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد Gabriel De Tarde-Jean في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون فيها مجالا فسيحا للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان.

بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قانون الالتزامات والعقود قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالي إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

صحة التراضي - مبحث في الأهلية وعيوب الإرادة

المبحث الثاني

صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

143 – الأهلية وعيوب الإرادة :

كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ([1]) .

وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*) (capacitéLa)

144 – القانون القديم والقانون الجديد(الحالي) :

اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م 129 – 130 / 189 – 190 قديم) ، ثم ذلك أن الجزاء مع نقص الأهلية هو أبطال العقد

(م 131 – 132 / 191 – 192 قديم) .

أما القانون الحالي يؤثر الاكتفاء بتشريعات الأحوال الشخصية .

وقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص (الأحوال الشخصية وإجراءاتها) قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم 99 لسنة 1947 الصادر في 13 يولييه سنة 1947 ملغي لاحقاً) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم تويده للمصريين كافة .

أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م 11 مدني جديد) ([2]) .

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون (الحالي) الجديد .

1 – النظرية العامة في الأهلية

2 – أحكام الأهلية

المطلب الثاني

عيوب الإرادة (Vices du consentement)

الغلط - التدليس -الإكراه-الاستغلال .

1 – الغلط (*) (erreur ' L)

2 – التدليس (*) (Le dol)

3 – الإكراه (*) (La violence)

4 – الاستغلال (*) (L'exploitation)

الغلط L ' erreur

عيوب الإرادة < الغلط

1 – الغلط (L ' erreur)

– تعريف الغلط :

– الغلط المانع :

– اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة :

– الغلط في النقل أو في التفسير :

– الغلط الذي يعيب الإرادة :

هو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا اعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم أن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون

(أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد .

(ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن في المسالتين الآتيتين :

1 – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط .

عيوب الإرادة < الغلط

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الإرادة , مصادر_ الالتزام

الغلط L ' erreur

عيوب الإرادة < الغلط

1 – الغلط (L ' erreur)

– تعريف الغلط :

– الغلط المانع:

– اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة :

– الغلط في النقل أو في التفسير :

– الغلط الذي يعيب الإرادة :

هو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا اعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم أن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون

(أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد .

(ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن في المسالتين الآتيتين :

1 – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط .

عيوب الإرادة < الغلط

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الارادة ,مصادر_الالتزام

مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام 21-34 ج1

مصادر الحق مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام تقسيم المقال – 21 تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا ه ...

التدليس Le dol

2 – التدليس (Le dol)

179 – علاقة التدليس بالغلط :

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد .

وكذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]844) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عيوب الارادة

الإكراه La violence

– الإكراه

(La violence)

187 – الرهبة هي التي تفسد الرضاء :

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

188 – الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعدمه :

والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

189 – الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع :

وينبغي أن تنظر إلى الإكراه – كما نظرنا إلى التدليس – من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

190 – النصوص القانونية :

وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين 135 / 195 ، وهو يقضى بأنه " لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة " . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذا تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص (1844]) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذي التمييز (*personne raisonnable*) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي (1844 [2]) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقترنت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما لمادتان 127 و 128 .

وتنص المادة 127 على ما يأتي :

- 1 - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .
- 2 - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
- 3 - ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه (1844 [3]) .

وتنص المادة 128 على ما يأتي :

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (1844 [4]) " .

191 – عنصران للإكراه :

وبستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان :

- 1 – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي .
- 2 – رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل علالتعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيات مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين . أو الغير أو مجرد المصادفة (1844 [5]) .

عيوب الإرادة

(1844 [1]) نظرية العقد للمؤلف ص 437 – ص 444 .

(1844 [2]) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة 1112 بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامته الإكراه معيار " الرجل الشجاع " ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا

هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانوني الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا " الرجل المعتاد " بدلا من " الرجل الشجاع " ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتنييه الذاتي ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتنييه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن نقد بوتنييه لمعيار " الرجل الشجاع " من شأنها أن ينزل المعيار إلى " الرجل المعتاد " ، ولم ينتبهوا إلى أن بوتنييه لم ير إبدال معيار موضوعي معيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص 434 حاشية رقم 3) .

(844[3]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 176 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يكون العقد قابلا للبطلان إذا تعاقدا شخص تحت سلطان رهبة بعثتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس 2 - وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذي يعيدها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . 3 - وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة " أحد أقاربه " بكلمة " أو غيره " ، ولوحظ في ذلك أن عبارة " أحد أقاربه " أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال واضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق اعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذي يحق بالغير فيبيع الرهبة في النفس إلى حد التعاقدا فيه تحديد كاف للغير الذي يعتبر الخطر المحدق به اكراها . وأبدلت كلمة " حالا " التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة " محدقا " . واعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة " ومزاجه " فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة 131 في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت كلمة " النفس " اكتفاء بكلمة " الجسم " لأن الخطر الذي يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت كلمة " ومزاجه " الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لاشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة " النفس " التي كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمانية كمن يخطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخطف . وأصبح رقم المادة 127 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 178 - ص 184) . أنظر المادتين 29 و 30 من قانون الالتزامات السويسري .

(844[4]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 177 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكروه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اكن الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . 2 - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكروه إلا أن يطالب المكروه بالتعويض " . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد ، وأصبح رقمها 132 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هي - لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة - مع استبدال عبارة " أو كان من المفروض حتماً أن يعلم " بعبارة " أو كان في استطاعته أن يعلم " . وأصبح رقم المادة 128 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 185 - ص 188) . أنظر المادة 29 من قانون الالتزامات السويسري .

(844[5]) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعنصريه (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مارس سنة 1920 م 32 ص 237 - وفي 23 مارس سنة 1926 م 38 ص 302) . وبثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالبيت فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي بعد إكراه ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد اكراها في بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص 420 حاشية رقم 2) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في 2 يونيو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 62 ص 157 ومجموعة عمر 1 رقم 55 ص 120 ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : " وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون " . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في 7 نوفمبر سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 297 ص 923 .

التسميات: الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة , مصادر_الالتزام

الاثنين، 5 ديسمبر، 2016

الإكراه La violence

– الإكراه

(La violence)

187 – الرهبة هي التي تقسد الرضاء :

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الإحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

188 – الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعدمه :

والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختار اهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

189 – الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع :

وينبغي أن تنتظر إلى الإكراه – كما نظرنا إلى التدليس – من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

190 – النصوص القانونية :

وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين 135 / 195 ، وهو يقضى بأنه " لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة " . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذا تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص (1844) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذي التمييز (*personne raisonnable*) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي (1844) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقترنت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما لمادتان 127 و 128 .

وتنص المادة 127 على ما يأتي :

" 1 - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

2 - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

3 - ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه (1844) .

وتنص المادة 128 على ما يأتي :

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (1844) " .

191 – عنصران للإكراه :

ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان :

1 – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق ، وهذا هو العنصر الموضوعي .

2 – رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل علالتعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين . أو الغير أو مجرد المصادفة (1844) .

([1]844) نظرية العقد للمؤلف ص 437 – ص 444 .

([2]844) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة 1112 بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتتييه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار " الرجل الشجاع " ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانوني الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا " الرجل المعتاد " بدلا من " الرجل الشجاع " ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتتييه الذاتي ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتتييه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن نقد بوتتييه لمعيار " الرجل الشجاع " من شأنها أن ينزل المعيار إلى " الرجل المعتاد " ، ولم ينتبهوا إلى أن بوتتييه لم ير إبدال معيار موضوعي معيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص 434 حاشية رقم 3) .

عيوب_الارادة

السبت، 24 ديسمبر، 2016

L'exploitation الاستغلال

4 – الاستغلال (*)

(L'exploitation)

202 – الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

وبستخلص من هذا التعريف : (1) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى ([1]844) . (2) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (3) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

203 – تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلا مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكست روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيّدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسّعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسّلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العادل (juste prix) وبالأجر العادل (juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعتقته في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، هذه التقاليد ، فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وأبته إلا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . واطهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م 336 – 337 / 19 – 4204) . وهناك حالات أخرى كانت منتثرة في نواحي هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على 8 في المائة ، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في اجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنيات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتخلص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر ، غير

مخدوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالمياً بهذه القيمة ولم يذعن في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرية الشخصية لقيمة الشيء فهو إلا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طبش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء ابطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغني عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية ، وننسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، ودون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغباً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . ففرض القانون المدني الألماني في المادة 138 ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (*disproportion choquante*) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (*disproportion évidente*) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة . وتقضى المادة 22 من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (*hors de toute proportion*) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (21844) .

204 - القانون المصري الجديد : وقد سائر القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة واخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة 129 على ما يأتي :

" 1 - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " .

" 2 - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة " .

" 3 - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن (31844) " .

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة 130 على أن " يراعى في تطبيق المادة السابقة (م 129) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة (41844) " . والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد ، واعتد في الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود ، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة 129 سالفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و (ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

عيوب الإرادة < الاستغلال

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة , مصادر_ الالتزام

⁸⁴⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الأجزاء 1 و 2 و 3 (دار إحياء

التراث، بيروت 1964).

الأجل – الالتزامات المتقابلة – عدم التنفيذ – تنازل عن الأجل

القرار عدد 156 بتاريخ 02/04/2013

في الملف رقم 2594/1/7/2011

القاعدة

الالتزامات المتقابلة إذا كانت محددة بأجل لكلا طرفي العقد فإن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه يعتبر تنازلاً ضمناً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى

في شأن وسيلة النقص الفريدة :

حيث تعيب الطاعة القرار المطعون فيه بخرق القانون والخطأ في تطبيقه، بدعوى أن العقد المبرم بين الطرفين معلق على شرط واقف مضمونه هو أداء المطعون ضده بقية الثمن قبل تاريخ 08/12/31 في مقابل إلزام الطالبة بتجهيز العقار موضوع البيع وإعداد عقد البيع عند نفس الأجل المذكور إلا أن العقد نفسه جعل التزام أداء بقية الثمن الذي يقع على كاهل المطلوب في النقص هو الأسبق في التنفيذ على التزام العارضة، وأن عدم أدائه لبقية الثمن عند حلول الأجل المذكور طبقاً للفصل 275 من ق ل ع وذلك بقيامه بالعرض والإيداع يجعله في حالة مطل وهو الشيء الذي لم تلتفت إليه المحكمة فخرقت بذلك مقتضيات الفصل 230 من ق ل ع. وبثبوت كون الطرف المطلوب في النقص هو المكلف بالبداية بتنفيذ التزامه بأداء بقية الثمن على التزامات الطالبة لم يكن على المحكمة تطبيق مقتضيات الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود الذي ليس له موضوع، بالنظر للشروط التي تضمنها العقد، سيما وأن الإنذار الذي أسست عليه المحكمة قضاءها جاء لاحقاً عن تاريخ تحرير عقد البيع النهائي وتنفيذ بقية الالتزامات، وكان عليها أن تطبق الفصل 234 من ق ل ع. والمحكمة لم تلتفت لبنود العقد ولم تبحث وتحدد من هو الطرف الذي يجب عليه تنفيذ التزاماته أولاً لتحديد النص السليم الواجب التطبيق، فحق الخيار يفسخ العقد أو الاستمرار فيه يبقى حقا خالصا للعارضة استناداً لأحكام الفصل 234 وظاهر نص الفصل 235 من ق ل ع وليس للمطولين في النقص اللذين استكتفا عن تنفيذ التزامهما التعاقدية الأسبق لجهة التنفيذ على التزامات الطاعة، وهو الحق الذي ليس لهما بنص الفصلين المذكورين وكذا الفصول 254 و 255 و 259 من ق ل ع، والمحكمة منحت لهما بناء على علل فاسدة. وهي بعدم تطبيقها للمقتضيات القانونية المحتج بها ومنحها الخيار للمطولين في النقص على أساس الفصل 259 من ق ل ع، تكون قد خرقت بشكل صريح القانون كما أخطأت في تطبيقه، وبنت قضاءها على علل فاسدة قانوناً وواقعاً مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه في العقد يعتبر تنازلاً ضمناً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى. ومحكمة الاستئناف لما قضت بفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين وعلته بما جاءت به من أن " المستأنفة فرعا قد دعت بمقتضى الإنذار لإتمام البيع ولم تف بذلك، مما يجعل طلب الفسخ له ما يبرره بحكم الخيار الممنوح بمقتضى الفصل 259 من ق ل ع " بناء على ما ثبت لها من الإنذار الموجه من طرف المطولين للطالبة للوفاء بالتزامها بتسليم العقار المبيع والذي توصلت به بتاريخ 2009/1/14 وعدم جوابها فترتبت على ذلك أحقية المطولين في طلب فسخ العقد لم تخرق أي مقتضى قانوني والوسيلة بدون أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقص برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة المذكورة إثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية محكمة النقص بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة زبيدة التكلانتي رئيساً والمستشارين السادة : حميد الوالي مقرراً، أحمد ملجاوي، الحسن بومريم، لطيفة أيدي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة عتيقة سودو

دراسة ركني التراضي :

التراضي (الفصل الأول)

الدعوى الناشئة عن الالتزام – شروطها

القرار رقم 323

الصادر بتاريخ 16 يناير 1983

ملف مدني رقم 84592

القاعدة

لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن الإلتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به حسب العقد. وفي العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع من أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل. «الفصلان 234 – و235 من ق ل ع »

وأن المحكمة لما ردت الدفع الذي أثاره الطاعن من أنه لا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه قبل أن يقوم خصمه بتنفيذ التزامه المقابل بعلّة أن الخصم يستعد لدفع باقي الثمن تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

باسم جلالة الملك

إن المجلس

بعد المداولة طبقاً للقانون،

بناء على الوجه الأول من الوسيلة الرابعة:

حيث إنه – بمقتضى الفصل 234 من قانون الالتزامات والعقود « لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الإلتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق. » كما أن الفصل 235 من نفس القانون ينص على أنه «في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل. »

وحيث يتبين من محتويات الملف ويؤخذ من القرار المطعون فيه الصادر عن استئنافية الدار البيضاء في تاريخ 25 دجنبر 1979 تحت عدد 3721 في الملف عدد 5209 أنه – بعدما كان طالبا للنقض الإخوة أن محمد وأحمد ابنا موسى غزلان قد أمضيا في تاريخ فاتح مارس 1974 ورقة عرقية يعترفان فيها بتوصلهما من خصمهما (أحمد اليوسفي) بمبلغ عشرة آلاف «10.000» درهم عربونا عن بيعهما له حقوقهما المكونة من أربعة هكتارات في الملك ذي الرسم العقاري عدد 9002 على أساس تحديد الثمن في 7250 درهما لكل هكتار وعلى أن باقي الثمن وهو 19000 درهم سيؤدى عند تحرير العقد النهائي الذي سيتم خلال شهر يونيه 1974 – بعد ذلك سجل المطلوب ضده النقض في تاريخ 22 أبريل 1976 مقالا يلتمس فيه الحكم له على طالب النقض بتنظيم إجراءات البيع وبأدائهما له تعويضا قدره أربعة آلاف درهم مع الإشهاد له بأنه سيدفع لهما باقي الثمن بمجرد تقييد البيع في الرسم العقاري، فأجاب المدعى عليهما اللذان من جملة ما دفعا به في مذكرتهما المؤرخة ب 14 أكتوبر 1976 ملاحظة أن عدم تنفيذ الاتفاق يرجع إلى المدعي الذي لم يف بالتزامه ولم يؤد لهما باقي الثمن. وبتاريخ 19 ماي 1977 أصدرت ابتدائية الدار البيضاء حكما تحت عدد 2404 ردت فيه على ذلك الدفع بأن المدعي مستعد لدفع باقي الثمن فقضت لذلك ووفق طلباته فاستأنفت المدعى عليهما مبدئين في أوجه استئنافهما تمسكهما بالدفع الذي كانا قد أثاراه في المرحلة الابتدائية لكن محكمة الاستئناف ردت عليه بأن الحكم الابتدائي قد أجاب عن دفعهما بما فيه الكفاية فأصدرت قرارها المطلوب نقضه القاضي بتأييد الحكم المستأنف.

وحيث إن من جملة ما يعيبه طالبا للنقض على القرار المطعون فيه ما ورد في الوسيلة الرابعة من ملاحظة كون المحكمة قبلت دعوة خصمهما الذي لم يف بعد بالتزامه المقابل.

وحيث إنه حقا لقد أثار الطاعن لدى كل من محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية الدفع بقاعدة عدم امكانية إجبارهما قانونا على تنفيذ التزامهما قبل قيام خصمهما بتنفيذ التزامه المقابل أو عرضه أداء ما التزم به تلك القاعدة التي يتضمنها الفصلان 234 من قانون الالتزامات والعقود في حين اكتفت المحكمة الابتدائية التي أيدتها في ذلك محكمة الاستئناف للرد على ذلك الدفع بأن الخصم مستعد لدفع باقي الثمن مما تكون معه قد حادت عن القاعدة والحكم القانون المذكورين وبالتالي يكون القرار المطعون فيه معرضا للنقض.

من أجله

قضى بنقض القرار المطعون فيه

المحل (الفصل الثاني).

الفصل الأول في التراضي :

يعتبر التراضي عمود عقد البيع .⁸⁴⁶

846 -

التراضي وتعبير الاصيل عن الارادة

الفصل الأول

أركان العقد

68 - مصدر أركان العقد :

العقد يقوم على الإرادة ، أي تراضي المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب .

فالعقد إذن ركنان : التراضي والسبب ([1]) .

وأما المحل فهو ركن في الإلتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الإلتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الإلتزام غير التعاقد يؤول القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الإلتزام التعاقد في المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحت القواعد التي يقوم عليها التراضي والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذي يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

1 - التراضي .

2 - المحل .

3 - السبب .

4 - البطلان .

الفرع الأول

التراضي

69 - وجود التراضي وصحته : يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد ، فإنه لا يكفي لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

1 - وجود التراضي .

2 - صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

70 - التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة 89 من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين؛ مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ([2]) " .

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين ([3]) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تنتج لإحداث أقر قانوني معين هو إنشاء الإلتزام .

71 - أركان الإرادة (أو العمل القانوني) :

والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعا في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادي من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتنتج لتحقيق سبب مشروع .

72 - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني :

وبعينا هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تنتج لإحداث أثر قانوني ، كما في المجاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتقد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تنتج اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني ([4])

73 - كيف يتم التعاقد :

والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه ويتوافق الإرائتين . وقد يمرر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك في الاتفاق الابتدائي وفي العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية :

(1) التعبير عن الإرادة . (2) توافق الإرادتين (3) مرحلة تمهيدية في التعاقد : الاتفاق الابتدائي والعربون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

74 - تعبير الأصيل وتعبير النائب :

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فننكلم : (أولاً) في التعبير الصادر من الأصيل ، و (ثانياً) في التعبير الصادر من النائب ، أي النيابة في التعاقد .

1 - التعبير الصادر من الأصيل

75 - الإرادة ومظهر التعبير التعبير عنها :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين ([5]) .

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

76 - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

نصت المادة 90 من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

" 1 - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود " .

" 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحاً ([6]) " .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعصرها المادي المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته - كلاماً أو كتابةً أو إشارةً أو نحو ذلك - مظهرًا من موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة . وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، في

شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعا عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلا كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطا أشد مم يتطلبه التعبير بالكاتبة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفا ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصا يكون تعبيراً صريحا عن الإرادة ، كهب الرأس عموديا دلالة على القبول وهزها أفقيا أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ([7]) .

ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً ([8]) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك . وكالموعد بالبيع يرتب حقا على العين الموعد ببيعها (1) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م 599) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدبر ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه ([9]) .

وأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفي بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي والإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهدية . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م 398) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م 457) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن

(أنظر م 597) ([10]) .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً أن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك ([11]) .

وكل ما قدما عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاء دون نص في ظل القانون القديم ([12]) .

77 - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ([13])

- تمهيد :

إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دام الإثباتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعملها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصي على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكنها نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة ، ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتهم العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) ، فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

78 - نظرية الإرادة الباطنة (volonte interne) :

وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعدد الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها - حقيقية أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

79 - نظرية الإرادة الظاهرة (Volonte externe, declaration de volonte) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثرها هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلف في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية ([14]) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي تقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليل على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعي أنه أضمر غير ما أمظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته ([15]) .

80 - موقف القانون الجديد :

وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل ، على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقتراحه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

81 - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره :

والتعبير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمنياً - وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقتضيه المادة 91 من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " ([16]) ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجود فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (Efficacite) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أي قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ، ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً ، وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتي الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قول مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثره القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة 91 بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوي عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات ([17]) .

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، غز جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

82 - الموت وفقر الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قلنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي . فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده لأهليته وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك . فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجود القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقتضيه المادة 92 من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ([18]) " .

وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجري على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة ([19]) .

وبرجع هذا في رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك في أن حكم القانون الجديد في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لأخ في فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل ، فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار ([20]) " .

ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلزم بها الورثة بعقود مورثهم ([21]) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل ([22]) .

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد ([23]) .

الوسيط_ جزء 1_ مصادر_الالتزام

(1) يجب على التراضي أن يكون في شكل مخصوص كما في العقود الشكلية التي سبق ذكرها . ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركنا من أركان العقد .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة 135 منه على الوجه الآتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " قطع المشروع بإيثار مذهب افراة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين " وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحصاراً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول . ولما تتلى النص الذي نحن بصددده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة " فوق ذلك " ، فأصبح كما يأتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد " . ولما تتلى النص الذي نحن بصددده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة " فوق ذلك " ، فأصبح كما يأتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد " . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يغني عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنص الآتي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم 91 . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها 89 . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ص 2 من 8 ص 13) .

(2) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران ، فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوّه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد يتلاقى تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص 2 من 10)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقه منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدني في 8 مارس سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 169 ص 329) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفاً في المشروع النهائي فكانت المادة 127 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبة أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقداً للتمييز " . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبعته فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبة والسكر والتنويم المغناطيسي (أنظر التقنين الألماني تعليقات 1 ص 103) . ويفرق القانون الإنجليزي بين الصترفات التي تتعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرس على استقرار المعاملات (جنكس م 64 و 69 - وولنستون 1 ص 111) " ولما تليت المادة 127 في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة 128 من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني " . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فوراً أمر البحث في المفصلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فإيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانتي ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو بصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنأخذ قويا في الشريعة الإسلامية ، غداً هي تعتد اعتداداً بيننا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة ، فإذا كان من وجه إليه التعبير عالمياً بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد في الأخذ بها لإخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إيثار المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط 20 فبراير سنة 1896 م 8 ص 132) " ولما تليت المادة 128 في لجنة المراجعة اقترح حذفها " لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به " فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 29 - ص 30 في الهامش) .

(1) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملاً تحضيرياً ويلبها عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (deliberation) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (execution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق ، ولا تلتبس بالتنفيذ ، وه شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادي ، فيستخلص أسباباً للإقدام على العمل وأخرى للإحجام عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن ينتبج التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكا لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنهما ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تكفير وتمييز وتبصير .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م 124) على الوجه الآتي : " 1 - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير . 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم يقض القانون أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحاً " . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة 92 من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم 92 . ولما تليت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجع عن هذا الرأي في جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة 90 . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 14 و ص 15 - ص 19) .

(1) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على النص الآتي (م 134 من المشروع) : " 1 - يعتبر عرض البائع مع بيان ثمنها إيجاباً 2 - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض " فاقترح حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه " فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 41 في الهامش) .

(2) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيجيء (قارن حكماً لمحكمة النقض - الدائرة المدنية - في 21 إبريل سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 410 ص 760 ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولاً ضمناً من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار) . .

(1) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيافاً تشتمل العين الموعد ببيعها (نقض مدني 6 يونيو سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 90 ص 188) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضمناً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وقالت في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه فتتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أنه يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات لا يرجح أحدها إلا بمرجح " . (نقض مدني 8 أبريل سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 298 ص 590) .

(2) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م 309 و م 445 و م 781) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م 279 و م 354 و م 360) ، أو يستوجب أن يكون تغير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م 555) وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيطة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني .

(1) أنظر أنفاً فقرة 48 في الهامش .

(2) وقد جرى القضاء المصري على الاعتماد بالتعبير الضمني عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط في 13 فبراير سنة 1896 م 8 ص 118 - وفي 12 مارس سنة 1930 م 42 ص 352) . وذهب كذلك إلى أن مسكلاً معيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مختلط في 16 مايو سنة 1929 م 41 ص 401) .

(3) بعض المراجع الرئيسية : سالي في الإعلان عن الإرادة - بنكاز تكملة بودري جزء 2 - ديموج في الالتزامات جزء أول - بلانيول وريبير وإسمان جزء أول - ديريه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة 1905 ، وانظر أيضاً مقالاً له في المجلة الانتقادية سنة 1901 - مقال الأستاذ ميغال (Meynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1902 ص 545 - ص 573 - مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيلوم دي بيزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري الفرنسي في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1913 ص 543 - 586 - نظرية العقد للمؤلف ص 150 وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص 82 وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص 70 وما بعدها .

(1) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م 77 : إذا استعمل شخص طرقاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في العقد طبعة تاسعة ص 5 - ص 6 - ولتن في العقد جزء أولى فقرة 94) .

أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يبقون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريّة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام فليس هذا منهم في رأينا استمسكاً باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذه إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حما على الإرادة الباطنة ، وهي الزواج والطلاق والعناق (التلويح والتوضيح جزء 2 ص 787 - 789) .

(1) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يغفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحدث أثرها القانوني (Volonte de declarer) فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحدث أثرها القانوني إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهرًا مادياً يعتد به في التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحدث أثرها القانوني (أنظر المادتين 127 و 128 من المشروع التمهيدي وقد مر ذكرهما . وانظر في هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص 132 - سالي في إعلان الإرادة ص 2 - رسالة الدكتور الشيني المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد ص 64 هامش رقم 3) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجودًا حقيقيًا ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة ، أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور von tuhr ص 136 - رسالة الدكتور الشيني المشار إليها ص 84 فقرة 75) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهو لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقاما يستطاع إثبات ذلك ، وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل بتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطئ دون جزاء ، بل يترتب عليه الحق في التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدئين لا يجوز إغفاله ، فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية إرادة الباطنة فتتطرق إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (1) عند تفسير العقد إذا أخذنا لقاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزمًا أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجتهد سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيرًا اجتماعيًا لا نفسيًا ، مستندًا في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف في التعامل . (2) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخصّص لرقابة محكمة النقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حك تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى ، وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م 125) على الوجه الآتي :

" 1 - ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه 2 - إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كن يصل في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أوفي الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر " ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكاً تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تشريعي ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المدة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمراً متعزراً لإثباته فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً . على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس " والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م 93 من المشروع النهائي) كما يأتي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت لذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ك " . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 93 ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها 91 . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 19 - ص 28) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزمان قليل - وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذ القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السوري لم ينقل عن القانون المصري نص المادة 91 . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م 98 من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجوب بالقبول (م 97 من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين الغائبين .

(1) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة 125 من المشروع التمهيدي (وهي المقابلة للمادة 91 من القانون الجديد) الأمر على النحو الذي بيّناه في المتن . فهي قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجدًا وجودًا فعليًا ووجودًا قانونيًا ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزمًا لا يجوز الرجوع فيه ، وكان هذا النظر يتمشى مع المشروع التمهيدي الذي جعل الإيجاب ملزمًا (م 129 من هذا المشروع) . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة 125 من المشروع التمهيدي : " تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذي يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائيًا لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونيًا قائمًا لا يتأثر وجوده بوفاء من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريقًا على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه " . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 19 - ص 20) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فحذف المادة 129 من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 126 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

" لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يثبت العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل " ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذي استقر في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة 94 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم 94 . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم 92 ، وجاء في تقريرها ما يأتي : " اقترح الاستعاضة عن المادة 92 بالنص الآتي : " ينقض التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في صمر وفرنسا ، ولأنه قد يفضي إلى الإضرار بورثته المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيير للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقد أهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطوق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراض للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح ط . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 29 ص 35) .

([19]) انظر محكمة الاستئناف الوطنية في 9 مارس سنة 1930 المحاماة 4 ص 44) – محكمة طنطا في 6 ديسمبر سنة 1930 المجموعة الرسمية رقم 32 ص 305 – وكانت المادتان 50 / 72 من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ في عقد الهبة فتتصان على ما يأتي : " تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له " .

(1) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد في الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا الفرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(1) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أي قبل 15 أكتوبر سنة 1949) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immediate) .

(1) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة 126 من المشروع التمهيدي (وهي التي تقابل المادة 92 من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير للموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزماً ، فورد في هذا الصدد ما يأتي : " يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو يفقد أهليته ، وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أي التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه " .

وهذا التعليل إذا صلح في قانون يعتبر الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذا قالت : " وجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو يفقد الأهلية ... " وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير " . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك كفي الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً .

(انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 31) .

(2) وكان المشروع التمهيدي (م 126) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضي بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان 51 / 73 من هذا القانون تنصان على أنه " يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها من يقوم مقامه " ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين أخذ بهما القانون الجديد ، فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأ نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتي : (1) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد (2) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى عامه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

ولكي يقوم كركن فيه ينبغي أن يكون موجودا . ووجود التراضي يتحقق بتوافق الإرادتين (الفرع الأول) و أن يكون صحيحا، وصحة التراضي تحصل بتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب (الفرع الثاني) ⁸⁴⁷ .

847 _

صحة التراضي - مبحث في الأهلية و عيوب الارادة

المبحث الثاني

صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ، و عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

143 – الأهلية و عيوب الإرادة :

كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً .

والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب ([1]) .

وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*) (capacitéLa)

144 – القانون القديم والقانون الجديد(الحالي) :

اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م 129 – 130 / 189 – 190 قديم) ، ثم ذلك أن الجزاء مع نقص الأهلية هو أبطال العقد (م 131 – 132 / 191 – 192 قديم) .

أما القانون الحالي يؤثر الاكتفاء بتشريعات الأحوال الشخصية .

وقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص (الأحوال الشخصية واجراءاتها) قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم 99 لسنة 1947 الصادر في 13 يولييه سنة 1947 ملغي لاحقاً) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توقيده للمصريين كافة .

أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م 11 مدني جديد) ([2]) .

الفرع الأول : تحقق التراضي في البيع بتوافق الإرادتين .

يتطلب تحديد توافق الإرادتين الذي يتحقق به التراضي في البيع التعرف على العناصر التي ينصب عليها هذا التوافق (المبحث الأول) وأشخاصه (المبحث الثاني) وصيغته (المبحث الثالث) وزمانه ومكانه (المبحث الرابع) وأخيراً درجاته (المبحث الخامس) .

المبحث الأول : العناصر التي ينصب عليها توافق الإرادتين في البيع .

ينص الفصل 488 من ق.ل.ع.م على أنه : " يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقدية ، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى .

ويتبين من النص المغربي أنه " إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والتمن وعلى بقية شروط العقد انعقد العقد بينهما" .

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون (الحالي) الجديد .

المطلب الثاني

(Vices du consentement)

عيوب الإرادة

الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال .

([1]) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة 162 من هذا المشروع يجري بما يأتي : " يجوز إبطال العقد : أولاً – لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً – لعيب في الرضاء " . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 110 في الهامش) .

([2]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي : " اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من اثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة 129 / 189 من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعية . أما المادة 130 / 190 من التقنين الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان 131 – 132 / 191 – 192 الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنتاز القوانين في النصوص التمهيدي ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 109) .

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الارادة , مصادر_الالتزام

- وعليه فحتى يتحقق التراضي لابد من أن ينصب توافق إرادتي الطرفين على تحديد طبيعة العقد المزمع إبرامه . وبالنسبة إلى عقد البيع فلا بد أن يقع التوافق على البيع وهذا ما قصده الفصل 488 عندما ذهب إلى أنه يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء".

لذلك فإذا ما انصرفت إرادة أحد الطرفين إلى شراء الشيء⁸⁴⁹ بينما لم يقصد الطرف الآخر إلا كراء هذا الشيء ، فهنا نكون أمام تعارض الإرادتين وبالتالي لا يقوم التراضي .

848 -

Section Deuxième : De la perfection de la vente (articles 488 à 490)

Article 488 : La vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat.

849 -

1- الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال

1 - الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال - نص قانوني :

نمهد للكلام في حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه ببحث في الأشياء ، إذ الشيء هو أكثر التصاقاً وأشد ارتباطاً بالحق العيني منه بالحق الشخصي . فالحق العيني سلطة قانونية مباشرة على الشيء محل الحق ، ومن ثم يتصل صاحب الحق بالشيء اتصالاً مباشراً دون وسيط . أما الحق الشخصي فعلاقة تقوم بين دائن ومدين ، قد يكون محلها شيئاً ولكن الدائن لا يتصل بالشيء اتصالاً مباشراً وإنما يتصل به بوساطة المدين . وهذا يجعل الحق العيني - بخلاف الحق الشخصي - يتركز في الشيء وينصب عليه انصباباً مباشراً ، ويستدعي أن نمهد كما قدمنا للكلام في الحق العيني بالكلام في الشيء .

والشيء ، في نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية . فشرط الشيء إذن أن يكون غير خارج عن التعامل ، أي قابلاً للتعامل فيه . وتنص المادة 81 مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

" 1 - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " .

" 2 - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية "

() [1] تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 111 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم 83 في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم 83 . ووافقت عليه لجنة الشيوخ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، وصار رقمه 81 . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته تحت رقم 81 ، بعد أن جرت مناقشة طويلة في اقتراح تقوم به أحد أعضاء مجلس الشيوخ يرمي إلى إضافة فقرة للنص تقضي بجعل الكنائس والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها مملوكة للهيئة الدينية العليا ، وقد رفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 459 - ص 464).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري : م 83 (مطابق).

التقنين المدني الليبي : م 81 (مطابق).

التقنين المدني العراقي : م 61 (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبناني : لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة.) .

ويمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه شرطاً في الشيء كما اعتبرناها هنا ، وهذا ما يبدون أن التقنين المدني الجديد قد ذهب إليه إذ تقوم المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة 81 مدني سالف الذكر : " وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال ، فبين أن الشيء غير المال ، وأنه (أي الشيء) لا يعدو أن يكون محلاً للحقوق المالية ، بشرط ألا يكون خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون "

([1] مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 460 – وانظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة 21 ص 39 – ص 40) .

كما يمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه أساساً لتقسيم الأشياء إلى أياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها ، فتكون الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أشياء في نظر القانون كسائر الأشياء ولكن لا يجوز أن يترتب عليها حقوق مالية .

وسواء أخذنا بالاعتبار الأول أو بالاعتبار الثاني ، فالمهم في كل من الاعتبارين أن نحدد الأشياء غير القابلة للتعامل فيها ، وهذه قسمان : (القسم الأول) أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهي كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجاري وأشعة الشمس الخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها "

([1] مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 460 – وفي الاعتبار الثاني الذي يعترف بصفة " الشيء " للأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها ، لا يتدخل القانون – والقانون هنا هو القانون الإداري لا القانون المدني – إلا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضاً ، ولا يرتب القانون حقوقاً للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوق عليها إذ هي خارجة عن التعامل (بلانويل وريبير وبيكار 3 فقرة 62).

وإذا انقضى حق المؤلف في استغلال مصنفه بمضي خمسين سنة على وفاته ، وقع حق استغلال المؤلف في أيدي الناس كافة ، وكان لكل فرد الحق في نشر المؤلف واستغلاله . ولكن حق الاستغلال على هذا الوجه لا يدخل ضمن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها ، إذ أن الشيء هنا لا تستعصي طبيعته على الاستغلال ، بل هو أقرب إلى أن يكون شيئاً مباحاً يترتب عليه حق لأي فرد يتولى استغلاله .)

(والقسم الثاني) أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأنها : " والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي ينصف القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام ، كالحشيش والأفيون والأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة . ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء ، كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة الخ "

([1] مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 460 – وقد كتبنا في الجزء الأول من الوسيط ، في صدد الشيء غير القابل للتعامل فيه ، ما يأتي : " يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه .. إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعامل ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة (أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه) . وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فاشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي ، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للاحتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ... وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع ، وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون ، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للأداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب أو إليهما معاً ، ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فائراً أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضي ظروف البلاد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء ") الوسيط 1 فقرة 227.

وفي الفقه الإسلامي تدعى الأشياء التي يحرم التعامل فيها ، كالخمر ولحم الخنزير ، بالمال غير المتقوم.) .

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها كثيرة التنوع . فمنها الحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق . ومنها الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن وحق الامتياز . ومنها الحقوق الشخصية ، كحق المشتري في تسلّم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة وفي تمكينه من الانتفاع بها وحق المؤجر في استردادها وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض . ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية .

وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقساماً مبدئياً إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية . والأصل في الأشياء أن تكون مادية ، أي أن يكون لها حيز مادي محسوس ، كالأرض والمباني والمركبات والمواشي والمحصولات والماكولات والمشروبات . ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية ، ولكن تقدم الفكر البشري مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية ، أي أشياء غير ذات حيز محسوس ، هي نتاج العقل البشري من تأليف أدبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات في الصناعة والتجارة . وإلى الأشياء غير المادية هذه تشير المادة 86 مدني عندما تقول : " الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة " .

وسنتناول الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها في الباب الأول من هذا القسم ، وفي الباب الثاني نبحث الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق .

وتمييزنا بين الشيء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشيء والمال . فالشيء غير المال : المال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء ، والشيء هو محل هذا الحق

غير أنه ليس من الضروري أن ينصب توافق الإرادتين على تحديد طبيعة العقد صراحة، إذ يمكن لهذه الطبيعة أن تستخلص من العناصر الأخرى للعقد.

- وهذه العناصر الأخرى التي ينبغي أن ينصب عليها توافق الإرادتين هي كما يقضي بذلك الفصل 488 من ق.ل.ع.المغربي⁸⁵⁰. المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى "... وبعبارة أخرى فإن هذه العناصر في عقد البيع تتمثل من جهة في نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي محدد. ومن جهة أخرى في باقي الشروط التي تسهل تنفيذ العقد والتي يمكن لهذا الأخير أن ينعقد حتى ولو لم تثر كموضوع لتوافق الإرادتين بحيث إذا ما قام نزاع حولها استطاع القاضي أن يحسمه بالاستناد إلى النصوص القانونية التي تجيز له تكملة العقد (مثلا الفصول 231 و 463 و 469 من ق.ل.ع.المغربي)⁸⁵¹.

بما تتضمنه الأحكام المنظمة للعقد البيع.

ويلحظ أن الفصل 488 من ق.ل.ع.م الذي يبرز العناصر التي ينبغي - أن ينصب عليها توافق الإرادتين ما هو إلا تطبيق للفصل 1/19 من ق.ل.ع.المغربي.⁸⁵² المحدد لمضمون

([1] وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ورعي في هذا الفصل لتمييز بين الأشياء والأموال . فالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق ، سواء أكان عينيا أم شخصا أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية إلخ . أما الشيء ، سواء أكان مادياً أم غير مادي ، فهو محل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين الحالي (السابق) ومعظم التقنيات الأجنبية من خلط بين الشيء والمال ، مما جعل تلك التقنيات تعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء ... وفي بعض النصوص الأخرى أنه حق . فأدى ذلك إلى إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً ، في حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثليه وقيمة وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك (مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 457 .) .

⁸⁵⁰ -

الفرع الثاني: في تمام البيع

الفصل 488

يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى.

⁸⁵¹ -

الفصل 231

كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف (+) أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته.

(+) - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

الفصل 463

تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته.

الفصل 469

عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام، فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قد قصد تحديد مجاله بها، دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر.

⁸⁵² -

توافق الإرادتين في العقد بصفة عامة تحديدا أكثر وضوحا إذ يميز في العناصر التي ينصب عليها توافق الإرادتين بين العناصر الأساسية والعناصر الثانوية وقد جاء فيه أنه " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية ".

وعليه فتوضيحا للفصل 488 من ق. ل. المغربي بالفصل 19 منه ، فإن العناصر الأساسية التي ينبغي أن ينصب عليها توافق الإرادتين المحقق للتراضي الذي به يتم عقد البيع تتمثل في المبيع والثلث.

أما الشروط الثانوية كتحديد من يتحمل مصاريف البيع أو تحديد ميعاد أداء الثمن أو وقت التسليم أو استحقاق الفوائد عن الثمن المؤجل إلخ ... فلا تؤثر في تحقق التراضي وإذا لم تنثر بين الطرفين كموضوع لتوافق إرادتهما إذ تولى قانون التعاقد (ق.ل.ع.م).

تنظيمها وتحديد أحكامها كما سنرى ذلك في حينه إلا أن هذه الشروط الثانية قد ترقى إلى مصاف العناصر الأساسية إذا ما قام الطرفان بإثارتها ضمن موضوع توافق الإرادتين ففي هذه الحالة لا يتحقق التراضي وبالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا حصل توافق الإرادتين بصدد هذا ، وهذا بغض النظر عن كبر أو ضالة أهمية الشرط المثار ضمن موضوع توافق الإرادتين ، لا بل الأكثر من هذا ، فإن تحقق التراضي لا يتم وبالتالي لا ينعقد عقد البيع حتى ولو حصل توافق الإرادتين على العناصر التي يعتبرها القانون أساسية (المبيع والثلث) ومع ذلك أثير شرط ثانوي في نظر القانون من قبل الطرفين كشرط أساسي بينهما ولكن لم يحصل في شأنه توافق الإرادتين على الفور وإنما أرجئ إلى وقت لاحق (الفصل 20 من ق.ل.ع. المغربي)⁸⁵³.

- وعندما تكون جميع العناصر المشارية من قبل الطرفين محلا لتوافق إرادتهما، فإنه قد يحصل أن يثير أحد الطرفين إثر حصول تحقق التراضي الذي ينعقد به البيع، تغييرا أي تعديلا في أحد الشروط التي سبق أن حصل في شأنها توافق الإرادتين (كأن يكون عقد

ثانيا : الاتفاقات والعقود

الفصل 19

لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط 852 المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر ... 852 جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه

⁸⁵³.

الفصل 20

لا يكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق، وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة.

البيع قد اشترط فيه أداء الثمن دفعة واحدة ثم ظهر أحد الطرفين أن يقترح تغيير طريقة الأداء دفعة واحدة بأداء الثمن على أقساط ، فإذا ما حظي هذا التغيير (التعديل) بتوافق الإرادتين من جديد، فإننا لا نكون أمام عقد جديد - إلا إذا عبر الطرفان صراحة عن انصراف إرادتهما إلى انعقاد هذا العقد الجديد - وإنما يلحق التغيير (التعديل) بالعقد الأصلي. وفي هذا الصدد ينص الفصل 2/19 (فقرة ثانية)على أن " التعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر عقدا جديدا وإنما جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه".

استقرار نطاق المبيع:

تتمثل باقي العناصر الأساسية لقعد البيع في نظر قانون الالتزامات والعقود المغربي في المبيع والثمن، إلا أنه قد يطرح خلاف يتعلق بمعرفة ما إذا كان استقرار نطاق المبيع على غير الوجه الذي حصل في شأنه توافق الإرادتين إما بالزيادة أو النقصان من شأنه أن يؤثر في تحقق التراضي بما يؤدي إلى عدم انعقاد العقد، كما لو كان توافق الإرادتين قد أنصب على بيع قطعة أرضية مساحتها كذا مترا 2 مقابل ثمن إجمالي معين على أساس كذا درهما للمتر 2 ثم تبين أن هذه القطعة تحتوي في الحقيقة على أقل أو أكثر من المساحة المحددة.

ذهب المجلس الأعلى (محكمة النقض) في قراره المدني رقم 90 الصادر في 20 مارس 1981⁸⁵⁴

إلى أنه: " لا يمكن أن يعتبر مجرد وعد بالبيع العقد المتضمن لتراضي الطرفين على بيع قطعة أرضية معينة وعلى تحديد ثمنها بالمتر المربع، وإشهاد البائعة على تسلمها من المشتري مبلغا من المال كتسبيق على أن يدفع الباقي عند تحرير العقد النهائي ، وأن النقصان الذي ظهر في مساحة البقعة المباعة ليس من شأنه أن يفقد العقد ركنا أساسيا من أركان البيع ".

واهتداء بما جاء في قرار المجلي الأعلى أعلاه فإن تبيان المبيع على غير نطاقه الذي توافقت عليه الإرادتان ، إما بالزيادة أو النقصان ليس من شأنه أن يؤثر في التراضي بما يؤدي إلى عدم تحققه وذلك ليس فقط عندما يكون الثمن النقدي قد حدد على أساس الوحدة القياسية (المتر المربع مثلا) وإنما أيضا عندما يكون الثمن قد حدد مجملا أي جزافا

(كذا درهما للقطعة البالغة مساحتها كذا مترا مربعا) . غير أنه في هذه الحالة الأخيرة ، يستطيع المشتري المطالبة بفسخ العقد مع تعويض يغطي كافة الأضرار اللاحقة به أو

⁸⁵⁴

(منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد 27، 1981 ص 173 وما بعدها)

المطالبة بالتعويض العيني أو النقدي مع الإبقاء على العقد والتعويض العيني خاصة عندما يكون اتفاقيا قد يتمثل في التزام البائع بتكملة المبيع لسد النقص الحاصل فيه كما لو كان المبيع قطعة أرضية تبين نقصان مساحتها فالتزم البائع بتكملة ما انتقص من هذه المساحة من أراضيه الأخرى.

طبيعة الالتزام التعويضي بنقل ملكية المساحة المكتملة.

إن البيع إذا كان ي رتب التزاما ينقل ملكية الشيء المبيع، فإن الالتزام الناتج عن التعويض الاتفاقي في مثالنا لا يمكن أن يكون كذلك لأنه يدخل في إطار الالتزام بعمل وليس في إطار الالتزام بتحقيق غاية . لذلك إذا ما امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتكملة ما انتقص من نطاق المبيع، فإنه لا يجبر على التنفيذ العيني للمساحة المكتملة أي لا يجبر على نقل ملكية المساحة المكتملة ، ويترتب على هذا أن المشتري لا يملك في حالة امتناع البائع عن التنفيذ العيني إلا أن يطالبه بأداء تعويض نقدي عن الامتناع بنقل ملكية المساحة المكتملة . ولقد ساءرت محكمة الاستئناف بالرباط الاتجاه الذي تقضي به النظرية العامة للالتزام عندما اعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ 18 يونيو 1929⁸⁵⁵

أن " الاتفاق الذي موجهه التزم البائع بتكملة المساحة الناقصة من القطعة الأرضية المبيعة لا يمكن أن ينتج آثار البيع العقاري الناقل للملكية ، إذ أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يضع على عاتق البائع إلا التزاما بعمل يترتب عن الإخلال بتنفيذه إجبار البائع على أداء تعويض نقدي وليس إجباري على تنفيذ الالتزام بنقل الملكية لمصلحة المشتري".

المبحث الثاني : أشخاص توافق الإرادتين في البيع.

قد يمنع القانون بعض الأشخاص لأسباب معينة من الدخول في رابطة تعاقدية⁸⁵⁶ .

⁸⁵⁵ _

(منشور بمجلة المحاكم المغربية (G.T.M.) ، و1929 ، رقم 376 ص 279)

⁸⁵⁶ _

مؤلف

الأساسيات و الضروريات في مختلف المناحي في ظل الاستقرار توثيقا و تصحيحا.

المجلد الثالث

الجزء الأول

مبحث تعارض المصالح

في القانون المغربي

إعداد: مصطفى علاوي حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

في هذه الحالة الأخيرة لا نكون أمام توافق الإرادتين بالمعنى القانوني للاصطلاح إلا إذا زال ذلك المانع.

الأشخاص المعتد بهم لقيام توافق الإرادتين (المطلب الأول) سنعمد إلى دراسة حالة الأشخاص الممنوعين في قيام توافق الإرادتين (المطلب الثاني) .

المطلب الأول:

الأشخاص المعتد بهم في قيام توافق الإرادتين الذي يتحقق به التراضي في البيع.

كل شخص يستطيع أن يعبر عن إرادته بالشراء أو بالبيع إلا إذا منعه القانون . وعليه فإن الأشخاص المعتد بهم عمليا في قيام توافق الإرادتين هم الأطراف الأصليون في البيع (الفقرة الأولى) ، أو نوابهم (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: الأطراف الأصليون في البيع.

الأطراف الأصليون في البيع هم كل من يريد بيع شيء أو حقه المالي الآخر بنفسه من جهة وكل من يريد شراء هذا الشيء أو الحق بنفسه ولنفسه من جهة أخرى.

وهؤلاء الأشخاص هم أصحاب المصلحة الأصلية في عقد البيع ، وعقد البيع عندما يبرمه هؤلاء الأشخاص يقال عنه أنه تم بواسطة الأصل إلا أن هذا الأخير ليس ما يمنعه من أن ينيب عنه شخصا آخر في إبرام عقد البيع وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني : نواب الأطراف الأصليون ⁸⁵⁷ .

الفصل الثاني : المحل ⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ (يراجع الجزء الثاني من المجلد الثالث النياحة في القانون المغربي من مؤلف الأساسيات والضروريات في مختلف المناحي توثيقا وتصحيحا . لنفس المؤلف).

⁸⁵⁸ المحل موجود أو ممكن -شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 - المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الأقل للتعين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعدوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع اثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والمواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدا في ذلك ، وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . وينزل مقلود عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما ننقل الآن إليه .

217 – التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للأداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليف أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحرير هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلية باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لز وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سبق في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ،

كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في إنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي إنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبخنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للمورث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصلح عليه ، أو ينزل عنه برادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازته القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمة المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل ممكن

218 – الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل .
(a l'impossible nul n'est tenu) .
وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فتتبرأ ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

وبستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين ([13]) .

220 – الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية – وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبغي على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكمالة العقود الاحتمالية . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 – 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كأبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

([5]) وقد يكون البيع الواقع على التمام معاً احتمالياً ، فيصبح وجد النتائج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

([6]) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرته) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل ليعيها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صرح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيع للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد أقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصلها برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال اغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذبوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقررت رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استتكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فلمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 – ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولاضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاه " زيادة في الإيضاح ونسجاً على نوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 – ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وقرن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

([7]) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملاً في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملاً في تركة مستقبلية أن يوزل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على (إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99 .

ولكن يعد تعاملاً في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملاً في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه – وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية – وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال – وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً لمولوكا لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه مستقل بالارث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تخلقه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انقضاءه لصالحه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يونية 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملاً في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصيبهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعبث . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناها في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يولية سنة 1903 دالوز 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعده " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة على الملزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فيعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين

البولوني ألخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فيبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط_ جزء 1_ محل الالتزام ، مصادر_الالتزام

المحل موجود أو ممكن -شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 – المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الاقيل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعدوم باطل ، واستثنى المسلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع اثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، بثمن مقدّر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبلي كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك ، وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . وببزل مغاير عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لا اعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبلي رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبلي كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلة ، وهذا ما نتنقل الآن إليه .

217 – التركة المستقبلة : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلة مخالفاً للأداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرّموا التعامل في التركة المستقبلة كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحرير هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلة باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لئلا يجرى هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلة ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلة في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصي له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلة ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في إنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي إنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلة استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبلي ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه باراته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمة المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل الممكن

218 – الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل . (a l'impossible nul n'est tenu) .

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فثبناً ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين

220 – الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية – وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبني على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقض دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم الحالة العقود الاحتمالية . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 – 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كأبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدّر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فيبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

([5]) وقد يكون البيع الواقع على التمام معاً احتمالياً ، فيصبح وجد النتائج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

([6]) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرته) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاه المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل ليعيها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيع للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد اقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصلها برضاه صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال اغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذبوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينغذ إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقترن رضاه المحال عليه برضاه طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استتكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة موضعاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيلاً باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فلمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 – ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 – غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاء " زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 – ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وقارن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

([7]) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمه في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99) .

ولكن يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه – وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية – وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال – وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصالحه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالفة للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يونية 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلقه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بغيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يولييه سنة 1903 دالوز 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدة " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني الخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط_جزء_1، محل الالتزام، مصادر_الالتزام

المحل موجود أو ممكن -شروط محل الالتزام

الشرط الأول

المحل موجود أو ممكن

1 – المحل موجود

215 – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

216 – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 131 من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ([1]) " . وقد يبدو أن هذا النص بديهي ، فهو يردد حكماً تقضي به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل الأقل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ([2]) ، فإن هذه القواعد تقضي بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فبيع المعلوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة 330 على أن " بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ([3]) " . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح ([4]) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، بثمن مقدّر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على أما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ([5]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك ، وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن ينمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقلود عن الأجر في مقابلة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

217 – التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون ([6]) " . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للأدب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خلاق أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرّموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث التي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزفاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبذل كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزفه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلية باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل لم وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ([7]) . ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية ([8]) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كان يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونيين ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدما . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يوجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازته القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م 915 جديد) وقسمه المورث (م 908 – 913 جديد) .

2 - المحل ممكن

218 – الإمكان يقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل . (a l'impossible nul n'est tenu) .

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم م فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل في يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسريعه في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا ([12]) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فثبناً ذمة المدين ، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين

([13]) .

220 – الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية – وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك وينبني على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسؤولاً عن التعويض .

([1]) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة 217 في الهامش) وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفي الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم الحالة العقود الاحتمالية . . فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م 330 – 331) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 2 ص 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كابن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تتعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة 457 .

([4]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206) .

(5) وقد يكون البيع الواقع على التنازل معاً احتمالياً ، فيصبح وجد النتائج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمر .

(6) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية " . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثة ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنه من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أتيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد اقرهم على ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 205 في الهامش) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع اعم من نص المادتين 263 / 332 من التقنين الحالي ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصل برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال اغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذئوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الأسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كفي لتامم التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقررت رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبي لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركة . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فللمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقتهم أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 208 - ص 209) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً . 2 - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة 135 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة " ولو كان برضاه " زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة 131 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 206 - ص 211) . وانظر المادة 26 من المشروع الفرنسي الإيطالي - وقارن المادة 312 من التقنين الألماني والمادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل ، فكانت المادتان 263 / 332 تقضيان بأن " بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه " . ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة 456) .

(7) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح ، وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقررت الهبة بشرط لصالح الأخت) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونية سنة 1939 المحاماة 10 ص 99 .

ولكن يعد تعاملًا في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لاحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

(8) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه - وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية - وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال - وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ،

فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلا (محكمة مصر الكلية الوطنية في 30 أكتوبر سنة 1918 المجموعة الرسمية 21 رقم 44) .

([9]) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه مستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (نقض مدني في 14 يولية 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث ، أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكا له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل انصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعييب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يولية سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يولية سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناها في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث إلا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

([10]) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يولية سنة 1903 دالوز 1903 – 1 – 553) .

([11]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 183 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا . 2 – أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدته " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون الالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذلك القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فيعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني ألخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلا " . وأصبح رقم المادة 136 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل أن المراد من أن الأمر يكون " مستحيلاً في ذاته " هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها 132 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 211 – ص 214) .

([12]) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilite objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilite subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فيبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

الوسيط_جزء 1، محل الالتزام ،مصادر_الالتزام

الشرط الثالث المحل قابل للتعامل فيه (dans le commerce) (النظام العام والآداب)

227 - متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه:

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يابى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقّد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة ([1]) .

وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافي)، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للملك. فعند ذلك نصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له. فالمالك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه. والمال الموقوف، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين، يقتضي ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً. وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي. فالمالك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو " كابينات " على شواطئ البحار. والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره. والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع. وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالفة للنظام العام أو للآداب أولهما معاً. ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأنه يورد له نصاً. أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مودياً للغموض، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية. أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش. أو هو تحريم لأمر تقتضي ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء. فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. وتقرر المادة 135 من القانون المدني الجديد هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ([2]) " . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب.

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام. وهذا ما نتولى الآن بحثه.

228 - النظام العام والآداب (*) L'ordre public et les bonnes mœurs :

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤون، ولا تحميها إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعية اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى. بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال. ولا تستطيع أن تحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة " . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما تستطيع هو أن تضع معياراً مرناً يكون معيار " المصلحة العامة "، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى ([3]) .

والآداب، في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس. وللدن أثر كبير في تكييفه. وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب

ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك. ومعيار الآداب أو " الناموس الأدبي " ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس. وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالتامين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك ([4]) .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة. وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملزم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة ([5]) . ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الخلقية، حتى صرح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialization et moralization du droit) ([6]) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما:

(أولاً) فكرة المعيار، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

(وثانياً) فكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة، وفي جيل معين.

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام، وأخرى تخالف الآداب، في عصرنا الحاضر.

المطلب الأول الاتفاقات التي تخالف النظام العام

229 – روابط القانون العام وروابط القانون الخاص:

حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص، ولا يقتصر على دائرة القانون العام. وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك، وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها.

1 – روابط القانون العام

230 – أنواع هذه الروابط:

القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض. وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية.

ويشمل القانون العام فيما يشمل: (1) القواعد الدستورية والحريات العامة. (2) النظم الإدارية والمالية. (3) النظام القضائي. (4) القوانين الجنائية. ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع.

231 – القواعد الدستورية والحريات العامة:

فالقاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمشرح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام. كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأي معين، كما لا يجوز له النزول عن عضويته.

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام، وذلك كالحرية الشخصية. وما يتفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج، وحرمة النفس والحرمة الأدبية. وحرية الدين والاعتقاد، وحرية الاجتماع، وحرية العمل والتجارة.

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة 49 من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدم، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة 678 من القانون المدني الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه " لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية. ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون " ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد. وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني.

وحرية الزواج من النظام العام. فإذا تعهد شخص إلا يتزوج مطلقاً، كان هذا التعهد في الأصل باطلاً، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق إلا تتزوج أصلاً. ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها إلا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته. وإذا كان التعهد صحيحاً، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له. وإذا تعهد شخص بان يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعده، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد، ولا يكون مسئولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها. فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة، وأن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها. وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها. فلا يصح أن تنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير.

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره، في هيئة أو جماعة، وأن ينتمي إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً. وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما. على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضمًا إلى نقابة، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات (7).

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة. ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان. وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل. فإذا باع صاحب المتجر متجره، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بمقتضى عقد البيع ذاته. ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم، وإلا كان متعزضاً للمشتري ووجب الضمان. ولكن المشتري لا يكتفي عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة. كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول، فيأمن بذلك على اسرار الصناعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده. فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بفعل معين، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل. وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام. وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان. أما إذا قدي بزمان، كان يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة، أو بمكان، كان يلتزم المتهم بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين، كان التعهد صحيحاً (8). تم بد من ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه. ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان. فالعبارة إذن بمعقولة التعهد لا بتقيده (9). وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن، فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م 686)، وإذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته (م 687) (10).

323 – النظم الإدارية والمالية:

كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة، فهي إذن من النظام العام. ولا يجوز للأفراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة.

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما. كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته، سواء رضى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها. وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجني من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام. وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقدته باطلاً. فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو "مقاومة" يرسو "العطاء" عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام (11). كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجاري محرم عليه بل إن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيمًا إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة (12).

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص. فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد، ففي مثل هذه الحالة تكون العبارة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب. ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملمزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذي عينه القانون. لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثاني بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة. ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر، إذا كان هو مالك العين، ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة.

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملية تعتبر من النظام العام، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (13).

233 – النظم القضائية:

نظم التقاضي تحقق في مجموعها " مصلحة عامة "، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فتحديد اختصاص المحاكم – فيما عدا الاختصاص المحلي -يعتبر من النظام العام. ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية. وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة (14) .

234 – القوانين الجنائية:

ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام. فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كان يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر (15) .

2 – روابط القانون الخاص

235 – الأحوال الشخصية والمعاملات المالية:

هذه الروابط أما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلية في دائرة المعاملات المالية.

236 – الأحوال الشخصية:

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كان يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك. بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها. فنصت المادة 50 على أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " . ونصت المادة 51 على أنه " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام. فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة 48 من القانون المدني الجديد على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " . وكالأهلية والولاية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقاً مالياً محضاً. مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (16) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فلأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كان تكون الأولاد على دين الأم مثلاً. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين ذوي الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.

237 – المعاملات المالية:

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية.

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م 823 من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشئوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م 834 من القانون المدني الجديد) ، لأن الشئوع بعيد عن أن يكون خير الوجه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م 149 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م 129 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م 147 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م 224 من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م 227 من القانون المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون. كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصة. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسؤوليته عن الغش الذي يصدر منه. ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

المطلب الثاني الاتفاقات التي تخالف الآداب

238 – العلاقات الجنسية:

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت. أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية، فالتعهد صحيح، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي.

239 – بيوت العهارة:

وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري. فيبيع بيت يدار للعهارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها الآداب. وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورهما، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو أعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

240 – المقامرة:

ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه في خلال ثلاث سنوات من الوقت الي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك (م 739 من القانون المدني الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي ان يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م 740 من القانون المدني الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيع معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو أعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة .

241 – أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب:

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف. فمن يتقاضى أجراً جزء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون اجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمر يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل اجر لذلك. ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة في التعامل. فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسؤوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلا لأنه مخالف للآداب. وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور. ثم رجع القضاء عن ذلك، وأصبح الآن يقضي بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤديون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين. ولا يعد باطلا اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه، بل كشف له عن سر حقيقي كان يجهله.

([1])

أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

([2]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 188 من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : " يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب " . وفي لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضي ببطلان العقد ، فأصبح مماثلاً للنص الذي انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم 139 . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم 135 ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 222 – ص 224) .

([3]) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة 138 . فعلى اثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى

استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبينها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لمفكرة النظام العام . وكان يرمي من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفا للنظام العام . على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريشتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري ، وترغب في وضع معيار عملي بحث قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الاجتماعي للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألماني الجزء الأول ص 154 – ص 155) . ومهما يكن من أمر فليس في الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك أطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد روى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منهن التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 223) .

(4) (وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي . فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرمنا منه بل اعترافاً بجميل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهي بطريق غير مباشر عما تنهي عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاماً طبيعياً في ذمة المدين .

(5) (ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ن تخضع لرقابة محكمة النقض ز

(6) (ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب.

(7) (محكمة النقض الفرنسية في 24 أكتوبر سنة 1916 دالوز 1916 – 1 – 247 وسيريه 1920 – 1 – 17 مع تعليق بنكاز – أنظر في هذه المسألة بلانويل وريبير وإسمان 1 فقرة 248 .

(8) (محكمة النقض الفرنسية في 2 يولية سنة 1900 سيريه 1904 – 1 – 175 – حكم ثان في 14 مارس سنة 1904 سيريه 1904 – 1 – 444 – حكم ثالث في 15 يونيو سنة 1922 سيريه 1922 – 1 – 200 .

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية في 27 مارس سنة 1912 المجموعة الرسمية 13 رقم 120 ص 250 – محكمة بني سويف في 22 ابريل سنة 1913 المجموعة الرسمية 14 رقم 95 ص 184 – محكمة مصر الكلية الوطنية في 21 يولية سنة 1930 المحاماة 11 رقم 315 من 655 محكمة الاستئناف المختلطة في 12 ديسمبر سنة 1901 م 14 ص 46 – وفي 7 ديسمبر سنة 1921 م 34 ص 42 – وفي 2 فبراير سنة 1933 م 45 ص 156 .

(9) (محكمة النقض الفرنسية في 17 مايو سنة 1911 سيريه 1913 – 1 – 253 – محكمة الاستئناف المختلطة في 7 ابريل سنة 1920 م 32 ص 260 – وفي 7 ديسمبر سنة 1921 م 34 ص 42 – وفي 28 يناير سنة 1930 جازيت 20 ص 162 رقم 146 – محكمة مصر الكلية الوطنية في 3 نوفمبر سنة 1949 المحاماة 29 رقم 429 ص 790 .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل – ليون سنة 1925 – وانظر أيضاً لا باتي (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي – تولوز سنة 1928 .

(10) (ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يتعهد طبيب مثلاً إلا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد – وهو الدائن في هذا التعهد – لعملائه على اعتبار أنه خليفته ، ويصحب هذا التعهد في الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذي جعل فيه " عيادته " . (أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص 503 هامش رقم 2) .

(11) (محكمة الاستئناف الوطنية في 13 فبراير سنة 1906 الاستقلال 5 ص 255 (السعي للحصول على رتبة أو نيشان) – وانظر أيضاً في المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في 5 يونيو سنة 1901 الحقوق 6 ص 179 – المجموعة الرسمية 3 رقم 85 / 2 .

(12) (فلا يجوز للمحامي أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة ياباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلي ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامي أن يأخذ في مقابل " أتعابه " جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

(13) (أنظر أنفاً فقرة 226 .

(14) (أنظر في قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام ، نظرية العقد للمؤلف فقرة 487 ص 507 – ص 510 .

(15) (ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري – في البيع بالتقسيط – على أن يسمي البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبيد .

يتطلب معالجة الموضوع بحث المحل من زاوية الالتزام بتحقيق غاية لأهميته العملية في مطلب أول بعث الآثار المترتبة عنه في مطلب ثاني .

المحل في الالتزام بتحقيق غاية وهي نقل الملكية لكل التزام صحيح .

أولاً : المحل في الالتزام ، غاية .

إن الالتزام بتحقيق غاية هو التزام يتوقف تنفيذه على تحقيق نتيجة كالالتزام ينقل حق عيني 859 - أيا كان هذا الحق أ والالتزام بعمل معين، وتسليم العين أو إقامة مبنى، والالتزام المقاول

([16]) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفي الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل اتته هي اضطره إلى ذلك (نقض مدني في 29 فبراير سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 35 ص 85). ويكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.

الوسيط_جزء_1 , محل الالتزام , مصادر_الالتزام

859_

الأجل – الالتزامات المتقابلة – عدم التنفيذ – تنازل عن الأجل

القرار عدد 156 بتاريخ 02/04/2013

في الملف رقم 2594/1/7/2011

القاعدة

الالتزامات المتقابلة إذا كانت محددة بأجل لكلا طرفي العقد فإن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه يعتبر تنازلاً ضمناً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى في شأن وسيلة النقص الفريدة :

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بخرق القانون والخطأ في تطبيقه، بدعوى أن العقد المبرم بين الطرفين معلق على شرط واقف مضمونه هو أداء المطعون ضده بقية الثمن قبل تاريخ 08/12/31 في مقابل إلزام الطالبة بتجهيز العقار موضوع البيع وإعداد عقد البيع عند نفس الأجل المذكور إلا أن العقد نفسه جعل التزام أداء بقية الثمن الذي يقع على كاهل المطلوب في النقص هو الأسبق في التنفيذ على التزام العارضة، وأن عدم أدائه لبقيّة الثمن عند حلول الأجل المذكور طبقاً للفصل 275 من ق ل ع وذلك بقيامه بالعرض والإيداع يجعله في حالة مطل وهو الشيء الذي لم تلتفت إليه المحكمة فخرقت بذلك مقتضيات الفصل 230 من ق ل ع. وبثبوت كون الطرف المطلوب في النقص هو المكلف بالبداية بتنفيذ التزامه بأداء بقية الثمن على التزامات الطالبة لم يكن على المحكمة تطبيق مقتضيات الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود الذي ليس له موضوع، بالنظر للشروط التي تضمنها العقد، سيما وأن الإنذار الذي أسست عليه المحكمة قضاءها جاء لاحقاً عن تاريخ تحرير عقد البيع النهائي وتنفيذ بقية الالتزامات، وكان عليها أن تطبق الفصل 234 من ق ل ع. والمحكمة لم تلتفت لبنود العقد ولم تبحث وتحدد من هو الطرف الذي يجب عليه تنفيذ التزاماته أولاً لتحديد النص السليم الواجب التطبيق، فحق الخيار بفسخ العقد أو الاستمرار فيه يبقى حفاً خالصاً للعارضة استناداً لأحكام الفصل 234 وظاهر نص الفصل 235 من ق ل ع وليس للمطلوبين في النقص اللذين استتفوا عن تنفيذ التزامهما التعاقدية الأسبق لجهة التنفيذ على التزامات الطاعنة، وهو الحق الذي ليس لهما بنص الفصلين المذكورين وكذا الفصول 254 و255 و259 من ق ل ع، والمحكمة منحتة لهما بناء على علل فاسدة. وهي بعدم تطبيقها للمقتضيات القانونية المحتج بها ومنحها الخيار للمطلوبين في النقص على أساس الفصل 259 من ق ل ع، تكون قد خرقت بشكل صريح القانون كما أخطأت في تطبيقه، وبنت قضاءها على علل فاسدة قانوناً وواقعاً مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه في العقد يعتبر تنازلاً ضمناً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى. ومحكمة الاستئناف لما قضت بفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين وعلته بما جاءت به من أن " المستأنفة فرعا قد دعت بمقتضى الإنذار لإتمام البيع ولم تف بذلك، مما يجعل طلب الفسخ له ما يبرره بحكم الخيار الممنوح بمقتضى الفصل 259 من ق ل ع " بناء على ما ثبت لها من الإنذار الموجه من طرف المطلوبين للطالبة للوفاء بالتزامها بتسليم العقار المبيع والذي توصلت به بتاريخ 2009/1/14 وعدم جوابها فترتبت على ذلك أحقية المطلوبين في طلب فسخ العقد لم تخرق أي مقتضى قانوني والوسيلة بدون أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

بتشييد البناء والمهندس المعماري بوضع تصميم للبناء، وقيام المحامي باستئناف الحكم قبل انقضاء الأجل المحدد قانوناً. بحيث يتعين على هؤلاء جميعاً تنفيذ الالتزامات التي تحملوها بها تجاه الطرف الآخر، وذلك تحت طائلة المسؤولية العقدية، من غير إلزام الطرف الدائن بإثبات خطأ المدين، وإنما يتعين عليه فقط تقديم الحجة على وقوع الإخلال بالالتزام فقط.

وعليه فإن محل الالتزام بتحقيق غاية هو الالتزام الذي يكون محله نقل ملكية أو حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فتتبعه لا يكون في الغالب إلا بتحقيق نتيجة حسب طبيعة العمل المطلوب القيام به.

ومن أمثلة الالتزام بنقل الملكية أو حق عيني آخر (+) 860

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة المذكورة إثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية محكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة زبيدة التكلانتي رئيساً والمستشارين السادة: حميد الوالي مقرراً، أحمد ملجاوي، الحسن بومريم، لطيفة أيدي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة عتيقة سودو

860 -

الدعوى الناشئة عن الالتزام - شروطها

القرار رقم 323

الصادر بتاريخ 16 يبرابر 1983

ملف مدني رقم 84592

القاعدة

لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن الإلتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به حسب العقد. وفي العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع من أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل. «الفصلان 234 - 235 من ق ل ع»

وأن المحكمة لما ردت الدفع الذي أثاره الطاعن من أنه لا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه قبل أن يقوم خصمه بتنفيذ التزامه المقابل بعله أن الخصم يستعد لدفع باقي الثمن تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

بناء على الوجه الأول من الوسيلة الرابعة:

حيث إنه - بمقتضى الفصل 234 من قانون الالتزامات والعقود « لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الإلتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق. » كما أن الفصل 235 من نفس القانون ينص على أنه « في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل. »

وحيث يتبين من محتويات الملف ويؤخذ من القرار المطعون فيه الصادر عن استئنافية الدار البيضاء في تاريخ 25 دجنبر 1979 تحت عدد 3721 في الملف عدد 5209 أنه - بعدما كان طالبا للنقض إلاخوة أن محمد وأحمد ابنا موسى غزلان قد أمضيا في تاريخ فاتح مارس 1974 ورقة عرفية يعترفان فيها بتوصلهما من خصمهما (أحمد اليوسفي) بمبلغ عشرة آلاف «10.000» درهم عربونا عن بيعهما له حقوقهما المتكونة من أربعة هكتارات في الملك ذي الرسم العقاري عدد 9002 على أساس تحديد الثمن في 7250 درهما لكل هكتار وعلى أن باقي الثمن وهو 19000 درهم سيؤدى عند تحرير العقد النهائي الذي سيتم خلال شهر يونيه 1974 - بعد ذلك سجل المطلوب ضده النقض في تاريخ 22 أبريل 1976 مقالا يلتزم فيه الحكم له على طالب النقض بتنفيذ إجراءات البيع وبأدائهما له تعويضا قدره أربعة آلاف درهم مع الإشهاد له بأنه سيدفع لهما باقي الثمن بمجرد تقييد البيع في الرسم العقاري، فأجاب المدعى عليهما اللذان من جملة ما دفعا به في مذكرتهما المؤرخة ب 14 أكتوبر 1976 ملاحظة أن عدم تنفيذ الاتفاق يرجع إلى المدعي الذي لم يف بالتزامه ولم يؤد لهما باقي الثمن. وبتاريخ 19 ماي 1977 أصدرت ابتدائية الدار البيضاء حكما تحت عدد 2404 ردت فيه على ذلك الدفع بأن المدعي مستعد لدفع باقي الثمن ففضت لذلك ووفق طلباته فاستأنفت المدعى عليهما مبدئين في أوجه استئنافهما تمسكهما بالدفع الذي كانا قد أثاراه في المرحلة الابتدائية لكن محكمة الاستئناف ردت عليه بأن الحكم الابتدائي قد أجاب عن دفوعهما بما فيه الكفاية فأصدرت قرارها المطلوب نقضه القاضي بتأييد الحكم المستأنف.

وحيث إن من جملة ما يعيبه طالبا النقض على القرار المطعون فيه ما ورد في الوسيلة الرابعة من ملاحظة كون المحكمة قبلت دعوة خصمهما الذي لم يف بعد بالتزامه المقابل.

وحيث إنه حقا لقد أثار الطاعن لدى كل من محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية الدفع بقاعدة عدم امكانية اجبارهما قانونا على تنفيذ التزامهما قبل قيام خصمهما بتنفيذ التزامه المقابل أو عرضه أداء ما التزم به تلك القاعدة التي يتضمنها الفصلان 234 من قانون الالتزامات والعقود في حين اكتفت المحكمة الابتدائية التي أبدتها في ذلك محكمة الاستئناف للرد على ذلك الدفع بأن الخصم مستعد لدفع باقي الثمن مما تكون معه قد حادت عن القاعدة والحكم القانون المذكورين وبالتالي يكون القرار المطعون فيه معرضا للنقض.

من أجله

قضى بنقض القرار المطعون فيه

القضاء المدني

قرار محكمة النقض عدد 1921

الصادر بجميع الغرف بتاريخ 23 دجنبر 2010

في الملف التجاري عدد 1073/3/1/2005

لقاعدة

بيع

- عقار محظ - إتمام البيع - شرط الشكالية - إيجاب معلق على شرط. إذا كان محل البيع عقار أو حقوق عقارية، فإن البيع لا يكون تاما إلا بإجرائه كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون للبيع أي أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، ومن ثم فإن البيع أو الوعد بالبيع المنصب على العقار يلزم إثباته بحجة كتابية.

الوصل الصادر عن الموثق والذي يشهد فيه بتوصله بمبلغ معين من طرف مدعي الشراء لا يعد دليلا على انعقاد بيع العقار، إذ أنه لا يتضمن أي التزام من طرف البائع، كما لا يمكن اعتباره محررا ثابت التاريخ تتوفر فيه شروط الفصل 489 من ق ل ع ليعتبر حجة على وقوع البيع.

الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقييد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا، ومواده أن من يعرض عليه عرض ما وتضمن شرطا أو قيذا، يعتبر ذلك مذ ه إيجابا ولا يلزمه، إلا إذا تلقى ممن وجه له موافقته على ما تضمنه إيجابه الجديد أو نفذ من طرفه في حدود ما تضمنه ذلك الإيجاب.

قبول المالك بيع العقار تحت شرط موافقته بباقي الثمن داخل أجل محدد يعتبر إيجابا جديدا لا يلزمه إلا إذا تلقى ممن وجه له موافقته على ما تضمنه إيجابه الجديد أو نفذ من طرفه في حدود ما تضمنه ذلك الإيجاب، وإلا اعتبر الإيجاب غير مقترن بالقبول، وبالتالي لا يكون

البيع منعقدا ولا محل لإتمامه.

رفض الطلب

في شأن وسائل النقض مجتمعة:

لكن حيث إنه طبقا للفصل 489 من ق ل ع، إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، والثابت أن الشركة العقارية الاستقرار تقدمت بمقال يرمي لإتمام البيع استنادا لوجود اتفاق مع المدعى عليها الشرك ة المدنية العقارية جوهرة جاسم على شراء العقار موضوع النزاع ب ثمن قدره 21 مليونا وخمسمائة ألف درهم مستندة في ذلك

لوجود إشهاد من طرف الموثق والوصل الصادر عن هذا الأخير إدلاء المدعي بين يديه بتسبيق قدره 500.000 درهم وأنها بصدد القيام بإجراء عرض باقي الثمن، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ألغت الحكم الصادر عن المحكمة التجارية الذي كان استجاب لطلب المدعية الرامي لإتمام البيع وقضت من جديد برفض الطلب مستندة للفصل 489 من ق ل ع لعدم وجود محرر ثابت التاريخ يثبت وقوع البيع أو وعد بالبيع تكون قد اعتبرت وعن صواب أن البيع أو الوعد بالبيع يلزم إثباته بحجة مكتوبة وأن الوصل الصادر عن الموثق بصرف النظر عن مطابقة أو مخالفته لظهير 4 ماي 1925 المتعلق بالتوثيق العصري والذي يشهد فيه الموثق بتوصله بمبلغ 500.000 درهم من طرف الطاعنة لا يتضمن أي التزام من طرف البائعة ولا يمكن اعتباره محررا ثابت التاريخ تتوفر فيه شروط الفصل 489 من ق ل ع ليعتبر ر حجة على وقوع البيع أو الوعد بالبيع، وبخصوص تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع كون رسالة دفاع

المطلوبة تقر فيها صراحة بوجود مشروع للبيع وإشعارها لها باستعدادها لإبرام دون أن تحضر في الأجل عقد البيع أمام الموثق محددة لها تاريخ 2001/11/28 الم ضرور، فإنه طبقا للفصل 27 من ق ل ع فإن الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقييد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا، وموذى ذلك أن من يعرض عليه عرض ما وتضمن شرطا أو قيذا، يعتبر ذلك منه إيجابا ولا يلزمه إلا إذا تلقى ممن وجه له موافقته على ما تضمنه إيجابه الجديد أو نفذ من طرفه في حدود ما تضمنه ذلك الإيجاب، ولما كان الثابت من نسخة الرسالة المدلى بها أمامقضاة الموضوع والموجهة من طرف دفاع المطلوبة لدفاع أنه ضمنها " قبول المطلوبة لبيع العقار عدد الطاعنة بتاريخ 2001 /11/16 -المرفوع طلب إتمام البيع ب شأنه من الطاعنة د / 2391 موضوع النزاع- ب ثمن قدره 21 مليون وخمسمائة ألف درهم المود

ع منه بين يدي الموثق مبلغ 500.000 درهم وذلك تحت شرط موافاتها بالباقي أو إيداعه بين يدي الموثق أو صندوق المحكمة وموافاتها بما يفيد ذلك داخل أجل ثلاثة أيام من يوم توجيه الرسالة وإلا يعتبر إيجابا جديدا اعتبر القبول كأن لم يكن " فإن ما ورد في رسالة 2001/11/16 لم يثبت للمحكمة صدور قبول من جانب الطالبة بخ صوصه أو تنفيذ شروطه، ما دام أن محضر المعاينة الذي يفيد أن الطالبة حضرت لمكتب الموثق في شخص ممثلها عبد الرحمان الذي حمل معه شيكا بنكيا مضمون الأداء بمبلغ 10 مليون درهم مسحوبا على بنك مصرف المغرب، والتزاما بنكيا مؤرخا في 2001/11/27 من طرف البنك التجاري المغربي يلتزم فيه البنك بتسليم الم وثق مبلغ 12 مليون درهم عند إبرام العقد مع تخلف ممثل الشركة المدنية العقارية ولم يخبر دفاع المطلوبة من جوهرة جاسم، لم يتم تحريره إلا في 2001/11/28 بعد توصله برسالة في طرف الموثق بما ذكر لإبرار رسالة مؤرخة في 2001/11/26 نفس اليوم من طرف الطاعنة، دون أن يثبت ما يفيد قبول هذه الأخيرة للشرط أو تنفيذ ه وفق شروط المراسلة المذكورة وليس في الوارد في رسالة 2001/11/16 الشكل المنفذ به الذي تضمن أداء جزء من الثمن مقابل تحمل المطلوب بالتزامات إضافية، وبذلك لم يقتصر الإيجاب الجديد للمطلوبة بقبول الطالبة له وهو ما لم ينعقد معه أي بيع يلزم المطلوبة ولا محل لإتمام البيع المطلوب وهذه العلة القانونية المحضة تق وم مقام العلة المنتقدة المتعلقة بعدم احترام الطاعنة لمقتضيات الفصل 234 من ق ل ع التي تفترض وجود التزام سابقيتين على من يبشر الدعوى الناتجة عنه إثبات أدائه أو لا ما كان ملتزما به، ويستقيم القرار بها وتكون بالتالي باقي التعليقات المنتقدة مجرد تزويد يستقيم القرار بدونها مما يكون معه القرار غير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها ومعللا بما فيه الكفاية والوسائل على غير أساس إلا فيما هو من قبيل التزديد فهو دون أثر.

لأجله

قضى المجلس الأعلى بجميع غرفه برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر.

عقد ملزم للجانبين - عدم تنفيذه منهما داخل الأجل - تنازل ضمنى - وجوب إنذار جديد لإثبات التماطل

القرار عدد 136

الصادر بتاريخ 2013-03-26

في الملف رقم 2012-7-1-482

القاعدة:

في العقد الملزم للجانبين إذا حدد تنفيذه بأجل معين فإن عدم تنفيذه من الطرفين في الأجل المتفق عليه يعتبر ذلك تنازلا ضمنيا منهما عن الأجل ولا يصبح أحد المتعاقدين في حالة مطل موجب للفسخ إلا بتوجيه إنذار جديد من أحدهما للأخر من أجل التنفيذ داخل أجل جديد يحدده له.

في الوسيلة الثالثة

حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة اعتبرت نهاية شهر نوفمبر 2005 لإنهاء البناء والالتزامات مع أن المطلوب ملزم من جانبه أيضا بأداء آخر قسط عند 2005-01-30 بعد ادائه الأقساط المتفق عليها عند تقدم الأشغال وقبل مباشرة الدعوى وحسب طريقة الأداء والإيداع المنصوص عليها في بنود الوعد بالبيع الذي يقوم مقام القانون ولا يجوز مخالفتها. والمحكمة لما اعتبرت غير ذلك وتجاوزت طريقة الأداء والإيداع المنصوص عليها في بنود الوعد بالبيع لتجيز إيداع المستحقات المتبقية من ثمن البيع بعد رفع الدعوى خلافا للفصلين 234 و 235 من قانون الالتزامات والعقود يكون قرارها معرضا للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن، ذلك أن الوعد بالبيع ينص على التزامات ومتقابلة على كاهل الطرفين، إنهاء البناء بالنسبة للبائع وأداء باقي الثمن بالنسبة للمشتري والكل قبل نهاية نوفمبر 2005 غير أنهما لم ينفذا ما التزما به داخل هذا الأجل، الأمر الذي يجعلهما متنازليين ضمنيا عنه ولا يصبح أي منهما متماطلا إلا بإنذار الآخر بأجل جديد يبقى بدون جواب، والمحكمة لما بنت قضاءها على مطل البائع دون التعرض للمشتري الذي لم ينفذ التزامه المقابل داخل نفس الأجل يكون قرارها معللا تعليلا فاسدا وعرضة للنقض.

وحيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين تقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار .

الوصل المتضمن لثمن البيع و تحديد المبيع بعد على قيامه البيع العقاري.

قرار عدد: 1659، المؤرخ في : 2010/04/13، ملف مدني عدد: 2008/5/1/3120.

لكن حيث إن الوصل رقم 00159 الصادر عن الطاعنة بتاريخ 2001/10/16 الذي يتضمن توصيلها بمبلغ 29400 درهم من المطلوبة في النقض ميزاني نادية بشأن القطعة رقم 97 و اعتمدته المحكمة، يطابق المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 489 من ق ل ع.

و من جهة أخرى، فإن المحكمة لما ثبت لها من القانون الأساسي للطاعة و خاصة الفصل الرابع منه الذي ينص على أن أهداف الودادية محددة في: شراء قطعة أرضية بالسعيدية و تجهيزها و توزيعها على الأعضاء خلصت من الوصل الصادر عنها لفائدة المطلوبة على أنها التزمت في إطار الودادية المنشأة بتسليم القطعة محل النزاع للمستفيدة بعد انتهاء الشغل و بذلك تكون قد ردت على ما أثير بهذا الخصوص ردا كافيا و يبقى ما نعتة الوسيلة في شقيها غير جدير بالاعتبار.

و تعيب عليه في الوسيلة الثانية: خرق الفصل 81 من قانون التعاونيات ذلك أن الشق الثاني من الحثية الأولى ورد فيه: "... أن ما تمسكت به المستأنفة فرعيا من كون المستأنفة أصليا لم تسلك مسطرة الفصل 81 من ظهير 84/10/5 يرد على أساس أن الأمر يتعلق بودادية خاصة أنشئت من أجل اقتناء قطع أرضية و توزيعها على المنخرطين بالودادية و ينتهي عملها بعد ذلك و هي من هذه الزاوية تختلف فعلا عن مفهوم التعاونيات و التي يعتبر عملها مسترسلا و غير محدود من حيث الزمان..." و هذا التعليل غير سليم لأن الودادية تسري عليها أحكام ظهير 1984/10/5، المتعلق بالتعاونيات و لذلك كان لزاما على الأعضاء المنخرطين احترام الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 81 من الظهير المذكور الذي ينص على أنه لا يجوز أن يعرض على القضاء أي نزاع ينشأ في حظيرة التعاونيات قبل محاولة الوصول إلى الصلح على يد الاتحاد و القرار لما استبعد تطبيق الفصل المحتج به كان مجانباً للصواب.

لكن، حيث إن الجمعيات التي تخضع للفصل 81 من قانون التعاونيات هي التي تأسست وفق الشكليات المنصوص عليها في الفصل 7 و ما يليه من القانون المذكور، و التي تسمى تعاونية، و الطاعة لم تدل بما يفيد مطابقتها لمقتضياته حتى يتأتى لها التمسك بها، بل ورد في الوثائق الصادرة عنها المدلى بها في الملف أنها وداية و بالتالي فهي جمعية تخضع للمرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ 1968/12/17، مما تكون معه الوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب و تحميل الطالبة المصاريف.

بيع عقار محفظ – إتمام البيع – التزامات الورثة

القرار عدد 39 الصادر بتاريخ 12/02/2013

في الملف رقم 4087/1/7/2011

القاعدة

ضمان نقل ملكية المبيع من الالتزامات المترتبة على البائع بمقتضى عقد البيع، وينتقل هذا الالتزام إلى ورثته في حدود التركة، ومن مقتضيات هذا الضمان تسجيل عقد البيع بالرسم العقاري الذي لا تنتقل ملكية المبيع في العقار المحفظ إلا بأجرانه

ولما كان البين من أوراق الملف أن مورثة الطالبات فوتت بالبيع نصف العقار محل النزاع إلى المطلوبة في النقض ومع ذلك فمن بتسجيل إرائتها في الرسم العقاري على كامل الملك موضوع البيع، ويحق للمطلوبة أن تطالبهن بالتشطيب على هذه الإرائة التي تشكل حائلا دون تسجيل عقد البيع،

المحكمة لما قضت بصحة البيع في مواجهة الطالبات في حدود نصيبهن في الرسم العقاري وبالتشطيب على الإرائة في حدود ذلك النصيب باعتبار أن المورثة باعت جميع النصف الذي تملكه في القطعة تكون قد اعتمدت مجمل ما ذكر وجعلت لقضائها أساسا صحيحا

المحكمة ليست في حاجة إلى البحث في إتمام البيع مع الطالبات ما دام العقد المبرم من طرف مورثتهن صحيحا وناجزا، وأن مقتضيات الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود تجعل اثر الالتزام يمتد للخلف،

في شأن الوسيلة الأولى :

حيث تنعى الطالبات على القرار المطعون فيه خرقه لقاعدة مسطرية أضر بهن، ذلك أن المحكمة لم توجه إليهن أي استدعاء بعد استئناف الحكم الابتدائي من طرف المطلوبة في النقض، وأن إخلال المحكمة بهذا الإجراء يشكل إخلالا بحق من حقوق الدفاع ويتعين نقض القرار.

لكن حيث إنه خلافا لما تنعاه الطالبات فإن البين من أوراق الملف ان الطالبات تم استدعاؤهن وتوصلن بواسطة ابن أختهن المسمى بوشعيب شهاب بتاريخ 10/1/15 حسب الثابت من شهادة التسليم بتاريخ 10/1/15 الأمر الذي يجعل ما أثير خلاف الواقع.

في شان الوسيلة الثانية :

حيث تنعى الطالبات على القرار المطعون فيه انعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل، ذلك أن البيع المبرم بين المطلوبة في النقض ومورثتهن زهرة أعريش لا يتيح إمكانية تسجيله بالرسم العقاري لأن البائعة متوفاة وأن الميت لا أهلية له فتسجيل هذا العقد يقتضي إتمام البيع مع الورثة حتى يمكن لمقتضيات الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود أن تسري عليهن ويحللن محل مورثتهن، فكان على المحكمة أن تعرض عليهن البيع المبرم من طرف الهالكة زهرة أعريش حتى تتمكن من مناقشة الشروط والأركان اللازمة لانعقاده، إلا أن المحكمة اقتضرت على مناقشة البيع المبرم من طرف أحد الورثة بوشعيب ثمرة والمدعو العربي المعقولي، ومع ذلك قضت عليهن بالتشطيب من الرسم العقاري بدون أن تناقش البيع الذي أجرته مورثتهن، ولا يعرف الغاية من هذا التشطيب ما دام المحكمة لم تقض بتسجيل البيع، وهذا فضلا عن أن رقم الرسم العقاري الذي يملكه هو 29522/راء بينما التشطيب المطلوب تم بالرسم العقاري عدد 29522/دال كما أن القرار قضى بالتشطيب عليهن من كامل الرسم العقاري.

لكن حيث إن ضمان نقل ملكية المبيع من الالتزامات المترتبة على البائع بمقتضى عقد البيع، وينتقل هذا الالتزام إلى ورثته في حدود التركة، ومن مقتضيات هذا الضمان تسجيل عقد البيع بالرسم العقاري الذي لا تنتقل ملكية المبيع في العقار المحفظ إلا بإجرائه، ولما كان البين من أوراق الملف أن موروثة الطالبات فوتت بالبائع نصف العقار محل النزاع إلى المطلوبة في النقض ومع ذلك فمن بتسجيل إرائتها في الرسم العقاري على كامل الملك موضوع البيع، ويحق للمطلوبة أن تطالبهن بالتشطيب على هذه الإرادة التي تشكل حائلا دون تسجيل عقد البيع، والمحكمة لما قضت بصحة البيع في مواجهة الطالبات في حدود نصيبهن في الرسم العقاري وبالتشطيب على الإرادة في حدود ذلك النصيب باعتبار أن الموروثة باعت جميع النصف الذي تملكه في القطعة تكون قد اعتمدت مجمل ما ذكر وجعلت لقضائهما أساسا صحيحا، ولم تكن في حاجة إلى البحث في إتمام البيع مع الطالبات ما دام العقد المبرم من طرف موروثتهن صحيحا وناجزا، وأن مقتضيات الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود تجعل اثر الالتزام يمتد للخلف، وما أثير بشأن الرسم العقاري فيعتبر مجرد خطأ مادي لا تأثير له على سلامة القرار الذي يكون مرتكزا على أساس ومعللا تعليلا كافيا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالبات المصاريف.

دعوى إتمام البيع – الأمر بليقاع حجز تحفظي – لا

القرار عدد 8-419

الصادر بتاريخ 2015-07-07

في الملف رقم 2015-8-1-1215

القاعدة:

الحجز التحفظي إنما يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتا أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره دينا في ذمة البائع يبرر إجراء الحجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن

لكن، ردا على السبب، فإن الحجز التحفظي إنما يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتا أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره دينا في ذمة البائع يبرر إجراء الحجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن، ولذلك فإن القرار حين علل بأن "الغاية من الحجز تطبيقا لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية هو وضع أموال المدين تحت يد القضاء وغل يده عن التصرف فيها تصرفا يضر بدائنيه تمهيدا لنزع ملكيتها لمصلحة هؤلاء واستيفاء حقوقهم من ثمنها، وأنه لم يثبت من خلال الوثائق المدلى بها قيام أي دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه بذمة المحجوز عليه لفائدة الطرف الحاجز، وأن الاستدلال بعقد بيع قطعة أرضية من قبل الطرف الأول للطرف الثاني وأداء ثمنها للبائع لا يبرر الاستجابة لطلب إيقاع الحجز لضمان أداء ثمن المبيع." فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا والسبب على غير أساس.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض برفض الطلب وبتحميل الطاعنين المصاريف.

الدعاوى المختلطة – الاختصاص المحلي – دعوى إتمام البيع ونقل الملكية – التقادم – لا

القرار عدد : 7-158

المؤرخ في : 2013-0904

ملف مدني

عدد : 2012 – 7 – 1-3007

القاعدة

الدعاوى المختلطة المتعلقة في آن واحد بحق شخصي وعيني تقام أمام محكمة موقع العقار أو إقامة أو موطن المدعى عليه باختیار المدعي،

لما كان التزام المدعى عليها شخصي باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية الشيء المبيع إلى المطلوب فإن الأمر يتعلق بالتزام شخصي يؤول إلى حق منصب على عقار ويدخل ضمن طائفة الدعاوى المختلطة التي يملك المدعي ان يرفعها لدى محكمة موطن المدعى عليه او بمحكمة موقع العقار المبيع.

الالتزام الأساسي الذي يقع على البائع لعقار محفظ هو العمل على نقل ملكية المبيع إلى المشتري وذلك بتحرير عقد البيع النهائي وتسجيله بالرسم العقاري والقيام بكل الإجراءات اللازمة لتمام هذا التسجيل، ويعتبر هذا من مستلزمات نقل الملكية التي لا يتم إلا بها ولا يغنى عنها مجرد تسليم العين المبيعة للمشتري.

الدعوى الشخصية التي ترمي إلى إلزام البائع بتمكين المشتري من عقد البيع النهائي تؤول إلى حق عيني عقاري وتعتبر دعوى استحقاقية لا يطالها التقادم،

في شأن السبب الفريد للطعن بالنقض :

لكن حيث انه طبقاً للفصل 28 من قانون المسطرة المدنية فإن الدعاوى المختلطة المتعلقة في آن واحد بحق شخصي وعيني فإنها تقام أمام محكمة موقع العقار أو إقامة أو موطن المدعى عليه باختیار المدعي، ولما كان التزام المدعى عليها شخصي باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية الشيء المبيع إلى المطلوب فإن الأمر يتعلق بالتزام شخصي يؤول إلى حق منصب على عقار ويدخل ضمن طائفة الدعاوى المختلطة التي يملك المدعي ان يرفعها لدى محكمة موطن المدعى عليه او بمحكمة موقع العقار المبيع والمحكمة لما ردت الدفع بعدم الاختصاص بالاستناد إلى مقتضيات الفصل 28 المذكور يكون قرارها مرتكزا على أساس، ومن جهة أخرى فإنه لما كان الالتزام الأساسي الذي يقع على البائع لعقار محفظ هو العمل على نقل ملكية المبيع إلى المشتري وذلك بتحرير عقد البيع النهائي وتسجيله بالرسم العقاري والقيام بكل الإجراءات اللازمة لتمام هذا التسجيل، ويعتبر هذا من مستلزمات نقل الملكية التي لا يتم إلا بها ولا يغني عنها مجرد تسليم العين المبيعة للمشتري فإن المحكمة التي عللت قرارها بما جاءت به من أنه "لا يكفي التسليم المادي للعين المبيعة بل لا بد من تسليم البائع كافة رسوم ملكيته وغيرها من الوثائق التي تمكنه من تسجيل شرائه بالرسم العقاري، وأن طلب تمكين المستأنف عليه من عقد البيع النهائي يدخل في هذا المقتضى" تكون قد راعت مجمل ما ذكر معتبرة ان التزام البائع بتسليم الشيء المبيع يقتضي تمكينه من الوثائق التي يصل بموجبها إلى نقل ملكية الشيء المبيع إليه، وبخصوص الدفع بالتقادم فإنه وإن كانت الدعوى شخصية ترمي إلى إلزام البائع بتمكين المشتري المطلوب من عقد البيع النهائي إلا أنها تؤول إلى حق عيني عقاري وتعتبر دعوى استحقاقية لا يطالها التقادم، والمحكمة التي عللت قرارها بما جاءت به من أن طلب تقييد رسم الشراء بالرسم العقاري لا يخضع للتقادم مما يبقى معه الدفع المثار بخصوص الطلب للتقادم في غير محله" تكون قد راعت مجمل ما ذكر وجاء قرارها مرتكزا على أساس ومعللا بما فيه الكفاية وما أثر غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

عقد البيع – الشرط الفاسخ – عدم الوفاء بالالتزام – أثره

القرار عدد : 75-7-2013

المؤرخ في : 26-02-2013

ملف مدني

عدد : 883-1-7-2012

القاعدة

عملا بمقتضيات الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون عند عدم وفاء احدهما بالالتزام.

وبعد المداولة طبقاً للقانون :

في شأن الوسيلة الوحيدة :

لكن حيث انه عملاً بمقتضيات الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون عند عدم وفاء احدهما بالالتزام، والثابت من عقد الوعد بالبيع المبرم بين الطرفين أن المشتري التزم بأداء بقية الثمن المحدد في مبلغ 332.500 درهم على شكل دفعات شهرية بقيمة 3000 درهم للشهر خلال 36 شهراً اعتباراً من 2000/7/30 وأن يؤدي مبلغ 30.000 درهم في 2001/7/30 ومبلغ 30.000 درهم في 2002/7/30، أما الباقي فسيؤدي عند إنجاز العقد النهائي والمحكمة التي عللت قرارها بما جاء به من "أن الطرف المستأنف لم يدل للمحكمة بما يثبت تنفيذه لالتزاماته المذكورة داخل الأجل المحدد مما يتعين تطبيق الجزاء المتفق عليه هو اعتبار العقد المبرم بين الطرفين لاغياً الشيء الذي يترتب عليه اثر الفسخ لتحقق الشرط الفاسخ" تكون قد اعتبرت وعن صواب أن إنجاز العقد النهائي سيكون عند أداء الدفعة الأخيرة في 2002/7/30 وأن الطالب لم يؤد الدفعات السابقة للدفعة الأخيرة ويكون قرارها معللاً تعليلاً سليماً وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

عدم تنفيذ العقد عند حلول الأجل – تماطل – خيار الدائن بين المطالبة بالتنفيذ العيني والفسخ

القرار رقم 1177

الصادر بتاريخ 27 ابريل 1988

القاعدة

لما كان عقد البيع يوجب أداء بقية الثمن في أجل معين فإن المشتري يصبح في حالة مطل بمجرد حلول ذلك الأجل من غير ضرورة إنذاره بذلك وعند ذلك يكون للبائع الخيار بين أن يطلب إجباره على التنفيذ العيني متى كان ممكنا أو يطلب الفسخ. أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ " الفصول 254 و255 و259 من ق. ز. ع. "

لما كان عقد البيع يلزم المشتري بأن يؤدي أولا فلا يجوز له أن يدفع بعدم التنفيذ بل يجب عليه أن يفي بالتزامه أولا في الأجل ثم يطالب فيما بعد بتنفيذ الالتزام المقابل.

حفا لقد تبين صحة ما نعه الطاعن من أن العقد المبرم بينه وبين المدعي المشتري ينص على وجوب أداء بقية الثمن في متم شهر يوليوز 1975 وطبقا للفصلين 254 و255 فإن هذا المشتري أصبح في حالة مطل بمجرد عدم أداء بقية الثمن في الأجل المتفق عليه من دون ضرورة سابق إنذار ، وأن الفصل 259 الموالي للفصلين المذكورين يعطي للبائع في هذه الحالة الحق في أن يطلب إما تنفيذ الالتزام مادام ذلك ممكنا أو الفسخ أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن، فلا يبقى له إلا طلب الفسخ وأن المحكمة اختلط عليها الحال بين هذه المقترضات التي تبيح الفسخ جزاء المطل ولولم يكن هناك شرط فاسخ وبين الفسخ الشرطي المنصوص عليه في الفصل 260 الذي يقع في هذه الحالة بقوة القانون لمجرد معاينة تحقق واقعة الشرط الفاسخ واعتبرت أن البائع لم يطالب بفسخ العقد في حين أنه طلبه، وقالت بأنه كان على البائع أن ينفذ التزامه وأنه لما لم يفعل فإن التزامات المشتري توقفت نحوه في حين أنه لما كان العقد يلزم المشتري بأن يدفع أولا فإن الفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود يمنع عليه أن يدفع بعدم التنفيذ بل هو يجبر على التنفيذ أولا في الأجل المتفق عليه تحت طائلة فسخ العقد ثم يطالب فيما بعد بتنفيذ الالتزام المقابل وأن المحكمة لما بتت في الدعوى على هذا النحو تكون قد خرقت أحكام القانون وبنت قضاءها على غير أساس وعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضى بالنقض والإحالة.

شراء - شياح - تأسيس رسم عقاري مستقل - لا

القرار عدد : 2013-7-18

المؤرخ في : 2013-01-15

ملف مدني

عدد : 2012-7-1-600

القاعدة

لا يجوز لمشتري قدر مفرز في العقار الشائع ان يطالب بتأسيس رسم عقاري لهذا الجزء الشائع لان البائع له -الشريك على الشياح- لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضا باقي الشركاء جميعا، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه.

في شأن الوسيلة الثالثة :

حيث ينعي الطالب على القرار المطعون فيه خرقه للفصل 181 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أن العقد المبرم بين الدولة المغربية يضم مجموعة من الاطراف التزموا في العقد بأن يقوموا باعداد الملف الطبوغرافي المتعلق بالقطعة الأرضية بأكملها وليس بجزء منها، وأن تنفيذ هذا الالتزام غير قابل للانقسام وأن المبيع لازال على الشياح بينهم، وان الدعوى كان يجب أن توجه ضد جميع الشركاء، ولا يمكن أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام طرف واحد من أطراف العقد مادام أن الأرض لازالت على الشياح.

حيث صح ما نعه الوسيلة، ذلك أنه لا يجوز لمشتري قدر مفرز في العقار الشائع ان يطالب بتأسيس رسم عقاري لهذا الجزء الشائع لان البائع له -الشريك على الشياح- لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضا باقي الشركاء جميعا، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه، هذا إلى ما يترتب على القضاء بوضع رسم عقاري مستقل من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون، وإذ يكون بينا من أوراق الملف أن ما اشتراه موروث المطلوبين في النقض مجرد جزء من العقار الذي مازال شائعا بين البائع له وشركائه بعد اقتنائه من طرف الدولة المغربية، ولا يوجد في الملف ما يفيد إجراء القسمة بين الشركاء، والمحكمة لما قضت بالإزام القيام بجميع الإجراءات لتأسيس رسم عقاري مستقل للجزء موضوع النزاع بالرغم من أنه لازال شائعا تكون قد قضت بالقسمة بغير الطريق الذي رسمه القانون للقضاء بالقسمة فجاء قرارها منعدم الأساس ومعرضا للنقض.

لهذه الأسباب
قضت محكمة النقض بنقض وإبطال القرار المطعون فيه

عقد الشراء العقاري - حق تملك الأجنبي - إذن الدولة المغربية - خرق قواعد التملك

القرار عدد 1917

الصادر بغرفتين

بتاريخ 24/06/2006

في الملف المدني رقم 1950/1/4/2001

القاعدة:

بمقتضى المادة 60 من عقد الجزيرة الخضراء المبرم سنة 1906 فإن حق تملك الأجنبي غير المواطن المغربي للعقار بالمغرب خارج المدار الحضري إنما يكون بطريق الشراء فقط وبإذن من الدولة المغربية، ولذلك فإن حيازته للعقار لا تكسبه ملكيته ولو طال ما دامت غير مقرونة بالشراء والترخيص من الجهة المختصة.

مجرد عدم الإدلاء بالإذن المذكور يكفي لوحده لاعتبار الشراء لاغيا بصرف النظر عما يتعلق بالدفع بعدم مخاطبة القاضي على رسم الشراء وإقرار الدولة المغربية بملكية الطالبة ووجود مطلب للتحفيظ.

حيث تعيب الطاعنة القرار المذكور بخرق قواعد التملك، ذلك أنه بني قضاءه على أن رسم الشراء المدلى به بعد النقض غير موقع من طرف القاضي المكلف بالتوثيق وغير مرفق بالإذن من الدولة المغربية حسب ما يقتضيه الفصل 60 من اتفاقية الجزيرة الخضراء المبرم سنة 1906، وأن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من هذه الناحية لا يركز على أساس قانوني سليم، فمن جهة لأن العارضة أدلت برسم الشراء العدلي عدد 55 صحيفة 112 كناش 5 الذي اشترى بموجبه عمها و شريكه القطعة الأرضية موضوع النزاع، وأن هذا الرسم مضمن بسجل محكمة التوثيق بحيث إن إخلال قاضي التوثيق بعدم مخاطبته على ذلك الرسم يعد إخلالا إداريا لا دخل للعارضة ولا لمورثها فيه، وبالتالي لا يمكن أن تتحمل أية مسؤولية في ذلك لأن الوثيقة صحيحة و ما جاء فيها مشهود به من طرف العدلين والشهود، وأنه فضلا عن ذلك فهي تتوفر على خصائص الورقة العرفية حسبما ينص عليه الفصل 423 من قانون التزامات والعقود ما دامت تحمل توقيع أطرافها والعدلين المنتصبين للإشهاد، كما أنه بناء على رسم الشراء المذكور ورسم الملكية المنجز اعتمادا عليه تقدم موروث العارضة بطلب التحفيظ الذي اعتبره المحافظ على الأملاك والرهون مستوفيا لكل الشروط القانونية وقام بنشر إعلان بإجراء مسطرة تحفيظ للأرض موضوع النزاع وذلك بالجريدة الرسمية كما يتبين من صورة الإعلان المرفق طيه مما يكون معه القرار المطعون فيه خرق قواعد التملك وهو بالتالي غير مرتبط على أساس، و من جهة ثانية فإن محكمة الاستئناف قد سايرت المجلس الأعلى فيما ذهب إليه من كون الأجنبي لا يحق له تملك العقار إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من السلطات المغربية عملا باتفاقية الجزيرة الخضراء مع أنه بالرجوع إلى الشهادة المدلى بها أمام المحكمة المذكورة بعد النقض والصادرة بتاريخ 09-09-1998 عن الدولة المغربية في شخص المحافظ العام على الأملاك العقارية بالرباط فإنه يتبين أن الدولة المغربية لم يسبق لها أن طبقت تلك الاتفاقية بخصوص الإذن الخاص للتملك، وأنها لم تشرع في العمل بالحصول على الإذن المذكور إلا بتاريخ 17-01-1959 بمقتضى الظهير الشريف رقم 59-287، وأن العقار المتنازع عليه ترجع ملكيته للعارضين منذ 1938 حسب الرسم المدلى به، مما يكون معه تملكها غير مستوجب للإذن الخاص المذكور، كما أن الدولة المغربية بمقتضى قرارها المشترك الصادر عن وزير الداخلية ووزير المالية قررت نقل ملكية الأراضي موضوع النزاع من المعارض إلى ملك الدولة ونشرت قرارها المذكور بالجريدة الرسمية، وسيلاحظ بأن الدولة تعترف بملكية موروث العارضة ما دامت تشير في قرارها إلى أنه هو المالك للأرض المذكورة، كما أن الدولة المغربية في شخص الملك الخاص قامت بالتعرض على محاولة التحفيظ التي قام بها المطلوب أمام المحافظة على الأملاك العقارية بالمحمدية، وقد أسست تعرضها الذي أحيل على المحكمة الابتدائية على كون الأرض هي ملك عم العارضة، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد خرقت قواعد التملك من هذه الناحية مما يكون معه القرار الاستئنافي مستوجبا للنقض.

لكن؛ حيث يتجلى من قرار النقض والإحالة أنه ركز قراره بنقض القرار الاستئنافي السابق على أن تملك الطالبة كأجنبية للعقار موضوع النزاع يتطلب أولا الشراء وثانيا الإذن الخاص بذلك من الدولة المغربية إذ جاء فيه : " وبالتالي فإن المحكمة حين أسست قضاءها على الطاعن بإفراغه المدعى فيه للمطوبين على مجرد شهادة الليف بالحيازة لهما دون اقترانها بشراء صحيح والترخيص المذكور تكون قد ركزت قرارها المطعون فيه على غير أساس من القانون فعرضته بذلك للنقض " ولذلك فإن القرار المطعون فيه عندما بني قضاءه من جهة أخرى على عدم إرفاق الرسم المدلى به من طرف الطالبة بالإذن من الدولة لصحة التفويت، يكون قد تقيد بالنقطة القانونية التي نقض من أجلها القرار الاستئنافي السابق، والتي لا يمكن له مناقشتها، وجاء بذلك مرتكزا على أساس سليم ولم يحرف قواعد التملك، طالما أن مجرد عدم الإدلاء بالإذن المذكور يكفي وحده لاعتبار الشراء لاغيا، وبالتالي تبرير منطوق القرار المذكور بصرف النظر عما يتعلق بالدفع بإقرار الدولة المغربية بملكية الطالبة ووجود مطلب للتحفيظ، فالوسيلة لذلك في وجهها غير جديرة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وبتحميل الطالبة الصائر.

كون العقار من أملاك الأحباس لا يمنع قانونا من ترتيب حق المرور عليه بالنسبة لعقار في ملك الخواص إذا كان هذا الأخير محاصرا.

وبعد المداولة طبقا للقانون

لكن؛ ردا على الوسيطتين أعلاه معا لتدخلهما، فإن تلاوة التقرير باعتباره إجراء مسطريا لا يترتب عن الإخلال به النقض طبقا للفصل 359 من قانون المسطرة المدنية إلا إذا أضر بأحد الأطراف وهو ما لم يثبت الطاعنان، الأمر الذي تكون معه الوسيطتان غير جديرتين بالاعتبار.

وفيما يخص باقي الوسائل

حيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلة الثانية بخرق الفصل 43 من ظهير 1913/08/12، ذلك أنه يوجب على المستشار المقرر اتخاذ التدابير التكميلية للتحقيق والوقوف على عين المكان وله أن يصاحب معه مهندسا مساحا طبوغرافيا، أما أن يكلف خبيرا عقاريا فهذا يمنعه القانون لأن السيد عبد القادر بوزيان غير حاصل على أي شهادة للهندسة، لذا فإن القانون لا يعطيه الحق في مصاحبة المستشار المقرر فبالأحرى القيام بالمعاينة بدلا عنه ومطابقة الحجج على الأرض.

ويعيبه في الوسيطتين الرابعة والخامسة مندمجتين بخرق المادتين 51 و 64 من مدونة الأوقاف، ذلك أنه لا يمكن مواجهة الأحباس بقاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري كما ينص على ذلك ظهير 02 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفوظة في الفصل 75 والذي ينص على أن الأحباس تبقى خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية والتي من بين أحكامها عدم تقويت الأملاك المحبسة وفسخ عقود التقويت التي أبرمت في شأنها ولو كان المفوت له حسن النية، وهذا الاستثناء أكدته الفقه والقضاء كما في القرار عدد 688 الصادر بتاريخ 2008/02/20 في الملف المدني عدد 2006/3/1/1162 ن وهذا ما نصت عليه المادة 51 من مدونة الأوقاف وبالتالي تبقى الإمكانية الوحيدة هي المتوفرة في المسطرة القانونية المنظمة في المدونة المذكورة، وأن المادة 64 تنص على أن كل معاوضة تخضع للموافقة المسبقة للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف وبالتالي لا يمكن تصور انتقال أي شبر من أراضي الأحباس إلى الأغيار إلا بعد حصول هذا الغير على الموافقة الصريحة لوزارة الأوقاف.

ويعيبه في الوسيلة السادسة باتعدام الأساس القانوني ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه علل بأن المتعرض له الحق في المرور بأرض الحبس، وأن ليس للطاعن إلا الحق في الرجوع عليه للمطالبة القضائية بالتعويض عن حق المرور استنادا للمادة 64 من مدونة الحقوق العينية، إلا أن هذا التعليل يدل على أن محكمة الاستئناف أبرمت معاوضة صريحة لأرض حبسية بين المتعرض ووزارة الأوقاف دون وجه حق ودون أن يطلب منها ذلك أحد من طرفي الدعوى، كما أن هذا التعليل مجانب للصواب لخرقه المادة 64 من مدونة الأوقاف التي تمنع صراحة كل معاوضة دون الموافقة الصريحة والمسبقة للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف وخرقه المادة 51 من نفس المدونة التي تؤكد على عدم جواز كسب أي حق على أراضي الحبس إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة.

لكن؛ ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتدخلها، فإنه لا يستفاد من وثائق الملف أن المحكمة استعانت بالخبير أثناء المعاينة، وأن القاضي المقرر هو من عاين أن الطريق محل التعرض تعتبر المنفذ الوحيد لعقار المتعرض، وأنه لا مجال للاستدلال في النازلة بمقتضيات المادتين 51 و 64 من مدونة الأوقاف لأن الأولى تتعلق بمنع التصرف في الملك الحبسي وعدم جواز حجزه أو اكتسابه بالحيازة أو التقادم، والثانية بمسطرة معاوضة العقارات والمنقولات الحبسية، بينما النزاع الحالي إنما يتعلق بحق المرور لعقار محاصر في أرض الحبس، وهذا الأمر مقرر بقوة القانون ولو تعلق الأمر بأرض حبسية، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بإقرارها حق المطلوب في المرور لا تكون أبرمت معاوضة في الملك الحبسي، ولذلك فإنها حين عللت قضاءها بأن "المتعرض محق في تعرضه الذي أضحي مؤسسا وثابتا من خلال محضر الوقوف على عين المكان، والمستأنفة يبقى لها الحق في المطالبة القضائية في مواجهة المستأنف عليه بشأن التعويض عن حق المرور الذي ثبت للمتعرض وذلك استنادا للمادة 64 من مدونة الحقوق العينية" يكون القرار مرتكزا على أساس قانوني ومعللا تعليلا سليما وما بالوسائل أعلاه غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطاعن المصاريف،

التزام البائع بمقل ملكية العقار للبائع ، فإذا كان العقار محفظا فلا يعتبر عقد البيع ناقلا للملكية إلا بتسجيله عقد البيع في الرسم العقاري طبقا للفصل 66 من قانون 14.07 المعدل لظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 ، والذي جاء فيه : " يعتبر كل حق عيني متعلق بعقار محفظ ، غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله ، وابتداء من يوم التسجيل وفي الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ⁸⁶¹ .

القرار عدد: 566/8

المؤرخ في: 20/10/2015

ملف مدني

عدد : 1680/1/8/2015

القاعدة:

حياسة المشتري الثاني من نفس البائع للعقار المبيع لا تعطيه الحق في استحقاق العقار ما لم تتوفر في حيازته سائر شروطها القانونية، ويرجع الشراء الأول على الثاني بقدّم التاريخ لأن البائع فيه يكون قد باع ما لا يملك.

وبعد المداولة طبقا للقانون

لكن ردا على السبب أعلاه، فإنه لا خلاف بين الطرفين أن كلا الشراءين صادران عن نفس البائع المسمى حاضي محمد بن المعطي وينطبقان على ذات المبيع، وأنه في غياب إثبات كون الطاعن كمشتري لاحق قد حاز المبيع حياسة بشروطها القانونية وظل بيده المدة المكسبة للملك، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت - وعن صواب - أن شراء المطلوبين مرجح بقدّم التاريخ على شراء الطاعن. لأن عقد الشراء اللاحق يكون قد انصب على ملك الغير. لذلك فإن المحكمة ولما لها من سلطة في تقدير الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين أيدت الحكم الابتدائي تكون قد تبنت تعليلاته التي جاء فيها بأنه "بالإطلاع على رسمي الشراء يتضح أنهما ينطبقان معا على البقعة رقم 25 وأن البائع للطرفين هو شخص واحد (حاضي محمد). وأنه ما دام شراء جمال الدين فكري وعبد المجيد فكري ينطبق على المدعي فيه، فإن شراء قنّان عبد الرحمان يكون لا محل له لكونه اشترى ما لم يعد يملكه البائع". فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا تعليلًا كافيًا والسبب المثار يبقى غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطاعن المصاريف.

⁸⁶¹

الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

861 - الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

الفصل 66

كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية. لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة.

كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ... نعم.

قرار المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ملف عدد : 3722007 س حكم 389 : بتاريخ 27092007 :

ثانيا : الآثار المترتبة عن الالتزام.

أولا : إثبات التقصير أو الإخلال بالالتزام.

ثانيا : تنفيذ الالتزام .

ثالثا : تحديد المسؤولية .

أولا : تنفيذ الالتزام بتحقيق غاية .

نص الفصل 242 من ق.ل. ع المغربي ⁸⁶² . على أن " المدين لا تبرأ ذمته بتسليم ما ورد في الالتزام قدرا أو صنعا " ؛ وهذا يعني أن المدين لا تبرأ ذمته من الدين إلا إذا قام بتسليمه للدائن على وفق ما تم الاتفاق بشأنه في العقد بالصفة والقدر والوزن والعدد...

إلا أنه في بعض الأحيان قد يثور النزاع بين الدائن المدين فيدعي الأول أنه الطرف الثاني لم يتم بتنفيذ العقد مدليا بما يفيد ادعاءه ، وفي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا دفع باستحالة التنفيذ نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة طبقا لما نص عليه الفصل 168 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي ⁸⁶³ .

ومن أمثلة الحادث الفجائي انفجار عجلة شاحنة محملة بسلعة مطلوب أن يتم إيصالها إلى صاحبها ، أو احتراق آلة أو انزلاق سيارة ، ففي هذه الحالات تسقط المسؤولية عن المدين وفقا للفصل 268 من ق.ل.ع الذي ورد فيه ما يلي:

⁸⁶² _

الفصل 242

لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليم ما ورد في الالتزام، قدرا وصنفا.

ولا يحق له أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له كما أنه ليس له أن يؤدي الالتزام بطريقة تختلف عن الطريقة التي حددها إما السند المنشئ للالتزام أو العرف-- عند سكوت هذا السند.

-- ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

⁸⁶³ _

الفصل 168

لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفع الشخصية الخاصة به وبالدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا. ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفع الشخصية المحضنة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه.

" لا محل لأي تعويض ؛ إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن ". وهذا شريطة عدم ثبوت أنه كان بإمكان المدين اتخاذ المعين .

ومن أمثلة القوة القاهرة ما ورد في الفصل 268 من ق.ل.ع المغربي⁸⁶⁴ . الذي جاء فيه أن: " القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه .

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

ثانيا : الإثبات في الالتزام بتحقيق غاية.

من السهل إثبات المسؤولية العقدية في جهة المدين بالنسبة للالتزام بتحقيق غاية ذلك أن إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يبدو أمرا متيسرا إذا كان التزام المدين بتحقيق

نتيجة ، ذلك أن تخلف النتيجة المتوخاة هو من الأمور الواقعية.

ومن أمثلة ذلك لو تخلف الناقل عن تحقيق هذه الغاية انعقدت مسؤوليته بمجرد إثبات الدائن أنه لم يتوصل ببضاعته دون حاجة إلى دليل إثبات آخر . فإذا أراد الناقل إن يتخلص من مسؤوليته فإن على عاتقه هو أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي ، كالقوة القاهرة أو العيب الذاتي في البضاعة ، فإذا لم يقدم الناقل هذا الدليل ظلت مسؤوليته قائمة التزم بالتعويض كاملا ، لتخلف النتيجة المتفق عليها .

⁸⁶⁴ _

الفرع الثاني: القوة القاهرة والحادث الفجائي

الفصل 268

لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مَطْل الدائن.

الفهرس

تكوين عقد البيع
عقد البيع :

الفصل الأول : في التراضي .

المبحث الأول : العناصر التي ينصب عليها توافق الإرادتين في البيع .

استقرار نطاق المبيع

طبيعة الالتزام التعويضي بنقل ملكية المساحة المكملّة.

المبحث الثاني : أشخاص توافق الإرادتين في البيع.

المطلب الأول: الأشخاص المعتد بهم في قيام توافق الإرادتين الذي يتحقق به

التراضي في البيع.

الفقرة الأولى: الأطراف الأصليون في البيع.

المطلب الثاني : نواب الأطراف الأصليون

الفصل الثاني : المحل

أولاً : المحل في الالتزام ، غاية .

ثانياً : الآثار المترتبة عن الالتزام.

أولاً : إثبات التقصير أو الإخلال بالالتزام.

ثانياً : الإثبات في الالتزام بتحقيق غاية.

ثانياً : تنفيذ الالتزام .

ثالثاً : تحايل المسؤولية .

أولاً : تنفيذ الالتزام بتحقيق غاية .